



مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق

دوره ۱۸، شماره ۲، پیاپی ۵۰،
پاییز و زمستان ۱۴۰۳

مدیر اجرایی

سید محمد مهدی حسینی

کارشناس اجرایی

محمد حسین گلباری

مترجم چکیده‌های انگلیسی

محمد حسین گلباری

ویرایش و صفحه‌آرایی

پیرایش قلم

نشانی وبگاه

<https://fvh.journals.miu.ac.ir>

تیراژ: ۱۰۰ نسخه

قیمت: ۱,۰۰۰,۰۰۰ ریال

نشر: چاپخانه دیجیتال المصطفی

نشانی

مشهد، بولوار شهید مدرس،

نیش مدرس ۱، طبقه هفتم،

جامعه المصطفی علیه السلام العالمیه،

معاونت پژوهشی

راه‌های ارتباطی

تلفن: ۵۱-۳۲۲۱۱۸۲۱ (+۹۸)

نمبر: ۵۱-۳۲۲۱۷۱۶۷ (+۹۸)

کد پستی: ۹۱۳۳۹۳۶۳۱۶

صاحب امتیاز: جامعه المصطفی علیه السلام العالمیه

محل انتشار: نمایندگی جامعه المصطفی علیه السلام در خراسان

مدیر مسئول: روح‌الله سعیدی فاضل

سردبیر: کریم عبداللہی نژاد

هیئت تحریریه

کریم عبداللہی نژاد (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

محمد فاکر میبیدی (استاد جامعه المصطفی علیه السلام العالمیه)

محسن ملک‌افضلی اردکانی (استاد جامعه المصطفی علیه السلام العالمیه)

حسین حاتمی (استاد دانشگاه تجارت استانبول)

یعقوب‌علی برجی (دانشیار جامعه المصطفی علیه السلام العالمیه)

محمد علی خورسندیان (دانشیار دانشگاه شیراز)

عباس‌علی سلطانی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

زمینه انتشار

این نشریه در زمینه فقه اسلامی منتشر می‌شود و در صدد است با ایجاد و بسط فضای علمی و پژوهشی، به تحلیل، نقد و بررسی اندیشه‌های فقهی پرداخته و با طرح موضوعات و مسائل نوین فقهی و حقوقی، به چالش‌های فکری فراروی انسان امروز، خصوصاً در جهان اسلام، پاسخ دهد.

تأییدیه علمی

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.

نشریه مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق با انجمن علمی فقه و حقوق شهر وندی همکاری دارد.

آراء و دیدگاه‌های مطرح‌شده در این نشریه لزوماً بیانگر رأی و دیدگاه نشریه نیست.

نشریه در ویرایش آثار ارسالی آزاد است.

نقل هرگونه مطلب از نشریه مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق با ذکر منبع بلامانع است.

این مجله در پایگاه‌های زیر نمایه می‌شود:

پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (isc.ac)

پایگاه نشریات جامعه المصطفی علیه السلام العالمیه

(journals.miu.ac.ir)

پایگاه نمایه‌سازی بین‌المللی سوندی دوآج (doaj.org)

پایگاه مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (sid.ir)

پایگاه مجلات تخصصی نور (noormags.ir)

بانک اطلاعات نشریات کشور (magiran.com)

گوگل اسکولار (scholar.google.com)

فهرست مقالات

- ۵..... الگوی مراتب اطاعت از والدین در تحلیل و بررسی دیدگاه فقهای اسلامی
حسین حاجی‌پور، حسین دلدار و مرضیه علیزاده ایوری
- ۲۵..... درنگی در کیفیت ادای سوگند استظهاری توسط وارث صاحب حق «موضوع ماده ۲۷۹ قانون آ.د.م.»
صدیقه حاتمی، طاهر علی‌محمدی و کریم کوخایی‌زاده
- ۴۵..... تحلیل عنصر مادی جرم تبانی علیه امنیت
حسن‌رضا فهیمی و عبدالرضا جوان‌جعفری بجنوردی
- ۶۵..... تطبیق عناصر غصب بر حقوق مالکیت فکری در فقه و حقوق ایران
سید علی علوی قزوینی، سید حسن شبیری زنجانی، سیامک قیاسی سرکی و علی جهانیان
- ۸۵..... امکان‌سنجی تغییر مجازات‌های معین شرعی از منظر فقه اسلامی
سید محمد حسینی، محمدباقر گرایلی، عباس شیخ‌الاسلامی و مرتضی نوروزی
- ۱۰۵..... مصب دعوی؛ به‌مثابه معیاری در توصیف خواهان نسبت به امر موضوعی در دعاوی مدنی (با تأکید بر آرای امام خمینی (ره))
مرتضی کشاورزی ولدانی
- ۱۲۳..... تأملی بر مبانی فقهی ماده ۵۶۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲
عبدالخالق فصیحی، احمد حاجی‌ده‌آبادی و سید حسن وحدتی شبیری
- ۱۳۹..... بررسی فقهی دفاع و حضور مستشاری ایران در منطقه غرب آسیا (با تأکید بر سوریه و عراق)
حسن محسنی و محمد براری
- ۱۵۵..... تطبیقات فقهی حقوقی قاعده غرور در روابط زوجین
سید مجتبی حسینی‌الموسوی و مهناز مولایی
- ۱۷۳..... بررسی قاعده حل تعارض فرزندخواندگی در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی
احمد فدوی، محمد لعل‌علیزاده و محمدرضا تقوی
- ۱۹۳..... تحلیل فقهی لزوم یا جواز بیع معاطاتی در صورت تلف عوضین
احمد صابری‌مجد و سید عبدالرحیم حسینی
- ۲۱۱..... امکان‌سنجی قاعده حلیت طیبات و حرمت خبائث
سید محمود هل‌اتائی
- ۲۳۱..... مبانی مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی در نظام جزایی اسلام
ابراهیم میرزایی، رضا دانشور ثانی و حسنعلی اخلاقی امیری

Model of the Degrees of Obedience to Parents: An Analysis and Examination of the Perspectives of Islamic Jurists

Hossein Hajipour¹, Hossein Deldar², and Marzieh Alizade Ivary³

1. *Corresponding Author*, Assistant Professor, Department of Islamic Studies, Islamic Azad University, Yadegar-e-Imam Khomeini (RA) Branch, City of Rey, Iran. Email: hajipour110@chmail.ir
2. Graduate of Level (Sath) 4 in Islamic Jurisprudence and Principles of jurisprudence (Fiqh and 'Uṣūl al-Fiqh), Qom Seminary (Hawza al-'Ilmiyya), Qom, Iran. Email: hndldar1386@gmail.com
3. M.A. in Exegesis (Tafsīr) and Quranic Studies, Rahpouyan Sayyid al-Shuhadā Institute of Higher Education, Qom, Iran. Email: alizadeh135961@gmail.com

Article Info

Article type:

Research Article

Article history:

Received

12 February 2023

Received in revised form

24 March 2024

Accepted

12 May 2023

Available online

21 December 2024

Keywords:

obedience to parents,
'uqūq,
harming parents ('īdhā'
al-wālidayn),
model of degrees of
obedience,
fiqh

ABSTRACT

Obedience to parents is a topic extensively discussed in Islamic jurisprudence (Fiqh). Jurists hold varying opinions on the obligation (Wujūb) and recommendation (Istihbāb) of obeying parents, or the extent of this obligation, broadly falling into three categories: “absolute obligation of obedience,” “non-absolute obligation of obedience,” and “no obligation of obedience.” Given that aligning viewpoints alleviates confusion for those bound by accountable people (Mukallafūn), a new mechanism for harmonizing these views is necessary. To this end, the research employs an analytical method, comparing the perspectives of Islamic jurists to propose a model of the degrees of obedience to parents. This model, representing the research’s innovation, scrutinizes the themes presented in Quranic verses, traditions (Riwāyāt), and the words of jurists, including instances of obedience, conditions of obedience, and reasons for obedience. Various instances of obedience are categorized, in order, within permissible (Mubāh), reprehensible (Makrūh), recommended (Mustahab), obligatory (Wājib), and forbidden (Ḥarām) matters, indicating the extent of obedience to parents in different contexts.

Cite this article: Hajipour, H., Deldar, H., & Alizade Ivary, M. (2024). Model of the Degrees of Obedience to Parents: An Analysis and Examination of the Perspectives of Islamic Jurists. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 18 (2), 3-24. <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.15251.1724>





الگوی مراتب اطاعت از والدین در تحلیل و بررسی دیدگاه فقهای اسلامی

حسین حاجی پور^۱، حسین دلدار^۲، و مرضیه علیزاده ایوری^۳

۱. نویسنده مسئول، استادیار گروه معارف دانشگاه آزاد اسلامی واحد یادگار امام (ره)، شهر ری، تهران، ایران. رایانامه: hajjipour110@chmail.ir

۲. دانش آموخته سطح چهار فقه و اصول حوزه علمیه قم، ایران. رایانامه: hndldar1386@gmail.com

۳. کارشناسی ارشد تفسیر و علوم قرآن مؤسسه آموزش عالی رهیویان سیدالشهدا، قم، ایران. رایانامه: alizadeh135961@gmail.com

چکیده

اطلاعات مقاله

اطاعت از والدین، از جمله مباحثی است که در فقه اسلامی به آن پرداخته شده است و فقها دربارهٔ وجوب و استحباب یا میزان وجوب آن، دیدگاه‌های مختلفی داشته‌اند که به سه دسته عمده «وجوب اطاعت به صورت مطلق»، «وجوب اطاعت به صورت غیرمطلق» و «عدم وجوب اطاعت» تقسیم می‌شوند. با توجه به اینکه همسویی دیدگاه‌ها باعث رفع سردرگمی مکلفان می‌شود، ضرورت دارد سازوکاری جدید جهت همسویی دیدگاه‌ها ارائه شود. به همین جهت، پژوهش حاضر در صدد آن بوده است که با روش تحلیلی و در مقایسه دیدگاه فقهای اسلامی، الگویی را برای مراتب اطاعت از والدین مطرح نماید. در الگوی مذکور که نشانگر نوآوری پژوهش است، محورهای مطرح در آیات، روایات و کلام فقها، اعم از مصادیق اطاعت، شرایط اطاعت و دلایل اطاعت، مورد مذاقه قرار گرفته و مصادیق مختلف اطاعت به ترتیب در امور مباح، مکروه، مستحب، واجب و حرام دسته‌بندی شده‌اند تا میزان اطاعت از والدین در مسائل مختلف نشان داده شود.

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۲۳

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱/۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۲/۲۲

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۱۰/۱

کلیدواژه‌ها:

اطاعت از والدین،

عقوق،

ایذاء والدین،

الگوی مراتب اطاعت،

فقه

استناد: حاجی پور، حسین؛ دلدار، حسین؛ و علیزاده ایوری، مرضیه (۱۴۰۳). الگوی مراتب اطاعت از والدین در تحلیل و بررسی دیدگاه فقهای

اسلامی. *مطالعات فقه اسلامی و مباحث حقوق*، ۱۸ (۲)، ۳۴-۳۱. <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.15251.1724.34-31>



© نویسنده(گان).

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.

مقدمه

احترام و نیکی به پدر و مادر، فروتنی، شکرگزاری و دوری از شقاوت در برابر آنها از جمله وظایف مهم فرزندان است که در متون دینی بر آنها تأکید شده است (بقره ۸۳؛ اسراء ۲۳، ۲۴؛ لقمان ۱۴؛ مریم ۱۴، ۳۲) و فقها نیز بر آن اتفاق نظر دارند. البته احترام به والدین با اطاعت از والدین یکسان نیست و لذا ضرورت دارد که مرز احترام و اطاعت مشخص گردد. گرچه ممکن است اطاعت از والدین جزو وظایفی دانسته شود که تخطی از آن جایز نیست (سلطانی، ۱۳۷۹، ص. ۱۷۰)، اینکه برخی فقها رعایت آن را تا جایی می‌دانند که به ترک واجب الهی و انجام حرام منجر نشود (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج. ۱، ص. ۲۴۱؛ خمینی، ۱۳۹۱، م. ۶۷۵؛ تبریزی، ۱۳۸۵، م. ۲۲۳۰؛ فاضل، ۱۳۸۶، م. ۲۱۸۸)، نشان‌دهنده آن است که مسئله موردنظر نیازمند تدقیق و تحلیل بیشتر است.

توضیح بیشتر آنکه هرچند در فقه اسلامی حدود اطاعت از والدین تحلیل و بررسی شده است، فقها درباره اصل وجوب اطاعت یا میزان وجوب آن اختلاف نظر دارند. برخی از فقها بر وجوب اطاعت از والدین به صورت مطلق طبق دلیل عقل و نقل، چون حرمت ناسپاسی پدر و مادر، تأکید کرده‌اند و برخی دیگر از فقها اگرچه بر وجوب اطاعت از والدین حکم رانده‌اند، این وجوب را مطلق نمی‌دانند. گروهی دیگر از فقها نیز ضمن نقد استدلال کسانی که بر مطلق بودن لزوم اطاعت از والدین حکم نموده‌اند، عدم وجوب اطاعت از والدین را بر اساس دلایل عقلی و نقلی، نظیر عدم تصریح آیات قرآن به وجوب اطاعت والدین، عدم ولایت شخص بر دیگران، و آزادی و حاکمیت اراده انسان بر خویشتن، مطرح می‌کنند و البته لزوم اطاعت از آنها را محدود به زمان کهنسالی و پیری می‌دانند. همین تفاوت دیدگاه‌ها مبنی بر «وجوب اطاعت از والدین به صورت مطلق»، «وجوب غیرمطلق» و «عدم وجوب اطاعت» تا حدودی باعث سردرگمی مکلفان و عرف جامعه می‌گردد تا نتوانند جایگاه و میزان اطاعت از والدین را به دقت تشخیص دهند. بنابراین ضرورت دارد تا در دیدگاه‌های فقها همسوسازی صورت گیرد. این پژوهش، ضمن توجه به مطلب مذکور، الگویی را برای مراتب اطاعت از والدین مطرح می‌کند که علاوه بر همسوسازی دیدگاه فقها، می‌تواند محورهای اطاعت را بر اساس مصادیق و شرایط و دلایل آن مشخص و دسته‌بندی نماید.

پیشینه تحقیق

احترام به والدین، خدمت به آنها، اطاعت از ایشان، و پرهیز از عقوقشان یکی از دغدغه‌های فقها و سایر اندیشمندان اسلامی در طول تاریخ اسلام بوده و تحقیقات متعددی در این زمینه صورت گرفته است. برای مثال، مفسران قرآن از جمله علی بن ابراهیم قمی، شیخ طوسی، حسن بن فضل طبرسی، فیض کاشانی و علامه طباطبایی، ذیل آیات مرتبط با موضوع از جمله آیه ۵۱ سوره لقمان و آیه ۲۳ سوره اسراء، به نکاتی اشاره کرده‌اند. همچنین فقها در لابه‌لای مباحث فقهی به اهمیت مسئله و برخی فروض آن نظیر بحث از شرط اذن پدر برای واجب شدن جهاد بر فرزند، به برخی نکات مرتبط با این موضوع پرداخته‌اند، اما مباحث نامنتج، ناتمام و گذرا است.

فارغ از دیدگاه فقها و نظر مفسران، آثار قابل توجهی در دهه‌های اخیر نوشته شده است؛ از جمله کتاب *مقام پدر و مادر در اسلام* اثر زین‌العابدین احمدی در سال ۱۳۸۹ و کتاب *اطاعت از والدین* اثر فاطمه زارعی و عبدالمجید سخاوت در سال ۱۳۹۸ و مقاله «بررسی احکام اخلاقی فرمان پدر و مادر از نگاه کتاب و سنت» نوشته علی‌اکبر کلانتری و محمدمهدی اسماعیل‌پور در سال ۱۳۹۶ که به تحلیل آیات و روایات پرداخته‌اند. همچنین پایان‌نامه *گونه‌شناسی تعامل نیکو با والدین از منظر قرآن* نوشته سکینه آخوند در سال ۱۳۹۳ از منظر هنجار اجتماعی ورود به موضوع داشته و مقاله «واکاوی مفهوم اطاعت در عهد عتیق» نوشته عبدالحسین لطیفی نیز به بررسی قوم یهود اهتمام داشته است.

از جهت فقهی و حقوقی هم پایان‌نامه *بررسی فقهی حقوقی اطاعت فرزندان از والدین* نوشته سیده سعیده بطحایی در سال ۱۳۹۴ نظرات فقها را در زمینه اطاعت فرزندان از والدین دسته‌بندی نموده و توضیح داده و مقالات دیگری نظیر «بررسی فقهی اطاعت زوجه از زوج»، نوشته ابوالقاسم علیدوست و مهدی ساجدی، «تحلیل و نقد فقهی - حقوقی ماده ۱۱۷۷ قانون مدنی»، توسط حمزه نظرپور در سال ۱۳۹۹، و مقاله «اطاعت فرزندان از والدین مبتلا به اختلال اضطراب فراگیر» نوشته مجید قندی‌زاده و حمید رفیعی‌هنر در سال ۱۴۰۱ نوشته شده‌اند که هر کدام از زوایای خاصی به مسئله اطاعت از والدین و یا احترام به والدین اهتمام داشته‌اند.

در عین حال، تحقیق مستقل و جامعی که بتوان وجه جمعی برای دیدگاه فقها پیدا کرد و بر اساس آن مراتب اطاعت را تحلیل و دسته‌بندی نمود، یافت نشد. لذا این پژوهش به دنبال آن است تا بتواند الگو و مراتب اطاعت از والدین را بر محورهای مصادیق، شرایط و دلایل ارائه نماید.

چارچوب مفاهیم

برای مفهوم‌شناسی اطاعت از والدین، باید دو واژه اطاعت و والدین را تبیین نمود. اطاعت به معنای فرمان‌برداری، انقیاد همراه با خضوع و رغبت، امرپذیری و همراهی با تسلیم است (ابن‌منظور، ۱۴۰۵، ج ۸، ص ۳۸۰؛ ابن‌فارس، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۴۳۱؛ مصطفوی، ۱۳۸۵، ج ۷، ص ۱۳۷). منظور از والدین در اصطلاح فقهی و حقوقی نیز پدر و مادری هستند که با فرزند خویش دارای نسب شرعی و قانونی‌اند (ابن‌فارس، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۴۳۱) و البته این نسب هنگامی شرعی و قانونی است که پدر و مادر، زمان انعقاد نطفه، دارای رابطه نکاح و زوجیت صحیح اعم از دائم یا موقت باشند. البته اصطلاح «ابوین» هم درباره پدر و مادر به کار می‌رود، اما گاهی هم «اب» معنایی غیر از والد دارد که در قرآن و روایات کاربرد داشته است (بقره ۱۳۳)، مثل جایی که پیامبر می‌فرماید: «أنا و علی ابوا هذه الامة» (فیض کاشانی، ۱۳۷۲، ص ۳۷). «أم» نیز به معنای اصل و ریشه هرچیز برای استعمال در معنای مادر حقیقی، متبادر و مشهور و در معنای دیگر مجاز است که وجه حقیقی (قصص ۷) و مجاز (آل عمران ۷) آن در قرآن کاربرد داشته است. قرآن کریم، با طرح دو گونه اطاعت مطلق و مشروط، اطاعت مطلق را اطاعت از خداوند، رسول خدا و اولی الامر معرفی می‌نماید و نمونه بارز اطاعت مشروط را اطاعت از والدین برمی‌شمارد. احادیث هم بر اهمیت اطاعت از والدین تصریح می‌کنند. به تعبیر پیامبر، رضایت پروردگار در رضایت والدین و نارضایتی پروردگار در نارضایتی آن‌ها است

محدث نوری، ۱۴۰۸، ج. ۱۵، ص. ۱۷۵). هرچند بی‌ادبی در محضر والدین، حتی اگر به گناه دعوت کنند، ممنوع است، اطاعت از آن‌ها مطلق نیست و در امر خلاف و گناه نباید صورت گیرد؛ زیرا به بیان رسول خدا، اطاعت از هیچ مخلوقی در معصیت خالق قرار داده نشده است: «لَا طَاعَةَ لِمَخْلُوقٍ فِي مَعْصِيَةِ الْخَالِقِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج. ۱۶، ص. ۱۵۴). این اصل بر همه اصول و قوانین حاکم می‌باشد.

ایذاء والدین دیگر واژه موردنظر است که در تحلیل اطاعت از والدین مؤثر است. ایذاء و اذیت به معنای آزرده و ناراحتی‌های کوچک (فیروزآبادی، ۱۴۱۵ق، ج. ۴، ص. ۳۱۷) و در اصطلاح به رفتارهایی اطلاق می‌شود که موجب آسیب یا درد و رنج جسمی یا آسیب و آزرده‌گی روحی‌روانی گردد، بدون آنکه عرفاً و اصطلاحاً، ضرب و جرح به شمار آیند (نظریور و علی‌محمدی، ۱۴۰۰، ص. ۴۵۹). همچنین عقوق والدین به معنای نافرمانی و سرکشی از پدر و مادر و بریدن از ایشان می‌باشد (ابن‌منظور، ۱۴۰۵، ج. ۱۰، ص. ۲۵۶؛ کلینی، ۱۳۵۰، ج. ۱، ص. ۲۲؛ فیض کاشانی، ۱۴۱۵، ج. ۱، ص. ۷۳) و عاق والدین در مورد فرزندی است که پدر و مادر از او ناراضی بوده و او را نفرین کرده باشند (صدر، ۱۳۸۹، ج. ۱۱، ص. ۳۳۳). معصیت، خلاف اطاعت الهی (ابن‌منظور، ۱۴۰۵، ج. ۹، ص. ۲۵۱؛ شرتونی، ۱۳۷۷، ج. ۳، ص. ۵۶۸) و در صورت تعمد در سرپیچی، با نوعی عناد و دشمنی همراه است. در مقابل ایذاء و عقوق والدین، احسان و برّ به والدین به معنای نیکی و سود رساندن به پدر و مادر مطرح می‌شود که در تعیین و تحلیل محدوده اطاعت از والدین مؤثر است.

الگوی مراتب اطاعت از والدین، مفهوم دیگر این پژوهش است که از تحلیل و بررسی دیدگاه فقها و بر اساس اولویت‌بندی، طبق محور مصادیق اطاعت از والدین، شرایط اطاعت و دلایل اطاعت به دست می‌آید. در واقع الگوی مراتب اطاعت از والدین، وجه جمع دیدگاه فقها و راهنمای عمل مکلفان نسبت به محدوده اطاعت از والدین است.

بیان دیدگاه فقها درباره اطاعت والدین

در مورد اطاعت از والدین، سه دیدگاه میان فقها وجود دارد که در ادامه به آن‌ها اشاره می‌شود.

وجوب مطلق اطاعت

برخی فقها، نظیر شهید اول، کاشف‌الغطا و محقق اردبیلی، وجوب اطاعت از والدین را مطلق دانسته‌اند. شهید اول معتقد است فرمان‌برداری والدین حتی در امور مشکوک و مشتبه واجب است و اگر آن‌ها دستور دهند که فرزند با آن‌ها غذا بخورد و فرزند احساس کند که غذا شبهه‌ناک است، باید غذا را تناول کند؛ زیرا اطاعت از والدین واجب است، درحالی‌که پرهیز از مال مشتبه مستحب است (شهید اول، ۱۳۷۲، ج. ۲، ص. ۴۷). کاشف‌الغطا هم والدین را جزو مفترض‌الطاعه «شارع، سید، ولی، والدین» برشمرده و صدور هر امری از مفترض‌الطاعه را بر وجوب حمل می‌کند (کاشف‌الغطا، ۱۴۲۲، ج. ۱، ص. ۱۵۵). محقق اردبیلی هم تصریح می‌کند که «عقل و نقل بر حرام‌بودن ناسپاسی پدر و مادر گواه می‌باشند و وجوب اطاعت از والدین

از طریق آیات و روایات استفاده می‌شود و بعضی از علما بر وجوب اطاعت از والدین به صراحت فتوا داده‌اند» (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱، ص ۳۸۰).

وجوب اطاعت فی الجمله

عده کثیری از فقها وجوب اطاعت والدین را فی الجمله و در برخی از موارد معرفی می‌کنند و حتی میرزای قمی بر این مطلب ادعای اجماع کرده، می‌گوید: «وجوب اطاعت والدین در غیر امر به معاصی و نهی از واجبات فی الجمله اجماعی است و ظاهراً هریک از افعال مباحه که والدین راضی نباشند، نباید انجام داد، مگر اینکه ترک آن ضرر دینی و یا دنیوی به فرزند برساند» (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۲۴۰). ملا احمد و ملامهدی نراقی فرمان برداری از والدین و طلب خشنودی آن‌ها را به جز در فعل حرام یا ترک واجب عینی، واجب می‌دانند (احمد نراقی، ۱۳۷۸، ص ۵۳۵؛ مهدی نراقی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۲۶۶).

عدم وجوب مطلقاً

در مقابل دیدگاه‌های مذکور، عده دیگری از فقها، مثل آقاضیاء عراقی، نائینی و صاحب جواهر، اصولاً اطاعت از والدین را از جهت اینکه امر والدین است، لازم‌الاتباع نمی‌دانند، بلکه به حکم آیات و روایات، حرمت آزار و اذیت والدین از قبیل ضرب و دشنام را مطرح می‌کنند و معتقدند اگر در برخی مسائل، مانند نهی از سفر، اطاعت والدین واجب می‌باشد، به خاطر اذیت و آزار آن‌هاست و از باب امر آن‌ها نیست. طبق دیدگاه صاحب جواهر و نائینی، اگر والدین به فرزند دستور بدهند نماز خود را به جماعت بخواند برای فرزند واجب نمی‌باشد و همچنان اگر فرزند بدون اذن والدین روزه مستحبی بگیرد، روزهاش صحیح است و اگر بدون اذن آن‌ها مسافرت کند، در صورتی که موجب آزار و اذیت آن‌ها نشود، سفرش حرام نمی‌باشد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۱۷، ص ۱۱۹؛ نائینی، ۱۳۶۷، ج ۲، ص ۳۵۸). آقا ضیاء عراقی نیز می‌فرماید: «به طوری که مخالفت فرزند با آنان باعث رنجش آن‌ها شود و بدین وسیله در فحواوی عموم آیه «... فَلَا تُقَلِّ لِهَمَّاهُ أَف» داخل شود و گرنه دلیلی بر وجوب اطاعت از آنان وجود ندارد» (عراقی، ۱۳۳۸، ص ۲۲۴).

ادله وجوب و عدم وجوب اطاعت

دیدگاه فقها درباره وجوب و عدم وجوب اطاعت بر دلایلی مبتنی است که در ادامه بیان می‌شود و سپس محل نزاع تحلیل می‌گردد.

ادله وجوب اطاعت

قائلان به وجوب اطاعت از والدین به آیات الزام به احسان در قرآن استناد می‌کنند و معتقدند احسان به معنای اطاعت نیز می‌آید (مکارم شیرازی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۲۲۶؛ ج ۱۲، ص ۷۴). در آیه ۸۳ سوره بقره، اول احسان به والدین، سپس اطاعت از ایشان را متذکر می‌شود (طباطبایی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۲۲). همچنین در قرآن کریم بعد از مسئله توحید و نهی از شرک، چهار مرتبه سفارش به پدر و مادر شده است (قرآتی، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۴۳۲) که این بهترین دلیل برای گناه بزرگ رعایت نکردن حقوق والدین بعد از شرک به

خداست (طباطبایی، ۱۴۱۷، ج. ۱۳، ص. ۸۳). آیه ۲۳ سوره اسراء هم علاوه بر وجوب احسان، از «اف» و «نهر» برحذر می‌دارد؛ «اف» به معنای انزجار و «نهر» به معنای رنجاندنی است که با دادزدن و درشت سخن گفتن انجام می‌گیرد (طباطبایی، ۱۴۱۷، ج. ۱۳، ص. ۸۴).

قائلان به وجوب اطاعت همچنین معتقدند طبق آیات ۱۴ و ۱۵ سوره لقمان، هر انسانی مأمور به شکرگزاری نسبت به والدین است و با توجه به اینکه شکر، همان اطاعت از منعم است و آیه دو شکر در برابر خدا و در برابر والدین را واجب کرده است، شکر خدا را به اطاعت و عبادت و شکر والدین را به نیکی و خدمت تفسیر کرده‌اند (طبرسی، ۱۳۷۲، ج. ۸، ص. ۴۹۵). به تعبیر علامه طباطبایی، با توجه به عبارت «وَاتَّبِعْ سَبِيلَ مَنْ أَنْابَ إِلَيَّ» و اینکه انسان باید راه کسی را پیروی کند که به سوی خدا روی آورده است، اگر والدین در صراط مستقیم قدم نهاده باشند، فرزند باید از آن‌ها در این راه پیروی کند (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج. ۶، ص. ۲۱۷).

قائلان به وجوب اطاعت می‌گویند روایات متعددی درباره احسان به والدین و بلافاصله بعد از آن درباره عدم اطاعت در معاصی بیان شده است. به‌عنوان نمونه، امام رضا علیه‌السلام نیکی به پدر و مادر را واجب می‌شمارد، هرچند مشرک باشند، اما اطاعت از ایشان را در معصیت پروردگار جایز نمی‌داند (حر عاملی، ۱۴۲۴، ج. ۱۶، ص. ۱۵۵). از این دست روایات می‌توان اطاعت را به‌عنوان بخشی از احسان در نظر گرفت. از احادیثی که تصریح می‌کنند عاق والدین بوی بهشت را استشمام نمی‌کند، نیز همین نتیجه به دست می‌آید (کلینی، ۱۳۵۰، ج. ۲، ص. ۳۴۹). منظور از نیکویی به والدین اطاعت ایشان است و از نظر گفتار و رفتار مدارا کردن با آنان می‌باشد. همچنین فرمایش رسول خداست که می‌فرماید: «لَا تُشْرِكْ بِاللَّهِ شَيْئًا وَ إِنْ حُرِّقَتْ بِالنَّارِ أَوْ عُدَّتْ إِلَّا وَ قَلْبِكَ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ. وَ وَالِدَيْكَ فَاطِعُهُمَا وَ بَرَّهُمَا حَيِّينَ كَأَنَّا أَوْ مَيِّتِينَ وَ إِنْ أَمْرَاكَ أَنْ تَخْرُجَ مِنْ أَهْلِكَ وَ مَالِكَ فَافْعَلْ فَإِنَّ ذَلِكَ مِنَ الْإِيمَانِ» (کلینی، ۱۳۵۰، ج. ۲، ص. ۱۵۸). در این حدیث، فعل امر «فَأَفْعَلْ» که ظاهر در وجوب است، نشان می‌دهد پیامبر به اطاعت والدین دستور داده است و چون متعلق امر ذکر نشده، دلالت بر عموم دارد. همچنین روایتی از امیرمومنان است که می‌فرماید: «أَمَرَ النَّاسَ بِطَاعَتِهِمَا» (کلینی، ۱۳۵۰، ج. ۱، ص. ۴۲۸). طبق تصریح امام، مردم مأمور به اطاعت والدین هستند. عقل نیز با ملاحظه وجوب شکر منعم و با لحاظ اینکه جایگاه پدری اقتضای وجوب اطاعت پدر بر فرزند را فی‌الجمله داراست، حکم به وجوب اطاعت از والدین می‌نماید. البته اگر در مصداقیت وجوب اطاعت والدین نسبت به شکر منعم مناقشه شود، نوبت به شک می‌رسد که آیا اطاعت والدین واجب است یا خیر. به این ترتیب، بحث حق اطاعت به میان می‌آید و به‌حسب دریافت عقل عملی دریافت می‌شود که حق اطاعت الهی تنها به تکالیفی که از طریق قطعی به دست مکلف رسیده باشد، منحصر نیست؛ بلکه حتی تکالیف ظنی و احتمالی را در بر می‌گیرد، چه این تکالیف در متن واقع صادر شده باشد یا خیر، مگر آنکه مکلف احراز کند خداوند با ترک احتیاط به او ترخیص داده است. دلیل مدعی مذکور آن است که عقل عملی ضرورت حفظ عالی‌ترین حد متصور حرمت الهی و قیام به تمامی لوازم احترام و تعظیم و تقدیر الهی را در می‌یابد؛ چه بر اساس مبنای وجوب شکر منعم و یا مبنای مالکیت حقیقی که با آفرینش تحقق یافته است. تردیدی نیست که از جمله مراتب احترام و تجلیل شخص این است که تمام آنچه را که مکلف

احتمال می‌دهد مراد اوست، انجام دهد. البته کسی هم که مولویت خداوند را در تکالیف ظنی و احتمالی نمی‌پذیرد، باید بر مدعای خود اقامه برهان کند. سیره متشرعه نیز که نتیجه بیان شرعی و کاشف و آشکارکننده شرع و فراتر از سیره عقل است، در اطاعت از والدین حکم صادر می‌کند و رفتاری را که باعث ناراحتی و آزار والدین است، تقبیح می‌کند (سجادی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص. ۱۵۵۱).

ادله عدم وجوب اطاعت

قائلان به عدم وجوب معتقدند وجوب اطاعت از والدین را نمی‌توان با تمسک به آیات قرآنی استنباط و اثبات نمود؛ زیرا وجوب اطاعت والدین در هیچ‌یک از آیات قرآن نیست (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۱۷، ص. ۱۱۹؛ عراقی، ۱۳۳۸، ص. ۲۲۴؛ نائینی، ۱۳۶۷، ج ۲، ص. ۳۵۸) و بلکه یک آیه شریفه بر الزام به عدم اطاعت در امر آن‌ها به شرک تصریح می‌کند، آنجا که می‌فرماید: «وَإِنْ جَاهِدَاكَ لِتُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا» (عنکبوت ۸). در اینجا، شارع مقدس می‌فرماید: «اگر ایشان تو را به شرک وادار کردند، حق اطاعت نداری»، اما مفهومش این نیست که اگر در غیر این مورد امر یا نهی کردند، اطاعتشان واجب باشد (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۶، ص. ۶۳۲). این مسئله از قبیل شرط محقق موضوع است؛ یعنی حرمة الاطاعة در فرضی است که آن‌ها بخواهند او را وادار به شرک کنند، اما اگر چیزی نگویند و سالبه به انتفاء موضوع باشد، دیگر موضوعی برای اطاعت باقی نمانده است. مصداق دیگر، امر آن‌ها بر غیر شرک است که طبق دلالت آیه، چون اطاعت حرام نیست، مفهوم آیه وجوب الاطاعة را در این مصداق نمی‌رساند.

همچنین آن‌ها معتقدند آیاتی که به نحوی بر لزوم اطاعت دلالت می‌نمایند، از سوی آیات دیگر تقیید خورده‌اند و آیاتی هم که برای اثبات وجود اطاعت والدین مورد استناد قرار گرفته‌اند (اسراء ۲۳)، تنها شامل والدینی می‌شود که به سن پیری و کهولت رسیده باشند (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۶، ص. ۶۳۲). یکی دیگر از ادله قائلان به عدم وجوب اطاعت، اصل عدم ولایت شخص بر دیگران است که عدم سلطه و پرهیز از تضییع حقوق دیگران در همه متون دینی دیده می‌شود و لذا هرگونه سیطره بر دیگران استثناء بر اصل بوده و دلیل و مجوز می‌خواهد (اصل ۵۶ قانون اساسی). ولایت اولیای خاص بر محجورین از صغار و اشخاص غیررشید و مجانین یا ولایت قیم و غیر آنان، پس از رفع علل و جهات آن، بلافاصله منتفی خواهد بود (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص. ۴۱۱).

اصل آزادی و حاکمیت اراده انسان از دیگر ادله ایشان بر عدم وجوب اطاعت است؛ بدین صورت که انسان آزاد و طبق تصریح قرآن، هرکسی در گرو اعمال خویش است (مدثر ۳۸؛ زمر ۷)؛ چون نتیجه نیک و بدی اعمالش به خودش می‌رسد (اسراء ۱۷) و از آنجاکه خیر و شر به انسان الهام شده است (شمس ۸)، انسان قدرت انتخاب دارد (انسان ۳). ضمن اینکه قرآن اطاعت سه گروه را واجب کرده است: خدا، رسول و اولی الامر، اما اطاعت والدین را نیاورده است (نساء ۵۹).

آن‌ها به ادله قائلان به لزوم اطاعت که اطاعت را از مصادیق احسان و به تبع واجب دانسته‌اند، اشکال وارد می‌کنند و معتقدند، میان مصادیق احسان و لزوم اطاعت، تساوی وجود ندارد تا هر آنچه که احسان به شمار آید، واجب نیز باشد. در واقع در آیات و روایات مورد استناد، چیزی از لزوم اطاعت به میان نیامده

است، بلکه بر لزوم رفتار نیکو و حرمت ایذاء تأکید شده است. اشکال دیگر ایشان آن است که احسان، بر اساس روایات متعدد، ظهور در اخلاقیات دارد و دلالتی بر وجوب ندارد؛ از نظر اخلاقی، هر نوع احسانی راجح است، اما از نظر فقهی تنها احسانی وجوب دارد که ترک آن باعث ایذاء والدین شود.

تأمل در محل نزاع و گزینش دیدگاه درست

به نظر می‌رسد تفاوت دیدگاه‌های موجود دربارهٔ وجوب اطاعت از والدین و عدم وجوب و محل نزاع آن‌ها به پیش‌فرض ایشان دربارهٔ اطاعت و ایذاء برمی‌گردد که آیا مسئله بر اطاعت از والدین دلالت دارد یا تنها بر حرمت ایذاء ایشان.

اولین محور برای تبیین مسئله، عاق والدین است. در آموزه‌های اسلامی، دربارهٔ نافرمانی از پدر و مادر و آزدن و عقوق آنان، هشدارهای شدیدی داده شده و از آزدن ایشان پرهیز داده شده است و معصومان تأکید کرده‌اند عاق والدین بوی بهشت را استشمام نخواهد کرد (کلینی، ۱۳۵۰، ج ۲، ص ۳۴۹) و جایگاه او جهنم است (کلینی، ۱۳۵۰، ج ۲، ص ۳۴۸). علامه مجلسی در شرح کتاب اصول کافی دربارهٔ معنای عاق والدین می‌گوید: «عقوق والدین به این است که فرزند، حرمت آن‌ها را رعایت نکرده و بی‌ادبی نماید؛ آن‌ها را به سبب گفتار یا رفتاری برنجاند و آزار و اذیت کند و در چیزهایی که منع شرعی و عقلی ندارد، از آن‌ها نافرمانی کند» (مجلسی، ۱۳۶۳، ج ۱۰، ص ۳۷۱).

طبق فرمایش امام صادق علیه‌السلام، کمترین ناسپاسی والدین، گفتن «اف» است و نگاه تند به پدر و مادر، محزون ساختن آن‌ها، و ترک وظایف حتمی در قبال آن‌ها مثل برآورده‌نکردن نیازهای مالی والدین در صورت فقر نیز از موارد عاق شدن فرزندان معرفی شده است. امام علیه‌السلام وظیفهٔ واجب فرزند را در مقابل پدر و مادر نسبت به کارهایی که مربوط به والدین است، دو مورد معرفی می‌کند. مورد اول احسان به آن‌ها و تأمین نیازهای زندگی‌شان در صورت فقر و همچنین برآوردن خواسته‌های آن‌ها به اندازهٔ معمول است؛ یعنی به مقداری که طبع بشری آن را اقتضا می‌کند و ترک آن مقدار، ناسپاسی نسبت به رفتارهای خوب پدر و مادر با او به حساب می‌آید. البته امام تأکید می‌کند این احسان با توجه به مختلف بودن حال پدر و مادر از نظر وضعیت مالی و جسمی، فقیر بودن یا فقیر نبودن، قوت و ضعف بدنی و مانند آن فرق می‌کند. مورد دومی که امام معرفی می‌کند، برخورد نیک با آنان و بی‌ادبی نکردن نسبت به آنان است، چه از نظر نوع گفتار و چه از جهت برخورد و رفتار؛ حتی اگر والدین به او ظلم کرده باشند (کلینی، ۱۳۵۰، ج ۱). همچنین امام علیه‌السلام وظیفهٔ فرزند را در مقابل پدر و مادر نسبت به کارهایی که مربوط به فرزند می‌شود، دو مورد معرفی می‌کند. اول آنکه اگر اذیت شدن آنان از روی دلسوزی و شفقت به حال فرزندشان باشد، در این صورت، بر فرزند حرام است چنین مخالفتی را با خواستهٔ آنان انجام دهد؛ چه پدر یا مادر او را از آن عمل نهی کرده باشند یا وی را به انجام عملی امر کرده باشند یا آنکه فقط از مخالفت او با خواسته‌شان اذیت شوند؛ بنابراین اگر فرزند با دوستانی معاشرت دارد که والدین از این ارتباط فرزندشان با او رنج می‌برند و قلباً آزرده‌خاطر می‌شوند، بر فرزند ترک این رفاقت واجب است، هرچند والدین او را از این معاشرت نهی نکرده باشند. مورد دوم آنکه اذیت شدن آنان از روی دلسوزی و شفقت به حال فرزندشان نباشد، بلکه در

امر و نهی نسبت به فرزند تنها مصلحت خود یا نفع شخصی‌شان را در نظر داشته باشند، در این صورت مخالفت با آنان جایز است؛ البته باید دقت نمود این مخالفت و نافرمانی نباید به‌گونه‌ای باشد که خلاف وظیفه معاشرت به معروف و برخورد نیک با آنان محسوب گردد. همچنین اگر والدین به‌علت صفات بد و خصلت‌های نکوهیده و رذایل اخلاقی، از عمل به معروف نهی نموده و به منکر امر نمایند، اطاعت آنان واجب نیست. و نیز در تمام مواردی که پدر یا مادر خواسته حرامی را از او می‌خواهند، فرزند نباید آن را انجام دهد و مخالفت با آنان وقتی امر به ترک واجب الهی یا امر به ارتکاب حرام الهی می‌نمایند، واجب است؛ بنابراین اگر پدر و مادر به فرزند خود امر کنند که نماز نخواند یا روزه نگیرد یا حجاب را در مقابل نامحرمان رعایت نکند و یا با یادگیری مسائل شرعی لازم فرزندشان مخالف باشند، فرزند نباید خواسته آنان را اطاعت کند و چنانچه والدین از این بابت اذیت شوند چنین اذیت شدنی اثری برای فرزند ندارد (سیستانی، ۱۳۹۶، ج ۲، ص ۵۱۹).

مقوله احسان، محور دیگری است که می‌تواند به بحث کمک کند. در قرآن کریم بیش از ۲۳ بار از احسان و نیکی به پدر و مادر سخن به میان آمده است و برخی آیات، احسان به والدین را در کنار عبادت خداوند و یکتاپرستی کرده‌اند و همین نشان‌دهنده آن است که احسان به والدین منحصر در احترام و مصادیق این جنبی نیست که از جهت اخلاقی نسبت به همه شایسته و بلکه بایسته است و البته اطاعت از پدر و مادر، یکی از روشن‌ترین مصادیق احسان به شمار می‌آید، ضمن آنکه برخی مفسران مقدم‌ساختن کلمه «بالوالدین» را بر کلمه «احساناً» دال بر شدت احسان به والدین می‌دانند. همچنین نسبت به «بر» به والدین» برخی از مفسرین «بر» را به معنای نیکوکاری و اطاعت امر والدین و تحصیل خشنودی آن‌ها دانسته‌اند و برخی آن را «سرعت‌گیرنده در اطاعت و محبت والدین و پرهیز از عقوبت ایشان» معنا کرده‌اند. عده‌ای از مفسران «احسان به والدین» را مترادف با «بر» به والدین می‌دانند (معرفت، ۱۴۲۹، ج ۳، ص ۳۳۵). درباره کليدواژه اطاعت و تأکید بر وجوب اطاعت از والدین، روایات متعددی وجود دارد که سخنان امام سجاد در صحیفه سجادیه از جمله آن‌هاست: «پروردگارا، اطاعت از پدر و مادرم و نیکی به آنان را در نظر من از خواب شیرین برای انسان خواب‌آلوده، آرامش‌بخش‌تر و از خنک‌ترین نوشیدنی‌ها برای انسان تشنه، گواراتر قرار ده تا آنجا که خواست آنان را بر خواست خود و رضای آنان را بر رضای خود مقدم دارم» (صحیفه سجادیه، دعای ۲۴). در فرازی دیگر امام برای فرزندانشان از خدای مهربان چنین درخواست می‌کند: «خدایا فرزندانم را چنان قرار ده که مرا دوست بدارند و به من توجه کرده و روی آورند و در رفتارشان اعتدال و استقامت داشته باشند و مرا اطاعت کنند و در برابرم سرکشی ننمایند و مرا از خود نرانند و با من مخالفت نکرده و خطاکار نباشند» (صحیفه سجادیه، دعای ۲۴).

از مجموع دیدگاه‌های مذکور و در مقام سنجش می‌توان گفت که حکم به وجوب اطاعت به صواب نزدیک‌تر است؛ زیرا آنچه که در آیه ۲۳ سوره اسراء آمده است و طرفداران عدم وجوب اطاعت آن را به‌عنوان قید آیات دیگر می‌دانند، مقید نیست، بلکه ذکر کهنسالی در آیه بدان دلیل است که والدین در این دوران نیاز بیشتری به کمک و مساعدت دارند؛ از این‌رو بر فرزندان است که در این دوران توجه بیشتری نسبت به آن‌ها داشته باشند نه اینکه در مقام تقید حکم آیات اثبات‌کننده لزوم اطاعت و احسان باشد.

همچنین روایات معتبر زیادی وجود دارند که می‌گویند باید نسبت به والدین با نیکویی و احسان رفتار شود. مفهوم کلانی که از این روایات معتبر نسبت به لزوم احسان به دست می‌آید، وجوب اطاعت از والدین است. به‌علاوه، از آنجایی که آیات و روایات متعددی در این مقام وجود دارند، نمی‌توان به اصولی مانند اصل عدم سلطه شخص بر دیگران و اصل حاکمیت اراده به‌منظور اثبات عدم وجوب اطاعت تمسک کرد؛ زیرا بر پایه مبانى علم اصول، زمانی می‌توان به اصول رجوع نمود که دلیلی وجود نداشته باشد؛ «الأصل دلیل حیث لا دلیل» (سبحانی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۴۰۱).

البته دیدگاه وجوب اطاعت والدین به‌صورت مطلق بدین دلیل صحیح نمی‌نماید که امر والدین در امور حرام مطاع نیست، اما اینکه وجوب اطاعت به چه اموری مقید می‌شود، محل بحث است؛ اول آنکه هر جا به‌صورت معقول و مشروع پرهیز از ایذاء والدین مطرح شود، اطاعت والدین موضوعیت پیدا می‌کند. دوم آنکه چون اوامر و نواهی والدین و به‌ویژه امر و نهی پدر، امر و نهی ولایی و تربیتی است، تا زمانی که پدر بر فرزند ولایت دارد، اطاعت واجب خواهد بود. پیامبر صلی الله علیه و آله جوانان مسلمان را به اطاعت از پدر توصیه می‌کرد و می‌فرمود: «أطع أباک» (مجلسی، ۱۴۰۴، ج ۴۳، ص ۲۹۷). البته این مطلب هم تکمیل‌کننده مطلب فوق است که اطاعت از والدین، در امور احسانی، واجب است، اما در اوامر تربیتی بر فرزند بالغ عاقل، واجب نیست.

با توجه به قید ولایت پدر، موضوع دیگری مطرح می‌شود که با توجه به ولایت معصومان و تالی‌تولد بودن ولی فقیه در زمان غیبت کبری و لزوم تبعیت مردم (خمینی، ۱۳۹۸، ص ۵۵) و تقدم اوامر و نواهی او در جامعه بر اوامر و نواهی هر ولی دیگری، در صورت تعیین وظیفه از سوی ولی فقیه، والدین حق منع فرزند را ندارند (خویی، ۱۳۷۱، صص ۳۶۰، ۳۶۳). همچنین چون دفاع از اسلام بر هر توانمندی واجب است، مگر اینکه امام علیه‌السلام از اعزام یا جنگ منع کند، در این صورت نیز نظر والدین ساقط است (علامه حلی، ۱۴۱۲، ص ۹۰۶).

