

فصلنامه علمی، عقیدتی،
فرهنگی، سیاسی، اجتماعی
۴
DYNAMIC JURISPRUDENCE



دینامیک

سال دوم، شماره چهارم، مهر ۹۵

سخن مدیر مسئول و سردبیر صفحه ۱

بررسی جرم سقط جنین صفحه ۲

غیبت امام زمان (عج) صفحه ۵

تقریب مذاهب و وحدت امت اسلامی صفحه ۸

مقایسه قانون طلاق ایران با فرانسه صفحه ۱۲

بررسی قاعده تلف مبیع قبل از قبض صفحه ۱۶

عدم لزوم اجتهاد قاضی صفحه ۲۳

ترمینولوژی طنز حقوقی صفحه ۳۰

اخبار انجمن علمی صفحه ۳۱

سخن مدیرمسئول

حال که خزان رسیده است، باید چشم انتظار بهاری باشیم که خودمان آن را سرسبز بیافرینیم.

اکنون که سال تحصیلی جدید آغاز شده است، فرصت خوبی است که استعدادهایمان را رنگ سبز ببخشیم.

شکست‌هایی که در گذشته تجربه کردیم را باید همانند برگ‌های درختان پاییزی زیر پایمان له کنیم تا صدای خش خش آنها به گوشمان آشنا باشد که باز تکرار نشوند.

ماشین اراده قوی و تلاش و پشتکار میتواند ما را به جاده موفقیت و پیروزی برساند.

در سال تحصیلی جدید سلامتی و شادی و موفقیت را برای شما آرزو مندیم.

احسان نیلوفری - ۹۱

داستان اسب پیر

کشاورزی جوان یک اسب پیر داشت یک روز هنگام برگشتن به خانه چون مراقبش نبود داخل چاهی بدون آب افتاد.

کشاورز جوان هر چه سعی کرد نتوانست اسب را از چاه در آورد از طرفی دلش هم به حال اسب پیر میسوخت که آن طور درد بکشد پس برای اینکه اسب زجر نکشد فکری به ذهنش رسید با بیلی که در دست داشت خاکهای اطراف چاه را داخل چاه ریخت به این نیت که اسبش زیر خاکها مدفون شود و بمیرد!

اما اسب پیر هر بار که خاک روی بدنش می ریخت با دمش و تکان دادن بدنش خاکها را پایین می ریخت و در عین حال خاکها را روی هم کپه میکرد و چند سانتی متر بالاتر می آمد.

این کار همچنان ادامه پیدا کرد. کشاورز جوان خاک میریخت و اسب پیر خاکها را زیر پایش جمع میکرد و... .

تا بالاخره ارتفاع خاک به لبه چاه رسید و اسب پیر در حالی که کوزه پر از سکه طلا را به دندان گرفته بود از چاه خارج شد و کشاورز جوان تبدیل به مردی ثروتمند شد.

مشکلات زندگی مانند تلی از خاک بر سر ما میریزند. انسانها نیز دو انتخاب پیش رو دارند:

اول اینکه اجازه دهند مشکلات آنها را زنده به گور کند! دوم آنکه از مشکلات سکوی بسازند برای رسیدن به خوشبختی!

پس از همین امروز برای موفقیتمان برنامه ریزی و تلاش کنیم تا به قله موفقیت برسیم. آری لحظه تلاش و کوشش فرا رسیده، امروز بکاریم تا فردایی پر بار پیش رو داشته باشیم.

آغاز بهار تعلیم و تربیت بر همه شما عزیزان مخصوصاً بر دانشجویان ترم اولی مبارک. امیدوارم سال تحصیلی جدید رو متفاوت از سال گذشته شروع کرده باشید و هر روز به فکر بهتر شدن و پیروز شدن در کارها و زندگی تان باشید.

آرامش سهم قلبی است که در تصرف خداست... قلبتان آرام و لحظاتان خدایی.



بررسی

سقط جنین یکی از جرایمی است که جوامع، پیوسته با آن درگیر و در ادیان مختلف الهی نیز مطرح بوده است. اصولاً سقط جنین به خاطر انتظارات دینی و مذهبی و اجتماعی، در قوانین اکثر کشورها منع شده است.

امروزه کشورها در برخورد با مسئله سقط جنین تصمیمات متفاوتی را مقرر نموده‌اند؛ بعضی از آنها به علت ازدیاد جمعیت، سقط جنین را بدون هیچگونه قید و شرطی پذیرفته‌اند و آن را مجاز اعلام نموده‌اند و برخی دیگر از کشورها، تحت تأثیر اخلاق مذهب کلیسا قرار داشته و به طور کل با آزادی آن مخالفت نموده و مجازات‌های سنگینی نیز برای آن مقرر داشته‌اند. همچنین به عقیده کاتولیک‌ها، نطفه از زمانی که منعقد می‌شود به دریافت موهبت زندگی الهی نایل گشته و به هیچ وجه نمی‌توان این عطیه الهی را از او سلب نمود، حتی اگر سقط جنین برای دوام زندگی مادر ضروری باشد.

در حقوق و فقه اسلامی نیز با مسئله سقط جنین به شدت برخورد شده و این عمل اصولاً جرم بوده و مرتکب، به مجازات‌های مقرر محکوم می‌شود.

بخش اول: مراحل مختلف تشکیل جنین

و انواع سقط جنین

۱- ورود و استقرار نطفه

۲- جنین

۳- علقه: تبدیل جنین به خون جامد و غلیظ که به آن خون بسته نیز می‌گویند

۴- مضغه: پدیدار شدن قطعه‌ای به شکل گوشت قرمز با رگهای تو خالی ابی رنگ

۵- عظم: تشکیل غضروف

جرم سقط جنین

دکتر رضا نوری است که در مقاله‌ای تحت عنوان سقط جنین در قانون مجازات اسلامی، سقط جنین را چنین تعریف نموده است: «سقط جنین اقدام به خروج غیر طبیعی حمل، قبل از موعد طبیعی وضع حمل، به وسیله مادر یا غیر او، به نحوی که حمل خارج شده از بطن مادر، زنده نبوده و یا فاقد قابلیت زیستن باشد».

بخش اول: انواع سقط جنین:

سقط جنین از نظر پزشکی و حقوقی به انواع زیر تقسیم می‌شود:

۱- سقط در زمینه یک بیماری که در خود جنین یا جفت یا رحم یا بیماریهای عمومی مادر صورت می‌گیرد. این سقط جنین علی‌رغم میل و خواسته زن و شوهر و یا هر شخص دیگر. در این نوع سقط جنین هیچگونه مسئولیتی متوجه مادر و دیگران نخواهد بود

۲- سقط جنین طبی یا درمانی عبارت

است: از اینکه ادامه حاملگی برای زن، خطرناک و جان مادر به علت بیماری و... در خطر باشد این کار توسط پزشک با هدف درمان زن حامله انجام می‌شود. اگرچه جهت سقط درمانی قانون ویژه‌ای تصویب و ابلاغ نگردیده است ولی با توجه به قوانین مجازات اسلامی و ماده (۶۳۲) قانون تعزیرات از مجازات اسلامی و فتاوی‌ای علما، برای انجام سقط درمانی شرایط زیر لازم به نظر می‌رسد:

۱- ادامه حاملگی برای مادر خطر جانی داشته باشد. ۲- سن جنین کمتر از چهار ماه باشد (از نظر شرعی هنوز روح در جنین دمیده

۶- لحم: فراگرفتن گوشت در اطراف استخوان‌ها

۷- دمیده شدن روح در جنین: مرحله ایست که خدا در قرآن از آن به خلق جدید و آفرینشی دوباره یاد میکند.

از جمله علائم ولوج روح در جنین میتوان به حرکات جنینی، تپیدن قلب جنین و بالا بودن سن جنین بیشتر از هفده هفته اشاره کرد.

تعریف سقط جنین و انواع آن:

در کتب فقهی تعریفی از جرم سقط جنین ارائه نشده است و اغلب فقها در بحث دیات و لواحق دیات خود تنها به بیان موضوع و ذکر احکام سقط جنین بسنده کرده‌اند. به هر حال، می‌توان سقط جنین را چنین تعریف نمود:

«خارج نمودن غیر طبیعی جنین یا حمل، قبل از موعد طبیعی زایمان، به گونه‌ای که زنده یا



قابل زیستن نباشد را سقط جنین گویند».

بعضی از حقوق‌دانان نیز تعریف‌هایی برای سقط جنین ارائه نموده‌اند که از جمله آنها

نشده باشد. ۳- انجام عمل سقط خطر بیشتری از ادامه حاملگی برای مادر نداشته باشد. اگر پزشک یا مادر، جنین را سقط نمایند باید دیه آن را به پدر بپردازند مگر اینکه با رضایت او باشد و در مورد دیه مصالحه کرده باشند.

۳- سقط جنین ضربه‌ای، سقطی است که در اثر منازعات یا تصادفات و اتفاقات رخ می‌دهد که عمل سقط کاملاً اتفاقی است و مرتکب قصدی ندارد؛ مانند: تصادف رانندگی و امثال آن که دیه آن باید توسط مرتکب پرداخت شود

۴- سقط جنین جنایی به آن دسته از سقط‌هایی اطلاق می‌شود که عمداً خواسته شود به حاملگی پایان داده شده و جنین را سقط نماید این سقط جنین از نظر شرعی و از نظر قضائی جرم بوده و مرتکب آن به مجازات‌های مقرر قانونی محکوم خواهد شد. حضرت امام خمینی، حضرت آیت الله اراکی، حضرت آیت الله گلپایگانی و دیگر علمای گذشته (رحمهم الله اجمعین)، سقط جنین را مطلقاً حرام می‌دانند مگر اینکه ادامه حاملگی

برای جان مادر خطر داشته باشد که فقط در صورتی که روح در جنین دمیده نشده باشد، سقط جنین را جایز می‌دانند. به علاوه در جایی هم که سؤال شده، پزشک تشخیص داده که جنین اگر به دنیا بیاید دارای عقب‌ماندگی ذهنی یا نقص عضو است نیز، اجازه سقط جنین را نداده‌اند.

همچنین در موردی که پزشک تشخیص دهد که یکی از دو نفر، یا مادر و یا جنین در موقع تولد خواهند مرد؛ یعنی اگر طفل زنده متولد شود مادر خواهد مرد، و اگر مادر حفظ شود طفل خواهد مرد، قبل از ولوج روح برای حفظ جان مادر سقط جنین را جایز می‌دانند و بعد از ولوج روح امام (ره) ارجحیتی برای حفظ یکی بر دیگری نمی‌بینند و اگر علم به تلف شدن هر دو می‌باشد و امکان حفظ یکی است، می‌فرمایند: مورد را باید با قرعه مشخص کرد.

مطابق نظر تمام علما سقط جنین به وجود آمده از زنا به هیچ وجه جایز نیست.

بخش دوم: بررسی جرم سقط

جنین از دیدگاه

حقوق جزا

طبق اصول مسلم حقوق جزا، برای آنکه عملی جرم تلقی شود و مرتکب آن قابل مجازات باشد باید سه رکن و عنصر به شرح زیر در آن عمل موجود باشد.

اول: عنصر قانونی - یعنی عمل مرتکب به عنوان جرم پیش بینی شده باشد و مجازاتی در پی دارد.

دوم: عنصر مادی: یعنی شخصی عملی را که قانونگذار به عنوان جرم

پیش بینی کرده است مرتکب شود. سوم: عنصر معنوی: شخصی با قصد مجرمانه و اراده‌ی خود عمل مجرمانه را انجام دهد.

انواع و اقسام سقط جنین با توجه به عنصر معنوی به سقط جنین عمدی و غیر عمدی تقسیم می‌شود که سقط جنین غیر عمدی به دو قسم شبه عمد و خطای محض تقسیم می‌شود.

رکن قانونی سقط جنین عمدی:

* سقط جنین عمدی توسط مادر:

اگر سقط جنین عمدی توسط مادر صورت پذیرد و مباشر، خود مادر باشد به موجب ماده (۴۸۹) قانون مجازات اسلامی، مادر فقط محکوم به پرداخت دیه می‌شود و خودش از آن دیه سهمی نمی‌برد.

* سقط جنین عمدی توسط

غیر متخصص:

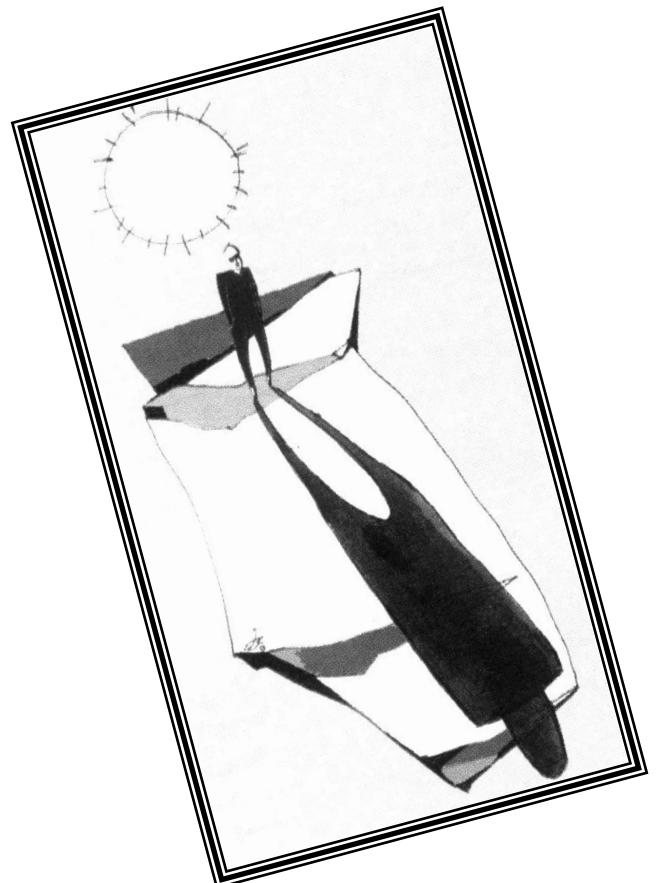
الف- اگر سقط جنین عمدی توسط غیر متخصص انجام شود یعنی شخص خودش اقدام به اسقاط جنین زن حامله نماید و غیر متخصص باشد، براساس قسمت اول ماده (۶۲۳) قانون مجازات اسلامی، به شش ماه تا یک سال حبس و پرداخت دیه محکوم می‌شود (مباشر)

ب- اگر شخص غیر متخصص مادر را راهنمایی و دلالت به کاری کند که با ارتکاب به آن عمل، جنین وی اسقاط شود، شخص به سه ماه تا شش ماه حبس و پرداخت دیه محکوم خواهد شد (معاونت).

* سقط جنین عمدی توسط

متخصص:

اگر اشخاصی که با عنوان طبابت یا مامایی یا دارو فروشی یا جراحی مشغول به کار هستند، وسایل اسقاط جنین را فراهم آورند یا خود مباشرت به اسقاط جنین نمایند به موجب ماده (۶۲۶) قانون مجازات اسلامی، به



حبس از دو سال تا پنج سال و پرداخت دیه محکوم خواهند شد.

*رکن قانونی سقط جنین شبه

عمد :

مرتکب جرم سقط جنین شبه عمد هر کسی که باشد، مطابق ماده (۴۸۷) قانون مجازات اسلامی، محکوم به پرداخت دیه با توجه به مراحل مختلف جنین می شود.

*مجازات دیه در مراحل مختلف جنین به شرح زیر است:

- ۱- در مرحله نطفه ۲۰ دینار ۲- در مرحله علقه ۴۰ دینار ۳- در مرحله مضغه ۶۰ دینار ۴- در مرحله عظم ۸۰ دینار ۵- در مرحله لحم ۱۰۰ دینار ۶- در مرحله حلول روح و بعد از چهار ماهگی، دیه پسر، دیه کامل یعنی ۱۰۰۰ دینار و دیه دختر پس از حلول روح نصف دیه کامل یعنی ۵۰۰ دینار می باشد و در موارد مشتبّه که جنسیت جنین مشخص نمی باشد، پس از حلول روح ۳۴ دیه کامل یعنی ۷۵۰ دینار می باشد.

رکن قانونی سقط جنین خطای

محض :

*رکن قانونی سقط جنین خطای محض یا سقط جنین در اثر تقصیر راننده وسیله نقلیه، در ماده (۷۱۵) و (۷۱۶) قانون مجازات اسلامی آمده است، که با توجه به ماده (۷۱۵)، اگر مرتکب باعث سقط جنین شود به حبس از دو ماه تا یک سال و پرداخت دیه در صورت مطالبه مصدوم (مادر) و اولیای دم جنین محکوم می شود و مطابق ماده (۷۱۶)، در صورتی که مرتکب باعث وضع حمل قبل از موعد زن حامله شود، به حبس از دو ماه تا شش ماه و پرداخت دیه در صورت مطالبه اولیای طفل محکوم می شود.

با توجه به مطالبی که بیان شد به طور کلی، رکن قانونی اقسام جرم سقط جنین، مواد (۴۹۶ تا ۴۹۹) و مواد (۶۲۲ تا ۶۲۵) و مواد (۷۱۵) و (۷۱۶) قانون مجازات اسلامی و تعزیرات مصوب (۱۳۷۵/۳/۲) می باشد.

بخش سوم : بررسی جرم سقط

جنین در فتاوی علمای

در اسلام و از دید فقهای شیعه، سقط جنین بعد از انعقاد نطفه مطلقاً حرام است و طبق نظر اکثر فقهای امامیه جنین در هر مرحله ای که سقط شود دیه مخصوص به خود را دارد.

