



دو فصلنامه علمی

## مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق

سال هجدهم - شماره چهل و نهم - بهار و تابستان ۱۴۰۳

جامعه المصطفی علیه السلام العالمیه

صاحب امتیاز: جامعه المصطفی علیه السلام العالمیه

محل انتشار: نمایندگی جامعه المصطفی علیه السلام در خراسان

مدیر مسؤول: روح الله سعیدی فاضل

سر دبیر: کریم عبداللهی نژاد (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

### هیئت تحریریه:

کریم عبداللهی نژاد (استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد)

محمد فاکر میبدی (استاد جامعه المصطفی علیه السلام العالمیه)

محسن ملک افصلی اردکانی (استاد جامعه المصطفی علیه السلام العالمیه)

حسین حاتمی (استاد دانشگاه «تجارت» استانبول)

یعقوب علی برجی (دانشیار جامعه المصطفی علیه السلام العالمیه)

محمد علی خورسندیان (دانشیار دانشگاه شیراز)

عباسعلی سلطانی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

مدیر اجرایی: سید محمد مهدی حسینی

کارشناس اجرایی: محمد حسین گلپاری

ویراستار: سید صادق حیدری مترجم: محمد حسین گلپاری

تیراژ: ۱۰۰ نسخه قیمت: ۱۰۰۰۰۰۰ ریال

این نشریه در پایگاه نشریات جامعه المصطفی علیه السلام العالمیه به آدرس

Journals.miu.ac.ir نمایه می شود.

مشهد - بولوار شهید مدرس - نیش مدرس ۱ - جامعه المصطفی علیه السلام العالمیه - معاونت پژوهشی

تلفن: ۳۲۲۱۱۸۲۱ - ۵۱ (۹۸+) - نمابر: ۳۲۲۱۷۱۶۷ - ۵۱ (۹۸+) - کد پستی: ۹۱۳۳۹۳۳۱۶

نشر: چاپخانه دیجیتال المصطفی

نشریه «مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق» به استناد نامه ۳/۱۸/۶۴۸۶۲ مورخ  
۱۳۹۴/۰۴/۰۶ در جلسه کمیسیون وزارت علوم، تحقیقات و فناوری مورخ ۱۳۹۴/۰۳/۲۰  
مطرح و از شماره ۲۸ حائز رتبه علمی گردید.

این مجله در:

- پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (isc.ac)

- پایگاه نشریات جامعه المصطفی العالمیه (Journals.miu.ac.ir)

- پایگاه نمایه‌سازی بین‌المللی سوئدی دوآج (DOAJ)

- پایگاه مجلات تخصصی نور (noormags.ir)

- بانک اطلاعات نشریات کشور (magiran.com)

- گوگل اسکولار (Scholar.google.com)

نمایه می‌شود.

## زمینه انتشار:

این نشریه در زمینه فقه اسلامی منتشر شده و در صدد است با ایجاد و بسط فضای علمی و پژوهشی، نسبت به تحلیل، نقد و بررسی اندیشه‌های مطرح در حوزه فقه اسلامی و طرح موضوعات و مسائل نو فقهی و حقوقی چاره‌اندیشی نموده و به چالش‌های فکری فرا روی انسان امروز خصوصاً در جهان اسلام پاسخگو باشد.

## تذکرات لازم:

۱. آراء و دیدگاه‌های مطرح شده در این نشریه لزوماً بیانگر رأی و دیدگاه نشریه نیست.
۲. نشریه در ویرایش آثار ارسالی آزاد است.
۳. نقل هر گونه مطلب از نشریه مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق با ذکر منبع بلامانع است.

### راهنمای نگارش و تنظیم مقاله

۱. مقاله باید به زبان فارسی و نتیجه تحقیق نویسنده یا نویسندگان باشد و متن کامل آن پیش‌تر در هیچ مجله یا نشریه‌ای منتشر و یا برای چاپ ارائه نشده باشد.
۲. مشخصات مقاله مانند: نام و نام خانوادگی نویسنده یا نویسندگان، مرتبه علمی، نام دانشگاه یا مرکز علمی نویسنده، نشانی الکترونیکی و شماره تلفن، در صفحه نخست مقاله آورده شود.
۳. مقاله به ترتیب شامل: عنوان، چکیده، واژگان کلیدی، مقدمه، متن اصلی، نتیجه‌گیری و فهرست کامل منابع خواهد بود.
۴. چکیده باید در یک یا دو پاراگراف و حداکثر تا ۲۰۰ کلمه، بازگوکننده محتوای مقاله با تأکید بر روش‌ها و یافته‌ها باشد.
۵. مقاله باید در محیط word 2010 حداکثر ۱۴ صفحه و حداکثر ۲۰ صفحه (۳۵۰ کلمه‌ای) ارسال گردد.
۶. مقالات بدون چکیده انگلیسی به همراه ترجمه دقیق «عنوان و واژگان کلیدی» قابل ارزیابی نمی‌باشد.
۷. شکل ارجاعات داخل متن الزاماً به صورت قاعده (A.P.A) نوشته می‌شود.
۸. فهرست منابع با رعایت ترتیب الفبایی نام خانوادگی نویسندگان به شکل ذیل در آخر مقاله درج شود:  
الف) برای کتاب: نام خانوادگی و نام نویسنده؛ نام کتاب؛ نام مترجم؛ شماره جلد، نوبت چاپ، محل انتشار؛ ناشر، تاریخ انتشار.  
ب) برای مقاله: نام خانوادگی و نام نویسنده؛ «عنوان مقاله»؛ عنوان مجموعه (نشریه)؛ شماره نشریه، سال انتشار، شماره صفحه.

## فهرست مقالات:

- ❖ واکاوی آسیب‌شناسی فقهی، حقوقی موقوفات با تکیه بر «حق دسترنج عرفی» ..... ۵  
سید محمدرضا تراشویون/ حسین عابدینی
- ❖ چالش‌های امنیت قضایی و راهکارهای حل آن با تأکید بر «اصل حاکمیت قانون» از منظر فقه و حقوق ..... ۳۱  
محمدعلی حاجی‌ده‌آبادی/ محمدجواد صمیمی
- ❖ مبانی رویکرد جرم‌انگاری حداقلی در فقه با تأکید بر «اصل کمینه‌بودن» حقوق جزا ..... ۶۳  
سید حسن علوی
- ❖ تبیین امکان تأثیر قرارداد نسبت به گذشته در پرتو نظریه اعتباریات علامه طباطبایی ..... ۸۹  
محسن اسماعیلی/ امیرعباس عسکری
- ❖ متون فقه بیع از منظر مبانی معناشناسی و کاربردشناسی ..... ۱۱۵  
داوود سعیدی/ طاهر علی‌محمدی/ کریم کوخایی‌زاده/ طاهره افشار
- ❖ بررسی چیستی «رشوه» با رویکرد فقه و حقوق ایران و افغانستان ..... ۱۴۷  
محمد جوادی/ محمد قربان‌زاده
- ❖ امکان تعزیر زوجه ناشزه ..... ۱۷۵  
حسین کاویار/ عبدالرسول دینانی/ محمدجواد عبداللهی
- ❖ واکاوی اثر کیفی «نفی ولد» بر قصاص پدر از منظر فقه مذاهب خمس و حقوق ایران ..... ۲۰۱  
عبدالصمد علی‌آبادی/ علی بلادر
- ❖ رهیافتی به شناسایی مؤلفه‌های قرارداد صوری ..... ۲۲۷  
سید مهدی معلمی
- ❖ تحلیل فقهی، حقوقی قوانین مرتبط با مصادره اموال ..... ۲۴۹  
حجت عزیزاللهی
- ❖ اعتبارسنجی فقهی و حقوقی قرارداد پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران از منظر نظم عمومی و اخلاق حسنه ..... ۲۸۱  
سیده فاطمه طباطبایی/ عبدالرضا محمدحسین‌زاده/ فائزه سلیمانی‌پور
- ❖ امکان‌سنجی انطباق جرم «بغی» بر جنگ نرم در فقه اسلامی ..... ۳۱۱  
آرش غریبی/ روح‌الله اکرمی

## واکاوی آسیب‌شناسی فقهی، حقوقی موقوفات با

### تکیه بر «حق دسترنجی عرفی»\*

(مطالعه موردی شهرستان میبد)

سید محمد رضا تراشون\*\*

حسین عابدینی (نویسنده مسئول)\*\*\*

### چکیده

از جمله اهداف «وقف»، دستیاری جامعه اسلامی است که تحقق آن در گرو ایفای نقش بی‌نقص اجزاست؛ مادامی‌که معضلی متوجه آن گردد، از کارایی آن کاسته شده یا به کلی از بین می‌رود. مقتضی تداوم انتفاع از موقوفات، بازشناخت آسیب‌های حیات رقبات است. پژوهش حاضر با به‌کارگیری روش مطالعه موردی شهرستان میبد استان یزد، پس از تدوین اطلاعات مصاحبه نیمه‌ساختاریافته با متخصصان حوزه اوقاف و منابع کتابخانه‌ای، به شناسایی آسیب‌ها پرداخته است. عطف به آسیب‌ها که منبث از چهار عامل اصلی «واقف»، «عرف»، «اداره اوقاف» و «دولت» است، مهم‌ترین آسیب‌ها را می‌توان در مواردی نظیر عدم تدقیق در تنظیم وقف‌نامه، نهادینه‌شدن نظرهای نابه‌جا چون حق دسترنجی عرفی، عدم کارایی آرمانی سازمان اوقاف و خلأهای قانونی همچون فقدان نظام دادرسی منحصر به فرد دسته‌بندی کرد. فرهنگ‌سازی از طریق تبیین مفاهیم مرتبط با اوقاف، نظارت بیشتر بر عقود اجاره اموال موقوف در راستای تضييع حقوق موقوفات ناشی از حق دسترنجی عرفی و تبیین حق دسترنجی رعیتی برای عموم، بازنگری مجدد مقنن در مقررات مرتبط با وقف برای مسدود نمودن خلأهای قانونی، به‌روز نمودن درآمدهای ناشی از موقوفات، نظیر

\* تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۰۹/۲۸ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۲/۰۲/۰۴ - نوع مقاله: علمی، پژوهشی.

\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه میبد یزد، یزد، ایران (www.sayed125@gmail.com).

\*\*\* استادیار گروه حقوق دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه میبد یزد، یزد ایران (abedini@meybod.ac.ir).



پذیره در طراحی قالب‌های جدید برای اخذ آن و توجه بیشتر به منابع انسانی در ادارات اوقاف، از جمله پیشنهادهای نگارندگان، جهت تحقق آرمان وقف است.

**کلید واژه‌ها:** آسیب‌شناسی، اداره اوقاف، شهرستان میبد، حق دسترنجی عرفی، دولت.

## مقدمه

هر ساختار حقوقی به فراخور وجود فرهنگ حاکم بر آن، در مسیر اعتلا، با کثروی‌هایی روبه‌روست. «نهاد وقف» که به دلیل اهمیت تأثیرگذاری‌اش آن را «نظام وقف» نیز نام نهاده‌اند (محمدی، ۱۳۷۹)، نیز از این قاعده مستثنا نیست و فرایند مفید آن، ممکن است در اثر عواملی دچار آسیب شود.

بسیاری از مشکلات این حوزه، بسان زنجیر در هم تنیده‌اند و با رفع برخی، به‌خودی‌خود سایرین نیز برطرف می‌شود، لذا شناسایی موشکافانه آسیب‌ها و اهتمام در رفع آنان سبب می‌شود بتوان از تمامی ظرفیت‌های موقوفات بهره جست و پس از شناسایی راه چاره، متناسب با درجه خطر آفرینی هر آسیب، درصدد رفع آن برآمد.

در حوزه اوقاف شهرستان میبد نیز آسیب‌هایی وجود دارد. آنچه سبب پژوهش حاضر بوده، شرایط خاص موقوفات در شهرستان میبد، به‌ویژه حق دسترنجی عرفی است و مبتنی بر این سؤال‌ها است که موقوفات و فرایند ثبت آن‌ها در این شهرستان با چه چالش‌هایی روبه‌رو است و چه راهکارهایی برای رفع آن‌ها می‌توان ارائه داد؟ فرضیه ما این است که مهم‌ترین چالش‌های موقوفات در شهرستان میبد را می‌توان در چهار بخش:

۱. فقدان اطلاعات کافی در خصوص مقررات مرتبط با موقوفات؛
۲. عدم شفافیت‌سازی برای عموم؛
۳. ضعف در خدمات قابل ارائه به سبب وجود معضلات درون‌سازمانی؛
۴. برخی خلأهای موجود در مقررات تقسیم‌بندی کرد.

هدف این نوشتار، پاسخگویی به این پرسش‌ها است و نگارندگان سعی دارند که آسیب‌های مورد نظر را به همراه اسباب ایجادشان، تبیین کنند.

## ۱. مفاهیم

### ۱.۱. مفهوم حق دسترنجی رعیتی<sup>۱</sup>

«حق زارعانه» نخستین بار در ماده (۳۱) آیین‌نامه قانون ثبت اسناد و املاک (مصوب ۱۳۱۷)<sup>۲</sup> تحت عنوان «حق دسترنجی رعیتی» مورد اشاره قرار گرفت (مختاری، ۱۳۹۷: ۷۰) و سپس در قوانین مختلفی، نظیر تبصره (۱) ماده (۱) آیین‌نامه اجرایی مواد الحاقی به قانون اصلاحات ارضی (مصوب ۱۳۶۳) و قانون ابطال اسناد فروش رقبات آب و اراضی موقوفه (مصوب ۱۳۷۱) همراه با آیین‌نامه‌های اجرایی بیان شد.

بر اساس تبصره یادشده، «حق دسترنجی رعیتی» یعنی «حق ریشه و بهای شخم و کود و ارزش تمامی زحمات زارعی که در جهت آبادانی و احیا نمودن زمین مزروعی متحمل شده است».

در شکل‌گیری این حق مالی، عناصری نظیر «زمین مزروعی»، «عمل زارع» و «استمرار عمل وی» دخیل است. (ماده اول قانون اصلاحات ارضی؛ مصوب ۱۳۴۱)

پیش از انقلاب، در راستای اصلاحات ارضی، اراضی شماره‌گذاری می‌شدند و طی این اقدام، متصدیان شماره‌گذاری، موقوفات را از وقفیت خارج، آن‌ها را به ملکیت اشخاص در می‌آوردند. با پیروزی انقلاب اسلامی و وضع «قانون ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه» در سال ۱۳۶۳، موقوفاتی که به تصرف و ملکیت اشخاص درآمده بود، مجدداً به وقف بازگشت و درمقابل، برای زارعان،

۱. در ادامه، به این موضوع، ماهیت و منشأ آن خواهیم پرداخت.

۲. حق دسترنجی رعیتی و حق اولویت و گلوبندی و غیره که در املاک معمول و بین رعایا خرید و فروش می‌شود، از حقوق راجعه به عین املاک نبوده و قابل درخواست ثبت و اعتراض ثبت نیست و صدور سند مالکیت به نام مالک هم تغییری در وضع حقوق مزبور در هر جا که معمول است، نمی‌دهد.



حقی با نام «حق زارعانه» به عنوان حق دسترنج در نظر گرفته شد که ماده واحده قانون مذکور، مؤید آن است.

پیش از این، در باب آسیب شناسی موقوفات، پژوهش قابل توجهی که جامع همه موانع و ایرادهای در مسیر موقوفات و فرایند ثبت آنها باشد، انجام نشده است، اما برخی مقالات به این موضوع نزدیک شده اند و هر یک از منظری سعی در تبیین موضوع و ارائه راهکار در رابطه با آن داشته است.

آرش ارزانیان در مقاله ای پژوهشی با عنوان مقاله «چالش های حقوقی ناظر به قوانین و مقررات حوزه وقف در نظام حقوقی ایران با مطالعه موردی موقوفه حاج حسن غمخوار شهریار» به بررسی «چالش های قوانین مرتبط» با موقوفه مزبور پرداخته اند (ارزانیان، ۱۳۹۹)، اما یافته های مطالعه او را نمی توان به همه عناوین اوقاف و همه حوزه های جغرافیایی تعمیم داد.

یاوری و همکاران نیز در مقاله «آسیب شناسی الگوی درآمدزایی موقوفات»، به بیان معضل هایی در باب «الگوی درآمدزایی رقبات مسکونی» پرداخته اند (یاوری و همکاران، ۱۳۹۷)، اما پژوهش آنها ضمن این که با شهرستان میبد ارتباطی ندارد، از جامعیت لازم برای طرح موضوع برخوردار نیست.

در این تحقیق، پژوهشگران با استفاده از «روش کیفی»<sup>۱</sup> و مطالعه کتابخانه ای به مطالعه آسیب شناسی پرداخته اند. پر واضح است که مطابق با عنوان گزینشی این پژوهش، قصد بر این است که روش مطالعه، مورد پژوهی (شهرستان میبد) باشد که نگارندگان با بهره جستن از مصاحبه عمیق نیمه ساختاریافته درصدد گردآوری اطلاعات می باشند؛ انعطاف پذیری و محدود نبودن پژوهشگران به سؤالات فهرست شده در این گونه از مصاحبه ها این امکان را مهیا می نماید تا بتوان اطلاعات دقیق تری را از درون اطلاعات ارائه شده، استخراج و واکنشی نمود، لذا پنج

۱. شایان ذکر است مطابق عرفی که در پژوهش های کیفی وجود دارد، مهم ترین بخش های اطلاعات ارائه شده از سوی مصاحبه شونده های این پژوهش، در خلال متن، با قلمی پررنگ تر آورده شده است تا تحلیل های نگارندگان در هر بخش از پژوهش، مبتنی بر این مستندات باشد.



مصاحبه‌ای که از مسئولین اداره اوقاف شهرستان میبد و خبرنگان فعال در این زمینه که هر یک به مدت ۶۰ الی ۹۰ دقیقه به طول انجامید، با کسب رضایت مصاحبه‌شوندگان، ضبط و پس از آن، پیاده شده و جهت اشباع و غنی نمودن داده‌ها، بین اطلاعات مقایسه‌ای صورت گرفت.

داده‌های گردآوری شده بر مبنای روش تحلیل مضمون با سه مرحله کدگذاری باز، محوری و گزینشی تجزیه و تحلیل شد؛ بدین نحو که پژوهشگران، ابتدا برای دستیابی به نگرشی باز و دید وسیعی از موضوع، اقدام به مطالعه چندین باره متن پیاده شده نمود، سپس با جمله‌خوانی هر واحد معنایی - که بیشترین بار معنایی را دارد - جهت کاستن از حجم انبوه اطلاعات و تلخیص، کدی (شناسه‌ای) را به آن اختصاص داده (کدگذاری باز)، و سپس با بررسی و قیاس کدهای استخراج شده و پی‌بردن به تشابهات به طریق روش استقرایی، کدهای فرعی و اصلی را استخراج نموده (کدگذاری محوری) در نهایت با بررسی مجدد تشابهات میان کدهای محوری آنان را ذیل مقوله کلی دسته‌بندی کردیم (کدگذاری گزینشی). شایسته بیان است که محققان در طی کدگذاری همت نمودند تا تعداد مقوله‌های واکنشی شده به حداقل میزان برسد.

در تحقیق حاضر، به منظور نمایش، افزایش دادن اعتبار و روایی و مثال‌آوری، برخی از جملات مصاحبه‌شوندگان در تشریح آسیب‌ها بیان شده است؛ همچنین مشروحات از طریق «شیوه کنترل» توسط ممیزی (همکاران) تصدیق شده است.

## ۲. یافته‌های تحقیق

شهرستان میبد از جمله شهرستان‌های پیشرو در حوزه وقف در کشور است که روح همیاری و دستگیری اجتماعی در آن زیاد است، اما تحلیل اطلاعات حاصل از مصاحبه‌ها، حاکی از آن است که در فرایند ثبت موقوفات میبد، اشکال‌هایی وجود دارد که این سنت با برکت را با آسیب‌هایی جدی مواجه ساخته است.

به منظور نیل به هدف این تحقیق، آسیب‌ها در ۲۶ کد باز، ۸ کد محوری و ۴ مقوله کلی شناسایی شد؛ آسیب‌های وارده از ناحیه واقف، آسیب‌های ناشی از

کارشکنی‌های عرف، آسیب‌های ناشی از سوءعملکرد سازمانی و آسیب‌های ناشی از عملکرد دولت.

### ۲.۱. آسیب‌های وارده از ناحیه واقف

واقف قبل از وقف، نسبت به مال خود حق مالکیت دارد؛ اینکه او مالش را با چه شرایطی وقف کند، می‌تواند آثاری مثبت یا منفی برای موقوفه به ارمغان آورد. بنیان این تصمیمات، اطلاعاتی است که شخص از طرق مختلف کسب نموده و عدم جامعیت آن ممکن است موقوفه را به تباهی کشاند. برای نمونه، واقف باید نهایت تلاش خود را در تعیین نوع کاربری مناسب برای موقوفه به کار گیرد، در غیر این- صورت، موقوفه در سالیان آتی به دلیل عدم امکان تغییر کاربری، متحمل آسیب‌های جبران‌ناپذیری می‌شود. واقف خیر باید آگاه به نیازهای روز جامعه باشد و مال خویش را در راستای این ضروریات وقف نماید؛ به علاوه، مطابق ماده (۹) آیین‌نامه اجرایی قانون سازمان حج و اوقاف و امور خیریه و ماده (۸۲) قانون مدنی، متولی موظف است مطابق با خواسته واقف، از هرگونه اقدامی که خارج از چهارچوب وقف است، پرهیز کند، زیرا عدول از تکالیف محوله، حسب مورد، منجر به عزل، ممنوعیت از دخالت یا ضم امین می‌شود (ارزانیان، ۱۳۹۷: ۵۷؛ رستم‌پور و دیگران، ۱۳۹۸: ۴۱۰)، لذا عدم انتخاب متولی امین و مدیر نیز از دیگر آسیب‌های قابل توجه است.

مطالعه پرونده‌ها و بررسی‌های میدانی موقوفات میباید حاکی است که واقف در فرایند موقوفات، گاه در تنظیم وقف‌نامه دقت لازم را نداشته و به دلیل عدم توجه به نیازهای روز، اشتباه در تعیین نوع کاربری، اشتباه در انتخاب موضوع وقف و عدم انتخاب متولی مناسب برای موقوفه، سبب ایجاد آسیب‌های قابل توجه به موقوفات شده است.

- واقفین گاه در انتخاب نوع موقوفه و کاربری آن و نیز انتخاب متولی مناسب اشتباه می‌کنند و توجهی به نیازهای روز جامعه نمی‌کنند.

## ۲.۲. آسیب‌های ناشی از کارشکنی‌های عرف

برای آنکه عرفی در جامعه‌ای شکل گیرد، باید فعلی توسط اشخاصی مکرراً انجام شود تا جایی که ترک آن فعل برای همان افراد صعب باشد. (محقق داماد، ۱۳۷۲: ۲/ ۱۵۲) هرگاه این رخداد برای آن اشخاص وقوع یابد، حسب مورد، موجد عادت عمومی می‌گردد و در پس ذهن آنان، این گمان ایجاد می‌شود که آنان، اجبار به رعایت این قواعد هستند و ترک چنین قواعدی، گنشی مذموم است. (اسلامی‌پناه، ۱۳۹۶: ۱۹۵-۱۹۴) هرگاه این کنش مطابق با قانون و شریعت باشد، قاعده عرفی، صحیح و در غیر این صورت، فاسد خواهد بود. (حکیم، ۱۴۱۸: ۴۰۷/۱)

مسیر تحقق و ایجاد عرف در حوزه اوقاف نیز از همین قاعده پیروی می‌کند؛ فرایند اوقاف در شهرستان میبد طی سالیان متمادی به‌گونه‌ای تکرار شده که گاه سبب ایجاد رویه‌های نادرستی شده و آثاری نظیر عدم همراهی کامل عرف با اداره اوقاف و بروز دیدگاه‌های نادرست عرف در باب اوقاف را به‌دنبال داشته است و مسیر ثبت و بهره‌برداری از موقوفات را تغییر داده، فرایند آن را با آسیب مواجه نموده است. بررسی‌ها نشان می‌دهد که آسیب‌های وارده از ناحیه عرف در میبد، بیشترین سهم را در بروز چالش‌های موقوفات دارد.

به طور مسلم، لازمه اثربخشی اقدامات اداره اوقاف، تعامل سازنده عرف با این نهاد است؛ چه آنکه عدم همراهی با تصمیمات این سازمان، کاهش سرعت اجرایی اقدامات آن را به‌دنبال دارد و گاه سبب ایجاد بدبینی نسبت به اداره اوقاف می‌شود. برای نمونه، عرف با هر تغییری، نظیر حذف پذیره در ازای افزایش اجاره‌بها سرتیز دارد.

معضل دیگر، نبود درک صحیح عرف میبد در خصوص تشریفات وقف و الفاظ مرتبط با وقف است و ایشان مطابق با آنچه در ذهن خویش تصور نموده‌اند، بر الفاظ معنی بخشیده‌اند.

مطابق بررسی‌های نگارندگان، مهم‌ترین دلیل این معضل، عدم آگاهی و نداشتن دانش کافی نسبت به وقف از سوی عموم است و معمول این است که مقابله با چنین





گمان‌هایی معمولاً با اعتراض‌های گسترده مواجه می‌گردد. برای نمونه، دیدگاه شایع در شهرستان میبد، این است که چون مال، وقف شده، باید به صورت رایگان از آن منتفع شد و اخذ اجاره‌بها و پذیره از مستأجرین، ناموجه است، اما دلیل این تصور نادرست، عام‌المنفعه بودن وقف در دیدگاه عامه مردم است.

- وقف، عام‌المنفعه برای موقوف‌علیهم است، نه برای مستأجرین.

عقل سلیم هم حکم می‌کند هنگامی که واقعی مالی را وقف می‌نماید، انگیزه‌اش این است که گروه معینی از مردم از آن بهره‌مند گردند، نه آنکه مستأجر در قبال استفاده، بهایی را پرداخت ننماید. افزون بر این، عرف میبد با اقدام به واگذاری‌های عرفی غیرقانونی، حیات موقوفات را به شدت در وضعیت مخاطره‌آمیزی قرار داده است که این واگذاری‌ها را می‌توان به‌طور کلی، در سه دسته خلاصه کرد:

۱. مستأجر به دلیل فعالیتی که روی موقوفه انجام داده، خود را دارای حقی موسوم به «حق دسترنجی» می‌داند و آن را به شخص دیگری که می‌خواهد موقوفه را اجاره نماید، می‌فروشد، سپس برای واگذاری و انتقال موقوفه همراه با متقاضی به اداره اوقاف مراجعه می‌نماید.

۲. مستأجر بدون آنکه حقی تحت عنوان دسترنجی داشته باشد، موقوفه را مستقلاً به شخص دیگری اجاره می‌دهد. در این صورت، چون چنین اختیاری نداشته، اداره اوقاف می‌تواند از طریق اقامه دعوا در مراجع قانونی، خلع ید شخص جدید را خواستار شود.

۳. شخصی رابطه استیجاری با موقوفه داشته، اما این قرارداد منقضی شده و پس از پایان مهلت اجاره، قراردادی مابین طرفین، منعقد یا تمدید نشده و اکنون هیچ رابطه استیجاری وجود ندارد، ولی شخص با این تصور که در سابق، رابطه استیجاری با موقوفه داشته، درصدد اجاره آن به دیگری برمی‌آید. اداره اوقاف در صورت اطلاع از چنین وضعیتی، حسب‌مورد، از دادگاه تقاضای تخلیه یا خلع ید نموده یا با متصرف جدید، قرارداد اجاره منعقد می‌کند.

اداره اوقاف میباید، مراجعه به دادگاه را به‌عنوان راهکار عملی خود برگزیده، زیرا اگر اداره اوقاف راهکار نخستین را پیش گیرد، اولاً، مجدداً باید مستأجری برای موقوفه بیابد که چنین امری به‌دلیل تأکید قانون بر مزایده، زمان‌بر است و ثانیاً باید برای همه موارد مشابه چنین اقدامی را در پیش بگیرد که تعداد موارد مشابه، بسیار زیاد است و رسیدگی به چنین مواردی به‌سبب زمان‌بر بودن فرایند رسیدگی عملاً میسر نیست؛ علاوه بر این، تالی فاسد پیش‌گرفتن چنین رویه‌ای، بدبینی و اعتراض نسبت به اداره اوقاف است.

حالت نخست وضعیت آشفته‌تری را پدید آورده، خسران حداکثری را برای موقوفات به همراه دارد که مهم‌ترین اثر عملی‌اش، تکوین وهمی حق دسترنجی عرفی است و می‌توان از آن، به‌عنوان شاخص‌ترین آسیب فرایند موقوفات در شهرستان میباید یاد کرد. سبب چنین پدیده‌ای که پیشینه فقهی یا قانونی ندارد، گمان‌های نادرست و کج‌فهمی عرف از مفهوم «حق زارعانه» ای است که مقنن در مقررات بدان اشاره کرده است و در ادامه، مفهوم، منشأ ایجاد، رویه اخذ و میزان آن و نحوه برخورد اداره اوقاف با چنین مفهوم خودساخته‌ای مورد بررسی قرار می‌گیرد.

پیش از این، مفهوم «حق دسترنجی رعیتی» مورد بررسی قرار گرفت. این ماهیت دارای شرایطی است که هیچ‌کدام از این شرایط، در زارعان میباید محرز نیست، به‌نحوی که در حال حاضر، اصلاً زارعی که نسبت به این حق قانونی، ذی‌حق باشد، در این شهرستان وجود ندارد، ولی عرف زارعان، در طول چهار دهه اخیر، مفهومی واهی را در قالبی جدید و با همان لفظ «حق دسترنجی» وضع نموده است که براساس آن، کشاورزی را که صرفاً در گذشته، رابطه استیجاری با موقوفه داشته و با رنج و محنت برای مدت‌زمانی حتی کوتاه روی زمین زراعت کرده، در زمان واگذاری زمین به مالک، مستحق مبلغی به‌عنوان حق دسترنجی می‌دانند و با اتکا بر این تصور موهوم، این حق را به متقاضیان اجاره موقوفه می‌فروشند.

- اصلاً زارعی که قانون، وی را به‌عنوان زارع دارای حق دسترنجی بشناسد، وجود ندارد.

نکته قابل‌تأمل این است که اشخاص مدعی حق دسترنجی عرفی، وجود این حق را بر زمینی متصورند که بایر است و اصلاً قابلیت کشت ندارد.



چنین تصویری، تعارضی آشکار با مقصود مقنن دارد؛ شارع مقدس و به تبع آن، مقنن برای قدردانی از زحمات زارع مستأجری که نتیجه آن، احیا و مرغوبیت زمین بوده، چنین حقی را برای وی در نظر گرفته و حال آنکه اگر بتوان تعریف خودساخته عرفی را در فرضی جاری دانست که زمین مزروعی، دایر است، می‌توان پرداخت مبلغی معمول، برای احیا و زحمتی که زارع متحمل شده را قابل توجیه دانست؛ هرچند که وی، زارع صاحب نسق قانونی شناخته نمی‌شود، البته صرفاً از باب زحمت احیای زمین، نه از باب حق دسترنجی رعیتی.

رویه دادگاه‌ها نیز در برخورد با این موضوع، متفاوت است، به شکلی که برخی قضات، عرف را محترم می‌دانند و نظر بر این دارند که برای قدردانی از زارع، پرداخت مبلغ مرسوم که عرفاً از یک پنجم یا یک ششم قیمت ملک تجاوز نکند، معقول است، اما برخی دیگر معتقدند پرداخت مبلغی برای زارعی که دارای حق دسترنجی رعیتی نیست، بلاوجه است.

اصولاً هر زمان که اراضی مزروعی موقوفه، اجاره داده می‌شود، با پایان مدت قرارداد که معمولاً یک سال است، مستأجر باید از موضوع عقد، رفع ید نماید تا پس از آن، متولی یا اداره اوقاف، مستأجری را برای آن موقوفه برگزیند که بنا به مصلحت‌اندیشی می‌تواند همان مستأجر پیشین یا جدید باشد. در این میان، آنچه حیاتی است تخلیه ید مستأجر است، هر چند مجدداً به عنوان یکی از طرفین عقد برگزیده شود.

در عرف میبد، از آنجا که سابقاً مدت زمان قراردادهای اجاره، سه یا پنج ساله بوده، به صورت سالانه، تخلیه‌ای صورت نمی‌گرفته و تنها قرارداد مذکور، طی سال‌های متمادی تمدید می‌شده است. همین عدم تخلیه و طولانی‌بودن زمان رابطه استیجاری در پس ذهن متصرفان، این تصور را نهادینه کرده که خود را مالک، محسوب و احساس مالکیت داشته باشند، غافل از آنکه مال تحت تصرف آن‌ها موقوفه است و آن‌ها مستأجری بیش نیستند.



در باب مبلغ حق دسترنجی عرفی، رویه بدین شکل است که نسلی در دیرین، زمین موقوفه‌ای را اجاره نموده و پس از آن، عقد مذکور، به صورت مستمر، تمدید و موقوفه از نسلی به نسل دیگر منتقل شده است. اکنون نسل حاضر، قصد واگذاری دارد و به اشتباه، چنین واگذاری به «فروش» تعبیر شده است، لذا در ازای این واگذاری، متقاضی حق دسترنجی می‌شود و از مستأجر جدید مبلغی معادل آنچه اوقاف از مستأجران تحت عنوان قانونی «پذیره» اخذ می‌نماید و دست‌کم به میزان ۳۰ درصد ارزش واقعی ملک است، مطالبه می‌کند. حتی برخی پا را فراتر از میزان «پذیره» نهاده، مبلغ بیشتری معادل نصف پذیره را مطالبه می‌کنند.

- بدون هیچ دلیلی، بهای حق خودشان را معادل یک‌سوم ارزش واقعی ملک می‌دانند.

- عده‌ای خود را مستحق نصف ارزش واقعی ملک می‌دانند که اگر کمتر باشد، فکر می‌کنند حقی از آنان تزییع شده است.

با وجود این، پس از آنکه معامله مذکور بر روی چنین حقی صورت پذیرفت، پرداخت‌کنندگان حق دسترنجی عرفی، برای انعقاد عقد اجاره، به اداره اوقاف مراجعه می‌نمایند که با تقاضای اوقاف جهت پرداخت پذیره مواجه می‌شوند. اینجاست که افراد، اخذ پذیره را غیرعادلانه و غیرقانونی می‌دانند، زیرا با احتساب ۳۰ درصد ارزش واقعی ملک برای حق دسترنجی عرفی و ۳۵ درصد ارزش ملک به‌عنوان «پذیره» که در میبد اجرا می‌شود، شخص جمعاً ۶۵ درصد ارزش واقعی ملک را پرداخته و همین فزونی ۳۵ درصد به ۶۵ درصد، دریافت پذیره را ناعادلانه جلوه می‌دهد.

باید دانست مقنن، حق دسترنجی رعیتی را در موضع مشخص و محدودی از قانون در نظر گرفته، اما اولاً چنین حقی هیچ‌گاه به‌میزانی که در عمل اجرا می‌شود، نیست و ثانیاً ثبوت آن، حق قانونی برای هیچ‌کدام از زارعان میبد محرز نیست. با این وصف، هرگونه پرداختی برای داراشدن چنین حقی نزد قانون و اداره اوقاف میبد، فاقد مبناست و این نهاد، پرداخت مزبور را ناصواب می‌داند و با عنایت به تعدد مصادیق و تعدد ایادی انتقال در این مصادیق، رویه متفاوتی را اتخاذ کرده است که در دو قسمت مجزا، به شرح ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد:



### أ) بیع حق دسترنجی توأم با انتقال به ایادی متعدد

اگر اداره اوقاف با متصرف جدید موقوفه مواجه شود، پیگیر ایادی ماقبل می‌شود و خواستار ارائه قراردادی می‌شود که آنان میان خود منعقد نموده‌اند تا بتوان از این طریق، نحوه گردش و ایادی را تشخیص داد و هم اینکه از سوءاستفاده اشخاص جلوگیری نمود. برای نمونه، در بخش «بفروئیه» شهرستان میبد، بعضی بنگاه‌داران و دلالان برای ایجاد تورم و افزایش قیمت ملک، اقدام به معامله حق دسترنجی عرفی و انتقال به ایادی متعدد می‌نمودند و در نتیجه، ارزش و اجاره‌بهای املاک طلق، فزونی قابل توجهی یافت؛ چه اینکه پرداخت حق دسترنجی عرفی، به خلاف خرید املاک طلق، در جایی ثبت نمی‌شود. البته اداره اوقاف میبید با جمع‌آوری سلسله ایادی از موقوفه، عملاً از چنین سوءاستفاده‌هایی جلوگیری به عمل آورد. لذا پس از تقاضای قرارداد، اداره مزبور با مستأجر قبلی تسویه نموده، با متصرف فعلی، قرارداد اجاره منعقد می‌نماید.

### ب) بیع حق دسترنجی و عدم انتقال به ایادی متعدد

اداره اوقاف محق است علیه مستأجر جدید، دادخواستی مطرح و وی را خلع ید نماید، اما از اعمال این حق، صرف نظر نموده، طریق دیگری را در پیش می‌گیرد، بدین گونه که مستأجر پس از کارسازی «حق دسترنجی عرفی»، برای اجاره همان زمین مزروعی باید درصدد انعقاد عقد اجاره با اداره اوقاف برآید. در صورتی که مستأجر قصد استفاده با همان کاربری را داشته باشد، مبلغی مازاد بر اجاره‌بهای زمین مزروعی از وی اخذ نمی‌شود، اما اگر بخواهد پس از اجاره، کاربری را متحول سازد، باید مطابق ماده (۱) «آیین‌نامه وصول پذیره»، «پذیره» را پرداخت نماید.

اینجاست که آسیب جدید بروز می‌یابد، زیرا مستأجر باید برای اجاره موقوفه، علاوه بر پرداخت «پذیره» و «اجاره به حق»، مبلغی ناعادلانه معادل پذیره یا بیشتر، به صاحب «حق دسترنجی عرفی» پرداخت نماید که مجموع پرداختی‌های شخص، برابر با خرید یک ملک طلق است. در نهایت، همین حق دسترنجی ناصحیح، منجر به نارضایتی، عموم به استفاده از موقوفات و اجاره آن‌ها می‌شود.





برای برون‌رفت از معضل «حق دسترنجی عرفی» و آسیب‌های ناشی از آن، این راهکارها پیشنهاد می‌شود:

۱. اهتمام عرف شهرستان در باب قوانین و اصطلاحات وقفی و تفکیک موضوعات متفاوت از یکدیگر؛

۲. اطلاع‌رسانی عمومی مسئولین قضایی کشور (و نه اداره اوقاف شهرستان) مبنی بر شرعی و قانونی نبودن حق دسترنجی عرفی؛

۳. نقش تأثیرگذار اداره اوقاف برای زدودن تصورات موهوم و کسب دانش لازم از سوی مردم.

### ۳. آسیب‌های ناشی از سوءعملکرد سازمانی

یکی از آسیب‌های موقوفات، نبود منابع انسانی لازم یا عدم کفایت نیروی انسانی متخصص در ادارات وقف است که تالی فاسد آن در ایفای وظایفی، نظیر تولیت، نظارت و آگاهی‌رسانی به عموم نمایان می‌گردد؛ معضل بغرنجی که ادارات مستقر در استان یزد و شهرستان‌های تابعه با آن روبه‌رو است و تکالیف دیگر، نظیر نظارت، اجاره موقوفات، وصول مطالبات، برگزاری مزایده و غیره را تحت‌تأثیر قرار داده است.

- تعداد پرسنل ما محدود است و بیش از ده هزار موقوفه در استان وجود دارد؛ البته مشکل کمبود نیروی انسانی فقط برای این استان نیست و سازمان اوقاف کشور با کمبود نیروی انسانی مواجه است.

از جمله مسائل بغرنج ذیل سوءعملکرد سازمانی، برگزاری مزایده است؛ مطابق ماده (۱۱) «آیین‌نامه اجرایی قانون سازمان حج و اوقاف و امور خیریه»، یکی از راه‌های چاره‌ساز برای رفع دغدغه درآمدزایی و رعایت مصلحت موقوفه، عقد اجاره است که قانونگذار برای چنین اقدامی رعایت تشریفات «مزایده» را با قیمت پایه حداقل اجاره‌بها لازم می‌داند. دلیل اطاله فرایند مزایده در میبید این است که اداره اوقاف با کمبود نیروی انسانی روبه‌روست و انجام تمامی امور با وجود اولویت‌های تعیینی، اجازه نمی‌دهد تا آنان به رسیدگی فرایند مزایده در اولین فرصت بپردازند.



از سوی دیگر، مطابق ماده (۱) «قانون سازمان حج و اوقاف و امور خیریه»، نظارت مستمر بر امور متولیان از طریق سامانه جامع موقوفات و بقاع متبرکه که سامانه‌ای به‌روز و برخط است، صورت می‌پذیرد و توسط بخش بازرسی سازمان اوقاف در تهران انجام می‌شود تا اقدامات اداره اوقاف در استان‌ها و شهرستان‌ها را زیر نظر گرفته، رصد نماید.

در خصوص «موقوفات غیرمتصرفی»، وضعیت به‌گونه دیگری است، زیرا متولیان این موقوفات ترجیح می‌دهند تا قراردادها و سایر امور را به‌صورت دستی ثبت نمایند. ارائه صورت‌حساب درآمد و هزینه موقوفات نیز که به‌استناد ماده (۲۵۲) آیین‌نامه اجرایی قانون سازمان حج و اوقاف و امور خیریه (مصوب ۱۳۶۵) از وظایف متولیان است، در پایان هر سال به اداره اوقاف داده شده که با پرداخت حق‌النظاره، تأییدیه‌ای اخذ نمایند. در این موارد، در چند سال اخیر، از این مهم، سر باز زده شده و اداره اوقاف گاه به‌دلیل کمبود نیروی انسانی، قادر به نظارت و رسیدگی کامل بر این سوءفعالیت‌ها نیست.

- چند سالی است که متولیان نمی‌آیند مفاصاحساب ارائه دهند و ما نیز به علت کمبود نیروی انسانی نمی‌توانیم آن را کامل پیگیری کنیم.

مسئله مهم دیگر در این باره، این است که اداره اوقاف میباید، به خلاف دیگر شهرها، در جایگاه متولی، «حق تملک احداث اعیانی» را به وفور اعطا می‌نماید.

- در شهرستان، حق تملک احداث اعیان را علی‌رغم مخالفت سازمان اوقاف، برای قریب به ۹۹ درصد موقوفات واگذار می‌کنیم.

در این میان، بعضی از واگذاری‌های اعیان، در قالب‌هایی صورت می‌گیرد که اداره اوقاف شهرستان با هم‌اندیشی سازمان اوقاف کل کشور، طراحی نموده و بعضی از آن‌ها در قانون پیش‌بینی نشده است.

در مجموع می‌توان روش‌های واگذاری را در گروه‌های زیر جستجو کرد:



۱. اخذ «پذیره» مطابق با همان رویه‌ای که در ماده (۱) آیین‌نامه وصول پذیره<sup>۱</sup> آمده است.

۲. اعطای مجوز احداث اعیان بدون صدور سند مالکیت اعیانی که راهکاری برای افراد بی‌بضاعتی است که قادر به پرداخت پذیره نیستند؛ بدین طریق که اداره اوقاف به آنان مجوز احداث اعیانی را اعطا می‌نماید، ولی صدور مجوز را تا زمان انتقال قهری یا ارادی و پرداخت پذیره به تأخیر می‌اندازد.

۳. انعقاد قرارداد اجاره زمین بدون اخذ پذیره که در این حالت، از آنجا که اداره اوقاف از مستأجران پذیره‌ای دریافت نمی‌کند، به جای انعقاد قرارداد اجاره عرصه مسکونی یا تجاری با آن‌ها، قرارداد اجاره زمین مسکونی یا تجاری منعقد می‌نماید. البته مستأجر می‌تواند احداث اعیانی هم داشته باشد و مادامی که ساختمان استوار است، از آن بهره‌جوید و صرفاً اجاره‌بها پرداخت نماید. مستأجری که قصد دارد از این شیوه استفاده کند، حق هیچ‌گونه انتقال و احداث مجددی ندارد و تنها می‌تواند در اعیان و ساختمانی که برای بار نخست احداث نموده، ساکن شود، لذا به هر دلیل، در اعیان، تخریبی بروز یابد، سالب حق انتفاع مستأجر خواهد بود.

همان‌طور که پیش از این بیان شد، یکی از راه‌های درآمدزایی از موقوفات، استفاده از عقد اجاره است، زیرا هم سبب حفظ عین و هم سبب حصول درآمد می‌شود و می‌توان از طریق آن، نیت واقف را برآورده نمود. (چرخ، ۱۳۹۶: ۱۲۰؛ حاتمی و شفقتی، ۱۳۸۰: ۱۴۳)

سازمان اوقاف که بنا به ماده (۱) قانون حج و اوقاف و امور خیریه، به‌عنوان یکی از متولیان شناخته می‌شود، شیوه غالب اداره موقوفات را نیز «اجاره» قرار داده است.

۱. ماده ۱: در مواردی که زمین بلامعارض وقفی ابتدائاً با اعطای حق تملک اعیان جهت احداث واحد مسکونی و صنعتی دارای موافقت اصولی به اجاره واگذار می‌شود، ۳۰٪ قیمت عادلانه روز زمین طبق نظر کارشناس دادگستری و یا خبره محلی به هنگام تنظیم سند اجاره، به‌عنوان پذیره ابتدایی، علاوه بر مال‌الاجاره عادلانه روز از متقاضی اعم از شخص حقیقی یا حقوقی دریافت خواهد شد. بدیهی است نحوه استفاده از مورد اجاره باید در سند اجاره قید گردد.



اگر به دلیلی در مدت زمان و اجاره بها و... قصور و اهمالی صورت گیرد، موقوفات در خطر جدی قرار می‌گیرند. برای نمونه، مدت زمان قراردادهای اجاره اوقاف با مستأجران، سه‌ساله است و پس از آن، این مدت تمدید می‌گردد تا اداره یادشده قادر باشد از این طریق بر وضعیت اعیان نظارت داشته باشد و مستأجران، کاربری تعیین‌شده را دگرگون نسازند. بدین معنا که اگر حق تملک احداث اعیانی در قبال اخذ پذیره به مستأجر اعطا شود، نمی‌تواند آن را به کاربری تجاری تغییر دهد؛ نظارت بر این عمل، از طریق تمدید همان مدت زمان عقد اجاره میسر است.

معضل دیگری که می‌توان آن را از جمله آسیب‌های ناشی از سوءعملکرد سازمانی دانست، میزان اجاره‌بهای موقوفات میبد است که با وجود به‌روزرسانی، در سطح پایینی قرار دارد، زیرا اولاً به‌روزرسانی صورت گرفته، مطابق با تورم حاکم بر اقتصاد کشور نیست و ثانیاً اداره اوقاف الزاماً در همه عرصه و اعیان موقوفات، توأمان مالک نیست و با اعطای وافر حق تملک احداث اعیانی، بخشی از حقوق موقوفه را واگذار کرده و بخش دیگر را برای خود محفوظ نگه داشته است. در حالت عادی، اصل، زمین است و هرچه زاییده می‌شود، به تبع آن، ولی در موقوفات، اصل بر اعیان است و زمین فرع. مالکیت شش دانگ که از آن صاحب اعیان است و اداره اوقاف تنها مالکیت عرصه را داراست و در ازای آن، اجاره‌بهای ناچیز از مستأجر می‌ستانند.

اداره اوقاف برای رسیدن به مقصود (دریافت اجاره‌بهای متناسب)، افزایش پلکانی اجاره بها را در دستور کار خود قرار داده که علت آن، سطح نگرش نزولی جامعه نسبت به موقوفات بوده و اداره اوقاف به درستی یا به اشتباه، در پایین بودن و ماندن اجاره بها تأثیرگذار بوده است، زیرا وی برای رعایت حال مستأجران و پرهیز از بی‌توجهی جامعه نسبت به موقوفات، درصدد افزایش جهشی اجاره بها برنیامده است.

- منظور ما از به‌روزرسانی، نزدیک شدن به چشم‌انداز خودمان است که برای رسیدن به مقدار موردنظر، به‌صورت پلکانی و مرتبه‌ای اجاره بها را زیاد می‌کنیم.

در جهت رفع این معضل و افزایش متناسب اجاره بها پیشنهاد می‌گردد که در ازای اعطای حق تملک احداث اعیانی، مبلغی تحت عنوان پذیره از متقاضیان اخذ

نگردد، ولی اجاره‌بهای دریافتی از مستأجران به اجاره‌بهای واقعی تبدیل شود؛ حتی می‌توان اجاره‌بها را اندکی بالاتر از آنچه اجاره‌بهای واقعی تعیین کرد، زیرا مستأجر هیچ هزینه‌ای برای عرصه پرداخت نکرده است.

- به نظر ما می‌توان پذیره نگرفت و اجاره‌بهایی بیشتر از اجاره‌بهای املاک طلق گرفت.

در بررسی آثار و بازخورد عرف از چنین طرحی باید گفت محتمل است که این طرح، مورد پذیرش عرف قرار نگیرد، زیرا مستأجران مادامی که مستأجرند، باید اجاره‌بهای واقعی را پرداخت نمایند و این در حالی است که اکنون با پرداخت پذیره‌ای یک‌باره با اجاره‌ای ناچیز، موقوفه را اجاره می‌نمایند که آن را هم می‌توان به صورت اقساطی پرداخت نمود، لذا وجود چنین شرایطی، وضعیتی ایده‌آل را برای مستأجران فراهم می‌سازد؛ به علاوه، طرح پیشنهادی در نقل و انتقالات اعیانی نیز اخلال ایجاد می‌کند، زیرا هنگامی که مستأجر، اعیانی را احداث نمود، مالک مستحدثات می‌شود و می‌تواند آن را موضوع عقد بیع قرار دهد. در این صورت، خریدار علاوه بر پرداخت قیمت اعیانی باید اجاره‌بهای واقعی را نیز پرداخت نماید. جملگی عوامل ذکر شده، دلیل دافعه عموم در استفاده از موقوفات می‌باشند.

تدبیری که می‌توان اندیشید، این است که چنانچه اداره اوقاف، حق تملک احداث اعیانی را واگذار نماید و به تبع آن، پذیره‌ای دریافت نکند، می‌تواند اجاره‌بهای بالاتری را همانند آنچه در املاک طلق تعیین می‌شود، از مستأجران بستاند، اما مشکلی که از پی عدم گرفتن پذیره حاصل می‌شود، تنشی است که میان عرف و اداره اوقاف ایجاد می‌شود، لذا برای جلوگیری از بروز این پدیده، حق مورد بحث واگذار می‌شود تا با پذیره دریافتی، بتوان اقدام به سرمایه‌گذاری کرد و حق تضییع شده را جبران نمود.

راه دیگر آن است که اداره اوقاف در قبال عدم دریافت پذیره، با مستأجران، عقد اجاره زمین مسکونی یا تجاری منعقد کند و تا زمان برقراری اعیان، اختیار انتفاع دهد. البته اگر ساختمان پس از چند سال طولانی تخریب شود، در این حالت، همانند صور قبل، اختیاراتی نظیر حق درخواست تخلیه و غیره برای اداره اوقاف





افزوده نشده است و ازدیاد ناچیز اجاره بها تنها مزیتی است که با اجرای چنین حالتی حاصل می شود.

- اگر مطابق با حالتی که بیان شد، عمل نماییم، تغییر آن چنانی ایجاد نمی شود، مثلاً اگر در فرض اخذ پذیره، اجاره بهای سالیانه ۵۰۰ هزار تومان باشد، در صورت اجرای این تغییر، اجاره بها به میزان ۱ میلیون و ۲۰۰ هزار تومان افزایش می یابد.

لذا وجود پذیره، بهتر از فقدان آن است و به توسعه موقوفات رونق می بخشد؛ تا زمانی که پذیره از مستأجر اخذ می شود، در مقابل، حق تملک احداث اعیانی به اشخاص واگذار می گردد و تغییر کاربری برای موقوفه صورت می پذیرد. چنین تغییری علاوه بر پدیدآوردن ارزش افزوده، نرخ اجاره بها را نیز افزایش می دهد، به عنوان مثال، اگر زمین مزروعی، اجاره داده شود، یقیناً اجاره زمین مزروعی از مستأجر اخذ می شود، اما اگر پذیره همین زمین، اخذ و حق تملک واگذار شود، سبب می شود که کاربری همان زمین، از مزروعی به مسکونی تغییر یابد و توأمان با این تغییر کاربری، اجاره بها<sup>۱</sup> نیز تغییر می یابد.

مضاف بر این، از آنجا که اداره اوقاف، بخشی از حقوق زمین زراعی بدون حق را به دیگری واگذار نموده و یک شریک مادام العمر برای موقوفه در نظر گرفته است، در ازای سلب حق صورت گرفته، اخذ مبلغی تحت عنوان پذیره، به نظر لازم می آید تا جبرانی از این طریق صورت گیرد.

- پذیره را می گیریم تا اعطای حق تملک احداث اعیانی را با سرمایه گذاری برای موقوفات جبران کنیم.

لیکن با تأمل می توان تعارض این رویه را با مورد مصرف پذیره دید، زیرا با آنچه مقنن در قانون مقرر نموده، در تعارض است. دلیل آن این است که با استناد به ماده (۱۳) قانون سازمان حج و اوقاف و امور خیریه و ماده (۱۰) «آیین نامه وصول پذیره»، وجوهی که از محل پذیره و غیره به دست می آید، جزو همان عایدی موقوفه محسوب می گردد و بایستی در راستای اجرای نیات واقف هزینه شود. پس مطابق

۱. اجاره بها مطابق با نحوه بهره برداری مستأجر (اجاره بهای مسکونی) که بیشتر از اجاره بهای مزروعی است، دریافت می شود.

آنچه بیان شد، مأوای مصرف پذیره در وهله نخست باید در راستای اجرای نیت واقف باشد و اگر مبلغ معتابهی پس از وضع مخارج اساسی و اجرای نیت باقی ماند، می‌توان اقدامات ذکرشده در ماده (۱۰) آیین‌نامه یادشده را عملی کرد. رویه اداره اوقاف در نخستین اقدام، سرمایه‌گذاری برای همان موقوفه است؛ همانند خرید زمینی برای موقوفه، احداث اعیانی بر روی زمینی برای موقوفه و مواردی از این قبیل.

- هیچ مقداری از پذیره در راستای نیت واقف هزینه نمی‌شود و تمامی پذیرهی دریافتی از مستأجرین در راستای توسعه موقوفه صرف می‌شود.

درخصوص میزان پذیره دریافتی هم باید دانست مطابق ماده (۱) آیین‌نامه مذکور باید حداقل ۳۰ درصد قیمت عادلانه روز زمین باشد که عرف هر منطقه، نقش بسزایی در تغییر درصد مذکور ایفا می‌کند. این میزان در استان‌هایی نظیر تهران، اصفهان، فارس و کرمان، گاهی تا ۷۰ الی ۸۰ درصد قیمت عادلانه است و در استان یزد، در راستای اعطای «حق تملک احداث اعیانی»، نیز ۷۰ درصد تعیین شده بود، اما در شهرستان میبد براساس عرف و دیگر شرایط موجود و در نتیجه مذاکرات کارشناسان و خبرگان اداره اوقاف این شهرستان با مسئولان سازمان اوقاف کل کشور، به ۳۵ درصد تقلیل یافت.

به نظر نگارندگان، با توجه به مطالعات و بررسی‌های میدانی صورت‌گرفته، با چنین اقدامی، نخستین گام آسیب‌آفرین از دریچه «پذیره» علیه موقوفات برداشته شد، زیرا با وجود آنکه باید درصد معین شده با توجه به هر شهرستانی در استان و هر منطقه‌ای از آن، متغیر بوده، هر سال به‌روز شود، اما درصد تعیینی در شهرستان میبد سالیانی است که لایتغیر مانده و درواقع، نزولی بودن این مقدار در عمل (با توجه به نرخ تورم سالیانه) اتخاذ تصمیم جهت سرمایه‌گذاری را با دشواری روبرو می‌سازد.

روال اتخاذی اداره اوقاف در چنین فروضی، تصمیم‌گیری به تناسب سرمایه موقوفه است. از این قرار، هرگاه کمیت مبلغ پذیره درحدی باشد که مکفی خرید زمین و اعیان نباشد، با همان مقدار، اقدام به احداث اعیان می‌شود و چنانچه به‌قدری نازل باشد که نتوان چنین اقدامی انجام داد، به ناچار باید شریکی را جست که شریک



پذیره موقوفه دیگری است. حال اداره اوقاف با از کنار هم قراردادن هر دو پذیره، به ساخت اعیان برای آن دو اقدام می‌نماید که از طریق اجاره‌دادن اعیانی و اخذ اجاره‌بهای به‌روز و مناسب، بسان اجاره‌بهای املاک طلق، منفعت را برای موقوفات به ارمغان می‌آورد.

نقص سیستم اطلاع‌رسانی نیز آسیب‌زا است. برای نمونه، هرگاه از اجرای نیت واقفین سخنی به میان نیاید، سبب دل‌زدگی افراد، ایجاد فاصله با وقف و واگرایی تمایل سایر افراد در وقف خواهد شد، بنابراین برای ترغیب افراد یک جامعه به موقوفات و کاستن از آسیب‌های آن، اداره اوقاف بایستی به‌عنوان یک مدیر نهاد وقف در جامعه، اطلاع‌رسانی شایسته‌ای را در سه قسم بازگ کردن نیازهای هر عصر، تبیین و تشریح بسیاری از قوانین اوقافی و اعلان نیت اجرا شده را به انجام رساند.

سازمان اوقاف برای نیل به این غایت، بخشنامه‌هایی را به ادارات خویش در استان‌ها ارسال می‌نماید تا از این طریق، مسئولان و افراد مرتبط، وقف را به‌سمت نیازهای روز جامعه سوق دهند. بدین‌سان به افرادی که با مراجعه‌ی حضوری خود به سازمان، قصد وقف مالی دارند، توضیحاتی ارائه می‌شود تا به‌درستی و با آشنایی کامل، این اقدام صورت گیرد.

- مرتباً در بخشنامه‌های ارسالی از سوی سازمان اوقاف توصیه می‌شود که وقف به سمت نیازهای روز جامعه هدایت شود.

اقدامات فوق برای دستیابی به یک نظام اطلاع‌رسانی نیکو لازم است، اما کافی نیست، زیرا عمل به این بخشنامه‌ها، حتی با فرض آنکه به صورت مستمر از سوی سازمان اوقاف برای ادارات ابلاغ شود، اجرای آن‌ها در سایه کمبود نیروی انسانی، امری ناشدنی یا دست‌کم دشوار است؛ مضافاً آنکه اطلاع‌رسانی در سطح شهر، زیاد رخ نمی‌دهد و در مراجعه حضوری خلاصه می‌شود. بنابراین نباید با چنین وضعیتی، انتظار راهنمایی و اطلاع‌رسانی نیکو داشت؛ هرچند همین میزان هم تحت تأثیر سه متغیر سن، اعتقادات و سطح تحصیلات افراد قرار می‌گیرد و بازخورد آن به حداقل می‌رسد.



... مثلاً برخی افراد مسن مذهبی با تحصیلات پایین گمان می‌کنند که هر گاه نیاز روز جامعه را در نظر داشته باشند و وقف مذهبی نمایند، ثواب اخروی کمتری نصیبشان می‌شود.

بنابراین اثربخشی در چنین مواردی، بسیار کم و اقناع آنان، امری غامض است. این معضل دیگری است که باید برای آن چاره‌ای اندیشید. برای نمونه، باید از افزایش نیروی انسانی یا تبلیغات صدا و سیما که یکی از رسالت‌های آن، ترویج فرهنگ وقف در جامعه است، مدد جست و بدین طریق، سطح اطلاع‌رسانی در همه ابعاد را بهبود بخشید. (اثنی‌عشران و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۴۵) همان‌گونه که بسیاری از کشورها برای برون‌رفت و حل معضل‌های خطیر از تمامی ظرفیت‌های رسانه‌ای استفاده می‌نمایند. (جوکار، ۱۳۹۷: ۷۸)

#### ۴. آسیب‌های ناشی از عملکرد دولت

از آنجا که دولت باید در جایگاه حامی موقوفات عمل کند، عدم کارکرد صحیح او، مثلاً در فرض وجود نواقص قانونی، منبعی برای آسیب جلوه‌نمایی می‌کند.

با توجه به اهمیت وقف در نظام حقوقی ایران، وجود یک سیستم تخصصی دادرسی ویژه برای رسیدگی به امور موقوفات جهت تعجیل به تعیین تکلیف مسائل حقوقی این نهاد، امری ضروری است و فقدان آن، به علت اطاله فرایند دادرسی در حالت معمول، سبب خسران موقوفات می‌شود، زیرا رسیدگی به دعاوی این حوزه، از قبیل تولیت، اثبات وقفیت، خلع ید و مهم‌تر از همه این‌ها، معضل حق دسترسی عرفی در میبد، مدت زمان مدیدی را می‌طلبد که رسیدگی به آن‌ها در جریان دادرسی‌های معمولی ممکن باشد. همچنین در برخی موارد، قوانین و مقررات دارای نواقصی است که مقنن باید دست‌کم طی سالیان اخیر، نسبت به اصلاح آن‌ها اقدام می‌نموده، اما درصدد اصلاح برنیامده است. برای نمونه، در تعیین میزان پذیره و اجاره‌بها با استناد به ماده (۱) آیین‌نامه وصول پذیره و مواد (۱۱) و (۱۳) آیین‌نامه اجرایی قانون سازمان حج و اوقاف و امور خیریه، افرادی شامل کارشناس رسمی دادگستری یا خبره محلی، در این دست امور دخیل هستند و امر تعیین مظنه قیمت پذیره و اجاره‌بها که باید مطابق با میزان عادلانه‌ی روز تعیین شده باشد، به آن‌ها واگذار

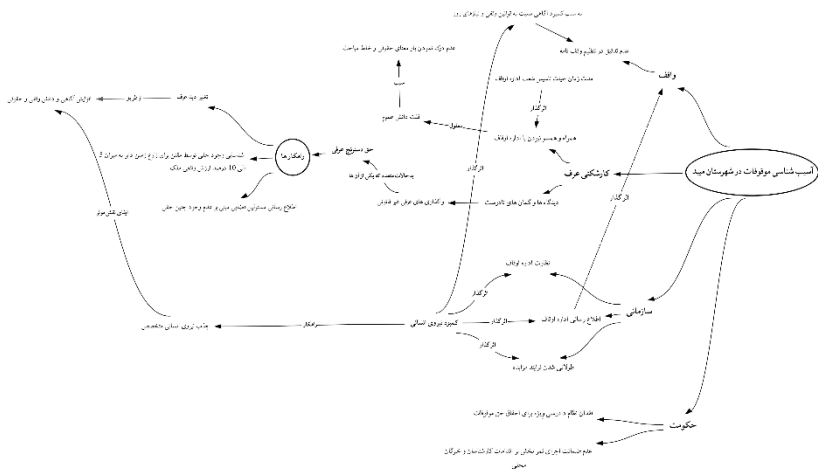


شده، اما اعطای چنین اختیار یا تکلیفی بدون در نظر گرفتن ضمانت اجرای متناسب، مسیری را برای اعمال سلیقه اشخاص نامبرده گشوده می‌گذارد.

- این امکان وجود دارد که چنین اشخاصی در تعیین مبالغ پذیره و اجاره‌بها، بی‌منا عمل نمایند و بسته به نوع دیدگاهی که نسبت به موقوفات دارند، نرخ این موارد را اندک یا زیاد تعیین نمایند.

آسیب دیگر، نقص قانونی مندرج در ماده (۱۴) قانون سازمان حج و اوقاف و امور خیریه است که به موجب آن، نظارت بر متولیان که خود واقف بوده‌اند، ضروری دانسته نشده و مقنن این چنین گمان کرده است که هر گاه شخصی مالی را وقف نمود و خویشان را به عنوان متولی برگزید، امکان تعدی و تفریط از سوی او نسبت به منافع موقوفه علیهم در حداقل تصور است و نظارت بر وی، کاری عبث است.

در انتقاد به چنین مقرره‌ای باید بیان داشت، اگرچه واقف ایثارگر، معتقد به عالم اخروی به طریق خودساخته‌ای چشم از آن مال برداشته و برای استفاده عموم، عین آن را حبس و منافعش را تسبیل کرده است، لیکن در برخی موارد، با چنین اقدامی، تنها صفت «مالک» در او، بدل به نقش «متولی» شده و هیچ چیز دیگری تغییر نکرده است، لذا در این فرض هم، او تنها یک مسئول است که باید مورد نظارت قرار گیرد و بسان دیگر متولیان جوابگوی اقدامات خویش باشد. (کریمی، بی تا: ۶۰)



مهم‌ترین معضلات موقوفات شهرستان میبد. (منبع: دستاوردهای پژوهش)

## نتیجه:

در این پژوهش سعی شد که آسیب‌های تضییع‌کننده موقوفات در شهرستان میبد شناسایی گردد. در رسم توضیحی (که در ادامه می‌آید)، شاخص‌ترین این معضلات و آسیب‌ها در این منطقه آمده است. اکثر قابل‌توجه این آسیب‌ها، منبث از دانش اندک کمی و کیفی عرف و واقفان است، زیرا ضعف در این حوزه، سبب عدم توانایی کافی عرف برای تجزیه و تحلیل مفاهیم از یکدیگر می‌گردد و در مواردی نظیر «حق دسترنجی عرفی»، خود را نشان می‌دهد که از قضا مهم‌ترین آسیب این نهاد در شهرستان میبد است. ریشه اصلی چنین آسیب‌هایی، ضعف در اطلاعات حقوقی و وقفی است که به شکل‌گیری پندارهای وهمی انجامیده است.

در راستای چاره‌جویی بنیادین این مشکل، راهکارهایی اندیشیده شده است؛ تلاش عرف شهرستان در درک مفهوم بسیاری از واژگان و اصطلاحات حقوقی و تفکیک آنان از الفاظ عامیانه، اطلاع‌رسانی گسترده مسئولان قضایی از مفهوم دقیق فقهی و قانونی حق دسترنجی رعیتی و تفاوت آن از آنچه به‌عنوان حق دسترنجی عرفی شناخته‌اند، تلاش مضاعف اداره اوقاف برای تقویت بنیان اطلاعات عمومی و علمی مردمان شهرستان که توأمان یاری‌دهنده مقصود راهکار نخست نیز است. نمونه‌ای از تدابیر راهگشا است، اما در خصوص راهکار اخیر از آنجا که اداره مستقر در شهرستان در زمینه نیروی انسانی، در مضیقه است، نمی‌توان کارایی بالایی را از وی انتظار داشت؛ علاوه بر این، چنین کمبودی، عملاً بسیاری از وظایف شاخص اداره اوقاف، از قبیل نظارت و اطلاع‌رسانی و برگزاری مزایده را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد و خود سببی برای آسیب‌های دیگر محسوب می‌گردد و تالی فاسد کمبود نیروی انسانی در اداره اوقاف دست‌کم در ضعف‌های اندیشه واقفان در وقف بر مصالح روز و مورد نیاز جامعه قابل‌نظاره است؛ همچنین است دل‌زدگی و کور نمودن انگیزه واقفان که بخش قابل‌توجهی از این موارد با تخصیص نیروی انسانی کارآمد برای ادارات اوقاف قابل‌رفع است.

برخی دیگر از آسیب‌ها ناشی از خلأ قانونی یا ضعف عملکرد دولت است؛ در بخش نظارتی یا دادرسی می‌توان با تغییراتی عملی در حوزه دادرسی گام‌های رفیعی





در رفع چالش‌های مرتبط برداشت. در زمینه تقنین نیز می‌توان راهکارهایی پیش‌بینی کرد، به‌عنوان مثال، اصلاح مقررات مربوط به دریافت «پذیره» و به‌روز نمودن میزان پذیره دریافتی و شناسایی قانونی حقی برای مستأجران در قالب حق دسترنجی با درنظر داشتن وجوه افتراق آن از حق زارعانه.

## منابع و مأخذ:

- اثنی‌عشران، مهدی، تقی‌پور، فائزه و رضا اسماعیلی (۱۳۹۷)، «شناسایی عوامل رسانه‌ای مؤثر بر ترویج فرهنگ وقف»، دین و سیاست فرهنگی، دوره ۵، ش ۱۱.
- ارزانیان، آرش (۱۳۹۷)، چالش‌های حقوقی ناظر به قوانین و مقررات حوزه وقف در نظام حقوقی ایران با مطالعه موردی موقوفه حاج محمدحسن غمخوار شهریار، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد رشته حقوق خصوصی، دانشگاه شاهد.
- اسلامی‌پناه، علی (۱۳۹۶)، «نقش عرف به‌منزله منبع حقوق»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۷، ش ۲.
- بهادری‌چهرمی، علی و شعبانپور، رسول (۱۳۹۲)، «نقش عرف در قانونگذاری نظام اسلامی»، مطالعات حقوقی دولت اسلامی، س ۲، ش ۳.
- جبارگلباغی، سیدعلی (۱۳۸۰)، «عرف از دیدگاه امام خمینی علیه‌السلام»، نشریه فقه، دوره ۷، ش ۲۶-۲۵.
- جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۳)، ترمینولوژی حقوق، چ ۵، تهران: انتشارات گنج‌دانش.
- جوکار، عیسی (۱۳۹۷)، عوامل و راهکارهای پیشگیری از موقوفه‌خواری در استان فارس، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نورآباد ممسنی.
- چرخ‌چی، فاطمه (۱۳۹۶)، بررسی فقهی و حقوقی تنظیم سند اجاره موقوفات، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد رشته فقه و مباحث حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.

- حاتمی، علی اصغر و شفقتی، ویدا (۱۳۸۰)، «اجاره مال موقوفه»، نشریه فقه و اصول، دوره ۳۳، ش ۱.
- حکیم، محمدتقی (۱۴۱۸)، *الأصول العامة للفقہ المقارن*. قم: مجمع جهانی اهل بیت علیهم‌السلام.
- رستم‌پور، آرمان، ذوالفقاری، مهدی و ابراهیم یاقوتی (۱۳۹۸)، «روزآمدسازی موارد مصرف عواید موقوفات در فقه، حقوق موضوعه و رویه قضایی ایران»، ماهنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران، دوره ۲، ش ۴.
- روحی‌برندق، کاووس، فصیح، منصوره و محمدامین کیخافرزانه (۱۳۹۵)، «تبارشناسی عرف در فقه امامیه و حقوق ایران»، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۸، ش ۱۵.
- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۸۷)، *الموجز فی اصول الفقه*، قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه‌السلام.
- کاشف‌الغطاء، شیخ أسعد (۱۴۱۹)، *العرف حقیقته و حجیته*، قم: الذخائر.
- کریمی، عماد (بی‌تا)، *آسیب‌شناسی وقف*، تهران: سازمان حج و اوقاف و امور خیریه.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۷۲)، *مباحثی از اصول فقه*، ج ۷، قم: اندیشه‌های نو در علوم اسلامی.
- محمدی، محمود (۱۳۷۹)، *تحلیل نقش متقابل وقف و شهرسازی*، ج ۳۰، قم: وقف میراث جاویدان.
- مختاری، زهرا (۱۳۹۷)، *حق ریشه در املاک وقفی و آثار آن*، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد رشته‌ی حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مرودشت.
- ملک‌زاده، فهیمه و احمدلو، مونا (۱۳۹۱)، «جایگاه عرف در حقوق با رویکردی بر اندیشه‌های امام خمینی علیه‌السلام»، پژوهشنامه متین، دوره‌ی ۱۴، ش ۵۶.
- یاور، وحید، صادقی‌شاهدانی، مهدی و مجتبی نصراللهی‌نسب (۱۳۹۷)، «آسیب‌شناسی الگوی درآمدزایی موقوفات» (مطالعه موردی املاک مسکونی عرصه اعیان وقف)، *مطالعات اقتصاد اسلامی*، دوره ۱۲، ش ۲.



## چالش‌های امنیت قضایی و راهکارهای حل آن با تأکید بر «اصل حاکمیت قانون» از منظر فقه و حقوق\*

محمدعلی حاجی‌ده‌آبادی\*\*

محمد جواد صمیمی\*\*\*

### چکیده

امنیت قضایی یکی از حقوق اساسی شهروندان در فرایند دادرسی کیفری است که به معنای صیانت از حقوق افراد در فرایند دادرسی و دسترسی آنان به عدالت است. امنیت قضایی در دو سطح عینی و ذهنی تجلی می‌یابد؛ سطح عینی به معنای عدم وجود هرگونه مانع و تهدید عملی در دستیابی به وضعیت یاد شده است و سطح ذهنی به معنای نداشتن احساس هرگونه خوفی از دست نیافتن به حقوق خود در فرایند دادرسی است که ناشی از تضمینات قانونی، از جمله «اصل حاکمیت قانون» است. از این رو چالش‌های امنیت قضایی مواردی همچون عواملی سیاسی، حقوقی، قضایی و اجتماعی هستند که تحقق امنیت قضایی را در دو بُعد عینی و ذهنی با مانع جدی روبه‌رو ساخته و شهروندان را از این حق اساسی محروم می‌سازند. این مقاله درصدد است تا با تبیین این چالش‌ها، راهکارهای حل آن را با تمرکز بر منابع فقهی و حقوقی و با تأکید بر اصل حاکمیت قانون ارائه دهد. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد راهکارهایی همچون استقلال قضایی، نظارت بر عملکرد قضات و دستگاه قضایی، قابل دسترس بودن محاکم و به خصوص اصل حاکمیت قانون نقش ویژه‌ای در رفع این چالش‌ها دارد.

**کلید واژه‌ها:** امنیت قضایی، چالش‌ها و راهکارها، اصل حاکمیت قانون، فقه،

حقوق ایران.

\* تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۱۱/۰۱ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۲/۰۳/۰۹ - نوع مقاله: علمی، پژوهشی.

\*\* دانشیار حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه قم و مدیر گروه حقوق مجتمع عالی علوم انسانی جامعه المصطفی ﷺ العالمیه قم، قم، ایران (ma.hajidehabadi@qom.ac.ir).

\*\*\* دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، مجتمع عالی علوم انسانی جامعه المصطفی ﷺ العالمیه قم، قم، ایران (samimijavad1359@gmail.com).

امنیت قضایی به عنوان یک اصل حقوقی، از ابعاد امنیت اجتماعی و از مفاهیم اساسی در نظام‌های دنیاست که اساس توسعه اجتماعی محسوب می‌گردد، زیرا انسان تنها در پرتو آن می‌تواند امور مادی و معنوی خویش را با آسایش خاطر سامان دهد. امنیت قضایی دارای دو معنای موسع و مضیق می‌باشد. معنای موسع، در بُعد ماهوی شامل همه شهروندان و در بُعد شکلی، افراد دخیل در فرایند دادرسی را در بر می‌گیرد، اما معنای مضیق، فقط شامل افراد دخیل در فرایند دادرسی است. از سوی دیگر، امنیت قضایی را می‌توان در دو مفهوم ایجابی و سلبی مورد مطالعه قرارداد؛ در مفهوم سلبی تمرکز بر شفاف بودن رابطه شهروندان و قدرت عمومی است، یعنی قدرتی که بازدارنده هرگونه ظلم در جامعه می‌باشد. در این مفهوم، امنیت قضایی رابطه وثیقی با آزادی‌های فردی دارد و از طریق اصل حاکمیت قانون و تبیین صلاحیت نهادهای عمومی، این آزادی‌ها تضمین می‌شود. در این جنبه از امنیت قضایی، تأکید بر حفظ امنیت قضایی کنشگران حاضر در فرایند دادرسی است، اما امنیت قضایی در معنای ایجابی را می‌توان در مفهوم دسترسی به عدالت خلاصه کرد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۰: ۱۰۱ و ۱۱۵)، یعنی هنگامی که حقوق افراد مورد تعرض قرار می‌گیرد، نظام قضایی باید امکان دسترسی به عدالت را برای همگان ممکن سازد.

بنابراین، منظور از امنیت قضایی، فراهم کردن سازوکار برای تأمین امنیت شهروندان است، به گونه‌ای که همه افراد، نسبت به حفظ منافع مادی و معنوی خود احساس آرامش خاطر داشته باشند، که این امر با عملکرد درست دستگاه قضایی و رعایت حقوق اصحاب دعوا در فرایند مختلف دادرسی (حاج‌زاده، ۱۳۹۵: شماره ۳۳/۶۷) و با توجه به اصل حاکمیت قانون، تحصیل می‌شود.

بنابراین، پرسش اصلی این پژوهش این است که چالش‌های امنیت قضایی و راهکارهای حل آن با تأکید بر اصل حاکمیت قانون از منظر فقه و حقوق چیست؟ برای دستیابی به پاسخ این سؤال، سعی نگارنده بر این است که با نگاه توصیفی و تحلیلی به موضوع و با استفاده از شیوه اسنادی و کتابخانه‌ای، چالش‌های امنیت





قضایی و راهکارهای حل آن از دیدگاه فقهی و حقوقی، بررسی شود. با مطالعاتی که انجام شد، فرضیه‌های این پژوهش این است که محاکم با عملکرد نادرست و برخورد نابهنگام با متجاوزین و عدم حاکمیت قانون، باعث از بین رفتن امنیت قضایی کنشگران حاضر در فرایند دادرسی گردیده و امنیت قضایی شهروندان را با چالش جدی مواجه می‌سازند، اما یکی از مهم‌ترین سازوکارهای حل چالش‌های یاد شده، پذیرش «اصل حاکمیت قانون» است که خود، مفهومی انتزاعی است و از بررسی وضعیت عملکرد دستگاه قضایی و مجموعه قوانین و فرایندهای حاکم بر نظام دادرسی هر کشور، قابل درک است. حاصل این وضعیت، اطمینان خاطری است که شهروندان از نبود هرگونه تهدید در مقام رسیدگی قضایی، داشته و خود را در حمایت قانون می‌بینند. با وجود این، در مقام عمل، این مهم با چالش‌های مهم سیاسی، حقوقی و قضایی مواجه است.

**پیشینه پژوهش:** پیشینه‌ای خاص در خصوص پژوهش حاضر، وجود ندارد، زیرا این موضوع جدیداً در حقوق کیفری مطرح گردیده که نیازمند پژوهش است. اگر چه روش‌های نظری و عملی دادرسی‌ها، نقشی قابل توجه در تحقق امنیت قضایی مردم داشته است، با وجود این، تحقیقات اندکی که در این مورد انجام شده، تمام ابعاد آن را مورد بررسی قرار نداده است؛ البته این بدان معنا نیست که فقیهان و حقوق‌دانان، نسبت به این امر بی‌تفاوت بوده‌اند. اصطلاحات به کار رفته در منابع فقهی، نشان از توجه ویژه به این امر دارد، چنان که برخی، قضاوت را داوری عادلانه بین اصحاب دعوی دانسته (بروجری، ۱۴۲۹: ۷/۳۰) و عده‌ای امنیت قضایی را نماد دادگستری عادلانه تلقی نموده‌اند. (بحرانی، ۱۴۲۶: ۲۷۰)

از این گونه بیانات، امنیت قضایی قابل استظهار است، لذا با بررسی منابع فقهی متوجه می‌شویم که اندیشمندان، به امنیت قضایی افراد، به صورت پراکنده و بدون انتظام بخشی، توجه داشته‌اند، ولی شدیداً نیاز به معادل‌سازی و تنظیم دارد. بنابراین، در این پژوهش سعی شده است مفاهیم جدید حقوقی مربوط به امنیت قضایی را در منابع فقهی عرضه نموده و از تعبیر فقها، معادل آن مفاهیم جدید را ایجاد کرد. به این بیان که فقها در متون فقهی، در بعضی موارد برای تعریف «قضاوت» مطالبی را



مطرح نموده‌اند که از آن می‌شود، تعریف امنیت قضایی را استظهار نمود. در مواردی هم به اصول دادرسی عادلانه اشاره نموده‌اند که از آن‌ها، سازوکارهای ناظر بر تأمین امنیت قضایی را می‌توان استخراج کرد.

بنابراین، پیشینه پژوهش می‌توان را به دو دسته تقسیم‌بندی نمود؛ در دسته اول، تعدادی مقاله در زمینه امنیت قضایی تدوین یافته که به تبیین مفهوم آن، پرداخته است و در دسته دوم، یک کتاب تألیف شده است، که در آن به امنیت قضایی از منظر قانون ایران و رویه دیوان اروپایی حقوق بشر (جزایری، ۱۳۹۴) پرداخته شده است. یک پایان‌نامه نیز در همین دسته تدوین یافته که در آن، تضمینات عام امنیت قضایی از منظر قوانین شکلی ایران و افغانستان مورد بررسی قرار گرفته است، اما به صورت خاص در مورد این پژوهش، پرداخته نشده است. پس می‌توان ادعا نمود که پژوهش حاضر، جدید بوده و تاکنون سابقه نداشته است. از این‌رو، نگارنده، با نگاهی به منابع فقهی و حقوقی به صورت تطبیقی، به بررسی چالش‌ها و عوامل پدیدآیی آن‌ها به منظور ارائه راهکارهای اساسی در مواجهه با آن‌ها با تأکید بر اصل حاکمیت قانون از منظر فقه و حقوق ایران، پرداخته است.

## ۱. مفهوم و مبانی امنیت قضایی

شناخت ابعاد امنیت قضایی، منوط به تبیین مفهوم و مستندات آن است. از این‌رو، در این بخش از تحقیق، مفهوم و مبانی امنیت قضایی، مورد بررسی قرار گرفته است.

### ۱.۱. مفهوم امنیت قضایی

«امنیت قضایی»، مرکب از دو واژه «امنیت و قضاء» است. تعریف حقیقی واژه ترکیبی، در فقه و حقوق، از راه جنس و فصل ممکن نیست، بلکه تعریف آن به عنوان یک مفهوم اعتباری و قراردادی ممکن است، زیرا مفاهیم اعتباری و انتزاعی، با تبیین اجزای آن، قابل تعریف است. از این‌رو، درک مفهوم امنیت قضایی، در پرتو تبیین مفهوم «امنیت» و «قضاء»، امکان‌پذیر است.

«امنیت» از نظر لغوی، به معنای در امان بودن است. (محمد معین، ۱۳۸۷: ۱۶۱) در قرآن، واژه «آمن و آمان» به معنای اطمینان قلب دانسته شده (بقره: ۲۵ و ۲۸۳) و



در زبان انگلیسی به معنایی اطمینان خاطر آمده است. (Ali-Mantari Leners, 2003: p.320)

در اصطلاح، اندیشمندان تعاریفی را برای امنیت ذکر نموده‌اند که همه ریشه در معنای لغوی آن دارد. از دیدگاه فقهی، امنیت به معنای اطمینان خاطر نسبت به حفظ دین، جان، مال و ناموس (العتیبی، ۱۴۲۷: ۱۴۶) در برابر هر گونه تهدید است. (A group of graduates, 2014: P.4)

از منظر حقوقی، امنیت به معنای فقدان تهدید نسبت به ارزش‌ها و نبود خطر نسبت به حقوق شهروندان است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱/۶۴۱) امنیت دارای انواع مختلفی است؛ از یک منظر امنیت به «عینی» و «ذهنی» تقسیم می‌شود. عموماً امنیت را در تهدید نکردن تعریف کرده‌اند که امری عینی است، اما نباید از بُعد ذهنی امنیت غافل ماند و آن اینکه امنیت وقتی وجود دارد که احساس کنیم تهدیدی در کار نیست. (اخوان‌کاظمی، ۱۳۸۶: شماره ۱۳/۷۵)

از منظر موضوع، امنیت به فردی، اجتماعی، ملی و بین‌المللی تقسیم می‌شود. در این میان، بحث امنیت قضایی به عنوان یکی از ابعاد امنیت اجتماعی، از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است، زیرا برقراری امنیت در اجتماع، نیازمند دستگاه قضایی نیرومند است (همان: ۳۵) که بتواند با توجه به اصل حاکمیت قانون و اجرای عادلانه آن، امنیت قضایی را به وجود آورد.

«قضاء» در لغت به معنای داوری کردن است (معین، ۱۳۸۷: ۷۹۹) و در اصطلاح، فقها به پیروی از معنای لغوی، واژه قضا را به معنای داوری عادلانه جهت فصل خصومت دانسته‌اند. (فیاض، بی‌تا: ۳/۲۳۳) این معنا در قرآن، در داستان قضاوت حضرت داوود این گونه ذکر شده که خداوند به ایشان توانایی داوری عادلانه را عطا کرد (ص: ۲۰)<sup>۱</sup> و به او دستور داد که در میان مردم به حق قضاوت کند. (ص:

۱. «وَ آتَيْنَاهُ الْحُكْمَ وَ فَضَّلَ الْخِطَابَ».



۲۶) این آیات بیانگر آن است که دادرسی باید عادلانه باشد، زیرا عدالت قضایی از مؤلفه‌های مهم تحقق امنیت قضایی به شمار می‌آید.

بنابراین، امنیت قضایی مفهومی مرکب از واژه «امنیت» و «قضاء» و متضمن حقوق اساسی افراد جامعه است؛ امنیت قضایی را می‌توان وضعیت و حالتی دانست که افراد جامعه نسبت به اینکه در رسیدگی‌های قضایی، حقوق آن‌ها از تجاوز دیگران، در امان خواهد ماند. از این رو، از نظر اصطلاحی، امنیت قضایی در سطوح متفاوتی معنا پیدا می‌کند. در ساحت عینی، این مهم با فقدان تهدید در برابر ارزش-های کسب شده مانند حق حیات، که قانون برای انسان به رسمیت شناخته است، معنا می‌یابد.

در ساحت ذهنی، مهم فقدان ترس علیه ارزش‌های یاد شده است که مستلزم تهدیدزدایی علیه ارزش‌ها با اصلاح و اقناع دیدگاه‌های افراد جامعه امکان‌پذیر می‌باشد. پس، در اصطلاح، «امنیت قضایی» به معنای دادرسی عادلانه‌ای است که مایه آرامش خاطر مردم دانسته شده است. از این رو، طبق بند ۱۴ اصل ۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تأمین امنیت قضایی شهروندان، یکی از اهداف مهم دستگاه قضایی هر کشور به شمار آمده و از حقوق مسلم مردم دانسته شده است.

## ۲. رابطه امنیت قضایی با عدالت قضایی

رابطه میان امنیت قضایی و عدالت قضایی، در پرتو تبیین مفهوم آن دو قابل درک است. چنان که پیش‌تر بیان شد، امنیت قضایی حالتی است که در آن کلیه حقوق مادی و معنوی اشخاص در حمایت قانون و مصون از تعرض باشد. عدالت قضایی عبارت از آن است که کلیه افراد و اشخاص جامعه بدون تبعیض‌های ناشی از وضعیت طبقاتی یا موقعیت اجتماعی به طور یکسان از خدمات قضایی استفاده کنند. (اسدی، ۱۳۸۹: ۳ و ۴)

۱. «فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ».

با توجه به تعاریف فوق، روشن می‌گردد که رابطه وثیقی میان عدالت و امنیت قضایی وجود دارد؛ یعنی اجرای عدالت قضایی از الزامات بنیادین دستیابی به امنیت قضایی است، زیرا اجرای عدالت قضایی، شیوه پایدار برای حل منازعه در فرایند رسیدگی قضایی و موجب تأمین امنیت قضایی است. (کاظمی، ۱۳۹۶: ۱۴۵) چنان که خداوند فرمود: «میان مردم بر محور حق و عدالت داوری کنید» (نساء: ۵۸). بنابراین، عدالت قضایی به عنوان مقدمه تحقق امنیت قضایی است، زیرا عدالت قضایی از ابعاد عدالت اجتماعی بوده و در راستای حمایت از حقوق شهروندان، نقش مؤثری ایفا کرده و در نهایت باعث تحقق امنیت قضایی برای مردم خواهد شد. از این رو، میان امنیت قضایی و عدالت قضایی، ارتباط تنگاتنگی وجود دارد، زیرا تحقق امنیت قضایی، مبتنی بر عدالت قضایی و دادرسی منصفانه است.

### ۳. عناصر امنیت قضایی

منظور از عناصر، مؤلفه‌های تشکیل دهنده امنیت قضایی است که در بعد عینی و ذهنی، قابل طرح است.

#### ۳.۱. عناصر امنیت قضایی در بُعد عینی

به لحاظ عینی امنیت قضایی با وجود عناصر ذیل محقق خواهد شد:

##### ۳.۱.۱. تشکیل دادگاه‌های مورد نیاز شهروندان

یکی از عناصر تحقق امنیت قضایی در بُعد عینی، تشکیل دادگاه‌های مورد نیاز شهروندان است، زیرا اگر در کشوری مراجع قضایی کم باشد، دسترسی به آن‌ها به سهولت امکان‌پذیر نیست و در نتیجه شهروندان احساس ناامنی خواهند کرد. (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۰: ۳۴) از این رو، برای اینکه امنیت قضایی محقق شود، تشکیلات قضایی، باید از سوی حاکمیت تأمین گردد تا به پرونده‌های افراد با دقت و به‌هنگام رسیدگی شود.





## ۲. ۱. ۳. اصل حاکمیت قانون

منظور از اصل حاکمیت قانون، لزوم عمل به مقررات قانونی است. حاکمیت قانون مانند اصول دیگر همچون اصل تفکیک قوا، با هدف کنترل قدرت مطرح شده است. برای اینکه از استبداد قوا جلوگیری به عمل آید و از طرف دیگر برای اینکه آزادی مطلق مردم که موجب زیان جامعه است، کنترل گردد، وضع قوانین و حاکمیت آن در جامعه لازم است. (خلخالی، ۱۴۲۲: ۵۵۰) بنابراین، اصل حاکمیت قانون، یکی از عناصری است که وجود آن موجب تحقق امنیت قضایی می‌شود و عدم آن به عدم وجود امنیت قضایی می‌انجامد، زیرا حاکمیت قانون، سبب می‌شود که حقوق مادی و معنوی افراد از تعدی مصون مانده و در نتیجه از امنیت قضایی بهره‌مند گردند.

## ۳. ۱. ۳. توسعه قضایی

منظور از توسعه قضایی این است که نظام قضایی بتواند به اهداف و آرمان‌هایی که فلسفه وجودی نظام قضایی را در جامعه مشخص می‌کند به حد مطلوب برسد. (سایت وکلای قوه قضائیه، ۱۷/۳/۱۴۰۰) به این معنا که دستگاه قضایی در ابعاد مختلف توسعه یافته و پاسخگوی نیازمندی‌های افراد جامعه باشد.

## ۲. ۳. عناصر امنیت قضایی در بعد ذهنی

امنیت قضایی در بعد ذهنی، ناظر بر احساسی است که در کنشگران واقعه مجرمانه، نسبت به این مهم وجود دارد. (علینقی، ۱۳۷۹: شماره ۱۰ / ۵۰)

عناصر امنیت قضایی در بعد ذهنی، به شرح ذیل است:

### ۱. ۲. ۳. نبود تبعیض در فرایند رسیدگی

یکی از عناصر تحقق امنیت قضایی، نبود تبعیض در فرایند رسیدگی قضایی است (آیین دادرسی کیفری ایران، ۱۳۹۲: ۹۳)، به این معنا که محاکم در رسیدگی‌های قضایی، با عنایت به اصل حاکمیت قانون، عدالت را رعایت نموده و بین افراد، از جهت موقعیت اجتماعی، سیاسی، مذهبی و نژادی، تفاوت قائل نشود.



## ۲.۲.۳. آگاهی افراد جامعه نسبت به حقوق خود

آگاهی افراد جامعه نسبت به حقوق خود (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۰: ۳۳) یکی دیگر از عناصر امنیت قضایی محسوب می‌گردد، زیرا افراد آگاه بهتر می‌توانند در پیشگاه محکمه از حقوق خود دفاع نمایند. بنابراین، دستگاه حاکمیت ملزم است که زمینه آگاهی یافتن افراد جامعه را نسبت به حقوق‌شان فراهم نماید.

## ۳.۲.۳. اعتماد عمومی نسبت به دستگاه قضا

اعتماد عمومی نسبت به دستگاه قضا وقتی حاصل می‌شود که در جامعه امنیت قضایی وجود داشته باشد، یعنی افراد در رسیدگی قضایی نسبت به حفظ حقوق خودشان، احساس آرامش داشته باشند.

## ۴. مبانی فقهی و حقوقی امنیت قضایی

«مبنا» در لغت به معنای پایه و اساس و در اصطلاح فقهی به معنای گزاره‌ها و اطلاعاتی است که از قرآن، روایات و عقل حاصل شده است و مبانی محکم در زمینه‌های مختلف علم قانون به شمار می‌رود. (طباطبایی، ۱۴۲۹: ۱۲/۲۲؛ حاجی ده‌آبادی، ۱۳۷۷: ۴۷) این تعریف ناظر بر جنبه مستند بودن مبانی می‌باشد. (شیخ صدوق، ۱۴۱۵: ۴) بنابراین، در پژوهش حاضر، منظور از مبانی، مجموعه گزاره‌ها و مستندات ارزشی فقهی و حقوقی هستند که مستند امنیت قضایی افراد قرار گرفته و ضرورت تحقق آن را آشکار می‌سازند. بر اساس این مستندات، امنیت قضایی به عنوان یک اصل بنیادین حقوقی و راهبردی، برای انسان‌ها ضروری به شمار می‌آید، زیرا ماهیت وجودی سایر حقوق افراد بر پایه آن مستندات استوار بوده و در نهایت موجب تحقق امنیت قضایی افراد خواهد شد، زیرا فهم مبانی امنیت قضایی برای فهم چالش‌ها و ارائه راهکارهای حل آن، کمک می‌کند.

بر این اساس، گزاره‌های فقهی، حقوقی و عقلی، همچون عدالت، کرامت انسانی و احقاق حق، که از آیات و روایات و از حکم عقل حاصل شده‌اند، از مهم‌ترین مبانی امنیت قضایی به شمار می‌آیند، به این معنا که اصول ناظر بر تأمین امنیت قضایی، مبتنی بر آن مبانی بوده و مشروعیت خود را از آن کسب می‌کنند.



از این رو، با تحقیق در منابع فقهی و حقوقی، می‌توان مبنای امنیت قضایی را در موارد ذیل بیان کرد:

#### ۱. ۴. عدالت

عدالت یکی از مستندات امنیت قضایی است، زیرا عدالت یکی از گزاره‌های است که خداوند در تمام ابعاد زندگی اجتماعی، از جمله در رسیدگی قضایی در جهت تأمین امنیت قضایی افراد، رعایت آن را در آیات متعدد، لازم شمرده است. از این رو، فقها در متون فقهی، عدالت را مبنا و روح تمام احکام و قوانین دانسته‌اند. (نائینی، ۱۴۲۴: ۱۰۱) پس در واقع یکی از مبنای امنیت قضایی، «عدالت» است، زیرا عقل سلیم نیز به عنوان یکی از منابع فقه اسلامی، حکم می‌کند که اگر قانون از حقوق مادی و معنوی افراد حفاظت ننماید زندگی اجتماعی، امکان‌پذیر نخواهد بود. (علامه جعفری، ۱۴۱۹: ۹۶) چنان که خداوند عدالت را اساس رسیدگی‌های قضایی دانسته (نساء: ۵۸) تا مردم از حق امنیت قضایی برخوردار شوند.

«عدالت» در اینجا در عین اینکه یکی از اهداف امنیت قضایی است، مبنای آن نیز محسوب می‌گردد، زیرا عدالت دارای جلوه‌های مختلف است، یعنی عدالت بر حسب موضوع، گاهی وسیله و گاهی هدف و گاهی مبناست. عدالت از جهت اینکه مستند تحقق امنیت است، مبنای امنیت قضایی می‌باشد، اما از جهت اینکه نتیجه وجود امنیت قضایی، ایجاد عدالت در جامعه است، یکی از اهداف امنیت قضایی محسوب می‌گردد.

بنابراین، در تحقیق حاضر، مقصود از «مبنا»، مستند تحقق امنیت قضایی است. چنان که خداوند، در برخورد با تمام ابعاد زندگی بشر، دستور به اعتدال داده است (نحل: ۹۰).<sup>۲</sup> بر همین اساس، فقها، داوری عادلانه را از واجبات دانسته‌اند، زیرا امور دنیا و آخرت بر اساس عدل استوار است (قمی، ۱۳۶۸: ۱۲/۵۶۱)، زیرا

۱. «... وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَعْدِلُوا بِالْعَدْلِ...».

۲. «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ...».



مبنای احکام اسلامی، مصالح و مفاسد واقعی است (مطهری، بی‌تا، ۲۱/۲۹۳) و خداوند طبق آن‌ها، احکام شرعی را مقرر فرموده است، چون که هدف شریعت، سعادت انسان است و این هدف با انجام اعمالی به دست می‌آید که مصلحت واقعی انسان را تأمین نماید.

در قرآن، مصلحت انسان، علت صدور احکام اعلام شده است (بقره: ۱۷۹).<sup>۱</sup> مثلاً اگر انسان در عمق مشروعیت کیفر قصاص تأمل کند، درمی‌یابد که تأمین امنیت شهروندان، نیازمند پیش‌بینی کیفرهای عادلانه در احکام کیفری است، پس، عدالت به عنوان یکی از گزاره‌های قرآنی، در تحقق امنیت قضایی، نقش مبنا را ایفا می‌کند، چه اینکه اگر امنیت قضایی بر مبنای عدالت، استوار باشد، آن‌گاه حقوق انسان، حفظ خواهد شد. بنابراین، قانونگذار، دستگاه قضایی و پیروان قانون، باید عدالت را مورد توجه قرار دهند، زیرا عدالت یک اصل زیر بنایی در وضع قوانین و اجرای آن بوده است. (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۳: ۳۲) از این رو طبق اصل ۶۱ قانون اساسی ایران، عدالت مبنای حق امنیت قضایی بوده و تلاش در جهت تحقق آن، لازم شمرده شده است، زیرا با دادرسی عادلانه، امنیت قضایی محقق خواهد شد.

## ۲. ۴. کرامت انسانی

یکی دیگر از گزاره‌های قرآنی، به عنوان مبنا و مستند امنیت قضایی، اصل کرامت انسانی است، زیرا حفظ این اصل باعث ممنوعیت هتک حرمت اشخاص می‌شود (قربان‌نیا، ۱۳۸۷: ۴۹)، چرا که طبیعت انسان مستحق کرامت است. کرامت در لغت مشتق از «کرم» به معنای عزت و شرافت (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۱۲/۵۱۱) و در اصطلاح، پاک بودن از آلودگی‌ها و برتری انسان بر سایر موجودات است. (قرشی، ۱۴۱۲: ۱۰۳/۶) در آیات قرآن، سخن از حفظ کرامت انسانی به میان آمده (اسراء: ۷۰)<sup>۲</sup> که شامل کلیه افراد آدمی است، ولی با توجه به استعدادهایی که در وجود آدمی نهفته است، در برخی آیات از کرامت افراد خاص و با امتیازات ویژه،

۱. «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ».

۲. «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ».

مورد ستایش قرار گرفته و انسان با تقوا بر سایرین، برتری داده شده است (حجرات: / ۱۳).<sup>۱</sup>

دقت در این آیات، ما را به این حقیقت رهنمون خواهد کرد که انسان از دو نوع کرامت برخوردار است؛ کرامت ذاتی تکوینی و کرامت اکتسابی ارزشی.

کرامت ذاتی انسان، شامل کلیه ابنای آدمی است، اما کرامت اکتسابی شامل افراد با تقوا می‌گردد. (جعفری، ۱۴۱۹: ۱۵۸) از این رو در متون فقهی، کرامت انسان‌ها محوریت دارد، در صورتی که انسان با اعمال ناپسند، کرامت انسانی را از بین نبرد. لذا در اصل ۲ قانون اساسی ایران، کرامت انسانی یکی از مبانی نظام جمهوری اسلامی دانسته شده و در ماده ۶۰ منشور حقوق شهروندی ایران، بر حفظ کرامت شهروندان، تأکید گردیده و همه مردم بدون هرگونه تبعیض، در اصل شرافت انسانی برابر دانسته شده است. به نظر می‌رسد که اشکال اساسی قوانین موضوعه در این مورد این است که کرامت انسانی را مطلق ذکر کرده و بیان نکرده که که کدام نوع کرامت مستند امنیت قضایی است. از مطالعه و بررسی آیات و متون فقهی به دست می‌آید که اصل کرامت انسانی از نوع اکتسابی آن، به عنوان مبناى امنیت قضایی، مطرح است، زیرا بشر به لحاظ جسمانیت خود هیچ فضل و برتری بر دیگر موجودات ندارد، بلکه به خاطر روح خدایی اوست که مستحق کرامت گردیده و لایق سجده فرشتگان شده است (حجر: ۲۹).<sup>۲</sup> پس قرآن و عقل، بر برتری انسان‌های با استعداد و با تقوا بر سایرین، حکم نموده و آن‌ها را شایسته کرامت می‌داند.

بنابراین به حکم آیات و نظرات فقیهان و حقوقدانان و به حکم عقل، حفظ کرامت و شرافت انسانی که روح خدایی در او زنده باشد، یکی از مبانی حق امنیت قضایی به شمار می‌آید.

۱. «... إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاهُمْ».

۲. «فَإِذَا سَوَّيْتُهُ وَ نَفَخْتُ فِيهِ مِنْ رُوحِي فَقَعُوا لَهُ سَاجِدِينَ».

### ۳. ۴. احقاق حق

یکی دیگر از گزاره‌های قرآنی و فقهی، حقوقی به عنوان مبنا و مستند امنیت قضایی، «احقاق حق» است. منظور از احقاق حق، دستیابی به حقیقت با ارائه شواهد و دلایل می‌باشد. (زبیدی، ۱۴۱۴: ۱۳/۸۵)

احقاق حق به این معنا است که دستگاه قضایی، حقوق مادی و معنوی افرادی را که مورد تعدی قرار گرفته، از متجاوزین، استیفاء نموده و موجب حاکمیت قانون می‌گردد. این امر بدون برقراری یک تشکیلات قضایی، تحقق نمی‌یابد. (امام خمینی، ۱۴۲۳: ۳۴)

احقاق حق دو جهت دارد؛ یکی حقوق مادی مانند مال و جان که بخشی از حقوق انسانی است، و جهت دیگر، حقوق معنوی مانند ارزش‌های الهی است. (جمعی از محققان، ۱۴۲۸: ۲/۲۰۲)

بر اساس آیات قرآن، احقاق حق، یعنی به حق داوری کردن (انفال: ۷ و ۸)،<sup>۱</sup> زیرا خداوند از همه چیز آگاه است و حکمت الهی ایجاب می‌کند که حق را ثابت و باطل را نابود کند.