مراتب و مصادیق اطاعت از والدین

طبق تحلیل دیدگاه فقها می‌توان الگوی مراتب اطاعت از والدین را بر اساس اولویت مطرح کرد و همه مصادیق را بر اساس آن دسته‌بندی نمود. بر این اساس، محدوده مباحات، مکروهات، مستحبات، واجبات و محرمات بدین صورت در اولویت هستند که اگر والدین به محرمات امر کردند یا از واجبات نهی نمودند، نهی و امر مولوی مقدم بر امر و نهی والدین و مقدم بر ایذاء ایشان است. بنابراین هر مصداقی در این مرتبه آخر قرار بگیرد، قابل تحلیل خواهد بود. رتبه بالاتر مربوط به مستحبات است که امر و نهی والدین در امور مستحبی، چون از روی دلسوزی و شفقت است، گوش‌ندادن به آن‌ها باعث ایذاء می‌شود و لذا اطاعت از ایشان واجب می‌گردد (سیستانی، ۱۳۹۶، ص ۵۲۲). مکروهات هم مثل مستحبات قابل تحلیل هستند، اما رتبه اول مربوط به مباحات مثل معامله کردن است که اگر جنبه اخروی پیدا کند، امور اخروی مقدم بر امر والدین است، اما اگر فقط مربوط به امور دنیوی مثل یک معامله ساده است، در این صورت اگر والدین راضی نیستند، بحث ضرر معتنا به دنیوی مطرح می‌گردد که مقدم بر دستور والدین است. البته اگر ضرر

معتنا به نباشد، نظر والدین به دلیل شفقت و دلسوزی و به دلیل ایذاء در صورت عدم مراعات، در اولویت اطاعت است (احمد نراقی، ۱۳۷۸، ص. ۵۳۵).

در ادامه، توضیح بیشتر الگوی فوق با استفاده از نص قرآن و حدیث یا قواعد فقهی و اصول عملیه مورد تحلیل قرار می‌گیرد.

اطاعت در امور مباح

اطاعت از والدین در امور مباح مانند معامله اگر مربوط به امور اخروی باشد، امور اخروی مقدم بر دستور والدین هستند، اما اگر مربوط به امور دنیوی باشد، اطاعت واجب خواهد بود (احمد نراقی، ۱۳۷۸، ص. ۵۳۵).

اطاعت در مکروهات

اطاعت در مکروهات مانند مستحبات است که اگر والدین به کار مکروهی دستور بدهند، اگر آن مکروه مربوط به امور دنیوی است که ضرر معتنا بهی متوجه فرزند نمی‌شود، به دلیل حرمت ایذاء والدین، اطاعت واجب می‌شود (احمد نراقی، ۱۴۲۲، ج ۲، ص. ۲۷۵).

اطاعت در مستحبات

رتبه بعدی مربوط به اطاعت‌های مستحب مثل حج مستحبی، نماز و روزه مستحبی و سفر زیارتی است که چون امر و نهی ایشان از روی دلسوزی و شفقت است، ایذاء مداخلیت پیدا می‌کند و لذا اطاعت واجب می‌شود. توضیح بیشتر آنکه فقها درباره نماز جماعت «منع والدین از شرکت فرزند در نماز جماعت، و امر آنان به شرکت در نماز» را مطرح کرده‌اند، اما هیچ دلیلی از کتاب و سنت نقل نکرده‌اند و لذا امر و نهی والدین به نماز جماعت با وجود جریان اطلاق و عموم دلیل استحباب قابل اعتماد نیست (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۵، ص. ۲۵). شهید اول با وجودی که وجوب اطاعت از والدین را در هر کاری پذیرفته، منع فرزند را از شرکت در نماز جماعت به طور مطلق رد، و نهی را به رنج و مشقت منوط می‌کند (شهید اول، ۱۳۷۲، ج ۲، ص. ۴۸).

جهت دیگر به امر والدین به شرکت فرزند در نماز جماعت برمی‌گردد که در هیچ نصی از کتاب یا سنت، وجوب یا استحباب شرکت در نماز جماعت به امر والدین نقل نشده است، در عین حال صاحب عروه الوثقی می‌گوید: «بل لایبعد وجوبها بأمر أحد الوالدین» (طباطبایی یزدی، ۱۳۹۵، ج ۱، ص. ۷۶۳). البته برخی از فقها مانند نائینی حکم به شرکت در نماز جماعت را بنابر احتیاط مطرح کرده‌اند و برخی فقهای بعد از ایشان علت حکم به وجوب یا احتیاط واجب را رنجش والدین در صورت مخالفت با امر ایشان، قرار داده‌اند (آقا ضیاء عراقی، ۳، ۱۱۵). امام خمینی نماز جماعت را با امر والدین واجب نمی‌داند و معتقد است آنچه در پی این امر بر فرزند بنابر احتیاط واجب است، شنیدن امر آنان و خواندن نماز به قصد استحباب است (خمینی، ۱۴۲۴ق، ۱۴۰۶). نتیجه آنکه هیچ دلیلی بر وجوب نماز جماعت به صرف امر والدین وجود ندارد. محور دوم اطاعت مستحبی از والدین به صوم برمی‌گردد که در حدیثی از امام صادق علیه‌السلام با سند ضعیف نقل شده است که اذن پدر ایشان را لازم می‌شمارد و در غیر این صورت مشمول عقوق خواهد

شد (مجلسی، ۱۳۶۳، ج. ۱۶، ص. ۳۷۱). علت ضعف حدیث، وجود احمد ابن هلال در سند است که رجالیان الفاضلی چون «غال متهما فی دینه صالح الروایة يعرف منها و ینکر» درباره‌اش به کار برده‌اند. صدوق روایت را با همین سند و متن در «من لا یحضره الفقیه» (ج. ۲، ص. ۹۹) و در *علل الشرائع* با همین سند و زیاده در متن نقل کرده است و فقهای موافق صدوق، محتوای این روایت را با وجود ضعف سندى، به دلیل وجود قرائن قابل تأیید می‌دانند؛ زیرا غالب والدین، نگران ضعف جسمی فرزند به‌ویژه در روزه‌داری می‌شوند و غالب اوقات، فرزند را از روزه مستحبی منع می‌کند. لذا اطاعت از آنان باعث پیشگیری از ناراحتی شده و از مصادیق بر به شمار می‌آید. برخی از فقها به عدم صحت چنین روزه‌ای حکم کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۰۸ق، ج. ۱، ص. ۲۰۹) و عده‌ای روزه‌نگرفتن بدون اجازه پدر را واجب دانسته‌اند (شهید اول، ۱۳۷۲، ج. ۲، ص. ۴۹؛ ۱۴۱۷ق، ج. ۱، ص. ۲۸).

البته فقهای دیگری به دلیل ضعف سند روایت، حکم را به اندازه کراهت و نه به حد حرمت بیان کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۲۴ق، ج. ۱، ص. ۱۵۴). صاحب جواهر نهی از اعمال مذکور در روایت *علل الشرائع* را مبالغه در عقوق بودن آنها و نه مصداق نهی می‌داند و نهی فقیهان از روزه مستحبی بدون اذن والدین را بر همین معنا حمل می‌کند. وی عمل نکردن فقیهان تا زمان علامه حلی به روایت هشام را دلیل دیگری برای ضعف آن می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۱۷، صص. ۱۱۶-۱۱۹). البته صاحب جواهر حرمت روزه مستحبی را در صورت نگرانی و شفقت والدین بر حال فرزند، حرام می‌داند، ولی آن را خارج از موضوع فتوای فقها، به عدم صحت یا کراهت روزه بدون اذن پدر می‌داند و معتقد است اطاعت از والدین تا وقتی که نافرمانی ایذاء را در پی نداشته باشد، واجب نیست؛ بنابراین اگر بدون اجازه روزه بگیرد و آنان نگران و آزرده نشوند، روزه صحیح است حتی اگر او را از روزه‌داری نهی کنند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۱۷، ص. ۱۱۹). فقهای دیگری نیز همین حکم را صادر کرده‌اند (بروجردی، ۱۴۱۵ق، ص. ۳۶۹).

نتیجه اینکه روزه مستحبی فرزند در صورت ایذاء ناشی از نگرانی والدین بر حال او، عقوق محسوب می‌شود و طبق عموم ادله حرمت عقوق، حرام است و به دلیل اقتضای نهی فساد در عبادت، باطل خواهد بود و فتوای فقیهان بر اشتراط اذن پدر در صحت روزه مستحبی فرزند، تنها با دوران پیش از بلوغ وی می‌سازد. روایت مورد بحث هم به دلیل ضعف سند و زیاده در متن قابل قبول نیست و اگر پذیرفته شود، تنها بر حرمت دلالت می‌کند نه کراهت. دلیل کراهت روزه بدون اذن پدر و مادر معلوم نیست؛ زیرا اگر شهرت فتوایی است، این شهرت نزد برخی از قائلان به کراهت، حجت نیست و فرزند می‌تواند با آگاه نکردن والدین از روزه خود، از ایذاء و ناراحتی آنان جلوگیری کند و روزه بگیرد، در این صورت مشمول حکم عقوق و در نتیجه فساد روزه نمی‌شود.

اطاعت در واجبات

اطاعت‌های واجب را می‌توان در اوامر و نواهی دینی، اوامر و نواهی احسانی و جوانب احسان، و جهاد ابتدایی تحلیل و بررسی نمود. طبق آیه قرآن کریم که مومنان ولی یکدیگرند و باید همدیگر را امر به معروف و نهی از منکر نمایند (توبه ۷۱) از آنجا که آیه عام است و شامل والدین و فرزندان هم می‌شود، فرزند باید از

این گونه اوامر و نواهی والدین اطاعت کنند: «تجب اطاعتهما فی الواجبات» (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۶، ص ۶۳۱). آیات متعددی بر وجوب اطاعت از والدین در این موضوع دلالت می‌کنند (احقاف ۱۷؛ تحریم ۶). طبق فتوای فقیهان که فقط امر به واجبات و نهی از محرّمات را واجب دانسته و امر به کار مستحب و مباح و نهی از مکروه و مباح را واجب نمی‌دانند (احسان اصولی، ۱۳۹۴، ج ۲، ص ۷۵۶)، در وجوب اطاعت از والدین در غیر از واجبات و محرّمات باید تفصیل قائل شد. وجوب مربوط به زمانی است که نافرمانی ترک احسان یا عقوق شمرده شود؛ زیرا احسان به والدین، واجب و عقوق و بدرفتاری با آنان حرام است. اما در غیر این صورت اطاعت واجب نیست. حال اگر واجب، دارای افراد و به عبارتی تخییری باشد و والدین به فرد معینی امر کنند یا واجب موسع باشد و آنان بخواهند فوری انجام دهند یا کفایی باشد و آن‌ها امر کنند که آن را انجام دهد یا اتیان مقدمه‌واجبی را از او خواستند، وجوب اطاعت از آنان همان تفصیل را دارد (محمدی ری‌شهری، ۱۳۹۵، ص ۵۲).

البته صاحب المناهل در موارد مذکور اطاعت را گرچه مستلزم عقوق باشد، واجب نمی‌داند، ولی به دلیل جریان اصل اباحه و عمومات رعایت احتیاط را توصیه می‌کند و معتقد است امر والدین بر این اصل حاکم نیست و نمی‌تواند حکم اولی را تغییر دهد. برای مثال، اگر والدین فرزند را از برخاستن برای نماز نیمه‌شب «علیک بصلاة الیل» منع کنند و از نافرمانی رنجور شده و یا احساس توهین کنند، عموم دلیل استحباب با عموم دلیل حرمت عقوق، در تعارض می‌شود و در اینجا احتیاط بهتر است. در عین حال، نافرمانی حرام نیست؛ زیرا تعارض پیش‌آمده من وجه است. بنابراین عموم حرمت عقوق بر عموم استحباب ترجیحی ندارد و اصالة الاباحه همچنان پابرجاست. افزون بر آن، عموم استحباب بر عموم حرمت عقوق ترجیح دارد (طباطبایی، بی‌تا، ص ۲۲۶). در پاسخ به ایشان می‌توان گفت که به نظر می‌رسد این مورد از موارد اجتماع امر و نهی است که بنا بر جواز اجتماع، تراحم پیش‌آمده و جانب نهی مقدم می‌شود. افزون بر آن، از آنجاکه عقوق خود افرادی دارد و فعل حرام و منهی‌عنه است، امثال نهی وقتی حاصل می‌شود که هیچ‌یک از افراد آن ارتکاب نشود. با این وصف، دلیل عموم حرمت و عقوق بر عموم استحباب ترجیح دارد حتی اگر تعارض من وجه باشد؛ زیرا فرزند حتی با ارتکاب یک فرد عقوق مرتکب حرام شده است. درباره نماز شب نیز باید گفت دلیل عموم حرمت عقوق نه تنها بر عموم استحباب نماز شب ترجیح دارد، بلکه چنین نماز شبی فاسد و باطل است؛ زیرا نهی در عبادت مفسد آن است. موضوع مهم‌تر اینکه بر هر ایذایی عقوق اطلاق نمی‌شود و به فرمایش امام صادق علیه‌السلام، مسقط عدالت نیست (حر عاملی، ۱۴۲۴، ج ۱).

دسته دیگر اوامر و نواهی احسانی‌اند که مأمور به و منهی‌عنه آن عنوان احسان و ترک عقوق دارد و طبق آیات امر احسان به والدین (عنکبوت ۸؛ اسراء ۲۳) امر و حکم خداوند الزامی و ترک آن، حرام است. بنابراین، نهی آیات دال بر حرمت است نه کراهت. البته احسان به والدین و ترک عقوق، طبق آیات قرآن در سه جانب باید رعایت شود: جنبه جسمی احسان و ترک عقوق (بقره ۲۱۵؛ اسراء ۲۳)، جنبه روحی احسان و ترک عقوق (احقاف ۱۷؛ اسراء ۲۴؛ لقمان ۱۴) و جنبه حیثیتی احسان و ترک عقوق که به استناد نبوی «کل المسلم علی المسلم حرام دمه و ماله و عرضه»، جسم و مال و آبروی مؤمن دارای ارزش یکسانند (شهید ثانی، ۱۴۲۱، ص ۹؛ محدث نوری، ۱۴۰۸، ج ۹، ص ۱۳۶).

جهاد ابتدایی، محور دیگر بحث است که برخی احادیث دلالتی بر وجوب اذن والدین ندارند، بلکه بر افضلیت همدمی با والدین بر جهاد دلالت دارند. به عنوان مثال، شخصی به رسول خدا عرض کرد والدین میان سالی دارد که چون با او مأنوسند، رفتن به جهاد او را نمی‌پسندند. رسول خدا مانندن و همدمی با آنها را از یک سال جهاد بهتر دانست (کلینی، ۱۳۵۰، ج. ۴، ص. ۷۳). روایت مشابه دیگری هم وجود دارد (کلینی، ۱۳۵۰، ج. ۴، ص. ۱۶۳). اما در بررسی سندی این روایات باید گفت که در روایت اول چند راوی غیرامامی و مذموم وجود دارند. راوی دوم عمرو بن شمر که در سند روایت دوم نیز وجود دارد، با الفاظ شدیداللعن، ذم شده است (نجاشی، ۱۳۶۵، ص. ۲۸۷) و به هیچ‌یک از روایاتش اعتماد نمی‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۷، ص. ۲۴۱). اما در مقام بررسی دلالت متن باید گفت متن دو حدیث از عبارت صریح در وجوب یا استحباب اذن خواستن از والدین عاری و خالی است و تنها می‌توان ترجیح همدمی با والدین پیر را بر جهاد از آن فهمید. هر دو روایت دلالت بر اعلام آمادگی مرد جوان برای جهاد دارند، ضمن آنکه آیات بسیاری دال بر وجوب پاسخ به فراخوان جهاد وجود دارد (نساء ۷۵؛ آل عمران ۱۲۱؛ صف ۱۰-۱۱) و فقط افراد کور، شل، و بیمار از این عموم تخصیص خورده‌اند (فتح ۱۷).

تحلیل دیگر اطاعت واجب از والدین را می‌توان از بررسی اقامه نمازهای مستحبی به دست آورد. بر اساس روایت امام صادق از رسول خدا، نماز مستحبی بدون اذن والدین نهی و ممنوع است (شیخ صدوق، ۱۳۸۶، ج. ۲، ص. ۳۸۵). البته این روایت، به علت وجود احمد بن هلال غالی، منکر و مردود است و قراین عقلیه نیز بر اخلال در متن آن دلالت دارد؛ زیرا در مطلق نماز مستحبی موجبات عقوقی وجود ندارد، مگر در ساعات و شرایط خاصی که برای والدین مزاحمتی ایجاد کند یا مانع از خدمت فرزند به آنان در حال نیاز شود. همچنین عبارت «امرهما» بر وجوب نماز مستحبی در پی امر والدین دلالت می‌کند، در حالی که والدین بدون عقوق نمی‌تواند بر عموماً ادله شرعی وارد باشد، مگر در صورت قاتل شدن به ولایت شرعی ایشان. اما این ولایت مخصوص پدر بر فرزند نابالغ و در محدوده خاصی است و در مسائل تربیتی نیز می‌توان آن را برای مادر ثابت دانست. بر این اساس، می‌توان گفت که اذن و امر والدین در نماز مستحبی فرزند نابالغ قابل اعمال است تا او را بر اقامه نماز در وقت آن تربیت کنند و عادت دهند. نتیجه اینکه روایات بر وجوب نماز خواندن به امر والدین هیچ‌گونه دلالتی ندارند و امر والدین بر دلیل استحباب نماز مستحبی وارد نیست و هیچ وجهی بر اینکه نماز مستحبی بدون اذن، عقوق شود، متصور نیست، مگر در صورتی که اقامه نماز مستحبی با احسان به آنان تراحم داشته باشد یا موجب ایذاء و مزاحمت‌هایی برای آنان شود.

البته در حالت تراحم احسان با نماز مستحبی، اگر احسان فوری نیست، بهتر است فرزند احسان را بر نماز مقدم کند و در صورت مضیق بودن باید آن را بر نماز مقدم کند و این موضوع حتی در نماز واجب موسع نیز باید رعایت شود، زیرا احسان مضیق اهم از نماز موسع است. دلیل استحباب تقدم احسان موسع بر نماز مستحبی روایت جریح است، زیرا مادر جریح، در حال نماز او، صدایش زد، ولی او نماز مستحبی را بر پاسخ به مادر مقدم کرد و گرفتار نفرین مادر شد. پیامبر فرمود: «اگر جریح فهم دینی داشت، درمی‌یافت پاسخ به مادر از نماز بهتر است» (شهید اول، ۱۳۷۲، ج. ۲، ص. ۴۸).

انجام حج مستحبی هم نباید سبب ایذاء والدین شود؛ بنابراین اذن آن‌ها را می‌طلبد (طباطبایی، ۱۴۱۹، ج. ۲، ص. ۵۳۲؛ آملی، ۱۳۸۰، ج. ۱۲، ص. ۳۰۲). از این رو، اگر حج مستحبی فرزندان، مستلزم رنجش ناشی از شفقت والدین بر فرزند باشد و تا حد عقوق برسد، از باب حرمت عقوق، حرام می‌شود و در این صورت، به دلیل اینکه نهی از عبادت مقتضی فساد آن است، حج نیز باطل خواهد بود. البته فقهای بسیاری، سفر حج را حرام ندانسته بلکه تنها رفتن با اذن والدین را بهتر می‌دانند (طوسی، ۱۴۰۷، ج. ۲، ص. ۴۳۲؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ج. ۱، ص. ۳۲۸؛ شهید ثانی، ۱۴۲۴، ج. ۱، ص. ۱۰۶).

اطاعت در امور حرام

در باب اطاعت از پدر و مادر و لزوم یا عدم لزوم تبعیت از دستور آنان در امور حرام، طبق آیات و روایات، اصل بر عدم تبعیت است. در اینجا اطاعت نه تنها واجب نیست، بلکه جنبه حرمت پیدا می‌کند. قرآن کریم می‌فرماید: «وَإِنْ جَاهَدَاكَ عَلَىٰ أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا وَاتَّبِعْ سَبِيلَ مَنْ أَنَابَ إِلَيَّ (لقمان ۱۵)؛ و اگر آن دو تلاش کنند که تو را وادار نمایند بر اینکه چیزی را که هیچ علمی به آن نداری، شریک من قرار دهی، از آنان اطاعت مکن؛ ولی در دنیا با آن دو نفر به شیوه‌ای پسندیده معاشرت کن و راه کسی را پیروی کن که به من بازگشته است». طبق دستور قرآن، اطاعت از والدین مشروط به تعدم خروج آن‌ها از دستورات دینی است. به حکم روایات هم اطاعت از والدین تا زمانی است که به رفتار و عمل حرام منجر نشود (حر عاملی، ۱۴۲۴، ج. ۱۶، ص. ۱۵۵). برای مثال، وقتی والدین از نماز خواندن نهی نمایند یا به شراب خوردن امر کنند، امر مولوی بر سخن آن‌ها مقدم است و ایذاء ایشان مدخلیت ندارد.

نتیجه‌گیری

در این پژوهش تلاش شده است تا ابتدا دیدگاه فقها درباره حدود اطاعت از والدین تحلیل و بررسی شود و آنگاه از رهگذر این تحلیل و بررسی آیات قرآن و روایات و بیان نظر مختار، الگوی مراتب اطاعت از والدین ارائه شود. طبق مراتب اطاعت از والدین، می‌توان تمام مصادیق را رتبه‌بندی و اولویت‌سنجی نمود. هرچند در مورد اطاعت از والدین، دیدگاه واحدی میان فقها و اندیشمندان اسلامی وجود ندارد، به نحوی که برخی آن را مطلقاً واجب دانسته، گروهی وجوب را مطلق ندانسته و گروهی از عدم وجوب آن سخن گفته‌اند، به نظر می‌رسد ادله گروه سوم ناتمام است. البته وجوب اطاعت از والدین مطلق و دائمی نیست، بلکه این حکم تا زمانی وجود دارد که پابندی به آن منجر به ارتکاب فعل حرام یا ترک عمل واجب نشود. اما اگر بشود، بر اساس روایات و آیات قرآنی، نه تنها اطاعت واجب نیست، بلکه حرام خواهد بود.

طبق نظر مختار، چون جمیع اوامر و نواهی والدین به صورت مطلق اطاعت‌بردار نیست و قدر مسلم از وجوب اطاعت آن‌ها در مواردی است که مخالفتشان موجب اذیت و ناراحتی‌شان می‌گردد، الگوی مراتب اطاعت از والدین بدین صورت است که اطاعت از امر والدین در امور مباح که ضرر اخروی و ضرر معتنابه دنیوی ندارد، واجب است؛ زیرا اطاعت نکردن از ایشان موجب ایذاء می‌گردد که طبق حکم قرآن و روایات حرام است. مرتبه بعدی مربوط به مکروهات است: اگر ایشان به مکروهی دستور دادند و آن امر مکروه

ضرر اخروی و معتنا به دنیوی نداشته باشد، اطاعت از ایشان واجب است. همچنین اگر والدین از روی شفقت از فعل مستحبی مانند نماز و روزه مستحبی نهی نمودند، به دلیل اینکه اطاعت نکردن موجب ایذاء آنها می‌شود، اطاعت از ایشان باز هم واجب است. اما اگر از واجبات نهی یا به محرمات امر کنند، قطعاً به دلیل نص صریح، اطاعت‌پذیری صحیح نیست و ایذاء در چنین جایی مداخلت ندارد، البته احترام مورد نظر اخلاق مراعات شود. تمام مصادیق مورد بحث را می‌توان بر اساس الگوی مراتب تحلیل و بررسی نمود و در هر شرایطی الگوی مورد نظر را لحاظ کرد که جدول زیر نشانگر آن است.

مراتب اطاعت از والدین	برخی مصادیق اطاعت از والدین	شرایط اطاعت	دلیل اطاعت
۱	اطاعت در مباحات	معامله، غذا خوردن	ایذاء والدین شفقت و دلسوزی
۲	اطاعت در مکروهات	دستور به خواب بعد نماز صبح دستور به آب خوردن وسط غذا	ایذاء والدین
۳	اطاعت در مستحبات	حج مستحبی، زیارت مستحبی، نماز و روزه مستحبی	ایذاء والدین شفقت و دلسوزی
۴	اطاعت در واجبات	نماز نخواندن	۱. تقدم نهی مولا ۲. عدم موضوعیت ایذاء
۵	اطاعت در محرمات	شراب خوردن	۱. تقدم نهی مولا ۲. عدم موضوعیت ایذاء

جدول الگوی مراتب و مصادیق اطاعت از والدین

منابع

- قرآن کریم
صحیفه سجادیه
- ابن فارس، احمد. (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس اللغة. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۰۵ق). لسان العرب. قم: ادب الحوزه.
- اصولی، احسان. (۱۳۹۴). توضیح المسائل مراجع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- انصاری، مرتضی. (۱۴۱۶ق). فرائد الاصول. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- آملی، میرزاحمدتقی. (۱۳۸۰). مصباح الهدی فی شرح عروة الوثقی. تهران: انتشارات میرزاحمدتقی آملی.
- بروجردی، حسین. (۱۴۱۵ق). نهاية الاصول. تهران: نشر تفکر.
- تبریزی، جواد. (۱۳۸۵). استفتائات جدید. قم: سرور.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۵). دانشنامه حقوق. تهران: امیرکبیر.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۲۴ق). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حیرری، عبدالله بن فاسم. (۱۹۷۹م). نهاية الافکار و نزهة الابصار. بغداد: دارالرشید للنشر.
- حلی، جمال الدین احمد. (۱۴۰۷ق). المهدب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- خمینی، سید روح الله. (۱۳۹۸). ولایت فقیه و جهاد اکبر. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خمینی، سید روح الله. (۱۴۱۰ق). الرسائل. قم: اسماعیلیان.
- خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۴ق). توضیح المسائل. تصحیح سید محمدحسین بنی هاشمی خمینی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۳۷۱). منهاج الصالحین. قم: نشر وجدانی.
- سجادی، جعفر. (۱۳۸۶). فرهنگ معارف اسلامی. تهران: کومش.
- سلطانی، غلامرضا. (۱۳۷۹). تکامل در پرتو اخلاق. قم: انتشارات اسلامی.
- سیستانی، علی. (۱۳۹۶). رساله توضیح المسائل جامع. مشهد: دفتر حضرت آیه الله العظمی سیستانی.
- شرتونی، سعید. (۱۳۷۷). اقرب الموارد فی فصیح العربیه و الشوارد. تهران: اداره کل حج اوقاف و امور خیریه.
- شهید اول، شمس الدین محمد عاملی. (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه. قم: مؤسسه نشر اسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
- شهید اول، شمس الدین محمد عاملی. (بی تا). القواعد و الفوائد. قم: کتابفروشی مفید.
- شهید ثانی، زین الدین. (۱۴۱۷ق). الروضة البهیة فی شرح العمدة الدمشقیه. بیروت: دارالعالم الاسلامی.
- شهید ثانی، زین الدین. (۱۴۲۱ق). کشف الریبه. بیروت: جمعیه المعارف السلامیه الثقافیه.
- صدر، سید جواد. (۱۳۸۹). دایرة المعارف تشیع. تهران: انتشارات شهید سعید محبی.
- صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۳۸۶ق). علل الشرائع. قم: کتابفروشی داوری.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم. (۱۳۹۵). عروة الوثقی. قم: انتشارات اسلامی.
- طباطبایی، سید محمد. (بی تا). المناهل. قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- طبرسی، حسن بن فضل. (۱۳۷۲). مجمع البیان فی تفسیر القرآن. بیروت: دار المعرفة.

- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۲ق). *منتهی المطلب فی تحقیق المذهب*. مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۷ق). *خلاصه الاقوال*. بی‌جا: فقاقت.
- علامه حلی، نجم‌الدین جعفر. (۱۴۰۸ق). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. قم: اسماعیلیان.
- علامه طباطبائی، محمدحسین. (۱۴۱۷ق). *المیزان فی تفسیر القرآن*. قم: انتشارات اسلامی.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۸۶). *توضیح المسائل*. قم: آدینه سبز.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۹۰). *ایضاح الکفایه*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
- فیروزآبادی، محمد. (۱۴۱۵ق). *قاموس المحيط*. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- فیض کاشانی، ملامحسن. (۱۳۷۲). *الصافی فی تفسیر کلام الله*. تهران: مکتبه الصدر.
- فیض کاشانی، ملامحسن. (۱۴۱۵ق). *الوافی*. اصفهان: مکتبه الامام امیرالمومنین.
- قرائتی، محسن. (۱۳۷۴). *تفسیر نور*. تهران: مرکز فرهنگی درسهای از قرآن.
- کاشف الغطاء، عباس نجفی. (۱۴۲۲ق). *کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۵۰). *اصول کافی*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- مجلسی، محمدباقر. (۱۳۶۳). *مرآة العقول*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۴ق). *بحار الانوار*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- محدث نوری، حسین. (۱۴۰۸ق). *مستدرک الوسائل*. قم: مؤسسه آل‌البتی.
- محقق اردبیلی، محمد بن علی. (۱۴۰۳ق). *جامع الرواة*. بیروت: دارالأضواء.
- محمدی ری‌شهری، محمد. (۱۳۹۵/۱۱/۱۸). درس خارج فقه؛ کتاب الحج. سایت فقاقت.
- مصطفوی، حسن. (۱۳۸۵). *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*. تهران: مرکز نشر آثار علامه مصطفوی.
- معرفت، محمدهادی. (۱۴۲۹ق). *التفسیر الأثری الجامع*. قم: مؤسسه فرهنگی انتشاراتی التمهید.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۰). *تفسیر نمونه*. تهران: دارالکتب السلامیه.
- میرزای قمی، ابوالقاسم. (۱۳۷۱). *جامع الشتات*. تهران: مؤسسه کیهان.
- نائینی، محمدحسین. (۱۳۶۷). *أجود التقريرات*. قم: کتابفروشی مصطفوی.
- نجاشی، احمد بن علی. (۱۳۶۵). *رجال*. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. بیروت: دار الاحیاء التراث العربیه.
- نراقی، احمد. (۱۳۷۸). *معراج السعاده*. قم: هجرت.
- نراقی، احمد. (۱۴۲۲ق). *رسائل و مکاسب*. قم: کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا احمد.
- نراقی، مهدی. (۱۴۰۸ق). *جامع السعادات*. بیروت: اعلمی.



A Reflection on the Quality of Administering the Secondary Oath by the Heir of the Right Holder: The Subject of Article 279 of the Civil Procedure Code

Sedigh Hatami¹ , Taher Ali Mohammadi² ,
and Karim Kukhaizadeh³ 

1. *Corresponding Author*, Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Knowledge, University of Ilam, Ilam, Iran. Email: se.hatami@ilam.ac.ir
2. Associate Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Knowledge, University of Ilam, Ilam, Iran. Email: t.alimohammadi@ilam.ac.ir
3. Associate Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Knowledge, University of Ilam, Ilam, Iran. Email: k.kokhaizadeh@ilam.ac.ir

Article Info

Article type:

Research Article

Article history:

Received

23 May 2023

Received in revised form

12 July 2023

Accepted

12 August 2023

Available online

21 December 2024

Keywords:

action against deceased,
secondary oath,
quality of oath,
estate-leaver,
heir

ABSTRACT

According to Article 279 of the Iranian Code of Civil Procedure: “Whenever the plaintiff, in an action against a deceased, is the heir of the right holder and presents evidence to prove his claim, he must also take an oath.” Such an oath, which the plaintiff is required to take in addition to presenting evidence, is known in Imami jurisprudence as the secondary oath. However, Imami jurists have differing opinions on how to administer such an oath, and their writings contain five distinct theories. In the aforementioned legal regulation, although the principle of the secondary oath is accepted, following jurisprudential opinions, the manner of taking the oath remains unspecified and vague. Therefore, considering the importance of the discussion, this study, after establishing the necessity of taking the oath by the heir of the right holder, analyzes the existing opinions and ultimately adopts the view that the method of taking the oath by the heir of the right holder is exactly like that of the original party (estate-leaver or *mūrith*). In this explanation, the heir, in order to prove his claim, is obliged to take the secondary oath based on certainty and conviction, just like the original party (*mūrith*), and in the absence of certainty, he does not have the right to take the oath. In this regard, jurisprudential arguments such as *istishāb* (presumption of continuity) cannot be invoked.

Cite this article: Hatami, S., Alimohammadi, T., & Kokhaizadeh, K. (2024). A Reflection on the Quality of Administering the Secondary Oath by the Heir of the Right Holder: The Subject of Article 279 of the Civil Procedure Code. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 18 (2), 25-44. <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.15997.1772>



© The Author(s).

Publisher: Al-Mustafa International University.

DOI: <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.15997.1772>



درنگی در کیفیت ادای سوگند استظهاری توسط وارث صاحب حق (موضوع ماده ۲۷۹ قانون آ.د.م.)

صدیقه حاتمی^۱، طاهر علی محمدی^۲، و کریم کوخایی زاده^۳

۱. نویسنده مسئول، استادیار گروه فقه و مباحث حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران. رایانامه: se.hatami@ilam.ac.ir

۲. دانشیار گروه فقه و مباحث حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران. رایانامه: t.alimohamadi@ilam.ac.ir

۳. دانشیار گروه فقه و مباحث حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران. رایانامه: k.kokhaizadeh@ilam.ac.ir

چکیده

اطلاعات مقاله

وفق ماده ۲۷۹ ق. آ.د.م، «هرگاه خواهان، در دعوی بر میت، وارث صاحب حق باشد و بر اثبات ادعای خود اقامه بینه کند، علاوه بر آن باید ادای سوگند نماید». چنین سوگندی که افزون بر اقامه دلیل، ادای آن توسط خواهان ضرورت یافته است، در فقه امامیه تعبیر به سوگند استظهاری می‌شود. لکن فقیهان امامی در باب کیفیت اتیان چنین سوگندی اختلاف نموده و از خلال مکتوبات فقهی پنج نظریه قابل تحصیل است. شایان توجه آنکه در مقرر قانونی فوق نیز اگرچه اصل ادای سوگند استظهاری، به تبع آرای فقهی، پذیرفته شده؛ اما نحوه اتیان سوگند مجمل و انبهاه شده است. لذا جستار حاضر نظر به اهمیت بحث، پس از اثبات لزوم ادای سوگند توسط وارث صاحب حق، آرای موجود را تحلیل نموده و در نهایت دیدگاهی را برگزیده است که شیوه اتیان سوگند توسط وارث صاحب حق را عیناً بسان فرد اصیل (مورث) می‌داند. با این توضیح که وارث جهت اثبات مدعای خود، همانند فرد اصیل (مورث) ملزم به اتیان سوگند استظهاری بر اساس قطع و یقین خواهد بود و در فرض عدم جزم، حق ادای سوگند را نداشته و در این زمینه نمی‌توان به ادله فقهی مانند استصحاب استناد نمود.

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۳/۲

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۴/۲۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۵/۲۱

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۱۰/۱

کلیدواژه‌ها:

دعوی بر میت،

سوگند استظهاری،

کیفیت سوگند،

مورث،

وارث

استناد: حاتمی، صدیقه؛ علی محمدی، طاهر؛ و کوخایی زاده، کریم. (۱۴۰۳). درنگی در کیفیت ادای سوگند استظهاری توسط وارث صاحب حق «موضوع ماده ۲۷۹ قانون آ.د.م». *مطالعات فقه اسلامی و مباحث حقوق*، ۱۸ (۲)، ۲۵-۴۴.

<http://doi.org/10.22034/fvh.2023.15997.1772>



مقدمه

در دعاوی علیه میت، مدعی، پس از اقامه بینه بر بدهکاری میت، ملزم به اتیان سوگندی است که بدان سوگند استظهاری گفته می‌شود، سوگندی با این مضمون که میت بدهی وی را تا پیش از فوتش پرداخت نموده و وی میت را از پرداخت بدهی ابراء نکرده است. آنچه در این پژوهش محل بحث است، گستره اتیان سوگند استظهاری در دعاوی علیه میت است؛ با این توضیح که در دعاوی علیه میت گاه مدعی اصیل، یعنی شخص صاحب حق، فوت نموده و ورثه وی مدعی بر میت می‌گردند. فقیهان امامیه در این مورد با مدعی غیراصیل همانند مدعی اصیل رفتار نموده و علاوه بر اقامه بینه توسط مدعی غیراصیل، انضمام سوگند استظهاری توسط وی را نیز لازم دانسته‌اند؛ به عبارتی، وی همانند مدعی صاحب حق، ملزم به اتیان سوگند استظهاری است. اما مسئله چالش برانگیزی که با ابهامات زیادی مواجه است و سؤال اصلی پژوهش را تشکیل می‌دهد، نحوه اتیان سوگند استظهاری از سوی مدعی غیراصیل و یا همان وارث صاحب حق است: کیفیت سوگند وی به چه نحوی خواهد بود؟ آیا از آنجاکه سوگند باید قطعی و جزمی باشد، وارث نیز باید به نحو قطعی، بر عدم پرداخت دین توسط میت به مورث وی و یا عدم ابراء مورث، قسم اتیان نماید یا از آنجاکه پرداخت دین و یا ابراء فعل غیر است، وارث ملزم به اتیان چنین سوگندی نیست؟ یا احتمالات دیگری وجود دارد؟ با کاوش در کتب فقهی، پنج نظریه قابل استحصال است.

اهمیت پژوهش از این جهت است که اگرچه مشهور فقیهان امامیه وارث را ملزم به اتیان سوگند استظهاری نموده‌اند، در زمینه کیفیت سوگند وی میان آنان اختلاف نظر وجود دارد، به‌ویژه اینکه در این مورد نظریه مشهوری نیز وجود ندارد. در قانون مدنی و قانون آیین دادرسی مدنی نیز کیفیت ادای چنین سوگندی محمل و نهاده شده است. لذا اتخاذ نظریه‌ای قوی که بتواند مبنای عمل در محاکم قضایی قرار گیرد، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. بنابراین نظر به اهمیت بحث، جستار حاضر در پژوهشی مسئله‌محور و با اتخاذ شیوه توصیفی-تحلیلی، به تبیین هریک از اقوال و تحلیل مستندات آن‌ها می‌پردازد.

پیشینه پژوهش

تا جایی که در پایگاه‌های معتبر علمی جست‌وجو شد، هیچ پژوهشی که به موضوع تحقیق فرارو بپردازد، مشاهده نگردید.

مفهوم سوگند استظهاری

ضعیف‌ترین دلیل در میان ادله اثبات دعوی سوگند است. عملکرد این نوع دلیل صرفاً به هدف فصل خصومت است. سوگند اثباتی یا قضایی به سه دسته تقسیم می‌شود: (۱) سوگند بتی یا قاطع دعوا (در مواردی کاربرد دارد که مدعی هیچ دلیلی برای اثبات ادعای خود ندارد و قابل استعمال در تمام دعاوی حق‌الناسی خواه مالی و خواه غیرمالی است)؛ (۲) سوگند تکمیلی (در مواردی کاربرد دارد که دلیل مدعی شهادت شهود باشد و تعداد شهود او کافی نباشد، سوگند جهت تکمیل دلیل ناقص است و صرفاً در دعاوی مالی کاربرد دارد)؛ و (۳) سوگند استظهاری (توکلی، ۱۳۹۸، صص ۵۱۷-۵۱۹).

سوگند استظهاری سوگندی است که مدعی باید در دعوای مالی علیه میت برای اثبات حق و بقای آن تا حین فوت یاد کند (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص ۱۵۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۴۶۰). لزوم ضمیمه چنین سوگندی در دعوای مالی علیه میت میان فقیهان امامیه مشهور است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص ۱۵۹؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۷۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۴۵).

از آنجاکه احتمال دارد میت پیش از مرگ بدهی را پرداخت نموده باشد و یا مدعی، میت را از طلبش ابراء یا اسقاط حق نموده باشد، درحالی که شهود از استیفاء و یا اسقاط حق اطلاع نداشته باشند، در صورت ادعای بر میت، مدعی ملزم به اتیان سوگندی تحت عنوان یمین استظهاری جهت رفع چنین احتمالاتی می شود؛ بنابراین بینه بر اصل اشتغال ذمه میت و اصل ثبوت دین بر میت شهادت می دهد و یمین استظهاری بقای اشتغال ذمه میت تا زمان موت مدعی علیه را ثابت می نماید (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۱۰۵؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۲۵۶؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص ۵۳).

در خصوص سوگند استظهاری باید به این نکات توجه داشت: (۱) این سوگند فقط در دعوای علیه میت قابل استفاده است و دعوی باید به طرفیت وارث متوفی طرح شود؛ (۲) در دعوی بر میت، اتیان سوگند استظهاری با وجود کمال ادله لازم است؛ (۳) اتیان سوگند استظهاری، منوط به درخواست مدعی نیست و قاضی می تواند رأساً مدعی را سوگند دهد؛ (۴) این سوگند بر عهده مدعی است و قابل رد به طرف مقابل نیست و در صورت امتناع مدعی از اتیان سوگند، به دلیل عدم کفایت ادله، حکم علیه او صادر می شود (خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۴۲۳؛ توکلی، ۱۳۹۸، ص ۵۲۰).

مبانی فقهی لزوم سوگند استظهاری

بر لزوم اتیان سوگند استظهاری در دعوای مالی علیه میت به چند دلیل استناد شده است:

الف: روایات

به نظر می رسد مهم ترین دلیل ضرورت ضمیمه یمین استظهاری در دعوای مالی بر میت، روایات است. (أ) عبدالرحمن بصری به سند خود از امام هفتم (ع) نقل کرده است که: «چنانچه مدعی علیه (مطلوب به حق) میت باشد، علاوه بر اقامه بینه، لازم است که مدعی به «خداوندی که جز او خدایی نیست» سوگند یاد کند درحالی که حشش بر ذمه فلانی بوده، وی فوت نموده است. اگر چنین سوگندی را بخورد، حشش ثابت و الا ساقط است؛ زیرا ما نمی دانیم میت قبل از فوتش در حضور شاهی که از مکان او بی خبریم و یا بدون حضور شاهد بدهی خودش را پرداخت کرده باشد. به همین جهت است که ناگزیر از ضمیمه سوگند به بینه هستیم...» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، صص ۲۳۶-۲۳۷).

روایت فوق مهم ترین روایت در فرض مسئله است که توسط مشایخ ثلاثه (شیخ کلینی، شیخ صدوق و شیخ طوسی) با مختصر اختلافی نقل شده است، گرچه اختلاف مذکور مربوط به محل بحث پژوهش نیست (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۱۶؛ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۶۳؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۲۲۹). بسیاری از فقیهان روایت مزبور را معتبر دانسته (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۵، ص ۱۴۵) و مجلسی اول از این

روایت به «القوی کالصحيح» تعبیر کرده است (مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ج ۶ ص ۱۷۳). باید اذعان کرد حتی اگر بر طبق برخی مبانى رجالى سند روایت فوق قابل مناقشه دانسته شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۴۶۲). عمل اصحاب و فتوای ایشان مطابق مدلول روایت (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۴۶۲؛ حسینی عاملی، بی تا، ج ۱۰، ص ۹۰؛ حائری طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۵، ص ۹۷؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۱۰۶)، موجب جبران ضعف سند روایت خواهد شد؛ چه اینکه اصل حکم «لزوم ادای سوگند مدعى در دعاوى علیه میت» مشهور است.

ب) صحیحۀ محمد بن حسن صفار از امام حسن عسگری (ع): «... آیا شهادت وصی بر ضرر میت به همراه شاهد عادل دیگر پذیرفته می شود؟ حضرت در پاسخ نامه نوشتند: بله بعد از سوگند (مدعى)» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۹۴).

حدیث فوق را که مشایخ ثلاث با مختصر اختلافی نقل کرده اند، از نظر سندى صحیح است (حسینی حائری، ۱۴۱۵ق، ص ۷۱۳؛ روحانى، ۱۴۱۲ق، ج ۲۵، ص ۱۴۵) و به تصریح برخی از فقیهان، نه از حیث سند و نه از حیث دلالت، هیچ گونه اشکالی بر آن وارد نیست (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۱۰۶). مطابق نقلی دیگر آمده است که محمد بن حسن صفار به امام حسن عسگری (ع) نوشت: «مردی برای فرزندان وصیت کرده است و حال آنکه در بین این بچه ها برخی بزرگ و به سن بلوغ رسیده و برخی دیگر از آنها صغیر می باشند. آیا برای فرزندان بزرگ جایز است که وصیت او را اجرا کنند و بدهی او را که با شهادت شهود عادل بر میت ثابت شده بپردازند، قبل از اینکه فرزندان صغیر به سن بلوغ برسند؟ حضرت (ع) در پاسخ فرمودند: بله، بر عهده فرزندان بزرگ میت است که بدهی های پدرشان را بپردازند و دین پدرشان را به دلیل وجود فرزندان صغیر نگه ندارند» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۶).

ممکن است اشکال شود که در روایت فوق، دین بر میت بر اساس شهادت شهود عادل ثابت شده و امام (ع) اشاره ای به لزوم ضمیمه قسم مدعى جهت ثبوت دین بر میت ننموده و این معنایش آن است که بینه، بدون نیاز به یمین مدعى بر میت، نافذ است (حسینی حائری، ۱۴۱۵ق، ص ۷۱۵)؛ بنابراین این روایت در تعارض با روایاتی است که ثبوت دین بر میت با بینه را مقید به ضمیمه یمین مدعى قرار داده اند. امادر پاسخ می توان گفت چنین اشکالی وارد نیست، زیرا در این حدیث احتمالاتی وجود دارد که مانع از تعارض می شود (اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال). اولاً این روایت معلوم نیست که روایت مستقل دیگری باشد، بلکه محتمل است ادامه همان مکاتبه صفار باشد که سابقاً ذکر شد. ثانیاً احتمال دارد عبارت «بِشَهْوِدِ عَدُولٍ» قید اثبات دین بر میت نباشد، بلکه مقید «يَقْضُوا دَيْنَهُ» باشد؛ یعنی برای اینکه اوصیای صغیر بعد از بلوغ، ادعای عدم اجرای وصیت نکنند و از اجرای آن مطمئن شوند، نیاز است که اجرای وصیت توسط اوصیای کبیر همراه با شاهد گرفتن باشد. به عبارت دیگر، شاهد گرفتن در اینجا، حکمی ارشادی و نه الزامی باشد که با هدف جلوگیری از اختلاف میان ورثه انجام می شود. بر این اساس، اقامه بینه در این حدیث، موضوعیت ندارد تا اینکه گفته شود، در این حدیث، اقامه بینه بدون یمین مدعى، مثبت ثبوت حق علیه میت اعلام شده است؛ بنابراین، روایت مذکور در خصوص اصل نیاز یا عدم نیاز اثبات دین میت به بینه و نیز یمین مدعى، ساکت است و قابلیت استناد را ندارد. لذا گفته شده است، این قسمت از روایت در مقام بیان روش

ثبوت دعوا علیه میت نیست، بلکه در مقام بیان جهت دیگری است و آن این است فرزندان بزرگ در اجرای وصیت منتظر رسیدن صغار به سن تکلیف یا رشد نمی‌شوند؛ اما اینکه شهادت بینه چه زمانی نافذ است، از محل بحث حدیث خارج است (حسینی حائری، ۱۴۱۵ق، ص. ۷۱۵). به عبارتی روایت در مقام بیان تعیین تکلیف مواردی است که برخی از اوصیا کبیر و برخی دیگر صغیر باشند و اینکه در این موارد لازم نیست جهت پرداخت بدهی میت تا زمان بلوغ اوصیای صغیر صبر کنند؛ بلکه اوصیای کبیر می‌بایست به وظیفه خود عمل کنند. مؤید مطلب، حدیث دیگری است که در همین باب آمده است. علی بن یقظین می‌گوید: از امام رضا (ع) در باره مردی پرسیدم که زنی را وصی قرار داده و با او کودکی را (در وصایت) شریک کرده است؛ امام (ع) فرمود: چنین کاری جایز است و آن زن وصیت را اجرا می‌کند و منتظر بلوغ کودک نمی‌شود؛ پس هرگاه کودک بالغ شد مجاز نیست رضایت ندهد مگر آنکه تبدیل یل تغییری رخ داده باشد. در این صورت، می‌تواند وصیت را به آن وصیتی که میت کرده، برگرداند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص. ۴۶). چنان که معلوم است در این حدیث، سخن روی لزوم اقدام و اجرای وصیت و عدم تأخیر در اجرای آن به امید بالغ شدن دیگر اوصیا است و هیچ اشاره‌ای به کیفیت اثبات بدهی میت نکرده است. این روایت که در کتاب کافی قبل از روایت پیشین و در باب «من اوصی الی مدرک و اشرك معه الصغیر» آمده، قرینه است بر اینکه امام (ع) در مقام بیان از نحوه اثبات بدهی میت نبوده و اصولاً سؤال راویان نیز متوجه این موضوع نیست؛ بلکه صرفاً لزوم اجرا یا صبر تا بلوغ سایر اوصیا مورد پرسش بوده است. ثالثاً حتی بفرض پذیرش در مقام بیان بودن و ثبوت دین بر میت با بینه، چنانچه برخی از فقها در رد اشکال فوق گفته‌اند می‌توان به اطلاق روایت تمسک نمود و روایت مذکور توسط روایات دیگر باب تقیید گردد (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱، ص. ۲۲؛ سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۴۲۶)؛ توضیح اینکه این روایت اطلاق دارد از آن جهت که دین را با شهادت شهود بر میت ثابت دانسته است، خواه به ضمیمه یمین یا بدون ضمیمه یمین؛ اما دیگر روایات، اثبات دین را مشروط به اقامه بینه به ضمیمه یمین مدعی کرده‌اند؛ بنابراین، چنین روایاتی مقید روایت مزبور می‌گردند؛ لذا اختلاف این روایت با آن روایات صرفاً در اطلاق و تقیید است که با هم قابل جمع هستند.