حضرت امام خمینی، حضرت آیت الله

اراکلی، حضرت آیت الله

گلپایگانی و دیگر علمای

گذشته (رحمهم الله اجمعین)، سقط جنین را مطلقاً حرام می دانند مگر اینکه ادامه حاملگی برای جان مادر خطر داشته باشد که فقط در صورتی که روح در جنین دمیده نشده باشد، سقط جنین را جایز می دانند. به علاوه در جایی هم که سوال شده، پزشک تشخیص داده که جنین اگر به دنیا بیاید دارای عقب ماندگی ذهنی یا نقص عضو است نیز، اجازه سقط جنین را نداده اند

همچنین در موردی که پزشک تشخیص دهد که یکی از دو نفر، یا مادر و یا جنین در موقع تولد خواهند مرد؛ یعنی اگر طفل زنده متولد شود مادر خواهد مرد، و اگر مادر حفظ شود طفل خواهد مرد، قبل از ولوج روح برای حفظ جان مادر سقط جنین را جایز می دانند و بعد از ولوج روح امام (ره) ارجحیتی برای حفظ یکی بر دیگری نمی بینند و اگر علم به تلف شدن هر دو می باشد و امکان حفظ یکی است، می فرمایند: مورد را باید با قرعه مشخص کرد.

مطابق نظر تمام علما سقط جنین به وجود آمده از زنا به هیچ وجه جایز نیست.

صغورا جزائی ۹۳



غیبت امام زمان (عج)

شبهه نهم

از وقتی که آدم ابوالبشر به روی زمین نزول کرد تا به الان همه پیامبران و حجج الهی در میان مردم بوده‌اند و مردم را تنها رها نکردند. این درحالی است که شیعیان عقیده دارند که امام زمانشان حجّت خداوند است و درعین حال هزار و اندی سال است که در پس پرده غیبت است و مردم به او دسترسی ندارند! به راستی حجّتی که سال‌ها از مردم دور است و فایده‌ای مانند هدایت به سوی خداوند را ندارد، چرا از اول نهاده شده است؟ آیا تعیین حجّت و جانشین از سوی خداوند به این کیفیت خلاف حکمت الهی نیست؟

جواب: در این شبهه دو اشکال مطرح شده که به هر دو جواب می‌دهیم: اشکال اول: چرا امام زمان به مانند پیامبران و حجج الهی دیگر با حضور در میان مردم از دین آنها مواظبت نمی‌کند؟ چرا این

حجّت خدا بر خلاف آنها غیبت دارد؟

جواب: اینطور نبود که همه پیامبران در

همه زمان‌ها میان مردم بوده باشد بلکه

بعضی از آنها غیبت داشته‌اند که نمونه‌هایی را در اینجا ذکر می‌کنیم:

الف: حضرت ادریس: غیبت او که به

خاطر درگیری با طاغوت زمانش

بود، به مدت بیست سال طول کشید که در

غار پنهان بود و باعث شد پیروانش

دچار تنگنا بشوند، به حدّی که غذای روزانه

آنان تأمین نمی‌شد. طاغوت زمان زمان از آنان را

کشت و بعضی دیگر را به فقر و تهیدستی نگه داشت تا آنکه

ادریس ظاهر شد و به پیروانش وعده گشایش داد.

ب: حضرت صالح: غیبت او به حدی طول کشید که وقتی به نزد باقیمانده اُمّتش بازگشت، آنها او را نشناختند. گروهی او را تکذیب کردند، جمعی نسبت به وی دچار تردید شدند، ولی عده‌ای پذیرای دعوت او گشتند و بر آئینش استوار ماندند.

ج: حضرت موسی: او دو غیبت داشت، یکی از آغاز ولادت تا دوران نوجوانی، در حقیقت بنی اسرائیل پس از حضرت یوسف دچار سختی و گرفتاری زیادی شده و مدت چند قرن در انتظار قائم پس از او بودند. در این مدت پنجاه نفر دروغگو از بنی اسرائیل ظاهر شده و همگی مدعی بودند که موسی بن عمران هستند تا آنکه بشارت ولادت او را شنیدند، ولی حضرت موسی به خاطر رعایت امنیت از معرفی خویش خودداری

می‌کرد تا اینکه به سن نوجوانی رسید و بر قوم خود ظاهر گشت و موجب خوشحالی آنان شد، دوّم از زمانی آغاز شد که حضرت موسی از مصر خارج و رهسپار مدین شد و نزد شعیب اقامت گزید.

علّت این غیبت‌ها: یکی از علل این غیبت‌ها ترس بوده است؛ البته نه ترس شخصی و فرار از کشته شدن، بلکه ترس از غافلگیری شدن در برابر دشمن و متوقف شدن اجرای برنامه‌های الهی، از این رو می‌بینیم به محض فراهم شدن شرایط و اجازه ظهور از سوی پروردگار، به غیب خود پایان داده و پرچم مبارزه با ستمگران را برافراشته و از جان مایه گذاشتند.

امام زمان عج نیز به منظور مصون ماندن باقیمانده سلسله امامت و حجج الهی از تعرض دشمنان، غیب کرد و منتظر فرا رسیدن زمان مناسب و موعد مقرر است تا به اذن پروردگار ظهور کند و ریشه ستم و ستمگران را بخشکاند و عدالت را در سرتاسر گیتی حکمفرما کند.

خلاصه اینکه قبل از غیبت امام زمان عج، پیامبرانی

هم غیبت داشته‌اند. بنابراین، بر خلاف آنچه

که اشکال کننده مطرح کرده، این نوع

غیبت بی سابقه نبوده است.

اشکال دوّم: پیشوا و حجّتی که غائب

است چه فایده‌ای می‌تواند برای مردم

داشته باشد؟ حضرت موسی تنها چهل روز

در میان مردم نبوده، وقتی که برگشت دید

بسیاری از مردم گوساله پرست شده‌اند!

چطور امام زمان می‌تواند مردم را بر صراط

مستقیم نگهدارد؟

جواب: غیبت امام زمان عج به این معنا نیست که حضرت به کوهی رفته باشند و به عبادت مشغول شده باشند بلکه حضرت در میان خود مردم هستند اما به طوری که کسی آن حضرت را نمی‌شناسد. به عبارت دیگر، غیبت حضرت به معنای عدم ظهور است نه به معنای عدم حضور، حضرت در میان مردم حاضر هستند اما برای مردم ظاهر و شناخته شده نیستند.

حضرت علی علیه السلام در این باره می‌فرماید: (زمانی خواهد آمد که امام غایب از نسل من، از دیده‌ها پنهان می‌شود و مردم با غیبت از او حدود شروع بیرون می‌روند، و توده مردم خیال می‌کنند که حجّت خدا از بین رفته و امامت باطل شده است سوگند به خدای علی در چنین روزی حجّت خدا در میان آنهاست، در کوچ و بازار آنها گام برمی‌دارد، در خانه‌های آنها وارد می‌شود، و در شرق و غرب جهان به سیاحت می‌پردازد و گفتار مردم را می‌شنود، بر اجتماعات آنها وارد می‌شود و



سوره مبارکه عنکبوت می فرماید: «آیا مردم خیال می کنند که همین که گفتند ایمان آوردیم رها شده و دیگر امتحان نمی شوند؟ کسانی را که قبل از آن‌ها بودند، آزمایش کردیم تا خداوند راستگویان و دروغ‌گویان را مشخص کند.»

در بعضی از روایات یکی از فلسفه‌های غیبت امام زمان عج، آزمایش انسانها معرفی شده است. امام صادق علیه‌السلام فرمودند: به خدا سوگند آنچه درانتظارش هستید واقع نخواهد شد تا آنکه آزمایش و غربال شوید (ومؤمنان واقعی شما از غیر آن جدا شوند) ۲. پیامبر اکرم هم فرمودند: «مهدی از دیدگان پیروانش غایب می شود و جز کسانی که خدا دل‌های آنان را از جهت ایمان شایسته قرار داد، در اعتقاد و امامت او استوار نمی‌مانند.»

۳- آمادگی مردم برای تشکیل حکومت جهانی دل الهی: قانون عرضه و تقاضا در جوامع بشری همواره و در همه جا جاری بوده است. نیاز به رهبر و پیشوا برای جامعه نیز از این قاعده و قانون مستثنی نبوده و هر وقت استعداد و آمادگی مردم تحقق پیدا کند، رهبری حکومت الهی نیز خواهد آمد.

در دوران غیبت، مردم جهان به تدریج برای ظهور آن مصلح حقیقی و سامان دهنده وضع بشر، آمادگی علمی، علمی و اخلاقی پیدا می‌کنند. روش آن حضرت مانند روش انبیاء و اولیاء گذشته نیست تا مبتنی بر اسباب و علل عادی و ظاهری باشد، بلکه روش او در رهبری بر جهان بر

سلام می‌کند، او مردم را می‌بیند ولی مردم تا روز معین او را نمی‌بینند، تا وقتی که جبرئیل میان آسمان و زمین بانگ برآورده و ظهور را اعلام کند).

بنابراین، حضرت در میان مردم حضور دارند و ندیدن و نشناختن دالّ بر نبودن نیست.

و اما در مورد فائده آن حضرت برای مردم، عرض می‌کنیم: پیامبر اکرم در پاسخ به این سوال که آیا پیروان حضرت در زمان غیبت، از وجود آن حضرت فائده‌ای می‌برند؟ فرمود: (بلی، سوگند به پروردگاری که مرا به پیامبری برانگیخت، در زمان غیبتش از او نفع می‌برند و از نور ولایتش بهره می‌گیرند، همانگونه از خورشید به هنگام فرار گرفتن در پشت ابرها استفاده می‌کنند.)

علل غیبت امام زمان عج

علت اصلی غیبت حضرت بر ما پوشیده است همچنان که امام صادق علیه‌السلام در این باره می فرمودند: (برای صاحب امر غیبتی است که چاره‌ای از آن نیست و آن به دلایلی است که به ما اجازه افشای آنها داده نشده است. اجمال حکمت آن همان حکمت غیبت پیامبران پیشین است که حکمت و علت اصلی آن جز پس از ظهور کشف نمی‌شود، چنان که حکمت کارهای شگفت‌انگیز حضرت خضر- همچون سوراخ کردن کشتی، کشتن جوانان و بنا کردن دیوار در شرف خرابی برای موسی ع کشف نشد، مگر به هنگام جدایی آنان از یکدیگر)



مبنای حقایق و حکم به واقعیت، و ترک تقيه است که انجام این امور نیاز به تکامل علوم و معارف و ترقی و رشد فکری و اخلاقی بشر دارد، به طوری که قابلیت برای حکومت واحد جهانی در راستای تحقق احکام الهی فراهم باشد و جامعه بشری به این مطلب برسد که هیئت‌های حاکمه با روش‌های گوناگون نمی‌تواند از عهده اداره امور برآیند، و مکتب‌های سیاسی و اقتصادی مختلف دردی را درمان نمی‌کنند، اجتماعات و کنفرانس‌ها و سازمان‌های بین‌المللی و طرح‌ها و کوشش‌های آن‌ها

می‌توان به معتمد عباسی اشاره کرد که به خون آن حضرت تشنه بود و اگر به آن حضرت دست می‌یافت، به مانند پدران بزرگوار آن حضرت، امام را به شهادت می‌رساند.

امام باقر علیه‌السلام فرمودند: (برای حضرت قائم (عج) غیبتی است قبل از ظهور) راوی از علت آن پرسید، امام فرمود: (برای جلوگیری از کشته شدن)

۲- آزمایش انسانها: یکی از سنت‌های الهی آزمایش مردم است. این سنت در تمام امت‌های گذشته نیز اجرا شده است. خداوند متعال در آیه دوم از

بافته‌های ذهنی و تحلیلات مهمل خویش را با عنوان «گفتارِ حجتِ خدا» به خورد عوام دادند.

همه اینها در حالی است که اولین هشدار درباره مدعیان دروغین را خود امام زمان عج الله تعالی فرجه الشریف داده‌اند، آنجایی که حضرت در آخرین توقیعی که به آخرین نایب خاص خود یعنی علی‌بن محمد سمیری نوشته‌اند، فرمودند:

«ای علی‌بن محمد سمیری، خداوند پاداش برادرانت را در مرگ تو بزرگ گرداند. تو تا شش روز دیگر از دنیا می‌روی، پس کار خود را سامان ده و به کسی عنوان جانشین پس از خود وصیت مکن که دیگر غیبت تامه (غیبت کبری) واقع شده است. دیگر ظهوری نیست مگر به اذن خداوند و آن پس از مدتی دراز و بعد از آن که دل‌ها سخت شد و زمین از ستم پر شد. به زودی از شیعیانم کسانی خواهند آمد که ادعای دیدار و مشاهده مرا می‌کنند، آگاه باشید هرکس از پیش از خروج سوفیای و صیحه آسمانی ادعای دیدار مرا کند، دروغگو و مفتری است.»

فاطمه نظام‌پرست ۹۱



به‌عنوان حفظ حقوق بشر نمی‌توانند نقشی را ایفاء کنند و از تمام این طرح‌ها که امروز و فردا مطرح می‌شود، مأیوس شود.

وقتی اوضاع واحوال اینگونه شد و مردم از تمدن منهای معنویت به ستوه آمدند و تاریکی و ظلمت جهان را فرا گرفت، ظهور یک مرد الهی در پرتو عنایت حق، مورد استقبال مردم جهان قرار می‌گیرد. در این شرایط پذیرش جامعه از ندای روحانی یک منادی آسمانی، بی‌نظیر خواهد بود زیرا در شدت ظلمت و تاریکی است که درخشندگی نور نمایان تر می‌گردد.



و در آخر... سوءاستفاده از مسئله غیبت

یکی از واقعیت‌های تلخ دوران غیبت مسئله سوءاستفاده از آن بوده است که بیشتر قالب ادعای ارتباط با امام زمان عج نمود پیدا کرده است. سوءاستفاده کنندگان با طمع مال‌جاه و همچنین با حمایت کنندگان و استعمارگران غرب، ادعای ارتباط با امام زمان عج یا ادعای قائمیت را مطرح کردند که به‌عنوان نمونه می‌توان به «علی محمد باب» فرزند میرزا رضای بزاز شیرازی و بنیان‌گذار فرقه باییت اشاره کرد.

علی محمد باب زمان که ۲۵ ساله بود ادعا کرد که او بابی به‌سوی امام عصر است و خود را در میان بعضی از مردم ناقل کلام امام زمان (عجل الله تعالی فرجه) معرفی کرد. او می‌گفت بنده‌ای از بندگان و نماینده‌ای از نمایندگان امام عصر است بعدها که زمینه را مساعد دید ادعای اصلی خود را علنی مطرح کرد و با بانگ بلند گفت: من همان قائم هستم که انتظار او را می‌کشید!

منجی آخرالزمان تنها به علی محمد باب خلاصه نشد بلکه پس از او افرادی تا به امروز بودند که به منظور فریب مردم ساده‌دل به دین خدا خیانت کردند و خود را حجت خدا نامیدند، آنها عده‌ای ساده‌لوح را به گرد خود جمع کردند و

تقریب مذاهب و وحدت امت اسلامی

تقریب مذاهب و وحدت امت اسلامی، از جهات گوناگون ضرورتی راهبردی است. در این نوشتار سعی شده است به تقریب مذاهب پرداخته شود زیرا از جهتی ضامن حفظ اقتدار و هویت اسلامی امت است و از جهتی مانع دستیابی دشمنان به اهداف و نیات و اغراض شیطانی شان. قرآن مجید و سنت و سیره ی معصومین (ع) این راهبرد اساسی را به خوبی تبیین نمود و به عنوان یک ضرورت اجتناب ناپذیر به تصویر کشیده است.

اما بحث تقریب را در سه جهت پی می گیریم:

(۱) نگاهی به قرآن مجید در مقوله ی وحدت.

(۲) نگاهی به حدیث ثقلین.

(۳) امام علی (ع) در عرصه ی وحدت.

نگاهی به قرآن:

آل عمران آیه ۱۰۳: و اعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا و.... لعلکم تهتدون. همگی به

ریسمان الهی چنگ بزنید و پراکنده نشوید، و یاد بیاوید سخت خدا را بر خودتان هنگامی که با یکدیگر دشمن بودید. خدا قلوب شما را با یکدیگر مهربان کرد و شما برادر یکدیگر شدید و بر لبه ی پرتگاه آتش بودید که از آن نجاتتان داد، چنین است که خدا آیات خویش را برای شما بیان می کند، شاید هدایت گردید.

قرآن می فرماید: و اعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا:

اگر می خواهید وحدت شما تبدیل به تفرقه نشود و وحدت شما محفوظ بماند، باید به یک جامع مشترک و محکمی که رابطه با خدا و حبل الله است مستمسک شوید.

(اعتصام: کسیکه در معرض سقوط است، به جای محکمی چنگ زد. و خودش را حفظ کند و از سقوط نجات دهد. بنظر ما حبل الله همان اصول سلحه ای است که بنام دین اسلام است. ریسمان الهی همان دینی است که در دوران پیامبر و در قرآن، به صورت صریح آم. اگر از اصول مسلم دینی روی بتابید، قهرا متفرق و پراکنده می شوید.)

انفال آیه ۶۳: لو انفقت ما فی الارض جميعا و.... عزیز حکیم.

اگر همه آنچه که در زمین است انفاق می کردی تا قلب های مردم را به هم

مهربان کنی.