در فقه اسلامی، احقاق حق به معنای رسانیدن حق به مستحق (قرشی، ۱۴۱۲: ۶/۲۴۲) و ثابت کردن حق است. (بروجری، ۱۴۲۹: ۳۰/۳۵۷)

تحقق این امر بستگی به فهم درست قوانین و اجرای آن، توسط دستگاه قضا و رعایت آن توسط مردم دارد، زیرا احقاق حق، موجب تحقق حاکمیت قانون شده و در نتیجه امنیت قضایی ایجاد می‌گردد. از این رو، احقاق حق، از مهم‌ترین اولویت‌های دستگاه قضایی محسوب می‌گردد. (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۰: ۱۸۷) چنان که پیامبر فرمود: «مردمی که ضعیف آن نتواند حق خویش را از قوی بگیرد، درخور ارزش نهادن نیستند». (نوری، ۱۴۰۸: ۱۳/۱۶۸) این حدیث از برخورد ناعادلانه و تبعیض‌آمیز در تأمین حقوق مردم، منع کرده است.

۱. «... وَ يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُحِقَّ الْحَقَّ بِكَلِمَاتِهِ... لِیُحِقَّ الْحَقَّ وَ يُبْطِلَ الْبَاطِلَ وَ لَوْ كَرِهَ الْمُجْرِمُونَ».



قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۱۷۳، احقاق حق را از راهای قانونی، برای شهروندان به رسمیت شناخته است. در این راستا، وجود قوانین متناسب با جامعه، تفسیر صحیح از آن، توسط مجریان قانون و نظارت کامل بر اجرای آن، از مهم‌ترین عوامل اجرای احقاق حق در جامعه است که در نتیجه آن، امنیت قضایی تحقق پیدا کرده و حقوق مردم حفظ و احساس اطمینان نسبت به دستگاه قضایی ایجاد می‌گردد.

## ۵. چالش‌های ناظر بر امنیت قضایی

چالش‌های امنیت قضایی بر دو قسم عام و خاص بوده و ناظر بر عوامل درونی و بیرونی می‌باشند. منظور از چالش‌های خاص موانعی هستند که امنیت افراد را فقط در فرایند دادرسی به مشکل مواجه می‌سازد، اما مقصود از چالش‌های عام، موانعی هستند که امنیت افراد را پیش از دادرسی و حین دادرسی، آسیب رسانده و موجب اختلال در اصل حاکمیت قانون می‌گردند. منظور از حاکمیت قانون، قواعد و اصول کلی در حقوق عمومی است که به موجب آن تصمیمات حکومتی بر اساس اصول شناخته‌شده حقوقی گرفته می‌شود. بحث از قانون، چه به عنوان ابزار حکومت و چه به عنوان ابزاری برای کنترل حکومت، دغدغه مشترک صاحب‌نظران حوزه‌های فقهی، حقوقی و سیاسی بوده است.

در عمل، حاکمیت قانون بدان معنا است که هیچ فردی، چه رئیس‌جمهور و چه یک فرد عادی از قانون بالاتر نیست. حکومت‌های مردم‌سالار، قدرت را از طریق قانون به کار می‌بندند و خود ملزم به اطاعت از آن هستند، لذا قوانین باید در جهت تأمین حقوق مردم اعمال گردد، نه در جهت هوس زورگویان، مفسدان و ثروتمندان. بنابراین در این تحقیق، چالش‌های عام امنیت قضایی یعنی مجموعه از موانع سیاسی، اجتماعی، حقوقی و قضایی، مورد نظر است.

## ۱. ۵. چالش‌های سیاسی

منظور از چالش‌های سیاسی، مجموعه عواملی هستند که اصل حاکمیت قانون را مختل نموده و تحقق امنیت قضایی را با مانع روبه‌رو می‌سازند که مهم‌ترین موارد آن به شرح ذیل است.

### ۱. ۱. ۵. اعمال نفوذ اصحاب ثروت و قدرت

اعمال نفوذ اصحاب زر و زور، مانند دخالت نهادهای حکومتی و سیاسی در امور قضایی، یکی از عواملی است که امنیت قضایی را با چالش مواجه می‌سازد. (Fix and Kirk A, 2010: 1) این افراد با استفاده از نفوذی که در نهادهای حکومتی دارند و یا با تطمیع قضات، خواسته‌های خودشان را بر دستگاه قضایی تحمیل نموده و قضات را به سمت غیر قانونی سوق می‌دهند که در این صورت استقلال قضات مختل و در نتیجه امنیت قضایی شهروندان از بین خواهد رفت. امام علی علیه السلام در عهدنامه خود، مالک اشتر را به این نکته مهم توجه داده و می‌فرماید: «برای قضاوت، برترین شخص نزد خود را برگزین و سپس کارهای قضایی او را به دقت زیر نظر بگیر و نیازمندی قضات را رفع کن که هیچ کس به نفوذ در او طمع نکند». (نهج البلاغه، نامه ۵۳).<sup>۱</sup>

بر این اساس، در فقه، اعمال نفوذ در دستگاه قضا ممنوع است، زیرا قاضی اگر تحت تأثیر افکار افراد دیگر قرار گرفته و حکمی را صادر کند، آن حکم باطل است. (محمود، ۱۴۱۷: ۱۰۵) پس، قضات باید به دور از هر نوع تهدید یا تطمیع بتوانند وظیفه خود را انجام دهند تا افراد از امنیت قضایی برخوردار شوند.

برخی پیشنهاد می‌دهند که در چنین مواردی کمیته قضایی مربوط به دادگاه‌ها تشکیل شود که ناظر بر عملکرد دستگاه‌های مختلف نظام کشور باشد (LorraineH, 2008: 7-11) تا درپرتو آن، امنیت قضایی شهروندان تأمین گردد.

---

۱. «ثُمَّ اخْتَرَ لِلْحُكْمِ بَيْنَ النَّاسِ أَفْضَلَ رَعِيَّتِكَ فِي نَفْسِكَ... ثُمَّ أَكْثَرَ تَعَاهُدَ قَضَائِهِ وَافْسَحَ لَهُ فِي الْبَدَلِ مَا يُزِيلُ عَلَيْهِ وَتَقَلُّ مَعَهُ حَاجَتُهُ إِلَى النَّاسِ وَاعْطِهِ مِنَ الْمُنْزِلِ لَكَ مَا لَا يُطْمَعُ فِيهِ غَيْرُهُ».





## ۲. ۱. ۵. فساد دولتی

مقصود از فساد دولتی، نقض قوانین در عالی‌ترین سطوح دستگاه سیاسی است. در این سطح از فساد، عمدتاً نخبگان سیاسی و کارمندان عالی‌رتبه دولت‌ها مرتکب آن می‌شوند (ربیعی، ۱۳۸۳: ۳۰) و کارکرد نهادهای دولتی از مسیر قانونی خارج شده و اصل حاکمیت قانون با چالش روبه‌رو می‌شود. در سطح پایین‌تر، فساد اداری مطرح است که در دستگاه‌های دولتی در حین اجرای وظایف، رخ می‌دهد که به آن فساد مالی سطح پایین اطلاق می‌شود که معمولاً کارمندان رده پایین مرتکب آن می‌شوند. (منصور نژاد، ۱۳۸۳: ۲۰۸) در هر حال فساد همیشه با تحریف قوانین همراه است که این امر معلول توسعه‌نیافتگی نظام‌های قضایی یک کشور می‌باشد، زیرا وقتی قانون بر تصمیم‌گیری‌های دولت مردان حاکم نباشد، جامعه دچار بی-نظمی شده و فساد گسترش می‌یابد. از این‌رو، در اصل ۳۶ قانون اساسی ایران، اصل حاکمیت قانون لازم شمرده شده است. مفهوم مخالف این ماده قانونی، عدم حاکمیت قانون است، لذا در ماده ۱۰ سند امنیت قضایی ایران به صراحت رسیدگی به فساد، از صلاحیت دستگاه قضا دانسته شده است. البته مبارزه با فساد در صورتی امکان‌پذیر است که قضات استقلال سیاسی و مالی داشته باشند. (کنوانسیون مبارزه با فساد ۲۰۰۳م: ماده ۱۱) بنابراین، فساد در تمام ابعادش، یکی از موانع جدی تحقق امنیت قضایی افراد محسوب می‌شود.

## ۲. ۵. چالش‌های حقوقی

چالش‌های حقوقی امنیت قضایی، همچون عدم تساوی در برابر قانون، عدم شفافیت و عدم جامعیت قوانین می‌باشند که زمینه قانون‌شکنی را فراهم می‌سازند. مصادیق چالش‌های حقوقی امنیت قضایی به شرح زیر است.

### ۱. ۲. ۵. قوانین تبعیض‌آمیز

یکی از مصادیق چالش‌های حقوقی امنیت قضایی، وجود قوانین تبعیض‌آمیز در حقوق کشورهاست. در حالی که در فقه، قضات مکلف به رعایت مصالح مردم

شده‌اند، زیرا احکام شریعت مبتنی بر مصالح انسان‌هاست. (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۲۲۱)

لذا در بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی ۱۳۵۸ ایران، یکی از اهداف وضع قوانین، رفع تبعیض دانسته شده است. در اینجا ممکن است این شبهه مطرح شود، احکام متفاوتی که در اسلام، در مورد زنان و اقلیت‌های مذهبی وجود دارد، مخدوش‌کننده امنیت قضایی است. چه این خود فرصت‌های برابر بین انسان‌ها را در دسترسی به عدالت، سلب می‌کند. در پاسخ می‌توان گفت که بین عدالت کیفری و تساوی در برابر قانون، ملازمه‌ای وجود ندارد. مقتضای عدالت کیفری، تساوی همگان در برابر قانون است و نه تساوی همگان در احکام پیش‌بینی شده در قانون. در جهان‌بینی اسلامی همگان در مقابل قانون مساوی هستند و بین زن و مرد، و بین مسلمان و غیر مسلمان از حیث انسانیت هیچ تفاوتی وجود ندارد.

## ۲.۲.۵. عدم جامعیت قوانین

یکی دیگر از چالش‌های امنیت قضایی در حوزه حقوقی، عدم جامعیت قوانین است. این امر باعث می‌شود که در تصمیم‌گیری‌های مجریان قانون، اخلال ایجاد گردیده و تحقق امنیت قضایی مخدوش گردد، زیرا یکی از ویژگی‌های قانون خوب، جامعیت آن است. مقصود از جامعیت، این است که قانونگذار همه صورت‌های بحث را پیش‌بینی کند (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۳: ۵۹) و با سکوت یا فقدان و یا اجمال در قانون، زمینه‌های سوءاستفاده از قانون را برای مجریان آن فراهم نساخته و مانع تحقق امنیت قضایی افراد نگردد.

## ۲.۵. چالش‌های قضایی

چالش‌های قضایی ناظر به وجود موانعی در دستگاه قضایی است که در فرایند رسیدگی قضایی، اخلال ایجاد کرده و مانع تحقق امنیت قضایی افراد می‌گردند. آن موانع به شرح ذیل است:



### ۱. ۲. ۵. نبود دستگاه قضایی متناسب با نیازهای جامعه

یکی از چالش‌های امنیت قضایی، نبود دستگاه قضایی متناسب با نیازهای جامعه است، زیرا اگر دادگاه‌های مورد نیاز تأسیس نگردد، حاکمیت قانون مختل شده و رسیدگی قضایی به طول می‌انجامد که این امر مانع تحقق امنیت قضایی می‌شود. در اسلام، توسعه تشکیلات قضایی، یک امر ضروری دانسته شده است. اگرچه تا زمانی که پیغمبر اسلام ﷺ و اهل بیت آن حضرت حیات داشتند، دریافت و شناخت حکم الهی با مراجعه مستقیم به آن‌ها امکان‌پذیر بود، ولی پس از رحلت پیغمبر و یاران او، این امر چندان آسان نبود. چون از یک طرف با توسعه جامعه، روابط بین افراد دچار پیچیدگی‌های نوظهوری می‌شد و از طرفی امکان‌پذیر نبود که در هر مورد، آیات قرآنی یا سنت نبوی ناظر به همه جزئیاتی باشد که بعدها در دنیا به وجود خواهد آمد. لذا نیاز به وجود اندیشمندانی پیدا شد که بتوانند با دانش خود، احکام کلی را بر مصادیق انطباق دهند و از این طریق حکم هر قضیه‌ی را بیابند. (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۵/۳)

بر این اساس، در اصل ۱۵۸ قانون اساسی ایران، دستگاه قضا مؤظف به تشکیل محاکم مورد نیاز جامعه گردیده است تا قانون را به وجه صحیح اعمال نموده و مانعی در مسیر تحقق امنیت قضایی شهروندان ایجاد نگردد.

### ۲. ۲. ۵. عدم تخصص قضات

یکی دیگر از چالش‌های امنیت قضایی، عدم تخصص قضات در امر قضاوت است. لذا در فقه و حقوق، قضاوت افرادی که از تخصص لازم برخوردار نیستند اعتبار ندارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵/۴۰)، چنان که امام علی علیه السلام خطاب به مالک اشتر فرمود: «برای داوری بین مردم بهترین قاضی را انتخاب کن». (نهج البلاغه، نامه ۵۳) منظور از بهترین قاضی، از حیث تقوا، علم و تخصص است. بر همین اساس، در اصل ۱۵۷ قانون اساسی ایران نیز تأکید بر تخصص قضات شده است.



## ۲.۳.۵. اطلاع دادرسی

یکی دیگر از چالش‌های امنیت قضایی، اطلاع دادرسی است. منظور از اطلاع دادرسی، مدت زمان نامتعارفی است که جهت رسیدگی به پرونده قضایی، وقت قضات خارج از حد معمول مصروف آن می‌گردد که این امر مانع تحقق امنیت قضایی می‌شود. امام علی علیه السلام در نامه‌ای به مالک اشتر فرمود: «وقتی قاضی حق را شناخت، در اجرای آن، درنگ نکند» (نهج البلاغه، نامه ۵۳) از این رو، در فقه، طولانی کردن رسیدگی قضایی جواز ندارد. (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۳/۶۱)

در اصل ۳۲ قانون اساسی و در ماده ۳ قانون آیین دادرسی کیفری ایران نیز در عین دقت، تسریع در رسیدگی قضایی لازم شمرده شده است.

## ۶. چالش‌های فرهنگی و اجتماعی

فرهنگ یک جامعه به معنایی مجموعه باورهایی است که در ذهن افراد شکل گرفته و بر اساس آن زندگی می‌کنند که از مهم‌ترین عوامل در حاکمیت قانون و یا گریز از قانون محسوب می‌شود. در حکومت‌های استبدادی، فرهنگ گریز از قانون، حاکم است که در اثر بی‌اعتمادی میان مردم و زمامداران، به وجود می‌آید. (عبدی، ۱۳۸۱: ۲۶۳)

در ادامه، مواردی از چالش‌های فرهنگی و اجتماعی امنیت قضایی، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۶.۱. نبود فرهنگ حاکمیت قانون

نبود فرهنگ حاکمیت قانون، یکی از عواملی است که بحران قانون شکنی را در جامعه تشدید می‌کند. این امر خود ناشی از این است که نهادهای ذی‌ربط، راجع به آگاهی بخشی به مردم در خصوص حاکمیت قانون، اقدامی نکرده‌اند. این امر باعث می‌شود که شهروندان نسبت به حقوق و تکالیف قانونی خود بی‌اطلاع باشند. عدم آگاهی شهروندان از حقوق خودشان و عدم حاکمیت قانون، سبب محرومیت از امنیت قضایی می‌گردد.





## ۶.۲. به فراموشی سپردن امر به معروف و نهی از منکر

به فراموشی سپردن امر به معروف و نهی از منکر، یکی از عواملی است که امنیت قضایی را با چالش روبه‌رو می‌سازد. به این بیان که فلسفه امر به معروف و نهی از منکر، قراردادن انسان در مسیر کمال است.

در نظام‌های حقوقی که همواره با کیفرهای بسیار ناگوار پشتیبانی شده‌اند، هنوز حقوق‌دانان این حقیقت را می‌پذیرند که اگر کیفرها برداشته شود و تبلیغات مناسب برای اجرای قوانین متروک شوند، افراد بشر یکدیگر را در میدان تنازع در بقا نابود می‌کنند (جعفری، ۱۴۱۹: ۲۳۷ و ۲۳۱) و در نتیجه امنیت قضایی افراد با تهدید مواجه خواهد شد، لذا در فقه، براساس آیات و حکم عقل، امر به معروف به جهت اصلاح مردم، و نهی از منکر، برای پیشگیری از بی‌عدالتی‌ها، واجب گردیده است. (همان: ۲۳۱)

قانونگذار ایران در اصل ۸ قانون اساسی، به امر به معروف و نهی از منکر تأکید نموده است. این اصل قانون اساسی مستند به این آیه ۷۱ سوره توبه است که می‌فرماید: «يَا مُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَ يَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ» (توبه: ۷۱). بنابراین، امر به معروف و نهی از منکر، یکی از واجبات مسلم اسلامی است که به فراموشی سپردن آن باعث بروز فساد و بی‌عدالتی‌های دردناک و موجب مختل شدن اصل حاکمیت قانون، خواهد شد و در نتیجه، امنیت قضایی شهروندان را با مانع مواجه می‌سازد. حال باید بررسی کرد که در فقه و حقوق، چه راهکارهایی برای حل چالش‌های امنیت قضایی اندیشیده شده است.

## ۷. راهکارهای حل چالش‌های ناظر بر امنیت قضایی

برای آنکه شهروندان از حق امنیت قضایی برخوردار شوند، ضمانت اجرایی، در فقه و حقوق پیش‌بینی شده که در ذیل، مهم‌ترین آن‌ها مورد بررسی قرار گرفته است.

## ۱.۷. اهمیتام به تحقق اصل حاکمیت قانون

برای اصل حاکمیت قانون، تعاریف مختلفی به کار رفته، قدر متیقن آن، این است که حاکمیت قانون یعنی وجود یک قانون بنیادین که در آن حقوق ملت و حدود اختیارات حکومت صریحاً معین شده و امور اجتماع بر اساس قانون استوار باشد که به موجب آن همه از قانون پیروی کنند (مؤتمنی، ۱۳۸۷: ۱۶) پس منظور از اصل حاکمیت قانون، این است که همه‌ی دست اندرکاران نظام و شهروندان، به قانون و حسن اجرای آن در جامعه مقید باشند.

در فقه، اصطلاح حاکمیت قانون به کار نرفته است، اما مفهوم آن، که وجوب عمل به قوانین است (شیرازی، ۱۴۲۷: ۵۷) به نحوی خاص از متون فقهی قابل استنباط است، زیرا یکی از کارکردهای احکام فقهی حمایت از حقوق شهروندان می‌باشد که عمل به آن‌ها، باعث تحقق امنیت قضایی می‌گردد.

اساساً وقتی در یک کشور از حاکمیت قانون، سخن به میان می‌آید که در محاکم آن کشور، دو امر مورد توجه قرارگیرد؛ اولاً احکام قضایی صادره باید بر مبنای دلیل باشد. ثانیاً دلایل باید مستند به مواد قانون باشند. با تحقق این دو امر، می‌توان از اصل حاکمیت قانون در نظام قضایی سخن گفت. قانونگذار ایران به پیروی از فقه، در بند ۳ اصل ۲۱ قانون اساسی، دستگاه قضایی را موظف نموده که در تمام جهات، دادگاه‌های صالح را ایجاد نماید، زیرا آنچه موجب ایجاد امنیت قضایی می‌گردد این است که دعوا از سوی دادگاه صالح و براساس قانون مورد رسیدگی قرار گیرد. به همین دلیل، در حقوق بسیاری از کشورها از جمله در اصل ۱۶۶ قانون اساسی ایران بر اصل حاکمیت قانون، تأکید شده است.

در توجیه مستدل بودن احکام می‌توان گفت که ذکر دلایل در دادنامه، موجب اطمینان خاطر اصحاب دعوا نسبت به صحت رسیدگی قضایی می‌گردد. طبعاً چنین عملکردی، امنیت قضایی شهروندان را به دنبال خواهد داشت.

بنابراین، اصل حاکمیت قانون یکی از مفاهیم بنیادین در حوزه حقوق، به عنوان ضامن حقوق فردی و اجتماعی شناخته شده است و به موجب آن، دولت نیز مانند





افراد باید تابع قانون باشد (بخشی، ۱۳۸۹: ۶۰۰)، زیرا حاکمیت قانون یکی از عوامل تأمین امنیت قضایی شهروندان است. از طرف دیگر، خود قانون نیز باید منطبق با موازین عادلانه باشد تا بستر تحقق امنیت قضایی فراهم گردد. بدین منظور با تمرکز بر متون فقهی و حقوقی، تلاش گردیده که مهم‌ترین آثار اصل حاکمیت قانون، به عنوان برخی از راهکارهای حل چالش‌های امنیت قضایی، مورد بررسی قرار گیرد.

### ۱.۱.۷. اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها

یکی از جلوه‌های اصل حاکمیت قانون، اصل قانونی بودن جرم و مجازات است. مفهوم این اصل این است که افراد تنها در برابر اعمالی مسئولیت دارد که در زمان ارتکاب آن، در قانون جرم‌انگاری شده باشد. قانونگذاران جهان، این اصل را در قوانین خود گنجانیده‌اند. فقیهان نیز در متون فقهی، با آوردن «قاعده قبح عقاب بلا بیان» بر این اصل صحه گذاشته‌اند. در مواد ۱۰ و ۵۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر و در اصل ۳۶ قانون اساسی ایران، به بیان این اصل تصریح شده است. بنابراین، اصل حاکمیت قانون حامی مردم در قبال ظلم بوده (Fix, Michael P, 2010: 1) و موجب تحقق امنیت قضایی برای همه شهروندان می‌گردد.

### ۱.۱.۷. اصل تساوی در برابر قانون

اصل تساوی در برابر قانون، یکی دیگر از جلوه‌های اصل حاکمیت قانون می‌باشد. منظور از تساوی در برابر قانون این است که تمام افراد جامعه از نظر قوانین کشور با هم یکسان باشند، به طوری که قومیت و نژاد، موقعیت اجتماعی یا سیاسی تفاوتی ایجاد نکنند (یک‌رنگی، ۱۳۸۹: ۲۰۷)، چنان که در اسلام، اصل تساوی در برابر قانون، یک اصل حقوقی الزام‌آور است.

تساوی حقوقی زمانی بین افراد برقرار می‌شود که رابطه حق و تکلیف رابطه کاملاً مساویانه باشد. در این باره امام علی علیه السلام می‌فرماید: «حق به نفع کسی جریان نمی‌یابد، جز آنکه علیه او نیز جریان یابد و بر او جریان نمی‌یابد جز آنکه به نفع وی نیز اعمال شود». (نهج البلاغه، خطبه ۲۱۶)

بر همین اساس، بند ۱ از ماده ۱۹ اعلامیه حقوق بشر اسلامی و ماده ۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر، همه افراد جامعه را در برابر قانون مساوی دانسته است. در ماده ۲۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و در بند ۱۴ از اصل ۳ قانون اساسی ایران نیز به اصل تساوی همگان در برابر قانون، تأکید شده است، زیرا با حاکمیت این اصل، افراد جامعه از امنیت قضایی بهره‌مند می‌گردند.

## ۲.۲. وضع قوانین متناسب با اوضاع فرهنگی و اجتماعی

وضع قوانین متناسب با اوضاع اجتماعی، از نیازهای ضروری مردم به شمار می‌آید. از این رو، قوانین هر کشور باید هماهنگ با فرهنگ اجتماع، در جهت ایجاد امنیت قضایی وضع گردد. در متون فقهی این امر مورد توجه خاص قرار گرفته، زیرا احکام اسلامی بر اساس مصالح و مفاسد موجود در زندگی بشر است. (مطهری، بی‌تا: ۲۱/۲۹۳) احکام اسلامی بر دو نوع ثابت و متغیر است. بی‌شک احکامی داریم که همواره ثابت است، مانند وجوب نماز و مانند آن، ولی احکام دیگری داریم که با تغییر زمان و مکان، حکم به تبع آن تغییر می‌کند، زیرا همیشه، احکام تابع موضوعات است. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۲۱۶)

قوانین ثابت به احکام اولی و قوانین متغیر به احکام ثانوی تعبیر می‌شود. حکم اولی، حکمی است که شارع مقدس با توجه به مصالح و مفاسدی که در خود موضوع وجود دارد، آن را جعل می‌کند. حکم ثانوی، حکمی است با نظر به حالت خاص مکلف، شارع آن را جعل می‌کند (جمعی از مؤلفان، بی‌تا: ج ۲۸/۱۱۲) از این رو، در اصل ۴ قانون اساسی ایران وضع قوانین متناسب با فرهنگ اجتماعی در چارچوب موازین اسلامی، لازم شمرده شده است. لذا قانونی که با فرهنگ اجتماعی مغایرت داشته باشد، روح اطاعت از آن، در ذهن مردم شکل نمی‌گیرد، بلکه روحیه تمرد در جامعه به وجود می‌آید و بدین ترتیب قدرت اجرایی پیدا نمی‌کند. (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۳: ۶۲)

بنابراین، از نظر فقهی و حقوقی وضع قوانین متناسب با فرهنگ اجتماع، یکی از راهکارهای تحقق امنیت قضایی است.



### ۷.۳. اصل شفافیت در قانونگذاری و اجرای آن

شفافیت دو جهت دارد؛ جهت قانونگذاری و جهت اجرا. بدین معنا که قانونگذار و دستگاه قضا در وضع و اجرای قوانین، شفاف عمل نماید تا نسبت به عملکرد آن‌ها سوء ظن به وجود نیاید. مهم‌ترین آثار شفافیت در قانونگذاری و اجرای آن، از بین بردن زمینه فساد و ایجاد امنیت قضایی است. اصل ۱۶۵ قانون اساسی ایران، بیانگر شفافیت در حوزه اجرای قانون است، زیرا اصل شفافیت، تضمین آراء قضایی از نظر قابلیت فهم برای شهروندان است. (سند امنیت قضایی ایران ۱۳۹۹: ماده ۵) چنان که در فقه برای تحقق اصل شفافیت، علنی برگزارکردن محاکمه افراد، لازم شمرده شده است. (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۲/ ۱۹۰) بنابراین، شفافیت در قانونگذاری و اجرای آن یکی از تضمینات امنیت قضایی است.

### ۷.۴. نظارت بر عملکرد حکومت و دستگاه قضایی

نظارت بر دو نوع است؛ یکی عمومی و مردم نهاد مانند احزاب سیاسی، جامعه مدنی و مطبوعات و دیگری خودنظارتی دست‌اندرکاران دستگاه قضایی.

منظور از نظارت عمومی، مراقبت نهادهای ذی‌ربط حاکمیتی و نهادهای مردمی بر عملکرد دستگاه قضایی است. برای اینکه نهادهای اداری و قضایی مسئولیت‌پذیر باشند، قوانینی در این خصوص لازم است وضع گردد، لذا در برخی کشورها کمیته قضایی تشکیل شده، که ناظر بر عملکرد دستگاه‌های مختلف کشور است. (11-7:

(Lorraine H : 2008)

نظارت عمومی، باعث می‌شود که دست‌اندرکاران حکومتی سعی کنند تا بر اساس قوانین عمل کنند. در اصل ۱۷۴ قانون اساسی ایران نیز نظارت نهادهای مردمی را بر دستگاه قضایی لازم شمرده است. اما منظور از خودنظارتی قضات این است که قاضی عملکرد خود را مورد مراقبت قرار داده و در داوری‌ها از هواهای نفسانی دوری جسته و عدالت را مورد توجه قرار می‌دهند تا حقوق افراد تأمین گردد. در فقه، خودنظارتی از اهمیت خاصی برخوردار است. برخی از اندیشمندان در این خصوص می‌نویسند: «متصدیان امور هر کشور، همگی امین مردم هستند نه مالک،

لذا در قیام به وظیفه خود، باید نظارت درونی و برونی بر خود گمارند». (غروی، ۱۴۲۴: ۴۵-۴۷) تا امنیت قضایی شهروندان فراهم گردد. این امر در صورتی امکان‌پذیر است که عدالت در مجموعه دستگاه قضا حاکم باشد، چنان که در فقه، عدالت یکی از وظایف اساسی قضات شمرده شده است. (عثمان، ۱۴۱۵: ۱۵۲) لذا حاکمان جور، صلاحیت حکومت بر جامعه اسلامی را ندارند. (طباطبایی، ۱۴۲۹: ۹/۳۰) عادل بودن قاضی یکی از راه‌های خودنظارتی محسوب می‌شود، لذا در قانون اساسی ایران در اصل ۱۵۶ خودنظارتی دست‌اندرکاران دستگاه قضا یکی از راهکارهای تأمین امنیت قضایی شهروندان شمرده شده است.

### ۵.۷. قابل دسترسی بودن محاکم

حق دسترسی به محاکم به این معناست که دستگاه قضایی هر کشور، محاکم مورد نیاز شهروندان را تأسیس کند تا هر شخص بتواند برای اثبات حق خود به یک محکمه مراجعه کند. حق دسترسی به دادگاه صرفاً مراجعه نیست، بلکه حق دسترسی به محاکم بدین معناست که بر اساس آن، حرف افراد شنیده شده و قضات به دادخواهی آن‌ها عادلانه رسیدگی نمایند تا آن‌ها از حق امنیت قضایی برخوردار گردند. چنان که در فقه، مراجعه به محکمه از حقوق مسلم افراد دانسته شده است (موسوی اردبیلی، ۱۴۳۴: ۱/۲۹)، زیرا قضاوت برای احقاق حقوق مردم یک امر لازم است.

در حقوق و اسناد بین‌المللی نیز دسترسی به محاکم از حقوق مسلم افراد شمرده شده است. چنان که در ماده ۸ اعلامیه جهانی حقوق بشر و در اصل ۳۴ قانون اساسی ایران نیز دادخواهی حق مسلم هر فرد دانسته شده است. بنابراین، قابل دسترسی بودن محاکم، یکی از تضمینات امنیت قضایی به شمار می‌رود.

### ۶.۷. حق مطالبه جبران خسارت

یکی دیگر از سازوکارهایی که در تحقق امنیت قضایی کمک می‌کند این است که در فقه، حق مطالبه جبران خسارت برای افرادی که متضرر شده‌اند، به رسمیت شناخته شده است. (محقق حلی، ۱۴۱۹: ۳/۵۱۱)



بر همین اساس، در قانون آیین دادرسی کیفری ایران (۱۳۹۲) تبصره ماده ۱۴۵، مسئولیت دولت نسبت به خسارات ناشی از بازداشت متهمان بی‌گناه، پذیرفته شده است. در ماده ۱۶ سند امنیت قضایی ایران، اصل جبران خسارت لازم شمرده شده است؛ پس در فقه و حقوق، در حق مطالبه جبران خسارت افراد، اتفاق نظر وجود دارد. مهم‌ترین دلایل وجوب جبران خسارت بنای عقلا و قاعده لاضرر است. بنابراین، حق مطالبه جبران خسارت یکی از تضمینات ناظر بر تأمین امنیت قضایی به شمار می‌رود، زیرا با جبران خسارت، شهروندان، نسبت به دستگاه قضایی، اطمینان خاطر پیدا نموده و در نتیجه از نعمت امنیت قضایی برخوردار خواهند شد.

### ۷.۷. سرعت در رسیدگی قضایی

در اسلام اجرای حدود و قصاص، سرعت رسیدگی به جرایم را افزایش می‌دهد و هر جانی بالقوه را به این فکر فرو می‌برد که عاقبت جنایت خود را باید در نظر بگیرد که با فاصله نه چندان طولانی به جنایت او رسیدگی می‌شود. برخورد سریع دادگاه‌ها با مجرمان، نقش بازدارنده‌ای در وقوع جرایم دارد و به کمتر کسی اجازه می‌دهد که درباره جنایت بر جان، آبرو، امنیت و اموال مردم توطئه کند. بر این اساس، در فقه، طولانی کردن رسیدگی قضایی جواز ندارد (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۶۱/۱۳)، زیرا تأخیر در امر دادرسی موجب اطاله دادرسی می‌گردد. از این رو، در اصل ۳۲ قانون اساسی ایران به سرعت در رسیدگی قضایی تأکید شده است. بنابراین، سرعت در دادرسی همراه با دقت اولاً باعث جلب اعتماد مردم نسبت به عملکرد دستگاه قضا می‌گردد. ثانیاً سبب می‌شود که از متراکم شدن پرونده‌ها جلوگیری به عمل آید. از این رو، سرعت در رسیدگی قضایی، یکی از تضمینات ناظر بر تأمین امنیت قضایی به شمار می‌آید.

### نتیجه:

از مجموع مباحثی که در این پژوهش مطرح گردید می‌توان به نتایج زیر دست

یافت:



امنیت قضایی یکی از حقوق اساسی شهروندان است که از مجموع مقررات فقهی و حقوقی، قابل انتزاع می‌باشد، زیرا اولاً طبیعت احکام اسلام و حقوق موضوعه، برای تأمین مصالح انسان، وضع گردیده تا انسان رفتار خود را بر اساس آن تنظیم نموده و در تمام ابعاد زندگی خود کمال آرامش نسبت به تأمین حقوق خویش حاصل نماید. ثانیاً از تعبیر فقهی «داوری عادلانه و منصفانه»، معنایی تقریباً معادل یا نزدیک به «امنیت قضایی» استفاده می‌شود. منظور از امنیت قضایی، وضعیت و حالتی است که حیثیت، جان، مال و کلیه امور مادی و معنوی انسان در حمایت قانون و در صیانت قوه قضائیه باشد، به گونه‌ای که شهروندان نسبت به محفوظ بودن حقوق خودشان، اطمینان خاطر داشته باشند. امنیت قضایی بر مبنای عدالت، کرامت انسانی، احقاق حق، قابل تحقق است.

امنیت قضایی شهروندان با چالش‌های مختلفی از جمله چالش‌های سیاسی، یعنی دخالت دولت و افراد زورمند در امور قضایی، قانون‌شکنی و فساد اداری، چالش‌های حقوقی و قضایی مانند وجود قوانین تبعیض‌آمیز، اطاله دادرسی و عدم شفافیت در وضع و اجرای قوانین و چالش‌های فرهنگی مانند به فراموشی سپردن امر به معروف و نهی از منکر در جامعه و سلب اعتماد مردم نسبت به حاکمیت روبه‌رو است.

تحقیقات نشان می‌دهد که تضمینات و راهکارهایی از قبیل اصل حاکمیت قانون، اصل تفکیک قوا، اصل تساوی جرایم و مجازات‌ها، قابل دسترس بودم محاکم، استقلال قضایی، اصل شفافیت در قانونگذاری و اجرای آن برای حل چالش‌های فوق، از منظر فقه و حقوق وجود دارد. این راهکارها، از مهم‌ترین تضمینات ناظر بر تأمین امنیت قضایی شهروندان به شمار آمده است که توجه دستگاه قضایی به راهکارهای فوق، امنیت قضایی را برای شهروندان به ارمغان می‌آورد.



## منابع و مأخذ:

### قرآن کریم

### نهج البلاغه

- اخوان کاظمی، بهرام (۱۳۸۶)، «امنیت و ابعاد آن در قرآن»، فصل نامه علمی- پژوهشی مطالعات اسلامی.
- اردبیلی، احمد (۱۴۰۳)، مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- اسدی زاده، میثم (۱۳۸۹)، جایگاه عدالت قضایی در نظام حقوقی ایران و تطبیق آن با اسناد بین المللی، همایش ملی عدالت و سیاست، دانشگاه فردوسی مشهد.
- بحرانی، محمد سند (۱۴۲۶)، أسس النظام السياسي عند الإمامیه، قم: مکتبه فدک.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲، تهران: گنج دانش.
- جمعی از محققان (۱۴۲۸)، جهاد در آینه روایات، قم: انتشارات زمزم.
- جمعی از مؤلفان (بی تا)، مجله فقه اهل بیت (فارسی)، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- جمعی از نویسندگان (۱۳۹۰)، امنیت قضایی (مجموعه مقالات)، تهران: مجمع تشخیص مصلحت نظام.
- حاج زاده، هادی (۱۳۹۵)، «از امنیت قضایی تا عدالت ماهوی»، فصلنامه علمی، پژوهشی آفاق امنیت/ سال نهم.
- حاجی ده آبادی، احمد (۱۳۸۳)، بایسته های تقنین، تهران: پژوهشگاه فرهنگ اندیشه اسلامی.
- حاجی ده آبادی، محمد علی (۱۳۷۷)، درآمدی بر نظام تربیتی اسلام، قم: مرکز جهانی علوم اسلامی.
- خلخالی، سید محمد مهدی (۱۴۲۲)، حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- خمینی، سید روح الله (۱۴۲۳)، ولایت فقیه، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.



- ربیعی، علی (۱۳۸۳)، *زنده باد فساد*، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- زبیدی حنفی، محب‌الدین (۱۴۱۴)، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت: دار الفکر.
- زنجانی، عباس (۱۴۲۱)، *فقه سیاسی*، چ ۴، تهران: انتشارات امیر کبیر.
- سایت مرکز وکلای قوه قضائیه استان فارس، (۱۷ / ۳ / ۱۴۰۰) [www.fkbarrister.ir](http://www.fkbarrister.ir)
- شیخ صدوق قمی، محمد بن بابویه (۱۴۱۵)، *المقنع*، قم: مؤسسه امام هادی علیه السلام.
- طباطبایی، آقا حسین بروجرى (۱۴۲۹)، *منابع فقه شیعه*، تهران: فرهنگ سبز.
- عبدی، عباس و اسماعیل خلیلی (۱۳۸۱)، *معمای حاکمیت قانون در ایران*، ناشر: طرح نو.
- العتیبی، سعود (۱۴۲۷)، *الموسوعه الجنائیه الإسلامیه المقارنه بالأنظمة السعودیة: الرياض*.
- عثمان، محمد رأفت (۱۴۱۵ق)، *النظام القضائى فى الفقه الإسلامى*، الناشر: دار البیان.
- علامه جعفری، محمد تقی تبریزی (۱۴۱۹)، *رسائل فقهی*، تهران: مؤسسه منشورات کرامت.
- علینقی، امیر حسین (۱۳۷۹)، *امنیت قضایی*، فصلنامه مطالعات راهبردی، سال سوم.
- عویسیان، التیمی (بی تا)، *موسوعه المفاهیم الإسلامیه العامه أعدده للشامله*، مصر: المجلس الأعلى للشئون الإسلامیه.
- غروی نائینی، میرزا محمد حسین (۱۴۲۴)، *تنبيه الأمه و تنزيه المله*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- فراهیدی، خلیل (۱۴۱۰ق)، *کتاب العین*، چ ۲، قم: نشر هجرت.
- فیاض کابلی، محمد اسحاق (بی تا)، *منهاج الصالحین*، [بی جا]: [بی نا].
- قربان‌نیا، ناصر (۱۳۸۷)، *حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه*، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- قرشی، سید علی اکبر (۱۴۱۲)، *قاموس قرآن*، چ ۶، تهران: دارالکتب الإسلامیه.



- قمی، محمد (۱۳۶۸)، تفسیر کنز الدقائق و بحر الغرائب، تهران: [بی‌نا].
- کاشف الغطاء، محمد حسین نجفی (۱۳۵۹ق)، تحریر المعجله، نجف اشرف: المكتبه المرتضویه.
- کاظمی، محسن (۱۳۹۶)، «درنگی در مفهوم احساس عدالت قضایی»، فصلنامه علمی، پژوهشی حقوق اسلامی، س ۱۴، ش ۵۴.
- محقق حلی، نجم الدین (۱۴۰۳)، الاجتهاد و التقليد، قم: مؤسسه آل البيت (ع).  
 - محقق حلی، نجم الدین (۱۴۱۹) قواعد الاحکام، قم: مؤسسه نشر اسلامی.  
 - محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶)، قواعد فقه، ج ۱۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمد معین (۱۳۸۷)، فرهنگ فارسی معین، تهران: انتشارات فرهنگ‌ناما.  
 - محمود، بن اسماعیل (۱۴۱۷)، الدرر الغراء فی نصیحة السلاطین و القضاة و الأمراء، الرياض: مكتبة نزار مصطفى.
- مطهری، شهید مرتضی (بی‌تا)، فقه و حقوق (مجموعه آثار)، قم: صدرا.  
 - مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷)، دائرة المعارف فقه مقارن، قم: انتشارات مدرسه امام علی (ع).
- منتظری، حسین علی (۱۴۲۹)، مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر، قم: ارغوان دانش.
- منصور نژاد، محمد (۱۳۸۳)، «فساد اداری و امنیت اجتماعی»، فرهنگ اندیشه، س ۳، ش ۱۱.
- مؤتمنی طباطبایی، منوچهر (۱۳۸۷)، حقوق اداری تطبیقی، ج ۲، تهران: سمت.
- موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم (۱۴۳۴)، فقه القضاء، ج ۳، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید.
- نائینی، میرزا محمد حسین غروی (۱۴۲۴)، تنبیه الامه و تزئیه المله، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی،
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام، ج ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نوری، حسین (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، قم: [بی‌نا].

- یکرنگی، محمد (۱۳۸۹)، جرایم علیه اجرای عدالت قضایی، تهران: خرسندی.

- قوانین و اسناد

- اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸م)

- اعلامیه حقوق بشر اسلامی (۱۹۹۰م)

- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۵۸)

- قانون آیین دادرسی کیفری ایران (۱۳۹۲)

- قانون مجازات جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۲)

- سند امنیت قضایی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۹)

- کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد (۲۰۰۳م)

- میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، (۱۹۶۶م)

- Fix, Michael P. and Randazzo, Kirk A. Department of Political Science, University of South Carolina, Columbia, SC, 'Judicial Deference and National Security: Applications of the Political Question and Act of State Doctrines', Democracy and Security, Volume 6. 2010.

- See <https://www.everycrsreport.com/> Lorraine H: Judicial Security: Responsibilities and Current Issues/ Updated April 7, 2008.

- Al-Mantari Leners, Oxford Culture, Tehran: Alborz Publishing, Fifteenth Edition, 2003.

- Lorraine H. Tong, Analyst in American National Government, Government and Finance Division, Judicial Security: Responsibilities and Current Issues Updated April 7, 2008.

- A group of graduates of the National Judicial College, Judiciary Security, Poll report Analysis of security measures, 2014.



## مبانی رویکرد جرم‌انگاری حداقلی در فقه جزایی با تأکید بر «اصل کمینه بودن» حقوق جزا\*

سید حسن علوی\*\*

### چکیده

«جرم‌انگاری» به عنوان یکی از ابزارهای مهم سیاست جنایی، بیانگر فرایندی است که بر اساس آن رفتار مجرمانه توصیف شده و مداخله کیفری دولت در قالب آن توجیه می‌شود. از موضوعات مهم در حقوق کیفری، جرم‌انگاری و گستره آن می‌باشد. با توجه به عدم موفقیت سیستم سزادهی در مقابله با بزهکاری و کارکردهای نامطلوب آن از جمله محدود شدن آزادی‌های فردی، تحمیل هزینه فراوان بر دولت و اختلال در نظام قضایی سبب شد تا رویکرد جدیدی در به کارگیری سیستم کیفری شکل گیرد. در این رویکرد سعی بر آن است که سهم مداخله کیفری به حداقل رسیده و استفاده از روش‌های غیر کیفری در اولویت قرار گیرد. پژوهش حاضر با روش توصیفی و تحلیلی، مبانی رویکرد جرم‌انگاری حداقلی در فقه جزایی بر اساس اصل حداقل بودن حقوق جزا به عنوان مهم‌ترین اصل در این نوع جرم‌انگاری را مورد بررسی قرار داده و این نتیجه را به دست داده است که اموری چون «اصل اباحه»، «اصل برائت»، «اصل عدم ولایت و سلطه» و «اصل اهتمام به اخلاق» می‌تواند به عنوان مبانی رویکرد حداقلی جرم‌انگاری در فقه جزایی تلقی شود.

**کلید واژه‌ها:** اصل حداقل بودن حقوق جزا، جرم‌انگاری، اصل برائت، اصل اباحه، قاعده سلطنت.

\* تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۱۰/۲۷- تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۲/۰۱/۲۶- نوع مقاله: علمی، پژوهشی.

\*\* دانش‌آموخته دکتری گروه حقوق جامعه المصطفی ﷺ العالمیه خراسان، مشهد مقدس، ایران  
(sh1alavi62@gmail.com).

سیاست‌گذاری در راستای کنترل رفتارهای نامطلوب در جامعه از موضوعات مهمی است که هر دولتی با آن روبه‌رو است. اینکه در مقابله با بزهکاری از چه نوع بینشی استفاده شود ارتباط مستقیمی با سیاست جنایی آن نظام دارد. چنانچه رویکرد پذیرفته شده در این زمینه استفاده از روش‌های غیر کیفری باشد، عمده تمرکز دولت در اداره جامعه و حفظ حقوق شهروندی و پیشگیری از بزهکاری از طریق برطرف کردن زمینه‌های اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی پدیده مجرمانه خواهد بود. در مقابل، در روش کیفری، رکن اصلی در کنترل اجتماعی استفاده از جرم‌انگاری و کیفرگذاری می‌باشد. چنانچه رویکرد غالب، استفاده حداکثری از نظام کیفری باشد نوع گفتمان حاکم بر جامعه سیاست تهدید، ترس و کیفر خواهد بود.

در مقابل، رویکرد غیر کیفری تلاش دارد با قانون‌مند کردن مداخله دولت سهم ابزار غیر کیفری را گسترش یابد و از آن به عنوان آخرین راه حل استفاده شود. در این بینش گفتمان مورد انتظار ارتباط متقابل دولت و شهروندان مبتنی بر رعایت حقوق شهروندی و مداخله حداقلی خواهد بود. (کریمی، ۱۳۹۹: ۱۲)

آنچه در عصر حاضر مورد توجه حکومت‌ها قرار گرفته، کاهش چشمگیر قلمرو نظام کیفری در کنترل اجتماعی و در اولویت قراردادن تدابیر و روش‌های غیر کیفری است. دانشمندان حقوق جزا از کاربرد حداقلی حقوق جزا با عناوین مختلفی چون «اصل فرعی بودن حقوق جزا» و «اصل چند پاره بودن حقوق» تعبیر نموده‌اند. (نوبهار، ۱۳۸۷: ۱۱۹)

بر اساس اصل فرعی بودن حقوق جزا، نباید در قدم اول بنا را بر استفاده از ابزار جرم‌انگاری و سلاح کیفر قرار داد. طبق اصل چند پارگی حقوق جزا، نمی‌توان و نباید از همه ارزش‌ها جامعه از طریق سیستم کیفری مورد حمایت قرار گیرد، بلکه باید تنها ارزش‌هایی مورد حمایت کیفری قرار بگیرد که اساس جامعه را مختل نماید.





دیدگاه حداقلی نسبت به استفاده از سازوکار نظام کیفری بینشی است که می‌توان آن را در آرای اندیشمندان مکتب کلاسیک چون توماس هابز، جان لاک و ژان ژاک روسو دید. در واقع این رویکرد بر این باور استوار است که نقش نظام کیفری در حمایت از ارزش‌های اجتماعی باید فرعی و به عنوان آخرین راه حل مورد توجه قرار گیرد. منشاء این دیدگاه ریشه در اندیشه «قرارداد اجتماعی» دارد. (نعیمی و همکاران، ۱۴۰۰: ۸۸)

در عرصه بین الملل نیز در اسناد متعددی بر ضرورت کاربرد حداقلی حقوق جزا تأکید شده است. به طور نمونه در اسناد هشتمین گنگره سازمان ملل متحد در راستای به کارگیری قوانین جزایی آمده است: «مراحل و فرایندهای حقوق جزایی و عدالت جزایی، باید آخرین وسیله جهت مقابله با معضل جرم در جامعه محسوب شود». (امیرارجمند، ۱۳۸۶: ۴۴۴)

در حقوق موضوعه نگاه حداقلی به نظام کیفری و به تبع آن جرم‌انگاری محدود را باید در مبانی نظری لیبرالیسم جستجو کرد. «اصل آزادی»، «اصالت فرد/فردگرایی» و «مداخله حداقلی دولت» سه اصل مهم در اندیشه لیبرالیسم به شمار می‌رود. بر اساس اصول مذکور دولت حق ندارد عملی را جرم‌انگاری نماید، اما در صورتی که رفتار ارتكابی به صورت علنی و آشکارا انجام شود از آن جهت که به احساسات و افکار عمومی تعرض صورت گرفته است، مصداق اضرار به غیر بوده و قابل جرم‌انگاری می‌باشد. (Schonsheck, 1994: 59) در اندیشه لیبرالیسم مهم‌ترین ملاک در توصیف مجرمانه از یک رفتار، «اصل ضرر و آسیب» می‌باشد.

در نظام جزایی اسلام مفاهیم و اصول متعددی بر کارکرد کمینه حقوق جزا و استفاده از ابزار کیفری اشاره دارد. از جمله این نهادها می‌توان به اموری چون «اصل برائت»، «اصل اباحه» «توجه به آموزهای اخلاقی»، «اصل عدم ولایت» و «اصل مصلحت» اشاره نمود.

حال سوال اصلی آن است که دیدگاه فقه جزایی پیرامون مداخله کیفری و جرم‌انگاری حداقلی با توجه به اصل کمینه بودن حقوق جزا به عنوان رویکرد نوین



به حقوق جزا چیست؟ از این رو در پاسخ به این سؤال در بخش اول به ماهیت و کارکرد اصل حداقل بودن حقوق جزا به عنوان مهم‌ترین اصل ناظر به رویکرد جرم‌انگاری حداقلی پرداخته شده و در بخش دوم مبانی جرم‌انگاری حداقلی به عنوان دیدگاه برگزیده فقه جزایی مورد بررسی قرار گرفته است..

در رابطه با موضوع جرم‌انگاری می‌توان به آثار همچون:

- رساله دکتری فیروز جانکی با عنوان «اصول، مبانی و روش‌های جرم‌انگاری»؛

- کتاب «درآمدی بر جرم‌انگاری و جرم‌زدایی» اثر محمد شمعی؛

- پایان‌نامه کارشناسی ارشد علی رزمجو با عنوان «مبانی جرم‌انگاری در فقه و حقوق موضوعه» اشاره کرد.

عمده تلاش در آثار مذکور تبیین جرم‌انگاری و مبانی نظری آن می‌باشد که در آن هیچ اشاره‌ای به موضوع جرم‌انگاری حداقلی نشده است.

در زمینه جرم‌انگاری با رویکرد حداقلی که موضوع این مقاله است، می‌توان به پژوهش‌هایی مانند:

- مقاله «اصل حداقل بودن حقوق جزا» نوشته حسین غلامی؛

- پایان‌نامه کارشناسی ارشد محمد شجاعی با عنوان «تحلیل مبانی استثنایی بودن جرم‌انگاری»؛

- پایان‌نامه کارشناسی ارشد زهرا سمیعی با عنوان «اصل حداقل بودن حقوق جزا» اشاره نمود.

در آثار مذکور به تبیین جرم‌انگاری حداقلی در حقوق موضوعه پرداخته شده و اشاره‌ای به مبانی رویکرد جرم‌انگاری حداقلی در فقه جزایی نشده است. پژوهش پیش رو با رویکردی جدید پس از تبیین مفهوم و کارکرد اصل حداقل بودن حقوق جزا به مبانی رویکرد جرم‌انگاری حداقلی در فقه جزایی بر اساس اصل مذکور پرداخته است.

## ۱. مفهوم شناسی

### ۱.۱. جرم

مفهوم «جرم» از آن دست مفاهیم انتزاعی و پیچیده‌ای است که غالب علوم انسانی سعی در شناخت ماهیت آن دارد. به طور مثال «هگن» برای تعریف جرم به هفت رویکرد متنوع اشاره می‌کند (Hagan, 1987:65) که گستره تعاریف مذکور مبتنی بر «اجماع حقوقی» و «حقوق بشر» می‌باشد. (وایت و هاینس، ۱۳۸۹: ۷۷) به طور کلی شناخت جرم از دو طریق امکان‌پذیر است؛ نخست روش قانونی که پدیده مجرمانه بر اساس ارکان تقنینی آن یعنی رکن قانونی، مادی و معنوی توصیف می‌شود. روشن است در این روش آنچه مورد تبیین قرار می‌گیرد ویژگی‌های جرم بوده و ماهیت جرم همچنان ناشناخته باقی می‌ماند. روش دیگری که از طریق آن به بیان ماهیت جرم پرداخته می‌شود رجوع به مبانی فلسفی آن موضوع می‌باشد که در این زمینه باید به مباحث فلسفه علم حقوق مراجعه کرد. در اینکه ماهیت جرم چیست سه دیدگاه «نسبی‌گرا»، «ذات‌گرا» و «میانه» وجود دارد.

از نظر نسبی‌گرایان ماهیت جرم از مرحله ایجاد تا مرحله اجرا برابند اندیشه و تفکر اجتماع است و هیچ عملی ذاتاً جرم نبوده و این جامعه است که یک رفتار را مجرمانه تلقی می‌کند. (ملک محمدی، ۱۳۸۹: ۲۱) از این رو تقسیم جرم به قراردادی (نسبی) و مطلق (طبیعی) ناشی از تأثیر رویکرد نسبی‌گرایی به ماهیت جرم است.

در مقابل دیدگاه نسبی‌گرا، تفکری دیگری مبنی بر ذات‌گرایی قرار دارد. بر اساس دیدگاه ذات‌گرا حسن و قبح در رفتار امری ذاتی است و شرایطی چون زمان، مکان، افراد و... در آن دخالتی ندارد. (میرهاشمی، ۱۳۸۹: ۳۱) در این رویکرد قوانین بیانگر واقعیت‌های طبیعی زندگی اجتماعی است. آنان اعتقاد دارند همان طور که علم پزشکی عوامل بیماری‌زا را کشف می‌کند و به پزشک این توانایی را می‌دهد تا با امراض مقابله کند، جامعه نیز مانند بدن انسان دارای قوانین طبیعی است که قانونگذار باید آن را کشف و تدوین نماید. (دانش‌پژوه و دیگران، ۱۳۷۷: ۵۰)





رویکرد سومی که در رابطه با ماهیت جرم ارائه شده است دیدگاه میانه (نسبی‌گرا - ذات‌باور) می‌باشد. بر اساس این بینش قانونگذاری مطابق با واقعیت‌های ثابت صورت می‌گیرد و در کنار آن جرم‌انگاری نسبت به جرایم ناپایدار بر اساس هماهنگی با واقعیت‌های ثابت از سوی افراد آگاه صورت می‌گیرد. (خسرو شاهی، ۱۳۹۱: ۴۶)

طبق این دیدگاه برخی جرایم ماهیتی ذاتی داشته و زشتی آن در هر زمان و مکان ثابت است؛ مانند قتل، سرقت و... در مقابل آن جرایمی است که ذاتاً ممکن است ناپسند نباشد، اما چون حفظ نظم اجتماعی و تنظیم روابط میان افراد امری ضروری است نسبت به برخی رفتارها جرم‌انگاری صورت می‌گیرد، لذا ممکن است نوع رفتارهایی که جرم تلقی می‌شود در هر جامعه‌ای متفاوت باشد، از این رو، این دست جرایم واقعیتی نسبی پیدا می‌کند.

در تعاریفی که از سوی حقوق‌دانان و جرم‌شناسان پیرامون جرم بیان شده است نیز صراحتاً به ماهیت جرم اشاره نشده است، بلکه به تبیین مفهوم جرم از زوایای انسانی و اجتماعی پرداخته شده است، لذا برخی با انکار انحصار تعریف جرم به نقض قانون یا رفتار ضد اجتماعی جرم را «رفتاری دانسته‌اند که در صورت اثبات وقوع آن با نكوهش اخلاقی از سوی جامعه مواجه خواهد شد». (Hart, 1971: 61)

با توجه به دیدگاه‌های مذکور می‌توان برای جرم ماهیتی دو وجهی تصویر نمود؛ نخست آن دسته از رفتارهایی که عواطف و احساسات انسانی را خدشه‌دار نماید و تعدی به ارزش‌های اخلاقی و اجتماعی محسوب شود، که می‌توان عنوان «جرایم طبیعی» را به آن داد. دسته دیگر از رفتارها که با هدف حفظ نظم اجتماعی و منافع عمومی از سوی حکومت‌ها مورد جرم‌انگاری قرار می‌گیرد که در قالب «جرایم قراردادی/ اعتباری» توجیه می‌شود.

در فقه اسلامی تعاریف متنوعی از جرم از سوی فقها بیان شده است. جرم «محظورات شرعی است که به وسیله اجرای حد مردم را از ارتکاب آن برحذر می‌دارد» (ماوردی، ۱۴۰۱: ۱/ ۳۳۳) جرم مرادف با جنایت می‌باشد و آن عبارت



است از جرایم علیه نفس محترمه و اعضای بدن. (حلی، بی تا: ۳۵۳/۲) در تعریف دیگر از جرم آمده است «جرم به هر فعل یا ترک فعلی که شارع مقدس به حرمت آن تصریح کرده یا عقوبت برای آن تعیین کرده اطلاق می‌شود». (صدر، ۱۳۶۱: ۸۶)

با توجه به تعاریف فوق می‌توان برای جرم دو مفهوم عام و خاص ترسیم نمود. جرم در معنای عام عبارت است از انجام هر نوع رفتار حرام یا ترک واجب که خداوند آن را ممنوع دانسته و مرتکب آن را مستحق مجازات حد، قصاص، تعزیر یا پرداخت دیه دانسته است. جرم در معنای خاص مترادف با جنایت است که عبارت از هر نوع آسیب و تجاوز به جسم دیگری که مشمول اموات نیز شده و حسب مورد قصاص یا پرداخت دیه را در پی دارد.

## ۲. ۱. مفهوم انحراف<sup>۱</sup>

کلمه دیگری که می‌تواند ارتباط مفهومی با جرم برقرار کند و می‌توان آن را داخل در مفهوم گسترده جرم دانست کلمه «انحراف» است. انحراف «کنش یا عکس العملی است که از هنجارهای یک گروه اجتماعی پیروی نمی‌کند». (کلدی، ۱۳۸۲: ۵۲) به تعبیر دیگر «انحراف را می‌توان عدم همراهی با مجموعه هنجارهای مشخص شده در جامعه دانست که از سوی افراد آن جامعه پذیرفته شده است». (گیدنز، ۱۳۸۳: ۲۹۴) انحراف در معنای موجز آن می‌توان تغییر یک هنجار یا ارزش توصیف نمود. با توجه به اینکه ارزش و هنجار در هر جامع‌های متفاوت است و از قاعده خاصی پیروی نمی‌کند می‌توان گفت هنجار و ارزش‌ها امری نسبی و برخاسته از فرهنگ و ارزش‌های هر جامعه می‌باشد.

## ۳. ۱. مفهوم جرم‌انگاری<sup>۲</sup>

جرم‌انگاری به عنوان یکی از ابزارهای مهم در سیاست جنایی برای مقابله با انحراف و بزهکاری به کار برده می‌شود. از نظر تاریخی آغاز جریان جرم‌انگاری را می‌توان از اواسط قرن ۱۹ دانست (فرحی، ۱۳۹۷: ۷۵) که از دهه ۱۹۳۰ با شتاب

1. Deviance.

2. Criminalization.



بیشتری همراه بوده است. به نظر ریمون گسن عواملی چون توسعه تکنولوژی، اقتصاد و تحولات اجتماعی سه عامل مهم در توسعه و شتاب جرم‌انگاری بوده است. (شمعی، ۱۳۹۲: ۵۵) «جرم‌انگاری فرایندی است که مطابق با آن رفتار مجرمانه با ضوابط خاص گزینش و تعیین می‌شود». (Tadros Victor, 2008: 3)

مراد از اصطلاح جرم‌انگاری، نوعی محروم‌سازی اجتماعی است. جرم‌انگاری، فرایندی است حقوقی و گزینشی که طی آن قانونگذار رفتاری را با توجیه و دلیل منطقی چون حفظ نظم عمومی و محافظت از ارزش‌های اجتماعی، مذهبی، اخلاقی و...، جرم دانسته و برای آن ضمانت اجرای کیفری تعیین نموده است. (Michalowski, 1985: 34)

بر اساس تعریف فوق، جرم‌انگاری دارای دو ویژگی می‌باشد؛ نخست «فرایندی بودن»، به معنای معین نمودن عناوین مجرمانه و تصویب نهایی آن که نیازمند طی نمودن مراحل خاص چون مشورت و ملاحظات فردی و اجتماعی است. ویژگی دوم «گزینشی بودن» جرم‌انگاری است، به این معنا که قانونگذار برخی از اعمال و رفتارها را در حیطه حقوق کیفری قرار می‌دهد و بخشی دیگر را به حوزه‌های مدنی و اداری محول می‌کند. (مجیدی، ۱۳۸۶: ۳۶)

با توجه به نکاتی که در تعاریف مذکور اشاره شده است جرم‌انگاری را می‌توان توصیف یک رفتار به عنوان جرم و تعیین کیفر قانونی برای آن تبیین نمود.

#### ۴. ۱. مفهوم اصل حداقل بودن حقوق جزا

اصل حداقل بودن حقوق جزا به عنوان مهم‌ترین اصل ناظر به رویکرد جرم‌انگاری حداقلی محسوب می‌شود. بنابراین قبل از ورود به مبانی رویکرد جرم‌انگاری حداقلی لازم است به تبیین این اصل و کارکردهای آن اشاره شود.

#### ۱. ۴. ۱. اصل حداقل بودن حقوق جزا به مثابه اصلی ماهوی

در برخی رویکردها از مفهوم شناسی اصل حداقل بودن حقوق جزا وقتی بحث از محدود سازی قلمرو نظام کیفری مطرح می شود بیشتر نگاه فایده انگارانه و اقتصادی مورد توجه قرار می گیرد. به طور مثال فینبرگ علاوه دقت بر رعایت اصول محدودکننده در قلمرو آزادی بر زیرساخت های عملی جرم انگاری مانند امکانات سیستم قضایی، هزینه های اجرایی و پیامدها مثبت و منفی جرم انگاری یک رفتار تأکید دارد. (Husak, 2004:213) این در حالی است که وقتی در مبانی این اصل دقت شود صحبت از حقوق و آزادی های فردی است، نه بحث از هزینه های اقتصادی و زیرساخت های عملی جرم انگاری. از این رو بحث از رویکرد حداقلی به حقوق جزا، اصلی ماهوی است.

#### ۱. ۴. ۲. اصل حداقل بودن حقوق جزا اصلی سلبی

اصل حداقل بودن حقوق جزا از جمله اصولی است که در زمره دلایل سلبی برای جرم انگاری محسوب می شود. بر اساس این اصل گفته می شود: «قانونگذار نمی تواند رفتاری را مجرمانه قلمداد کند، مگر اینکه دلایل کافی و موجه برای آن داشته باشد. بنابراین اصل بر آزادی عمل شهروندان می باشد مگر اینکه یک رفتار پیامد و آثار نامناسبی برای دیگران داشته باشد». (غلامی، ۱۳۹۲: ۴۳)

#### ۱. ۴. ۳. تأکید اصل حداقل بودن حقوق جزا بر اولویت ابزارهای غیر کیفری بر حقوق جزا

نکته مهم دیگری که اصل حداقل بودن حقوق جزا بر آن تأکید دارد اولویت ابزارهای کنترل اجتماعی بر ابزار کیفری می باشد. بر اساس این بعد از اصل مذکور حتی در صورتی که جرم انگاری یک رفتار ضروری به نظر برسد قانونگذار باید اثبات نماید برای کنترل آن رفتار سایر ابزارهای مدنی و اجتماعی کار ساز نبوده و تنها راه مقابله استفاده از نظام کیفری می باشد. به بیان دیگر در استفاده از ابزار کیفر باید کارایی و ظرفیت حقوق کیفری نیز باید مورد توجه قرار بگیرد. از آنجا که کیفر و مجازات شدیدترین عکس العمل است باید در آخرین مرحله مورد استفاده قرار گیرد. بنابراین اصل حداقل بودن حقوق جزا این موضوع را تأیید می کند مادامی که





سایر ابزارهای کنترل اجتماعی کارکرد مناسبی دارد و تبعات منفی سیستم کیفر را ندارد، لزومی در مداخله کیفری وجود ندارد.

#### ۴. ۴. ۱. تأکید اصل حداقلی بودن حقوق جزا بر عدم استفاده کیفر برای توسعه اخلاق

هرچند بسیاری از هنجارهای جامعه با ارزش‌های اخلاقی درهم تنیده شده، اما آنچه امروزه در مورد ارتباط حقوق جزا و اخلاق مورد توجه نظام‌های حقوقی قرار گرفته است عدم حمایت قانونی از توسعه ارزش‌های اخلاقی در جامعه است. به طور مثال موريس نوروال حقوق‌دان استرالیایی بر این باور است که نباید حقوق جزا را وارد امور اخلاقی به ویژه مواردی که رفتار ارتكابی مربوط به حریم خصوصی فرد گناهکار می‌شود، نمود. وی در ادامه بیان می‌دارد نباید از حقوق جزا به منظور جلوگیری از رفتن افراد به جهنم استفاده نمود. (عزت عبدالفتاح، ۱۳۸۱: ۱۵۵) البته این قاعده یک استثناء دارد و آن زمانی است که عمل فرد به گونه‌ای نباشد که موجب آسیب و زیان به دیگران شود. بنابراین اصل حداقل بودن جزا بیانگر این نکته است که غیر اخلاقی بودن یک رفتار برای جرم‌انگاری کافی نیست و تنها زمانی می‌توان از نقض ارزش اخلاقی تلقی جرم نمود که ارزش‌های اساسی جامعه را نقض نماید.

#### ۲. کارکردهای اصل حداقل بودن حقوق جزا

هر اصلی در حقوق جزا نتایج و کارکردهای متفاوتی در جنبه‌های مختلفی دارد. نوع مدل سیاست جنایی، معیار جرم‌انگاری و تعیین نوع مجازات همه از آثار پذیرش این اصل در نظام کیفری است.

##### ۲. ۱. تعیین مدل سیاست جنایی و معیار جرم‌انگاری

از مهم‌ترین نتایج اصل حداقل بودن حقوق جزا کارکرد گزینش نوع مدل سیاست جنایی است. قلمرو جرم‌انگاری و گستره مداخله کیفری بسته به نوع بینش سیاسی در هر نظام دارد. اصل مذکور به عنوان اصلی تعیین‌کننده در جهت‌دهی سیاست جنایی محسوب می‌شود. در میان مدل‌های سیاست جنایی مناسب‌ترین مدلی که با اصل حداقل بودن حقوق جزا همگرایی دارد مدل لیبرال است.





اصل حداقل بودن حقوق جزا با مبانی‌یی همچون «اصالت آزادی»، «اصل استقلال فردی» و «اصل محدودیت مداخله دولت» ارتباط مستقیمی دارد و به نوعی اصول مذکور به عنوان ارکان مدل سیاست جنایی لیبرال شناخته می‌شود. هدف اصلی اندیشه لیبرالیسم که مبنای نظری این اصل محسوب می‌شود محدود کردن قدرت مطلقه حاکم به قدرتی مشخص و در محدوده قانون می‌باشد. به طور کلی می‌توان مبنای تفکر لیبرالیسم را در موضوع جرم‌انگاری این طور بیان نمود که این اندیشه جرم‌انگاری را یکی از نمودهای مداخله حکومت در جامعه و محدود کردن آزادی‌ها می‌داند، از این رو دخالت حداکثری نامطلوب می‌باشد.

مقنن در فرایند جرم‌انگاری با رعایت اصول مذکور، معیاری را برمی‌گزیند که مداخله کیفری نسبت به سایر ابزارهای کنترل اجتماعی کم‌ترین سهم را دارد. در میان معیارهای<sup>۱</sup> جرم‌انگاری، «اصل ضرر» سهمی حداقلی برای مداخله دولت ترسیم می‌کند. بنابراین بر اساس اصل ضرر تنها رفتاری می‌تواند محور مداخله دولت قرار بگیرد که مستلزم آسیب به دیگران شود. با توجه به معیار مذکور بسیاری از رفتارهایی که از روی رضایت و یا در حریم خصوصی افراد صورت می‌گیرد و آسیبی برای دیگران در پی ندارد نمی‌توان جرم‌انگاری نمود. از این رو در مدل لیبرال حمایت اخلاق‌گرایانه و پدرسالانه مقبول نیست. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت آنچه اصل حداقل بودن حقوق جزا بر آن تأکید دارد آن است که رفتار ارتكابی اعم از اخلاقی یا غیر اخلاقی، زمانی می‌تواند جرم‌انگاری را موجه سازد که مستلزم آسیب به دیگران باشد که موارد آن محدود و استثنایی است.

## ۲.۲. جرم‌زدایی<sup>۲</sup>

نقشی مهم دیگری که اصل حداقل بودن حقوق جزا در نظام کیفری ایفا می‌کند جرم‌زدایی می‌باشد. جرم‌زدایی فرایندی است که به موجب آن ضمانت اجرای کیفری نسبت به برخی از عمل ارتكابی مجرمانه سلب می‌شود. (محمودی جانکی،

۱. در حقوق کیفری چهار معیار عمده «ضرر»، «پدر سالاری حقوقی»، «اخلاق‌گرایی قانونی» و «کرامت انسانی» برای جرم‌انگاری وجود دارد.



۱۳۸۷: ۳۲۴) این روند ممکن است به صورت رسمی از سوی قانونگذار یا سایر نهادهای ذیربط عملی شود.

جرم‌زدایی ممکن است از طریق حذف عناوین مجرمانه صورت گیرد به گونه‌ای که آن رفتار دیگر جرم نبوده و افراد در قبال چنین عملی مورد بازخواست قرار نمی‌گیرند؛ البته چنین شکل از جرم‌زدایی زمانی اتفاق می‌افتد که جرم‌انگاری یک رفتار بازدارندگی یا اثر مطلوب را در عمل نداشته است. نوع دیگری از جرم‌زدایی، جرم‌زدایی عملی یا بالفعل است. در این روش هرچند در صلاحیت و دامنه مداخله سیستم عدالت کیفری تغییری رخ نداده است، اما به صورت تدریجی فعالیت سیستم کیفری در قبال برخی رفتارها کاهش می‌یابد. غالباً چنین رویکردی در جرایم بدون قربانی یا جرایمی که ناشی از اعتقادات سنتی است صورت می‌گیرد. (محمودی، ۱۳۸۵: ۱۱۵)

اگر عمده‌ترین کارکرد حقوق جزا را حمایت از ارزش‌های جامعه بدانیم و اگر در همین راستا همه ارزش‌ها در یک سطح قرار گیرد مستلزم این نتیجه خواهد شد که «همه امور حقوق جزا می‌شود». (حبیب زاده و همکاران، ۱۳۸۰: ۷۵) نتیجه چنین رویکردی انباشت عظیمی از عناوین کیفری است که پیامد آن کاهش کارایی حقوق جزا و کاسته شدن از صلابت حقوق کیفری به عنوان قوی‌ترین ضمانت اجرا می‌باشد.

استفاده حداکثری از حقوق جزا موجب می‌شود نقش سایر ابزارهای کنترل اجتماعی کم رنگ و کاهش یابد و راه برای ریشه یابی یک رفتار هم چنان مجهول بماند و در نتیجه ابزار کیفر هم کارایی مناسب را در پی نخواهد داشت. زیرا در بسیاری از موارد ممکن است زمینه فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی منشاء بزه ارتكابی باشد که با بسترسازی زمینه‌های فرهنگی و اقتصادی و از طریق سایر ابزارهای غیر کیفری ناهنجاری موجود از بین برود.

### ۳.۲. کارکرد اصل حداقل بودن حقوق جزا در حیطة مجازات ها

یکی دیگر از کارکردهای اصل حداقل بودن حقوق جزا در قلمرو کیفر می باشد. اصل مذکور در جهت دهی دولت نسبت به عکس العمل در مقابل جرم نقش بسزایی دارد. «تأکید بر حق بر مجازات نشدن» به عنوان مهم ترین کارکرد اصل حداقل بودن حقوق جزا در قلمرو مجازات محسوب می شود.

اینکه دولت بتواند از ضمانت اجرای شدید خود یعنی کیفر استفاده نماید نیازمند توجیه و دلایل منطقی است. کیفر دو ویژگی مهم دارد؛ شدید و سرزنش گر است. بنابراین وقتی بحث از اصل حداقل بودن حقوق جزا به میان می آید این مهم را می طلبد که اولویت در کنترل اجتماعی استفاده از ابزار مدنی و انتظامی است تا «حق بر مجازات نشدن» محفوظ بماند. واکنش کیفری نتایج متنوعی چون مرگ، قطع اعضاء زندان، جریمه نقدی و... در پی دارد که حقوقی چون حق حیات، حق تن، حق مالکیت و... را نقض می کند که نیازمند توجیه منطقی می باشد. اصل حداقل بودن حقوق جزا بر دو امر مهم تأکید ویژه دارد؛ نخست انتخاب معیاری مناسب که سهم مداخله کیفری را به حداقل برساند، و دیگری اصل بر عدم مجازات شهروندان است، مگر اینکه رفتار ارتكابی موجب آسیب به دیگران باشد و سایر ابزارهای دیگر قابلیت کنترل آن رفتار را نداشته باشد.

### ۳.۳. اصل کمیینه بودن حقوق جزا در فقه جزایی

دقت در آیات قرآن و احادیث و هم چنین دیدگاه فقهای اسلامی این نتیجه را به دست می دهد که فقه اسلامی با توسعه نظام کیفری چه در مرحله جرم انگاری و چه کیفرگذاری و اعمال مجازات به خصوص در جرایم تعزیری مخالف بوده و رویکرد حداقلی حقوق کیفری را یک ضرورت اجتناب ناپذیر و دارای مصلحت می داند.

عدم تدوین مجموعه مقررات کیفری، خصوصی کردن بعضی از جرایم مهم، تشویق شاکیان به گذشت و ترغیب شاهدان و متهمان به انصراف از ادای شهادت و اعتراف، تفسیر شک به نفع متهم، سقوط دعوی به نفع متهم، عدم توسعه مفاهیم مجرمانه از طریق تفسیر، به کارگیری راه حل های عرفی، توصیه به اجتناب از اعمال





کیفر در صورت امکان، همه نمونه‌ای از شواهد عدم به کارگیری ابزار کیفری در نظام کیفری اسلام است. (امیدی، ۱۳۸۳: ۲۸)

در نظام کیفری اسلام نوع سیاست‌گذاری در مداخله کیفری حاکی از آن است که طرحی برای برخورد فراگیر جهت مداخله کیفری در زندگی مردم ندارد. به کارگیری ابزار کیفر تنها محدود به دسته‌ای از جرایم مهم مانند قتل، محاربه، سرقت و زنا و... می‌باشد. سایر امور جزایی پس از بیان شرایط و ملاک‌های کلی آن در راستای قانون‌مند کردن حقوق کیفری در قالب سیاست کلان به جامعه واگذار شده است.

بر اساس سیاست‌گذاری کلان اسلام در امور جزایی که عمدتاً جرایم تعزیری است، این نوع جرایم تنها در قلمرو محرمات شرعی قابل تعریف است. مجازات این نوع جرایم باید کمتر از مجازات جرایم مستوجب حد و قصاص باشد. در محاکمه متهمان جرایم تعزیری اموری چون گذشت، تخفیف، تعلیق و شخصیت فرد باید مورد توجه قرار گیرد. نمونه‌های مختلفی از نگاه حداقلی اسلام به نظام کیفری وجود دارد که اختصاراً به چند مورد اشاره می‌شود.

### ۳.۱. توبه

«توبه» از بنیادهای اختصاصی حقوق جزای اسلام است که در هیچ یک از مکاتب کیفری مشابه چنین نهادی وجود ندارد. (اردبیلی، ۱۳۸۱: ۲/۲۰۱) در این بنیاد، علی‌رغم تحقق ارکان جرم، توبه به عنوان یکی از جهات عمومی سقوط مجازات محسوب می‌شود. در گزاره‌های دینی نیز علاوه بر ترغیب گناهکاران به توبه از آن به عنوان عاملی که شکل رفتار را تغییر داده و منجر به پاک شدن گناه و جرم می‌شود، یاد شده است. (بقره: ۲۲۲؛ توبه: ۱۰۴ و ۱۰۵؛ کلینی، ۱۴۰۷: ۲/۴۳۳) مهم‌ترین کارکرد توبه در جنبه فردی اصلاح مجرم و در سطح اجتماعی ایمن‌سازی جامعه از ارتکاب دوباره جرم می‌باشد. در این مورد گفته شده چه بسا آگاه ساختن مجرم نسبت به جرم و گناهی که انجام داده به میزان مجازات تأثیرگذار باشد. همچنین در مورد کسی که به خطای خود اعتراف کرده بهترین برخورد، عفو و گذشت از وی است. (خوانساری، ۱۳۶۶: ۴/۷۷)

توبه دارای شرایط و احکام متنوعی است که نظر مشهور فقهای امامیه بر این است که توبه پیش از اثبات جرم و دستگیری موجب سقوط مجازات می‌شود. (خویی، بی تا: ۱/ ۱۸۶-۱۸۵؛ نجفی، بی تا: ۳۰۸/۴۱-۳۰۷) پیش بینی چنین نهادی در نظام کیفری دلالت بر این امر مهم دارد که اصولاً کیفر به عنوان اولین راه کار مورد توجه نبوده و با وجود سایر روش های اصلاحی و بازپروری مداخله کیفری توجیهی ندارد.

### ۳.۲. بزه پوشی

در آموزه های اسلام بر حفظ آبرو و کرامت انسانی تأکید و به چشم پوشی و گذشت از خطای دیگران توصیه شده است. (مانده: ۱۳) روایات متعددی نیز حاکم و قاضی را بر پوشاندن گناه و خطا تشویق می نماید. (کلینی، پیشین: ۱۸۸/۷) اساساً مجازات و برخورد کیفری مطلوب شارع نبوده و از توسل به کیفر در موارد غیر ضروری منع شده است. از جمله مصادیق رویکرد حداقلی به نظام کیفری وجود نهاد بزه پوشی است.

در آیات متعددی خداوند به بزه پوشی و گذشت سفارش نموده است. (نساء: ۱۴۹) در برخی موارد با وجود اینکه قصاص را حق مسلم مجنی علیه می داند، ولی گذشت از قصاص را به عنوان زمینه مغفرت گناهان وی معرفی می کند. (مانده: ۴۵) از نتایج مهم بزه پوشی آن است که زمینه را برای فردی کردن مجازات فراهم می کند. بزه پوشی و عفو در سیره عملی معصومین علیهم السلام نیز نمادی از نگاه حداقلی به ابزار کیفری است. به طور نمونه فردی نزد امام علی علیه السلام اقرار به سرقت کرد، حضرت از او سؤال کرد آیا قرآن تلاوت می کنی؟ جواب داد: سوره بقره را می خوانم. حضرت فرمودند از مجازات توبه به سبب قرآن گذشتم. وقتی به حضرت اعتراض شد چرا حد الهی را تعطیل نموده اند؟ جواب دادند مگر نمی دانی در صورت اثبات جرم به وسیله اقرار، قاضی مخیر است حد را جاری کند یا او را ببخشد. (حر عاملی، ۱۴۱۳: ۱۸/۳۳۱؛ حلی، ۱۴۱۵: ۹/۲۱۳؛ نوری، ۱۴۰۸: ۱۲/۴۲۶) در واقع یکی از اهداف مهم بزه پوشی اصلاح مجرمان از طریق روشی غیر کیفری و حفظ ناپسند بودن جرم و گناه در ذهن جامعه است.

### ۳.۳. قاعده درء

یکی دیگر از جلوه‌های رویکرد حداقلی به نظام کیفری در فقه جزایی وجود قواعدی است که سهم استفاده از این ابزار را به حداقل کاهش می‌دهد. از جمله این قواعد «قاعده درء» است. بر اساس مفاد قاعده مذکور، در صورتی که در اصل وقوع جرم یا انتساب آن به مرتکب یا نسبت به مسئولیت و استحقاق مجازات تردید و شبهه‌های وجود داشته باشد به استناد این قاعده جرم، مسئولیت کیفری و مجازات منتفی می‌شود. منظور از شبهه در قاعده درء که نقش کلیدی در استناد به این قاعده دارد، شک در حرمت یا حلیت یا گمان به اباحه و همچنین یقین به حلیت می‌باشد، بنابراین در مواردی که فرد با گمان به حلیت یا شک در اباحه یا اعتقاد به مجاز بودن رفتاری را انجام دهد مجازات و مسئولیت کیفری در مورد وی اعمال نمی‌شود. (محقق داماد، ۱۳۷۹: ۵۴)

قاعده مذکور از جمله قواعدی است که مورد اتفاق فقهای شیعه و سنی می‌باشد. (فیض، ۱۳۷۹: ۵۴) البته باید به این نکته اشاره نمود که در گستره شمول این قاعده، نظرات متفاوتی از سوی فقها بیان شده است، اما آنچه مهم است اصل کارکرد این قاعده در حداقل نمودن توسل به نظام کیفری است که به وضوح بر آن اشاره دارد. سخت‌گیری در اثبات جرایم حدی، اختیار حاکم در عفو و احتیاط در دماء و فروج جلوه‌های دیگری از اکتفای حداقلی به نظام کیفری در سیاست جنایی اسلام است.<sup>۱</sup>

### ۴. مباحث رویکرد جرم‌انگاری حداقلی در فقه جزایی

به طور کلی در فقه می‌توان برای رفتار افراد دو قلمرو ترسیم نمود؛ نخست رفتار افراد در ارتباط با خداوند که احکامی چون وجوب نماز، وجوب روزه و حج و... در این قسم قرار می‌گیرد. دسته دیگر از رفتارها که ارتباط مستقیمی با مصالح

۱. ماده ۱۲۰ ق. م. ا. نیز به همین نکته اشاره دارد: «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هریک از شرایط مسئولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود».



جامعه دارد همانند حرمت سرقت، حرمت توهین به دیگران و محاربه، که بر اساس رفتار ارتكابی نوع ضمانت اجرای کیفری نیز متفاوت خواهد بود.

در نظام کیفری اسلام اساس حق و تکلیف و مسئولیت، آزادی و اختیار انسان می‌باشد. مؤید این مطلب را می‌توان به گونه‌های مختلف برخورد با رفتارهای ممنوع شده دید. به طور مثال در برخورد با برخی موارد همچون دروغگویی، غیبت و رفتارهایی از این دست، از ابزار غیر کیفری و اخلاق محور استفاده می‌شود.

در سیستم کیفری اسلام صحبت از مداخله همه‌جانبه و دخالت در تمام امور فردی و اجتماعی نیست، بلکه با ترسیم سیاست‌های کلان راهبردی سعی در تنظیم روابط اجتماعی و نظم جامعه دارد. (امیدی، پیشین: ۲۹) نخست جرایمی که مجازات آن تعزیر است، تنها در سطح محرمات شرعی پیش بینی شده است. از سوی دیگر کیفر هر جرمی متناسب با نوع فعل ارتكابی است، به این معنا که اگر جرمی مستلزم جاری شدن حد یا قصاص باشد باید همان مجازات اعمال شود و نمی‌توان در جرایم تعزیری از کیفر حدی یا قصاص استفاده نمود. بنابراین نوع رویکرد نظام کیفری اسلام نگاه حداقلی به استفاده از ابزار مجازات از طریق جرم‌انگاری می‌باشد. در ادامه به قواعدی که به مبانی رویکرد حداقلی جرم‌انگاری در نظام کیفری اسلام دلالت دارد اشاره می‌شود.

#### ۱. ۴. اصل برائت

«برائت» در فقه به معنای آزاد و رها بودن فرد از هرگونه تکلیفی که در اصل وجود آن تردید وجود دارد، می‌باشد. (مظفر، ۱۳۸۷: ۳/۶۰۶) در فقه جزایی اصل برائت کارکردهای مختلفی دارد. نخستین کارکرد آن اثبات عدم مجرم بودن افراد است. از این رو تا زمانی که در تقصیر و مجرمیت فرد تردید وجود داشته و اثبات نشود، فرد بی‌گناه شمرده می‌شود. بسیاری از فقها علاوه بر پذیرش این اصل در نظام حقوقی اسلام، بر اجرای این قاعده در تمام مجازات‌ها تأکید نموده‌اند. (عوده، ۱۳۷۳: ۱/۲۱۶؛ محقق داماد، ۱۳۷۹: ۷) بر اساس این اصل شهروندان از مصونیت و حمایت اجتماعی برخوردار شده و تأمین و ضمانت اجرای آن بر عهده حکومت می‌باشد.



کارکرد مهم دیگر اصل برائت که با توسعه در گستره معنای آن قابل ترسیم است و می‌توان میان این اصل و مداخله کیفری ارتباط مفهومی برقرار نمود نقش این اصل در جرم‌انگاری می‌باشد. بر اساس معنای موسع اصل برائت می‌توان از آزادی شهروندان حمایت نمود. از این‌رو هر زمان این تردید وجود داشته باشد که آیا می‌توان آزادی افراد را در چارچوب جرم‌انگاری تحدید نمود، اصل بر آزادی شهروندان خواهد بود که نتیجه مهم آن عدم جرم‌انگاری و ایجاد محدودیت در آزادی آنان می‌باشد.

با توجه به این دریافت از اصل برائت مبنی بر آزاد بودن فرد از هرگونه تکلیف، فقها مهم‌ترین کاربرد اصل برائت را در موردی بیان داشته‌اند که نسبت به تکلیف (حرمت یا وجوب) تردید وجود داشته باشد. بنابراین ارتکاب هر نوع رفتاری اعم از فعل یا ترک یک عمل مادامی که دلیل و نصی قطعی مبنی بر الزام بر ترک یا انجام آن وجود نداشته باشد، مباح و جایز خواهد بود. (بهبهانی، بی‌تا: ۲۹۷. بحرانی، ۱۴۲۰: ۴۸/۱)

بنابراین بر اساس این برداشت از مفاد اصل برائت می‌توان بیان داشت وضع هر نوع تکلیف الزام‌آور خصوصاً تکالیفی که عدم رعایت آن منجر به تلقی جرم شده و مجازات را در پی دارد خلاف اصل برائت خواهد بود مگر اینکه دلایل و توجیه قانع‌کننده‌ای در مورد آن تکلیف و محدودیت وجود داشته باشد. (گیلانی، ۱۴۲۰: ۳۳۶؛ نجفی تبریزی، ۱۴۱۳: ۲۸)<sup>۱</sup>

نمونه رویکرد در استناد به اصل برائت را می‌توان در عملکرد فقها در نفی تعزیر در موردی که تردید در لزوم استفاده از تعزیر وجود داشته، مشاهده نمود. (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۸/۵)

۱. قاعده «کل شی لک مطلق حتی یرد فیه النهی» نیز بر این مطلب اشاره دارد.



## ۲. ۴. اصل عدم ولایت و قاعده سلطنت

مراد از «ولایت»، حق سرپرستی است که مستلزم تصرف و سلطنت در امور دیگران می‌باشد. (مسجد سرایی و مؤمنی، ۱۳۸۸: ۱۳۸) اصل اولیه آن است که هیچ کس حق ولایت و سرپرستی بر دیگری ندارد و هر فرد عاقل و بالغی آزاد و مختار می‌باشد مگر در مواردی که دلیل قطعی بر آن داشته باشیم.

این اصل ریشه در مبانی مختلفی دارد؛ نخست جهان‌بینی اسلام و نظام توحیدی آن است که بر عدم ولایت افراد بر یکدیگر تأکید دارد. مبنای دیگری که بر اصل عدم ولایت اشاره دارد «آزادی بشر» است. طبق این مبنا از آنجا که انسان موجودی آزاد و مختار آفریده شده است این حق را دارد تا سرنوشت خویش را خود تعیین کند؛ بر این اساس سلطه و ولایت بر فرد نوعی ظلم و تعدی به حقوق وی محسوب می‌شود. (منتظری، ۱۴۰۹: ۲۷ / ۱) بنابراین طبق این اصل، ولایت انسان‌ها بر یکدیگر از آن‌رو قابل پذیرش نیست که با آزادی بشر سازگاری ندارد. از سوی دیگر مداخله بی‌رویه دولت‌ها از آن جهت که مستلزم تعدی به محدوده آزادی شهروندان است بر اساس این اصل محدود و ضابطه‌مند می‌شود.

بر اساس مفاد اصل عدم ولایت، قاعده اولیه منع جرم‌انگاری و مجازات شهروندان است، زیرا یکی از تبعات جرم‌انگاری تحمیل کیفر بر دیگران است که مستلزم مداخله و تصرف در امور افراد می‌باشد، لذا چنین مداخله و تصرفی نیازمند توجیه و دلیل می‌باشد. (نوبهار، ۱۳۸۹: ۳۵)

در کنار اصل عدم ولایت قاعده فقهی دیگری به نام «قاعده سلطه/ سلطنت» در راستای محدود سازی مداخله کیفری قرار دارد. این قاعده بیانگر آزادی و سلطنت افراد بر جان و مال خویش می‌باشد که ناظر به حقوق اجتماعی و شهروندی است و این دو اصل از قواعد مسلم فقهی می‌باشد. (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۸۶)

کارکرد این اصل تنها اختصاص به محدوده جان و مال افراد نمی‌باشد، بلکه کارکرد مهم دیگری که می‌توان در دایره این اصل برشمرد مربوط به حوزه سیاست و حقوق عمومی می‌شود. در واقع بر اساس قاعده سلطه این نکته قابل استنباط است





که هر نوع دخالت در قلمرو آزادی شهروندان با اصل عدم سلطه که نتیجه قاعده سلطنت است در تنافی خواهد بود و جرم‌انگاری و به تبع آن مجازات امری استثنایی بوده و تنها در صورتی قابل پذیرش باشد که بر اساس دلایل قانع‌کننده‌ای انجام شود.

### ۳. ۴. اصل اباحه

قاعده اولیه آن است که انسان نسبت به اشیاء پیرامون خود حق هرگونه تصرفی را دارد و تنها در صورتی تصرف وی با محدودیت روبه‌رو خواهد بود که دلیل و نصی برای آن وجود داشته باشد. بنابراین در صورتی که در مورد انجام یا ترک رفتاری تردید وجود داشته باشد و دلیلی بر ممنوعیت آن نداشته باشیم بر اساس اصل اباحه آن رفتار هیچ منع و محدودیتی ندارد. در واقع این اصل بر آزادی عمل و اختیار انسان اشاره دارد. از این رو فقها منشاء این اصل را وجود ملاک اختیار و آزاد بودن انسان بیان نموده‌اند. (صدر، بی تا: ۱/ ۱۶۴)

بر اساس این اصل چنانچه در مورد رفتاری منعی از سوی شارع بیان نشده باشد نمی‌توان آن رفتار را مورد جرم‌انگاری قرار داد و برای آن مجازات تعیین نمود. بنابراین هیچ رفتاری ممنوع نبوده و هیچ فعلی الزام ندارد و تنها در صورتی می‌توان در آزادی شهروندان محدودیتی ایجاد نمود که دلیل قطعی برای آن وجود داشته باشد.

### ۴. ۴. توجه به اخلاق به مثابه یک اصل

یکی از جهات تمایز انسان از سایر موجودات قدرت انتخاب نوع رفتار ارتكابی از سوی وی می‌باشد. از این رو ممکن است رفتاری که از وی سر می‌زند مورد تحسین یا سرزنش دیگران واقع شود. زمانی می‌توان یک رفتار را اخلاقی تلقی نمود که از روی خیرخواهی و نیت نیکو صورت پذیرد، به خلاف رفتاری که منشاء آن ترس از ضمانت اجرای کیفی است. یکی از ابزارهای مهم کنترل رفتار اجتماعی در نظام اسلامی پرورش و تأکید بر فضایل اخلاقی در جامعه است. آنچه در اسلام اولویت بر جرم‌انگاری و مجازات دارد رواج فرهنگ اخلاقی و ارزش‌های دینی و تربیت روحی در جامعه است. یکی از نهادهای مهمی که در پرورش فضایل اخلاقی نقش



تعیین‌کننده‌های دارد و ارتباط مستقیمی با سلامت و امنیت جامعه دارد و در معارف اسلامی بر آن تأکید امر به معروف و نهی از منکر است. نمونه بازخورد امور اخلاقی و معنوی را می‌توان در برخی از ماه‌های سال همچون ماه رمضان دید که آمار بزهکاری نسبت به سایر ماه‌های دیگر کاهش چشم‌گیری دارد. از این رو غالب فقها بر این باورند استفاده از کیفر و تعزیر در صورتی مناسب است که نصیحت و توصیه اخلاقی کارساز نباشد. (اصفهانی، ۱۴۱۶: ۱۰/۵۴۴؛ حائری، ۱۴۱۸: ۱۶/۶۳)

### نتیجه:

جرم‌انگاری چالش مهمی در مقابل اصل استقلال فردی و آزادی افراد به ویژه در حریم خصوصی می‌باشد. مداخله حقوق جزا در جایی که اثرگذاری مطلوب را نداشته باشد و یا بتوان آن هدف را از طریق غیر از نظام جزایی تامین نمود نتیجه‌ای جز توسعه حقوق جزا و تورم عناوین مجرمانه نخواهد داشت.

هیچ رابطه مستدلی که بیانگر آن باشد که پاسخ کیفری در همه موارد بر پاسخ‌های غیر کیفری ترجیح داشته باشد وجود ندارد؛ چه بسا ممکن است در برخی موارد اثر ایزار غیر کیفری مناسب و به مراتب تأثیرگذارتر از مداخله کیفری باشد. بنابراین کارکرد حقوق کیفری باید حمایت فرعی و جزئی و نه حمایت گسترده و فراگیر از ارزش‌ها و منافع جامعه باشد. در واقع نگاه حداقلی به نظام کیفری چیزی است که جزو ماهیت آن است و اصولاً سیستم کیفری از ابتدا چنین رویکردی باید داشته باشد.

پایبندی به اصل حداقل بودن حقوق جزا از یک‌سوزمینه را برای کارکرد مطلوب و بهینه از نظام کیفری فراهم می‌کند و از سوی دیگر راه را برای سیاستگذاران جنایی در به کارگیری از ابزارهای حقوقی و اجتماعی هموار می‌نماید.

از مهم‌ترین نتایج به کارگیری این اصل، تضمین و حمایت از آزادی شهروندان، جلوگیری از تورم کیفری و قضایی و کارایی نظام کیفری می‌باشد. از آثار مثبت دیگر این رویکرد کاهش خشونت در سطح اجتماع، برقراری تعادل در سیستم کیفری،



گسترش مجازات‌های جایگزین و در نهایت کاهش هزینه‌های رسیدگی به مجرمان است.

اکتفا به حداقل از دو جنبه دارای اهمیت است؛ نخست نوع ضمانت اجرا و دیگری میزان جریمه و کیفری که برای رفتار مجرمانه در نظر گرفته می‌شود. در شریعت اسلام حداقل سازی نظام کیفری در ابعاد مختلف از جمله جرم‌انگاری، جرم‌زدایی و کیفر زدایی در گستره تعزیرات، حدود و قصاص بر اساس مبانی خاص خود مورد توجه قرار گرفته است. در منابع اسلامی از جمله قرآن و روایات بر رویکرد حداقلی کیفر تأکید شده است. در فقه جزایی اصلی خاص با عنوان اصل حداقل بودن حقوق جزا وجود ندارد، اما اصول و مفاهیم متعددی همچون اصل اباحه، اصل برائت، اصل عدم ولایت و سلطه و اصل اهتمام به اخلاق، رویکرد مذکور را تأیید می‌کند.

## منابع و مأخذ:

### قرآن کریم

- اردبیلی، محمد علی (۱۳۸۱)، حقوق جزای عمومی، چ ۴، تهران: نشر میزان.
- امیدی، جلیل (۱۳۸۳)، «سنت نبوی و عدالت کیفری»، فصلنامه حقوق، مجله دانشگاه حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، ش ۴.
- امیر ارجمند، اردشیر (۱۳۸۶)، مجموعه اسناد بین المللی حقوق بشر، قسمت اول؛ اسناد جهانی، چ ۲، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
- آقا جمال خوانساری، محمد بن حسین (۱۳۶۶)، شرح آقا جمال‌الدین خوانساری بر غرر الحکم و درر الکلم، چ ۴، تهران: دانشگاه تهران.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۲۰)، حدائق الناظره فی احکام عتره الطاهرة، قم: نشر جامعه مدرسین.
- بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل (بی‌تا)، الرسائل الفقهية (للوحد البههانی)، [بی‌جا]: [بی‌نا].



- تبت، مارک (۱۳۸۶)، فلسفه حقوق، ترجمه حسن رضایی خاوری، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
- تبریزی، راضی بن محمد (۱۴۱۳)، تحلیل الکلام فی فقه الإسلام، تهران: امیر قلم.
- حائری، سید علی بن محمد طباطبایی (۱۴۱۸)، ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل (ط- الحدیثة) مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- حبیبزاده، محمدجعفر، نجفی ابرندآبادی علی حسین و همکاران (۱۳۸۰)، «تورم کیفری؛ عوامل و پیامدها»، فصلنامه پژوهش علوم انسانی، دوره ۵، ش ۴.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۳)، وسائل الشیعه، بیروت: موسسه آل البيت علیهم السلام.
- حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۵)، مختلف الشیعه، قم: انتشارات جامعه مدرسین.
- حلّی، مقداد بن عبدالله (بی تا)، کنز العرفان فی فقه القرآن، قم: [بی نا].
- خسرو شاهی، قدرت الله (۱۳۹۱)، نظریه‌ها و نظام‌های حقوقی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- خوبی سید ابوالقاسم (بی تا)، مبانی تکملة المنهاج، نجف: مطبع الادب.
- دانش پژوه، مصطفی و قدرت الله خسروشاهی (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، قم: موسسه آموزشی، پژوهشی امام خمینی علیه السلام.
- رامین نعیمی و همکاران (۱۴۰۰)، «اصول و معیارهای و ابیدهای حاکم بر جرم‌انگاری پزشکی در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه علمی، پژوهشی قرآن و طب، دوره ۶، ش ۴.
- سمیعی عارف، زهرا (۱۳۹۰)، اصل حداقل بودن حقوق جزا، پایان نامه ارشد، دانشگاه علامه طباطبایی.
- شمعی، محمد (۱۳۹۲)، درآمدی بر جرم‌انگاری و جرم زدایی، تهران: انتشارات جنگل.
- صدر، سید اسماعیل و عبدالقادر عوده (۱۳۶۱)، التشریح الجنایی الاسلامی فی مذهب الخمسه مقارناً بالقانون الوضعی، البعثة، الدراسات الاسلامیه.
- صدر، سید محمد باقر (بی تا)، دروس فی علم الأصول، قم: موسسه النشر الاسلامی.



- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷)، *الخلافا*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- عزت عبدالفتاح (۱۳۸۱)، «جرم چیست و معیارهای جرم‌انگاری کدام است؟» ترجمه اسماعیل رحیمی نژاد، *مجله قضایی و حقوقی دادگستری*، ش ۴۱.
- عوده، عبدالقادر (۱۳۷۳)، *التشريع الجنایی الاسلامیه*، ترجمه اکبر غفوری، مشهد: به نشر.
- غلامی، حسین (۱۳۹۲)، *اصل حداقل بودن حقوق جزا*، تهران: میزان.
- فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶)، *كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- فرحی، مریم (۱۳۹۷)، «جرم‌انگاری در بستر مکاتب حقوق کیفری و نظریه‌های جرم‌شناسی، با نگاهی به حقوق کیفری ایران و آمریکا»، *مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه دوره ۴*، ش ۱ و ۲.
- فعال، طیبه، و محمد هادی صادقی (۱۳۹۷)، «ماهیت جرم»، *دو فصلنامه دانش و پژوهش حقوقی*، دوره ۴، ش ۱.
- کرمی، وحید (۱۳۹۹)، *اصل حداقل بودن حقوق جزا در آموزه‌های دینی*، پایان‌نامه مقطع ارشد، دانشگاه رضوی.
- کلدی، علیرضا (۱۳۸۲)، «انحراف، جرم و پیشگیری»، *رفاه اجتماعی*، س ۲، ش ۳.
- کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق (۱۴۰۷)، *الکافی*، چ ۴، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
- گیدنز، آنتونی (۱۳۸۸)، *جامعه‌شناسی*، ترجمه منوچهر صبوری، چ ۲۳، تهران: نی.
- ماوردی (۱۴۰۱ق)، *الاحکام السلطانیة و الولاية الدینیة*، بغداد: [بی‌نا].
- مجیدی، محمود (۱۳۸۶)، *جرایم علیه امنیت*، تهران: میزان.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۹)، *قواعد فقه (بخش جزایی)*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمودی جانکی، فیروز (۱۳۸۷)، «جرم‌زدایی به منزله یک تغییر»، *فصلنامه حقوق*، *مجله دانشگاه حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۳۸.



- محمودی، جواد (۱۳۸۵)، «قضا زدایی و جرم‌زدایی از منظر قانون اساسی و حقوق اداری»، مجله تخصصی هیات و حقوق دانشگاه رضوی، س ۶، ش ۱۹.
- مسجد سرایی، حمید و دیگران (۱۳۹۷)، «اصل «صرفه جویی کیفری» مبنای تفسیر احکام و قوانین جزایی اسلام»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، س ۱۴، ش ۵۱.
- مسجد سرایی، حمید (۱۳۸۸)، «اجرای حدود در عصر غیبت»، مطالعات اسلامی، فقه و اصول، س ۴۱، ش ۱.
- مظفر، محمد رضا (۱۳۷۸)، اصول فقه، حقوق اسلامی، چ ۲، قم: [بی‌نا].
- ملک محمدی، حمید رضا (۱۳۸۹)، نظریه‌های جرم، تهران: میزان.
- منتظری، حسینعلی (۱۴۰۹)، دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیة، چ ۲، قم: نشر تفکر.
- منصور، زهرا (۱۳۹۵)، مبانی جرم‌انگاری در جرایم سیاسی، پایان‌نامه ارشد، دانشگاه شهید باهنر کرمان.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۴۲۰)، مناهج الأحکام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- میرهاشمی، محمد (۱۳۸۹)، مطلق‌گرایی در اخلاق، تهران: بوستان کتاب.
- ناصرزاده، هوشنگ (۱۳۷۲)، اعلامیه‌های حقوق بشر، تهران: ماجد.
- نجفی، محمد حسن (بی‌تا)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- نراقی، مولی احمد (۱۴۱۷)، عواید الايام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- نوبهار، رحیم (۱۳۸۷)، حمایت حقوق کیفری از حوزه‌های عمومی و خصوصی، تهران: جنگل.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۹)، اصل قضایی بودن مجازات‌ها (تحلیل فقهی حق بر محاکمه عادلانه)، تهران: شهر دانش.
- نوری، حسین بن محمد (۱۴۰۸)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، قم: موسسه آل البيت (علیهم‌السلام).
- وایت، راب و فیونا هاینس (۱۳۸۹)، در آمدی بر جرم و جرم‌شناسی، ترجمه میر روح‌الله صدیق، تهران: انتشارات دادگستر.