ب: اجماع

برخی از فقیهان امامیه، بر لزوم اتیان سوگند استظهاری در دعاوی مالی علیه میت، ادعای اجماع نموده‌اند (حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۱۰، ص. ۹۰؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص. ۵۳). البته ظاهر عبارت صاحب جواهر و برخی دیگر از فقیهان نفی خلاف در مسئله است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، صص. ۱۹۴-۱۹۵؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۳، ص. ۲۵۸؛ حائری طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۵، ص. ۹۶).

استناد به اجماع از چند جهت مورد مناقشه قرار گرفته است. یکی اینکه محقق اردبیلی تحقق اجماع را در فرض مسئله نپذیرفته است (محقق اردبیلی، ج ۱۲، صص. ۱۵۶-۱۵۸). پاره‌ای از فقهای معاصر نیز ادعای اجماع صاحب جواهر بر فرض مسئله را عجیب دانسته‌اند (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۴۲۲). همچنین شهید ثانی در مسالک گرچه در فرض مسئله در یک موضع ادعای شهرت و در موضع دیگر ادعای اتفاق نموده، ظاهراً در ادامه در حصول اجماع تردید کرده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص. ۴۶۳). دلیل

تردید در تحقق اجماع این است که بسیاری از فقها به‌ویژه متقدمان متعرض فرض مسئله نشده‌اند (حسینی عاملی، بی‌تا، ج. ۱۰، صص. ۸۹-۹۰؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۰، ص. ۱۹۴). دیگر آنکه به دلیل وجود روایات در فرض مسئله، اجماع مذکور، اجماعی مدرکی یا محتمل‌المدرک است و اجماع مدرکی در فقه امامیه حجیت ندارد.

لزوم اتیان سوگند استظهاری توسط وارث صاحب حق

فقیهان امامیه در دعای علیه میت که مدعی وارث صاحب حق باشد، همانند دعای ای که مدعی خود صاحب حق باشد، قائل به لزوم ضمیمه یمین استظهاری به بینه شده‌اند؛ یعنی وارث جهت اثبات حق، علاوه بر اقامه بینه، ملزم به اتیان سوگند استظهاری است و در صورت عدم اتیان چنین سوگندی، حق ثابت نمی‌شود (حسینی عاملی، بی‌تا، ج. ۱۰، ص. ۹۳؛ خمینی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۴۲۳؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج. ۲، ص. ۶۹۵؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج. ۲۵، ص. ۱۴۹).

فقیهان امامیه در این مورد به چند دلیل استناد نموده‌اند:

۱. صحیحۀ صفار که ذکر آن قبلاً گذشت: «... آیا شهادت وصی بر ضرر میت به همراه شاهد عادل دیگر پذیرفته می‌شود یا خیر؟ حضرت در پاسخ‌نامه نوشتند بله بعد از سوگند (مدعی)». چنانچه از پاسخ امام (ع) در پذیرش شهادت وصی به همراه شاهد دیگر مشخص است: «نعم من بعد یمین»، امام نامی از نوع مدعی نبرده است، لذا روایت از نظر نوع مدعی مطلق است، یعنی خواه شخص صاحب حق، مدعی باشد و خواه وارث وی مدعی باشد، اتیان سوگند لازم است (حسینی عاملی، بی‌تا، ج. ۱۰، ص. ۹۳؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج. ۴۱، ص. ۲۴؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰ق، ص. ۲۰۲؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج. ۲۵، ص. ۱۴۹).

۲. روایت عبدالرحمن: این روایت از دو جهت بر لزوم اتیان سوگند استظهاری بر وارث دلالت دارد:

جهت اول) «... و اگر مدعی علیه (مطلوب به حق) میت باشد و علیه وی بینه اقامه نموده باشد، مدعی علاوه بر اقامه بینه لازم است به «خداوندی که جز او خدایی نیست» سوگند یاد کند درحالی که حقیقت بر ذمه میت بوده، وی فوت نموده است». روایت فوق نیز همانند صحیحۀ صفار از نظر تعیین نوع مدعی مطلق است، زیرا چنانچه از عبارت «فَأَقِمْتَ عَلَيْهِ الْبَيْتَةَ» مشخص است، مدعی مطلق است، خواه صاحب حق باشد و خواه وارث صاحب حق (حسینی عاملی، بی‌تا، ج. ۱۰، ص. ۹۳؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰ق، ص. ۲۰۲؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج. ۲۵، ص. ۱۴۹؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ص. ۲۳۲).

ممکن است گفته شود، این دو روایت ظهور در مدعی اصیل دارند؛ مخصوصاً اینکه در روایت دوم آمده است: «مدعی باید به خداوندی که جز او خدایی نیست قسم یاد نماید به اینکه میت درحالی که به وی بدهکار بوده فوت نموده است». اما در پاسخ می‌توان گفت: اولاً این ظهور ظهور بدوی است که حجیت ندارد؛ آنچه حجیت دارد، ظهور استعمالی است. ثانیاً اینکه امام (ع) در پایان حدیث، نحوه قسم خوردن مدعی را بیان کرده و از مدعی اصیل یاد نموده، صرفاً از آن جهت است که غلبه در وجود خارجی با مدعی اصیل است؛ از این رو امام (ع) کیفیت قسم را روی مدعی اصیل پیاده فرموده‌اند. ثالثاً حتی اگر ظهور استعمالی مدعی در مدعی اصیل پذیرفته شود، باز نمی‌توان قسم استظهاری را به مدعی اصیل محدود کرد؛ زیرا آنچه

سبب لزوم ضمیمه قسم به بینة شده، میت بودن مدعی‌علیه است که با وجود احتمال پرداخت توسط او، توانایی دفاع از خود را ندارد و این مناط و ملاک در هر دو نوع مدعی وجود دارد. به عبارت دیگر، لزوم انضمام قسم از آن جهت نیست که مدعی مدعی اصیل است؛ زیرا اگر ملاک در مسئله صرف «مدعی بودن» باشد، در آن صورت می‌بایست در ادعا بر علیه مدعی‌علیه زنده هم، قسم را به بینة ضمیمه کرد؛ به دلیل آنکه مدعی اصیل در آنجا نیز وجود دارد؛ درحالی‌که چنین نیست و هیچ‌کس از فقها قائل به این لزوم نشده است. در واقع آنچه محور و موضوع لزوم انضمام قسم است، میت بودن مدعی‌علیه است که در هر دو فرض مدعی اصیل و مدعی غیراصیل محقق است. افزون بر این، ممکن است از باب اولویت قائل به لزوم انضمام قسم استظهاری به بینة مدعی غیراصیل شد؛ زیرا او با واسطه مدعی اصیل، علیه میت ادعای طلب می‌کند که طبیعتاً سبب ضعف او نسبت به مدعی اصیل خواهد بود. وقتی که مدعی اصیل مستقیماً بدون واسطه ادعای طلب دارد و اثبات حق او مطابق این روایات علاوه بر بینة نیازمند قسم استظهاری است، به طریق اولی اثبات حق ورثه او (مدعی غیراصیل) محتاج به یمین استظهاری خواهد بود. بنابراین، حتی اگر انحصار دلالت این دو روایت بر لزوم قسم توسط مدعی اصیل پذیرفته شود، از راه تنقیح مناط قطعی و وحدت ملاک، لزوم قسم برای مدعی غیراصیل از راه اولویت ثابت می‌شود. بر این اساس، ذکر کیفیت قسم برای مدعی اصیل یا از باب مثال و توجه به کیفیت قسم است نه اینکه مدعی، حتماً باید مدعی اصیل باشد؛ یعنی امام (ع) در مقام بیان کیفیت قسم، آن را روی یکی از دو نوع مدعی که غلبه وجودی دارد، پیاده فرموده، با اینکه در صدر روایت به صورت مطلق، قسم را برای مدعی، چه اصیل و چه غیراصیل، لازم دانسته است یا اینکه از راه تنقیح مناط می‌توان حکم به لزوم انضمام قسم استظهاری را به مدعی غیراصیل نیز تعمیم داد.

جهت دوم) تعلیل مذکور در روایت: «... زیرا ما نمی‌دانیم شاید میت قبل از فوتش در حضور شاهی از مکان او بی‌خبریم و یا بدون حضور شاهد بدهی خودش را پرداخت کرده باشد. به همین جهت است که ناگزیر از ضمیمه سوگند به بینة هستیم». چنان‌که اصولیون گفته‌اند: «العله یعمم و یخصص». در اینجا عموم تعلیل موجود در روایت یعنی «احتمال وفای دین» هم شامل دعوا علیه میتی می‌شود که مدعی، شخص صاحب حق باشد و هم دعوایی که مدعی، وارث صاحب حق باشد؛ یعنی در هر دو دعوا احتمال وفای دین توسط میت وجود دارد و جهت دفع چنین احتمالی مدعی اصیل یا مدعی بدیل یعنی وارث باید قسم اتیان نماید (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰ق، ص. ۲۰۲؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ص. ۲۳۲). لذا روایت هم موضوعاً و هم تعلیلاً شامل موردی که مدعی، وارث صاحب حق باشد، می‌گردد، زیرا چنین فرضی نیز دعوی بر میت است و علت نیز منصوص است و بلکه چه بسا این فرض - نسبت به علت - غلیظتر از فرضی است که صاحب حق زنده باشد (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج. ۱۷، ص. ۲۶۱).

بنابراین هر دو روایت اطلاق دارند و از نظر لفظی شامل مدعی وارث نیز می‌گردند، زیرا اگر اطلاق نمی‌داشتند، قاعدتاً قیدی یا علامتی می‌بود یا اشعار به چیز خاصی می‌داشت، درحالی‌که هیچ‌گونه علامت، قید و اشعاری در آن دو روایت بر اختصاص وجود ندارد. اگر اشکال شود که در این فرض قدر متیقن وجود دارد و آن مدعی صاحب حق است، از این اشکال چنین پاسخ داده می‌شود که مطلق قدر متیقن مانع از

ظهور اطلاق نمی‌شود، بلکه قدر متیقنی که در مقام تخاطب باشد مانع از ظهور اطلاق می‌گردد و چنین قدر متیقنی در محل بحث نیست؛ اگر بنا بر این باشد که هر نوع قدر متیقنی بتواند اطلاق را تخصیص زند در این صورت به هیچ مطلقى نمی‌توان استناد نمود؛ زیرا هر مطلقى دارای افراد ظاهر و واضحی است که این افراد ظاهر قدر متیقن آن اطلاق خواهند بود (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰ ق، ص. ۲۰۲).

حتی به فرض اینکه ظاهر روایت عبدالرحمن، مدعی اصیل و شخص صاحب حق باشد، چنین امری لزوم اتیان سوگند در دعوی علیه میت را در صورتی که مدعی صاحب حق نباشد، نفی نمی‌کند و با وجود سکوت این روایت نسبت به وارث، حکم «لزوم اتیان سوگند» برای چنین مدعی‌ای را می‌توان از اطلاق صحیحۀ صفار به دست آورد؛ زیرا صحیحۀ صفار در خصوص مدعی، مطلق است و مدعی، خواه اصیل و خواه غیراصیل، را ملزم به اتیان سوگند نموده است. اگر اشکال شود که اطلاق صحیحۀ صفار حمل بر تقیید روایت عبدالرحمن می‌گردد و لذا در مورد وارث، اتیان سوگند لازم نیست، چنین پاسخ داده می‌شود که هر دو روایت موجه هستند و با هم تنافی ندارند و حکم انحلالی است؛ لذا ضرورتی بر حمل مطلق بر مقید نیست (تبریزی، ۱۳۸۷، ص. ۱۶۸). اگر هم حمل مطلق بر مقید پذیرفته شود، چنان که گذشت، از راه تنقیح مناط قطعی و اولویت در آن، می‌توان حکم به لزوم قسم استظهاری برای مدعی غیراصیل داد.

۳. الغای خصوصیت: حتی بر فرض عدم پذیرش اطلاق روایات و عدم شمول آن‌ها بر وارث، می‌توان به دلیل الغای خصوصیت، استناد نمود، با این توضیح که عرف با الغای خصوصیت نص روایات مساعدت دارد؛ یعنی عبارت «مدعی لنفسه»، در روایات مربوط به دعاوی علیه میت، خصوصیت ندارد (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰ ق، ص. ۲۰۲) و ملاک در چنین دعاوی رفع شبهه «احتمال استیفای دین توسط میت و یا ابراء دین توسط صاحب حق» است؛ لذا در هر دعوی علیه میتی که چنین شبهه‌ای وجود داشته باشد، جهت رفع شبهه، حکم «لزوم اتیان سوگند بر مدعی» ثابت است، خواه مدعی اصیل باشد و خواه غیراصیل (وارث). بنابراین مدعی بودن موضوعیت ندارد.

کیفیت اتیان سوگند استظهاری توسط وارث

در دعاوی علیه میت، در مواردی که مدعی شخص صاحب حق است، شیوه و کیفیت اتیان سوگند در روایت عبدالرحمن مشخص شده است: «فَعَلَى الْمُدْعَى الْيَمِينُ بِاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ لَقَدْ مَاتَ فُلَانٌ وَ إِنَّ حَقَّهُ لَعَلَيْهِ؛ مدعی به خداوندی که جز او خدایی نیست، سوگند یاد کند که میت فوت کرد درحالی که زمان فوتش به وی بدهکار بوده است.» اما در مواردی که مدعی وارث صاحب حق است، نمی‌تواند این‌گونه قسم یاد نماید: «به خداوندی که جز او خدایی نیست، سوگند یاد می‌کنم که فلانی فوت کرد درحالی که زمان فوتش به پدر (یا مورث) بنده بدهکار بوده است»؛ زیرا وارث، عالم به عدم دریافت دین توسط مورث نیست؛ از این رو، عملاً امکان اتیان سوگند قطعی و بتی را ندارد. بر این اساس، با وجود پذیرش دیدگاه مشهور مبنی بر لزوم ضمیمه سوگند استظهاری در دعاوی علیه میت، بحث و مناقشه در کیفیت اتیان سوگند استظهاری توسط مدعی غیراصیل؛ یعنی وارث صاحب حق است. فقیهان متقدم در این مورد سکوت نموده‌اند؛ اما با کنکاشی که در متون فقهی متأخرین و معاصرین صورت گرفت، پنج نظریه به دست آمد که در ذیل می‌آیند:

نظریه اول: اتیان سوگند قطعی بر مبنای اصل استصحاب

گرچه در فرض مسئله، مدعی، شخص صاحب حق نیست؛ بلکه وارث وی است، اما وارث نیز همانند مورث و به عبارتی شخص صاحب حق باید به شکل قطعی قسم را اتیان نماید. یعنی بدین شکل: «به خداوندی که جز او خدایی نیست این شخص (میت) به پدر (مورث) من بدهکار بود و در حال بدهکاری فوت نمود» (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۰، ص. ۱۹۷؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج. ۲۵، ص. ۱۴۹).

فقیهان پیرو این نظریه جهت اثبات مدعای خود به اصل استصحاب استناد نموده‌اند، با این توضیح که در فرض مسئله، با اقامه بینه بر بدهکاری میت، شکی در بدهکاری وی نیست، اما شک در این است که آیا میت پیش از فوت، بدهی را پرداخت نموده یا نه. به عبارتی یقین سابق بر بدهکاری میت و شک لاحق بر ادای بدهی تا پیش از فوت وجود دارد؛ لذا مجرای استصحاب است و استصحاب بقای دین تا زمان فوت میت می‌شود. همان‌گونه که می‌توان با استناد به قاعده ید، شهادت و قسم بر ملکیت را ادا کرد، با استناد به اصل استصحاب نیز می‌توان قسم اتیان نمود؛ زیرا اسقاط حق با وجود اقامه بینه از جانب مدعی، منافی با مذاق فقه است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۰، ص. ۱۹۷؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج. ۲۵، ص. ۱۴۹). گرچه ید و استصحاب یقین‌آور نیستند، حجت شرعی هستند و می‌توان با استناد به هر دو قسم اتیان نمود؛ لذا در فرض مسئله وارث می‌تواند با استناد به استصحاب قسم قطعی اتیان نماید.

فارغ از اینکه ظاهراً فرض بحث مجرای قاعده علی‌البد است؛ چه اینکه فرض مسئله از موارد ثبوت ضمان بر ذمه کسی است که بر مال دیگری استیلا یافته است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج. ۴، ص. ۹۳)، استناد به اصل استصحاب در این فرض مورد مناقشه است؛ زیرا:

اولاً قسم باید قطعی و بر اساس علم باشد، به دلیل روایت امام صادق (ع) که با تعابیر متفاوتی ذکر شده است: «لَا يَحْلِفُ الرَّجُلُ إِلَّا عَلَى عِلْمِهِ» و «لَا يَسْتَحْلِفُ الرَّجُلُ إِلَّا عَلَى عِلْمِهِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۲۳، ص. ۲۴۶-۲۴۷). اما اینکه با استناد به قاعده ید می‌توان شهادت بر ملکیت داد، به سبب وجود دلیل خاص و منصوص در این مورد است، یعنی روایت حفص بن غیاث از امام صادق (ع): «قَالَ لَهُ رَجُلٌ إِذَا رَأَيْتُ شَيْئًا فِي يَدِي رَجُلٍ يَجُوزُ لِي أَنْ أَشْهَدَ أَنَّهُ لَهُ قَالَ نَعَمْ...» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۲۷، ص. ۲۹۲) و گرنه اگر دلیل خاص نبود، شهادت با قاعده ید پذیرفته نبود.^۱ در محل بحث نیز ظاهر روایت عبدالرحمن، «فَعَلَى الْمُدْعَى الْيَمِينُ بِاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ لَقَدْ مَاتَ فُلَانٌ وَإِنَّ حَقَّهُ لَعَلَيْهِ»، منصرف به یمین صادق است، یعنی مراد قسم قطعی است که به نحو جزمی و اخبار از واقع و بر مبنای علم باشد. لذا استصحاب نمی‌تواند مبنای اتیان سوگند باشد؛ زیرا بر اساس واقع و یقین‌آور نیست، بلکه در زمینه شک است و از طرفی نیز همانند قاعده ید، نصی در خصوص پذیرش سوگند بر مبنای استصحاب وجود ندارد (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج. ۱۷، ص. ۲۶۱؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰ق، ص. ۲۰۳؛ سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱، ص. ۴۳۰؛ آشتیانی، ۱۳۶۹ق، ص. ۱۴۱). بنابراین علی‌ه

۱. گرچه در مورد اینکه آیا مطلق ید می‌تواند مبنای شهادت قرار گیرد یا ید مؤکده (یدی که مقرون به برخی تصرفات است و عرفاً موجب وثوق می‌شود) میان فقها اختلاف نظر وجود دارد.

میت نیاز است، قسم بر مبنای علم است نه قسم بر مبنای استصحاب که در زمینه شک است؛ استصحاب نیز گرچه حجت است، اما یقین آور نیست.

ثانیاً فارغ از اینکه اصولاً آیا می‌توان، در فرض مسئله، استصحاب جاری نمود یا خیر، زیرا موضوع آن باید حکم شرعی باشد (انصاری، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۳۳؛ اصفهانی، ۱۴۰۴، ج ۱، ص ۳۶۹)، در دعاوی علیه میت اگر استصحاب مثبت بدهکاری میت تا حین فوت باشد، در این صورت اقامه بینه توسط مدعی به ضمیمه استصحاب جهت اثبات مدعا کفایت می‌کرد و دیگر نیازی به یمین استظهاری نبود؛ یعنی دیگر بدون اتیان سوگند، با استصحاب عدم استیفاء و یا عدم ابراء، شبهه استیفاء و ابراء مرتفع می‌گردید. حال آنکه چنین نیست و با تأکید ائمه (ع) در روایات به لزوم سوگند استظهاری در دعاوی علیه میت می‌توان چنین به دست آورد که استصحاب در حل مسئله کارگشا نبوده است.

نظریه دوم: اتیان قسم قطعی به نفی علم

از آنجاکه مطابق با روایات محل بحث، از یک سو در دعاوی علیه میت خواه مدعی اصیل و خواه غیراصیل اتیان سوگند مدعی لازم است و از سوی دیگر قسم باید به نحو قطعی اتیان گردد، در دعاوی ای علیه میت که توسط وارث طرح می‌گردد، اتیان سوگند وارث واجب است. با این حال، به دلیل اینکه وفای دین یا ابراء آن فعل غیر است، وارث قادر به اتیان سوگند قطعی نیست، اما از آنجاکه احتمال عالم بودن وارث بر استیفاء یا ابراء دین وجود دارد، وی باید قسم بر نفی علم ادا نماید تا چنین شبهه‌هایی برطرف گردد و سپس قاضی با اطمینان خاطر، با استناد به بینه، حکم به پرداخت بدهی دهد (آشتیانی، ۱۳۶۹، ق، ص ۱۴۱). بنابراین وارث باید قسمی به این نحو ادا نماید: «به خداوندی که جز او خدایی نیست، من نمی‌دانم مدعی علیه در زمان حیات، بدهی‌اش به مورث بنده را پرداخت کرده بود یا نه و یا صاحب حق آن را ابراء نموده یا نه».

این دیدگاه مستند به دو دلیل ذیل است:

۱. نصوص لزوم ضمیمه قسم در دعاوی علیه میت: مستفاد از نصوص لزوم ضمیمه قسم مدعی در دعاوی علیه میت این است که ادعا به صرف اقامه بینه ثابت نمی‌گردد، بلکه نیازمند اتیان سوگند مدعی است و در مواردی که فرد متمکن از سوگند بر واقع نیست، باید بر نفی علم سوگند بخورد (آشتیانی، ۱۳۶۹، ق، ص ۱۴۱).

۲. انکاری بودن سوگند مدعی: این دلیل مبتنی بر این است که قسم مدعی یا قسم اثباتی و استظهاری (جزء و یا شرط دلیل مثبت دعوا) است و یا اینکه قسم انکاری (از قبیل قسم منکر؛ یعنی مدعی، در حقیقت، منکر ادعای احتمالی میت است و برای نفی آن ادعای احتمالی باید قسم بخورد). این دیدگاه قسم را از نوع دوم یعنی انکاری محسوب نموده است. در این نوع از قسم، اگر منکر می‌تواند بر نفی واقع سوگند بخورد باید چنین قسمی ادا نماید و در غیر این صورت باید بر نفی علم قسم یاد کند (آشتیانی، ۱۳۶۹، ق، ص ۱۴۱).

اما بر هر دو دلیل فوق اشکالاتی به قرار ذیل وارد است.

اشکال بر دلیل اول: گرچه مستفاد از ادله عدم ثبوت دعوا بر میت به صرف بینه است، ظاهر و بلکه صریح روایات این است که مدعی بر ثبوت حق اتیان قسم نماید نه بر نفی علم (محقق کنی، ۱۳۹۹، ص. ۱۱۸): زیرا اولاً قسم نفی علم در محل بحث معنا ندارد، چراکه دعوی «ادعا بر میت و از طرفی علم داشتن وارث بر عدم وفاء و یا ابراء دین» نیست تا وی را ملزم به اتیان قسم نفی چنین علمی نمود، بلکه دعوی «ادعا بر میت و از طرفی «احتمال وفای دین و یا ابراء مدیون» است که مدعی باید بر عدم چنین احتمالی قسم ادا نماید. ثانیاً قسم نفی علم در فرض مسئله نه تنها کارگشا نیست، بلکه لغو است، زیرا قسم نفی علم، مثبت حق نیست؛ با این توضیح که در دعاوی علیه میت، دو امر به انضمام هم مثبت حق مدعی هستند: بینه (با مضمون بدهکار بودن میت) و قسم (با مضمون بقای بدهکار بودن میت در زمان فوت وی). حال از آنجاکه با قسم نفی علم بقای بدهکار بودن میت تا زمان فوت مشخص نمی‌گردد، چنین قسمی در فرض مسئله مثبت حق نیست، بدین دلیل که در دعاوی علیه میت نیاز به قسمی است که بدهکار بودن میت تا حین فوت را تأیید نماید، درحالی که با قسم نفی علم بدهکار بودن میت در حین فوت همچنان مبهم و مشکوک باقی می‌ماند و همانند حالتی است که اصلاً قسمی وجود ندارد (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص. ۵۳؛ حائری طباطبائی، ۱۴۱۴ق، ج. ۲، ص. ۸۲).

اشکال بر دلیل دوم: سوگند مدعی در دعاوی علیه میت، سوگند اثباتی است نه انکاری، یعنی این یمین جزء دلیل مثبت دعواست نه اینکه سوگند انکاری باشد. مشهور فقها نیز این نوع سوگند را سوگند اثباتی می‌دانند و لذا از آن به یمین استظهاری تعبیر نموده‌اند (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص. ۵۳؛ محقق کنی، ۱۳۹۹، ص. ۱۱۸).

نظریه سوم: اتیان سوگند قطعی در فرض تمکن از قسم

مطابق با این دیدگاه اگر مدعی قادر به اتیان سوگند باشد باید سوگند اتیان نماید، اما اگر قدرت بر اتیان سوگند ندارد بر وی واجب نیست، با این توضیح که مدعی در روایت عبدالرحمن «وَإِنْ كَانَ الْمَطْلُوبُ بِالْحَقِّ قَدْ مَاتَ فَأُقِيمَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ فَعَلَى الْمُدْعَى الْيَمِينَ بِاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ لَقَدْ مَاتَ فُلَانٌ وَإِنَّ حَقَّهُ لَعَلَيْهِ» عبارت «فَأُقِيمَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ» مطلق است و هم شامل مدعی اصیل و هم شامل مدعی وارث صاحب حق می‌گردد، اما اینکه امام در ادامه با عبارت «فَعَلَى الْمُدْعَى الْيَمِينَ...» مدعی را مکلف به اتیان سوگند نموده و سپس شیوه اتیان سوگند را بیان می‌دارد، این تکلیف حمل بر قدرت و تمکن می‌شود؛ یعنی در مواردی که مدعی متمکن از اتیان سوگند است، مراد جایی است که مدعی، شخص صاحب حق است نه مواردی که وارث صاحب حق است، زیرا در این مورد وارث به دلیل عدم علم، متمکن از اتیان چنین سوگندی که امام دستور داده‌اند نیست و وی نمی‌تواند بر فعل غیر، اتیان قسم نماید. بنابراین، در دعاوی علیه میت، از آنجاکه سوگند از جانب مدعی برخلاف قاعده است، فقط حمل بر مورد امکان می‌شود و در مواردی که مدعی متمکن از اتیان سوگند نیست، بلکه عاجز از چنین کاری است، حکم لزوم اتیان سوگند ساقط می‌گردد؛ زیرا احکام مشروط بر قدرت و تمکن هستند و در صورت عدم تمکن، ساقط می‌گردند. حال در مورد فرد عاجز از اتیان سوگند، از آنجاکه با وجود اقامه بینه بعید است که حق ساقط گردد، مرجع عمومات

ادله حجیت بینه است (حسینی عاملی، بی تا، ج. ۱۰، ص. ۹۳؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص. ۵۳؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج. ۲، ص. ۱۴۳؛ ضیاءالدین عراقی، ۱۴۲۱ق، ص. ۲۳۶؛ سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱، ص. ۴۳۰). این دیدگاه مستند به دو دلیل ذیل است:

۱. اصل برائت: وقتی فرد عاجز از اتیان سوگند است، تکلیفی نسبت به آن ندارد و مقتضای اصل برائت، عدم ثبوت چنین تکلیفی است (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱، ص. ۴۳۰).
۲. اطلاق و عموم ادله ثبوت دعوا با بینه: ادله ثبوت حق با بینه مطلق و عام هستند و فقط یک مورد از آن استثناء شده و آن دعای علیه میت توسط شخص متمکن از سوگند است، و از طرفی مخصوص یعنی روایات محل بحث نیز اطلاق ندارد و مختص مدعی متمکن از قسم است و یا حداقل اطلاق آن‌ها مشکوک بوده و در این مورد، مرجع همان اطلاق و عموم ادله حجیت بینه است (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص. ۵۳؛ سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱، ص. ۴۳۰).

اما ادله فوق نیز مورد اشکال واقع شده است:

اشکال بر دلیل اول: اولاً همان طور که اصل عدم ثبوت قسم است، اصل عدم ثبوت دعوی بدون قسم است. ثانیاً احکام تکلیفی مشروط به قدرت و امکان است، یعنی از کسی که قادر نیست حکم تکلیفی ساقط می‌گردد، اما احکام وضعی مشروط به قدرت نیست و در محل بحث «فعلی المدعی الیمین» حکم وضعی است؛ زیرا یمین در محل بحث سببیت را برای حکم اتیان سوگند جعل می‌نماید. یعنی، قسم سبب مثبت حق است، زیرا اگر مدعی، اتیان قسم نماید، دین بر عهده میت ثابت می‌گردد و اگر قسم اتیان نگردد به دلیل احتمال وفای دین تا قبل از فوت میت، دین بر عهده وی ثابت نمی‌گردد. به عبارت دیگر، اثبات حق مبتنی بر دو جزء بینه و یمین است؛ لذا یمین جزء اثبات حق است. در سببیت وقتی سبب نیاید مسبب هم نمی‌آید. در فرض مسئله هم وقتی قسم (سبب) نیاید دین (مسبب) ثابت نیست (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج. ۱۷، صص. ۲۶۲-۲۶۳؛ محقق کنی، ۱۳۹۹، ص. ۱۹). افزون بر این دو اشکال، این دلیل مصادره به مطلوب است و به عبارتی دیگر، دلیل عین مدعا است؛ چراکه می‌گوید فرد عاجز از اتیان سوگند، تکلیفی نسبت به آن ندارد؛ زیرا تکلیفی نسبت به آن ندارد! ضمن آنکه چنین استدلالی مورد نقض و تالی فاسد دارد. همان طوری که نمی‌توان گفت فرد عاجز از بینه تکلیفی نسبت به اقامه بینه ندارد، در مورد فرد ناتوان از قسم هم چنین است. اگر پذیرفته شود که فرد عاجز از قسم تکلیفی ندارد، باید پذیرفت که فرد عاجز از بینه هم تکلیفی ندارد و ادعایش بدون بینه باید مورد قبول واقع شود؛ درحالی که هیچ فقیهی این تالی فاسد را قبول ندارد. اگر معیار عجز از ادا باشد، چه فرقی است بین بینه و قسم که اولی لا بد منه است، ولی دومی از این جهت لزومی ندارد؟

اشکال بر دلیل دوم: این دلیل نیز مصادره به مطلوب است؛ زیرا هم ادعای استثنای دعوی علیه میت توسط شخص متمکن از سوگند، از ادله ثبوت دعوا با بینه، ادعایی بدون دلیل است و هم اختصاص روایات محل بحث و عبارت «فعلی المدعی الیمین...» به مدعی متمکن از قسم، ادعایی بدون دلیل و در واقع عین مدعا است. چنان که پیش تر گفته شد، روایات دال بر لزوم انضمام قسم، یا اطلاق دارند یا ندارند. اگر داشته باشند، در تمامی دعوی علیه میت باید قسم توسط مدعی اتیان گردد، خواه مدعی اصیل و صاحب حق

باشد و خواه وارث و وارث نیز خواه متمکن از اتیان قسم باشد یا نباشد. در این صورت، این روایات مخصص عموم ادله حجیت بینه هستند، به طوری که در محل بحث، بینه به همراه اتیان قسم مثبت ادعای مدعی غیراصیل خواهد بود. اما اگر هم اطلاق روایات دال بر لزوم قسم استظهاری برای مدعی (چه اصیل و چه بدیل) پذیرفته نشود، از راه تنقیح مناط، لزوم قسم برای مدعی غیراصیل هم ثابت می‌شود، چه توانایی ادای سوگند قطعی را داشته باشد و چه نداشته باشد.

نظریه چهارم: توقف دعوی

مطابق با این دیدگاه، لزوم ضمیمه سوگند توسط مدعی مطلق است، خواه مدعی صاحب حق باشد و خواه غیر صاحب حق همانند ولی و وارث. در هر صورت، مدعی ملزم به اتیان قسم است. اما از آنجاکه وی نمی‌تواند بر اساس بینه و یا استصحاب سوگند یاد نماید، دعوی در این موارد متوقف است؛ یعنی نه اثبات می‌گردد و نه ساقط، بلکه معلق و متوقف می‌ماند تا زمانی که مانع از مدعی یا مدعی له برطرف شود و اگر هم هیچ‌گاه مانع برطرف نشود، ادعا قابل اثبات نیست (محقق کنی، ۱۳۹۹، ص. ۱۹). بنابراین، مطابق با این دیدگاه، در مواردی که مانع از مدعی له برطرف می‌گردد، همانند آن جایی که مدعی در دعوی علیه میت، ولی است، دعوی باید متوقف گردد تا زمانی که مدعی له یعنی صغیر بالغ گردد و یا مجنون افاقه یابد و بعداً خود این افراد قسم اتیان نمایند. اما در موردی که مدعی، وارث صاحب حق است، از آنجاکه مدعی اصیل فوت نموده، لذا مانع هیچ‌گاه برطرف نخواهد شد و در نتیجه مطابق با دیدگاه ایشان این‌گونه دعاوی که مدعی وارث است، قابل اثبات نخواهند بود.

قائل به این قول، جهت اثبات مدعای خود، به اطلاق روایات محل بحث استناد نموده است، با این توضیح که اطلاق روایات لزوم انضمام قسم به بینه در موارد ادعای بر میت اقتضا می‌کند که صرف اقامه بینه کافی نباشد و باید سوگند به بینه ضمیمه شود و تفاوتی ندارد مدعی دعوا بر میت، صاحب حق باشد یا وارث و یا ولی صاحب حق، اما به دلیل عدم امکان مدعی بدیل از اتیان سوگند، دعوا نیز ساقط نمی‌گردد، زیرا در این روایات زمان خاصی برای اتیان سوگند تعیین نشده است، بلکه قسم نیز همانند بینه است؛ یعنی به مجرد اینکه مدعی، بینه نداشته باشد حکم به سقوط دعاوی وی نمی‌شود؛ بلکه مدعی هر زمانی که بینه‌ای به دست آورد، می‌تواند آن را اقامه نماید (محقق کنی، ۱۳۹۹، ص. ۱۹).

اما این دلیل قابل قبول نیست؛ زیرا آنچه از روایات محل بحث استظهار می‌گردد: (۱) لزوم ضمیمه سوگند استظهاری توسط مدعی در دعاوی علیه میت است؛ خواه مدعی اصیل باشد و خواه بدیل، یعنی وارث صاحب. (۲) چنان‌که از ظهور عبارت «فَإِنْ حَلَفَ وَ إِلَّا فَلَا حَقَّ لَهُ» در روایت عبدالرحمن فهمیده می‌شود، در صورت اتیان سوگند توسط مدعی، دعوی ثابت می‌گردد و در غیر این صورت، حقی برای مدعی نیست و دعوی ساقط می‌گردد. بنابراین در صورت عدم تمکن وارث از اتیان سوگند، مطابق با روایات دعاوی وی ساقط می‌گردد و حقی برای وی ثابت نیست. لذا برخلاف این ادعا در صورت عدم امکان اتیان سوگند توسط وارث، اولاً از روایات، توقف دعوی استظهار نمی‌گردد، بلکه ظاهر روایات سقوط دعوا است.

۱. چنانچه این مسئله پیش‌تر، در ضمن دیدگاه لزوم ضمیمه سوگند استظهاری، ثابت گردید.

ثانیاً توقیف دعوی در مواردی است که رفع مانع ممکن باشد تا امکان طرح مجدد دعوی وجود داشته باشد، درحالی که در محل بحث چنین چیزی امکان ندارد؛ زیرا امکان زنده شدن مدعی اصیل وجود ندارد تا وی بتواند اتیان قسم کند و دعوی ثابت گردد.

نظریه پنجم: همانندی حال وارث با حال مورث

مورث یا به عبارتی مدعی اصیل اگر جازم باشد، می‌تواند قسم قطعی اتیان نماید و دین برای وی ثابت می‌گردد، اما اگر جازم نباشد (یعنی گرچه به طلبکار بودنش از میت یقین دارد اما شک نماید که میت بدهی را تا حین فوت پرداخت نموده باشد یا نه) نمی‌تواند قسم قطعی اتیان نماید و در چنین مواردی که قسم اتیان نمی‌گردد، همان‌گونه که در روایت عبدالرحمن آمده است «فَإِنْ حَلَفَ وَ إِلَّا فَلَا حَقَّ لَهُ»، حقی برای مدعی ثابت نیست. در این فرض برخلاف دیدگاه اول که وارث می‌توانست استصحاب بدهی جاری نموده و سوگند قطعی ادا نماید، وارث اگر یقین به عدم وفای دین توسط میت تا حین فوت به مورث داشته باشد و یا یقین به عدم ابراء مدیون (مورث) داشته باشد، می‌تواند قسم قطعی اتیان نماید، همانند جایی که مدعی اصیل جازم است. اما اگر یقین به وفای دین توسط میت و یا عدم ابراء مدیون نداشته باشد، همان‌گونه که مدعی اصیل در این‌گونه موارد نمی‌تواند قسم اتیان نماید، وی نیز در این‌گونه موارد به دلیل عدم جزم و عدم علم، امکان اتیان قسم قطعی را ندارد؛ بنابراین در چنین مواردی حق ثابت نیست، زیرا دلیل که اقامه بینه به انضمام یمین است، کامل نشده است و در این‌گونه موارد همان‌گونه که اگر مدعی اصیل زنده بود، بدون اتیان سوگند حق از وی ساقط می‌گردید، در مورد وارث نیز بدون اتیان سوگند حق از وی ساقط می‌گردد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ج. ۲، ص. ۸۱).

بنابراین، مطابق دیدگاه اول، بر اساس استصحاب، مدعی بدیل همواره می‌تواند قسم اتیان نماید و حق ثابت گردد؛ اما طبق نظریه پنجم، چنین نیست و مواردی وجود دارد که مدعی بدیل نمی‌تواند قسم قطعی اتیان نماید و لذا حقی برایش ثابت نخواهد شد.

صاحب عروه جهت اثبات ادعای خود به نصوص روایات عبدالرحمن و صفار استناد نموده، بدین نحو که این روایات دلالت بر این دارند که مدعی جهت رفع شبهه «احتمال وفای دین و یا ابراء مدیون» قسم اتیان نماید و وقتی بینه اقامه شد و قسم هم به این نحو ادا شد دلیل کامل و تمام است، لذا حق برای مدعی ثابت می‌گردد، در غیر این صورت یعنی اگر بینه اقامه نگردد و یا قسم اتیان نشود، حقی برای مدعی ثابت نیست، خواه مدعی شخص صاحب حق باشد و خواه وارث صاحب حق. دلیلی هم برای خروج مدعی وارث از دو روایت صفار و عبدالرحمن وجود ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ج. ۲، ص. ۸۱). به عبارت دیگر، مطابق علتی که در یکی از دو روایت مذکور آمده، هدف از قسم استظهاری رفع شبهه احتمال وفای دین و یا ابراء مدیون است؛ بنابراین، می‌بایست به صورت قطعی قسم اتیان نماید والا هیچ حقی برای مدعی بدیل ثابت نمی‌شود.

دیدگاه برگزیده

به دلیل اشکالات متعددی که بر چهار نظریه سابق وارد است، و به دلایلی که در ذیل می‌آید به نظر می‌رسد که دیدگاه پنجم، یعنی «حال وارث همانند حال مورث است»، صحیح و صائب باشد:

الف) این قول، مطابق با ظاهر یا نص روایات عبدالرحمن و صفار است. بر اساس روایات مذکور، در دعاوی علیه میت، مدعی ملزم به اتیان سوگند قطعی است، چون فقط چنین سوگندی رافع شبهه است؛ خواه مدعی شخص صاحب حق باشد و خواه وارث صاحب حق. زیرا چنان که گذشت، آنچه موضوع حکم لزوم اتیان سوگند قرار گرفته است «مدعی بر میت» است نه عنوان «مدعی لفسه». بنابراین، همان گونه که مدعی اصیل باید قسم قطعی اتیان کند، مدعی بدیل نیز چنین است. این مطلب از روایات مذکور فهمیده می‌شود و تا زمانی که دلیل روایی وجود دارد، نوبت به اصل استصحاب نمی‌رسد.

ب) بر اساس این روایات، قسم باید بر ثبوت حق بر ذمه میت باشد نه بر نفی علم به آن؛ زیرا مطابق با روایت عبدالرحمن، مدعی اصیل می‌بایست قسم بخورد که به خداوندی که جز او خدایی نیست، فلانی فوت کرده درحالی که حقی بر ذمه میت بوده است. از آن جایی که از یک طرف، ثابت شد که در لزوم انضمام قسم استظهاری فرقی میان مدعی اصیل و مدعی بدیل نیست و از طرف دیگر، علت این حکم، یعنی رافعیت قسم نسبت به شبهه پرداخت یا ابراء در هر دو نوع مدعی صدق می‌کند و رافعیت قسم هم طبق روایات، زمانی است که بر ثبوت حق باشد، سوگند بر نفی علم کفایت نمی‌کند؛ زیرا نه مثبت حق است نه رافع شبهه. بنابراین، اگر چنین سوگندی را بخورد حقی ثابت، والا ساقط است.

ج) بر اساس روایات (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۳، صص. ۲۴۶-۲۴۷)، قسم باید بر اساس علم و جزمی باشد که مبتنی بر آگاهی کامل نسبت به واقع محقق می‌شود، حال آنکه بر اساس استصحاب و بینه نه واقع به دست می‌آید و نه جزم و علم حاصل می‌شود.

د - چنان که گذشت، توقف در اثبات یا نفی ادعا هم معنا ندارد؛ زیرا در دعاوی علیه میت، بینه به انضمام یمین، مثبت حق است، بنابراین عدم هر کدام از این دو جزء، سبب عدم ثبوت حق می‌گردد؛ لذا با وجود عدم یمین، دلیل مثبت حق، ناقص بوده و حق ساقط می‌گردد.

بنابراین مطابق با روایات، وارث هم برای اثبات مدعای خود همانند مدعی اصیل (مورث) ملزم به اتیان سوگند آن هم به صورت قطعی و اثباتی است، و در صورت عدم جزم بر «وفاء دین و یا ابراء مدیون»، وی حق اتیان قسم را ندارد و با وجود عدم اتیان قسم نیز همانند موردی که مدعی اصیل قسم اتیان ننموده، حق ادعایی او ساقط می‌گردد.

نتیجه‌گیری

مطابق آنچه گذشت، در دعوی بر فرد متوفی، شخص مدعی حق، پس از اقامه بینه، ملزم به اتیان سوگندی است که از آن تعبیر به سوگند استظهاری می‌شود و در صورت امتناع وی از سوگند، حق ادعایی وی قابل اثبات نخواهد بود. اما اگر خواهان در فرض بحث، فرد اصیل نبوده و به عبارتی وارث صاحب حق باشد، گرچه با استناد به ادله قابل قبول ثابت گردیده که وی نیز همانند مدعی اصیل ملزم به اتیان سوگند

استظهاری است، کیفیت اتیان سوگند استظهاری از سوی وی در قوانین موضوعه مسکوت مانده و در فقه امامیه نیز در این مورد اختلاف نظر زیادی مشهود است. مطابق تتبع جستار حاضر در این زمینه پنج دیدگاه از خلال عبارات فقیهان قابل استخراج است: (۱) اتیان سوگند قطعی بر مبنای اصل استصحاب؛ (۲) اتیان قسم قطعی به نفی علم؛ (۳) اتیان سوگند قطعی در صورت تمکن از قسم؛ (۴) توقف دعوی؛ (۵) همانندی حال وارث با حال مورث. به نظر می‌رسد با توجه نقد و بررسی ادله دیدگاه‌های پنج‌گانه و نظر به مناقشاتی که در مورد چهار دیدگاه نخست وجود دارد، دیدگاهی که قابلیت دفاع دارد، نظریه اخیر است. مطابق این دیدگاه، لازم است وارث برای اثبات حق خود همانند مورث خود بر اساس قطع و یقین اقامه سوگند نماید و در فرض عدم اتیان سوگند، همانند صورتی که مدعی اصیل ادای سوگند نکرده است، نمی‌توان حقی برای وی در مورد مدعی به قائل گردید و حق او ساقط خواهد شد.

منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد. (۱۴۱۰ق). *السرائر*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- اصفهانی، محمدحسین حائری. (۱۴۰۴ق). *الفصول الغرورية فی الأصول الفقهية*. قم: دار احیاء العلوم الاسلامیه.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین. (۱۴۱۹ق). *فرائد الأصول*. قم: کنگره جهانی شیخ انصاری.
- آشتیانی، میرزا محمدحسن بن جعفر. (۱۴۲۵ق). *کتاب القضاء*. قم: انتشارات زهیر.
- بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۹ق). *القواعد الفقهیه*. قم: انتشارات الهادی.
- تبریزی، جواد. (۱۳۸۷). *تنقیح مبانی الاحکام کتاب القضاء والشهادات*. قم: دارالصدیقه الشهیده.
- توکلی، محمدمهدی. (۱۳۹۸). *مختصر آیین دادرسی مدنی*. تهران: انتشارات مکتوب آخر.
- حائری طباطبائی، علی بن محمد. (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل*. قم: مؤسسه آل البيت.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعه*. قم: مؤسسه آل البيت.
- حسینی حائری، کاظم. (۱۴۱۵ق). *القضاء فی الفقه الاسلامی*. قم: مجمع اندیشه اسلامی.
- حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد. (۱۴۱۹ق). *مفتاح الکرامه*. قم: دفتر انتشارات اسلام.
- خمینی، روح الله. (بی تا). *تحریر الوسیله*. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- خوانساری، احمد. (۱۴۰۵ق). *جامع المدارک*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). *مبانی تکملة المنهاج*. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی ره.
- روحانی، محمدصادق. (۱۴۱۲ق). *فقه الصادق*. قم: دارالکتاب.
- سبحانی، جعفر. (۱۴۱۸ق). *نظام القضاء و الشهادة*. قم: مؤسسه امام صادق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). *الروضه البهیة*. قم: کتابفروشی داوری.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام*. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر. (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳ق). *من لا یحضره الفقیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طباطبائی یزدی، محمدکاظم. (۱۴۱۴ق). *تکمله العروه الوثقی*. قم: کتابفروشی داوری.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). *المبسوط*. تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). *تهذیب الأحکام*. تهران: دارالکتاب الاسلامیه.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). *قواعد الأحکام*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۹ق). *تفصیل الشریعه*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
- کاشف الغطاء، حسن بن جعفر. (۱۴۲۲ق). *أنوار الفقاهه - کتاب القضاء*. نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). *الکافی*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- مجلسی اول، محمدتقی. (۱۴۰۶ق). *روضه المتقین*. قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور.
- محقق اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). *مجمع الفائدة و البرهان*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). *سرائع الاسلام*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- محقق سبزواری، محمدباقر بن مومن. (۱۴۲۳ق). *کفایه الاحکام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- محقق کنی، علی. (۱۳۹۹). *تحقیق الدلائل: کتاب القضاء*. مشهد: بنیاد پژوهش های اسلامی.