نمی توانستی ولكن خدا بود که در قلب

های آنان الفت و مهربانی ایجاد کرد که

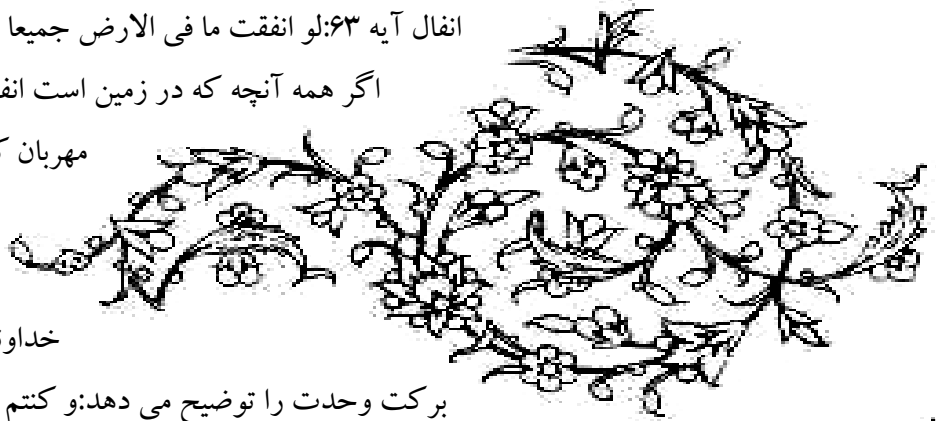
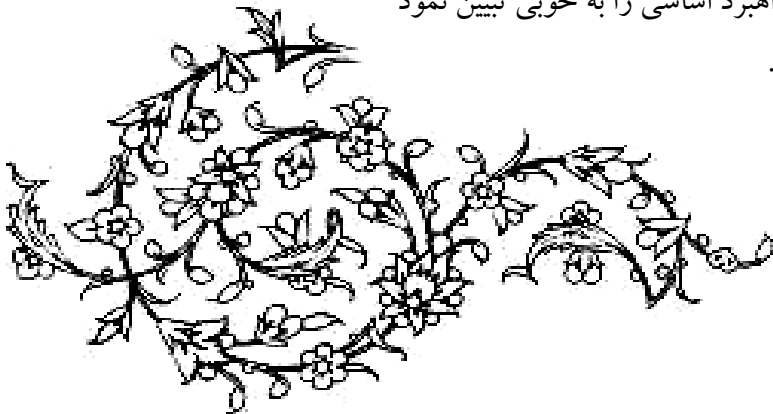
خداوند عزتمند و دارای حکمت است. هم چنین

برکت وحدت را توضیح می دهد: و کنتم علی شفا حفره من النار فانقذکم منها

در اینجا دو مفهوم کاملا متضاد را مجسم می کند، میفرماید:

شما بر لبه ی پرتگاه بودید. پرتگاه چه چیزی؟ پرتگاه تفرقه که خداوند به برکت وحدت، شما را از این پرتگاه رهایی بخشید.

از آیه ی وحدت که فارغ می شویم در ادامه می فرماید:



ولتكن منكم امة يدعون الى الخير و يامرون بالمعروف و ينهون عن المنكر بايد از شما امتی باشند که دعوت به خیر نمایند امر به معروف و نهی از منکر کنند.

این مهم به بعد از وحدت حاصل می شود، اگر تفرقه باشد هیچ دعوت به خیری نخواهد بود مفهوم دیگرش این است که از وحدت خودتان در راه ارشاد بشریت و هدایت آنان استفاده کنید و دیگران را هم به این راه سعادت بخش دعوت نمایید.

نگاهی به حدیث ثقلین:

یکی دیگر از راه های تقریب مذاهب اسلامی، کوشش در جهت نزدیکی دلایل احکام فقهی و مقایسه آنها با یکدیگر است.

مذاهب مختلف اسلامی در گذشته و حال نسبت به استناد به کتاب خدا و سنت نبوی اتفاق نظر دارند و هر چه غیر از این باشند را نمی پذیرند.

حدیث ثقلین و راه های نقل آن:

در خصوص حدیث ثقلین، کافی است به جزوه ی حدیث ثقلین مراجعه کنیم. این رساله را، شیخ قوام الدین وعالمی دیگر، با اشاره ی آیه الله بروجردی تالیف کرد. و دربارهی راه های نقل این حدیث گویند: این را بزرگان علمای مذاهب در گذشته و حال در کتاب های صحاح، سنن، سند، سیره، تاریخ، لغت و.... آورده اند.

حدیث (کتاب الله و سنتی) به طور مرسل بدون ذکر سلسله ی راویان

آن، در الموکا امام مالک آمده است.

دو شنیده که رسول خدا فرمودند:

در میان شما دو چیز به جا گذاشتم که اگر به آنها پایبند باشید، هرگز

گمراه نخواهید شد.

کتاب خدا و سنت پیامبرش، وای بسا همین حدیث در برخی لز خطبه های

پیامبر باشند وجود داشته است.

در کتاب های کافی در باب الرد الی الکتاب و السنه و باب الاخذ بالسنه و شواهد

الکتاب، آمده و اهل بیت (ع) در هر دو باب تاکید کرده اند که ایشان جز آنچه را

در کتاب و سنت ثابت شده باشد، نمی گویند و هر کس با کتاب خدا و سنت

محمد (ص) مخالفت کند، کفر ورزیده است.

مراد از عترت چیست؟

(و عترتی اهل بیتی)

طبیعی است که پیامبر، همه ی افراد خاندان خود را در شمار کسانی که یکی از تقلین هستند و برابر یا معادل کتاب خدا تلقی شده اند، قرار نداد.

از این حدیث چنین برداشت می شود که این افراد در گفته های خود صادق و در نظرات خویش کاملابری صوابند و از طهارت و عصمت برخوردارند و خدا آنان را از خطا ورزی و دروغ در گفته ها معصومیت و مصونیت بخشیده است. گونه های سخنان عترت:

سخنان عترت دو گونه است:

یک گونه، نقل شده از پیامبر است و گونه ی دیگر، استنباط های امامان از کتاب و سنت است که از سوی ایشان، هم چون فتوا تلقی می شود.

نقش حدیث تقلین در تقریب مذاهب:

پیامبر اعظم، با افزودن بر مقام پیامبری که پایان بخش تمامی

پیامبران بوده و پس از وی هیچ پیامبری برگزیده

نشده، مقام ولایت بر مسلمانان را بر عهده داشته

که از آن به حکومت تعبیر می شود. از این جهت،

ایشان دو رسالت یا ماموریت داشته، یکی ابلاغ

رسالت خود و دیگری ولایت امرت در سیاست که

امر و نهی های ایشان بسیار نافذ بود.

منظور از وحدت اسلامی، وحدت امت اسلام است که

خداوند فرمود: سوره انبیا ایه ۱۹۲: ان هذ امتکم امه

واحده و اناریکم فاعبدون)

همانا این امت شما، امت واحده است، پس اساس وحدت را قرآن

نهاده است.

پیامبر به طور رسمی بعد از هجرت، در قرارداد و تعهدی بین مهاجرین و انصار

وحدت امت اسلام را اعلان فرمود: انهم امه واحده من دون الناس: مسلمان ها

جدای از بقیه ی مردم، یک امت هستند. این اعلام رسمی، همزمان با هجرت پیامبر و

تاسیس حکومت اسلامی صورت گرفته، علما بر مفهوم وحدت دینی و عقیده وحدت

سیاسی و اجتماعی آنان را نیز در بردارد.

امام علی (ع) بعد از پیامبر، معیار اساسی وحدت امت است.

نخستین گفتار امام علی (ع) درباره ی فتنه:

سخنی که در پاسخ عباس و ابوسفیان بر زبان جاری ساخته اند. بعد از رحلت رسول خدا،

عباس و ابوسفیان به امام علی پیشنهاد کردند که با او بیعت کنند و این بعد از آن بود که بیعت با ابوبکر در سقیفه

انجام گرفته بود، فرمود: ای مردم موج های فتنه را با کشتی های نجات بشکافید و از راه تکروری و اختلاف دوری گزینید

و تاج های مفاخرت را کنار بگذارید.

بر خلاف عباس عموی پیغمبر، احتمالاً فتنه گری ابوسفیان قوی بود.

در نقل دیگری آمده که پس از بیعت مردم با ابوبکر و ابوسفیان نزد امام علی (ع) آمد و گفت که می خواهم با تو بیعت کنم و من قادرم بین دو کوه مدینه را به حمایت تو پر از لشکر کنم. علی (ع) به او فرمود:

تو هنوز به نفاق خود باقی هستی. فتنه مهم ترین عامل اختلاف امت است.

همانا آغاز وقوع فتنه ها، هواهای نفسانی است که پیروی می شود و احکام بدعت گونه ای که ساخته می شود.

با این توضیحات می توان دیدگاه امام علی (ع) را در باب وحدت مسلمانان به خوبی دریافت نمود.

۱) سخنان آن حضرت در نهج البلاغه.

۲) روش عملی ایشان که عمدتاً از زمان رحلت پیغمبر تا هنگام شهادت خودشان می باشد.

سخنان امام علی (ع) در نهج البلاغه:

۱- توصیف ایشان از نقش رسول اکرم در ایجاد وحدت و اخوت بین مسلمین.

مثال: مردم روی زمین، هنگام بعثت پیامبر (ص) دارای ادیان گوناگون و گرایش های مختلف بودند. دسته ای خدا را به مخلوقاتش تشبیه می کردند یا به خدایان دیگری غیر او معتقد بودند، یا انکارش می کردند. پس خداوند به برکت پیامبر آنها را از اختلاف و ضلالت رهانید و از جهالت نجات داد.

۲- عوامل اخلاقی وحدت و اختلاف: علی (ع) هم نشینی با افراد نا اهل را سبب ایجاد روحیه نفاق و تفرقه می داند. چنانکه می -

فرماید:

دوستی با مردم، نوعی خویشاوند گزینی است.

بالأخره از جنبه اخلاقی گرایش های افراد به یکدیگر، سبب گزیدن راه ها و روش های گوناگون است که خود نشان تفرقه است و لذا دوست گزینی باید با معیارهای عقلانی و منطقی باشد.

۳- دعوت به وحدت و پرهیز از اختلاف:

اختلاف رأی صحیح را ویران می سازد.

شیوه عملی امام علی (ع) در حفظ وحدت:

امام علی (ع) در نهج البلاغه سخنی در شورای ۶ نفره منتخب از جانب خلیفه

دوم ایراد فرمودند:

هنگامی که دید می خواهند با عثمان بیعت کنند و او را به خلافت برگزینند،

علی با وجود تأکید بر حق خود و اینکه با انتخاب دیگری به جای وی به او

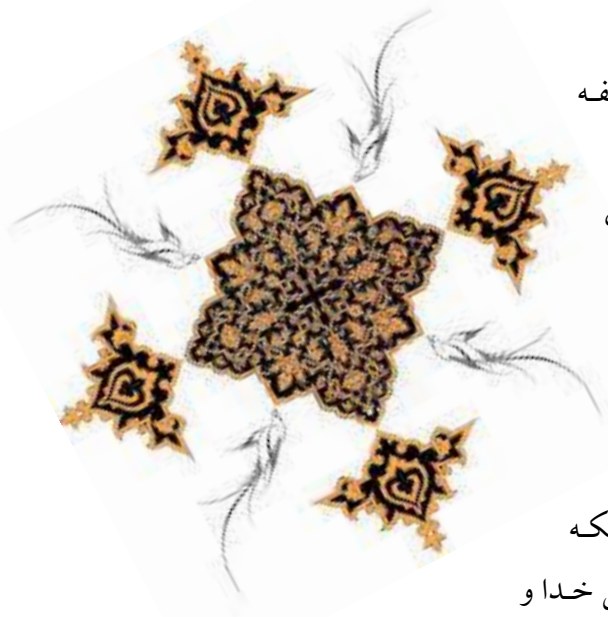
تعدی و ستم نموده اند، فرمود اگر اتحاد امت اسلامی محفوظ بماند، با

این بیعت موافق است.

خطبه ۷۴ ص ۱۰۲: قطعاً شما خوب می دانید که من از دیگران شایسته تر به

خلافت هستم ولی به خدا سوگند من تسلیم هستم و مخالفتی ندارم، مادامیکه

امور مسلمانان به سامان باشد و تنها به من ستم شود و در این کار، اجر و فضل خدا و



هم پرهیز از آنچه از زر و زیور دنیا در آن اختلاف دارید، مسألت دارم.

امام علی فرمودند: بقای دین اسلام نزد ما از هر چیزی محبوب تر است. (شهید مطهری)

در عین حال امام علی مردم را نسبت به حق خودش آگاه ساخت و چون تنها مسأله رهبری سیاسی نبود بلکه امامت و هدایت و مرجعیت علمی ایشان هم مطرح بود.

در خاتمه نوشتار را با بیان دیدگاه دو تن از بزرگان به پایان می بریم.

۱- آیت الله بروجردی که از حامیان تقریب بین مذاهب بودند. می فرمودند: ما شیعیان با اهل سنت

عمدتاً در دو اصل مربوط به اهل بیت اختلاف داریم. یکی در باره ی خلافت علی و خاندانش و

دیگری در باره ی مرجعیت علمی اهل بیت. در حال حاضر سال خلافت مورد نیاز مسلمین نیست، زیرا

خلافتی وجود ندارد که سر آن با هم دعوا کنیم. خلافت مسأله ای است تاریخی که مربوط به گذشته بوده است. آنچه امروز محل

حاجت است این است که بدانند از چه مأخذی باید احکام را گرفت. قرآن مورد اتفاق همه است، در مورد سنت هم در اصل حجیت

سنت رسول اکرم اختلاف نیست. اختلاف در این است که اهل سنت، سنت را از طریق صحابه می گیرند، شیعه از طریق اهل بیت که

استناد به حدیث معروف ثقلین می کنند: اینی تارک فیکم الثقلین کتاب الله و عترتی.

۲- آیت الله علامه سمنانی: در کتاب الوحده الإسلامیه و تقریب بین المذاهب، میان خلافت و امامت فرق می گذارد به این بیان که

امامت نصی است الهی که خاص علی و ائمه بود و خلق مدعی آن نبودند و از طرفی هم امام حتی اگر خلافت ممنوع شود امامت او

هرگز مخدوش نمی شود.

نتیجه گیری:

سه عامل کلیدی زمینه وحدت و تقریب مذاهب اسلامی فراهم می کنند:

۱- قرآن مجید و لذا خواست هایی که در مقوله وحدت در این کتاب مقدس موجود است.

۲- حدیث ثقلین که مورد قبول فریقین نیست.

۳- نقش عترت و اهل بیت خصوصاً علی (ع) در این مقوله.

بنابراین رجوع به قرآن مجید و عمل به مضامین این کتاب سراسر نور نسبت به مقوله تقریب و توجه به مضامین حدیث ثقلین و

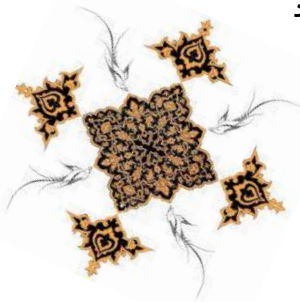
فراگیری درسهایی از عترت و اهل بیت خصوصاً الگو گیری از عمل امام علی می تواند مقوله تقریب مذاهب اسلامی را به همدیگر

عملیاتی نماید.

منابع و مأخذ

۱- قرآن کریم ۲- امام علی (ع)، (۱۹۸۷)، نهج البلاغه، ترجمه صبحی صالح ۳- ابن هشام، (۱۹۸۹) ۴- مطهری، مرتضی (۱۳۷۸)

نوشین گنجعلی و وجیهه عباسی (خلاصه تقریب مذاهب اسلامی ضرورتی استراتژیک نویسنده: محمد واعظ زاده)



وصف مهم اشتباه روی داده، به نحوی که اگر این اشتباه نبود، نکاح صورت نمی گرفت، می توان بطلان نکاح را به درخواست اشتباه کننده اعلام نمود.

قانون مدنی فرانسه اشتباه در وصف را، اشتباه در شخص تلقی می کند، لذا گرایش رویه قضایی فرانسه نیز به گونه ای است که هر سه تفسیر از اشتباه در شخص را می پذیرد. به عنوان نمونه بطلان نکاح در موردی که زن نمی دانسته که شوهرش قبلاً ازدواج کرده و پدر یک طفل است، قبول می کند. همچنین ازدواج دختر با مردی که قبل از ازدواج مرتکب جرم قتل و سپس سرقت شده بود، به علت اشتباه در وضعیت اجتماعی شخص ابطال می نماید. در مورد ناتوانی جنسی مرد عنوان شد که اگر غیر قابل علاج باشد، چون یک وصف اساسی است، لذا اشتباه در آن موجب بطلان نکاح است و نیز در مورد ازدواج مردی با دختری که نزدیکی با او ممکن نیست، عنوان می کند، اگر امکان نزدیکی به صورت مطلق و قطعی نباشد، نکاح باطل است. همچنین اشتباه در وضع روحی شخص را موجب بطلان نسبی نکاح دانسته اند و دروغ یکی از زوجین درباره تابعت نیز در بعضی از موارد، به ویژه در زمان جنگ چندان مهم است که بطلان نکاح را ایجاب می کند.

البته در حقوق فرانسه، تدلیس در نکاح اگر منجر به اشتباهات مذکور نشود، برخلاف قواعد عمومی معاملات، در صحت عقد خللی وارد نمی کند، هر چند که تدلیس نیز در واقع ایجاد اشتباه می کند. چرا که این امر در فرانسه به صورت مثل درآمده است: «در ازدواج هر که بتواند، فریب می دهد»، علاوه بر آن حقوق دانان فرانسه این قاعده استثنایی را با ملاحظات مربوط به استحکام خانواده و جلوگیری از تزلزل آن توجیه می کنند.

در مقایسه حقوق فرانسه و حقوق مدنی ایران می توان دریافت که اشتباه در هویت جسمی شخص موجب بطلان مطلق عقد است و حال آنکه به فرانسه موجب بطلان نسبی شناخته شده است. لذا پس از صدور حکم به بطلان، ازدواج باطل می شود. حال آنکه در حقوق ایران موجب خیار فسخ است، لذا عقد صحیح تلقی شده و آثار خود را تا روز فسخ به همراه خواهد داشت و از روز فسخ اثر عقد از بین می رود، لذا اگر زن قبل از فسخ باردار شود، آن فرزند مشروع خواهد بود، همچنان که تا روز فسخ، مستحق نفقه هم است.

البته در قوانین بعضی از کشورها از جمله روسیه و لهستان نیز به این موارد اشاره شده است. مطابق قوانین حقوق خانواده در روسیه، هرگاه زن و شوهر کسالت شدید و مرض خود را هنگام ازدواج کتمان کرده باشند، همسر می تواند تقاضای طلاق کند.