- Hart, M.HJR(1971). the aims of criminal Law. In A.Goldestin and J. Goldestein.(eds), crime . Law and society . New cork,
- Husak, Douglas,(2004) The criminal Law as Last resort, Oxford Journal of Legal studies , vol 24,No 2
- Michalowski. R. j. Order(1985). Crime and Law. An introduction to criminology. New York : random house.
- Tadros. Victor(2009-2008). Criminalization and regulation. University of warwick school of law studies research paper.p 3 No 2009-2008.
- Hagan, J.(1987) Modern Criminology: crime, Criminal Behavior and Control, McGraw- Hill, Toronto
- Schonsheck Jonathan(1994) on criminalization: An essay in the philosophy of criminal Law. Kluwer Academic publishers





## تبیین امکان تأثیر قرارداد نسبت به گذشته در پر تو نظریه اعتباریات علامه طباطبایی\*

محسن اسماعیلی\*\*

امیر عباس عسکری (نویسنده مسئول)\*\*\*

### چکیده

انعقاد قرارداد به طور معمول دارای اثر نسبت به آینده است. تا یک قرارداد شکل نگرفته و کامل نشده است نمی توان آثار کامل را از آن توقع داشت و زمانی مؤثر واقع می شود که همه اجزای آن تکمیل شده و آماده اثرگذاری باشد. در این صورت قرارداد مورد نظر پس از تکمیل و نسبت به آینده آثار خود را خواهد داشت. با وجود این، بنا بر مصالحی ممکن است طرفین قرارداد برای رسیدن به منافع خود توافق بر تعمیم اثر قرارداد نسبت به زمان گذشته نمایند. هدف از این پژوهش بررسی این موضوع است که توافق اشخاص بر تعمیم آثار قرارداد یا انحلال آن نسبت به گذشته از نظر مبانی فلسفی صحیح است یا باطل. از این رو، سؤال اصلی این است که وضعیت حقوقی توافق اشخاص بر تعمیم اثر قرارداد نسبت به گذشته چگونه است؟ فرضیه این است که گزاره های حقوقی لزوماً تابع قواعد حاکم بر امور طبیعی نیستند، گزاره های حقوقی را باید با روش عرفی، عقلایی تفسیر کرد و با این نگاه توافق بر تأثیر قرارداد در گذشته صحیح و معتبر است. در این مقاله با روش تحلیلی، توصیفی از منابع کتابخانه ای استفاده شده است و با بهره گیری از نظریه اعتباریات علامه طباطبایی این نتیجه حاصل شد که با توجه به اعتباری بودن گزاره های حقوقی و لزوم به کارگیری روش تفسیر عرفی، عقلایی مسائل این حوزه، امکان تعمیم آثار قرارداد نسبت به گذشته وجود دارد. بنابراین، طرفین قرارداد با توافق می توانند آثار انعقاد قرارداد و انحلال آن را به گذشته تعمیم دهند.

**واژه ها:** اثر قهقرایی، اعتبار، اعتباری، قرارداد، نظریه اعتبارات.

---

\* تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۰۷/۲۸ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۱/۱۱/۰۷ - نوع مقاله: علمی، پژوهشی.  
\*\* دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران (esmaeili1344@yahoo.com).  
\*\*\* دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران (am.ab.askari@gmail.com).

انعقاد و انحلال قرارداد به طور معمول دارای اثر نسبت به آینده است. تا همه اجزای یک عمل حقوقی شکل نگرفته و کامل نشده باشد نمی‌توان آثار کامل را از آن توقع داشت و زمانی مؤثر واقع می‌شود که همه اجزای آن تکمیل و آماده اثرگذاری باشد. در این صورت قرارداد مورد نظر نسبت به آینده آثار خود را خواهد داشت. این گزاره از نظر فلسفی نیز محل بحث و نظر است؛ چه اینکه در فلسفه گفته‌اند هر معلولی علتی دارد و تا علت واقع نشود، معلول نیز واقع نخواهد داشت، پس تا عمل حقوقی (علت) انشا نشده باشد و آخرین جزء وجودی آن محقق نشده باشد، نمی‌توان منتظر آثار ناشی از آن عمل (معلول) بود. با وجود این، بنابر مصالحی ممکن است طرفین یک قرارداد برای رسیدن به منافع خود شرایطی را برگزینند که لزوماً قابل تفسیر و پذیرش با منطق علت و معلولی فلسفی از وقایع نیست؛ به عنوان مثال، طرفین قرارداد ببيع توافق نمایند که مال موضوع قرارداد از دو ماه پیش از انعقاد قرارداد متعلق به خریدار باشد. از این‌رو نگاه فلسفی صرف برخی از علما به امور فقهی و حقوقی مورد نهی و انتقاد صریح برخی دیگر از ایشان قرار گرفته است. (امام خمینی، ۱۴۱۸: ۱۹ و ۲۰؛ جناتی شاهرودی، بی‌تا: ۵۰۰)

این موضوع پیش از این به صورت مستقل از سوی فقها و حقوقدانان مورد بحث قرار نگرفته است و صرفاً به مناسبت بررسی برخی موضوعات مثل کاشف یا ناقل بودن اجازه در قرارداد فضولی به آن پرداخته‌اند. بنابراین، انجام پژوهشی مستقل که با بهره‌گیری از نظرات پراکنده آنان به صورت مبنایی به بررسی این موضوع پردازد ضروری به نظر می‌رسد.

با این توضیح، سؤال اصلی این پژوهش این است که وضعیت حقوقی توافق اشخاص بر تعمیم اثر قرارداد یا انحلال آن نسبت به گذشته چگونه است؟ در راستای سؤال اصلی، این سؤال فرعی نیز مطرح است که قواعد حاکم بر تفسیر مسائل حقوقی و فقهی چیست و مسائل این حوزه را چگونه باید تفسیر کرد تا به حکم قضایا رسید؟



فرضیه نگارندگان در پاسخ به سؤال‌های فوق این است که گزاره‌های حقوقی لزوماً تابع قواعد حاکم بر امور طبیعی نیستند، گزاره‌های حقوقی را باید با روش عرفی، عقلایی تفسیر کرد و با این روش توافق بر تأثیر قرارداد یا انحلال آن در گذشته صحیح است و آثار حقوقی خود را به همراه خواهد داشت. جهت پاسخ به پرسش‌ها و سنجش فرضیه‌های خود با روش تحلیلی، توصیفی از منابع کتابخانه‌ای استفاده شده است و ضمن بهره‌گیری از نظریه اعتباریات علامه طباطبائی، نگاهی تطبیقی نیز به حقوق سایر کشورها شده است.

در این مقاله، ابتدا از ماهیت گزاره‌های حقوقی صحبت خواهیم کرد، سپس قواعد حاکم بر آن گزاره‌ها مورد بررسی قرار خواهد گرفت و در نهایت به بررسی امکان تأثیر قرارداد در گذشته با روش مورد نظر خود خواهیم پرداخت.

**پیشینه:** مسئله امکان تأثیر قرارداد در گذشته به صورت مستقل از سوی فقها مورد بحث قرار نگرفته است، اما ذیل برخی مباحث از جمله در بحث کاشف یا ناقل بودن اجازه در قرارداد فضولی این موضوع تحلیل شده است. حقوق‌دانان نیز به تقلید از فقها این موضوع را ذیل همان مباحث سنتی مورد بحث قرار داده‌اند و جای یک تحقیق مستقل در این خصوص در ادبیات حقوقی کشور خالی به نظر می‌رسد.

در خصوص موضوع این مقاله تحقیقات چندانی صورت نگرفته است. با بررسی منابع مختلف صرفاً بحث‌های پراکنده و کوتاهی تحت عناوینی چون شرط تقدیم زمان قرارداد دیده شد که در آن‌ها به مبانی این موضوع پرداخته نشده و به اظهارنظری گذرا بسنده شده است. در مقاله حاضر سعی شده است با بررسی مبنایی موضوع به‌ویژه با توجه خاص به نظریه اعتبارات علامه طباطبائی، حکم موضوع روشن شود.

## ۱. مفهوم حقوق و قرارداد؛ اعتباری بودن

در خصوص اینکه گزاره‌های حقوقی امری اعتباری‌اند یا واقعی، اختلاف نظر وجود دارد. برخی معتقدند موجودات حقوقی واقعی‌اند نه اعتباری. محمدتقی مصباح یزدی بر این عقیده است که جملات حقوقی هر چند به صورت انشایی نیز قابل بیان‌اند، ولی در حقیقت از سنخ جملات خبری و واقع‌نما هستند و از واقعیات

نفس الامری حکایت می‌کنند، لذا از این جهت با جملات ریاضی و تجربی تفاوتی ندارند. (مصباح یزدی، ۱/۱۳۹۴، ۲۵۳-۲۵۰؛ همو، ۱۳۹۴: ۱۲۰)

این دیدگاه به صدرالمآلهین نیز نسبت داده شده است، زیرا در عقیده وی امر تکوینی (نظم حاکم بر هستی) و امر تشریحی هر دو «دین» هستند و از نظر ماهیت مشترک و منطبق بر یکدیگرند. (محقق داماد، ۱۳۹۴: ۸ و ۹)

مشابه این دیدگاه در نظرات برخی نویسندگان حقوقی نیز دیده می‌شود. به عقیده ایشان گزاره‌های حقوقی همچون فرمول‌های فیزیکی که روابط اشیا خارجی را بیان می‌کنند، مبین نحوه روابط واقعی بین طبقات و اجزای جامعه است، لذا علم حقوق نیز مانند فیزیک حقیقی است نه اعتباری. (صادقی نشاط، ۱۳۹۶: ۴۳)

در نقطه مقابل، اما دیدگاه دیگر بر اعتباری بودن گزاره‌های حقوقی تأکید دارد. (اصفهانی، ۲/۱۴۲۹: ۴۰؛ طباطبایی، ۱۳۸۷: ۱۴۵؛ شریعتی سبزواری، بی‌تا: ۲/۲۰۰؛ حیدری، ۱۴۳۴: ۱/۱۳۳؛ نبویان، ۱۳۹۹: ۲۲۲)

علامه طباطبایی را می‌توان از اولین کسانی دانست که در کتاب «اصول فلسفه رئالیسم» به صورت مفصل به بحث ادراکات اعتباری و تفکیک آن با ادراکات حقیقی پرداخته و به مباحث مربوط به اعتباری بودن برخی علوم، همچون حقوق غنای تازه بخشیده است. این ابتکار در اندیشه وی را منبعث از دیدگاه استادش محمدحسین اصفهانی دانسته‌اند. (آملی لاریجانی، ۱۳۸۴: ۸؛ فروغی، ۱۳۹۹: ۳۴؛ بنی‌اسد، ۱۳۹۵: ۵۰)

وی از نخستین کسانی است که در کتاب «نهایة الدراية» بحث اعتباریات را مورد بررسی قرار داده (اصفهانی، ۱۴۲۹: ۱/۳۱۷ و ۳۱۸) و در کتاب «حاشیه بر مکاسب» بر اعتباری بودن گزاره‌های حقوقی (از جمله ملکیت) تأکید کرده است. (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱/۱۷ به بعد)

آقا ضیاء عراقی نیز در کتاب «نهایة الأفكار» ذیل عنوان «حقیقت احکام وضعی و بیان جعلی یا انتزاعی بودن آن‌ها» به ذکر مباحثی در خصوص اقسام اعتباریات

پرداخته و گزاره‌های حقوقی را جزء یکی از اقسام اعتباریات می‌داند. (عراقی، ۱۴۱۷: ۸۸/۴)

بسیاری از فقهای معاصر در خلال بحث‌های مختلف به اعتباری بودن گزاره‌های فقهی و اصولی تصریح نموده‌اند. (امام خمینی، ۱۳۸۲: ۱/ ۱۷۵ و ۱۷۶؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۱/ ۳۵۱؛ طباطبایی، بی‌تا: ۱/ ۱۳۵ و ۱۳۶) بین حقوق‌دانان، دیدگاه غالب، اعتباری بودن گزاره‌های حقوقی است (اسماعیلی و مهاجری، ۱۳۹۵: ۳۰ و ۳۱؛ عالی‌پناه و فضلی، ۱۳۹۱: ۱۳؛ صدری، ۱۳۹۳: ۱۶۶) و در تحلیل بسیاری از مسائل حقوقی از استدلال به اعتباری بودن حقوق استفاده شده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۴۴؛ کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۱/ ۳۶۶؛ کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱/ ۱۵۹ و ۱۶۰؛ خالقی‌پور و همکاران، ۱۴۰۰: ۷۶)

در این اختلاف نظر باید با دیدگاه اخیر همراه شد. هدف علم حقوق تنظیم روابط بین اشخاص و تعیین حقوق و تکالیف آنان است تا بتوانند از این طریق نیازهای خود در جامعه را رفع نمایند. جهت رفع این احتیاجات، اشخاص با ادراک اعتباری خود فرض‌هایی را ساخته‌اند که جنبه قراردادی و اعتباری دارد و با واقع ارتباطی ندارد. به عنوان مثال، زمانی که قرارداد خریدی واقع می‌شود، در واقعیت فعل و انفعالی در مال موضوع قرارداد رخ نمی‌دهد، اما اشخاص جهت رفع نیاز خود به اموال متعلق به دیگران، این‌گونه اعتبار کرده‌اند که هر گاه طرفین قصد انتقال مال خود به دیگری را نمایند، این عمل مفید انتقال مال و اختصاص عوض هر طرف به طرف دیگر باشد و مالک حق هر گونه تصرفی در مال به دست آمده را داشته باشد. در واقع انسان‌ها جهت رفع نیاز خود از طریق اموالی که متعلق به دیگران است، سعی کرده‌اند عقود را اعتبار نمایند تا هر گاه طرفین آن عقود را قصد نمایند، به نتیجه اعتباری آن برسند. (طباطبایی، ۱۴۲۸: ۳۶۰) مؤید این امر تغییراتی است که در حقوق قراردادهای گذشته تا به امروز رخ داده است.

در جامعه سنتی گذشته که صرف شناسایی عقود معینی چون بیع، اجاره و... رافع احتیاجات مردم بود، حقوق قراردادهای محدود به شناسایی و تعیین مقررات این عقود شده بود، اما با گذشت زمان و رخ‌نمایی احتیاجات جدید و نیاز به اعتبار قراردادهای



نوین، حقوق قراردادها به سمت تعیین چهارچوب‌های اصلی و آزاد گذاشتن اشخاص در تعیین مفاد قرارداد، حرکت کرد.

سیر دیدگاه فقهای امامیه در عدم پذیرش شروط ابتدایی و عقود غیرمعین در گذشته و پذیرش آن توسط متأخرین در همین چهارچوب قابل تحلیل است. از همین رو، ادراکات اعتباری را مولود «اصل کوشش برای حیات» و تابع «اصل انطباق با احتیاجات» دانسته‌اند.<sup>۱</sup> انسان مطابق با اصل کوشش برای حیات و جهت رفع نیازهای خود اعتبارات حقوقی را می‌آفریند و هر گاه نیازهای جدید رخ نماید مطابق با اصل انطباق با احتیاجات، اعتبارات سابق را بازبینی کرده و در صورت لزوم به اعتبارات جدید دست می‌زند. همه چیز دایرمدار مصلحت اعتبارکننده است و از همین رو است که یگانه مقیاس عقلانی کاربردی در اعتباریات را لغویت و عدم لغویت اعتبار دانسته‌اند (طباطبایی، ۱۴۰۰: ۲ / پاورقی ۱۷۴) که در بخش‌های بعدی بیشتر از آن صحبت خواهیم کرد.

بنابراین، زمانی که از تأثیر قرارداد یا انحلال آن نسبت به گذشته صحبت می‌شود، نباید به این موضوع به عنوان یک امر واقعی که باعث دخل و تصرف در عالم خارج نسبت به گذشته می‌شود، نگرست، بلکه قرارداد یک امر اعتباری است و منظور از تأثیر آن در گذشته، تأثیری است که در عالم اعتبار و در ظرف ذهنی طرفین رخ می‌دهد و آثار قرارداد یا انحلال آن را از گذشته تا به امروز در روابط طرفین جاری می‌نماید.

## ۲. منظور از اعتباری بودن حقوق

اکنون که پذیرفتیم گزاره‌های حقوقی اعتباری هستند، لازم است منظور از اعتباری بودن گزاره‌های حقوقی روشن شود. اعتباری دارای معانی متعددی است (طباطبایی، ۱۳۸۸/۳: ۳۴۵-۳۵۸)، از جمله:

۱. اعتباری به عنوان صفت مفهوم و در مقابل مفهوم حقیقی (اعتباریات به معنای اعم)؛
۲. اعتباری در مقابل اصلی، مانند ماهیت در مقابل وجود؛



۳. اعتباری به معنای آنچه وجود مستقلی ندارد، در برابر آنچه وجود مستقلی دارد. اعتباری در این معنا مانند «اضافه» است که هستی آن وابسته به هستی دو طرف است، در برابر «جوهر» که وجودش قائم به خویش است؛

۴. آنچه به همراه نوعی تشبیه و مناسبت برای رسیدن به یک هدف عملی بر موضوعات حمل می‌شود، مانند اطلاق «رأس» بر علی از آن جهت که نسبتش با دیگران به مانند نسبت سر به بدن است؛ یعنی امور ایشان را تدبیر کرده و وظایف هر یک را تعیین می‌کند (اعتباریات به معنای اخص یا اعتباریات عملی).

منظور از اعتباری بودن گزاره‌های حقوقی همین معنای اخیر است. در این معنا، اعتباری آن معنای تصویری مانند مالکیت و زوجیت و یا تصدیقی، مانند «علی رئیس جمهور است» و «من مالک این کتاب هستم»، است که جز در ظرف عمل تحقق ندارد. (طباطبایی، ۱۳۸۷: ۱۵۱/۳ و ۱۵۲)

این معانی از طریق عمل اعتبار تحقق می‌یابند. علامه طباطبایی اعتبار را عملی فکری می‌داند به این معنا که «با عوامل احساسی، حد چیزی را به چیز دیگری بدسیم، به منظور ترتیب آثاری که ارتباط با عوامل احساسی خود دارند». (طباطبایی، ۱۳۸۷: ۱۱۶؛ طباطبایی، بی‌تا: ۱/ ۷۲؛ سیستانی، ۱۴۱۴: ۴۷)<sup>۲</sup>

ایشان با یک مثال، عمل اعتبار را این‌گونه تبیین می‌کند:

وقتی انسان خوردن را می‌خواهد، نسبت مزبوره را نخستین بار مستقیماً میان خود و میان کارهای تنها که دست، لبها، دهان و مری و معده و... هنگام تغذیه انجام می‌دهند، نمی‌گذارد، بلکه در حال گرسنگی به یاد سیری افتاده و نسبت ضرورت را میان خود و احساس سیری گذاشته و صورت احساسی درونی خود را می‌خواهد و خود را خواهان و او را خواسته می‌پندارد. پس در مورد خوردن فکری که قبل از همه چیز پیش انسان جلوه می‌کند این است که این خواسته خود را (سیری) باید به وجود آورم و چنانکه روشن است در این فکر نسبت «باید» از میان قوه فعاله و حرکتی که کار اوست برداشته شده و در میان انسان و سیری (خواهان و خواسته) گذاشته شده که خود یک اعتبار است و در

نتیجه، سبب صفت وجوب پیدا کرده و در حقیقت صفت وجوب و لزوم از آن حرکت مخصوص بود که کار و اثر قوه فعاله می‌باشد. در این میان ماده نیز که متعلق فعل است اعتباراً به صفت وجوب و لزوم متصف شده. (طباطبایی، ۱۳۸۷: ۱۲۱ و ۱۲۲)

شهید مطهری در تشریح منظور علامه در تعریف «اعتبار» کوشیده است. به عقیده وی انسان برای رسیدن به اهداف عملی خود در ظرف توهم خود چیز دیگری را مصداق یک مفهوم واقعی فرض می‌کند در حالی که آن مصداق جز در ظرف توهم آن شخص مصداق آن مفهوم نیست و در واقع این عمل ذهنی که نام آن را اعتبار گذاشته‌ایم نوعی تصرف و گسترشی است که ذهن بر اساس عوامل احساسی و دواعی حیاتی، در مفاهیم حقیقی می‌دهد. (طباطبایی، ۱۴۰۰: ۲ / پاورقی ۱۶۷)

بنابراین، در عمل اعتبار ما با استعاره از حقایق، حد آن حقایق را در ذهن به مصداقی می‌دهیم که در واقعیت مصداق آن نیست. به‌عنوان مثال، وقتی در نتیجه یکی از اسباب تملیک (مثلاً عقد) مالکیت را برای علی بر یک شیء (مثلاً خانه) اعتبار می‌کنیم، فرض می‌کنیم که علی مالک آن شیء است و می‌تواند هرگونه تصرفی در آن بکند، مانند مالک حقیقی که در ملک خویش این‌گونه است.

بنابراین، گزاره‌های حقوقی از جمله مالکیت جزء امور اعتباری‌اند؛ به این معنا که در خارج و به واقع شخص مالک حقیقی آن شیء نمی‌شود (مانند مالکیت انسان بر قوایش)، بلکه در ظرف ذهنی اعتبارکننده شخص مالک فرض شده و حق هرگونه تصرفی خواهد داشت. بنابراین، وقتی مثلاً می‌گوییم شخص «الف» حق مالکیت دارد منظور حق اعتباری (در مقابل حق تکوینی) مالکیت است، به این معنا که امتیازی را که صاحب حق (الف) به‌صورت تکوینی ندارد، قرارداد و فرض می‌کنیم که دارای آن باشد. (نبویان، ۱۳۹۳: ۱۶۱)

توافق بر تأثیر قرارداد یا انحلال آن نسبت به گذشته نیز به این معنا نیست که در خارج و عالم واقع اثری در گذشته ایجاد شود، بلکه منظور اعتبار ایجاد قرارداد در گذشته یا انحلال آن در گذشته است. به بیان دیگر، زمانی که اشخاص توافق بر تأثیر قرارداد در گذشته می‌کنند، قصد آنان دخل و تصرف در عالم خارج و ایجاد اثر در



گذشته به صورت واقعی نیست که نامعقول به نظر برسد، بلکه قصد آنان فرض و اعتبار وجود قرارداد از گذشته یا انحلال آن در گذشته است که در ظرف ذهنی طرفین قرارداد امکان وقوع دارد و محال نیست.

### ۳. تفاوت قواعد حاکم بر امور اعتباری با امور حقیقی

اکنون باید دید اعتباری بودن گزاره‌های حقوقی چه تأثیری در قواعد حاکم بر آن دارد و تفاوتی بین قواعد حاکم بر امور اعتباری با قواعد حاکم بر امور حقیقی وجود دارد یا خیر؟ اجمالاً باید گفت که بر اساس نظر علامه طباطبائی ادراکات و معانی اعتباری چون زائیده عوامل احساسی هستند ارتباط تولیدی با ادراکات و علوم حقیقی ندارند، از این رو برخی از تقسیمات معانی حقیقی مثل بدیهی، نظری، ضروری و محال و ممکن در مورد معانی اعتباری جاری نخواهد بود. (طباطبائی، ۱۳۸۷: ۱۱۶) تبیین جمله اخیر در پاسخ به سؤال مطروحه راهگشا خواهد بود، اما پیش از آن لازم است نظرات مطرح شده در پاسخ به سؤال پیش گفته مورد اشاره قرار گیرد. در این خصوص چند دیدگاه مطرح شده است:

۱. برخی تفاوتی بین قواعد حاکم بر امور حقیقی و امور اعتباری قائل نشده (خراسانی، ۱۴۰۹ق: ۹۲ الی ۹۴؛ بجنوردی، بی تا: ۲۸۵/۱ و ۲۸۶؛ ایروانی، ۲۰۰۷م: ۲/ ۲۷۹؛ حائری یزدی به نقل از: امام خمینی، ۱۴۱۵: ۱/ ۲۷۵ و ۲۷۶)<sup>۳</sup> و اعتقاد به تبعیت محض امور اعتباری از امور حقیقی دارند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸: ۴۴)<sup>۴</sup>

مطابق با این دیدگاه، قواعد حاکم بر امور حقیقی، مثل محال بودن تقدم معلول بر علت یا تقدم زمانی مشروط بر شرط عیناً بر امور اعتباری نیز حاکم است.

۲. به عقیده برخی اصل علیت به معنای تقدم رتبه‌ای و شأنی علت بر معلول چه در موجودات زمانی و چه موجودات خارج از ظرف زمان حاکم است، اما اینکه اصل علیت متضمن تقدم زمانی علت بر معلوم باشد معلوم نیست و اجزای علت تامه ممکن است متأخر از معلول باشند، مشابه با علت غایی که از معلول خود متأخر است. بنابراین اشکالی در شرط متأخر از حیث



زمان وجود ندارد، چرا که معیار علیت رتبه‌ای است که در شروط مذکور نیز وجود دارد. (بروجردی، ۱۴۱۵: ۱۶۳ و ۱۶۴)

۳. برخی اساساً بین قواعد حاکم بر امور حقیقی و امور اعتباری تفاوت قائل شده و بر این باورند که حوزه احکام شرعی - که از اعتباریات اند - متفاوت از حوزه علت و معلول فلسفی است و هیچ ارتباطی بین این دو حوزه نیست. موجودات اعتباری در بند اعتبار اعتبارکننده هستند و امرشان در وضع و رفع به دست وی است (امام خمینی، ۱۳۸۲: ۱ / ۱۶۳ الی ۱۷۲؛ همو، ۱۴۱۵: ۱ / ۲۷۶ و ۲۷۷؛ خویی، ۱۴۱۷: ۲ / ۳۰۶، ۳۰۹ و ۳۱۳؛ اصفهانی، ۱۴۲۹: ۲ / ۳۰۸ و ۳۰۹)<sup>۵</sup>

مطابق این دیدگاه محال بودن تفکیک بین علت و معلول مربوط به امور تکوینی است نه امور اعتباری (مکارم شیرازی، ۱ / ۱۴۲۸ ق: ۳۵) تقدم معلول بر علت یا تقدم مشروط بر شرط در امور اعتباری محال نیست (خمینی، ۱ / ۱۴۱۸ ق: ۲۰؛ محقق داماد، ۱ / ۱۳۹۸: ۱۵۵؛ امامی، ۳ / بی تا: ۶۰)؛ لذا شرط متأخر از جمله تنفیذ قرارداد فضولی و تأثیر آن در گذشته منعی ندارد. استفاده از قواعد حاکم بر امور حقیقی در تفسیر احکام از سوی برخی، توسط ایشان مورد انتقاد قرار گرفته است (طباطبایی، ۱۴۰۰: ۲ / ۱۷۳ و ۱۷۴؛ امام خمینی، ۱۴۱۸: ۱۹ و ۲۰؛ جناتی شاهرودی، بی تا: ۵۰۰) و آنان بر این عقیده‌اند که نباید گزاره‌های فقهی و حقوقی را با این روش تفسیر کرد.

دیدگاه اخیر منطبق با دیدگاه علامه طباطبایی است که ابتدا به آن اشاره شد. به عقیده ایشان ادراکات و معانی اعتباری ارتباط تولیدی با ادراکات و معانی حقیقی ندارند، از این رو برخی از تقسیمات معانی حقیقی مثل بدیهی، نظری، ضروری و محال و ممکن در مورد معانی اعتباری جاری نخواهد بود.<sup>۶</sup> منظور از ارتباط تولیدی استفاده از معلومات سابق جهت معلوم ساختن مجهولات است، یعنی زمانی که امر مجهولی برای ما وجود دارد با به کارگیری قوه تفکر و استفاده از معلومات سابق ارتباطی بین آن معلومات و مجهولات ذهنی به دست آورده و سعی می‌نماییم از این طریق به معلومات جدید برسیم.



اساس این جنبش فکری ذهن روابط واقعی محتویات ذهنی است و چون مفاهیم حقیقی در ذات خود باهم مرتبط هستند زمینه این فعالیت ذهنی بین آنان مهیا است و ذهن می‌تواند با تشکیل برهان و قیاس از برخی معلومات، معلومات جدید کشف نماید، اما در اعتباریات روابط موضوع و محمول همواره اعتباری و قراردادی است و هیچ مفهوم اعتباری با مفهوم حقیقی یا اعتباری دیگر رابطه واقعی ندارد، از این رو زمینه جنبش فکری در اعتباریات فراهم نیست و نمی‌توان با دلیلی که جزء آن را حقایق تشکیل می‌دهند (برهان) یک مدعای اعتباری را اثبات کرد و بالعکس. (طباطبائی، ۱۴۰۰: ۲/ پاورقی ۱۷۲)

بنابراین، آنچه در خصوص امور حقیقی محال (تقدم شیء بر نفس، ترجیح بلا مرجح، تقدم معلول بر علت و تقدم زمانی مشروط بر شرط) یا ضروری (انتفاء کل با انتفاء جزء، انتفاء مشروط با انتفاء شرط و انتفاء ممنوع با وجود مانع) یا نامعقول (جعل ماهیت و جعل مفاهیم انتزاعی از قبیل سببیت و مسببیت) است در اعتباریات می‌تواند ممکن، غیر ضروری و معقول باشد؛ به این معنا که در مورد حقایق می‌توان به اصول مذکور تمسک جست و نتیجه گرفت، اما در اعتباریات امکان تمسک به اصول مذکور وجود ندارد. (همان، پاورقی ۱۷۲ و ۱۷۳)

دیدگاه اخیر قابل پذیرش به نظر می‌رسد. بر هر تفکیکی باید اثری بار شود، اگر معتقد به تساوی قواعد حاکم بر امور واقعی و امور اعتباری باشیم، بر تفکیک امور به واقعی و اعتباری اثری مترتب نخواهد بود. به بیان دیگر، با پذیرش یکسان بودن قواعد حاکم بر امور واقعی و امور اعتباری به همان نتیجه‌ای می‌رسیم که قائلین بر حقیقی بودن گزاره‌های حقوقی رسیده‌اند. به عقیده آنان چون حقوق امری واقعی است، نمی‌توان در استدلال‌های حقوقی به بهانه آنکه حقوق اعتباری است از قواعد شناخت و منطق خارج شد و مثلاً معلول را مقدم بر علت یا مشروط را مقدم بر شرط قرار داد. (صادقی نشاط، ۱۳۹۶: ۴۷)

از طرف دیگر، گزاره‌های حقوقی هر چند دارای آثار خارجی‌اند، اما زاییده ذهن اشخاصی هستند که با تولید آن گزاره‌ها به دنبال رفع نیازهای خود در جامعه هستند. پذیرش روش‌های عقلی حاکم بر امور واقعی در تفسیر گزاره‌های حقوقی، حقوق را



از عمل‌گرایی دور کرده و وارد مباحث نظری پیچیده فلسفی می‌کند. این امر هر چند دارای فوایدی است و موجب ژرف‌اندیشی و گسترش عمق مباحث فقهی و حقوقی شده است، اما با هدف علم حقوق که تعیین حقوق و تکالیف و تنظیم روابط عملی مردم است مغایر بوده و چه بسیار مواردی که تفسیر فلسفی پدیده‌های حقوقی، نه تنها مصالح عملی اشخاص را تأمین نمی‌کند، بلکه حتی بر مشکلات می‌افزاید. به بیان دیگر، افراط در به کار گرفتن قواعد فلسفی و عقلی در استدلال‌های حقوقی موجبی از دقت‌های کاذب را در برداشته و انسان را از توجه و بررسی حیات اجتماعی آدمی بازداشته و حقوق را به صورت قالبی بی‌روح و غیرقابل تغییر و انعطاف در می‌آورد که نه تنها دردی از بشر درمان نمی‌کند، بلکه حتی موجب ایجاد برخی مشکلات عملی نیز می‌شود (قاسمی، ۱۳۷۷: ۲۲۷).

در نقطه مقابل، پذیرش دیدگاه سوم مزایای عملی قابل توجهی دارد و بسیاری از مشکلاتی را که حقوق‌دانان در تفسیر گزاره‌های حقوقی داشته‌اند (مثل تحلیل قرارداد معلق، اثر کشفی در قرارداد فضولی و...) رفع می‌نماید. (اسماعیلی و مهاجری، ۱۳۹۵: ۳۸ و ۳۹)

مضاف بر این، قانونگذار در موارد زیادی اعتباری بودن گزاره‌های حقوقی را پذیرفته و احکامی صادر کرده که ناشی از تفکیک بین قواعد حاکم بر امور اعتباری و امور حقیقی است، چنان که قبول اثر کشفی برای قرارداد فضولی، پذیرش صحت قرارداد معلق و... را می‌توان ناشی از نظر قانونگذار بر این تفکیک دانست.

بنابراین، قواعد حاکم بر امور اعتباری که برخاسته از ادراکات اعتباری هستند، متفاوت از قواعد حاکم بر امور حقیقی هستند. از این رو، زمانی که اشخاص توافق بر تأثیر قرارداد یا انحلال آن نسبت به گذشته می‌کنند، اقدام آنان مستلزم عمل محال نیست. در امور حقیقی است که تقدم زمانی علت بر معلول ضروری و تقدم زمانی معلول بر علت محال است، اما در قراردادها که امری اعتباری هستند، ایجاد اثر حقوقی در گذشته با محدودیت‌های عالم خارج مواجه نبوده، امری محال نیست و در ظرف ذهنی طرفین قرارداد قابل اعتبار است. در این صورت، سؤال بعدی که به ذهن می‌رسد این است که معیار سنجش اعتبارات اشخاص چیست و آیا هر اعتباری



در حوزه قراردادهای واقع شود معتبر است؟ به بیان دیگر، اگر روش تفسیر فلسفی گزاره‌های حقوقی را نپذیریم، روش قابل‌پذیرش در تفسیر گزاره‌های حقوقی چیست و بر چه مبنایی باید حکم به اعتبار یا عدم اعتبار یک گزاره حقوقی داد؟ در بند بعد به این سؤال پاسخ خواهیم داد و با روش پیشنهادی به نتیجه‌گیری در خصوص پذیرش یا عدم پذیرش امکان تأثیر قرارداد در گذشته با اراده اشخاص خواهیم پرداخت.

#### ۴. روش تفسیر گزاره‌های حقوقی

جعلی بودن روابط اعتباریات به این معنا نیست که در آن‌ها می‌توان به هر نحو استدلال کرد و تفکر در حوزه آن را دارای نوعی هرج و مرج علمی دانست، بلکه استدلال در آن قواعد خاص خود را دارد (ملایی، ۱۳۹۵: ۱۰۶). پیش از این مشخص شد که گزاره‌های حقوقی حاصل اعتبار معتبر هستند، در نتیجه در تفسیر گزاره‌های مذکور باید به خواست اعتبارکننده توجه نمود، چرا که موجودات اعتباری تابع اعتبار معتبر هستند، نه تابع نظام علت و معلوم طبیعی. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸: ۶۱/۱)

از طرف دیگر، گفته شد که مطابق با دیدگاه علامه طباطبائی، انسان جهت رفع نیازهای طبیعی خود دست به اعتبار می‌زند و در پس هر اعتبار، جذب منفعت یا دفع ضرری نهفته است. از این رو صحت اعتبار متوقف است بر ترتب اثر مطلوب بر آن. (طباطبائی، بی‌تا: ۱/ ۱۳۵ و ۱۳۶) بنابراین، جهت سنجش هر اعتبار باید توجه کرد که امر اعتبارشده مفید (و نه صادق) و دارای اثر مطلوب است یا غیر مفید (و نه کاذب) و فاقد اثر مطلوب. اگر یک اعتبار اهداف مصلحت‌آمیزی در بر داشته باشد مورد قبول است و اگر لغو و بی‌اثر باشد و به غایتی نیکو منتهی نگردد، مردود است. (طباطبائی، ۱۳۸۷: ۴۳۹ و ۴۴۰)

این همان معیار لغویت یا عدم لغویت است که شهید مطهری از آن به «یگانه مقیاس سیر و سلوک فکری در اعتباریات» تعبیر می‌کند. (طباطبائی، ۱۴۰۰: ۱/۲ پاورقی ۱۷۴) این لغویت یا عدم لغویت که می‌توان به آن مصلحت و مفسده<sup>۷</sup> نیز اطلاق کرد ابتدا برای هر انسان جنبه شخصی دارد و اعتبار هر شخص برای خود او



مفید است، اما زمانی که انسان قصد زندگی در جامعه را دارد با تعارض اعتبارات اشخاص حاضر در جامعه مواجه خواهد شد. در این مرحله و جهت حفظ زندگی اجتماعی چاره‌ای جز تبنی بر اعتبارات نیست. (عالی پناه و فضل‌ی، ۱۳۹۱: ۱۳)

جهت روشن شدن موضوع توضیحی لازم است؛ علامه طباطبایی اعتبارات را به دو دسته اعتبارات قبل از اجتماع و اعتبارات بعد از اجتماع تقسیم کرده است. اعتبارات قبل از اجتماع به وجود اجتماع بستگی ندارند و در فرض عدم وجود اجتماع نیز قابل اعتبارند مثل وجوب، حسن و قبح، انتخاب اخف و اسهل، اصل استخدام و اجتماع و اصل متابعت علم. (طباطبایی، ۱۳۸۷: ۱۴۴-۱۲۶) اعتبارات بعد از اجتماع بدون فرض اجتماع قابل تصور نیستند و در فرض عدم وجود اجتماع قابل اعتبار نخواهند بود، مثل اصل ملک، کلام، ریاست و مرئوسیت، امر و نهی و همچنین اعتبارات در مورد تساوی طرفین. (همان: ۱۵۴-۱۴۴) پیش از اجتماع هر شخص به دنبال مصالح فردی خود است و با اعتبارات قبل از اجتماع به رفع نیازهای خود اقدام می‌کند، اما همین‌که اشخاص تصمیم به زندگی جمعی گرفتند دنبال کردن جداگانه مصالح فردی از سوی هر شخص به تقابل وی با سایر اشخاص که دارای اعتبارات فردی خاص خود هستند منجر خواهد شد.

در این مرحله چاره‌ای جز تمسک به اعتبارات جمعی و تبنی بر آن نیست. این تبنی نیازمند ابزارهایی است از جمله زبان مشترک، تحدید ملکیت، ریاست و مرئوسیت و... که همان اعتبارات بعد از اجتماع هستند. این تبنی بر اعتبارات را می‌توان «بنای عقلا» نامید. بنابراین، حقوق که ناشی از تبنی جمعی عقلا و جزو اعتبارات بعد از اجتماع است، در واقع چیزی جز بنای عقلا نیست.

علامه طباطبایی نیز ذیل اصل ملک به عنوان یکی از اعتبارات بعد از اجتماع چنین تصریح می‌نماید: «در عین حال همه این‌گونه اختصاصات حقوق نامیده می‌شوند و تقریباً یا تحقیقاً در نظر اجتماع، مورد اختصاص فایده می‌باشد...». سپس این‌گونه مثال می‌زند:



در مرتبه تالی این اعتبار، به واسطه احتیاجی که هر یک از افراد به مواد متصرفی و ملکی غیر پیدا نموده‌اند اضطراراً اعتبار تبدیل پیش آمده، اگرچه انسان فرد این منظور را با غلبه و تهاجم انجام می‌داد. (همان: ۱۴۵ و ۱۴۶)

بنابراین، انسان جهت زندگی جمعی با تبانی با سایر انسان‌ها حقوق را اعتبار کرده است و از این رو حقوق چیزی جز تبانی عقلا نیست و از آنجا که هر امر اعتباری باید در چهارچوب اعتبار معتبر سنجیده شود، جهت سنجش لغویت یا عدم لغویت اعتبارات بعد از اجتماع (از جمله گزاره‌های حقوقی) باید به بنای عقلا رجوع کرد و آن اعتبار را تجویز یا رد نمود.

با این توضیح، روش تفسیر حقوق را باید روش عرفی، عقلایی دانست (طباطبائی، بی تا: ۱/ ۱۴ و ۱۵؛ امام خمینی، ۱/ ۱۳۸۲: ۱۶۷) و در هر مورد برای تجویز یا عدم تجویز یک امر حقوقی باید به عرف و بنای عقلا تمسک جست.<sup>۸</sup>

در این روش تسامح جاری است (همدانی، ۱۳۹۳: ۱۱۳)، البته منظور از تسامح عدم دقت نیست، بلکه منظور دوری جستن از دقت عقلی و برهانی است. (امام خمینی، ۱۳۸۱: ۲۱۸ و ۲۱۹) در این روش از دقت‌های فلسفی خبری نیست و دقت عرفی و توجه به بنای عقلا کافی است. از این رو در بررسی امتناع یا عدم امتناع مسائل حقوقی به عنوان گزاره‌های اعتباری، باید به وجود یا عدم وجود غرض عقلایی در آن توجه کرد. (مصطفی خمینی، ۱۴۱۸: ۲/ ۱۲۴) بنای عقلا خود یکی از ادله استنباط احکام شرعی است که فقها در استنباط احکام و قواعد فقهی از آن استفاده می‌کنند. علامه طباطبائی «عقلا» را کسانی می‌داند که با فطرت مشترک و با طبع خود به دنبال نفع و خیر بوده و از ضرر و شر دوری می‌کنند (طباطبائی، ۱۴۲۸: ۳۵۱) و مقصود از «بنای عقلا» این است که هرگاه امری مورد پذیرش عقلا و خردمندان باشد، مورد تأیید شارع مقدس که خود یکی از عقلا بلکه رئیس آن‌هاست، می‌باشد؛ البته اگر بنای عقلا از سوی شارع رد شود معتبر نخواهد بود.<sup>۹</sup> بر این مبنا، در خصوص اعتباریات نیز باید گفت اگر مصلحت مورد نظر اعتبارکننده را شارع مقدس مصلحت به شمار نیاورد، آن اعتبار به واسطه عدم مصلحت لغو خواهد



بود. (اصفهانى، ۱/ ۱۴۲۹: ۱۳۷) از این رو، هر گزاره حقوقی که دارای مصلحت و مورد تأیید عقلاً باشد صحیح است، مگر اینکه شارع آن اعتبار را نپذیرد.

بنابراین، برای تعیین وضعیت توافق اشخاص مبنی بر تأثیر قرارداد یا انحلال آن نسبت به گذشته، به جای تحلیل موضوع از نقطه نظر مباحث مطرح در فلسفه وجودشناسی که حاکم بر عالم واقعی است، باید این امر مورد توجه و بررسی قرار گیرد که آیا چنین توافقی دارای مصلحت و مورد تأیید عقلاً هست یا خیر، و اگر مورد تأیید عقلاً هست آیا مورد رد شارع (یا قانون‌گذار) قرار گرفته است یا خیر. این مهم در بند بعد مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

### ۵. تفسیر عرفی، عقلایی تأثیر قرارداد نسبت به گذشته

استفاده از تفسیر عقلایی به ویژه در حوزه قراردادها که احکام غالباً جنبه امضایی دارند تا تأسیسی، بیشتر محل توجه است، به نحوی که به عقیده برخی در احکام حوزه عقود و معاملات اصل اولی تبعیت از سنت عقلاست، مگر منع شرعی از آن سنت شده باشد، به خلاف احکام حوزه عبادات که از احکام مخترعه از سوی شارع است و در خصوص آن باید صرفاً از نصوص شرعی تبعیت کرد. (خویی، ۱۴۱۴: ۱/ ۹۹)

روش عرفی، عقلایی در تفسیر گزاره‌های فقهی و حقوقی مورد استفاده بسیاری از علما و نویسندگان قرار گرفته است و در استنباط بسیاری از احکام از جمله احکامی که مصداق تقدم معلول بر علت یا مشروط بر شرط است، به این روش تفسیری تمسک جسته‌اند.

امام خمینی علیه السلام در بحث «شرط متأخر» در اصول فقه که ذیل آن از تنفیذ قرارداد فضولی نیز بحث می‌شود، اشکالات وارده به نظریه اثر کشفی تنفیذ را چنین پاسخ داده‌اند: «موضوع احکام و شرایط آن عرفی است نه عقلی، و عرف امکان تمیید به امر متأخر را به مانند امر مقارن می‌پذیرد، هرچند که عقل و برهان مغایر آن حکم نمایند». (امام خمینی، ۱۴۱۵: ۱/ ۳۴۳؛ همو، ۱۴۱۸: ۲/ ۲۰؛ همو، ۱۳۸۲: ۱/ ۱۶۹)





شارح احکام را به زبان، نظر و فهم اهل عرف بیان می‌کند؛ اشکال عرفی و عقلایی در شرط متأخر وجود ندارد و در صحت بیع فضولی وجود مصلحت نظامیه مطابق با نظام عقلا در زندگی و معاملاتشان کفایت می‌کند. (امام خمینی، ۱۴۱۸: ۲۰/۲)

همچنین ایشان دیدگاه دیگران در خصوص امتناع عقلی نظریه کشف را با تفسیر عقلایی رد می‌نمایند. (امام خمینی، ۱۴۲۱: ۲/۲۱۷-۲۱۳) مرحوم خویی نیز کشف حقیقی در قرارداد فضولی را طبق ارتکاز عرفی و عقلایی و در نتیجه مطابق قاعده دانسته‌اند که حتی نیاز به دلیل خاص ندارد. (خویی، ۱۴۱۷: ۲/۳۱۷)

سید محمدکاظم یزدی اقاله به صورت کشف حکمی را به نحوی که قرارداد را از ابتدا کأن لم یکن سازد، جایز دانسته و در پاسخ به این سؤال که آیا اقاله از اول قرارداد مانند کأن لم یکن شدن قرارداد از زمان اول قرارداد مجاز است یا خیر، چنین پاسخ داده است: «بر مبنای معقول بودن کشف حکمی در اجازه، جواز آن بعید نیست». (یزدی، ۱۴۱۵: ۱۹۴)

ناصر کاتوزیان توافق طرفین بر انتقال مالکیت در پیش از قرارداد را با این بیان پذیرفته است: «ذهن ساده عرف، اگر خود را از بندهای فلسفی برهاند، این‌گونه تراضی را می‌پذیرد و آن را محال نمی‌شمرد». (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱/۱۶۰) جعفری لنگرودی نیز با پذیرش امکان رضا به ماضی، بر این باور است که:

رضای عاقد می‌تواند موجب تأثیر آثار حقوقی از زمانی مقدم بر تاریخ عقد باشد. این امر از نظر نظام طبیعی علت و معلول، معقول نیست، ولی در عالم وجود اعتباری، حدوث هر موجود اعتباری، تابع طرز اعتبار معتبر است... نتیجه صحت تأثیر رضا در گذشته این است که بگوییم اجازه عقد فضولی (در عقود مالی معوض) اجازه ناقله از تاریخ وقوع عقد است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸: ۱/۶۸)

بنابراین، باید پذیرفت که بر اساس ارتکاز عرفی و بنای عقلا در گزاره‌های حقوقی تقدم معلول بر علت یا مشروط بر شرط دور از ذهن نیست و قابل پذیرش است. به بیان دیگر، هر چند تقدم معلول بر علت یا مشروط بر شرط در دنیای مادی و واقعی



محال است، اما این امر در حوزه علم حقوق و فقه که محل اعتبار و فرض جاعل است با اشکالی مواجه نیست. یکی از مصادیقی که تحت عنوان تقدم معلول بر علت مطرح شده است، قائل شدن اثر قهقرایی در حوزه قرارداهاست؛ به عنوان مثال، با وجود اینکه یک قرارداد در یک زمان خاص واقع شده و یا تکمیل شده است می‌توان اثر مترتب بر آن قرارداد را به زمانی قبل از زمان وقوع قرارداد و یا تکمیل قرارداد تعمیم داد. این امر، با اشکال عرفی و عقلایی مواجه نیست و نه تنها تصریحی بر عدم صحت آن در منابع فقهی و مواد قانونی دیده نمی‌شود (عدم رد شارع)، بلکه حتی مصادیقی از تأثیر قرارداد در گذشته (از جمله در قرارداد فضولی) دیده می‌شود. در اغلب نظام‌های حقوقی دنیا نیز حقوق دانان تأثیر قرارداد در گذشته را قابل تصور دانسته و پذیرفته‌اند و در قوانین برخی کشورها در مصادیقی به این امر تصریح شده است. به عنوان نمونه، در بند ۶ ماده ۱۳۰۴ قانون مدنی فرانسه (اصلاحی سال ۲۰۱۶) چنین آمده است:

تعهد از زمان تحقق شرط تعلیقی منجز می‌شود. با این حال، طرفین می‌توانند پیش‌بینی نمایند که تحقق شرط تعلیقی اثر قهقرایی از زمان انعقاد قرارداد داشته باشد....

این ماده اثر تحقق معلق علیه را نسبت به آینده دانسته است، اما به طرفین این اختیار را داده تا با توافق یکدیگر اثر آن را به گذشته تعمیم دهند. در ماده ۱۱۷۹ قانون مدنی فرانسه پیش از اصلاحات نیز اثر قهقرایی برای وقوع شرط تعلیقی به عنوان اصل در نظر گرفته شده بود و نیازی به تصریح طرفین نداشت.

مطابق با این ماده شرط تحقق‌یافته دارای اثر از روزی است که عقد واقع شده است. (Weill, 1971, 851; Baudry Lacantinerie & Barde, 1905, 37; Laurent, 1902, 14)

در تحلیل مبنای ماده اخیر برخی بر این نظرند که اثر شرط تحقق‌یافته نسبت به گذشته یک فرض قانونی است که با احترام به «اراده طرفین قرارداد» تحمیل شده است. آن‌ها می‌خواستند همه چیز طوری رقم بخورد که گویی اتفاقی که آن‌ها پیش‌بینی کرده بودند در همان لحظه قرارداد رخ داده است. (Weill, 1971, 853)



بنابراین، در حقوق فرانسه قابلیت تعیین زمان تأثیر قرارداد معلق، با اراده طرفین قرارداد به رسمیت شناخته شده است. در ماده ۲۷۰ قانون مدنی مصر نیز چنین مقرر شده است: «زمانی که شرط محقق شد اثر آن از زمان شکل‌گیری تعهد جاری خواهد بود...».

مبنای پذیرش چنین اثری از سوی قانونگذار مصری، اجابت «قصد محتمل طرفین» دانسته شده است. (سنهوری، بی تا: ۶۰ / ۱) در واقع قانونگذار مصری بر مبنای قصد مشترک طرفین در غالب موارد، اصل را بر اثر قهقرایی در عقد معلق گذاشته است، اما در ادامه همان ماده امکان پیش‌بینی عدم اثر قهقرایی را برای متعاقدين پذیرفته است. علاوه بر تأثیر نسبت به گذشته در مرحله انعقاد قرارداد، تأثیر نسبت به گذشته در مرحله انحلال قرارداد نیز در بسیاری از نظام‌های حقوقی دنیا پذیرفته شده است.

در حقوق فرانسه دیدگاه غالب بر این است که فسخ قرارداد اثر قهقرایی نسبت به گذشته دارد. (Mazeaud & Henri, 1997: 2/ 656-658) به موجب بند ۱ ماده ۳۴۶ قانون مدنی آلمان، در صورت فسخ قرارداد قاعده کلی این است که طرفین موظف‌اند هر چیزی را که قبلاً از طرف دیگر دریافت کرده‌اند، به گونه‌ای بازگردانند. همچنین، طرفین باید هر گونه منافی را که ممکن است از اجرای قرارداد در این مدت به دست آورده باشند، تحویل دهند. (Markesinis, Unberath & Johnston, 2006: 419-420)

از برخی مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (CISG) مصوب ۱۹۸۰ از جمله بند ۲ ماده ۸۱ و ماده ۸۴، اثر قهقرایی فسخ به ذهن متبادر می‌شود. به موجب بند ۲ ماده ۸۱ کنوانسیون مذکور طرفی که قرارداد را به طور کامل یا جزئی اجرا کرده است، می‌تواند هر آنچه را که طبق قرارداد عرضه کرده یا پرداخت کرده است، از طرف دیگر استرداد کند.

در ماده ۸۴ کنوانسیون تکلیف هر طرف قرارداد به پرداخت بهره ثمن یا استرداد منافع یا پرداخت ارزش منافع به طرف دیگر پیش‌بینی شده است. پیش از کنوانسیون مذکور، در بند ۲ ماده ۷۸ و ماده ۸۱ کنوانسیون مربوط به قانون یکنواخت در مورد



بیع بین‌المللی کالا (ULIS) مصوب ۱۹۶۴ نیز مقررات مشابه آمده است و کنوانسیون اخیر را منشأ احکام مذکور در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ در خصوص تأثیر فسخ نسبت به گذشته دانسته‌اند. (Schwenzer & Fountoulakis, 2007: 583)

در نهایت و بنا بر مطالب طرح‌شده، در خصوص وضعیت توافق اشخاص بر تعمیم اثر قرارداد یا انحلال آن نسبت به گذشته، در پرتو نظریه اعتبارات علامه طباطبایی این نظریه قابل ارائه است: در صورت توافق اشخاص بر تأثیر قرارداد یا انحلال آن نسبت به گذشته، این توافق مستلزم امر محال نیست و از آنجا که دارای مصلحت و مورد قبول عقلا است و از سوی شارع نیز رد نشده است، توافق مذکور صحیح و معتبر است. نتایج حاصل از بررسی تطبیقی موضوع در سایر نظام‌های حقوقی دنیا نیز مؤید این نظریه است.

### نتیجه:

از نوشتار حاضر نتایجی به شرح زیر قابل استخراج است:

۱. گزاره‌های حقوقی اعتباری هستند؛ به این معنا که انسان جهت رفع احتیاجات خود در روابط با دیگران با ادراک اعتباری فرض‌هایی را ساخته است که جنبه قراردادی و اعتباری دارد. به‌عنوان نمونه، وقتی قرارداد خریدی واقع می‌شود، در واقعیت فعل و انفعالی در مال موضوع قرارداد رخ نمی‌دهد، اما اشخاص جهت رفع نیاز خویش به اموال متعلق به دیگران، این‌گونه اعتبار کرده‌اند که هرگاه طرفین قصد انتقال مال به دیگری را نمایند، این عمل مفید انتقال مال و اختصاص عوض هر طرف به طرف دیگر باشد.

۲. از آنجا که جنس امور اعتباری با امور حقیقی متفاوت است، رابطه تولیدی بین این دو دسته از امور برقرار نیست و قواعد حاکم بر امور اعتباری غیر از قواعد حاکم بر امور حقیقی است. هرچند در دنیای واقعی تقدم معلول بر علت و تقدم زمانی مشروط بر شرط محال است، اما در عالم اعتبار این امر می‌تواند ممکن باشد



و بستگی به خواست معتبر دارد. بنابراین، امکان تأثیر قرارداد به گذشته (تقدم معلول بر علت) در اعتباریات محال نیست.

۳. روش تفسیر حقوق استفاده از برهان نیست، بلکه گزاره‌های حقوقی باید با روش عرفی، عقلایی تفسیر شوند و در هر مورد برای سنجش یک گزاره حقوقی باید به عرف و بنای عقلا تمسک جست؛ البته اگر بنای عقلا مورد رد شارع قرار گرفته باشد و این امر احراز شود، بنای عقلا معتبر نخواهد بود. در مسئله تأثیر قرارداد در گذشته، از طرفی بر اساس ارتکاز عرفی و بنای عقلا تقدم معلول بر علت در امور حقوقی دور از ذهن نیست و در صورت وجود مصلحت قابل پذیرش است. از طرف دیگر، رد شارع بر این بنای عقلا احراز نشده است و مستندی نیست که نشان دهد شارع یا قانونگذار این بنای عقلا را رد کرده باشد. بنابراین، تأثیر قرارداد به گذشته قابل پذیرش است. نتایج حاصل از بررسی تطبیقی موضوع در سایر نظام‌های حقوقی دنیا از جمله فرانسه، آلمان و مصر نیز مؤید این برداشت است.

## منابع و مأخذ:

### قرآن کریم

اسماعیلی، محسن و علی مهاجری (۱۳۹۵)، «ماهیت و الگوی تعریف در مفاهیم حقوقی»، دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق اسلامی، س ۱۷، ش ۴۳، ص: ۴۳-۲۷.

اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸)، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۱، قم: أنوار الهدی.

اصفهانی، محمدحسین (۱۴۲۹)، نه‌ایة الدرایة فی شرح الکفایة، ج ۲، بیروت: مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.

امامی، سید حسن (بی تا)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامیه.

ایروانی، باقر (۲۰۰۷م)، الحلقة الثالثة فی اسلوبها الثاني، تهران: قلم.

آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۹ق)، کفایة الأصول، قم: مؤسسه آل البيت.

بجنوردی، حسن (بی تا)، منتهی الأصول، ج ۲، قم: کتابفروشی بصیرتی.



جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۳)، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل: تئوری موازنه، چ ۲، تهران: گنج دانش.

\_\_\_\_\_ (۱۳۹۸)، تأثیر اراده در حقوق مدنی، چ ۴، تهران: گنج دانش.

\_\_\_\_\_ (۱۳۹۸)، فلسفه حقوق مدنی، چ ۴، تهران: گنج دانش.

جناتی شاهرودی، محمدابراهیم (بی تا)، ادوار فقه و کیفیت بیان آن، [بی جا]: [بی نا].

— حیدری، سید کمال (۱۴۳۴)، العلة و المعلول، بیروت: موسسه الهدی للطباعة و النشر.

— خالقی پور، نرگس، شهابی مهدی و علیرضا فصیحی زاده (۱۴۰۰)، «تحلیل چگونگی تأثیرپذیری اعتبار قراردادی از واقعیت؛ تأملی بر نوع ارتباط اعتبار و واقعیت تجربی - اجتماعی در حقوق»، دو فصلنامه پژوهشنامه حقوق اسلامی، س ۲۲، ش ۵۳، ص: ۷۳-۹۰.

— خمینی، سید مصطفی موسوی (۱۴۱۸)، کتاب البیع، چ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.

— خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷)، محاضرات فی أصول الفقه، چ ۴، قم: دارالهادی للمطبوعات.

— خویی، سید محمدتقی موسوی (۱۴۱۴)، الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود، چ ۱، بیروت: دار المؤرخ العربی.

— سنهوری، عبدالرزاق (بی تا)، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

— سیستانی، سید علی حسینی (۱۴۱۴)، الرافد فی علم الأصول، قم: لیتوگرافی حمید.

— شرعی، الهام، علیرضا یزدانیان و محمدهادی مهدوی (بهار ۱۳۹۸)، «مطالعه تحلیلی اثر قهقرایی پایان تعلیق در فقه امامیه و حقوق ایران و فرانسه»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، س ۶، ش ۱، ص ۱۶۹-۱۹۸.

— شریعتی سبزواری، محمدباقر (بی تا)، تحریری بر اصول فلسفه و روش رئالیسم، چ ۱، [بی جا]: [بی نا].



- صادقی نشاط، امیر(بهار ۱۳۹۶)، «حقوق؛ واقعیت یا اعتبار(ماهیت حقوق)»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۷، ش ۱، ص: ۴۸-۳۷.
- صدری، سید محمد(۱۳۹۳)، «تحلیل رابطه علیت و آثار آن در ماهیت اعتباری افعال حقوقی»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، س ۶، ش ۱۱، ص ۱۶۱-۱۹۰.
- طباطبایی بروجردی، سید حسین(۱۴۱۵)، *نهایة الأصول*، تهران: نشر تفکر.
- طباطبایی، سید محمدحسین(۱۴۱۴)، *بداية الحكمة*، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- \_\_\_\_\_(۱۴۱۶)، *نهایة الحكمة*، ج ۱۲، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- \_\_\_\_\_(۱۴۲۸)، *مجموعه رسائل العلامة الطباطبائی: رساله اعتبارات*، قم: انتشارات باقیات.
- \_\_\_\_\_(بی تا)، *حاشیة الكفایة*، قم: بنیاد علمی و فکری علامه طباطبائی.
- \_\_\_\_\_(۱۳۸۷)، *اصول فلسفه رئالیسم*، ج ۲، قم: بوستان کتاب قم.
- \_\_\_\_\_(۱۳۸۷)، *نهایة الحكمة*، با ترجمه و شرح علی شیروانی، ج ۲، قم: بوستان کتاب قم.
- \_\_\_\_\_(۱۳۸۷)، *نهایت فلسفه(ترجمه نهایة الحكمة)*، با ترجمه مهدی تدین، قم: بوستان کتاب قم.
- \_\_\_\_\_(۱۳۸۸)، *بداية الحكمة*، با ترجمه و شرح علی شیروانی، ج ۱۱، قم: بوستان کتاب قم.
- \_\_\_\_\_(۱۴۰۰)، *اصول فلسفه و روش رئالیسم*، با مقدمه و پاورقی مرتضی مطهری، ج ۳۱، تهران: انتشارات صدرا.
- عالی پناه، علیرضا و عزیزالله فضلی(۱۳۹۱)، «چیستی حقوق و چگونگی رابطه آن با فرهنگ»، *دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق اسلامی*، س ۱۳، ش ۱، ص: ۳۸-۵.
- عراقی، ضیاءالدین(۱۴۱۷)، *نهایة الأفكار*، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی.



- فروغی، روح‌الله (۱۳۹۹)، «احکام اعتباریات از دیدگاه محقق اصفهانی»، فصلنامه پژوهش‌های اصولی، س ۷، ش ۲۵، ص: ۳۳-۴۶.
- قاسمی، محسن (۱۳۷۷)، انتقال مالکیت در بیع در حقوق ایران و مقایسه آن با حقوق فرانسه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق علیه السلام.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱)، عقود معین، ج ۱، چ ۱۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۰۰)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، چ ۵، تهران: گنج دانش.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۴)، «نظم هستی و بایستی؛ کتاب تکوین و کتاب تدوین»، فصلنامه خردنامه صدرا، س ۲۰، ش ۸۰، ص: ۱۰-۱.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۸)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چ ۵، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۹۴)، آموزش فلسفه، چ ۴، تهران: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی ۹.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۴)، فلسفه اخلاق، چ ۳، تهران: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی علیه السلام.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸)، انوار الأصول، چ ۲، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- ملایی، رضا (۱۳۹۵)، «روش‌شناسی ادراکات اعتباری»، دوفصلنامه حکمت اسراء، س ۸، ش ۱ (پیاپی ۲۷)، ص: ۹۷-۱۲۳.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۷)، «هستی اعتباری از دیدگاه صدرالمتألهین»، فصلنامه خردنامه صدرا، س ۲۴، ش ۹۴، ص: ۷۵-۸۶.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۳۸۲)، تهذیب الأصول، قم: دارالفکر.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۱۵)، انوار الهدایة فی التعلیقة علی الکفایا، چاپ دوم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۵)، مناہج الوصول إلى علم الأصول، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۸)، الاجتهاد و التقلید، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.





- (۱۴۱۸). تنقیح الأصول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- (۱۳۸۱). الاستصحاب، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- (۱۴۲۱). کتاب البیع، ج ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- نبویان، سید محمود (۱۳۹۳)، «معنا و لوازم حق تکوینی و حق اعتباری»، فصلنامه آیین حکمت، س ۶، ش ۲۱، ص: ۱۵۲-۱۸۳.
- نبویان، سید محمود و سید محمد مهدی نبویان (۱۳۹۹)، «واکاوی منشأ حق های اعتباری در فقه و حقوق»، مبانی فقهی حقوق اسلامی، س ۱۳، ش ۲۶، ص: ۲۳۸-۲۱۹.
- همدانی، مصطفی (۱۳۹۳)، «تبیین دیدگاه های انتقادی امام خمینی در استفاده از روش فلسفی در علم اصول»، کاوشی نو در فقه، س ۲۱، ش ۴، ص: ۱۱۱-۱۳۹.
- یزدی، سید محمد کاظم طباطبائی (۱۴۱۵). سؤال و جواب، ج ۱، تهران: مرکز نشر العلوم الإسلامی.
- Baudry-Lacantinerie, Gabriel, Barde, Louis-Joseph (1905), De Droit Civil: Des Obligations, tome 2, Paris : Larose et Tenin.
- Laurent, François (1902), Supplément aux Principes de droit civil, tome 5, Paris : Marescq.
- Markesinis, Basil, Unberath, Hannes, Johnston, Angus (2006), The German Law of Contract, Published in North America (US and Canada) by Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, Second Edition.
- Mazeaud, Leon, Henri, Jean (1997), Lecons de droit civil, tome 2, 8e edition, Paris.
- Schwenzen, Ingeborg, Fountoulakis, Christiana (2007), International Sales Law, published by Routledge-Cavendish 2 Park Square, Milton Park, Abingdon, Oxon OX14 4RN.
- Weill, Alex, (1971), Droit Civil Les Obligation, Dalloz.



## یادداشت‌ها:

۱. منظور از «اصل کوشش برای حیات» این است که موجود زنده در یک کوشش دائمی به طرف جلب منفعت و فرار از زیان است. هر کوشش و فعالیتی که از او سر می‌زند هدفی دارد که یا جلب منفعت است و یا دفع ضرر. همچنین منظور از «اصل انطباق با احتیاجات» این است که موجود زنده در کوششی که برای حیات دارد ناچار است خود را به نحوی مجهز کند که بتواند در محیطی که هست به حیات خود ادامه دهد و از آنجا که عوامل محیطی همیشه یکسان نیست، این تفاوت‌ها موجب تفاوت احتیاجات حیاتی موجودات زنده و تغییر آن احتیاجات در زمان‌های مختلف می‌شود. (طباطبایی، ۱۴۰۰: ۱۴۶/۲)
۲. برخی اعتبار را چنین تعریف کرده‌اند: «درک عقلانی حد یک شیء و اعطای آن به شیء دیگر با استفاده از قوه واهمه برای رفع نیازهای اجتماعی انسان». (جمال‌پور و آقاپور بیشک، ۱۳۹۱: ۴۵)
۳. بر اساس دیدگاه صدرالمآلهین مبنی بر تشکیکی بودن اقسام هستی، برخی اقسام هستی اعتباری (از جمله اعتباریات حقوقی) به عنوان یکی از اقسام هستی، از مراتب هستی حقیقی بوده و رقیقه آن به حساب می‌آیند و دارای بهره‌ای از واقعیت خارجی هستند، لذا برهان‌پذیر خواهند بود. (ملایی، ۱۳۹۷: ۷۷، ۸۵ و ۸۶)
۴. البته ایشان سپس از دیدگاه خود عدول کرده‌اند.
۵. علاوه بر وضع و رفع، کیفیت و شرایط امر اعتباری نیز کاملاً وابسته به نظر معتبر است. (نویان، ۱۳۹۳: ۱۶۷)
۶. این دیدگاه فلسفی علامه در روش تفسیر ایشان در اصول فقه نیز تأثیر گذاشته و در حاشیه خود بر کتاب کفایة الاصول بارها بر عدم جریان آثار حقائق در اعتباریات تأکید کرده‌اند. (طباطبایی، بی‌تا: ۱۳۵/۱ و ۱۳۶)
۷. مصلحت است که معتبر را به سمت اعتبار می‌برد. (اصفهانی، ۱۴۲۹: ۱/۴۶ و ۱۳۱)
۸. از دید علامه طباطبایی قیاس معمول در اعتباریات از نوع جدلی است که از مشهورات و مسلمات شکل گرفته است. (طباطبایی، ۱۴۱۶: ۲۵۹) در دیدگاه منطقیون مشهورات به دو دسته به معنی اعم و به معنی الاخص تقسیم می‌شوند و دسته اخیر مشهوراتی هستند که مطابق آرای عقلا باشند و با جعل و اعتبار عقلا به وجود آیند (بنای عقلا). مسلمات گزاره‌هایی هستند که نتیجه توافق و تسالم دو طرف یا بیشتر می‌باشند و به دو دسته مسلمات عام و مسلمات خاص تقسیم می‌شوند که به ترتیب محصول قبول عموم مردم یا بخش خاصی از آن‌ها می‌باشند (عرف). بنابراین، گزاره‌های اعتباری می‌توانند گونه‌ای از مشهورات یا مسلمات باشند، چرا که اعتبارات ناشی از جعل هستند و جعل چیزی جز قبول و پذیرش آن گزاره‌ها نیست. (ملایی، ۱۳۹۵: ۱۱۵ و ۱۱۶)
۹. بنابراین، احراز تأیید شارع در هر مورد لازم نیست، بلکه عدم احراز رد کفایت می‌کند و تأیید شارع مفروض است. (طباطبایی، بی‌تا: ۱/۱۴ و ۱۵؛ امام خمینی، ۱۴۱۵: ۱/۳۱۵)

## متون فقه بیع از منظر مبانی معناشناسی و

### کاربردشناسی\*

داوود سعیدی\*\*

طاهر علی محمدی (نویسنده مسئول)\*\*\*

کریم کوخایی زاده\*\*\*\*

طاهره افشار\*\*\*\*\*

### چکیده

«بیع» از مهم‌ترین قراردادهای حوزه فقه و حقوق مدنی ایران شناخته می‌شود. قوانین و مقررات این قرارداد با توجه به سابقه طولانی آن در سیستم حقوقی اسلام، ریشه در مبانی فقهی آنان دارد. فقیهان به عنوان زبان‌شناسانی متبحر از دیرباز، برخی اصول معناشناختی و کاربردشناختی را در قالب مبانی استنباط احکام فقهی برای کشف معانی مقصود شارع و هم صاحب‌نظران عرصه فقاہت، آگاهانه یا ناآگاهانه به کار بسته‌اند. نگارندگان در نوشتار حاضر به روش توصیفی - تحلیلی درصدد تبیین اصول «معناشناختی» و «کاربردشناختی» در بیع به عنوان نمونه‌ای شاخص از متون فقه و به اصطلاح جامعه نمونه در میان انواع متن‌های دینی برآمده‌اند. به نظر می‌رسد برخی از اصول معناشناختی به انضمام قواعد کاربردشناسی همچون تفسیر موضوعی و بینامتنیت در تشخیص معنای صحیح و مورد نظر شارع یا مقصود فقیهان، به کار گرفته شده‌اند. کشف معنا به وسیله زدودن ابهامات واژگانی، گروهی و ساختاری از

\* تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۰۶/۱۲ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۱/۱۱/۰۳ - نوع مقاله: علمی، پژوهشی.

\*\* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران (d.saeedi@yahoo.com).

\*\*\* دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران (t.alimohamadi@ilam.ac.ir).

\*\*\*\* گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران (k.kokhaizadeh@ilam.ac.ir).

\*\*\*\*\* استادیار گروه زبان و ادبیات انگلیسی دانشگاه ایلام، ایلام، ایران (t.afshar@ilam.ac.ir).



طریق تمسک به برداشت‌های قطعی، بافت درون‌زبانی، اصل تفسیر موضعی، معناشناسی جهان ممکن، بینامتنیت در قالب یک نظریه و به شکلی منسجم هر خلاف برخی ضوابط مطرح در اصول فقه، از اهم این اصول و قواعد زبانی، به شمار می‌روند.

**کلید واژه‌ها:** بیع، برداشت قطعی، بافت، تفسیر موضعی، جهان ممکن، بینامتنیت.

## مقدمه

فهم دقیق معنا در مبانی استنباط احکام از جایگاه عالی برخوردار است. تمامی مباحث مطرح در استنباط احکام بازگشت به همین فهم معنا، مراد و مقصود متکلم، خاصه معصومان علیهم‌السلام دارد. یکی از بخش‌های مهم کتب فقهی، «بیع» است که نقش مؤثری در تنظیم روابط مالی و اقتصادی جوامع امروزی بازی می‌کند.

فقیهانی نامدار، برای استنباط احکام، شیوه‌هایی را هم برای فهم مقصود آیات و روایات مرتبط با موضوع و هم برای کشف مراد فقیهان صاحب‌نظر در آن عرصه‌ها به کار بسته‌اند. بیع که از مهم‌ترین و بنیادی‌ترین قراردادهای حوزه نظام حقوق مدنی ایران و نظام‌های حقوقی دنیاست، در حقوق ایران ریشه در مبانی فقهی دارد. شرایط این عقد، از ابتدای شکل‌گیری تا انتها، در اکثر کتاب‌های فقهی متقدم و متأخر مورد بحث و بررسی واقع شده است؛ این اهمیت تا جایی است که برخی از کتب فقهی متأخر، صرفاً به مسئله بیع، نظر داشته‌اند.

از وجه تسمیه کتاب‌های این حوزه همچون «کتاب بیع» امام خمینی، «بیع» سید مصطفی خمینی، «انوار الفقاهه»، «کتاب البیع» شیخ حسن بن جعفر کاشف الغطا، «کتاب البیع» آیت الله حجت کوه کمری و... نیز اهمیت آن به روشنی قابل استفاده است.

یکی از مباحث ویژه کتاب ارزشمند «مکاسب» شیخ انصاری نیز اختصاص به بیع دارد. با این اوصاف می‌توان پرسید که صاحب‌نظران عرصه فقه در متون فقه، برای کشف و استنباط معانی از چه شیوه‌ها و روش‌هایی در حوزه معناشناسی و کاربردشناسی زبان استفاده برده‌اند.



هر چند تبیین این اصول و ضوابط اختصاصی هم به موضوع بیع نداشته و در تمامی ابواب فقهی جریان دارد، لیکن بیع از باب نمونه شاخصی در متون فقه برای ارزیابی و تبیین این کاربردها و چارچوبه‌های زبان‌شناختی از سوی نویسندگان انتخاب شده است.

از مقدمات گفته شده، هدف، ضرورت و اهمیت طرح چنین موضوعاتی به خوبی احساس می‌گردد. از اهداف دیگر مطالعه تطبیقی در بیع، همانند دیگر مطالعات تطبیقی، سنجش ابعاد متنوع موضوع، وجوه اشتراک و افتراق آن و هم نقاط قوت و ضعف دیدگاه‌هاست.

ضرورت و نوآوری چنین مباحثی با توجه به بررسی ماهیت زبان‌شناختی قرارداد بیع در عرصه‌های حقوقی و مالی آشکارتر می‌گردد. آنچه ضرورت بحث را افزون می‌نماید، با قطع نظر از آنکه در زمینه معاشناسی بیع پژوهشی مستقل انجام نگرفته است، اینکه یادگیری علوم مرتبط با مبانی استنباط احکام یعنی زبان‌شناسی و زیرشاخه‌ها، معاشناسی و کاربردشناسی، آثار بنیادینی در شیوه و دقت علمی فقیهان و حقوق‌دانان گذاشته و به طبع، آرای فقهی و حقوقی متقنی به وسیله مراجع عظام و هم مراجع قضایی به ثمر خواهد نشاند. آشنایی با رویکردهای تازه و متفاوت در حوزه‌های معاشناسی و کاربردشناسی، نقاط قوت و ضعف و هم نقاط اشتراک و افتراق دو یا چند دیدگاه را آشکار ساخته، بر غنای استنباطات احکام فقهی و حقوقی خواهد افزود.

نگارندگان در نوشتار حاضر با استناد به منابع کتابخانه‌ای و روش توصیفی، تحلیلی به تبیین برخی از مهم‌ترین مبانی معاشناسی و کاربردشناختی در حوزه متون فقهی بیع پرداخته‌اند.

**پیشینه پژوهش:** در حوزه تبیین قواعد و چارچوب‌های معاشناسی و کاربردشناسی متون فقهی بیع و متاجر، پژوهش مستقلی یافت نمی‌شود. مطالعه جباری و رضویان (۱۳۹۴) با عنوان نشانه‌های زبان‌شناسی حقوقی در متون فقهی،



شامل مصادیقی پراکنده از شرح لمعه است که از منظر متون فقه، مشابه‌ترین پژوهش به موضوع نوشتار دانسته می‌شود. (جباری و رضویان، ۱۳۹۴: ۶۲-۴۸)

## ۱. مفهوم بیع

درباره معنای اصطلاحی «بیع» اختلاف نظر وجود دارد. شیخ انصاری در تعریف بیع می‌گوید: «اولی این است که بیع به انشای تملیک عین در مقابل مال تعریف شود». (انصاری، ۱۴۱۱: ۳/۱۱-۷)

امام خمینی نیز پس از بررسی تعاریف مختلف، در کتاب بیع خود آورده است «حقیقت بیع، همان مبادله فعلی است که به وسیله ایجاب و قبول صورت می‌پذیرد». (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱/۶۱)

شهید اول نیز در تعریف بیع چنین آورده است: «عقد بیع، عبارت است از ایجاب و قبولی که دلالت بر نقل ملک در مقابل عوض معلوم می‌نمایند». (مکی عاملی، ۱۳۸۸: ۱/۲۰۴)

قانون مدنی ایران در ماده ۳۳۸، «بیع» را «تملیک عین به عوض معلوم» تعریف کرده است. جعفری لنگرودی در «ترمینولوژی حقوق» هم با برگزیدن همین معنی، اضافه نموده که به مجموع عمل بایع و مشتری، بیع گفته می‌شود، همان طور که به عمل بایع، به تنهایی هم بیع می‌گویند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷: ۹۳۲)

بیع و احکام آن در قالب متن و گفتار وقوع می‌یابند، به همین دلیل بایسته است غیر از تحلیل‌های صرفی و نحوی در آیات و روایات مرتبط با آن، از منظر زبان‌شناسی نیز مورد تحلیل قرار گیرند.

### ۱.۱. زبان‌شناسی

زبان‌شناسی<sup>۱</sup> همچنان که از نام آن بر می‌آید، دانش شناخت و بررسی زبان به طریقه علمی است. منظور از روش علمی، آن است که ابتدا واقعیات و پدیده‌های

1. Linguistic.



عینی و محسوس زبانی گردآوری، طبقه‌بندی و فهرست‌بندی می‌شوند و از روی این فهرست‌ها، نتیجه‌گیری به عمل می‌آید، سپس نتایج و فرضیات به دست آمده به محک آزمایش زده می‌شوند تا در صورت درست بودن یا غلط بودن به عنوان یک نظریه پذیرفته یا مردود شناخته شوند. (باقری، ۱۳۸۶: ۱۸)

زبان‌شناسی نیز به عنوان یک علم برای تجزیه و تحلیل کلام، سخن و نوشتار، منحصر در قواعد و ضوابط صرفی و نحوی و علوم بلاغی نیست، بلکه دوزیر شاخه اصلی با عنوان «معاشناسی» و «کاربردشناسی» نیز برای این منظور تدارک دیده است.

## ۲. ۱. معاشناسی

معاشناسی (Semantics)؛<sup>۱</sup> یکی از بخش‌های دانش زبان‌شناسی نوین است که در سال‌های متأخر مورد توجه خاص زبان‌شناسان قرار گرفته است، زیرا از یک سو می‌توان زبان را به شکل پدیده‌ای که دارای دو حوزه است، در نظر گرفت؛ یک حوزه، حوزه لفظ و دیگری حوزه محتوا.

در حوزه لفظ، زبان‌شناسی با صورت یا شکل عناصر زبانی سروکار دارد و در حوزه محتوا با معنا. برداشت اهل زبان از عالم خارج و جهان بیرون به وسیله قالب‌های زبانی صورت می‌گیرد و معاشناسی به جهت پیوند نزدیکی که با عالم خارج دارد یکی از بخش‌های مهم زبان‌شناسی را تشکیل می‌دهد. (باقری، ۱۳۸۶: ۱۹۷)

در زبان عربی برخی آن را «علم الدلالة» و برخی «علم المعنی»<sup>۲</sup> می‌نامند. (مختار عمر، ۱۳۸۵: ۱۹) بنا بر رویکردهای رایج در زبان‌شناسی دو نوع زبان‌شناسی صورت‌گرا و نقش‌گرا مهم‌ترین آن‌ها به حساب می‌آیند.

۱. این کلمه از اسم یونانی Sema به معنای نشانه، علامت و فعل Semaino به معنای علامت دادن، معنی دادن اخذ شده است.

۲. از ساخت جمع پرهیز شده چون علم معانی یکی از شاخه‌های بلاغت عربی است.

## ۲.۲. زبان‌شناسی و معناشناسی صورت‌گرا<sup>۱</sup> و نقش‌گرا<sup>۲</sup>

به تبع دو نوع رویکرد در زبان‌شناسی دو نوع معناشناسی نیز شکل گرفته است. معنی‌شناسی صورت‌گرا یا محض که یکی از شاخه‌های سه‌گانه نشانه‌شناسی است و معنا را صرفاً خاصیت عناصر یک زبان، منتزع از گوینده و شنونده و موقعیت‌های اجتماعی می‌شناسد. از مهم‌ترین نظریه‌های صورت‌گرایان در زمینه معنا «معناشناسی واژگانی» است. معناشناسی واژگانی بخشی از نظریه معنایی زبان است که در آن ساختار معنایی واژه‌ها مطالعه می‌شود. (kempson, 1980: 18)

نقش‌گرایان که زبان را به عنوان یک پدیده اجتماعی برای برقراری ارتباط می‌پندارند، بر این نکته تأکید دارند که زبان در خلأ نشو و نما نمی‌کند، بلکه در برخورد‌های اجتماعی اهل زبان برحسب وظیفه‌ای که در موقعیت‌های مختلف بر عهده دارد، شکل می‌گیرد.

بر اساس این نظریه، صورت و کاربرد زبان از یکدیگر مجزا نیستند و نقش زبان نیز تابعی از عوامل پیچیده تاریخی و فرهنگی و اجتماعی و فردی اهل زبان است. از این‌رو نظریه‌های عام و علمی زبان را نیز باید از رهگذر بررسی روابط و تعامل زبان و فرهنگ و عوامل اجتماعی جستجو کرد. (lyons, 1981: 236) شمول معنایی، معناشناسی جهان ممکن و کاربردشناسی تنها برخی از شیوه‌ها و ضوابط کشف معنا در معناشناسی نوین هستند.

## ۲.۳. شمول معنایی

این امکان وجود دارد که مفهومی بتواند یک یا چند مفهوم دیگر را شامل شود. در چنین شرایطی رابطه شمول معنایی مطرح خواهد بود که رابطه یک مفهوم و مفهوم‌های تحت شمول آن است. برای مثال مفهوم واژه «کُل» مفهوم واژه‌های «لاله»، «سُنْبُل»، «میخک» و... آن را در بر می‌گیرد، یا پرند که مفهوم «کنجشک»، «کبوتر»، «عقاب» و... را شامل می‌شود. (صفوی، ۱۳۹۹: ۹۹) شمول معنایی در

---

1. Formal Linguistics.

2. Functional Linguistics.





فقه به نوعی قدر مشترک یا همان کُلی اشعار دارد که چند مفهوم را در بر می‌گیرد. مثلاً در قرآن کریم آمده است: «أوفوا بالعقود» (مانده: ۱) به پیمان‌ها وفا کنید که عام و شامل است. در منطق، اسمی که بر معنی متشخص متعین دلالت نکند، بلکه صادق بر کثیرین باشد، کُلی و مشترک معنوی نامیده می‌شود، مانند انسان، حیوان و مثلث. (خوانساری، ۱۳۷۹: ۸۵)

#### ۴.۲. معاشناسی جهان ممکن

جهان ممکن مفهومی است که در بیان گزاره‌های وجهی به کار می‌رود. جهان ممکن، موقعیتی است که بتوان در آن صدق یا کذب جمله‌ای را تعیین کرد. برای روشن شدن این مفهوم، نمونه «أ» را در نظر بگیرید:

أ) پدرم ساعت ۶ به سر کار رفت.

برای اینکه بتوانیم صدق یا کذب جمله (الف) را معلوم کنیم، کافی است بدانیم این جمله از سوی چه کسی بیان شده و آیا پدر گوینده رأس ساعت ۶ به سر کارش رفته است یا خیر. بنابراین تعیین ارزش صدق این جمله به موقعیت خاصی در جهان یا جهان دیگری وابسته است. (گندمکار، ۱۳۹۹: ۱۳۸)

تصور فرض‌هایی که فقیهان برای برداشت معانی صحیح از روایات یا متون فقهی نگارش یافته توسط دیگر فقیهان در حواشی برخی کتب که توسط محشین عنوان گشته‌اند، نمونه و مصداقی بارز از معاشناسی جهان ممکن به شمار می‌رود. به بیان دیگر تصویر فرض صحیح از انواع نوشتارهای دارای ابهام و به ظاهر نامفهوم در فرضی که صحیح می‌نماید، در واقع همان جهان ممکن است که معنای صحیح در آن فرض آشکار می‌گردد.



## ۲.۵. کاربردشناسی

بر اساس تقسیم‌بندی سنتی در زبان‌شناسی، کاربردشناسی<sup>۱</sup> در تقابل با نحو<sup>۲</sup> و معناشناسی قرار می‌گیرد. نحو که عبارت است از مطالعه روابط میان صورت‌های زبانی، نحوه آرایش این صورت‌های در پی هم و ترتیب صحیح قرارگیری آن‌ها را مورد بررسی قرار می‌دهد. معمولاً این نوع مطالعه بدون در نظر گرفتن عالم کاربران صورت‌های زبانی یعنی انسان‌ها انجام می‌گیرد. معناشناسی نیز روابط میان صورت‌های زبانی و پدیده‌های جهان را بررسی می‌کند؛ یعنی چگونه کلمات عیناً به اشیا ارتباط پیدا می‌کنند.

معنی‌شناسی همچنین تلاش می‌کند تا صحت و سقم روابط موجود بین توصیف‌های زبانی و وضعیت امور در جهان خارج را بدون در نظر گرفتن بیان‌کننده کلام، مورد بررسی قرار دهد.

کاربردشناسی مطالعه ارتباط میان صورت‌های زبانی و کاربران آن‌هاست. در این تفاوت سه‌گانه، تنها کاربردشناسی است که عنصر انسان را در تحلیل‌های خود مد نظر قرار می‌دهد. فایده مهم مطالعه کاربردشناسی زبان این است که تحلیل‌گر می‌تواند در مورد معنی مورد نظر افراد، اهداف، مقاصد و تصورات آنان و نیز نوع رفتار آن‌ها هنگام گفتار بحث کند. (Yule, 1996: 4)

برخی نویسندگان معنی‌شناسی را با توجه به اینکه معنای قراردادی در زبان مورد بررسی قرار می‌دهد، یک مطالعه درون‌زبانی و کاربردشناسی که به بررسی منظور گوینده فراتر از معنای قراردادی آن می‌پردازد، یک مطالعه فرازبانی دانسته‌اند. (محمدی، ۱۳۹۶: ۱۷)

---

1. Pragmatics.

2. Syntax.

### ۳. پیش فرض معناشناسی در متون فقهی

یکی از میانی مهم فقیهان و اصولیان، اعتقاد به اصلی است که موسوم به مؤلف‌محوری می‌باشد. (ربانی گلپایگانی، ۱۳۸۳: ۴۹؛ احمدی، ۱۳۸۹: ۵۹۱) از آنجا که متن‌های قانونی و شرعی باید دارای ویژگی ضابطه‌مندی و مسدود کردن راه‌های قانون‌گریزی باشند، نمی‌توان حجیت این متن‌ها را به ظهور شخصی مشروط کرد، زیرا چنین چیزی، امر حجیت را صددرد صد شخصی کرده، بهترین راه فرار از قانون خواهد بود، پس مصلحت قانون‌مندی و ضابطه‌مندی قوانین در گرو اعتبار بخشیدن به ظهور نوعی است و نه ظهور شخصی. (صدر، ۱۴۱۵: ۱۸۸/۳) معناشناسی و کاربردشناسی نیز با داشتن چارچوب‌ها و اصول روشمند علمی و غالباً نوعی و همگانی، در پی کشف معانی هستند.

### ۴. ابهام در معناشناسی

ابهام<sup>۱</sup> و معناشناسی دو روی یک سکه‌اند. به بیان دیگر تا تردید و ابهامی نباشد، کشف و استنباط معنا، مفهومی پیدا نمی‌کند. ابهام مقوله‌ای است معنایی و معمولاً به خاصیت جمله‌هایی (یا واژگانی) اطلاق می‌شود که بیش از یک طریق، تعبیر و تفسیر می‌شوند و نشانه‌های کافی در جمله برای برگزیدن یک تعبیر وجود ندارد. طبق این تعریف، ابهام موجود در واژه یا عبارت یا جمله معمولاً در بافت رفع می‌شود. (Kooij, 1971: 1) در زیر به انواع گونه‌های ابهام با رویکردی به متون فقه بیع و مکاسب اشاره می‌شود:

#### ۱. ۴. ابهام واژگانی<sup>۲</sup>

ابهام واژگانی در معنی‌شناسی نظری به نوعی ابهام گفته می‌شود که در سطح واژه به وجود می‌آید. زمانی که واژه یا واژه‌هایی در جمله از دلالت چندگانه برخوردار باشند و به دلیل همین دلالت چندگانه تعابیر متعددی را به دست دهند، ما با ابهام واژگانی روبه‌رو هستیم. ابهام واژگانی دارای دو گونه ابهام واژگانی، گفتاری و ابهام

1. Ambiguity.

2. Lexical ambiguity.





واژگانی، نوشتاری است. (گندمکار، ۱۳۹۹: ۲۶) ابهام واژگانی، نوشتاری نیز زمینه‌های متعددی می‌تواند داشته باشد. برخی از مهم‌ترین عوامل آن در متون فقهی بیع، در ذیل بیان شده‌اند:

### ۱. ۱. ۴. اضداد و همنامی<sup>۱</sup>

برخی زبان‌شناسان جدید لغت عرب همچون محمد حسین آل یاسین و شوقی ضیف در «الدرسات اللغویه عند العرب و العصر الجاهلی»، اصطلاح «اضداد» را با «تضاد» در هم آمیخته‌اند. (آل یاسین، ۱۴۰۰: ۴۱۹؛ ضیف، ۱۳۹۳: ۱/۱۳۰)

اضداد از لحاظ لغوی جمع واژه «ضد» است، مانند ثروت و تنگدستی و یا ایمان و کفر که در واژه‌نامه‌ها آمده است، اما در اصطلاح منظور از اضداد این است که واژه‌ای یگانه دو معنای ضد دربر داشته باشد، مانند «الحمیم» که هم به معنای سرد و هم گرم است و یا «سلیم» که دو معنای ضد یعنی مار گزیده و انسان سالم را فرا می‌گیرد و یا «البصیر» که بینا و نابینا را شامل می‌شود. (ازهری، ۲۰۰۱: ۴/۱۱)

یکی از ابهامات واژگانی، نوشتاری در بیع، مربوط به خود واژه «بیع» است. برخی گفته‌اند کلمه بیع (به فتح با و سکون یا) به معنی خرید و فروش و از اضداد است. (کلاتر، ۱۴۱۰: ۴/۳۵۰؛ شهیدی تبریزی، بی‌تا: ۱/۶۲؛ جزایری، ۱۴۱۶: ۱/۳۶۴؛ مامقانی، ۱۳۲۳: ۲/۱۶۸) بنا بر این دیدگاه<sup>۲</sup> می‌توان گفت: «بعثه هذا الثوب» = «أعطیته اياه و أخذت ثمنه». همان‌طور که می‌شود گفت: «بعثه هذا الثوب» = «اشتریته منه و أعطیته ثمنه» که کلمه بیع در جمله اول به معنی فروش و در جمله دوم به معنی خرید به کار رفته است. (معلوف، ۱۳۸۸: ۱۲۰؛ سیاح، ۱۳۸۷: ۱/۱۲۹)

علاوه بر لغت بیع، «شراء» نیز از اضداد بیان شده است. (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۲/۴۸۲؛ نجفی، ۱۴۲۱: ۲۲/۲۴۴؛ قزوینی، ۱۴۲۴: ۲/۵۸۲؛ مامقانی، ۱۳۲۳:

### 1. Opposites/ Homonymy.

۲. برخی فقها نیز با اضداد بودن بیع مخالفند. برای اطلاع بیشتر رک: اصفهانی، ۱۴۲۷: ۵/۳۹۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ۱/۱۰۲؛ طباطبائی قمی، ۱۴۲۶: ۸/۱۵۰؛ حسینی روحانی، ۱۴۳۵: ۱۷/۳۱۴.

۱۷۲ / ۲؛ امامی خوانساری، بی تا: ۱۵؛ یزدی طباطبایی، ۱۴۱۰: ۱ / ۵۳) با وجود چنین لغاتی برای استنباط حکم فقهی می‌بایست از بافت‌های معناشناختی درون‌زبانی قبل و بعد از لغات بیع و شرا، برای کشف معنای صحیح به تناسب خرید و فروش یا هر دو استفاده کرد.

## ۲. ۱. ۴. تغییرات معنایی (مجاز و کنایه)<sup>۱</sup>

علاوه بر اضداد، مجاز نیز تولید کننده ابهام در سطح واژگان و کلام است. به مشهور نیز نسبت داده شده است که مجازات در صیغه بیع واقع نمی‌شود و شاید حتی تعبیر کلی هم داشته باشد که در عقود لازمه، نباید مجاز به کار برده شود و صیغه عقود لازمه، چه بیع و چه در غیر بیع، باید لفظی باشد که در حقیقت استعمال شده باشد. (قزوینی، ۱۴۲۴: ۵ / ۵۸۲؛ کلانتر، ۱۴۱۰: ۷ / ۲۵؛ نجفی، ۱۴۲۱: ۱۱ / ۴۵۸)

به همین دلیل گفته شده است: «فقد تحقق مما ذکرنا: أن حقیقه تملیک العین بالعوض لیست الا البیع، فلو قال: ملکْتُک کذا بكذا، کان بیعاً و لا یصح صلحاً و لا...». عده‌ای هم این طور تعبیر کرده‌اند که انشای صیغه به وسیله مجازات جایز نمی‌باشد. (انصاری، ۱۴۱۱: ۱ / ۳۰۹)

از گفتار شیخ انصاری، استفاده می‌شود که برای مجاز یک معنای وسیعی با عنوان الفاظ غیر صریح در نظر گرفته شده است که شامل کنایه هم می‌شود. شهید اول در غایة المراد برای الفاظ کنایی مثال‌هایی اضافه کرده است، از جمله «أعطیتک بكذا أو تسلط علیه بكذا». (مکی عامل، ۱۴۳۰: ۸۲) در تغییرات کنایی نیز فقیه با توجه به اصالة الحقیقه حمل معنا بر معنای حقیقی را استفاده کرده و تنها در مواردی که استعمال حقیقی معنای درستی را متبادر نمی‌سازد، متمسک به معنای مجازی و تغییرات معنایی (کنایه و مجاز) خواهد شد.





### ۳. ۱. ۴. چندمعنایی<sup>۱</sup>

در شروط متعاقدان و در مسئله رعایت مصلحت منافع یتیم که از مباحث مربوط به شرایط متعاقدان در عقد بیع به شمار می‌آید، به آیه «و لا تقریبا مال الیتیم الا بالتی هی أحسن» (انعام: ۱۵۲)، استناد شده است.

راجع به معنای «قُرب» و «أَحْسَن» احتمالاتی مطرح شده که حکایت از ابهام واژگانی در معانی این لغات دارد. در معنای «قُرب» چهار معنا، از جمله هرگونه جابه‌جایی، وضع ید و استیلا، تصرف عرفی به شکل معامله و مشابه آن و همچنین به معنای هر فعل و امر و تصمیمی بیان شده است؛ یا در معنای «أَحْسَن» دو معنای نیکوتر و نیکو باش. (د. انصاری، ۱۴۱۱: ۹۶/۲)

از شاهد مثال‌های دیگر فقهی در بحث بیع، واژه «غرر» را در حدیث «نهی النبی عن بیع الغرر» است. حدیث غرر، در کتب روایی شیعه و سنی نقل شده است. (حر عاملی، ۱۴۳۴: ۱۲/۴۴۸؛ شیخ صدوق، ۱۴۰۴: ۱/۴؛ ترمذی، ۱۴۲۶: ۳/۵۳۲)

در کتاب‌های لغت برای واژه «غرر» معانی گوناگونی ذکر شده است که غالباً غرر را به معنای «خطر» معنی کرده‌اند. (خوری، ۱۴۳۵: ۲/۹۱۲) جوهری عالم لغت‌شناس، «غرر» را به معنای خطر دانسته و حدیث را طبق آن تفسیر کرده است؛ در عین حال، غفلت و نیرنگ را به معنای غرر ذکر کرده است. (جوهری، ۱۴۰۷: ۲/۷۶۸) ابن منظور نیز نخست معنای فریب و نیرنگ را برای واژه غرر ذکر کرده، اما بیع غرری را بیع مشتمل بر مخاطره بیان می‌کند. (ابن منظور، ۱۴۳۳: ۵/۱۳) هر چند که دیدگاه فقیه، در تشخیص معنای لغوی یک واژه نمی‌تواند ملاک قرار گیرد، ولی برخی فقیهان با توجه به این حدیث نبوی و به تناسب حکم و موضوع، یکی از معانی را که در کتاب‌های لغت ذکر شده، ترجیح داده‌اند.

شیخ انصاری با توجه به آرای فقیهان می‌فرماید: «همه فقیهان اتفاق دارند که در معنای غرر، جهالت اخذ شده و جهل قدر جامع همه معانی وارده در مفهوم غرر

1. Polysemy.



است، چه جهل در اصل وجود مبیع باشد یا جهل به صفات». (انصاری، ۱۴۱۱: ۲/ ۱۹۷)

امام خمینی آوردن مفهوم جهالت در غرر را خلاف اصطلاح کتب لغوی، دانسته و نظرات شیخ را هم متعارض دانسته‌اند که گاهی غرر را به معنای جهالت و گاهی به معنای خطر ذکر کرده است. التزام به ارجاع همه معانی غرر به یک معنا (جهالت یا خدعه) شاید به جهت احتراز از اشتراک لفظی است، به توهم اینکه اشتراک لفظی، خلاف حکمت در لغات بوده و منشأ چنین توهمی، این تخیل است که وضع لغات مشترک و مترادف در یک محیط یا از یک شخصی بوده که در واقع اتفاق نخواهد افتاد. (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳/ ۳۰۵)

صاحب جواهر غرر را به معنای جهل گرفته و موارد تردید در قدرت بر تسلیم را از مفاد حدیث غرر خارج می‌کند. (نجفی، ۱۴۲۱: ۲۲/ ۳۸۸) میرفتاح مراغی، غرر در حدیث نبوی را به معنای «خطر» دانسته است. خطری که ناشی از عدم اطمینان به وجود مورد معامله یا عدم وقوف به امکان تسلیم یا تسلیم یا عدم وثوق به قابلیت مورد معامله از جهت عمل به مقدار یا اوصاف است. (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۸: ۲۶۳) در چند معنایی نیز روش معمول برای استنباط معنای صحیح، تمسک به بافت‌های زبانی یا بینامتنیت بوده است که در بخش‌های بعدی به تفصیل بیان می‌گردند.

## ۲. ۴. ابهام زدایی واژگانی با استفاده از بافت و برداشت قطعی

### ۲. ۴. ۱. بافت:

شیوه‌ها و روش‌های معاشناختی و ابهام‌زدایی فقیهان به تناسب ریشه‌های ابهام واژگانی، متفاوت می‌نماید. برای معاشناسی واژگانی که بیان دیگری از ابهام‌زدایی لغوی است، در بحث اضداد مانند واژه «بیع» و «شرا» از قرائن یا همان بافت<sup>۱</sup> استفاده می‌گردد.



بافت را می‌توان مجموعه عواملی دانست که در تعبیر معنی مؤثرند. دلالت چندگانه زمانی پدید می‌آید که یک صورت زبانی بیش از یک بافت داشته باشد. بافت را باید محیط زبانی یا غیر زبانی پیرامون واحدی دانست که دلالت چندگانه درباره‌اش مطرح می‌شود. در چنین شرایطی، بافت را در دو گونه بافت زبانی و بافت غیرزبانی از یکدیگر متمایز می‌سازند. بافت زبانی بر محیط زبانی یک واحد زبان، یعنی بر روابط دستوری و معنای این واحد با دیگر واحدهای زنجیره گفتار یا متن دلالت دارد و بافت غیرزبانی تمامی اشیاء و اعمال پیرامون گوینده و شنونده را هنگام تولید واحد زبانی مورد بحث، و نیز دانش مشترک گوینده و شنونده را در بر می‌گیرد. (صفوی، ۱۳۹۹: ۲۱۲)

بافت زبانی که در مثال‌های مذکور معنای مورد نظر شارع، یا فقیه را اعم از خرید یا فروش راجع به واژه «بیع» تبیین کرده است، در حقیقت زائیده کاربرد واژه در ساختار جمله و در کنار واژگان دیگر است و چنین کاربردی ما را به معنایی مشخص رهنمون می‌سازد. (مزبان، ۱۳۹۷: ۶۳)

درباره واژه «بیع» گفته شد که «بعثه هذا الثوب» = «أعطيته اياه و أخذت ثمنه» همان‌طور که می‌شود گفت: «بعثه هذا الثوب» = «اشتريته منه و أعطيته ثمنه» که کلمه بیع در جمله اول به معنی فروش و در جمله دوم به معنی خرید به کار رفته است. (معلوف، ۱۳۸۸: ۱/۱۲۰؛ سیاح، ۱۳۸۷: ۱/۱۲۹)

کشف معنا در این ساختارها با استفاده از بافت زبانی صورت پذیرفته است. در تشخیص معنای مورد نظر شارع از واژه «غرر» در منشأ چند معنایی نیز استناد به معنای لغوی در فرهنگ لغت‌ها یا همان معاجم و در گام بعدی بیان اقوال فقیهان، استناد به کلام شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۱: ۲/۱۹۷)، امام خمینی (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳/۳۰۵)، صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۲۱: ۲۲/۳۸۸) و میر فتاح (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۸: ۲۶۳)، راجع به معنی «غرر» به بافت‌های درون زبانی اشاره دارد.



## ۲.۲.۴. برداشت قطعی و غیر قطعی:

برای به دست آوردن دلالت روشن بین معنای حقیقی و مجازی و کنائی که منشأ تغییرات معنایی است از اصالة الظهور با زیر مجموعه‌هایی همچون اصالة الحقیقه «أن حقیقة تمیلک العین بالعوض لیست الا البیع، فلو قال: ملکک کذا بکذا، کان بیعاً و لا یصح صلحاً و لا ...» (انصاری، ۱۴۱۱: ۱۴/۳)، استفاده می‌گردد.

در میان تنوع نظریه‌های زبان‌شناسی، مطالعه زبان همواره با دو نظریه رقیب دنبال شده است. یکی زبان‌شناسی صورتگرا و دیگری زبان‌شناسی نقش‌گرا و کمتر شق سوم یا تلفیقی از آن دو مطرح بوده است؛ به خصوص در زمینه معنانشناسی این موضوع بیشتر نمایان است. پدیده‌های زبانی از جمله ابهام و ابهام‌زدایی از جمله مواردی است که در این حوزه همواره با یکی از دو رویکرد روبه‌رو بوده، یعنی یا صرفاً با رویکردی صوری، بدان پرداخته شده است و یا نقشی. برخی نویسندگان که اصولیان اسلامی در معنی‌شناسی، متون فقهی، تلفیقی از دو رویکرد صورتگرا و نقش‌گرا را در ابهام‌زدایی از جملات مبهم اعمال می‌کنند. این نظریه در اصول فقه شیعه تحت عنوان مدعی‌اند «اصالة ظهور» مبنای تمام اصول لفظیه محسوب می‌شود. (مظفر، ۱۳۸۶: ۶۳/۱)

## ۳.۴. ابهام نحوی<sup>۱</sup>

این امکان نیز وجود دارد که هیچ یک از صورت‌های موجود در یک جمله از دلالت چندگانه برخوردار نباشند، ولی همنشینی‌شان به دلالت چندگانه منجر شود. در چنین شرایطی، ابهام می‌تواند در سطح گروه یا سطح کل جمله مطرح باشد. (صفوی، ۱۳۹۹: ۲۱۸)

## ۱.۳.۴. ابهام گروهی<sup>۲</sup>

گروه به آن واحد زبانی گفته می‌شود که دست‌کم از دو کلمه تشکیل شده باشد؛ یکی از کلمات هسته و بقیه وابسته هستند. (باطنی، ۱۳۸۵: ۱۳۷) اگر همنشینی

---

1. Syntactic ambiguity.

2. Prasal ambiguity.





واحدهای سازنده گروه یا گروه‌های تشکیل دهنده یک جمله به شکلی باشد که بتوان برای رابطه میان این واحدها، تعبیرهای دستوری متفاوتی به دست داد، آن گروه یا گروه‌ها به دلیل عدم قطعیت در تعیین روابط نحوی میان واحدهای تشکیل دهنده‌شان از دلالت چندگانه برخوردار خواهند شد که به ابهام گروهی خواهد انجامید. (صفوی، ۱۳۹۹: ۲۱۸) از میان گروه‌های زبانی، گروه تخصیص (مخصص و مخصص)، گروه غایت (غایت و مغیا) و گروه حذفی، مهم‌ترین گروه‌های اسمی هستند که در متون بیع مورد توجه قرار می‌گیرند.