موسوی بجنوردی، حسن. (۱۴۱۹ق). *التواعد الفقہیہ*. قم: نشر الہادی.
نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ق). *مستند الشیعه*. قم: مؤسسہ آل البیت.



Analysis of the Actus Reus of the Crime of Conspiracy Against the Security of the State

Hassanreza Fahimi¹, and Abdolreza Javan Jafari Bojnordi²

1. *Corresponding Author*, PhD Student, Department of Law, Al-Mustafa International University, Khorasan Branch, Mashhad, Iran. Email: hfahimi4@gmail.com
2. Professor, Department of Law, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran. Email: javan-j@um.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:

Received
21 March 2023
Received in revised form
10 May 2023
Accepted
10 June 2023
Available online
21 December 2024

Keywords:

conspiracy,
criminal thought,
actus reus,
will,
objective phenomenon

ABSTRACT

Certainly, criminal legislators, in dealing with crimes against the state's security, follow a differential criminal policy, and the criminalization of conspiracy against security in the criminal law texts of countries is subject to this strategy. However, since the actus reus of this crime has been ambiguous for some jurists, they have encountered difficulties in analyzing its nature. Therefore, some have written that the legislator, by criminalizing conspiracy against security, has violated the principles of criminal law and considered criminal thought punishable. Consequently, some have become confused in defining and attempting conspiracy crimes, while others have regarded conspiracy as a preliminary or incomplete crime. A precise explanation and analysis of the actus reus structure of conspiracy against security will put an end to these confusions and reveal that, firstly, the actus reus of conspiracy goes beyond criminal thought, and the principle of not punishing a guilty mind remains intact. Secondly, by analyzing the nature of the actus reus of conspiracy, the position of this element in the sequence of crime stages, as well as the meaning and role of will in realizing the actus reus of this crime, will be clarified. Finally, with the clarification of the actus reus, the nature and type of conspiracy against security will also be explained.

Cite this article: Fahimi, H., & Javan Jafari Bojnordi, A. (2024). Analysis of the Actus Reus of the Crime of Conspiracy Against the Security of the State. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 18 (2), 43-62. <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.15569.1750>



© The Author(s).

Publisher: Al-Mustafa International University.

DOI: <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.15569.1750>



تحلیل عنصر مادی جرم تبانی علیه امنیت

حسن رضا فهیمی^۱، و عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی^۲

۱. نویسنده مسئول، دانشجوی دکتری گروه حقوق جامعه المصطفی العالمیه، مشهد، ایران. رایانامه: fhahimi4@gmail.com

۲. دانشیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران. رایانامه: javan-j@um.ac.ir

چکیده

اطلاعات مقاله

بدون تردید قانون‌گذاران نظام کیفری در قبال جرائم علیه امنیت از سیاست کیفری افتراقی پیروی می‌کنند و جرم‌انگاری تبانی علیه امنیت در متون حقوق کیفری کشورها نیز تابع این راهبرد است. اما از آنجاکه عنصر مادی این جرم برای برخی حقوق‌دانان مبهم بوده است، در تحلیل ماهیت آن، دچار مشکل شده‌اند. از این‌رو، برخی نوشته‌اند قانون‌گذار با جرم‌انگاری تبانی علیه امنیت، اصول حقوق کیفری را زیر پا گذاشته و فکر مجرمانه را قابل مجازات دانسته است و معطوف به این نگرش، برخی در تعریف و شروع به جرم تبانی دچار خلط مبحث شده‌اند و برخی دیگر، تبانی را جرم مقدماتی و یا ناقص تلقی کرده‌اند. تبیین و تحلیل دقیق ساختار عنصر مادی تبانی علیه امنیت به این آشفتگی‌ها پایان خواهد داد و آشکار خواهد ساخت که اولاً عنصر مادی تبانی فراتر از فکر مجرمانه است و با جرم‌انگاری تبانی اصل عدم مجازات فکر مجرمانه همچنان پابرجاست و ثانیاً با تحلیل ماهیت عنصر مادی تبانی، جایگاه این عنصر در سلسله مراحل جرم و نیز معنا و نقش اراده در تحقق عنصر مادی این جرم مشخص خواهند شد. سرانجام با مشخص شدن عنصر مادی، ماهیت و نوع تبانی علیه امنیت نیز تبیین می‌گردد.

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱/۱

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۲/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۳/۲۰

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۱۰/۱

کلیدواژه‌ها:

تبانی،
فکر مجرمانه،
عنصر مادی،
اراده،
پدیده عینی

استناد: فهیمی، حسن‌رضا؛ و جوان جعفری بجنوردی، عبدالرضا. (۱۴۰۳). تحلیل عنصر مادی جرم تبانی علیه امنیت. *مطالعات فقه*

اسلامی و مباحث حقوق، ۱۸ (۲)، ۴۳-۶۲. <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.15569.1750>



© نویسنده(گان).

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.

مقدمه

بزهکاری علیه امنیت از نگاه دولت‌ها مهم‌ترین تهدید تلقی می‌شود. از این رو، دولت‌ها سیاست کیفری سخت‌گیرانه‌ای علیه این رفتار اتخاذ می‌کنند، به گونه‌ای که در بسیاری از مؤلفه‌ها ممکن است اصول پذیرفته‌شده حقوق کیفری را زیر پا بگذارند. جرم تبانی علیه امنیت که زیرمجموعه جرائم علیه امنیت است، نیز از این قاعده مستثنا نخواهد بود. اگر سیاست کیفری کشورها را در قبال جرائم امنیتی، یک سیاست کیفری افتراقی تلقی کنیم، این ویژگی در جرم تبانی علیه امنیت به صورت بارزتری خود را نشان می‌دهد که جرم‌انگاری توافق محض خود حاکی از این راهبرد است.

وجود این ویژگی از یک سو و نبود تصویر روشن از عنصر مادی جرم تبانی از سوی دیگر، موجب ابهامات زیادی برای نویسندگان حقوق کیفری در مورد ماهیت این بزه شده است. لذا برخی گمان کرده‌اند اگر قواعد حاکم در جرائم علیه امنیت یک استثناء بر اصول کلی حقوق جزا است، قاعده حاکم بر تبانی استثنایی بر استثناء است؛ زیرا با جرم‌انگاری تبانی علیه امنیت، برای فکر مجرمانه مجازات تعیین شده است (گلدوزیان، ۱۳۸۷، ص. ۳۴۵؛ زراعت، ۱۳۸۸، ص. ۲۷۱؛ مجیدی، ۱۳۸۶، ص. ۷۸). برخی پنداشته‌اند عنصر مادی جرم تبانی با عنصر روانی آن عین یکدیگرند یا لااقل تفکیک آن کار ساده‌ای نیست (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۷، ص. ۲۲۱؛ زراعت، ۱۳۸۸، ص. ۲۷۱). برخی، با توجه به پیچیدگی عنصر مادی تبانی، این جرم را جرم ناقص تلقی کرده‌اند (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۷، ص. ۲۱۸؛ آقایی‌نیا و میرزایی برزی، ۱۳۹۲، ص. ۵۰) و آسیب ناشی از این جرم را غیرمستقیم خوانده‌اند (الهام و سمیعی زنونز، ۱۳۹۲، ص. ۲۸). برخی دیگر، شروع به جرم را برای تبانی، غیرقابل تصور دانسته‌اند! (عباسی کلیمانی، ۱۳۹۴، ص. ۲۹۶؛ میرمحمدصادقی، ۱۳۸۷، ص. ۲۲۸). عده‌ای نیز توافق صرف را برای تحقق تبانی ناکافی تلقی نموده و اقداماتی را بعد از توافق و در جهت «حراز توافق»، لازم دانسته‌اند (نوربها، ۱۳۸۰، ص. ۴۳؛ میرمحمدصادقی، ۱۳۸۷، ص. ۲۲۱) و زمانی که خواسته‌اند تبانی را تعریف کنند، آن را از باب عقود تلقی کرده‌اند (جمشیدی و همکاران، ۱۳۹۲، ص. ۶۳) و حتی برخی، عنصر روانی تبانی را - به جای قصد توافق - «قصد عملی کردن توافق» (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۷، ص. ۲۲۱) دانسته‌اند؛ درحالی که عملی کردن توافق، بعد از انجام توافق، صورت می‌گیرد.

پرسش اساسی آن است که این ابهامات و اضطراب در نگرش - حتی برای اساتید بزرگ حقوق جزا - از کجا به وجود آمده و ریشه ابهام در کدام نقطه نهفته است؟ این تحقیق عدم شفافیت را در رکن مادی و رفتار فیزیکی این بزه جست‌وجو کرده است. بنابراین، سؤال اساسی آن است که دقیقاً ماهیت عنصر مادی تبانی علیه امنیت چیست و قانون‌گذار چه نوع رفتاری را جرم‌انگاری کرده است و دلایل و علل عدم وضوح این عنصر و عدم تمایز آن با تصور مجرمانه و عنصر معنوی تبانی کدام‌اند؟

اگر نخست این فرضیه اثبات گردد که عنصر مادی تبانی - مانند عنصر مادی سایر جرائم - رفتار بیرونی، عینی و واقعی است و ثانیاً اثبات گردد که چنین رفتاری، لباس ذهنی پوشیده و بدین سبب موجب ابهامات زیادی برای صاحب‌نظران حقوق کیفری شده است، به پاسخ پرسش‌ها و تصویر روشن از عنصر

مادی تبانی علیه امنیت و در نتیجه به شاکله و ساختار این جرم و مراحل تحقق آن دست یافته و از چنگ ابهامات زیادی رهایی یافته‌ایم.

قبل از تبیین و تحلیل عنصر مادی تبانی و به‌خصوص رفتار فیزیکی این بزه، لازم است تا در قدم نخست مفهوم تبانی و در گام دوم علل جرم‌انگاری و در نهایت تعیین جایگاه عنصر مادی تبانی در سلسله مراحل جرم، مورد بحث قرار گیرد. تعریف تبانی به شناخت دقیق حوزه معنایی این بزه کمک خواهد کرد و روشن خواهد ساخت عنصر مادی این جرم از چه نوع رفتاری تشکیل شده و از این طریق، تبانی را در قلمرو کدام یک از جرائم - مطلق، مقید، آئی، مستمر، تام یا ناقص - قرار می‌دهد. بررسی علل جرم‌انگاری اهمیت این جرم را به لحاظ عنصر مادی تبیین نموده و مشخص می‌کند که ماهیت عنصر مادی این بزه تا چه حد ناقض ارزش‌ها و هنجارهای اجتماعی است و از این رهگذر، توجه قانون‌گذار را به خود جلب کرده و مورد جرم‌انگاری واقع شده است؛ درحالی‌که تبانی‌کنندگان علی‌الظاهر دستی را نشکسته، مالی را نبرده و خونی را نریخته‌اند. در نهایت نیز تعیین موقعیت و جایگاه عنصر مادی در سلسله مراحل جرم، به شفافیت و بازشناسی ساختار عنصر مادی تبانی کمک خواهد کرد. از این‌رو، این سه مبحث به‌عنوان مباحث مقدماتی و نظام مفهومی، در ابهام و وضوح چیستی و ماهیت عنصر مادی تبانی نقش مهم و مؤثر دارند.

مفهوم تبانی

تبانی از ماده «ب ن ی» به معنای «با یکدیگر قرار می‌دهند، مواضع نهانی، پیمان بستن» (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۴، ص ۶۳۴۵)، «باهم ساختن، باهم سازش کردن و همدست شدن برای اقدام به امری» (عمید، ۱۳۶۰، ص ۲۹۷)، آمده است. «اتفاق» و «مؤامره» در معاجم لغت، معادل واژه تبانی‌اند.

ابن‌منظور در لسان‌العرب جمله «تأمروا علی‌الامر» را به معنای اجماع آراء معنا کرده و در قرآن (قصص، ۲۰) نیز واژه «یأتَمرون» به معنای مشاوره و یا امر کردن برخی به عده‌ای دیگر، به کار رفته است (ابن‌منظور، ۱۹۹۷، ج ۱، ص ۱۰۴، ۱۰۵). جمله‌های «إئتَمروا بفلان» و «أمر، یؤامر، مؤامرة، فلانا فی‌الامر» از همین قبیل‌اند. جمله نخست به معنای توطئه در برابر کسی و جمله دوم، به معنای مشورت آمده است (بستانی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۵۷).

تبانی در اصطلاح حقوقی به روش‌های مختلف تعریف شده است. برخی نوشته‌اند تبانی «به توافق نظر دو یا چند نفر از طریق تعیین وسایل اجرایی آن و یا به تصمیم قطعی چند نفر از طریق ایجاد توافق در جهت ارتکاب جرائم خاص - که به‌عنوان مرحله مستقل از شروع به اجرا، قابل مجازات اعلان شده - اطلاق گردیده است» (مجیدی، ۱۳۸۶، ص ۹۰).

برخی، آن را به معنای اتخاذ تصمیم (فهودی‌نیا، ۱۳۸۱، ص ۲۱۱) و «هم‌پیمانی در جهت عملی کردن قصد مجرمانه» (آقایی‌نیا و میرزایی‌برزی، ۱۳۹۲، ص ۵۰) و برخی دیگر، «توافق غیرقانونی بین طرفین» دانسته‌اند که نیازی به عمل مشهود ندارد (سماواتی‌پیروز، ۱۳۸۵، ص ۱۴). عده‌ای، آن را به توافق میان دو و یا چند نفر به منظور تحقق یک جرم دانسته‌اند (مارکوس، ۱۹۷۷، ص ۹۲۸). تعریف تبانی به این نحو، خود مشکل‌ساز است و بیش از پیش به ابهام عنصر مادی تبانی می‌انجامد. زیرا تبانی دقیقاً اتخاذ تصمیم

نیست؛ بلکه برآیند تصمیم است و به تعبیر دیگر، تصمیم بزهکاران قبل از تبانی به کارگرفته شده است و ثانیاً در تبانی، تصمیم به صورت مشترک انجام می‌شود و تصمیم فرد واحد ملاک تبانی نخواهد بود و ثالثاً در تبانی، تصمیم‌ها اتخاذ نمی‌شوند؛ بلکه تصمیم‌های اتخاذ شده توسط چند نفر به منصفه ظهور می‌رسند و منعقد (= بسته) می‌شوند.

همچنین، تبانی به معنای هم‌پیمانی در جهت عملی کردن قصد نیست؛ بلکه به عکس، قصد مرتکبان در جهت محقق ساختن هم‌پیمانی (تبانی) سامان می‌یابد. به تعبیر دیگر، تبانی‌کنندگان پیمان نمی‌بندند تا قصدشان را عملی کنند؛ بلکه قصد می‌کنند تا علیه امنیت پیمان ببنند (تبانی کنند). و نیز تعریف تبانی به «توافق غیرقانونی بین طرفین» یا به «توافق میان دو و یا چند نفر به منظور تحقق یک جرم» تعریفی شرح‌الاسمی است و به ماهیت تبانی وضوح و روشنی نمی‌بخشد؛ لذا اگر این گزاره صحیح باشد که «تبانی یعنی توافق غیرقانونی میان طرفین» به همان مقدار این گزاره صحیح خواهد بود که «توافق غیرقانونی میان طرفین یعنی تبانی» و این تعریف، بیش از شرح اسم و واژه یک کلمه، مفید نکته دیگری نخواهد بود. همچنین، قید «از طریق تعیین وسایل اجرایی» که در یکی از تعریف‌ها به کار رفته است، هیچ ارتباطی به ماهیت تبانی و عنصر مادی آن ندارد؛ بلکه از شرایط تحقق اجرای تبانی است که ممکن است یکی از جرائم علیه امنیت مانند تخریب، تحریق، افشای اسرار طبقه‌بندی شده، محاربه، اغتشاش و... باشد که برای تحقق آن‌ها تبانی صورت گرفته است.

به نظر می‌رسد، مهم‌ترین نکته مغفول در تعریف تبانی، مفهوم «انعقاد اراده‌ها» است که عدم اشاره به آن، از یک طرف، سبب نقص تعریف‌های اصطلاحی و از طرف دیگر باعث ابهاماتی در درک و دریافت درست از ماهیت عنصر مادی تبانی گشته است. اگر تبانی را در اصطلاح به «انعقاد اراده‌ها میان دو یا چند نفر برای ارتکاب جرم معین» تعریف کنیم، علاوه بر رفع نقایص تعریف‌های مذکور، به شفافیت عنصر مادی تبانی علیه امنیت نیز کمک خواهد کرد. در مباحث بعدی توضیح بیشتری درباره این نکته خواهد آمد.

علل جرم‌انگاری تبانی علیه امنیت

نکته دیگری که به تبیین و توضیح عنصر مادی تبانی کمک می‌کند، علت‌شناسی جرم‌انگاری تبانی است. تبانی در قانون کیفری بیشتر کشورها جرم‌انگاری شده است. حقوق دانان، جرم‌انگاری این رفتار را موجه دانسته و به دو طیف «پیامدگرا» و «ماهیت‌گرا» تقسیم شده‌اند.

پیامدگرایان معتقدند در صورت تحقق جرم تبانی، پیامدهای خطرناکی بر آن مترتب است، زیرا «مواضعه و اجتماع تبهکاران، هراس عمومی در جامعه را افزایش داده و اخفای جرم و آثار آن را نیز تسهیل می‌کند» (الهام و سمیعی زنون، ۱۳۹۲، ص. ۳۰) و حتی در بدترین شرایط ممکن، ممکن است موجب سقوط حاکمیت گردد؛ از این رو بایسته است چنین رفتاری جرم‌انگاری شود تا مجالی برای تحقق خطرهای بزرگی که پیامد تبانی است، باقی نماند.

ماهیت‌گرایان، بر نفس رفتار تمرکز نموده و معتقدند تبانی علیه امنیت «احتمال تحقق جرم» را افزایش می‌دهد (مارکوس، ۱۹۷۷، ص. ۹۲۹) و کاری را که انسان به‌تنهایی قادر به انجام آن نیست، با توافق چند

نفر، به آسانی قابل تحقق است؛ زیرا «اعمال مربوط، هم از نظر افزایش احتمال این امر که هدف مجرمانه به صورت موفقیت آمیزتری به دست می آید و هم از نظر کاهش احتمال اینکه افراد درگیر در آن، از راه مجرمانه خود منصرف شوند، دارای اهمیت است» (سماواتی پیروز، ۱۳۸۵، ص. ۱۴) و البته که پیامد آن نیز خطرناک خواهد بود، زیرا «اجتماع اراده‌ها باعث افزایش احتمال ارتکاب جرم و تشدید صدمات در قربانیان فرضی جرم و جامعه می‌گردد» (الهام و سمیعی نوز، ۱۳۹۲، ص. ۳۰). به بیان دیگر، نفس همکاری، تحقق جرم را بالا می‌برد، قطع نظر از اینکه چه پیامدی بر آن مترتب است و این امر، توجیه و دلیل جرم‌انگاری تبانی خواهد بود.

هر دو دیدگاه بر ایند واحدی دارند و به یک نکته منجر می‌شود و آن عبارت است از خطرناک دانستن تبانی و اعلام خطر این جرم در جهت نقض امنیت، آسایش مردم و هجوم به ارزش‌های اجتماعی. چنین نتیجه و برابندی این گمانه را ایجاد کرده است که با جرم‌انگاری تبانی، فکر مجرمانه قابل مجازات است، گمانه‌ای که ناتمام است و این تحقیق، تلاش دارد تا با تبیین ماهیت و حدود عنصر مادی بزه تبانی، آن را مرتفع سازد و از آن رفع ابهام نماید.

رفع این گمانه ناتمام، در واقع، در گرو پاسخ این سؤال اساسی است که علت جرم‌انگاری تبانی چیست. آیا بالا بودن احتمال تحقق جرم - چنان که ماهیت‌گرا معتقد است - و یا پیامدهای خطرناک - چنان که پیامدگرا معتقد است^۱ - موجب شده است تا قانون‌گذار فکر مجرمانه را قابل مجازات بداند؟ اساساً قانون‌گذار در بزه تبانی - که در آن مرتکب ظاهراً دست به اعمال فیزیکی نبرده و عملاً اقدامی انجام نداده است - چه نوع رفتاری (عنصر مادی) را جرم‌انگاری کرده است؟

علاوه بر آن، با توجه به اصولی چون حرمت آزادی‌های فردی، اعطای فرصت برگشت به دامن جامعه برای بزه‌کار، ناروا بودن تجسس در عقاید مردم، حفظ احترام حریم خصوصی، مشکل بودن اثبات و بی‌خطر بودن قصد مجرمانه، موجب تحقق اصلی به نام «اصل عدم مجازات فکر مجرمانه» در حقوق جزا شده است و با جرم‌انگاری تبانی این پرسش مطرح خواهد شد که اصل مزبور نقض نشده است؟ و جرم‌انگاری تبانی، دقیقاً به معنای جرم‌انگاری فکر مجرمانه - چنان که بسیاری از نویسندگان حقوق جزا گمان کرده‌اند - نخواهد بود؟

با توجه به تعریف‌های ناقص و علت‌شناسی جرم‌انگاری تبانی، نظریه پردازان حقوق کیفری به دو گروه تقسیم شده‌اند؛ پاره‌ای از آنان بالصراحت از جرم‌انگاری تبانی به جرم‌انگاری اندیشه مجرمانه تعبیر کرده (مجیدی، ۱۳۸۶، ص. ۷۸) و آن را «برخلاف اصول کلی حقوق جزا دانسته‌اند» (حائری و همکاران، ۱۳۹۱، ص. ۷۳) و برخی دیگر، ضمن اذعان به تفاوت عنصر مادی این جرم با اندیشه مجرمانه، آن را عبارت از «حصول توافق» (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۷، ص. ۲۱۸) دانسته، اما توضیح نداده‌اند که حصول توافق به چه

^۱ پیامدگرایان ناگزیرند تا تبانی را جرم ناقص تلقی کنند، نه یک جرم مستقل و کامل؛ زیرا جرائم ناقص جرائمی‌اند که فی‌نفسه، تهدید جدی و خطر مهمی را متوجه هنجارهای اجتماعی نمی‌سازند، اما در عین حال، به دلیل قرار گرفتن در آستانه ایجاد خطر جدی، جرم‌انگاری می‌شوند.

معناست و اساساً امری ذهنی است یا عینی^۱ و عنصر مادی تبانی چه تفاوتی با عنصر معنوی آن دارد. بنابراین، هنوز این سؤال ساده را می‌توان مطرح کرد که عنصر مادی تبانی دقیقاً از چه نوع رفتاری تشکیل شده و چرا ذهن و زبان بسیاری از نویسندگان حقوق کیفری در این موضوع، آشفته است؟ روشن است که چنین ابهام و اختلاف، برخاسته از ابهام در رکن مادی جرم تبانی علیه امنیت است. چنان‌که اشاره رفت، نبود تصویر شفاف از ساختار رکن مادی تبانی، موجب خطاهای بسیاری در تبیین ماهیت این جرم گردیده است. تبیین درست از این عنصر، روشن خواهد ساخت که اولاً قانون‌گذار فکر مجرمانه را قابل مجازات دانسته است یا خیر و ثانیاً چرا تفکیک میان عنصر روانی و مادی این جرم برای برخی حقوق‌دانان مشکل و نامفهوم بوده است.

تعیین موضع ابهام در عنصر مادی تبانی علیه امنیت

برخی حقوق‌دانان عنصر مادی هر جرم را مرکب از سه جزء دانسته‌اند که عبارت‌اند از: رفتار مادی فیزیکی؛ شرایط، اوضاع و احوال لازم برای تحقق جرم؛ و در نهایت، نتیجه حاصله از جرم. اکنون می‌توان این پرسش را مطرح ساخت که ریشه ابهام و عدم وضوح در کدام جزو عنصر مادی تبانی است؟ به بیان دیگر، کدام یک از این سه جزء موجب تشابه عنصر مادی تبانی با فکر مجرمانه گردیده و آشفته‌گی به بار آورده و در نهایت، حقوق‌دانان در تعیین نوع این جرم، تعریف و ماهیت آن، دچار اختلاف شده‌اند.

در ساختار عنصر مادی تبانی چند نکته واضح و مورد توافق وجود دارند. نخست، محقق‌شدن این جرم با فعل مثبت است؛ هرچند تبانی بر ترک فعل نیز منطقی‌تر تصور خواهد بود - چنان‌که اگر عده‌ای از نظامیان توافق کنند تا وظایف امنیتی‌شان را انجام ندهند و از این طریق، اختلال امنیتی ایجاد کنند، تبانی به‌صورت ترک فعل محقق شده است - تبانی غالباً با فعل مثبت محقق می‌شود.

نکته دوم، لزوم فراهم‌بودن شرایطی - اوضاع و احوال - در تحقق این عنصر است که یکی از آن‌ها وجود طرفین یا اطراف توافق‌کننده است. مورد دیگر فراهم‌بودن شرایط کلی مسئولیت کیفری برای توافق‌کنندگان است، به‌نحوی که بدون تفاهم و تبادل اطلاعات میان طرفین یا اطراف توافق، و انجام آن با عقل و اختیار و... عنصر مادی این بزه، محقق نخواهد شد. بدیهی است با انتفاء وجود توافق‌کنندگان یا عدم تفاهم آنان و یا عدم تحقق شرایط مسئولیت کیفری، تبانی نیز منتفی خواهد شد.^۲

نتیجه حاصله که سومین جزء عنصر مادی این جرم است، با صرف تحقق توافق میان اعضا به دست خواهد آمد و حصول توافق و نیز عدم توافق، در مورد برخی جزئیات تبانی، تأثیری در تحقق نتیجه ندارد.

۱. ماهیت‌گرایان هرچند متوجه جرم‌انگاری یک رفتار به‌دلیل خطرناک بودن ماهیت آن‌اند؛ اما دیدگاه این طیف، در مورد تبانی به‌دلیل پیچیدگی ماهیت آن، آشفته شده و نتوانسته است روشن سازد که توافق، امری ذهنی، درونی و به‌اصطلاح ساجکتیو است یا رفتاری عینی و اَبجکتیو.

۲. در صورتی که توافق‌کنندگان بیش از دو نفر باشند، انصراف یکی از آن‌ها موجب سلب مسئولیت کیفری از وی نخواهد شد (میرمحمد صادقی، ۱۳۸۷، ص. ۲۴۹)؛ زیرا شاکله عنصر مادی با رفتار بقیه اعضا همچنان پابرجاست.

با این بیان، عنصر معنوی تبانی نیز مشخص می‌شود که عبارت است از قصد فعل (فعل = نفس عمل تبانی) و قصد نتیجه که عبارت است از توافق حاصل شده و پیمان منعقد یافته.

از سه جزء عنصر مادی تبانی دو جزء آن، یعنی شرایط و اوضاع و احوال و نتیجه حاصله، مشکلی ایجاد نخواهد کرد، زیرا این دو جزء معنای واضح و متمایز دارند و آنچه ابهام‌آلود و نامتمایز است، نفس رفتار در این جرم است. به تعبیر دیگر، در عنصر مادی تبانی تمام اجزای آن نیازمند بررسی و تحلیل نیست و تنها عدم وضوح و تمایز ماهیت رفتار و عمل فیزیکی است که صحنه را تاریک و تبانی را میان امر تصویری و عینی و ذهنی و بیرونی در هاله‌ای از ابهام قرار داده و باعث مشتبه شدن آن با قصد و فکر مجرمانه (عنصر معنوی) گردیده است. محل نزاع در عنصر مادی تبانی، دقیقاً همین نکته مبهم خواهد بود و این امر می‌تواند تا چپستی، حدود و ماهیت رفتار در این بزه، دقیقاً مشخص گردد.

تعیین حدود و تحلیل چپستی و ماهیت رفتار در بزه تبانی علیه امنیت، بدون تعیین جایگاه عنصر مادی آن در سلسله مراتب جرم، ناممکن است. با تعیین و تشخیص این جایگاه، ترسیم بهتری از رفتار و عمل فیزیکی در بزه تبانی خواهیم داشت و این امر، همان نکته سومی است که قبل از تحلیل ماهیت عنصر مادی تبانی قابل بررسی است. به دیگر سخن، تحلیل و توضیح عنصر مادی تبانی وابسته است به تحلیل سلسله مراتب جرم و یافتن جایگاه عنصر مادی تبانی در این سلسله مراحل و مراتب.

موقعیت رکن مادی تبانی علیه امنیت در سلسله مراحل جرم

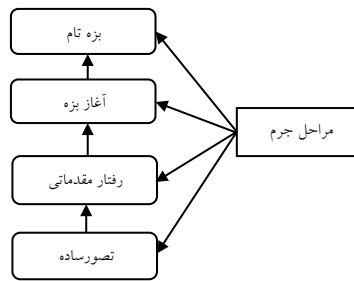
معمولاً در حقوق جزای عمومی سیر تحقق جرم کامل را چهار مرحله می‌دانند. نخستین مرحله قصد و تصور جرم است؛^۱ به این معنا که فکر مجرمانه نخست در ذهن مجرم جوانه می‌زند و تصور جرم ایجاد می‌شود. جرم‌انگاری این مرحله، مشکلاتی را به وجود خواهد آورد؛ زیرا «هرچند ممکن است از لحاظ اخلاقی و یا مذهبی، فکر جرم و گناه، مذموم باشد اما در هیچ قانون بشری قابل تعقیب و مجازات نیست. در غیر این صورت، اکثر انسان‌ها در اثر داشتن فکر و اندیشه بزه، چندین بار تعقیب و کیفر خواهند شد» (نجفی توانا، ۱۳۸۰، ص. ۱۲۷) و این امر، نه ممکن است و نه مطلوب.

در مرحله دوم، بزه‌کار شروع به تهیه وسایل و مقدمات لازم برای ارتکاب جرم می‌کند. در این مرحله، وصول به اهداف مورد نظر، مستلزم بررسی راهکارهای تحقق جرم، ابزار مورد نیاز و زمان و مکان اقدام به بزه است. این مرحله، مرحله طراحی و برنامه‌ریزی جرم نامیده می‌شود. چه بسا، افراد در این مرحله به دلایل مختلف از تداوم روند مجرمانه منصرف و موضوع را به بوتۀ فراموشی بسپارند. از این مرحله، به مرحله «اعمال مقدماتی» و یا تهیه «مقدمات اجرایی» نیز تعبیر می‌شود.

۱. در مورد قصد و تصور جرم و به تعبیر دیگر، فکر مجرمانه، می‌توان در دو مقام بحث کرد: نخست مقام ثبوت و دوم مقام اثبات. هدف از قصد مجرمانه مورد بحث در این تحقیق، مقام ثبوت است. در مقام ثبوت، فکر مجرمانه، نخستین مرحله از مراحل تحقق جرم را تشکیل می‌دهد؛ اما در مقام اثبات، موقعیت قصد مجرمانه، آخرین مرحله است. به تعبیر دیگر، قاضی بعد از تحقق عمل مجرمانه به دنبال قصد مرتکب خواهد رفت تا مشخص شود که جرم از نوع عمدی است یا غیرعمدی و این مرحله، همان مقام اثبات است که فکر مجرمانه مقام نهایی را به خود اختصاص می‌دهد. برای توضیح بیشتر ر. ک. به: (قیاسی و همکاران، ۱۳۹۱، ج. ۲، ص. ۲۰۸).

مرحله سوم، شروع به ارتکاب جرم است. اگر عملیات به دلایل خارج از اراده مرتکب به اتمام نرسد، از این مرحله، «شروع به جرم» و یا «شروع به عملیات اجرایی» تعبیر می‌شود. حقوق دانان، در تمیز و تشخیص مقدمات اجرایی و عملیات اجرایی، عمدتاً به دو نظریه عینی و ذهنی گرایش یافته‌اند. کسانی که «به موقعیت عمل مجرمانه توجه دارند از نظریه عینی تبعیت کرده‌اند و گروهی دیگر از حقوق دانان که به مصالح اجتماعی توجه داشته‌اند، ضابطه ذهنی یا روانی را پذیرفته‌اند» (اردبیلی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۲۲۰، ۲۲۱؛ باهری و داور، ۱۳۸۴، ص. ۲۱۵، ۲۱۶).

مرحله نهایی در سلسله مراتب جرم، ارتکاب جرم و اتمام آن است. در این مرحله، جرم به صورت تام و تمام محقق می‌گردد.



نمودار (۱) سلسله مراحل جرم

جرم تبانی نیز از این قاعده مستثنا نیست. از این رو، مرحله اول آن، فکر مجرمانه است که در ذهن دو یا چند نفر شکل می‌گیرد. در این مرحله، دارندگان اندیشه مجرمانه نه به صورت فردی و نه به صورت جمعی قابل مجازات نخواهند بود؛ حتی اگر این فکر، با فرد یا افرادی در میان گذاشته شود. البته به شرطی که پیشنهاد همکاری در جرم صورت نگیرد. از این مرحله، بایستی به «قصد ساده» تعبیر شود. مرحله بعدی، اعمال مقدماتی است، مانند خریدن وسایل لازم، تهیه جا و مکان، تهیه شماره تلفن و ساختن ایمیل، سعی و تلاش برای یافتن همکار و غیره. این مرحله را نیز نمی‌توان قابل مجازات دانست، زیرا این اعمال و رفتار، غالباً ذووجهین است و لزوماً به ارتکاب جرم منجر نمی‌شوند. مرحله سوم، شروع به توافق است، مانند پیشنهاد توافق به همدیگر و دعوت کردن همدیگر برای توافق که در صورت کشف، ممکن است قابل مجازات دانسته شود. مرحله چهارم، تحقق تبانی به صورت تام است که عنصر مادی آن با تمام اجزا و شرایطش محقق شده است.

در این مرحله چهارم است که توافق و انعقاد اراده‌ها محقق می‌شود، تصمیمات افراد به مرحله نهایی می‌رسند و «تبانی» انجام می‌گیرد. نماد و نمود این مرحله، به صورت توافق‌نامه، پیمان‌نامه، صورت جلسه، اطلاعیه و هر شکل دیگری از توافق دو اراده، آشکار می‌شود. البته بایستی دقت کرد که این نمادها عین رفتاری به نام «تبانی» نیست، بلکه نشانگان یک عمل فیزیکی به نام توافق اراده‌ها است نه نفس عمل و رفتار قابل مجازات. به تعبیر دیگر، صورت جلسه و پیمان‌نامه و... اماره، علامت، حاکی و بیانگر توافق است،

نه نفس توافقی و تبانی. حال این توافق اگر در راستای مخدوش ساختن امنیت، جان و مال و یا نوامیس مردم صورت گیرد، جرم تبانی علیه امنیت محقق شده و قابل مجازات خواهد بود.

در تحلیل فکر و قصد مجرمانه که همان اولین مرحله شکل گیری جرم در ذهن مجرم است و اصطلاحاً به نام عنصر معنوی جرم یاد می‌شود، با فرمولی کاملاً ذهنی مواجهیم. جرم‌انگاری این مرحله، خلاف اصول حقوق کیفری و موجب مشکلاتی خواهد شد که برای جرم‌انگاری فکر مجرمانه بیان شده است. از این رو، بایستی هر جرمی از مرحله تصور صرف عبور کند و با اعمال مادی، عینی و بیرونی کامل گردد. لذا در تحلیل عنصر مادی تبانی علیه امنیت باید به این نکته توجه کرد که مفهوم «انعقاد اراده‌ها» به‌عنوان عنصر مادی و رفتار فیزیکی این جرم، با مرحله تصور صرف، کاملاً متمایز است، زیرا انعقاد اراده‌ها، رفتار کاملاً عینی و خارجی است و با مرحله تصور جرم، چهار مرحله فاصله دارد.

به بیان دیگر، انعقاد اراده‌ها که رفتار فیزیکی جرم تبانی علیه امنیت را تشکیل می‌دهد، از فرمولی کاملاً عینی پیروی می‌کند. با وجود این، یک تفاوت اساسی میان این رفتار با سایر رفتارها در جرائم دیگر وجود دارد. تفاوت در این است که رفتار در عنصر مادی تبانی، جایگاه ذهنی دارد؛ زیرا محل تحقق «توافق» و «انعقاد اراده‌های مجرمانه» ذهن افراد است. همین ذهنی بودن جایگاه توافق مجرمانه، موجب ابهامات و آشفتگی‌های زیادی برای صاحب‌نظران حقوق شده است؛ درحالی‌که ذهنی بودن یک امر (فکر مجرمانه) با جایگاه ذهنی داشتن آن (توافق مجرمانه = انعقاد اراده‌ها) دو موضوع کاملاً متفاوت‌اند و در مراحل کاملاً متفاوت قرار دارند.

به عبارت دیگر، تصور جرم که اولین مرحله جرم است، هم خود امر ذهنی است و هم موطن و جایگاه ذهنی دارد. یک امر کاملاً ذهنی را می‌توان از ویژگی‌های شناخت و ویژگی‌های تصور و قصد مجرمانه، پنهانی بودن، فردی بودن، و ذهنی بودن است، اما «توافق اراده‌ها» به‌عنوان عنصر مادی تبانی علیه امنیت، از ویژگی آشکارگی، جمعی و عینی بودن برخوردار است. از آنجاکه تصور ساده جرم امر فردی و پنهانی است، فاقد ارزش‌گذاری هنجاری و اجتماعی است و نمی‌توان آن را عملی ضد ارزش‌های اجتماعی تلقی کرد. اساساً ایده‌ها و تصورات ساده قابل کشف نیستند تا به‌عنوان عمل و رفتار، قابل ارزیابی و ارزش‌گذاری باشند.

به دیگر سخن، ایده ساده، هرچند دارای قبح فاعلی است، از قبح فعلی برخوردار نخواهد بود، درحالی‌که توافق و تبانی معنای روشنی نزد عرف جامعه دارد و آنان تبانی‌کنندگان را به‌دلیل «توافق مجرمانه = تبانی» مستحق مجازات می‌دانند. پس توافق، هسته یک رفتار و توطئه جنایی را تشکیل می‌دهد (ساکاروف، ۲۰۱۶، ص. ۴۰۷) که قابل کشف، ارزشیابی و ارزش‌گذاری است.

لذا، جامعه از آن جهت تبانی‌کنندگان را مستحق مجازات می‌داند که برای عملی ساختن «فکر مجرمانه» خویش با همدیگر «توافق = تبانی» کرده‌اند تا امنیت جامعه را مختل سازند و در نتیجه، سزاوار سرزنش و مجازات گردیده‌اند. از این رو، ویژگی تبانی آشکار بودن، جمعی بودن و عینی بودن است که زیر نام «توافق» نهفته است، اما این واقعیت بیرونی و «عینیت» لباس ذهنیت به تن کرده است، زیرا جایگاه توافق و همپوشانی اراده‌ها، ذهن و ضمیر تبانی‌کنندگان است. به بیان دیگر، ذهن جمعی (حداقل دو نفر)، مأمور و مأوی توافق اراده‌های خطرناک است، اما نفس توافق امری کاملاً عینی و بیرونی خواهد بود. تصور فردی

که در ذهن مرتکبان روشن شده است، بعد از طی مراحل «تهیه وسایل مقدماتی» و «شروع به جرم»، لباس انعقاد اراده‌ها را می‌پوشد و گره خوردن اراده‌ها است که عنصر مادی جرم تبانی را تشکیل می‌دهد. از این رو، «تصور فردی» - که مجازات آن خلاف اصول کیفری است - با «توافق جمعی» - که مستحق مجازات است - دو امر کاملاً متفاوت و متمایز از هم‌اند. تفاوت میان توافق به‌عنوان رفتار با فکر مجرمانه به‌عنوان اندیشه، برای این عده از نویسندگان روشن نبوده و نبود تصویر روشن از این تفکیک، همان نکته‌ای است که موجب لغزش حقوق دانان و همسان تلقی کردن عنصر مادی تبانی با فکر مجرمانه و عنصر معنوی شده است.

ساختار کلی تبانی علیه امنیت	تصور ساده/ فکر مجرمانه	رفتار مقدماتی	شروع به بزه	بزه تام
نماد رفتاری	اندیشه و تصور توافق مجرمانه	تهیه وسایل لازم، تعیین زمان، مکان و...	در آستانه توافق، پیشنهاد و دعوت همدیگر به همکاری	انعقاد اراده‌ها/ گره خوردن تصمیم‌ها
تهدید منفعت/ مصلحت	۰	۰	۸۰	۱۰۰
مجازات	۰	۰	۱۰۰	۱۰۰

جدول جایگاه عنصر مادی تبانی علیه امنیت در سلسله مراحل جرم

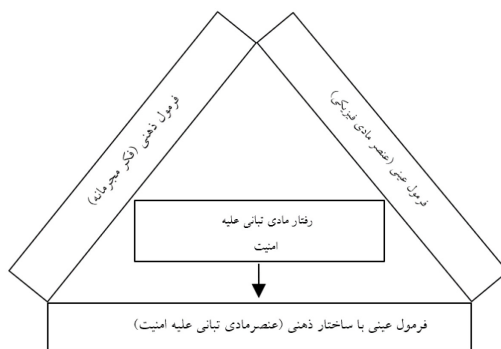
چیستی و ماهیت رفتار (فعل) در جرم تبانی علیه امنیت

بعد از تعیین موضع ابهام و بررسی موقعیت رکن مادی تبانی علیه امنیت در سلسله مراحل جرم، تا حدی، حدود و جایگاه رفتار در عنصر مادی تبانی روشن شد و اکنون بایستی به پرسش از ماهیت و چیستی این رفتار پرداخت. برای تبیین بهتر پاسخ به ماهیت توافق (تبانی) و رفتار مجرمانه به‌عنوان عنصر مادی جرم، می‌توان یک فرمول سه‌ضلعی را ترسیم کرد. چنان‌که در مراحل تحقق جرم اشاره شد، در سلسله‌مراتب جرم، نخست فکر مجرمانه شکل می‌گیرد. در مرحله فکر مجرمانه، صرفاً با «فرمولی ذهنی» مواجهیم. به تعبیر دیگر، اندیشه مجرمانه از فرمول ذهنی پیروی می‌کند و کاملاً ماهیت ذهنی دارد. به بیان دیگر، هم نفس ایده، ماهیت ذهنی دارد و هم موطن و جایگاه آن ذهن آدمیان است و از این رو، امری است کاملاً ساجکتیو. در مقابل، رفتار مادی فیزیکی در سایر جرائم به جز از بزه تبانی و برخی بزه‌های مشابه^۱، از فرمول کاملاً عینی پیروی می‌کند و ماهیت بیرونی و خارجی دارد. مثلاً قتل و سرقت دو نوع رفتار کاملاً عینی است که هم خود فیزیکی‌اند و هم در موطن و عرصه مادی و بیرونی محقق می‌شوند و از همین قبیل است، رفتارهای مجرمانه دیگر چون جعل، کلاهبرداری، خیانت در امانت و غیره.

۱. جرائمی که با ترک فعل انجام می‌شوند، مانند سردستگی گروه‌های ضدامنیت، و نیز جرائمی که عنصر مادی آن‌ها معنوی است، مانند فعل ترساندن و فریاد کشیدن، جزو جرائمی‌اند که عناصر مادی مشابه با تبانی دارند؛ زیرا در این عناصر نیز رفتار صرفاً فیزیکی کمرنگ است.

اما توافق و مواضعه به‌عنوان عنصر مادی تبانی رفتاری است که از دو فرمول قبلی به‌صورت کامل پیروی نمی‌کند و به همین دلیل، هم با تصور مجرمانه صرف، متفاوت است و هم با عنصر مادی صرفاً فیزیکی که بستر و ساختار کاملاً بیرونی دارد. رفتار در عنصر مادی تبانی از «فرمولی میانه» پیروی می‌کند که در آن، ساختار عینی و ذهنی در کنار هم خوابیده‌اند. «توافق مجرمانه» به‌عنوان عنصر مادی تبانی، رفتاری است که ماهیت عینی دارد و امر کاملاً خارجی و بیرونی است و به‌دلیل همین عینیت و ماهیت آبجکتیو خویش، از ارزش‌گذاری، قابلیت کشف، قابلیت سرزنش و مجازات برخوردار است؛ اما این «عینیت» لباس «ذهنیت» پوشیده است و خود را با شکل و شمایل ذهنی، به جهان خارج از ذهن افکنده و نمایشگری می‌کند. توضیح اینکه، «توافق اراده‌ها» و «گره خوردن تصمیم‌ها» از سنخ تصورات و مفاهیم صرف نیستند؛ بلکه به‌صورت رفتار عینی، ظهور و بروز می‌یابند؛ اما از آنجاکه مفهوم «اراده» و یا «تصمیم» به‌عنوان پسوند توافق و تبانی به کار می‌رود و یک «ترکیب اضافی»^۱ را ایجاد می‌کند، سبب این گمانه شده است که عنصر مادی تبانی از سنخ تصور صرف و قصد ساده است.

بنابراین، اگر بخواهیم رفتار صرفاً فیزیکی یک جرم را تعریف کنیم؛ بایستی آن را با فرمول کاملاً عینی نشان دهیم و زمانی که قصد تعریف اندیشه مجرمانه را داشته باشیم، بایسته است با فرمول ذهنی توصیف شود. و اگر رفتار مادی تبانی علیه امنیت را معرفی کنیم، لازم است آن را در درون یک فرمول عینی با ساختار ذهنی جا دهیم که در نمودار شماره ۲ نشان داده شده است. مهم‌ترین مؤید عینیت و تفاوت عنصر مادی تبانی (رفتار مجرمانه) با فکر ساده (اندیشه مجرمانه) برخوردار بودن آن از ویژگی «قابلیت کشف» است. مرتکبان تبانی را می‌توان دستگیر و مجازات نمود؛ درحالی‌که تصور صرف را نمی‌توان کشف کرد و یا حداقل، کشف آن کار ساده‌ای نخواهد بود. لذا برای کشف تصور مجرمانه، بایستی به دنبال رفتار مجرمانه مرتکب رفت.



نمودار (۲) موقعیت رفتار مادی تبانی علیه امنیت

۱. ترکیب اضافی در مقابل ترکیب وصفی به کار می‌رود و در آن، مضاف متعلق به مضاف‌الیه است. به‌نظر می‌رسد «انقاد اراده‌ها» به‌عنوان عنصر مادی تبانی که یک ترکیب اضافی است، برای برخی به‌عنوان ترکیب وصفی تلقی شده و در نتیجه، ابهاماتی را در تحلیل عنصر مادی تبانی ایجاد کرده است.

از این رو، اگر بخواهیم از فکر مجرمانه مرتکبان تبانی اطلاع یابیم؛ بایستی فعل تبانی محقق و ثابت شود. با توافق اراده‌ها که هم شرایط و و اوضاع و احوال و هم نتیجه در آن گنجد، عنصر مادی تبانی به صورت تام محقق شده است. لذا بعد از انجام توافق، برای مجازات مرتکبان این جرم، هیچ‌گونه نیازی به اقدام، اثر، علامت و نشانه بعد از توافق نخواهد بود. نشانه‌ها و علائمی که بعد از (توافق = تبانی) ایجاد می‌شوند و نیز جرائمی که بعد از تبانی علیه امنیت محقق می‌شوند، هیچ‌گونه نقشی در تشکیل عنصر مادی تبانی ایفا نمی‌کنند و خارج از ماهیت این عنصراند و جزو اجزای عنصر مادی این جرم به شمار نمی‌روند. علاوه بر آن، اگر دیدگاه برخی اساتید را بپذیریم که «اراده» را نیز جزء عنصر مادی جرائم دانسته و رفتار بدون اراده را فاقد وصف مجرمانه می‌دانند (شمس ناتری، ۱۳۹۵)،^۱ ساختار عنصر مادی تبانی، صورت روشن‌تری به خود خواهد گرفت، زیرا در این صورت، نه تنها توافق و انعقاد اراده‌ها، بلکه نفس اراده نیز از ساختار ذهنی بیرون آمده و حالت عینی به خود می‌گیرد. به تعبیر دیگر، اگر نفس اراده جزو عنصر مادی جرائم باشد، توافق و انعقادی که در آن ایجاد می‌شود به طریق اولی جزو عنصر مادی بزه خواهد بود.