مقایسه قانون طلاق ایران با فرانسه

از آنجا که در تدوین اولیه قانون مدنی ایران، از قانون فرانسه استفاده شده، بهتر است، موضوع تخلف از صفت مشروط در قانون مدنی فرانسه مورد بررسی و مقایسه با قانون ایران قرار گیرد. در قانون مدنی فرانسه اشتباه در شخص زوج یا زوجه سبب بطلان نسبی نکاح می شود که این اشتباه در شخص، به سه نوع تفسیر می شود:

۱- اشتباه در هویت جسمی شخص (مانند: آنکه مردی می خواسته با دختر



فردی ازدواج کند، ولی با خواهر آن فرد عقد ازدواج می بندد).

۲- اشتباه در وضعیت اجتماعی عقد (مانند مردی با زنی از قبیله «الف» عقد ازدواج می بندد و بعد متوجه می شود که او از قبیله «ب» بوده است).

۳- اشتباه در اوصاف (مانند: آنکه دختری با مردی به تصور آنکه از اشراف است، ازدواج می کند و سپس متوجه می شود، او از فقیرترین طبقه مردم است).

همه حقوق دانان اشتباه در هویت جسمی شخص را موجب بطلان نسبی نکاح می شمارند، اما در معنای اشتباه در وضعیت اجتماعی و اوصاف اختلاف نظر است. حقوق دانانی که مفهوم اشتباه در اوصاف را پذیرفته اند، معتقدند به موجب این نظریه هرگاه دادگاه احراز کند که در یک

ما محتوی قواعدی میباشد که شارع مقدس اسلام پیش بینی نموده و از طرف دیگر از نظر ازدواج ایرانیان غیر شیعه تابع مقررات مذهبی خودشان میباشد. بنابراین قواعدی که در قانون مدنی ما پیش بینی شده درباره بعضی از ایرانیان (زردشتیان کلیمیان ارامنه) مجری نیست و این وضعیت لطمه بزرگی به وحدت نظامات مربوطه به ازدواج وارد آورده است.

پس اولین اختلاف بین ازدواج در ایران و در فرانسه آنکه اولی هنوز جنبه مذهبی خود را حفظ کرده و قواعد مربوطه به نکاح بر حسب مذهب تغییر میکند و حال اینکه در دومی تفکیک بین قانون ازدواج و مذهب کامل و کلیه فرانسویان از هر کیش که باشند مطیع قانون مدنی خواهند بود.

اختلاف دوم مربوط به طبیعت نکاح است. مطابق قانون مدنی ایران، ازدواج عقدی است که جنبه خصوصی در آن غلبه دارد ولی در حقوق فرانسه ازدواج رابطه ای است حقوقی که بیشتر حائز جنبه عمومی میباشد. این معنی از مقایسه زیر بخوبی معلوم میشود:

در ایران ازدواج واقع میشود بایجاب و قبول (ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی) در فرانسه تراضی طرفین کافی برای صحت عقد نکاح نبوده و تا موقعی که متصدی اجراء صیغه که مأمور رسمی دولت است، وقوع نکاح را با عبارات مخصوصه اعلام نکرده ازدواج واقع نمیکردد. از این رو معلوم میشود که مداخله دولت در تشکیل عقد نکاح اهمیت مخصوص داشته و از این حیث با عقود و معاملات عادی اختلاف زیادی دارد. همین نکته در سایر شرایط صحت ازدواج نیز ملاحظه میشود. مثلاً قانون ایران و کالت را در نکاح جائز دانسته (ماده ۱۰۷۱) و حال اینکه در حقوق فرانسه اصل،

در قانون مدنی لهستان علل و موجبات جدایی زن و شوهر احصا نشده است و به طور کلی هر عاملی که ادامه زندگی مشترک بین زوجین را غیر ممکن سازد، سبب طلاق شمرده می شود. رویه قضایی لهستان، فریب کاری در اختفای مرض روحی قبل از نکاح را، به عنوان دلیل قابل قبول و سبب انحلال نکاح پذیرفته است.

در ایران و در فرانسه خانواده پایه اساسی جامعه و خود متکی بر ازدواج است ولی مقننین این دو مملکت نسبت به نکاح عقاید مختلفی دارند: بر حسب آنچه که از قانون مدنی ایران استنباط میشود، ازدواج رابطه ای است غیر ثابت. عقدی است که بیشتر منافع شوهر در آن ملحوظ میگردد. ولی در حقوق فرانسه نکاح عقد محکم و دائمی است که بیشتر بفع اولاد توجه دارد.

اینست وضعیت حقوقی ولی در عمل اختلاف فوق الذکر چندان قابل ملاحظه نیست. چه حقوق ایران چه حقوق فرانسه تحت تأثیر عوامل متضاد رو به تکامل رفته و روز بروز اختلاف فیمابین کمتر میشود: در ایران مقنن سعی میکند که نکاح وضعیت نسبتاً ثابتی بخود گرفته و حافظ منافع اولاد باشد در صورتیکه علاقه محاکم فرانسه باستحکام روابط بین زوجین رو به نقصان میرود. بنابراین میتوان گفت که حقوق ایران و حقوق فرانسه در حالی که برای تکامل تدریجی خود دو مسیر مختلف طی میکنند، در نظر دارند عملاً وضعیت تازه برقرار کنند که بیشتر با احتیاجات فعلی این دو ملت متناسب باشد. این اختلاف در سیر تکاملی باوجود وحدت مقصد نتیجه اختلافی است که در ابتداء امر بین قانون ازدواج در ایران و در فرانسه وجود داشته است:

در فرانسه قانونی که پایه اولیه نظامات مربوطه بازواج را تشکیل داده ناشی از حقوق مسیحی است که معتقد به جنبه مقدس ازدواج میباشد. در این مذهب «نکاح یکی است و دائمی است». یعنی از یک طرف نکاح واقع میشود بین یک مرد و یک زن. بنابراین تعدد زن یا شوهر باطل است و از طرف دیگر نکاح رابطه است دائمی و غیر قابل فسخ. ولی در ایران قوانین مربوطه به ازدواج ماخوذ از حقوق اسلامی میباشد و شارع مقدس اسلام معتقد است که «ازدواج نه یکی است و نه همیشگی»

خلاصه آنکه در ایران و در فرانسه دو مذهب مختلف اساسی قانون ازدواج را تشکیل میدهند و بهمین جهت نظامات مربوطه به آن باهم مغایرت دارند. گرچه در این دو کشور مذهب و دولت از هم تفکیک شده اند. ولی این تفکیک مانع تدوین قسمت عمده ای از قواعد مذهبی نبوده و تغییراتی که قانون مدنی ایران و فرانسه در اصول مذهبی داده اند آنقدر زیاد نیست که جنبه مذهبی ازدواج به کلی از بین رفته باشد. این مطلب خصوصاً در ایران بیشتر صادق است. چه از یک طرف قانون مدنی



بطلان چنین و کالتی است. چه باید که زن و شوهر شخصاً تراضی بازواج نمایند.

جنبه خصوصی ازدواج در ایران و جنبه عمومی آن در فرانسه از نظر موارد انحلال عقد نکاح نیز قابل دقت است. در فرانسه مواد حل نکاح محدود

آخرین اختلاف مهم بین ازدواج در ایران و در فرانسه عبارت از اینست که نکاح در وضعیت حقوقی زن ایرانی مؤثر نبوده و اختیارات مالی او به هیچ وجه محدود نمیشود و مستقلاً میتواند در دارائی خود هر نوع تصرفی که میخواهد بکند (ماده ۱۱۱۸) ولی زن فرانسوی در اغلب تصرفات خود محتاج با اجازه شوهر است. گرچه قانون اخیر فرانسه حدود اختیارات مالی زن را قدری توسعه داده است ولی هنوز اجازه زوج برای صحت بعضی از عقود زوجه ضرورت دارد.

بطور کلی میتوان گفت که از نظر شخصی (ولایت، طلاق و غیره) وضعیت زن ایرانی بخوبی وضعیت زن فرانسوی نیست ولی از حیث مالی زوجه ایرانی بمراتب بر زوجه فرانسوی تفوق و برتری دارد. گرچه بمناسبت بعضی از مواد قانون مدنی وضعیت شخصی زن ایرانی از سابق بهتر است و از این حیث باید سپاسگذار بود ولی مقتضی است اقدامات دیگری نیز در این زمینه بعمل آید و بعلاوه قانونگذار ایران بمناسبت علاقه مخصوص خود به حریت زن، وسائل طلاق و فسخ نکاح را برای او تسهیل کرده و این معنی لطمه بزرگی به اساس ازدواج وارد آورده است. چه حفظ منافع اولاد محتاج به دائمی بودن روابط زناشویی میباشد و امکان تفریق اغلب بضرر اولاد تمام میگردد. حق این بود که عوض توسعه اختیارات زن در امر فسخ و طلاق اختیارات شوهر از این حیث محدود میگردد تا تساوی حقوق زوجین موجب تزلزل بنیان زناشویی نمیشد.

در هر حال آن روزی که قانونگذار ما در مورد اختیارات شخصی زن (حق ولایت، حق طلاق و غیره) اصلاحاتی بنماید وضعیت حقوقی زن ایرانی از هر حیث بر زوجه فرانسوی مزیت و برتری خواهد داشت.

منابع

کتاب طلاق از کتاب شهید اول (لمعه دمشقیه)

اختیار زوجه در طلاق در حقوق ایران (دکتر سید مهدی جلالی)

طلاق در حقوق فرانسه و ایتالیا (دکتر محمد عرفانی)

WWW.HAWZEH.NET

سجاد جوادی ۹۲



بوده و هیچ یک از طرفین نمی توانند امور دیگری را در عقد نکاح قید نمایند.

اختلاف سومی که ظاهراً بین ازدواج در ایران و در فرانسه موجود میباشد، مربوط به جنبه مادی آن است. از مطالعه بعضی از مواد قانون مدنی ایران چنین استنباط میگردد که مهر عبارت است از ارزشی که متعاقدين یا عرف و عادت برای نزدیکی مرد با زن قائلند و بهمین جهت انحلال عقد نکاح قبل از نزدیکی زن را از تمام یا نصف یا قسمتی از صدق محروم میسازد (مواد ۱۰۸۷ و ۱۰۸۸ و ۱۰۹۲ و ۱۰۹۳ و ۱۰۹۷ و ۱۰۹۸ و ۱۱۰۱) و حتی در نکاح منقطع عدم ذکر مهر موجب بطلان عقد است (ماده ۱۰۹۵) بنابراین ازدواج در قانون مدنی ما نوعی معامله است که در آن جنبه مادی ملحوظ شده ولی در حقوق فرانسه ابتدا در عقد نکاح صحبتی از امور مالی بمیان نیامده و مهر به هیچ وجه معمول نیست. البته بین متعاقدين گفتگویی راجع به آثار مالی ازدواج نیز میشود ولی این مطلب در قباله علیحده مذکور گردیده و ابتدا قباله نکاح اشاره ای به آن نمی نماید و در هر صورت قانونگذار فرانسوی ارزش مالی برای زناشویی قائل نیست.

از اختلاف فوق نباید نتیجه گرفت که زوجین فرانسوی بی علاقه بمال بوده ولی زن و شوهر ایرانی مال دوست هستند دقت بیشتری در اختلاف فوق نشان میدهد که این مغایرت ظاهری است. برای فهم این نکته لازم است ببینیم در عمل امور مالی مربوطه با ازدواج چگونه و روی چه اصلی در این دو کشور حل میشود:

از یک طرف در ایران مطالبه مهریه نه بمناسبت ارزش مالی است که مرد برای بضع زن قائل است. اگر ما ایرانیان هنوز در ازدواج خود به مهریه اهمیت میدهیم بیشتر برای محدود کردن اختیارات شوهر است در طلاق زن. و بهمین جهت اغلب اوقات زن مهر خود را حین العقد مطالبه نکرده و فقط در موقع انحلال عقد نکاح آنرا میگیرد. از طرف دیگر تصور نباید کرد که در فرانسه متعاقدين در نکاح توجهی به جنبه مالی امر ندارند. چه بسا اتفاق میافتد بمناسبت اختلاف نظر یا در مقدار جهاز زن و یا در حدود اختیارات مالی شوهر ازدواج عملی نمیگردد.

بررسی قاعده تلف مبیع قبل از قبض

یکی از قواعد فقهی که در تمامی معاملات جریان دارد قاعده فقهی «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» می باشد. مفاد این قاعده که در ماده ۳۸۷ قانون مدنی وجود دارد، این است که اگر بیعی واقع شود و قبل از آنکه مبیع به دست مشتری برسد، بدون تعدی و تفریط تلف شود، بایع خود باید متحمل خسارت شود.

عناصر قاعده

تلف مبیع قبل از قبض دارای عناصر ذیل است:

۱- وقوع عقد بیع

۲- عقد مذکور منجز باشد نه معلق که تملیک در آن قبل از حصول

معلق علیه کامل نشده است.

۳- مبیع به هنگام تلف عین معین یا در حکم آن باشد. در ماده ۳۸۷ به عین معین بودن مبیع یا در حکم

آن اشاره نشده است ولی استنباط این شرط آسان است بدین دلایل اولاً قانون مدنی بر گرفته از فقه است

بنابراین با مراجعه به کتب فقهی میتوان پیشینه آن را کشف کرد دوماً بر طبق قواعد عمومی قراردادها اگر مبیع کلی باشد و

مبیعی که نزد بایع وجود دارد از بین برود او مجبور است فرد دیگری تهیه کند. و همچنین در موردی که تمام افراد کلی از بین برود چون

پیش از تعیین فرد مبیع تملیک انجام نمی شود عقد بیع از ابتدا باطل است و موردی برای انفساخ عقد پیش نمی آید. در مورد این شرط دکتر کاتوزیان

سوالی را مطرح میکنند و آن این است که آیا لازم است مبیع در زمان تلف عقد عین معین باشد یا کافی است به هنگام تلف معین شده باشد؟

در پاسخ به این سوال نظرات برخی از اساتید حقوق را بررسی می کنیم. دکتر امامی چنین سوالی را در کتابشان مطرح نکرده اند ولی در کتابشان می گویند

اگر مبیع کلی فی الذمه باشد ملکیت برای مشتری به وسیله قبض حاصل می شود. از کلام ایشان می توان فهمید که ملکیت برای مشتری به وسیله قبض

حاصل می شود پس اگر مبیع پس از تعیین توسط بایع و قبل از قبض تلف شود بایع ملزم است فرد دیگری را تهیه کند. از کتاب عقود معین دکتر شهیدی

نیز بر می آید که ایشان نیز نظرشان با دکتر امامی یکی است.

اما دکتر کاتوزیان می گویند ما نباید تسلیم را با تملیک اشتباه کنیم و همین که مصداق مبیع کلی از طرف بایع تعیین شود تملیک نیز

تحقق می یابد. و نتیجه می گیرند که در این مورد چون مبیع به ملکیت خریدار درآمده در حکم عین شخصی است

و تلف آن پیش از تسلیم سبب انفساخ عقد می گردد و اضافه می کنند تنها با این تعبیرات است

که با اندک سامحه می توان بیع مال کلی را تملیکی نامید. هر چند که می گویند

پاسخ قطعی به این سوال با رویه قضایی است.

ماده ۳۸۷ ق.م اشعار می دارد: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال

از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر اینکه بایع برای تسلیم به

حاکم یا قائم مقام او رجوع کرده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری است»

چنانچه ملاحظه می شود ماده فوق صریحاً به قاعده مزبور اشاره دارد که لازم است تعریف آن را بیان کنیم:

«هر گاه بیعی واقع شود و قبل از آنکه مبیع به مشتری تسلیم شود بدون هیچگونه تعدی و تفریطی از طرف بایع تلف شود خود بایع متضرر و متحمل خسارت

خواهد شد و لازم است ثمن را به مشتری برگرداند».

سوالی که در این خصوص مطرح می شود این است که آیا قاعده مزبور مطابق قواعد کلی باب معاملات است یا استثنائی بر آن قواعد می باشد. که پاسخ آن

در عنوان مستقلی بحث خواهد شد. از ماده مزبور ۳ شرط برای قاعده تلف مبیع قبل از قبض، استفاده می شود.

۱- مبیع عین معین و خارجی باشد؛ چون کلی در ذمه به دلیل عدم تعیین خارجی آن با قبض توسط مشتری به ملکیت درمی آید.

۲- تلف مبیع قبل از تسلیم آن به مشتری باشد.

۳- مبیع بدون تقصیر (افراط و تفریط) بایع تلف شود ولی اگر بایع و شخص ثالث، سبب تلف آن شده باشند در مبحث جداگانه بحث و بررسی خواهد شد.

حدود قاعده

الف) استثنائی بودن قاعده یا مطابقت با اصول

بحثی که در اینجا مطرح است این است که آیا قاعده مزبور استثناء بر قواعد اولیه حاکمی بر باب معاملات است یا طبق قواعد و اصول مزبور می باشد؟

قبل از شروع به بحث خاطر نشان می کنیم که تلف هر مالی در ملک مالک آن صورت می گیرد بنابراین مقتضای قواعد این است که از ملک مشتری مال تلف می شود نه از ملک بایع. بنابراین خروج از قواعد و دست برداشتن از آنها کار آسانی نیست لذا باید راه حل قانونی پیدا کرد. از این رو در توجیه قاعده مزبور دو نظریه ابراز شده است.

نظریه اول (مطابقت قاعده با اصول)

در بیان این نظریه دو توجیه وجود دارد:

۱- توجیه اول

بر طبق این نظریه، عرف عقلا این است که طرفین مال خود را به دیگری مجاناً تملیک نمی کند بلکه هر کسی در

عوض کالای خود از

دیگری کالایی

دریافت می

دارد

که

اگر این تملیک و تملک امکان نداشته باشد، اعتبار معامله لغو و عملی غیر عقلایی تلقی می گردد. و اگر یکی از طرفین معامله به واسطه تلف کالا نتوانست آن را به دیگری بپردازد قهراً عقد منفسخ می شود و کالای باقی مانده بر ملکیت صاحبش برمی گردد و مالی هم که تلف شد از صاحب مال خواهد بود.