### أ) گروه تخصیص (مخصص و مخصص)

در متون نوشتاری گاهی یک حکم کلی و به اصطلاح عام بیان می‌گردد، سپس برخی مصادیق از تحت آن عنوان عام و کلی خارج گردیده که به خاص تعبیر می‌شود. در اصول فقه نیز این امر در بحث استثنا بعد از چند جمله در حوزه عام و خاص مطرح شده است. ظاهر کلام آن است که این استثنا به هر حال به جمله آخر ارجاع دارد و ارجاع آن به غیر جمله آخر بدون قرینه خارج از روش سخنگویان آن زبان است. (خراسانی، ۱۴۴۰: ۱/ ۲۸۷ و ۲۶۵)

در عبارات ابتدایی مکاسب محرمة شیخ انصاری نیز استثنایی ذکر شده است که می‌توان حداقل سه احتمال برای گروه تخصیصی آن بیان نمود. «یحرمُ المعاوَضه علی بولٍ غیر مأکول اللحم بلاخلاف ظاهر؛ لحرمة، و نجاسته، و عدم الإنتفاع به منفعه محلله مقصوده فیما عدا بعض افراده...» (انصاری، ۱۴۱۱: ۱/ ۱۸) برای استثنا و تخصیص ذکر شده یعنی «فیما عدا بعض افراده» دو و سه احتمال متعلق در معنا وجود دارد؛ نخست اینکه تخصیص مربوط به منفعت محلله مقصوده باشد که ظاهر ابتدایی به علت قرابت در جمله‌بندی نیز چنین می‌نماید (خویی، ۱۴۱۷: ۱/ ۳۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۳۵: ۱/ ۳۰) که بنا بر این دیدگاه آنچه که منفعت محلله مقصود ندارد، مراد از استثنا باشد و احتمال دوم اینکه تخصیص مربوط به «بول غیر مأکول اللحم» باشد که با معنای جمله سازگارتر است (کلانتر، ۱۴۱۰: ۱/ ۵۷؛ ایروانی، ۱۳۷۹: ۱/ ۳) که معنای جمله بدین صورت می‌شود: بول غیر مأکول

اللحم، منفعت محلله مقصوده ندارد، به جز بول شتر جلاله یا موطوئه که منفعت دارد.

### تحلیل معناشناختی گروه تخصیص:

چنان‌که اشاره شد معنای اول با استنباط از ظاهر یا همان برداشت قطعی عبارت سازگاری دارد؛ یعنی ارجاع به نزدیکترین مستثنی منه عبارت و معنای دوم و سوم نیز با استنباط از مفهوم و معنای جمله قابل استفاده‌اند که از آن به تفسیر موضعی تعبیر می‌شود. وقتی احتمالات متعددی در معنا راه یابد، فقیه نیز به مثابه یک زبان‌شناس عمل کرده و احتمالات متعدد معنایی را مطرح می‌کند.

از این طرح احتمالات معنایی در کاربردشناسی به اصل تعبیر محدود یا تفسیر موضوعی سخن به میان آمده است. بر اساس این اصل شنونده یا مفسر یا تحلیلگر نباید بافت موقعیت (و یا بافت درون‌زبانی متنی را در اینجا) را بیشتر از حداقل مورد نیاز تحلیل و تفسیر آن پاره‌گفتار به لحاظ زمانی و مکانی (و متنی در متون فقه) گسترش دهد، بلکه باید نخست به محدودترین بافت ممکن بسنده نماید و با ارجاع به آن بافت‌های محدود (بافت‌های درون‌زبانی)، پاره‌گفتار یا متن را تفسیر نماید. در صورت عدم دستیابی به تفسیر و پیام مورد نظر، بافت را گسترش دهد (طرح احتمالات متعدد معنایی) تا بتواند با ارجاع به آن گستره به تفسیر و تحلیل و درک پیام دست یابد.

به حداقل بافت زبانی و موقعیتی که در محدوده آن بتوان متن را معنا کرد، اصل تفسیر موضعی گفته می‌شود. (Brown & Yule, 1989:59) بعد از طرح احتمالات معنایی (تعبیر محدود) غالباً فقیه یکی از معانی را به استناد به همان اصاله الظهور که برداشت قطعی معناشناختی به حساب آمده، اولویت می‌دهد.

### ب) گروه غایت (غایت و مغیا)

در ماده ۳۹۸ ق.م مقرر شده است: «اگر مبیع حیوان باشد، مشتری تا سه روز از حین عقد اختیار فسخ معامله را دارد». در ماده مزبور که مبنای فقهی دارد (آبی، ۱۴۰۸: ۱/۴۵۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۱/۳۷۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲/۱۶؛ مکی





عاملی، ۱۴۳۰: ۳/ ۲۷۲) حرف «ت» به عنوان حرف اضافه (ادات غایت)، «سه روز» متمم (غایت) و اختیار فسخ معامله، حکم (مغیا) است. در اینکه اختیار فسخ در دو روز وجود دارد، بحثی نیست. همچنین اختیار فسخ در روز چهارم و بعد از آن بی گمان منتفی است، اما در روز سوم چطور؟ آیا اختیار فسخ وجود دارد یا خیر؟ به بیان دیگر آیا تا آغاز روز سوم یعنی دو روز اعتبار دارد یا تا پایان روز سوم؟ (امام وردی، ۱۳۹۹: ۱۳۳)

برخی از محشین در این مسئله گفته اند:

و أما دعوی: أنه لو امتد الخيار من نصف النهار إلى آخر النهار الرابع صدق عليه ثلاثة أيام و نصف يوم، مع أنه لا خيار إلا ثلاثة أيام. فمندفعة: بأن لحق النصف للتبعية التي تجري في الليلة الاولى، لا من حيث إنه من أيام الخيار. و يمكن أن يقال: لحق الليل مع خروجه عن مفهوم اليوم و عدم انفصال الخيار من حين العقد لا يوجب صدق أزيد من بياض ثلاثة أيام، بخلاف بياض نصف اليوم فإنه من جنسها فيصدق زيادة النصف على ثلاثة أيام، و لقد أفرط صاحب الجواهر قدس سره في خصوص المقام حيث بنى على عدم التلفيق قائلاً إنه ينبغي القطع بذلك لمن رزقه الله اعتدال الذهن، مع أن المشهور و هم أرباب اللسان و أصحاب الذهن المستقيم و الطبع السليم على التلفيق، و الله العالم. (اصفهانی، ۱۴۲۷: ۴/ ۱۶۵)

و دعوی اینکه اگر خيار حيوان از نصف روز اول تا آخر روز چهارم باشد، پس خيار سه روز و نصفی امتداد پیدا می کند، درحالی که مبنای خيار تنها سه روز است، با این دلیل دفع می شود که ملحق شدن نصف روز به سه روز به دلیل تبعیت از شب اول است و نه از حيث تبعیت از ایام خيار. و ممکن است گفته شود ملحق شدن شب با وجود خروج مفهوم آن از روز و عدم انفصال خيار از حین وقوع عقد، موجب صدق روز نمی شود، به خلاف نصف روزی که از جنس خود آن یوم است؛ پس نصف یک روز، صدق زیادی بر ایام ثلاثة می کند. و صاحب جواهر در این مقام راه افراط پیموده به این دلیل که مبنای سه روز را بر قطع به عدم تلفیق شب و روز برای

کسی که دارای ذهنی معتدل است بنا نهاد، در حالی که مشهور و سخنگویان زبان و اصحاب ذهن دقیق و طبع سالم مینا را بر تلفیق شب و روز قرار می‌دهند.

### تحلیل معناشناختی گروه غایت:

در معناشناسی مفهوم غایت نیز در صورت وجود بافت و قرینه به آن‌ها رجوع می‌گردد و در صورت فقدان بافت ابهام و اجمال باقی خواهد ماند.

غروی اصفهانی در اینجا علاوه بر ارجاع به مشهور اشاره‌ای به سخن‌گویان آن زبان<sup>۱</sup> و باور و عقل سلیم<sup>۲</sup> داشته است. منظور از ارباب سخن، همان شمشبانی است که در زبان‌شناسی به داوری و نظر سخنگویان زبان درباره زبان و به ویژه میزان پذیرفتگی ساخت‌های زبانی اشاره دارد (صفوی، ۱۴۰۰: ۶۶) و منظور از باور متعارف و عقل سلیم، قضاوت صحیح و محتاطانه عامه افراد است که مستقل از یک دانش یا آموزش خاص و مواردی شبیه آن‌ها صورت می‌گیرد؛ به بیان دیگر باور متعارف همان دانش و تجربه‌ای است که اغلب مردم از آن برخوردارند و نوع قضاوت فردی و اجتماعی افراد جامعه است که تحت تأثیر فرهنگ، تاریخ، ایدئولوژی، سنت‌ها و تجربه حاصل شده است و به یک باور عمومی تبدیل شده و افراد آن را به عنوان یک حقیقت از پیش فرض می‌کنند، لذا درباره‌اش صحبت نمی‌کنند یا کمتر صحبت می‌کنند (آقا گل زاده، ۱۳۹۹: ۴۱)

---

۱. شمشبانی (Intuition) همان تصور ذهنی اهل زبان از دستور زبان است که بخشی از توانش زبانی وی را تشکیل می‌دهد. چامسکی معتقد است که در تحلیل زبانی قواعد به دست آمده باید منطبق با شمشبانی گویندگان باشد. چامسکی با توجه به انتخاب محوریت نحو (دستور زبان) در تحلیل‌های زبانی از شمشبانی اغلب در دستوری‌بودن یا نبودن جملات استفاده می‌کند و چنین معیاری را در معناشناسی برای رفع ابهام و دیگر مسائل معنی‌شناسی که در حوزه کار او نیست، به کار نمی‌گیرد. به اعتقاد برخی نویسندگان اگر چامسکی به جای نحو، به معناشناسی می‌پرداخت و همین رویکرد شمشبانی را در تحلیل‌های معنایی به کار می‌بست، همان راهی را می‌رفت که اصولیین ما رفته‌اند. (افخمی، ۱۳۸۱: ۳۵۸)

2. Common sense.





### ج) گروه حذفی (محدوف)

حذف عبارت از کلمه یا جمله‌ای است که به قرینه بیان نگردد. یکی از موارد ابهام و اجمال نیز همین گروه حذفی است. برخی از فقیهان معاصر در بحث مجمل و مبین به مصادیقی از بیع و شرا در برخی آیات به عنوان گروه حذفی اشاره کرده‌اند. «الإجمال فی متعلق الحکم المحذوف کما فی کُل مورد تعلق الحکم بالأعیان کقوله سبحانه: (حُرمت علیکم المیتة و الدم و لحم الخنزیر و ما أهل لغير الله به و المخنقة و الموقوذه و المترديه و النطیحة و ما أكل السبع الا ما ذکیتم و ما ذُبِح علی النُصبِ و أن تستقسموا بالأزلام ذلکم فسق) (المائدة/ ۳) فَهَلْ المحرم أكلها أو بیعها، أو الإنتفاع منها بکُل طریق؟» (سبحانی، ۱۳۷۹: ۱/ ۲۹۵) گاهی متعلق حکم حذف شده و موجب اجمال کلام می‌گردد مانند جایی که حکم به اعیان خارجی تعلق داشته باشد، به عنوان مثال خداوند در آیه سوم سوره مائده می‌فرماید: « برای شما مؤمنان گوشت مردار و خون و... » اجمال در این است که مشخص نیست آیا اکل این موارد حرام است یا خرید و فروش آنها و یا این که انتفاع به هر شکلی که صورت پذیرد، حرام شده است.

### تحلیل معناشناختی گروه حذفی:

در تحلیل معناشناختی گروه حذفی نیز احتمالات معنایی سه‌گانه‌ای از اکل تا خرید و فروش و شمول معنایی عنوان شده است که حکایت از همان تفسیر موضعی یا اصل تعبیر محدود دارد.

نکته‌ای که علاوه بر تعبیر محدود می‌بایست بر این تحلیل افزود، استفاده از شمول معنایی است که انواع انتفاع به هر صورتی را به عنوان جامع اشتراک معنایی، لحاظ می‌کنند. قدر مشترک از سوی فقیه برای انواع انتفاع، شاخصه‌ای از معناشناسی رابطه‌ای است.<sup>۱</sup>



جان لاینز<sup>۱</sup> در نوشته‌ای به نام درآمدی بر زبان‌شناسی نظری، ضمن معرفی روابط مفهومی بیان می‌کند که این روابط ورای آن چیزی است که معنی نامیده می‌شود. یکی از عمده‌ترین روابط مفهومی که در چارچوب این نگرش مورد بررسی قرار می‌گیرند، عبارت‌اند از: شمول معنایی و جزءوارگی و... (گندمکار، ۱۳۹۹: ۲۸۸) واژه «انتفاع»، معنای عامی را اعم از خوردن و خرید و فروش شامل می‌گردد و این دو مفهوم، جزءواره لفظ انتفاع به حساب می‌آیند. واژه‌ای که مفهومش، مفاهیم یک یا چند واژه را شامل می‌شود، واژه شامل و هر یک از واژه‌هایی که مفهومشان را واژه شامل در بر می‌گیرد، واژه زیرشمول می‌نامند. (صفوی، ۱۳۹۸: ۵۵)

#### ۴. ۴. ابهام در سطح کُل جمله (ساختاری)<sup>۲</sup>

ابهام جمله همواره ناشی از استفاده از واژه خاصی نیست، بلکه ممکن است به واسطه ساختار جمله و نحوه ترکیب واژگان با یکدیگر باشد. بدین معنی که نحوه قرار گرفتن واژگان کنار یکدیگر باعث می‌شود که جمله متضمن بیش از یک معنا باشد. (صادقی مقدم و امام‌وردی، ۱۳۹۲: ۱۴۸)

در متون فقه بیع از مسقطات خیار حیوان، سومین مسقط، تصرف عنوان شده است. برای این اسقاط‌کننده خیار حیوان، ادله روایی چندگانه‌ای نقل شده که یکی از آن‌ها، صحیح ابن رثاب است. در صحیح آمده است که:

فإن أحدث المشتري فيما إشتري حدثاً قبل ثلاثة أيام فذلك رضی منه ولا شرط له، قيل له: و ما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان مُحرماً عليه قبل الشراء. (انصاری، ۱۴۱۱: ۱۰۰/۵)<sup>۳</sup>

در روایت علی ابن رثاب آمده است هر گاه مشتری در حیوان یا کنیزی که خریده پیش از اتمام سه روز، تصرفی بکند، همین علامت رضایت اوست. بنابراین، برای

1. Jhon Loyns.

2. Structural ambiguity.

۳. رک: الکافی ۵؛ ۲/۱۶۹، تهذیب الأحکام ۷؛ ۱۰۲/۲۴، وسائل الشیعه ۱۸؛ ۱۳، کتاب التجاره، ابواب الخیار، الباب ۴، حدیث اول. ۳.



او خیار حیوان نیست. به امام علیه السلام گفته شد: تصرفی که باعث سقوط خیار حیوان است، چیست؟ حضرت فرمود: اگر کنیز خریده، مثلاً او را لمس کند یا ببوسد یا در آن کنیز به مواضعی نگاه و لمس کند که پیش از خرید حرام باشد.

شیخ انصاری در معنی سخن امام صادق علیه السلام که فرمودند: «فذلک رضی منه فلا شرط له» (همین علامت رضایت اوست) چهار احتمال ذکر می‌کند.<sup>۱</sup> وجود احتمالات چهارگانه معنایی برای جمله مذکور حکایت از ابهام ساختاری در معناشناسی دارد. اولین احتمال آنکه عبارت جواب شرط باشد و بنا بر اینکه جواب شرط در نظر گرفته شود، حکم شرعی تبعیدی شده و معنای آن این‌گونه می‌شود که امام علیه السلام فرموده‌اند: تصرف، رضایت و التزام به عقد است. بنابر احتمال دوم جمله «فذلک رضاً منه» مقدمه برای ذکر جواب بوده و نه این که جواب شرط باشد. لذا رضایت، علت سقوط خیار حیوان نیست، بلکه حکمت<sup>۲</sup> آن است. در احتمال سوم، جمله «فذلک رضاً منه» جمله خبریه‌ای است که شارع از واقع خبر می‌دهد.

در این صورت، جمله علت برای جواب شرط است و بنابراین نفی خیار در این جمله، معلول آن است که تصرف غالباً بر رضایت به لزوم عقد، دلالت دارد.

احتمال چهارم اینکه جمله مذکور اخبار از واقع بوده و خود رضایت، علت عدم خیار باشد، اما نه از رضای نوعی که مربوط به احتمال سوم باشد، بلکه رضای شخصی که اطلاق حکم را مقید کرده است. دو احتمال اول گرچه با اطلاق (شمول) سایر اخبار موافق است، اما با ظاهر خبر علی بن رئاب، سازگاری ندارد. معنای چهارم که هر چند اظهر احتمالات به نظر می‌رسد، اما با فتاوی‌ای فقیهان که اجماع

۱. برای دو احتمال اول و دوم مراجعه کنید به جامع المقاصد، ۴/ ۲۸۳ و ۲۹۱/ و المسالك، ۳/ ۱۹۷ و ۲۰۱ و برای احتمال سوم مراجعه کنید به المقتعه: ۵۹۹ و برای احتمال چهارم مراجعه کنید به: الدروس، ۳/ ۲۲۷.

۲. «علت حکم» چیزی است که حکم دائر مدار آن است یعنی هر جا علت باشد حکم هم خواهد بود، ولی «حکمت حکم» چیزی است که غالباً همراه حکم است و گاهی هم از آن جدا می‌شود. به عنوان مثال مست‌کنندگی علت حرمت نوشیدن شراب بیان شده است، یا تمیزی و نظافت به عنوان حکمت غسل بیان شده است. آنچه در آیات و روایات به عنوان علت حکم بیان می‌شود معمولاً حکمت حکم است. (هاشمی



بر سقوط خیار به سبب تصرف حاکی از رضایت فعلی به لزوم عقد داشته‌اند، سازگاری ندارد. ضمن اینکه احتمال چهارم مشخص نیست که اظهار از احتمال سوم باشد. بنابراین نتیجه این می‌شود که احتمال یا به تعبیر معاشناسان، معنای سوم، متعین می‌شود.

در مسئله یا فروعات جعل خیار برای اجنبی (ثالث)، عبارات ابن حمزه در کتاب الوسيله و شهید اول در الدروس، از ابهامات دشواری برخوردار بوده که محشین برای کشف فهم معنای صحیح دست به توجیهاتی زده‌اند.

عن الوسيله: أنه إذا كان الخيار لهما و إجتماعاً علی فسخ أو إمضا نفذاً، و إن لم یجتمعاً بطل. و إن كان لغيرهما و رضی نفذ البیع، و إن لم یرضَ كان المبتاع بالخيار بین الفسخ و الإمضا، إنتهی (ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۲۳۸) و فی الدروس: یجوزُ اشتراطُه لِاجنبی منفرداً و لا إعتراضَ علیه، و معهما أو أحدهما، و لو حُولف أَمکن إعتبار فعله، و إلا لم یکن لذكره فائدة، إنتهی. (مکی عاملی، ۱۴۳۰: ۲۶۸/۳)

از کتاب وسیله ابن حمزه نقل شده هنگامی که جعل خیار برای متبایعان به طور اجتماع شده باشد، چنانچه هر دو، هم بایع و هم مشتری توافق بر فسخ یا امضا داشتند، فعل آن دو نافذ است، اما اگر توافق بر فسخ یا امضا نداشتند و یکی فسخ و دیگری امضا کرد، این فعل اعم از امضیت و فسخت، باطل است و اگر جعل خیار برای غیر متبایعین شده باشد و آن غیر که ثالث است، راضی به بیع شد و معامله را امضا کرد، نافذ است و طرف دیگر حق فسخ ندارد، ولی اگر آن غیر (مؤامر) راضی به بیع نشد (فرض اینجا استیمار در بیع است)، مشتری مخیر است که بیع را فسخ یا امضا کند و بپذیرد.

به غیر از توجیهات ذکر شده، به دست آوردن معنای صحیح برای این عبارت الوسيله ابن حمزه ممکن نخواهد بود. در ادامه همین بحث یعنی مسائل مربوط به جعل خیار برای اجنبی، عبارت کتاب الدروس نیز دارای ابهام است، لذا گفته شده جعل خیار برای اجنبی منفرداً جایز است و به فعل آن غیر (اعم از امضا و فسخ) اعتراضی نخواهد بود. در این حالت جعل خیار برای بایع، مشتری یا هر دو به





استقلال، صورت گرفته است، لذا عبارت «لو خُولِف» نیاز به توجیه دارد. بدین بیان که گرچه مخالفت اعم از اسقاط یا امضا است، اما در فرضی که غیر، معامله را امضا می‌کند، خیار برای او باقی نمی‌ماند، پس جعل خیار برای غیر، خالی از فایده خواهد ماند؛ به همین دلیل باید «لَو خُولِف» را حمل بر معنایی کرد که معنای صحیح از آن به دست آید. در نتیجه «لَو خُولِف» اشاره به فرضی دارد که غیر (ثالث) معامله را فسخ می‌کند. (پایانی، ۱۳۹۷: ۹/۱۲۹)

#### ۱. ۴. ۴. ابهام زدایی ساختاری با معناشناسی جهان ممکن

با توجه به سنخیت نوشتاری متون فقهی بیع، با موارد فراوانی از روش‌های مشابه و استفاده مکرر فقیهان برای کشف معنای ساختاری روبه‌رو می‌شویم، چنان که در بخش تحلیل معناشناختی گروه تخصیص گذشت بر اساس برخی اصول مطرح در کاربردشناسی زبان و تحلیل گفتمان<sup>۱</sup> در زبان‌شناسی، شنونده و خواننده متن، امکان تفسیر متناسب و موجه عبارت‌های زبانی را دارد. یکی از این موارد «اصل تعبیر محدود یا اصل تفسیر موضعی»<sup>۲</sup> است و بر این نکته تأکید دارد که در تفسیر یک عبارت نباید از بُعد زمان و مکان حاضر در گفتگو و متن فراتر رفته و زمان و مکان نزدیک را باید در نظر گرفت. به عبارت دیگر، معمول‌ترین و مرسوم‌ترین حدس، اولین برداشت را در پی دارد و برداشت‌های فرعی، در مرحله نخست انجام نمی‌گیرد. (Brown & Yule, 1989: 59؛ آقا گل‌زاده، ۱۳۹۹: ۳۱)

در تحصیل معنای «فذلک رضا منه» از همین روش در کشف معنای ساختاری، استفاده شده است. به بیان دیگر، شیخ انصاری ابتدا به محدوده تعبیر و احتمالات ممکن توجه داشته و به تبیین هر یک پرداخته است، سپس و در گام بعدی به وسیله اصالة الظهور به تفکیک اظهر بر ظاهر، برای تشخیص معنای صحیح و مرجح، متمسک شده است.

1. Discourse Analysis.

2. Local interpretation principle.



در رفع ابهام از ساختار کتاب الوسيله ابن حمزه و کتاب الدروس شهید اول از معاشناسی جهان ممکن برای استنباط حکم بهره برده شده است. در این نوع معنی‌شناسی از منطق برای تحلیل معنی استفاده می‌شود. در معاشناسی جهان ممکن، مختصه‌ای که برای تعبیر صورت‌هایی نظیر فرض کن (فرض استیمار برای مشتری) که...، انگار که...، می‌شود این طور تلقی کرد که... باید در نظر گرفته شود. (امیر اقدم و برجی، ۱۳۹۳: ۱۳۸) در این روش، معنی‌شناس، کاربرد صدق و شرایط صدق را توضیح می‌دهد. در این نوع معاشناسی، زبان به عنوان ابزاری برای صحبت درباره جهان خارج از زبان، در نظر گرفته می‌شود. بر این اساس، درک معنی یک پاره‌گفتار در شرایطی رخ می‌دهد که بتوان آن پاره‌گفتار را با موقعیتی که توضیح می‌دهد، تطبیق داد. جهان ممکن موقعیتی است که بتوان در آن صدق یا کذب جمله‌ای را تعیین کرد. (گندمکار، ۱۳۹۹: ۱۳۸) به همین دلیل «لم یرض» را در الوسيله می‌بایست به استیمار با مشتری و «خولف» در الدروس را به فرضی که غیر (اجنبی) معامله را فسخ می‌کند، معنا کرد و الا شرایط صدق عبارت حاصل نبوده و جمله کاذب از کار در خواهد آمد.

## ۵. بینامتنیت و ابهام‌زدایی در معنای محل نزاع

نظریه بینامتنیت بر این باور است که هر متنی بر پایه متن‌های پیشین خود شکل می‌گیرد. هیچ متنی نیست که کاملاً مستقل تولید یا حتی دریافت گردد. بنابراین در تولید و دریافت یک متن همواره پیش‌متن‌ها نقش ایفا می‌کند. به بیان دیگر بدون روابط بینامتنی، هیچ متنی خلق نمی‌شود. (نامور مطلق، ۱۳۸۸: ۷۹) بینامتنیت برای اشاره به ملاک‌های متنیت به کار می‌رود. متنی را باید واجد شرایط متنیت مشترک دانست که به لحاظ صوری یا معنایی به متن دیگری مربوط شود. (صفوی، ۱۳۸۲: ۱۸۸)

از ویژگی‌های برجسته متون فقهی همانند دیگر متون، بینامتنیت است. در معاطات همچون دیگر مباحث بیع، بینامتنیت ویژه‌ای از سوی فقیهان هم در بحث تقریر محل نزاع، و هم در آثار و احکام آن ارائه شده است. معاطات در لغت به



معنای اعطای طرفینی است؛ یک نفر اعطا کند و دیگری بگیرد و دیگری هم اعطا کند و نفر اول بگیرد؛ این را معاطات می‌گویند.

در تقریر محل نزاع در عنوان معاطات برای کشف معنای صحیح و مورد نزاع، بینامتنیتی صریح، به کار برده شده است. مرحوم شیخ بعد از بیان اقوال می‌فرماید: برای اینکه اقوال فقیهان روشن شود، اول باید مشخص شود، فقیهان، محل نزاع را کجا قرار داده‌اند، آیا می‌گویند معاطات بیع است یا غیر بیع، لازم است یا غیر لازم، محل نزاع جایی است که متعاطیین قصد اباحه کردند یا جایی که قصد تملیک دارند. کلامی را از محقق ثانی (۹۴۰-۸۷۰ق. / جامع المقاصد)<sup>۱</sup> نقل می‌کنند، کلامی را از صاحب جواهر (۱۲۶۶-۱۲۰۰ق. / جواهر الکلام) بیان می‌کنند. در مورد کلام محقق ثانی می‌فرمایند: «بعید» و در مورد کلام صاحب جواهر می‌فرمایند: «ابعد»؛ سپس سخن شیخ طوسی (۴۶۰-۳۸۵ق. / الخلاف) به همراه قول شافعی (۲۰۴-۱۵۰ق.) و ابوحنیفه (۱۵۰-۸۰ق.) را بیان می‌کنند.

همچنین پس از ذکر سخن ابن ادریس (۵۹۷-۵۴۳ق.) در السرائر در ادامه، قول ابن زهره (۵۸۵-۵۱۱ق.) درباره معاطات در الغنیه، ابو صلاح حلبی (۴۴۷-۳۴۷ق.) در الکافی، محقق حلی (۶۷۶-۶۰۲ق.) در الشرایع، علامه حلی (۶۴۸-۷۲۶ق.) در التذکره و شهید اول (۷۸۶-۷۳۴ق.) در القواعد (قواعد الأحکام علامه حلی) نقل می‌شود.

بعد از بیان همه اقوال در مسئله، کشف معنا و منظور دقیق فقیهان در تقریر محل نزاع را قابل فهم می‌نماید. مرحوم شیخ می‌فرماید:

وقتی کلمات فقیهان را بررسی کردیم به این نتیجه می‌رسیم که محل نزاع در معاطات، معاطاتی است که قصد تملیک دارند (معنای صحیح در محل نزاع معاطات با تمسک به نظریه بینامتنیت). (پایگاه اطلاع‌رسانی آیت‌الله محمد جواد فاضل لنکرانی)

۱. برای تاریخ تولد و وفات، همچنین آثار فقهی برخی فقهاء ر.ک. (گرجی، ۱۳۹۲: ۴۷ و ۱۷۷ / فیض، ۱۳۸۲: ۳۹۹).



باید اذعان کرد که بینامتنیت گر چه در قرن بیستم با ژولیا کریستوا<sup>۱</sup> و دیگر اندیشمندان غربی شناخته شده است، ولی باید اذعان داشت که این مباحث، هزاران سال پیش به وسیله علمای بلاغت به عنوان «مقال» بیان شده و معرفی گشته‌اند. مراد علمای بلاغت از عبارت «لکل مقام، مقال» همین بینامتنیت بوده است. (ساسانی، ۱۳۸۴: ۴۳)

### نتیجه:

مبانی معاشناسی متون فقه بیع همانند همه متون فقه و متون قانونی آن، مؤلف محوری و ظهور نوعی است. فقیهان علاوه بر تشخیص ابهام و بر خلاف معاشناسان محض، به مقوله زدودن ابهام هم توجه ویژه داشته و از این رهگذر راهکارهایی را در متون فقهی به کار بسته‌اند. برخی از این راهکارها صرفاً با استفاده از مبانی معاشناختی زبان، برخی نیز در قالب مبانی کاربردشناختی و در نهایت ترکیبی از هر دو مبنا جهت استنباط و کشف معنای مورد نظر معصومان<sup>ع</sup> و یا فقیهانی صاحب نظر در آن عرصه بوده است. بنابراین به موازات قواعد و ضوابط معاشناسی محض، برای زدودن ابهامات واژگانی، گروهی و ساختاری، از بافت‌های زبانی یا غیرزبانی، نصوص، برداشت‌های قطعی و غیرقطعی، معاشناسی جهان ممکن، در کنار اصول کاربردشناسی همچون تفسیر موضعی و نظریه بینامتنیت، استفاده و بهره‌برداری‌های فراوانی کرده‌اند. قابل ذکر است که بافت‌های غیر زبانی در متون فقهی شکلی نوشتاری به خود یافته و امروزه سالبه به انتفاء موضوع گشته‌اند؛ به عبارت دقیق‌تر بافت‌های غیر زبانی نیز در قالب نوشتار از زمان معصومان<sup>ع</sup> در خلال کتب به عصر حاضر منتقل شده‌اند. برای استنباط احکام فقهی و حقوقی متقن در نزد علمای فن پیشنهاد می‌شود در مراکز حوزوی و دانشگاهی و همچنین مراجع قضایی، به غیر از گذراندن دروس رایج، مبانی معاشناسی و کاربردشناسی متون فقهی، قانونی و قضایی نیز به عنوان واحدهای

1. Julia kristeva.



دروس رسمی، گنجانده و تدریس شود تا بدین وسیله بر غنا و اتقان احکام فقهی در حوزه‌های علمیه و احکام قضایی در دادگاه‌ها افزون گردد.

## منابع و مأخذ:

- آبی، حسن ابن ابی الطالب (۱۴۰۸)، کشف الرموز، قم: جماعة المدرسين.
- آقا گل‌زاده، فردوس (۱۳۹۹)، فرهنگ توصیفی تحلیل گفتمان و کاربردشناسی، تهران: نشر علمی.
- آل یاسین، محمد حسین (۱۴۰۰ق)، الدراسات اللغویة عند العرب، بیروت: دار مکتبة الحیة.
- ابن بابویه، محمد بن علی (شیخ صدوق) (۱۴۰۴)، عیون اخبار الرضا علیه السلام، تهران: نشر صدوق.
- ابن حمزه، محمد ابن علی (۱۴۰۸)، الوسیله، قم: مکتبه آیه الله مرعشی نجدی.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۳۳)، لسان العرب، بیروت: دار الصادر.
- احمدی، بابک (۱۳۸۹)، ساختار و تأویل متن، تهران: نشر مرکز.
- ازهری، محمد ابن احمد (۲۰۰۱م)، تهذیب اللغة، بیروت: دار احیا التراث العربی.
- اصفهانی، محمد حسین (۱۴۲۷)، حاشیة المکاسب، قم: ذوی القربی.
- افخمی، علی و غلامحسین نودهی (۱۳۸۱)، «نظریه معنایی اصالت ظهور در اصول فقه شیعه»، مجله علوم قرآنی و ادبیات عرب دانشکده ادبیات دانشگاه تهران، ۲۱، ش ۵۸۸، ص: ۳۶۲-۳۴۱.
- امام وردی، محمد حسن (۱۳۹۹)، ابهام‌زدایی از زبان حقوقی، تهران: انتشارات مجد.
- امامی خوانساری، محمد (بی تا)، حاشیة علی المکاسب، قم: دارالکتب.
- امیر اقدم، ریما و حسن برجی (۱۳۹۳)، «رویکرد تفسیری بافت‌گرایی و کاربرد آن در تفسیر متون دینی (قرآن) و تفسیر متون حقوقی (قوانین)»، دانشنامه حقوق و سیاست، ش ۲۱، ص: ۱۵۷-۱۳۱.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۱)، المکاسب، قم: انتشارات مجمع فکر اسلامی.
- ایروانی، علی (۱۳۷۹)، حاشیة المکاسب، قم: کتبی نجفی.



- باطنی، محمدرضا (۱۳۸۵)، توصیف ساختمان دستوری زبان فارسی، تهران: امیر کبیر.
- باقری، مه‌ری (۱۳۸۶)، مقدمات زبان‌شناسی، چ ۱۰، تهران: نشر قطره.
- پایانی، احمد (۱۳۹۷)، شرح مکاسب، قم: انتشارات دارالعلم.
- - ترمذی، محمد بن عیسی (۱۴۲۶)، الجامع الصحیح (سنن ترمذی)، لبنان: نشر بیروت.
- - جباری، مصطفی و حسین رضویان (۱۳۹۴)، «رد پای زبان‌شناسی حقوقی در متون فقهی»، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ص ۷، ش ۱۲، ص: ۶۴-۴۱.
- جزایری، محمد جعفر (۱۴۱۶)، هدی الطالب الی شرح المکاسب، قم: طلیعه النور.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۷)، ترمینولوژی حقوق، تهران: نشر گنج دانش.
- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۰۷)، صحاح اللغة، بیروت: دار العلم للملایین.
- حر عاملی، محمد بن الحسن (۱۴۳۴)، وسائل الشیعة، تهران: نشر اسلامیه.
- حسینی روحانی، محمد صادق (۱۴۳۵)، فقه الصادق علیه السلام، قم: آیین دانش.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۰)، ارشاد الأذهان، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- حلی (محقق) جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، شرایع الإسلام، قم: اسماعیلیان.
- خراسانی، محمد کاظم (۱۴۴۰)، کفایة الأصول، قم: انتشارات حقوق اسلامی.
- خوانساری، محمد (۱۳۷۹)، منطق صوری، تهران: نشر آگاه.
- خوری، سعید (۱۴۳۵)، أقرب الموارد فی فصیح العربیه و الشوارد، قم: انتشارات أسوه.
- خوبی، ابوالقاسم (۱۴۱۷)، مصباح الفقاهه، قم: نشر فقاقت.
- ربانی گلیایگانی، علی (۱۳۸۳)، هرمنوتیک و منطق فهم دین، قم: بوستان کتاب.
- ساسانی، فرهاد (۱۳۸۴)، «تأثیر روابط بینامتنی در خوانش متن»، مجله زبان و زبان‌شناسی پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، ش ۲، ص: ۵۵-۳۹.



- سبحانی، شیخ جعفر (۱۳۹۷)، *الموجز فی اصول الفقه*، ج ۱، تهران: انتشارات حقوق اسلامی.
- سیاح، احمد (۱۳۸۷)، *فرهنگ بزرگ جامع نوین*، تهران: انتشارات اسلام.
- شهیدی تبریزی، میرفتاح (بی تا)، *هدایة الطالب الی اسرار المكاسب*، قم: دارالکتب.
- صادقی مقدم، محمدحسن و محمدحسن امام وردی (۱۳۹۲)، «گونه‌هایی از ابهام در گزاره‌های قانونی»، *مجله مطالعات حقوقی*، دوره ۵، ش ۲، ص: ۱۳۷-۱۵۹.
- صدر، سید محمد باقر (۱۴۱۵)، *دروس فی علم الأصول*، بیروت: دارالمنتظر.
- صفوی، کوروش (۱۴۰۰)، *فرهنگ توصیفی معناشناسی*، تهران: فرهنگ معاصر
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۹)، *درآمدی بر معناشناسی*، تهران: سوره مهر.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۸)، *آشنایی با معناشناسی*، تهران: پژوها کیوان.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۲)، *معناشناسی کاربردی*، تهران: همشهری.
- طباطبائی قمی، تقی (۱۴۲۶)، *مبانی منهاج الصالحین*، قم: قلم الشرق.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷)، *تهذیب الأحکام*، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
- ضیف، شوقی (۱۳۹۳)، *العصر الجاهلی*، تهران: امیر کبیر.
- عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳)، *المسالك الأفهام*، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- فیض، علیرضا (۱۳۸۲)، *مبایة فقه و اصول*، تهران: نشر دانشگاه تهران.
- قزوینی، علی بن اسماعیل (۱۴۲۴)، *ینایع الأحکام*، قم: جماعه المدرسین.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: نشر میزان.
- کلاتر، محمد (۱۴۱۰ق)، *المکاسب*، قم: دارالکتب.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۹۳)، *الکافی*، تهران: انتشارات نور الثقلمین.
- گرجی، ابوالقاسم (۱۳۹۲)، *تاریخ فقه و فقیهان*، تهران: سمت.
- گندمکار، راحله (۱۳۹۹)، *فرهنگ توصیفی معناشناسی*، تهران: نشر علمی.



- مامقانی، محمد حسن بن عبدالله (۱۳۲۳ق)، *غایة المآل فی شرح المکاسب و البیع*، ج ۲، قم: مجمع الذخائر الإسلامیه.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴)، *جامع المقاصد*، قم: آل البيت علیهم السلام لإحیا التراث.
- محمدی، عادل (۱۳۹۶)، *منظورشناسی زبان و تحلیل گفتمان*، تهران: نشر روش شناسان.
- مختار عمر، احمد (۱۳۸۵)، *معناشناسی*، ترجمه سید حسین سیدی، مشهد: نشر دانشگاه فردوسی.
- مزبان، علی حسن (۱۳۹۷)، *درآمدی بر معنی شناسی در زبان عربی*، تهران: سمت
- مظفر، محمدرضا (۱۳۸۶)، *اصول فقه*، قم: انتشارات دارالعلم
- معلوف، لويس (۱۳۸۸)، *المنجد*، تهران: نشر اسلام.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵)، *انوار الفقاهه (البیع)*، قم: مدرسه امام علی علیه السلام.
- مکی عاملی، شمس الدین محمد (۱۳۸۸)، *اللمعة الدمشقية*، قم: انتشارات دارالفکر.
- مکی عاملی، شمس الدین محمد (۱۴۳۰)، *غایة المراد*، قم: مکتب الأعلام الإسلامی فی الحوزة العلمیه.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۳۰)، *الدروس الشرعیه*، قم: مکتب الأعلام.
- مفید (شیخ)، محمد بن محمد (۱۴۱۰)، *المقننه*، قم: جماعه المدرسین.
- موسوی خمینی، روح الله (۱۴۲۱)، *البیع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- نامور مطلق، بهمن و منیژه کنگرانی (۱۳۸۸)، «از تحلیل بینامتنی تا تحلیل بیناگفتمانی»، *پژوهشنامه فرهنگستان هنر*، ش ۱۲، ص: ۹۴-۷۴.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۲۱ق)، *جواهر الکلام*، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه الإسلامی.
- هاشمی شاهرودی، محمود (۱۳۸۲)، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل البيت علیهم السلام*، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
- یزدی طباطبائی، سید محمد کاظم (۱۴۱۰ق)، *حاشیه المکاسب*، قم: اسماعیلیان.



- Brown, G & Yule, G,(1989) Discourse Analysis, Cambridge University Press.
- Kempson, Ruth M,(1980), Semautic theory, Cambridge University Press.
- Kooij, IG,(1971) Ambiguity in Natural language, Amsterdam, Netherland, North-Holland Publishing Company.
- Lyons, J,(1981), Linguistic Semantics, An introduction, Cambridge University Press.
- Yule, George,(1966) Pragmatics, New York: Oxford University Press.



## بررسی چستی «رشوه» با رویکرد فقه و حقوق ایران و افغانستان\*

محمد جوادی (نویسنده مسئول)\*\*

محمد قربانزاده\*\*\*

### چکیده

معنای متفاوت و گاه متضاد واژه‌ها، ممکن است منشأ اختلاف نظر و تفاوت دیدگاه گردد. شناخت دقیق موضوع تحقیقات علمی با قیود و حدودش، شرط اساسی استنباط صحیح است. معنای موضوع اگر به درستی روشن گردد و محدوده دلالت آن مشخص شود، کمک شایانی برای رسیدن به نتیجه مطلوب می‌کند. در متون و منابع فقهی، تعریف جامع و تفسیر دقیقی از واژه «رشوه» به عمل نیامده و حدود و ثغورش به درستی تبیین نگردیده است. فقها و اندیشوران اسلامی، برای تفسیر درست و تبیین صحیح این واژه، تعاریف گوناگون و مختلفی را ارائه کرده‌اند که هر یک از این تعاریف با ایراد و اشکالات متعددی مواجه هستند. تحقیق پیش‌رو که با هدف تبیین درست و دقیق چستی و ماهیت رشوه سامان یافته است، پس از گردآوری اطلاعات از منابع موجود در منابع کتابخانه‌ای و با روش تحلیلی، توصیفی به این نتیجه رسیده است که از کنارهم قرار دادن تعاریف فقها و مقایسه حقوق ایران و افغانستان، می‌توان معیار صحیح مفهوم «رشوه» را تبیین نموده و تعریف دقیق آن را استنباط کرد؛ بر این اساس، رشوه به لحاظ موضوع منحصر به قضاوت و حکم نبوده همان‌گونه که از نظر متعلق منحصر و محدود به اموال و افعال نمی‌باشد.

**کلید واژه‌ها:** رشوه، قضاوت، موضوع رشوه، متعلق رشوه.

\* تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۱۱/۱۳- تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۲/۰۲/۲۵- نوع مقاله: علمی، پژوهشی.

\*\* دانشجوی دکتری قرآن و علوم جامعه المصطفیٰ العالمیه خراسان، مشهد مقدس، ایران (mjawadi641@gmail.com).

\*\*\* استادیار گروه قرآن و علوم جامعه المصطفیٰ العالمیه خراسان، مشهد مقدس، ایران (m\_ghorbanzadeh@miu.ac.ir).

## مقدمه

«رشوه» آثار نامطلوب فردی، اجتماعی، فرهنگی و اخلاقی بسیاری دارد و از مصادیق آشکار ظلم و شاخص‌ترین نمونه‌های حرام‌خواری در نظام حکومتی محسوب می‌شود.

رشوه در جوامع متمدن امروزی در شکل‌ها و عنوان‌های جدیدی آشکار گشته و رسانه‌های جمعی از شیوع و گسترش آن به‌صورت پیشرفته و شبکه‌ای خبر می‌دهند. اگر روزگاری رشوه به عنوان یک گناه کوچک و اقدام مجرمانه محدود مطرح بود، امروز مفهوم وسیع و در برخی موارد ماهیت منظم و سازمان‌یافته به خود گرفته و به‌صورت پیمان‌ها و قراردادهای کلان و پیچیده انجام می‌شود. رشوه در طول تاریخ یک عمل زشت و غیر قانونی بوده (کرطانی، ۱۴۲۹: ۱۸؛ علی‌آبادی، ۱۳۴۵: ۵۸) و از مهم‌ترین آسیب‌های اجتماعی و شایع‌ترین بیماری‌های اداری در نظام حکومتی و مدیریتی جهان کنونی به شمار می‌رود، بدین جهت کنوانسیون‌های متعدد از سوی کشورهای جهان در زمینه مبارزه با رشا و ارتشا وضع گردیده است. (میرمحمد صادقی، ۱۳۸۷: ۳۵۸) رشوه در عرف به عنوان یک امر ناپسند و در ادیان آسمانی (حنبل، ۱۴۱۴: ۱/ ۴۳۴) به ویژه اسلام مورد نکوهش قرار گرفته است. (طوسی، ۱۳۶۴: ۶/ ۳۶۸؛ صدوق، ۱۳۶۳: ۱/ ۳۳۰؛ حرعاملی، ۱۳۸۳: ۹۴/۱۷)

عدم تعریف دقیق و جامع رشوه در متون و منابع دینی و روشن نبودن حدود و ثغور آن، موجب اختلاف آرا و تفاوت دیدگاه فقها در تعیین محدوده رشوه و مصادیق آن شده است (توحیدی، ۱۴۱۲: ۱/ ۳۶۰)، از این‌رو شناخت و تعریف دقیق رشوه با قیود و حدودش - که شرط اساسی استنباط صحیح است - از اهمیت ویژه و جایگاه منیعی برخوردار بوده و ضرورت ناپذیر است. مفهوم و چیستی رشوه اگر به درستی تبیین و محدوده دلالت آن مشخص شود، کمک شایانی برای رسیدن به نتیجه مطلوب نموده و بخش مهمی از ابهامات و اشکالات مرتفع می‌گردد و بسیاری از اختلاف‌تعبیر و تفاوت آرا از بین می‌رود.





پرسش اساسی در این تحقیق این است که رشوه به لحاظ موضوع و متعلق منحصر به امور مالی و قضاوت قاضی است یا موارد دیگری را هم شامل می‌شود؟ پژوهش پیش‌رو جهت پاسخ به پرسش فوق، تلاش دارد ماهیت و چیستی رشوه (تعریف اصطلاحی) را از طریق کاوش در نظریات فقهی و ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری ایران، و ماده ۳۷۰ کد جزای افغانستان با روش تحلیلی، توصیفی، مورد کنکاش و مذاقه قرار دهد تا از طریق طرح و طرد دیدگاه‌های مختلف و تحلیل و بررسی مواد قانونی مذکور، دامنه کاربرد و حدود و ثغور رشوه روشن گردد.

**پیشینه موضوع:** رشوه در جوامع و ملل مختلف پیش اسلام، جزو جرایم اداری بوده و پس از ظهور اسلام نیز ضمن احادیثی از سوی پیشوایان دینی، مورد نهی و نکوهش قرار گرفته است. (حرعاملی، ۱۳۷۶: ۱۲/۶۴؛ قمی، ۱۳۸۶: ۳/۳۶۰؛ مجلسی، ۱۴۰۳: ۱۰۲/۲۷۴؛ کلینی، ۱۳۷۵: ۱۴۱/۵)

در زمان حضور پیشوایان معصوم علیهم‌السلام که مردم سؤال‌های‌شان را با مراجعه به آنان حل می‌کردند، نیاز چندانی به تألیفات گسترده‌ای در این زمینه احساس نمی‌شد، اما پس از آن دوران، علی‌رغم اهمیت و حساسیت موضوع، کارهای در خور توجهی در این زمینه، از سوی اندیشمندان صورت نپذیرفته است؛ تنها تا زمان مرحوم شیخ طوسی، بیان مطالب اندک و پراکنده در این باره مشاهده می‌شود و از کارهای عمیق و گسترده خبری نیست.

مرحوم شیخ طوسی برای اولین بار مطالبی را پیرامون رشوه مطرح نمود که کاملاً تازگی داشته و پیش از زمان ایشان مطرح نبوده است. (طوسی، ۱۳۵۱: ۸/۱۵۱) پس از ایشان نیز محقق کرکی (محقق کرکی، ۱۹۸۱: ۴/۴۵)، مقدس اردبیلی (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۷: ۱۲/۴۸) و محقق یزدی (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۶: ۶/۴۴۶) فروعاً و مطالب نسبتاً جدیدتری را درباره رشوه طرح نموده‌اند که در این بین، مرحوم صاحب جواهر بیشترین سهم را در بسط، تعمیق و گسترش مباحث رشوه دارد.



ایشان رشوه را از زوایای گوناگون و ابعاد مختلفی مورد نقد و ارزیابی قرار داده است؛ رشوه «گفتاری» و «رفتاری» برای نخستین بار از سوی وی طرح گردیده و جزو ابتکارات ایشان به شمار می‌رود. (نجفی، ۱۹۸۱: ۱۳۳/۴) البته در این زمینه تحقیقات بسیاری، با رویکرد فقهی و حقوقی از سوی محققان و اندیشمندان تدوین گشته و هر کدام به نوبه خود، سخن نو و راهکار تازه‌ای دارد؛ با آن‌هم چپستی و ماهیت رشوه به خوبی تبیین نشده و حدود و ثغورش به درستی معین نشده است، لذا جا دارد که تحقیقات بنیادین و اساسی از زوایای مختلف و با رویکردهای متفاوت در زمینه ماهیت و چپستی رشوه انجام پذیرد، تا باشد که شاهد ریشه‌کن شدن این بلای خانمان‌سوز در جوامع بشری و به ویژه ممالک اسلامی باشیم.

## ۱. مفهوم رشوه

هر کلمه و واژه‌ای می‌تواند دارای مفاهیم و معانی متعددی باشد، از این رو توضیح و تبیین مفاهیم اساسی یک پژوهش از مهم‌ترین، مسئله آن تحقیق محسوب می‌شود. در ادامه، پس از بیان معنای لغوی و اصطلاحی رشوه، چپستی و ماهیت آن با محوریت موضوع و متعلق رشوه تحلیل و بررسی می‌گردد.

### ۱.۱. تعریف لغوی

رشوه، به تئلیث «راء»، واژه عربی، مفرد، معتل اللام، ناقص واوی (شرتونی، ۱۴۱۶: ۴۰۷/۱؛ بستانی، ۱۹۹۲: ۴۰۹) برگرفته از ماده «رِشا، یرشوه، رِشوا»، جمع آن «رُشا» و «رِشا» باضم و فتح «راء» (فیومی، ۱۴۲۸: ۲۲۸) می‌باشد. رشوه در لغت در معانی «خواستن و طلب نمودن» (جوهری، ۱۴۱۹: ۲۳۵۷/۶)، «گسترش و امتداد یافتن» (ابن منظور، ۱۹۹۷: ۱۴/۳۲۲)، «اطاعت و پیروی کردن» (کرطانی، ۱۴۲۹: ۵۲)، «نرمش و مدارا نمودن» (ابن منظور، پیشین)، «دستمزد و حق السعی که با شرط خاصی به دیگری پرداخته می‌شود» (فیروزآبادی، ۱۴۱۶: ۳۳۲/۴)، «چیزی که به حاکم و دیگری می‌دهد تا به نفع او حکم کند یا خواسته‌اش را برآورد» (طریحی، ۱۳۷۵: ۱/۱۴۸)، «رسیدن به خواسته از راه غیر قانونی» (ابن اثیر، ۱۴۲۲: ۱/۵۶۹)، «پرداخت مال برای ابطال حق و احقاق



باطل» (شرتونی، پیشین) و «مالی که برای وادار کردن مأموری به انجام کاری به حق یا ناحق پرداخت گردد» (سامی، ۱۳۱۷: ۶۶۵) به کار رفته است.

در واژه‌نامه‌های فارسی، رشوه به معانی «اتاوه، برطیل، برطیله، بلکفد، پاره، مزد» (صفی‌پور، بی‌تا: ۴۰۱/۱) و «کود و خاشاک» (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۲۰۹۱/۸) آمده است. در زبان فارسی کهن، قبل از ورود زبان عربی، واژه «پاره» به جای کلمه رشوه کاربرد داشته است، اما پس از ورود زبان عربی، کلمه «رشوه» جایگزین لفظ «پاره» گشته و اکنون واژه پاره کاربرد خود را در مفهوم رشوه از دست داده است. (دادوئی، ۱۳۸۴: ۳۴) معادل انگلیسی کلمه رشوه، واژه «Bribe» (باطنی، ۱۳۸۷: ۱۵) می‌باشد.

## ۲.۱. تعریف فقهی رشوه

در علم فقه، احکام بر موضوعات‌شان تعلق می‌گیرند (دادوئی، پیشین: ۳۸)، لذا تفاوت معنایی لفظ موجب دگرگونی و تفاوت دایره صدق حکم می‌گردد. تعیین محدوده حکم، بستگی به تعریف صحیح و دقیق موضوع حکم دارد، به همین جهت تعریف اصطلاحی، نسبت به تعریف لغوی، حساسیت بیشتری داشته و از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. با توجه به اینکه در متون دینی، تعریف جامع و تفسیر خاصی از رشوه به عمل نیامده (موسوی خوئی، ۱۴۲۲: ۱/۳۶۰) و حدود و ثغور آن روشن نگردیده، در فقه اصطلاح خاصی برای رشوه وجود ندارد و فقها رشوه را با همان معنای لغوی‌اش موضوع حکم قرار داده‌اند. آنان در نهایت در برخی موارد با افزودن قیدی، موضوع و متعلق رشوه را محدود و یا توسعه داده‌اند، از این رو در اصطلاح فقها تعریف‌های متعددی از رشوه به چشم می‌خورد. (ر.ک: مقدس اردبیلی، ۱۴۱۷: ۴۸/۱۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۲۳: ۱/۴۹۴؛ شیرازی، ۱۳۹۲: ۸۷؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۱۴۷/۲۲)

همچنین ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری ایران (مصوب ۱۳۶۷) و ماده ۳۷۰ و ۳۷۱ کد جزا افغانستان (مصوب ۱۳۹۵) به تبیین و تعریف رشوه پرداخته‌اند. در ادامه تعابیر و تعاریف متعدد و مختلف رشوه را



می‌توان با دو محوریت «موضوع» و «متعلق» رشوه، ضمن چند تعریف، دسته‌بندی و ارزیابی کرد.

## ۲. چیستی و ماهیت رشوه

شناخت دقیق موضوع نوشته‌های علمی و پژوهشی، با قیود و حدودش - که شرط اساسی استنباط صحیح است - از اهمیت ویژه و جایگاه والایی برخوردار بوده و ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است. چه بسا یک واژه، دارای معانی متفاوت و گاه متضادی است که هر کدام ممکن است منشأ اختلاف نظر گردد. در ادامه برای تبیین ماهیت رشوه، نخست دیدگاه‌ها و نظریات فقها پیرامون چیستی رشوه با محوریت مضوع و متعلق رشوه بررسی و ارزیابی شده و سپس تعریف منتخب بیان می‌گردد.

### ۲.۱. تعریف رشوه با محوریت موضوع

در این تعریف که با محوریت موضوع رشوه شکل گرفته، عنایت خاصی به موضوع رشوه شده است؛ این تعریف از تعابیر و سخنان برخی فقها پیرامون رشوه به دست می‌آید. طبق این مبنا و معنا رشوه در محدوده قضاوت قاضی و اصدار حکم موضوعیت دارد و شامل غیر آن نمی‌گردد. اخذ مال در موارد غیر حکم و قضاوت باید از مسیر دیگری توجیه گردد. تعریف رشوه با محوریت موضوع را می‌توان ضمن سه تعریف ذیل مورد بررسی و ارزیابی قرار داد.

#### ۲.۱.۱. انحصار رشوه در قضاوت

تعداد از فقیهان و دانشمندان، با الهام و توجه به احادیث صادره از سوی پیشوایان دینی در باب رشوه که با قید «فی الحکم» (کلینی، ۱۴۲۹: ۹/۴۲۱؛ مجلسی، ۱۴۰۳: ۲۴/۹؛ ۵۰/۱۰۳؛ متقی هندی، ۱۴۰۱: ۵/۸۲۴؛ حر عاملی، ۱۳۸۳: ۲۷/۲۲۳؛ ۱۷/۹۴؛ سیوطی، ۱۳۶۵: ۲/۲۸۴) همراه است، رشوه را مختص باب قضاوت و حکم می‌دانند و براین باورند که رشوه تنها در محدوده قضاوت قاضی و اصدار حکم موضوعیت دارد و شامل غیر حکم و قضاوت نمی‌گردد.





بر این اساس، این عده، حرمت اخذ مال در سایر ابواب را با قاعده «حرمت اکل مال به باطل» توجیه می‌کنند. طبق این تعریف، رشوه از نگاه ایشان، موضوع منحصر و محدود در قضاوت و حکم بوده و در غیر آن موضوعیت ندارد.

این تعریف و تفسیر از سخنان و کلام مولفان و مصنفان شرایع الاسلام (حلی، ۱۴۰۹: ۷۸/۴)، مستند الشیعه (نراقی، ۱۳۷۹: ۷۰/۱۷)، تحریر الوسیله (موسوی خمینی، ۱۳۶۹: ۳۶/۲)، ریاض المسائل (طباطبایی، ۱۴۱۹: ۸/۸۴)، عروة الوثقی (طباطبائی، ۱۴۲۰: ۴۴۲/۶)، الروضة البهیه (عاملی جبعی، ۱۴۲۳: ۱/۴۹۹)، مسالک الإفهام (همو، ۱۴۱۳: ۲/۴۰۵) و قواعد الاحکام (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱/۱۲۱) به دست می‌آید.

مستفاد کلام فقهای مذکور، انحصار رشوه در باب حکم و قضاوت است، زیرا این دسته از فقیهان با آوردن قید «حکم» در تبیین و تعریف رشوه، موضوع آن را منحصر در قضاوت و حکم نموده‌اند. شاهد این مدعا دیدگاه شیخ انصاری است؛ ایشان علی‌رغم اینکه ظاهر عمل را درباره قاضی و غیر قاضی یکسان دانسته و عمل هر دو را حرام می‌داند، ولی دادن رشوه به غیر قاضی را به جهت صدق عنوان رشوه حرام نمی‌داند، بلکه معتقد است چون رشوه دارای فساد (اثر وضعی) است، حرام می‌باشد.

از نگاه شیخ ایشان، صدق عنوان رشوه در غیر مورد قضاوت و حکم پذیرفتنی نبوده و نفس رشوه در غیر قضاوت حرام نیست، اگرچه تصرف در مال الرشوه حرام است، چون به اعتقاد ایشان با عقد باطل، مال از ملکیت رشوه‌دهنده خارج نشده و به رشوه‌گیرنده منتقل نمی‌گردد، از این رو تصرف در آن مال حرام و مصداق خوردن مال به باطل است. (انصاری، ۱۴۲۲: ۲۴۷/۱) همچنین حسینی عاملی پس از آنکه رشوه را منحصر در قضاوت و حکم می‌داند، با افزودن قید «کما هو الحق» در تعریف رشوه، تأکید می‌کند که رشوه در غیر قضاوت و حکم موضوعیت ندارد. (حسینی عاملی، بی تا. ۱۳۱/۴)



همین طور مستفاد از تعریف فخرالدین طریحی در «مجمع البحرین»، انحصار رشوه در باب حکم و قضاوت است (طریحی، ۱۳۷۵: ۱/ ۱۸۲)، چون ایشان رشوه را به بذل مال جهت اصدار حکم تعریف نموده است. آوردن قید حکم در تعریف رشوه بیانگر انحصار آن در حکم و داوری است. صاحب جواهر نیز تعریفی را مبنی بر اختصاص داشتن رشوه به قضاوت و حکم نقل نموده است. (نجفی، ۱۹۸۱: ۴/ ۱۳۳)

به طور کلی می‌توان گفت قاعده و ضابط فوق (انحصار رشوه در قضاوت) در تعریف و تفسیر رشوه، از کلام و سخنان کسانی که در تعریف رشوه از واژه «حکم» استفاده نموده‌اند، قابل اصطیاد است، زیرا در تعریف و توضیح رشوه، متبادر از کلمه «حکم» به ذهن، حکم و داوری است، اگرچه کلمه حکم در غیر قضاوت نیز جریان دارد، اما در این گونه موارد (در باب داوری) انصراف به قضاوت و حکم قاضی دارد. به عبارت دیگر در تعریف و تبیین رشوه هر جا سخن از حکم به میان آید مقصود از آن، قضاوت و داوری است، از این رو در عبارات پیشین آنچه از کلمه «حکم» به ذهن متبادر می‌کند، قضاوت و داوری می‌باشد. بنابراین طبق این تعریف و توضیح، رشوه از نظر موضوع منحصر در باب قضاوت و حکم بوده و شامل موارد دیگر نمی‌گردد. به عبارت دیگر تحقق عنوان رشوه منحصر در قضاوت قاضی و اصدار حکم بوده و موارد دیگر از دایره شمولیت عنوان رشوه خارج است.

## ۲.۱.۲. انحصار رشوه در جُعل قاضی

در این تعریف و تعبیر، «رشوه» به جُعل قاضی تفسیر شده است. فقیهانی چون مقدس اردبیلی (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۷: ۱۲/ ۵۴) و محقق ثانی (محقق کرکی، ۱۹۸۱: ۴/ ۴۵)، موسوی اردبیلی (موسوی، ۱۳۸۱: ۱/ ۱۹۳) و ابن ادریس حلی در سرائر (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۲/ ۱۶۶) رشوه را به «جُعل» تفسیر و تعریف نموده و گرفتن حق الجعالة از طرفین دعوا را رشوه دانسته‌اند.

حسینی روحانی نیز رشوه را جُعل در برابر حکم می‌داند. ایشان در بیان مفهوم رشوه نخست شش قول را یادآور می‌شود و سپس همه اقوال را مخدوش دانسته و قول



ششم که رشوه را به جعل در برابر حکم به باطل تفسیر نموده، به عنوان قدر متیقن در معنا و مفهوم رشوه می‌پسندد. (حسینی روحانی، ۱۴۱۳: ۱۴/ ۲۷۰) البته این نکته شایان ذکر است که تفاوت این تعریف با تعریف پیشین در این است که طبق این تعریف رشوه ضمن یک نوع عقد (جعاله) و به صورت قرارداد انجام می‌گیرد، ولی در تعریف قبلی چنین چیزی مطرح نیست.

این معنا در لغت‌نامه‌هایی مانند «لسان العرب» ابن منظور (ابن منظور، ۱۹۹۷: ۳۲۲/ ۱۴)، «قاموس المحيط» فیروزآبادی (فیروزآبادی، ۱۴۱۶: ۴/ ۱۸۲)، «متن اللغه» احمد رضا (رضا، ۱۳۷۷: ۲/ ۵۹۲) و «محیط المحيط» معلم بستانی (بستانی، ۱۹۹۲: ۱/ ۷۸۳) نیز منعکس شده است.

فاضل هندی نیز با الگوپذیری از نظرات لغویان، رشوه را به جعل معنا نموده است. (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۰/ ۵۲) از آنجایی که صاحب جواهر، دریافت اجرت در برابر قضاوت و حکم را به صورت مطلق حرام دانسته، می‌رساند که از نگاه ایشان نیز جعل از افراد و مصادیق رشوه به شمار می‌رود. (نجفی، ۱۹۸۱: ۲۲/ ۱۴۶)

شیخ انصاری نیز تعریف رشوه به جعل را قول مشهور علما و فقها می‌داند. (انصاری، ۱۴۲۲: ۱/ ۲۴۷) شهید اول نیز در کتاب «الدروس الشرعیه»، رشوه را به جعل تفسیر و تعریف نموده است. (مکی، ۱۴۱۷: ۳/ ۱۷۲)

از آنجایی که جعاله از عقود صحیحه و امضایی اسلام به شمار می‌رود، تفسیر رشوه به جعل، مطلق جعل مد نظر نیست (کاشف الغطاء، ۱۴۲۰: ۷۴)، زیرا نمی‌توان پذیرفت که رشوه همان جعل است و بین‌شان رابطه تساوی برقرار است، بلکه مراد از واژه جعل در این تعریف، جعل قاضی است، چنان که صاحب جواهر الکلام در این زمینه می‌فرماید: «رشوه مطلق جعل نیست، بلکه بین رشوه و جعل، عموم من وجه است». (نجفی، ۱۹۸۱: ۲۲/ ۱۴۶)

این سخن مرحوم آیت الله خوئی که می‌فرماید: «تفسیر نمودن رشوه به جعل که از سوی قاموس ارائه شده، تفسیر اعم است» (موسوی خوئی، ۱۴۱۲: ۱/ ۳۶۰) نیز



بیانگر این مدعاست که بین رشوه و جُعل رابطه تساوی نیست. بنابراین مقصود کسانی که رشوه را به جُعل تفسیر نموده‌اند، جُعل قاضی است نه مطلق جُعل که مورد پسند عقل و تأیید شرع است.

### ۳. ۱. ۲. رشوه اعم از جُعل و قضاوت

این تعریف که متخذ از اطلاق روایات (حرعاملی، ۱۳۷۶: ۱۲/۶۴؛ قمی، ۱۳۸۶: ۳/۳۶۰؛ مجلسی، ۱۴۰۳: ۱۰۲/۲۷۴؛ کلینی، ۱۳۷۵: ۵/۱۴۱) باب رشوه است، مفهوم رشوه را در غیر مورد قضاوت و حکم تسری داده و برای آن معنای گسترده و وسیعی در نظر گرفته است.

طبق این معنا رشوه از جهت موضوع اختصاص به قضاوت و حکم ندارد، بلکه شامل همه ارگان‌ها و نهادهای دولتی و حکومتی می‌شود. به عبارت دیگر برحسب این تعریف رشوه از نظر موضوع دارای معنای گسترده و عامی است که همه موارد و مصادیق محتمل را دربر می‌گیرد.

شیخ طوسی نخستین فقهی است که محدوده معنایی رشوه را از قضاوت و حکم به عامل و کارگزاران حکومتی تسری داده است. (طوسی، ۱۳۵۱: ۸/۱۵۱) ایشان در تبیین حکم فقهی رشوه واژه «عامل» را به کار برده است که بیانگر عمومیت داشتن رشوه است، زیرا طبق تعریف اهل لغت، عامل کسی است که متصدی کارهای دیگران در امور مالی و ملکی شود. (طریحی، ۱۳۷۵: ۳/۲۵۳؛ ابن اثیر، ۱۳۶۷: ۳/۳۰۰، ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۱/۴۷۴؛ زبیدی، ۱۴۱۴: ۱۵/۴۳۱) همچنین «عامل» در زبان فارسی نیز کاربرد گسترده و وسیعی دارد که شامل مأمورین حکومتی، ضابطین و والیان می‌گردد. (معین، ۱۳۸۸: ۹۹۳)

شهید ثانی نیز با آوردن قید «عامل» در تعریف رشوه، نه تنها آن را محدود به قضاوت و حکم نمی‌داند، بلکه دلیل تعمیم رشوه را اجماع و اتفاق مسلمین می‌داند. (عاملی جبعی، ۱۴۲۳: ۲/۴۰۵)

آیت الله خوئی معتقد است در متون و منابع دینی تعریف دقیق و تفسیر خاصی از رشوه به عمل نیامده است، از این رو برای تبیین معنای اصطلاحی رشوه باید به اهل



عرف، لغت‌شناسان و سخنان اصحاب مراجعه کرد و حاصل مراجعه این‌گونه خواهد شد: «رشوه چیزی است که برای احقاق حق یا انجام باطلی یا تملق و چاپلوسی و یا برای رسیدن به مقصود یا عملی که اجرت ندارد، پرداخت می‌شود». (موسوی خوئی، ۱۴۱۲: ۱/۳۳۷)

صاحب جواهر نیز در زمره کسانی است که قائل به عمومیت داشتن رشوه نسبت به عامل و کارگزاران حکومتی شده است. (نجفی، ۱۹۸۱: ۴۰/۱۳۳)

سید محمدکاظم طباطبایی یزدی در عروة الوثقی به صراحت بیان می‌دارد که رشوه منحصر به قضاوت نبوده و شامل غیر حکم نیز می‌شود. (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۶: ۴۴۶/۶)

از فقهای معاصر، آیت الله خوئی (موسوی خوئی، ۱۴۱۸: ۳۵/۴۲۳)، آیت الله گلپایگانی (گلپایگانی، ۱۴۰۱: ۲۳۶) و آیت الله منتظری (منتظری، ۱۴۲۳: ۳/۱۵۱) قائل به تسری رشوه نسبت به غیر قضاوت و حکم شده‌اند.

از علمای اهل سنت، ابن قدامه در «المغنی» (المقدسی، ۱۴۰۸: ۹/۵۷) و ابن حزم در «المحلی» (اندلسی، ۱۴۲۱: ۸/۱۱۸) معتقد به عمومیت داشتن رشوه در غیر حکم و قضاوت هستند.

طبق ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری (مصوب ۱۳۶۷) ایران، و ماده ۳۷۰ کد جزا مصوب ۱۳۹۵ افغانستان، نیز رشوه به همه سازمان‌ها، مراکز و مؤسسات دولتی اعم از قضایی و اداری تعمیم داده شده و متولیان حکومتی را اعم از عضو پارلمان، شاروالی، جرگه‌های ولایتی، محلی و موظفین خدمات عامه، رسمی یا غیر رسمی، در برابر هرگونه دریافتی از سوی مراجعان، رشوه‌گیرنده به حساب آورده است.

#### ۴. ۱. ۲. بررسی و ارزیابی تعاریف

تعریف اول و دوم، تعریفی مضیق و محدود است. در این تعریف رشوه منحصر در باب قضاوت و حکم گردیده که گستره محدودی از مصادیق رشوه را شامل می‌شود و موارد بسیاری از شمولیت آن خارج می‌ماند. محدود نمودن رشوه به باب



قضا، مخالف مستندات فقهی و قوانین موضوعه در تعریف رشوه است، چون در اکثر منابع فقهی (ر.ک: طباطبائی یزدی، ۱۴۱۶: ۲/۲۴؛ طوسی، ۱۳۵۱: ۷/۱۲۵؛ منتظری، ۱۴۲۳: ۱۴۸؛ شهابی، ۱۳۵۲: ۲/۲۵۲؛ فیض کاشانی، ۱۴۱۵: ۱/۲۴۰) و بیشتر مراجع تفسیری (طبرسی، ۱۳۷۷: ۲/۱۳۳؛ طباطبائی، ۱۳۷۰: ۲/۵۳؛ فیض کاشانی، ۱۴۱۵: ۱/۲۲۷) و همچنین طبق قوانین موضوعه بسیاری از کشورها (ر.ک: ماده ۲۵۴ قانون جزای افغانستان؛ ماده ۳ قانون تشدید مجازات اسلامی) رشوه به گونه‌ای تعریف شده است که شامل قضا و غیر قضا می‌گردد.

تعریف سوم که دایره معنایی رشوه را تعمیم داده است، تعریف مناسب و منطبق با منطقی و واقعیات موجود امروزی است. امان نظر و دقت در منابع فقهی، تفسیری و روایی حاکی از آن است که رشوه از نظر موضوع نمی‌تواند منحصر و محدود به قضاوت و حکم باشد. همچنین تسری رشوه به غیر قضاوت و حکم از نظر عقل (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۱: ۱/۴۲۳) به عنوان مناط حجیت حکم نیز مجاز است، چون از دیدگاه عقل بین رشوه برای قضاوت و رشوه برای غیر قضاوت تفاوتی وجود ندارد و نتیجه هر دو مورد تضییع حقوق دیگران و مصداق بارز ظلم شمرده می‌شود.

توهم انحصار رشوه به حکم و قضاوت ناشی از آن است که در زمان‌های گذشته تشکیلات اداری به شکل امروزی نبوده و یا به جهت عدم دخالت فقیهان در امور حکومتی و اداره جامعه بوده است. به تعبیر دیگر قبح و زشتی رشوه پیش از آنکه یک حکم شرعی باشد، یک مسئله عقلانی و فطری است، بدین جهت در عرف امروز کشورها و ممالک مختلف جهان با ادیان و فرهنگ‌های متفاوت، رشوه معنای وسیع و گسترده‌ای دارد که سراسر نظام اداری و حکومتی، از بالاترین منصب و مقام مملکتی تا پایین‌ترین درجه کارمندی را شامل شده و در رسانه‌های جمعی از آن به صورت آشکار رشوه یاد می‌شود. (دادوئی، ۱۳۸۴: ۴۵)

طبق این معیار و مقیاس، رشوه منحصر به حکم و قضاوت نبوده و موارد غیر قضا و حکم را هم شامل می‌شود. خلاصه پس از غور و ارزیابی تعاریف سه‌گانه، می‌توان گفت تعریف سوم بهترین و سازگارترین تعاریف با سیره و روش عقلا و آیات و

روایات است و برحسب تعریف سوم، موضوع رشوه محدود به قضاوت و حکم نگردیده و دایره شمولیت آن توسعه یافته و شامل موارد غیر قضاوت و حکم نیز می‌گردد.

#### ۵. ۱. ۲. تعریف منتخب

اگرچه در لسان آیات و روایات و سخنان فقها و صاحب نظران، قضاوت و داوری اولین و مهم‌ترین مصداق رشوه شمرده شده است، اما پس از بررسی و ارزیابی تعاریف سه‌گانه و تبیین اشکالات وارده و با مبنا قرار دادن اطلاق روایات باب رشوه و سیره عقلا می‌توان گفت: رشوه منحصر به قضاوت حکم نبوده و شامل موارد و مصادیق دیگری نیز می‌گردد، زیرا:

اولاً کاربرد حدیثی و روایی لفظ رشوه در لسان برخی روایات صادر از پیشوایان معصوم علیهم‌السلام به طور صریح در مورد غیر حکم و قضاوت به کار رفته است، چنان که در صحیح محمد بن مسلم از امام صادق علیه‌السلام (حر عاملی، ۱۳۷۶: ۲۰۷/۱۲) راوی کلمه «رشوه» را به صراحت در موردی به کار برده که هیچ سنخیت و ارتباطی با حکم و قضاوت ندارد، ولی حضرت نه تنها از این استعمال جلوگیری نه فرموده، بلکه خود، آن را مجاز شمرده است. این می‌رساند که رشوه از نظر موضوع، معنای عام و گسترده‌ای دارد که شامل همه موارد و مصادیق آن می‌شود. (همان، ۹۴/۱۷؛ طوسی، ۱۳۶۴: ۱۵۱/۸)

ثانیاً کاربرد لغوی رشوه در واژه‌نامه‌ها و فرهنگ‌های لغت، هم ملهم عدم اختصاص رشوه به قضاوت و حکم است. لغت‌شناسان و واژه‌نگاران مانند طریحی در «مجمع البحرین» (طریحی، ۱۴۱۶: ۱/۱۸۴)، فیومی در «مصباح المنیر» (فیومی، ۱۴۱۴: ۲/۲۳۸)، ابن اثیر در «النهایه» (ابن اثیر، ۱۴۲۲: ۱/۵۶۹) و زمخشری در «اساس البلاغه» (زمخشری، ۱۳۸۵: ۱/۲۳۳) تعریف و معنایی را برای رشوه یادآور شده است که بیانگر وسعت و شمولیت رشوه در غیر باب قضا و حکم است.





ثالثاً در تعریف و تفسیر بیشتر فقهای فریقین، رشوه نه تنها به قضاوت و حکم محدود نشده است، بلکه به غیر حکم و قضاوت نیز تسری داده شده است. (طوسی، ۱۳۶۴: ۱۵۱ / ۸؛ عاملی جبعی، ۱۴۲۳: ۲ / ۴۰۵؛ اندلسی، ۱۴۲۱: ۸ / ۱۱۸؛ المقدسی، ۱۴۰۸: ۵۷ / ۹)

رابعاً در اکثر مجموعه‌های حقوقی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۳۳۵) و قوانین موضوعه امروزی بشر، رشوه اختصاص به قضاوت و حکم قاضی نداشته، بلکه شامل همه کارکنان دولتی و موظفین خدمات عمومی می‌گردد. از جمله طبق مواد ۳۳۱-۱۱، ۴۳۲-۱، ۴۳۳-۱ و ۴۳۳-۲ قانون جزای فرانسه (مصوب ۱۹۹۲)، مواد ۳۳۱ و ۳۳۲ قانون مجازات آلمان و ماده ۳۷۰ کد جزای افغانستان و ماده ۳ قانون تشدید مجازات اسلامی رشوه به همه مراکز و سازمان‌های دولتی اعم از قضایی و اداری تسری داده شده و کسی که در قبال انجام خدمات که موظف به انجام آن است، وجه یا مال یا سند پرداختی بگیرد مرتشی به حساب آمده است.

خامساً از نگاه عقل، رشوه از مصادیق بارز ظلم و تعدی به حقوق دیگران بوده و بدیهی است که در نظر عقل بین رشوه برای حکم و داوری و رشوه برای غیر آن تفاوتی وجود ندارد و هر دو مورد از مصادیق ظلم و تعدی است. (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۱: ۱ / ۴۲۳)

بنابراین، رشوه از نظر موضوع مطلق بوده و شامل قاضی و کارگزاران حکومتی می‌شود، خواه جزو کارکنان دستگاه قضا باشد یا مأمورین و موظفین خدمات عمومی. از سویی محصور و محدود کردن رشوه در باب قضاوت و حکم، با مستندات نقلی و عقلی ناسازگار است.

## ۲.۲. تعریف رشوه با محوریت متعلق

با توجه به عدم تعریف رشوه در متون و منابع اسلامی، این پرسش به ذهن می‌رسد که متعلق رشوه از منظر فقه و حقوق، منحصر و محدود به اموال است یا شامل موارد غیر مالی مثل اقوال و افعال نیز می‌گردد؟ مثلاً اگر شخصی برای به دست آوردن نظر قاضی، به مدح و ثنای او پردازد و او را تعظیم و تکریم نماید، یا به نفع او سخن





بگوید و خلاصه با انجام هر گونه عمل و گفتاری که مورد پسند و به نفع قاضی است، نظرش را به خود جلب کند تا به نفع او حکم صادر نماید، رشوه محسوب می شود یا اینکه رشوه اختصاص به اموال دارد و موارد غیر مالی را شامل نمی گردد؟ در پاسخ این پرسش، بین فقیهان و اندیشمندان رویکرد متفاوتی وجود دارد؛ بیشتر فقیهان در مورد رشوه غیر مالی نظر خاصی را مطرح نکرده اند و حتی بعضی از فقها در شمولیت رشوه بر موارد غیر مالی ابراز تردید کرده و قول به عدم شمول را قوی تر دانسته اند. (ر.ک: عاملی جبعی، ۱۴۲۳: ۱/ ۵۹۰؛ همو، ۱۴۱۳: ۳/ ۱۳۶؛ نراقی، ۱۳۷۹: ۱۷/ ۷۰)

در مقابل، برخی از اندیشوران اسلامی بر این باورند که رشوه اختصاص به امور مالی نداشته و شامل موارد غیر مالی نیز می گردد. (ر.ک: شیرازی، ۱۳۹۲: ۸۷؛ سبحانی، ۱۴۱۸: ۱/ ۳۰۸؛ گلپایگانی، ۱۴۰۱: ۱/ ۲۰۸)

در ادامه تعریف و تفسیر رشوه با محوریت متعلق، ضمن سه مبحث تبیین می گردد.

### ۱. ۲. ۲. انحصار رشوه به اموال

از آنجایی که رشوه غالباً از طریق پرداخت های مالی تحقق یافته و متعلق آن مال واقع می شود، جمهور فقها پیرامون رشوه غیر مالی طرح مسئله نکرده و عمدتاً بحث شان پیرامون رشوه، مسئله ضمان یا عدم ضمان مال الرشوه بوده است. این عده از فقها با تعریف و تفسیر رشوه به مال، رشوه را از نظر متعلق و جنس پرداختی منحصر در امور مالی نموده و دایره شمولیت آن را بر موارد غیر مالی مورد تردید و تشکیک قرار داده اند. (آشتیانی، ۱۴۲۵: ۱/ ۱۵۱؛ عاملی جبعی، ۱۴۲۳: ۱/ ۵۹۰؛ همو، ۱۴۱۳: ۳/ ۱۳۶؛ نراقی، ۱۳۷۹: ۱۷/ ۷۰)

ضابطه تعریف در این مبنا، متعلق و مال الرشاء است که طبق آن رشوه از نظر متعلق و جنس پرداختی محدود به امور مالی بوده و موارد غیر مالی را شامل نمی شود. شهیدثانی در کتاب «روضه البهیه»، رشوه را با معیار متعلق و جنس



پرداختی، به دریافت مالی از طرفین دعوا تعریف و تفسیر نموده است. (عاملی جبعی، همان: ۷۴)

ایشان در کتاب «مسالک الافهام» نیز با تفسیر رشوه به مال، دایره شمولیت رشوه را منحصر و محدود به امور مالی کرده است. (همان: ۱۴۶)

این تعریف (انحصار رشوه به اموال) از کلام مرحوم نراقی در کتاب «مستند الشیعه» نیز که گفته‌اند: «فلا کلام فی أن الرشوة هی المال مأخوذ من أحد الخصمین أو منهما أو من غیرهما للحکم علی الآخر» (نراقی، پیشین) قابل اصطیاد است، زیرا وی با تعریف رشوه به «هی المال مأخوذ من أحد الخصمین»، رشوه را به لحاظ متعلق محصور و محدود به امور مالی نموده است.

همچنین آشتیانی با استناد به اصل و سیره مستمره که به زمان معصوم علیه السلام منتهی می‌شود، شمول رشوه بر موارد غیر مالی را نپذیرفته و قول به عدم شمول را قوی‌تر دانسته است. (آشتیانی، پیشین: ۱۳۵) از نگاه ایشان قبول تعارفات معمول گفتاری مانند مدح و ستایش قاضی و رفتاری مثل انجام خواسته‌های او، به دلیل اصل و سیره‌ای مستمره که به زمان معصوم علیه السلام منتهی می‌شود، رشوه محسوب نمی‌شود. (همان)

از ماده ۳ قانون تشدید مجازات ایران که از واژه‌هایی مانند «وجه»، «مال» و «سند» استفاده نموده و متن ماده ۵۹۰ قانون تعزیرات که از عبارات «ارزان‌تر از قیمت» و «گران‌تر از قیمت» استفاده نموده‌اند، چنین استنباط می‌شود که طبق قانون تشدید مجازات اسلامی، رشوه به لحاظ متعلق و جنس پرداختی منحصر در امور مالی بوده و شامل موارد غیر مالی نمی‌گردد، اما در قانون کیفری افغانستان چنین انحصاری وجود ندارد.

از بررسی مطالب گذشته به این نتیجه می‌رسیم که طبق تعریف و تفسیر مذکور که متعلق رشوه را به پراخت‌های مالی منحصر نموده است، عنوان رشوه زمانی محقق می‌گردد که متعلق رشوه و جنس پرداختی مال باشد و موارد غیر مالی از تحت عنوان رشوه خارج است و با پرداخت آن رشوه تحقق نمی‌یابد. به عبارت دیگر طبق

این تعریف پرداخت‌های مالی در تحقق عنوان رشوه موضوعیت دارد و با پرداخت‌های غیرمالی عنوان رشوه در خارج محقق نمی‌گردد.

## ۲.۲.۲. انحصار رشوه به اموال و افعال

در متون و منابع فقهی، رشوه غیر مالی چندان مورد توجه علما و فقها قرار نگرفته و به گفته صاحب جواهر، پیش از او کسی این موضوع را طرح نکرده است (نجفی، ۱۹۸۱: ۴۰/۱۴۶)، اما عده‌ای از دانشمندان رشوه را به گونه‌ای تعریف کرده‌اند که موارد غیر مالی را نیز شامل می‌شود. (شیرازی، ۱۳۹۲: ۸۷؛ سبحانی، ۱۴۱۸: ۱/۳۰۸؛ گلپایگانی، ۱۴۰۱: ۱/۲۰۸؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۱۶: ۶/۴۴۴)

طبق این تعریف رشوه منحصر به امور مالی نیست و موارد غیر مالی نیز متعلق رشوه واقع شده و مشمول حکم آن می‌گردد. شاهد این مدعا سخن صاحب جواهر است:

فالذی ینبغی فی المقام تحریر آمرانِ أحدهما أن الرشوة خاصة فی الأموال و فی بذلها علی جهة الرشوة أو أنها تعمها و تعم الأعمال بل الأقوال، كمدح القاضی و الثناء علیه و المبادرة الی حوائجه و إظهار تبجیله و تعظیمیه و نحو ذلك و تعم البذل و عقد المحاباة و العاریة و نحو ذلك و بالجمله كل ما قصد به التوصل الی حكم الحاكم، قد یقوی فی النظر الثانی. (نجفی، پیشین، ۲۲/۱۴۶-۱۴۷)

ایشان این بحث را به صورت سوال مطرح نموده و پس از ذکر دو نظریه در تفسیر و تبیین رشوه، خود دیدگاه دوم، یعنی تعمیم متعلق را در تعریف رشوه پذیرفته است. دیدگاه فقیهانی دیگر نیز بر همین معنا و مبنا استقرار یافته است. (ر.ک: شیرازی، پیشین؛ گلپایگانی، پیشین: ۲۰۶؛ سبحانی، پیشین) از تعریف لغت‌نگاران نیز تعمیم متعلق رشوه قابل استنباط و استخراج است، چنان که در کتاب مجمع البحرین رشوه به «ما یعطیه الشخص الحاكم و غیره لیحکم له او یحمله علی ما یرید» تعریف شده است. (طریحی، ۱۳۷۵: ۲/۱۸۲) با توجه به اینکه طریحی کلمه «ما» را در تعریف رشوه آورده، می‌رساند که از نگاه ایشان رشوه منحصر به





امور مالی نبوده و مقصود از آن، هر نوع امتیاز، بخشش و منفعتی است که رشوه دهنده در اختیار رشوه گیرنده قرار می دهد.

چنان چه گفته شود متبادر از کلمه «ما» پرداخت های مالی است نه غیر مالی، زیرا کلمه «یعطیه» قرینه می شود که منظور از واژه «ما» در تعریف مذکور رشوه مالی باشد، نه رشوه غیر مالی، در پاسخ می توان گفت این ادعا مورد پذیرش نیست، زیرا اولاً کلمه «ما» عام است و شامل هر آنچه که رشوه دهنده در اختیار رشوه گیرنده قرار دهند می شود و هر نوع امتیازی که راشی، برای رشوه گیرنده در نظر بگیرد، تحت عموم کلمه «ما» داخل است.

ثانیاً کلمه «یعطیه» خود قرینه می شود که منظور از «ما» در این تعریف امور غیر مالی نیز هست، چون امتیازات غیر مالی نیز مانند امتیازات مالی، قابل اعطا و بذل بوده و مورد استفاده و بهره وری قرار می گیرد.

ابن اثیر از لغت شناسان معروف اهل سنت، نیز رشوه را رسیدن به خواسته ها از راه زدو بند و تبانی می داند. (ابن اثیر، ۱۴۲۲: ۲/ ۲۲۶) این تعریف نیز مطلق بوده و شامل هر راهی که رشوه دهنده را به هدفش برساند می شود، چون تبانی و مصلحت با پرداخت های مالی و غیر مالی سازگاری داشته و با هر دو نوع پرداخت، تحقق می یابد، لذا رشوه اختصاص به پول نداشته و هر چیزی که در این مسیر قرار گیرد و به هر عنوانی هم که پرداخت شود رشوه محسوب می شود. (دادستان، ۱۳۸۰: ۱/ ۱۰۸)

### ۳.۲.۲. رشوه اعم از اموال و افعال

بر اساس این تعریف رشوه دارای مفهوم وسیع و معنای گسترده ای بوده و مصادیق و نمونه های متعددی دارد. در این تفسیر رشوه علاوه بر اموال و افعال، شامل اقوال و گفتار مثل تمجید کردن و تعریف نمودن نیز می گردد. (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۶: ۱/ ۴۴۴؛ موسوی اردبیلی، ۱۳۸۱: ۱/ ۴۲۷؛ سبحانی، ۱۴۱۸: ۳۰۰؛ شیرازی، ۱۳۹۲: ۸۸؛ گلپایگانی، ۱۴۰۱: ۱/ ۳۲۸؛ محمدی گیلانی، ۱۳۶۲: ۶۹؛ نجم آبادی، ۱۴۲۱: ۹۹)



سید محمدکاظم یزدی، ضمن بیان اقسام رشوه، اقوال و گفتار را از اقسام و مصادیق رشوه شمرده و با عبارت «کالسعی فی حوائج و اظهار تعظیمه و تجحیله و نحو ذلک» شمولیت رشوه بر افعال و رفتار را پذیرفته است. (طباطبائی یزدی، پیشین) طبق تعریف آیت الله گلپایگانی، رشوه اعم از اموال و افعال است، زیرا ایشان رشوه را مطلق اعطای انسان تعریف نموده و هیچ تفاوتی بین امور مالی و غیر مالی نگذاشته است و این می‌رساند که از نگاه ایشان نیز رشوه اعم از اموال و افعال است. (گلپایگانی، پیشین)

از نگاه آقای سبحانی نیز رشوه منحصر به اموال و افعال نبوده و هر چیزی که موجب تضییع حقوق دیگران شود، رشوه محسوب می‌شود. (سبحانی، پیشین) در تعریف دیگری، دعوت نمودن برای سیاحت و ضیافت نیز رشوه به شمار می‌رود. (موسوی تبریزی، ۱۳۸۰: ۱۳۴) طبق این مقیاس، اقوال و گفتار نیز مشمول دایره رشوه بوده و رشوه شامل آن می‌گردد. همین‌طور در تعریف اصطلاحی ارائه شده از سوی لغت‌نگاران نیز رشوه در مفهوم وسیع و گسترده‌ای به کار رفته است که محدود و محصور به اموال و افعال نمی‌گردد. (ر.ک: طریحی، ۱۳۷۵: ۱/۱۸۴؛ ابن اثیر، ۱۴۲۲: ۱/۶۵۹؛ زمخشری، ۱۳۸۵: ۱/۳۴۱؛ فیومی/۲۲۸)

همین‌طور طبق فقره دوم ماده ۳۷۱ و ۳۷۲ کد جزای افغانستان که متضمن بیان مجازات رشوه‌دهنده و رشوه‌گیرنده است، رشوه از ناحیه متعلق و جنس پرداختی، منحصر در امور مالی نبوده و شامل موارد غیر مالی نیز می‌گردد، به خلاف ماده ۳ قانون تشدید مجازات اسلامی که رشوه را از نظر متعلق و جنس پرداختی محصور در امور مالی نموده است.

#### ۴.۲.۲. ارزیابی تعاریف

تعریف اول که رشوه را به لحاظ متعلق منحصر به امور مالی نموده، تعریف محدود و مضیقی است. در این تعریف متعلق رشوه منحصر در امور مالی شده و شامل بسیاری از مصادیق و نمونه‌های آن نمی‌گردد. در برابر تعریف اول، تعریف



سوم، تعریف باز و موسعی است که طبق آن اقوال و افعال هم از مصادیق و موارد رشوه بوده و مال الرشوه محسوب می‌شود.

در این بین، تعریف دوم، مواجهه با اشکالات پیشین نبوده و با فلسفه تحریم رشوه و مبانی حرمت آن سازگارتر است.

دقت در فلسفه حرمت رشوه و بررسی سخنان فقها (ر.ک: مقدس اردبیلی، آشتیانی، نجم‌آبادی و نجفی: منابع پیشین) ملهم عدم انحصار متعلق رشوه به اموال است. گرایش بیشتر فقها در انحصار متعلق رشوه به اموال، به منزله قبول نداشتن رشوه غیر مالی و مخالفت با آن نیست، بلکه به علت عدم ابتلای جوامع گذشته به رشوه غیر مالی و یا اهمیت مسئله ضمان در مال الرشوه بوده است.

همچنین تعریف سوم نیز دارای ایراد و اشکال است، زیرا رشوه به عنوان یک عمل مجرمانه، در بردارنده مسئولیت کیفی و مدنی بوده و بر اساس آیات و روایات، تحریم شده (طباطبائی، ۱۴۱۹: ۲/۵۲؛ قرطبی، ۱۳۷۲: ۱/۳۴۰؛ گلپایگانی، ۱۴۰۱: ۲/۱۹۹؛ صابونی، ۱۳۹۶: ۱/۱۲۵؛ مغنیه، ۱۹۸۲: ۲/۲۹۱) و در متون فقهی و قوانین موضوعه هم برای رشوه دهنده، خصوصاً رشوه گیرنده مسولیت کیفی (مجازات) و مدنی (ضمان) در نظر گرفته شده است و این دو مسولیت، در صورتی قابل تحقق است که متعلق رشوه اموال باشد، یعنی چیزی که دارای منفعت حلال و عقلایی (موسوی خمینی، ۱۳۶۹) بوده و قابلیت مبادله را داشته باشد (انصاری، ۱۴۲۲: ۱/۲۴۳)، مادی یا معنوی باشد، ولی گفتار، بهخلاف اموال به هیچ وجه مال محسوب نمی‌شود و دارای ارزش اقتصادی و مالی نیست، از این رو، متعلق رشوه قرار نمی‌گیرد.

### ۵.۲.۲. تعریف منتخب

پس از ارزیابی و تحلیل تعاریف پیشین و تبیین اشکالات هریک و تحلیل نقاط قوت و ضعف آن‌ها و با توجه به فلسفه تحریم رشوه و تمسک به اطلاق آیات و روایات باب رشوه، می‌توان گفت: «رشوه از نظر متعلق و جنس پرداختی نمی‌تواند منحصر و محدود به امور مالی باشد»، زیرا:



اولاً توجه و گرایش بیشتر فقها در منحصر نمودن رشوه به مال، به جهت وجه غالب (اموال) در پرداخت رشوه در زمان‌های دور، هنگام قضاوت بین افراد بوده است، نه انحصار آن در امور مالی. به تعبیر دیگر تعریف و تفسیر رشوه به مال، از باب بیان مصداق بارز و غالب رشوه است نه از باب انحصار آن در امور مالی، یعنی در متعلق رشوه، مال فی نفسه موضوعیت ندارد و ذکر مال فقط به عنوان بیان نمونه و مصداق بارز رشوه است.

ثانیاً بیشتر علما و اندیشمندان، واژه «مال» را در تعریف رشوه نیاورده و رشوه را باکلمه «ما» تعریف نموده‌اند و حتی در تعاریف برخی از اندیشوران از رشوه، هیچ یک از واژه‌های «ما» و «مال» دیده نمی‌شود و این بیان‌گر اطلاق و عمومیت داشتن متعلق رشوه است و اطلاق آن شامل هر گونه امتیاز و منفعتی است (مالی و غیر مالی) که رشوه دهنده در اختیار رشوه گیرنده قرار می‌دهد.

ثالثاً مستفاد از آیات و روایات که در حرمت رشوه مورد استدلال و استناد اندیشمندان قرار گرفته، عمومیت داشتن متعلق رشوه نسبت به اموال و اعمال است.

رابعاً از فلسفه حرمت رشوه - که اجرای عدالت و جلوگیری از ظلم و ستم است - (حرعاملی، ۱۳۸۳: ۲۰۷/۱۲) استنباط می‌شود، هر چیزی اعم از امور مالی و غیر مالی که موجب تضییع حقوق دیگران و زیر پا گذاشتن عدالت گردد، رشوه محسوب می‌شود و اختصاص به مورد خاصی ندارد. (همان)

خلاصه از بین تعاریف سه گانه، منتخب نگارنده تعریف دوم است، زیرا طبق این تعریف متعلق رشوه منحصر در امور مالی نبوده، بلکه امور غیر مالی مانند افعال انسان نیز می‌توانند متعلق رشوه واقع شود و رشوه نسبت به امتیازات غیر مالی اطلاق داشته و همه موارد مذکور را در بر می‌گیرد.

### ۳. تعریف پیشنهادی

با توجه به اینکه در متون و منابع اسلام از رشوه تعریف جامع و دقیقی صورت نگرفته و علما و فقها نیز در تعریف آن اختلاف نظر دارند، به دست آوردن یک تعریف و اصطلاح جامع و فراگیر برای معانی و کاربردهای مختلف رشوه، امر



مشکل و چه بسا دشوار است، با آن‌هم می‌توان تعریف زیر را که نتیجه و برآیند نظرات و دیدگاه‌های فقها و اندیشمندان پیرامون رشوه است، پیشنهاد کرد: «رشوه عبارت است از پرداختن چیزی از سوی یکی از متخاصمان یا هر دوی آن‌ها و یا از سوی شخص سومی برای رسیدن به هدف، درجایی که پرداخت وجه در آنجا هیچ‌گونه توجیه شرعی و عقلانی ندارد».

این تعریف در بردارنده عناصر و ویژگی‌هایی است که به نحوی بیان‌گر جامعیت و گستردگی تعریف مذکور است. اینک به صورت فشرده و گذرا به تشریح آن‌ها می‌پردازیم:

۱. اختصاص نداشتن رشوه به قضاوت: طبق این تعریف پرداخت وجه در جایی که مورد تأیید شرع و پسند عقل نباشد رشوه محسوب شده و به مصداق و مورد خاصی اختصاص ندارد. با این و صف، پولی که به قاضی در برابر صدور حکم پرداخت می‌گردد و یا به کارمندان و مأمورین حکومتی داده می‌شود تا آنچه را که وظیفه اوست و برای آن استخدام شده است انجام دهد، رشوه محسوب می‌شود، زیرا پراخت وجه در این‌گونه موارد، مورد پذیرش عقل و تأیید شرع نیست. از این‌رو راوی هنگام سؤال پیرامون مردی که پولی به شخصی می‌دهد تا از خانه‌اش خارج شود، تعبیر به رشوه می‌کند (طوسی، ۱۳۶۴: ۶/۳۶۵؛ حر عاملی، ۱۳۸۳: ۱۲/۲۰۸)، چون خارج شدن یک فرد از ملک مشترک بین افراد، برای اسکان فرد دیگر، مصداق امری نیست که از نگاه شرع و عقل دلیلی برای پرداخت وجه در آنجا وجود داشته باشد.

در روایت صیرفی از امام کاظم علیه السلام نیز آمده است که در آخر حدیث، امام علیه السلام فرمود: «اگر به وسیله دادن رشوه مالت را اصلاح کنی (جلو ظلم را بگیری و چاره‌ای جز این نباشد) اشکالی ندارد رشوه دهی». آن‌گاه امام علیه السلام لختی درنگ کرده و سپس فرمود: «اگر به آن‌ها رشوه دهی کمتر از شرط از شما می‌گیرند؟» راوی می‌گوید عرضه داشتم: آری. امام علیه السلام فرمودند: «اگر چنین است رشوه‌ات فاسد است». (همان: ۲۰۷) در اینجا مسلماً فساد رشوه به خاطر خروج از حق و عدالت و تجاوز و ظلم به حقوق دیگران است.





۲. اختصاص نداشتن رشوه به اموال: طبق تعریف مذکور، جوهره و رکن اصلی رشوه رسیدن به هدف است، ازاین‌رو رشوه از نظر متعلق اختصاص به امور مالی نداشته، عام و فراگیر است و هر چیزی را که برای رسیدن به هدف، پرداخت شود شامل می‌گردد. به تعبیر دیگر، در این تعریف کلمه رشوه اطلاق دارد و بدون ذکر قید و فرقی بین رشوه مالی و غیر مالی بیان شده است، لذا شامل هر آنچه که راشی در اختیار مرثی قرار دهد می‌شود و هر نوع امتیازی را که راشی، برای رشوه‌گیرنده در نظر بگیرد، تحت اطلاق واژه رشوه داخل است. خلاصه طبق تعریف مذکور، امور غیر مالی از قبیل اعمال و افعال نیز می‌توانند مانند اموال به عنوان متعلق رشوه برای رسیدن به هدف در اختیار رشوه‌گیرنده قرار گرفته و عنوان رشوه محقق گردد.

۳. اختصاص نداشتن رشوه به حکم باطل: به خلاف برخی از فقها و علماء (موسوی خمینی، ۱۳۶۹: ۱۹؛ روحانی، ۱۴۱۳: ۱۲/ ۲۷۳؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۸/ ۶؛ نجم‌آبادی، ۱۴۲۱: ۱۰۴) که معتقدند رشوه منحصر به بذل مال در برابر حکم به باطل است و شامل حکم به حق نمی‌شود، طبق این تعریف، شاخص و معیار اصلی در تحقق عنوان رشوه رسیدن به هدف است، چه حق باشد و چه باطل؛ یعنی در تحقق رشوه حق یا باطل بودن هدف نقشی ندارد، چه بسا در مواردی پرداخت وجه برای رسیدن به حق نیز رشوه محسوب می‌شود. مثلاً در جایی که انسان برای رسیدن به حق، با وجود مجاری قانونی، از طریق پرداخت رشوه اقدام نماید، رشوه محقق می‌گردد ازاین‌رو رشوه اختصاص به پرداخت وجه برای رسیدن به باطل ندارد و پرداخت وجه برای رسیدن به حق، نیز رشوه شمرده می‌شود.

### نتیجه:

با توجه به تعریف ارائه شده، علی‌رغم نظر برخی از فقها، می‌توان به جای تعاریف متعدد، تعریف واحدی را برای «رشوه» در نظر گرفت. تعریف فوق ما را به این نتیجه رهنمون می‌سازد که رشوه از نظر متعلق و جنس پرداختی، منحصر به امور مالی نبوده و هر نوع امتیازی را که رشوه‌دهنده برای رسیدن به هدفش در اختیار رشوه‌گیرنده قرار دهد شامل می‌شود. به ویژه در عصر حاضر که رشوه مصادیق و نمونه‌های فراوانی پیدا کرده، نظریه عمومیت داشتن متعلق رشوه بیشتر مورد پذیرش



است. همچنین رشوه به لحاظ موضوع منحصر به قضاوت و حکم نیست، چون رشوه در متون و منابع دینی تعریف نشده و برای تبیین آن باید به عرف و نظر لغت‌شناسان مراجعه گردد، متفاهم و نتیجه مراجعه به عرف و دیدگاه کارشناسان، عدم اختصاص رشوه به باب قضاوت و حکم است؛ یعنی هر چیزی که به شخصی، اعم از قاضی و مأموران دولتی داده شود تا او را برای تزییع حقوق دیگری یاری دهند، رشوه محسوب می‌شود. مانند آنچه به زمامدار، فرماندار، بخشدار، کارمند و موظفین خدمات عمومی، به قصد تزییع حقوق دیگران داده شود، همه از موارد و مصادیق رشوه به شمار می‌رود.

### منابع و مأخذ:

- آشتیانی، میرزا محمد حسن (۱۴۲۵). کتاب القضا، قم: زهیر.
- ابن اثیر، مجدالدین (۱۴۲۲)، النهایه فی غریب الحدیث و الاثر، بیروت: دارالمعرفه.
- ابن ادریس حلی (۱۴۱۰)، محمد بن منصور، السرائر، ج ۲، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- ابن قدامه، عبدالله (۱۴۲۴)، المغنی علی مختصر الخرقی، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۹۹۷)، لسان العرب، بیروت: دار الصادر.
- انصاری، مرتضی (۱۴۲۲)، کتاب المکاسب، ج ۲، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- باطنی، محمد علی و دیگران (۱۳۸۷)، فرهنگ معاصر پویا، تهران: موسسه فرهنگ معاصر.
- بستانی، بطرس معلم (۱۹۹۲)، محیط المحيط، بیروت: مکتبه لبنان.
- توحیدی، محمد علی (۱۴۱۲)، مصباح الفقاهة، بیروت: دار الهادی.
- جوهری، اسماعیل (۱۴۱۹)، الصحاح اللغة، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- حر عاملی، محمد (۱۳۸۳)، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، تهران: اسلامیه.