به بیان دیگر، تبانی گاهی با اجرای تبانی - که بعد از تحقق تبانی صورت می‌گیرد - و گاهی با تصور این جرم - که قبل از تحقق کامل تبانی ایجاد می‌شود - خلط شده است و در نتیجه، باعث شده است تا برخی گمان کنند با جرم‌انگاری تبانی، فکر مجرمانه قابل مجازات دانسته شده است یا تصور کنند تبانی بدون رفتارهای محل امنیت که بعد از تبانی قابل تحقق است، قابل مجازات نیست. بدین جهت، جرم‌انگاری تبانی را خلاف اصول حقوق کیفری شمرده‌اند و برخی دیگر، از دشواربودن تفکیک میان عنصر مادی و معنوی سخن گفته و در تحلیل مسئله، دچار ابهام شده‌اند (موضع ابهام عنصر مادی تبانی با فکر و قصد مجرمانه) و برخی، با مفروض‌انگاشتن آن به‌عنوان امری کاملاً ذهنی و تصویری، به دنبال رفتار و اعمالی رفته‌اند که محصول و نتیجه اجرای تبانی است و نه نفس بزه تبانی (موضع ابهام عنصر مادی تبانی با اجرای تبانی).

با تبیین مذکور، به نظر می‌رسد ابهامی در عنصر مادی تبانی و به‌خصوص رفتار فیزیکی باقی نمی‌ماند و از چنگ اشکالات مذکور رهایی خواهیم یافت. با چنین تصویری از رفتار در عنصر مادی تبانی؛ نخست تفاوت تبانی با تصور جرم و هم با نتایج حاصل از اجرای تبانی، مشخص می‌گردد و ثانیاً لوازمی را به بار خواهد آورد که در ذیل، به برخی از آن‌ها اشاره خواهیم کرد.

لوازم دیدگاه

تحلیل ساختاری عنصر مادی تبانی (رفتار فیزیکی) به این نحو، دارای لوازم متعددی است که اکنون، به برخی از این تبعات، اشاره می‌شود.

^۱ برخی با تفکیک میان قصد و اراده، معتقدند اراده جزء عنصر مادی جرائم است و بدون اراده، هیچ عملی تشکیل‌دهنده رکن مادی جرم نخواهد بود. به تعبیر دیگر، رفتار بدون اراده، در واقع رفتار تلقی نمی‌شود. به همین دلیل، رفتارهایی که تحت اجبار صورت می‌گیرند، از آن جهت که در حقیقت عنوان رفتار بر آن‌ها صدق نمی‌کند، قابل مجازات نیستند (شمس ناتری، ۱۳۹۵).

(۱) بر اساس این تبیین، «اصل عدم مجازات فکر مجرمانه» همچنان محفوظ خواهد ماند، چون تبانی با فکر و اندیشه مجرمانه که مجازات آن خلاف اصول جزایی است، تفاوت دارد و صرف تصور جرم، همچنان غیرقابل مجازات خواهد بود. تبانی بر اساس این دیدگاه، استثنایی بر اصل عدم مجازات فکر مجرمانه - چنان که برخی گمان کرده‌اند - نخواهد بود. به تعبیر دیگر، جرم‌انگاری تبانی نه خروج موضوعی از این اصل تلقی می‌شود و نه خروج حکمی.

(۲) بدون پذیرش این دیدگاه، در تبیین عنصر مادی بسیاری از جرائم دیگر با مشکل مواجه خواهیم شد و آن زمانی است که عنصر مادی جرم، ترک فعل و یا حالت و وضعیت خاصی است. زیرا این عناصر فیزیکی صرف نیستند، اما در عین حال، حقیقتاً عنصر مادی جرم‌اند. کسانی که تبانی را با تصور اولیه جرم در ذهن مرتکب، یکی دانسته‌اند، گمان کرده‌اند عنصر مادی جرائم، منحصر در عناصر مادی فیزیکی است که هم خود امر عینی است و هم جایگاه عینی دارد و یا دست‌کم، لازمه دیدگاه آنان همین امر خواهد بود.

(۳) با این بیان، دیگر نمی‌توان آسیب‌ها را به مستقیم و غیرمستقیم - چنان که اشاره شد - تقسیم کرد و جرم تبانی را یک آسیب غیرمستقیم نامید. زیرا در تبانی «تهدیدی برای امنیت که حقی است برای هر فردی، ایجاد گردیده است» (آقایی‌نیا و میرزایی برزی، ۱۳۹۲، ص. ۴۵). چون حق امنیت و آزادی افراد جامعه نه به صورت بالقوه، بل به صورت بالفعل نقض شده است. مرتکبان تبانی، به شکل تهدید، به منافع جامعه صدمه وارد کرده‌اند. از این رو، تبانی از آن جهت که به صورت مستقیم خطر جدی به شمار می‌رود، یک واقعیت عینی و کنونی است. نه تنها تبانی برای تعهد به جرم، جرم است؛ بلکه در برخی از نظام‌های حقوقی و قضایی، مجازات آن بالاتر از مجازات جرم و جنایت تعیین شده است (جانسون، ۱۹۷۳، ص. ۱۱۴۳).

(۴) بر این اساس، تفاوت تبانی با «عنصر معنوی» ارتکاب جرم نیز روشن می‌شود. تصور فرد نسبت به ارتکاب جرم، در حقوق کیفری قابل مجازات نیست؛ به این دلیل که تا منجر به تحقق جرم نشود، قابل کشف نخواهد بود. در حالی که تبانی از قابلیت کشف برخوردار است. به بیان دیگر، تصور مجرمانه فردی، زمانی قابل مجازات خواهد بود که تبدیل به توافق جمعی (= تبانی) گردد.

(۵) طبق این نگرش - برخلاف تصور برخی نویسندگان - نمی‌توان تبانی را «جرم ناقص» نامید. تبانی جرم تام، خطر جدی و ناقض ارزش‌های اجتماعی است. بدین جهت، به صورت مستقیم قابلیت جرم‌انگاری را دارد. امنیت و آسایش عمومی یک ارزش و هنجار است، هرگونه اقدام در برابر آن، نقض این ارزش است. از آنجا که اقدامات ناقض ارزش‌های اجتماعی، چهره‌های گوناگونی مانند کشتن، توهین کردن، تهدید کردن، معاضدت و... دارد، توافق کردن علیه امنیت و آسایش عمومی (تبانی) نیز یکی از این اقدامات ناقض ارزش‌ها است. لذا اگر دو و یا چند نفر برای توزیع مواد مخدر توافق کنند، نخست، در همان لحظه مرتکب جرم شده‌اند. اگر موفق به توزیع آن نشوند و حتی اگر هیچ گامی برای توزیع آن برندارند، باز هم به دلیل توافق مجرمانه، تحت پیگرد کیفری قرار خواهند گرفت. علاوه بر آن، قانون نیز فرد متهم را پیش از تلاش و یا حداقل اقدام در جهت انجام

جرم، متضمن مسئولیت کیفری می‌داند (ساکاروف، ۲۰۱۶، ص. ۴۰۷). بنابراین، تعبیر درست در مورد تبانی «جرم مانع» است نه «جرم ناقص». این نکته ما را در بحث تفاوت جرم تبانی با شروع به جرم نیز کمک خواهد کرد؛ زیرا شروع به جرم را می‌توان صرفاً جرم ناقص نامید.

(۶) طبق این دیدگاه، میان اعمال مقدماتی به‌عنوان آثار و نمود فکر مجرمانه با آثار و پیامدهای جرم تبانی، دچار خطا نخواهیم شد. در مورد فکر مجرمانه نیازمند ظهور آثار و نشانه‌های آن هستیم و تا علائم آن آشکار نشود، فکر مجرمانه قابل تعقیب نیست؛ اما در تبانی، نیازی - چنان‌که برخی به لزوم آن قائل‌اند - به آشکار شدن علامت و نشانه جهت «احراز توافق» (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۷، ص. ۲۲۱) نداریم. توافق اراده‌ها، خود عمل آشکار، جرم کامل (گلیز، ۱۹۷۸، ص. ۲۷۴) و قابل تعقیب جزایی است. بنابراین، اقداماتی مانند گفت‌وگو، ارتباط تلفنی، فرستادن پیامک و ایمیل، تهیه ابزار نوشتن یک توافق و... را باید تظاهرات و نمودهایی برای تصور صرف نامید، نه برای تبانی. چه اینکه تبانی بعد از این اعمال، گاهی محقق می‌شود و گاهی نمی‌شود. لذا، ممکن است تصور صرف و به دنبال آن آثار و سایر اعمال مقدماتی انجام شود؛ اما تبانی محقق نشود. چنان‌که در جرم براندازی، داستان از همین قبیل است. اگر دو یا چند نفر در محلی اجتماع نمایند یا از طریق مقالات و نوشته‌هایی راه‌های براندازی حکومت را بررسی کنند و گزینه‌های مختلف را طرح نمایند، نمی‌توان گفت تبانی برای براندازی محقق شده است. ولی چنانچه شرکت‌کنندگان در جلسه، بر براندازی اتفاق نظر دارند، اما درصدد بررسی راه‌های موفقیت خود هستند و در این مرحله دستگیر شوند، مسلماً جرم تبانی برای براندازی حکومت واقع شده است (آقابابائی، ۱۳۸۵، ص. ۱۳۱). تبانی ممکن است علیه امنیت عمومی یا علیه موجودیت دولت صورت گیرد. اگر اقداماتی بعد از تبانی نیز صورت گیرد، دو جرم محقق شده است. در صورت اول، جرم تبانی و شروع به جرم علیه امنیت انجام شده و در صورت دوم، جرم تبانی و جرم براندازی. چه اینکه در صورت دوم «اشخاصی که برای براندازی اتفاق و تبانی کرده‌اند، در راستای عملی کردن توافقات خویش، گام‌های عملی برداشته‌اند» (آقابابائی، ۱۳۸۶، ص. ۲۹۳). از این رو، مواد قانونی آن نیز متفاوت‌اند. لذا برخی با توجه به قانون مجازات اسلامی ایران نوشته‌اند «اگر اشخاصی اتفاق و تبانی برای براندازی نمایند مصداق ماده ۶۱۱ و اگر برای عملی کردن توافقات خویش گام‌های عملی بردارند مصداق ماده ۱۸۷ قانون مجازات اسلامی خواهد بود» (آقابابائی، ۱۳۸۳، ص. ۱۴۹).

(۷) با این تحلیل، مسئله شروع به جرم تبانی نیز حل خواهد شد. از آنجاکه موضوع برای برخی - چنان‌که اشاره رفت - روشن نبوده است، شروع به جرم را در تبانی «غیرقابل تصور» تلقی کرده‌اند. اما بر اساس این استدلال، زمانی که مرتکب از مرحله فکر، طراحی و تهیه مقدمات می‌گذرد و وارد گستره عملیات اجرایی تبانی می‌شود، شروع به جرم تبانی محقق خواهد شد. بنابراین، «پیشنهاد تبانی» که در ماده ۷۲ قانون ۱۳۰۴ ایران مطرح شده بود، می‌تواند شروع به جرم باشد. متأسفانه پیشنهاد تبانی در قوانین بعد از انقلاب جرم‌زدایی شده است. هرچند جرم‌انگاری پیشنهاد تبانی

ممکن است به معنای تحدید آزادی و نقض حقوق متهم تلقی شود که نمی‌توان از آن حمایت کرد، سیر منطقی جرم‌انگاری، عدم جرم‌زدایی این مرحله را ایجاب می‌کند. (۸) با این بیان، تفکیک عنصر روانی تبانی از عنصر مادی آن نیز روشن خواهد شد. امری که برخی از مشکل بودن تفکیک آن نالیده و آن را عبارت از قصد عملی کردن توافق دانسته بودند. بر اساس دیدگاه مورد نظر، عنصر روانی تبانی کاملاً از عنصر مادی آن متمایز است. تبانی انعقاد و گره‌زدن اراده‌ها و عنصر معنوی قصد این انعقاد، توافق و رفتار است نه قصد عملی کردن توافق. قصد عملی کردن توافق، بعد از مرحله تحقق جرم کاملی به نام تبانی و دقیقاً عنصر معنوی جرم دیگری است که بعد از تبانی محقق می‌شود.

(۹) طبق این نظر و تعریف مختار که از جرم تبانی ارائه شد، تبانی به معنای عقد و از باب ایجاب و قبول نخواهد بود. برخی آن را به حقوق مدنی تشبیه نموده و گفته‌اند: «همانند حقوق مدنی لازمه حصول توافق، وجود ایجاب و قبول است. یعنی ابتدا کسی پیشنهاد می‌کند و دیگری می‌پذیرد، در جرم، هم همین‌طور است؛ یعنی ابتدا یک‌طرف دیگری را دعوت به انجام جرم یا دست‌کم توافق بر انجام آن می‌کند» (جمشیدی و همکاران، ۱۳۹۲، ص. ۶۳). اما ناتمام‌بودن این سخن روشن است؛ زیرا اولاً تبانی نه ایجاب است و نه قبول و اصولاً در آن عقدی در کار نیست. ثانیاً ایجاب و قبول، یک‌جانبه و از یک طرف است؛ ایجاب از طرفی و قبول از طرف دیگر، صورت می‌گیرد، درحالی‌که تبانی توافق اراده‌ها است. توافق اراده‌ها عمل طرفینی است. ثالثاً ایجاب، همیشه از لحاظ زمانی مقدم و قبول پس از آن صورت می‌گیرد، اما تبانی، همزمان و در آن واحد انجام می‌شود. حتی اگر آن را ایجاب و قبول هم بنامیم، ایجاب و قبول طرفینی است، یعنی با دو ایجاب و دو قبول مواجهیم. از این رو، تبانی، عقد اراده‌ها نیست، بلکه انعقاد اراده‌ها است. از لحاظ واژگانی نیز میان مصدر باب افتعال و مصدر ثلاثی مجرد، تفاوت آشکار وجود دارد.^۱

(۱۰) با این بیان، دیگر نمی‌توان در تعیین مجازات برای این جرم - بدون اقدامات بعدی دیگر - شک و تردید نمود. برخی با توجه به ماده ۶۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ایران این پرسش را مطرح کرده‌اند که «اگر دو نفر یا بیشتر قرار بگذارند که جرائمی بر ضد امنیت داخلی یا خارجی کشور مرتکب شوند، لیکن هیچ‌گونه اقدامی در این زمینه معمول ندارند و صرف قرار نهادن با یکدیگر باشد و به عبارت دیگر، رفتار آن‌ها از مرحله حرف تجاوز نکند، آیا قابل مجازات‌اند؟» (نوربها، ۱۳۸۰، ص. ۴۳). پاسخ آن روشن است. تبانی طبق مواد ۶۱۰ قانون مجازات اسلامی بدون هرگونه اقدامی به دنبال آن، قابل مجازات است. اگر متعاقب آن اقداماتی انجام شود، جرم دیگری

۱. جایگاه و کاربرد واژه‌های عقد و انعقاد در باب معاملات است. اجزای تصرف عبارت‌اند از ایجاب و قبول که آن را اصطلاحاً عقد می‌نامند. اما انعقاد عبارت از وابستگی این اجزاست. وابستگی اجزا غیر از اجزا و بعد از وجود اجزا محقق می‌شود. از این رو، برخی از انعقاد به انضمام کلام یکی از دو متعاقب به دیگری تعبیر کرده‌اند. ایجاب و قبول کلام است و انعقاد، انضمام این دو کلام به دیگری. در معنای انضمام نه ایجاب خوابیده است و نه قبول، بلکه در هم تنیدن و پیچیدن دو کلام به یکدیگر است و این عین معنای انعقاد خواهد بود. (برگرفته از: دهخدا، ۱۳۷۷، ج. ۲، ص. ۳۵۶۵، ذیل واژه انعقاد).

محقق شده است. اما اگر قانون‌گذار به عدم جرم بودن تبانی بدون اقدامات بعدی تصریح کند، در این صورت تبانی صرف، موجب مجازات نخواهد بود. نمونه‌هایی برای عدم جرم بودن تبانی صرف در قوانین برخی کشورها وجود دارد؛ چنان‌که این شرط در ماده ۶۱۱ تعزیرات ایران و قانون جزای فرانسه گنجانده شده است (مجیدی، ۱۳۸۶، ص. ۹۲). بر این اساس، تبانی صرف جرم نخواهد بود. البته در این صورت، جای این بحث وجود دارد که اقدامات مشهود، جزو ماهیت جرم تبانی است یا از شرایط آن، بحثی که طرح آن، فرصت دیگری می‌طلبد.

(۱۱) بر اساس این تقریر، جرم تبانی از جرائم آنی خواهد بود، نه جرم مستمر و یا استمرار یافته (بابالوئی، ۱۳۹۳، ص. ۴۲۶). زیرا به محض انعقاد اراده‌ها، جرم کاملاً محقق شده است و نیازی به استمرار در زمان نخواهد داشت. زیرا انعقاد اراده در طول زمان ادامه نمی‌یابد؛ بلکه در لحظه، منعقد می‌گردد. (۱۲) در نهایت، تبانی یک جرم مستقل است و چون مستقل است، مستقلاً قابل مجازات خواهد بود. برخی گفته‌اند با تحقق جرم اصلی، دیگر نمی‌توان تبانی را مجازات کرد و صرفاً متهم به واسطه ارتکاب جرم اصلی قابل مجازات خواهد بود (میرمحمد صادقی، ۱۳۸۷، ص. ۲۵۳؛ زراعت، ۱۳۸۸، ص. ۲۷۲). ناتمام بودن این سخن روشن است. زیرا چنان‌که اشاره رفت، اگر تبانی‌کنندگان، جرم مورد هدف تبانی را مرتکب شوند، بزه دیگری اتفاق افتاده است و از باب تعدد مادی است. تبانی خود جرم اصلی است و نیازی به مقدمی تلقی کردن آن نداریم. اندیشه عدم مستقل خواندن تبانی از آنجا ایجاد شده است که تبانی را جرم ناقص تلقی کرده‌اند؛ دیدگاهی که ما آن را مردود دانستیم. بنابراین، در صورت تحقق جرم مورد هدف تبانی، شاهد تعدد جرائم خواهیم بود. زیرا در صورت ارتکاب تخریب، قتل و هر اقدام دیگر، نخست تبانی صورت گرفته و به دنبال آن جرائم دیگر. البته در مجازات می‌توانیم - مانند سایر جرائم - به مجازات واحد اکتفا کنیم. اما این امر، موضوع دیگری است و ارتباطی با تحلیل ساختاری عنصر مادی تبانی ندارد.

نتیجه‌گیری

رفتار فیزیکی در عنصر مادی تبانی، پدیده عینی، بیرونی و واقعی است، اما جایگاه ذهنی دارد. با این نگرش، می‌توان به تصویر روشنی از این عنصر دست یافت. پیروی عنصر مادی تبانی (رفتار فیزیکی) از یک فرمول دوگانه، آن را هم از تصور مجرمانه و عنصر معنوی متمایز می‌کند و هم از عنصر مادی صرفاً فیزیکی. عینی و بیرونی بودن عنصر مادی تبانی سبب تفاوت آن با فکر مجرمانه و عنصر روانی می‌شود که کاملاً مفاهیمی ذهنی‌اند و هم آن را از عنصر مادی صرفاً فیزیکی جدا می‌کند که هم خود پدیده عینی و بیرونی است و هم از جایگاه فیزیکی و بیرونی برخوردار است. به بیان دیگر، ویژگی عینیت رفتار در عنصر مادی تبانی آن را به عناصر صرفاً مادی فیزیکی نزدیک می‌سازد که در سایر جرائم وجود دارند، و رنگ ذهنیت آن که از موطن و موضع خویش کسب کرده است، این عنصر را به اندیشه مجرمانه و عنصر معنوی جرائم نزدیک می‌سازد. این تفکیک و تمایز و تشبیه و تقارن در تبیین عنصر مادی تبانی علیه امنیت، به داشتن تصویر روشن از ماهیت جرم تبانی کمک می‌کند و مانع از ابهاماتی خواهد شد که برخی دچار آن‌ها شده‌اند.

منابع

- ابن منظور، محمد. (۱۹۹۷). *لسان العرب* (ج. ۱). بیروت: دار صادر.
- اردبیلی، محمدعلی. (۱۳۹۰). *حقوق جزای عمومی* (ج. ۱). تهران: نشر میزان.
- آقابابایی، حسین. (۱۳۸۳). طرح براندازی در حقوق کیفری ایران، مصر و انگلستان. رهنمون، ۹ و ۱۰.
- آقابابایی، حسین. (۱۳۸۵). تحلیل جرم براندازی در حقوق کیفری ایران. *مجله فقه و حقوق*، ۱۰.
- آقابابایی، حسین. (۱۳۸۶). *بررسی فقهی - حقوقی جرم براندازی*. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- آقایی نیا، حسین، و میرزایی برزی، هادی. (۱۳۹۲). چپستی جرائم ناقص. *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ۱۶.
- بابالوئی، محمود. (۱۳۹۳). *قانون تعزیرات در نظم حقوق کنونی*. تهران: مجد.
- باهری، محمد، و داور، میرزاعلی اکبرخان. (۱۳۸۴). *نگرشی بر حقوق جزای عمومی*. تهران: مجد.
- بستانی، فؤاد افرام. (۱۳۸۲). *المعجم الوسیط* (ج. ۱). (محمد بندرریگی، مترجم). تهران: انتشارات اسلامی.
- جمشیدی، غلام، و همکاران. (۱۳۹۳). *بررسی حقوق جرم تبانی در نظام حقوق کیفری ایران*. *فصلنامه دانش انتظامی*، ۱۶ (۱).
- حائری، محمدحسن، و همکاران. (۱۳۹۱). نگرش نو در رابطه جرم سیاسی با مفاهیم محاربه، افساد فی الارض و بغی. *آموزه‌های حقوق کیفری*، ۳.
- دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۷). *لغت‌نامه* (ج. ۳). تهران: دانشگاه تهران.
- دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۷). *لغت‌نامه* (ج. ۴). تهران: دانشگاه تهران.
- زراعت، عباس. (۱۳۸۵). *حقوق جزای اختصاصی تطبیقی* - ۳. تهران: ققنوس.
- زراعت، عباس. (۱۳۸۸). *شرح قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات* - ۲. تهران: ققنوس.
- سماواتی پیروز، امیر. (۱۳۸۵). نگرشی به جرم تبانی در حقوق جزای آمریکا. *مجله اصلاح و تربیت*، ۵۶.
- شمس ناتری، محمدابراهیم. (۱۳۹۵). *جزوه درسی حقوق کیفری* ۲. قم: جامعه المصطفی العالمیه، مؤسسه آموزش علوم انسانی.
- عباسی کلیمانی، عاطفه، و اکبری، عاطفه. (۱۳۹۴). *خودآموز حقوق جزای اختصاصی*. تهران: مجد.
- عمید، حسن. (۱۳۶۰). *فرهنگ فارسی عمید*. تهران: امیرکبیر.
- فرهودی نیا، حسن. (۱۳۸۱). آیا قصد ارتکاب جرم قابل تعقیب است؟ *پژوهش‌های فلسفی*، ۱۸۲.
- قیاسی، جلال‌الدین، و همکاران. (۱۳۹۱). *مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی: اسلام و حقوق موضوعه* - ۳. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- گلدوزیان، ایرج. (۱۳۸۷). *محشای قانون مجازات اسلامی*. تهران: مجد.
- مجیدی، محمود. (۱۳۸۶). *جرائم علیه امنیت*. تهران: نشر میزان.
- میرمحمد صادقی، حسین. (۱۳۸۷). *جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی*. تهران: نشر میزان.
- نجفی توانا، علی. (۱۳۸۰). تعارض و خلأ در مقوله شروع به جرم. *مجله کانون وکلا*، ۱۷۵.
- نوربها، رضا. (۱۳۸۰). اصل منطقی و ناب گرفتار مفاهیم ملو از ابهام. *مجله کانون وکلا*، ۱۷۲.
- الهام، غلامحسین، و سمیعی زنوز، حسین. (۱۳۹۲). جرم تبانی علیه اموال، اعراض و نفوس مردم. *دیدگاه‌های حقوقی - قضایی*، ۶۴.

- Johnson, P. E. (1973). The unnecessary crime of conspiracy. *California Law Review*, 61 (3), 1137-1179.
- Marcus, P. (1977). Conspiracy: The Criminal Agreement in Theory and In Practice. *The Georgetown Law Journal*, 65 (4), 927-955.²
- Sacharoff, L. (2016). Conspiracy as Contract. *University of California, Davis*, 50 (3), 825-870.

Adapting the Elements of Usurpation (Ghasb) to Intellectual Property Rights in Islamic Jurisprudence (Fiqh) and Iranian Law

Ali Jahannian¹, Sayyid Ali Alavi Qazvini²,
Sayyid Hassan Shubairi Zanjani³, and Siamak Qiasi Sarki⁴

1. *Corresponding Author*, Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, University of Mazandaran, Mazandaran, Iran. Email: jahanian280@gmail.com
2. Associate Professor, Department of Law, College of Farabi, University of Tehran, Qom, Iran. Email: saalavi@ut.ac.ir
3. Associate Professor, Department of Law, Department of Law, University of Qom, Qom, Iran. Email: shshobeiri@yahoo.com
4. Associate Professor, Al-Mustafa International University, Qom, Iran. Email: sqiasi52@miu.ac.ir

Article Info

Article type:

Research Article

Article history:

Received

10 June 2023

Received in revised form

17 July 2023

Accepted

17 August 2023

Available online

21 December 2024

Keywords:

elements of usurpation,
intellectual works
(creations),
intellectual property
ownership,
absolute legal power of the
owner to exercise
dominion or control
over property,
adapting

ABSTRACT

Intellectual property rights (IPR) are emerging issues in the contemporary era. Sometimes, due to the encroachment of others, the creator is deprived of all or some of the property and intellectual property rights. The present study, conducted using a library method and in an analytical-descriptive manner, indicates that in the jurisprudential texts (Fiqh) and the Civil Code, the institution of “usurpation” (Arabic: **الغُصْب**, Romanized: *al-ghasb*) is defined as aggressive dominance over the property and rights of others. The term “right” in this definition is conceptually synonymous with “property,” which refers to tangible matters. However, intellectual creations are intangible. In such a case, applying and adapting dominance (the element of *ghasb*) to intellectual creations seems difficult. It seems that to adapt the elements of *ghasb*, a reinterpretation of the concept of property is needed, followed by an exploration of what is capable of being owned and what is not capable of being owned of intellectual creations. A survey of jurisprudential books shows that the concept of property is not limited to tangible matters, because property has a customary concept, and custom does not restrict it to material matters, and Islamic law or *al-Shar‘* has delegated its definition to custom. Therefore, anything that has financial value from the viewpoint of custom also has financial value from the viewpoint of Islamic law. The notion that the word “property,” in the words of some jurists, and “right,” in the words of others, is restricted to tangible matters is not correct.

Cite this article: Jahannian, A., Alavi Qazvini, S. A., Shubairi Zanjani, S. H., & Qiasi Sarki, S. (2024). Adapting the Elements of Usurpation (Ghasb) to Intellectual Property Rights in Islamic Jurisprudence (Fiqh) and Iranian Law. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 18 (2), 63-82. <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.16154.1778>



© The Author(s).

Publisher: Al-Mustafa International University.

DOI: <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.16154.1778>



تطبیق عناصر غصب بر حقوق مالکیت فکری در فقه و حقوق ایران

علی جهانیان^۱، سید علی علوی قزوینی^۲،

سید حسن شبیری زنجانی^۳، و سیامک قیاسی سرکی^۴

۱. نویسنده مسئول، هیئت علمی استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران، مازندران، ایران. رایانامه: a.jahanian@umz.ac.ir

۲. عضو هیئت علمی دانشکده‌گان فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران. رایانامه: saalavi@ut.ac.ir

۳. عضو هیئت علمی دانشگاه قم، قم، ایران. رایانامه: shshobeiri@yahoo.com

۴. عضو هیئت علمی جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران. رایانامه: sqiasi52@miu.ac.ir

چکیده

اطلاعات مقاله

حقوق مالکیت فکری از موضوعات نوپدید در عصر کنونی است. گاهی در اثر تعرض دیگران، پدیدآورنده از تمام یا برخی از امتیازات مادی و معنوی محروم می‌شود. پژوهش حاضر که به شیوه کتابخانه‌ای و به صورت تحلیلی-توصیفی انجام یافته است، حاکی از آن است که در متون فقهی و قانون مدنی نهاد «غصب» به استیلائی عدوانی بر مال و حق غیر تعریف شده است. حق در این تعریف از حیث مفهوم مترادف با مال شمرده شده که ناظر بر امور عینی است، درحالی‌که پدیده‌های فکری از امور غیرمادی‌اند، در چنین حالتی تطبیق استیلاء (عنصر غصب) بر پدیده‌های فکری دشوار می‌نماید. به نظر می‌رسد برای تطبیق عناصر غصب نیازمند بازخوانی مفهوم مال هستیم و به تبع آن، نیازمند کاوش در مالیت و عدم مالیت پدیده‌های فکری. نتایج در کتب فقهی نشان‌دهنده عدم مقید بودن مفهوم مال به امور عینی است، چراکه مال دارای مفهوم عرفی است و عرف آن را مقید به امور مادی نکرده و شرع نیز تعریف آن را به عرف واگذار نموده است؛ پس هر آنچه از نظر عرف مالیت داشته باشد، از نظر شرع هم مالیت دارد. اینکه مراد از واژه «مال» به تعبیر برخی از فقیهان و «حق» به تعبیر برخی دیگر مقید به امور مادی شده است، درست نیست.

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۳/۲۰

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۴/۲۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۵/۲۶

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۱/۰۱

کلیدواژه‌ها:

عناصر غصب،

پدیده‌های فکری،

مالیت آثار فکری،

قاعده سلطنت،

تطبیق

استناد: جهانیان، علی؛ علوی قزوینی، سید علی؛ شبیری زنجانی، سید حسن؛ و قیاسی سرکی، سیامک. (۱۴۰۳). تطبیق عناصر

غصب بر حقوق مالکیت فکری در فقه و حقوق ایران. *مطالعات فقه اسلامی و مباحث حقوق*، ۱۸ (۲)، ۸۲-۶۳.

<http://doi.org/10.22034/fvh.2023.16154.1778>



مقدمه

از جمله مسائل نوپیدا در عصر کنونی مالکیت فکری است. این امر ثابت شده است که هرچه زمان می‌گذرد، انسان‌ها چیزهای جدیدی را کشف یا اختراع می‌کنند. یکی از اساسی‌ترین مسائلی که در این میان مطرح می‌شود و نیاز به پژوهش دارد، امکان‌سنجی تطبیق و عدم تطبیق عناصر غصب بر پدیده‌های فکری است. وقتی تعاریف فقیهان از واژه «غصب» ناظر بر استیلاى بر اموال غیر بدون اذن دارندگان، مورد کاوش و بررسی قرار می‌گیرد، بسیاری از مواردی که محصول افکار و اندیشه‌های امروزی بشر هستند، از مصادیق استیلاء خارج شده و در قالب مفهوم غصب و عناصر آن مورد تبیین و تحلیل قرار نمی‌گیرند و در نتیجه مشکلات جدیدی را فراروی پدیدآورندگان آفرینش‌های فکری می‌گذارند، چراکه ضوابط و ملاک‌های مشخصی در این مورد وجود ندارد.

به نظر می‌رسد با بازخوانی مفهوم مال و ضابطه قراردادن عرف، تردیدی در مال بودن آفرینش‌های فکری نخواهد بود و در این حالت همانند اموال عینی عنوان غصب بر آن بار شده و طبق مقررات ناظر بر غصب مورد بررسی قرار خواهد گرفت. بر اساس تتبع نگارندگان در مورد غصب، کتب متعدد فقهی و حقوقی نوشته شده است که در آن‌ها صرفاً به مفهوم، شرایط و احکام غصب اشاره شده است و تبیین و تحلیل آن‌ها نیز صرفاً مبتنی بر امور عینی و مادی بوده است، ولی نسبت به این موضوع که آیا عنوان غصب بر امور غیرمادی نیز قابل اعمال هست یا خیر، ساکت‌اند؛ زیرا، در آن زمان این مباحث مطرح نبوده است و فقیهان معاصر و حقوق‌دانان نیز به این موضوع نپرداخته‌اند.

پیشینه پژوهش

با توجه به عدم پیشینه پژوهش در این مورد، بر دشواری‌های تحقیق پیش‌رو افزوده شده است. اما با توجه به ضرورت و اهمیت پدیده‌های فکری در شرایط کنونی از این منظر، نگارنده سعی نموده است با تتبع در کتب فقهی و حقوقی موضوع حاضر را مورد بررسی و کاوش قرار دهد و به پرسش‌های ذیل پاسخ دهد که آیا عناصر غصب را می‌توان بر پدیده‌های فکری تطبیق داد؟ نظریات فقیهان و حقوق‌دانان در این مورد چیست؟ آیا آن‌ها برای آفرینش‌های فکری مالیت قائل هستند یا خیر؟ به‌طور مثال، هرگاه حق اختراع شخصی توسط شخص دیگری مورد تعدی قرار گیرد، آیا می‌توان عنوان غاصب را بر شخص متعدی بار نمود؟ به عبارت دیگر، گستره و دامنه عنوان غصب تا کجاست؟ آیا عنوان غصب صرفاً ناظر بر امور مادی است یا شامل امور غیرمادی نیز می‌شود؟ به نظر می‌رسد با بازخوانی مفهوم حق و ملک و نیز مفهوم مالیت، می‌توان عناصر غصب را بر پدیده‌های فکری اعمال نمود.

بدین ترتیب، برای رسیدن به امکان و عدم امکان تطبیق عناصر غصب بر آفرینش‌های فکری، نوشتار سعی نموده است در بدو امر به مفاهیم اصلی و مرتبط با رویکرد فقهی و حقوقی بپردازد و سپس نظریات فقیهان در باب مالیت و عدم مالیت پدیده‌های فکری را مورد بررسی و نقد قرار دهد و در نهایت مالیت آفرینش‌های فکری از منظر عرف، عقلا و شرع مورد تحلیل قرار گیرد.

مفهوم غصب

برای واژه «غصب» در کتب لغت معانی مختلف بیان شده است. در *لسان العرب*، *تاج العروس* و *الصحاح* غصب به «گرفتن چیزی از روی قهر و ظلم» آمده است (ابن منظور، ۱۴۱۴، ص. ۶۴۸؛ جوهری، ۱۳۱۳، ج. ۱، ص. ۱۹۴). برخی قید «اخذ مال غیر توأم با قهر» را نیز افزوده‌اند (یزدی، ۱۳۴۹، ج. ۲، ص. ۱۲۴۹). در اصطلاح دو نوع تعریف از سوی فقیهان بیان شده است:

الف) برخی از فقیهان غصب را: «الغصب هو الاستقلال بإثبات الید علی مال الغیر» (حلی، ۱۴۰۸، ج. ۳، ص. ۱۸۴) تعریف نموده‌اند و برخی قید «عدواناً» را نیز در ادامه تعریف فوق افزوده‌اند (شهید اول، بی تا، ج. ۳، ص. ۱۰۵). تعریف مذکور دارای ایراد است؛ زیرا: اولاً؛ این تعاریف ناظر بر غصب مال غیر به صورت منفرد و مستقل است و در مواردی که دو یا چند شخص مال متعلق به غیر را غصب نمایند، طبق تعاریف مذکور غصب محقق نمی‌شود. ثانیاً در جایی که شخص بخشی از اموال متعلق به غیر؛ مثل خانه را تصرف نماید و بخش دیگر آن که کماکان در ید مالک باقی بماند، شامل نمی‌شود (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۳۷، ص. ۳۳).

ب) برخی دیگر از فقیهان برای رفع ایراد فوق، غصب را به گونه‌ای دیگر تعریف نموده و گفته‌اند: غصب عبارت است از: «الغصب هو الاستیلاء علی حق الغیر عدواناً» (شهید ثانی، ۱۴۰۳، ج. ۴، ص. ۳۲۳). در این تعریف با قید استیلاء (به جای واژه استقلال) مشارکت در غصب و با قید حق (به جای واژه مال) موارد زیادی از قبیل حق مسجد (گرفتن جای در مسجد مانند پهن نمودن سجاده)، حق مدرسه، حق انتفاع، ارتفاق، تحجیر و حقوق مربوط به مالکیت فکری و مصادیق آن را شامل می‌شود.

برخی فقیهان معاصر نیز قید واژه «مال» و «حق» را در کنار هم در مقام بیان مفهوم غصب آورده‌اند: غصب استیلاء عدوانی بر چیزی است که مربوط به غیر باشد خواه (آن چیز) مال باشد یا حق (خمینی، ۱۳۹۲، ج. ۲، ص. ۱۸۳). هریک از تعاریف فوق بر یک بخشی از مصادیق نهاد غصب صدق می‌کند. به نظر می‌رسد دو تعریف اخیر نسبت به سایر تعاریف جامع‌تر است؛ زیرا، با قید «استیلاء» کلمه «استقلال» در غصب را خارج نموده، تا غصب مشارکتی را نیز در برگیرد. برای تبیین و ضابطه دقیق مفهوم غصب و مصادیق آن می‌بایست به عرف مراجعه کرد؛ زیرا، که واژه «غصب» دارای معنای لغوی و عرفی است نه شرعی و همه بر این امر اتفاق نظر دارند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج. ۱۰، ص. ۴۹۴) و حتی برخی صریحاً ادعا می‌کنند که: «برای غصب هیچ حقیقت شرعی‌ای نیست» (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۳۷، ص. ۱۰).

قانون‌گذار در قانون مدنی در ماده ۳۰۸ غصب را چنین تعریف نموده است: «غصب استیلاء بر حق غیر است به نحو عدوان...». عناصر این تعریف به قرار ذیل است:

الف) استیلاء: برای تحقق غصب لازم است شخص بر مال غیر استیلاء یابد و عملاً تصرف کند؛ اعم از اینکه آن مال منقول یا غیرمنقول باشد (حلی، ۱۴۰۸، ج. ۳، ص. ۱۸۴؛ قطان حلی، ۱۴۲۴، ج. ۲، ص. ۴۰۹). چنانچه شخص صرفاً مانع از تصرف و انتفاع مالک شود، عمل او غصب نخواهد بود (ماده ۳۰۹ قانون مدنی). هرچند شخص متعدی گناهکار است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج. ۱۲، ص. ۱۴۹).

ب) به‌نحو عدوان (عنصر حقوقی): استیلاء و تعدی بر مال یا حق غیر، باید غیرقانونی (نامشروع) باشد (داراب‌پور، ۱۳۸۷، ج. ۲، ص. ۲۸۶). سلطه با رضایت و اذن مالک، فاقد عنصر حقوقی غصب است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص. ۱۹۹). فقیهان و به‌تبع آن قانون‌گذار عنصر حقوقی را «عدوان» نام نهاده‌اند و مراد از عدوان ظلم و ستم است؛ بدین معنا که متصرف با علم به اینکه مال از آن دیگری است و اذن تصرف آن را ندارد، بر آن استیلاء یابد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج. ۱۲، ص. ۱۴۸).

طبق تعریف غصب مقرر در ماده ۳۰۸ قانون مدنی^۱، برخی فقیهان از استیلاء به حق غیر سخن گفته‌اند و برخی دیگر از فقیهان از استیلاء بر مال غیر سخن گفته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۳۷، ص. ۸). حال مراد از حق در اینجا چیست؟ با توجه به بند دوم ماده ۳۰۸ قانون مدنی و مواد بعدی ناظر بر غصب که همه جا واژه «مال» را به کار برده است، بنابراین، می‌توان گفت: مراد از حق در تعاریف فقیهان و قانون مدنی حق مالی یا همان مال است که تنها شامل اموال منقول و غیرمنقول می‌شود و امور غیرمادی را در بر نمی‌گیرد و در نتیجه با تعاریف فقیهان از واژه غصب نمی‌توان پدیده‌های فکری را داخل در قلمرو غصب دانست. بنابراین، اگر بخواهیم از غصب تعریفی ارائه دهیم که شامل امور مادی و غیرمادی شود، این‌گونه تعریف می‌کنیم: غصب عبارت است از «تسلط یافتن بر حق غیر به‌نحو عدوان». در این تعریف واژه حق عام است، موضوع آن می‌تواند امور مادی باشد یا غیرمادی.

مفهوم مالکیت فکری

برخی از لغت‌شناسان و فرهنگ‌نویسان، با توجه به مفهوم وصفی آن، چهار معنا ذکر نموده‌اند: «۱- عقلانی، ذهنی و فکری؛ ۲- معنوی؛ ۳- خردمند و دارای قوه فکر؛ ۴- معنوی و نامحسوس» (آریان‌پور کاشانی، ۱۳۷۰، ص. ۱۲۰). هریک از موارد به یکی از ابعاد شناخت و فهم واژه «مالکیت فکری» دلالت دارد. به‌طور مثال دسته اول ناظر بر جریان و ماهیت فهم نظر دارد. دسته دوم، به خصوصیات فهم و معرفت یک امر فکری و معنوی است؛ دسته سوم به شخص صاحب فکر و اندیشه (فاعلی) اشاره دارد و در نهایت دسته چهارم به موضوع ذهنی که بر روی آن تفکر می‌شود، ناشی می‌شود (حکمت‌نیا، ۱۳۸۶، ص. ۳۰).

در حقوق ایران، نخستین بار واژه «مالکیت فکری» در ماده ۶۲ قانون تجارت الکترونیکی (مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷) آمده است. در اصطلاح برای واژه مالکیت فکری تعاریف متعددی بیان شده است. حتی به باور متخصصان حقوقی مالکیت فکری، ارائه تعریف دقیق از مالکیت فکری ناممکن است، زیرا ماهیت مصادیق مالکیت فکری چنان متنوع و گوناگون است که بیان تعریف واحدی که بتواند همه مصادیق آن را پوشش دهد، دشوار است (حکمت‌نیا، ۱۳۸۶، ص. ۳۴). با وجود آن، می‌توان به برخی تعاریفی که در منابع حقوقی آمده است، اشاره نمود. برخی حقوق‌دانان گفته‌اند: «مالکیت فکری حقوقی است که دارای ارزش اقتصادی و قابل داد و ستد است و موضوع آن‌ها شیء مادی نیست، بلکه محصول فعالیت و اثر فکری انسان است» (صفایی، ۱۳۷۹، ص. ۳۰۹؛ میرحسینی، ۱۳۸۵، ص. ۱۸). این حقوق شامل: حق مؤلف و هنرمند، حق

^۱ «غصب استیلاء بر حق غیر است به‌نحو عدوان. اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است.»

مخترع، حق تاجر نسبت به نام تجارتي و علائم صنعتی و تجارتي و حق سرقتی است (صفایی، ۱۳۵۰، ص. ۴۴). طبق تعریفی دیگر، حقوق معنوی یا فکری حقوقی است که به صاحب آن اجازه می‌دهد از منافع و شکل خاصی از فعالیت یا فکر انسان منحصرأ استفاده کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص. ۱۰۴). در کنوانسیون تأسیس سازمان جهانی مالکیت معنوی نیز این‌گونه آمده است: مالکیت معنوی شامل حقوق مرتبط با موارد زیر خواهد بود: (۱) آثار ادبی، هنری و علمی؛ (۲) نمایش‌های هنرمندان، بازیگر، صدای ضبط شده، برنامه‌های رادیویی؛ (۳) اختراعات در کلیه زمینه‌های فعالیت انسان؛ (۴) کشفیات علمی؛ (۵) طراحی‌های صنعتی؛ (۶) علائم تجاری، علائم خدماتی، نام‌های تجارتي و عناوین؛ (۷) حمایت در برابر رقابت نامطلوب؛ (۸) و سایر حقوقی که ناشی از فعالیت فکری در قلمرو صنعتی، علمی، ادبی و هنری است (شفیعی شکیب، ۱۳۸۱، ص. ۹۶).

در این میان، تعریف کنوانسیون در مقایسه با همه تعاریف دیگر عام‌تر است، زیرا با ذکر موارد، خواسته مصادیق وسیع حقوق مالکیت فکری را در برگیرد. در این جستار نیز حقوق مالکیت فکری به‌طور مطلق مورد بررسی قرار گرفته است، اعم از مالکیت ادبی، هنری و صنعتی.

بازخوانی مفهوم حق و ملک و رابطه آن‌ها

برای رسیدن به پاسخ سؤال اصلی، نیازمند بررسی و بازخوانی مفهوم واژه «حق» و «ملک» هستیم. آیا حقوق به مالکیت برمی‌گردد تا همان آثار مالکیت را بر آن بار نمود که در این صورت تصرف در حقوق غیر بدون اذن دارنده آن جایز نخواهد بود یا اینکه حقوق غیر از مالکیت است و با هم تفاوت دارند که در این صورت هرکدام آثار خاص خود را خواهند داشت؟ حق در لغت به معنای راست، درست، ثابت، ثبوت، یقین و عدل است و در مقابل باطل قرار می‌گیرد (راغب اصفهانی، بی‌تا، ص. ۱۲۵؛ طباطبایی حکیم، ۱۳۷۶، ص. ۶؛ زبیدی، بی‌تا، ج. ۱۳، صص. ۷۹-۸۳؛ قلجی، ۱۴۰۸، ص. ۱۸۲). حقوق حتی به معنای مال و ملک نیز به کار رفته است (فیومی، ۱۴۰۵، ج. ۲، ص. ۱۴۳؛ مشکینی اردبیلی، ۱۴۱۳، ص. ۲۱۳). در اصطلاح فقیهان تعاریف متعددی برای واژه «حق» بیان شده است. به‌طور کلی در مورد مفهوم اصطلاحی حق میان فقیهان امامیه سه نظر وجود دارد:

(الف) حق نوعی از ملک یا مرتبه ضعیفی از ملک است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج. ۱، ص. ۲). به تعبیر برخی ملکیت نارسیده است (حسینی حائری، ۱۴۲۱، ج. ۱، ص. ۱۱۲)؛

(ب) حق نوعی سلطنت است که در برابر ملک قرار دارد (انصاری، ۱۴۲۰، ج. ۳، ص. ۹؛ خمینی، ۱۴۲۱، ج. ۱، صص. ۲۱-۲۲)؛

(ج) حق امری است اعتباری (روحانی، ۱۴۱۲، ج. ۳، ص. ۱۷)، بدین معنا که ماباء خارجی ندارد (دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، ۱۳۶۴، ص. ۵۲).

در هر حال، از مجموع تعاریف فوق، این نکته قابل استنباط است که حق یک امتیاز و توانایی برای دارنده آن، در برابر دیگران شمرده می‌شود.

اما «ملک و ملکیت به احتواء و استیلا و سلطنت بر شیء، سلطنت تام بر چیزی و اتصال شرعی بین شخص و شیء که مطلق تصرفات را اجازه می‌دهد، معنا شده است» (کریمی، ۱۳۹۵، ص. ۲۴۹). در اصطلاح فقیهان، ملکیت به حق تصرف مالک در شیء مملوک به نحو مطلق (تصرف در عین همانند هبه، وقف، بیع و تصرف در منفعت در قالب عقد اجاره، عاریه و وصیت به منفعت) تعریف شده است. در لسان عرف نیز ملک به اشیاء و اموال مملوک معنا شده است (سعدی، ۱۴۰۸، ص. ۳۴۰). ملکیت مصدر جعلی ملک و مقصود از آن رابطه بین مالک و مملوک است؛ همان قسمی که مالکیت نیز مصدر جعلی «ملک» و به مفهوم مالک و دارا بودن حق است. از دیدگاه فقیهان، ملکیت رابطه اعتباری و علقه میان مالک و مملوک است که سبب سلطنت و سلطه شخص بر مال خود می‌شود (اسماعیلی، ۱۳۸۲، ص. ۱۳۸). تتبع در آرای فقیهان نیز حاکی از آن است که آن‌ها اصطلاح «مالکیت» را به صورت مطلق به کار برده و مقید به امور مادی نکرده‌اند (حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص. ۱۰۵؛ حلی، ۱۴۱۰، ج ۱۶، ص. ۳۰۷؛ کرکی، ۱۴۱۴، ج ۸، ص. ۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۱، ص. ۲۱). در حقوق ایران نیز هرچند واژه «مالکیت فکری یا معنوی» در قوانین استعمال نشده است، به باور دکترین حقوقی استعمال اصطلاح «مالکیت» بر حقوق معنوی هیچ ایرادی ندارد (امامی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص. ۴۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۳، ص. ۱۶۲؛ صفایی، ۱۳۷۵، ص. ۷۰). زیرا مفهوم «مالکیت» منحصر در اعیان و اموال مادی نشده است (اسماعیلی، ۱۳۸۲، ص. ۱۴۹). به همین جهت، اصطلاحاتی مثل ملکیت منفعت، ملکیت ما فی الذمه، ملکیت حق خیار، ملکیت حق انتفاع و همانند آن نیز استفاده می‌کنند (صفایی، ۱۳۷۵، ص. ۷۰). همان طور که در ماده ۲۹ قانون مدنی تصریح شده: «مالکیت اعم از عین یا منفعت» است. ماده ۲۶۴ قانون مدنی هم «مالکیت ما فی الذمه» را یکی از طرق سقوط تعهدات پیش‌بینی نموده است. همچنین، در مواد ۳۰۰، ۱۰۷۸ و ۱۰۸۲ قانون مدنی کلمه مالکیت به کار رفته است.