توجیه دوم: هر چند بیع از عقود نیست که قبض شرط صحت آن باشد اما اینگونه هم نیست که قبض هیچگونه تأثیری در بیع نداشته باشد و تسلیم و تسلط شرط کمال ملکیت است یعنی با قبض ملکیت متزلزل سابق مستقر می شود؛ و وقتی که قبل از قبض مبیع تلف شود ملکیت متزلزل مستقر نخواهد شد؛ و آن

ملکیت ناقص هم

بوجود

نخواهد

آمد. براساس این توجیه، قبض بنحو شرط متأخر در کمال ملکیت دخالت دارد و بقاء ملکیت متزلزل که با عقد وجود یافته منوط به تلف نشدن قبل از قبض است و گرنه منفسخ می گردد پس در هر صورت طبق نظریه اول قاعده «التلف المبیع قبل قبضه من مال بایعه» استثناء بر قواعد کلی باب معاملات نیست.

۲- نظریه دوم (استثناء بر قواعد کلی باب معاملات)

بسیاری از فقهای دیگر تأکید می کنند که

ماهیت همه معاوضات

بنا بر سبب مالیت و بطور خلاصه؛ هر دگرگونی شیئی به طوری که

صرف تلف را بر آن صادق بدانند» می دانند. پس آنچه که با عوامل طبیعی از بین می رود یا مالیت خود را از دست می دهد، تلف صدق نمی کند.

مبیع) این واژه از دید لغت و مفهوم عرفی هیچگونه ابهامی ندارد و مقصود از آن مثنی می باشد اما باید روشن شود که شمول قاعده فقط نسبت به مبیع (مثنی) است یا مثنی را نیز شامل می گردد.

قبل از قبض) مراد از عبارت مزبور ظاهراً همانی است که فقها می گویند: قبض یعنی استیلاء بایع بر مثنی و استیلاء مشتری بر مثنی. که به هر صورتی که این استیلاء صورت گرفته باشد کافی

است البته روشن است که قبض هر چیزی به حسب مورد آن فرق می کند، مال منقول به یک نحو

است و غیر منقول به نحو دیگر. من مال بایعه) در عبارت مزبور دو احتمال وجود دارد:

۱- اینکه بگوئیم تلف در مال بایع واقع شده است و کلمه هو به تلف برمی گردد بنابراین بمجرد عقد که مبیع به

ملکیت مشتری درمی آید طبق این احتمال فوری، قبل از تلف و یا به فرموده شیخ انصاری و صاحب حدائق همزمان با تلف، عقد نیز خود به خود منفسخ می شود و اگر قائل به انفساخ نشویم، باید بگوئیم قبض شرط صحت است که خلاف

اجماع فقها است. ۲- احتمال دیگر این که مبیع در ملک مشتری است ولی خسارت و ضمان آن به عهده بایع می باشد. این

احتمال خلاف ظاهر کلام است بله در صورتیکه «علی بایعه، در حدیث مذکور موجود می بود، ممکن بود که بگوئیم فرض مزبور صحیح است، بنابراین معنی صحیح آن این است که در مال بایع تلف صورت گرفته و سبب انفساخ عقد نشده است و دلیل دال بر انفساخ عقد، عبارت مزبور «من مال بایعه» می باشد.

خصوصاً بیع، چیزی جز تملیک مال در مقابل مال، آن هم در عالم اعتبار، نیست و قبض عوضین از آثار تحقق انتقال است. نه اینکه قبض دخالتی در اصل انتقال

کنداری قاعده مزبور، روایتی است که در کتب روایی فقها که با عبارت «کل تلف قبل قبض فهو من مال بایعه»

مربوط شده است.

دکتر لنگرودی می فرماید: «تلف از بین رفتن بدون دخالت مستقیم است. بعضی دیگر تلف را

باعتبار از فنای شیئی هم به حسب تکوین وهنیت و هم به حسب مالیت و بطور خلاصه؛ هر دگرگونی شیئی به طوری که صرف تلف را بر آن صادق بدانند» می دانند. پس آنچه که با عوامل طبیعی از بین می رود یا مالیت خود را از دست می دهد، تلف صدق نمی کند.

این واژه از دید لغت و مفهوم عرفی هیچگونه ابهامی ندارد و مقصود از آن مثنی می باشد اما باید روشن شود که شمول قاعده فقط نسبت به مبیع (مثنی) است یا مثنی را نیز شامل می گردد.

قبل از قبض) مراد از عبارت مزبور ظاهراً همانی است که فقها می گویند: قبض یعنی استیلاء بایع بر مثنی و استیلاء مشتری بر مثنی. که به هر صورتی که این استیلاء صورت گرفته باشد کافی

است البته روشن است که قبض هر چیزی به حسب مورد آن فرق می کند، مال منقول به یک نحو

است و غیر منقول به نحو دیگر. من مال بایعه) در عبارت مزبور دو احتمال وجود دارد:

۱- اینکه بگوئیم تلف در مال بایع واقع شده است و کلمه هو به تلف برمی گردد بنابراین بمجرد عقد که مبیع به

ملکیت مشتری درمی آید طبق این احتمال فوری، قبل از تلف و یا به فرموده شیخ انصاری و صاحب حدائق همزمان با تلف، عقد نیز خود به خود منفسخ می شود و اگر قائل به انفساخ نشویم، باید بگوئیم قبض شرط صحت است که خلاف

اجماع فقها است. ۲- احتمال دیگر این که مبیع در ملک مشتری است ولی خسارت و ضمان آن به عهده بایع می باشد. این

احتمال خلاف ظاهر کلام است بله در صورتیکه «علی بایعه، در حدیث مذکور موجود می بود، ممکن بود که بگوئیم فرض مزبور صحیح است، بنابراین معنی صحیح آن این است که در مال بایع تلف صورت گرفته و سبب انفساخ عقد نشده است و دلیل دال بر انفساخ عقد، عبارت مزبور «من مال بایعه» می باشد.

مبیع) این واژه از دید لغت و مفهوم عرفی هیچگونه ابهامی ندارد و مقصود از آن مثنی می باشد اما باید روشن شود که شمول قاعده فقط نسبت به مبیع (مثنی) است یا مثنی را نیز شامل می گردد.

قبل از قبض) مراد از عبارت مزبور ظاهراً همانی است که فقها می گویند: قبض یعنی استیلاء بایع بر مثنی و استیلاء مشتری بر مثنی. که به هر صورتی که این استیلاء صورت گرفته باشد کافی

است البته روشن است که قبض هر چیزی به حسب مورد آن فرق می کند، مال منقول به یک نحو

است و غیر منقول به نحو دیگر. من مال بایعه) در عبارت مزبور دو احتمال وجود دارد:

وجه نامگذاری

داشته باشد. بنابراین فرض که مبیع با انجام عقد به ملکیت مشتری درمی آید طبق آن قاعده، تلف مبیع قبل از قبض از مال بایع است مبیع لحظه ای قبل از تلف به مالکیت بایع برمی گردد و لذا تلف از مال او محسوب می شود و اگر مستندی برای چنین توجیهی نباشد براساس قواعد کلی حکم می کردیم که تلف از مال مشتری است؛ لکن چون قاعده خاص داریم چنین توجیهی را می پذیریم و آن را استثناء بر قواعد اولیه حاکم بر باب معاملات می دانیم. نکته قابل تأمل در این نظریه این است که چگونه و به چه علت مال لحظه ای قبل

از تلف به ملکیت بایع در می آید و تلف از اموال وی محسوب می گردد. در پاسخ می گوئیم: ملکیت از امور اعتباری است و موکول به نحوه اعتبار شارع و عقلا است لذا دشواری آن برای عقل تا اندازه ای سهل و آسان می گردد.

اشکال بر دو نظریه فوق اشکال بر نظریه اول: مطابق قواعد اولیه باب معاملات خصوصاً بیع، به محض انعقاد عقد مبیع مثلاً، معوضین به ملکیت دیگری درمی آید این مطلب از مسلمات غیر قابل انکار است و قبض از آثار عقد بیع و قبض از آثار عقد بیع است بنابراین قاعده با عنایت به نصوص وارده و اجماع و کلمات فقها خلاف اصل و استثنایی بر قواعد کلی است.

اشکال به نظریه دوم: اگر صرف توجیهات و تحلیلات عقلی را قبول کنیم باید قائل به بطلان و انحلال عقد از تاریخ وقوع آن بشویم. چنانچه شیخ طوسی در کتاب خلاف معامله را باطل می

داند. و اگر مدلول قاعده بازتاب قصد و اراده طرفین باشد که در حین معامله داشته اند و یا نتیجه دخالت قبض در تحقق انتقال بوده باشد، طبیعتاً می بایستی کاشف از تمام نبودن معاوضه باشد نه آنکه بعد از انعقاد و تحقق انتقال، انفساخ صورت گیرد. و حال آنکه اکثر قریب به اتفاق فقها قائل به فسخ معامله از زمان وقوع تلف می باشند. بنابراین بدون تردید قاعده مزبور استثنا بر قواعد اولیه باب معاملات است؛ و نیز ماده ۳۸۷ ق.م. که به تبعیت از فقه امامیه تدوین گشته، خلاف اصل می باشد.

نظر حقوقدانان:

نظر دکتر امامی: ایشان می فرمایند قاعده تلف مبیع قبل از قبض با تملیکی بودن عقد بیع منافات دارد و آن را حکمی استثنایی می دانند. با این حال قاعده تلف مبیع قبل از قبض را منحصر به مبیع نمی دانند و آن را به ثمن نیز سرایت می دهند با این استدلال که چون عنوان ثمن و مبیع در مورد بیع اعتباری می باشد و نقش هر یک در معامله مانند نقش دیگری است.

دکتر شهیدی نیز پس از ذکر اختلافات در پایان می گویند که حکم ماده ۳۸۷ ق.م. استثنایی است و تنها باید در مورد نص اجرا شود با این استدلال که به مجرد عقد بیع مالکیت به

خریدار منتقل و عقد به طور صحیح واقع شده است انفساخ عقد بر خلاف قاعده است. زیرا تلف نمائات مبیع قبل از قبض بر عهده خریدار است. بنابراین استثنایی بودن حکم را قوی تر و از لحاظ حقوقی رساتر است و منحصر به تلف مبیع قبل از قبض و عقود که قانونگذار حکم مزبور را مقرر کرده است مانند قرض جریان پیدا می کند (مفهوم مخالف ماده ۶۴۹). نظر دکتر کاتوزیان: ایشان در ابتدا می فرمایند که به موجب ماده ۳۳۸ قانون مدنی عقد بیع تملیکی است بنابراین اگر پس از وقوع عقد بیع مبیع تسلیم خریدار نشود مبیع نزد بایع امانت است و در صورت تلف مبیع بایع مسولیتی ندارد و تلف از کیسه خریدار است بنابراین حکم ماده ۳۸۷ با تملیکی بودن عقد بیع منافات دارد. ولی بعد در رد این نظر اضافه می فرمایند که خریدار نمی خواهد تنها از لحاظ نظری مالک مبیع شود بلکه هدف نهایی خریدار آن است که در برابر پولی که به فروشنده می دهد بتواند بر مبیع دست یابد و انتقال مالکیت به تنهایی این هدف را تامین نمی کند به همین جهت اگر خریدار بداند که هیچ گاه بر مبیع دست نخواهد یافت حاضر به معامله نمی شود و قصد مشترک طرفین است که در مقابل دادن ثمن به بایع خریدار به مبیع تسلط پیدا کند. بنابراین



از بین رفتن هر جزء جزء دیگر را نیز از بین می برد و در پایان می گویند حکم ماده ۳۸۷ خلاف قاعده نیست. و در پاسخ کسانی که می گویند چرا تلف میبع عقد را از ابتدا باطل نمی کند می گوئیم عقد بیع تملیکی است و در فاصله عقد بیع و تلف، میبع به خریدار تعلق دارد. همچنین دکتر کاتوزیان اعتقاد دارند چون این قاعده جزء اصول حقوقی بر خلاف آن می توان شرط کرد.) بررسی شمول قاعده نسبت به ابواب دیگر معاملات

آیا قاعده مزبور اختصاص به باب بیع دارد یا در سایر معاوضات هم جریان پیدا می کند؟

آیا قاعده مزبور در سایر معاوضات مثل اجاره، صداق و ... جاری است مثلاً اگر مالی بعنوان صداق زوجه معین شود و قبل از قبض تلف گردد به حساب زوج گذاشته می شود یا به حساب زوجه.

مرحوم شیخ انصاری می فرماید: فقیهی را نیافتم که نفیاً یا اثباتاً بطور صحیح در این زمینه سخنی گفته باشد. سپس می فرماید: بله در باب اجاره و صداق و عوض خلع گفته اند ضمان آنها به حساب طرف می آید. اما اینکه عموماً در تمام معاوضات جاری شود در کلام فقها مسکوت عنه گذاشته شده است. البته از بعضی از قسمتهای کتاب تذکره این عمومیت فهمیده می شود یعنی

فرموده است: در بیع انفساخ صورت می گیرد. اما در نکاح و عوض خلع ... ضمان به عهده طرف می آید نه اینکه نکاح منفسخ گردد. مرحوم خوئی نیز به این نکته اشاره کرده اند و می فرمایند:

گرچه مرحوم شیخ این گونه نظر دارد ولی فرق بین بیع و سایر معاوضات وجود ندارد چون در همه اینها سیره جاری

قرار گرفته است و شامل سایر معاوضات نمی گردد. زیرا دلیل دیگر نداریم و تنقیح مناط نیز در این مورد جاری نمی شود. مستندات (سنت، اجماع و اتفاق اصحاب، بناء عقلا، سیره مسلمین):

حدیث نبوی

روایاتی در این زمینه وجود دارد از جمله حدیث نبوی مشهور «کل میبع تلف قبل



چرا که وثاقتی که از عمل اصحاب بدست می آید به مراتب قوی تر از توثیق کتب رجالی است؛ پس در مورد سند حدیث علی رغم اینکه بعضی از فقها فرموده اند این قاعده مستندی از نصوص ندارد جای هیچ نگرانی نیست و دلالت حدیث هم روشن است.

روایت دیگر، روایت عقبه بن خالد از امام صادق (ع) است که در جواب این سؤال که شخصی از شخص دیگر کالایی خریده و کالا به سرقت رفته است در این صورت مال از چه کسی به سرقت رفته است امام فرمودند «من مال صاحب المتاع اللذی هو فی بینه حتی تقبض المتاع و یخرجه من بینه». فاذا اخرج من بینه فالمبتاع ضامن لحقه حتی یرد مال الیه. یعنی مال از صاحب کالایی که متاع در خانه وی بوده و هوز به مشتری تحویل نشده به سرقت رفته است.

سند حدیث به واسطه وجود دو نفر بنام محمد بن عبدالله بن هلال و خود راوی حدیث عقبه بن خالد، ضعیف است چون هر دو مجهول الحال هستند اما چنانکه متذکر شدیم این ضعف به عمل اصحاب جبران شده است.

اجماع

مرحوم صاحب جواهر، علامه در تذکره و شیخ انصاری در این زمینه ادعای اجماع کرده اند اما ظن قوی وجود دارد که این اجماع مدرکی باشد. بنابراین

قبضه فهو من مال بایعه» می باشد. حدیث مزبور گرچه مرسل است و در اکثر کتب شیعه و عامه نقل نشده است اما صاحب مستدرک از کتاب حدیث «غوالی اللؤلؤی» نقل نموده است که اکثر؛ بلکه تمام فقها به مضمون این حدیث عمل کرده و فتوی داده اند. خصوصاً بر مبنای کسانی که در خبر واحد موثوق الصدور بودن روایت را کافی می دانند، روایت مزبور معتبر خواهد بود.

می گردد و غرض هم در معاوضات داد و ستد می باشد و در عرف گفته می شود تو چیزی به من اعطا نکردی تا در مقابل چیزی بدهم و این نکته در همه معاوضات وجود دارد. مرحوم بجنوردی می فرمایند: این بحث مبنی بر این است که مدرک قاعده را چه بدانیم اگر مدرک قاعده روایت باشد مختص به بیع می باشد، زیرا عنوان بیع در روایت موضوع

چنین اجماعی ارزش فقهی ندارد لکن چنین اجماعی مؤید نظر ما است.

بناء عقلا

عقلا وقتی معامله و معاوضه می نمایند قصدشان بر این است که در قبال مالی که می دهند مالی را بدست آورند و وقتی یکی از عوضین قابلیت برای قبض شدن را از دست بدهد عقد به خودی خود منفسخ می شود و علت انفساخ را هم تلف می دانند هرچند لازمه چنین سخنی، تلف شدن مال در ملک مشتری است و این خلاف قاعده و اصول است اما مثبت قاعده مزبور می باشد.

منعی از جانب معصوم (ع) در این مورد نیز نرسیده است بلکه حدیث نبوی مشهور و روایت عقبه بن خالد، دلیل بر عمل سیره می باشد. بنابراین از مجموع ادله و کلمات فقها شیعه و عامه اطمینان حاصل می شود که چنین قاعده ای صحیح است و تردیدی در آن وجود ندارد گرچه در اینکه آیا این قاعده مطابق اصول معاملات است یا قاعده مزبور برخلاف قواعد معاملات است و نیز آیا قاعده مزبور شامل تلف ثمن نیز می شود، اختلاف شده است اما در حجیت و شرعی بودن قاعده در میان اکثر علما بلکه قریب به

ضامن است نه اینکه عقد منفسخ می شود زیرا در غیر این صورت راه سوء استفاده و کلاهبرداری باز خواهد شد چون فروشندگان بعد از معامله اگر متوجه شوند سود و صرفه اقتصادی برایشان ندارد با مصرف میع، معامله را منفسخ خواهند کرد. لذا بایع با اتلاف میع ضامن است. این نظریه قول مشهور فقها است. قانون مدنی ایران هم از این نظریه پیروی کرده است (ماده ۳۸۷).

۲- مرحوم علامه حلی در تحریر الاحکام می فرماید: اتلاف بایع در حکم تلف و سبب انفساخ معامله است و در تذکره آن را به

۳- این که بایع میع را تلف می کند باعث می شود که برای مشتری خیار تعذر تسلیم بوجود آید و مشتری مخیر می شود بین اینکه معامله را فسخ کند یا اینکه قیمت یا مثل تالف را مطالبه نماید. مرحوم شیخ طوسی دو وجه برای آن ذکر می کند.