- حسینی عاملی، سید محمد جواد (بی تا)، مفتاح الكرامه، بیروت: لبنان.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳)، قواعد الاحکام الی مسائل الحلال و الحرام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳)، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، ج ۲، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- حلی، نجم الدین (۱۴۰۹)، شرایع الاسلام الی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، تهران: استقلال.
- حنبلی، احمد (۱۴۱۴)، المسند، بیروت: دار الفکر.
- خوانساری، احمد (۱۴۰۵)، جامع المدارک، تهران: مکتبه الصدوق.
- دادوئی، حمید رضا (۱۳۸۴)، رشوه و احکام آن در فقه، قم: بوستان کتاب.
- رضا، احمد (۱۳۷۷)، معجم المتن اللغة، بیروت: دارالاحیاء.
- روحانی حسینی، سید محمد صادق (۱۴۱۳)، فقه الصادق، قم: دارالکتب.
- زبیدی، سید محمد (۱۴۱۴)، تاج العروس، بیروت: دارالفکر.
- زمخشری، جارالله (۱۳۸۵)، اساس البلاغه، بیروت: دارالصادر.
- سامی، شمس الدین (۱۳۱۷)، قاموس ترکی، استانبول احمد جودت.
- سبجانی، جعفر (۱۴۱۸)، نظام القضا و الشهادة، قم: موسسه امام صادق علیه السلام.
- سنگلجی، محمد (۲۶۳۶)، قضا در اسلام، تهران: دانشگاه تهران.
- سیوطی، جلال الدین (بی تا)، الدر المنثور فی التفسیر بالمأثور، بیروت: دارالمعرفه.
- شرتونی، سعید (۱۴۱۶)، اقرب الموارد، تهران: دار الاسوه.
- شریف، باقر، ترجمه عباس علی سلطانی (۱۳۶۸)، نظام حکومتی در اسلام، مشهد، بنیاد پژوهش های اسلامی آستان قدس رضوی.
- شیرازی، سید عبدالله (۱۳۹۲)، کتاب القضا، النجف: النعمان.
- صابونی، محمد علی (۱۳۹۶)، صفوة التفاسیر، بیروت: دارالفکر.
- صدوق، محمد بن علی ابن باویه قمی (۱۴۱۶)، معانی الاخبار، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- صفی پور، عبدالرحمن (بی تا)، منتهی الارب، [بی جا]: کتابخانه نسایی.
- طباطبائی، سید علی (۱۴۱۹)، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، مشهد: آل البيت علیهم السلام.



- طباطبایی، سید محمد کاظم (۱۴۲۰)، عروة الوثقی، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- طریحی، فخرالدین (۱۳۷۵)، مجمع البحرین، تهران: مکتبه المرتضویه.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۵۱)، المیسوط فی فقه الامامیه، تهران: مکتبه المرتضویه.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۶۴)، تهذیب الاحکام، ج ۴، تهران: دارا الکتب الاسلامیه.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۲)، الخلاف، تهران: تابان.
- عاملی جبعی، زین الدین (۱۴۱۰)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم: موسسه المعارف الاسلامیه.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۲۳)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم: گنج عرفان.
- عاملی، محمد (۱۴۱۸)، الدروس الشرعیة، مشهد: بنیاد پژوهش های اسلامی آستان قدس رضوی.
- فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۲۴)، کشف اللثام عن قواعد الاحکام، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- فیروز آبادی، مجد الدین (۱۴۱۶)، قاموس المحيط، بیروت: موسسه الرسالة.
- فیض کاشانی، محمد بن حسن (۱۴۱۹)، تفسیر صافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- کاشف الغطاء، جعربن حمزه (۱۴۲۰)، شرح القواعد، ج ۴، نجف: موسسه کاشف الغطاء.
- کرطانی، مجید صالح ابراهیم (۱۴۲۹)، الرشوة و احکامها فی الفقه الاسلامی، بغداد: مرکز البحوث و الدراسات الاسلامیه.
- گلپایگانی، محمد رضا (۱۴۰۱)، کتاب القضا، تقریر سید علی حسینی میلانی، قم: خیام.
- مجلسی، محمد باقر (۱۴۰۳)، بحار الانوار، بیروت: الوفا.
- محقق کرکی، علی (۱۹۸۱)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، بیروت: دار احیاء تراث العربی.
- محمدی گیلانی، محمد (۱۳۶۲)، قضا و قضاوت در اسلام، تهران: المهدی.
- معین، محمد (۱۳۸۸)، فرهنگ معین، تهران: زرین.

- مقدس اردبیلی، احمد (۱۴۱۷)، مجمع الفائدة و البرهان، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- مقدسی، عبدالله (۱۴۰۸)، الكافي في الفقه، بيروت: مكتبة الاسلاميه.
- منتظری، حسینعلی (۱۴۲۳)، دراسات في المكاسب المحرمه، قم: سرايی.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۳۸۱)، فقه القضاء، ج ۲، قم: موسسه النشر لجامعه المفید.
- موسوی خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۲)، مبانی تکملة المنهاج، قم: موسسه آثار الامام خویی
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۶۹)، تحرير الوسيله، قم: دفتر انتشارات اسلامی،
- میر محمد صادقی، حسین (۱۳۸۷)، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، تهران: نشر میزان.
- نجفی، محمد حسن (۱۹۸۱)، جواهر الکلام، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
- نجم آبادی، میرزا ابوالفضل (۱۴۲۱)، کتاب القضاء، قم: موسسه معارف اسلامی.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵)، مستند الشیعه، قم: موسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث،
- هندی، علاء الدین (۱۴۱۳)، کنز العمال، بیروت: موسسه الرسالة.





## امکان تعزیز زوجه ناشزه\*

حسین کاویار (نویسنده مسئول)\*\*

عبدالرسول دیانی\*\*\*

محمدجواد عبداللهی\*\*\*\*

### چکیده

یکی از پیچیده‌ترین مباحث فقهی و حقوقی، بحث نشوز زوجه است. عدم تمکین زوجه از روی عصیان، به زوج حق می‌دهد که تعهدش به پرداخت نفقه ساقط شود، حق قسم زوجه از بین برود، دعوی الزام به تمکین را طرح و در نهایت زوجه را طلاق دهد. سالیان دراز است که محاکم حکم الزام به تمکین صادر می‌کنند، ولی نمی‌توانند آن را مانند سایر احکام اجرا کنند. چگونه امکان دارد اجرائیه دادگاه، زنی را به زور به اطاعت جسمی و روحی از شوهرش مجبور کند؟! پس، به ناچار دعوی تمکین بی‌اثر می‌ماند و تنها ضمانت اجرای مدنی نشوز زوجه، محرومیت از نفقه، سقوط حق قسم و طلاق است. سؤال این نوشتار این است که آیا این ظرفیت در حقوق ایران وجود دارد که در قبال زوجه‌ای که از وظایف زوجیت استنکاف می‌کند، علاوه بر واکنش‌های مدنی، متوسل به واکنش‌های کیفری شد یا خیر؟ فرضیه‌ای که به اثبات می‌رسد این است که علی‌رغم تردید در کارایی ضمانت اجرای کیفری در کانون خانواده، جرم‌انگاری استنکاف زوجه از وظایف زوجیت، به دلیل مغایرت چنین استنکافی با مصالح متعالی شریعت و آثار منفی اجتماعی آن، ضروری است؛ البته

\* تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۰۴/۱۹ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۲/۱۱/۰۳ - نوع مقاله: علمی، پژوهشی.

\*\* استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اراک، اراک، ایران (h-kaviar@araku.ac.ir).

\*\*\* وکیل پایه یک دادگستری و استادیار گروه حقوق دانشگاه پیام نور تهران، تهران،

ایران (a.dayani2013@gmail.com).

\*\*\*\* استادیار گروه حقوق دانشکده حقوق و اقتصاد، واحد خمینی شهر، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران

(e\_m\_abdollahi@ut.ac.ir).



در این ارتباط مجازات در صورتی ممکن خواهد بود که نشوز زوجه در دادگاه به اثبات برسد؛  
روش تحقیق اسنادی و کتابخانه‌ای است.

## کلید واژه‌ها: استتکاف از وظایف زوجیت، زوجه، تمکین، نشوز.

### مقدمه

هر چند خانواده یک تأسیس اساساً اخلاقی است، اما گاه اخلاق در تأمین اهداف آن عاجز می‌ماند و توسل به قانون برای تداوم بقای آن ضروری می‌نماید. ضرورت مداخله قانونگذار در آنجا توجیه‌پذیرتر می‌شود که بنا به همان ملاحظات قانونی، تکالیف مالی ازدواج در حقوق ما تماماً بر عهده شوهر قرار داده شده است و چنانچه از انجام این تکالیف استتکاف ورزد، ضمانت‌های اجرایی مؤثری برای آن پیش‌بینی شده است، تا آنجا که مستتکف را راهی حبس نیز می‌نماید (مواد ۱۱۱۱، ۱۱۱۲ و ۱۱۲۹ قانون مدنی و ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱)، اما برعکس، در جانب زوجه این تکالیف با ضمانت‌های اجرای مشابه و معادلی از نظر شدت مواجه نیست. نشوز زوجه، ضمانت‌های اجرایی به شرح زیر را در بر دارد:

۱. نشوز زوجه مسقط نفقه است (ماده ۱۱۰۸ ق.م)؛
۲. در نکاح دائم که مهرالمسمی ذکر شده باشد، مالکیت زوجه بر تمام مهر با تمکین خاص مستقر می‌شود، لذا امتناع زوجه از تمکین خاص (مطلقاً چه مشروع<sup>۱</sup> باشد چه نامشروع باشد)، مهریه را نصف می‌کند و البته این امر مختص طلاق است؛

---

۱. مواردی که زوجه می‌تواند به صورت مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند عبارت‌اند از:  
 (ا) در جایی که زوجه به استناد حق حبس، تمکین نمی‌کند (ماده ۱۰۸۵ ق.م)  
 (ب) در جایی که بودن زوجه با زوج در یک منزل متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد (ماده ۱۱۱۵ ق.م)  
 (ج) هر گاه شوهر بعد از عقد مبتلا به یکی از امراض مقاربتی گردد (ماده ۱۱۲۷ ق.م)





۳. در نکاح موقت مهر بر زمان تجزیہ می شود و نشوز زوجه حسب مدت زمان در میزان مهر تاثیر می گذارد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲ / ۲۴۹؛ هدایت نیا، ۱۳۹۶: ۳۲۴)؛

۴. زوجہ ناشزه حق قسم ندارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱ / ۱۹۰)؛

۵. در صورتی که در زمان طلاق زوجہ ناشزه باشد، نحله به وی تعلق نمی گیرد (تبصرہ ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق)؛<sup>۱</sup>

۶. اگر طلاق در حال نشوز زوجہ واقع شود، وی نمی تواند مدعی اجرای مفاد شرط انتقال تا نصف دارایی شود؛

۷. مطابق ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۵۳) عدم تمکین زوجہ از جمله مواردی است که به زوج حق ازدواج مجدد می دهد.

آیہ ۳۴ سوره نساء بر نشوز زن دلالت دارد و پس از آنکه بر قوام بودن مرد بر زن و ریاست او بر خانواده تصریح می کند، زنان را به دو دسته طبقه بندی می کند و می فرماید: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرَبُوهُنَّ فَإِنِ اطَّعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً».

این آیہ از دو جهت قابل بحث است؛ یکی مصادیق نشوز زن و خروج او از اطاعت شوهر و دیگری نحوه وادار کردن زن به ایفای وظایف زناشویی. (باقری، ۱۳۹۰، ۱۶۵)

۱. به موجب بند ۸ ماده ۵۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، بند (ب) تبصرہ ۶ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق نسخ نشده است.

۲. به موجب نظریہ شماره ۶۵۳ / ۹۲ - ۷ / ۱۲ - ۴ / ۱۳۹۲ اداره حقوقی قوه قضاییہ «ماده ۵۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ نسخ نشده و همچنان به اعتبار خود باقی است».



این مقاله درصدد است تا حکم قرآن برای مقابله با نشوز زن را تحلیل کند.

## ۱. حقوق و تکالیف ناشی از زوجیت

در قانون مدنی ایران به پیروی از ماده ۲۱۲ قانون مدنی فرانسه سه وظیفه برای زوجین در نظر گرفته شده است؛ تکلیف به حسن معاشرت،<sup>۱</sup> معاشرت در تشدید مبنای خانواده و تربیت اولاد<sup>۲</sup> و وفاداری.<sup>۳</sup>

این تکلیف اخیر به دلیل امکان مرد برای اختیار بیش از یک زوجه، در حقوق ایران کم رنگ تر جلوه می نماید و می توان گفت که به صورت یک طرفه وضع شده است، یا اینکه اگر دو طرفه است به منع ارتباط غیر مشروع با فرد دیگر برمی گردد که البته از این نظر چنین تکلیفی به صورت متقابل بر زوجین وضع شده است.

ریاست زوج بر خانواده که از اختصاصات شوهر است نیز به شوهر حقوق ویژه ای اعطا می نماید که تعیین مسکن مشترک، منع شغل برای زن، از جمله آنهاست، اما آنچه تقریباً متفق علیه همه مذاهب اسلامی است، تکلیف به تمکین زن در قبال شوهر است که به عنوان مهم ترین وظیفه زن قلمداد شده است؛ البته مهم ترین تکلیف هم همین است یعنی حق تعیین مسکن و مانع ایجاد کردن برای شغل زن، همگی از آثار و تبعات و یا مصادیق همین حکم قانون در لزوم تمکین و اطاعت زن از مرد خلاصه می شود، لذا باید بحث تکالیف قانونی زوجه را بیشتر حول و حوش وظیفه تمکین چرخاند.

## ۲. تمکین های خارج از موضوع

کار در منزل شوهر، مطابق مبنای فقهی که در قانون مدنی به صراحت از آن سخنی به میان نیامده است و همچنین بنا به اصول ۴ و ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون

۱. ماده ۱۱۰۳ ق.م. (زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند).

۲. ماده ۱۱۰۴ ق.م. (زوجین باید در تشدید مبنای خانواده و تربیت اولاد خود به یکدیگر معاشرت نمایند).

۳. قانون مدنی ایران هیچ اشاره ای به تکلیف وفاداری زن و شوهر نکرده است. این سکوت قانونگذار را باید حمل بر بدیهی بودن این تکلیف کرد. (کاتوزیان: ۱۳۸۲: ۱/۲۲۱)



آیین دادرسی مدنی، از حدود تمکین، خروج موضوعی دارد؛ یعنی در معنای تمکین زن از مرد، انجام کارهای منزل از قبیل طبخ غذا، شستن ظروف و لباس و نظافت منزل و حتی نگهداری فرزند و بالاتر از آن شیردادن به طفل خود، لحاظ نشده و این کارها از تکالیف زن شمرده نشده است. بنابراین، حاکم بودن قانون اسلامی بر حقوق موضوعه و به خصوص بر قانون مدنی، مقتضی این است که این‌گونه همکاری‌ها را از مصادیق تمکین ندانیم هر چند به اقتضای عرف و یا با الهام از قانون مدنی فرانسه که چه‌بسا در این قسمت به عنوان روح قانون مدنی می‌تواند قابل استناد باشد، این خدمات بتوانند از مصادیق معاضدت که تکلیف متقابل زوجین است، به حساب آیند. اما اینکه چرا عرف از تعیین تکلیف در این مورد قاصر است باید گفت حکم عرف نمی‌تواند تکلیف بر زوجه بار کند، زیرا عرف به صراحت از بین ادلّه حکمی در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی حذف شده و می‌توان گفت قانونگذار در این امر عامد بوده یعنی حذف آن، سهو قلم قانونگذار تلفی نمی‌شود. (دیانی، ۱۳۹۴: ۷۷)<sup>۱</sup> با این حساب، قانونگذار به صراحت می‌خواهد حکم شرع را بر حکم عرف برتری بخشد.

البته نویسندگان این سطور شاهد وجود چنین عرفی در جامعه ایرانی هستند و چه بسا بتوان بر آن صحنه نیز گذاشت و گویا یک تقسیم عرفی بین زن و مرد از حیث وظایف وجود دارد که یکی - عمدتاً مرد - در بیرون کار کند و دیگری - عمدتاً زن - در داخل منزل به انجام امور منزل پردازد و زن و مرد با هم زندگی را به پیش ببرند. تکالیف مالی هم ممکن است به حکم عرف بر عهده طرفین قرار داده شود، لذا چه اشکال دارد مردی که به دلیل ناتوانی جسمی و یا دماغی از کارکردن عاجز است و در عوض زوجه او توان کارکردن دارد، بنا به حکم تکلیف به معاضدت و همکاری،

۱. شایان ذکر است در فقه شیعه به عرف توجه خاصی مبذول نشده است و فقط در حد تبیین مفاهیم الفاظ به کار رفته است. (ر.ک: دیانی، ۱۳۹۴، ۷۸)



زن مکلف به تأمین معاش زندگی شود، همان طور که در حقوق فرانسه چنین است،<sup>۱</sup> اما به هر حال، شارع تکالیف مالی را تماماً به عهده مرد قرار داده است و زن را در این امر علی‌رغم توان مالی از پرداخت این هزینه‌ها معاف کرده است؛ و هر چند توان مالی برای پرداخت داشته باشد که این امر بدون اشکال نیست و می‌تواند خلاف عرف جامعه ایرانی نیز تلقی شود.

در فقه گفته شده که زن حتی می‌تواند برای خوراندن آغوز یا لباء<sup>۲</sup> مطالبه اجرت کند، حال آنکه این تکلیف بر زن واجب است<sup>۳</sup> و این امر، گروهی از فقها مانند صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۱/۲۷۳) را بر آن داشته که در مقام توجیه این حکم برآیند که چگونه می‌شود تکلیفی بر زن واجب باشد، ولی در ازای آن حق مطالبه اجرت داشته باشد؟!

پس از بیان مصادیق خروج موضوعی تمکین، در ادامه به بیان مصادیق واقعی تمکین پرداخته می‌شود.

۱. ماده ۲۱۴ ق.م.ف: «چنانچه در توافقنامه‌های میان زوجین سهم ایشان برای هزینه‌های زندگی تنظیم نگردد، هر یک از آنان به نسبت توان مالی خود در آن مشارکت می‌کند. اگر یکی از زوجین به تعهدات خود عمل نکند، زوج دیگر می‌تواند طبق ترتیب مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی از او شکایت نماید».

۲. اولین شیرری که از پستان زن ظاهر می‌شود.

۳. ظاهر آرای اکثر فقها این است که فرقی بین شیر اول و آغوز و شیر دادن‌های بعدی وجود ندارد و هیچ کدامشان بر مادر وجوبی ندارد، چرا که حکم به عدم وجوب ارضاع بر مادر کرده‌اند، بدون اینکه استثنایی بکنند. بعضی هم تصریح به عدم فرق نموده‌اند. در مقابل، پنج نفر از فقها حکم به وجوب آغوز بر مادر کرده‌اند که عبارت‌اند از:

مرحوم علامه در «قواعد»، اگر چه در چند کتاب دیگرش اصلاً آغوز را عنوان نکرده است و به طوری کلی حکم به عدم وجوب ارضاع ولد بر مادر نموده است مثل کتاب «تحریر»، «تبصره»، «ارشاد» و «تلخیص المرام»؛ اما در «قواعد» علاوه بر حکم به وجوب آغوز بر مادر، آن را بدین گونه تعلیل کرده است که اگر آغوز را به او ندهد، می‌میرد و حفظ جان او توقف بر دادن آغوز دارد. (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳/۱۰۱)؛  
مرحوم شهید اول در لمعه؛

مرحوم شهید ثانی در حاشیه ارشاد؛

مرحوم ابن قطن در «معالم الدین»؛

مرحوم صیمری در «غایة المرام» (شیرری زنجانی، ۱۴۱۹: ۲۵/۷۹۲۶)

### ۳. تمکین و مصادیق آن

«تمکین» در معنای عرفی و ساده آن عبارت است از اطاعت زن در قبال مرد. (لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۷۳) در نقطه مقابل تمکین، عدم تمکین است که در اصطلاح حقوقی و با اندکی مسامحه، «نشوز» نامیده می‌شود. (ابن منظور: ۱۴۱۴، ۴۱۷/۵) ذکر مسامحه برای بیان این مطلب است که هر عدم تمکینی نشوز نیست، بلکه عدم تمکینی که ناشی از معارضه و عصیان باشد نشوز نامیده می‌شود، لذا اگر مرد زن را مطالبه نکرده باشد عدم تمکین واقع شده است، ولی نشوز واقع نشده و آنچه که مانع انفاق است، نشوز است نه عدم تمکین (دیانی، ۱۳۸۷، ۱۹۱)، یعنی معارضه‌ای که ناشی از نافرمانی و تمرد زوجه باشد، مانع انفاق است. «نشوز» در لغت به معنای ارتفاع و بلندشدن است<sup>۱</sup> و اصطلاح حقوقی هم که بیگانه با معنای لغوی نیست، در معنای نافرمانی و عصیان یکی از زوجین است. (لنگرودی، ۱۳۹۱، ۱۰۲۰) اینکه گفتیم یکی از زوجین به این معناست که ممکن است زوج هم در قبال زن تمکین نکند و ناشزه شود و حقوق مادی و نیازهای غریزی زن را نادیده بگیرد، همان طور که در قرآن کریم از نشوز زوج هم یاد شده است<sup>۲</sup> که این گونه نشوز و ضمانت اجرای آن از محل این بحث خارج است. (فیض کاشانی، بی تا، ۳۰۲/۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ۶۱۹/۲۴) در این مقاله به نشوز زوجه و ضمانت اجرای آن بسنده می‌شود.

تمکین دو قسم است؛ تمکین عام و خاص. تمکین خاص اطاعت از نیازهای غریزی مرد از طرف زن می‌باشد و مفهوم تمکین عام، فرمان برداری در تمام امور کلی و متعارف زندگی است که زن موظف به پیروی و اطاعت از شوهر

۱. التَّشْرُّوُ وَ التَّنْزِرُ: المُنُّ المرتفعُ من الأرض، و هو أيضاً ما ارتفع عن الوادی إلى الأرض. (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۴۱۷/۵)

۲. «وَ إِنْ أَمْرَاهُ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا». (نساء: ۱۲۸)

نشوز همان طوری که در مورد مرد می‌آید، در مورد زن هم می‌آید و ورود آیه قرآن نسبت به نشوز زن، مثل نشوز مرد، و همین طور ورود روایات در مورد آن‌ها بهترین شاهد بر آن است. (شیبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۲۵/۶۹۰؛ باقی‌زاده، ۱۳۹۸: ۱۴۷)





است. (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۱/ ۲ ضمیمه تا ۴؛ امامی، بی تا، ۴/ ۴۴۹-۴۴۸) به خلاف تصوّر برخی که معتقدند این تمکین به دلیل ریاست مرد بر خانواده است لذا از خصائص مرد است (صفایی و امامی، ۱۳۸۴، ۱۲۷)، باید گفت این تمکین به دلیل انفاق است، همان طور که نصّ قرآن کریم نیز بر آن دلالت دارد.

اما اینکه بحث تمکین در این مقاله ناظر به تمکین خاص است و یا تمکین عام را نیز در می گیرد، به نظر می رسد که منظور، مطلق تمکین یعنی تمکین عام و خاص است، لذا زنی که تمکین خاص دارد ولی با ترش رویی و بی رغبتی و از روی تکلیف قانونی صرف با مرد مواجه می شود، بعید است عنوان زن متمکنه به خود بگیرد، اما برای رفع هرگونه شبهه رأی وحدت رویه شماره ۷۱۸ - ۱۳/ ۲/ ۱۳۹۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور در این خصوص مقرر می دارد: «مستفاد از ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی این است که زن در صورت حال بودن مهر می تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء مطلق وظایفی که شرعاً و قانوناً در برابر شوهر دارد امتناع نماید».

این رأی وحدت رویه با رویکردی نامنتظر، به یک بحث و اختلاف تاریخی در حقوق خانواده پایان داده و حکم بر آن داد تا زنان بتوانند در اعمال حقّ حبس خود از هر دو تمکین عام و خاص اجتناب ورزند. هر چند دستاویز صدور رأی، رعایت شأن زنان بوده، اما آثار و نتایج رأی مزبور ممکن است اساس موضوع آن، یعنی «حق حبس» را از صفحه ادبیات حقوقی ما پاک کند. (ر.ک: محبی، ۱۳۹۰)

هرچند این رأی در مقام فیصله به یک اختلاف تاریخی در حقوق خانواده وارد شده و زنان را محق دانسته است که در اعمال حقّ حبس خود از هر دو تمکین عام و خاص اجتناب ورزند، و به یک معنا در خصوص مورد خاص وارد شده، ولی به نظر ما می تواند در تفهیم معنای «تمکین» ما را یاری دهد و ما نیز تمکین را ناظر به هر دوی تمکین عام و خاص می دانیم. بنابراین، زنی را که از روی تکلف و ادای وظیفه و نه از روی محبت، خود را به مثابه یک موضوع عقد معاوضی، در اختیار شوهر قرار می دهد، نباید زوجه متمکنه اطلاق کرد.

به هر حال، بحث تمکین خاص و تمکین عام با ورود این رأی به تاریخ حقوق پیوست و ایفای وظایفی که زن در قبال شوهر دارد موضوع ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، به مطلق تمکین یعنی تمکین عام و خاص هر دو برمی گردد، لذا همان طور که در معنای تمکین آمده، هم شامل تمکین عام، یعنی حسن معاشرت و خوشرویی زن نسبت به شوهر، و هم تمکین خاص، که همان نزدیکی جنسی است، اطلاق می گردد.

اگر مصادیقی را که در قانون ما در باب وظایف زوجین آمده است، مصادیق تمکین بدانیم - که حق نیز همین است - تمکین به مجموعه رفتار دائر بر حسن معاشرت، پذیرش ریاست شوهر، معاضدت در تشیید مبانی زندگی مشترک، زندگی در منزلی که شوهر تعیین می کند و پذیرش رأی و نظر شوهر در حرفه زن قابل اطلاق است. به هر حال، رأی وحدت رویه فوق به اختلاف فقها در باب تمکین و معنای آن پایان داد و بر نظر غالب فقها و حقوق دانان که تمکین را ناظر به تمکین خاص دانسته اند، فائق آمد. دکتر کاتوزیان می گوید: «نه تنها وظایفی که زن در برابر شوهر دارد با الزام به دادن مهر ارتباط حقوقی ندارد، بلکه با یک بار خوشرویی کردن یا چند دقیقه به خانه شوهر آمدن، نمی توان ادعا کرد او به وظایف زناشویی عمل کرده است». (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۱/ ۱۵۵)

محقق داماد نیز بر این اعتقاد است که: «چنانچه زوجه در مسکنی که شوهر معین کرده منزل نماید، تمکین محسوب نمی شود تا مشمول ماده ۱۰۸۶ گردد، زیرا منظور از تمکین که در متون فقهی آمده، عبارت است از آنکه زوجه خویشتن را برای استمتاع در اختیار زوج قرار دهد». (محقق داماد، ۱۳۸۲، ۲۴۷؛ هم چنین رک: لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۳۵؛ دیانی، ۱۳۸۷، ۱۸۵-۱۸۴؛ طاهری، ۱۴۱۸، ۳/ ۱۷۶؛ امامی، بی تا، ۴/ ۳۹۷؛ هم چنین بنگرید به نظریه شماره ۷/ ۶۹۴۹ مورخ ۸/ ۷/ ۱۳۸۰ اداره حقوقی قوه قضاییه)

امام خمینی نیز می گوید:

زوجه حق دارد که در هر حالی مهر حال را مطالبه نماید به شرطی که شوهر قدرت داشته باشد و دستش باز باشد، بلکه زن می تواند که خود را تمکین و





تسلیم نکند تا آنکه مهر حالش را بگیرد- چه زوج دستش باز و دارای ثروت باشد یا دستش بسته و خالی از مال باشد- البته زن در جایی که همه مهر یا بعضی از آن با مدّت است و قسمت حال آن را گرفته است، حق خودداری از تمکین را ندارد. (امام خمینی، ۱۴۲۵، ۳/۵۳۳)

ما به اشکالات این رأی در پاک کردن صورت مسئله حقّ حبس نمی‌پردازیم، چون ممکن است ادعا شود با توجه به اینکه شرط اعمال حقّ حبس عدم تمکین قبلی است، هرگونه تمکین عامّ قبلی، حقّ حبس را ساقط می‌کند، اما قطعاً این تالی فاسد مدنظر قانونگذار نبوده است.

#### ۴. اثبات نشوز

یکی از مسائل خیلی مهم در مورد بحث حاضر اثبات نشوز است. قبلاً دیدیم که نشوز، «عدم تمکین» از روی عصیان است. لذا نشوز یک امر عدمی است و اثبات امر عدمی مشکل. به عبارت دیگر، نشوز مستلزم درخواست شوهر و سرپیچی زوجه از آن است.

مشکلاتی که اثبات امور عدمی دارند عبارت‌اند از:

۱. امور عدمی با ادله اثبات امور وجودی به اثبات نمی‌رسند، بلکه با ادله خاصّ مربوط به اثبات امور عدمی قابل اثبات هستند؛
۲. امور عدمی به دلیل اینکه موافق اصل‌اند (اصل عدم)، بار اثباتشان بر عهده مدعی وجود است. یعنی مدعی امر عدمی چیزی را اثبات نمی‌کند و به اصطلاح نافی را نفی کافی است. سؤال نشود که حال که نافی را نفی کافی است چرا باید امر عدمی را به اثبات رسانند. در جواب باید گفت برای اینکه امارات وجود قائم شده‌اند و امر عدمی مفروض قلمداد می‌شود؛ موضوعی که اثبات امر عدمی را به طور مستقل توجیه می‌کند.<sup>۱</sup>

---

۱. آیا چنانچه مدعی، ادعای امر عدمی را بنماید مکلف به اثبات آن خواهد بود یا آنکه امور عدمی نیاز به اثبات ندارند، بلکه فقط امور وجودی قابل اثبات هستند، عده‌ای بر همین عقیده



اما وجود این دو مانع مهم، مانع اثبات امر عدمی نمی شوند و به هر حال، اثبات امر عدمی در جایی که مستقلاً باید به اثبات برسد، یا به کمک امر وجوی ممکن خواهد شد. (ر.ک: دیانی، ۱۳۸۹)

در دعوای نشوز، شوهر مدعی است، زیرا آنچه را مورد استناد قرار می دهد خلاف ظاهر است. مبنای ظهوری که در دعوای نشوز به آن اشاره می شود مفهوم خاص خود را دارد. در سایر دعاوی، ظاهر این نیست که مدیون به عهد خود وفا می کند. اصل، عدم وفای به عهد است و مدیون باید آن را اثبات کند، زیرا این اقدام به زیان اوست، ولی در روابط زن و شوهر، انجام تکالیف ناشی از عقد، آرمان مطلوب هر انسان متعارف است. این ظهور و غلبه، اماره حقوقی است که بر اصل عدم، حکومت دارد. قانون به آن حکم نکرده است، ولی چنان طبیعی و پا گرفته است که دادرس برای نادیده گرفتن آن، نیاز به استدلال و استناد به اماره قضایی مخالف دارد و نمی تواند از زن، دلیل تمکین بخواهد. در این رابطه، دادوستد و سودجویی مطرح نیست و آنچه مدیون به عهده می گیرد، همکاری و همبستگی و اتحاد است. امری که خود خواستار آن است. پس می توان گفت امتناع از انجام چنین تکالیفی خلاف متعارف و ظاهر است و باید اثبات شود و به اتکای اصل عدم تمکین، نباید شوهر

---

هستند ولی عده ای دیگر در مقابل معتقدند امر عدمی در صورتی غیر قابل اثبات است که حاکی از عدم مطلق و کلی باشد، همچنان که امر وجودی مطلق نیز غیر قابل اثبات است، مثلاً شخصی نمی تواند ادعا کند شخص دیگر را همیشه می بیند، زیرا غیر از خداوند قادر متعال کسی نمی تواند چنین ادعایی بنماید و همچنین نخواهد توانست ثابت کند که شخص مزبور را هیچ گاه ندیده است. بله زمانی که چنین ادعای مطلق عدمی با وجودی بشود قابلیت اثبات را نخواهد داشت، اما گاهی امر عدمی را به وسیله امر وجودی می توان اثبات نمود. مثلاً در همین مثال شخصی ادعا کند در مکان مورد ادعا حضور نداشته است، همچنان که مرسوم است با اثبات اینکه در همان زمان در مکان دیگری حضور داشته است این امر عدمی به اثبات می رسد، چرا که در غیر از این صورت چه بسا ادعای عدم حضور شخص در مکان مورد نظر بدون آنکه بتواند حضور خود در جای دیگر را با ارائه ادله مثبت ثابت نماید مورد قبول مقام رسیدگی کننده به موضوع قرار نگیرد. (دیانی، ۱۳۸۹)



را از اقامه دلیل معاف کرد. (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۱ / ۲۳۱؛ محقق داماد: ۱۳۸۲، ۲۹۸)

علامه حلی ابتدا سؤالی مطرح می‌کند که آیا عدم نشوز شرط تحقق نفقه است یا تمکین؟ وی در ادامه معتقد است که اگر زوجین در دعوی نشوز منازعه کنند، بنا بر دیدگاه اول (که عدم نشوز شرط تحقق نفقه است)، اقامه بینه نشوز بر عهده زوج است، و بنا بر دیدگاه دوم (که تمکین شرط تحقق نفقه است) اقامه بینه تمکین بر عهده زوج است. (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳ / ۱۰۳)<sup>۱</sup>

فاضل هندی نیز می‌گوید: «اگر زوجین در مورد نشوز، منازعه و اختلاف پیدا کردند، اقامه بینه نشوز بر عهده مرد است، زیرا اصل، یعنی وجوب نفقه و انتفاء مانع با زن است». (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۷ / ۵۵۸)

از این عبارات می‌توان یک قاعده ساخت و آن اینکه در حقوق خانواده، هر جا که یکی از زوجین به رفتار سوء زوج دیگر استناد می‌کند، وی را باید مدعی شمرده و بار اثبات دلیل را بر دوش وی نهاد.

## ۵. بررسی امکان تعزیر زوجه مستنکف از ادای وظایف زوجیت در قرآن کریم

با توجه به تأثیرپذیری قانون ما از فقه امامیه، در این بخش از مهم‌ترین ادله فقهی یعنی قرآن کریم استفاده می‌کنیم. آیه کلیدی که در این خصوص وارد شده آیه ۳۴ سوره نساء می‌باشد. آیه می‌فرماید: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرَبُوهُنَّ فَإِنِ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا».<sup>۲</sup>

۱. «فلو تنازعا في النشوز فعليه بينه النشوز على الأول، وعلى الثاني عليها إقامه البينه بالتمكين».  
 ۲. ترجمه این آیه بر اساس «تفسیر نمونه» چنین است: «مردان دارای ولایت بر زنانند از آن جهت که خدا بعضی از ایشان (مردان) را بر بعضی (زنان) برتری داده (قدرت بدنی، تولیدی و اراده بیشتری دارند) و از آن جهت که از اموال خود نفقه می‌دهند، پس زنان شایسته، فرمان بردارند و

تفسیر آیه در دو قسمت بیان می‌شود؛ قسمت اول که «قَوَام» بودن مردان را بیان کرده و قسمت دوم که به بیان ضمانت اجرای نشوز می‌پردازد.

### ۱. ۵. قوامیت مردان

در مورد قسمت اول آیه که مبین «قَوَام» بودن مردان است باید ابتدا معنای «قَوَام» را بدانیم. «قَوَام» به کسی گفته می‌شود که تدبیر و اصلاح دیگری را بر عهده دارد. «قوامون» در این آیه معنای قیام به امر است نه مالکیت، به عبارت دیگر قَوَام به معنای مدیریت است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۱۵/۶)،<sup>۱</sup> اما باید گفت این لفظ فی نفسه دلالتی بر برتری مردان ندارد، بلکه اگر قرار است برتری مردان از جایی استنباط شود، از دنباله آیه است که در مقام تعلیل از قوام بودن مردان می‌فرماید: «به این دلیل که خداوند متعال ایشان (مردان) را بر بعضی (زنان) برتری داده و از آن جهت که از اموال خود نفقه می‌دهند».

یعنی وجه اینکه زنان باید تابع مردان باشند، دو چیز است؛ اول اینکه بعضی از مردان بر بعضی از زنان برتری دارند و دومین دلیل قوام بودن مردان این است که آن‌ها نفقه می‌دهند.

با دقت ظاهری در الفاظ این آیه معلوم می‌گردد دو امر است که موجب برتری مردان می‌شود و این برتری مردان نسبت به زنان به طور مطلق نیست. یعنی دو قید به نحو وحدت مطلوب با هم، وجه قوام بودن مردان است. این مطلب را از حرف «و» بین آن دو می‌توان استنباط کرد. این «و» نمی‌تواند یک «و» عاطفه ساده باشد؛ نتیجه اینکه اگر نفقه ندهند، قوام بودن مردان زیر سؤال می‌رود. وانگهی به نظر

---

نگهدار آنچه خدا (برای آنان) حفظ کرده، (حقوق و اسرار شوهر) در غیاب اویند. و (اما) زنانی که از سرپیچی آنان بیم دارید، پس (نخست) آنان را موعظه کنید و (اگر مؤثر نشد) در خوابگاه از آنان دوری کنید و (اگر پند و قهر اثر نکرد) آنان را بزنید (و تنبیه بدنی کنید)، پس اگر اطاعت شما را کردند، بهانه‌ای بر آنان (برای ستم و آزار) مجوید. همانا خداوند بزرگوar و بزرگ مرتبه است».

۱. در مورد قسمت اول آیه (الرجال قوامون علی النساء) رساله‌ای جامع توسط آیت الله سید محمد حسین حسینی طهرانی با عنوان «رساله بدیعه» نوشته شده است. (ر.ک: حسینی طهرانی، بی‌تا:

۴۸ به بعد)





نمی‌رسد از تعلیل اول آیه که می‌گوید: خداوند بعضی از مردان را بر بعضی از زنان برتری داده، بتوان به طور مطلق این برتری را استنباط نمود، زیرا با آوردن کلمه «بعض» مانع این شده که همه مردان را بر همه زنان برتری داده شده باشند. از این رو، اگر مردان بر زنان برتری دارند به دلیل قوام بودنشان نیست، بلکه قوام بودن ریشه در دو تعلیل دیگر دارد. با این حساب و با وجود این دو شرط، مرد باید تدبیر و اصلاح و امور زن را در دست داشته باشد. به هر حال، این یک نوع تقدّم در اعمال حق است نه سلب حق به طور کلی. آیه نمی‌خواهد تدبیر و اصلاح امور را کلاً از زن سلب کند، بلکه می‌گوید مردان در این امر مقدّم‌اند. بنابراین اینکه استنباط شده زنان نمی‌توانند به امور قضاوت و جنگ پردازند (حسینی طهرانی، بی تا: ۱۲۷ به بعد)، به نظر مخدوش می‌آید. بله، در شرایط مساوی، مردان در انجام این دو امر مقدّم‌اند و البته همان‌طور که دیگران هم یادآوری کرده‌اند، این برتری مرد فقط مخصوص روابط خانوادگی نیست.

اما دلیل دیگر این برتری، ریشه در وضع تکوینی مرد دارد که در اداره امور زندگی، تعقل و تدبیر او بر احساسات و عواطفش حاکم است؛ یعنی اینکه نظام حقوقی اسلام در هماهنگی با نظام تکوینی و آفرینش انسان، حق مدیریت را به مرد اعطا کرده، فقط به خاطر ساختار جسمی و روحی اوست که در آیه قرآنی فوق از این برتری طبیعی تعبیر به «فضل الهی» شده است. این تفاوت‌های طبیعی زن و مرد در آفرینش، موجب می‌شود آنجا که روابط اجتماعی نیازمند تدبّر و تعقل و مآل‌اندیشی است، بار بیشتری از مسئولیت اجتماعی بر دوش مردان نهاده شود و آنجا که پای عواطف و احساسات در میان است، نقش زنان پررنگ شود. بدیهی است جامعه هم نیاز به تعقل و تدبیر دارد و هم نیاز به عاطفه. این دو رکن به مثابه لزوم دو بال یک پرنده برای پرواز لازم است. این یک تقسیم کار طبیعی است و قانون شرع بر این تقسیم تکوینی صحه نهاده است.

با این تفسیر، چه بسا همین برتری نسبی مرد نسبت به زن نیز در محاق شک برود، زیرا بنا بر این نظر، آیه در مقام تقسیم مسئولیت‌های اجتماعی است، یعنی آنجا که

جای تعقل و تدبر است، بنا به وضع تکوینی و خلقتی جنس مذکر، برای نظر مرد برتری و اعتبار قائل شده است.

## ۲. ۵. بیم نشوز زنان و راه چاره

قسمت دوم آیه که بحث اصلی این مقاله است در مورد ضمانت اجرای عدم انجام تکالیف زوجیت است. قرآن از این استنکاف تعبیر به نشوز دارد. «نشوز» از «نشز» به معنای زمین بلند است و به سرکشی و بلندپروازی نیز گفته می‌شود. (مصطفوی، ۱۴۰۲: ۱۲/۱۲۳) اگرچه برخی زنان، در توان بدنی یا درآمد مالی برترند، ولی در قانون و برنامه، باید عموم را مراعات کرد، نه افراد نادر را.

در قرآن کریم برای زن ناشزه چندین ضمانت اجرا در نظر گرفته شده که از ساده و ضعیف شروع می‌شود و به شدید می‌انجامد. اما از آنجا که پیشگیری بهتر از درمان است، قبل از اینکه زن ناشزه شود، باید چاره کار را اندیشید. آیه هم همین مطلب را بیان می‌کند و می‌گوید اگر ترسیدید ناشزه شوند، دست به اقدام بزنید. بدیهی است مرد حقی در آزار همسر مطیع خود ندارد. اما این سه مرحله از موعظه، ترک هم‌خوابی و نهایتاً تنبیه، برای مطیع کردن زن است که هر کدام توضیح داده می‌شود. به هر حال اگر از راه ساده‌تر امکان مطیع کردن زن بود نباید به طریق شدیدتر توسل جست، زیرا هدف اطاعت است نه زهر چشم نشان دادن به زن و این اطاعت زن از مرد برای او ارزش محسوب می‌شود.

فی الجمله، «وعظ» و «هجر» و «ضرب» نه حکم واجب است و نه حقی برای مرد. و هجر و ضرب نه کیفر و عقوبتی برای زن خواهد بود و نه مرحله‌ای از مراحل نهی از منکر، بلکه راه حلی است برای مشکلی که در مسیر خانواده قرار گرفته و بنیاد آن را تهدید می‌کند. خطر فروریزی آن را با طلاق گوشزد می‌کند و این راه حل بی‌هیچ الزامی به گونه ارشاد و رهنمود از سوی خداوند متعال ارائه شده است. این سه مرحله (وعظ، هجر و ضرب) چنانکه فقها اذعان داشته‌اند به نحو ترتیبی می‌باشند. (طباطبایی، ۱۴۱۸: ۱۲/۹۳)





فاضل مقداد می‌گوید: «همچنان که در نهی از منکر است باید در انجام این سه مرتبه نیز رعایت الاخف فالثقیل فالثقل شود». (فاضل مقداد، ۱۴۲۵: ۲/۲۱۲) در ادامه به شرح مراتب تعزیر زوجه ناشزه پرداخته می‌شود:

### ۱. وعظ (گفتگوی سازنده)

قرآن در مورد زنی که چهره خود را در مقام طرح تمایلات زوج، در هم می‌کشد و رعایت ادب در مقابل شوهر ننموده، از انجام حوائج شرعی وی سرباز می‌زند، ابتدا با «وعظ» خواسته به طریق مسالمت و هدایت رهنمون شود. بنابراین، اولین تکلیف مرد در مقابل نشوز زن، موعظه حسنه است.

قرآن با کلمه «فَعظُوهُنَّ»، پند و اندرز را اولین روش مقابله با نشوز زن می‌داند. وعظ و اندرز که با انگیزه ارشاد و توجه دادن دیگری به وظایف خویش است، اگر صادقانه، خیرخواهانه و با گفتار لین و محبت‌آمیز باشد، در زن که موجودی است عاطفی و تاثیر پذیر، مفید واقع می‌شود. چه اینکه اگر انگیزه زن از نشوز، جلب محبت مرد و برانگیختن نیاز مرد به او باشد، به یقین کلمات محبت‌آمیز و ابراز عشق و وفاداری و نجوای عاشقانه و مهرآمیز، اثرش را خواهد گذاشت و زن با رسیدن به مقصودش، نشوز و نافرمانی‌اش را کنار می‌گذارد. و اگر انگیزه او توجه دادن مرد به لذت متقابل و کامیابی طرفینی است و از عدم ارضای جنسی او ناشی می‌شود، باز هم در این گفتگوها مرد بدان پی می‌برد و راه و رسم صحیح تماس جنسی را می‌آموزد و موانع نشوز را برطرف می‌سازد. (باقی‌زاده، ۱۳۹۸: ۵۴)

### ۲. هجر در مضجع

پس از آن برای مرحله دوم می‌فرماید: «در صورتی که اندرزهای شما سودی نداد، در بستر از آن‌ها دوری کنید» (وَ اَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ) و با این عکس‌العمل بی‌اعتنایی، و به اصطلاح قهر کردن، عدم رضایت خود را از رفتار آن‌ها آشکار سازید، شاید همین واکنش خفیف در روح آن‌ها مؤثر گردد. (مکارم شیرازی، ۱۳۸۷: ۳/۴۷۲؛ راوندی، ۱۴۰۵، ۲/۱۹۲)

ممکن است سؤال شود این مرحله چه فایده‌ای دارد؟ امروز روانشناسان معتقدند از آن رو که در اختیار داشتن قلب مرد و جلب عاطفی او مهم‌ترین خواسته یک زن است، او در آغوش مرد بودن را بیش از ارضای تمایلات جنسی دلیل بر نفوذش در قلب مرد می‌داند. از این رو، بسترگزیزی بسیاری از زنان را متنبه می‌سازد (داودی، ۱۳۸۲، ۴۲۳) و نیز از این راه، حبّ و بغض زن نسبت به شوهر روشن می‌شود، در صورتی که محبتی داشته باشد، طاقت نمی‌آورد و اگر محبتی ندارد، صبر می‌کند. (طبرسی، ۱۳۵۱، ۵/۱۳۶)

### ۳. چاره نهایی؛ ضرب

مسلم است اگر مرحله اول و دوم مؤثر واقع شود و زن به انجام وظیفه خود اقدام کند، مرد حق ندارد بهانه‌گیری کرده، در صدد آزار وی بر آید، لذا به دنبال این جمله می‌فرماید: «اگر آن‌ها اطاعت کنند، راهی برای تعدی به آن‌ها نجویید» (فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً).

ممکن است سؤال شود نظیر این طغیان، سرکشی و تجاوز در مردان نیز ممکن است پدید آید، آیا مردان نیز مشمول چنین مجازات‌هایی خواهند شد؟ در پاسخ می‌گوئیم: آری، مردان هم درست همانند زنان در صورت تخلف از وظایف، مجازات می‌گردند، حتی مجازات بدنی، منتها چون این کار غالباً از عهده زنان خارج است، حاکم شرع موظف است مردان متخلف را از طرق مختلف و حتی از طریق تعزیر (مجازات بدنی) به وظایف خود آشنا سازد. (مکارم شیرازی، ۱۳۸۷: ۳/۴۷۳) داستان مردی که به همسر خود اجحاف کرده بود و به هیچ قیمت حاضر به تسلیم در برابر حق نبود، و علی علیه السلام او را با شدت عمل و حتی با تهدید به شمشیر و ادار به تسلیم کرد معروف است. (محدث نوری، ۱۴۰۸، ۱۲/۳۳۷)

روانکاوان امروز معتقدند جمعی از زنان دارای حالتی به نام «مازوشیسم» (آزار طلبی) هستند، که گاه این حالت در آن‌ها تشدید می‌شود، تنها راه آرامش آنان تنبیه مختصر بدنی است. (مکارم شیرازی، ۱۳۸۷: ۳/۴۷۴)





«تنبیه بدنی» در اینجا، همان طور که در کتب فقهی نیز آمده است، همچنین به شهادت اجماع (ر.ک: بلاغی نجفی، ۱۴۲۰: ۱۰۷) باید ملایم و خفیف باشد به طوری که نه موجب شکستگی شود، نه مجروح گردد و نه باعث کبودی بدن. (فخررازی، ۱۴۲۰: ۵/۹۳) رسول خدا<sup>ص</sup> فرمود: کتک زدن شما نباید به نحوی باشد که اثر آن در جسم زن نمودی داشته باشد، یا کتک نشانه خودنمایی و اظهار قدرت مرد باشد که زهرچشمی بگیرد. عبارت پیامبر<sup>ص</sup> در توصیف ضرب، «ضرباً غیر مبرح» است. (حرّعاملی، ۱۴۰۹، ۵۱۷/۲۱)

محقق بحرانی می‌گوید: «ضرب غیر مبرح آن‌گونه ضربی است که به گوشت و استخوان صدمه نزند، مانند زدن کودکان برای تأدیب، به نحوی که مضروب متألم شود و باعث هیچ نقصانی در بدنش نشود». (بحرانی، ۱۴۰۵، ۶۱۸/۲۴) در روایتی از امام صادق<sup>ع</sup> چنین آمده است: «نشوز زن آن است که در فراش از شوهر تبعیت نکند و مقصود از اضربوهن<sup>ص</sup>، زدن با چوب مسواک و شبیه آن است، زدنی که از روی رفق و دوستی باشد». (صدوق، ۱۴۱۳: ۳/۵۲۱) مسلم است اگر از روی ضرب، ضرری بر زوجه وارد شود، زوج ضامن است.

## ۶. بررسی حقوقی امکان تعزیر زوجه مستنکف از ادای وظایف زوجیت

هرگاه تمرّد و نافرمانی از جانب زوجه، باشد خداوند متعال می‌فرماید: «فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ». (نساء: ۳۴)

برخی از فقها با استناد به این آیه، تعزیر زوجه مستنکف از ادای وظایف زوجیت را ممکن دانسته‌اند. (طوسی، ۱۳۸۷: ۴/۳۳۸؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۷۲۹/۲؛ منتظری، ۱۴۰۹: ۲/۳۰۸؛ سیستانی، ۱۴۱۷: ۳/۱۰۷؛ شیرازی، ۱۳۸۳: ۱۶۹)

مردان می‌پرسند چگونه است که اگر زوج نسبت به پرداخت نفقه زوجه اقدامی به عمل نیاورد، قبلاً وفق ماده ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۵) و اکنون وفق ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۹۱)<sup>۱</sup> مستوجب عقوبت کیفری

۱. ماده ۶۴۲ ق.م.ا.م.صوب ۱۳۷۵ به موجب ماده ۵۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۲/۰۱/۱۳۹۱ نسخ شد و به جای آن ماده ۵۳ این قانون، جایگزین گردید. ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده





است، ولی زوجه‌ای که از انجام تکالیف قانونی‌اش استتکاف می‌ورزد، مستحق هیچ‌گونه مجازاتی نباشد؟ حتی فراتر از آن، قانون مدنی نیز دو ضمانت اجرای مدنی برای عدم پرداخت نفقه مطرح نموده است که اولی در ماده ۱۱۳۰ آن قانون حق طلاق را برای زوجه پیش‌بینی نموده است و در ماده ۱۲۰۵ آن نیز به دادگاه اجازه داده از اموال زوج برای تأمین نفقه زوجه برداشت نماید.

ملاحظه می‌شود که سه ضمانت اجرای مهم برای تکلیف به عدم پرداخت نفقه وجود دارد، ولی از جانب زوجه تکلیف به تمکین با ضمانت اجرای مناسبی توأم نیست. اگر عدم تمکین زوجه را نوعی فعل حرام تلقی نماییم، ممکن است زن

مقرر می‌دارد: «هرکس با داشتن استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین او ندهد یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع کند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. تعقیب کیفری منوط به شکایت شاکی خصوصی است و در صورت گذشت وی از شکایت در هر زمان تعقیب جزائی یا اجرای مجازات موقوف می‌شود.

تبصره - امتناع از پرداخت نفقه زوجه‌ای که به موجب قانون مجاز به عدم تمکین است و نیز نفقه فرزندان ناشی از تلقیح مصنوعی یا کودکان تحت سرپرستی مشمول مقررات این ماده است».

حبس تعزیری درجه ۶ به موجب ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱/ ۲ / ۱۳۹۲ برای اشخاص حقیقی شامل یکی از مجازات‌های زیر است:

حبس بیش از شش ماه تا دو سال؛

جزای نقدی بیش از بیست میلیون (۲۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال تا هشتاد میلیون (۸۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال؛

شلاق از ۳۱ تا ۷۴ ضربه و تا ۹۹ ضربه در جرائم منافی‌عفت؛

محرومیت از حقوق اجتماعی بیش از شش ماه تا پنج سال؛

انتشار حکم قطعی در رسانه‌ها.

اگر مجازات حبس را طبق رویه ماده ۶۴۲ (ق.م.ا.) سال ۱۳۷۵ برای جرم ترک انفاق اعمال کنیم، ملاحظه می‌شود که مجازات سه ماه و یک روز تا پنج ماه حبس سابق اکنون به مجازات شش ماه تا دو سال حبس افزایش یافته است. افزایشی که هیچ توجیهی پشتوانه آن نیست و با سیاست‌های کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها نیز مغایر است، لذا ضرورت دارد اصلاحاتی در ماده ۵۳ (ق.ح.خ.) صورت گیرد.



چنانچه علناً از تمکین سر باز زند، مشمول مجازات‌های مندرج در ماده ۶۳۸ (قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵) نیز بشود.

زدن باید در حدی باشد که امید بازداری زوجه از نشوز برود و الا چنانچه از همان اول معلوم باشد که زدن، مؤثر واقع نمی‌شود و دعوی ضرب و شتم نیز به دعوی قبلی اضافه شده، بار مسئولیت مرد را زیادت‌ر می‌کند، طبعاً زدن موضوعیت پیدا نمی‌کند و باید از آن پرهیز شود.

بسیاری از زنان با عدم تمکین، خود را عمداً در معرض ضرب و شتم زوج قرار می‌دهند که متعاقباً بتوانند دعوی طلاق به واسطه عسر و حرج را مطرح نمایند، لذا نباید زوج با این کار بهانه به دست زوجه بدهد.

به نظر می‌رسد این مراحل عمدتاً نمادین بوده و حکایت از درجات مختلف برای اعلام نوع تنفر و مخالفت نسبت به اعمال زوجه است. قرآن می‌خواهد بفرماید اگر عدم تمکین زوجه مورد قبول شما نیست، به نحو مقتضی به وی تذکر دهید و این امر مهم را در دل نگه ندارید و نگذارید موجبات تکدر بیشتری فراهم آید. شاید اینکه به زوج اختیار ضرب را بنا به تشخیص خود داده، برای این است که اثبات نشوز جز در مواجهه با زوج قابل تصور نیست، اما به نظر ما قانونگذار باید برای پیشگیری از هر گونه سوء استفاده مردان از جهت خروج از حدود عدالت، اختیار زدن را از مردان به کلی سلب نماید و در عوض، به دادگاه این اختیار را بدهد که چنانچه الزام زوجه به تمکین متعذر شود، با تعزیر مناسب زوجه را مجازات نماید، چرا که «التعزیر بید الحاکم». به بیان دیگر، برای ضرب زوجه توسط زوج دو محذور وجود دارد؛ محذور اول وحدت سیاق آیه است که اقتضا می‌کند زوج در ضرب مباشر باشد. محذور دوم اینکه، ضرب در اسلام به معنی تعزیر است و تعزیر در حیطه حکومت و جزو وظایف حاکم است، لیکن محذور دوم اهم و اشد است و مراعات آن اولی از محذور وحدت سیاق است (بجنوردی، ۱۳۸۲، ۵۴)؛ البته باید

متذکر شد تعزیر در صورتی ممکن خواهد بود که نشوز زوجه در دادگاه به اثبات  
برسد.<sup>۱</sup>

## ۷. دفع یک تردید در مورد کیفر در نهاد خانواده

برخی معتقدند مجازات‌های کیفری در کانون خانواده فاقد جایگاه است، زیرا بنای این کانون را متلاشی می‌کند. اینان معتقدند مجازات‌ها گذشته از خاصیت رسواکنندگی، در بسیاری موارد با رنج و عذاب همراه است و حتی روال عادی یک زندگی را تغییر می‌دهد. از این رو، علی‌رغم ناگزیری حکومت‌ها در توسل به آن، همواره در کارکرد این ضمانت‌ها تردید وجود داشته است. برای همین است که باید به عنوان یک اصل اولیه، ضمانت‌های کیفری در کانون خانواده را فاقد جایگاه دانست، چه آنکه مطابق موازین حقوقی، باید جز در موارد ضروری، از ورود قوای عمومی که ذاتاً مداخله‌گرند، در نهادهای خصوصی ممانعت کرد، زیرا ورود قوای عمومی قداست خانواده را مخدوش کرده و مطابق پژوهش‌های به عمل آمده، در عمل، اغلب زمینه‌ساز متلاشی شدن آن می‌شود (علی آبادی، ۱۳۸۹: ۱۰۵-۹۰)، کما اینکه ضمانت‌های کیفری در محیط خانواده می‌تواند حس تنفر، کینه و انتقام را در اعضای آن تشدید کند و فراخواندن یکی از اعضای خانواده از سوی دیگری به دادگاه کیفری، نتیجه‌ای جز نابودی اصل کانون خانواده را به دنبال نخواهد داشت.

اما در پاسخ به این شبهه، نگارندگان معتقدند که در موارد خاصی می‌توان به عنوان آخرین حربه، در راستای صیانت از اصل جایگاه خانواده و نیز پاسداری از قواعد و مقررات حاکم بر آن به ضمانت‌های کیفری متوسل شد. چنان که دیدگاه قرآن کریم نیز در سوره نساء آیه ۳۴ رعایت ترتیب ضمانت اجراهای «وَعظ»، «هَجْر» و «ضَرْب» است و ضمانت اجرای ضرب (تعزیر) را در آخرین مرحله تجویز کرده است. از سوی دیگر، بنا به ملاحظات قانونی، چنانچه زوج از انجام تکالیف مالی‌اش در خانواده استنکاف ورزد، با ضمانت‌های اجرایی سنگینی، چنان‌که در ماده ۵۳ (قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱) دیدیم، مواجه می‌شود تا آنجا که امروزه

۱. در مورد «اثبات نشوز» به مباحث پیشین مراجعه کنید.





بسیاری از جمعیت زندان‌ها به خاطر همین ترک تکالیف مالی از جانب مردان است.

در فقه آمده است در صورت نشوز از جانب زوج، زن باید حقوق (مادی یا غیرمادی اش) را مطالبه کند و شوهر را موعظه کند، پس اگر موثر نیفتاد امر خود را به نزد حاکم ببرد. حاکم، زوج را از فعل حرام نشوز نهی می‌کند و او را به انجام واجباتش امر می‌کند، اگر مؤثر افتاد که نتیجه حاصل شده است، وگرنه آن گونه که خود تشخیص می‌دهد زوج را تعزیر می‌کند. (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۸ / ۳۶۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۴ / ۶۱۹؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱ / ۲۰۷؛ امام خمینی، بی‌تا: ۲ / ۳۰۶)

ملاحظه می‌شود که هم در قانون و هم در فقه برای زوج ناشز، تعزیر پیش‌بینی شده است. مسلم است آنچه در کلام فقه و قانون، لزوم تعزیر را موجب شده، حرمت معطل گذاشتن یک انسان و قطعاً آثار اجتماعی این عمل غیرانسانی و قبیح است که با مقاصد عالی شریعت در تعارض است. النهایه، وقتی فلسفه وضع چنین مجازات‌هایی در اسلام مشخص شد، پاسخ این سؤال نیز به دست می‌آید که آیا زوجه در مقابل استتکاف از وظایفش، قابل تعزیر است یا خیر؟

البته به خلاف حدود، نوع و میزان تعزیر در اسلام، نوشته شده نیست. تعزیر در اسلام اعم از مجازات و تنبیه بدنی است و شامل هرگونه گفتار یا کرداری که مجرم را از جرمش بازدارد و زمینه اصلاح و تأدیب وی را فراهم آورد، می‌شود. ابن ادریس می‌گوید: «تعزیر نوعی تأدیب است که خدای سبحان آن را برای جلوگیری گنهکار از تکرار گناه، و دیگران از آلوده شدن به آن، وضع کرده است، و تمام کسانی که واجبی را ترک می‌کنند یا مرتکب حرامی می‌شوند که حد شرعی ندارد، مستوجب تعزیر هستند». (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۳ / ۵۳۴-۵۳۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۴ / ۳۲۵) ملاحظه می‌شود که در فقه امامیه، تعزیر منحصر در مجازات خاصی نیست، بلکه هر کاری را که باعث جلوگیری از تکرار گناه یا معصیت شود، تعزیر گویند.

## نتیجه:

در قانون ما با توجه به مسائل یاد شده ماده قانونی مبنی بر امکان تعزیر زوجه مستتکفه وجود ندارد و اشاراتی در این باب در سوره نساء شده که اگر زنی از همسر خود تمکین نکند، در مرحله اول او را موعظه کند، سپس اگر افاقه نکرد بسترش را از او جدا کند و اگر آن نیز افاقه نکرد او را بزند. البته با توجه به تفاسیر موجود از این آیه باید اجرای این اعمال مرحله به مرحله باشد و مجوز داده شده در خصوص تنبیه بدنی زن نباید دست مایه‌ای برای مردان فرصت طلب باشد و به این وسیله زنان را مورد ضرب و شتم قرار دهند، یا بالعکس زنان با عدم تمکین خود، عمداً خود را در معرض ضرب و شتم قرار می‌دهند تا بتوانند با استناد به آن در محاکم طرح دعوا کنند و به زندگی مشترکی که زوج طبیعتاً با سختی و مشکلات بسیار ساخته، آسیب بزنند.

قانونگذار باید برای پیشگیری از هر گونه سوءاستفاده مردان از جهت خروج از حدود عدالت، اختیار زدن را از مردان به کلی سلب نماید و در عوض، به دادگاه این اختیار را بدهد که چنانچه الزام زوجه به تمکین متعذر شود، با تعزیر مناسب، زوجه را مجازات نماید. البته، در این ارتباط مجازات در صورتی ممکن خواهد بود که نشوز زوجه در دادگاه به اثبات برسد. از آنجا که اثبات نشوز زوجه عملاً در مقابل زوج نمود پیدا می‌کند و گاهی اثبات این امر در محضر دادگاه برای زوج ناممکن می‌نماید، قانونگذار نیز باید در صدد ارائه راه‌کارهایی برای حل این مشکل نیز بر آید.

در پایان پیشنهاد می‌شود که این جرم از جرایم قابل گذشت باشد، تعقیب کیفری منوط به شکایت شاکی خصوصی باشد و در صورت گذشت وی از شکایت در هر زمان تعقیب جزائی یا اجرای مجازات موقوف گردد.





## منابع و مأخذ:

### قرآن کریم

- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰)، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، ج ۲ و ۳، چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
- ابن منظور، ابوالفضل محمد بن مکرم (۱۴۱۴)، *لسان العرب*، ج ۵، چ ۳، بیروت: دارالفکر.
- امامی، حسن (بی تا)، *حقوق مدنی*، ج ۴، چ ۱، تهران: انتشارات اسلامیة.
- باقی زاده، رضا (۱۳۹۸)، *تنبيه بدنی زن و کرامت انسانی او*، چ ۲، تهران: انتشارات شبنا.
- باقری، احمد (۱۳۹۰)، *خانواده در اسلام و ایران*، چ ۳، تهران: شهرآب.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵)، *حدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، ج ۲۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
- بلاغی نجفی، محمدجواد (۱۴۲۰)، *آلاء الرحمن فی تفسیر القرآن*، قم: بنیاد بعثت.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، *حقوق خانواده*، چ ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۱)، *مجموعه محشی قانون مدنی*، چ ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حرّعاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، ج ۲۱، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- حسینی طهرانی، محمدحسین (بی تا)، *رساله بدیعه*، چ ۱، مشهد: نشر علامه طباطبایی.
- داوودی، سعید (۱۳۸۲)، *زنان و سه پرسش*، قم: انتشارات مدرسه امام علی علیه السلام.
- دیانی، عبدالرسول (۱۳۸۷)، *حقوق خانواده*، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۴)، *ادله اثبات دعوی در امور مدنی و کیفری*، چ ۲، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۹)، *«اثبات امر عدمی و امر قصدی»*، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، ش ۵، ش ۱۸ و ۱۹.

- راوندی، قطب‌الدین ابوالحسن (۱۴۰۵)، *فقه القرآن*، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی رحمته.
- سیستانی، سید علی (۱۴۱۷)، *منهاج الصالحین*، ج ۳، چ ۵، قم: انتشارات دفتر معظّم له.
- شبیری زنجانی، موسی (۱۴۱۹)، *کتاب نکاح*، ج ۲۵، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی (۱۴۱۳)، *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، ج ۸ و ۱۴، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمّد بن الحسن (۱۳۸۷)، *المبسوط في فقه الاماميه*، ج ۴، چ ۳، تهران: المکتبه المرتضویه.
- صدوق: محمّد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳)، *من لايحضره الفقيه*، ج ۳، چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
- صفائی، حسین و اسدالله امامی (۱۳۸۴)، *مختصر حقوق خانواده*، ج ۹، تهران: نشر میزان.
- طاهری، حبیب‌الله (۱۴۱۸)، *حقوق مدنی*، ج ۳، چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
- طباطبایی، علی بن محمّد (۱۴۱۸)، *رياض المسائل في تحقيق الاحكام بالدلائل*، ج ۱۲، قم: مؤسسه آل‌البيت عليه السلام.
- طبرسی، ابوعلی فضل بن حسن (۱۳۵۱)، *مجمع البيان في تفسير القرآن*، ج ۵، ترجمه احمد بهشتی، تهران: انتشارات فراهانی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳)، *قواعد الاحکام في معرفة الحلال و الحرام*، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
- علی آبادی، رحیمه (۱۳۸۹)، *تحليل جرم‌شناختی ضمانت‌های کیفری مربوط به خانواده در ایران*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه علوم قضایی.
- فاضل مقداد: مقداد بن عبدالله سیوری (۱۴۲۵)، *کنز العرفان في فقه القرآن*، ج ۲، قم: نشر مرتضوی.
- فاضل هندی، محمّد بن حسن اصفهانی (۱۴۱۶)، *كشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام*، ج ۷، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.





- فخر رازی، فخرالدین (۱۴۲۰)، التفسیر الکبیر، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- فیض کاشانی، محمّد محسن (بی تا)، مفاتیح الشرائع، ج ۲، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- کاتوزیان: امیرناصر (۱۳۸۲)، حقوق خانواده، ج ۱، ج ۶، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- محبّتی، مرضیه (۱۳۹۰)، «نقد دو رای وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور (حقوق خانواده)»، فصلنامه وکیل مدافع (ارگان داخلی کانون وکلای دادگستری خراسان)، س ۱، ش ۲.
- محدّث نوری، حسین (۱۴۰۸)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- محقّق داماد، مصطفی (۱۳۸۲)، بررسی فقهی حقوق خانواده، ج ۱۰، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مصطفوی، حسن (۱۴۰۲)، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ج ۱۲، تهران: مرکز کتاب لترجمه و النشر.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۳)، تعزیر و گستره آن، قم: مدرسه امام علی علیه السلام.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷)، تفسیر نمونه، ج ۳، ج ۳۶، تهران: دارالکتب الاسلامیّه.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۲۴)، کتاب نکاح، ج ۶، قم: انتشارات مدرسه امام علی علیه السلام.
- منتظری، حسین علی (۱۴۰۹)، دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیة، ج ۲، ج ۲، قم: نشر تفکّر.
- موسوی بجنوردی، محمّد (۱۳۸۲)، فقه زنان، فصلنامه ریحانه، س ۱، ش ۲.
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۲۵)، تحریر الوسیله (ترجمه)، ترجمه علی اسلامی، ج ۳، ج ۲۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
- \_\_\_\_\_ (بی تا)، تحریر الوسیله، ج ۲، قم: دارالعلم.
- نجفی، محمّد حسن (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۳۱، ج ۷، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.



## واکاوی اثر کیفری «نفی ولد» بر قصاص پدر از منظر فقه مذاهب خمس و حقوق ایران\*

عبدالصمد علی آبادی (نویسنده مسئول)\*\*

علی بلادر\*\*\*

### چکیده

اگر مردی نسبت پدری، فرزندى با فرزند متولد شده در فراش خود را انکار کند، در اصطلاح فقهی به آن «نفی ولد» گفته می‌شود و با انجام تشریفات شرعی و قانونی، نسبت آن فرزند از پدر نفی می‌گردد. با توجه به حکم شارع و به خاطر رابطه پدر و فرزندى، پدر در برخی از احکام مثل مجازات قتل معاف می‌شود؛ یعنی پدر با قتل فرزند کشته نمی‌شود. مسئله پژوهش حاضر آن است که از نظر فقه مذاهب اسلامی و قانون ایران، اگر پدر بعد از نفی فرزند، وی را بکشد، قصاص می‌شود یا خیر. فقهای مذاهب درباره قصاص یا عدم قصاص پدر با یکدیگر اختلاف دارند، و در حقوق ایران نیز بدان اشاره نشده است. از نظر فقهای امامیه اگر پدر بعد از نفی ولد خود را تکذیب نکند قصاص می‌شود، اما اگر بعد از نفی فرزند و قبل از قتل فرزند، خود را تکذیب کند، مشهور امامیه معتقدند اقرب آن است که کشته می‌شود. از منظر فقهای حنفیه، مالکیه، حنبلیه و قول اوجه شافعی، پدر مطلقاً کشته نمی‌شود. این پژوهش که به روش توصیفی، تحلیلی سامان یافته است، نشان می‌دهد پدر در صورتی که بعد از نفی خود را تکذیب نکند، به خاطر اقرار خودش قصاص می‌شود، و اگر خود را تکذیب کند، به خلاف نظر مشهور، به خاطر وجود شبهه قصاص نمی‌شود.

**کلید واژه‌ها:** پدر ملاعن، قصاص پدر، نفی ولد، ولد ملاعنه، انکار ولد.

\* تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۰۶/۲۷- تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۲/۰۲/۱۶- نوع مقاله: علمی، پژوهشی.

\*\* استادیار فقه و حقوق دانشگاه بین‌المللی مذاهب اسلامی، تهران، ایران (a.aliabadi@mazaheb.ac.ir).

\*\*\* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق دانشگاه بین‌المللی مذاهب اسلامی، تهران، ایران (balador1368@gmail.com).

اسلام برای صیانت از خانواده در تمامی جوانب و ابعاد آن احکام گسترده‌ای را وضع نموده تا استحکام آن را افزایش داده و از متلاشی شدن آن جلوگیری نماید؛ پدر نیز به عنوان رکن اصلی نهاد خانواده مورد توجه خاص شارع می‌باشد و نسبت به همه اعضای خانواده به ویژه نسبت به فرزندان خود به نحوی ولایت و حاکمیت دارد، تا جایی که پیامبر گرامی اسلام به مردی که از پدر خود نزد آن حضرت شکایت می‌کرد که اموال مرا برای خودش می‌خواهد فرمود: «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ». (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۳۵/۷) یعنی تو و مال تو از آن پدرت هستی.

فارغ از مفهوم کیفیت ملکیت پدر نسبت به پسر، از این روایت یک نحوه سلطه و حاکمیت پدر نسبت به فرزند فهمیده می‌شود؛ البته ولایت و حاکمیتی که خداوند به پدر اعطا نموده، فراتر از مسائل مالی بوده و شامل مسائل کیفری نیز می‌شود و به موجب این حق اگر پدری فرزند خود را به عمد بکشد قصاص نمی‌شود. سؤالی که در اینجا به ذهن می‌آید و این تحقیق درصدد پاسخ به آن می‌باشد، این است که اگر بعد از نفی ولد، پدری فرزند خود را به قتل رساند از نظر فقهای مذاهب اسلامی و حقوق ایران قصاص می‌شود یا خیر؟

فقهای مذاهب اسلامی در خصوص قصاص پدر بایکدیگر اختلاف دارند و این اختلاف به خاطر از بین رفتن رابطه پدر و فرزندی بعد از لعان است. همچنین در قوانین کشور به این حکم به صورت صریح اشاره نشده است.

درباره پیشینه موضوع، مقالات خوبی نگاشته شده است، اما مهم‌ترین آن‌ها مقاله «آثار فقهی حقوقی رجوع از لعان در نفی ولد» است که توسط محمد صالحی مازندرانی و ملیحه‌سادات حسینی بهارانچی نگاشته شده است.

در این تحقیق بعد از اشاره به سوگند بودن ماهیت لعان اثبات می‌کند که بعد از رجوع پدر از لعان برای نفی ولد، فرزند به پدر ملحق می‌شود و پدر، عهده‌دار همه تکالیف نسبی پدر و فرزندی است و در مقابل فرزند هیچ تکلیفی ندارد.





مقاله «لعان و مانعیت آن از ارث در حقوق ایران» که نویسنده آن محمدرضا بندرچی است، به ارتباط «لعان» و «ارث» پرداخته و اثبات می‌کند که با لعان (نفی ولد) پدر و پسر از یکدیگر ارث نمی‌برند و با رجوع پدر فقط پسر از پدر ارث می‌برد. آنچه مقاله حاضر به روش توصیفی، تحلیلی قصد دارد به آن بپردازد آثار کیفری نفی فرزند از دیدگاه فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران است که تاکنون تحقیق مبسوطی در این باره به رشته تحریر درنیامده است. از همین رو، در این نوشتار ابتدا نظریات و ادله فقها در خصوص اثر کیفری نفی ولد در قصاص پدر بررسی خواهد شد و آنگاه به ارزیابی این دیدگاه‌ها پرداخته و نظریه‌ای صائب در این زمینه ارائه می‌شود.

### ۱. مفهوم «نفی ولد»

«ولد» به معنای فرزند بوده و به پسر و دختر گفته می‌شود (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۸۸۳)؛ و «نفی» در لغت به معنای انکار کردن چیزی، دور کردن، تبعید کردن و راندن آمده است. (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۲۰ / ۲۷۵؛ ابن‌منظور، ۱۴۱۴: ۱۵ / ۳۳۷)

نفی و انکار ولد به این معناست که زوج، فرزندی را که در فراش وی متولد شده یا در شکم زوجه است، از خود نفی و انکار کند و بگوید که این فرزند از آن من نیست و به اتفاق فقها با انجام لعان فرزند از پدر نفی می‌شود. (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۴ / ۱۳)

برای نفی ولد، دو طریق بیان شده است؛ اول لعان و دوم آزمایش DNA که اولی به اتفاق فقها مشروع است و با انجام لعان فرزند از پدر نفی می‌شود (همان)، اما مشروعیت دوم، یعنی DNA برای نفی فرزند، از مباحث جدید است، که فقها متعرض آن نشده‌اند، ولی با توجه به دیدگاه آن‌ها در خصوص نفی ولد می‌توان به مخالفت آن‌ها با این روش پی برد، چون از نظر اکثر فقها «لعان» و «قاعده فراش» در اثبات نسب حجیت دارد و آزمایش DNA را قبول ندارند، زیرا ملاک در اثبات نسب فراش است، حال آنکه در آزمایش DNA اصلاً فراشی وجود ندارد، در نتیجه



حجیت ندارد. همان طور که DNA نمی‌تواند جانشین لعان شود، یعنی اگر مرد به زن نسبت زنا دهد، مرد با آزمایش DNA نمی‌تواند حد را از خود دفع کند، بلکه با لعان ساقط می‌شود، چون ملاک در سقوط حد قذف لعان است. (قائمی نجفی، ۱۳۹۹) بر همین اساس اکثر مراجع آن را حجت نمی‌دانند. (پبله و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۴۶) به تبع اختلاف بین فقها و حقوق دانان، استناد به DNA رویه واحدی حتی در محاکم قضایی ندارد و برخی محاکم آزمایش را حجت نمی‌دانند و قاعده فراش را مقدم داشته و آن را به عنوان یک اماره شرعی همواره مقدم می‌دانند. (پژوهشگاه قوه قضائیه، سامانه آراء قضائی، ۱۳۹۴/۰۹/۳۰)

## ۲. حکم قصاص پدر از منظر فقه مذاهب اسلامی

حق قصاص یکی از مسلمات فقه مذاهب است؛ یعنی اگر کسی به صورت عمد مرتکب قتل شود، اولیای دم حق دارند که وی را قصاص نمایند. حال سؤال این است که آیا پدر در فرض قتل پسر قصاص می‌شود یا نه؟ در این خصوص سه دیدگاه وجود دارد که در ادامه بدان‌ها اشاره می‌شود.

### ۱. ۲.۱. عدم قصاص پدر در فرض قتل پسر

از نظر فقهای امامیه اگر پدری فرزند خود را بکشد قصاص نمی‌شود و فقط به پرداخت دیه و کفاره ملزم و تعزیر می‌شود. (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۹۹/۴)

علامه حلی می‌نویسد: «فلا یقتل الاب بالولد بل یؤخذ منه الدیه، و یعزر و یکفر» (علامه حلی، ۱۴۱۱: ۱۹۶)؛ در این حکم فرقی نمی‌کند فرزندی که کشته می‌شود دختر باشد یا پسر (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۵۶/۱۵)، این حکم اجماعی است (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۶: ۲۴۸) و به برخی از روایات «لایقاد والد بولده» استناد می‌شود. (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۵۶/۱۵)

همچنین جمهور فقهای اهل سنت یعنی احناف (منبجی، ۱۴۱۴ق، ۳/ ۷۲۰؛ انصاری، بی تا، ۴/ ۱۴) و حنابله (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۸/ ۲۸۶-۲۸۵؛ مرداوی، ۱۴۱۵: ۱۲۱-۱۲۲) و برخی از مالکیه (قرافی، ۱۹۹۴م: ۳۳۵/۱۲) قائل به عدم قصاص پدر در فرض قتل فرزند هستند.

اینان معتقدند میان فرزند دختر و پسر تفاوتی وجود ندارد؛ روایت «لَا يَقْتُلُ وَالِدٌ بَوْلَدِهِ» یکی از ادله آن‌ها است. (ابن‌قدامه، ۱۳۸۸، ۸/ ۲۸۵)

از نظر فقهای جمهور، پدر و مادر در معافیت از قصاص مشترک هستند. نیز پدر بزرگ و مادر بزرگ چه از جانب پدر باشند و چه از جانب مادر باشند، در برابر نوه خویش قصاص نمی‌شوند، اما دیه بر پدر و مادر و جد و جده جاری است. (وزاره الاوقاف والشئون الاسلامیه الكويت، ۱۴۰۴-۱۴۲۷: ۲۱/ ۵۵)

## ۲.۲. قصاص پدر در فرض قتل پسر به صورت منجرکننده و تأسف آور

فقهای مالکیه می‌گویند اگر پدر پسر خود را به‌غیرعمد بکشد قصاص نمی‌شود، اما درباره قتل عمدی تفصیل داده‌اند بین جایی که پدری فرزند خود را از روی عمد بخواباند و وی را بکشد، مثل اینکه شکمش را پاره کند یا وی را ذبح نماید؛ در این صورت قصاص می‌شود، اما اگر سنگ یا عصایی به سمت وی پرتاب کند و بمیرد، در این صورت قصاص نمی‌شود. (مالک بن انس، ۱۴۱۵: ۴/ ۴۹۸) به بیان دیگر، اگر قتل فرزند به‌گونه‌ای شنیع باشد که شکی در عمدی بودن قتل و اینکه برای تأدیب نبوده، باقی نگذارد، مانند آنکه او را بخواباند و او را ذبح نماید، یا شکمش را بدرد، پدر در برابر فرزند قصاص خواهد شد، اما اگر او را با عصا یا شمشیر بزند و در اثر آن ضربه، فرزند فوت شود، پدر قصاص نمی‌شود (علیش، ۱۴۰۹: ۹/ ۱۶۳-۱۶۲)

فقهای مالکی بر این حکم به عمومیت نصوص مثل آیه «کتب علیکم القصاص» (بقره: ۲۸۵) استناد می‌کنند. به این بیان که آیه فوق در وجوب قصاص عمومیت دارد و بر عموم خود حمل می‌شود، بنابراین، پدر در برابر فرزند خود قصاص می‌شود (باجی، ۱۳۳۲: ۷/ ۱۰۵)

به نظر می‌رسد مالک و فقهای مالکی علت این عدم قصاص را رابطه ابوت نمی‌دانند، بلکه علت را وجود شبهه می‌دانند، زیرا از نظر آنان تصور آنکه پدری فرزند خویش را بکشد، دشوار است، چه اینکه والدین خیرخواه فرزند خویش هستند و اگر فرزند خود را زجر دهند جهت تنبیه است نه قتل؛ از این رو پدر در برابر فرزند قصاص نمی‌شود، اما اگر اطمینان حاصل شد که پدر عامدانه فرزند خویش





را به قتل رسانده است، شبهه منتفی است و پدر می تواند در برابر فرزند قصاص شود. درحالی که جمهور فقها رابطه ابوت را مانع قصاص می دانند.

### ۲.۳. قصاص پدر به صورت مطلق

برخی مثل ابن نافع، ابن عبدالحکم و ابن المنذر معتقدند اگر پدری فرزند خود را به قتل برساند، همانند اجنبی قصاص می شود، و بر این قول به عموماً نصوصی که در خصوص وجوب قصاص وارد شده است، استناد می کنند. (قرطبی، ۱۴۲۳: ۲/ ۲۵۰؛ همو، ۱۳۸۸: ۸/ ۲۸۵-۲۸۶)

### ۳. نفی ولد و اثر آن بر قصاص پدر از منظر امامیه

از دیدگاه فقهای امامیه، اگر پدری فرزند از خود را با شرایطی (علامه حلی،<sup>۱</sup> ۱۴۱۰، ج ۲: ۶۰) نفی کند، لعان ثابت می شود و با لعان، فرزند از وی نفی می شود و به زوجه، یعنی به مادر ملحق می شود. (حلی، ۱۴۰۵: ۴۸۰؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۳/ ۴۵۱)

البته اگر پدر پس از لعان، خود را تکذیب کند و بگوید که این فرزند برای خود او است، در این صورت به وی حد زده می شود و مواردی که به نفع مرد است اثبات نمی شود، اما مواردی که به ضرر وی است، برمی گردد. (سبزواری، ۱۴۱۳: ۵/ ۵۱) بنابراین فقط پسر از وی ارث می برد، زیرا با تکذیب خود، در واقع اقرار به فرزند آن کرده است که متضمن دو امر می باشد؛ اول اینکه فرزند از نطفه وی به دنیا آمده است و دوم اینکه فرزند از وی ارث می برد، ولی پدر از پسر ارث نمی برد، به این دلیل که اقرار مرد در اینجا به نفع خود و به ضرر دیگری است، یعنی فرزند؛ زیرا اگر فرزند وی ثابت شود، آن مرد از فرزند ارث می برد و در باب اقرار گذشت که «اقرار العقلا علی انفسهم جایز». (قاروبی، ۱۳۹۵: ۳۲/ ۲۸۵)

۱. «إنكار ولد وضعته زوجته بالعقد الدائم لسته أشهر منذ الدخول إلى عشرة أشهر».



همچنین موارد دیگری که با لعان نسبت به زوجه ثابت شد نیز بر نمی‌گردد، مثل زوجیت. یعنی نه زوجیت بین آن‌ها برقرار است و نه می‌توانند دوباره با یکدیگر ازدواج کنند، و نه فرزند، فرزند او می‌گردد. (همان)

حال در اینجا این سؤال قابل طرح است که اگر پدر با لعان، فرزند را از خود نفی کند و سپس آن فرزند را بکشد، آیا قصاص می‌شود؟ در پاسخ به این سؤال دو فرض قابل طرح است؛ فرض اول اینکه پدر پس از لعان، بر اقرار خود باقی می‌ماند و دوم آنکه خود را تکذیب می‌کند و اعتراف می‌نماید که فرزندش است. در ادامه به هر دو قسم اشاره می‌شود:

### ۱. ۳. بقای بر نفی ولد حتی بعد از لعان

در صورتی که پدر فرزند خود را نفی نماید و سپس آن فرزند را از روی عمد بکشد، از نظر فقها در این صورت پدر به واسطه قتل فرزند ملاءنه کشته می‌شود. (علامه حلی،<sup>۱</sup> ۱۴۱۳: ۳/ ۶۱۰؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۴۲/ ۱۷۵؛ مرعشی نجفی، ۱۴۱۵: ۱/ ۳۹۳؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۱۷: ۱۸/ ۵)

صاحب کشف اللثام می‌نویسد: «اگر کسی فرزندی که در فراش وی متولد شده را با لعان نفی کند و سپس آن را بکشد، با آن کشته خواهد شد». (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۱/ ۱۰۷)

### مستندات فرض اول:

فقهایی که معتقدند اگر پدر بعد از نفی ولد آن فرزند را بکشد، کشته می‌شود به ادله ذیل استناد می‌کنند:

#### ۱. قاعده اقرار

از نظر فقها دلیل قصاص پدر، اقرار خودش است: «اخذاً باقرا» (همان)؛ یعنی به دلیل اخذ به اقرار وی (پدر). به این بیان که چون خودش اقرار کرده است که فرزند

۱. ولو نفی مولودا باللعان قتل به.



وی نیست و اقرار وی نیز بر ضد خودش نافذ است: «اقرار العقل علی انفسهم نافذ»، بنابراین کشته می‌شود.

## ۲. انتفای رابطه ابوت و برطرف شدن مانع شرعی

از نظر شارع کسی که دیگری را به عمد بکشد باید قصاص شود، اما پدر به دلیل رابطه ابوت که بین قاتل و مقتول وجود دارد از این امر استثناء شده است: «لایقاد الوالد بالولد». (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۶ / ۲۴۹) یعنی پدر بودن، مانع از قصاص می‌شود، اما در جایی که کسی فرزند را از خود نفی کند دیگر چنین رابطه‌ای وجود ندارد، لذا مانعی برای انجام قصاص وجود ندارد. (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۱ / ۱۰۷)

یعنی چون فرد، شرعاً فرزند را از خود نفی کرده است، در نتیجه مانع قصاص هم منتفی شده است. به بیان دیگر، آنچه باعث می‌شود پدر به واسطه قتل فرزند کشته نشود و مانع از قصاص است، رابطه پدر و فرزند می‌باشد که این رابطه پس از نفی ولد، شرعاً منتفی می‌شود، بنابراین مانع قصاص (که همان رابطه پدر و فرزند) دیگر وجود ندارد. خلاصه بحث آنکه در اینجا مقتضی که همان قتل عمد است، موجود است و مانع یعنی رابطه ابوت، مفقود است، در نتیجه پدر قصاص می‌شود.

## ۲.۳. رجوع پدر از اقرار خود بعد از نفی ولد

در این صورت که پدر بعد از نفی ولد از اقرار خود برگردد و خود را تکذیب کند و اعتراف نماید که فرزند نفی شده در واقع فرزند خود او است، سپس آن فرزند را عمداً بکشد، در اینکه قصاص می‌شود یا نه، دو قول وجود دارد:

### أ) قصاص پدر

برخی از فقها معتقدند که اقرب به واقع آن است که قصاص می‌شود. (فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۴ / ۶۰۲؛ عمیدی، ۱۴۱۶: ۳ / ۷۰۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۴۲ / ۱۷۵) علامه حلی می‌نویسد: «فان عاد بعد اللعان و اعترف به ثم قتله فالاقرب القصاص» (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳ / ۶۱۰)؛ یعنی اگر بعد از لعان برگردد و



به (فرزندی) وی اعتراف کند و سپس او را بکشد، پس اقرب به واقع آن است که قصاص می‌شود.

#### مستند فقها:

۱. قرآن: نصوصی که در قرآن آمده عام هستند؛ مثل «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ». (بقره: ۱۷۹) و «وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ». (مانده: ۴۵)، اما نسبت به این مورد شک داریم که آیا مانعی وجود دارد تا حکم عام شامل آن بشود یا نه، در این مورد گفته می‌شود مانعی وجود ندارد (استصحاب عدم المانع) و تحت حکم عام باقی می‌ماند. (فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۴/۶۰۲؛ عمیدی، ۱۴۱۶: ۳/۷۰۴؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۱/۱۰۷)

به عبارت دیگر بعد از لعان، رابطه ابوت از بین می‌رود و در صورت قتل پسر حکم قصاص شامل پدر ملاعن می‌شود. حال بعد از تکذیب خود و ارتکاب قتل، شک می‌شود که آیا مانعی به وجود آمد تا پدر ملاعن را از تحت عام خارج کند، استصحاب عدم المانع جاری می‌شود و تحت حکم عام یعنی قصاص باقی می‌ماند.

آنچه که سبب عدم قصاص است رابطه ابوت می‌باشد که در اینجا چون رابطه ابوت با لعان نفی شده، دیگر مانعی جهت قصاص نیست (فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۴/۶۰۲) و اقرار بعد از لعان نیز فایده‌ای ندارد، چون همان طور که گذشت اقرار فرد فقط چیزهایی را که بر ضرر وی باشد اثبات می‌کند، نه چیزهایی که به سود وی است. (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۱/۱۰۷)

۲. اخذ به اقرار وی: چون خودش اقرار به عدم فرزندی مقبول نموده است، در نتیجه قصاص می‌شود (همان: ۷)، لذا اگر انکار بعد از نفی در مواردی که به نفع

---

۱. «فإن عاد بعد اللعان و اعترف به ثم قتلته فالأقرب القصاص أخذاً بإقراره، و لعموم أدلته مع الشك في المانع».



وی است، باشد پذیرفته نمی‌شود، لذا عدم قصاص چون به نفع وی می‌باشد پس با انکار ثابت نمی‌شود.

## ۲. عدم قصاص پدر

برخی احتمال عدم قصاص را مطرح نموده‌اند؛ یعنی در این فرض که پدر لعان انجام داده و سپس اعتراف کند که دروغ گفته است، اگر در این حال فرزند ملاعنه خود را بکشد این احتمال هم وجود دارد که قصاص نشود. صاحب کشف اللثام می‌نویسد: «یحتمل العدم». (همان)

### مستند فقها:

۱. احتیاط در دماء: یکی از قواعد مسلم و مشهور فقهی «احتیاط در دماء» است که به موجب آن در حکم مرگ یک انسان باید تا می‌توان احتیاط نمود و این از روایات کثیره و تسالم فقها و مذاهب شارع به دست می‌آید. (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱/ ۱۸۴) طبق این قاعده انجام قصاص باید مستند به دلیل شرعی معتبر صورت بگیرد و در غیر آن باید احتیاط نمود و از قصاص خودداری کرد. (کلانتری خلیل‌آبادی و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۳۰) حال در قصاص پدر ملاعن دلیل شرعی معتبر وجود ندارد و باید احتیاط نمود: «احتیاطاً فی الدم». (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۱/ ۱۰۷)

۲. وجود شک و شبهه در انتفای رابطه ابوت: شرط در قصاص، انتفای رابطه پدری است و در اینجا که در ابتدا نفی و سپس اعتراف به فرزندگی کرده است، در انتفای رابطه پدری شک و شبهه وجود دارد و فقها در قصاص و عدم قصاص اختلاف دارند. بنابراین با وجود اختلاف و شک در انتفای رابطه ابوت قصاص نمی‌شود: «و بناء علی الاشتراط بانتفاء الابوه مع الشک فیهِ، لاختلاف قولیه». (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۱/ ۱۰۷) به این دلیل که با وجود شبهه طبق قاعده درء، حد قصاص ساقط می‌شود. (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۴/ ۴۱)

اشکال: صاحب جواهر احتمال عدم قصاص را نمی‌پذیرد و پاسخ می‌دهد که قصاص با ادله شرعی ثابت شده است و مانعی از اجرای آن نیست. از طرف دیگر

خودش اقرار کرده که فرزندش نیست و به اقرارش عمل می‌شود. (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۷۵/۴۲)

#### ۴. نفی ولد و اثر آن بر قصاص پدر از منظر فقه اهل سنت

##### ۱. ۴. نفی ولد و اثر آن بر قصاص پدر از منظر فقه حنفیه

از منظر احناف، اگر لعان برای نفی فرزند باشد، فرزند از وی نفی می‌شود و به مادر ملحق می‌گردد، اما رابطه پدر و فرزند به طور کلی نفی نمی‌شود، بلکه برخی از احکام نسب باقی می‌مانند و از جمله احکامی که قطع می‌شود توارث (عدم ارث بری از یکدیگر) و نفقه است. (کاسانی، ۱۴۰۶: ۲۴۸/۳)

ابن همام می‌نویسد: «أَنَّ وَلَدَ الْمَلَاعِنَةِ إِذَا قُطِعَ نَسَبُهُ مِنَ الْآبِ وَالْحَقِّ بِالْأُمَّ لَا يُعْمَلُ الْقَطْعُ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ بَلْ فِي بَعْضِهَا...»؛ (ابن همام، بی تا: ۲۲۲/۹) یعنی فرزند ملاعنه هنگامی که نسبش از جانب پدر قطع شد به مادرش ملحق می‌گردد. این قطع شدن نسب در همه احکام بین آنها نیست، بلکه در برخی از احکام برقرار است.

طبق این دیدگاه با لعان، نسبت پدر و فرزند قطع می‌شود، اما همه احکام نسبی بین آن دو منتفی نمی‌شود و برخی از آنها باقی می‌ماند، که عدم قصاص پدر در صورت قتل فرزند ملاعنه از جمله احکامی است که از بین نمی‌رود. بنابراین اگر پس از لعان پدر فرزند ملاعنه را بکشد، به واسطه آن کشته نمی‌شود (زیلعی، ۱۳۱۳، ۱۸/۳) ابن همام در ادامه می‌نویسد: «وَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَى الْآبِ بِقَتْلِهِ» (ابن همام، بی تا: ۲۲۲/۹)؛ یعنی قصاص پدر به خاطر قتل فرزند ملاعنه لازم نیست، و ابن عابدین نیز شبیه همین قول را دارد. (ابن عابدین، ۱۳۸۶: ۴۹۳/۳)<sup>۲</sup>

۱. «وفيه أن ذلك لا يقتضى سقوط القصاص الثابت بالأدلة الشرعية وإن أُلزم بمقتضى الإقرار في حقه».

۲. فَيَقْتَضِي النَّسَبُ بَيْنَ الْوَالِدِ وَالْمَلَاعِنِ فِي حَقِّ الشَّهَادَةِ وَالزَّكَاةِ وَالْقِصَاصِ وَالنِّكَاحِ وَعَدَمَ اللَّحُوقِ بِالْغَيْرِ، حَتَّى لَا تَجُوزَ شَهَادَةُ أَحَدِهِمَا لِلْآخَرِ، وَلَا صَرْفُ زَكَاةٍ مَالِهِ إِلَيْهِ، وَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَى





### مستند فقها:

از نظر احناف با لعان، نفی فرزند شرعاً صورت می‌گیرد، اما در اصل و واقع نفی نمی‌شود، زیرا در اینجا این ظن و گمان وجود دارد که آن فرزند در واقع فرزند آن مرد باشد، چون در فراش وی متولد شده است و طبق قاعده فراش فرزندی که از زن شوهردار متولد شده است، از آن شوهرش است و مستند آن روایتی از پیامبر گرامی اسلام می‌باشد: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ». لذا احکام دیگر باقی می‌ماند. (کاسانی، ۱۴۰۶: ۳/۲۴۸؛ ابن‌عابدین، ۱۳۸۶: ۳/۴۹۳)

از نظر احناف چون این فرزند در رابطه‌ای شرعی و محترم متولد شده است، متعلق به زن و شوهر است و طبق قاعده فراش به شوهر ملحق می‌شود و لعان نیز فقط نفی شرعی و ظاهری است و برخی از آثار پدر و فرزندی مثل توارث و نفقه را نفی می‌کند، اما موارد زیادی باقی می‌ماند، که یکی از آن‌ها در بحث قصاص است.

### ۲. ۴. نفی ولد و اثر آن بر قصاص پدر از منظر فقه مالکیه

از منظر مالکیه اگر شخصی فرزندی را از خود به واسطه لعان نفی کند آن فرزند از وی نفی شده و به مادرش ملحق می‌شود (لخمی، ۱۴۳۲: ۵/۲۴۶۱)، اما اگر پس از لعان خود را تکذیب کند، دوباره فرزند به وی ملحق می‌شود. (همان)

ابن رشد قرطبی می‌نویسد: «وَاتَّقُوا عَلَىٰ أَنَّهُ إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ حُدَّ وَالْحَقُّ بِهِ الْوَلَدُ أَنْ كَانَ نَفْيَ وَوَلَدًا». (ابن‌رشد قرطبی، ۱۴۲۵: ۳/۱۳۸) بنابراین در صورت تکذیب پدر، رابطه پدر و فرزندی برمی‌گردد و همه احکامی که بر این نسبت اثبات می‌شد، دوباره جاری می‌شود. محل بحث در جایی است که پدر خود را تکذیب نکند که در ادامه بدان پرداخته می‌شود.

در کتب مالکیه در خصوص این موضوع چیزی یافت نشد، اما در کتاب موسوعه کویته از دیدگاه مذاهب از جمله مالکیه گفته شده است که به واسطه نفی ولد همه احکام بین والد و ولد از بین نمی‌رود و یکی از آن احکام عدم قصاص پدر ملاعن

---

→ الْأَبُ بِقَتْلِهِ، وَلَوْ كَانَ لِابْنِ الْمُلَاعِنَةِ ابْنٌ وَلِلزَّوْجِ بِنْتُ مِنْ امْرَأَةٍ أُخْرَى لَا يَجُوزُ لِابْنِ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِبِنْتِكَ الْبِنْتِ.



به واسطه قتل پسر ملاعنه می باشد، بنابراین اگر پدر فرزند ملاعنه را به قتل برساند، کشته نمی شود و به طور کلی قصاص نمی شود. (وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية - الكويت، ۱۴۰۴: ۳۵/۲۶۴)

### ۳. ۴. نفی ولد و اثر آن بر قصاص پدر از منظر فقه شافعیه

از منظر فقهای شافعی به واسطه نفی ولد، فرزند به مادر ملحق می شود (الموردی، ۱۴۱۹: ۱۱/۵۱ و ۵۳) و در صورتی که پس از اتمام لعان خود را تکذیب کند و به فرزندی فرزند نفی شده اعتراف کند، در این صورت فرزند به وی برمی گردد. (همان) از نظر مذهب شافعی اگر پدر پسر را بکشد، به واسطه آن قصاص نمی شود، زیرا پدر اصل است و فرزند فرع (ابن حجر الهیتمی، ۱۳۵۷: ۲/۱۵۷)، به دلیل روایتی که وارد شده است: «لَا يَقَادُ لِلْأَبْنِ مِنْ أَبِيهِ». (بیهقی، ۱۴۲۴: ۸/۶۹، ح ۱۵۹۶۶) حال اگر پدری فرزند خود را با لعان نفی کند و انگاه وی را به قتل برساند، آیا کشته می شود یا خیر؟ در برخی از کتاب های شافعی پاسخی که داده شده بر مبنای کتابی است که دارای دو نسخه است که در هر کدام پاسخ مختلفی نقل شده است (دو قول)، که در ادامه بدانها اشاره می شود:

قول اول؛ در نسخه «الروضة المعتمدة» الاذرعی می گوید تا مادامی که پدر اصرار بر نفی فرزند ملاعنه می کند، کشته می شود و این دیدگاه متولی است. (انصاری، ۱۴۱۸: ۲/۲۲۴؛ جمل، بی تا: ۵/۲۲)

قول دوم در نسخه «الروضة السقيمة» آمده و گفته شده که قول صحیح این است که پدر به واسطه قتل فرزند نفی شده کشته نمی شود. (بجیرمی، ۱۳۶۹: ۴/۱۲۵)

فقهای شافعیه قول اول را ضعیف شمرده اند و قول دوم را وجهی تر می دانند؛ یعنی مطلقاً کشته نمی شود (بجیرمی، ۱۳۶۹: ۴/۱۲۶؛ ابن حجر الهیتمی، ۱۳۵۷: ۸/۴۰۳)

۱. وَالْأَشْبَهُ أَنَّهُ يُقْتَلُ بِهِ ضَعِيفٌ وَقَوْلُهُ: وَالْأَوْجَهُ أَنَّهُ لَا يُقْتَلُ بِهِ مُطْلَقًا مُعْتَمَدًا.



### مستند فقها:

قاعده الْحُدُودُ تَسْقُطُ بِالشُّبُهَاتِ؛ چون نسبت به قصاص پدر در فرضی که فرزند نفی شده خود را بکشد، اختلاف و شبهه وجود دارد، لذا کشته نمی‌شود (همان) و طبق قاعده «الْحُدُودُ تَسْقُطُ بِالشُّبُهَاتِ» (سیوطی، ۱۴۰۳: ۱۲۲) پدر قصاص نمی‌شود.

#### ۴. ۴. نفی ولد و اثر آن بر قصاص پدر از منظر فقه حنبلیه

از منظر حنبلیه اگر لعان برای نفی فرزند باشد، پس از لعان فرزند از پدر نفی می‌شود و به مادر ملحق می‌گردد، و در صورتی که زوج پس از لعان خود را تکذیب کند، فرزند به وی ملحق می‌شود (ابن مفلح، ۱۴۱۸: ۷/۶۲-۵۹)

از نظر حنبلیه اگر پدری فرزند خود را بکشد به واسطه آن قصاص نمی‌شود (بهوتی حنبلی، ۱۴۰۳: ۵/۵۲۸-۵۲۷)<sup>۱</sup> اما حکم صورتی که پدر فرزند ملاعنه را بکشد، در کتاب‌های حنبلیه یافت نشد. در کتاب موسوعه کویتیه از دیدگاه حنبلیه آمده است که اگر پدر فرزند ملاعنه را به قتل برساند، کشته نمی‌شود. (وزاره الاوقاف والشئون الاسلامیه-الکویت، ۱۴۰۴: ۳۵/۲۶۴)

بنابراین از دیدگاه فقهای مذاهب اهل سنت، همان طور که پدر قبل از نفی ولد به واسطه قتل عمدی فرزند کشته نمی‌شود، بعد از نفی فرزند و قتل وی نیز کشته نمی‌شود.