با توجه به روشن شدن مفهوم حق و ملک از حیث فقهی و حقوقی، پرسش این است که حق و ملک چه رابطه‌ای دارند؟ هرچند تبیین دقیق رابطه حق و ملک از دیدگاه فقیهان امامیه و دسته‌بندی آن به دلیل اختلافات دشوار است، می‌توان در قالب تقسیم‌بندی‌های ذیل نظریات فقیهان را بیان نمود:

۱. حق نوعی از ملکیت است. صاحب حق، آن چه در ید اوست، مالک است. بر اساس این نظر، فرق حق و ملک از حیث شدت و ضعف تصرف و سلطنت است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص. ۵۵). برخی بر این تعریف ایراد گرفته و گفته‌اند ملکیت امر بسیط است و این تقسیم از حیث شدت و ضعف موجه نیست (حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۵، ص. ۲۰۳).

۲. حق مشترک لفظی است و در هر مورد آثار خاصی دارد (کریمی، ۱۳۹۵، ص. ۲۵۲). به‌طور مثال حق رهن مقتضی این است که هرگاه راهن دین خود را در سر رسید پرداخت نکند، مرتهن بتواند طلب خود را از مال مرهون اخذ نماید. یا حق تحجیر موجب حق اولویت در احیاء می‌شود. در برخی موارد حق به مفهوم سلطنت است، مثل حق شفعه، حق قصاص و حق خیار (عراقی،

۱۴۲۱، صص. ۳-۴؛ اصفهانی، ۱۳۶۱، ج ۱، ص. ۲۰). طبق این تعریف، به نظر می‌رسد حق شامل ملکیت نمی‌شود؛ چراکه در این مورد موضوع حق امری غیرمادی است.

۳. به لحاظ منطقی بین حق و ملک از حیث اعتبار و حکم، رابطه تباین حاکم است. به طور مثال، وقتی شک می‌شود که آیا خانه، ملک الف است یا او حق رهن بر آن دارد، امر دایر است بین دو امر متباین. علاوه بر آن، حق رهنان صرفاً نسبت به ملک غیر ایجاد می‌شود نه ملک خود و این مهم‌ترین دلیلی است بر تباین آن (موسوی اردبیلی، ۱۴۱۴، ص. ۲۵). نیز برخی دیگر گفته‌اند بر اساس فهم عرفی و ارتکاز عقلایی، حق در مواردی صدق می‌کند که ملک و سلطنت بر آن قابل صدق نیست، مثل سبقت گرفتن در نشستن در مسجد یا موقوفات. پس حق اعتباری در برابر سایر اعتبارات است (خمینی، ۱۴۱۸، ج ۱، صص. ۴۰-۴۶؛ میلانی، ۱۳۹۵، صص. ۲۸-۲۹). اشکال این نظریه آن است که رابطه موجود بین حق و ملک را نادیده انگاشته و حال آن که ملکیت نیز نوعی حق است که از آن به حق مالکیت تعبیر می‌شود (کریمی، ۱۳۹۵، ص. ۲۵۳).

۴. حق و ملک هر دو نوعی سلطنت هستند. به بیان دیگر، مقسم هر دو حق و ملک سلطنت است، با این تفاوت که حق و ملکیت از جهت مراتب شدت و ضعف با یکدیگر تفاوت دارند. ملکیت در بالاترین و حق در مرتبه پایین جای می‌گیرد. سلطنت ناشی از ملک کامل و همه تصرفات را شامل می‌شود ولی سلطنت ناشی از حق ناقص و ناظر بر جهات خاص است (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص. ۳۸؛ نائینی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص. ۴۱).

با تبیین مفهوم حق و ملک و رابطه آن‌ها با هم، این نتیجه حاصل شد که به طور کلی در مورد رابطه حق و ملک دو دیدگاه قابل ذکر است. برخی حق و ملک را دو امر متفاوت می‌دانند و در نتیجه رابطه‌ای بین آن دو قائل نیستند و برخی دیگر حق را نوعی از ملک یا حق و ملک را نوعی سلطنت دانسته‌اند. پذیرش هر یک از دو دیدگاه آثار حقوقی خاص خود را به دنبال دارد. این آثار در تطبیق و عدم تطبیق عناصر و ارکان غصب بر حقوق مالکیت فکری تبارز پیدا می‌کند.

نظریات در خصوص تحقق و عدم تحقق عناصر غصب بر حقوق مالکیت فکری

در مورد اینکه آیا عناصر غصب بر حقوق مالکیت فکری و مصادیق آن قابل اعمال هستند یا خیر، فقیهان نظریات متعددی مطرح کرده‌اند. قابل ذکر است که در این جستار مراد از حقوق مالکیت فکری مفهوم عام آن است که شامل تمامی مصادیق حقوق مالکیت فکری اعم از ادبی، هنری و صنعتی می‌شود.

عدم شمولیت عناصر غصب بر حقوق مالکیت فکری

با توجه به اینکه آفرینش‌های فکری از امور غیرمادی و معنوی است و تعریف برخی از فقیهان از غصب ناظر بر امور مادی و عینی است، طبق تعریف آنان تصرف در امور فکری دیگران بدون اذن دارنده آن، خارج از گستره عناصر غصب خواهد بود. این وضعیت سبب شده است که برخی از فقیهان برای آثار فکری حق مالکیت قائل نشوند و به تبع آن آثار را دارای ارزش اقتصادی نیز ندانند، زیرا از نگاه آنان مالیت ندارد. ادله این دسته از فقیهان عبارت‌اند از:

الف) عدم قابل تملک شخصی بودن حقوق مالکیت فکری

برخی فقیهان استدلال نموده‌اند که حق و ملک دارای ماهیت اعتباری خاص خود می‌باشند. پدیده‌های فکری از زمره حقوق‌اند نه ملک و بنابراین، نمی‌توان آن را داخل در مفهوم مالکیت دانست؛ زیرا حق نه ملک است و نه سلطنت (نائینی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۴۲). به عبارت دیگر، حق و ملک معنای خاص خود را دارند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۹، ج ۶، ص ۱۴۰). بر اساس این دیدگاه، واژه ملک بر پدیده‌های فکری اطلاق نمی‌شود؛ زیرا متعلق حق امور غیرمادی است و حال آنکه متعلق مالکیت یک امر عینی و خارجی است. به همین دلیل برخی، پدیده‌های فکری را همانند انفال جزو ثروت‌های عمومی دانسته و قائل به عدم تملک شخصی شده‌اند:

انسان در قوای جسمی و روحی خود مدیون اجتماع است و آن قوا و نیروها تنها مال خود او نیست. اجتماع در آن‌ها ذی حق است... ماشین مظهر ترقی اجتماع است و محصولات ماشین را نمی‌توان محصول غیرمستقیم سرمایه‌دار دانست؛ بلکه محصول شعور و نبوغ مخترع است و آثار شعور و نبوغ نمی‌تواند مالک شخصی داشته باشد. پس ماشین‌های تولید شده نمی‌تواند به اشخاص تعلق داشته باشد. این‌ها نقض مالکیت فردی نیست، انقای مالکیت خصوصی نیست. در این موارد مالکیت اشتراکی و اجتماعی است (مطهری، ۱۳۶۸، ص ۵۸). این ادعا اولاً بدون دلیل است و ثانیاً هرچند اجتماع در شکوفایی و خلاقیت شخص نقش مهمی دارد، این دلیل نمی‌شود که شخص مالک اثر فکری خویش نگردد.

ب) خارجی و مادی نبودن آفرینش‌های فکری

آفرینش‌های فکری همان طور که از نامش پیداست، از اعیان خارجی نیستند درحالی‌که خارجی و محسوس بودن موضوع در مفهوم سنتی و کلاسیک و حقوقی مالکیت مفروض است. به همین علت، در پژوهش‌های حقوقی، حق به حق عینی و دینی تقسیم می‌شود و مالکیت از اقسام حقوق عینی شمرده می‌شود. مراد از حقوق عینی حقوقی است که بر اشیای معین مادی تعلق می‌گیرند مثل حق مالکیت و حق مستأجر نسبت به مورد اجاره (صفایی، ۱۳۵۰، ص ۱۹۹). بنا بر صحت این ادعا و تعلق مالکیت نسبت به امور مادی، اطلاق آن بر آفرینش‌های فکری نمی‌تواند حقیقی تلقی شود. برخی گفته‌اند مالکیت یک حق صرفاً مالی است، درحالی‌که حق مؤلف و هنرمند دارای دو جنبه است: جنبه مالی و جنبه غیرمالی (فکری یا معنوی) که ناظر بر شخصیت پدیدآورنده است. به باور اغلب دانشمندان علم حقوق، جنبه معنوی بر جنبه مالی (مادی) حق غالب است (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۶۸). در هر حال، منشأ اصلی ایراد را می‌توان در عین و مادی محسوب کردن مملوک دانست.

ج) عدم تحقق عناصر مالکیت

طرفداران این نظریه استدلال نموده‌اند که برخی از عناصر بنیادین مالکیت بر حقوق و آفرینش‌های فکری قابل صدق نیست (صفایی، ۱۳۷۵)، زیرا مالکیت یک حق دائم است ولی حق مؤلف و هنرمند موقت است و طبق قوانین هر کشور بعد از مدتی بهره‌برداری از اثرهای فکری و معنوی برای همگان آزاد می‌شود.

افزون بر آن، مالکیت حق انحصاری است درحالی که حیات حقوق مربوط به مالکیت فکری در انتشار آن است. بر اساس همین تفاوت‌هاست که برخی از دکتربین حقوقی، انطباق عناصر مالکیت را بر حقوق و آفرینش‌های فکری نپذیرفته‌اند (اسماعیلی، ۱۳۸۲، صص. ۱۴۳-۱۴۴). پس وقتی عناصر مالکیت بر حقوق مالکیت فکری قابل اعمال نیست، عناصر غصب نیز بر حقوق مذکور قابل اعمال نخواهد بود.

د) عدم سازگاری حقوق مالکیت فکری با قاعده سلطنت

بر اساس قاعده سلطنت، انسان‌ها بر اموال خود حق هرگونه تصرف دارند و احدی نمی‌تواند برای دارنده آن مزاحمت ایجاد نماید و چنانچه آن را کسی غصب نماید، غاصب در قبال مالک مسئول عین و منفعت آن خواهد بود. اما برخی فقیهان گفته‌اند از آنجاکه حقوق مربوط به مالکیت فکری غیرمادی است و وجود خارجی ندارد، نمی‌تواند مصداق قاعده سلطنت قرار گیرد؛ به همین جهت، آن را از نظر شرع مردود دانسته‌اند: «آنچه نزد برخی حق چاپ نامیده می‌شود، حق شرعی نیست و سلب تسلط مردم بر اموال‌شان بدون هیچ‌گونه قرارداد شرعی جایز است» (خمینی، ۱۳۹۲، صص. ۹۹۱-۹۹۳). برخی دیگر، آن را از نظر عرف و عقلاء نفی نکرده، بلکه صرفاً از ناحیه شرع مردود اعلام نموده‌اند (مطهری، ۱۴۰۵، ص. ۱۸۶). با این بیان، استیلاء که یکی از عناصر غصب هست، بر حقوق مالکیت فکری قابل تطبیق نخواهد بود، زیرا حقوق مذکور وجود عینی و خارجی ندارد تا استیلاء بر آن محقق شود.

ه) عدم امضای حقوق مالکیت فکری از جانب شارع

برخی فقیهان معاصر بر این باورند که مالکیت این نوع حقوق از نظر شرع و عرف قابل اثبات نیست، زیرا اگر اعتبار و تأیید آن را ناشی از عدم ردع شارع بدانیم، درست نیست. از عدم ردع - مثل ادله لفظیه، اطلاق یا عموم Δ نمی‌توان بر اعتبار حقوقی که در زمان‌های متأخر از زمان شارع مقدس و ائمه معصومان (ع) از نظر عرف یا برحسب مقررات موضوعه پدید می‌آید، استناد کرد. یا اینکه ممکن است در عصر شارع، آفریده‌های فکری وجود داشته‌اند، ولی برای پدیدآورنده آن حق قائل نشده باشند؛ در نتیجه، از نظر شرعی قابل اثبات نخواهد بود (صافی گلپایگانی، ۱۳۷۱، ص. ۲۰۸). با این بیان، وقتی حق مالکیت برای پدیدآورنده اثر ثابت نگردد، به تبع آن غصب نیز بر آن محقق نمی‌شود.

به نظر می‌رسد این استدلال نیز صحیح نباشد، زیرا امروزه بسیاری از دانشمندان علوم مختلف و حتی فقیهان از حقوق مالکیت فکری حمایت نموده‌اند (منتظری، ۱۳۸۴، صص. ۵۷۸-۵۷۹؛ فاضل لنکرانی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۴۲۳؛ خامنه‌ای، ۱۴۲۴، ص. ۲۹۹؛ حسینی روحانی، ۱۳۸۵، ج. ۲، صص. ۹۳-۹۷؛ گرجی، ۱۳۷۲، ص. ۱۲۲) و عقلاً بما هم عقلاً در کلیه جوامع اسلامی (اعم از یهودی، مسیحی، زردشتی و...) برای حقوق مذکور، با تمام مصادیق آن، ارزش قائل هستند (زحیلی، ۱۹۸۹، ج. ۳، ص. ۱۱) و بنابراین می‌توان از آن به‌عنوان آراء محموده و تأییدات صلاحیه تعبیر کرد. افزون بر آن، با توجه به ملازمه عقل و شرع، هرگاه حکم عقل به تحقیق عقلاً بما هم عقلاً وارد شد، شارع مقدس نیز همان را تأیید خواهد نمود (امامی، ۱۳۷۱، صص. ۲۱۴-۲۱۵) و امروزه در آن تردیدی نیست که عقلاً تصرف بدون اذن در آثار فکری دیگران را مصداق غصب می‌دانند.

ادله دیگری نیز از سوی فقیهان مبنی بر نفی حمایت از حقوق مالکیت فکری ارائه شده است - مانند ناسازگاری حقوق مالکیت فکری با رسالت و قداست قلم (اصغری آقمشهدی، ۱۳۸۹، ص. ۴۸) و نیز عدم اتصال بنای عقلا مبنی بر حقوق مالکیت فکری و معنوی به عصر شارع (حائری، ۱۳۷۹، ص. ۱۰۰) - که مجال پرداختن به آن نیست.

نقد ادله فوق

به نظر می‌رسد نظریه‌های مذکور، در خصوص عدم شناسایی حق مالکیت برای دارنده اثر فکری، منطقی نیست و در پاسخ آن‌ها چنین می‌توان استدلال نمود:

الف) اختصاص مالکیت به امور مادی و اعیان خارجی در سایر نظام‌های حقوقی مربوط به دوران قدیم است که حقوق فکری دارای ارزش مالی و اقتصادی نبوده و متبادر از واژه «مالکیت»، اعیان خارجی بوده است. ولی در سده کنونی، حقوق فکری قابلیت‌های مالی و اقتصادی نیز یافته‌اند و امروزه شناسایی حق مالکیت برای دارنده آن به یک اصل مسلم عقلایی و عرفی مبدل شده و دولت‌ها در سطح ملی و بین‌المللی در راستای حمایت از این حقوق، قوانین و مقررات متعددی وضع و تصویب نموده و بر رعایت آن تأکید کرده‌اند.

ب) تحولات ناشی از استناد به عنصر انحصاری مالکیت آنگاه معنا پیدا می‌کند که شارع و قانون‌گذار از آن حمایت نمایند. در جایی که شارع و قانون‌گذار از آن حمایت نکنند، سخن از انحصاری بودن مالکیت لغو خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص. ۱۰۷؛ ماده ۳۱ قانون مدنی). مثلاً در فرض تراحم با قاعده لاضرر، حاکمیت با قاعده لاضرر است (محقق داماد، ۱۳۹۸، صص. ۱۲۲-۱۲۳) و عنصر انحصاری بودن مالکیت توسط قاعده لاضرر نقض می‌گردد و در این تردیدی نیست که قاعده لاضرر مرتبط با مسئله تشریح و قانون‌گذاری می‌باشد. همین طور، عنصر دائمی بودن مالکیت نیز قابل خدشه است؛ زیرا عنصر دوام در مفهوم مالکیت اخذ نشده است و صرف اینکه طبیعت مالکیت مقتضی دوام است، درست نیست (نجفی، ۱۴۱۲، ج. ۲۸، صص. ۵۵-۵۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ص. ۶۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۳۹، ص. ۹۱). آن‌هایی هم که قائل به عنصر دوام مالکیت شده‌اند، دلیلی بر اثبات مدعای خود ارائه نکرده‌اند (امامی، ۱۳۷۳، ج. ۱، ص. ۴۹؛ سنهوری، ۱۹۶۷، ج. ۸، صص. ۵۳۹-۵۴۴). از این رو، مهم‌ترین دلیل بر اثبات عدم دوام مالکیت، وقوع آن است، مانند حیلولة (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج. ۴، ص. ۸۷؛ خمینی، ۱۴۲۱، ج. ۲، ص. ۷۶؛ طوسی، بی‌تا، ج. ۱۴، ص. ۱۷۰)، اجاره (اصفهانی، ۱۴۰۹، ج. ۴)، بیع شرط (کاتوزیان، ۱۳۷۹، صص. ۳۸۲-۳۸۹)، وقف [منقطع] (نجفی، ۱۴۱۲، ج. ۲۸، ص. ۹۱).

ج) آثار فکری محصول تراوش‌های ذهنی و فکری و از ابتکارات عقلی است و این خود ملکیتی است که با اعماق وجود پدیدآورنده پیوند خورده و در نتیجه، تبلور شخصیت وی است و به مراتب شایسته‌تر از ملکیت مادی، چراکه مالکیت‌های مادی و خارجی متوقف بر آن است که انسان لزوماً بر اشیاء مادی تسلط یابد، درحالی‌که این اشیاء گاهی نه محصول فکر اوست و نه ساخته دست او (سنهوری، ۲۰۰۹، ج. ۸، ص. ۲۷۸). امروزه از نظر حکم عقل و بنای عقلا (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱، ص. ۲۰۶؛ حسینی حائری، ۱۴۲۳،

ص. ۱۶۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۷۷، ج. ۱، ص. ۴۰۲) و عرف (مکارم شیرازی، ۱۳۸۶، ج. ۳، ص. ۵۵۲)، تردیدی در شناسایی حق مالکیت برای دارنده آن نیست. بنابراین، اگر زحمات پدیدآورنده فکری حمایت نشود و حق مالکیت برایش قائل نشویم، بدون تردید مستلزم ضرر به پدیدآورنده اثر خواهد بود که به استناد قاعده لاضرر می‌بایست جلوی آن گرفته شود. هرچند در تفسیر قاعده مذکور اختلاف نظر وجود دارد، اما این قاعده خواه به معنای نفی حکم ضرری (انصاری، ۱۳۷۵، صص. ۳۷۳-۳۷۴؛ خوبی، ۱۴۱۲، ج. ۳، ص. ۲۰۴)، نهی از اضرار (اصفهان‌ئی، بی‌تا، ص. ۲۵) یا نفی ضرر غیرمتدارک (نراقی، ۱۴۰۸، ص. ۱۸) لحاظ شود، تصرف در چنین حقوقی جایز نبوده و مستلزم حمایت از پدیدآورنده آن است.

د) به نظر می‌رسد همان طوری که استعمال مقوله «مالکیت» بر اعیان به‌نحو حقیقی است، بر حقوق فکری نیز به‌نحو حقیقی خواهد بود؛ زیرا به‌لحاظ اعتبار و ارزشی، تفاوتی بین آن دو وجود ندارد. چه بسا اعتبار پدیده‌های فکری از اعیان خارجی بیشتر باشد؛ زیرا دارای بُعد مادی و معنوی است، درحالی‌که اعیان صرفاً ناظر بر امور مادی و خارجی است. بنابراین، تردیدی در استعمال حقیقی مالکیت بر امور فکری وجود نخواهد داشت.

شمولیت عناصر غصب بر حقوق مالکیت فکری

با توجه به اهمیت آفرینش‌های فکری و آثار مالی مترتب بر آن‌ها، وابستگی شدیدتر آن‌ها به شخصیت پدیدآورندگان، گرایش عمومی به سمت شناسایی حق مالکیت برای دارندگان و بالاخره ضرورت‌های زیستی عصر کنونی، تردیدی در شناسایی حق مالکیت برای دارندگان آثار فکری و الحاق آن به مقوله «مالکیت» باقی نمی‌ماند. برای تبیین بیشتر، نخست مالیت آفریده‌های فکری را از منظر عرف و شرع اثبات و سپس امکان‌سنجی تطبیق یا عدم تطبیق عناصر غصب بر حقوق مالکیت فکری روشن خواهد شد.

مالیت آفرینش‌های فکری

هرچند در قدیم یکی از شرایط داشتن اموال و دارایی این بود که وجود عینی و خارجی داشته باشد، اما امروزه این شرط کارکرد خود را از دست داده است و در اثر ضرورت‌های زندگی کنونی، امور غیرمادی و غیرلموس نیز می‌توانند دارای ارزش اقتصادی و مالی باشند و بنابراین، تعرض به پدیده‌های فکری می‌تواند مصداق غصب قرار گیرد. در ادبیات فقیهان، مقصود از مال هر چیزی است که دارای منفعت حلال و مورد رغبت عقلا باشد (خمینی، ۱۴۲۱، ج. ۳، ص. ۱۰)؛ لذا مقید به امر مادی نشده است. همان‌طور که برخی فقیهان گفته‌اند، مالیت امری اعتباری است و وجود خارجی ندارد و حقیقت آن از میل و رغبت مردم ناشی می‌گردد. از این‌رو، مال حقیقت عرفی است نه حقیقت شرعی و نه حتی حقیقت قانونی (خوبی، ۱۴۱۲، ج. ۲، صص. ۳۰۱-۳۰۲). بنابراین، نه شرع و نه نظام قانونی به تعیین مصادیق مال نپرداخته است و این‌گونه نیست که مالیت داشتن یک شیء منوط به شناسایی شارع باشد، بلکه مال حقیقت عرفی بوده و هر آنچه از نظر عرف مال تلقی شود، شارع نیز آن را تأیید و آثار مالیت را بر آن مترتب می‌نماید (خمینی، ۱۴۲۱، ج. ۳، ص. ۱۰). امروزه هم عرف برای آثار فکری همانند اشیاء مادی مالیت قائل است و شارع آثار مالیت را بر آن

مترتب می‌نماید (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۱۰). از بدیهیات است که ملاک مالیت در آثار فکری در عصر کنونی به‌وضوح قابل مشاهده است و می‌تواند مال محسوب شود؛ در نتیجه، هرگاه شخص بر آثار فکری متعلق به غیر بدون اذن پدیدآورنده تسلط یابد، غصب محقق می‌گردد و احکام غصب بر غاصب پدیده فکری بار خواهد شد.

مالیت آفرینش‌های فکری از منظر عرف و عقلاء

اثبات مالیت شرعی هر شیء فرع بر اثبات مالیت عرفی و عقلایی آن است (ولی‌زاده، ۱۳۹۴، ص ۱۵۵). از این جهت باید گفت عرف و عقلاء برای واژه «مال» گستره وسیع پذیرفته‌اند و آن را شامل اعیان، منافع و حقوق می‌دانند، زیرا هیچ‌کس در مقام تعریف «مال» (اردبیلی، ۱۳۶۲، ص ۵۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۳۴۳؛ صدر، ۱۴۰۸، ص ۱۹۸؛ طریحی، ۱۴۰۳، ج ۵، ص ۴۷۵؛ خمینی، ۱۳۷۳، ص ۱۶۴). آن را مقید به عین یا منفعت نکرده است و تنها در یکی دو مورد چنین قیدی ذکر شده است (خمینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۶۴). اما طبق قرائن و شواهد، مشخص می‌شود که قید مذکور (عین و منفعت) از نوع قید احترازی یا وصف مفهوم‌دار نیست، بلکه به قرینهٔ اغلیبیت وجود عینی و خارجی مال از نوع «عین»، آن را در کنار تعریف «مال» ذکر نموده‌اند. از این‌رو، تقیید مال به عین یا منفعت منظور نبوده است. همان‌طور که در تعریف اشاره شد، اساساً نوع و جنس مال محل بحث نیست، بلکه هرچیزی که دارای ارزش اقتصادی و مالی باشد، مال است، خواه عین یا منفعت باشد یا حق (خویی، بی‌تا، ج ۲، صص ۵-۸؛ مطهری، ۱۳۶۸، ص ۱۳۰). اما برخی، منافع را از تحت قاعدهٔ ضمان ید خارج می‌دانند (محقق داماد، ۱۳۹۸، ص ۹۹) و در نتیجه طبق قاعدهٔ مذکور، متصرف در برابر منافع تلف‌شده ضامن نخواهد بود. به نظر می‌رسد در چنین مواردی باید به عرف مراجعه کرد و تردیدی نیست که از نظر عرف، سلطه محقق شده است. پس استناد به قاعدهٔ ضمان ایرادی نخواهد داشت (محقق داماد، ۱۳۹۸، صص ۹۹-۱۰۰). افزون بر آن، با نگاه تاریخی نیز این امر واضح است که واژهٔ مال در گذر زمان دچار تحول شده است. به‌طور مثال، در یک دوره، تنها طلا و نقره و در دوره‌های دیگر، شتر را مال می‌گفتند. در ادامه، عرف قید «عینی» را از مفهوم مال برداشت. همان طوری که برخی گفته‌اند: «المال ملکنه من کل شیء» (فیروزآبادی، بی‌تا، ج ۴، ص ۲۹۸). در اینجا قید «عینی» وجود ندارد.

برایند مطالب مذکور حاکی از گستره و قلمرو مفهوم مال نزد فقیهان، عرف و لغویان است که شامل عین، منفعت و حقوق می‌شود. بنابراین، مال اساساً شیء مادی نیست، بلکه حقوق فکری نیز هرگاه ارزش مادی و اقتصادی داشته باشد و شروط و خصوصیات گفته‌شده برای مال را دارا باشد، مال شمرده می‌شود. از این‌رو، در عصر کنونی حقوق فراوانی هستند که به‌علت مال‌شمردن آن نزد عرف و عقلاء، مورد معامله قرار می‌گیرند. یکی از مصادیق بارز حقوق، آفرینش‌های فکری است. افزون بر آن، واژه «مال» و مشتقات آن به‌طور گسترده در قرآن کریم و روایات به کار رفته است، اما هیچ تعریف خاصی از آن در نصوص دینی ذکر نشده است. در حقیقت، شارع مقدس واژه «مال» را به همان مفهومی که عرف و عقلاء آن را به کار برده‌اند، استعمال نموده است (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۱۱۳). به تعبیر برخی فقیهان، مالیت یک امر اعتباری است و وجود خارجی ندارد، چون حقیقت مال از میل و رغبت مردم ناشی می‌شود. پس مال حقیقت عرفی است

نه حقیقت شرعی و نه حتی حقیقت قانونی (خویی، ۱۴۱۲، ج ۲، صص. ۳۰۱-۳۰۲). ملاک و معیار، جهت تشخیص مفهوم مالیت و مالکیت یک شیء، نیز عرف و بنای عقلا است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۱، ص. ۲۱۰؛ نراقی، ۱۴۱۷، ص. ۱۰۱). در این امر تردیدی نیست که از نظر عرف و عقلاء، حقوق مالکیت فکری یکی از مصادیق بارز مال تلقی می‌شود. در نهایت از توضیحات این نکته صریحاً حاصل شد که مال چیزی است که دارای ارزش اقتصادی بوده و انسان آن را با رغبت و میل و انگیزه، در سیطرهٔ خویش قرار می‌دهد (حلی، ۱۴۹۸، ج ۱، ص. ۴۶۵؛ معلوف، ۱۹۷۳، ص. ۷۸۲).

در مقام تطبیق باید گفت که همه آنچه از شروط و معیارها برای مال بودن بیان شد، در آفرینش‌های فکری نیز وجود دارد و بدین جهت هرگاه شخص بدون اذن دارندهٔ اثر فکری بر آن تسلط یابد، شخص متصرف غاصب شمرده خواهد شد. بنابراین، با توجه به توضیحاتی که بیان شد، تردیدی در اعمال عناصر غصب بر آفرینش‌های فکری باقی نمی‌ماند.

مالیت حقوق فکری از منظر شارع

در این تردیدی نیست که شارع مقدس اموال دیگران را محترم شمرده و به دیگران هم حق تعرض بدون اذن دارندهٔ آن را نداده است. اینکه مراد از مال در لسان شارع چیست و به چه چیزی مال گفته می‌شود، شارع به عرف تفویض نموده است (ولی‌زاده، ۱۳۹۴، ص. ۱۵۷). پس هر آنچه عرف مال بدانند، مالیت شرعی نیز پیدا می‌کند، جز آنکه دلیل و بیان شرعی بر نفی مالیت آن باشد، مثل نفی مالیت از مشروبات الکلی و خوک (ولی‌زاده، ۱۳۹۴). در مقام بحث، پس از اثبات مالیت آفرینش‌های فکری، مالیت شرعی آفرینش‌های فکری نیز از آن جهت که شرع مالیت آن را نفی ننموده، اثبات می‌شود. به‌طور مثال، عموماتی که در لسان شارع آمده، مصادیق اموال را تصریح نکرده، بلکه تعیین آن مصادیق را به عرف تفویض کرده است، مثل: «الناس مسلطون علی اموالهم» (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص. ۲۷۲)، «لا یحل لمؤمن مال أخیه إلاّ عن طیب نفسه» (احسابی، ۱۴۰۳، ج ۳، ص. ۴۷۳). برخی با استناد به روایت مذکور، بنای عقلا و قاعدهٔ سلطنت، تصرف در آفرینش‌های فکری، علمی و تجربی را منحصر به صاحبان حق دانسته و تصرف در آن را بدون رضایت دارندهٔ حق جایز ندانسته‌اند (صانعی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص. ۴۶). بر همین بنیان، برخی فقیهان گفته‌اند: «اهمیت مالکیت‌های فکری کمتر از مالکیت‌های عینی نیست و امروزه، تقریباً همه عقلائی دنیا این مسئله را به‌عنوان یک حق شناخته‌اند و سلب آن را ظلم می‌دانند» (امامی، ۱۳۷۱، ص. ۲۱۱). برخی دیگر نیز با استناد به عرف و عقلا و اصل کلی «لا یحلّ لأحد ان یتصرف فی مال غیره إلاّ باذن» بیان داشته‌اند: مالکیت فکری و معنوی همانند مالکیت مادی محترم و تجاوز به حریم آن جایز نیست و هر که به آن تعدی کند، عنوان غصب بر آن بار خواهد شد (اصغری آفم‌شهیدی و اصغری، ۱۳۸۹، ص. ۴۸).

حقوق فکری و آفریده‌های فکری ناشی از ذهن خلاق و مبتکر بشر در شرایط کنونی و در نگاه عرف، از مصادیق مال و دارای ارزش اقتصادی و انتقالات قرار گرفته است و به‌عنوان بخشی از موضوع این عمومات است (آیتی، ۱۳۷۵، ص. ۲۱). همان‌طور که برخی از فقیهان بر این امر استدلال نموده‌اند: «هر نوع عملی که در نظر عرف و عقلا منشأ حقوق باشد، رعایت آن لازم و تجاوز به آن مصداق ظلم است و شرعاً

حرام است» (سبحانی، ۱۳۷۱، ص. ۲۰۷). با توجه به توضیحات فوق، این نکته روشن شد که از نظر عرف و بنای عقلا و شرع تردیدی در مالیت داشتن پدیده‌های فکری نیست. دلیل اینکه چرا فقیهان در تعریف غصب، چه آن‌هایی که واژه «مال» را به کار برده و چه آن‌هایی که واژه «حق» را ذکر کرده‌اند و مقصود آنان امور مادی و عینی بوده است نه ذهنی و غیرمادی، ناشی از این است که منشأ نزاع ناشی از رابطه حق و ملک و نیز الحاق و عدم الحاق حق به ملک بوده است. به بیان دیگر، برخی متعلق مالکیت را صرفاً در اعیان و اموال مادی خلاصه نموده و بین حق و ملک رابطه تبیین قائل شده و گفته‌اند: امور غیرمادی اساساً قابل تملک نیست و از این رو، نمی‌توان حقوق فکری را از مصادیق ملک دانست؛ پس وقتی ملک نبود، غصب هم نسبت به آن تحقق پیدا نمی‌کند. اما در این جستار ثابت شد آفریده‌های فکری یکی از مصادیق مال شمرده می‌شود و با اثبات مالیت آن، دیگر تردیدی در تحقق غصب نسبت به آن باقی نمی‌ماند. بنابراین، تقابل دانستن حق و ملک امری غیرمنطقی خواهد بود. باید گفت: ضرورت حمایت و مصلحت کنونی، رعایت حقوق پدیدآورندگان آثار فکری را امری اجتناب‌ناپذیر ساخته است و عدم رعایت حقوق پدیدآورندگان آثار فکری، منجر به تضییع حقوق آنان و رکود تولید علم و دانش خواهد شد. بنا بر همین ضرورت بود که مراجع قانون‌گذاری به‌ویژه شورای نگهبان بر اعتبار و مشروعیت حقوق مالکیت فکری و حمایت از آن صحنه گذاشته است. بررسی قوانین مربوطه نیز آثاری را مورد حمایت قرار داده که به تبع آن می‌تواند عنوان و ارکان غصب بر آن بار شود، مشروط بر اینکه دارای خصوصیات ذیل باشند:

الف) محسوس بودن شکل اثر فکری: بدین معنا، تفکر و اندیشه تا زمانی که از عالم ذهن خارج

نشود و در قالب عینی تجسم نیابد، قابل حمایت نیست (الستی، ۱۳۸۳، ص. ۳۱).

ب) اصالت اثر فکری: اثری قابل حمایت قرار می‌گیرد که اولاً ابتکاری و ثانیاً اصیل باشد، بدین مفهوم که آفریده فکری انعکاس‌دهنده افکار و اندیشه‌های وی باشند. ولی جدید بودن اثر شرط نیست (عبادی، ۱۳۶۹، ص. ۸۵). در مواد ۱ و ۲ «قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان» (مصوب ۱۳۴۸) در جملات مختلف به عبارات ابداع و ابتکار تصریح شده است.

ج) مالیت داشتن اثر: اینکه یک اثر فکری صرفاً قابلیت مبادله و ارزش اقتصادی داشته باشد، منوط و ملاک مالکیت اثر نیست؛ بلکه نقش عرف و عدم مخالفت آن با نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز برای حمایت قانونی واقع شدن اثر مذکور لازم است (آیتی، ۱۳۷۵، ص. ۸۲). پس از نظر قانونی نیز اولاً با شناسایی مالکیت آفریده‌های فکری و ثانیاً تطبیق عنوان و عناصر غصب بر آن امکان‌پذیر خواهد بود. هرچند در قانون از واژه غصب استفاده نکرده، ولی برای اعمال عنوان غصب، نفس حمایت قانون‌گذار از امور فکری کافی است.

نتیجه‌گیری

حقوق مالکیت فکری از جمله موضوعات نوپدید می‌باشند. در مشروعیت شرعی و عرفی و نیز در مالیت آن امروزه تردیدی وجود ندارد، چراکه مالیت یک امر عرفی است و بر بنیان تعریف عرف از مال، گستره اموال شامل حقوق مالکیت فکری نیز می‌شود و نیز همه شروط و معیارهای مال بودن در حقوق مالکیت فکری

موجود است و از سوی شارع هم ردع و منعی در قالب عمومات و اطلاقات ناهیه وارد نشده است. بنابراین، با اثبات مالیت آن، به تبع این امر نیز ثابت می‌گردد که عنوان غصب و عناصر غصب بر حقوق مالکیت فکری نیز قابل اعمال است. اینکه برخی مراد از مال را صرفاً امور عینی دانسته‌اند، ناشی از تقابل حق و ملک بوده است. حتی برخی رابطه این دو را تباین دانسته‌اند، اما اغلب فقیهان، حق و ملک را نوعی سلطنت دانسته و صرفاً از حیث شدت و ضعف تفاوت قائل شده‌اند و حق مالکیت و درجه سلطنت مالک را از سایر صاحبان حقوق قوی‌تر دانسته‌اند. بنابراین، حق مالکیت ضعیف بر مال است، ولی مالکیت بر منفعت از آن قوی‌تر و مالکیت بر عین از هر دو مورد قوی‌تر است. افزون بر آن، اصطلاح مالکیت در فقه به صورت مطلق به کار رفته است و مقید به امور عینی نشده است. در نهایت از حیث حقوقی نیز با توجه به ملاک‌هایی که قانون‌گذار مقرر کرده است، در اعمال عنوان غصب بر این حقوق تردیدی باقی نمی‌ماند، هر چند قانون‌گذار صریحاً از واژه «غصب» را ذکر نکرده است و بنابراین، پیشنهاد می‌شود که در اصلاحات بعدی برای هر چه حمایت بیشتر از پدیدآورندگان آثار فکری، بهتر است واژه غصب وارد ادبیات قوانین و مقررات ناظر بر حقوق مالکیت فکری شود.

منابع

- ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق.). *لسان العرب*. بيروت: دار صادر.
- احسايى، ابن ابى جمهور. (۱۴۰۳ق.). *عوالى اللئالى العزیزیه فى الاحادیث الديرییه* (ج. ۳). قم: سيدالشهداء.
- اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق.). *مجمع الفائده و البرهان* (ج. ۱۰). قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- اسماعیلی، محسن. (۱۳۸۲). رابطه آثار فکری با پدیدآورندگان از دیدگاه حقوق اسلامى. *مجله پژوهش‌های حقوقی*، ۳.
- اصغرى آقمشهدى، فخرالدین و اصغرى، شهرام. (۱۳۸۹). بررسی فقهی و حقوقی مالکیت فکری با رویکردی به نظر امام خمینی. *پژوهشنامه متین*، ۴۸.
- اصفهانى، شیخ الشریعه. (بی‌تا). *مسئله لاضرر*. قم: بی‌تا.
- اصفهانى، محمدحسین. (۱۴۰۹). *بحوث الفقه*. قم: النشر الاسلامى.
- اصفهانى، محمدحسین. (۱۴۱۸ق.). *حاشیه کتاب مکاسب* (ج. ۲). قم: انتشارات انوار الهدی.
- امامى، سید حسن. (۱۳۷۳). *حقوق مدنى*. تهران: کتابفروشى اسلامى (چاپ چهاردهم).
- امامى، نورالدین. (۱۳۷۱). *حقوق مالکیت‌های فکری*. *فصلنامه رهنمون*، ۲-۳.
- انصارى، مرتضى. (۱۳۷۵). *مکاسب* (یک جلدی). تبریز: اطلاعات.
- انصارى، مرتضى. (۱۴۲۰ق.). *المکاسب*. قم: مجمع الفكر الاسلامى.
- آریان‌پور کاشانى، عباس. (۱۳۷۰). *فرهنگ کامل انگلیسى فارسى آریانپور* (چاپ پنجم). تهران: امیرکبیر.
- آیتى، حمید. (۱۳۷۵). *حقوق آفرینش‌های فکری*. تهران: حقوق‌دان.
- بحرانى، یوسف. (۱۴۰۵ق.). *الحدائق الناضره فى احکام العتره الطاهره* (ج. ۲۱). قم: مؤسسه النشر الاسلامى.
- جعفرى لنگرودى، محمدجعفر. (۱۳۷۳). *حقوق اموال*. تهران: گنج دانش (چاپ سوم).
- جوهرى، اسماعیل بن حماد. (۱۳۱۳ق.). *تاج اللغة و صحاح العربییه* (ج. ۱). (احمد عبدالغفور عطار، مصحح). مصر: دار الكتاب العربى.
- حائرى، سید کاظم. (۱۳۷۹). *بررسى فقهی حق ابتکار*. *فقه اهل بیت*، ۲۳.
- حسینى حائرى، سید کاظم. (۱۴۲۳ق.). *فقه العقود*. قم: مجمع الفكر الاسلامى.
- حسینى روحانى، سید محمدصادق. (۱۳۸۵). *المسائل المستحدثه*. قم: مکتبه محمدى.
- حسینى روحانى، سید محمدصادق. (۱۴۱۲ق.). *فقه الصادق* (ج. ۱۵). قم: دار الكتاب.
- حکمت‌نیا، محمود. (۱۳۸۶). *مبانى مالکیت فکری* (چاپ دوم). قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامى.
- حلى (محقق)، نجم‌الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق.). *شرايع الاسلام فى مسائل الحلال و الحرام* (ج. ۳). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خامنه‌ای، سید علی. (۱۴۲۴ق.). *اجوبه الاستفتائات*. بازپای شده از: <http://www.leader.ir/tree/index.php?catid=11>
- خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۷۳). *المکاسب المحرمه* (ج. ۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۹۲). *تحریر الوسيله* (ج. ۲). قم: انتشارات مطبوعات دارالعلم.
- خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۲۱ق.). *کتاب البیع*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خویى، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۲ق.). *مصباح الفقاهه* (ج. ۲). بيروت: دار الهدای.
- خویى، سید ابوالقاسم. (بی‌تا). *تقریرات توحیدى* (ج. ۲). قم: انصاریان.
- داراب‌پور، مهرباب. (۱۳۸۷). *حقوق مدنى* (ج. ۲) (چاپ چهارم). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

دفتر همکاری حوزه و دانشگاه. (۱۳۶۴). *درآمدی بر حقوق اسلامی*. قم: دفتر انتشارات اسلامی. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (بی تا). *المفردات فی غریب القرآن*. (محمد سید گیلانی، مصحح). بیروت: دار المعرفه.

زحیلی، وهبه. (۱۹۸۹م). *الفقه الاسلامی فی اسلوبه الجدید*. دمشق: دار الفکر. زین الدین بن علی بن احمد معروف به شهید ثانی. (۱۴۰۳ق.). *الروضه البهیة* (ج. ۴). (سید محمد کلانتر، مصحح). بیروت: دار احیاء التراث العربی.

زین الدین بن علی بن احمد معروف به شهید ثانی. (۱۴۱۳ق.). *مسالك الافهام* (ج. ۱۲). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.

سبحانی، جعفر. (۱۳۷۱). *حقوق مالکیت های فکری*. فصلنامه رهنمون، ۲-۳. الستی، ساناز. (۱۳۸۳). *حقوق کپی رایت ادبی و هنری*. تهران: نشر میزان. سعدی، ابوحیب. (۱۴۰۸ق.). *القاموس الفقهی لغه و اصطلاحاً* (چاپ دوم). دمشق: دار الفکر. سنهوری، عبدالرزاق احمد. (۲۰۰۹م.). *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*. بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه. شفیعی شکیب، مرتضی. (۱۳۸۳). *حمایت از حق مؤلف: قوانین و مقررات ملی و بین المللی*. تهران: خانه کتاب. شهید اول، محمد بن مکی بن محمد عاملی جزینی. (بی تا). *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه* (ج. ۳). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

صافی گلپایگانی، لطف الله. (۱۳۷۱). *حقوق مالکیت های فکری*. فصلنامه رهنمون، ۲-۳. صانعی، یوسف. (۱۳۸۸). *استفتائات قضایی* (چاپ سوم). تهران: انتشارات پرتو خورشید. صدر، سید محمدباقر. (۱۴۰۸ق.). *اقتصادنا*. بیروت: دارالتعارف للمطبوعات. صفایی، سید حسین. (۱۳۵۰). *مالکیت ادبی و هنری و بررسی قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان*. *نشریه حقوق و علوم سیاسی*، ۶-۷.

صفایی، سید حسین. (۱۳۷۵). *مقالاتی درباره حقوق مدنی و تطبیقی*. تهران: نشر میزان. صفایی، سید حسین. (۱۳۷۹). *دوره مقدماتی حقوق مدنی* (ج. ۱). تهران: نشر میزان. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۲۱ق.). *حاشیه المکاسب* (ج. ۱). قم: مؤسسه اسماعیلیان. طریحی، فخرالدین. (۱۴۰۳ق.). *مجمع البحرین* (ج. ۵). (سید احمد حسینی، مصحح). تهران: المکتبه المرتضویه. طوسی، ابی جعفر. (بی تا). *شرح المکاسب* (ج. ۱۴). بی جا: بی نا. عبادی، شیرین. (۱۳۹۱). *حقوق مالکیت ادبی و هنری*. تهران: روشنگران. عراقی، ضیاء الدین. (۱۴۲۱ق.). *حاشیه المکاسب*. قم: انتشارات عفورا. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۷۷). *جامع الاستفتائات*. قم: مهر.





فاضل لنکرانی، محمد. (بی تا). *جامع المسائل*. بازیابی شده از: <http://www.lankarani.com/far/bok/view.php?ntx=037018#378>

فتح الله، احمد. (۱۴۱۵ق.). *معجم الفاظ الفقه الجعفری*. قم: انتشارات دار المرتضی. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب. (بی تا). *القاموس المحیط* (ج. ۴) (چاپ سوم). بیروت: دار الفکر. فیومی، احمد. (۱۴۰۵ق.). *المصباح المنیر* (ج. ۲). قم: منشورات دار الرضی. قطان حلی، شمس الدین. (۱۴۲۴ق.). *قطان حلی* (ج. ۲). قم: مؤسسه امام صادق. قلجی، محمد. (۱۴۰۸ق.). *معجم لغه الفقهاء* (چاپ دوم). بیروت: دار النفاث للطباعه و النشر و التوزیع. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۹). *اعمال حقوقی؛ قرارداد - ایقاع*. تهران: شرکت انتشار.

- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). *اموال و مالکیت* (چاپ دوم). تهران: نشر دادگستر و نشر میزان.
- کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق.). *جامع المقاصد فی شرح القواعد* (ج. ۸). قم: مؤسسه آل البيت.
- کریمی، عباس، و دیگران. (۱۳۹۵). *تأملی در تفکیک ملک، حق و حکم در فقه امامیه. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۵/۱*، پاییز و زمستان.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۸۸). *الکافی* (ج. ۱). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- مامقانی، ملا عبدالله. (۱۳۵۰ق.). *نهایه المقال فی تکمله غایه الأمال*. قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
- مجلسی، محمدتقی. (۱۴۰۳ق.). *بحار الانوار* (ج. ۲). بیروت: مؤسسه الوفاء.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۸). *قواعد فقه (بخش مدنی)*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مشکینی، علی. (۱۴۱۳ق.). *مصطلحات الفقه*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- مطهری، احمد. (۱۴۰۵ق.). *مستند تحریر الوسیله*. قم: چاپخانه خیام.
- مطهری، مرتضی. (۱۳۶۸). *نظری به نظام اقتصاد اسلام*. تهران: صدرا.
- معلوف، لوئیس. (۱۹۷۳م.). *المنجد فی اللغة و الاعلام*. بیروت: دار المشرق.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۱). *حقوق مالکیت‌های فکری. فصلنامه رهنمون، ۳-۳*.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۶). *استفتائات جدید*. (ابوالقاسم علیان نژادی، گردآورنده). قم: انتشارات امام علی.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۹ق.). *انوار الفقاهه*. قم: مدرسه الامام علی.
- منتظری، حسینعلی. (۱۳۸۴). *رساله استفتائات*. تهران: نشر سایه.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۱۴ق.). *فقه الشركه و كتاب التأمین*. قم: دارالعلم.
- موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۷۱). *استفتائات و نظرات پیرامون مسائل فقهی و حقوقی. فصلنامه رهنمون*.
- موسوی بجنوردی، سید محمدحسن. (۱۳۷۷). *القواعد الفقهیه*. قم: الهادی.
- میرحسینی، سید حسن. (۱۳۸۵). *فرهنگ حقوق مالکیت معنوی* (ج. ۲). تهران: نشر میزان.
- میلانی، سید محمدهادی. (۱۳۹۵ق.). *محاضرات فی فقه الامامیه - کتاب البیع*. مشهد: دانشگاه فردوسی.
- نائبینی، محمدحسین. (۱۴۲۴ق.). *منیه الطالب* (ج. ۱). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نائبینی، میرزا محمدحسین. (۱۴۱۳ق.). *المکاسب و البیع* (ج. ۱). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۵). *جواهر الکلام* (ج. ۲۲). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق.). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام* (ج. ۳۷). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نراقی، مولی احمد. (۱۴۱۷ق.). *عوائد الایام*. قم: مکتب الاعلام اسلامی.
- ولی‌زاده، محمدجواد و سلطانی، عباسعلی. (۱۳۹۴). *مشروعیت و مالیت شرعی حقوق معنوی. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۱* (بهار و تابستان).
- یزدی، ابوالقاسم بن احمد. (۱۳۴۹). *ترجمه شرایع الاسلام* (ج. ۲). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.



Study on the Feasibility of Modifying Fixed Islamic Penalties Within Islamic Jurisprudence

Sayyid Muhammad Hosseini¹ , Muhammad Baqer Girayeli² ,
Abbas Sheikholeslami³ , and Morteza Norouzi⁴ 

1. PhD Graduate, Department of Law and Islamic Sciences, Al-Mustafa International University, Khorasan Branch, Mashhad, Iran. Email: saidmohammadhosaini@gmail.com
2. *Corresponding Author*, Assistant Professor, Department of Law, Al-Mustafa International University, Khorasan Branch, Mashhad, Iran Email: bagher_grayly@miu.ac.ir
3. Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University, Mashhad Branch, Mashhad, Iran. Email: abass.sheikholeslami@yahoo.com
4. Assistant Professor, Department of Law and Islamic Knowledge, Al-Mustafa International University, Khorasan Branch, Mashhad, Iran. Email: morteza_norouzi@miu.ac.ir

Article Info

ABSTRACT

Article type:

Research Article

Article history:

Received

24 March 2023

Received in revised form

23 April 2023

Accepted

08 May 2023

Available online

21 December 2024

Keywords:

islamic punishments (ta'zīrāt),
fixed shari'a punishments (ḥudūd),
mutability, substitution,
objectivity (mawḍū'iyat),
instrumentality (tarīqiyyat),
confirmatory rulings (aḥkām
imḍā'i, or to confirm previous
laws and usages)

The mutability of Islamic punishments has been a subject of serious debate among Islamic jurists (fuqahā') and legal scholars in recent decades. The prevailing view among Islamic jurists is the immutability of fixed shari'a punishments (ḥudūd), namely qiṣās (retaliation) and diyāt (blood money). However, in recent years, some authors have presented arguments and evidence supporting the mutability of these punishments. Therefore, it is necessary to research this matter. In this study, we seek to answer the following question: What jurisprudential (fiqhī) arguments can be cited to support the possibility of changing fixed shari'a punishments? The findings of this research, conducted using an analytical-descriptive method, indicate that among the fixed shari'a punishments, qiṣās and diyāt can be altered or waived with the consent of the victim or the victim's guardian (walī al-dam) and the agreement of the offender (jānī). However, ḥudūd punishments are not subject to substantive change. Thus, the arguments presented by some authors for the permanent mutability of these punishments lack sufficient precision. Nevertheless, due to the current lack of conditions for implementing ḥudūd punishments, there is a possibility of temporarily altering these punishments. However, in the case of qiṣās and diyāt, such a possibility does not exist unless the victim or their guardian consents and the offender agree.

Cite this article: Hosseini, S. M., Girayeli, M. B., Sheikholeslami, A., & Norouzi, M. (2024). Study on the Feasibility of Modifying Fixed Islamic Penalties Within Islamic Jurisprudence. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 18 (2), 83-101. <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.15578.1751>





امکان سنجی تغییر مجازات‌های معین شرعی از منظر فقه اسلامی

سید محمد حسینی^۱، محمدباقر گرایلی^۲، عباس شیخ‌الاسلامی^۳،
و مرتضی نوروزی^۴

۱. دانش آموخته دکتری گروه حقوق و معارف جامعه المصطفی العالمیه خراسان، مشهد، ایران. رایانامه: saidmohammadhosaini@gmail.com
۲. نویسنده مسئول، استادیار گروه حقوق و معارف جامعه المصطفی العالمیه خراسان، مشهد، ایران. رایانامه: bagher_grayly@miu.ac.ir
۳. استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد، مشهد، ایران. رایانامه: abass.sheikholeslami@yahoo.com
۴. استادیار گروه فقه و معارف جامعه المصطفی العالمیه خراسان، مشهد، ایران. رایانامه: morteza_norouzi@miu.ac.ir

چکیده

اطلاعات مقاله

مسئله تغییرپذیری مجازات‌های اسلامی یکی از مسائلی است که در دهه‌های اخیر میان فقها و حقوق دانان مورد بحث جدی قرار گرفته است. دیدگاه رایج بین فقهای اسلامی، عدم تغییرپذیری مجازات‌های معین شرعی، یعنی حدود و قصاص و دیات، است. با این حال، در سال‌های اخیر دلایل و مستندات از سوی برخی نویسندگان بر تغییرپذیری این مجازات‌ها ارائه شده است. به همین جهت، لازم است در این مورد تحقیق صورت بگیرد. در این تحقیق در پی پاسخ به این پرسش هستیم که از نظر فقهی چه دلایل قابل استنادی بر امکان تغییر مجازات‌های معین شرعی وجود دارد. حاصل این تحقیق که به روش تحلیلی-توصیفی انجام شده، این است که از میان مجازات‌های معین شرعی، قصاص و دیات در صورت رضایت بزه‌دیده یا ولی دم و موافقت بزهار قابل تغییر یا اسقاط است. اما مجازات‌های حدی قابل تغییر ماهوی نیست. لذا دلایل مطرح‌شده از سوی برخی نویسندگان بر امکان تغییر دائمی این مجازات‌ها از اتقان کافی برخوردار نیست. با این حال، به دلیل عدم تحقق شرایط اجرای مجازات‌های حدی در زمان حاضر، امکان تغییر این مجازات‌ها به طور موقت وجود دارد. اما در مورد قصاص و دیات چنین امکانی وجود ندارد مگر در صورت رضایت بزه‌دیده یا ولی دم و موافقت بزهار.

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱/۴
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۲/۳
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۲/۱۸
تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۱۰/۱

کلیدواژه‌ها:

مجازات اسلامی،
مجازات معین شرعی،
تغییر، جایگزینی،
موضوعیت،
طریقیّت،
احکام امضایی

استناد: حسینی، سید محمد؛ گرایلی، محمدباقر؛ شیخ‌الاسلامی، عباس؛ و نوروزی، مرتضی. (۱۴۰۳). امکان سنجی تغییر مجازات‌های معین شرعی از منظر فقه اسلامی. *مطالعات فقه اسلامی و مباحث حقوق*، ۱۸ (۲)، ۱۰۱-۸۳.

<http://doi.org/10.22034/fvh.2023.15578.1751>



مقدمه

نظام کیفری اسلام، یکی از پیشرفته‌ترین نظام‌های کیفری دنیا است. اصول اساسی این نظام در دنیا جزو اصول مدرن و مترقی حقوق کیفری تلقی می‌گردد، اصولی مانند اصل قانونی‌بودن جرائم و مجازات‌ها، اصل شخصی‌بودن مسئولیت کیفری، اصل تساوی همگان در برابر قانون و... اما چالشی که نظام کیفری اسلام با آن روبه‌رو است، تغییر و تحول نیازهای انسانی، شرایط و مقتضیات زمانی و مکانی است. این مسئله باعث ایجاد این سؤال شده است که آیا مجازات‌های اسلامی ابدی و تغییرناپذیر است یا اینکه می‌توان مجازات‌های دیگری را جایگزین آن‌ها کرد؟ به همین جهت، در دهه‌های اخیر از سوی فقها و حقوق‌دانان، نسبت به مجازات‌های اسلامی واکنش‌های متفاوتی ابراز شده است. بسیاری از فقها معتقدند: احکام شریعت اسلام، به‌شمول مجازات‌های معین شرعی، قابل تغییر نیست، مگر در صورت تغییر موضوع آن (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۱۵۹).^۱ اما برخی نویسندگان بر این باورند که مجازات‌های اسلامی قابل تغییر است (نوبهار، ۱۳۹۶، صص ۳۹-۷۰).

با توجه به مباحث فوق، مسئله اصلی پژوهش حاضر این است که از نظر فقهی چه دلیل قابل استنادی بر امکان تغییر مجازات‌های معین شرعی وجود دارد؟ سؤال‌های فرعی عبارت است از: (۱) رابطه بین احکام امضایی و تغییرپذیری ماهیت مجازات‌های معین شرعی چیست؟ (۲) مجازات‌های معین شرعی موضوعیت دارد یا طریقت؟ (۳) چه رابطه‌ای بین موانع اجرایی مجازات‌های معین شرعی و تغییرپذیری این مجازات‌ها وجود دارد؟ در این پژوهش ابتدا دلایل امکان تغییر ماهیت مجازات‌های معین شرعی بررسی، سپس دلایل فقهی نسبتاً جدیدی بر امکان تغییر موقت مجازات‌های حدی بیان شده است.

هرچند تاکنون درباره این موضوع تحقیق‌هایی انجام شده است، اما به دلیل اهمیت فوق‌العاده این مسئله هنوز هم جای بررسی و نقد وجود دارد. به‌خصوص اینکه در دهه‌های اخیر، برخی نویسندگان دلایل و مستنداتی بر امکان تغییر ماهیت این مجازات‌ها ارائه کرده‌اند. این تحقیق از چند جهت با تحقیق‌های انجام‌شده متمایز است. نخست آنکه دلایل امکان تغییر ماهیت مجازات‌های معین شرعی بررسی و نقد شده است. دوم آنکه دلایل جدیدی بر امکان تغییر موقت مجازات‌های حدی آورده شده است؛ شیوه استدلال‌ها عمدتاً جدید است.

پیشینه تحقیق

تاکنون تحقیقی با عنوان «امکان‌سنجی تغییر مجازات‌های معین شرعی» صورت نگرفته است. اما تحقیقاتی انجام شده که با مسئله فوق مرتبط بوده و هرکدام از زاویه خاصی مسئله را مورد بحث قرار داده است.

الف) پایان‌نامه‌ای تحت عنوان «امکان‌سنجی تبدیل مجازات‌های حدی» توسط حسن یعقوبی در سال ۱۳۹۳، در دانشگاه شهید باهنر کرمان، نوشته شده است. در این پایان‌نامه صرفاً مسئله اجرای حدود در

۱. به‌عنوان مثال، کاشف الغطاء گفته است: «إن من اصول مذهب الإمامية عدم تغییر الاحکام الا بتغییر الموضوعات.» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۱۵۹).

زمان غیبت بررسی شده است. درحالی‌که ما در این تحقیق فارغ از این مسئله، دلایل امکان تغییر مجازات‌های معین شرعی را بررسی کرده‌ایم.

ب) رسالهٔ دکتری‌ای با عنوان «ثابت و متغیر در نظام جزایی اسلام» توسط حسن رضایی با راهنمایی دکتر شستری در دانشگاه تربیت مدرس در تابستان ۱۳۸۱ دفاع شده است. نویسندهٔ این رساله ثابت و تغییر در نظام جزایی اسلام را تابع ثابت و تغییر در پیش‌فرض‌های مفسران متون اسلامی دانسته است. شیوهٔ بحث نویسنده، در این رساله، برون‌فقهی است، درحالی‌که شیوهٔ بحث ما در این تحقیق، درون‌فقهی است.

ج) رسالهٔ دکتری‌ای با عنوان «اختیار حاکم در تعدیل، تبدیل و اسقاط مجازات‌های منصوص شرعی» توسط مصطفی مسعودیان، با راهنمایی محمد اسحاقی آستانی در دانشکدهٔ الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران در شهریور ۱۳۹۵ دفاع شده است. نویسنده در این رساله امکان تغییر مجازات‌های مذکور را مقتضای حکم ثانوی دانسته است. مستند نویسنده، در این رساله، اختیارات حاکم اسلامی است، درحالی‌که ما امکان‌سنجی تغییر مجازات‌های منصوص را بدون استناد به اختیارات حاکم اسلامی بررسی کرده‌ایم.

د) کتابی با عنوان «نقش زمان و مکان در نظام کیفری اسلامی» توسط حسن رضایی در سال ۱۳۸۲ منتشر شده است. این کتاب به چهار بخش تقسیم شده است. نویسنده در فصل نخست از بخش دوم این کتاب به تأثیرگذاری مقتضیات زمان و مکان بر احکام منصوصهٔ کیفری پرداخته است.

ه) مقاله‌ای تحت عنوان «امکان‌سنجی فقهی گذار از مجازات‌های بدنی» توسط رحیم نوبهار (۱۳۹۶) نگاشته شده است. دلایل مورد استناد نویسنده بر امکان تغییر مجازات‌های بدنی، عبادی نبودن، امضایی بودن و طریقت‌داشتن این مجازات‌ها است. ما در این تحقیق عمدهٔ دلایل مورد استناد نوبهار را بررسی و نقد کرده‌ایم.

و) مقاله‌ای تحت عنوان «تبدیل و جایگزینی مجازات‌های اسلامی با مقتضیات زمان» توسط سعید هادی نجف‌آبادی و محمدرضا آیتی (۱۳۹۵) نوشته شده است. در این مقاله، امکان جایگزینی مجازات‌های اسلامی اعم از منصوص، یعنی حدود، قصاص و دیات و غیرمنصوص، یعنی تعزیرات، بررسی شده است، درحالی‌که موضوع پژوهش ما امکان‌سنجی تغییر مجازات‌های معین شرعی، یعنی حدود، قصاص و دیات است. همچنین در این مقاله مبنای اصلی، مسئلهٔ عدم جواز اجرای حدود در زمان غیبت است، درحالی‌که ما فارغ از این بحث، امکان‌سنجی تغییر مجازات‌های حدی، قصاص و دیات را بررسی کرده‌ایم.

مفهوم‌شناسی

مفهوم تغییر

تغییر در لغت به معنای تبدیل شدن یک چیز به چیز دیگر است (ابن منظور، ۱۴۰۵ق، ج ۵، ص ۶۳). تغییر حکم به دو صورت ممکن است: گاه ذات و ماهیت یک حکم تغییر می‌کند. مثلاً در بحث تغییر جنسیت گفته شده است: «تبدیل ماهوی هریک از زن و مرد به دیگری» (هاشمی شاهرودی و همکاران، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۵۵۲). گاه نیز صورت حکم تغییر می‌کند، بدون اینکه تغییری در ذات آن حکم پدید آید (رحیمی،

وطني و ناصري مقدم، ۱۳۹۹، ص. ۱۷۰). چنانچه ماهيت حکمی تغيير کند، می توان گفت حکم به طور دائمی تغيير کرده است. چنانچه فقط صورت حکمی تغيير کند، می توان گفت حکم به صورت موقت تغيير کرده است.

مفهوم و ماهيت مجازات‌های معين شرعی

«مجازات» واژه‌ای فارسی و در لغت به معنای پاداش دادن در نيکی و بدی، کيفر و به سزای اعمال رساندن است (دهخدا، ۱۳۷۳). معادل اين کلمه در زبان عربی، واژه «عقوبت» و «جزاء» است (ابن منظور، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص. ۶۱۹). فقها مجازات را تعريف نکرده‌اند، بلکه اقسام و مصاديق آن را بيان کرده‌اند.^۱ برای شناخت دقيق ماهيت مجازات‌های منصوص شرعی بايد بدانيم که مجازات‌ها در اسلام ابتدا به دو دسته مجازات‌های دنيوی و اخروی قابل تقسيم است (محسنی، ۱۴۲۸ق، ج. ۴، ص. ۱۱۱). از سوی ديگر، مجازات‌های دنيوی نیز به چهار دسته حدود، قصاص، ديات و تعزيرات تقسيم می‌شود.

الف) حدود: جمع «حد» در لغت به معنای منع آمده است (ازهری، ۱۴۲۱ق، ج. ۱، ص. ۷۵۹) و در اصطلاح شرع عبارت است از: «مجازات خاصی که به واسطه ارتکاب معصيتی خاص توسط مکلف بر بدن او انجام می‌شود و مقدار آن در تمام موارد از سوی شارع معين شده است» (طباطبایي، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۰، ص. ۷۳).

ب) قصاص و ديات: کيفرهای واجب برای جرائمی که تعرض عليه جان یا کمتر از آن می‌باشد (زيدان، ۱۳۹۴، ص. ۳۳). بايد توجه داشت که فقهای شافعی، قصاص را جزء مجازات‌های حدی دانسته‌اند (الجزيري، ۱۴۲۴، ج. ۵، ص. ۸). یکی از فقهای معاصر اماميه نیز چنین عقیده‌ای دارد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۷، ص. ۱۹۵). اما واقعیت این است که قصاص جزء مجازات‌های حدی نیست. هر چند قصاص و قسمت عمده ديات، مثل حدود، جزء مجازات‌های معين است. زیرا تفاوت ماهوی بين قصاص و حدود وجود دارد؛ حدود یا صرفاً حق الله است یا حق الله در آن غالب است. اما قصاص به عقیده بعضی از فقها صرفاً حق الناس است (الجزيري، ۱۴۲۴، ج. ۵، ص. ۹) و به عقیده بعضی ديگر حق الناس در آن غالب است (ابوزهره، ۱۹۹۹، ص. ۵۹). در مورد ماهيت ديه هم بين فقها اختلاف دیدگاه وجود دارد. به عقیده بعضی از فقهای معاصر، ماهيت ديه جبران خسارت است نه مجازات (مرعشی شوشتری، ۱۳۹۷، ج. ۱، ص. ۱۸۹). بعضی ديگر از فقها، ديه را واجد هر دو جنبه کيفری و جبران خسارت می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۰، ص. ۱۴۸). مطابق دیدگاه سوم که به صواب نزدیکتر است، در قتل عمد و شبه‌عمد، ديه می‌تواند واجد هر دو جنبه جزایی و جبران خسارت باشد، اما در جنایت خطای محض صرفاً جبران خسارت است؛ زیرا در جنایت خطای محض، شخص قصد قتل یا فعل واقع شده بر مجنی عليه را نداشته است، اما از آنجاکه خون مسلمان نباید هدر برود، شارع عاقله جانی را مسئول دانسته است (میرمدرس، ۱۳۹۲، ص. ۴۴). در واقع، هدف شارع از ملزم کردن عاقله به پرداخت ديه، تعاون مالی و مصلحت بوده است (طبرسی، ۱۴۲۷ق، ج. ۳، ص. ۹۲).

۱. از باب مثال محقق نراقی گفته است: «... فی العقوبات و هی اما قصاص، اوحد، او دية، والاخير داخل فی الدعوی»

ج) تعزیر: در لغت به معنای تأدیب است و در اصطلاح شرع به مجازاتی گفته می‌شود که در شریعت غالباً اندازه معینی ندارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۲۵۷). از عبارات برخی از فقها به دست می‌آید که تعزیرات به دو نوع منصوص و غیرمنصوص قابل تقسیم است. به‌عنوان مثال، شهید ثانی از جرائمی مثل نزدیکی با همسر در روز ماه رمضان، ازدواج با کنیز بدون اجازه از همسر، خوابیدن دو مرد به‌صورت برهنه زیر یک پوشش و از بین بردن بکارت دختر یاد کرده که مجازات آن‌ها تعزیر است و در روایات نوع و مقدار مجازات این جرائم به ترتیب ۲۵، ۱۲/۵، ۳۰ تا ۷۰، ۳۰ تا ۷۷ یا ۳۰ تا ۸۰ تازیانه معین شده است (جبعی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج. ۱۴، ص. ۳۵).

اما برخی دیگر از فقها جرائم و مجازات‌های فوق را جزو تعزیرات نمی‌دانند. به‌عنوان مثال، صاحب‌جواهر معتقد است:

آنچه باعث شده شهید ثانی و بعضی دیگر از فقها این مجازات‌ها را تعزیر بدانند، این است که در روایات به این مجازات‌ها تعزیر اطلاق شده است. اما این سخن شهید ثانی قابل قبول نیست، چون ممکن است مراد از تعزیر در این روایات نقطه مقابل حد نباشد؛ یعنی در این روایات مراد از تعزیر، همان تعزیرات اصطلاحی نباشد. به همین جهت است که برخی از فقها این موارد را جزء حدود ذکر کرده‌اند نه تعزیرات (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۲۵۶).

به هر صورت، اکثر فقهای اسلامی معیار اصلی تمایز حد از تعزیر را معین‌بودن حد و معین‌نبودن تعزیر دانسته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج. ۴، ص. ۹۳۲؛ جزیری، ۱۴۲۲ق، ج. ۵، ص. ۳۹۷). بیشتر فقها معتقدند در تعزیرات هر مجازاتی که متناسب و بازدارنده باشد، جایز است (جوزی، ۱۴۱۱ق، ص. ۳۹۷). بنابراین، حاکم اسلامی می‌تواند شخص مستوجب تعزیر را توبیخ، سرزنش، تأدیب، یا زندانی کند (طوسی، ۱۳۵۱، ج. ۴، ص. ۲۳۲؛ حلی، ۱۴۲۰ق، ج. ۲، ص. ۲۳۹).

با توجه به آنچه گفته شد، می‌توان به دست آورد که مجازات در نظام کیفری اسلام ماهیتی دوگانه دارد. بعضی از مجازات‌های اسلامی، یعنی حدود، قصاص، قسمت عمده دیات و تعزیرات منصوص از جانب شارع تعیین شده است و برخی دیگر، یعنی عمده تعزیرات، معین نشده است. بنابراین، حدود، قصاص، دیات و تعزیرات منصوص جزو مجازات‌های معین و قسمت عمده تعزیرات جزو مجازات‌های غیرمعین است. از سوی دیگر، ماهیت مجازات‌های حدی حق‌الله است، اما ماهیت قصاص و دیات حق‌الناس است. غالب تعزیرات هم صرفاً حق‌الناس است و فقط بعضی از تعزیرات حق‌الله محسوب می‌شود (فتحی بهنسی، ۱۴۱۲ق، ج. ۱، ص. ۳۳۳).

امکان‌سنجی تغییر ماهیت مجازات‌های معین شرعی

اکثر قریب به اتفاق فقهای امامیه معتقدند که ماهیت مجازات‌های معین شرعی قابل تغییر نیست (ابن‌قیم، ۲۰۱۰، ج. ۱، ص. ۳۳۰؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق؛ عاملی، ۱۴۲۳ق، ص. ۴۰۲؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج. ۱، ص. ۳۴). اما گاه از سوی برخی حقوق‌دانان و نویسندگان دلایلی بر امکان تغییر ماهیت مجازات‌های مذکور بیان

می‌شود (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج. ۱، ص. ۷؛ نوبهار، ۱۳۸۹، ص. ۷۴). در عبارات ذیل دلایل مورد اشاره بررسی می‌شود.

الف. امضایی بودن مجازات‌های معین شرعی

یکی از دلایل امکان تغییر ماهیت مجازات‌های معین شرعی این است که این مجازات‌ها جزو احکام امضایی می‌باشد و احکام امضایی به دلایلی که مطرح خواهد شد، قابل تغییر است. بنابراین، ماهیت مجازات‌های مذکور هم تغییرپذیر است. در عبارات ذیل دلایل این مدعا بررسی می‌شود.

قوام‌بخشی موضوع توسط عرف دوران تشریح

یکی از دلایل تغییرپذیری احکام امضایی این است که در این احکام، عرف عقلا یا به عبارتی رواج و شیوع عقلایی جزء موضوع حکم است. با از میان رفتن این رواج و شیوع عقلایی، جزء موضوع حکم از بین می‌رود و با از بین رفتن جزء موضوع، تمام موضوع منتفی می‌گردد. در نهایت با انتفای موضوع، حکم نیز منتفی می‌گردد (نوبهار، ۱۳۸۹، ص. ۷۴). به بیان دیگر، عرف دوران تشریح از عناصر قوام‌بخش به موضوع است، به‌گونه‌ای که اگر این رواج و شیوع از بین برود، موضوع از بین خواهد رفت و با از میان رفتن موضوع، حکم نیز منتفی خواهد شد. چراکه حکم از حیث وجود و عدم تابع موضوع است.

نقد و نظر: دلیل فوق از اتقان کافی برخوردار نیست. زیرا هیچ دلیل قانع‌کننده‌ای وجود ندارد که ثابت کند، در احکام امضایی، عرف دوران تشریح یا به عبارتی رواج و شیوع عقلایی از عناصر قوام‌بخش به موضوع و در واقع علت تشریح حکم از جانب شارع است. در واقع این سخن نسبت به بعضی از احکام امضایی صحیح است نه تمام آن‌ها. به‌عنوان مثال، برده‌داری یکی از احکام امضایی است که پذیرش آن توسط اسلام فقط به‌خاطر محذورات اجتماعی مخالفت با آن بوده است و الا اسلام آن را تأیید نمی‌کرد (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج. ۱، ص. ۷). اما نسبت به تمام احکام امضایی نمی‌توان عرف دوران تشریح را از عناصر قوام‌بخش به موضوع دانست. ضمن اینکه رایج‌بودن تمام مجازات‌های معین شرعی در زمان جاهلیت، قابل اثبات نیست؛ در واقع، بعضی از مجازات‌های مذکور در میان برخی از قبایل رایج بوده است نه تمام آن‌ها. به‌عنوان مثال، مجازات قطع دست در میان همهٔ اعراب رایج نبوده است، بلکه همان‌طور که جواد علی نویسندهٔ «تاریخ العرب قبل الاسلام» گفته است، این مجازات فقط در میان «قریش» رواج داشته است (علی، ۱۳۸۰، ج. ۱۰، ص. ۲۷۷).

اعتبار احکام امضایی مشروط به تأیید سیره عقلایی عصر حاضر

بر اساس یک دیدگاه، احکام امضایی در صورتی اعتبار دارد که سیره عقلایی فعلی احکام امضایی را تأیید کند. در صورت تغایر احکام امضایی با سیره عقلایی عصر حاضر، احکام امضایی مبتنی بر سیره عقلایی پیشین نسخ خواهد شد. از سوی دیگر، مجازات‌هایی چون سنگسار، قطع دست سارق و... که قبل از اسلام وجود داشته و شارع آن را امضا کرده است، با سیره عقلایی این دوران در تغایر است؛ سیره عقلایی عصر حاضر چنین مجازات‌هایی را نمی‌پذیرد. در نتیجه، این مجازات‌ها بایستی حذف و مجازات‌هایی مطابق با مقتضیات زمان وضع گردد (کدیور، ۱۳۸۷، ص. ۱۵۱).

نقد و نظر: در نقد این دیدگاه باید گفت حجیت سیره عقلا ذاتی نیست تا بگوییم شارع سیره عقلائی عصر حاضر را بدون قید و شرط تأیید کرده است. چون ممکن است در مواردی شارع سیره عقلا را خطا و باطل بداند. از دید فقها و اصولیون، سیره عقلا در صورتی حجت است که شارع آن را امضا و تقریر کرده باشد (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ص. ۵۶۲) یا حداقل ردعی از جانب شارع در مورد آن سیره نیامده باشد (حائری، ۱۴۲۳ق، ج. ۱، ص. ۹۰). در صورت پذیرش دیدگاه اول، امضاء و تقریر معصوم شامل سیره عقلائی دوران حاضر می‌گردد، مشروط بر آنکه سیره‌های جدید دربردارنده آن روح و ملاک سیره عقلائی باشد که شارع تأیید و امضا کرده است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷، ص. ۲۴۷). در مورد سیره عقلائی فعلی نمی‌توان گفت صرف عدم ردع شارع کافی است، چون عدم ردع در جایی درست است که معصوم حضور داشته باشد و در زمان فعلی که معصوم حضور ندارد، صرف عدم ردع دلالت بر حجیت سیره عقلا ندارد، بلکه سیره عقلائی فعلی بایستی به امضای شارع رسیده باشد. هرچند همان‌طور که یکی از فقهای معاصر گفته است، ما می‌توانیم امضای شارع را از سکوت او در زمان تشریح یا تبلیغ به دست آوریم (أصفی، ۱۳۷۴، ص. ۴۴). به بیان دیگر، سیره عقلائی فعلی در صورتی حجت است که برخلاف اصول و ضوابط شریعت نباشد. اما اینکه از کجا بدانیم سیره عقلائی فعلی برخلاف اصول و ضوابط شریعت نیست، شارع مقدس قواعدی در اختیار فقها و عالمان دینی قرار داده که بتوانند با آن قواعد بناهای عقلائی را ارزیابی و چارچوب‌های نظام اجتماعی و فردی را معین کنند (معرفت، ۱۳۷۳، ص. ۶۳).

عدم اختصاص تغییر موضوع یا ملاک به احکام امضایی

به نظر نویسنده این تحقیق، امضایی بودن حکمی به معنای تغییرپذیری آن نیست. ملاک و معیار تغییر حکم شرعی نه امضایی بودن آن، بلکه تغییر موضوع یا ملاک آن است. بعضی از احکام شریعت اسلام به دلیل تغییر موضوع یا تغییر ملاک آن قابل تغییر است؛ هرگاه موضوع یا ملاک حکم از بین برود، حکم نیز از بین خواهد رفت.

از سوی دیگر، موضوع و ملاک بعضی از احکام در زمان ما وجود ندارد، در نتیجه حکم هم تغییر کرده است. به‌عنوان مثال، ضمان عاقله مربوط به نظام قبیله‌ای است. در این نظام، زندگی افراد به‌گونه‌ای به هم آمیخته است که در صلح و جنگ و... با هم شریک‌اند. در این نظام مسئولیت شخصی وجود ندارد. لذا وقتی شخصی مرتکب قتل می‌شد، اگر خانواده‌اش توانایی پرداخت دیه را داشت، باید می‌پرداخت و در غیر این صورت، پرداخت آن بر عهده تمام افراد قبیله بود (علی، ۱۳۸۰، ج. ۵، ص. ۴۸۸).

اما در جوامعی که نظام قبیله‌ای بر آن‌ها حاکم نیست، مسئولیت عاقله هم وجود ندارد. زیرا مسئولیت عاقله فرع بر وجود عاقله است. عاقله در جوامعی وجود دارد که نظام قبیله‌ای در آن حاکم باشد، زیرا عاقله صرفاً به معنای بستگان ذکور پدری نیست، بلکه به کسانی اطلاق می‌شود که با یکدیگر پیمان بسته‌اند که در چنین شرایطی دیه را بپردازند و در واقع پرداخت دیه را متعهد شده‌اند (مرعشی، ۱۳۹۷، ص. ۳۱۶). همچنین ملاک تعیین صد شتر به‌عنوان دیه قتل، با فرهنگ دوران تشریح سازگار است، اما در عصر حاضر قابل پذیرش نیست. زیرا زندگی در سرزمین خشک و داغ عربستان، بسیار سخت و طاقت‌فرسا بوده

است، به‌گونه‌ای که شتر تنها حیوانی بوده که می‌توانسته برای آن‌ها مفید باشد. شتر در نزد عرب به‌اندازه‌ای ارزش داشته است که دارایی مردم با تعداد شتران آن‌ها مشخص می‌شده است (مرعشی، ۱۳۹۷، ص. ۲۳۹). بنابراین، در چنین جامعه‌ای تعیین شتر به‌عنوان دیه کاملاً طبیعی است. اما در عصر حاضر تعیین شتر به‌عنوان دیه قابل قبول نیست؛ یعنی فرهنگ عصر حاضر چنین چیزی را نمی‌پذیرد. به همین جهت، فقهای اسلامی معتقدند: «در این زمان باید قیمت شتر را تعیین کنیم و به‌عنوان دیه قرار دهیم» (مرعشی، ۱۳۹۷، ص. ۲۴۰).

اما تغییر حکم به‌دلیل تغییر موضوع یا ملاک حکم، اختصاص به احکام امضایی ندارد، بلکه ممکن است یک حکم تأسیسی نیز موضوع یا ملاکش تغییر کرده یا از بین رفته باشد، در این صورت حکم مزبور قابل تغییر است. به‌عنوان مثال، حرمت خرید و فروش خون، یک حکم تأسیسی است. علت حرمت آن در گذشته این بوده است که منفعت حلال عقلایی نداشته است (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۴، ص. ۸۳). این حکم همچنان باقی بود تا اینکه علم کشف کرد خون دارای منافع زیادی است، به‌گونه‌ای که نجات جان بسیاری از بیماران به خون بستگی دارد. در این شرایط حکم خرید و فروش از حرمت تبدیل به جواز و حلیت شده است (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۴، ص. ۸۳). امام خمینی در این مورد گفته است: «خون در آن زمان غیر از خوردن کاربرد دیگری نداشت، بنابراین تحریم خون منصرف است به تحریم خوردن آن» (خمینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص. ۳۸). در نتیجه، امضایی یا تأسیسی بودن نمی‌تواند ملاک تغییر حکم باشد.

ب. طریقت‌داشتن مجازات‌های معین شرعی

یکی از دلایل امکان تغییر مجازات‌های معین شرعی، موضوعیت‌نداشتن و به عبارتی طریقت‌داشتن این مجازات‌ها است. اثبات طریقت‌داشتن این مجازات‌ها مبتنی بر دو دلیل است. در عبارات ذیل دلایل مورد اشاره بررسی می‌شود.

تبعیت احکام از مصالح و مفاسد

یکی از دلایل طریقت‌داشتن مجازات‌های معین شرعی این است که احکام شرعی تابع مصالح و مفاسد است (حلی، ۱۴۲۷، ص. ۴۸۵). از سوی دیگر، ممکن است اجرای حکمی در زمانی مصلحت داشته باشد و زمانی دیگر مصلحت نداشته باشد. به بیان دیگر، از یک سو احکام شرعی تابع مصالح و مفاسد است و از سویی دیگر مصالح و مفاسد هم متغیر است. لذا احکام نیز به‌تبع مصالح و مفاسد متغیر است. برخی از فقهای اسلامی به این مسئله اشاره کرده‌اند. به‌عنوان مثال، علم‌امه حلی (متوفی ۷۲۶ق) در این مورد گفته است:

احکام شرعی تابع مصالح است و مصالح نیز با گذشت زمان و تغییر مکلفین تغییر می‌کند، بنابراین ممکن است حکم معینی در یک زمانی برای گروهی دارای مصلحت باشد و لذا آنان موظف به انجام آن باشند. اما همان حکم در زمان‌های بعد برای کسانی دیگر دارای مفاسدی باشد و لذا شارع مردم را از آن نهی کرده باشد (حلی، ۱۴۲۷، ص. ۴۸۵).

هرچند فرمایش علامه حلی در نقد دیدگاه یهود است که شریعت حضرت موسی را دائمی می‌دانند، می‌توان همان ملاک را در مورد احکام شریعت اسلام نیز بیان کرد. ابواسحاق شاطبی (متوفی ۷۹۰ق) از عالمان اهل سنت نیز معتقد است احکام شریعت اسلام تابع مصالح و مفاسد است؛ از این رو ممکن است عملی در یک زمانی مصلحت داشته و در نتیجه جایز باشد و در زمانی دیگر مصلحت نداشته و لذا ممنوع قرار داده شود (شاطبی، ۱۴۲۵، ج. ۲۱، ص. ۳۰۵).

به عقیده برخی از عالمان اهل سنت، در صورت تعارض میان مصلحت و نصوص شرعی، مصلحت مقدم خواهد بود. نجم‌الدین طوفی معتقد است در معاملات و مانند آن‌ها اصل بر رعایت مصلحت مردم است. بر این اساس، هرگاه بین مصلحت و دیگر ادله شرعی اختلاف باشد و جمع میان آن‌ها ممکن نباشد، مصلحت مقدم است. چون هدف از مکلف ساختن مردم به احکام، دستیابی به مصلحت است و خود احکام مانند وسیله است و روشن است که هدف بر وسیله مقدم است (خلاف، ۱۴۱۴، ص. ۱۴۱).

نقد و نظر: دلیل مورد اشاره قابل پذیرش نیست. هرچند اصل تبعیت احکام از مصالح و مفاسد واقعی را نمی‌توان انکار کرد. اما اینکه مصالح با گذشت زمان تغییر می‌کند و در نتیجه احکام نیز تغییرپذیر است، به شکل موجه کلیه قابل پذیرش نیست، بلکه می‌توان آن را به نحو موجه جزئی پذیرفت، به این بیان که بعضی از مصالح با گذشت زمان قابل تغییر است و در نتیجه حکم نیز تغییرپذیر خواهد بود، اما برخی دیگر از مصالح با گذشت زمان قابل تغییر نیست و در نتیجه حکم آن نیز تغییر نخواهد کرد. از سوی دیگر، ما به مصالح و مفاسد واقعی تمام احکام دسترسی نداریم. اینکه احکام تابع مصالح و مفاسد است، به این معنا نیست که ما بتوانیم مصالح و مفاسد واقعی تمام احکام را به دست آوریم.

همچنین باید یادآور شد که در فقه، مصلحت به معنای منفعت مادی صرف نیست. مصلحت در لغت به معنای منفعت است و در اصطلاح فقهی به منفعتی گفته می‌شود که شارع آن را برای حفظ دین، نفس، عقل، نسل و اموال بندگان مورد توجه قرار داده است (رمضان البوطی، ۲۰۱۰، ص. ۲۷). به عبارتی دیگر، مصلحت به معنای تأمین اهداف شارع می‌باشد که عبارت است از حفظ دین، جان، عقل، نسل و اموال (غزالی، ۱۴۲۸، ج. ۲، ص. ۲۸۲). به بیان سوم، مراد از مصلحت دفع ضرر یا جلب منفعت برای دین و دنیا است (میرزای قمی، ۱۳۷۸، ج. ۲، ص. ۹۲). بنابراین، چه بسا امری دارای مصلحت است، اما نه تنها منفعت مادی در آن نیست، بلکه از نظر مادی ضرر هم دارد، مانند دادن زکات یا خمس که دارای مصلحت است، اما نفعی مادی در آن نیست، بلکه از نظر مادی ضرر محسوب می‌شود. برعکس ممکن است چیزی دارای منفعت مادی باشد، ولی مصلحت در ترک آن باشد، لذا شارع دستور به ترک آن داده باشد، مانند زنا که منفعت مادی آن لذت‌بردن است، اما نه تنها دارای مصلحت نیست، بلکه مفسده دارد و به همین دلیل شارع آن را ممنوع کرده است. آخوند خراسانی (۱۳۸۹) در این مورد گفته است: «مصلح و مفاسدی که ملاکات احکام می‌باشند، به منافع و ضررها بر نمی‌گردند، بلکه چه بسا در چیزی مصلحت وجود دارد که ضرر هم در آن است و چه بسا در انجام کاری که مفسده دارد، منفعت مادی باشد» (ج. ۲، ص. ۳۴۸).

اهداف متعدد شارع از تشریح مجازات‌ها

دلیل دیگری که برای اثبات طریقت داشتن مجازات‌های معین شرعی ارائه شده، این است که هدف شارع از تشریح مجازات صرفاً سزادهی و اجرای عدالت نیست، بلکه مجازات‌های مذکور برای رسیدن به اهداف دیگر تشریح شده است، به‌گونه‌ای که هدف اصلی تحقق آن اهداف است و این مجازات‌ها تنها به‌عنوان یکی از ابزارهایی که می‌تواند آن اهداف را تأمین کند، تشریح شده است. بنابراین، چنانچه مجازات‌های معین شرعی نتواند آن اهداف را تأمین کند، یا در شرایط خاصی آثار نامطلوب در پی داشته باشد یا بتوان آن اهداف را از راه دیگری جز مجازات تأمین کرد، در این صورت، مجازات فاقد مشروعیت بوده و اعمال چنین مجازاتی از دیدگاه اسلام ممنوع خواهد بود (مصدق، ۱۳۸۰، ص. ۲).

نقد و نظر: ما این را می‌پذیریم که هدف شارع از اجرای مجازات صرفاً سزادهی و اجرای عدالت نیست، بلکه شارع اهداف دیگری مانند اصلاح و تربیت مجرم، ایجاد ترس و ارعاب در مردم جهت جلوگیری از تکرار جرم و حمایت از ارزش‌های مورد احترام جامعه نیز دارد. مسلم است که یکی از اهداف شارع، سزادهی و اجرای عدالت است. در این صورت حتی اگر سایر اهداف شارع محقق نشود، سزادهی و اجرای عدالت محقق خواهد شد. به‌عنوان مثال، ممکن است در تشریح مجازات قطع دست سارق، شارع اهداف زیادی مثل پیشگیری، ارعاب و... داشته باشد، اما آنچه مسلم است، شارع با تشریح این مجازات می‌خواهد مجرم به سزای عملش برسد و عدالت اجرا شود.

از سوی دیگر، ممکن است مجازات‌های دیگری هم بتواند برخی اهداف شارع از تشریح این مجازات‌ها را برآورده کند. اما نمی‌تواند تمام اهداف شارع را برآورده کند. زیرا همان‌طور که گفتیم ممکن است شارع از تشریح یک مجازات اهداف متعددی داشته باشد که ما فقط نسبت به بعضی از آن اهداف آگاهی داریم. به‌عنوان مثال، شارع برای تشریح قطع دست یا پای سارق اهداف متعددی دارد که یکی از آن‌ها ارعاب و بازدارندگی است.^۱ ممکن است این هدف با زندان یا مجازات دیگری هم حاصل شود، اما هدف شارع تنها ارعاب و بازدارندگی نیست، بلکه شارع اهداف دیگری هم دارد که فقط با قطع دست حاصل می‌شود؛ ما نسبت به تمام اهداف شارع آگاهی نداریم و فقط بعضی از آن اهداف را دریافته‌ایم. به همین دلیل نمی‌توان گفت در زمان حاضر اهداف مورد انتظار شارع از تشریح این مجازات‌ها قابل تحقق نیست.

همچنین مسلم است که بازدارندگی مجازات‌های معین شرعی در مقایسه با زندان و سایر مجازات‌های عرفی بیشتر است. به‌عنوان مثال، قطع دست یا پا و تازیانه از زندان بازدارندگی بیشتری دارد. البته مجازات‌هایی مثل سنگسار، صلب و به‌طور کلی مجازات‌های سالب حیات، برای اصلاح و تربیت مجرم وضع نشده است، بلکه چنین مجازات‌هایی علاوه بر آنکه باعث ارعاب و بازدارندگی دیگران از تکرار جرم می‌شود، برای حمایت از ارزش‌های جامعه اسلامی وضع شده است.

۱. این هدف شارع را می‌توان از آیه ۲۸ سوره مائده به دست آورد. زیرا در این آیه آمده است: «دست مرد و زن دزد را قطع کنید، این جزای عمل آنان و بازدارنده‌ای از سوی خداوند است و خداوند عزت‌مند حکیم است. پس اگر کسی پس از ظمی که کرده توبه کند و خودش را اصلاح نماید، خداوند توبه او را می‌پذیرد.»

البته باید توجه داشت که اجرای بعضی مجازات‌های شرعی مثل سنگسار ممکن است باعث دین‌گریزی مردم گردد. در این صورت تا زمانی که این مشکل وجود دارد، می‌توان اجرای این مجازات‌ها را متوقف کرد. همان‌طور که امام علی (ع) در سرزمین دشمن از اجرای حد خودداری کرد و دلیل آن را ترس از دین‌گریزی مردم اعلام فرمود^۱ (حرعاملی، ۱۴۰۳ق، ج. ۱۸، ص. ۳۱۷). اما این مسئله باعث تغییر ماهیت مجازات‌های مذکور نخواهد شد؛ موانع اجرای حکمی، باعث تغییر ماهیت آن حکم نخواهد شد، زیرا این موانع ابدی نیست.

با توجه به مباحث مطرح‌شده به این نتیجه می‌رسیم که دلایل امکان تغییر ماهیت مجازات‌های منصوص شرعی از اتقان کافی برخوردار نیست.

امکان‌سنجی تغییر موقت مجازات‌های معین شرعی

همان‌طور که قبلاً بیان شد، مقصود از تغییر موقت مجازات، توقف اجرای آن و اجرای مجازات دیگری به‌جای آن است. در عبارات ذیل ابتدا امکان تغییر موقت قصاص و دیات و سپس مجازات‌های حدی بررسی می‌شود.

امکان‌سنجی تغییر موقت قصاص و دیات

تغییر قصاص و دیات فقط با رضایت بزه‌دیده یا ولی دم او و موافقت بزه‌کار ممکن است، زیرا همان‌طور که قبلاً توضیح دادیم، قصاص و دیات حق الناس است و بدون رضایت صاحبان حق، امکان تغییر این مجازات‌ها وجود ندارد. همچنین لازمه حق بودن قصاص این است که در صورت توافق بزه‌دیده یا ولی دم او با بزه‌کار یا قاتل، بتوان مجازات قاتل عمد را که قصاص نفس است به مجازات قصاص عضو تبدیل کرد، زیرا همان‌طور که تمام حق قابل عفو و اسقاط است، بخشی از آن هم قابل عفو است. بنابراین، بزه‌دیده یا ولی دم می‌تواند تمام حق خود را ببخشد و جانی را قصاص نکند و می‌تواند بخشی از اعضای بدن وی را مورد عفو قرار دهد. در این صورت، نسبت به عضوی که مورد عفو واقع نشده، حق قصاص ثابت است (جباری و امیدی، ۱۳۹۵، ص. ۱۲۱).

امکان‌سنجی تغییر موقت مجازات‌های حدی

در متون فقهی قرائن و شواهدی وجود دارد که بر اساس آن می‌توان اجرای بعضی از مجازات‌های حدی را متوقف و به‌جای آن‌ها مجازات‌های تعزیری اجرا کرد. تاکنون از سوی برخی نویسندگان دلایلی مثل استناد به قاعده مصلحت، ضرورت حفظ نظام و تراحم اجرای حدود با قواعدی چون حرمت تنفیر از دین، لاضرر و لاجرح بر امکان توقف اجرای برخی از مجازات‌های حدی بیان شده است (اسحاقی، امام و مسعودیان، ۱۳۹۲، صص. ۵۰، ۵۲؛ نوبهار، ۱۳۸۹، صص. ۳۰۵-۳۱۸؛ هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸، ص. ۲۰۴). ما در

۱. «لا أقیم علی رجل حدّاً بأرض العدو حتی یخرج منها مخافة أن تحمله الحمية فیلحق بالعدو»

این مبحث دلایل نسبتاً جدیدی بر امکان جایگزینی مجازات‌های تعزیری به جای برخی از مجازات‌های حدی ارائه خواهیم کرد.

۱- عدم وجود قضاوت جامع شرایط

فقه‌های امامیه در مورد جواز یا عدم جواز اجرای حدود در زمان غیبت به دو دسته تقسیم شده‌اند. آن دسته از فقهایی که معتقدند اجرای حدود در زمان غیبت جایز است، اجرای حدود توسط هر شخصی را جایز نمی‌دانند، بلکه برای قاضی اجراکننده حدود شرایطی بیان کرده‌اند که برخی از این شرایط در حال حاضر محقق نیست.