ب) اتلاف توسط مشتری

مشهور فقها می گویند: اتلاف مشتری به منزله قبض است و فقهای نظیر صاحب جواهر حتی در صورت جهل مشتری هم، اتلاف او را موجب سقوط ضمان می دانند و اینگونه اتلاف هم، قبض تلقی می شود و مرحوم شیخ انصاری هم ادعای اجماع نمودند که اتلاف مشتری به منزله قبض است. ماده ۳۸۹ ق.م.هم نظر مشهور را پذیرفته است. عده دیگری از فقها، نظیر امام خمینی تردید دارند. اتلاف مشتری را محقق تلف می دانند و آن را مشمول قاعده می دانند خصوصاً روایت عقبه بن خالد که در آن اتلاف توسط سارق مطرح بود حکم تلف پیدا کرده بود.

ج) اتلاف توسط اجنبی:

اگر قبل از قبض میع، میع به سرقت رود یا فرد اجنبی آن را تلف کرده باشد در این صورت آیا مشمول قاعده هست. در پاسخ

شیخ طوسی و شافعی نیز نسبت داده است. در توجیه این نظر می توان گفت که از اطلاق و عموم تلف مندرج در قاعده، تلف بوسیله انسان را نیز شامل می شود.

اتفاق علما خلافی نیست.

اتلاف

الف) اتلاف توسط بایع
در این جا سه نظریه وجود دارد:
۱- عده ای از فقها معتقدند در فرض مزبور بایع

سیره مسلمین

سیره مسلمین و متشرعه در معاملات و معاوضات مؤید قاعده است و چون سیره مزبور به زمان معصوم متصل می گردد، حجیت شرعی دارد خصوصاً که



باید گفت مسأله مبنایی است و به نظر فقیه وابسته است یعنی چنانچه مدرک قاعده را روایت عقبه بن خالد بدانیم بین تلف سماوی و اتلاف توسط اجنبی فرقی نیست؛ زیرا سرقت در روایت مثل اتلاف اجنبی است؛ و ثانیاً از روایت حکم کلی تری فهمیده می شود و آن مواردی که در حکم تلف است مثل غرق شدن مبیع و غیره.

ضمان معاوضی

بنظر استاد جعفری لنگرودی در ترمینولوژی حقوق «هر گاه در عقود معاوضی تلف یا اتلاف موضوع معامله به حکم قانون موجب ضمان گردد و ضمان ضامن از همان مال تلف شده حساب شود این ضمان را ضمان معاوضی گویند مانند ضمان بایع نسبت به تلف مبیع قبل از قبض، در همین معنی ضمان معاوضه، ضمان معاملی و مضمون به عوض هم بکار می رود.»

بررسی قاعده از نظر حقوقی

فایده اینکه ضمان معاوضی موافق با قاعده باشد یا مخالف با قاعده و اصول حقوقی باشد چیست؟

۱۱- اگر ضمان معاوضی (م ۳۸۷) موافق با اصول و قواعد حقوقی باشد اختصاص به مبیع ندارد و

در کلیه عقود معوض جاری است ولی اگر استثناء باشد فقط در بیع و مبیع راه دارد و نمی تواند آن را به سایر عقود تعمیم داد.

۱۲- اگر قاعده ضمان معاوضی (تلف مبیع قبل از قبض بر اثر حوادث خارجی) موافق قاعده عمومی قراردادها باشد و نتیجه قصد مشترک طرفین باشد، قاعده ای است تکمیلی و طرفین می توانند بر خلاف آن تراضی نمایند و گر نه از قواعد امری است و نمی توان بر خلاف آن تراضی نمود.

دکتر کاتوزیان: (مبنای ضمان معاوضی ماهیت معاوضه است) یعنی هدف خریدار از بیع تسلیم مبیع می باشد و زمانی که تسلیم امکان ندارد بیع به حکم قانون منفسخ می شود. دکتر کاتوزیان معتقد است که ضمان معاوضی موافق با قاعده است و می توان بر خلاف آن تراضی نمود

دکتر شهیدی: مبنای ضمان معاوضی ماهیت معاوضه نیست و به موجب قاعده هر مالی که تلف شود از کیسه مالک است و این قاعده یک استثناء است و باید در حدود نص تفسیر شود و یک قاعده امری می باشد

بنابراین می توان گفت که ما قبول داریم بیع موجب تملیک و به تبع آن موجب انتقال ضمان معاوضی است، اما در عقود معاوضی صرف انتقال یافتن مال هدف اصلی نیست بلکه رسیدن به آن هدف نهایی در معامله است و لذا با تلف یکی از عوضین تعهد مقابل نیز ساقط خواهد شد، در واقع با از بین رفتن یکی از عوضین، موضوع آن نیز از بین می رود لذا بقای آن منوط بر بقای موضوع عوضین است، در واقع با از بین رفتن موضوع عقد می توان گفت که عقد هم منفسخ خواهد شد.

با توجه به ماهیت تملیکی بودن عقد بیع و انتقال فوری مالکیت مبیع به خریدار از زمان وقوع عقد و از آنجایی که در اثر وقوع عقد بیع هر گونه سلطه مالک بر مایملک به خریدار منتقل می گردد و طبق قاعده «الهلک علی المالك» قاعدتاً مسئولیت هر گونه تلف و خسارات نیز باید پس از عقد به خریدار منتقل شود لیکن بر خلاف این اصول کلی حقوقی که اقتضای انتقال ضمان معاوضی به خریدار پس از وقوع عقد بیع را دارد، بنا بر قاعده فقهی «تلف مبیع قبل از قبض من مال بایع» مسئولیت تلف مبیع قبل از قبض و تسلیم آن به خریدار به عهده فروشنده خواهد بود.

مبانی حقوقی ضمان معاوضی

در ارتباط با مبانی حقوقی ضمان معاوضی و ماده ۳۸۷ قانون مدنی

ایران، تحلیل‌های مختلفی از سوی علماء و اندیشمندان علم حقوق بعمل آمده است که ذیلاً به چند مورد اشاره می‌شود.

۱- ید بایع بر مبیع بعد از انعقاد عقد و قبل از تسلیم، تصرف در مال غیر و بدون مجوز بوده و در حکم غصب است لذا مسئولیت تلف و خسارات وارده بر مبیع نیز در این فاصله زمانی بر عهده غاصب خواهد بود.

۲- ضمان معاوضی بایع استثنایی بر اصل تملیکی بودن عقد بیع بوده و ناشی از تسلیم در برابر حکم شارع است. این دلیل توجیهی با تکیه بر روایت و حدیث نبوی و قاعده فقهی «تلف مبیع قبل از قبض من مال بیع» بیان شده است و مبتنی بر نظر فقهای امامیه است. که قبلاً بدان اشاره شده است.

۳- در صورت تلف مبیع قبل از قبض، عقد بیع لحظه‌ای قبل از تلف منفسخ شده و تلف در ملک بایع خواهد بود.

۴- تملیک پس از وقوع عقد بیع بصورت موقت و متزلزل حاصل شده و کماکان متوقف بر قبض است.

۵- با توجه به معاوضی بودن عقد بیع، ضمان معاوضی بایع در اثر تلف مبیع قبل از قبض با قصد مشترک طرفین عقد و مطابق با اصول حقوقی حاکم بر معاملات معاوضی است. زیرا دادن ثمن به فروشنده و تسلط بر مبیع خواست مشترک طرفین عقد

است و با از بین رفتن جزئی از آن، جزء دیگر نیز از بین می‌رود و همین که مبیع تلف شد، تعهد خریدار به دادن ثمن نیز مبنای خود را از دست می‌دهد و به خریدار باز می‌گردد.

نتیجه

با توجه به ماهیت حقوقی عقد بیع از حیث تملیکی و معاوضی بودن و با توجه به عرف معمول بازار داخلی و بین‌المللی بنظر می‌رسد قاعده ضمان معاوضی بایع ناشی از تلف مبیع قبل از قبض و تسلیم کالا به خریدار مطابق اصول و قواعد حقوقی و دارای مبنای عقلایی بوده و صرفاً یک امر استثنایی و خلاف قاعده و ناشی از تعبد و تسلیم محض محسوب نمی‌شود و نشانه‌های کلیت این قاعده را می‌توان در مواد مختلف قانون مدنی از قبیل اجاره، قرض، جعاله و تعهدات مشاهده کرد. لذا هرگونه توافق طرفین برخلاف حکم ماده ۳۸۷ قانون مدنی در بیع داخلی و همچنین توافقات تجار برخلاف مقررات تکمیلی کنوانسیون بیع بین‌المللی به لحاظ عدم تعارض با نظم عمومی نافذ بوده و قابل ترتیب اثر می‌باشد.

برخی از منابع:

۱- سیدمصطفی محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی (مالکیت، مسئولیت)، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۴.

۲- قدرت الله مشایخی، قاعده‌های فقهی، سازمان مطالعه و تدوین سمت، دانشگاه الزهراء (س) (وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی)، چاپ اول ۱۳۸۳ و دوم ۱۳۸۵.

۳- روش‌شنعلی شکاری، قواعد فقه: فقه مدنی، نشر میزان، چاپ اول: زمستان ۱۳۹۳.

۴- آیت الله محمد موسوی بجنوردی، قواعد فقهیه، انتشارات مجد، چاپ دوم: ۱۳۸۷.



عدم لزوم اجتهاد قاضی

مقدمه

مشهورترین و رایج‌ترین نظر میان فقهای شیعه شرط اجتهاد قاضی می‌باشد. اما با این وجود تعدادی از فقها مانند صاحب جواهر تقلید از مجتهد جامع شرایط را نیز برای قاضی معتبر می‌دانند که در این مقاله سعی بر این است تا با بررسی ادله، جواز قضاوت قاضی غیر مجتهد و مأذون را به اثبات برسانیم

با توجه به شرایط موجود جامعه و نیاز به قاضی در دادگستری‌ها، فقط با نصب قاضی از سوی ولایت فقیه و اذن ایشان قاضی می‌تواند قضاوت کند و قضاوتش نافذ است

کلیدواژه: قاضی، مجتهد، قاضی مأذون، نفوذ حکم، نظام حاکم

شرایط فقهی و حقوقی قضاوت

یکی از شرایط قاضی، علم است و مراد فقها از علم، اجتهاد است. همان‌طور که بعضی از فقها به آن تصریح کرده‌اند، برای اعتبار شرط اجتهاد در قاضی ادله متعددی از آیات و روایات وجود دارد؛ با این وجود این‌اگر قرار باشد قضاوت به مجتهدان محدود شود قضات کافی برای رسیدگی به دعاوی وجود نخواهد داشت به همین دلیل در عین حال که شرایط متعددی برای احراز سمت قضاوت در کشور ما پیش‌بینی شده، شرط اجتهاد از میان شرایط قضاوت حذف شده است.

البته در نوع اجتهاد قاضی، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد و عده‌ای معتقدند که قاضی باید مجتهد مطلق باشد و عده‌ای اجتهاد متجزی را نیز برای قضاوت کافی دانسته‌اند. و حتی عده‌ای اجازه امام یا مجتهد جامع شرایط را برای دادرسی کسی که مقلد است و حتی به مرحله اجتهاد متجزی هم نرسیده است درست و روا می‌دانند اینان اجماع ادعایی از سوی کسانی را که می‌گویند قاضی باید مجتهد مطلق باشد را رد می‌کنند و نمی‌پذیرند و برآنند که چنین اجماعی تحقق نیافته است.^۲

به عنوان مثال، صاحب جواهر می‌گوید که آنچه از کتاب و سنت استفاده می‌شود، این است که قضاوت بر اساس علم و آگاهی، صحیح و نافذ

۱. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۰، دارالکتب الاسلامی، تهران، ۱۳۶۲ش، ص ۱۹

۲. ساکت، محمد حسین، دادرسی در حقوق اسلام، میزان، تهران، ۱۳۸۲، ص ۲۲۹

است و کسی که عالم به مسایل قضاوت است و بر اساس آنها حکم می‌دهد، مصداق روایات خواهد بود، چه از طریق اجتهاد، این علوم را فرا گرفته باشد و چه از طریق تقلید عالم شده باشد؛ زیرا هیچ کدام از نصوص، شرط اجتهاد را نمی‌رسانند. بلکه نصوص، دال بر اعتبار علم و آگاهی به احکام و قوانین و ضوابط قضاوت است.

اقسام قاضی:

قاضی منصوب: قاضی منصوب کسی است که تمام شرایط و صفات قاضی را داراست؛ در نتیجه از طرف امام معصوم «علیه السلام» برای امر قضا، منصوب گردد.

فقها در تعریف قاضی منصوب می‌گویند:

قاضی منصوب کسی است که از طرف امام «علیه السلام» مامور به قضاوت شده است و امام «علیه السلام» صلاحیت و اهلیت او را می‌داند و از همین جهت است که او را نصب می‌کند صاحب جواهر نیز می‌گوید: ثبوت ولایت قاضی، منوط به اذن از امام «علیه السلام» است؛ زیرا عموماً باب قضا، مقید به اذن امام «علیه السلام» است، بدلیل اینکه قضاوت منصبی است که متعلق به امام معصوم «علیه السلام» است، در نتیجه فقیه جامع شرایط باید از طرف امام «علیه السلام» منصوب گردد. البته گاه نصب قاضی از طرف امام در حالت حضور و بسط ید امام «علیه السلام» و گاه در حالت غیبت و عدم بسط ید است. در صورت حضور و بسط ید امام «علیه السلام»، برایشان لازم است که در شهرهای خالی از قاضی، افرادی را بعنوان قاضی، نصب نمایند. در صورت غیبت و عدم بسط ید، قضاوت فقیه عادل امامی و جامع شرایط نافذ است، بدلیل اذن عام و نصب عامی که مستفاد از خبر ابی خدیجه و غیر آن است. پس گاهی امام «علیه السلام» نصب قضات را بطور خاص، انجام می‌دهد؛ بدین معنا که امام «علیه السلام» اشخاصی مانند، زراره، محمدبن مسلم، ابی بصیر و باقی صحابه جامع شرایط را بعنوان قاضی منصوب می‌کند و گاه نصب

۳. محقق حلی، ابوالقاسم، شرایع الاسلام، ج ۴، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق، ص ۶۸

۴. حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، باب ۳، موسسه آلالیت لاحیاء التراث، قم، ۱۴۱۲ق، ص ۱۱

۵. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۱۷

۶. شهید ثانی، زین الدین ابن علی، مسالک الافهام، موسسه المعارف الاسلامی، ۱۴۱۸، ج ۲

۷. حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، باب ۳، ص ۴

دلیل عمده دسته اول، مشهوره ابی خدیجه است که در آن آمده است: (...انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً قضایانا... فإنی قد جعلته قاضياً؛ با این بیان که با فرض قبول عدم اطلاق (علم بر آگاهی مقلد، و دلالت مشهوره بر لزوم اجتهاد، عبارت (یعلم شیئاً...))، صراحت دارد بر کفایت تجزی و این که علم به مقداری از قضایای اهل بیت (احکام)، برای احراز منصب قضاوت کافی است.

قضاوت مقلد در صورت اضطرار

عده‌ای از اعلام بر این عقیده‌اند که حتی اگر اجتهاد را از شرایط مسلم قاضی هم بدانیم، در صورت اضطرار و فقدان مجتهد، قضاوت مقلد واجد شرایط نافذ است. مرحوم محقق اردبیلی^۳ از این فهد حلّی نقل می‌کند که در حاشیه کتاب دروس فرموده است:

للفقیه الامامی و ان لم یجمع شرائط الاجتهاد، الحکم بین الناس و یجب العمل بما یقوله من صحه و ابطال... فی حال الغیبه و عدم المجتهد.

محقق قمی^۴ صاحب المناهل^۵ نیز با استناد به لزوم تلف اموال، هتک اعراض، عسر و حرج و لزوم هرج و مرج، برای صورت اضطرار حساب جداگانه باز کرده‌اند و معتقدند: در این صورت نمی‌توان اجتهاد را شرط دانست. البته مرحوم مجاهد تنها به قاعده نفی عسر و حرج اشاره کرده است.

عده‌ای دیگر چون: مرحوم میرزا حبیب الله رشتی^۶ و مرحوم آشتیانی^۷ بین حکم در شبهات موضوعیه و حکم در شبهات حکمیّه تفصیل داده‌اند و معتقدند: در شبهات موضوعیه، در صورت فقدان مجتهد، نشستن بر منصب قضاوت برای مقلد جایز (وحتی گاهی واجب) است. دلیل آنها همان لزوم جلوگیری از اختلال نظام و ترضیع حقوق و اموالی که همانند نفوس شرعاً حفظشان واجب است و همچنین پرهیز از مراجعه به طاغوت و سلطان جائر است. اما این عده به هیچ وجه حتی در صورت فقدان مجتهد قضاوت مقلد را در شبهات حکمیّه جایز نمی‌دانند؛ زیرا هیچ یک از محدودیت‌های یاد شده (اختلال نظام...) لازم نمی‌آید. وجه آن هم

امام بصورت عام و با عبارت «اجعلوا بینکم رجلاً ممن قد عرف حلالنا و حرامنا، فانی قد جعلته، قاضیا» است. در نتیجه هر کسی که مصداق «عرف حلالنا و حرامنا...» باشد، از طرف امام منصوب برای قضاوت کردن، است. همچنین عده‌ای تصدی قضا را بدون اذن فقیه جامع شرایط حرام می‌دانند. زیرا قضاوت نیازمند به اذن از صاحب شریعت دارد برای غیر مجتهد چنین اذنی به ثبوت نرسیده است و حتی صاحب جواهر هم در عصر غیبت امام زمان اذن فقیه جامع شرایط را شرط نفوذ قضاوت غیر مجتهد به حساب آورده است.^۱

قاضی تحکیم: یکی از مباحث بسیار مهمی که فقها مورد بررسی قرار داده‌اند، بحث قاضی تحکیم است که آن را اینگونه تعریف کرده‌اند:^۲ زمانی که طرفین دعوی با هم توافق کنند که فردی را بعنوان حکم و داور انتخاب کنند تا اختلاف آنها را فیصله دهد و به آنچه وی حکم کند، راضی شوند و بپذیرند، فرد مورد تراضی را، قاضی تحکیم گویند. شایان ذکر است که قاضی تحکیم باید تمام شرایط قاضی منصوب را دارا باشد، مگر اذن و اجازه از طرف امام معصوم «علیه السلام».