#### ۵. نفی فرزند و اثر آن بر قصاص پدر از منظر قانون

بنا بر قانون مجازات ایران در صورتی که پدر فرزند خود را به قتل برساند، به واسطه آن کشته نمی‌شود و به طور کلی قصاص پدر منتفی است. در فصل سوم قانون مجازات اسلامی بدین قانون اشاره شده است. بر اساس ماده ۳۰۱: «قصاص در صورتی ثابت می‌شود که مرتکب، پدر یا از اجداد پدری معنی‌علیه نباشد». در

۱. «الرَّابِعُ أَنْ لَا يَكُونُ الْمَقْتُولُ مِنْ ذُرِّيَةِ الْقَاتِلِ فَلَا يَقْتُلُ وَالِدَ أَبِي كَانَ أَوْ أُمًّا، وَإِنْ عَلَا بَوْلِدِهِ وَإِنْ سَفَلَ مِنْ وَلَدِ الْبَنَاتِ أَوْ الْبَنَاتِ».

قانون، به حکم قصاص پدر در صورت جنایت بر فرزند ملاحظه اشاره نشده است، اما با توجه به ثو ماده ۸۸۲ و ۸۸۳ قانون مدنی که در ادامه ذکر می‌شود، مشخص می‌گردد که قانون مطابق با دیدگاه مشهور فقهای امامیه است، لذا به نظر می‌رسد که اگر کسی فرزند نفی شده خود را بکشد، حکم قصاص وی صادر شود، زیرا نظر مشهور فقیهان همین است.

در قانون مدنی طبق ماده ۸۸۲ بعد از نفی ولد، پدر و فرزند از یکدیگر ارث نمی‌برند، اما فرزند از مادر و خویشاوندان مادری ارث می‌برد، زیرا بعد از لعان فقط انتساب فرزند با پدر از بین می‌رود و اما نسبت فرزند با مادر از بین نمی‌رود، در نتیجه آن فرزند از مادر و خویشاوندان مادر ارث می‌برد و بالعکس. همچنین طبق ماده ۸۸۳ هرگاه پدر پس از لعان خود را تکذیب کند، فرزند از پدر ارث می‌برد، اما پدر از فرزند ارث نمی‌برد. طبق این ماده پدری که پس از وقوع لعان و نفی نسب فرزند، از آن رجوع می‌کند و خود را تکذیب کند و بگوید که آن فرزند خودش می‌باشد فقط حکمی که به ضرر وی است در حق پدر اثبات می‌شود، لذا فرزند از پدر ارث می‌برد اما پدر از فرزند ارث نمی‌برد.

## ۶. ارزیابی دیدگاه‌ها

برای بررسی بهتر و دقیق‌تر اقوال و ارزیابی ادله و مستندات آن‌ها شایسته است به صورت مستقل و مجزا به نکاتی در این رابطه اشاره شود که توجه به آن‌ها می‌تواند در راستای دست یافتن به نظریه صائب در این زمینه کارساز باشد.

### ۶.۱. حقیقت اقرار

«اقرار»، اخبار به حقی به نفع دیگری و به ضرر خود است (طوسی، ۱۴۰۸: ۲۸۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲/۳۵) و مراد از حقی که در تعریف اقرار آمده است، شامل عین، منفعت و حق به معنای اخص مانند حق خیار، حق شفعه، حق انتفاع، حق ارتفاق و حق قصاص می‌شود، و فرقی بین حق الله و حق الناس نیست و هر دو را شامل می‌شود (عاملی، ۱۴۲۷: ۷/۴۷۳؛ سمرقندی، ۱۴۱۴: ۳/۱۹۵) و اقرار





حجت است (جوینی، ۱۴۲۸: ۵/ ۴۸۶)، لذا اگر کسی اقرار به چیزی علیه خود نمود، باید طبق همان اقرار علیه وی حکم شود. (ابن رشد قرطبی، ۱۴۲۵: ۴/ ۲۵۴) بنابراین از منظر فقهای مذاهب اقرار علیه خود نافذ است و قاضی باید طبق اقرار وی حکم کند، حال در این فرض چون خود اقرار می‌کند به اینکه این فرزند، فرزند وی نیست، لذا بعد از اتمام مراسم لعان و نفی ولد، این حکم ثابت می‌شود که آن فرزند نفی شده، دیگر فرزند وی نیست و همه احکام در ارتباط با ابوت (پدر و پسری) منتفی می‌شود؛ مثل عدم قصاص پدر در فرض قتل فرزند.

## ۶.۲. حکم رجوع از نفی ولد

اگر مرد بعد از لعان و نفی ولد، خود را تکذیب کند و بگوید که آن فرزند نفی شده فرزند خودم است، از منظر فقهای امامیه الحاق فرزند به پدر فقط در مواردی می‌باشد که به ضرر پدر است. برای مثال در باب ارث، پسر از پدر ارث می‌برد، اما پدر از پسر ارث نمی‌برد، همان طور که صاحب جواهر می‌گوید: «لاقراره اولاً بالانتفاء منه، و لذا يرثه الولد و لا يرثه الاب» (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۴/ ۶۷) به این دلیل که خودش با اقرار اول آن فرزند را از خود نفی نموده است و تکذیب بعدی که اقرار دوم محسوب می‌شود، مواردی اثبات می‌شود که به ضرر وی است. بر همین اساس پسر از وی ارث می‌برد، اما پدر از پسر ارث نمی‌برد. و سایر موارد مثل قصاص پدر نیز همین قاعده جاری است، اما از دیدگاه احناف اگر پدر بعد از نفی ولد، خود را تکذیب کند، فرزند به پدر ملحق می‌شود. (ابن الهمام، بی تا: ۹/ ۲۰۰) زیلعی می‌نویسد: «يُبْتُّ نَسَبُ الْوَلَدِ». (زیلعی، ۱۳۱۳: ۳/ ۱۹)

از نظر مالکیه بعد از نفی ولد اگر پدر خود را تکذیب کند، پسر به وی ملحق می‌شود. (نفاوی، ۱۴۱۵: ۲/ ۵۱) ابن رشد می‌نویسد: «وَأَتَّفَقُوا عَلَيَّ أَنَّهُ إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ حُدَّ وَالْحَقُّ بِهِ الْوَلَدُ إِنْ كَانَ نَفْيَ وَوَلَدًا». (ابن رشد قرطبی، ۱۴۲۵: ۳/ ۱۳۸)

از نظر فقهای شافعی، بعد از تکذیب پدر، پسر به پدر ملحق می‌شود. (ابن المحاملی، ۱۴۱۶: ۳۳۸) شافعی می‌نویسد: «مَعْقُولٌ فِي الْجَمَاعِ النَّاسِ إِنْ الزَّوْجَ إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ الْحَقُّ بِهِ الْوَلَدُ». (شافعی، ۱۴۱۰: ۵/ ۳۱۰)



از نظر حنابله نیز در این فرض فرزند به پدر ملحق می‌شود. (خرقی، ۱۴۱۳: ۱۱۶)  
کلودانی می‌نویسد: «فَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ لِحَقِّهِ التَّسَبُّ». (کلودانی، ۱۴۲۵: ۴۸۰)

### ۳.۶. وجود نارسایی ادله و مستندات اقوال

دلایلی که از سوی معتقدان به نظریات فوق‌الذکر اقامه شده، عموماً دارای اشکال و قابل نقد هستند. در اینجا به بیان برخی از این اشکالات به تفکیک نظریات مختلف پرداخته می‌شود.

#### ۱.۳.۶. نقد مستندات نظریه عدم قصاص پدر بعد از نفی ولد

برخی از مستنداتی که در عدم قصاص پدر بعد از نفی ولد ارائه شده، دچار نارسایی است که برخی از آن‌ها عبارت‌اند از:

۱. برخی از طرفداران این نظریه وجود شبهه را دلیل بر عدم قصاص ذکر کرده‌اند که در پاسخ باید گفت اولاً همان‌طور که بیان شد اقرار دلیل شرعی برای اثبات دعواست، ثانیاً وقتی شخص اقرار کند که فرزند متولد شده از همسرش، فرزند وی نیست، در واقع با زبان خود اقرار کرده که رابطه چنین شخصی با آن فرزند، رابطه ابوت نیست، لذا هر اثری که مترتب بر رابطه پدر، فرزند است، از بین می‌رود و یکی از آن اثار، عدم قصاص پدر است. به بیان دیگر از بدو شکل‌گیری نطفه این فرزند، رابطه ابوت شکل نگرفته تا احکام پدر و فرزند بر آن بار شود و اقرار بعدی کشف می‌کند که از ابتدا رابطه ابوت برقرار نبوده است. بر همین اساس در فرضی که شخصی فرزند نفی شده خود را عمداً بکشد، با استناد به اقرار خود، کشته می‌شود.

۲. این دلیل که لعان نفی شرعی و ظاهری است و طبق قاعده فراش فرزند در اصل به پدر ملحق می‌شود نیز رد می‌شود، زیرا اولاً محل جریان قاعده فراش در جایی است که شک در نسبت فرزند متولد شده در فراش باشد، حال آنکه در محل بحث با اقرار خود مرد و انجام لعان، نسب نفی می‌شود و جای هیچ شک و شبهه‌ای باقی نمی‌ماند تا به قاعده فراش تمسک شود. از طرف دیگر یکی از دلایل مهم برای جعل لعان، نفی ولد می‌باشد، زیرا نفی ولد، ناشی از اهتمام شارع به حفظ نسب و





جلوگیری از اختلاط انساب است. ثانياً اینکه با نفی ولد به وسیله لعان برخی از احکام پدر و فرزندی نفی می‌شود و برخی دیگر باقی می‌ماند، صرفاً یک ادعای بدون دلیل است.

### ۲.۳.۶. نقد مستندات نظریه قصاص پدر (در فرض تکذیب بعد از نفی ولد)

این استدلال که بعد از نفی ولد اگر پدر خود را تکذیب کند و سپس فرزند نفی شده را بکشد، کشته شود، چون بعد از شک به وجود مانع از قصاص که ناشی از تکذیب بعدی می‌باشد استصحاب عدم المانع می‌شود و... به این بیان قابل رد است که به مجرد اینکه پدر خود را تکذیب کند در ابوت وی شک و احتمال به وجود می‌آید، لذا در صورتی که پدر مرتکب قتل فرزند شود شک قبلی به حکم قصاص نیز سرایت می‌کند، که در اینجا بنا بر قاعده «درء الحدود بالشبهات» حد قصاص جاری نمی‌شود، همان طور که برخی گفته‌اند در زنا، با ادعای زوجیت حد زنا ساقط می‌شود، چون احتمال زوجیت می‌رود و نیازی به بینة و قسم نیست. (اردبیلی، ۱۴۲۷: ۱/۸۴)

### ۷. نظر برگزیده

با توجه به تفصیلی که فقهای امامیه ارائه داده‌اند، نظر نگارنده نیز به صورت تفصیلی ذکر می‌شود:

#### ۷.۱. فرض عدم رجوع از اقرار

اگر شخص فرزند متولد در فراش خود را نفی کند، در حقیقت علم دارد که آن فرزند متعلق به وی نیست، و با توجه به همین علم خود اقرار به عدم نسبت بین خود و آن فرزند می‌کند و اقرار اگر با شرایطی (سبزواری، بی‌تا: ۴۲۷) که فقها ذکر نموده‌اند، واقع شد، اثری به دنبال دارد. یکی از آن اثار، الزام اقرارکننده (مقر) به هر چیزی است که علیه خود اقرار کرده است. (محقق داماد، ۴۴۴: ۳/۱۶۹) بنابراین در بحث نفی ولد چون اقرار کرده که مقتول فرزندش نیست، رابطه ابوت از بین می‌رود، لذا قصاص که به ضررش می‌باشد در حق وی اثبات می‌شود.

## ۲.۲. فرض رجوع از اقرار

فرض رجوع از اقرار، به دو صورت قابل فرض است:

### ۲.۲.۱. رجوع از اقرار قبل از نفی ولد(لعان)

اگر کسی قبل نفی ولد یا در اثنای انجام آن خود از اقرار خود برگردد از نظر فقها فرزند به وی ملحق می‌شود و اگر نسبت زنا نیز داده باشد حد قذف بر وی واجب می‌شود (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۵۳/۱۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۴۴/۱۰)؛ بحثی در این فرض نیست.

### ۲.۲.۲. رجوع از اقرار بعد از نفی ولد(لعان)

در این فرض به اتفاق فقها اگر بعد از نفی ولد پدر از اقرار خود برگردد، این برگشت سودی برای وی ندارد و فقط احکامی که به ضرر وی است برمی‌گردد. (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۷/۳۴) حال اگر این فرزند توسط پدر سابق کشته شود، طبق قاعده و نظر اقرب باید قصاص شود، اما به نظر نگارنده کشته نمی‌شود، زیرا همان طور که قبلاً گفته شد، در زنا، اگر ادعای زوجیت مطرح شود، به زانی و زانیه حد زده نمی‌شود؛ البته نوع حد فرقی نمی‌کند، حتی اگر شلاق باشد. از این رو وقتی در زنايي که مثلاً حد آن شلاق است با احتمال زوجیت بین زانی و زانیه حد ساقط می‌شود، به طریق اولی در فرض قتل فرزند توسط پدر سابق، قصاص ساقط می‌شود؛ به این دلیل که اولاً احتمال رابطه ابوت وجود دارد، زیرا پدر بعد از نفی ولد و قبل از قتل خود خود را تکذیب کرده است و قاعده فراش نیز این احتمال را تقویت می‌کند، ثانیاً شارع نسبت به دماء حساس است، لذا مشهور در باب دماء، اصالة الاحتیاطی هستند. (زنجانی، ۱۴۱۹: ۵/۵۶۶۷) بر همین اساس در این مسئله چون مستند قطعی برای قصاص وجود ندارد، باید احتیاط نمود، و عدم قصاص پدر ملاعن را می‌توان استنباط کرد. ثالثاً با توجه به اعتراف پدر، در انتفای رابطه پدر و فرزندی شبهه وجود دارد (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۱/۱۰۷) و در شبهات قاعده درء جاری می‌شود (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۴/۴۱)، لذا حد قصاص ساقط می‌شود.





## نتیجه:

۱. از دیدگاه امامیه و جمهور اهل سنت در صورتی که پدری فرزند خود را بکشد کشته می‌شود، اما از نظر مالکیه اگر پدر به شکل زجرآوری فرزند خود را بکشد قصاص می‌شود و برخی دیگر قائل به قصاص پدر به صورت مطلق هستند.
۲. در صورتی که پدر فرزند خود را نفی کند و بعد وی را بکشد، از نظر امامیه اگر پدر تا قبل از قتل بر نفی فرزند اصرار و پافشاری داشت، به دلیل اقرار خود پدر به عدم رابطه ابوت بین آنها، کشته می‌شود، اما اگر بعد از نفی ولد و قبل از قتل فرزند خود را تکذیب کند و بگوید که دروغ گفته و فرزند، از آن خود اوست و سپس وی را عمداً بکشد دو قول مطرح شده است؛ از نظر اکثر فقها کشته می‌شود چون مانعی از قصاص وجود ندارد، اما برخی این احتمال را نیز مطرح کرده‌اند که کشته نمی‌شود به دلیل وجود شبهه و احتیاط در دماء (خون).
۳. از نظر اهل سنت پدر در فرضی که فرزند نفی شده خود را بکشد کشته نمی‌شود به دلیل وجود شبهه و اینکه با نفی ولد با لعان، فرزند شرعاً نفی می‌شود، اما طبق قاعده فراش به پدر ملحق می‌شود.
۴. در حقوق ایران ماده، بند یا تبصره‌ای در خصوص انکار پدر بعد از نفی ولد وجود ندارد. از این رو پیشنهاد می‌شود ذیل ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی به عنوان تبصره اضافه شود که اگر پدر فرزند خود را بعد از نفی ولد بکشد، کشته می‌شود مگر آنکه خود را تکذیب کند.
۵. با توجه به نارسایی و ضعف برخی از مستندات، به نظر نگارنده در جایی که پدر بر نفی فرزند اصرار داشته باشد در صورت قتل وی قصاص می‌شود، اما اگر بعد از نفی خود را تکذیب کند قصاص نمی‌شود.

## منابع و مأخذ:

### قرآن

- ابن المحاملى، احمد بن محمد (١٤١٦)، اللباب فى الفقه الشافعى، تحقيق: عبدالكريم بن صنيان العمرى، مدينه: دار البخارى.
- ابن الهمام، محمد بن عبدالواحد السيواسى (بى تا)، فتح القدير، بيروت: دار الفكر.
- ابن حجر الهيتمى، احمد بن محمد (١٣٥٧ق)، تحفة المحتاج فى شرح المنهاج، مصر: المكتبة التجارية الكبرى.
- ابن رشد القرطبى، محمد بن احمد (١٤٢٥). بداية المجتهد و نهاية المقتصد، القاهرة: دار الحديث.
- ابن عابدين، محمد امين بن عمر بن عبدالعزيز (١٣٨٦ق)، حاشيه ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، مصر: شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابى الحلبي و اولاده بمصر.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد بن محمد (١٣٨٨ق)، المغنى، قاهره: مكتبة القاهرة.
- ابن مفلح، ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد (١٤١٨)، المبدع فى شرح المقنع، بيروت: دار الكتب العلميه.
- ابن منظور، محمد بن مكرم (١٤١٤)، لسان العرب، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع-دار صادر.
- اردبيلى، سيد عبدالكريم موسى (١٤٢٧)، فقه الحدود والتعزيرات، قم: مؤسسة النشر لجامعه المفيد.
- انصارى، زكريا بن محمد (١٤١٨)، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، بيروت: دار الكتب العلميه.
- \_\_\_\_\_ (بى تا)، اسنى المطالب فى شرح روض الطالب، بيروت: دار الكتاب الاسلامى.
- باجى ، ابوالوليد سليمان بن خلف بن سعد بن ايوب بن وارث (١٣٣٢ق)، المنتقى شرح الموطأ، مصر: مطبعة السعادة.
- بجيرمى المصرى الشافعى، سليمان بن محمد بن عمر (١٣٦٩ق)، التجريد لنفع العبيد: حاشية البجيرمى على شرح المنهاج، مصر: مطبعة الحلبي.





- بهوتی، منصور بن یونس (۱۴۰۳ق)، **کشاف القناع عن متن الاقناع**، بیروت: عالم الكتب.
- بیهقی، احمد بن الحسين بن علی بن موسی الخسروجردی - الخراسانی (۱۴۲۴)، **السنن الكبرى**، تحقیق: محمد عبدالقادر عطا، بیروت: دار الكتب العلمية.
- پيله، اعظم؛ علوی قزوینی، سید علی و علی رضیئی (۱۳۹۲)، «بررسی حجیت آزمایش دی.ان.ای (DNA) در نفی نسب»، مجله علمی، پژوهشی حقوق خصوصی، دوره ۱۰، ش ۱، ص: ۱۵۸-۱۳۹.
- جمعی از پژوهشگران (۱۴۱۷)، **معجم فقه الجواهر**، زیر نظر: سید محمود هاشمی شاهرودی، بیروت: الغدير للطباعة والنشر والتوزيع.
- جمل، سلیمان بن عمر (بی تا)، **فتوحات الوهاب بتوضیح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشیة الجمل**، بیروت: دارالفکر.
- جوینی، عبدالملک بن عبدالله بن یوسف بن محمد (۱۴۲۸)، **نهاية المطلب في دراية المذهب**، جده: دار المنهاج.
- حلّی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵)، **الجامع للشرائع**، قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه.
- خرقی، عمر بن الحسين بن عبدالله (۱۴۱۳)، **متن الخرقی علی مذهب ابی عبد الله احمد بن حنبل الشیبانی**، دمشق: دار الصحابة للتراث.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲)، **مفردات الفاظ القرآن**، بیروت/ دمشق: دار العلم/ الدار الشامیه.
- زیلعی الحنفی، عثمان بن علی بن محجن البارعی (۱۳۱۳ق)، **تبيين الحقائق: شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبی**، با حواشی شهاب الدین احمد بن محمد، بولاق: المطبعة الكبرى الامیریه.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳)، **مهذب الاحكام**، قم: دفتر معظم له.
- \_\_\_\_\_ (بی تا)، **جامع الاحكام الشرعیه**، قم: مؤسسه المنار.
- سمرقندی، محمد بن احمد (۱۴۱۴)، **تحفة الفقهاء**، بیروت: دار الكتب العلمیه.
- سیوطی، جلال الدین عبدالرحمن (۱۴۰۳ق)، **الاشباه والنظائر في قواعد و فروع فقه الشافعیه**، بیروت: دار الكتب العلمیه.
- شافعی، محمد بن ادريس (۱۴۱۰)، **الام**، بیروت: دار المعرفه.

- شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹)، کتاب نکاح، قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳)، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم: مؤسسة المعارف الاسلامية.
- طباطبایی حائری، سید علی بن محمد (۱۴۱۸)، رياض المسائل، قم: مؤسسه ال البيت عليه السلام.
- طوسی، محمد بن علی بن حمزه (۱۴۰۸)، الوسيلة الى نيل الفضيلة، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی رحمته الله.
- عاملی، سید محمدحسین ترحینی (۱۴۲۷)، الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية، قم: دار الفقه للطباعة و النشر.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۰)، ارشاد الادهان الى احكام الايمان، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۱)، تبصرة المتعلمين في احكام الدين، تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامي.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳)، قواعد الاحكام في معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- علیش، محمد بن احمد بن محمد (۱۴۰۹)، منح الجليل شرح مختصر خليل، بيروت: دار الفكر.
- عمیدی، سید عمیدالدین بن محمد اعرج حسینی (۱۴۱۶)، كنز الفوائد في حل مشكلات القواعد، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶)، كشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحكام، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- فخرالمحققین حلی، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ق)، ايضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، قم: مؤسسه اسماعيليان.
- قارویی، حسن (۱۳۹۵)، النصيذ في شرح روضة الشهيد، قم: عالمه.





- قرافی، ابوالعباس شهاب‌الدین احمد بن ادريس (۱۹۹۴)، الذخيرة، بيروت: دار الغرب الاسلامی.
- کاسانی، علاء‌الدین ابوبکر (۱۴۰۶)، بدائع الصنائع فی ترتيب الشرائع، بيروت: دار الکتب العلمیه.
- کلاتری خلیل‌آباد، عباس، متولی‌زاده، نفیسه و صدیق گلستان‌رو (۱۳۹۵)، «احتیاط در دماء و کاربرد آن در حقوق کیفری»، مجله حقوق اسلامی، س ۱۳، ش ۵۱، ص: ۱۶۰-۱۲۹.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷)، الکافی، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- کلودانی، محفوظ بن احمد بن الحسن (۱۴۲۵)، الهدایة علی مذهب الامام ابی عبدالله احمد بن محمد بن حنبل الشیبانی، تحقیق: عبداللطیف همیم و ماهر یاسین الفحل، کویت: مؤسسة غراس للنشر والتوزیع.
- لخمی، علی بن محمد الربعی (۱۴۳۲)، التبصرة، تحقیق احمد عبدالکریم نجیب، قطر: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامیه.
- مالک بن انس (۱۴۱۵)، المدونه، بيروت: دار الکتب العلمیه.
- ماوردی، ابوالحسن علی بن محمد (۱۴۱۹)، الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الامام الشافعی وهو شرح مختصر المزنی، تحقیق شیخ علی محمد معوض و شیخ عادل احمد الموجود، بيروت: دار الکتب العلمیه.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶)، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مرداوی، علاء‌الدین ابوالحسن علی بن سلیمان (۱۴۱۵)، الانصاف فی معرفه الراجح من الخلاف، تحقیق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي و عبدالفتاح محمد الحلو، قاهره: هجر للطباعة والنشر والتوزیع والاعلان.
- مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین (۱۴۱۵)، القصاص علی ضوء القرآن والسنة، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی رحمته.
- منبجی، علی بن ابی‌یحیی زکریا بن مسعود (۱۴۱۴)، اللباب فی الجمع بین السنة والکتاب، تحقیق: محمد فضل عبدالعزیز المراد، بيروت/ دمشق: دار القلم/ الدار الشامیه.
- موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن (۱۴۰۱ق)، قواعد فقهیه، تهران: مؤسسه عروج.



- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴)، **جواهر الكلام فی شرح شرائع الاسلام**،  
بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نفرأوی الازهری المالکی، حمد بن غانم (۱۴۱۵)، **الفواکه الدوانی علی  
رسالة ابن ابی زید القيروانی**، بیروت: دار الفكر.
- واسطی زبیدی، سید محمد مرتضی حسینی (۱۴۱۴)، **تاج العروس من  
جواهر القاموس**، بیروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- وزارة الاوقاف والشتون الاسلامیه-الکویت (۱۴۲۷-۱۴۰۴)، **الموسوعة  
الفقهية الكويتية**، مصر: دار الصفوة.





## رهیافتی به شناسایی مؤلفه‌های قرارداد صوری\*

سید مهدی معلمی\*\*

### چکیده

امروزه موضوع قراردادهای صوری، چالش‌ها و مشکلات فراوانی در جوامع اسلامی ایجاد کرده است، چرا که بنا بر مبانی فقه اسلامی، قرارداد صوری باطل است، اما در این میان شناخت قرارداد صوری از قرارداد واقعی بسی مشکل می‌نماید. بر این اساس ارائه شاخصی گویا برای شناخت قراردادهای صوری ضروری است. برای دستیابی به شاخص باید ابتدا مفهوم و مؤلفه‌های قرارداد صوری معین شود تا در مرحله بعد بتوان به نماگرهای قرارداد صوری دست یافت. از این رو در این مقاله با روش توصیفی، تحلیلی و بر اساس مبانی فقه جواهری تلاش شده است با نگاهی جامع به آموزه‌های عقلی و نقلی اسلام، ابتدا اشاره‌ای به مفهوم و مبانی بطلان قراردادهای صوری در فقه امامیه شود و سپس مؤلفه‌های قرارداد صوری در فقه امامیه ارائه گردد. نتایج حاصل از این پژوهش حاکی از این است که نشانه‌ها و امارات صوری بودن قرارداد عبارت‌اند از: عدم آگاهی طرفین از مفاد قرارداد، محاببات مبتذل، عدم التزام به لوازم عرفی قرارداد واقعی، لغو حکم شارع با عقود در هم تنیده و استفاده از عناوین پوششی مغایر با ماهیت اصلی قرارداد.

**کلید واژه‌ها:** قرارداد صوری، تبعیت از قصد، مؤلفه شناخت.

\* تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۲/۰۴/۱۰- تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۲/۰۶/۲۰- نوع مقاله: علمی، پژوهشی.

\*\* استادیار گروه فقه و معارف اسلامی جامعه المصطفی علیه السلام العالمیه خراسان، مشهد مقدس، ایران

(mahdi\_moalemi@miu. ac. i)



## مقدمه

احکام مربوط به قراردادهای صوری، از مباحث مهم فقهی است که موارد ابتلای بسیاری در روابط اجتماعی و اقتصادی دارد. برای نمونه بحث حيله برای فرار از حکم ربا از مباحث جدی و مهم میان فقیهان بوده است، در حالی که برخی از فقیهان حيله ربا را مشروع و از مصادیق فرار از باطل به سوی حق معرفی می‌کنند. (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۳/۲۹۶) در مقابل فقیهان بزرگی نیز حيله‌های ربا را حرام دانسته و به شدت با آن‌ها مخالفت کرده‌اند. (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴/۹۰۵؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۶: ۵۳۸)

در این میان، مهم‌ترین دلیل فقیهانی که قائل به حرمت حيله ربا هستند، عدم قصد جدی بر انجام معامله و صوری بودن آن است. (مکارم شیرازی، ۱۳۶۰: ۱۲) این در حالی است که تمامی فقیهان شیعه، بر بطلان عقد صوری اتفاق نظر دارند و هیچ اختلافی میان ایشان نیست. (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۳/۲۹۵)

از این رو فقیهان شیعی و سنی، مباحث گسترده‌ای در آثار تکلیفی و وضعی این نوع قراردادها مطرح کرده‌اند؛ با این همه شاخص منضبطی برای شناخت و کشف قرارداد صوری از قرارداد واقعی ارائه نشده است.

امروزه ضرورت ارائه شاخص‌های قرارداد صوری با توجه به گسترده‌گی روابط پولی و ایجاد انواع عقود در سیستم‌های مالی و بانکی و انزجار عموم مسلمین از حيله‌های فرار از ربا، دو چندان گشته است. در این راستا برای دستیابی به شاخص‌های قرارداد صوری باید تعریف عملیاتی از مفهوم مورد سنجش و مؤلفه‌های (جنبه‌های قابل اندازه‌گیری) آن را استخراج نمود و زمینه معرفی شاخص‌ها را فراهم نمود. (توکلی و کریمی، ۱۳۹۳: ۷۵)

در این نوشتار مبتنی بر روش فقه جواهری با نگاهی جامع به آموزه‌های عقلی و نقلی اسلام، ابتدا اشاره‌ای به مفهوم و مبانی بطلان قراردادهای صوری در فقه امامیه شده است و سپس مؤلفه‌های قرارداد صوری در فقه امامیه ارائه می‌گردد.



تا کنون مقالات اندکی که در این موضوع نگارش شده است، به جنبه‌های مفهومی و حکمی این موضوع پرداخته است و همچنین در برخی از مقالات شاخص‌های صوری شدن معاملات مطرح شده است، لیکن در هیچ‌کدام حلقه واسطه میان مفهوم و شاخص یعنی مؤلفه‌های قرارداد صوری مطرح نشده است.

محمدنقی نظریور و همکاران (۱۳۹۳) در مقاله «شاخص‌های صوری شدن معاملات در عملکرد بانکداری بدون ربا در ایران؛ بررسی موردی تسهیلات اعطایی شعب بانک تجارت مشهد مقدس» ابتدا اعتبار قصد در معاملات در فقه شیعی و تعریف قرارداد صوری را مطرح می‌کند، اما به یک‌باره نسبت قراردادهای مشارکت مدنی بدون قصد انشاء به کل قراردادهای مشارکت مدنی را به عنوان شاخص صوری بودن معامله انتخاب می‌کند و اشاره‌ای به مؤلفه‌های آن نمی‌کند.

محمد رسول آهنگران (۱۳۹۲) در مقاله «نگاهی نوین به قاعده «تبعیت عقد از قصد» با تأکید بر کاربردهای آن در بانکداری اسلامی» بر روی مفهوم قصد تمرکز می‌کند و تفاوت «اراده»، «هدف» و «انشاء» را مطرح و ادعا می‌کند که بطلان عقد به مقتضای قاعده «تبعیت عقد از قصد» تنها ناظر به عقدی است که فاقد قصد به معنای انشاء باشد. با این حال، مؤلفه‌های قراردادی را که فاقد قصد به معنای انشاء است، مطرح نمی‌کند.

صادق الهام (۱۳۹۸) نیز در مقاله «بررسی تابعیت عقد از قصد در معاملات بانکی» به طور عمده بر روی حکم قراردادهای صوری تمرکز می‌کند و در موارد مشکوک که نشانه و اماره صوری بودن قرارداد تام نیست، مدعی است عقد، تابعی از قصد استعمالی و نه واقعی متعاملین و در نتیجه از نگاه نگارنده مقاله در معاملات بانکی رایج، امضای قراردادهای بانکی تنظیم شده که جایگاه متعاملین را معین نموده است در صحت قرارداد و حل این مشکل کفایت می‌کند. در این مقاله نیز سخنی از مؤلفه‌های قراردادهای صوری به میان نیامده است. شایان توجه است برای مقاله پیش‌رو، مورد مشابهی یافت نشد.



## ۱. مفهوم قرارداد صوری

قرارداد صوری در مقابل قرارداد واقعی و به معنای قراردادی است که طرفین، قصد جدی برای به وجود آوردن آثار حقوقی آن معامله را نداشته باشند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۹۸۰) توضیح اینکه انسان‌ها برای تأمین انواع نیازهای خود در جامعه، انواع قراردادها را که حاکی از روابط گوناگون اقتصادی است، اعتبار می‌کنند. به طور طبیعی این قراردادها، ترکیبی از قالب و محتواس‌ت که قالب برای ابراز محتوا به طرف مقابل یا شاهدان است و محتوا اعتباری است که آثار حقوقی خاصی در پی دارد. قالب به صورت لفظ یا نوشته و یا هر مبرز دیگری مانند تعاطی اموال ظهور می‌کند.

در قرارداد واقعی (جدی) بین الفاظ و معانی مورد اراده طرفین، توافق و هماهنگی وجود دارد و آنچه را طرفین قرارداد قصد می‌کنند به زبان آورده یا می‌نویسند. اما در قرارداد صوری بین آنچه گفته یا نوشته می‌شود و آنچه قصد می‌شود، تفاوت است. در چنین قراردادهایی طرفین قصد جدی برای به وجود آوردن آثار حقوقی آن معامله را ندارند. بنابراین آنچه موجب صوری شدن قرارداد می‌شود، فقدان «قصد انشاء» است، زیرا قصد انشاء، به معنای اراده ایجاد اعتباری است که منشأ آثار حقوقی می‌گردد (ایروانی، ۱۴۰۶: ۱/۱۰۷) اما فقدان قصد به معنای هدف و انگیزه موجب تحقق عنوان قرارداد صوری نمی‌شود.

گفتنی است دو واژه «قصد» و «رضا» در بیشتر متون فقهی و حقوقی به ترتیب و پشت سر هم ذکر می‌گردند. منظور از «رضا»، تمایلی است که پس از سنجش سود و زیان ناشی از بستن قرارداد در فرد ایجاد می‌شود و مراد از «قصد»، همان تصمیمی است که شخص پس از رضایت به انجام معامله می‌گیرد و به بستن قرارداد منجر می‌شود. در واقع رضا به مرحله تصمیم‌گیری مربوط می‌شود و قصد به مرحله اجرا باز می‌گردد. فقدان قصد در معاملات، بر اساس، قاعده «العقود تابعة للقصد» سبب بطلان عقد شده، اما فقدان رضا چنین اثری ندارد و نهایتاً اگر سبب اکراهی شدن عقد شود، تنها عقد را غیر نافذ می‌گرداند. (نراقی، ۱۳۷۵: ۱۶۰-۱۵۹)

## ۲. حکم قرارداد صوری در فقه شیعه

قرارداد صوری به معنای قراردادی که فاقد قصد انشاء است، از دیدگاه تمامی فقیهان مسلمان باطل است و هیچ اثر حقوقی بر آن بار نمی‌شود. قصد انشاء از مقومات هر عقدی است که بدون وجود آن، اساساً قرارداد، قابلیت تحقق ندارد. (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۳/۲۹۵)

از این رو در میان فقیهان، قاعده فقهی «العقود تابعة للقصد» جایگاه ویژه‌ای دارد و مورد اتفاق تمامی ایشان است. مراد از تبعیت عقد از قصد، تبعیت نوع عقد و آثار آن از قصد و اراده انشائیه متعاقدين است. بنابراین، عقد در اینکه چه نوع عقدی است و نیز از جهت شرایط و ویژگی‌ها، تابع قصد است؛ یعنی اگر عاقد قصد عقد بیع کند عقد بیع منعقد می‌گردد و اگر قصد هبه کند، عقد هبه منعقد می‌گردد و تمامی آثار مترتب بر عقد نیز تابع قصد متعاقدين است. برای نمونه اثر عقد بیع، تبادل ملکیت عوض و معوض، و اثر عقد نکاح حصول زوجیت است. خود این آثار نیز می‌تواند از احوال و کیفیات مختلف برخوردار باشد؛ به عنوان مثال عقد بیع می‌تواند با شرط خیار و یا اسقاط کلیه خیارات منعقد گردد و یا در نکاح، متعاقدين می‌توانند برخی شرایط را منظور کنند. در این میان تنها آثار مقصود متعاقدين بر عقد مترتب خواهد شد و جایی که قصدی وجود ندارد، اثر فقهی و حقوقی نیز به دنبال نخواهد داشت.

آنچه سبب اتفاق فقیهان مسلمان بر بطلان قرارداد صوری گردیده است، عبارت است از:

### ۲.۱. دلیل عقلی

حقیقت عقد در قراردادهای مالی و غیر مالی، پیوند اعتباری تعهدات و اعتباراتی است که طرفین عقد در مقابل یکدیگر به وجود می‌آورند. این اعتبارات، از امور نفسانی هستند که حقیقتی جز قصد ندارند، زیرا انشاء (ایجاد اعتبار حقوقی) به معنای ابراز اعتبار نفسانی (منشأ) است. برای نمونه متعاقدين در عقد بیع، تملیک عین را به وسیله قول یا فعل، ابراز می‌کنند و پیوند اعتباری شکل می‌گیرد. در نتیجه





مطابقت مافی الضمیر (قصد متعاقدين) و آنچه ابراز می‌شود (اعم از قول یا فعل) اعتبار حقوقی را به وجود می‌آورد. در غیر این صورت، اساساً پیوند اعتباری شکل نمی‌گیرد و عقد باطل می‌گردد.

## ۲.۲. بنای عقلا مورد تأیید شارع مقدس

بر اساس تحلیلی که از ماهیت عقود ارائه گردید، سیره عقلا در اعتبارات و قراردادهای خود بدین صورت شکل گرفته است که مقصود متعاقدين را ملاک عمل قرار می‌دهند و معامله صوری را باطل می‌دانند. این اصل از دیرباز در نظام‌های حقوقی به عنوان امری مسلم، تلقی شده است و از سوی شارع مقدس، نه تنها ردعی نشده است، بلکه روایاتی در تأیید آن وارد شده است که بدان اشاره خواهد شد:

### ۱. آیه ۲۵۵ سوره مبارکه بقره

در آیه ۲۵۵ سوره بقره آمده است: «لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَّ لَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ وَّ اللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ». (بقره: ۲۲۵)

خداوند شما را به خاطر سوگندهایی که بدون توجه یاد می‌کنید، مؤاخذه نخواهد کرد، اما به آنچه دل‌های شما کسب کرده، (و سوگندهایی که از روی اراده و اختیار یاد می‌کنید) مؤاخذه می‌کند و خداوند، آمرزنده و بردبار است.

بر اساس مفاد این آیه شریفه، سوگندی که از سنخ سبق لسان است، هیچ حکم تکلیفی یا وضعی ندارد، زیرا اصلاً چنین گفتاری فعل شخص محسوب نمی‌شود؛ نه عمد است و نه شبه عمد و نه خطا؛ و اگر فعل یا قولی به یکی از این وجوه سه‌گانه به شخص منسوب نباشد، هیچ حکمی بر آن بار نیست. (جوادی آملی، ۱۳۸۷: ۱۱/۲۲۱)

### ۲. روایت نبوی

قال رسول الله ﷺ: يَا عَلِيُّ إِنَّ الْقَوْمَ سَيَفْتَنُونَ بِأَمْوَالِهِمْ إِلَيَّ... أَنْ قَالَ وَ يَسْتَحِلُّونَ حَرَامَهُ بِالشُّبُهَاتِ الْكَاذِبَةِ وَ الْأَهْوَاءِ السَّاهِيَةِ فَيَسْتَحِلُّونَ الْخَمْرَ بِالنَّبِيذِ وَ السُّحْتِ بِالْهَدْيَةِ وَ الرَّبَا بِالْبَيْعِ.





پیامبر اکرم ﷺ فرمود: ای علی، مردم بعد از من با ثروتشان آزمایش می‌شوند... با شبهات دروغین و هوس‌های غفلت‌زا حرام خدا را حلال می‌شمارند؛ شراب را به نام نبیذ و رشوه را به نام هدیه و ربا را به اسم تجارت حلال می‌پندارند.

این روایت نیز در نکوهش حلال کردن برخی از محرّمات الهی، با تغییر عناوین و اسامی آن‌ها وارد شده است. بر این اساس تغییر پوسته و اسم موضوعات احکام، باعث تبدل در احکام شرعی نشده و این کار مصداقی از فتنه و حرام تلقی شده است.

### ۳. روایت نبوی در ماجرای جمع‌آوری زکات

روی ابوحمید الساعدی قال استعمل النبی ﷺ رجلاً من الأسد یقال له أبو البنیة و فی بعضها أبو الأبنیة علی الصدقة، فلما قدم قال هذا لكم و هذا أهدی لی، فقام النبی ﷺ علی المنبر فقال: ما بال العامل نبعثه علی أعمالنا یقول هذا لكم و هذا أهدی لی. فهلا جلس فی بیت أبیة أو فی بیت أمه ینظر یهدی له أم لا؟ و الذی نفسی بیدیه لا یأخذ أحد منها شیئاً إلا جاء یوم القیامة یحمله علی رقبته إن کان بعیراً له رغاء أو بقرة له خوار أو شاة لها تنعر؛ ثم رفع یده حتی رأینا عقره إبطیه، ثم قال اللهم هل بلغت، اللهم هل بلغت. (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۱۵۲/۸)

ابوحمید ساعدی نقل می‌کند که رسول خدا ﷺ شخصی به نام ابن التبیة را برای گردآوری زکات بنی‌سلیم به کار گرفت. وی زمانی که نزد پیامبر آمد تا آن را حساب کند، گفت این مال شماست و این هم هدیه‌ای برای من است. رسول خدا ﷺ فرمود: اگر راست می‌گویی چرا در خانه پدر و مادر نشستنی تا هدیه نزدت بیاید؟ سپس برای ما به ایراد خطبه پرداخت. خدای را سپاس و ستایش گفت و سپس فرمود: اما بعد، من فردی از شما را بر کاری از آنچه خداوند بر عهده من گذاشته است، می‌گمارم. پس می‌آید و می‌گوید: مال شما و این هم هدیه‌ای که به من اهدا شده است، پس چرا در خانه پدر و مادرش نشست تا هدیه‌اش به دست او برسد؟ به خدا سوگند کسی از شما چیزی را به ناحق نمی‌گیرد مگر آنکه روز قیامت خدا را ملاقات می‌کند در حالی که آن را به دوش می‌کشد. به طور قطع فردی از شما را می‌شناسم که



خداوند را ملاقات کرده در حالی که شتری نعره‌کنان یا گاوی بانگ‌زنان و یا گوسفندی بعبع‌کنان بر پشت دارد. سپس دست‌های خود را بلند کرد تا سفیدی زیر بغل آن حضرت نمایان گشت و فرمود: اللهم هل بلغت؛ بار خدایا! آیا رساندم؟

این روایت، در واقع مصداقی عینی از بطلان قرارداد صوری (اعم از عقد یا ایقاع) است، زیرا از عتاب پیامبر فهمیده می‌شود که هدیه گرفته شده توسط کارگزاران آن حضرت صوری بوده و چیزی جز رشوه نیست.

### ۳.۲. اجماع

یکی از دلایلی که برای بطلان عقد صوری، مطرح شده است، اجماع است. اتفاق نظر فقیهان شیعه بر بطلان عقد صوری به گونه‌ای است که شیخ انصاری مدعی است نه تنها هیچ اختلافی میان فقیهان نیست، بلکه حتی هیچ اشکالی نیز در رابطه با بطلان عقد صوری از سوی ایشان مطرح نشده است. (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۳/۲۹۵) کاربرد فراوان اصطلاح «ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد» در متون استدلالی فقهی، گواه آشکار بر این مدعا است.

با این همه، اجماع در صورتی حجت است که کاشف قطعی از رأی معصوم باشد و اجماع مورد ادعان می‌تواند کاشف قطعی از رأی معصوم باشد، زیرا به احتمال قوی مستند مجمعین همان دلایل پیش‌گفته است.

### ۴.۲. اصل عدم نقل

در صورتی که هیچ کدام از دلایل پیش‌گفته مورد پذیرش واقع نشود و در صورتی که صحت یا بطلان قراردادی صوری مشکوک باشد، اصل، عدم ترتب اثر و بطلان آن است. دلیلی که مشهور فقیهان برای این اصل ذکر کرده‌اند، این است که نتیجه هر قراردادی (ملکیت، زوجیت، شراکت و...) مسبوق به عدم است و با عقد صوری، شک در حصول نتیجه ایجاد می‌شود. در چنین حالتی اصل استصحاب جاری شده و حکم به بقای حالت سابقه یعنی عدم نتیجه می‌شود. حاصل جریان این

استصحاب، بطلان و عدم ترتب اثر بر معامله صوری است. (نائینی، ۱۳۵۲: ۱ / ۳۹۴-۳۹۵)

### ۳. مؤلفه‌های شناخت قرارداد صوری

بر اساس مطالب پیش‌گفته، اگر اماره یا نشانه‌ای وجود داشت که دلالت بر عدم مطابقت ظاهر کلمات متعاقدين با قصد ایشان داشت، حکم به بطلان آن قرارداد می‌شود. (علامه حلی، ۱۳۸۱: ۷ / ۲۲۸) از این‌رو در ادامه، به مؤلفه‌ها و آماراتی که نشان از صوری بودن قرارداد دارند، اشاره می‌شود.

#### ۳.۱. عدم آگاهی طرفین از مفاد قرارداد

از دیدگاه عرف و عقلا یکی از نشانه‌های قرارداد صوری، عدم آگاهی یکی از طرفین از مفاد قرارداد است. برای مثال کسی که فقط برگه قرارداد را امضا می‌کند و از عنوان قرارداد و مفاد مندرج در آن خبر ندارد و نمی‌داند این قرارداد مشارکت است یا مضاربه یا بیع یا... عرف و عقلا به صورت آشکار کشف می‌کنند که چنین فردی به دلیل عدم آگاهی عنوان و مفاد قرارداد، به طریق اولی قصد آن قرارداد را هم نداشته است و در نتیجه این قرارداد صوری است.

بنابراین بارزترین مصداق قراردادهای صوری، قراردادهایی است که طرفین تنها نام عقدی را تلفظ می‌کنند یا بر روی کاغذ می‌نویسند، اما هیچ اطلاعی از مفاد آن ندارند. برای نمونه هنگامی که از برخی مشتریان یا کارکنان سیستم بانکی کشور، از چیستی عقد جعاله، مساقات، مزارعه و سلم، پرسیده می‌شود، صرفاً می‌دانند که این اسامی مربوط به عقود شرعی است، اما از حقیقت آن اطلاعی ندارند.<sup>۱</sup> در این گونه موارد اساساً، طرفین تصوری از حقیقت اعتبار حقوقی ندارند تا بتوانند آن را با الفاظی مانند جعاله یا مساقات، انشاء و ابراز نمایند.

---

۱. مطابق یکی از تحقیقات انجام گرفته ۲۹/۷ درصد از مراجعان و ۵۵/۸ درصد از کارمندان بانک، آشنایی اجمالی با عملیات بانکی بدون ربا دارند. (مصباحی، ۱۳۷۳: ۱۰۳)





نتیجه اینکه، معاملات که طرفین از مفاد و حقیقت قرارداد اطلاعی ندارند و یا اطلاعات ایشان اجمالی است، معاملات صوری هستند که بی‌تردید باطل‌اند.

### ۳.۲. محابات مبتذل

یکی دیگر از مؤلفه‌های قرارداد صوری محابات مبتذل است. محابات از «حب و» مشتق شده است و از نظر لغوی به معنای هدیه و بخشش است. از نظر اصطلاحی، فروش کالا به کمتر از بهای متعارف (ثمن المثل) یا خریدن آن به بیشتر از قیمت متعارف را بیع محاباتی می‌گویند. به لحاظ اینکه اقدام هر یک از فروشنده و خریدار به فروش یا خرید کالا به قیمتی افزون‌تر یا کمتر از قیمت بازار، نوعی بخشش و هدیه نسبت به طرف دیگر به شمار می‌رود، به این نوع دادوستد، بیع محابات اطلاق شده است که در حقیقت نوعی بیع و هبه است. (طریحی، ۱۳۷۵: ۱/۹۴)

از دیدگاه فقیهان شیعه، عقد محاباتی سه صورت دارد:

۱. طرفین قرارداد به دلیل امور عاطفی و یا هر امر انسان دوستانه و عقلایی، اقدام به بیع محاباتی نمایند، امری جائز و مشروع تلقی می‌گردد. (هاشمی، ۱۴۲۶: ۲/۱۹۴) ایشان به روایات معتبری از امامان معصوم علیهم‌السلام استناد می‌نمایند که تحت عنوان «بَابُ أَنَّهُ يُجُوزُ أَنْ يَبِيعَ الشَّيْءَ بِأَضْعَافِ قِيَمَتِهِ وَ يَشْتَرِطَ قَرْضًا أَوْ تَأْجِيلَ دَيْنٍ» در مجامع روایی نقل شده است. (شیخ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸/۵۴)

۲. قرارداد محاباتی به دلیل جهل یا غفلت یکی از طرفین از ارزش واقعی کالا یا خدمات انجام گیرد؛ چنین قراردادی از نظر فقهی، مغبون دارای خیار غبن است و می‌تواند معامله را فسخ نماید. (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳/۲۰۴)

۳. اگر طرفین قرارداد با علم و عمد، در شرایطی اقدام به قرارداد محاباتی نمایند که عرف متشرعه آن را صوری تلقی کند (محابات مبتذل)؛ این قرارداد نیز باطل است. برای نمونه کسی که مبلغی قرض داده و در کنار آن یک شیء کم‌ارزش را به چندین برابر قیمت واقعی، به صورت نسیه می‌فروشد، در واقع برای فرار از ربا از این حيله استفاده کرده و انگیزه واقعی وی همان اخذ مازاد در قرارداد قرض است.



وجود این معامله غیرعقلانه و سفیهانه می‌تواند دال بر انگیزه اصلی فرد از انجام معامله باشد که همان قرض ربوی است. از نظر عرف چنین معامله‌ای فاقد قصد انشای واقعی است و به تنها برای پوشش شرعی قرضی ربوی، به طور صوری انجام گرفته است. برای مثال کسی می‌خواهد به کسی یک میلیون تومان وام بدهد و در مدت یک سال دویست هزار تومان ربا بگیرد، برای اینکه از ربا فرار کند می‌گوید: من به شما یک میلیون تومان وام می‌دهم به مدت یک سال بدون هیچ‌گونه شرطی و این قوطی کبریت را هم به مبلغ دویست هزار تومان به شما می‌فروشم! در هیچ جای دنیا، انسان عاقل یک قوطی کبریت را با این قیمت گزاف معامله نمی‌کند. بنابراین، چنین معامله‌ای عقلا نه و منطقی نیست، بلکه شوخی یا سفهی است، و روشن است که اگر معامله عقلایی نباشد، مشروع نیست، چون منظور از «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عقدهای عقلانیّه متعارفه است، همچنان که منظور از بیع در «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» معاملات عقلانیّه متعارفه است.

در روایت معتبر از امام صادق علیه السلام نیز نسبت به این گونه معاملات محاباتی که برای فرار از ربا انجام می‌گیرد، هشدار داده شده است:

یونس می‌گوید: به امام صادق علیه السلام عرض کردم: مردی کالایی را می‌فروشد و فروشنده و خریدار، هر دو می‌دانند که کالا این قدر ارزش ندارد، اما خریدار اطمینان دارد که فروشنده دوباره آن را از وی خواهد خرید. امام علیه السلام فرمود: یونس! همانا که رسول خدا<sup>ص</sup> به جابر بن عبدالله گفت: حال تو چگونه خواهد بود هنگامی که ستم آشکار گردد و مردم را خوار گردانند؟ جابر عرض کرد: خدا مرا تا آن زمان زنده نگذارد! پدر و مادرم فدای تو باد! آن چه هنگامی است؟ رسول خدا<sup>ص</sup> فرمود: آن‌گاه که ربا شایع شود. یونس! آنچه می‌گویی، رباست، پس اگر تو کالا را دوباره از او نخری، آن را باز می‌گردانند؟ یونس می‌گوید: عرض کردم: آری! امام فرمود: حتماً نزدیک آن مشو، حتماً به آن نزدیک مشو. (شیخ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸/۴۲)

۱. عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ بْنِ أَبِي الْخَطَّابِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ بَرِيعِ عَنْ صَالِحِ بْنِ عُقْبَةَ عَنْ يُونُسَ الشَّيْبَانِي قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام الرَّجُلُ يَبِيعُ الْبَيْعَ - وَ الْبَائِعُ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يَسْوَى وَ الْمُسْتَرِي يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يَسْوَى - إِلَّا أَنَّهُ يَعْلَمُ أَنَّهُ سَيَرْجِعُ فِيهِ فَيَسْتَرِيهِ مِنْهُ - قَالَ فَقَالَ يَا يُونُسُ إِنَّ رَسُولَ



در این روایت، امام صادق علیه السلام کسانی که بیع محاباتی را به عنوان پوشش حلال برای دستیابی به مقاصد ربوی خود قرار می‌دهند، به رباخواری محکوم می‌نماید، زیرا قرارداد آن‌ها صوری است و نشانه این قرارداد صوری این است که اگر فروشنده، دوباره از او نخرد، خریدار نیز کالا را به او بازمی‌گرداند: «وَهَذَا الرَّبَا فَإِنْ لَمْ تَشْتَرِهِ رَدَّهُ عَلَيْكَ؟ قَالَ قُلْتُ: نَعَمْ قَالَ فَلَا تَقْرَبْنَهُ فَلَا تَقْرَبْنَهُ».

نتیجه اینکه محابات مبتذل در یک قرارداد، مؤلفه‌ای برای صوری بودن آن از دیدگاه عرف و روایات است.

### ۳.۳. عدم التزام به لوازم عرفی قرارداد واقعی

از نگاه عرف یکی دیگر از نشانه‌های قرارداد صوری، عدم التزام طرفین قرارداد به لوازم عرفی و عقلایی قرارداد واقعی است. قرارداد واقعی ملزوماتی دارد که فقدان این ملزومات نشان از عدم واقعی بودن و در نتیجه صوری بودن آن دارد.

توضیح اینکه عقلا در قراردادهای واقعی خود به تناسب اهمیت و مقدار مورد قرارداد، در تعیین قیمت ثمن و مثنی، بررسی شروط و اطلاع از جزئیات آن، رفتارها و عکس‌العمل‌هایی نشان می‌دهند که در قرارداد صوری شاهد آن نیستیم و همین نکته می‌تواند مؤلفه‌ای برای شناخت قرارداد صوری از قرارداد واقعی باشد.

عقلا در خرید کالاهای اساسی با قیمت بالا، مانند مسکن، جواهرات، اتومبیل و... نسبت به قیمت و کیفیت آن دقت فراوان کرده و پس تحقیق و بررسی و مقایسه آن با موارد مشابه، شروع به چانه‌زنی نموده تا بتوانند کالای مورد نظر خود را به قیمت مناسب خریداری نمایند. برای نمونه در برخی قراردادهای بانکی مشاهده می‌شود که بانک اقدام به خرید نقدی ساختمان یا اتومبیل می‌نماید و در قرارداد دیگری همان کالا را به طرف مقابل به صورت نسبه می‌فروشد؛ با این همه در هیچ‌کدام از قراردادهای پیش‌گفته، بانک اطلاعی از قیمت ساختمان در منطقه ندارد و صرفاً بر

---

اللَّهُ قَالَ لِحَبِيبِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ - كَيْفَ أَنْتَ إِذَا ظَهَرَ الْجَوْرُ وَأَوْرَثَهُمُ الدُّلَّ - قَالَ فَقَالَ لَهُ جَابِرٌ لَا بَقِيَتْ إِلَيَّ ذَلِكَ الرِّمَانِ - وَمَتَى يَكُونُ ذَلِكَ يَا بَنِي أُنْتُمْ وَأُمِّي - قَالَ إِذَا - ظَهَرَ الرَّبَا يَا يُونُسُ - وَهَذَا الرَّبَا فَإِنْ لَمْ تَشْتَرِهِ رَدَّهُ عَلَيْكَ - قَالَ قُلْتُ: نَعَمْ قَالَ فَلَا تَقْرَبْنَهُ فَلَا تَقْرَبْنَهُ.

اساس بهره‌ای که باید در طول مدت بازپرداخت از مشتری بگیرد، قیمت‌گذاری می‌نماید.

آشکار است که چنین خرید و فروش‌هایی صوری است، زیرا اگر متصدیان حساب‌گر بانک به طور واقعی می‌خواستند چنین ساختمانی را خریداری کنند، عکس‌العمل‌ها و رفتارهایی انجام می‌دادند که در قرارداد بانکی هیچ‌کدام از آن‌ها مشاهده نمی‌شود.

نمونه دیگر از قرارداد صوری را می‌توان در عکس‌العمل طرفین قرارداد هنگام خسارت و تلف‌شدن کالا مشاهده نمود. برای نمونه در بسیاری از قراردادهای بانکی مشتری در خرید و فروش کالا از طرف بانک وکیل و امین است، در نتیجه بدون افراط و تفریط ضامن آن نیست و چنانچه در فاصله انجام دو قرارداد تلف یا خسارتی متوجه کالا شود، از نظر شرعی و عرفی، تلف و خسارت مذکور از مال بانک است و چیزی بر عهده وکیل نیست. اگر در اثنای معامله یا پس از تحویل گرفتن کالا توسط وکیل و قبل از فروش نسبه آن به خود، کالا بدون افراط و تفریط از بین برود، چنانچه بانک خسارت را نپذیرد و مدعی شود که التزامی به این خسارت ندارد، نشان‌دهنده عدم التزام نسبت به عقد می‌باشد و صوری بودن اصل قرارداد وکالت و خرید و فروش‌های نقد و نسبه است.

نمونه دیگر از چنین قراردادهای صوری مواردی است که به دلیل زمان‌بری و تخصصی بودن اجرای واقعی مفاد قرارداد عقود بانکی، کارگزار بانک و مشتری به امضای صوری قراردادهای جعلی، فروش اقساطی، سلف و... اکتفا می‌کنند، درحالی‌که هم کارگزار بانکی و هم مشتری از غیر واقعی بودن فاکتورها و مستندات می‌دانند که برای تشکیل پرونده و اعطای تسهیلات، لازم است، مطلع هستند. در این گونه موارد به روشنی ملاحظه می‌شود که هیچ‌کدام از طرفین قرارداد، قصد واقعی برای انشا قرارداد ندارند، زیرا می‌دانند اساساً در عالم خارج مشتری به وکالت از بانک کالایی خریداری نکرده است که بانک آن را به صورت اقساطی به او بفروشد، بلکه تنها فاکتور صوری برای طی کردن مراحل اداری صادر شده است.





#### ۳.۴. لغو حکم شارع با عقود در هم تنیده

در برخی موارد، قراردادی از سوی شارع تحریم شده و وفاقد مشروعیت است، با این همه برخی با انجام چند معامله در هم تنیده، عملاً در پوشش قراردادهای شرعی به مقصود حقیقی خود دست می‌یابند. در این گونه موارد، یا انشای چند عقد به طور هم‌زمان انجام می‌شود و یا یک عقد به شرط انشای عقد دیگر صورت می‌گیرد، به گونه‌ای که حتی با فرض پایبندی به عقود موجود در این معامله، عرف عملاً بین این معامله ترکیبی و قرارداد تحریم شده از سوی شارع تفاوتی نمی‌بیند.

نمونه بارز این گونه قراردادهای ترکیبی در «بیع عینه» مشاهده می‌شود. بیع عینه از صدر اسلام برای فرار از ربا در قرض ربوی یا وصول طلب از بدهکار انجام می‌گرفت. علت نامگذاری این نوع معامله این است که در قراردادی شرط می‌شود عین مال خریداری شده، در قرارداد دیگری به مبلغی بیشتر یا کمتر فروخته شود. به طور معمول این نوع قرارداد به دو صورت انجام می‌پذیرد:

۱. شخص نیازمند به پول برای فرار از ربا، از شخصی به صورت نسیه کالایی گران‌تر از قیمت نقد می‌خرد؛ سپس در همان جلسه، عین آن کالا را به قیمت کمتر به صورت نقد به فروشنده می‌فروشد. نتیجه‌ی این معامله، دستیابی شخص نیازمند- که از او به طالب یا صاحب عینه تعبیر می‌شود- به مبلغ نقد و دستیابی فروشنده اول به سود سرمایه‌اش به نسیه است. (بحرانی، یوسف، ۱۴۰۵: ۹۳/۲۰)

۲. طلبکار برای وصول طلب خود از فردی که توان پرداخت بدهی خویش را ندارد کالایی معین را نسیه به او می‌فروشد؛ سپس همان کالا را به بهایی کمتر، نقد از او می‌خرد تا بدهکار بتواند با پول دریافتی از طلبکار طلب پیشین او را پردازد و در سرسید، مبلغی اضافه بابت افزایش زمان بدهی، دریافت نماید. (حلی [علامه]، ۱۴۱۹: ۵۳۱/۲)

بیع عینه از سوی امامان معصوم علیهم‌السلام ممنوع اعلام شده است، اما با شروطی قابل تصحیح است. شرط اول این است که معامله اول، مشروط به تحقق معامله دوم



نشود و صاحب عینه، حق داشته باشد که معامله دوم را انجام ندهد. برای نمونه روایتی از امام صادق علیه السلام نقل شده است:

حسین بن المنذر می‌گوید: به امام صادق علیه السلام عرض کردم: مردی پیش من می‌آید و خواهان عینه است. پس من برای او کالایی را به صورت بیع مباحه می‌خرم و به او می‌فروشم، سپس در همان مجلس، همان کالا را از او می‌خرم! آن حضرت فرمود: اگر او اختیار داشته است که اگر بخواهد بفروشد و اگر نخواهد بفروشد و تو هم اختیار داشته باشی که اگر بخواهی خریداری کنی و اگر نخواهی خریداری نکنی، اشکالی ندارد. (شیخ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۴/۱۸)<sup>۱</sup>

در این روایت، از مفهوم شرط در جمله «إِذَا كَانَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ بَاعَ وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَبِعْ - وَ كُنْتَ أَنْتَ بِالْخِيَارِ إِنْ شِئْتَ اشْتَرَيْتَ - وَإِنْ شِئْتَ لَمْ تَشْتَرِ فَلَا بَأْسَ» فهمیده می‌شود که اگر چند قرارداد، در هم تنیده باشند یعنی انعقاد یکی مشروط به انعقاد قرارداد دوم باشد، این معامله ترکیبی باطل است.

شرط دوم برای تصحیح بیع عینه این است که طرفین به طور واقعی اقدام به چنین معامله‌ای کنند، اما در صورت صوری بودن، بیع عینه، باطل و حرام خواهد بود. برای نمونه در صحیح‌ه اسماعیل بن عبد‌الخالق نقل شده است:

اسماعیل بن عبد‌الخالق می‌گوید: از امام رضا علیه السلام درباره عینه سؤال کردم: همه تجار ما امروزه عینه می‌دهند، آیا روش کار آن‌ها را بیان کنم؟ آن حضرت فرمود: بگو! عرض کردم: شخصی پیش ما می‌آید که قصد بیع مساومه دارد و با ما مساومه می‌کند در حالی که ما متاعی نداریم؛ پس می‌گوید: به تو ده یازده سود می‌دهم، و من می‌گویم که ده دوازده و با هم چانه می‌زنیم تا به مبلغی توافق می‌کنیم. بعد می‌گویم چه متاعی می‌خواهی برای تو بخرم؟ می‌گوید: حریر؛ زیرا چیزی که حمل و نقل آن از حریر آسان‌تر باشد پیدا نمی‌کند. پس من می‌روم در حالی که تنها با او صحبت

۱. عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عِيْسَى عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَنْصِ بْنِ سُوْقَةَ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ الْمُثَنَّدِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام يَجِئُنِي الرَّجُلُ فَيَطْلُبُ الْعَيْنَةَ - فَأَشْتَرِي لَهُ الْمَتَاعَ مَرَابَحَةً ثُمَّ أَيْعُهُ إِيَاءَهُ - ثُمَّ أَسْتَرِيهِ مِنْهُ مَكَانِي - قَالَ إِذَا كَانَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ بَاعَ وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَبِعْ - وَ كُنْتَ أَنْتَ بِالْخِيَارِ إِنْ شِئْتَ اشْتَرَيْتَ - وَإِنْ شِئْتَ لَمْ تَشْتَرِ فَلَا بَأْسَ.





کرده‌ام و بیعی انجام نداده‌ام! آن حضرت فرمود: آیا این طور نیست که تو اختیار داری که اگر بخواهی متاعی را به او ندهی و او هم اختیار دارد که اگر نخواهد از تو نگیرد؟ گفتم: بله! پس می‌روم و برای او حریر مورد نظرش را می‌خرم، و به اندازه‌ی توانم از ثمن کم می‌کنم (چانه می‌زنم در خرید کالا) و او را به خانه می‌آورم و کالا را به او می‌فروشم، گاهی کمی بیشتر از آن قیمتی که با هم گفتگو کرده‌ایم و گاهی هم به همان قیمتی که قبلاً صحبت کرده‌ایم، و گاهی کار بر ما مشکل می‌شود. پس چیزی نیست (جنس پیدا نمی‌شود)، وقتی که او از من جنس را خرید، کسی را پیدا نمی‌کند که بالاتر از قیمتی که از من خریده است به او بفروشد، بنابراین متاع را به من می‌فروشد و متاع را می‌دهد و دراهم را می‌گیرد و چه بسا می‌خواهد با من حيله کند. آن حضرت فرمود: باید دراهم را فقط به صاحب حریر بدهی! گفتم: گاهی بین من و او اصلاً بیعی واقع نشده است، تنها من از او خواسته‌ام و او قبول کرده است. آن حضرت فرمود: آیا اختیار ندارد که اگر بخواهد، انجام ندهد و تو اختیار نداری که اگر بخواهی اضافه نکنی؟ گفتم: بله. اگر متاع از بین برود از مال من از بین رفته است. حضرت فرمود: اشکالی ندارد. اگر تو آن را بر نگردانی اشکالی ندارد. (شیخ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸/۵۳)<sup>۱</sup>

از جمله « فَقُلْتُ بَلَى لَوْ أَنَّهُ هَلَكَ فَمِنْ مَالِي قَالَ لَا بَأْسَ بِهَذَا إِذَا أَنْتَ لَمْ تَعُدْ هَذَا فَلَا بَأْسَ بِهِ »، فهمیده می‌شود که شرط صحت بیع عینه، این است که هر کدام از این

۱. محمد بن یعقوب عن عده من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن محمد بن علي بن الحكم عن إسماعيل بن عبد الخالق قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن العينة و قلت إن عامة تجارنا اليوم يعطون العينة فأفص عليك كيف تعمل؟ قال هات قلت يأتينا المسامير يريد المال فيسأوننا و ليس عندنا متاع فيقول أربحك ده يارده و أقول أنا ده دوازده فلا تزال تتراوض حتى تتراوض على أمر فإذا فرغنا قلت أي متاع أحب إليك أن اشتري لك فيقول الحرير لأنه لا يجد شيئاً أقل و ضيعه منه فأذهب و قد قاولته من غير مبايعه فقال أليس إن شئت لم تعطه و إن شاء لم يأخذ منك قلت بلى قال فأذهب فأشترى له ذلك الحرير و أمأكس بقدر جهدي ثم أجيء به إلى بيتي فأبایعه فربما أزدت عليه القليل على المفاوضة و ربما أعطيته على ما قاولته و ربما تعاسرنا فلم يكن شيء فإذا اشتري مني لم يجد أحداً أغلى به من الذي اشتريته منه فيبيعه مني فيجيء ذلك فيأخذ الدراهم فيدفعها إليه و ربما جاء ليحيله على فقال لا تدفعها إلا إلى صاحب الحرير قلت و ربما لم يتفق بيني و بينه البيع به و أطلب إليه فيقبله مني فقال أليس إنه لو شاء لم يفعل و لو شئت أنت لم ترد فقلت بلى لو أنه هلك فمن مالي قال لا بأس بهذا إذا أنت لم تعد هذا فلا بأس به.



معاملات به طور جداگانه و به صورت واقعی انجام شود و طرفین خود را نسبت به آن مسئول بدانند، اما اگر به طور صوری انجام گیرد، باطل و حرام است.

بر این اساس، فقیهان شیعه نیز فتوا بر حرمت و بطلان «بیع عینه» با شروط پیش گفته، داده‌اند. (نائینی، ۱۳۷۳ق: ۲/۱۲۲)

نمونه‌های دیگری نیز از ترکیب عقود برای لغو حکم شرعی وجود دارد که فقیهان شیعه حکم به بطلان آن داده‌اند. یکی از آن موارد، «ترکیب قرارداد مضاربه و قرارداد ضمان اصل سرمایه» و یا «قرارداد مضاربه به شرط ضمانت اصل سرمایه» است که برای پوشش شرعی برای قرض ربوی استفاده می‌شود.

بسیاری از فقیهان شیعه بر این باورند که شرط ضمان در مضاربه و یا عقد ترکیبی مضاربه و ضمانت، باعث تبدیل ماهیت قرارداد به قرض می‌شود. (حلی، ۱۴۱۳: ۲/۳۳۶) دلیل ایشان روایتی است که امام باقر علیه السلام از امام علی علیه السلام نقل می‌فرمایند: «مَنْ ضَمَّنَ تَاجِرًا فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا رَأْسُ مَالِهِ وَ لَيْسَ لَهُ مِنَ الرَّبْحِ شَيْءٌ». (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۲/۱۹ و ۲۳)

هر کس تاجری را ضامن کند، فقط می‌تواند اصل سرمایه‌اش را دریافت کند و دیگر در سود سهمی ندارد.

فقیهان از جمله «فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا رَأْسُ مَالِهِ وَ لَيْسَ لَهُ مِنَ الرَّبْحِ شَيْءٌ»، دریافتند که چون این حکم اختصاص به عقد قرض دارد، منظور امام علی علیه السلام این بوده است که ترکیب مضاربه و ضمانت، در حقیقت همان عقد قرض است و در نتیجه باید احکام قرض اجرا شود، یعنی تنها اصل سرمایه را بگیرد و در سود سهمی نداشته باشد. به عبارت دیگر آنچه از ترکیب عقد مضاربه و قرارداد ضمانت فهمیده می‌شود این است که طرفین قصد انشاء مضاربه و ضمانت نداشته‌اند، بلکه منظور اصلی ایشان قرض ربوی بوده است، در نتیجه چون ربا حرام است، بنا بر آیه شریفه «وَإِنْ تَبُوءْكُمْ فَلَکُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِکُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ» (بقره: ۲۷۹)، صاحب سرمایه تنها می‌تواند اصل سرمایه را بازپس گیرد و در سود آن استحقاقی ندارد.



### ۳.۵. استفاده از عناوین پوششی مغایر با ماهیت اصلی قرارداد

یکی دیگر از نشانه‌های قرارداد صوری این است که در مواردی طرفین برای رسیدن به مقصود خود، از عناوینی استفاده می‌کنند که عرف به راحتی درمی‌یابد مقصود اصلی ایشان عنوان دیگری است و ایشان برای پوشش شرعی این قرارداد، به صورت لفظی و نه واقعی از عنوان خاصی استفاده کرده‌اند. برای نمونه طرفین قرارداد به جای انجام عقد قرض ربوی، اسکناس را به قیمت بیشتر به صورت نسیه خرید و فروش می‌کنند. استدلال ایشان این است که اسکناس از معدودات به شمار می‌رود و بر اساس نصوص معتبر شرعی، معامله آن به مبلغ بیشتر، ربوی نیست.

روایات معتبره‌ای در حد استفاضه وارد شده است که مضمون آن‌ها این است که ربا معاملی فقط در مکیل و موزون جاری است، مانند صحیح‌ه عبید بن زراره از امام صادق علیه السلام که فرمودند: «لا یكون الربا الا فی ما یکال او یوزن». (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸ / ۱۳۳) برخی نیز برای این مطلب ادعای اجماع نموده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۳ / ۳۸۵) البته برخی از فقهای قدیمی مانند شیخ مفید و شیخ طوسی معامله معدود به زیاده را فقط به صورت نقدی جایز می‌دانند ولی معامله مدت‌دار (نسیه) را جایز نمی‌دانند. (مفید، ۱۴۱۳: ۶۰۴؛ طوسی، ۱۴۰۰: ۳۷۷)

اشکال اساسی این قرارداد این است که از دیدگاه عرف چنین قراردادی نمی‌تواند مصداقی واقعی برای بیع باشد و قصد اصلی طرفین، قرض ربوی است که برای پوشش آن از عنوان بیع نسیه استفاده می‌کنند. در چنین مواردی ارتکاز عقلا این است که آنچه واقع می‌شود «قرض» است، زیرا مراد از قرض در ارتکاز عقلا تبدیل مال مثلی خارجی به مثل آن در ذمه است و از دیدگاه عرف متشرعه، در واقع عنوان قرض بر فروش نسیه‌ای پول صدق می‌کند، اگر چه زبان عنوان بیع مطرح شده باشد. از این رو احکام قرض از جمله حرمت گرفتن زیاده، درباره آن صدق می‌کند. (خوبی،

۱۴۱۰: ۲ / ۵۵)

## نتیجه:

یافته‌های این پژوهش عبارت‌اند از:

۱. از نظر مفهومی قراردادی که فاقد قصد انشاء باشد، قرارداد صوری است یعنی قالبی که به صورت لفظ، نوشته و یا هر مبرز دیگری ابراز می‌شود با محتوایی که در حقیقت اعتبار شده است، هماهنگ نباشد.
۲. از دیدگاه فقیهان شیعه، قرارداد صوری باطل است. ایشان به چهار دلیل استناد نموده‌اند: دلیل عقلی، بناء عقلا، اجماع و اصل عدم نقل، اما با وجود دلیل عقلی بر عدم اعتبار قرارداد صوری و بناء عقلا دیگر دلایلی مانند اجماع و اصل عدم نقل، اعتباری ندارد.
۳. مؤلفه‌ها و آماراتی که نشان از صوری بودن قرارداد دارند، عبارت‌اند از:
  - عدم آگاهی طرفین از مفاد قرارداد، زیرا اساساً طرفین تصویری از حقیقت اعتبار حقوقی ندارند تا بتوانند آن را به طور واقعی انشاء و ابراز نمایند.
  - طرفین قرارداد با علم و عمد در شرایطی اقدام به قرارداد محاباتی نمایند که عرف متشرعه، آن را صوری تلقی کند. (محابات مبتذل)
  - عدم التزام طرفین قرارداد به لوازم عرفی و عقلایی انعقاد قرارداد واقعی.
  - انشاء چند عقد به طور هم‌زمان و یا یک عقد به شرط انشاء عقد دیگر، به گونه‌ای که حتی با فرض پایبندی به عقود موجود در این معامله، عرف عملاً بین این معامله ترکیبی و قرارداد تحریم شده از سوی شارع تفاوتی نمی‌بیند و حکم شارع را ملغی ببیند.
  - استفاده از عناوین پوششی مغایر با ماهیت اصلی قرارداد به گونه‌ای که عرف متشرعه به راحتی درمی‌یابد طرفین قرارداد برای پوشش شرعی آن، به صورت لفظی و نه واقعی از عنوان خاصی استفاده کرده‌اند.





## منابع و مأخذ:

قرآن کریم

نهج البلاغه

- ابن بابویه، محمد بن علی (۱۳۷۸ق)، عیون اخبار الرضا علیه السلام، تهران: نشر جهان
- ابن حیون، نعمان بن محمد مغربی (۱۳۸۵ق)، دعائم الإسلام، ج ۲، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- ابن فارس، احمد (۱۴۰۴)، معجم مقاییس اللغة، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- ابن ادريس حلی، محمد (۱۴۱۰)، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ایروانی، علی بن عبد الحسین (۱۴۰۶)، حاشیة المکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- بحرانی، یوسف (۱۴۰۵)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- تمیمی آمدی، عبد الواحد بن محمد (۱۴۱۰)، غرر الحکم و درر الکلم، قم: دار الکتب الإسلامی.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۷)، تفسیر تسنیم، ج ۱۱، قم: نشر اسراء.
- حسینی عاملی، سید جواد (۱۴۱۹)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، بیروت: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۳۸۱)، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، قم: بوستان کتاب.
- حلی، احمد (۱۴۰۷)، المذهب البارع فی شرح المختصر النافع، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۹)، نهاية الإحکام فی معرفة الأحکام، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.



- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳). قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حمزه بن علی (۱۴۱۷)، غنیه النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- خوانساری، سیداحمد (۱۴۰۵)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خویی، سید ابو القاسم موسوی (۱۴۱۰)، منهاج الصالحین، قم: نشر مدینه العلم.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی (۱۴۱۳)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- شیخ انصاری، مرتضی (۱۴۱۵)، کتاب المکاسب، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- طباطبایی، سیدعلی (۱۴۱۸)، ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- طریحی، فخرالدین بن محمد (۱۳۷۵)، مجمع البحرین، تهران: مرتضوی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق)، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت، دار الکتب العربی.
- عاملی، شیخ حر (۱۴۰۹)، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- مصباحی، غلامرضا (۱۳۷۳)، «پاره‌ای از مشکلات بانکداری بدون ربا»، مجموعه مقالات پنجمین همایش بانکداری اسلامی، تهران: مؤسسه عالی بانکداری.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۶۰)؛ این کلاه‌های شرعی برای سرهمه کس گشاد است!، مجله درس‌هایی از مکتب اسلام، ش ۹.
- مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۳)، المقتنعه، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۱۶)، تحریر الوسیله، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- نائینی، شیخ محمد حسین (۱۳۵۲)، أجود التقريرات، قم: مطبعه العرفان.

- نائینی، میرزا محمد حسین (۱۳۷۳ق)، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، تهران: المکتبه المحمديه.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (با همکاری جمعی از پژوهشگران) (۱۴۲۶)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- نراقی، احمد (۱۳۷۵)، عوائد الايام، قم: دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم





## تحلیل فقهی، حقوقی قوانین مرتبط با مصادره

### \* اموال

حجت عزیزاللهی\*\*

#### چکیده

مصادره اموال از دیرباز یکی از مجازات‌های مرسوم در جوامع مختلف بوده است تا جایی که می‌توان جلوه‌هایی از آن را در روم، یونان و ایران باستان مشاهده نمود. بعد از ظهور اسلام نیز از زمان خلفا همواره مصادره اموال به عنوان یک مجازات مطرح بوده است. در زمان حاضر هم ضمن مواد قانونی متعددی می‌توان مصادیق آن را یافت. پژوهش حاضر با روش توصیفی، تحلیلی ابتدا به بررسی لغوی و اصطلاحی «مصادره» پرداخته است و برای تبیین ماهیت آن، واژگان مشابه آن مانند ضبط اموال، سلب مالکیت و... را مورد بررسی قرار داده که در نهایت می‌توان ماهیت مصادره را «سلب دائمی مالک از حقوق مالکانه توسط حکومت و تملیک آن اموال به دولت بدون عوض» معرفی نمود. در گام بعد، مبانی فقهی مصادره اموال به عنوان مجازات مورد بررسی قرار می‌گیرد که در نتیجه می‌توان گفت مشهور فقهای اسلامی، اعم از اهل سنت و امامیه قائل به مشروعیت مصادره اموال به منظور مجازات شده و برای این نظریه ادله فراوانی از جمله مشروعیت تعزیر مالی و روایاتی از سیره معصومین علیهم‌السلام از جمله ماجرای تخریب مسجد ضرار توسط پیامبر اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم و به آتش کشیدن محله شراب‌فروشان توسط امیرالمومنین علیه‌السلام و نیز شواهدی از سیره اصحاب مانند برخی افعال خلیفه دوم آورده‌اند. با این همه، تمامی این ادله قابل خدشه هستند، زیرا گرچه مشروعیت تعزیر مالی قابل دفاع است و مشهور فقها آن را پذیرفته‌اند، اما نمی‌توان مصادره اموال را مصداق آن دانست، زیرا تعزیر مالی عبارت است از الزام به پرداخت جریمه، و مصادره اموال عبارت است از سلب مالکیت اموال موجود، که این دو پدیده با هم تفاوت ماهوی دارند. روایات مورد استناد در این زمینه نیز به خاطر خدشه‌های سندی و دلالتی بسیاری که دارند، قابل پذیرش نبوده و سیره اصحاب هم فاقد حجیت است.

**کلید واژه‌ها:** مصادره، تعزیر، مجازات مالی، ضبط اموال، سلب مالکیت.

\* تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۰۵/۰۸ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۱/۰۸/۱۱ - نوع مقاله: علمی، پژوهشی.

\*\* استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه یزد، یزد، ایران (h.azizollahi@yazd.ac.ir).



## مقدمه

ایران از جمله کشورهایی است که قانون اساسی و قوانین موضوعه آن با در نظر گرفتن موازین فقهی تنظیم شده است. بررسی مجموعه قوانین مصوب نشان می‌دهد که از سال ۱۳۵۷ تا کنون، قوانین متعددی تصویب شده است که به شکل مستقیم یا غیرمستقیم به مصادره اموال مربوط می‌شود.

از جمله این قوانین، می‌توان به اصل ۴۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی و قانون «نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» با ۱۵ ماده و ۵ تبصره و نیز مواد ۵۲۲، ۵۳۹، ۵۶۲، ۵۸۸، ۶۴۰، ۷۰۹ و ۷۱۲ قانون مجازات اسلامی و ماده ۴، ۱۳، ۱۴، ۲۸ و ۳۰ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و ماده ۳ و ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری و ماده واحده قانون راجع به جلوگیری از عمل قاچاق توسط وسایل نقلیه موتوری و ماده ۱۸ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوراکی و آشامیدنی و ماده ۳ قانون تشدید مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و قاچاقچیان مسلح و ماده واحده قانون تشدید مجازات جاعلین اسکناس و واردکنندگان، توزیع‌کنندگان و مصرف‌کنندگان اسکناس مجعول اشاره نمود.

در برخی از این قوانین، مصادره به‌عنوان یک مجازات تعزیری بیان گردیده است؛ برای نمونه، ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی، یکی از مجازات‌های درجه اول را مصادره کل اموال شخص مجرم بیان کرده است.

با توجه به اینکه این قوانین به تأیید شورای نگهبان قانون اساسی، رسیده و مشروعیت فقهی نیز پیدا کرده است، بررسی میزان سازگاری این قوانین با مبانی فقهی ضروری به نظر می‌رسد، زیرا این قوانین مستند قضات دادگاه بوده و بر اساس آن‌ها مبادرت به صدور حکم می‌نمایند و طبق این آراء بسیاری از اموال محکوم به مصادره می‌شود. این در حالی است که بخش قابل توجهی از این اموال جزو اموال نامشروع محسوب نمی‌شود و طبق اصل احترام اموال تعدی به آن‌ها جایز نمی‌باشد؛ پس ضروری است که پیرامون مبانی پدیده مصادره اموال در فقه بررسی شود تا وجه مشروعیت آن به عنوان نوعی از سلب مالکیت روشن گردد.



البته در طول تاریخ اسلام در جوامع مختلف اسلامی مصادره جزو اعمال حاکمان بوده و بیشتر با امور حکومتی و سیاسی ارتباط داشته است تا ریشه فقهی داشته باشد، اما باید توجه داشت که فقهای بسیاری از فقهای شیعه مانند مقدس اردبیلی، محقق ثانی، فاضل قطفی، فاضل شیبانی و امام خمینی<sup>۹</sup> و فقهای مذاهب اهل سنت مانند ابو یوسف، ابوعبید، ابن‌قیم، ماوردی و ابن تیمیه به این مسئله پرداخته‌اند، زیرا از سویی مسائل فقهی مختلفی در این باره وجود دارد مانند مشروعیت خرید و فروش اموال مصادره شده که مورد ابتلا است، و از سوی دیگر بحث فقهی درباره وظیفه حکومت اسلامی در قبال اموال نامشروع ضروری به نظر می‌رسد.

باید توجه داشت بر اساس آموزه‌های اسلامی، اموال افراد از احترام خاصی برخوردار بوده، و هم سطح با آبرو و عرض آنان قلمداد شده است؛ به همین جهت، قوانین سخت‌گیرانه‌ای برای صیانت و حفظ آن‌ها وضع شده است، ولی در موارد زیادی مشاهده می‌شود که قانونگذار حکم به مصادره اموال کرده است که سبب خروج اموال اشخاص حقیقی یا حقوقی از تملک آن‌ها و انتقال به دولت فراهم گردیده است که نتیجه آن، تصرف مالکان جدید در این اموال می‌باشد.

از آنچه گفته شد به خوبی روشن می‌شود مسئله اصلی پژوهش حاضر تحلیل مبانی فقهی مجازات مصادره اموال در قوانین اسلامی است که به نظر می‌رسد وجود این نوع مجازات در سیره معصومین علیهم‌السلام نیز قابل اثبات نیست؛ در مطالب پیش‌رو ابعاد گسترده‌تر این فرضیه مورد بررسی قرار خواهد گرفت، لذا با روش توصیفی، حلیلی در این مقاله ابتدا به بررسی ماهیت مصادره پرداخته می‌شود و سپس مبانی فقهی این پدیده به عنوان مجازات مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد تا ابعاد آن به خوبی روشن گردد.

در زمینه مصادره اموال پژوهش‌های متعددی صورت گرفته است که از جمله این تحقیقات می‌توان به کتاب‌های:



- «اسلام و ديگران، مصادره اموال اشخاص توسط دولت (در حقوق موضوعه ايران)»؛

- «تحليل و ارزيابى سياست جنابى ايران در حوزه ضبط و مصادره اموال»؛

- «بررسى تطبيقى مصادره، ضبط و استرداد اموال مرتبط با جرم در حقوق ايران و انگلستان و اسناد بين‌المللى»؛

- «امام خمينى و حكومت اسلامى: نهادهاى سياسى و اصول مدنى (بخش قلمرو مالكيت خصوصى و حكم مصادره اموال از ديده‌گاه امام خمينى)» اشاره نمود.

ليكن اكثر اين پژوهش‌ها و موارد مشابه آن با رويکرد حقوقى انجام شده است، لذا مى‌توان بررسى مبانى فقهى مصادره اموال از ديده‌گاه فقها را به عنوان يك مجازات، وجه تمايز و نوآورى پژوهش حاضر دانست.

### ۱. مفهوم‌شناسى «مصادره اموال»

با توجه به آنكه اين لفظ از واژه‌هاى جديد در فقه محسوب مى‌شود ابتدا لازم است از نظر لغوى مورد بررسى قرار گيرد و سپس در اصطلاح فقها تعريف آن روشن گردد.

#### ۱.۱. تعريف لغوى مصادره

با تتبع در كتاب‌هاى لغت روشن مى‌شود كه واژه «مصادره» به معنای مطالبه مال مى‌باشد. (زبيدي، ۱۴۱۴: ۷/ ۸۳) البته برخى از لغت‌دانان معاصر، قيد الحاح و اصرار را در تعريف لغوى مصادره آورده و چنين تعريف نموده‌اند: «مصادره به معنای گرفتن چيزى با اصرار است». (كراع النمل، ۱۹۸۸: ۱۹۹)<sup>۱</sup>

«اموال» هم جمع «مال» بوده كه در لغت به معنای «آنچه تملك پذيرد» تعريف شده است. (ابن منظور، ۱۳۶۳: ۶۳۶) در بعضى لغت‌نامه‌ها در تعريف مال گفته شده است: «آنچه در ملك كسى باشد و آنچه ارزش مبادله داشته باشد، خواسته، داراى و...». (معين، ۱۳۸۴: ۳۰۷۸)

۱. صادرة على الشى و به اى طالبه ملحفاً.



برخی مال را به «چیزی که مورد توجه انسان قرار گیرد و انسان بخواهد مالک آن شود»، تعریف کرده‌اند. گویا این کلمه از مصدر «میل» گرفته شده است، چون مال، چیزی است که دل آدمی به سوی آن متمایل می‌شود. (طباطبایی، ۱۳۹۲: ۷۴/۲) به نظر می‌رسد، در مفهوم وسیع‌تر، هر آنچه ارزش اقتصادی داشته و قابل مبادله و تقویم به کالا و پول باشد، مال محسوب می‌شود.

مالیت اشیاء نیز به ملاحظه همین خصوصیات است، در این باره، مطلوبیت شیء، منفعت عقلایی داشتن و قابل مبادله بودن آن، از ارکان اصلی مالیت آن است. از این رو، کاشف الغطاء، مالیت داشتن یک شیء را به معنای صحت مبادله آن با مال دانسته است؛ پس در نظر عرف و عقلا مدار مالیت شیء این است که به گونه‌ای باشد که ذاتاً مطلوب انسان بوده و یکی از نیازهای ضروری یا کمالی را مستقیماً برآورده کند. (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۷۶)

## ۲. ۱. تعریف اصطلاحی مصادره اموال در متون فقهی امامیه

در بین علمای شیعه دو تعریف از مصادره وجود دارد:

### أ) تعریف مضیق:

حکم ولی امر به انتقال ملکیت اموال معین از افراد به بیت‌المال. (محمود عبدالرحمن، بی تا: ۳/۲۹۵)<sup>۱</sup>

همان‌گونه که دیده می‌شود در این تعریف می‌توان گفت کلمه «انتقال ملکیت» مواردی مانند توقیف اموال و اتلاف اموال را از تعریف مصادره اموال خارج کرده است، زیرا توقیف اموال صرفاً جلوگیری موقت از تصرف مالک در اموال است و در آن هیچ انتقال ملکیتی صورت نمی‌گیرد. در اتلاف اموال نیز اموال از مالیت ساقط شده و دیگر ملکیتی وجود ندارد که منتقل گردد. همچنین کلمه «الی بیت المال» برای بیرون کردن مواردی مانند حبس اموال است، زیرا حبس اموال از سوی اشخاص انجام می‌شود نه از سوی حکومت.

۱. حکم ولی الأمر بانتقال ملكيه اشیاء معینه من الشخص إلى بیت المال.



تنها اشکالی که می‌توان بر این تعریف گرفت آن است که این تعریف شامل «ملی کردن» هم می‌شود، درحالی که مصادره با ملی کردن تفاوت ماهوی دارد، زیرا ملی کردن همراه با عوض صورت می‌گیرد، به خلاف مصادره که بدون عوض است.

### ب) تعریف موسّع:

برخی از فقها در تعریف مصادره گفته‌اند: «پدیده‌ای که سلطان یا غیر او مال را با ظلم و تعدی بستاند». (عبدالرحمان، بی‌تا: ۳/ ۲۹۵ به نقل از مجمع‌النهryn) یعنی همان‌گونه که ملاحظه می‌شود دایره شمول این تعریف در مقایسه با تعریف گذشته وسعت بیشتری دارد. البته کلمه «اخذ» در این تعریف را می‌توان برای بیرون کردن اطلاق اموال دانست، زیرا «اخذ»، ظهور در باقی ماندن مال دارد و کلمه «سلطان» را می‌توان برای خارج کردن حبس اموال معرفی کرد، زیرا حبس اموال توسط افراد است نه حکومت؛ و کلمه «ظلماً» را می‌توان برای خارج کردن ملی کردن اموال دانست، زیرا در ملی کردن ظلمی صورت نمی‌گیرد، بلکه عوض عادلانه به مالک تعلق می‌گیرد، ولی این تعریف مانع اغیار است، اما جامع افراد نیست، زیرا از طرفی طبق این تعریف هر مالی که ظالمانه گرفته شود مصادره محسوب می‌شود، درحالی که برخی مصادره‌ها مشروع بوده و ظالمانه محسوب نمی‌شود؛ و از طرف دیگر توقیف ظالمانه اموال را هم شامل می‌شود، زیرا اخذ ممکن است دائمی باشد که توقیف محسوب می‌شود و ممکن است دائمی باشد که مصادره محسوب می‌شود.

البته تفاوت این دو تعریف در ملاک مصادره است، زیرا طبق تعریف اول ملاک مصادره سلب مالکیت از طرف ولی امر است، خواه ظالمانه باشد، خواه عادلانه، ولی طبق تعریف دوم ظالمانه بودن سلب مالکیت ملاک مصادره است، خواه این سلب مالکیت از طرف سلطان صورت گیرد و خواه از غیر سلطان.

### ۳.۱. مصادره اموال در متون فقهی اهل سنت

در بین کتاب‌های فقهی قدیمی اهل سنت در تعریف مصادره چنین آمده است: «مصادره دستور به آوردن اموال است به خلاف غصب که گرفتن مستقیم اموال همراه



با جبر است، که ظاهراً در نظر ایشان بین مصادره و غصب دو فرق وجود دارد». (ابن عابدین، ۱۴۱۵: ۲/ ۲۶۶)<sup>۱</sup>

اولین فرق در مباشرت غاصب و عدم مباشرت مصادره‌کننده است و فرق دوم در وجود قوه قاهره می‌باشد. البته می‌توان این تقابل بین غصب و مصادره را در برخی دیگر از عبارات یافت، مثلاً چنین گفته شده است: «اگر سلطان مال ودیعه را مصادره نماید یا با قوه قاهره بستاند ضمان بر عهده ودعی نیست». (بهوتی، بی تا: ۲/ ۴۲۴)<sup>۲</sup>

همان‌گونه که دیده می‌شود گرفتن مال به زور قسیم مصادره واقع شده است، ولی در حکم با هم یکسان هستند که ممکن است این عطف، تفسیری بوده و در نگاه ایشان مصادره همان گرفتن اموال با جبر و قهر است، ولی از آنجا که عطف تفسیری با حرف «و» صورت می‌گیرد و آوردن حرف «أو» خلاف فصاحت است، شاید این دو باهم متفاوت بوده و مراد از مصادره همان توقیف قانونی اموال می‌باشد و مراد از اخذ قهری همان غصب است.

همان‌گونه که دیده می‌شود در هر دو تعریف «مصادره» در مقابل «غصب» قرار گرفته و منوط به امر سلطان و حکومت است؛ و این را می‌توان وجه اشتراک بین دو تعریف دانست. به عبارت دیگر طبق این دو تعریف، مصادره سلب مالکیتی است که از سوی دولت اسلامی صورت می‌گیرد به خلاف غصب که از طرف آحاد جامعه با اعمال زور انجام می‌پذیرد.

البته از برخی عبارات چنین برداشت می‌شود که مصادره به عنوان یک مجازات مطرح است که در ادامه به سه گونه از این نوع تعاریف اشاره می‌گردد:

۱. در تبیین حکم مصادره اموال اغنیاء که در استفاده از اموال خود دچار اسراف و تبذیر شده‌اند، چنین مرقوم شده است:

اگر حاکم مصلحت را در عقوبت آن‌ها به وسیله مصادره اموالشان یافت آیا انتقال این اموال به بیت‌المال و به مصرف کردن آن‌ها در مصالح مسلمین جایز

۱. الْمُصَادَرَةُ أَنْ يَأْمُرَهُ بِأَنْ يَأْتِيَ بِالْمَالِ وَالْغَصْبُ أَخْذُ الْمَالِ مُبَاشَرَةً عَلَيَّ وَجِهَ الْقَهْرِ.

۲. و ان صادرها السلطان او أخذها قهراً لم يضمن.



است؟ هیچ دلیلی برای این جواز وجود ندارد، زیرا این عقوبت موجب از بین رفتن اموال می‌شود و شرع مقدس با همه احکام جزایی برای جنایات مطرح نموده مصادره اموال را به عنوان عقوبت بر جنایت قرار نداده است. (غزالی، ۱۴۲۹: ۲۴۳)

با آنکه در این تعبیر مشروعیت مجازات انگاری مصادره رد شده است، ولی به خوبی اشاره دارد که پیوسته این نگرش در مورد مصادره وجود دارد.

در جای دیگر چنین نگاشته شده است:

هر دو نظر (نظر غزالی و شافعی) منتهی می‌شود به پیروی از مصالح که تعزیر و ضرب و قتل و مصادره اموال ثروتمندان در زمانی که مصلحت اقتضا کند جایز است. همان‌گونه که دیده می‌شود مصادره را در کنار قتل و ضرب به عنوان نوعی تعزیر و عقوبت بیان نموده است» (غزالی، ۱۴۱۹: ۴۶۶)

مصادره اموال از صاحبان آن‌ها تنها در مورد مسئولین بیت‌المال جایز است و در موارد دیگر جایز نیست. (ابن نجیم مصری، ۱۴۱۸: ۶/۲۶۳)

البته این تعابیر با مفهوم مصادره تنافی ندارند، زیرا طبق تعاریفی که در بخش اول از شیعه و اهل سنت بیان شد هر گونه سلب و انتقال مالکیتی که از سوی سلطان صورت گیرد «مصادره» محسوب می‌شود؛ خواه هدف از آن مجازات باشد، خواه چیز دیگری. به عبارت دیگر می‌توان این تعابیر را اخص از تعاریف بیان‌شده در بخش اول دانست.

در متون فقهی معاصر اهل سنت تعاریف روشن‌تری برای مصادره بیان شده است که می‌توان گفت در اغلب آن‌ها مصادره از افعال حکومتی محسوب می‌شود، اما برخی از آن‌ها اتلاف اموال و انتقال مال به غیر توسط حکومت را هم جزو مصادره تلقی نموده‌اند. (گروهی از مؤلفین، ۱۴۰۴: ۳۷/۳۵۳) برخی دیگر دو قید «اجبار» و «بلاعوض بودن» را جزو ماهیت مصادره آورده‌اند. (رواس قلعه‌جی، ۱۴۰۸: ۴۳۲؛ درینی، ۱۴۲۹: ۱۰۵ و ۱۰۶)





می‌توان تعریف پیشرو را بهترین تعریف از مصادره قلمداد کرد: «مالکیت حکومت بر اشیاء حاصل شده از جرم و آلاتی را که در جرم استفاده می‌شود و یا شأنت استفاده از آن‌ها در ارتکاب اعمال مجرمانه دارند، مصادره گویند» (جندی، ۱۳۲۰: ۱۵ / ۱۸۶)<sup>۱</sup>، زیرا علاوه بر ذکر قیود تعاریف گذشته، به تبیین مصادیق مصادره نیز می‌پردازد.

#### ۴. ۱. واژگان مشابه

برای رسیدن به تعریف مطلوب و جامع از مصادره، لازم است به بررسی مفهوم اصطلاحات مشابه آن پرداخت تا در پرتو تبیین این اصطلاحات حدود و ثغور این اصطلاح روشن گردد.

«ملی کردن» یکی از واژگان مشابه مصادره اموال است، که گونه‌ای از سلب مالکیت بوده و در فرهنگ علوم اقتصادی تملک و اداره کردن یک واحد اقتصادی از طرف دولت که قبلاً در دست افراد یا مؤسسات خصوصی یا بیگانگان بوده تعریف شده است. (فرهنگ، ۱۳۸۸: ۶۵۴) به تعبیر دیگر، «ملی کردن» عبارت است از: «انتقال دائم اموال و دارایی‌های خصوصی به مالکیت عمومی که در تعقیب بعضی از اهداف سیاسی و اقتصادی و در ازای پرداخت عوض صورت می‌گیرد»، که در پاره‌ای از موارد ملی کردن را با دولتی کردن به یک معنا بکار برده‌اند. (جزایری، ۱۳۸۷: ۸۰ / ۳)

یکی دیگر از واژگان مرتبط با مصادره اموال، «ضبط اموال» است. حقوق دانان برای تبیین اصطلاح «ضبط» چنین گفته‌اند: «در علم درایه ضبط به معنی نگهداری حفظی یا کتبی حدیث است از حال سماع تا زمان اظهار و اداء و بیان و در حقوق اداری عمل بایگانی است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸: ۲۱۲)، که معمولاً در پرونده‌های کیفری پیش می‌آید که دارای دو نوع موقت و دائم است؛ البته برخی از نویسندگان حقوقی، «ضبط» را مترادف با «مصادره» دانسته‌اند که به معنای توقیف

۱. تملیک الحكومة الاشیاء المتحصلة من الجريمة والالات التي استعملت أو التي من شأنها ان تستعمل فیها.



و اخذ مال توسط دولت به کار رفته است. (محمدی، ۱۳۷۵: ۸۵) همچنین کیفر ضبط و مصادره اموال را به طور کلی تعریف نموده‌اند که عبارت از زیان وارده نسبت به اموال نامشروع متهم به حکم قانون و توسط مراجع قضایی است. (همان)

دیگر واژه مرتبط با مصادره، «توقیف اموال» است که مال عبارت است از صیانت مال از افراط و تفریط و نقل و انتقال علیه مالک که توقیف مال اعم از تأمین است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸: ۱۸۲) بنابراین، «توقیف اموال» به عملی گفته می‌شود که اموال فردی، به صورت موقت بازداشت شود. (اباذری فومشی، ۱۳۹۱: ۱۴۶-۱۴۷) به عنوان مثال اگر شخصی بدهکار باشد و برای تسویه کردن بدهی خود هیچ اقدامی نکرده باشد با پیگیری و شکایت طلبکاران، دادگاه حکم توقیف اموال شخص بدهکار را می‌دهد تا شخص بدهکار برای تسویه بدهی خود اقدام کند. با توقیف اموال، مالکیت اموال از بین نخواهد رفت، در حالی که مصادره اموال به عنوان مجازات انجام و ملکیت اموال برای همیشه از دست مجرم خارج می‌شود.

واژه مرتبط دیگر «حبس اموال» است که در اصطلاح فقهی و حقوقی، به معنای حق خودداری یک طرف عقد از اجرای تعهد خود تا اقدام طرف دیگر به اجرای تعهد خویش می‌باشد. در فقه و حقوق به انگیزه تعدیل و تنظیم روابط دوسویه یک تعهد و نیز مقرر داشتن نوعی ضمانت اجرا در صورت امتناع یک طرف از اجرای تعهد خود، حق حبس در قراردادهای مُعَوَّض منظور شده است. (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۲۰/۲)

و در نهایت می‌توان به واژه «سلب مالکیت» اشاره کرده که هدف از آن ملاحظات مربوط به منافع عامه و جامعه بوده و همین است که عمل سلب مالکیت را موجه و قانونی می‌سازد. (بروجردی عبده، ۱۳۸۶: ۶۴)

از آنچه گفته شد چنین نتیجه گرفته می‌شود که وجه مشترک تمامی این اصطلاحات، منع مالک از حق مالکیت است، اما گاهی این منع توسط اشخاص صورت می‌گیرد که به آن «حبس اموال» گفته می‌شود و گاهی توسط حکومت صورت می‌گیرد که به «سلب مالکیت» مشهور است؛ این سلب مالکیت گاهی با

اتلاف اموال است و گاهی با حفظ اموال که به آن «ضبط اموال» می‌گویند. این ضبط نیز گاهی موقت بوده که به آن «توقیف اموال» گفته می‌شود و گاهی به صورت دائمی صورت می‌گیرد.

ضبط دائمی اموال گاهی همراه با پرداخت عوض است که به آن «ملی کردن» یا «دولتی کردن» می‌گویند و گاهی بدون پرداخت عوض است که «مصادره» نام دارد. البته فرق دیگری را می‌توان بین ملی کردن و مصادره تصور نمود؛ به این صورت که ملی کردن از آنجا که حق حاکمه دولت در ثروت‌های طبیعی به جهت نفع عامه است یک قاعده مقبول و قانونی است، ولی مصادره به عنوان استثنایی بر قاعده کلی احترام اموال محسوب می‌شود.

بنابراین می‌توان گفت «مصادره اموال عبارت است از سلب دائمی مالک از حقوق مالکانه توسط حکومت و تملیک آن اموال به دولت بدون عوض». در این تعریف، عبارت «منع حقوق مالکانه» جنس بوده و فصل اول، قید «دائمی» برای بیرون کردن اصطلاح «توقیف اموال» است و فصل دوم، قید «توسط حکومت» برای بیرون کردن اصطلاح «حبس اموال» است.

قید سوم، «تملیک آن اموال به دولت» برای بیرون کردن «اتلاف اموال» است و قید چهارم، «بدون عوض» برای بیرون کردن اصطلاح ملی کردن از تعریف مصادره می‌باشد.