قضاوت متجزی

اولین فقهی که با صراحت این مسئله را مطرح کرده است، مرحوم علامه در تحریر است که قول به جواز را تقریب کرده است: (هل یتجزی الاجتهاد ام لا؟ الا قرب نعم...) و سپس برای قول خود، به مشهوره ابی خدیجه استناد می‌کند^۳ به تبع وی محقق اردبیلی^۴، محقق قمی^۵ صاحب جواهر^۶ و... نیز همین قول را برگزیده‌اند. در برابر، شهید ثانی^۷، سبزواری^۸ (در صورت وجود مجتهد مطلق)، فاضل هندی^۹، صاحب مفتاح الکرامه^{۱۰}، صاحب ریاض^{۱۱} قضاوت مجتهد متجزی را جایز نمی‌دانند.

۱. محمدی گیلانی، محمد، قضا و قضاوت در اسلام، افست مروی، ص ۵۱

۲. شیخ طوسی، محمد بن حسن بن علی، مبسوط فی فقه الامامیه، ج ۸، مکتبه المرتضویه لاجیاء التراث الجعفریه، تهران، ۱۳۵۱ق، ص ۶۴

۳. تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۱۸۰.

۴. مقدس اردبیلی، احمد، مجمع الفائده والبرهان، ج ۱۲، انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین قم، قم، ۱۴۱۷ق، ص ۱۰۱

۵. جامع الشتات، ص ۷۱۰.

۶. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۳۴.

۷. شهید ثانی، زین الدین ابن علی، مسالک الافهام، ج ۲، ص ۳۵۱.

۸. کفایة الاحکام، ج ۲، ص ۲۶۱-۲۶۲.

۹. فاضل هندی، محمد بن حسن بن محمد، کشف اللثام، ج ۲، المکتبه آیه الله مرعشی، قم، ۱۴۰۵ق، ص ۳۲۴.

۱۰. عاملی، محمد جواد حسینی، مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه، ج ۱۰، دارالتراث، بیروت، ۱۴۱۸ق، ص ۱۰۹.

۱۱. طباطبای، علی، ریاض المسائل، ج ۲، دارالهادی، بیروت ۱۴۱۲ق، ص ۳۸۸.

۱۲. حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، باب ۳، موسسه آلالیت لاجیاء التراث، قم، ۱۴۱۲ق، ص ۴.

۱۳. مقدس اردبیلی، احمد، مجمع الفائده والبرهان، ج ۱۲، انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین قم، قم، ۱۴۱۷ق، ص ۱۴.

۱۴. جامع الشتات، ص ۷۱۱.

۱۵. المناهل، ص ۶۹۹.

۱۶. کتاب القضاء، رشتی، ج ۱، ص ۵۸-۵۷.

۱۷. کتاب القضاء، آشتیانی، ص ۱۶-۱۷.

متن روایت: عن ابن خدیجه قال: قال ابو عبدالله: إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور و لكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضایانا فاجعلوه بینکم فأنتی قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه^{۱۱}

آنچه در قاضی معتبر است، علم او به مقداری از قضایای اهل سنت است، و مقلدی که به مسائل و احکام شرعی آگاهی کامل دارد، واجد این شرط است. مرحوم آیت الله گلپایگانی در این باره می‌فرماید:

فإن کلاً من المقلد و المجتهد المتجزی يعلم شيئاً... و الروایة تعمّ زمان الغیبة و الحضور معاً لکن قال المجلسی هی خاصّة بزمان الحضور و فیه أن ظاهر قوله: (یعلم شيئاً) اشتراط کونه عالماً سواء مع الواسطة أو بدونها فلا اختصاص بزمان الحضور.

دلیل سوم

سومین دلیل مجوزانی مانند فاضل نراقی^{۱۲} و صاحب جواهر^{۱۳} که دلیل تامی است، همه عموماً نصوصی است که امامان معصوم به نوعی در آنها عالمان شیعه را شایسته منصب قضا دانسته‌اند.

یک مقلد آگاه به احکام صادر از ائمه معصوم نیز در عنوان (عالم) داخل است؛ زیرا او نیز هر چند با تقلید صحیح و نه اجتهاداً به احکام اهل بیت علم دارد و در نتیجه همه ادله‌ای که عالم را شایسته منصب قضاوت می‌دانند، شامل وی نیز می‌شود.

دلیل چهارم

روایت عبدالله بن طلحه از امام صادق -علیه السلام- است. آن حضرت فرمودند: اقص علی هذا کما و صفت لک فقال: یضمن موالیه الذین طلبوا بديء الغلام و یضمن السارقون فیما ترک أربعة آلاف درهم^{۱۴}

مرحوم صاحب جواهر^{۱۵} این روایت را به عنوان دلیل و مرحوم آیت الله گلپایگانی^{۱۶} آن را به عنوان مؤید ذکر کرده‌اند.

امام «علیه السلام» با بیان احکام یک حادثه معین به یک فرد اجازه قضاوت در مورد آن حادثه را دادند.^{۱۷} ظاهر روایت هم این است که مأذون حکم را نمی‌دانسته و در همان جلسه حضرت آن را برایش تشریح کردند.

این است که فصل در این قسم از شبهات، به بینه و جرح و تعدیل آن نیاز ندارد و حکم، به مجرد فتوای مجتهد حاصل است.

و برخی برآند که اگر قاضی در مسائل دادرسی (قضا) و آنچه بدان وابسته است مجتهد باشد این بخش از اجتهاد برای او کافی است.^۱

ادله جواز قضاوت مقلد و نقد و بررسی آنها

دلیل اول

آنچه از کتاب و سنت استفاده می‌شود، این است که به ادعای صاحب جواهر میزان و ملاک در این باب، قضاوت به حق است. این مطلب از آیاتی چون: (ان الله یأمرکم ان تؤدوا الامانات الی اهلها و اذا حکمتم بین الناس ان تحکموا بالعدل)^۲، (یا ایها الذین آمنوا کونوا قوامین لله شهداء بالقسط و لا یجرمنکم شان قوم علی ان لا تعدلوا...)^۳ و مفهوم: (ومن لم یحکم بما انزل الله فاولئک هم الفاسقون)^۴، و روایاتی چون: (القضاة اربعة ثلاثة فی النار و واحد فی الجنة... و رجل قضی بجور و هو یعلم فهو فی النار)^۵ و روایت امام صادق -علیه السلام-: (الحکم حکمان حکم الله و حکم أهل الجاهلیة فمن أخطأ حکم الله فقد حکم بحکم الجاهلیة)^۶ و... به خوبی استفاده می‌شود و بدون شک کسی که احکام خدا را به دست آورده (هر چند با تقلید از مجتهد باشد) و براساس آنها بین مردم حکم کرده است، در زمره کسانی است که حکم به حق کرده‌اند.^۷

و تنها در مقام بیان همان لزوم حکم به حق و عدم حکم به جور و باطل هستند و روشن است که یکی از شرایط اطلاق (و از مقدمات حکمت)، در مقام بیان بودن متکلم است.

دلیل دوم

دلیل دوم مشهوره ابی خدیجه است. مرحوم محقق قمی^۸، صاحب جواهر^۹ و آیت الله گلپایگانی^{۱۰} از کسانی هستند که برای اثبات جواز قضاوت به وسیله مقلد به این روایت استدلال کرده‌اند.

۱. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، عروه الوثقی، مطبعة الحیدری، تهران، ۱۳۷۸ق، ج ۳، ص ۸

۲. نساء/سوره ۴، آیه ۵۸.

۳. مائده/سوره ۵، آیه ۸.

۴. مائده/سوره ۵، آیه ۴۷.

۵. شیخ صدوق، ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه، انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین قم، قم، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۴.

۶. حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، باب ۳، موسسه آلالبیت لاحیاء التراث، قم، ۱۴۱۲ق، ص ۱۱.

۷. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۱۵-۱۶.

۸. جامع الشتات، ص ۷۱۱.

۹. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۱۶.

۱۰. گلپایگانی، محمد رضا، کتاب القضاء، ج ۱، مطبعة الخیام، قم، ۱۴۰۱ق، ص ۲۷.

۱۱. حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، باب ۳، موسسه آلالبیت لاحیاء التراث، قم، ۱۴۱۲ق، ص ۴.

۱۲. نراقی، احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعه فی احکام الشرعیه، ج ۲، موسسه آلالبیت، قم، ۱۴۱۹ق، ص ۵۱۷.

۱۳. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۱۷.

۱۴. حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۹، موسسه آلالبیت لاحیاء التراث، قم، ۱۴۱۲ق، ص ۴۵.

۱۵. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۸۷.

۱۶. گلپایگانی، محمد رضا، کتاب القضاء، ج ۱، مطبعة الخیام، قم، ۱۴۰۱ق، ص ۳۳.

۱۷. حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، باب ۳، لالبیت لاحیاء التراث، قم، ۱۴۱۲ق، ص ۹۹.

دلیل پنجم

دلیل پنجم مقبوله عمر بن حنظله است مرحوم محقق قمی در مقام استدلال برای جواز قضاوت مقلد، به مقبوله استناد کرده، و وجه الاستدلال فیما نحن فيه (أی قضاء المقلد) أن المراد بالعلم و المعرفة لیس معناه الحقیقی جزماً لفقدته فی المجتهد الكل ایضاً؛ ...منظور از علم و معرفت در روایت قطعاً معنای حقیقی آن قطع صدر در صد نیست؛ زیرا مجتهد مطلق هم فاقد چنین علمی است.^۱

دلیل ششم

روایت حلبی: قال: قلت لأبی عبدالله - علیه السلام -: ربما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعة في الشيء فيتراضيان برجل منا، فقال: ليس هو ذاك إنما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف و السوط مرحوم صاحب جواهر^۳ این روایت را به عنوان دلیل آورده طبق مضمون این روایت، امام صادق - علیه السلام -، رضایت طرفین نزاع را به مردی از شیعیان برای حکم امضا فرموده و تفصیل هم نداده است که مثلاً آن فرد باید دارای فلان مرتبه از علم و معرفت باشد. نتیجه می گیریم که لازم نیست فردی که برای قضاوت برگزیده می شود، مجتهد باشد

دلیل هفتم

استدلال به سیره پیامبر اکرم (ص)

اثبات این مطلب که عده ای از قضات در زمان پیامبر مجتهد نبوده اند، کار آسانی نیست؛ هر چند روایت مربوط به اعزام معاذ به یمن از سوی پیامبر مطابق یک نقل آن به این مدعا اشعاری دارد؛ زیرا طبق این نقل، معاذ در برابر پرسش پیامبر که: (اگر حکمی را در کتاب و سنت نیافتی، چه می کنی؟) عرض کرد: (استأذن جلسائی)، و حضرت هم او را تأیید کردند^۴. ولی به هر حال، اثبات اجتهاد همه آنها نیز آسان تر نیست؛ لذا این بیان را می توان تنها مؤیدی دانست برای قول به عدم اعتبار.

این استدلال بر اساس مشابه سازی زمان پیامبر با زمان ما بر یک صغری و کبری مبتنی است. صغری قضیه این است که در زمان پیامبر قضات منصوب از سوی پیامبر اکرم (ص) هم مجتهد نبوده اند و مقدمه دیگر این است که میان زمان ما و زمان پیامبر تفاوتی در این مساله وجود ندارد نتیجه این است که از جواز نصب قاضی غیر مجتهد از سوی پیامبر اکرم (ص) جواز آن در این زمان اثبات می شود.

دلیل هشتم

نصب مجتهدان برای منصب قضاوت عدم صلاحیت دیگران را ثابت

نمی کند

بیان استدلال این است که امام صادق (ع) که مطابق مقبوله فقها را برای منصب قضاوت نصب کرده اند جواز نصب غیر مجتهد را نفی نکرده اند؛ از این رو از این نصب بیش از رجحان استفاده نمی شود.

دلیل نهم

عموم ادله ولایه فقیه به وی اجازه نصب غیر مجتهد را می دهد.

عموماتی که بر ولایت فقیه عادل در زمان غیبت دلالت دارد و او را برای اداره امور مسلمین صاحب اختیار می داند شامل نصب قاضی هم می شود. و طبق این

عمومات همه اختیاراتی که امام معصوم ع دارد ولی فقیه هم داراست.

دلیل دهم

قانون اساسی و قوانین دیگر

امام خمینی می فرماید: پذیرش قضاوت غیر مجتهدین از بابا اضطرار نیست و عالم به احکام بودن قاضی، از طریق اجتهاد و استنباط مستقیم از ادله و منابع احکام ضروری نیست؛ همین که قاضی عالم به احکام و قواعد حقوقی مکتب اهل بیت (ع) باشد مأذون در امر قضا از طرف امام معصوم (ع) است.^۵

نکته ی مهم که محور اصلی آن، گذشته از پذیرش لزوم شرط «اجتهاد» برای قاضی یا عدم لزوم آن، در شرایط فعلی و با نظام اجرایی کنونی نه تنها لزومی به مجتهد بودن قاضی نیست بلکه امکان پذیرش این معنا که قاضی به اجتهاد خود قضاوت کند و التزام به لوازم آن از جمله غیر قابل تجدید نظر بودن آن، وجود ندارد.

۵. (صحیفه امام/۷/۳۷۹)

۱. جامع الشتات، ص ۷۱۰.

۲. حرعالمی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، باب ۳، ص ۵.

۳. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۱۸.

۴. طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، ج ۳، انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین

قم، قم، ۱۴۱۷ق، ص ۲۲۷.

لزوم استناد آرای قضایی به قوانین

قاضی در نظام قضایی کنونی و طبق قانون اساسی، موظف است احکام و آرای قضایی را طبق قانون و به استناد آن صادر کند و اگر حکم دعوای مطروحه را در قوانین مدون نیافت، حتی در صورتی که مجتهد هم باشد نمی تواند به فتوای خود حکم قضیه را صادر کند.

اصل یک صد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می دارد که:

«قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه‌ی سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدون از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

همان گونه که پیداست قانونگذار حتی در صورت نیافتن حکم دعوا در قوانین مدونه، به قاضی این حق را نداده است که در صورت مجتهد بودن، به فتوای خود عمل کند. هر چند در مواردی که قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند به او این حق داده شده که از رسیدگی به دعوای مطروحه در آن مورد امتناع ورزد تا پرونده جهت رسیدگی به شعبه دیگر دادگاه ارجاع شود.

براین اساس، ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی و تبصره‌ی آن مقرر می دارند که:

«قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعوای رسیدگی کرده، حکم مقتضی را صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه، کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه‌ی مطروحه وجود نداشته باشد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی توانند به بهانه‌ی سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم، امتناع ورزند و الا مستکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد. تبصره: چنان چه قاضی، مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد».

درواقع، این ماده و به خصوص تبصره‌ی آن، جلوی صدور رأی قضایی بر طبق فتوای قاضی مجتهد را می گیرد و قاضی نمی تواند در فرضی که قانون را با عنایت به فتوای خود، خلاف شرع یافت، بر طبق نظر اجتهادی و فتوای خود مبادرت به صدور رأی کند؛ بلکه تنها این حق به او داده شده که از رسیدگی خودداری کند تا شعبه‌ی دیگر دادگاه به آن دعوا رسیدگی کرده و برابر قانون، حکم قضیه را صادر کند و در فرض فقدان حکم قضیه در قوانین نیز تنها می تواند به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر

در صورت پذیرش ولایت عامه فقیه و برابر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که با محوریت این اصل تنظیم شده است، نظام حاکم که از آن دادخواهی می شود، طاغوت نیست.

اصل پنجم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می دارد:

«در زمان غیبت حضرت ولی عصر (عج) در جمهوری اسلامی ایران ولایت امر و امامت امت بر عهده‌ی فقیه عادل و با تقوی، آگاه به زمان، شجاع، مدیر و مدبر است...». با پذیرش ولایت عامه فقیه و نیابت از جانب امام معصوم (ع) برای اداره‌ی جامعه، شرط اول که دادخواهی از دستگاه حاکم غیر طاغوت است فراهم خواهد بود.

ثانیاً: در مورد شرط دوم که صدور احکام و آرای قضایی بر طبق حق و عدل و قسط می باشد، گفتنی است که مقصود این نیست که تمامی افراد جامعه، احکام صادره را عادلانه بدانند؛ چه این امر، نظر به طبیعت جریان قضا امری غیر ممکن به نظر می رسد؛ بلکه مقصود آن است که قضاوت بر طبق احکامی صورت گیرد که مبتنی بر استنباط و اجتهاد صحیح و فتاوی مستخرج از ادله و منابع احکام و از طرق معتبر و صحیح باشد نه مبتنی بر قیاس و استحسان و اجتهاد به رأی که از سوی ائمه‌ی اهل بیت منفی و مردود است.

در بند ۶ اصل دوم قانون اساسی آمده است: «جمهوری اسلامی، نظامی است بر پایه ایمان به...».

۶- کرامت و ارزش والای انسان توأم با مسؤولیت او در برابر خدا که از راه اجتهاد مستمر فقهای جامع الشرایط براساس کتاب و سنت معصومین سلام الله علیهم اجمعین...،

قسط و عدل و استقلال سیاسی و اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی و هم‌بستگی ملی را تأمین می کند».

در اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، این گونه آمده است:

«کلیه‌ی قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه‌ی اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده‌ی فقهای شورای نگهبان است».

هم چنین طبق اصل هفتاد و دوم: «مجلس شورای اسلامی نمی تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیبی که در اصل نود و ششم آمده بر عهده‌ی شورای نگهبان است».