## ۲. کیفرگذاری و جرم‌انگاری

دانشمندان حقوق جزا «جرم‌انگاری» را چنین تعریف کرده‌اند:

فرایندی که به موجب آن، قانونگذار یا هر نهاد مقتدر دولتی با در نظر گرفتن هنجارهای اساسی اجتماع و تکیه بر مبانی نظری قابل قبول با توسل به کیفر برخی از رفتارهای [ظاهراً] مخل نظم اجتماعی را شناسایی و ممنوع می‌کند و بدینسان، آزادی آدمیان را تحدید می‌نماید. (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۰: ۹۰)

با اینکه در گفتمان حقوقی، جرم‌انگاری مفهومی شناخته‌شده‌تر از کیفرگذاری است و بر پایه دیدگاه غالب جرم‌شناسان و حقوق‌دانان فرایندی مجزا و متفاوت از





کیفرگذاری دارد، و چه بسا بتوان جرم را بدون جعل کیفر (مثلاً از طریق کاربست ضمانت اجراهای غیرکیفری) ایجاد کرد (7-8، 2008، hanna)، اما به نظر این ادعا درست نباشد، زیرا جرم در مفهوم دقیق آن با کیفر شناخته می‌شود و کیفر است که صرف نظر از گونه و ماهیتش هسته اصلی جرم را تشکیل داده و به آن رسمیت می‌بخشد. (فرحبخش، ۱۳۸۵: ۱۴۰-۱۳۹)

این ادعا که جرم بدون کیفر نیز شکل می‌گیرد، مانند جرایم انتظامی، هنوز به لحاظ شهودی برای آدمیان شناسایی نشده و آن‌ها چنین پدیده‌ای را جرم ندانسته، بلکه تخلف یا شبه جرم معرفی کرده‌اند؛ حتی اگر این ادعا پذیرفته شود که جرم قطع نظر از کیفر وجود دارد، باز هم نمی‌توان از نقش اساسی کیفر در خلق پدیده جنایی غافل شد، چون کیفر در هر صورت جرم‌ساز است و جرم بدون کیفر اگر هم قابل تصور باشد، کیفر بدون جرم محملی ندارد. افزون بر این، هر نظریه‌ای در ارتباط با کیفر باید توجیهی برای جرم و همچنین منطقی برای مسئولیت کیفری دست و پا کند. از این رو، نباید مایه شگفتی شود که چرا کیفرگذاری در پرتو اصول محدودکننده جرم‌انگاری توجیه می‌گردد. پاسخ روشن است، توجیه کیفر بدون تمهید نظریه‌ای پیرامون جرم بی‌معنا خواهد بود. (murfy, 1985: 509) بی‌توجهی به این نکته مهم سبب می‌شود تا هم رابطه ضروری و وجودشناختی جرم و کیفر نادیده گرفته شود و هم نوعی اختلاط مفهومی میان الزام کیفری با سایر الزامات حقوقی پدید آید. الزام دولتی فصل مشترک جرم با سایر الزامات حقوقی از قبیل تخلفات اداری، انضباطی و حتی تخلفات حقوقی محض (مسئولیت مدنی) می‌باشد، ولی کیفر وجه افتراق آن‌ها است. (همان: ۱۴۰)

### ۳. تبیین فقهی مصادره اموال به منظور مجازات

با توجه به اینکه از سویی یکی از اصول مسلم و ضروری در دین مقدس اسلام احترام به مالکیت خصوصی است و از سوی دیگر احکام جزایی اسلام تأثیر به سزایی در بازدارندگی اعضای جامعه اسلامی از ارتکاب جرایم دارند. در مورد امکان نقض مالکیت خصوصی به منظور مجازات دو نظریه بین فقهای اسلامی وجود دارد:



برخی از فقها نقض مالکیت خصوصی را به منظور مجازات جایز نمی‌دانند. از بین علمای اهل سنت می‌توان غزالی را قائل به این نظریه دانست. (غزالی، ۱۴۲۹: ۲۴۳) در میان علمای شیعه نیز برخی مانند آیت الله گلپایگانی و صافی گلپایگانی قائل به این نظریه بوده و مصادره اموال و نقض مالکیت خصوصی را به هدف مجازات جایز نمی‌دانند. (گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۱ / ۲۹۳؛ صافی گلپایگانی، بی‌تا: ۹۲)

ولی مشهور قائل‌اند به آنکه مال مسلمان و یا کسانی که ملحق به مسلمین هستند از احترام تام برخوردار است و کسی حق دست‌درازی به آن را ندارد، ولی در برخی شرایط طبق ادله شرعی این احترام ساقط شده و می‌توان مالکیت مالک را سلب نمود. طرفداران نظریه اول به چند دلیل تمسک جسته‌اند.

#### ۴. ادله مشروعیت مصادره در متون فقهی امامیه و نقد آن‌ها

۱. طبق آیات قرآن کریم (طه ۹۷/۲۰) حضرت موسی علیه السلام گوساله سامری را به آتش کشیدند. (ر.ک: منتظری، دراسات، ۳۳۳/۲) البته ضعف این استدلال واضح است، زیرا اولاً استصحاب احکام شرایع سابقه طبق نظر برخی از علما مخدوش است. (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۷: ۱۵/۱۰۷)

ثانیاً اینکه این کار به عنوان مجازات انجام گرفته باشد مورد تردید است.

ثالثاً اصلاً این گوساله از اموال سامری نبوده که بخواهیم از بین بردن آن را مجازات سامری بدانیم، بلکه از زینت‌های قوم بنی اسرائیل تهیه شده بوده و اگر کسی بگوید این کار مجازات همه بنی اسرائیل است به خاطر تبعیت از سامری، در پاسخ گفته می‌شود که خطاب قرآن به سامری بوده پس نمی‌توان آن را مجازات تمام بنی اسرائیل دانست.

رابعاً طبق آیه «قَالَ فَادْهَبْ فَإِنَّ لَكَ فِي الْحَيَاةِ أَنْ تَقُولَ لَا مِسَاسَ؛ برو که تو در دنیا می‌گویی به من نزدیک نشوید»، مجازات سامری حصر طبیعی بوده و نمی‌توان از بین بردن گوساله را مجازات دیگر تصور کرد.



خامساً طبق گفتار خود استناد کننده به این دلیل، آتش زدن گوساله سامری برای از بین بردن ریشه فساد بوده و نمی توان آن را مجازات دانست.

۲. مفسرین ذیل آیه ۱۰۷ سوره توبه پیرامون داستان مسجد ضرار که منافقین مدینه برای تفرقه افکنی در میان صفوف مسلمین بنا کرده بودند چنین نگاشته اند:

پیامبر خدا ﷺ هنگامی که از تبوک بازگشت، عاصم بن عوف عجلانی و مالک بن دحشم را فرستاد... و به آنان فرمود: بروید این مسجد را که اهل آن ستمگرند، خراب کرده و آتش بزنید؛ و روایت شده که آن حضرت عمار بن یاسر و وحشی را فرستاد که آن را آتش بزنند و دستور داد که محل آن را جای ریختن خاکروبه و آشغال قرار دهند. (طبرسی، ۱۴۱۵: ۵/۱۲۶)

بین فقهای اهل سنت نیز این داستان را نقل شده است. (سیوطی، ۲۰۰۶: ۳/۲۷۷) البته در هیچ یک از نقل ها حرفی از سلب مالکیت یا مصادره ملک مسجد ضرار توسط نبی مکرم اسلام ﷺ بیان نشده است، بلکه ظاهراً این کار برای ریشه کن کردن ماده فساد بوده نه مصادره مسجد ضرار، زیرا طبق تعریفی که برای «مصادره» مطرح گردید، زمانی مصادره محقق می شود که مال به تملک دولت درآید درحالی که در مورد مسجد ضرار از گزارش های تاریخی چنین تملکی قابل اثبات نیست.

۳. در صحیح ابن سنان از امام صادق ﷺ روایت شده است که فرمود: برخی از مردم در زمان رسول خدا ﷺ از نماز خواندن در مسجد گندی می ورزیدند، آن حضرت فرمود: وقت آن رسیده است بر در خانه کسانی که نماز خود را در مسجد نمی خوانند، دستور دهیم همیزم بریزند و خانه هایشان را بر سرشان آتش بزنند. (حر عاملی، ۱۴۱۹: ۵/۱۹۴؛ همان: ۸/۲۹۳) و در حدیث دیگری از آن حضرت ﷺ منقول است کسانی که در نماز شرکت نمی کنند از عمل ناپسند خود دست بردارند و آلا به مؤذن دستور می دهم اذان بگویند و پس از اقامه نماز به یکی از اهل بیت یعنی علی دستور می دهم که خانه های شان را به آتش بکشد، زیرا در نماز شرکت نکرده اند. (همان: ۵/۱۹۵؛ همان: ۸/۲۹۲)

این روایت هم صرفاً تهدیدی از جانب رسول خدا بوده و ظاهراً هیچ وقت به مرحله عمل نرسیده است، پس نمی‌توان به آن به عنوان سیره نبوی استناد نمود.

۴. مسمع بن عبدالملک، از امام صادق علیه السلام نقل کرده است که فرمودند: شخصی را نزد امیرالمؤمنین علیه السلام آوردند که بنده خود را شکنجه داده بود تا حدی که از دنیا رفته بود. حضرت به عنوان مجازات به وی یکصد تازیانه زد و یک سال زندانش کرد و قیمت بنده را از او گرفت و بین فقرا تقسیم کرد. (پیشین: ۹۲/۲۹)

این روایت با آنکه دلالت قابل قبولی بر جواز تعزیر مالی دارد، ولی از نظر سند مخدوش است، زیرا در سلسله سند این روایت شخصی به نام محمد بن حسن بن شمون وجود دارد که طبق فرموده نجاشی واقفی و غالی بوده و جداً ضعیف و فاسد المذهب معرفی شده است. (نجاشی، ۱۴۰۷: ۳۳۵) از این رو این روایت قابل استناد نیست.

۵. سکونی از امام صادق علیه السلام نقل نموده که پیامبر صلی الله علیه و آله در مورد کسی که میوه‌های نارس را که در پوست‌اند از سر درخت دزدید حکم کرد که آنچه از آن خورده چیزی بر وی نیست و آنچه را با خود برده باید تعزیر شود و دو برابر قیمت آن را بپردازد. (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸/۲۲۶) اگر از ضعف سندی روایت به خاطر اختلاف نظری که در مورد نوفلی و سکونی وجود دارد صرف نظر کرده و با آنکه این دو را یکی غالی و دیگری عامی است، مورد وثوق بدانیم، روایت مذکور موثقه می‌شود و از اعتبار کافی برای استناد برخوردار است.

این روایت از نظر دلالت خالی از مناقشه نیست، زیرا اولاً زمانی استدلال به این روایت برای مشروعیت تعزیر مالی مفید است که ثابت کنیم ملزم کردن سارق به پرداخت دو برابر قیمت به خاطر تعزیر مالی است. در حالی که همان‌گونه که از ظاهر کلمه «قضی» در این روایت برمی‌آید این فرمایش نبوی حکم ولایی ایشان بوده نه یک حکم فقهی.

ثانیاً اگر این اضافه قیمت را تعزیر مالی بدانیم پس لازم بود که ایشان دستور دهند این اضافه قیمت در بیت‌المال قرار گیرد در حالی که ایشان دستور به پرداخت اضافه





قیمت به صاحب میوه داده‌اند، لذا ممکن است الزام سارق به پرداخت دو برابر قیمت میوه به خاطر آن باشد که میوه در پوست قابل رشد بوده و قیمت آن بالا می‌رود. البته در سرتاسر ملاک قیمت‌گذاری حال فعلی می‌باشد نه آنچه که ممکن بود بشود، مگر آنکه بگوییم از آنجاکه این سارق غاصب محسوب می‌شود باید به اشق احوال مؤاخذه گردد.

البته برخی از اخباریون در شرح این روایت گفتاری دارند؛ ایشان در ابتدا اذعان می‌دارند که طبق بررسی‌های انجام‌شده کسی از فقهای امامیه مطابق این روایت فتوا نداده است؛ و در ادامه، کلامی را از پدرشان نقل می‌کنند که فرموده است: ممکن است این اضافه قیمت به خاطر آن چیزی باشد که سارق خورده و حمل کرده است، زیرا خوردن زمانی جایز بوده که حمل نکند. (مجلسی، ۱۴۰۴: ۳۵۹/۲۳) اما طبق ظاهر این روایت آنچه که سارق از درخت خورده غرامتی ندارد، پس این گفتار با ظاهر روایت منافات دارد.

البته در منابع اهل سنت این روایت به صورت یک قاعده کلی از نبی مکرم اسلام ﷺ نقل شده است که «من خرج بشئ فعلیه غرامه مثلیه و العقوبه؛ اگر کسی کاری انجام دهد خسارات ناشی از آن‌ها کار و مجازات بر عهده اوست». (ابو داوود سجستانی، ۱۴۱۰: ۱۳۷/۴)

می‌توان گفت همین‌که کلمه عقوبت بعد از غرامت دو برابری بیان شده نشان می‌دهد که این غرامت به عنوان تعزیر و عقوبت محسوب نمی‌شود، مگر آنکه بگوییم مراد از عقوبت در این روایت حد سارق بوده و مراد از غرامت تعزیر مالی او می‌باشد.

۶. برخی از فقهای معاصر برای مشروعیت تعزیر مالی به کفارات موجود در شریعت برای برخی محرمات استدلال نموده‌اند، اما ضعف این استدلال تا حدی روشن است که خود مستدل هم این استدلال را با عبارت «فتأمل» ختم نموده است. (منتظری، ۱۴۰۹: ۳۳۸/۲) وجه ضعف این استدلال هم به خاطر آن است که کفاره و تعزیر تفاوت ماهوی دارند، زیرا کفاره در مقابل گناه است و تعزیر به‌عنوان



یک مجازات در مقابل جرم است. کفاره به فقیر داده می‌شود، ولی تعزیر مالی دولت اسلامی پرداخت می‌شود.

۷. اعتبار عقلی: از آنجاکه تعزیر امری عبادی نبوده، بلکه هدف از آن ادب کردن مرتکب و افراد جامعه است. تعیین جزییات تعزیر به صلاح‌دید حاکم واگذار شده است که مطابق مصالح جامعه و میزان تأثیرگذاری، تعزیر را تعیین کند. (پیشین: ۲/۳۴۲) اما این استدلال نیز طبق ادعان مستدل قابل تامل و خدشه است، زیرا ما در صدد تعیین حکم شرعی تعزیر مالی هستیم که آیا در شریعت این کار جایز است یا نه؟

۸. اولویت قطعیه: انسان همان‌گونه که مسلط بر مالش است مسلط بر جانش نیز هست، پس وقتی می‌توان تسلط انسان بر بدنش را شکست و حکم به نقض آن داد، در مورد مال هم به طریق اولی می‌توان این حکم را صادر کرد؛ در داستان قرآنی حضرت یوسف علیه السلام آمده است که طبق شریعت ایشان، مجازات سارق آن است که برده صاحب مال گردد. (یوسف/ ۷۵) پس چطور خود سارق قابل تملک است، ولی مصادره اموال او قابل تملک نیست؟ (منتظری، ۱۴۰۹: ۲/۳۴۳)

لازم به ذکر است از آنجا که قطعیت این اولویت مخدوش است، این استدلال قابل تمسک نیست، زیرا نقص در بدن در حدود الهی مطرح شده است، در حالی که بحث ما در تعزیر می‌باشد، و هیچ یک از فقها تعزیر بدنی را با نقص در بدن جایز نمی‌دانند، پس نمی‌توان نقص در اموال را با آن مقایسه نمود؛ و نیز داستان قرآنی یوسف قابل استناد نیست، زیرا گرچه قائل به استصحاب احکام شرایع سابق هم باشیم، ولی در مورد این حکم نمی‌توانیم به آن تمسک کنیم، زیرا یقیناً این حکم منسوخ شده و مجازات سارق در اسلام قطع دست بیان گردیده است.

در پایان برخی از فقها سیره عقلا را مؤید جواز تعزیر مالی دانسته‌اند، اما باید توجه داشت که این سیره زمانی قابل استناد است که متصل به زمان معصومین علیهم السلام باشد و مورد تأیید ایشان قرار گرفته باشد.





با توجه به مطالب گفته شده برخی از فقهای امامیه به ممنوعیت گرفتن مال به عنوان تعزیر تصریح کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۲/۲۳۹) و نیز برخی از فقهای معاصر فرموده‌اند که از بین فقهای امامیه کسی یافت نمی‌شود که به جواز تعزیر با گرفتن اموال فتوا داده باشد. (صافی گلپایگانی، بی تا: ۹۲)

## ۵. ادله مشروعیت مصادره در متون فقهی اهل سنت

در منابع اهل سنت هم شواهد و ادله متظافری پیرامون مشروعیت تعزیر مالی وجود دارد، که در ادامه ابتدا به برخی از آنها اشاره و سپس نقد و تحلیل آن ارائه می‌شود؛ در نهایت اقوال سه گانه اهل سنت در مورد تعزیر مالی بیان می‌گردد.

۱. از سلیمان بن ابی عبدالله آمده است که گفت: سعد بن ابی وقاص را دیدم مردی را که در حرم مدینه - جایی که رسول خدا ﷺ صید در آن را تحریم کرده بود - به صید پرداخته بود گرفته و لباسش را از تنش بیرون آورده بود و دوستانش در مورد [بازگرداندن] لباس صیاد با او سخن می‌گفتند و او می‌گفت: پیامبر خدا ﷺ این حرم را محترم شمرده و فرموده: «کسی که مشاهده کند کسی در اینجا صید می‌کند لباسش را از او بگیرد» و من طعمه‌ای را که رسول خدا ﷺ نصیب من فرموده به شما باز نمی‌گردانم، ولی اگر خواستید پول آن را می‌پردازم. (ابو داوود سجستانی، ۱۴۱۰: ۳/۳۸۱)

البته احمد حنبل نیز این روایت را با تغییرات مختصری نقل نموده است. (ابن حنبل، ۱۴۱۶: ۲/۲۱۷)

روایت دیگری نیز نظیر این روایت از غلام سعد نقل گردیده است، که سعد برخی از بردگان مدینه را مشاهده کرد که درختان مدینه را می‌برند، وسائل آنان را گرفت و - به ارباب‌هایشان - گفت: از پیامبر خدا شنیدم که از بریدن درختان مدینه نهی می‌کرد و می‌فرمود: کسی که از آن چیزی ببرد وسایلش برای کسی است که او را دستگیر می‌کند. (ابو داوود سجستانی، ۱۴۱۰: ۳/۳۸۲)

۲. حدیثی از صفوان بن امیه نقل شده که عمرو بن مروه خدمت رسول خدا ﷺ رسید و از او اجازه خواست تا با از طریق غنا کسب روزی کند حضرت در جواب

فرمودند: چنین اجازه‌ای نداری خدا به تو رزق حلال داده، ولی تو راه حرام را انتخاب می‌کنی برخیز و توبه کن در غیر این صورت تو را زده و سرت را تراشیده و اموالت را برای جوانان مدینه حلال می‌کنم. (ابن ماجه، ۱۴۳۰: ۸۷۱/۲)

۳. از عبدالله بن عمر چنین آمده است که رسول خدا ﷺ مرا فرمان داد کاردی برای او بیاورم، من کارد دسته‌دار بلند به نزدش آوردم، آن حضرت نوک آن را تیز کرد، آن‌گاه به من داد و فرمود: فردا با این کارد به نزد من بیاو من چنین کردم، آن حضرت با اصحاب خود به بازارهای مدینه حرکت کرد- در آن زمان خیک‌های شرابی را از شام آورده بودند- حضرت آن کارد را از من گرفت و خیک‌هایی را که مشاهده می‌فرمود سوراخ می‌کرد؛ آن‌گاه کارد را به من داد و به اصحابش دستور فرمود که به همراه من بیایند و مرا یاری دهند و به من دستور داد که به همه بازارها بروم و خیک شراب سوراخ نکرده‌ای باقی نگذارم، من نیز چنین کردم و در بازارهای مدینه خیک شراب سوراخ نکرده‌ای باقی نگذاشتم. (ابن حنبل، ۱۴۱۶: ۱۳۲/۲)

در روایت دیگری نیز چنین آمده است که عبدالله [عمر] به خدا سوگند یاد می‌کرد که آنچه پیامبر ﷺ پس از حرمت شراب بدان دستور فرمود، این بود که شراب‌های ساخته‌شده از خرما و کشمش را به زمین بریزید و خم‌هایش را بشکنند. (شوکانی، ۱۹۷۳: ۱۴۸/۳)

البته نظیر این روایت در منابع شیعه هم وجود دارد، ولی حرفی از شکستن یا سوراخ کردن ظرف‌ها نیست؛ صرفاً چنین آمده است که پس از نزول آیات تحریم شراب، پیامبر ﷺ از منزل خارج شده و به مسجد تشریف آوردند و دستور فرمودند، همه ظرف‌هایی را که در آن شراب انداخته بودند آوردند، سپس آن‌ها را خالی کردند. (مانده: ۹۰؛ ر.ک: زر کشی، ۱۳۷۶: ۴۹۷/۱)

۴. در روز فتح خیبر آتش فراوانی به پا بود، پیامبر اکرم ﷺ از سبب آتش سوال کردند که در جواب به ایشان عرض شد: گوشت می‌پزند. آن حضرت فرمود: چه گوشتی؟ عرض کردند: گوشت الاغ اهلی. پیامبر ﷺ فرمود: این‌ها را بریزید و ظرف‌هایش را هم بشکنید. شخصی گفت: ای رسول خدا آیا آن‌ها را بریزیم و





ظرف هایش را بشوئیم؟ حضرت فرمود: یا اینکه این کار را بکنید. (بخاری، ۱۴۰۱: ۴۹/۳)

۵. از عبدالله بن عمرو چنین نقل شده است وی در حالی که دو لباس زرد به تن داشت بر پیامبر وارد شد. حضرت خشمگین شد و فرمود: برو و این دورا دورا بینداز. گفت: کجا بیندازم ای رسول خدا؟ فرمود: در آتش. (نسائی، ۱۴۰۶: ۸/۲۰۳)

۶. از پیامبر ﷺ روایت شده است که اگر مشاهده کردید شخصی در متاع خود تقلب می کند متاعش را آتش کشیده و او را بزیند. (سجستانی، ۱۴۱۰: ۲/۶۳) و در جای دیگر آمده است پیامبر خدا ﷺ و ابو بکر و عمر متاع خیانت کننده را آتش زده و او را کتک زدند. (پیشین)

۷. طبق نقل تاریخ نگاران در ماجرای جنگ صفین بعد از آنکه مالک اشتر به جریر بن عبدالله بجلی اعتراض نمود، وی به قرقیسا پناهنده شد...؛ و علی ﷺ به خانه جریر رفت و ساکنین آن را متفرق کرد و خانه اش را آتش زد. آن گاه ابوزرعه بن عمر بن جریر خارج شد و گفت: خدا خیرت دهد در اینجا زمین های غیر جریر نیز هست، پس حضرت از آنجا به خانه ثویر بن عامر رفت و آنجا را نیز آتش زد و او مرد سرشناسی بود که به جریر ملحق شده بود. (منقری، ۱۴۰۴: ۶۰) و این مجازات به دست حضرت علی ﷺ در مورد ابن معتم و حنظله ابن ربیع و ابو اراکه بن مالک و مصقله بن هبیره شیبانی نیز به وقوع پیوسته است. (ابن ابی الحدید، بی تا: ۳/۱۷۷-۱۷۶)

۸. ابن تیمیه گزارشی از به آتش کشیدن محل شراب فروشی به دست امیرالمؤمنین ﷺ نقل کرده است. (ر.ک: ابن تیمیه، بی تا: ۵۹)

۹. بهز بن حکیم از پدرش از جدش از پیامبر ﷺ نقل کرده که ایشان فرمود: «در هر چهل شتر بیابان چر، یک شتر یک ساله است، هر کس با رغبت پردازد پاداش آن را می برد و آن کس که نپردازد من آن را همراه با قسمتی از مالش از او می گیرم. این دستوری از دستورات خداست و برای آل محمد هم در آن بهره ای نیست». (ابن اخوه، بی تا: ۱۹۴)

۱۰. روایت شده که عمر، شیر قلبی [شیری که آب به آن اضافه شده بود] را به زمین ریخت. (پیشین: ۱۹۵)

۱۱. از علی علیه السلام روایت شده است که آن حضرت، گندم‌های احتکار شده را به آتش سوزاند. (پیشین)

## ۵. ۱. نقد و بررسی ادله مشروعیت مصادره در متون فقهی اهل سنت

۱. طبق مباحث مطرح شده در علم اصول گزارش‌های مربوط به اصحاب پیامبر صلی الله علیه و آله مانند عمر و سعد ابی وقاص است صرفاً زمانی حجیت داشته که به نقل سنت رسول خدا منجر گردد، ولی اگر از اجتهاد خودشان باشد فاقد حجیت است. (ر.ک: سبحانی، ۱۳۸۸: ۸۸/۲) البته مراجعه به متون اهل سنت به معنای اعتبار تمام ادله مورد استناد آن‌ها نبوده، بلکه به جهت آشنایی با فضای صدور احادیث معصومین علیهم السلام و نیز آگاهی از ادله معتبر آن‌ها راهگشاست.

۲. سند و اعتبار بسیاری از این گزارش‌های تاریخی مورد مناقشه است، زیرا بسیاری از این اخبار از طریق اهل سنت نقل شده است و در منابع حدیثی شیعه اثری از آن‌ها نیست؛ و اگر هم برخی از اخبار از طریق محدثین امامیه نقل شده مطلبی در مورد مصادره اموال در آن‌ها یافت نمی‌شود. در ضمن از آنجاکه این موضوع از مسائل حکومتی است احتمال جعل حدیث و انتساب‌های ناروا به بزرگان دین زیاد است، به خصوص که چنین نقل‌هایی چهره رحمانی اسلام و پیامبر صلی الله علیه و آله را مخدوش کرده و از اسلام جلوه‌ای خش و بیرحم را معرفی می‌کند.

۳. در برخی از روایات که حرف از سوزاندن خانه‌ها به دست امیرالمؤمنین علیه السلام است علاوه بر ضعف سند و نیز احتمال زیاد جعل سند برای بدنام کردن حضرت به دست عمال بنی‌امیه، ممکن است در خانه این افراد خصوصیتی وجود داشته باشد که باقی ماندن آن‌ها موجب تضعیف حکومت اسلامی می‌شده، لذا آن بزرگوار از بین همه





اموال این افراد خانه آن‌ها را تخریب نموده‌اند، زیرا با تتبع در لابه‌لای گزارش‌های تاریخی صدر اسلام این واقعیت روشن می‌گردد که خانه بزرگان در شهرهای اسلامی منزل مسکونی معمولی نبوده، بلکه قلعه‌های محکم و غیر قابل نفوذی بودند که نظارت و کنترل بر فعالیت‌های داخل آن‌ها برای حکومت با مشکلات جدی روبه‌رو بوده است. به دیگر سخن هر کدام از این خانه‌ها به لانه جاسوسی برای دشمنان جامعه اسلامی بدل می‌گشت که جای امنی را برای اعمال خرابکارانه منافقین فراهم می‌کرد. به همین جهت حکومت اسلامی که موظف به تأمین امنیت جامعه و پیشگیری از چالش‌های ویران‌کننده جامعه است اقدام به ویران کردن این مراکز نمودند؛ به عبارت دیگر نمی‌توان این کار را مجازات خائنانه دانست، بلکه اقدامی پیشگیرانه است.

۴. شاید به خاطر همین اشکالاتی که گفته شد برخی از اهل سنت تمامی شواهد و گزارش‌های تاریخی عقوبت و تعزیر مالی را مربوط به صدر اسلام دانسته و مدعی نسخ این نوع مجازات شده‌اند، و برای این ادعا به حدیث نبوی استناد نموده‌اند که فرمودند: «لَيْسَ فِي الْمَالِ حَقٌّ سِوَى الزَّكَاةِ؛ تنها حق موجود در مال، زکات است». (ابن ماجه، ۱۴۳۰: ۱/ ۵۷۰)

در کنار نسخ برخی دیگر برای غیر مجاز بودن این نوع عقوبت به مفاسدی که جواز این نوع عقوبت دارد اشاره نموده و گفته‌اند: «چنین عقوبتی صلاحیت ندارد به‌عنوان حربه‌ای در مقابل جرایم قرار گیرد، زیرا ترس از این می‌رود که با اباحه چنین مجازاتی حکام ظالم اموال مردم را به بهانه‌های واهی مصادره نمایند». (پیشین: ۱/ ۷۰۶) از سوی دیگر اباحه تعزیر مالی موجب تفاوت میان غنی و فقیر است، زیرا غنی توان مالی داشته و به انجام جرم جری می‌شود. (پیشین)

از این‌رو بزرگان حنفیه درصدد توجیه کلام ابو یوسف که تعزیر مالی را جایز می‌داند برآمدند و گفته‌اند مراد او از مصادره توقیف موقتی مال است تا تنبیه گردد و

بعد حاکم باید مال را برگرداند و نمی‌تواند آن را برای خود یا بیت‌المال بردارد، زیرا جایز نیست کسی مال دیگری را بدون مجوز شرعی تصرف نماید. (گروهی از مؤلفین، ۱۴۰۴: ۳۷/۳۵۴) لذا ابن عابدین تعزیر مالی را مطلقاً غیر مجاز می‌داند. (ابن عابدین، ۳: ۱۴۱۵/۱۷۸)

برخی دیگر مطابق روایت برخورد عمر با ابی هریره مصادره را صرفاً نسبت به اموال عمال وقتی که اموال آن‌ها کثرت یابد جایز می‌دانند، زیرا این کثرت دلالت بر خیانت آن‌ها می‌کند. (پیشین) البته بسیاری از فقهای اهل سنت از مذاهب مختلف مانند ابو یوسف و ابن قییم و ابن تیمیه و... قائل به جواز این نوع تعزیر شده‌اند. (زعیلی، ۱۳۱۳: ۳/۲۰۸) لذا برخی ادعای نسخ عقوبت و تعزیر مالی را غلط معرفی نموده‌اند، با این استدلال که بعد از نبی مکرم اسلام هم این نوع عقوبت توسط خلفای راشدین و اصحاب ایشان انجام می‌شد و کسانی که ادعای نسخ می‌کنند هیچ حجتی برای ادعای خود از کتاب و سنت و اجماع نداشته، بلکه صرفاً مدعی نسخ مذهب اصحاب خودش را دلیل می‌آورد که فقط برای خودش حجیت دارد. (یعمری، ۱۴۰۶: ۲/۲۹۳)

با آنکه ادله مذکور در منابع فریقین هر کدام خالی از مناقشه نبوده و فاقد قوت لازم برای مشروعیت تعزیر مالی می‌باشد، اما می‌توان از مجموع این ادله و تظافر آن‌ها پی به جواز تعزیر مالی برد، ولی با فرض جواز تعزیر مالی باز هم نمی‌توان مصادره را به‌عنوان یک مجازات مشروع دانست، زیرا بین مصادره که سلب مالکیت است و تعزیر مالی و جریمه که نوعی الزام به پرداخت مال می‌باشد. تفاوت ماهوی وجود دارد.

## ۶. دلیل مشترک فریقین بر مشروعیت مصادره و نقد آن

با توجه به اینکه مجازات‌های اسلامی از نظر مرجع تعیین آن‌ها و قابلیت تغییر به دو دسته تقسیم می‌شوند، برخی از این مجازات‌ها از سوی شارع تعیین شده و قابل تغییر نیست که در اصطلاح فقهی به آن «حد» گویند. (محمود عبدالرحمن، بی‌تا:





۱/ ۵۵۴) و برخی دیگر تعداد مشخص شده‌ای در فقه نداشته و تعیین آن‌ها جزو اختیارات حاکم است که اصطلاحاً به آن‌ها «تعزیر» گویند. (عاملی، ۱۴۳۴: ۴۶)

در مورد نوع تعزیر بین فقهای اسلامی اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی از فقها تعزیر را منحصر در شلاق ندانسته، بلکه هر نوع توبیخی را مصداق تعزیر شمرده‌اند. (ابن حزم، بی‌تا: ۹/ ۶۵؛ ابن قدامه، بی‌تا: ۱۰/ ۳۴۸)

بر اساس همین دیدگاه برخی از فقهای امامیه معاصر به جواز تعزیر مالی فتوا داده‌اند (امام خمینی، ۱۴۲۴: ۲/ ۹۲۱)، ولی در مقابل، برخی دیگر از فقها در صحت تعزیر مالی خدشه نموده‌اند. (صافی گلپایگانی، بی‌تا: ۹۰) با این بیان که هیچ یک از فقهای امامیه بر تعزیر مالی فتوا نداده است، بلکه علامه تصریح کرده است که جرح و گرفتن مال را نمی‌توان به عنوان تعزیر قرار داد. (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۵/ ۴۱۱)

باید توجه داشت که این خدشه قابل اعتنا نیست، زیرا عدم فتوای فقها بر جواز تعزیر مالی به خاطر آن بوده که این گونه تعزیر نمودن مجرمین از شئون حکومت است و آنان از حکومت برکنار بوده‌اند. (منتظری، ۱۴۰۹: ۲/ ۳۴۱) لذا بسیاری از فقهای معاصر پیرامون جواز تعزیر مالی سخن گفته و ادله متنوع و متعددی ارائه نموده‌اند. (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۸: ۱/ ۶۳-۵۵) اگرچه برخی از این ادله از قوت کافی برخوردار نیست و قابل خدشه است، اما می‌توان از مجموع آن‌ها قطع به جواز تعزیر مالی پیدا نمود.

پذیرفتن مصادره به عنوان یکی از مصادیق تعزیر مالی نیاز به بحث و بررسی دارد، زیرا ماهیت مصادره توأم با سلب مالکیت است درحالی‌که قاعده کلی احترام مال مسلمان مانع از این سلب مالکیت است، مگر آنکه گفته شود همان گونه که در معنی لغوی تعزیر آمده است: «اصل التعزیر المنع» (ابن اثیر جزری، بی‌تا: ۳/ ۲۲۸)، هدف از وضع قوانین تعزیری بازداشتن از گناه است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۶۴)، پس مصادره اموال نیز که یکی از روش‌های مؤثر در بازدارندگی از جرم است. تعزیر محسوب شده و جایز می‌باشد، کما اینکه در برخی از تعاریف





اصطلاحی تعزیر نیز عنصر بازدارندگی به عنوان رکنی از ارکان تعریف بیان گردیده است، مثلاً ابوصلاح حلبی از فقهای امامیه تعزیر را چنین تعریف نموده است: التعزیر تأدیب تعبد لله سبحانه به لردع المعزور و غیره من المکلفین؛ تعزیر عبارت است از ادب کردن است که به وسیله آن تعزیر شونده و دیگر مکلفان [از ارتکاب عمل قابل تعزیر] منع می شوند. (ابو الصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۴۱۶)

جزیری از فقهای عامه تعزیر را چنین تعریف کرده است: «التعزیر فهو التآدیب بما یراه الحاکم زاجرا لمن یفعل فعلا محرّما عن العقوبه الی هذا الفعل؛ تعزیر عبارت است از تأدیب به آنچه که حاکم مصلحت ببیند، به منظور اینکه مرتکب عمل حرام را از تکرار ارتکاب عمل ممنوع بازدارد». (جزیری، ۱۴۲۴: ۵ / ۳۱۷) شاید به همین دلیل است که برخی از فقهای معاصر هر کاری را که مانع از ادامه جرم و بازگشت مجرم به جرم شود، مصداق تعزیر شمرده اند. (مؤمن، ۱۴۲۲: ۹۷) همچنین می توان برای تکمیل استدلال بر مشروعیت مصادره در این مورد و موارد مشابه دو قاعده «لکل محرّم التعزیر» و «التعزیر بید الحاکم» را مطرح نمود.

با این همه نمی توان سیطره قاعده احترام مال مسلمان را نادیده گرفت و ادله مذکور نمی تواند حاکم بر این قاعده مسلم فقهی باشد، لذا می توان برای مجازات مجرم مواردی مانند ممنوعیت فروش و یا ممنوعیت بهره برداری و... را در نظر گرفت.

در برخی مواد قانونی، قانونگذار حکم به مصادره ابزار و آلات جرم داده است، درحالی که این موارد جزو اموال خصوصی محسوب شده و در شرایط عادی مشمول قاعده احترام اموال می شود، ولی می توان در تحلیل مبنای فقهی موارد مذکور چنین گفت که طبق برخی از گزارش های تاریخی از سنت فعلی معصومین علیهم السلام ابزار انجام فعل حرام از مالیت و ارزش افتاده و جایز، بلکه واجب است از آن ها گرفته شود.

به عنوان مثال، در منابع متعدد بیان شده که پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله بعد از نزول آیه ای که دلالت صریح بر حرمت شراب دارد. دستور دادند که ظرف های شراب شکسته شود. (ترمذی، ۱۳۹۵: ۲ / ۳۷۹) و یا آنچه که در مورد به آتش کشیدن محله شراب فروشی توسط حضرت امیرالمؤمنین علیه السلام گزارش شده است (ر.ک: ابن تیمیه،



۱۴۲۵: ۵۹) و یا روایتی که سعد بن ابی وقاص از پیامبر خدا نقل می‌کند در مورد احترام مدینه و اینکه هر کس در آن صید کند یا درختی را ببرد گرفتن وسایل وی جایز است. (سجستانی، ۱۴۱۰: ۱ / ۴۷۰) و روایتی که پیامبر ﷺ فردی را که از راه زدن دف کسب درآمد می‌نمود تهدید به مصادره لباس و وسائل کردند. (ابن ماجه، ۱۴۳۰: ۲ / ۸۷۲) همان‌گونه که دیده می‌شود تمامی این روایات از طرق عامه نقل گردیده و قوت اتکا ندارند و نمی‌توان با اشباه این ادله، قاعده مسلم احترام مال مسلمان را تخصیص زد، پس به نظر می‌رسد که حکم به مصادره ابزار و آلات جرم در این ماده و مواد مشابه آن خالی از وجاهت فقهی می‌باشد. پس می‌توان گفت در مواردی که خود ابزار و ادوات مشروع هستند، ولی در جهت اعمال نامشروع مانند ترویج فساد مورد استفاده قرار می‌گیرند، از نظر شرعی دلیلی برای مصادره آن‌ها وجود ندارد، بلکه صرفاً می‌توان از استعمال آن‌ها در امور نامشروع ممانعت کرد و برای پیشگیری از چنین استعمالی تعزیر مالی یا غیرمالی تعیین نمود.

### نتیجه:

۱. طبق بررسی در کتاب‌های فقهی فریقین پیرامون ماهیت مصادره اموال و واژگان مشابه آن می‌توان گفت مصادره اموال عبارت است از: «سلب دائمی مالک از حقوق مالکانه توسط حکومت و تملیک آن اموال به دولت بدون عوض».

۲. طبق بررسی در کتاب‌های تاریخی می‌توان به این نتیجه رسید که در طول تاریخ مصادره اموال به عنوان یکی از مجازات‌های مجرمین مطرح بوده که بعد از ظهور اسلام نیز در سیره خلفا جریان داشته است، ولی از آنجا که انتساب آن به معصوم مورد تردید است، لذا مشروعیت مصادره به عنوان مجازات، زیر سؤال می‌رود، با آنکه تصور می‌شود که مشهور فقها برخی از مصادیق این پدیده را جایز می‌دانند، ولی طبق تعریف ارائه شده از مصادره این موارد مصداق مصادره نبوده، بلکه جلوه‌هایی از اتلاف مال یا حبس مال و... است که با مصادره تفاوت ماهوی دارند.



۳. مشهور فقهای اسلامی اعم از اهل سنت و شیعه مشروعیت مصادره اموال را به عنوان مجازات پذیرفته و برای این مشروعیت ادله فراوانی بیان کرده‌اند، ولی با توجه نقدهایی که در متن بر ادله مذکور وارد شد این ادله قابلیت نقض اصل مسلم احترام نداشته و سیطره این اصل قابل تردید نیست.

۴. یکی از ادله‌ای که هم اهل سنت و هم امامیه برای مشروعیت مصادره اموال به آن تمسک جسته‌اند مشروعیت تعزیر مالی بوده، با آنکه این مشروعیت قابل دفاع است، ولی نمی‌توان گفت مصادره اموال مصداق از تعزیر مالی محسوب می‌شود، زیرا مصادره همراه با سلب مالکیت همراه است، ولی تعزیر مالی الزام به پرداخت جریمه است، پس با هم تفاوت ماهوی دارند.

### منابع و مأخذ:

قرآن کریم

نهج البلاغه

- اباذری فومشی، منصور (۱۳۹۱)، قانون اجرای احکام مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران: نشر خرسندی.
- ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد (بی‌تا)، النهایة فی غریب الحدیث و الأثر، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- ابن اخوه، محمد (بی‌تا)، معالم القربة فی طلب الحسبه، لندن: دار الفنون کمبریج.
- ابن تیمیه، احمد (۱۴۲۵)، الحسبه، [بی‌جا]: [بی‌تا].
- ابن حزم، علی بن محمد (بی‌تا)، المحلّی، تحقیق احمد محمد شاکر، بیروت: دارالفکر.
- ابن حنبل، احمد بن محمد (۱۴۱۶)، مسند الامام احمد بن حنبل، بیروت: مؤسسة الرسالة.

- ابن عابدین، محمد امین (۱۴۱۵)، حاشیه رد المختار علی الدر المختار، بیروت: دار الفکر، ۱۴۱۵ق.
- ابن قدامه، حنبلی، عبدالله بن احمد (بی تا)، المغنی، بیروت: دارالکتب الاسلامیه.
- ابن ماجه، محمد (۱۴۳۰)، سنن ابن ماجه، قاهره: دار الرساله العالمیه.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۳۶۳)، لسان العرب، ج ۳، بیروت: دار صادر.
- ابن نجیم مصری، زین الدین بن ابراهیم (۱۴۱۸)، البحر الرائق، لبنان: دارالکتب العلمیه.
- ابو الصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین (۱۴۰۳ق)، الکافی فی الفقه، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام.
- ابو داوود سجستانی، سلیمان (۱۴۱۰)، سنن ابی داوود، سعید محمد اللحام، بیروت: دار الفکر.
- امینی، عبدالحسین (۱۳۷۸)، الغدیر فی الکتاب و السنه و الادب، تهران: بنیاد بعثت.
- بخاری، محمد بن اسماعیل (۱۴۰۱ق)، صحیح بخاری، بیروت: دار الفکر.
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۶)، حقوق مدنی، تهران: مجد.
- برهان الدین یعمری، ابراهیم (۱۴۰۶)، تبصره الحکام فی أصول الأفضیه و مناهج الأحکام، قاهره: مکتبه کلیات الأزهریه.
- بهوتی، منصور بن یونس (بی تا)، الروض المربع شرح زاد المستقنع، بیروت: دار المؤید/ مؤسسه الرساله.
- ترمذی، محمد (۱۳۹۵)، سنن الترمذی، حلب: شرکت مکتبه و مطبعه مصطفی البابی الحلبی.
- جزیری، عبدالرحمن (۱۴۲۴)، الفقه علی المذاهب الأربعة، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۸)، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
- جندی، عبدالملک (۱۳۲۰)، موسوعه الجنایه، بیروت: دار المؤلفات القانونیه.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.



- خمینی، سید روح الله (۱۴۲۴)، توضیح المسائل، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- درینی، فتحی (۱۴۲۹)، بحوث المقارنة فی الفقه الاسلامی و اصوله، بیروت: مؤسسة الرسالة.
- رواس قلعه جی، محمد (۱۴۰۸)، معجم لغة الفقهاء، بیروت: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ۱۴۰۸ ق.
- زبیدی، سید محمد مرتضی (۱۴۱۴)، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع.
- زركشی، محمد (۱۳۷۶)، البرهان فی علوم القرآن، بیروت: دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركائه.
- زرگری نژاد، غلامحسین (۱۳۷۸)، تاریخ صدر اسلام، تهران: سمت.
- زعیلی، فخر الدین عثمان بن علی (۱۳۱۳)، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشیه الشلبي، قاهره: المطبعة الكبرى الأميریه - بولاق.
- سحانی، جعفر (۱۳۸۸)، الوسيط فی علم الاصول، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- شاه حسینی، رضا (۱۳۹۰)، مستثبات دین، تهران: انتشارات جنگل.
- شوکانی، محمد بن علی (۱۹۷۳)، نیل الاوطار من احادیث سید الاخبار، بیروت: نشر دار الجلیل.
- صافی گلپایگانی، لطف الله (بی تا)، التعزیر، أحكامه و حدوده، [بی جا]: [بی نا].
- طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳۹۲)، المیزان فی تفسیر القرآن، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- طبرسی، احمد (۱۴۱۵)، مجمع البیان، بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۷۸)، المبسوط، ج ۳، تهران: مکتبه مرتضوی.
- عاملی، یاسین عیسی (۱۴۱۳)، الاصطلاحات الفقهیه فی الرسائل العملیه، بیروت: دار البلاغه للطباعة و النشر و التوزيع.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰)، تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیه، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- علی پاشا، صالح (۱۳۹۹)، سرگذشت قانون، تهران: دانشگاه تهران.



- عنایت، حمید(۱۳۴۹). سیاست ارسطو، تهران: شرکت سهامی کتابهای جیبی.
- غزالی، محمد(۱۴۲۹). شفاء الغلیل فی حل مقفل خلیل، قاهره: مرکز نجیبویه للمخطوطات و خدمة التراث.
- \_\_\_\_\_(۱۴۱۹)، المنحول من تعليقات الأصول، بیروت: دار الفکر المعاصر، ۱۴۱۹ق.
- فاضل لنکرانی، محمد(۱۳۷۷)، سیری کامل در اصول فقه، قم: فیضیه.
- فرهنگ، منوچهر(۱۳۸۸)، فرهنگ علوم اقتصادی، تهران: ذهن آویز.
- کاشف الغطاء، محمدحسین(۱۴۲۲)، تحرير المجله، نجف: المجمع العلمی التقرب بين المذاهب الاسلامی.
- کراخ النمل، علی(۱۹۸۸م)، المُنَجَّد فی اللغة، قاهره: عالم الکتب.
- گروهی از مولفین(۱۴۰۴)، الموسوعة الفقهية الكويتية، کویت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية.
- گلپایگانی، سید محمد رضا(۱۴۱۳)، کتاب القضاء، قم: دار القرآن الکریم.
- مجلسی، محمد باقر(۱۴۰۴)، مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- محمدی، حمید(۱۳۷۵)، ضبط مصادره و استرداد اموال، تهران: انتشارات گنج دانش.
- محمود عبدالرحمن(بی تا)، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية، [بی جا: [بی نا].
- معین، محمد(۱۳۸۴)، فرهنگ معین، تهران: انتشارات معین.
- مکارم شیرازی، ناصر(۱۴۲۵)، تعزیر و گستره آن، قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- منتظری، حسینعلی(۱۴۰۹)، دراسات فی ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية، قم: نشر تفکر.
- منقری، نصر بن مزاحم(۱۴۰۴)، وقعة صفین، قم: مکتبه آیه الله المرعشی النجفی علیه السلام.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم(۱۳۸۸)، فقه الحدود و التعزیرات، قم: دانشگاه مفید.
- مؤمن، محمد(۱۴۲۲)، مبانی تحرير الوسيلة - کتاب الحدود، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.

- نجاشی، احمد بن علی (۱۴۰۷)، رجال النجاشی - فهرست أسماء مصنفی الشیعه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین و حمید هاشم بیگی (۱۳۹۰)، دانشنامه جرم شناسی، تهران: دانش انتشارات گنج.
- نسائی، احمد بن شعیب (۱۴۰۶)، سنن النسائی بشرح الحافظ جلال الدین السيوطی و حاشیة الامام السندي، حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية.
- واحدی نوایی، آوا (۱۳۸۰)، نظام جزایی ایران در عصر ساسانیان، تهران: انتشارات میزان.
- Hanna, Nathan, Liberalism and the General Justifiability of Punishment, Philos Stud, Springer Science Business Media, B. V ,2008
- Murphy, Jeffrie G, Does Kant Have a Theory of Punishment, Collumbia Law Review, 1987







## اعتبارسنجی فقهی و حقوقی قرارداد پایان نامه نویسی برای دیگران از منظر نظم عمومی و اخلاق حسنه\*

سیده فاطمه طباطبائی (نویسنده مسئول)\*\*

عبدالرضا محمدحسین زاده\*\*\*

فائزه سلیمانی پور\*\*\*\*

### چکیده

جایگاه پایان نامه و پژوهش در بسط علم و جابه جایی مرزهای دانش بر کسی پوشیده نیست، اما واگذاری تدوین آن در مقابل پرداخت عوض به افراد و مؤسسات، موجب تضعیف و تضييع اهداف پژوهش علمی و اختلال در نظم جامعه دانشگاه می شود. بنابراین می طلبد حکم فقه و حقوقی قرارداد پایان نامه نویسی برای دیگران با تکیه بر نظم عمومی و اخلاق حسنه مورد بررسی قرار گیرد تا بتوان با تمسک به شرع و قانون جهت پیشگیری از این معضل، قدم مؤثری برداشت. نتایج به دست آمده در این زمینه با روش توصیفی، تحلیلی گویای آن است که عقد معاوضی پایان نامه نویسی برای دیگران در فقه امامیه و حقوق ایران مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه می باشد و از این حیث در فقه امامیه عقدی است نامشروع و در قانون ایران نیز این قرارداد خصوصی، به موقع اجرا در نمی آید.

**کلید واژه ها:** اخلاق حسنه، پایان نامه نویسی، قرارداد، نظم عمومی.

---

\* تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۲/۰۲/۰۷ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۲/۰۴/۲۲ - نوع مقاله: علمی، ترویجی.

\*\* دانشیار گروه الهیات، دانشکده حقوق و الهیات، دانشگاه شهید باهنر کرمان، کرمان، ایران  
(Fatabatabae@uk.ac.ir)

\*\*\* دانشیار گروه الهیات، دانشکده حقوق و الهیات دانشگاه شهید باهنر کرمان، کرمان، ایران  
(mhosseinzadeh@uk.ac.ir)

\*\*\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد گروه الهیات، دانشکده حقوق و الهیات، دانشگاه شهید باهنر کرمان، کرمان، ایران  
(faezeh77soleimani@gmail.com)



## مقدمه

فعالیت‌های علمی و پژوهشی دانشجویان مقاطع کارشناسی ارشد و دکتری که غالباً در قالب پایان‌نامه و رساله انجام می‌شود در سطح جامعه از ارزش و اعتبار ویژه‌ای برخوردار است، تا آنجا که درصد زیادی از پیشرفت و توسعه دانش جامعه در گرو این تحقیقات و پژوهش‌ها می‌باشد.

امروزه تعدادی از دانشجویان به جهات گوناگونی مانند عدم داشتن مهارت در تنظیم و تدوین مطالب، تن‌آسایی، مدرک‌محوری، عدم استفاده از منابع به زبان لاتین و دلایل دیگر، نگارش پایان‌نامه و یا رساله خود را به دیگران می‌سپارند، که این عمل موجب اختلال در نظام دانشگاه می‌شود.

از جمله راهکارهای قابل توجه در جهت مرتفع ساختن مشکلات جامعه تمسک به احکام فقه و قوانین موضوعه است. بنابراین جهت پیشگیری از معضل پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران، این موضوع از منظر نظم عمومی و اخلاق حسنه مورد مذاقه قرار می‌گیرد. در پژوهش پیش رو با روش توصیفی، تحلیلی به سؤالات ذیل پاسخ داده می‌شود:

۱. حکم عقد و قرارداد پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران در فقه امامیه و حقوق ایران از منظر نظم عمومی چیست؟

۲. حکم عقد و قرارداد پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران در فقه امامیه و حقوق ایران از منظر اخلاق حسنه چیست؟

در این راستا پژوهشی موجود نیست، اما تحقیق «کشف فرایند تقلب در پایان‌نامه‌نویسی و شناسایی عوامل مؤثر بر آن در مشهد» در سال ۱۳۹۷، تألیف سوگند حیدری چروده، و نیز تحقیق «جرم تقلب در تهیه آثار علمی»، تألیف حسن پوربافرانی و همکاران (۱۳۹۹) مشاهده شد. لیکن تحقیقی پیرامون اعتبارسنجی فقه و حقوقی قرارداد پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران از منظر نظم عمومی و اخلاق حسنه یافت نشد؛ از این لحاظ این پژوهش با پژوهش‌های ذکر شده متمایز است.

## ۱. تبیین فقهی، حقوقی قرارداد پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران از منظر نظم عمومی

جایگاه پایان‌نامه و پژوهش در بسط و توسعه دانش بر کسی پوشیده نیست، اما بعضی از دانشجویان در مقاطع مختلف تألیف پایان‌نامه خویش را به افراد و مؤسسات می‌سپارند که این عمل موجب تضعیف پژوهش‌های علمی و اختلال در نظم جامعه دانشگاه می‌شود. بنابراین می‌طلبند ابتدا جایگاه انجام پایان‌نامه در نظام آموزشی و پژوهشی، و سپس حکم قرارداد پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران در فقه امامیه و حقوق ایران از منظر نظم عمومی مورد بررسی قرار گیرد.

### ۱.۱. جایگاه پایان‌نامه

پایان‌نامه از نظر لغوی عبارت است از رساله‌ای که در پایان دوره تحصیلی می‌نویسند (معین، ۱۳۸۴: ۲۳۶) و در اصطلاح، گزارش مبسوط و کامل پژوهشی است که دانشجو در نقش و کسوت پژوهشگر، آن را به عهده گرفته و تحت راهنمای استاد یا استادان راهنما به پایان می‌رساند. (پورشافی، ۱۳۹۳: ۳۸)

پایان‌نامه اولین نمود قدرت استنباطی دانشجو، در فرایند تحصیلات تکمیلی است (خاکی، ۱۳۷۸: ۹)، به‌گونه‌ای که بسیاری از تحقیقات و کارهای علمی در سطح دانشگاه‌ها به صورت پایان‌نامه انجام می‌شود و حجم وسیعی از مقالات علمی، مستخرج از پایان‌نامه‌های تحصیلی می‌باشد. همچنین از جمله راه‌های تقویت رزومه علمی و تدوین مقاله، ارائه پایان‌نامه با سطح عالی می‌باشد و بدون ارائه یک پایان‌نامه با سطح عالی توقع ارائه مقاله محکم و معتبر نمی‌رود.

نگارش پایان‌نامه از این نظر که فرصت مناسبی را فراهم می‌سازد تا دانش‌پژوه بتواند در طول دوران دانشجویی روش انجام تحقیق را فرا بگیرد، دارای اهمیت است. (کلاهی و دیگران، ۱۳۸۲: ۱۲)

پایان‌نامه یا رساله موقعیتی مساعد برای دانشجو ایجاد می‌کند تا با گسترش معلومات، قدرت تفحص، تأمل عمیق، توانایی ایرادگیری، قدرت مسئله‌یابی و





مسئله‌نگری و به کارگیری روش‌شناسی مناسب، موضوعی را مورد تفحص قرار دهد و به سرانجام رساند. (پورشافعی، ۱۳۹۳: ۳۸)

پایان‌نامه، حداقل دانشجوی را در یک زمینه از مسئله حرفه‌ای یا آکادمیک، کارکشته می‌سازد (فدایی عراقی، ۱۳۷۴: ۷۹) و افزون بر خدمت به توسعه علمی کشور، می‌تواند در ارائه راه‌حل‌ها برای برون‌رفت از چالش‌های فراروی کشور مؤثر باشند و نه تنها موجب کسب اعتبار، بلکه برای مردم ثروت ملی به ارمغان بیاورند. (شریفی، اوحدی، ۱۳۹۲: ۳) به عبارتی سبب آشنایی افراد و مخاطبین با معضلات اجتماع و راهکارهای آن می‌گردد. پایان‌نامه‌ها در تولید دانش بسیار مؤثر واقع می‌شوند و از جمله روش‌های تولید علم و دانش نوین به حساب می‌آیند.

پایان‌نامه می‌تواند در بسط علم و جابه‌جایی مرزهای دانش نقش بسیار اساسی و مهمی را ایفا نماید. پایان‌نامه از جهات متفاوتی برای اساتید هم‌دارای ارزش و اعتبار است. بعضی از اساتید راهنما، ارشاد پایان‌نامه را با اکتساب انگیزه منزلت و موقعیت از روش پروراندن دانشجویان پژوهشگر و پیروز بر عهده می‌گیرند و برخی دیگر ممکن است تحقیق وسیعی را شروع کنند که بعضی از معاونان آن تحقیق، دانشجوی یا دانشجویانی از دوره کارشناسی یا ارشد باشند. (نیلی و همکاران، ۱۱۳: ۸۶)

## ۲. ۱. تبیین فقهی قرارداد پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران از منظر نظم عمومی

نظم عمومی یکی از موضوعات و مسائل پیچیده‌ای است که یافتن ضابطه ثابت و شفاف برای آن در نهایت سختی می‌باشد، با این حال در بعضی از متون فقه، فقها به نوعی از مفهوم نظم عمومی و آثار مخالفت با آن، با ذکر مصادیق سخن رانده و به استناد آن از انجام امور مخالف با نظم عمومی ممانعت نموده‌اند؛ به عنوان مثال، در مورد عدم نقض حکم قاضی استدلال شده که در صورت جواز نقض حکم، در جامعه هرج و مرج و اغتشاش پیش می‌آید، بنابراین برای جلوگیری از هرج و مرج، نقض حکم قاضی را باطل دانسته‌اند. (آشتیانی، ۱۳۶۳: ۵۵)



به هر روی رعایت و حفظ نظم عمومی با هر مفهومی که دارد در خرده نظام‌های یک جامعه از اجزای علّت تامّه حفظ نظام کلی جامعه بوده که اخلال بدان منهی و حرام است. (ملک افضلی اردکانی، ۱۳۹۹: ۹۸)

«حفظ» به معنای محافظت و نگهداری از شخص یا شیئی برای دفاع از آن یا خودداری از ورود آسیب به آن است. (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲: ۳/۳۱۶)

واژه «نظام» در لغت به معنی تجمیع، تألیف و مقرون نمودن یک شیء به شیء دیگر و رشته‌ای که با آن مروارید یا هر شیء دیگری مانند مهره، به رشته نظم درمی‌آید، می‌باشد؛ و نیز نظام به معنای تحفه، سنت و عادت به کار رفته است. (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۲/۵۷۸)

منظور از اخلال نظام، مبادرت به هر عمل، ترک عمل یا سخنی می‌باشد که در نظام به هر کدام از معانی، مفاهیم و اقسام آن اختلال وارد نموده و سبب بی‌نظمی گردد و در نهایت مانع از رسیدن بشر به پیروزی و رستگاری گردد (همو، ۱۳۹۹: ۹۸)

در مورد اهمیت و جایگاه حفظ نظم در جامعه روایات متعددی بیان شده است که از جمله این روایات، فرمایش حضرت زهرا است: «قَالَتْ فَاطِمَةُ ع فِي خُطْبَتِهَا فِي مَعْنَى فَدَاكَ لِلَّهِ... وَالطَّاعَةَ نِظَامًا لِلْمِلَّةِ وَالْإِمَامَةَ لِمَا مِنَ الْفُرْقَةِ». (مجلسی، ۱۴۰۳: ۱۰۷/۶)

در ضمن خطبه حضرت فاطمه زهرا<sup>علیها السلام</sup> آمده است، که آن حضرت فرمود: «پیروی و طاعت ما را به عنوان نظام اجتماع، و امامت ما را به عنوان محور و عامل زاینده پراکندگی‌ها فرض گردانید».

از این کلام گهربار، اهمیت و جایگاه نظم و نظام جامعه اسلامی کاملاً مشهود است، چرا که انزال کتب و شریعت و ارسال رسول و امام و اطاعت از ایشان به جهت ایجاد نظام و نظم حاکم بر جامعه اسلامی است.

همچنین در جایی دیگر آمده است که رسیدن به سعادت مادی و معنوی در جامعه بشری به نیروی فردی امکان‌پذیر نیست، بلکه وابسته به تعاون و همکاری عمومی



است و این تعاون و همکاری بر پایه نظم و جریان قوانین و دستورات اجتماعی عادلانه و درست، میسر است. (کلینی، ۱۳۷۵: ۳/۶۶۳)

واژه «نظم عمومی» در فقه امامیه در قاعده و وجوب حفظ نظام و حرمت اختلال به نظام ظهور می‌یابد. حرمت اختلال در نظام و وجوب حفظ نظام از احکام اولیه (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۶۰) و از اصول مسلم فقه اسلام می‌باشد.

واجبات کفایی که در فقه اسلام بسیار فراوان‌اند، همه برخاسته از دو اصل حفظ نظام و اختلال در نظام می‌باشند. (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۵: ۲۷۱)

انسان‌ها علاوه بر مسئولیت در ساختن سرنوشت تکاملی خود از دیدگاه اسلام، مسئول حقوق ثابت شده جامعه خود نیز می‌باشند، لذا هیچ فردی نباید از آزادی قلم و بیان و ابراز عقیده و مذهب بدون هیچ قید و شرطی استفاده نماید و موجبات اختلال در زندگی مطلوب مردم جامعه را فراهم آورد. (جعفری تبریزی، ۱۳۷۷: ۱۹۳)

عقل، حفظ نظام اجتماعی بشر را لازم می‌داند و آنچه را که موجب اختلال نظام بشر باشد قبیح می‌داند. حفظ نظام از واجبات مؤکد و اختلال امور مسلمانان از مبغوض‌ترین امور است. البته این مبغوضیت اختصاص به امور مسلمانان ندارد و به طور کلی اختلال امور از امور مبغوضه است. (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۶: ۲/۳۵۶-۳۵۵) لذا مسئله حفظ نظام جمهوری اسلامی در این دوره، از مهم‌ترین فرائض شرعی و عقلی می‌باشد که هیچ کاری به آن مزاحمت نمی‌کند و از کارهایی است که گمان اختلال در آن از نظر عقلی قطعی می‌باشد. (امام خمینی، ۱۳۶۳: ۱۹/۱۰۶)

نظام دارای مفاهیم مختلفی است و میان آن‌ها نوعی رابطه سلسله مراتبی وجود دارد. در رأس همه نظام‌ها، نظام اسلام قرار داشته و اختلال در هر یک از آن‌ها به اختلال در نظام اسلام خواهد انجامید. (ملک افضلی اردکانی و همکاران، ۱۳۹۱: ۱۴۶) نظام فرهنگی را می‌توان مجموعه‌ای منسجم و مرتبط از باورها، ارزش‌ها و هنجارها برای تأمین هدفی خاص که با تکیه بر مبانی هستی‌شناختی، انسان‌شناختی

و معرفت‌شناختی‌شان مشخص می‌شود دانست که دارای آثار و کارکرد اجتماعی هستند.

از نگاه امام خمینی علیه السلام، نظام فرهنگی مهم‌ترین جزء از نظام‌های اجتماعی است که دارای نوعی توفیق و احاطه مؤثر بر سایر نظام‌ها همچون نظام سیاسی، نظام اقتصادی و... است. (باباخانی و بیات، ۱۳۹۹: ۴۴)

نظام فرهنگی، اصول زیربنایی همه کنش‌ها و رفتارهای متقابل هنجاری، اصول مشروعی است که در حقیقت این اصول در باورهای اعتقادی و دینی افراد ریشه دارد و پایبندی به این اصول و ارزش‌هاست که موجب حفظ نظام فرهنگی و در نتیجه حفظ نظام اجتماعی می‌شود.

در مقابل اگر این اصول مشروع و زیربنایی مورد اخلال و هجمه قرار گیرد و در نتیجه نظام فرهنگی مختل شود، نتیجه نهایی که در پی آن خواهد بود، اخلال در نظام اجتماعی است. (ملک‌افضلی اردکانی، ۱۳۹۹: ۵۹)

نظام دانشگاه یکی از مهم‌ترین نظام‌های اجتماعی و فرهنگی است که ایجاد و حفظ نظم از مهم‌ترین ارکان آن می‌باشد. بنابراین اخلال در این نظام از مؤثرترین شیوه‌ها در براندازی فرهنگ و علم یک جامعه محسوب می‌شود که قطعاً شارع مقدس و عقل سلیم آن را بر نمی‌تابد. عمل پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران که امروزه در سطح جامعه قابل مشاهده است با توجه به عدم رعایت استانداردهای علمی، ضعف تحقیق، صرف جمع‌آوری مطالب از سایت‌ها و منابع غیر اصیل، از اعتبار و ارزش تحقیق علمی اصیل می‌کاهد و اهداف آموزش عالی از تدوین پایان‌نامه‌نویسی را تأمین نمی‌نماید، لذا موجب ضربه به سیستم آموزش و پژوهش کشور شده و مسائل فردی و خصوصی و همچنین مسائل کلان‌رشد و توسعه کشور را تحت تأثیر قرار می‌دهد و موجب اختلال در آن می‌شود. (سلیمانی‌پور، ۱۴۰۲: ۳۲)

بنابراین، پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران قطعاً اخلال در نظام دانشگاه را به دنبال خواهد داشت که به تبع این اخلال، به سایر نظام‌ها همچون نظام اقتصادی، امنیتی و... نیز سرایت خواهد کرد.





طبق قاعده وجوب حفظ نظام، و حرمت اخلال در آن، عقد و قرارداد پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران مشروع نخواهد بود و عقل سلیم آن را اجازه نمی‌دهد. لذا طبق نظر فقهای معاصر، تکلیفاً و وضعاً تکسب از پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران حرام است.<sup>۱</sup> برخی از فقها بر این عقیده‌اند که به طور کلی کیفیت تألیف پایان‌نامه تابع قوانین و مقررات مربوطه است، لذا اگر طبق مقررات، پایان‌نامه باید توسط خود دانشجو تألیف شود، واگذاری آن به دیگری جایز نیست، همچنان که تألیف آن برای دیگری و کسب درآمد از آن، جایز نیست<sup>۲</sup> و مستحق اجرت هم نمی‌باشد.<sup>۳</sup>

برخی نیز این عمل را چنانچه تخلف از قوانین<sup>۴</sup> یا خلاف مقررات مربوطه باشد، جایز نمی‌دانند.<sup>۵</sup> برخی نیز حرمت آن را معلل نموده‌اند بر اینکه پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران خلاف قوانین اجتماعی و اخلاقی است، از این رو، حقوق دانشجویی که تخصص لازم را نداشته و به وسیله پایانه‌کذایی استخدام می‌شود و جای متخصص را می‌گیرد، حرام خواهد بود.<sup>۶</sup>

البته در اینکه نهی در معامله موجب فساد است یا خیر دو دیدگاه موجود است؛ دیدگاه اول قائل به عدم فساد معامله به طور مطلق می‌باشد. این گروه معتقدند که نه تنها نهی در معاملات موجب فساد آن‌ها نمی‌شود، بلکه حتی این نواهی، دلیل صحت آن‌ها نیز می‌باشد، زیرا اگر چیزی امکان تحقق نداشته باشد، تعلق نه به آن محال و لغو است، چون این تکلیف، تکلیف به امری است که از عهده مکلف خارج است (محسنی‌والا، ۱۳۹۸: ۲۰)؛ این دیدگاه، نظر بیشتر فقهای متأخر است. (بحرانی، ۱۳۶۳: ۱۰/۱۷۶)

۱. استفتاء از آیت الله بیات زنجانی. (ر.ک: به پیوست)

۲. استفتاء از حضرت آیت‌الله خامنه‌ای و حضرت آیت‌الله بیات زنجانی. (ر.ک: به پیوست)

۳. استفتاء از حضرت آیت‌الله صافی گلپایگانی. (ر.ک: به پیوست)

۴. استفتاء از حضرت آیت‌الله نوری همدانی. (ر.ک: به پیوست)

۵. استفتاء از حضرت آیت‌الله مظاهری. (ر.ک: به پیوست)

۶. استفتاء از حضرت آیت‌الله دوزدوستانی. (ر.ک: به پیوست)





دیدگاه دوم قائل به فساد معامله به طور مطلق می‌باشد. برخی از فقها میان حکم تکلیفی حرمت و حکم وضعی بطلان، قائل به ملازمه گردیده و در صورت حرمت بیع، آن را باطل دانسته‌اند. (شهید اول، ۱۴۳۰: ۱۱/۱۵۲)

قول مختار در این مبحث، دیدگاه فساد معامله به طور مطلق است، زیرا که نهی در معاملات به حسب ذاتی و اولیه دال بر حرمت فعل و به حسب دلالت التزامی دال بر بطلان آن فعل می‌باشد. لذا تکسب از پایان‌نامه از آنجا که خلاف موازین قانونی و خلاف نظر اساتید و امتحان‌گیرندگان است، حرام خواهد بود و وقتی که حرام شد چون مسئله از مصادیق معاملات است در نتیجه مصداق اکل مال به باطل است، بنابراین تصرف در مال کسب شده هم حرام می‌باشد.<sup>۱</sup> از این رو واگذاری آن به دیگری جایز نیست، همچنان که تألیف آن برای دیگری<sup>۲</sup> و کسب در آمد از این طریق جایز نمی‌باشد.<sup>۳</sup>

### ۳.۱. تبیین حقوقی قرارداد پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران از منظر نظم عمومی

«نظم»، واژه ارزشمند و گران‌سنگی است که حاصل تلاش مصلحان بشریت و پیامبران پاک آسمانی و رهبران جهادگر و ایثارگر بشری است. چون نظام احسن الهی در پرتو نظم و حساب و برنامه سازمان یافته است، همه پدیده‌ها در پرتو نظم و حساب پدید آمدند، تکثیر شدند و قانونمند باقی مانده‌اند. (دشتی، ۱۳۷۹: ۴۵)

از نظر تاریخی، از آن روز که سخن از دولت و حقوق به میان آمد، ضرورت حفظ نظم نیز احساس شد. این اتفاق هنوز هم وجود دارد. هیچ حقوقدان و جامعه‌شناس و حکیمی نیست که در ضرورت وجود نظم در دولت و ساختار آن تردید داشته باشد. منتهی، بعضی نظم را به وجود خود می‌ستایند و بعضی دیگر نظمی را مطلوب می‌دانند که برای رسیدن به هدفی مطلوب باشد. (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۴۸۱)

۱. استفتاء از آیت الله علوی گرگانی.

۲. استفتاء از آیات عظام خامنه‌ای، نوری‌همدانی، مظاهری و مکارم شیرازی.

۳. استفتاء از آیات عظام خامنه‌ای، مکارم شیرازی و مظاهری.



«نظم» در لغت به معنای آراستن، ترتیب دادن (عمید، ۱۳۸۹: ۹۱۶) به رشته کشیدن جواهر، شعر گفتن، گفتار موزون، کلام منظوم (معین، ۱۳۸۴: ۱۱۳) و قرار دادن هر چیز در جای خود می‌باشد. (نیکبخت، ۱۳۹۸: ۳۰)

معنای نظم در اصطلاح حقوقی عبارت است از: «رفتارسنجیده بر اساس ضابطه». در دنیایی که بر پایه نظم برقرار است همه موجودات در جای خود قرار دارند و هر دگرگونی و تغییری بر اساس ضابطه محقق می‌گردد.

جامعه مانند ماشینی مجعد، اما زنده و پویا بر اساس ضابطه در جریان است. (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۶) یکی از مفاهیم بنیادینی که در علم حقوق واجد آثار مهم، اما مبهمی است، مفهوم نظم عمومی است. این مفهوم هرچند دارای آثار و تبعات گوناگونی در رشته‌های مختلف حقوقی است، اما هیچ‌گاه به طور خاص مورد تعریف دقیق قرار نگرفته است.

نظم عمومی از قواعد محدودکننده آزادی اراده است که در کلیه نظام‌های حقوقی از جایگاه ویژه و قابل تأملی برخوردار است. (نیکبخت، ۱۳۹۸: ۳۰) در نظام‌های حقوقی ملی، نظم عمومی شامل تمامی ارزش‌ها و منافع والای جامعه مفهومی مشهور می‌باشد. وظیفه اصلی نظم عمومی ملی، محدود نمودن اصل آزادی قراردادی و جلوگیری از اعمال احکام محاکم قضایی و قضاوت خارجی است. مسئول اجرای نظم عمومی ملی نیز دادگاه‌های ملی می‌باشند (حدادی، ۱۳۸۹: ۱۷۹) نظم عمومی و کارگزاران آن اگر چه همواره در لباس مانع جلوه کرده یا شناسایی شده‌اند، در جای خود تنها حامی آزادی‌اند. درک صحیح از این امر نیز جامعه را قادر می‌سازد که هم علت وضع مقرراتی را که کاری جز بند زدن به دست و پای او ندارند بهتر و آسانتر درک نماید و هم بردباری لازم را برای کمک به اجرای قوانین به دست آورد و به تدریج فرهنگ همیاری بین کارگزاران نظم عمومی و مردم گسترش یابد. (خلخالی، ۱۳۸۳: ۶۴)

در ساختار حقوقی ایران، نظم عمومی دارای منزلت و جایگاه بر پایه مکان و زمان می‌باشد و به عبارتی نظم عمومی دین محور ایران با عنایت به حاکم بودن اسلام و

اثرپذیری از مذهب شیعه، بسیار آشکار می‌باشد. این امر خود می‌تواند به عنوان محدودیت در برابر حقوق و آزادی‌های شهروندان، نظم عمومی را از سوی دولت یا دولتمردان توجیه نماید. (چلبی و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۱۶)

در مورد تعریف نظم عمومی دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد؛ عده‌ای بر این باورند که امکان تعریف برای این مفهوم وجود ندارد و دیدگاه مقابل، مبتنی بر امکان این امر است. کسانی که معتقد به تعریف‌پذیری این اصطلاح هستند، راه اختلاف را پیش گرفته‌اند، تا جایی که ده‌ها تعریف در زمینه مفهوم نظم عمومی مطرح شده است. (آهنگران، ۱۳۹۶: ۳۶۷) نظم عمومی بر اساس اندیشه همگانی تفوق جامعه بر شخص و برتری مصالح عامه بر مصالح شخصی می‌باشد. نظم عمومی در حقوق داخلی یک سازوکار حقوقی می‌باشد که دولت به کمک آن معاهدات شخصی متعارض با مصالح عامه را بی‌اثر می‌داند (صفایی، ۱۳۹۵: ۵۹/۲)، لذا معنای نظم عمومی در حقوق عمومی و خصوصی عبارت است از: «سلسله تشکیلات حقوقی و مقررات مرتبط به حسن جریان امور در مورد مدیریت یک مملکت یا درباره حفظ اخلاق و آرامش در مراودات میان اشخاص، به صورتی که اشخاص نتوانند از راه معاهدات شخصی از آن تعدی کنند». (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۷۱۷)

به طور کلی معنای نظم عمومی در حقوق داخلی عبارت است از: «رعایت قوانین امری به صورتی که اشخاص حق ندارند به کمک معاهدات شخصی آن قوانین را برهم بزنند و معاندت با نظم عمومی در حقوق داخلی چیزی جز برهم زدن قوانین امری نیست». (الماسی، ۱۳۹۷: ۱۲۹)

نظم عمومی به همه رشته‌های حقوقی مربوط بوده و در نتیجه در میان همه قوانین می‌توان برای آن منابعی را شناسایی کرد. (مرعشی پور، ۱۳۹۲: ۱۸) چنان که مقررات امری را مقررات نظم عمومی یا مرتبط به نظم عمومی نیز می‌نامند؛ چه این مقررات برای نظم و منفعت جامعه وضع شده‌اند و از این حیث عزم و اراده اشخاص بایستی آن‌ها را محترم بدانند.



نظم عمومی را نباید با حقوق عمومی اشتباه کرد. بدون تردید مقررات حقوق عمومی مرتبط به نظم عمومی می‌باشند، ولی نظم عمومی محدود به آن‌ها نمی‌باشد و دارای حیطه‌ای گسترده‌تر می‌باشد. برخی از مقررات حقوق خصوصی نیز مرتبط به نظم عمومی است (صفایی، ۱۳۹۵: ۸۵/۲ و ۹۵)

بنابراین قوانین مربوط به نظم عمومی مقرراتی است که انگیزه وضع آن حفظ مصالح عمومی باشد و تعدی بدان، نظامی را که لازمه حسن جریان امور اداری یا سیاسی یا اقتصادی یا حفظ خانواده است بر هم زند. (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۶۱) نظم عمومی را از حیث دامنه شمول، می‌توان به دو دسته نظم عمومی ملی و فراملی تقسیم کرد؛ منظور از نظم عمومی ملی، مجموعه قواعد آمده در یک نظام حقوقی است که در مقررات امری و اخلاق آن جامعه وجود داشته و نمی‌توان با قرارداد خصوصی، از آن اعراض و یا خلاف آن رضایت داد. (عدالت‌جو و عصمتی، ۱۳۹۷: ۲۶۹)

نظم عمومی فراملی دارای مفهومی مشکل بوده و به مبادی اصلی و اصول مدنیت یک مملکت اطلاق می‌گردد که بر اجرای قانون خارجی پیشگام شده و آن را رد می‌نماید.

مقصود از نظم عمومی در دعوای بین المللی اکثراً همین معناست. (صادقی، ۱۳۸۴: ۱۱۲) در تقسیم نظم عمومی به «ملی» و «فراملی» منظور از قید ملی یک مملکت می‌باشد، لیکن این تفکر که نظم عمومی ملی مساوی نظم عمومی داخلی است و یا نظم عمومی فراملی عمومی بین المللی است، اشتباه می‌باشد، چون در این تقسیم‌بندی هر دو مفهوم نظم عمومی داخلی و نظم عمومی بین المللی به پیوست قوانین دیگری که از آن به قواعد انتظامی یاد می‌کنند در گروه زیر مجموعه‌های نظم عمومی ملی قرار می‌گیرند. (شهبازی‌نیا و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۰۰)

جایگاه نظم عمومی در حقوق موضوعه ایران در تعدادی از مواد قانونی از جمله ماده ۹۷۵ قانون مدنی، ماده ۹۷۲ قانون مدنی، ماده ۶ قانون آیین دادرسی



مدنی (مصوب ۱۳۷۹)، ماده ۲۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی، ماده ۱۲۶ قانون مجازات عمومی و ماده ۶۱۸ قانون مجازات اسلامی به چشم می‌خورد.

اصطلاح نظم عمومی در حقوق ایران پیشینه چندانی ندارد و برای نخستین بار در ماده ۹۷۵ قانون مدنی، استعمال شده است. در این ماده آمده است:

دادگاه نمی‌تواند مقررات خارجی یا معاهدات شخصی را که متعارض با اخلاق حسنه می‌باشد و یا به علت خدشه‌دار نمودن عواطف جامعه یا به دلیل دیگر متعارض با نظم عمومی می‌باشد به موقع اجرا بگذارد هر چند اعمال مقررات مذکور در واقع جایز باشد.

با توجه به مفهوم نظم عمومی، هر فردی در جامعه آن قدر می‌تواند از آزادی خود بهره‌مند گردد که به آزادی دیگران تجاوز نکند و هر عملی را که به حقوق دیگران لطمه وارد نیاورد می‌تواند به جای آورد. برای آنکه نظم اجتماعی پایدار بماند باید آزادی افراد به مقدار متساوی محدود گردد.

حدود آزادی افراد را قانون که عهده‌دار نظم اجتماعی است معین می‌کند و هر امری را که تماس به آزادی دیگران پیدا می‌کند منع می‌نماید، همچنانی که به انجام آنچه برای حفظ نظم جامعه لازم است امر می‌کند. (امامی، ۱۴۰۱: ۱۷/۴)

در کوتاه سخن، نظم عمومی عاملی است که دامنه اصل آزادی قراردادی را تا آنجایی که با مصالح و منافع عمومی یک جامعه در تعارض باشد محدود می‌کند. بنابراین قرارداد پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران هر چند قرارداد و عقد معاوضی است و مطابق با اصل آزادی قراردادی و اراده متعاقدين می‌باشد، اما از آنجا که با نظم عمومی جامعه در تعارض است و مخالف قوانین است، لذا می‌تواند محدود و ممنوع گردد.

طبق این ماده قانونی، قرارداد و واگذاری پایان‌نامه‌نویسی به دیگران به جهت ضایع شدن اهداف پژوهش و تحقیق در آموزش عالی موجب اختلال در نظم جامعه دانشگاه و به عبارتی اختلال در نظام فرهنگی - به عنوان خورده‌نظام - و در نهایت اختلال در کل جامعه می‌شود، لذا طبق این ماده به موقع اجرا گذاشته نخواهد شد.



علاوه بر اینکه مقنن طبق ماده واحده قانون پیشگیری و مقابله با تقلب (مصوب ۱۳۹۶) این عمل را در زمره جرایم آورده است و کیفرهایی برای مجرمان این عمل در نظر گرفته است.

## ۲. تبیین فقهی، حقوقی قرارداد پایان نامه نویسی برای دیگران از منظر اخلاق حسنه

مقنن در اکثر مواد قانونی، واژه نظم عمومی و اخلاق حسنه را با هم ذکر کرده است و به اخلاق حسنه هم اشاره‌ای داشته است. بنابراین لازم و ضروری است تشریح و تبیین اخلاق حسنه و آثار فقه و حقوقی مخالفت با آن در انعقاد قراردادها مانند قرارداد پایان نامه نویسی مورد توجه قرار گیرد.

در حقوق عرفی و اگذاری تدوین پایان نامه به دیگری از طریق قرارداد خصوصی و معاوضی محقق می‌گردد. بنابراین حکم قرارداد پایان نامه نویسی از منظر اخلاق حسنه مورد مذاقه قرار می‌گیرد.

### ۲.۱. تبیین فقهی قرارداد پایان نامه نویسی برای دیگران از منظر اخلاق حسنه

اخلاق جمع «خُلُق» و «خُلُق» است. به گفتهٔ راغب در مفردات، خُلُق و خُلُق (خُلُق) هر دو به يك ریشه بر می‌گردند. در واقع «خُلُق» به معنای هیئت و شکل و صورتی است که با چشم سر و خُلُق به معنای قوا و سجایا و صفات درونی است که با چشم دل دیده می‌شود. قرآن کریم خطاب به پیامبر می‌فرماید: «وَإِنَّكَ لَعَلَىٰ خُلُقٍ عَظِيمٍ». (قلم: ۴) تو دارای اخلاق عظیم و برجسته‌ای.

اخلاق، جمع خلق به معنای خصلت‌های نفسانی انسان اعم از فضائل و رذائل است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲ق: ۱/ ۳۱۶) اخلاق اسلامی، کشتی‌رهایی و تنها راه نجات از آشوب‌های آخر الزمان و مشکلات می‌باشد. (جعفریان، ۱۳۸۰: ۲/ ۸۰۲) علم اخلاق یکی از ضروری‌ترین علوم برای انسان است. علمی است که افزون بر بیان احکام ارزشی همه ابعاد فردی و اجتماعی زندگی آگاهانه و مختارانه،

راه‌های اتصاف به فضایل و بهره‌مندی از خوبی‌ها و دفع و رفع زشتی‌ها را نیز نشان می‌دهد. (شریفی، ۱۳۸۴: ۲۹)

خداوند انسان را اشرف مخلوقات نموده است که لزوم این اشرافیت، متصف شدن انسان به اخلاق حسنه است؛ بنابراین سعادت و شقاوت انسان در تعلیمات اسلامی منحصر به حوزه فردی نیست و زندگی اجتماعی انسان را نیز شامل می‌شود تا در رفتار و مراوده با سایرین، از این صبغه اخلاق حسنه استفاده نماید. (حاج علی اکبر و همکاران، ۱۴۰۱: ۹۱) اما آنچه در فقه امامیه در ارتباط با اخلاق حسنه مطرح است، مطالبی است که در خصوص معاملات به معنای اعم آن به رعایت اخلاق حسنه و در عین حال بطلان معاملات خلاف اخلاق حسنه شده است، مانند فروش خانه جهت دایر کردن مرکز فحشا یا قمارخانه در صورت تصریح به آن در معامله و... که در بخشی از مکاسب محرّمه و فتاوی‌ای فقها در سایر مباحث قابل رؤیت است (نائینی، ۱۳۷۳: ۱۰) مانند آنکه بر فرض، این حکم فقه به اثبات رسید که شوهر شرعاً حق دارد با توجه به اطلاقات ادلّه باب نکاح همسر خویش را از رفتن به خارج منزل منع نماید، آیا چنین حقی می‌تواند مستمسکی برای شوهر باشد که با ایجاد محدودیت‌های نامعقول، زندگی را برای همسر خویش به جهنم تبدیل کند و با منزل به مثابه زندان و با همسر به مانند زندانی زندگی خویش تعامل نماید و همسر را از بدیه‌ترین حقوق انسانی در رابطه با دیگران محروم نماید؟ بر فرض اثبات چنین حقی باید گفت اطلاقات ادلّه در این موارد به قیدی عقلی تقیید می‌شود و هرگاه رفتار شوهر مصداقی از مصادیق ظلم تلقی شد، دیگر این حق مطلق شرعی، محدود می‌شود، زیرا این حق با گزاره اخلاقی عدم ظلم در تعارض قرار گرفته است، بنابراین نمی‌توان به اطلاق آن تمسک کرد. (برهانی، ۱۳۹۶: ۱۲۵) البته در حقیقت مواردی که میان اطلاق و عموم حکم فقه با درک عقلی از جمله درک حسن و قبح أمور، تعارض به وجود می‌آید، وجود درک عقلی کاشف از این واقعیت می‌باشد که شارع از ابتدا به این امور توجه داشته است و ابتدا حکم غیر عقلی جعل نشده است، پس این حکم عقلی مانند مخصّص منفصل و قرینه بر عدم وجود اطلاق عمل می‌نماید. (همان: ۱۲۶)



بنابراین اخلاق به عنوان یکی از مصادیق عقل عملی، می‌تواند دارای مرجعیت خاصی در فرایند استنباط احکام فقه باشد. اخلاق دارای دو نوع کارکرد است؛ کارکرد ایجاد (حکم‌ساز) و کارکرد تحدیدی (محدودکننده).

در کارکرد اول، از حکم اخلاقی به حکم شرعی پی برده می‌شود و در این حالت حکم اخلاقی منشأ دستیابی به حکم شرعی است. در کارکرد محدودکننده، گزاره‌های شرعی وجود دارند، اما حکم اخلاقی به عنوان دلیل لبی و قرینه متصل به تقیید اطلاعات یا تخصیص عمومات می‌پردازد و از این طریق، به محدودکردن حیطه احکام شرعی اقدام می‌نماید (برهانی، ۱۳۸۸: ۶۱)

پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران از مصادیق تقلب و دروغ محسوب می‌شود. در همین راستا می‌توان گفت موضوع پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران، به اعتبار اینکه صفات نفسانی رذیله و اخلاق سوء خاستگاه تحقق این عمل گردیده و در تعارض با اصل آزادی قراردادها -ی مشروع- قرار گرفته و منهی عنه واقع می‌گردد، عملی مخالف اخلاق حسنه و از مصادیق اخلاق رذیله است، زیرا نظام دانشگاه جهت ارتقای سطح علمی دانشجو و گسترش دامنه علمی کشور این مسئولیت را بر عهده دانشجو قرار داده است و انجام آن را از غیر دانشجو نمی‌پذیرد، لذا بعضی از فقهای معاصر امامیه پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران را مصداق کمک بر گناه (اعانه علی الاثم)<sup>۱</sup> و موجب تزییع حقوق دیگران می‌دانند. بنابراین آن را کاری حرام دانسته و درآمد آن را نیز محل اشکال می‌دانند.<sup>۲</sup>

برخی واگذاری این مهم به دیگران را دروغ عملی، خلاف قوانین اجتماعی و اخلاقی و نوعی تقلب دانسته و از این جهت آن را حرام می‌دانند و مستحق اجرت هم نمی‌دانند.<sup>۳</sup> به علاوه ادله شرعی «لاتأكلوا اموالکم بینکم بالباطل» (نساء: ۲۹) و مفاد و مقتضیات لاضرر -مبتنی بر نفی اصل ضرر در اسلام- و همینطور اصل

۱. استفتاء از حضرت آیت الله دوزدوزانی.

۲. استفتاء از حضرت آیت الله مدرسی.

۳. استفتاء از حضرت آیت الله العظمی صافی گلپایگانی.





امانت‌داری که مستفاد از قاعده «علی الید ما اخذت حتی تؤدی» است، در حکم چنین امری قابل توجه و تأمل است.

## ۲.۲. تبیین حقوقی قرارداد پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران از منظر اخلاق حسنه

دانش اخلاق، قواعد کلی بایدها و نبایدهای زندگی فردی و جمعی را مطالعه می‌کند. در این رشته، به کمک تجربیات تاریخی و عنایت به مناسبات زندگی اجتماعی، تلاش می‌شود قواعدی را که برای بقای زندگی فردی و جمعی انسان‌ها و بهبود کیفیت آن لازم است، استنباط شود و آن دسته از قواعد رفتاری که مانع چنین هدفی هستند، شناسایی و منع شوند. قواعد تمامی علوم انسانی بر محوریت بایدها و نبایدهای اخلاقی هستند. (سلطانی، ۱۳۹۱: ۲۰/۱ و ۲۱)

قوانین اخلاق معیار تمیز خوبی و بدی می‌باشد و بدون آنکه مستلزم مداخله دولت باشد، فرد در درون خود آن‌ها را قالب احترام و الزامی تلقی می‌کند. با اینکه زندگی مادی بشر و افکار پیرامون اصالت فرد باعث جدایی قواعد حقوق و اخلاق شده است، هنوز هم اخلاق را باید مهم‌ترین منبع حقوق به شمار آورد. در حقوق کنونی، ریشه بسیاری از مقررات اخلاق است گاه نیز دولت به طور صریح احترام به اخلاق را لازم می‌داند و تعدی به آن را از علل ابطال قرارداد و حتی مانع اعمال بخشی از مقررات می‌داند. (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۵۹ و ۶۰)

اخلاق حسنه قوانینی می‌باشد که در وقت و جایگاه مشخص، به وسیله بسیاری از مردم یک جامعه، رعایت آن ضروری و لازم دانسته می‌شود یا مبادرت به آن‌ها پسندیده می‌باشد و دارای ضمانت اجرا نمی‌باشد.<sup>۱</sup>

مقررات اخلاقی هم بدون ضمانت اجرا نیست. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۲۰ و ۲۱) دولت‌ها سعی دارند سطح اخلاق را در جامعه به بالاترین حد ممکن برسانند و نیز از رفتارهایی که سطح اخلاق را در جامعه تنزل می‌دهند، جلوگیری نمایند. دولت‌ها برای این مقصود گاهی از ابزارهای غیرکیفری استفاده می‌کنند و

۱. بین اخلاق به این معنی و مفاهیم علم اخلاق، رابطه عموم و خصوص من وجه وجود دارد.



گاهی هم جهت حفاظت از اخلاق جامعه از حقوق کیفری بهره می‌گیرند که به آن اخلاق‌گرایی حقوقی می‌گویند. در واقع منظور از اخلاق‌گرایی حقوقی این است که حقوق بایستی در خدمت اخلاق باشد و قانونگذار، اعمال مخالف اخلاق را به عنوان جرم و قابل مجازات اعلام نماید. (نجفی توانا و مصطفی‌زاده، ۱۳۹۲: ۱۵۴)

در قوانین اکثر کشورها از جمله ایران، برای اصول اخلاقی احترام خاصی قائل‌اند و از آن حمایت می‌کنند تا آنجا که گاه برای کارهای خلاف اخلاق ضمانت اجرای حقوقی و کیفری پیش‌بینی کرده‌اند.

در حقوق ایران در مواردی همچون ماده ۹۷۵ قانون مدنی، ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی ۱۳۵۴ و ماده ۶ ق.ا.د.م از روابط حقوقی خلاف اخلاق حسنه جلوگیری می‌شود. همچنین به موجب مواد ۶۳۷ تا ۶۴۰ ق.م.ا. (مصوب ۱۳۷۵) اعمال ضد اخلاق عمومی جرم شناخته می‌شود و برای آن‌ها مجازات تعیین شده است (کلیر و جعفرزاده، ۱۳۹۵: ۱۷)، زیرا اعمالی که متعارض با اخلاق حسنه می‌باشد نظم عمومی را نیز مختل می‌کند و هرگز حقوق نمی‌تواند به کارهای غیراخلاقی بی‌توجه باشد. به تعبیر علم منطق، ارتباط این دو مفهوم عموم و خصوص مطلق است، به این معنا که هر چیزی که متعارض با اخلاق حسنه باشد با نظم عمومی نیز منافات دارد، اما ممکن است، مقوله‌ای که مخالف با نظم عمومی باشد، از جهت اخلاقی مذموم نباشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱/۱۸۱)

صرف غیراخلاقی بودن، نمی‌تواند جرم‌انگاری یک رفتار و مداخله حقوق کیفری را توجیه کند، بلکه زمانی که آن رفتار غیر اخلاقی، نظم عمومی و اخلاقی جامعه را مختل و احساسات متعارف اجتماع را جریحه‌دار کند یا موجب آسیب و ناخوشایندی شدید به دیگران گردد و از طریق غیر جزایی و ابزارهای غیرکیفری کنترل اجتماعی نتوان جلوی آن را گرفت، می‌توان به عنوان جرم و قابل مجازات اعلام کند.

در این مفهوم، مداخله قانونگذار براساس و مطابق با «اصل ضرر» خواهد بود. (مصطفی‌زاده و کشتگر، ۱۴۰۱: ۸۹) طبق ماده ۱۸۳ قانون مدنی، عمل پایان-نامه‌نویسی برای دیگران تحت عنوان یک عقد محقق می‌شود. حال این عقد یا عقد



اجاره یا جعاله یا صلح و یا بیع می‌باشد. عقد پایان‌نامه‌نویسی هرچند سه شرط ابتدایی ماده ۱۹۰ قانون مدنی را داراست، اما فاقد مشروعیت جهت معامله است، زیرا این عمل از مصادیق اخلاق غیر حسنه مانند دروغ، تقلب، خیانت در امانت و... است.

ماده ۲۱۷ قانون مدنی که مشروعیت جهت معامله را مقید به تصریح آن می‌نماید، هدف آن، بیان لزوم آگاه ساختن طرف عقد و اعلام بی‌اثر بودن دایعه‌های پنهانی است نه محصور کردن وسیله اعلام آن، لذا باید دانست که شیوه و وسیله بیان جهت، اهمیتی در تأثیر آن ندارد، لذا عقد پایان‌نامه‌نویسی باطل می‌باشد.

طبق اصول ضرر، اخلاق‌گرایی و پدرسالاری حقوقی، عمل پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران خلاف قوانین مقرر در دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزشی می‌باشد و به خلاف قانون آمره، اخلاق حسنه و نظم عمومی می‌باشد، لذا از جمله استثنائات اصل آزادی قراردادی می‌باشد و افراد آزادانه و به هر طریق که تمایل داشته باشند نمی‌توانند عمل کنند.

همچنین طبق ماده ۹۷۵ قانون مدنی که در سال ۱۳۱۳ به تصویب رسیده، در این ماده آمده است که: دادگاه نمی‌تواند مقررات خارجی یا معاهدات خصوصی را که متعارض با اخلاق حسنه بوده و یا به علت خدشه دار نمودن عواطف جامعه یا به دلیل دیگر متعارض با نظم عمومی می‌باشد به موقع اجراء گذارد هر چند اعمال مقررات مذکور قاعدتاً جایز باشد. لذا پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران در طی هر نوع عقدی که محقق شده باشد از آنجا که مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه می‌باشد به موقع اجراء گذاشته نمی‌شود. علاوه بر اینکه در قانون ایران طبق ماده طبق ماده واحد قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی مصوب ۱۳۹۶ این عمل نیز از جهت تقلب جرم انگاری شده است.

### نتیجه:

زمانی که «رفتار غیر اخلاقی»، نظم عمومی و اخلاقی جامعه را مختل و احساسات متعارف اجتماع را جریحه‌دار کند، یا موجب آسیب و ناخوشایندی شدید به دیگران



گردد و از طریق غیر جزایی و ابزارهای غیرکیفری کنترل اجتماعی نتوان جلوی آن را گرفت، می‌تواند به عنوان جرم و قابل مجازات اعلام شود. از آنجا که قرار دارد پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران قطعاً اخلال در نظام دانشگاه را به دنبال خواهد داشت و در پی آن، اخلال به سایر نظام‌های همچون نظام اقتصادی، امنیتی و... نیز سرایت خواهد کرد، در فقه امامیه طبق قاعده وجوب حفظ نظام و حرمت اخلال در آن، پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران مشروع نخواهد بود و عقل سلیم آن را اجازه نمی‌دهد. بنابراین قرارداد پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران حرام می‌باشد و وقتی هم حرام شد چون مسئله از مصادیق معاملات است، مصداق اکل مال به باطل خواهد بود و تصرف در مال کسب شده نیز حرام خواهد بود. همچنین پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران از مصادیق تقلب و دروغ محسوب می‌شود، زیرا نظام دانشگاه جهت ارتقای سطح علمی دانشجو و گسترش دامنه علمی کشور این مسئولیت را بر عهده دانشجو قرار داده است.

پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران مصداق اعانه بر گناه و موجب تضييع حقوق دیگران می‌باشد. بنابراین واگذاری این مهم به دیگران مخالف اخلاق حسنه خواهد بود. بنابراین با عنایت به نظم عمومی و اخلاق حسنه قرارداد پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران به لحاظ تکلیفی و وضعی کاری است حرام، و درآمد آن نیز محل اشکال است.

از منظر حقوقی عمل پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران تحت عنوان عقد اجاره یا جعاله یا صلح و یا بیع محقق می‌شود. عقد پایان‌نامه‌نویسی هر چند سه شرط ابتدایی ماده ۱۹۰ ق.م. را داراست، اما فاقد مشروعیت جهت معامله است، زیرا این عمل از مصادیق اخلاق غیر حسنه مانند دروغ، تقلب، خیانت در امانت و غیره می‌باشد؛ ماده ۲۱۷ ق.م. که مشروعیت جهت معامله را مقید به تصریح آن می‌نماید هدف آن، بیان لزوم آگاه ساختن طرف عقد و اعلام بی اثر بودن دعوای پنهانی است نه محصور کردن وسیله اعلام آن؛ لذا باید دانست که شیوه و وسیله بیان جهت اهمیتی در تاثیر آن ندارد، لذا عقد پایان‌نامه‌نویسی باطل می‌باشد.

طبق اصول ضرر، اخلاق‌گرایی و پدرسالاری حقوقی عمل پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران خلاف قوانین مقرر در آموزش عالی می‌باشد و به خلاف قانون آمره، اخلاق



حسنة و نظم عمومی می‌باشد. طبق تعریف اخلاق حسنة،<sup>۱</sup> پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران خلاف اخلاق حسنة خواهد بود. بنابراین طبق ماده ۹۷۵ قانون مدنی سال ۱۳۱۳ پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران طی هر نوع عقدی که محقق شده باشد از آنجا که مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنة می‌باشد به موقع اجرا گذاشته نمی‌شود. علاوه بر اینکه در قانون ایران طبق ماده واحده قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی (مصوب ۱۳۹۶) نیز این عمل جرم‌انگاری شده است.

## منابع و مأخذ:

- قرآن کریم  
 نهج البلاغه
- ابن منظور، محمدبن مكرم (۱۴۱۴)، لسان العرب، ج ۳، بیروت: دار صادر.
- آشتیانی، محمدحسن (۱۳۶۳)، کتاب القضاء، قم: دار الحجرة.
- الماسی، نجادعلی (۱۳۹۷)، تعارض قوانین، ج ۳۳، تهران: مرکز نشر دانشگاه.
- امامی، سید حسن (۱۴۰۱)، حقوق مدنی، ج ۴۱، تهران: اسلامیه.
- امین کلیبر، نصرالله و یوسف جعفرزاده (۱۳۹۵)، جایگاه اخلاق در حقوق مدنی ایران، تهران: انتشارات بین‌المللی گیوا.
- آهنگران، محمدرسول (۱۳۹۶)، بازپژوه نظم عمومی در فقه امامیه و حقوق ایران، تهران: موسسه انتشارات.
- باباخانی، مجتبی و عبدالحمید بیات (۱۳۹۹)، «طراحی نظام الگوی فرهنگی مطلوب از منظر امام خمینی علیه السلام»، دو فصلنامه علمی، پژوهشی پاسداری فرهنگی انقلاب اسلامی، س ۱۰، ش ۲۲.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۳۶۳)، الحدائق الناظرة فی احکام العترة الطاهرة، قم: انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- برهانی، محسن (۱۳۸۸)، «جایگاه آموزه‌های اخلاقی و استنباط فقه»، نشریه فقه پزشکی، ش ۱.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۶)، اخلاق و حقوق کیفری، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

۱. به اموری اطلاق می‌شود که افراد رعایت آن را لازم دانسته و رفتار خلاف آن را تقبیح می‌نمایند.



- پورشافی، هادی (۱۳۹۳)، پژوهش و نگارش علمی با رویکرد پایان‌نامه‌نویسی، تهران: انتشارات آوای نور.
- جعفریان، رسول (۱۳۸۰)، رسائل حجاییه (احسن الحکایات فی حجاب السفرات)، قم: [بی‌نا].
- جعفری تبریزی، محمدتقی (۱۳۷۷)، رسائل فقه (جعفری)، تهران: موسسه نشر کرامت.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، ترمینولوژی حقوق، چ ۲۲، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- چلبی، فائقه، قاسم‌آبادی، مرتضی و کمال آقاپور (۱۳۹۶)، «تحلیلی بر جایگاه نظم عمومی در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه قضاوت، ش ۹۱.
- حاج‌علی اکبر، مهدیه، یاقوتی، ابراهیم و زهرا فهرستی (۱۴۰۱)، «امکان‌سنجی تسری کارکرد اخلاق حسنه در عناوین حقوقی فقه امامیه»، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، ش ۵۱.
- حدادی، مهدی (۱۳۸۹)، «مقایسه مفهوم و کارکرد نظم عمومی در نظام حقوق بین‌الملل با نظام‌های حقوقی، ملی»، نشریه حقوق خصوصی، س ۷، ش ۱۶.
- خاکی، غلامرضا (۱۳۷۸)، روش تحقیق با رویکردی به پایان‌نامه‌نویسی، تهران: وزارت فرهنگ و آموزش عالی، مرکز تحقیقات علمی کشور: کانون فرهنگی انتشاراتی درایت.
- خلخالی، فرید (۱۳۸۳)، «نظم عمومی و آزادی تجمع و تشکل»، نشریه حقوق اساسی، س ۲، ش ۳.
- خمینی، سید روح‌الله (۱۳۶۳)، صحیفه نور، تهران: مؤسسه حفظ و نشر آثار امام خمینی علیه‌السلام.
- دشتی، محمد (۱۳۷۹)، «اخلاق و نظم اجتماعی، سیاسی از دیدگاه نهج‌البلاغه»، مجله مبلغان، س ۱، ش ۱۱.
- سلطانی، مهدی (۱۳۹۱)، حقوق جزای عمومی، تهران: دادگستر.
- سلیمانی‌پور، فائزه (۱۴۰۲)، اعتبارسنجی فقهی، حقوقی کسب درآمد از طریق پایان‌نامه‌نویسی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته الهیات گرایش فقه و مباحث حقوق اسلامی، دانشگاه شهید باهنر کرمان.
- شریفی، احمدحسین (۱۳۸۴)، آیین زندگی اخلاق کاربردی، تهران: دفتر نشر معارف.
- شریفی، محسن و عبدالرضا اوحدی (۱۳۹۹)، الزامات هدفمندسازی پایان‌نامه‌ها و رساله‌های تحصیلات تکمیلی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزشی و پژوهشی، وزارت علوم، تحقیقات و فناوری



- شهبازی‌نیا، مرتضی، عیسایی تفرشی، محمد و حسین علمی (۱۳۹۲)، «مفهوم نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی و جایگاه آن در داوری تجاری بین‌المللی»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، س ۴۳، ش ۱.
- شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۳۰)، موسوعه الشهيد الاول، قم: مکتب الاعلام الاسلامی فی الحوزه العلمیه.
- صادقی، محسن (۱۳۸۴)، «مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضائی و شبه قضائی و جلوه‌های نوین آن»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۸.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۹۵)، قواعد عمومی قراردادها، چ ۲۵، تهران: نشر میزان.
- عدالت‌جو، تهمینه و زینب عصمتی (۱۳۹۷)، «جایگاه نظم عمومی در معاهدات بین‌المللی حقوق بشری و نظام حقوقی اسلام و ایران»، فصلنامه تخصصی دانشنامه‌های حقوقی، ش ۱.
- عمید، حسن (۱۳۸۹)، فرهنگ فارسی عمید، تهران: انتشارات پارمیس.
- فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۳۹۶)، مکاسب المحرمه (لنکرانی)، قم: مرکز فقه ائمه اطهار (ع).
- فدایی عراقی، غلامرضا (۱۳۷۴)، تحلیلی بر روش‌های تهیه پایان‌نامه‌های دوره کارشناسی ارشد و دکتری، فصلنامه پژوهش و برنامه‌ریزی در آموزش عالی، ش ۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، چ ۶، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۴)، مبانی حقوق عمومی، چ ۵، تهران: نشر میزان.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۵)، دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی قرارداد- ایقاع، چ ۱۶، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۵)، مقدمه علم حقوق، چ ۱۰۴، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کلاهی، علی اصغر؛ فرسار، احمدرضا؛ مولوی نجومی، مرضیه؛ کلاهی، سوسن؛ ملک افصلی، حسین (۱۳۸۲)، مقایسه کیفیت پایان‌نامه‌های دکتری ...، مجله پژوهشی حکیم، ۲/۶، ۱۱-۱۷.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۷۵)، اصول کافی، ترجمه محمد باقر کمره‌ای، چ ۳، قم: اسوه.
- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی (۱۴۰۳ق)، بحارالانوار، چ ۲، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- مرعشی‌پور، لنا سادات (۱۳۹۲)، تاثیر نظم عمومی بر صدور آرای داوری داخلی (پایان‌نامه کارشناسی ارشد)، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، دانشکده حقوق.

- مصطفی‌زاده، فهیم و امیر کشتگر (۱۴۰۱)، «فلسفه و مبانی جرم‌انگاری در نظام-  
های حقوقی عرفی»، مجله اندیشه‌های حقوق عمومی، س ۱۱، ش ۲.
- معین، محمد (۱۳۸۴)، فرهنگ فارسی (جیبی)، چ ۸، تهران: نشر سرایش.
- مکارم‌شیرازی، ناصر (۱۳۸۳)، تعزیر و گستره آن، قم: مدرسه الامام علی ابن  
ابی طالب علیه السلام.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۵)، دائرة المعارف فقه مقارن، قم: مدرسه الامام علی  
ابن ابی طالب علیه السلام.
- ملک افضلی اردکانی، محسن، حائری، محمدحسن، فخلعی، محمدتقی و محمد  
جواد ارسطاطا (۱۳۹۱)، «مفهوم نظام و کاربرد آن در فقه و اصول»، مجله مطالعات  
اسلامی: فقه و اصول، س ۴۴، ش ۸۸/۱.
- ملک افضلی اردکانی، محسن (۱۳۹۹)، قاعده حفظ نظام، چ ۳، تهران: انتشارات  
پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۳۸۵)، همپای انقلاب، قم: دانشگاه مفید.
- نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳ق)، منیة الطالب، قم: انتشارات بینا.
- نیکبخت، سارا (۱۳۹۸)، نظم عمومی و جایگاه آن در قانون مدنی، تهران: عصر  
قلم.
- هاشمی شاهرودی، محمود (۱۳۸۲)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام،  
قم: موسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.





## پیوست شماره ۱

متن سوال:

حکم تکلیفی و وضعی تکسب از پایان‌نامه‌نویسی برای دیگران چه می‌باشد؟ اشاره اجمالی به ادله حکم تکلیفی و وضعی مزید امتنان است

پاسخ:

با سلام و تحیت؛ فرض سؤال هم تکلیفاً و هم وضعاً حرام است اگرچه در حدّ راهنمایی و مشاوره اشکالی ندارد.

## پیوست شماره ۲

پاسخ سوال شرعی

۰۷ اسفند ۱۴۰۰

نام: فائزه سلیمانی پور

موضوع: مسائل متفرقه

شماره استفتاء: kyp2295

بسم الله الرحمن الرحيم

سلام علیکم ورحمة الله وبرکاته

ج۱) بطور کلی کیفیت تألیف پایان‌نامه تابع قوانین و مقررات مربوطه است؛ اگر طبق مقررات، پایان‌نامه باید توسط خود دانشجو تألیف شود، واگذاری آن به دیگری جایز نیست، همچنان‌که تألیف آن برای دیگری و کسب درآمد از آن، جایز نیست.

ج۲) این پایگاه فقط پاسخگوی سؤالات عام فقهی است و بحث از ادله شرعی احکام (که مستند به قرآن و روایات معتبر است) در جای خودش (کتب و مباحث تفصیلی و استدلالی فقهی) بیان شده و می‌شود.

موفق و مؤید باشید



### پیوست شماره ۳

حکم تکلیفی و وضعی تکسب از پایان نامه نویسی برای دیگران چه می باشد ؟  
 اشاره اجمالی به ادله حکم تکلیفی و وضعی مزید امتنان است.

جواب:  
 با سلام؛  
 همکاری م کمک به دیگری در تحقیق و جمع آوری مطالب پایان نامه اشکال ندارد ولی اینکه دانشجو نوشته دیگری را به اسم خود ارائه کند هم دروغ عملی است و هم خلاف قوانین اجتماعی و اخلاقی است و دانشجو نی که تخصص لازم را ندارد و به وسیله پایانه کذائی استخدام می شود و جای متخصص را می گیرد حقوقش هم حرام است و کار پایان نامه نویسی اعانت بر اثم و حرام است.

Office: Grand Ayatollah-al-Ozma Duzduzani Add: Iran, Qom, St Moallem, Ln ۱۱, Block ۳۷  
 Postal Code: ۳۷۱۵۷۸۵۹۵۹ Tel: ۰۰۹۸-۲۵-۳۷۷۳۳۹۷۳ Tel: ۰۰۹۸-۲۵-۳۷۸۳۴۰۷۰ Fax: ۰۰۹۸-

### پیوست شماره ۴

تاریخ چاپ: ۱۴۰۰/۰۳/۲۳  
 شماره الزامات: ۱۳۸۰۸۳  
 شماره دفتر: ۴۰۰۱۹۳۴  
 ۱۵:۰۵

پایگاه اطلاع رسانی دفتر مرحوم آیه الله العظمی صافی (قدس سره)  
 ۰۱۱۸۱۱  
 موقع مکتب المرجع العظمی المرحوم آیه الله العظمی الشیخ لطف الله العالی الکبیر کمال (قدس سره)

مشغعات فردی

نام: فائزه  
 نام خانوادگی: سلیمانی یور  
 سن: ۲۳  
 ایمیل: faezeh77soleimani@gmail.com  
 آدرس: کرمان ۹۱۰۵۲۹۹۱۶۵

س. حکم تکلیفی و وضعی تکسب از پایان نامه نویسی برای دیگران چه می باشد؟  
 اشاره اجمالی به ادله حکم تکلیفی و وضعی مزید امتنان است.

ج. علیک السلام و رحمة الله  
 این کار نوعی قلب بود و حرامی باشد و مستحق اجرت هر نیست و الله العالی. موفق باشید. ۱۱ شعبان المظفر ۱۴۴۳

مجلس استفتائات  
 شورای عالی اجتهاد و فقه اسلامی



## پیوست شماره ۵

کاربر گرامی جناب آقا / خانم faezeh ۱۳۷۷

سلام علیکم ضمن تقدیر از و تشکر از شما جهت ثبت استفتاء در پایگاه اطلاع رسانی مرجع عالیقدر حضرت آیت الله العظمی علوی گرگانی مد ظلّه العالی بااطلاع می‌رساند پاسخ استفتاء شما به شماره ۲۳۹۴۱ به قرار زیر است: همچنین در پنل کاربری خود در سایت نیز میتوانید پاسخ استفتاء خود را مشاهده کنید.  
نسخه دیجیتالی

تکلیفی و وضعی تکسب از پایان نامه نویسی برای دیگران چه می‌باشد؟ اشاره اجمالی به ادله حکم تکلیفی و وضعی مزید امتنان است

باسمه تعالی

پاسخ استفتاء شما: نه در معاملات به حسب ذاتی و اولیه دلالت بر حرمت فعل و به حسب دلالت التزامی دال بر بطلان آن فعل است لذا تکسب از پایان نامه چون بر خلاف موازین قانونی و بر خلاف نظر اساتید و امتحان گیرندگان است لذا حرام است و وقتی هم حرام شد چون مسئله از مصادیق معاملات است لذا مصداق اکل مال به باطل است پستصرف در مال کسب شده هم حرام است

## پیوست شماره ۶

۱۸۰۹۲- بسم الله الرحمن الرحيم

سلام علیکم ورحمة الله وبرکاته

اگر پایان نامه نویسی برای دیگران مصداق (کمک بر گناه = اعانه علی الاثم) و موجب تضییع حقوق دیگران است کاری است حرام، و درآمد آن نیز محل اشکال است، چون خداوند فرموده: (وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَی الْاِثْمِ وَالْعُدْوَانِ) (در گناه و تجاوز همکاری نکنید)

موفق و مؤید باشید

دفتر مرجع عالیقدر حضرت آیت الله العظمی مدرسی

فی الجمعة، ۲۵ فرابیر ۲۰۲۲ فی ۱۰:۱۱ م تمت کتابة ما یلی بواسطة فائزه سلیمانی

پور



## پیوست شماره ۷

سلیمانی پور
<b>متن سوال شماره: ۴۸۳۰۷</b>
حکم تکلیفی و وضعی تکسب از پایان نامه نویسی برای دیگران چه می باشد؟ اشاره اجمالی به ادله حکم تکلیفی و وضعی مزید امتنان است.
<b>پاسخ سوال شماره: ۴۸۳۰۷</b>
بسمه تعالی اگر خلاف قانون یا خلاف مقررات مربوطه باشد، جایز نیست و سایر خصوصیتی که نوشته‌اید مربوط به پاسخ استفتاء نیست. حسین المظاهری



## پیوست شماره ۸

با سلام :

سوال استفتاء:

حکم تکلیفی و وضعی تکسب از پایان نامه نویسی برای دیگران چه می باشد ؟  
اشاره اجمالی به ادله حکم تکلیفی و وضعی مزید امتنان است.

یکشنبه ۱۳ مارس • ۱۱:۱۲

سلام علیکم،

کسب در آمد از این طریق جایز نیست (راهنمایی دانشجویان خوب است ولی بجای آنها نوشتن جایز نیست).

به علت محدودیت پاسخ گویی از این طریق، برای دست یابی به دلیل احکام می توانید سؤال خود را بوسیله نامه یا از طریق بخش ارسال سوالات سایت ما ([www.makarem.ir](http://www.makarem.ir)) مطرح کنید.





دفتر حضرت آیت الله العظمی نوری

همدانی - سوالات شرعی

سوال شما با کد 47411 در سایت ثبت شده است

سوال شما از دفتر معظم له :

حکم تکلیفی و وضعی تکسب از پایان نامه نویسی برای دیگران چه می باشد ؟  
اشاره اجمالی به ادله حکم تکلیفی و وضعی مزید امتنان است .

جواب معظم له :

بسمه تعالی

سلام علیکم؛

چنانچه تخلف از قوانین باشد، جازز نیست.

[www.noorihamedani.ir](http://www.noorihamedani.ir) [info@noorihamedani.com](mailto:info@noorihamedani.com)



## امکان سنجی انطباق جرم «بغی» بر جنگ نرم در فقه اسلامی\*

آرش غریبی (نویسنده مسئول)\*\*

روح الله اکرمی\*\*\*

### چکیده

در بیان فقهای اسلامی، اقدامات مسلحانه گروهی در برابر حکومت اسلامی «بغی» نامیده شده است. هر چند عنوان «بغی» در قانون مجازات اسلامی تازگی دارد، بحث آن در فقه کاملاً شناخته شده است. احکام مربوط به بغی از دیرباز در کتاب‌های فقهی و در ضمن مباحث جهاد مطرح بوده است، لیکن گونه دیگری از تهدیدات علیه حکومت اسلامی وجود دارد که اصطلاحاً جنگ نرم گفته شده است. حال سؤال این است که اشخاص مرتکب تهدیدات نرم در برابر اساس نظام اسلامی، مشمول عنوان بغی خواهند بود؟ با روش تحلیلی، توصیفی در قالب مطالعه و تتبع در آیات و روایات و دیدگاه فقهای معاصر و متأخر و آنچه از منابع معتبر و فتاوی فقهای اسلامی به دست می‌آید، به نظر می‌رسد که انطباق دو عنوان مذکور بر یکدیگر، با لحاظ شرایط فقهی مندرج در مباحث مربوط به بغی می‌توان حالت‌هایی را متصور بود که در برخی از صور جنگ نرم، افراد مرتکب را مشمول جرم بغی دانست و احکام بغات را بر آنان اعمال نمود.

**کلید واژه‌ها:** اقدامات مسلحانه، فقها، تهدیدات، بغی، جنگ نرم.

---

\* تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۱۰/۲۰ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۲/۰۲/۱۶ - نوع مقاله: علمی - ترویجی.  
\*\* دانشجوی دکتری گروه جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران (arashghariby@gmail.com).  
\*\*\* دانشیار، گروه جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران (r.akrami@qom.ac.ir).



## مقدمه

جرم «بغی» از جمله جرایمی است که در مقابله با کسانی که حکومت اسلامی را مورد تعرض قرار می‌دهند، اعمال می‌گردد. حسب نظر صاحب‌نظران، «بغی» در قالب یک اقدام سازماندهی گروهی و به صورت مسلحانه واقع می‌شود. امروزه برای اقدام علیه حکومت‌ها علاوه بر اقدامات مسلحانه روش‌های جدید به کار گرفته می‌شود که هر چند اقدامات محسوس مادی کمتر در آن‌ها دیده می‌شود، ولی مستقیم یا غیر مستقیم منجر به ساقط شدن حکومت‌ها می‌گردند که اصطلاحاً به جنگ نرم مشهورند. در این نوع از جنگ به جای ابزارهای جنگی متعارف (سخت) از ابزارهای فرهنگی (نرم) تأثیرگذار بر فکر، اندیشه، عواطف و احساسات انسانی استفاده می‌شود.

محرومیت شیعه از تشکیل حکومت موجب شده است که به بخش‌های اجتماعی و حکومتی فقه توجه جدی نشود و از توسعه لازم بر خوردار نگردد، اما اینک با تشکیل حکومت شیعی در ایران، بازکای بخش‌های سیاسی، اجتماعی فقه، ضرورتی مضاعفی یافته است. یکی از مسائل مهم در این حوزه، چگونگی حراست از حکومت اسلامی در مقابل تهدیدات سخت و نرم می‌باشد. تهدیداتی که در حقوق داخلی عنوان «بغی» به خود می‌گیرد و بررسی زوایای آن بر اساس شرایط زمان از سوی پژوهشگران امری ضروری است.

این پژوهش گامی است در تبیین هر چه بیشتر موضوع و واکاوی ابعاد مغفول مانده موضوع بغی، نشان دادن کارآمدی فقه در اداره حکومت و تضمین حقوق مردم به ویژه مخالفان، و در عین حال حفظ و حراست قاطعانه از حکومت مشروع دینی. درباره بغی و جنگ نرم، نوشته‌های متعددی به صورت جداگانه در قالب کتاب و مقاله به نگارش درآمده است که به نمونه‌هایی اشاره می‌شود.

مقاله «بررسی جرم بغی در فقه امامیه و حقوق ایران» (نوشته اسماعیل رحیمی نژاد و محدثه صفرخانی، که در مجله حقوق اسلامی (۱۳۹۳) منتشر شده است.



مقاله «بررسی جرم بغی در فقه مذاهب اسلامی و تطبیق آن با قوانین مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)»، نوشته مجید وزیری و جبار محمدی بلبان‌آباد، که در مجله فقه مقارن منتشر شده است.

مقاله روح‌الله احمدزاده کرمانی با عنوان «درآمدی بر ماهیت شناسی جنگ نرم پس از انقلاب اسلامی»، که در شماره ۴۳ فصلنامه مطالعات بسیج (۱۳۸۸) منتشر شده است.

مقاله «بررسی جنگ نرم در آیات قرآن»، نوشته عبداللهی وجدی، منتشر شده در شماره ۱۵ فصلنامه علمی، پژوهشی مطالعات تفسیری (۱۳۹۲).

نکته‌ای که در این باره وجود دارد این است که در هیچ کدام از مقالات و نوشته‌های موجود به تطبیق این دو عنوان پرداخته نشده است، لذا در این مقاله این دو عنوان را از این منظر مورد بررسی قرار داده‌ایم.

امروزه دولت‌ها به علت هزینه زیاد جنگ‌های مسلحانه، به روش‌های پیچیده‌ای از جمله جنگ نرم به عنوان وسیله‌ای برای رسیدن به اهداف خود استفاده می‌کنند. به نظر می‌رسد صورت‌هایی از جنگ نرم می‌تواند مشمول جرم بغی باشد. برای واکاوی این موضوع، سؤالاتی به ذهن متبادر می‌شود از جمله اینکه، با توجه به نگاه شارع مقدس، آیا می‌توان صوری از جنگ نرم را از مصادیق جرم بغی تلقی کرد؟ و اینکه آیا باغی بودن مرتکبین جنگ نرم از میان آیات و روایات و سنت نبوی و اهل بیت علیهم‌السلام و اقوال فقها قابل استناد است؟

بدین منظور ابتدا به بررسی تعاریف مرتبط با موضوع مقاله پرداخته شده و سپس در بخش دوم، ادله جرم بغی مورد کنکاش قرار داده شده و در نهایت شرایط فقهی ناظر بر بغی و امکان‌سنجی انطباق آن‌ها بر جنگ نرم مورد مذاقه قرار می‌گیرد.



## ۱. مفهوم جنگ نرم

در خصوص موضوع مورد بحث علاوه بر تبیین تعریف جنگ نرم، نیاز به شناختی دقیق از شیوه مداخله اشخاص در وقوع جرم مبتنی بر آورده‌های فقهی و حقوقی است.

### ۱.۱. تعریف جنگ نرم

با کاوشی در میان منابع موجود آنچه به وضوح دیده می‌شود، کثرت تعاریف مفهوم جنگ نرم در میان صاحب‌نظران و محققان این حوزه است. (جلال‌پور و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۳۶ و ۱۳۳؛ انصاری، ۱۳۸۶؛ عبدالمهدی وجدی، ۱۳۹۲: ۱۱۹؛ ماه‌پیشانیان، ۱۳۸۶: ۷۴۵۷؛ احمدزاده کرمانی، ۱۳۸۸: ۴۴؛ عیوضی و دیگران، ۱۳۹۵: ۳۰)

به علت پیچیده بودن عملیات جنگ نرم به منظور یافتن مفهوم و تعریف دقیق، می‌بایست آن را از میان چندین رشته علمی جستجو کرد. مفهوم جنگ نرم که در برابر جنگ سخت به کار می‌رود، دارای تعریف واحدی نیست که مورد پذیرش همگان باشد و تلقی و برداشت افراد، جریان‌ها و دولت‌های گوناگون از جنگ نرم تا حدی متفاوت است. همچنین در برخی از تعریف‌ها مرز بین جنگ نرم، عملیات روانی، قدرت نرم و تهدید نرم مشخص نیست. (نائینی، ۱۳۸۹: ۵)

شاید بتوان جوهری‌ترین و کلیدی‌ترین عناصر مفهومی جنگ نرم را در قالب چهار مفهوم پلورالیزم، هژمونی، مدیریت ادراکات و مدیریت احساسات، طبقه‌بندی کرد. به نظر می‌رسد چنانچه راهبرد جنگ نرم بتواند از طریق مدیریت ادراکات و سیطره بر ذهن و عقل جامعه هدف و ایجاد نوعی اقتناع، زمینه‌های تبدیل یقین به شک در مجموعه سیستم باور (هنجارها، ارزشها، اخلاق، باورها و آداب و سنن) را به وجود آورد یا به واسطه مدیریت احساسات و سیطره بر روان و قلب جامعه هدف و ایجاد نوعی ارضا، زمینه‌های تبدیل حب به بغض را در مجموعه سیستم ساختاری (حکومت، نظام رفاه و تأمین اجتماعی و اقتصادی، نظام توزیع قدرت رسمی و غیر رسمی) خلق کند، به تدریج زمینه‌های

جایگزینی باورهای آلترناتیو و اعتقاد به الگوهای ساختاری بدیل در ذهن و روان مخاطبان جامعه هدف، تکوین و تقویت شده و در عمل، گفتمان رایج و غالب، ناکارآمد جلوه کرده و مجبور به انفعال در مواجهه با پادگفتمان جدید (گفتمان نظام سلطه) خواهد شد.

این امر، یعنی تحقق تکثرگرایی معرفتی، دینی، سیاسی و اقتصادی در جامعه هدف و نتیجه قهری تحقق حداکثری تکثرگرایی، تعیین یافتن هژمونی حداکثری نظام سلطه سرمایه‌داری در ابعاد سلطه نسبت انگاری اخلاقی، اباحه‌گرایی مذهبی، سکولاریزم سیاسی و مصرف زدگی اقتصادی است.

بدیهی است این فرایند پیچیده، محتاج شکل‌گیری جنگ رسانه‌ای، اطلاعاتی، علمی، سایبری و عملیات روانی است تا بتواند در مدت زمانی معین، زمینه‌های فروپاشی فرهنگی، هویتی و سیاسی، اقتصادی را فراهم آورد و پس از محقق کردن راهبرد تعدیل رفتار، به تدریج راهبرد تغییر رفتار و تغییر ساختار را نیز فراهم آورد. (احمدزاده کرمانی، ۱۳۸۸: ۵۰)

نکته‌ای که وجود دارد این است که عبارت پیش گفته نباید این تلقی را به وجود آورد که صرفاً اقدامات ذهنی می‌تواند ذیل مفهوم جنگ نرم قرار گیرد، بلکه اقداماتی از قبیل اعتراض خیابانی یا اعتصابات و سایر اقدامات غیر خشونت‌آمیز نیز می‌تواند مشمول عنوان جنگ نرم قرار گیرد. در جنگ نرم هر اقدامی که بتواند حکومت را در مسیر استحاله قرار دهد یا حتی تغییر رویکرد مطلوب در تصمیم سیاسی می‌تواند یک روش جنگ نرم باشد، لذا روش‌های جنگ نرم صرفاً ذهنی نبوده و دربرگیرند روش‌های مادی نیز می‌باشد.

نهایتاً اینکه جنگ نرم محصول یک فرایند آرام، تدریجی و بسیار پیچیده است که با لایحه‌های فکری متعدد روانشناسی، سیاسی، اجتماعی در هم تنیده شده است و در امتداد خط باریک حق و باطل و درستی و غلط بودن در حرکت است.

جنگ نرم، ظاهری غیر خشونت‌آمیز، در لباسی زیبا در میدان خود نمایی می‌کند و جهت افناع ذهنی و تصرف قلوب از شیوه و ابزارهای به روز استفاده می‌نماید و





هیچ گونه محدودیتی را در هیچ زمان و مکانی برای خود قائل نیست. جامعه هدف جنگ نرم بسیار فراگیر و دارای هیچ محدوده سنی نیست و هدف آن فروپاشی نظام هدف و یا تغییر اولویت ها و یا دگرگونی اهداف آن نظام است.

## 2. ۱. تفاوت تحریک به جرم با مباشرت

شیوه مداخله در جرم به سه صورت مباشرت، سبب و شرط است. (علامه حلی، ۱۴۲۷: ۲/۲۴۰) مباشر کسی است که مستقیماً علت جرم را ایجاد می کند، لذا مباشر را کسی دانسته اند که اتلاف به او نسبت داده می شود ولو به ایجاد علت به وی صادق باشد. (نجفی، ۱۳۶۳: ۴۲/۴۳)

در تعیین ضابطه برای تعیین مباشر در وقوع جرم، صاحب جواهر موردی را بیان می دارد که می توان شاخصه تعیین کننده ای برای افتراق سه حالت فوق باشد: «مباشر به کسی گفته می شود که نزدیکترین علت جنایت (وقوع جرم) را فراهم می آورد». (همان: ۱۳/۴۱)

بنابراین مباشرت قوی ترین نحوه مداخله در وقوع زیان یا ارتکاب جرم است. واژه «مباشر» در ادبیات حقوقی، مشترک لفظی است و به دو معنا به کار می رود؛ مباشر گاه در یک تقسیم بندی سه گانه، قسیم معاون و شریک است و گاه در یک تقسیم بندی دوگانه، قسیم سبب است. به همین دلیل اگر کسی به تنهایی چاهی حفر کند تا دیگری در آن سقوط کند، بر اساس تقسیم بندی سه گانه، مباشر و بر اساس تقسیم بندی دوگانه، سبب است. (قیاسی و ساریخانی، ۱۳۹۵: ۳/۲۲) اما در خصوص «شرط»، اینکه برای وقوع هر پدیده مجرمانه ای منوط به وجود شرایطی است که زمینه های ارتکاب آن را فراهم می سازد. در واقع شرط آنچنان امری است که از عدم آن عدم وجود معلول لازم می آید، لیکن از وجود آن وجود معلول لازم نمی آید. ظهور شرط در قالب مباحث حقوق در جامعه معاونت در جرم (گناه) مجسم می شود.

برای نمونه به برخی از این تعاریف اشاره می شود:

انجام برخی از مقدمات فعل دیگری به قصد حصول و تحقق آن فعل. (شیخ مرتضی انصاری، بی تا: ۱۶)

صدور فعل یا عملی از معاون که دخالتی در تحقق و حصول یا تکمیل گناه داشته باشد. (احمد نراقی، ۱۳۷۵: ۷۵)

سید عبدالفتاح مراغی می گوید:

بدیهی است که افعال مردم با یکدیگر ارتباط دارد، اما هر چیزی که در فعل دیگری دخالتی داشته باشد معاونت نیست، زیرا اگر چنین بگوییم، حتی خداوند نیز در جرایم ما معاون خواهد بود، زیرا همه آلات و اسباب از خداوند است». (مراغی، ۱۴۱۷: ۵۶۶)

نمونه‌های دیگر از تعریف معاونت عبارت‌اند از:

مفهوم عرفی معاونت، ایجاد مقدمه گناه است ولو آنکه خود گناه تحقق نیابد. (امام خمینی، ۱۴۱۰: ۲۵/۱۰)

کمک نمودن به گناهکار در گناهی که از او صادر می شود. (بجنوردی، ۱۳۸۹ق: ۳۰۸)

در بیان فقها علاوه بر عنصر مادی و روانی که شامل قصد و علم معاون در یاری رساندن به مباشر گناه است، از مفهومی تحت عنوان «صدقی عرفی» صحبت به میان آمده است. محقق اردبیلی می گوید:

معاون یا باید قصد داشته باشد یا به گونه‌ای عمل کند که عرفاً بگویند وی قصد داشته است. مثلاً اگر ظالمی از وی عصا بخواهد تا دیگری را بزند و او بدهد، عرفاً می‌گویند قصد داشته است، ولو اینکه وی راضی به این کار نباشد. (محقق اردبیلی، بی تا: ۲۹۷)

شیخ انصاری این سخن وی را پذیرفته (مرتضی انصاری، بی تا: ۱۰۸) و میرفتاح نیز می گوید:





برای تحقق معاونت، دو ضابطه هست؛ یا باید قصد ترتب (تحقق) معصیت را داشته باشد یا آنکه عملش چنان نزدیک به معاونت و مختص به آن باشد که معاونت شمرده شود، ولو قصد نداشته باشد. (مراعی، پیشین: ۵۶۵)

بنابراین از دیدگاه برخی از فقها رفتارهای که نوعاً معاونت در جرم باشد، می‌تواند مشمول مجازات است.

یکی از مصادیق معاونت تحریک به جرم (گناه) است. تحریک به جرم در بسیاری از موارد شرط وقوع جرم است. تحریک به عنوان عنصر اصلی در تکوین جرم نقشی ندارد، اگر چه ضرورتاً با انتفاء تحریک حدوث جرم نیز منتفی خواهد شد. «تحریک»، کلمه‌ای عربی از باب تفعیل و به معنای ایجاد حرکت در کسی یا چیزی است و اصطلاحاً هر گونه رفتار یا گفتاری را که موجب قصد و انگیزه ارتکاب جرم در دیگری شود، تحریک می‌توان نامید.

عمده‌ترین تمایز میان محرک و مباشر این است که مباشر در عملیات اجرایی (عنصر مادی) دخالت داشته، درحالی‌که محرک تنها در ایجاد انگیزه در مباشر یا شریک جرم یا در کمک به وقوع جرم ایفای نقش می‌نماید. گاهی مرز میان شریک و معاون روشن نیست؛ برای مثال، کسی که مقتول را نگه می‌دارد تا قاتل وی را به قتل برساند گاه شریک و گاهی معاون تلقی گردیده است. (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۴۹/۷) لذا تلقی اینکه همه موارد معاونت با سایر عوامل دخیل در وقوع جرم دارای قاعده مشخص در فقه باشد، متصور نیست، ضمن اینکه در حقوق عرفی مواردی از صور معاونت به عنوان مباشر تلقی شده و مجازات مستقل جرم را دارند.

## ۲. مفهوم‌شناسی جرم بغی و ارکان آن

در ذیل در دو قسمت، ابتدا به تعریف جرم بغی از منظر فقها امامیه و اهل سنت و در قسمت دوم به بررسی ادله فقهی جرم بغی پرداخته می‌شود.

### ۲.۱. تعریف بغی

«بغی» در لغت دارای معنای متعددی چون طلب شدید (ابن فارس ۱۴۱۵: ۱/ ۲۷۱)، تجاوز و کبر (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱/ ۲۳۲)، ظلم (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۱/

۱۸۱)، فاسد کردن (طریحی، ۱۳۷۵: ۱/ ۱۷۲) و گفته‌اند در اصل حسد ورزیدن است. (ازهری، بی تا: ۱/ ۳۶۷)

جوهری در صحاح (جوهری، ۱۴۲۰: ۲/ ۱۶۶۲) و ابن منظور در لسان العرب (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۴/ ۷۸) در ذیل معنای «تعدی و تجاوز» قاعده‌ای به دست داده‌اند که بسیاری از استعمالات بغی را شامل می‌شود. ابن منظور بیان می‌دارد: «اصل بغی تجاوز از حد و اندازه است و به طور کلی هر تجاوز و زیاده روی بر مقداری که حد و اندازه چیزی واقع شده باشد، بغی است». با این نگاه اکثر استعمالات بغی، تجاوز از حد می‌باشد.

در خصوص مفهوم اصلاحی بغی، اغلب فقهای شیعه بغی را در «کتاب الجهاد» مورد بحث و بررسی قرار داده‌اند. به طور کلی می‌توان تعاریف ارائه شده در خصوص مفهوم بغی را در سه گروه دسته‌بندی نمود؛ گروه اول مانند محقق حلی در تعریف بغی می‌گوید: «کل من خرج علی إمام عادل و نکث بیعتة و خالفة فی أحكامه فهو باغ». (علامه حلی، بی تا: ۱/ ۱۵۵)

در این گروه، علاوه بر خروج از بیعت امام، می‌بایست شکستن بیعت و مخالفت با احکام نیز داخل بر فعل مجرمانه بغی دانست. گروه دوم خروج از طاعت امام عادل را بغی می‌داند. شهید ثانی در تعریف بغی بیان می‌دارد: «و فی عرف الفقهاء الخروج عن طاعة الامام علی الوجه الآتی». (شهید ثانی، ۱۴۱۰: 91)

گروه سوم در تعریف بغی بیان داشته‌اند که خروج بر امام عادل جرم بغی نامیده می‌شود. شهید اول در لعمه (شهید اول، ۱۴۱۰: ۸۳)، قطب راوندی در فقه القرآن (قطب راوندی، ۱۴۰۵: ۱/ ۳۶۳)، مقدس اردبیلی در مجمع الفائده (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۷/ ۵۲۴)، آیت الله خویی در منهاج الصالحین (خویی، ۱۴۱۰: ۱/ ۳۸۹) و محمد جواد مغنیه در فقه الامام الصادق علیه السلام (مغنیه، ۱۴۲۱: ۲/ ۲۷۳) این قول را پذیرفته‌اند.

همین تعبیر در بیان فقهای اهل سنت نیز وجود دارد. در کتاب «تبيين الحقایق» (الزلیعلی، ۱۴۲۰: ۸/ ۴۷۰) از فقهای حنفی خروج بر امام حق را بغی





می‌داند. در فقه شافعی در تعریف بغی آورده شده است: «خروج عن الامام الاعظم القائم بخالفه النبوه فی حراسه الدین و سیاسه الدنیا». (الطبلاوی، بی تا: ۳۸ / ۳۸) یا در مذهب مالکی بیان شده است: «الباغیه فرقه خالفت الامام لمنع حق او لخلعه» (المواق، ۱۴۱۶: ۱۲ / ۳۲) و ابن مفلح از مذهب حنابله در تعریف بغی آورده است: «الخارجون عن الامام بتاویل سائغ و لهم شوکه».

با توجه به تعاریف فوق توضیح این نکات لازم است که اولاً واژه خروج گاهی با حرف «من» و «عن» و گاهی نیز با «علی» می‌آید که به این معنای خروج از حاکمیت و خروج بر علیه حاکمیت بیان شده است. تفاوت این دو معنا در آنجاست که در اولی صرف خروج باغی خواهد بود و در دومی زمانی بغی محقق می‌شود که بر علیه حاکم قیامی صورت گرفته باشد.

ثانیاً با نگاهی به متن ارائه شده از سوی فقهای چون شیخ طوسی، ابن ادریس و سایرین به نظر می‌رسد که این تفاوت ناشی از اختلاف تعبیر باشد و نظر به شرایطی که فقها در بیان تحقق بغی آورده‌اند می‌بایست خروج بر حاکمیت صورت بگیرد.

ثالثاً بر اساس تعاریف فوق، خروج مسلحانه محل نظر و تأمل و مذاقه است. بدین توضیح که «خروج» در لغت به معنای تمرد و نافرمانی است. در اصطلاح فقهی، خروج به معنای قیام یا شورش مسلحانه و جنگ همراه با کشتار و خونریزی است. راوندی در «فقه القرآن» چنین می‌گوید: «الباغی هو من قاتل اماماً عادلاً». (راوندی، ۱۴۰۵: ۱ / ۳۶۳)

عده‌ای صرف قیام را برای جرم بغی کافی دانسته‌اند، بدون آنکه نیاز به استفاده از اسلحه باشد (سبزه علی گل و دیگران، ۱۴۰۱: ۷۴-۵۵؛ حسین نژاد، ۱۳۹۸: ۶۳) و با تردید در خصوص قیام مسلحانه، به روایات و اقوال فقهای چون فاضل آبی (فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۱ / ۴۱۸) و یا سید علی طباطبایی (طباطبایی، ۱۴۱۹: ۲۳ / ۸) یا علامه حلی (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۲ / ۲۲۹) احتجاج نموده‌اند.

در مقابل این نظر، دیدگاهی وجود دارد که شرط مسلحانه بودن قیام باغیان نزد فقها را مسلم و مسجل دانسته است (میرخلیلی، ۱۳۹۵: ۱۵۱) و به اقوال فقهی چون



ابوصلاح حلبی، شیخ طوسی، ابن ادریس و... اشاره کرده است. (ابوصلاح، ۱۴۰۳: ۲۴۸؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۲۹۶؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۱۵/۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۳۰۷/۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۳۹۱/۹)

با در نظر گرفتن اینکه مجازات بغی مجازات بسیار سنگینی می‌باشد و حسب اینکه این جرم را بر اساس قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) ذیل جرایم حدی قرار داده شده است و توجه به اصول حفظ و احتیاط در دماء و قاعده تخفیف در حدود و سایر اصول مصرح در حدود وجود شرط مسلحانه با قواعد سازگاری بیشتری داشته و خروج این شرط نیازمند دلیل متقنی می‌باشد، لیکن امروزه با توجه به شیوه‌های نوین جنگیدن، به جنگ مادی و سخت، جنگ‌های نرم نیز اضافه گردیده است. اهمیت این گونه جنگ‌ها در این است که از مرحله اعتراض ساده خارج می‌شود و به نوعی زمینه‌ساز حرکت‌هایی می‌شود که مبانی و اساس و موجودیت نظام مشروع اسلامی را هدف قرار می‌دهد. حال با این سؤال روبه‌رو هستیم که جنگ نرم ذیل عنوان قتال به مفهوم فقهی آن قرار می‌گیرد یا خیر؟

به نظر می‌رسد آنچه تهدیدات نرم را ذیل عنوان اقدامات مسلحانه توجیه می‌کند، گروهی و تشکیلاتی عمل کردن باغیان علیه حکومت است. به دلیل اینکه اگر اقدامات باغیان با تقسیم کار همراه باشد می‌توان حتی افرادی را که مستقیماً دست به اسلحه نبرده‌اند، در صورت وجود شرایطی ذیل عنوان اقدامات مسلحانه قرار داد.

## ۲.۲. ادله ناظر بر بغی

در مقام بررسی ادله مربوط به بغی که شرایط لازم برای تطبیق با عنوان جنگ نرم را دارد یا خیر، به مستندات قرآنی و روایی با لحاظ اصل موجز و مختصر بودن در این باره اشاره می‌شود.

### ۲.۲.۱. مستندات قرآنی

برای پی بردن به این سوال اصلی که آیا جنگ نرم با مفهوم بغی مبتنی بر آیات قرآن کریم قابل تحقق است، آیه ۹ سوره حجرات همان آیه‌ای است که بسیاری از فقها آن را اساس مفهوم جرم بغی گرفته‌اند.





«وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ» (حجرات: ۹).<sup>۱</sup>

این آیه مهم‌ترین مستند جرم بغی است که فقها و مفسران در مورد آن بسیار بحث کرده‌اند. این آیه شامل درگیری میان تمامی گروه‌های مسلمان از جمله درگیری دو دولت اسلامی، دو گروه غیر دولتی، یک درگیری دولت با غیر دولتی و بالعکس می‌شود. (طبرسی، ۱۳۷۲: ۹/ ۲۰۰؛ فخر رازی، ۱۴۲۰: ۲۸/ ۱۰۴) لذا قیام براندازانه یک گروه علیه حکومت اسلامی صرفاً یکی از صور آیه است. هر چند فاضل مقداد (فاضل مقداد، بی تا: ۱/ ۳۷۶) معتقد است این آیه مشمول باغی به مفهوم اصطلاحی نمی‌شود چرا که در خصوص دو گروه مؤمن صحبت شده است درحالی که باغیان از نظر ماکافر هستند.

صاحب تفسیر نمونه بیان می‌دارد:

بحثی که در آیه ۹ سوره حجرات مطرح است مطلب دیگری است و آن نزاع و کشمکش‌هایی است که در میان دو گروه از مؤمنان رخ می‌دهد و در آن نه قیام ضد امام معصومی است و نه قیام ضد حکومت صالح اسلامی مطرح است. هر چند بعضی از فقها یا مفسران خواسته‌اند از این آیه در مسئله سابق نیز استفاده کنند، ولی به گفته فاضل مقداد در کنزالعرفان این استدلال خطاست، چرا که قیام ضد امام معصوم موجب کفر است درحالی که نزاع میان مؤمنان تنها موجب فسق است نه کفر، لذا قرآن مجید در آیات فوق هر دو گروه را مؤمن و برادر دینی یکدیگر نامیده است. به این ترتیب احکام اهل بغی را نمی‌توان به اینگونه افراد تعمیم داد. (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۱۷۰-۱۶۹)

۱. هرگاه دو گروه از مؤمنان با هم به نزاع و جنگ پردازند، میان آن‌ها صلح برقرار سازید و اگر یکی از آن‌ها بر دیگری تجاوز کند با طایفه ظالم پیکار کنید تا به فرمان خدا بازگردد. هرگاه بازگشت (و زمینه صلح فراهم شد) در میان آن دو طبق عدالت صلح برقرار سازید و عدالت پیشه کنید که خداوند عدالت‌پیشگان را دوست دارد.



اما برخی دیگر از فقها، نظیر علامه حلی، شیخ طوسی و قاضی ابن براج این آیه را دال بر جرم بغی می‌دانند. (علامه حلی، ۱۴۱۹؛ شیخ طوسی، بی‌تا: ۲۶۲؛ ابن‌براج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۳۲۲)

فارغ از اینکه محل نزاع در خصوص آیه ۹ سوره حجرات دلالت بر جرم بغی دارد یا خیر؟ ظاهر آیات دلالت بر درگیری فیزیکی میان دو گروه از مسلمان است. جنگ نرم دربرگیرنده اقداماتی است که غالباً ارتباط مستقیم با درگیری نداشته و صرفاً زمینه‌ساز وقوع جرم بغی است. بنابراین دلالت آیه بر فرض اینکه بر بغی صادق باشد زمانی در خصوص تهدیدات نرم قابل استناد است که این تهدیدات در قالب گروه باشد و اقدام‌کنندگان به تهدیدات نرم در قیام مسلحانه نیز شرکت نمایند.

برخی دیگر از مفسرین معتقدند آیات ۱۲، ۱۳، ۱۴ و ۷۳ از سوره توبه دلالت بر وجود بغی دارند. (طبرسی، ۱۳۵۱: ۳۱-۳۰)

نکته مهم در خصوص آیات مربوط به سوره توبه این است که صراحت بیشتری برای انطباق با جرم بغی دارد. خداوند در آیه ۱۲ سوره توبه می‌فرماید: «وَإِنْ نَكَثُوا أَيْمَانَهُمْ مِنْ بَعْدِ عَهْدِهِمْ وَطَعَنُوا فِي دِينِكُمْ فَقَاتِلُوا أُمَّةَ الْكُفْرِ إِنَّهُمْ لَا أَيْمَانَ لَهُمْ لَعَلَّهُمْ يَنْتَهُونَ» (توبه: ۱۲).<sup>۱</sup>

مبارزه در مقابل عهد پیمان شکنان مفهومی است که بیشتر با مفهوم جرم بغی سازگار است. مخصوصاً اینکه این آیات خطاب به مؤمنین بیان شده و آنکه عده‌ای عهدشکن بعد از اینکه ولایت الله را قبول نموده و قسم یاد نمودند، پیمان و قسم شکسته‌اند.

گفتنی است امیر مؤمنان این آیه را در پیکار بصره خواند و فرمود: أما واللّه لقد عهد الی رسول الله ﷺ و قال لی: یا علی لتقاتلنّ الفئّة الناکثة و الفئّة الباغیة و الفئّة المارقة.

۱. و اگر پیمان‌های خود را پس از عهد خویش بشکنند و آیین شما را مورد طعن قرار دهند با پیشوایان کفر پیکار کنید، چرا که آن‌ها پیمانی ندارند؛ شاید (با شدت عمل) دست بردارند.



هان ای مردم! بهوش باشید: به خدای سوگند که پیامبر گرامی ضمن وصیت خویش به من فرمود: هان ای علی! تو با گروه پیمان شکن و گروه تجاوزکار و بیداد پیشه و گروه از دین بیرون رفته و قانون ستیز پیکار خواهی کرد.

به نظر می‌رسد در آیات سوره توبه، نقاط مشترکی برای تطبیق مفهوم جنگ نرم و جرم بغی وجود داشته باشد. دو واژه «عَهْدِهِمْ» و «طَعْنُوا» در آیه ۱۲ سوره توبه بیانگر دو موضوع مهم است؛ اول عهد و پیمان را شکسته‌اند و دوم اینکه، مرتکب فعل عیب‌جویی شده‌اند که در واژه «طعنوا» مستتر است. یکی از شرایط حاکم در مفهوم جنگ نرم تضاد آفرینی بود، یعنی انگشت اشاره به سمت نقاطی که در جامعه گسل می‌باشد و عیب‌جویی، ابزاری جهت اختلاف‌افکنی می‌باشد. این گسل‌ها، همان گلوگاهی است که در جرم بغی نهایتاً منتهی به مشتبه شدن حق و باطل می‌شود. برخی از این شکاف‌ها و تضادها، در قالب قومیت‌گرایی، جنسیت، آسیب‌های اقتصادی مثل فقر، شکاف طبقاتی و بیکاری، مذهب، شکاف دولت و ملت، فساد افسارگسیخته، گسل سیاسی و ساختاری، گسل حاشیه‌نشینی، آسیب‌های اجتماعی، گسل قومی و فرقه‌ای و بحران آب، خشکسالی و محیط زیست، بحران بین نسلی، نسلی و... خود نمایی می‌کند. (خلیلی، ۱۳۹۴: ۵۹)

## ۲.۲.۲. مستندات روایی

درباره آیه ۹ سوره حجرات و اشاره به این آیه به عنوان مبنای قرآنی بغی، روایتی از امام صادق علیه السلام نقل شده است که ایشان فرموده‌اند: «خداوند متعال، حضرت محمد صلی الله علیه و آله را با پنج شمشیر مبعوث نمود. سه شمشیر از آن‌ها بیرون از غلاف است و داخل غلاف نمی‌شود، مگر اینکه جنگ به پایان رسد و شمشیری که پنهان است و آن بر اهل بغی بیرون کشیده می‌شود». سپس حضرت آیه شریفه (حجرات: ۹) را تلاوت کردند و چنین فرمودند: زمانی که آیه شریفه نازل شد، از میان شما کسی است که بعد از من بر تأویل قرآن می‌جنگد، همان‌طور که من بر تنزیل آن جنگ نمودم. سؤال شد که آن شخص کیست؟ حضرت فرمودند: او کسی است که در حال تعمیر کردن کفش است و منظور ایشان، امیرالمؤمنین حضرت علی علیه السلام بود. (کلینی، ۱۴۲۹: ۵/۱۰؛ ابن‌بابویه: ۱۳۸۲: ۲۷۴)



اما برخی تأویل و وجود شبهه را در تعریف بغی آورده و بیان داشته‌اند گروه باغی باید برای خود تأویل داشته باشد، یعنی افراد گروه باغی باید بر اساس توجیه و تفسیر و اعتقادی که مورد قبول آن‌هاست و آن را جایز می‌شمارند از امام جدا شده و در برابر او صف کشیده باشند و بدون وجود این شرط آن‌ها باغی محسوب نمی‌شوند، بلکه قطاع‌الطریق و در حکم محارب‌اند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۷/ ۲۶۵-۲۶۴؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۲/ ۲۲۹) لذا شاید از جنبه‌هایی نقطه تلاقی بین دو مفهوم بغی و جنگ نرم را در تأویل جستجو کرد. تأویل به معنی تفسیرهای متعدد از آیات به اشکال مختلف است و مفهوم پلورالیسم که ابزاری مهم در جنگ نرم برای جابه‌جایی حق و باطل می‌باشد به معنای تفاسیر و نظرات متعدد از یک مفهوم می‌باشد.

دو واژه مشترک در این مفاهیم می‌باشند. نکته‌ای که در این خصوص باید عنوان نمود این است که بین تأویل و نظرات افراد در امور حکومتی باید قائل به تمایز شویم، چرا که تالی فاسد آن این خواهد بود که هر گونه اظهار نظر در خصوص مسائل جاری حکومتی با عنوان بغی مواجه خواهد بود. بنابراین پذیرش این موضوع که صرف افکار متفاوت در خصوص حکومت و حتی تأویل متفاوت نمی‌تواند از جمله شرایط جرم بغی دانست. جرم بغی محصول یک کنش ملموس بیرونی است و موارد ذهنی صرف نمی‌تواند دربرگیرنده عنوان بغی باشد. در تأیید این مطلب صاحب جواهر بیان داشته است از برخورد امام علی علیه السلام با اهل جمل و صفین خلاف این شرط برداشت می‌شود، زیرا اهل جمل و صفین برعکس خوارج تفسیر و توجیهی برای خود نداشتند و بی‌هیچ شبهه‌ای می‌دانستند حق با امام است و با وجود این، در مقابل حضرت صف کشیدند. پس اگر جنگ جمل و صفین در نظر گرفته شود باید گفت از شرایط جاری شدن احکام بغی، عدم وجود شبهه و تأویل در ذهن گروه باغی است نه اینکه وجود آن شرط دانسته شود. (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱/ ۳۳۳)

مفهوم «تأویل» در متن اولیه لایحه قانون مجازات اسلامی، ماده ۲۸۸ (۲۸۷ فعلی) این طور تنظیم شده بود: «گروهی که بر مبنای نظریه سیاسی در برابر اساس نظام جمهوری اسلامی ایران، قیام مسلحانه کند...». عبارت «بر مبنای نظریه



سیاسی» در واقع به همین شرط مورد اختلاف اشاره داشت که شورای نگهبان آن را خلاف موازین شرع شناخت و بنابراین از متن قانون حذف شد. ظاهراً فقهای شورای نگهبان در ایراد به این شرط به عدم وجود دلیل شرعی برای این شرط و در مقابل، استدلال درست صاحب جواهر که مورد اشاره قرار گرفت، توجه داشته‌اند. (میرخلیلی و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۵۴)

با در نظر گرفتن این مطلب که جنگ نرم هر چند واژه جدیدی در ادبیات سیاسی می‌باشد، ولی شیوه‌ها و روش‌های به‌کاررفته در آن دارای پیشینه‌ای به قدمت جنگ‌های سخت است.

ادبیات روایی نیز مانند آنچه در فوق آورده شد هر چند صراحتی در وقوع جنگ نرم ندارد، ولی موضوعات مطروحه، این امر را تداعی می‌کند که روش‌های مختلف جنگ نرم مانند وقایع زمان حضرت علی علیه السلام نقش به‌سزایی در وقوع جنگ سخت علیه آن حضرت داشتند. مذاقه در بیانات حضرت در خصوص هر جنگ جمل، صفین و نهروان نشانه‌هایی دارد که تعریف گروه باغیان می‌تواند تفسیر موسعی داشته باشد و کنشگران اصلی وقایع هر چند مستقیماً در جنگ مسلحانه حضور نداشتند ولی از مصادیق باغی شناخته شدند.

مؤید این مدعا بیان امام صادق علیه السلام است که می‌فرماید: تأویل این آیه (آیه ۹ سوره حجرات) در جنگ جمل روشن گردید. اصحاب جمل مصادیق این آیه بودند که بر امیرالمؤمنین علیه السلام قیام کرده بودند. به همین دلیل جنگ با آن‌ها تا زمان بازگشتشان به پذیرش اوامر الهی واجب بود. اگر به این راه باز نمی‌گشتند، بر اساس حکم قرآن، امام علی علیه السلام می‌بایست تا زمان بازگشت به راه راست با آن‌ها می‌جنگید و لحظه‌ای دست از جنگ بر نمی‌داشت، زیرا آن‌ها به اراده خودشان و بدون هیچ اجباری با او بیعت کرده بودند. آن‌ها همان گروه سرکش و نافرمان مذکور در این آیه هستند. به همین دلیل وظیفه امام علی علیه السلام آن بود که در هر جا که به آن‌ها دست می‌یافت، بر اساس عدالت با آن‌ها رفتار کند. همچنان که رسول خدا صلی الله علیه و آله نیز درباره مردم مکه راه عدالت را در پیش گرفت و با منت‌نهادن بر آن‌ها، ایشان را مورد عفو خویش قرار

داد. امیرالمؤمنین علیه السلام نیز پس از پیروزی بر سپاهیان جمل دقیقاً رفتاری مانند رفتار پیامبر در مقابل مردم مکه در پیش گرفت. (محدث نوری، بی تا: ۱۱/۶۶)

### ۳. شرایط فقهی ناظر بر بغی و امکان سنجی انطباق آن‌ها بر جنگ نرم

وجود شرایط خاص پیش گفته در جنگ نرم و مطابقت شرایط و احوالات حاکم بر جرم بغی نیازمند دقت نظر خاصی است. بدین منظور شرایط جرم بغی را با جنگ نرم مورد مذاقه قرار داده شده است تا زوایای مختلف این دو مفهوم آشکار و نمایان گردد.

۱. مسلمان بودن باغیان: با توجه به تعریف فقهای اسلامی از بغی، باغیان را می‌توان به دو گروه تقسیم کرد؛ باغیانی که ضد امام معصوم خروج می‌کنند و باغیانی که با غیر امام معصوم می‌جنگند. (مجلسی، بی تا: ۳۲/۳۲۵-۳۲۴؛ خویی، بی تا: ۱/۳۶۱)

از این دو گروه، فقهای امامیه باغیانی را که بر امام معصوم خروج کنند خارج از اسلام و کافر شمرده‌اند. (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۹: ۷/۵۲۴؛ بحرانی، بی تا: ۳/۴۲۱؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۷/۲۶۴) اما باغیانی که بر غیر امام معصوم خروج کنند، کافر نمی‌شوند. (مجلسی، بی تا: ۳۲/۳۲۹-۳۲۸) و برخی از فقیهان و مفسران امامیه تنها همین گروه را مصداق آیه ۹ حجرات دانسته‌اند. (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۲۲/۱۶۹ و ۱۷۲؛ خویی، بی تا: ۱/۳۶۱؛ فاضل مقداد، بی تا: ۱/۳۸۶)

در میان اهل سنت نیز درباره کافر یا مسلمان بودن باغیان دو رأی وجود دارد؛ گروهی از اهل حدیث، بغاتی همچون خوارج را مرتد و کافر می‌دانند. (ابن عابدین، بی تا: ۴/۴۲۲؛ ابن قدامه: ۱۳۸۸ق: ۱۰/۵۰-۴۹؛ الجزیری: ۱۴۲۴: ۵/۴۱۸)

همچنین بسیاری از فقیهان اهل سنت مانعان حق واجبی از حقوق حکومت همچون زکات را جزو باغیان دانسته‌اند. (ابن عاشور، ۱۴۲۱: ۲۶/۲۴۰؛ الجزیری: ۱۴۲۴: ۵/۴۱۸؛ ابن قدامه: ۱۳۸۸ق: ۱۰/۴۹) و در مواردی به ارتداد آنان حکم کرده‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۵/۳۳۷؛ شافعی، ۲۰۰۹ م: ۴/۲۲۷)، لیکن بیشتر فقیهان اهل سنت با استناد به آیه ۹ حجرات و نیز برخی روایات که گروه باغی را





مؤمن شمرده است، همه باغیان را مسلمان می‌دانند. (شافعی، ۲۰۰۹م: ۴/۲۲۷؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸ق: ۱۰/۴۹؛ زحیلی، ۱۴۱۸: ۲۶/۲۴۱) بنابراین حسب نظر مشهور فقهای مسلمان، اگر غیر مسلمان در قالب جنگ نرم مرتکب جرم بغی شود از ذیل عنوان مجرمانه بغی خارج است.

**۲. دارای قدرت کافی باشد:** در خصوص جرم بغی و باغیان وجود قدرت یکی از شرایط مهم باشد. باغیان باید به حدی از قدرت و شوکت دارا باشند که حاکم اسلامی بدون استفاده از نیروی نظامی کافی، در صورت استفاده از سلاح، نتواند آنان را سرکوب کند، زیرا اگر حاکم بتواند از راه دیگری شرارت آنان را دفع نماید حق ندارد از راه نظامی آن‌ها را دفع نماید.

در خصوص جنگ نرم با توجه به تعاریف و شرایطی که فوق بیان گردید مفهوم قدرت از اجزا و ارکان اصلی در جنگ نرم است. یکی از تلاقی‌های مهم برای اینکه افراد مشارکت‌کننده در جنگ نرم را باغی بنمایم، وجود قدرت است. قدرت نرم یکی از ویژگی‌های مهم با مؤلفه‌های مندرج در مفهوم جنگ نرم است. این قدرت با توجه به شرایط امروزی آن در استفاده از ابزارهای روز و مدرن برای ایجاد شبهه در مقبولیت و مشروعیت نظام اسلامی بدون شک یکی از ویژگی مهم برای محسوب نمودن استفاده‌کنندگان به عنوان باغی است. این قدرت نرم بایستی به منصفه ظهور برسد. در واقع به صورت یک فعل خارجی بروز نماید. مسلماً این قدرت نرم در شرایطی ممکن است به نقطه‌ای منتهی شود که قدرت سخت ظهور می‌یابد؛ به عبارت دیگر، قدرت نرم زمینه ساز قدرت سخت است.

فقهای شیعه غالباً بر این توافق دارند که وجود قدرت و شوکت لازمه تحقق این جرم است. فقهای چون شیخ طوسی (طوسی، بی‌تا: ۷/۲۶۴) و ابن ادریس حلی (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۲/۱۵) بر این امر تأکید کرده‌اند. هر چند علامه حلی بعد از بیان فوق الذکر از شیخ طوسی و ابن ادریس حلی می‌فرماید: «این شرط در نزد من قابل قبول نیست». (حلی، ۱۴۲۷: ۲/۱۵۵) مفهوم قدرت اگر بنا به نظر علامه حلی حتی از شرایط باغی ندانیم. اما به نظر می‌رسد منظور از قدرت در بیان فقهای فوق لزماً قدرت، سخت‌افزاری نیست. شوکتی که در زبان فقها فهم و درک





می‌شود، نحوی از شوکت و همینه است که در دل رقیب ایجاد رعب نماید و لازمه مقابله را فرض بداند. حال این قدرت می‌تواند سخت یا نرم باشد. در هر صورت اعمال قدرت، موضوعی است که نیازمند ابزارهای خاص خود است و به نظر می‌رسد باغیان برای تحقق اهداف خود نیازمند هر دو نوع قدرت هستند و منحصر کردن قدرت به قدرت سخت، به نظر قابل تردید است.

**۳. گروهی باشد:** گروهی بودن یا جمعی بودن شورش و قیام، یکی دیگر از شرایطی است که به رکن مادی و نحوه ارتکاب عمل توسط اشخاص مربوط می‌شود، و لذا در صورتی که شخصی به طور فردی شورش و قیام کند باغی محسوب نمی‌شود؛ حتی اگر تعداد زیادی از افراد هر یک به طور جداگانه و بدون ارتباط با یکدیگر دست به قیام علیه حکومت بزنند باز هم مجموع همه آنها نمی‌تواند به وجود آورنده بغی باشد، بلکه جرم مزبور احياناً از مصادیق محاربه یا افساد فی الارض تلقی خواهد گردید. (زینلی: ۱۳۷۸: ۱۸۷)

به نظر می‌رسد جرم بغی بیان شده در گفتار و سیره ائمه اطهار علیهم‌السلام بر عمل جمعی و گروهی عنوان می‌گردد و همچنین با توجه به حدیث نبوی در خصوص عمار یاسر که فرمودند: «عمار را گروهی باغی خواهند کشت» (ابن بابویه، بی‌تا: ۶۳/۲) که از واژه «فئة باغیه» استفاده شده است، این نظر را صائب‌تر و به واقع نزدیک‌تر می‌نماید.

در جنگ نرم نظر به اینکه هدف، ضربه به مشروعیت و مقبولیت نظام سیاسی حاکم است، بنابراین به دنبال جمع آوری نیرو در حداکثریت ممکن هستند. هر چقدر میزان جذب شده نیرو به سمت مرتکبین جنگ نرم بیشتر باشد به منزله این است که از مقبولیت نظام سیاسی حاکم کاسته شده است. اصولاً ظهور جنگ نرم در خارج (عنصر مادی) به صورت جمعی و گروهی اتفاق می‌افتد، البته جمعی بودن به معنای یک اقدام مسلحانه جمعی علیه حکومت است و نه اینکه عده‌ای در پشت ابزارهای الکترونیکی خود بنشینند و هم نظر و هم‌رأی با هم در خصوص سرنگونی حکومت سیاسی گفتگو یا پیامی ارسال کنند.



در این خصوص سؤالی که به ذهن می‌رسد این است که آیا در یک گروه باغی همه افراد مشمول جرم بغی می‌شوند یا اینکه صرفاً افراد مسلح گروه مشمول مجازات خواهند بود؟ در یک گروه معمولاً علاوه بر افرادی که در خط مقدم بوده و مسلحانه علیه حکومت وارد جنگ می‌شوند افرادی دیگری به مانند پشتیبان‌های مادی و معنوی و محرکینی وجود دارند که به وقوع چنین جرایمی یاری می‌رسانند. حال با فرض اینکه این افراد مستقیماً در جنگ مسلحانه شرکت نداشته‌اند این سؤال مطرح است که آیا بایستی به مانند هم گروه‌های خود مورد مجازات قرار گیرند یا خیر؟

در توضیح سؤال اخیر اینکه، به اعتبار اشخاص مداخله‌کننده در جرم بغی، می‌توان آنان را به چهار گروه تقسیم کرد:

۱. دسته اول، گروه یا اشخاصی هستند که خارج از گروه باغیان می‌باشند و به شیوه‌های مشخصی به آنان یاری می‌رسانند، این افراد یا گروه‌ها از شمول عنوان باغی خارج هستند و نهایتاً شاید با وجود شرایط قانونی بتوان آنان را تحت عنوان معاونت در جرم بغی قرار داد؛

۲. دسته دوم، گروه یا اشخاصی هستند که در گروه باغیان قرار دارند و به آنان یاری می‌رسانند و تأثیر مستقیمی در وقوع جرم نداشته و صرفاً یاری‌دهنده هستند، مانند رانندگان و آشپزان. این اشخاص نیز به نظر می‌رسد در صورتی که به همین اقدامات بسنده کرده باشند و در خروج مسلحانه شرکت نکرده باشند، از دایره عنوان بغی خارج و تحت عنوان معاونت قابل مجازات هستند؛

۳. دسته سوم گروه یا اشخاصی هستند که در درون گروه بغی می‌باشند؛ هم به باغیان یاری رسانند و هم در خروج مسلحانه شرکت داشته‌اند. این اشخاص تحت عنوان بغی قابل مجازات هستند؛

۴. دسته چهارم گروه یا اشخاصی هستند که درون گروه بغی هستند و هر چند به صورت مباشرت در اقدام مسلحانه شرکت نکرده‌اند، ولی اقدامات مؤثر آنان



موجب شده خروج بر حکومت صورت بگیرد، مثل فرماندهان. برای اینکه بتوان این اشخاص را مجازات نمود یا خیر، نیاز به مذاقه و تأمل است.

در این خصوص چند نکته قابل ذکر وجود دارد؛ اولاً اقدامات صورت گرفته در قالب جنگ نرم غالباً به صورت معاونت می‌باشد، یعنی مستقیماً در عملیات مادی جرم بغی شرکت نکرده‌اند. اغلب فقها تعریف اصطلاحی معاونت در گناه را به معنای ایجاد مقدمه گناه تعریف کرده‌اند (قیاسی: ۱۳۹۰: ۱۳۹-۱۶۶)

نظر به موارد فوق و مطالب پیش گفته، اولاً باغیان بایستی مستقیم اسلحه به دست گرفته و وارد جنگ با حکومت شوند، بنابراین میان کسانی که به نحوی معاونت در وقوع جرم دارند با کسانی که مباشر در جرم بغی هستند، تمایز وجود دارد. ضمناً عدالت قضایی نیز حکم می‌کند با افرادی که مستقیماً در عملیات مادی شرکت نکرده‌اند، بایستی متفاوت رفتار نمود.

ثانیاً اشخاص حاضر در گروه مجرمانه باغیان به دو صورت قابل تصور است؛ یا دارای فرماندهی مشخصی است (فتحی بهنسی، بی تا: ۹۰/۱) یا بدون فرمانده اقدام به جرم بغی می‌نمایند. (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۱۵۵) در صورتی که فرماندهی یا اعضای گروه دستور به اقدام مسلحانه بدهد و خود مستقیماً در جنگ مسلحانه شرکت نکند، آیا می‌بایست مانند یک معاون با آنان رفتار نمود یا از مباشرین جرم است؟ بدون شک میان مفهوم مباشرت و معاونت تفاوت‌های آشکاری وجود دارد، ولی وقتی صحبت از گروه مجرمانه به میان می‌آید اعمال گروه، به شکل واحد نمود بیرونی می‌یابند و در نتیجه تفکیک این اعمال به آسانی در گروه مجرمانه میسر نیست. برای این تفکیک می‌توان از نظریات چون نظریه عینی یا ذهنی صحبت به میان آورد. (سبحانی و باقری، ۱۳۹۹: ۱۳۵)

نظر به نواقصی و انتقاداتی که حقوق‌دانان نسبت به این نظریات بیان نموده‌اند (قیاسی و ساریخانی، ۱۳۹۵: ۲۹) به نظر می‌رسد با در نظر گرفتن تمایز میان مباشر و معاون، مرتکب اصلی را نبایستی محدود به شخصی دانست که جرم را به طور مستقیم مرتکب شده است، بلکه مبتنی بر نظریه کنترل، مجازات بغی



شامل اشخاصی که علی‌رغم عدم حضور در صحنه ارتکاب جرم (اقدام مسلحانه) بر ارتکاب آن کنترل و رهبری دارند هم می‌شود، زیرا آن‌ها هستند که تصمیم به ارتکاب و چگونگی ارتکاب جرم گرفته‌اند و چنین اشخاصی هستند که در طی مسیر مجرمانه بر وقوع فعل رهبری داشته و به نحوی کنترل مجرمانه فعل بر عهده آن‌هاست.

با در نظر گرفتن این دیدگاه می‌توان افرادی را که در یک گروه مجرمانه نسبت به مصادیق جنگ نرم اقدام می‌نمایند، حتی در حالتی که در محل وقوع جرم نیستند نیز مشمول مجازات بغی دانست. ثالثاً بر اساس ماده ۲۸۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ همه افراد گروه بغی را که اقدام به قیام مسلحانه علیه اساس نظام نموده‌اند مشمول مجازات می‌داند. به عبارت دیگر بر اساس این ماده چنانچه گروهی بغی اقدام مسلحانه‌ای انجام دهد و در این گروه اشخاصی نقش تبلیغاتی یا رانندگی یا آشپزی را داشته باشند، بدون آنکه در اقدام مسلحانه گروه نقش داشته باشند مشمول مجازات اعدام خواهند بود. در حالی که بغی فقهی میان افراد مداخله کننده تفاوت قائل است و بر اساس اینکه شخص معاون باشد یا مباشر، مجازات‌های متفاوتی اعمال می‌شود. صدق این ادعا را بایستی در نحوه برخورد حضرت علی علیه السلام با بغات جستجو کرد. (حسن زاده: ۱۳۹۲: ۱۱۸-۹۱)

از این منظر، کسانی که در قالب یک گروه، جنگ نرمی را علیه حکومت اسلامی اعمال نمایند، در صورتی که اقدام به قیام مسلحانه نمایند، یعنی مباشرتاً در وقوع جرم بغی مشارکت نمایند، باغی هستند و در صورتی که مستقیم در قیام مسلحانه نباشند نمی‌توان احکام مباشرین جرم بغی را بر آنان لحاظ نمود، در حالی که بر اساس ماده ۲۷۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در صورتی که گروه قیام مسلحانه نماید و اشخاصی در گروه عضو باشند، اعم از اینکه اقدام مسلحانه نمایند یا خیر، مشمول مجازات اعدام خواهند بود.

## نتیجه:

هدف جنگ نرم تصرف قلوب و اذهان مردم برای تحمیل خواسته‌ها می‌باشد. جنگ نرم محصول یک فرایند آرام و تدریجی و بسیار پیچیده است که با لایحه‌های فکری متعدد روانشناسی، سیاسی و اجتماعی در هم تنیده شده و در امتداد خط باریک حق و باطل در حرکت است. جامعه هدف جنگ نرم بسیار فراگیر و دارای هیچ محدوده سنی نیست و هدف آن فروپاشی نظام هدف و یا تغییر اولویت‌ها و یا دگرگونی اهداف آن نظام است.

با بررسی ادله و نظرات فقها در خصوص جرم بغی به نظر می‌رسد که جنگ نرم در برخی صور می‌تواند مشمول عنوان مجرمانه بغی قرار گیرد. در آیات قرآن و همچنین برخی روایات، هر چند در ظاهر، در تطبیق عناصر و شرایط جرم بغی با جنگ نرم تفاوت‌های دیده می‌شود، ولی مذاقه در اقوال فقها و مفسرین و شرایط و ارکان جرم بغی در صورتی که شخصی در گروه مجرمانه مرتکب جنگ نرم شود و در قیام مسلحانه شرکت نماید مشمول مجازات بغی خواهد بود و یا در حالتی که فرماندهان بغات که از طریق جنگ نرم نسبت به تحریک نیروها اقدام می‌نمایند حتی اگر در خروج مسلحانه نیز شرکت نمایند، براساس «نظریه کنترل» به عنوان باغی قابل مجازات می‌باشند. لازم به ذکر است در میان اشخاصی که در جنگ نرم شرکت نموده‌اند، برخی از دایره شمول بغی خارج هستند؛ اشخاصی که منفرداً نسبت به جنگ نرم اقدام نموده و حتی اگر نسبت به خروج مسلحانه نیز اقدام کرده باشند و اشخاصی که در گروه بغی نسبت به مصادیقی از جنگ نرم اقدام نموده، ولی در خروج مسلحانه شرکت ننموده‌اند.





## منابع و مأخذ:

### قرآن کریم

- احمدزاده کرمانی روح الله (۱۳۸۸)، «درآمدی بر ماهیت شناسی جنگ نرم پس از انقلاب اسلامی»، فصلنامه مطالعات بسیج، س ۱۲، ش ۴۳.
- ابن بابویه، محمد بن علی (۱۳۸۲)، الخصال، ج ۱، قم: نسیم کوثر.
- ابن بابویه، محمد بن علی (بی تا)، عیون اخبار الرضا علیه السلام، ج ۲، تهران: جهان.
- ابن ادریس حلی (۱۴۱۰)، السرائر، ج ۲، قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
- ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز (۱۴۰۶)، المهدب، ج ۱، قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
- انصاری محمد مهدی (۱۳۸۶)، «جنگ نرم آمریکا علیه ایران؛ چیستی و چرایی»، سایت بانک اطلاعات نشریات ایران.
- ابن عابدین (بی تا)، حاشیه رد المحتار، ج ۴، بیروت: دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
- ابن قدامه (۱۳۸۸)، المغنی، ج ۱۰، قاهره: المكتبة القاهرة.
- ابن عاشور (۱۴۲۱)، التحریر و التنویر، ج ۲۶، بیروت: مؤسسة التاریخ العربی.
- انصاری، شیخ مرتضی (بی تا)، مکاسب محرمة، ج ۲، تبریز: [بی تا].
- امام الشافعی (۲۰۰۹)، کتاب الام، ج ۴، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- بحرانی، شیخ یوسف (بی تا)، الحدائق، ج ۳، قم: مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
- برازش علیرضا (۱۳۹۶)، تفسیر اهل بیت علیهم السلام، ج ۱۴، تهران: انتشارات امیر کبیر.
- بجنوردی سید میرزا حسن (۱۳۸۹)، القواعد الفقهیه، ج ۱، نجف اشرف: مطبعة الاداب.
- جلال پور، شهره، پای فرد، کیانوش و محمد فلاح (۱۳۹۵)، «واکاوی سازکارها و اهداف جنگ نرم»، فصلنامه مطالعات قدرت نرم، ش ۱۴.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۷)، تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیة (ط - القديمة)، ج ۲، مشهد: مؤسسة آل البيت علیهم السلام.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۹)، تذکرة الفقها، ج ۹، ج ۱، قم: مؤسسه آل بیت علیهم السلام.



- حسن زاده، صالح (۱۳۹۲)، «نحوه برخورد با بُغات در فقه با تکیه بر قرآن کریم»، سراج منیر، س ۴، ش ۱۲.
- سبحانی، مهین و نادیا باقری (۱۳۹۹)، «ماهیت و انواع مسئولیت معاونت در دیوان‌های بین المللی کیفری»، مطالعات حقوقی، دوره ۱۲، ش ۲.
- سبزه‌علی گل، بهمن، آهنگران، محمد رسول و محمود قیوم زاده (۱۴۰۱)، «مشروط‌انگاری تحقق جرم بغی به قیام مسلحانه در ماده ۲۸۷ قانون مجازات اسلامی در ترازوی نقد»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۸، ش ۶۸.
- شهید اول، محمدبن مکی (۱۴۱۰)، اللمعة الدمشقیة، ج ۲، چ ۳، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۲، چ ۱، قم: داورى.
- حسین نژاد، سید مجتبی (۱۳۹۸)، «بررسی فقهی بغی در فضای مجازی»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، س ۱۵، ش ۵۵.
- خوئی، سید ابوالقاسم (بی تا)، منهاج الصالحین، ج ۱، قم: موسسه الخوئی الاسلامیه.
- خمینی، سید روح‌الله (۱۴۱۰)، مکاسب محرمه، چ ۳، قم: اسماعیلیان.
- خلیلی رضا (۱۳۹۴)، «تأثیر شکاف‌های اجتماعی بر امنیت ملی ایران؛ در جستجوی چارچوبی تحلیلی»، فصلنامه مطالعات راهبردی، ش ۷۹.
- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰)، الصحاح، بیروت: دار العلم.
- فاضل مقداد، جمال‌الدین مقدادبن عبدالله سیوری (بی تا)، کنز العرفان فی فقه القرآن، ج ۱، [بی جا]: [بی نا].
- فاضل آبی، حسن (۱۴۱۷)، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، چ ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- عبداللهی، عابدصمد و فاطمه وجدی (۱۳۹۲)، «بررسی جنگ نرم در آیات قرآن»، مطالعات تفسیری، س ۴، ش ۱۵.
- کاشف الغطاء جعفر (۱۳۸۰)، کشف الغطاء عن مبهمات شریعه الغراء، ج ۴، قم: انتشارات بوستان کتاب.
- راوندی، سعید بن هبه الله (۱۴۰۵)، فقه القرآن، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- زینلی محمد رضا (۱۳۷۸)، جرم سیاسی و حقوق جزای اسلامی و مطالعه تطبیقی، چ ۱، تهران: امیر کبیر.



- زحلی و هبه (۱۴۱۸)، المنیر، ج ۲۶، بیروت: دار الفکر المعاصر.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۵۱)، تفسیر مجمع البیان، ترجمه احمد بهشتی و دیگران، ج ۱۱، تهران: فراهانی.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۷، تهران: المكتبة المرتضویة.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۰۷)، تهذیب الأحکام، ج ۴، ج ۴، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۰۷)، الخلاف، ج ۵، قم: جماعة المدرسین فی الحوزة العلمیة.
- عیوضی، محمدرحیم، دامیار محمود و ایوب دامیار (۱۳۹۵)، «مبانی جنگ نرم در اندیشه مقام معظم رهبری»، فصلنامه حبل المتین، س ۵، ش ۱۴.
- عبدالرحمن الجزیری (۱۴۲۴)، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۵، بیروت: دار الکتب العلمیة.
- قیاسی، جلال الدین (۱۳۹۰)، «معاونت در جرم از دیدگاه فقه اسلام»، پژوهش های حقوقی، س ۳، ش ۳.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۲۹)، الکافی، ج ۵، ج ۱، قم: دار الحدیث للطباعة و النشر.
- ماه پشانیان، مهسا (۱۳۸۶)، «راهکارهای آمریکا برای جنگ نرم با جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه علمی، تخصصی عملیات روانی، س ۵، ش ۱۸، تهران: معاونت فرهنگی ستاد مشترک سپاه.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۴)، تفسیر نمونه، ج ۲۲، تهران: دار الکتب الاسلامیة.
- محدث نوری، میرزا حسین (بی تا)، مستدرک الوسائل، بیروت: مؤسسة آل البيت (علیهم السلام) الاحیاء التراث.
- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی (بی تا)، بحار الأنوار، ج ۲۹، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- مراغی، سید میر عبد الفتاح (۱۴۱۷)، العناوین الفقهیة، قم: مؤسسة النشر الاسلامیة.
- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن (۱۴۱۳)، مختصر النافع، قم: بعثت.
- محقق اردبیلی (بی تا)، زیادة البیان، قم: مكتبة المرتضویة.
- محمدی گیلانی، محمد (۱۳۶۱)، حقوق کیفری در اسلام، تهران: انتشارات المهدی.



- میرخلیلی سیداحمد، کلانتری خلیل آباد، عباس و محمد نظری ندوشن (۱۳۹۵)،  
«چالش های میان بغی فقهی و قانونی»، دیدگاه های حقوق قضایی، ش ۷۵ و ۷۶.
- نراقی، احمد (۱۳۷۵)، عوائد الایام، قم: دفتر تبلیغات.
- نائینی، علی محمد (۱۳۸۹)، «درآمدی بر ماهیت شناسی جنگ نرم»، فصلنامه  
راهبردی دفاعی، س ۸، ش ۲۸.
- نوروزی، محمد (۱۳۹۱)، دست در دست صبح، قم: دفتر نشر معارف.
- نجفی، شیخ محمدحسن (۱۴۰۴)، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج  
۲۱، چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.





## The Feasibility Study of the Adaptation of the Crime of Baghy (Arabic: **الْبَغْي**, lit: trespass or insolence) to Soft Power in Islamic Jurisprudence

Arash Gharibi<sup>1</sup>

Ruhollah Akrami<sup>2</sup>

### Abstract

Baghy (Arabic: **الْبَغْي**, lit: trespass or insolence) according to Islamic jurists is called a group armed actions against the Islamic government. Although the title of “baghy” is new in the Islamic Penal Code, its discussion is well known in jurisprudence. The rulings related to “baghy” have long been discussed in jurisprudential books and within the discussions of jihād (Arabic: **جِهَاد**). However, there is another type of threat against the Islamic government, which is called soft power. Now, the important question that comes to mind is that will those who commit soft threats against the basis of the Islamic system be subject to the title of “baghy”? It seems by an analytical-descriptive method in the form of studying and searching the verses, aḥādīth (traditions), and the views of contemporary and recent jurists, and what is obtained from reliable sources and fatāwā (legal rulings on a point of Islamic law) of Islamic jurists, that the compatibility of the two mentioned titles with regard to the jurisprudential conditions mentioned in the discussions related to “baghy” can be imagined in cases in which in some forms of soft power, the perpetrators are considered to be subject to the crime of “baghy” and enforced upon them the rulings of the rebels (Arabic: **بُغَاة**, bughāt).

**Keywords:** *Armed actions, Fuqahā` (Arabic: **فُقَهَاء**; translated as “jurists”), Threats, Baghy (Arabic: **الْبَغْي**, lit: trespass or insolence), Soft power.*

---

<sup>1</sup>. Ph.D. Student, Department of Criminal and Criminology, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran (Corresponding Author).

<sup>2</sup>. Associate Professor, Department of Criminal and Criminology, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.

# **The Jurisprudential and Legal Validation of Thesis Writing Agreement for Others From the Perspective of Public Order and Good Morals**

Sayyidah Fatimah Tabataba'i<sup>1</sup>

Abdul Reza Muhammad Hosseinzadeh<sup>2</sup>

Fa'eze Soleimanipour<sup>3</sup>

## **Abstract**

It is not hidden the position of thesis and research in the expansion of science and knowledge and the improvement of the boundaries of knowledge to anyone, but assigning its compilation in exchange for paying compensation to individuals and institutions, weakens and undermines the goals of scientific research and disrupts the order of the academic community. Therefore, it is necessary to examine the jurisprudential and legal ruling of thesis writing agreement for others by relying on public order and good morals, so that an effective step can be taken to prevent this problem by resorting to Sharī'ah and the law. The results obtained in this regard by a descriptive-analytical method indicate that reciprocal contract (commutative contract) of writing a thesis for others in Ja'farī jurisprudence and Iranian law is against public order and good morals and it is an illegitimate contract in this regard, in Ja'farī jurisprudence, and this private contract in Iranian law is not formed at the time of execution.

**Keywords:** *Good morals, Thesis writing, Contract, Public Order.*

---

<sup>1</sup>. Associate Professor, Department of Theology, Faculty of Law and Theology, Shahid Bahonar University of Kerman, Kerman, Iran (Corresponding Author).

<sup>2</sup>. Associate Professor, Department of Theology, Faculty of Law and Theology, Shahid Bahonar University of Kerman, Kerman, Iran.

<sup>3</sup>. M.A. Student, Department of Theology, Faculty of Law and Theology, Shahid Bahonar University of Kerman, Kerman, Iran.

# The Jurisprudential-Legal Analysis of Codes Related to Confiscation of Property

Hojjat Azizollahi<sup>1</sup>

## Abstract

Confiscation of property has been one of the common punishments in different societies for a long time, which can be seen in ancient Rome, ancient Greece, and ancient Iran. After the advent of Islam, the confiscation of property has always been considered as a punishment since the time of Rāshidūn Caliphs or al-Khulafā' al-Rāshidun (Arabic: الخُلفاء الرَّاشِدُونَ). We can find examples of this in several legal articles at the present time. The present study, using a descriptive-analytical method, first examines the lexical and terminological terms of confiscation, and has been examined similar terms such as confiscation of property, expropriation, etc. in order to explain the nature of confiscation. Finally, the nature of confiscation can be introduced as “the permanent deprivation of the owner’s property rights by the government and the acquisition of those properties to the government without compensation”. Then, the jurisprudential foundations of confiscation of property as a punishment are examined, and it can be said as a result, that well-known Islamic jurists or fuqahā' (Arabic: فُقُهَاء; translated as “jurists”), including Ahl as-Sunnah (Arabic: أَهْلُ السُّنَّةِ) and Imāmiyya (Arabic: اِمَامِيَّة), believe in the legitimacy of confiscation of property for the purpose of punishment and there are many proofs for this theory, including the legitimacy of financial ta'zīr (pecuniary punishment) and narrations from sīra (conduct) of the Infallible Imams (al-'A'imma al-Ma'šūmūn) 'alayhim al-ṣalātu wal-salām, such as the story of the destruction of Masjid al-Ḍirār (Arabic: مَسْجِدُ الضَّرَارِ) by the Prophet ṣallā llāhu 'alayhī wa-'ālihī wa-sallam and the burning of the neighborhood of wine sellers by Imām 'Amīr al-Mu'minīn (Arabic: أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ) 'alayhi al-ṣalātu wal-salām, etc. They have also brought evidence from the sīra (conduct) of the Companions of the Prophet Muhammad “PBUH”, or Ṣaḥāba (Arabic: الصَّحَابَةَ), such as some of the actions of the second caliph. However, all these arguments can be distorted, because although the legitimacy of financial ta'zīr (pecuniary punishment) is defensible and has been accepted by well-known jurists, confiscation of property cannot be considered as an example of it, because financial ta'zīr (pecuniary punishment) is the obligation to pay a fine, and confiscation of property is the expropriation or deprivation of existing property, which is fundamentally different from each other. The aḥādīth (Arabic: أَحَادِيث; singular: ḥadīth, traditions and narrations) cited in this regard are also not acceptable due to their many documentary and signifying defects, and sīra (conduct) of the companions is also lacking in validity.

**Keywords:** *Confiscation, Ta'zīr, Pecuniary punishment, Seizure of property, Expropriation.*

---

<sup>1</sup>. Assistant Professor, Department of Fiqh and Islamic Law, Faculty of Theology, Yazd University, Yazd, Iran.

## An Approach to Identifying the Components of Sham Contracts

Sayyid Mahdi Mo'allemi<sup>1</sup>

### Abstract

Nowadays, the issue of sham contracts or simulated contracts has created many challenges and problems in Islamic societies, because a sham contract (simulated contract) according to the fundamentals of Islamic jurisprudence is invalid, but in the meantime, it is very difficult to distinguish the sham contract or simulated contract from the authentic contract or genuine contract. Accordingly, it is necessary to provide an illustrative standard for the recognition of simulated contracts. In order to achieve the standard, the concept and components of the simulated contract must first be determined so that in the next step, the indicators of the simulated contract can be achieved. Therefore, it has been tried in this article, with a descriptive-analytical method and based on the fundamentals of Jawāhir jurisprudence or *Jawāhir al-kalām fī sharḥ sharā'ī al-islām* (Arabic: *جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام*), to take a comprehensive look at the rational and traditional teachings of Islam, first to refer to the concept and fundamentals of the nullity of sham contracts (simulated contracts) in Ja'farī jurisprudence, and then to present the components of a sham contract in Ja'farī jurisprudence. The results of this research indicate that the signs and presumptions of a sham contract are: Lack of awareness of the parties about the terms of the contract, *muḥābāt al-mubtadhāl* (Arabic: *مُحَابَاة الْمُبْتَدَل*), non-compliance with the customary requirements of the authentic contract or genuine contract, cancellation of Shāri' (the Legislator) ruling with intertwined contracts, and the use of cover titles that are contrary to the main nature of the contract.

**Keywords:** *Authentic contract (genuine contract), Obedience to intention, Recognition component.*

---

<sup>1</sup>. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Islamic Ma'ārif, Al-Mustafa International University of Khorasan, Mashhad, Iran.

# An Analysis of the Penal Effect of the Rejection of Paternity on the Father's Qiṣāṣ From the Perspective of the Fiqh 'alá al-Madhāhib al-Khamsah and Iranian Law

'Abdus-Samad Aliabadi<sup>1</sup>

Ali Balador<sup>2</sup>

## Abstract

If a man announced the action concerning rejection of paternity in his marriage bed, it is called rejection of paternity (Arabic: نَفْيُ الْوَالِدِ) in jurisprudential terminology, and the relationship of that child from the father is negated by performing religious and legal formalities. According to the ruling of Shāri' (the Legislator) and because of the relationship between the father and the child, the father is exempt in some rulings (aḥkām, Arabic: أَحْكَام, plural of ḥukm, حُكْم), such as the punishment of murder, i.e., the father is not killed by killing the child. Now, the issue of the present study is that according to the jurisprudence of Islamic denominations (fiqh 'alá al-madhāhib al-al-Islāmīyyah) and Iranian law, if the father kills the child after denying him, he will be punished with retaliation in kind (Arabic: قِصَاص, romanized: Qiṣāṣ, lit. is accountability, following up after, pursuing or prosecuting). The jurists of different schools of thought disagree with each other about qiṣāṣ or non-qiṣāṣ of the father, and this is not mentioned in Iranian law. According to Ja'farī jurists, if the father does not deny the action concerning rejection of paternity, he will have qiṣāṣ. However, if he denies himself after the action concerning rejection of paternity and before killing the child, the well-known Ja'farī believes that the closest idea is that the father will be killed. The father is not killed at all from the perspective of Ḥanafī, Mālikī, Ḥanbalī, and Shāfi'ī jurists (Arabic: فُقَهَاء, romanized: fuqahā'). This research, which is a descriptive-analytical method, shows that if the father does not deny himself after the action concerning rejection of paternity, he will be punished for his own confession, and if he denies himself, he will not be punished for the existence of shubha (Arabic: شُبُهَةٌ doubt, obscurity, or mis-grounded conceit), contrary to popular opinion.

**Keywords:** *A father who has the action of malediction (Arabic: وَالِدُ الْمَلْعِنِ), Killing the father with retaliation in kind (Arabic: قِصَاص, romanized: Qiṣāṣ), Rejection of paternity (Arabic: نَفْيُ الْوَالِدِ), The child of the wife whose child is rejected of paternity (Arabic: وَالِدُ الْمَلْعَنَةِ), Denial and rejection of the child.*

---

<sup>1</sup>. Assistant Professor of Fiqh and Law, International University of Islamic Denominations, Tehran, Iran (Corresponding Author).

<sup>2</sup>. Ph.D. Student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, International University of Islamic Denominations, Tehran, Iran.

## The Possibility of Ta'zīr (Discretionary Penalty) for a Wife Who Refuses to Fulfil Her Marital Duties

Hossein Kaviar<sup>1</sup>

Abdul Rasool Dayani Najafabadi<sup>2</sup>

Muhammad Jawad Abdullahi<sup>3</sup>

### Abstract

The issue of refusal of a woman to fulfill her marital duties (Arabic: نُشوز) is one of the most complex jurisprudential and legal issues. The wife's disobedience due to refusal to obey gives the husband the right to terminate his obligation to pay alimony and the wife's right to swear an oath is terminated and the injunction of lawsuit of the action for restitution of conjugal rights is arisen, and finally the husband can divorce the wife. For many years, the courts have issued the injunction of the action for restitution of conjugal rights, but they cannot enforce it like other rulings. How is it possible that the execution of the court can force a woman to obey her husband physically and mentally?! Our question in this article is whether there is a potential in Iranian law to resort to criminal reactions in addition to civil reactions against a wife who refuses to perform conjugal obligations. The hypothesis that we prove is that despite the doubts about the effectiveness of the criminal sanctity in the family center, it is necessary to criminalize the wife's refusal to perform conjugal obligations, because such refusal is contrary to the transcendent interests of the Sharī'ah and its negative social effects. Indisputably, in this regard, the punishment will be possible if the wife's disobedience is proven in court. The research method is documentary and library-based.

**Keywords:** *Ta'zīr (Discretionary penalty Denial of marital obligations, Wife, Obedience, refusal of a woman to fulfill her marital duties (Arabic: نُشوز).*

---

<sup>1</sup>. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Economics and Administrative Sciences, University of Arak, Arak, Iran (Corresponding Author).

<sup>2</sup>. Advocate and Assistant Professor of the Law Department of Payam Noor University of Tehran, Tehran, Iran.

<sup>3</sup>. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law and Economics, Khomeini Shahr Branch, Islamic Azad University, Isfahan, Iran.



# A Study of the Nature of Bribery by the Approach of Jurisprudence and Law of Iran and Afghanistan

Muhammad Jawadi<sup>1</sup>

Muhammad Qurbanzadeh<sup>2</sup>

## Abstract

The different and sometimes contradictory meanings of words may be the source of disagreement and difference of opinion. The basic condition for correct inference is the accurate knowledge of the subject of scientific research with its constraints and limitations. It will be a great help to achieve the desired result if the meaning of the subject is properly clarified and the scope of its implication is determined. There is no comprehensive definition and precise interpretation of the word bribery or al-Rishwa (Arabic: الرِّشْوَة) in jurisprudential texts and sources, and its limits and extents have not been properly explained. Islamic jurists and thinkers have presented various and different definitions, each of which faces several defects and problems in order to interpret and explain this word correctly. The present study, which organized to explain the nature of bribery correctly and accurately, after collecting information from the available sources in libraries and scientific centers and using a descriptive analytical method, has come to the following conclusion: It is possible to explain the correct criterion of the concept of bribery by putting together the definitions of jurists (Arabic: فُقُهَاءُ, romanized: fuqahā') and comparing the laws of Iran and Afghanistan, and deduce its exact definition, according to which, bribery is not limited to judgments and verdicts in terms of subject matter, just as it is not limited to property and actions in terms of object.

**Keywords:** *Bribery or al-Rishwa (Arabic: الرِّشْوَة), Judgment, Subject of bribery (Arabic: مَوْضُوعُ الرِّشْوَةِ), Object of bribery (Arabic: مُتَعَلِّقُ الرِّشْوَةِ).*

---

<sup>1</sup>. Ph.D. Student of Quran and Science at Al-Mustafa International University of Khorasan, Mashhad, Iran (Corresponding Author).

<sup>2</sup>. Assistant Professor, Department of Quran and Science, Al-Mustafa International University of Khorasan, Mashhad, Iran.

# The Texts of the Jurisprudence (Fiqh) of Sale (Bay') from the Perspective of the Fundamentals of Semantics and Pragmatics

Davood Sa'idi<sup>1</sup>

Tahir Ali Muhammadi<sup>2</sup>

Karim Kokhaizadeh<sup>3</sup>

Tahirah Afshar<sup>4</sup>

## Abstract

Sale (Arabic: البَيْع, romanized: Al-Bay') is known as one of the most important contracts in the field of jurisprudence and civil Code in Iran. The laws and regulations of this contract are rooted in jurisprudential fundamentals, due to its long history in the Islamic legal system. Jurists (Arabic: فُقُهَاء, romanized: fuqahā') since long ago, as well-versed linguists, have consciously or unknowingly applied some semantic and pragmatic principles in the form of the fundamentals of inference of jurisprudential rulings to discover the meanings of the intention of Shāri' (the Legislator) and the experts in the field of jurisprudence. The authors in the present article, have sought to explain the semantic and pragmatic principles of bay' as a prominent example of jurisprudential texts among a variety of religious texts. It seems that some semantic principles, along with the rules of pragmatics, such as circumstantial interpretation and intertextuality, have been used in determining the correct and desired meaning of Shāri' or the intention of the jurists. Discovering meaning by removing lexical, group, and structural ambiguities through resorting to definite perceptions, intralinguistic (intralingual) context, the principle of circumstantial interpretation, semantics of the possible world, intertextuality in the form of a theory and in a coherent way, in contrast to some of uṣūl al-fiqh or principles of jurisprudence (Arabic: أُصُولُ الْفِقْهِ), are among the most important of these principles and linguistic rules.

**Keywords:** Sale (Arabic: البَيْع, romanized: Al-Bay'), Definitive perception, Context, circumstantial interpretation, Possible world, Intertextuality.

---

<sup>1</sup>. Ph.D. Student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, University of Ilam, Ilam. Iran.

<sup>2</sup>. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Ma'ārif, University of Ilam, Ilam, Iran (Corresponding Author).

<sup>3</sup>. Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Ma'ārif, University of Ilam, Ilam, Iran.

<sup>4</sup>. Assistant Professor, Department of English Language and Literature, University of Ilam, Ilam, Iran.

## Explaining the Possibility of the Effect of the Contract Compared to the Past in the Light of 'Allāma Ṭabāṭabā'i's Theory of Fictions

Mohsen Esmaeili<sup>1</sup>

Amir Abbas Askari<sup>2</sup>

### Abstract

Concluding a contract usually has an effect on the future. It cannot be expected to have complete effects until a contract has been formed and completed, and it will be effective when all its components are completed and ready to be effective. The contract in question will have its effects after completion and for the future in this case. However, according to some expediencies, the parties to the contract may agree to extend the effect of the contract to the past in order to achieve their interests. The purpose of this study is to investigate whether the agreement of the parties on the generalization of the effects of the contract or its discharge in relation to the past is correct or invalid in terms of philosophical foundations. Therefore, the main question is what is the legal status of the parties' agreement to generalize the effect of the contract compared to the past? The hypothesis is that legal propositions are not necessarily subject to the rules governing natural affairs. Legal propositions should be interpreted in a customary-rational way, and from this point of view, agreement on the effect of the contract in the past is correct and valid. The library resources in this article have been used with an analytical-descriptive method and it was concluded by using 'Allāma Ṭabāṭabā'i's theory of fictions that it is possible to generalize the effects of the contract to the past due to the fictionality of legal propositions and the necessity of using the customary-rational interpretation method of issues in this field. Therefore, the parties to the contract can extend the effects of the conclusion of contract and its dissolution to the past.

**Keywords:** *Retroactive effect, Subjective consideration, Fictitiousness, Contract, Theory of fictions.*

---

<sup>1</sup>. Associate Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran.

<sup>2</sup>. Ph.D. in Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran (Corresponding Author).

# **The Fundamentals of the Minimal Criminalization Approach in Criminal Jurisprudence With an Emphasis on the Principle of Minimum Criminal Law**

Sayyid Hassan 'Alavi<sup>1</sup>

## **Abstract**

“Criminalization”, as one of the important tools of criminal policy, expresses a process by which criminal behavior is described and the state’s criminal intervention is justified within that framework. One of the important issues in criminal law is “criminalization and its extent”. A new approach to the use of the penal system was formed due to the failure of the punishment system to deal with delinquency and its undesirable functions, including the restriction of individual freedoms, imposing a lot of costs on the government and disrupting the judicial system. It is attempted in this approach to minimize criminal intervention and prioritize the use of non-criminal methods. The present study, using a descriptive and analytical method, examines the fundamentals of the minimal criminalization approach in criminal jurisprudence based on the “principle of minimal criminal law” (the principle of minimum intervention) as the most important principle in this type of criminalization and has reached the conclusion that issues such as the “principle of permissibility” (Arabic: أصالة الإباحة), “principle of presumption of innocence” (Arabic: أصالة البرائة), “the principle of non-guardianship and domination” (no one is presumed to have the position of a guardian over another person), and “the principle of attention to morality” can be considered as the fundamentals of the minimal approach of criminalization in criminal jurisprudence.

**Keywords:** *Principle of minimum of the criminal law, Criminalization, Principle of presumption of innocence, Principle of permissibility, Rule of domination.*

---

<sup>1</sup>. Ph.D. in Criminal Law and Criminology, Higher Institute of Humanities, Al-Mustafa International University, Mashhad, Iran.

# Challenges of Judicial Security and Strategies to Solve Them With Emphasis on the Principle of Rule of Law From the Perspective of Jurisprudence and Law

Muhammad Ali Haji Dhabadi<sup>1</sup>

Muhammad Jawad Samimi<sup>2</sup>

## Abstract

One of the fundamental rights of citizens is judicial security in the criminal procedure process, which means the protection of the rights of individuals in the procedural process and their access to justice. Judicial security manifests at two levels: objective and subjective. The objective level means the absence of any practical obstacles and threats in achieving the mentioned situation, and the subjective level means that there is no feeling of any fear of not achieving one's rights in the procedural process, which is the result of legal warranties, including the principle of the rule of law. Therefore, the challenges of judicial security are such as political, legal, judicial, and social factors that seriously hinder the realization of judicial security in both objective and subjective dimensions and deprive citizens of this fundamental right. This article aims to explain these challenges and provide solutions to them by focusing on jurisprudential and legal sources and emphasizing the principle of the rule of law (principle of legality). The findings of the research show that solutions such as judicial independence, monitoring the performance of judges and the judicial system, the accessibility of the courts, and especially the principle of the rule of law play a special role in solving these challenges.

**Keywords:** *Judicial security, Challenges and solutions, Principle of Rule of Law, Jurisprudence (Arabic: فقه, Fiqh), Legal System of Iran.*

---

<sup>1</sup>. Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Qom University, Qom, Iran and the Group Manager of the Law Department of the Higher Institute of Humanities of Al-Mustafa International University, Qom, Iran (Corresponding Author).

<sup>2</sup>. Ph.D. Student in Criminal Law and Criminology, Higher Institute of Humanities, Al-Mustafa International University, Qom, Iran.

# The Jurisprudential-Legal Pathology of Mawqūfāt (the Properties Endowed) by Relying on the Customary Wages

## (The Case Study of the City of Meybod)

Sayyid Muhammad Reza Tarashiun<sup>1</sup>

Hussein Abedini<sup>2</sup>

### Abstract

The assistance of the Islamic society is one of the goals of waqf (Arabic: الوَقْف), the realization of which depends on the perfect role of the components, and its efficiency will be reduced or completely destroyed as long as a problem is faced by it. The necessity of continuing to benefit from mawqūfāt (the properties endowed) is the recognition of the “harms of the life of naked ownership”. The present study has identified the damages by using the case study method of “Meybod city of Yazd province”, after compiling the information of semi-structured interviews with experts in the field of awqāf and library resources. The most important damages can be categorized by considering the damages that are caused by the four main factors of “waqif” (Arabic: واقف, the donor), “custom” (Arabic: عُرْف), “Administration of Awqāf” (Persian: اداره اوقاف) and “government”, in cases such as “lack of scrutiny in the preparation of waqf document, institutionalization of inappropriate opinions such as customary wages rights, lack of ideal efficiency of the Awqāf organization, and non liquet (commonly known as lacuna in the law) such as the lack of a specified adjudication system”. These are the authors’ suggestions for the realization of the ideal and goal of endowment: “Enculturation through explaining the concepts related to endowments or Awqāf”, “more supervision of the lease contracts of mawqūfāt or the properties endowed in order to violate the rights of mawqūfāt or the properties endowed resulting from the customary wages rights and explaining the right of the public affairs of wages rights to the public”, “re-revision of the legislature in the regulations related to waqf to avoid non liquet (commonly known as lacuna in the law)”, “updating the revenues resulting from mawqūfāt or the properties endowed, such as underwriting in designing new formats for obtaining them”, and “paying more attention to human resources in Administration of Awqāf”.

**Keywords:** *Pathology, Administration of Awqāf, Meybod County, Customary wages rights, Governments.*

---

<sup>1</sup>. M.A. Student in Private Law, Department of Law, Faculty of Theology and Islamic Ma’aref, Meybod University, Yazd, Iran.

<sup>2</sup>. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Theology and Islamic Ma’aref, Meybod University, Yazd, Iran (Corresponding Author).

# ENGLISH ABSTRACTS

**In the Name of Allāh, the Most Gracious, the Most Merciful**  
**Biannual Journal**

**Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law**

*Vol. 18 – No. 49 – Spring & Summer 2024*

Al-Mustafa (PBUH) International University

**Publisher:** Al-Mustafa International University

**Place of Publication:** Al-Mustafa International University – Khorasan

**Jāmi‘at al-Muṣṭafá al-‘Ālamīyyah – al-Khurāsān**

**Director-in-Charge:** Rūhollāh Sa‘īdī Fāḍil

**Editor in Chief:** Karīm ‘Abdollahī Nijād

**Editorial Board:**

Karīm ‘Abdollahī Nijād

**Professor of Ferdowsi University of Mashhad**

Muḥammad Fākīr Meybudī

**Professor, Al-Mustafa International University**

Muḥsin Malik Afḍalī Aradakānī

**Professor, Al-Mustafa International University**

Ḥusayn Ḥātāmī

**Professor, Teejart University, Turkey**

Yaqūb ‘Alī Burjī

**Associate Professor, Al-Mustafa International University**

Muḥammad ‘Alī Khursandīyān

**Associate Professor of Shiraz University**

‘Abbās ‘Alī Sulṭānī

**Associate Professor, Ferdowsi University of Mashhad**

**Executive Manager:** Sayyid Muḥammad Maḥdī Ḥusaynī

**Executive Director:** Muḥammad Ḥusayn Gulyārī

**Editor:** Sayyid Ṣādiq Ḥaydarī      **Translator:** Muḥammad Ḥusayn Gulyārī

**Print run:** 100 copies      **Price:** 1,000,000 IRR

**Address:** Mashhad–Shahid Modarres Blv, Shahid Modarres 1, Al-Mustafa International University, 7<sup>th</sup> floor,  
Research Department

**Phone:** (+98)51-32211821 – **Fax:** (+98)51-32217167 – **Postal Code:** 9133936316

**Printed by: Al-Mustafa Digital Printing House**