همان گونه که پیداست، در این اصول، شرط دوم که لزوم صدور احکام بر طبق حق و عدل و قسط (یعنی قضاوت مستند به احکام حاصل از مسیر درست اجتهاد) است تضمین شده است.

العربی، به نقل قرطبی: (قد یكون الرجل بصیراً بأحكام الأفعال عارفاً بالحلال و الحرام و لا یقوم بفصل القضاء).^۲

همچنین ممکن است منظور از مقلد مورد بحث، دانشمندی باشد واجد شرایط، آگاه به مسائل مختلف فقهی، با توانایی های لازم و زیرکی و فراست کافی و شایسته برای حل و فصل نزاع ها، اما از نظر فقهی در حد اجتهاد نباشد. همه این ویژگی ها در دو شرط علم و قدرت نهفته است.

حضرت امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله در باب قضا، «اجتهاد مطلق» را شرط اساسی قاضی بر شمرده و «اجتهاد متجزی» را کافی ندانسته اند، ولی ایشان در جای دیگر می فرماید: هر یک از اشخاصی که متصدی هستند اگر چنانچه مجتهد عادل باشند، مستقلاً می توانند و اگر چنانچه مجتهد نباشند آنها به تعیین مجتهد در یک زمانی که ما فاقد آن هستیم، افرادی که تمام جهات را مجتمع باشند، با تعیین مجتهد تصدی می کنند. یا اینکه در جای دیگری می فرماید: در زمانی که نیاز به قاضی شدید است و قاضی که تمام شرایط را دارا باشد کم یافت می شود، در این صورت فقیه مجتهد عادل، اشخاص مورد اطمینان را جهت قضاوت نصب می کند و این افراد از طرف من هم مجازند که نصب قضاوت کنند تا قضاوت شرعی شود.

اگرچه اجتهاد شرط لازم برای امر قضا است، اما تحولات و مقتضیات زمان و مکان، مجموعه شرایطی را برای تصدی این امر مهم، اجتناب ناپذیر ساخته است. بدین ترتیب است که فقه اسلامی و اندوخته های قضایی کشور که با منابع اسلام هم آشنایی و تناسب کامل دارد، مجموعاً قادر خواهد بود. پس از ایجاد یک نظم مشترک و هماهنگ در علم قضا و تربیت قضات نیازهای قوه قضاییه را به طرز مطلوب بر آورده سازد و جامعه را نسبت به تحقق عدالت امیدوار کند نصب قاضی در منصب قضاوت که به سبب آن حکمش لازم الاطاعه می شود به حیثیت حکومتی امام بر می گردد و در این امر امام معصوم و غیر معصوم یکسان اند یعنی هر دو حق نصب قاضی دارند و بدون نصب امام مبسوط الید - چه معصوم و چه غیر معصوم - قاضی مشروعیت پیدا نمی کند. یعنی اگر در زمان غیبت حکومت امام عادل غیر معصوم را با شرایطی دارای مشروعیت شرعی دانستیم در این صورت، حاکم عادل که

و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد مراجعه کرده و به استناد آن ها حکم را صادر کند.

استنباط قاضی از قوانین

قاضی در محدوده ی قوانین مدون، حل تعارضات، جمع قوانین و برداشتی که از متن قانون دارد، می تواند به استنباط خود عمل کند، مشروط به این که در آن مورد، رأی وحدت رویه صادر نشده باشد (طبق اصل یک و صد و شصت و یکم قانون اساسی این وظیفه به عهده ی دیوان عالی کشور است) و گر نه ملزم به تبعیت از رأی وحدت رویه ی صادره از سوی دیوان عالی کشور خواهد بود.

طبق اصل هفتاد و سوم: «شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است. مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان، در مقام تمییز حق، از قوانین می کنند نیست.»

لزوم پیروی قضات از آرای وحدت رویه

چنانچه احکام متفاوت از طرف دادگاه های متعدد نسبت به

موضوعات مشابه صادر شود، طبعاً اصل تساوی در

مقابل قانون، خدشه دار می شود که این امر

نمی تواند پسندیده باشد. از طرف

دیگر، اختلاف در استنباط حقوقی

نیز اجتناب ناپذیر است که حتی

المقدور باید به طرق ممکن نسبت به رفع

اختلافات حاصله ناشی از احکام دادگاه ها اقدام کرد.

(حقوق اساسی جمهوری اسلامی/ ۴۱۸/۲).

لکن بر اساس قول به «عدم لزوم اجتهاد قاضی»، از ابتدا نفوذ حکم

شخص منصوب و آگاه به احکام، از ادله برداشت می شود تا هم از

قاضی جور دادخواهی نشود و هم احکام به حق و عدل و مبتنی بر اصول و

قواعد و روش صحیح استنباط، صادر شوند.

بنابراین در همه این بحث ها منظور از مقلد، در واقع دانشمند توانایی است

که به مرتبه اجتهاد نایل نشده و در مقام قضا از فتوای مجتهد استفاده

می کند. توانایی (و قدرت) از شرایط اصلی هر تکلیفی است که محدوده

آن نسبت به تکالیف گوناگون متفاوت است. ای بسا کسانی که مجتهد

هم باشند، ولی توان اداره این منصب را نداشته باشند. به قول قاضی ابن

۱- اصل یک و صد و شصت و یکم قانون اساسی مقرر می دارد: «دیوان عالی کشور به منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضایی و انجام مسؤلیت هایی که طبق قانون به آن محول می شود بر اساس ضوابطی که رئیس قوه ی قضائیه تعیین می کند تشکیل می گردد».

۲. تفسیر قرطبی (الجامع لاحکام القرآن)، ج ۱۵، ص ۱۶۲.

(جمهوری اسلامی) که دارای قوانین مدون است، قضات ملزم به رعایت این قوانین هستند و باید در چهار چوب همین قوانین مدون حکم دهند؛ زیرا اگر هر کدام از مجتهدان در دادگاهها بر اساس اجتهادشان، حکمی متفاوت با دیگری بدهند، این مساله خلاف وحدت رویه است و اختلال نظام را به وجود خواهد آورد. بنابراین قضاوت مجتهد متجزی و نیز قضاوت مقلد در صورت اجازه فقیه جامع شرایط، لازم و نافذ است.

چنین می شود که مجتهد، بنا بر ولایت عامه ای که از ناحیه ائمه اطهار «علیهم السلام» به وی تفویض شده است، می تواند مقلد خود را برای قضاوت و فصل خصومت بین مردم منصوب کند و حکم مقلد، حکم مجتهدش است؛ زیرا بر اساس فتوای مجتهدش حکم می دهد و حکم مجتهد نیز حکم ائمه «علیهم السلام» است و حکم ائمه «علیهم السلام» حکم خداوند متعال است.^۱

از کلام صاحب جواهر استفاده می گردد که ایشان نه تنها قضاوت مجتهد متجزی را نافذ و جایز می داند بلکه قضاوت مقلد را نیز، در صورت اجازه فقیه جامع شرایط، جایز و نافذ می داند؛ یک قسم از قضاوت هم در شرع هست که قضاوت قاضی مستقل نیست و قاضی را جعل می کنند. در قسم اول، قاضی مجتهد جامع شرایط است و لازم نیست که هیچ کسی او را نصب کند. ولی در قسم دوم، در بعضی از احوالی که قضاوت زیاد است و افراد به آن زیادی نیستند که بتوانند همه مراکز قضاوت را قاضی واجد همه شرایط گذارند و قاضی واجد شرایط کم است، در این صورت فقیه مجتهد عادل، اشخاصی را که مورد اطمینان هستند که اجتهاد را نمی دانند ولی از روی کتاب هایی که در این باب نوشته شده است می دانند مسائل قضا را بفهمند و مورد اطمینان هم هستند و ظاهراً عدله هم هستند، اینها را فقیه نصب می کند که قضاوت کنند. این قضاوت هم در اسلام از این جهت که اشخاص مورد اطمینان و مطلع بر موازین قضا ولو از راه تقلید باشند، آن وقت جعل قضاوت بکنند تا قضاوت شرعی بشود.^۲

نتیجه گیری

پس از بررسی و نقد ادله ی قائلین به لزوم اجتهاد قاضی، قول به عدم لزوم اجتهاد قاضی را ترجیح داده، قایل به کفایت آشنایی قاضی با احکام و مبانی حقوقی اسلام شده، همین حد را برای احراز «شرط علم» که برای قاضی مطرح است کافی دانسته، آن چه موضوعیت آن از ادله استفاده می شود دو چیز است:

همان امام المسلمین است حق نصب قاضی دارد و قضات با نصب او مشروعیت و نفوذ حکم می یابند.

نتیجه مهم این بیان این است که شک در اعتبار شرعی شرطی مانند اجتهاد، موجب شک در نصب حکومتی پیدا نمی کنیم تا با جریان اصل عدم نصب مشروعیت قاضی غیر مجتهد منتفی شود؛ زیرا اگر حاکم عادل، قاضی مقلد را برای قضاوت نصب کرده ما دیگر در نصب او از سوی امام عادل شکی نداریم تا اصل عدم نصب را جاری کنیم؛ شک ما در شرطیت اجتهاد به شک در تشریح باز می گردد و با این که منصب قضا منصبی عقلایی برای اداره امور جامعه بشری است و همه عقلا برای قاضی شرایطی را معتبر می شمارند ولی ممکن است شارع برای این وظیفه ی عقلایی شرایطی را اضافه کرده است و با شک در تشریح شرطی زاید از سوی شارع - علاوه بر شروط عقلایی - اصل عدم جاری شده و شک مشکوک را منتفی می نماید.

صاحب جواهر، نسبت به کلام فقهایی که اجتهاد مطلق را در قاضی معتبر می دانند، اعتراض کرده و می فرماید: "نصوص فراوانی وجود دارد،^۲ مبنی بر اینکه، ملاک و مناط در حکم دادن و فصل خصومت، آن حکمی است که بر اساس احکام و فرامین پیامبر اکرم «صلی الله علیه وآله» و اهل بیت ایشان «علیهم السلام» صادر گردد و بدیهی است که اگر کسی، مقداری از احکام صادر از اهل بیت را بداند، و متصدی قضا شود، اگر چه مجتهد مطلق نباشد، حاکم به حق و عدل، بر او صدق می کند.

پس نظر صاحب جواهر قابل قبول است، زیرا: اولاً همانطور که قبلاً گذشت، قضاوت مجتهد متجزی نافذ است؛ زیرا عالمی که در باب قصاص و حدود و سایر ابواب، قدرت استنباط دارد و صاحب نظر است، و در همین مسائل فصل خصومت می کند، چه ارتباطی به عبادات دارد که در آنها نیز صاحب نظر باشد. ثانیاً کثرت دعاوی و منازعات، مانع اعتبار چنین شرطی در قاضی است؛ زیرا در محاکم و دادگاهها مجتهدان مطلق بقدر کافی برای جوابگویی تمام دعاوی و منازعات یافت نمی شوند. ثالثاً اعتبار چنین شرطی (اجتهاد مطلق) و بیان این مطلب که قاضی باید بر اساس اجتهادش حکم دهد و قضاوت کند، در صورتی قابل فرض است که حکومت اسلامی و قوانین مدون در آن نظام وجود نداشته باشد؛ به عبارت دیگر این شرط زمانی قابل فرض است که قاضی خود مقنن و معرّی باشد؛ لکن امروزه که در تمام جهان، نظامهای حکومتی همراه با قوانین مدون وجود دارد و همچنین حکومتی به نام حکومت اسلامی

۱. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۱۶
 ۲. حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، باب ۳، ص ۴
 ۳. اعظمی، علی اصغر - سلمانی فارسانی، بیژن، قضا و قضاوت از دیدگاه امام خمینی، موسسه نشر و تنظیم آثار، تهران، ۱۳۷۹، ص ۳۶

۱. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۱۶
 ۲. حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، باب ۳، ص ۴

مجتهد بودن قاضی نیست بلکه حتی به قاضی مجتهد اجازه داده نمی شود که بر طبق فتوای خود به صدور رأی قضایی بپردازد. پُر واضح است که ملکه‌ی اجتهاد در قاضی، فضیلتی انکارناپذیر محسوب شده و قضاوت غیرمجتهد نیز باید با فقه و احکام اسلام که مبنا و پشتوانه‌ی نظام قضایی و قوانین فعلی است آشنا بوده و توانایی تطبیق با مصادیق جاری و استنباط از قوانین را (علاوه بر دیگر شروط) در حد قابل قبول داشته تا صلاحیت تصدی این منصب خطیر را دارا باشند.

عباس اقبالی مطلق

۱- لزوم دادخواهی از قضاوت و دستگاه غیر طاغوت و حرمت دادخواهی از طاغوت.
۲- لزوم صدور احکام و آرای قضایی بر اساس حق و عدل (یعنی قضاوت مستند به احکامی که از مسیر درست استنباط و منابع معتبر و اصیل احکام اسلام آمده‌اند).
که این دو امر در سامانه‌ی قضایی کنونی با اصولی از قانون اساسی و قوانین دیگر تضمین می شود. اصولاً در این سیستم نه تنها نیازی به

ترمینولوژی طنز حقوقی

اجازه ازدواج مجدد: اجازه قانون به مرد برای خیانت به همسر

پاکدامنی: هدیه خداوند به بشر برای دوران پیری

حکماً واجب الوجودی که با اینکه از او نمی ترسیم، دوست داریم دیگران از او بترسند

دیوانه: آدمی که به هر چه می گوید اعتقاد دارد

سرنوشت: دادگاهی که ما را از همه گناهان و اشتباهاتمان تبرئه می کند

فکر: چیزی است شبیه ناخن که باید هر چند وقت یک بار آن را کوتاه کرد زیرا میکروب زیر آن جمع می شود

زن: موجودی است که بدون فکر حرف می زند، بر خلاف مرد که بدون فکر عمل می کند

عرف: سعی جامعه در فضیلت وانمود دادن اشتباهات گذشتگان که توان اصلاح آن را ندارد...

فضیلت: عتیقه معنوی، کالای با ارزشی که به دلیل با ارزش بودن، معمولاً در پستو نگهداری می شود و کسی از آن استفاده نمی کند.

آقازاده: استثنا در خلقت

اخلاق: علمی است که به ما می آموزد زشتی و زیبایی یک فعل بستگی به فاعل آن دارد.

استرداد دعوا: بخشیدن عطای عدل به لقای عدلیه

بالغ: کسی که دیگر نباید از او انتظار شنیدن حرف راست را داشت.

جرم: هر چیزی است جز آنچه که انجامش ایرادی ندارد.

جلسه اول دادرسی: جلسه ای است که خط بطلان روی ضرب المثل « حرف نزده را همیشه می توان زد » می کشد.

خیار: اجازه قانون برای عهدشکنی.

دفاع مشروع: مجازات نکردن کسی که زیر بار ظلم نرفته است.

شهروند: رعیت مدرن.

عده: مدت زمانی که اجباراً به زن داده می شود تا در مورد خواستگاراننش به درستی بیاندیشد تا مرتکب اشتباه قبلی خود نشود.

فمینیسم: جنبشی است زنانه به قصد رهاسازی مردان از قید زنان.

فوت پدر: یکی از اسباب تملک.

قرار سقوط دعوی: قراری است که دعوا را آنچنان به زمین می کوبد که دیگر امکان بلند شدن آن وجود ندارد.

قرار عدم استماع دعوا: قراری است که به موجب آن، دادگاه رسماً نداشتن گوش شنوا برای شنیدن دعوا را اعلام می کند.

قطع ید: صاف کردن دست کج.

وکیل: سربازی است که با این که دشمن را نمی



شناسد ، به جنگ او می رود.

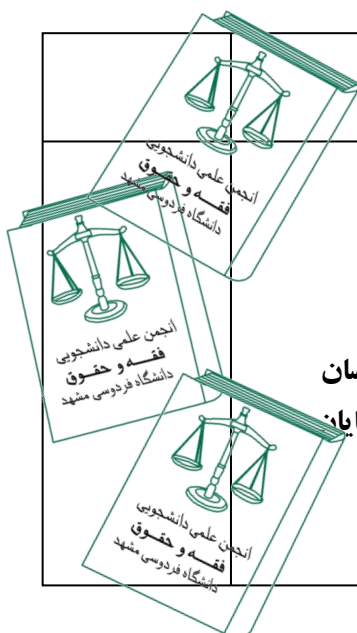
ایمان مغنی ۹۱

مصطفی باقری به عنوان دبیر اتحادیه کشوری الهیات برگزیده شد

در اولین نشست اتحادیه انجمن های علمی الهیات که به میزبانی دانشگاه زاهدان در تاریخ ۲۹ اردیبهشت ماه برگزار شد؛ مصطفی باقری دبیر انجمن های علمی دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی به عنوان دبیر اتحادیه کشوری الهیات برگزیده شد.

نشریه فقه پویا انتخاب شدن ایشان را که شایستگی آن را دارا هستند، به ایشان تبریک می گوید و آرزوی سلامتی و توفیقات روز افزون را برای ایشان دارد.

امید است که با حضور تأثیرگذار ایشان، اتحادیه فراتر از اهداف تعیین شده حرکت کند.



صاحب امتیاز: انجمن علمی فقه و مبانی حقوق اسلامی

دارای مجوز به شماره ۹۳۵۰۷ از کمیته ناظر بر نشریات

دانشگاهی دانشگاه فردوسی مشهد

مدیر مسئول: احسان نیلوفری

سر دبیر: فاطمه نظام پرست

هیئت تحریریه: مصطفی باقری، فاطمه سادات غلامی، احسان

نیلوفری، فاطمه نظام پرست، محمد ناچم، بهناز صفاری، شایان

حاجیان، سجاد جوادی، نوشین گنجعلی، وجیهه عباسی

صفحه آرای: خدمات تایپ و صفحه آرای اقبال

شما می توانید انتقادات

و پیشنهادات خود را به

[dynamicfiqh@gmail](mailto:dynamicfiqh@gmail.com)

.com یا به شماره

۰۹۳۵۷۴۶۱۶۲۹

ارسال کنید.

همچنین از این طریق

نیز می توانید آمادگی

خود را برای همکاری با

نشریه اعلام کنید.