۱-۱- ضرورت احراز فقاقت قاضی

مشهور فقه‌های امامیه معتقدند قضاوت شأن فقیه است و کسی که دارای ملکه اجتهاد نیست، نمی‌تواند قضاوت نماید (عاملی، ۱۴۰۰ق، ج ۲، ص ۶۵؛ جعی عاملی، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۶۷؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۳، ص ۳۸؛ یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۶، ص ۴۱۸). فقها دلایل متعددی از قرآن و سنت بر مدعی خود بیان نموده‌اند. به عنوان مثال، بر اساس روایتی امام صادق علیه السلام فرمود: «از قضاوت بپرهیزید، چرا که قضاوت فقط شأن امامی است که عالم به قضا و عادل در میان مسلمانان باشد مانند نبی یا وصی نبی»^۱ (محسنی، ۱۴۳۴ق، ج ۳، ص ۲۶۳). همچنین بر اساس حدیث صحیح ابی عبیده از امام باقر (ع) کسی که بدون علم برای مردم فتوا دهد، هدایت خداوند شامل حال او نمی‌شود. فرشتگان رحمت و عذاب او را لعنت می‌کنند و سنگینی عمل کسی که به فتواهای او عمل می‌کند به وی می‌رسد (حر عاملی، ۱۴۰۳ق، ج ۲۷، ص ۲۰). با وجود این، برخی از فقه‌های امامیه قضاوت غیرمجتهد را جایز دانسته‌اند. البته به شرطی که قاضی مقلد از شخص مجتهد در این خصوص اذن داشته باشد، وگرنه قضاوت او جایز نخواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص ۲۰).

آنچه گفته شد نسبت به مطلق جرائم بود، اما نسبت به جرائم حدی فقها حساسیت بیشتری دارند، به گونه‌ای که حتی کسانی که از یک سو قائل به جواز قضاوت شخص غیرمجتهد و از سوی دیگر قائل به جواز اجرای حدود در عصر غیبت هستند، معتقدند که اجرای حدود بایستی فقط توسط فقیه جامع شرایط فتوا انجام شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۳۹۹؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۴۲۰؛ خویی، ۱۳۹۴، ج ۲، ص ۱۰۹). صاحب جواهر معتقد است: قدر متیقن از نصوص و اجماع، به هر دو قسمش، به دست می‌آید که فقط مجتهد مطلق جامع شرایط می‌تواند حدود الهی را اجرا نماید. بلکه این مسئله از ضروریات مذهب است. به نظر ایشان حتی مجتهد متجزی هم حق اجرای حدود را ندارد. زیرا مقبوله عمر بن حنظله که مهم‌ترین دلیل بر جواز اقامه حدود در زمان غیبت است، شامل وی نمی‌شود. ایشان معتقد است مقبوله ابی‌خدیجه، توفیق شریف از حضرت صاحب الامر (عج)، حدیث صحیح ابی بصیر از امام صادق (ع) هم

^۱ «عن سلیمان بن خالد، عن أبی عبدالله علیه السلام: «اتقوا الحکومة فان الحکومة انما هی للامام العالم بالقضاء العادل فی المسلمین کنبی او وصی نبی»

دلالت بر این دارد که فقط مجتهد مطلق جامع شرایط حق اجرای حدود دارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۳۹۹).

مرحوم کاشف الغطاء نیز در این مورد گفته است: «هرگاه امر به معروف و نهی از منکر متوقف بر تعزیر باشد، اجرای آن بر هر کسی واجب است. اما اقامه حدود فقط توسط مجتهد انجام می‌شود...» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۴۲۰).

مرحوم سید ابوالقاسم خوبی، یکی دیگر از فقهای بزرگ امامیه، هم معتقد است که با توجه به آیات ۲۴ سوره نور و ۳۸ سوره مائده حدود باید اجرا شود، اما اینکه چه کسی باید حدود الهی را اجرا کند، آیات فوق نسبت به آن ساکت است. با این حال، می‌توان گفت مخاطب آیات فوق فقهای جامع شرایط است نه تمام مسلمانان، زیرا در چنین مواردی بایستی به قدر متیقن اکتفا کرد و مقصود از قدر متیقن فقیه جامع شرایط است (خوبی، ۱۳۹۴، ج ۲، ص ۱۰۹). ایشان دلایل ذیل را برای اثبات مدعای خود بیان کرده است. الف) مطابق آنچه در صحیح داوود بن فرقد از امام صادق (ع) روایت شده است، روزی بعضی از اصحاب رسول خدا (ص) از سعد بن عباده پرسیدند: اگر مردی اجنبی را در فراش همسر خود ببینی چه می‌کنی؟ سعد در جواب گفت: او را می‌کشم. وقتی پیامبر (ص) این سخن را شنید، فرمود: «ای سعد پس گواهی چهار شاهد چه می‌شود؟ سعد گفت: یا رسول الله بعد از آن که خودم با چشم خود دیده‌ام و خدا هم می‌داند که این عمل اتفاق افتاده، آیا باز هم نیاز به شهادت شهود است؟ حضرت فرمود: بله. بعد از اینکه با چشم دیده‌ای؛ چراکه خداوند برای هر چیزی حدی تعیین کرده است و برای هر کس از این حدود تجاوز کند، نیز حدی قرار داده است» (حر عاملی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۸، ص ۸۵).

ب) مطابق روایتی، حفص بن غیاث می‌گوید: «از امام صادق (ع) پرسیدم: اجرای حد به دست چه کسی است؟ سلطان یا قاضی؟ امام فرمود: اجرای حد در اختیار کسی است که حکم کردن در اختیار اوست.» مرحوم خوبی معتقد است با ضمیمه کردن روایاتی که در زمان غیبت، قضاوت را به فقها سپرده است، نتیجه می‌گیریم که اجرای حدود به فقها واگذار شده و وظیفه آنان است (خوبی، ۱۳۹۴، ج ۲، ص ۱۰۹).

یکی از فقهای معاصر در این مورد گفته است: «تبع انجام شده نشان می‌دهد کسی از فقها فتوا به جواز نیابت و اذن در این امر صادر نکرده است.» (محقق داماد، ۱۳۹۴، ص ۲۹۲). به همین دلیل از دیدگاه ایشان: «رأی به اجرای حدود شرعیه توسط اغلب قضات زمان ما با مشکل جدی روبه‌رو است» (محقق داماد، ۱۳۹۴، ص ۳۱۰).

بنابراین زمانی می‌توان اجرای حدود را جایز دانست که فقهای جامع شرایط فتوا به تعداد کافی در جامعه وجود داشته باشند و در مورد جرائم حدی حکم صادر کرده و قضاوت نمایند. از سوی دیگر نود و نه درصد قضات در کشورهای اسلامی مجتهد نیستند تا چه رسد به اینکه جامع شرایط فتوا باشند؛ در نتیجه اجرای حدود توسط این قضات شرعاً با مشکل روبه‌رو است.

۱-۲- ضرورت احراز عدالت قاضی

یکی دیگر از شرایط اجرای حدود این است که قاضی صادرکننده حکم بایستی عادل باشد. لزوم این شرط را می‌توان از همان شرایط قبلی، یعنی لزوم قضاوت توسط فقیه جامع شرایط فتوا، به دست آورد. اما از آنجاکه عدالت مسئله بسیار مهمی است آن را جداگانه بیان کرده‌ایم. همان طور که صاحب جواهر گفته است، لازمه عدالت داشتن امانت و محافظت بر انجام واجبات است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۲۰، ص. ۲۲۰). شیخ طوسی در این مورد معتقد است: قاضی باید از ارتکاب عمل حرام دوری کند، زاهد و با تقوا باشد، نسبت به انجام اعمال صالح و داشتن تقوای الهی حریص باشد و از هوی و هوس به شدت برحذر باشد (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص. ۳۳۷).

در حال حاضر احراز شرایط فوق برای قضات بسیار دشوار است. بر فرض که بتوان شرایط فوق را احراز کرد، اگر ملاک‌های فوق برای انتخاب قضات مد نظر باشد، بیشتر کسانی که داوطلب این منصب هستند، رد خواهند شد.

۲- عدم ایمنی قضات و نظام اسلامی از ضرر

برخی از فقهای امامیه اجرای حدود در عصر غیبت را منوط به ایمن بودن از ضرر دانسته‌اند. محقق حلی پس از آنکه دیدگاه خود را مبنی بر عدم جواز اقامه حدود در عصر غیبت بیان می‌کند، قول به جواز اجرای حدود را به عده‌ای با عبارت «قیل» نسبت می‌دهد و می‌گوید: «گفته شده مرد می‌تواند حد را بر زن، فرزند و عبد خود جاری کند. همچنین گفته شده است: فقها می‌توانند در زمان غیبت اقامه حدود نمایند در صورتی که از ضرر ایمن باشند» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج. ۱، ص. ۳۱۳). شهید ثانی نیز جواز اجرای حدود در عصر غیبت را منوط به ایمنی از ضرر بر فقیه و سایر مؤمنین دانسته است (جبعی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج. ۳، ص. ۱۰۷).

باید دانست ضرر گاهی شخصی است، یعنی شخص مجری حد ممکن است به خاطر اجرای حد، توسط افرادی دیگر اعم از نزدیکان و طرفداران مجرم یا شخصی دیگر آسیب ببیند. گاهی ضرر نوعی است؛ ممکن است اجرای مجازات‌های حدی باعث ایجاد ضرر برای جامعه و نظام اسلامی شود. اطلاق عبارات فقها شامل هر دو نوع ضرر می‌شود.

۳- احتیاط در دماء

در دماء، یعنی در اموری که به جان انسان‌ها مربوط می‌شود، باید نهایت احتیاط صورت گیرد و طوری حکم صادر و اجرا شود که یقین به امتثال حکم واقعی شرعی به وجود آید. بنابراین چنانچه در حکم به مرگ انسان‌ها شبهه‌ای وجود داشته باشد، این شک حکم یقین را دارد و مثل آن است که ما یقین داریم که نباید حکم مرگ را صادر کنیم (خلیل‌آباد، متولی‌زاده و گلستان‌رو، ۱۳۹۵، ص. ۱۳۰). به نظر برخی از فقهای امامیه، احتیاط در دماء اقتضا دارد که مجازات‌های سالب حیات و قطع دست سارق فقط توسط امام معصوم (ع) انجام شود. فاضل هندی (متوفی ۱۱۳۷) در این مورد معتقد است: «اگر

حد، قتل یا رجم باشد، فقط امام (ع) می‌تواند آن را اجرا کند، به جهت احتیاط در دماء ... همین طور است مجازات قطع دست در جرم سرقت» (فاضل هندی، ۱۴۰۵ق، ج. ۱۰، ص. ۴۷۷).

نتیجه‌گیری

دلایل امکان تغییر ماهیت مجازات‌های معین شرعی یعنی حدود، قصاص و دیات از اتقان کافی برخوردار نیست. امضایی بودن مجازات‌های مذکور دلالتی بر تغییرپذیری این مجازات‌ها ندارد، زیرا رایج بودن تمام مجازات‌های معین شرعی در زمان جاهلیت قابل اثبات نیست، بلکه فقط بعضی از این مجازات‌ها آن هم در میان برخی از قبایل رایج بوده است. بر فرض که رایج بودن این مجازات‌ها در زمان جاهلیت ثابت شود، هیچ دلیل قانع‌کننده‌ای وجود ندارد که ثابت کند رواج از عناصر قوام‌بخش به موضوع است. از سوی دیگر، احکام امضایی نمی‌تواند مشروط به تأیید سیره عقلای عصر حاضر باشد، زیرا حجیت سیره عقلای ذاتی نیست. البته بعضی از احکام شرعی به دلیل تغییر موضوع یا ملاک قابل تغییر است، اما این مسئله اختصاصی به احکام امضایی ندارد، بلکه ممکن است یک حکم تأسیسی نیز موضوع یا ملاکش تغییر کرده یا از بین رفته باشد، در این صورت حکم مزبور قابل تغییر است.

هرچند اصل تبعیت احکام از مصالح و مفاسد واقعی را نمی‌توان انکار کرد، اینکه مصالح با گذشت زمان تغییر می‌کند و در نتیجه احکام نیز تغییرپذیر است، به شکل موجه کلیه قابل پذیرش نیست. از سوی دیگر ممکن است مجازات‌های دیگری هم بتواند برخی اهداف شارع از تشریح مجازات‌های معین شرعی را برآورده کند، اما نمی‌تواند تمام اهداف شارع را برآورده کند؛ زیرا ممکن است شارع از تشریح یک مجازات اهداف متعددی داشته باشد که ما فقط نسبت به بعضی از آن اهداف آگاهی داریم.

بنابراین، دیدگاه طریقت داشتن مجازات‌های معین شرعی از اتقان کافی برخوردار نیست. با این حال به دلیل فراهم نبودن زمینه‌ها و شرایط اجرای مجازات‌های حدی می‌توان گفت امکان تغییر موقت مجازات‌های مذکور وجود دارد؛ لزوم اجرای حدود توسط فقیه جامع شرایط فتوا، لزوم ایمنی قضات و نظام اسلامی از ضرر از جمله این شرایط است که در حال حاضر اکثر قریب به اتفاق قضات کشورهای اسلامی این شرایط را دارا نیستند.

منابع

قرآن کریم

- ابن قیّم، محمد بن ابى بكر. (۱۴۱۱ق). *اعلام الموقعين عن رب العالمين*. بيروت: دارالكتب العلمية.
- ابن قیّم، محمد بن ابى بكر. (۲۰۱۰م). *اغاثة اللفهان من مصايد الشيطان*. رياض: مكتبة المعارف.
- ابن منظور افریقی، محمد بن مكرم. (۱۴۰۵ق). *لسان العرب*. قم: نشر ادب الحوزه.
- غزالی، محمد بن محمد. (۱۴۲۸ق). *المستصفي*. قاهره: دارالباصائر.
- ابوزهره، محمد. (۱۹۹۸م). *الجريمة والعقوبة فى الفقه الاسلامى*. قاهره: دارالفكر العربى.
- اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). *مجمع الفائده و البرهان فى شرح ارشاد الاذهان الى احكام الايمان*. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- ازهرى، محمد بن احمد. (۱۴۲۱ق). *معجم تهذيب اللغة*. بيروت: داراحياء التراث العربى.
- اسحاقى، محمد، امام، سيد محمد رضا و مسعوديان، مصطفى. (۱۳۹۴). *اختيارات حاكم اسلامى در تبديل مجازات* رجم با نگاهی به نظرهای شورای نگهبان. *دانش حقوق عمومى*، ۴(۱۲)، ۶۷-۸۴.
- آخوند خراسانى، محمد کاظم. (۱۳۸۹). *كفاية الاصول*. تهران: خرسندى.
- أصفى، محمدمهدى. (۱۳۷۴). *نقش زمان و مكان در تحول فقه (مصاحبه)*. در *نقش زمان و مكان در اجتهاد (تهران)*. كنگره بررسى مبانى فقهى امام خمينى.
- جبارى، مصطفى و اميدى، جليل. (۱۳۹۵). *عدول از قصاص نفس و مصالحه بر قصاص عضو در قتل عمد*. *مطالعات حقوقى*، ۱۸(۳)، ۱۸۱.
- جزيرى، عبدالرحمن. (۱۴۲۴ق). *الفقه على المذاهب الاربعه*. بيروت: دارالكتب العلمية.
- حائرى، سيد كاظم. (۱۴۲۳ق). *فقه العقود*. قم: مجمع الفكر الاسلامى.
- حرعالملى، محمد بن حسن. (۱۴۰۳ق). *وسائل الشيعه*. تهران: كتاب فروشى اسلاميه.
- حرعالملى، محمد بن حسن. (۱۴۲۳ق). *الفوائد الطوسيه*. مكتبة المحلاتى.
- حلى، حسن بن يوسف بن مطهر. (۱۴۲۰ق). *تحرير الاحكام الشرعية*. قم: مؤسسه الامام الصادق (ع).
- حلى، حسن بن يوسف بن مطهر. (۱۴۲۷ق). *كشف المراد فى شرح تجريد الاعتقاد*. قم: مؤسسه النشر الاسلامى.
- خلاف، عبدالوهاب. (۱۴۱۴ق). *مصادر التشريع الاسلامى فيما لانص فيه*. كويت: دارالعلم.
- خمينى، سيد روح الله. (۱۳۷۳). *المكاسب المحرمه*. تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى.
- خويى، سيد ابوالقاسم. (۱۳۹۴). *مبانى تكملة المنهاج*. تهران: نشر خرسندى.
- دهخدا، على اكبر. (۱۳۷۳). *لغت نامه*. تهران: دانشگاه تهران.
- رحيمى، هادى، وطنى، امير و ناصرى مقدم، حسين. (۱۳۹۹). *امكان سنجى تغيير احكام در فقه اماميه*. *پژوهشنامه ميان رشته‌اى فقهى*، ۱۶(۲)، ۱۶۵-۱۸۴.
- رمضان بوطى، محمد سعيد. (۲۰۱۰م). *ضوابط المصلحة العامة*. دمشق: دارالفكر.
- سبحانى تبريزى، جعفر. (۱۳۸۴). *نقش زمان و مكان در استنباط فقه اهل بيت (۳۳)*.
- شاطبى، ابراهيم بن موسى. (۱۴۲۵ق). *الموافقات*. بيروت: دارالكتب العلمية.
- طباطبايى، سيد على. (۱۴۱۸ق). *رياض المسائل*. مشهد: مؤسسه آل البيت.
- طبرسى، فضل بن حسن. (۱۴۲۷ق). *مجمع البيان فى تفسير القرآن*. بيروت: دارالمرضى.

- طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۵۱). *المبسوط فی فقه الامامیه*. قم: المكتبة المرتضوية.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى* (چاپ دوم). بیروت: دار الكتاب العربی.
- عاملی، زین‌الدین بن علی (شهیدثانی). (۱۳۸۷). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. قم: دارالتفسیر.
- عاملی، زین‌الدین بن علی (شهیدثانی). (۱۴۱۹ق). *مسالك الافهام*. مؤسسة المعارف الاسلامیه.
- عاملی، محمد بن مکی (شهید اول). (۱۴۱۷ق). *الدروس الشرعیة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- عاملی، محمد بن مکی. (۱۴۳۰ق). *التواعد و الفوائد*. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- علی، جواد. (۱۳۸۰). *المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام*. قم: انتشارات شریف رضی.
- فاضل‌هندی، محمد بن حسن. (۱۴۰۵ق). *کشف اللثام فی شرح قواعد الاحکام* (ج. ۱۰). قم: مکتبه آیت‌الله المرعشی النجفی.
- فتحی‌بهنسی، احمد. (۱۴۱۲ق). *الموسوعة الجنائیه فی الفقه الاسلامی*. بیروت: دارالنهضة العربیة.
- کاشف‌الغطاء، جعفر. (۱۴۲۲ق). *کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- کدیور، محسن. (۱۳۸۷). *حقّ النَّاس (اسلام و حقوق بشر)*. تهران: انتشارات کویر.
- کلانتری خلیل‌آباد، عباس، متولی‌زاده، نفیسه و گلستان‌رو، صدیقه. (۱۳۹۵). احتیاط در دماء و کاربرد آن در حقوق کیفری. *حقوق اسلامی*، ۱۳ (۴)، ۱۲۹-۱۶۰.
- محسنی، محمد آصف. (۱۴۲۸ق). *صراط الحق فی المعارف الاسلامیه و الاصول الاعتقادیة*. قم: ذوی‌القربی.
- محسنی، محمد آصف. (۱۴۳۴ق). *معجم الأحادیث المعتمرة*. قم: نشر ادیان.
- محقق‌حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸). *شرايع الاسلام* (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- محقق‌حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). *شرايع الاسلام*. قم: اسماعیلیان.
- محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۳۸۹). *قواعد فقه ۴ (بخش جزایی)* (چاپ چهاردهم). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مرعشی، سیدمحمدحسن. (۱۳۹۷). *دیدگاه‌های نو در نظام کیفری اسلام*. به کوشش عباس شیری. تهران: میزان.
- مصدق، محمد. (۱۳۸۰). مجازات از دیدگاه اسلام موضوعیت دارد یا طریقت؟ *ماهانامه دادرسی*، (۲۹).
- معرفت، محمدهادی. (۱۳۷۳). *اقتراح درباره مبانی اجتهاد. نقد و نظر*، ۱ (۱).
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۰). *بحوث فقهیة مهمة*. قم: مدرسه الامام علی بن ابی‌طالب.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن. (۱۳۷۸). *قوانین الاصول*. تهران: مکتبه الاسلامیه.
- میرمدرس، سیدموسی. (۱۳۹۲). *مفهوم و ماهیت دیه از منظر فقه و حقوق اسلامی*. *فصلنامه فقه*، (۳).
- نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام* (چاپ هفتم). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ق). *مستند الشیعة فی احکام الشریعة*. قم: مؤسسه آل‌البتیة لاحیاء التراث.
- نوبهار، رحیم. (۱۳۸۹). *اهداف مجازات‌ها در جرائم جنسی (چشم‌اندازی اسلامی)*. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- نوبهار، رحیم. (۱۳۹۶). امکان‌سنجی فقهی گذار از مجازات‌های بدنی. *فقه*، (۹۰)، ۳۹-۷۰.
- هاشمی شاهرودی، سیدمحمد و همکاران. (۱۳۸۷). *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل‌البتیة*. قم: مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی.
- هاشمی شاهرودی، سیدمحمد. (۱۳۷۸). *بایسته‌های فقه جزا*. تهران: میزان.
- یزدی، محمدکاظم. (۱۴۰۹ق). *العروه الوثقی*. بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.



Maṣabb al-Da'wā: As a Criterion in Describing the Plaintiff Concerning the Subject Matter in Civil Lawsuits (Based on the Opinions of Imam Khomeini (RA))

Morteza Keshavarzi Valdani 

Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Bozorgmehr University of Qaenat, Qaen, Iran. Email: keshavarzvm@buqaen.ac.ir

Article Info

Article type:

Research Article

Article history:

Received

01 May 2023

Received in revised form

05 June 2023

Accepted

13 July 2023

Available online

21 December 2024

Keywords:

amr-i mawḏū'i (subject matter),
taṣṣīf (description),
ḥākimiyyat-i irādah (autonomy of will),
purpose of the claim,
maṣabb al-da'wā

ABSTRACT

Determining the point of contention in lawsuits by the parties and correctly identifying the scope of the factual matters of the claim is considered within the concept of taṣṣīf (description) in civil procedure. This comparative established principle reflects the role of the litigants in identifying and directing the true basis of the claims, such that the manner of initiating the lawsuit affects its outcome. "Maṣabb al-Da'wā" is a concept that, although not discussed as an independent and detailed title in the words of jurists (fuqahā'), can be utilized to describe and identify the subject matter of claims by the parties in Islamic jurisprudence. Investigations, through two general approaches, indicate that some jurists, such as Imam Khomeini, in contrast to contemporary jurists who seek the description of claims through the lens of the purpose and effect of the claims, generally consider Maṣabb al-Da'wā, or the apparent written form of the claim by the plaintiff, as the correct basis for initiating the claim, due to the necessity of the judge's duty to merely hear the plaintiff's claim, despite explicitly accepting the rational and customary requirements of initiating a claim, which has a solid basis in his sīrah-yi ijtihādī (method of juristic reasoning and usages). Consolidating this progressive view, which carries the idea of the parties' autonomy of will (ḥākimiyyat-i irādah) over the factual matters of the claim, is the subject of this article.

Cite this article: Keshavarzi Valdani, M. (2024). Maṣabb al-Da'wā: As a Criterion in Describing the Plaintiff Concerning the Subject Matter in Civil Lawsuits (Based on the Opinions of Imam Khomeini (RA)). *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 18 (2), 103-119. <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.15804.1764>




© The Author(s).

Publisher: Al-Mustafa International University.

DOI: <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.15804.1764>



مصوب دعوی؛ به مثابه معیاری در توصیف خواهان نسبت به امر موضوعی در دعاوی مدنی (با تکیه بر آرای امام خمینی (ره))

مرتضی کشاورزی ولدانی 

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه بزرگمهر قانات، قانات، ایران. رایانامه: keshavarzvm@buqaen.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: مقاله پژوهشی</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۲/۱۱ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۳/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۴/۲۲ تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۱۰/۱</p> <p>کلیدواژه‌ها: امر موضوعی، توصیف، حاکمیت اراده، غرض دعوی، مصوب دعوی</p>	<p>تحریر محل اختلاف در دعاوی توسط طرفین و معرفی صحیح قلمرو امور موضوعی دعوی تحت عنوان مفهوم توصیف در آیین دادرسی مدنی تلقی می‌شود. این تأسیس اقتباسی بیانگر نقش طرفین دعوی در شناسایی و جهت‌بخشی خاستگاه واقعی دعاوی محسوب می‌شود تا جایی که چگونگی اقامه دعوی بر سرنوشت نهایی آن مؤثر است. «مصوب دعوی» یکی از مفاهیمی است که هرچند در لسان فقها به صورت عنوانی مستقل و مبسوط مطرح نشده، می‌توان از آن به عنوان یک کاربست در جهت توصیف و شناسایی موضوع دعاوی توسط طرفین در دادرسی اسلامی بهره جست. جستارها در قالب دو رویکرد کلی نشان می‌دهد که برخی از فقها مانند امام خمینی (ره) در مقابل فقیهان معاصر که توصیف دعاوی را از دریچه غرض و اثر دعاوی جست‌وجو می‌کنند، با وجود تصریح به پذیرش لوازم عقلی و عرفی طرح دعوی که پشتوانه متقنی در سیره اجتهادی ایشان دارد، به دلیل ضرورت وظیفه دادرسی به صرف استماع دعاوی خواهان، به طور کلی مصوب دعوی یا همان تحریر ظاهرشده دعوی توسط خواهان را حامل جایگاه صحیح طرح دعوی می‌دانند. تحکیم این دیدگاه مترقی که حامل اندیشه حاکمیت اراده طرفین بر امور موضوعی دعوی است، موضوع این نوشتار است.</p>

استناد: کشاورزی ولدانی، مرتضی. (۱۴۰۳). مصوب دعوی؛ به مثابه معیاری در توصیف خواهان نسبت به امر موضوعی در

دعاوی مدنی (با تکیه بر آرای امام خمینی (ره)). *مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*. ۱۸ (۲)، ۱۰۳-۱۱۹.

<http://doi.org/10.22034/fvh.2023.15804.1764>



مقدمه

نقطه عزیمت مصب دعوی با این پرسش شروع می‌شود که خواهان دعوی خود را بر چه چیزی استوار سازد و نقش وی در توصیف دعوی چیست؟ نحوه تقریر ابتدایی دعوی توسط خواهان و تعیین جایگاه آن از اهمیت بسیاری برخوردار است. این مهم در حقوق دادرسی جدید، تحت عنوان توصیف خواسته (claim description)، در دعاوی مطرح می‌گردد که در دو حوزه توصیف امر موضوعی و امر حکمی معنا شده است. این نهاد حقوق دعوی اقتباسی از نظام آیین دادرسی مدنی فرانسه می‌باشد که در حقوق ما وارد شده است. به عنوان ارائه یک الگوی بومی، در نظام دادرسی اسلامی نیز این مسئله در آرای فقها دیده می‌شود و تبیین آن در مواردی در جهت اثبات و تشخیص مدعی و منکر در دعوی تلقی می‌گردد. در این آوردگاه فکری، به طور کلی دو دیدگاه اصلی در بین فقها به چشم می‌خورد. عده‌ای بر آن هستند که آنچه به عنوان معیار اصلی در دعاوی مطرح می‌گردد، همان مصب دعوی است که توسط طرفین دعوی بر آن بنیان نهاده شده است. به نظر می‌رسد این دیدگاه را می‌توان سویی تفسیری جدید از حقوق دادرسی در نظر گرفت که معتقد است دعاوی و طرح آن از یک ماهیت خصوصی برخوردار است و با اصل حاکمیت اراده یا همان قاعده تسلط طرفین در دعوی مدنی (Le principe dispositif) در تلائم است و بر آن است که می‌توان قائل شد که اصحاب دعوی در تعیین محل نزاع و نقطه اختلاف آزاد هستند و دعوی آنان با کیفیتی که حاصل اراده آنهاست، تقریر می‌یابد. از سوی دیگر، عده‌ای از فقها تحریر محل نزاع را نه از باب مصب، بلکه از ناحیه غرض یا اثر یعنی همان اهداف اصحاب دعوی می‌دانند. نظریه مصب که به عنوان توصیف به پشتوانه اصل حاکمیت اراده اصحاب دعوی در چگونگی طرح آن شناخته می‌شود، گویای نظری در حقوق دعوی است که صلاحیت محکمه را تابع عنوان و نه مقصود خواهان می‌داند (متین، ۱۳۸۱، ص. ۲۶۹). این نگاه می‌تواند پشتوانه اصولی همچون منع تحصیل دلیل توسط دادرس، اصل تسلط اصحاب دعوی بر جهات موضوعی دعوی یا همان حاکمیت اراده را به همراه داشته باشد.

روشن‌شناسی و بررسی پیشینه

این نوشتار که بر اساس تحقیق بنیادی و به روش کتابخانه‌ای نگارش پیدا کرده است، در پی آن است که به ارائه الگویی اسلامی از مفهوم توصیف که نهادی اقتباسی از نظام حقوقی فرانسه است، ارائه دهد. به طور کلی، به لحاظ موضوع‌شناسی و شناخت ارکان دعوی، چند اصطلاح در حقوق دعوی مطرح شده است که مورد توجه حقوق‌دانان نیز قرار گرفته است. مفاهیمی همچون سبب، جهت، موضوع و توصیف دعوی اصطلاحاتی است که در این باب مطرح می‌گردد. مفهوم مصب که به طور پراکنده در متون فقهی در مباحث مربوط به فقه قراردادهای مطرح شده است، ظرفیت آن را داراست که به عنوان یک کاربست در توصیف دعوی تلقی گردد. با بررسی پیشینه، نتیجه‌ای که حاصل گردید این بود که بحث مستقل و مبسوط درباره مفهوم مصب و کارکرد آن مطرح نشده و مقالات منتشرشده بیشتر درباره بررسی و تحلیل توصیف و اصطلاحات مربوط به آن است. در این میان می‌توان به مقالاتی همچون «واکوی فقهی حقوقی جهت خواسته در دعوی مدنی» در شماره ۴۸ دو فصلنامه پژوهشنامه حقوق اسلامی، زمستان ۱۳۹۷، «سبب امور

موضوعی و توصیف آن‌ها در دعاوی مدنی» در شماره ۶۵ مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، «توصیف خواسته در قانون و رویه قضایی» در شماره ۱۷ مجله پژوهش‌های حقوقی سال ۱۳۸۹ و «ارتباط سبب دعوا با توصیف خواسته و نقش آن در جریان دادرسی مدنی» در شماره ۳ فصلنامه علمی فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی بناب، در پاییز ۱۴۰۰، اشاره نمود.

طرح تفصیلی بحث

به‌طور مثال، هرکدام از طرفین دعوی مدعی انعقاد عقد اجاره با اجاره‌بهای متفاوت است. در این حالت بدیهی است نقطه کانونی اختلاف یا همان مصوب دعوی طرفین نه اصل عقد اجاره که اجاره‌بهای آن است و هرکدام نافی ادعای دیگری است (گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص. ۷۹). اما در همین جا می‌توان چهره دیگری از این عقد را ترسیم کرد که هرچند با فرض قبلی به‌طور کلی تفاوتی ندارد، مسیر و طریق اختلاف بین اصحاب دعوی در آن متفاوت است، به این‌گونه که یکی از طرفین مدعی ایجاب عقد اجاره با شرط میزان اجرت مشخص و دیگری با میزانی متفاوت شوند (نک: صاحب جواهر، بی‌تا، ج. ۴۰، ص. ۴۵۷؛ یزدی، ۱۴۱۴، ج. ۲، ص. ۱۶۶). در این موارد اختلاف طرفین حکایت از آن دارد که آن‌ها مصوب دعوی خود را بر چه چیزی بنیان و استوار نهاده‌اند. بدیهی است که اگر آن را بر عقد یا همان جنبه سببی منعقد کنند، با وقتی که آن را بر اثر عقد یا همان مسبب مبتنی سازند، متفاوت می‌گردد. به‌طور مثال، عده‌ای از فقها، در مورد تردید در اثر عقد، قائل به براءت و در موارد اختلاف در اوصاف عقد، به تداعی و در نتیجه تحالف^۱ طرفین و قهراً انحلال عقد نظر داده‌اند (آشتیانی، ۱۳۸۳، ص. ۴۴۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج. ۱۴، ص. ۱۰۴؛ شیخ طوسی، ۱۴۲۱، ج. ۳، ص. ۵۲۱). ممکن است، در بعضی اوقات، مصوب دعوی نسبت به میزان ثمن و مبیع متفاوت گردد و گاهی نیز ممکن است سبب یا همان عقد اصلی مورد اختلاف قرار گیرد که در تکلیف به اتیان دلیل و سوگند بین طرفین آثاری متفاوت وجود دارد (یزدی، ۱۴۱۰، ج. ۲، ص. ۶۴). همچنین مصوب دعوی نیز می‌تواند نسبت به بقا یا تلف شدن مورد مبیع نیز مطرح گردد. طریق حل این نزاع این خواهد بود که فقها به استناد روایتی^۲ بر این عقیده هستند که قول بایع در فرضی که مبیع باقی باشد، پذیرفته می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج. ۲، ص. ۲۷؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ج. ۱، ص. ۱۸۲). این موارد اختلاف و امثال آن که به‌صورت پراکنده در کتب فقهای امامیه مطرح شده است، به‌عنوان یک معیار تحت عنوان مصوب یا محط دعوی برای شناسایی مدعی و منکر معرفی شده است. طبق این معیار معروف، مدعی را کسی می‌دانند که قولش مخالف اصل باشد و در مقابل کسی که قولش موافق اصل است را منکر می‌دانند (آشتیانی، ۱۳۸۳، ص. ۳۳۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج. ۴، ص. ۸۹۳؛ نجفی اصفهانی، بی‌تا، ج. ۴۰، ص. ۳۷۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج. ۲،

۱. معیار تحالف در جایی است که هر یک از متنازعیان بر موضع خود باشد و ترجیحی بر پذیرش قول هیچ‌کدام وجود نداشته باشد؛ قد بینا ان التحالف یثبت فی کل موضع یحصل لکل من المتنازعیان ان یکون مدعیاً علی الآخر و منکرراً لدعوی الآخر (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج. ۱۲، ص. ۸۴).

۲. سهل بن زیاد عن احمد بن محمد بن ابی نصر عن بعض اصحابه عن ابی عبدالله (ع) فی الرجل یبیع الشیء فیقول المشتري هو بكذا و کذا باقل مما قال البائع قال القول قول البائع مع یمینه اذا کان الشیء قائماً بعینه (طوسی، ۱۳۷۵، ج. ۷، ص. ۲۶؛ کلینی، ۱۳۶۳، ج. ۵، ص. ۱۷۴).

ص. ۳۴۱). ممکن است اختلاف دو فرد در مورد یک شیء بر سر اصل عقد باشد به گونه‌ای که یک نفر ادعای بیع دارد و دیگری مدعی هبه است. این از موارد مصب و تداعی است که ادعای هریک با ادعای دیگری نفی می‌گردد. در این فرض، اگر رویکرد غرض و اثر دعوای طرفین ملاحظه گردد، بنا به قاعده احترام مال، مدعی هبه باید دلیل بیاورد، چون انتقال مال محتاج به سبب است و اصل عدم انتقال است. در این صورت اگر معیار را برائت بدانیم، مدعی بیع باید دلیل بیاورد (خدابخشی، ۱۳۹۰، ص. ۴۱۸). البته در همین جا نیز می‌توان مصب دعوی را بر اصول دیگر تقریر کرد که آثاری متفاوت دارد. به‌طور مثال، اگر جواز یا عدم جواز را مصب دعوی در این فرض ملاحظه کنیم، آنگاه مدعی هبه باید دلیل آورد، چون ادعای او بازگشت به قائل شدن حق رجوع به مال برای خود دارد. همچنین اگر مصب دعوی بر ضمان عین در فرض تلف تقریر یابد، بنابر اصل برائت، اصل عدم ضمان است، اما مدعی بیع می‌تواند بر ضمان طرف مقابل دلیل آورد (یزدی، ۱۴۱۴، ج. ۲، ص. ۳۵). این نزاع، فارغ از مقام اصل، می‌تواند در قلمرو اصول لفظیه نیز معنا یابد، چون عموم قاعده فقهی «علی الید ما اخذت حتی تودیها» در فرضی که اختلاف در هبه و بیع بودن است، به جهت تقدم بر اصل برائت، حاکی از ضمان است و لذا مدعی هبه باید دلیل آورد (یزدی، ۱۴۱۴، ج. ۲، ص. ۳۵). به نظر می‌رسد مصب دعوی گویای جایگاه اراده ظاهرشده و درونی در تحریر دعوی می‌باشد. بدیهی است که اراده ظاهرشده در مقام لفظ، ظهور و صدق عرفی تعیین می‌یابد، ولی نظریه غرض که مورد تأکید برخی از فقهای معاصر امامیه^۱ نیز قرار گرفته است، در دایره لفظ قرار نمی‌گیرد و در ساحت کشف اغراض معنا می‌یابد. اما باید دانست پذیرش این مبنا علاوه بر اینکه مستمسکی در نظریات آیین دادرسی جدید در امور مدنی - که عمدتاً بر معیار نظام اتهامی است - ندارد، تشخیص اغراض که از امور خارجی است را دشوار می‌سازد.

مفهوم‌شناسی اصطلاحات

مفهوم توصیف

در حقوق دعوی، امور موضوعی به حوادثی اطلاق می‌گردد که در خارج واقع شده باشد و خواهان با تمسک به آن و بر اساس آن طرح دعوی نماید. در تعریفی که حقوق دانان فرانسوی از امور موضوعی ارائه داده‌اند، مفهومی مساوی با جهات موضوعی دعوی دارد، یعنی اموری که طرفین دعوی خود را بر اموری بنیان می‌نهند. البته این امور از حیث نقش آن در توصیف دعوی و اهمیت آن از موضعی یکسان برخوردار نیستند. برخی از این امور همواره نقشی فرعی در توصیف دعوی دارند و برخی دیگر نیز رسالتی مهم و سازنده در معرفی و شناسایی دعوی ایفا می‌کنند که این به‌عنوان سبب و عاملی برای طرح دعوی تلقی می‌گردد که به آن امور موضوعی می‌گویند (Motulsky, 1996, p. 36). در حوزه قراردادهای، با توجه به لزوم حفظ نظم

۱. لأن المناط فی تعیین المدعی والمنکر انما هی الاغراض التی هی مورد النزاع، لا مطلق مصب الدعوی و ان لم یکن مورداً للنزاع، مضافاً الی ما عرفته من ان المنازعات انما هی بلحاظ الآثار لا بحسب الالفاظ المؤدیة لها و لا خصوصیه للفظ قطعاً (خویی، ۱۳۸۸، صص. ۱۰۲-۱۰۳).

قراردادی و در نتیجه نظم اجتماعی، این اراده اشخاص است که نوع رابطه حقوقی را تعیین می‌کنند تا افراد با توجه به اصل حاکمیت اراده بر موضوع دعوی بتوانند قراردادهای خود را تنظیم کنند و در ترافعات نیز دعوی خود را بر اساس اراده خود استوار سازند. این استوارساختن به معنای تطبیق واقعیات با قواعد حقوقی و شناسایی یک قاعدۀ حقوقی است که قابلیت اعمال بر یک موضوع حقوقی یا امر موضوعی را دارد که این فرآیند همانا توصیف می‌باشد.

مفهوم سبب و جهت دعاوی (ارکان موضوعی توصیف)

شناخت مفهوم توصیف دعوی در گرو فهم دیگر عناصر سازندۀ دعوی می‌باشد. یکی از این عناصر، مفهوم سبب می‌باشد که نقش محوری در تشکیل و تکوّن دعوی را بر عهده دارد. در فضای لغت، سبب را به معنای علت، موجب، هدف، انگیزه، موضوع مورد اختلاف (دهخدا، ۱۳۶۳، ص. ۱۲۰؛ معین، ۱۳۷۶، ص. ۲۰۲) دانسته‌اند. در قانون آیین دادرسی مدنی، اصطلاح سبب دعوی به چشم نمی‌خورد و تنها در ماده ۵۱ آن از تعهدات و جهاتی که خواهان به موجب آن خود را ذی‌حق می‌داند، یاد شده است. در قانون مدنی فرانسه نیز اصطلاح سبب به کار نرفته و به جای آن از اصطلاح «اساس» نام برده شده است (ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه). از سوی دیگر، حقوق‌دانان فرانسوی جهت دعوی را علت توجیه‌کنندۀ طرح دعوی قلمداد کرده‌اند که تقریر و طرح دعوی را موجه می‌سازد. طبق این معنا، مبانی مختلفی از سوی حقوق‌دانان غربی برای شناخت جایگاه جهت دعوی بیان شده است؛ برخی، جهت دعوی را مبتنی بر امور موضوعی می‌دانند و جهت دعوی را همان عناصر سازندۀ حقوق مورد ادعا می‌دانند و برخی دیگر نیز آن را عناصری می‌دانند که واجد امور حکمی موضوعات باشد و در دیدگاهی بینابین، جهت دعوی را مساوی با عناصر سازنده‌ای می‌دانند که هم ناظر به امور موضوعی است و هم واجد امور حکمی می‌باشد (Mazeudet & Tunc, 1912, p. 162). به نظر می‌رسد، طبق این تعاریف، عبارات تشبثت دارد ولی همگی در بیان امر واحد است: سبب محرک برای طرح دعوی تلقی می‌گردد تا اقامۀ دعاوی را موجه بسازد.

بازتوصیف

بازتوصیف نهادی است که دادرس را ملزم می‌کند، در راستای وظیفۀ خود در حل اختلاف دعاوی، به توصیف و بررسی امر موضوعی دعوا بپردازد. بنابراین، نوعی استقلال در توصیف فارغ از وظیفۀ خواهان برای او متصور است و او این اختیار را دارد که توصیف اصحاب دعوی را نپذیرد و خود به بازتوصیف امور موضوعی بپردازد (خدابخشی، ۱۳۹۰، ص. ۹۷). این نهاد ناشی از این امر است که اصحاب دعوی صلاحیتی در فصل خصومت ندارند و این را می‌توان از ماده ۳ ق.آ.د.م و همچنین اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز استظهار کرد.

مصوب دعوی

اصطلاح مصوب دعوی که در برخی از کتب فقهی با تعابیر دیگری نظیر محط دعوی (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷، ص. ۳۰۷؛ عراقی، ۱۳۷۹، ص. ۱۵۴) یا مصوب نزاع (رشتی، ۱۳۱۶، ج. ۲، ص. ۵۷۰) آمده است، از لحاظ لغت‌شناسی و مفهوم‌شناسی، از ریشۀ «صب» به معنای ریختن است و به همین جهت است که مصوب آب

را به معنای محل ریختن آب می‌دانند (معین، ۱۳۷۶، ج ۳، ص. ۴۱۶۵). پیداست که مصب اسم مکان برای ریختن آب می‌باشد و اصطلاح مصب رودخانه نیز به معنای جایی است که آب به دریا می‌ریزد. در اصطلاح فقهی نیز منظور از مصب به معنای چیزی است که خواهان خواسته خود را بر محوریت آن مبتنی می‌سازد و دعوا طبق آن تقریر می‌یابد. به عبارت دیگر به خاستگاه اصلی دعوی که بر آن مستقر و متمرکز می‌شود، مصب دعوی می‌گویند. طبق این معنا، طبیعی است که مفهوم مصب کاملاً به اراده خواهان و در مرتبه دیگر به اراده طرفین بستگی دارد که دعوی خود را چگونه و با چه عنوانی مطرح سازند.

توصیف توسط خواهان

در نظام‌های دادرسی اتهامی، این اصل پذیرفته شده است که خواهان، بر پایه اصل اختیار و قدرت در تعیین عنوان دعوی مدنی، در انتخاب عناوین دعوی مدنی خود آزاد است و در حقیقت هیچ الزامی از سوی قانون‌گذار در تعیین عناوین و ملحقات قراردادی برای وی مطرح نشده است. این تلقی و برداشت که در ظاهر توسط برخی از حقوق‌دانان فرانسوی نظیر گلاسون و موتولسکی مطرح شده، حاکی از آن است که طرح دعوی مدنی به دلیل حاکمیت اصل تسلط طرفین در انتخاب عناوین دعوی، اختصاص به اراده طرفین دعوا بر اساس واقعۀ خارجی دارد و دادرس در مقام فصل خصومت نیز طبق همین اصل مهم، حق ورود در عناصر سازمان‌دهندۀ دعوی را ندارد؛ چراکه در این موقعیت، توصیف دعوی صرفاً در حوزه اختیارات اصحاب دعوی می‌باشد و این پذیرفته شده که حتی اگر توصیفی نیز از ناحیۀ دادرس ارائه گردد، باید هم‌راستا با توصیف طرفین یا اصحاب دعوی باشد (Corunet & Foyer, 2004, p. 419). در اینجاست که باید گفت نقش دادرس در این فرآیند آن است که بر اساس توصیف و تعیین اسباب و جهاتی که اصحاب دعوی در اختیار دادرس قرار می‌دهند، حکم قضیه را استنباط و رأی صادر کند.

جایگاه توصیف در نظام حقوقی فرانسه

با نگاهی نخستین به نظام حقوقی فرانسه و مواد قانونی آیین دادرسی مدنی می‌توان دریافت که طرح ابتدایی خواسته اصحاب دعوی به‌عنوان یک فرض پذیرفته شده است. این مسئله در قانون آیین دادرسی مدنی به صراحت مطرح شده است تا جایی که در ماده ۴ آن قانون آمده است که: موضوع دعوا متشکل از ادعاهای متقابل اصحاب دعوی می‌باشد که در واقع نقطه آغاز طرح دعوی محسوب می‌گردد، هرچند که با حدوث دعوی طاری، این ادعاهای اولیه می‌تواند تغییر یابد (محسنی، ۱۳۹۶، ص. ۸۰). از روح این ماده می‌توان دریافت که شروع طرح دعوی و ابتدای آن بر نحوه ادعای خواهان دعوی موضوعیت می‌یابد و در این میان، دادرس وظیفه استماع بر اساس خواسته مطروحه را دارد. همین امر که بیانگر نقش محدود دادرس در تفسیر این قلمرو است نیز در مواد دیگر این قانون مطرح شده است. به‌طور مثال، در ماده ۷ بیان می‌دارد که دادرس نمی‌تواند تصمیم خود را بر موضوعاتی که طرفین مطرح نکرده‌اند، مبتنی سازند.

البته موضوع به‌سادگی و به‌طور مطلق در این نظام قانونی مبتنی بر ادعاهای طرفین نیست، چون می‌توان در این نظام، دعوی را مرکب از ادعای اصلی و ضمنی دانست که اصل حاکمیت اراده خواهان را

صرفاً در ادعای اصلی جست‌وجو کرد و نه در مطلق مدعیات. بنابراین باید پذیرفت که اصل حاکمیت اراده و تغییرناپذیری موضوع دعوی نمی‌تواند مانع تصمیم دادرس در موضوع دعوی گردد (Florence & Brus, 2014, p. 145). این نظریه در مواد قانون مدنی جدید فرانسه نیز مطرح شده است. لذا با وجود پذیرش اصل موضوعیت دعوی طرفین دعوی، به نقش دادرس و تصرف او در موضوع نیز اشاره شده است تا جایی که ادامه ماده ۷ بیان می‌کند که دادرس مجاز است به موضوعاتی که طرفین مطرح نکرده‌اند، نیز استناد کند (محسنی، ۱۳۹۶، ص. ۸۰).

رابطۀ سبب و جهت با توصیف دعوی

به‌طور طبیعی در عالم اصطلاح، سبب را یک وصف وجودی نمایان و منضبطی دانسته‌اند که معرف و نشانۀ حکم شرعی قرار داده شده است به گونه‌ای که از وجود آن، وجود حکم و از عدم آن، عدم حکم لازم می‌آید، مانند روزه‌های ماه رمضان که سبب وجوب روزه یا خویشاوندی که سبب توارث است (فیض، ۱۳۹۴، ص. ۱۰۷). اصطلاح سبب در حوزه مباحث حقوق که محل نزاع اصلی می‌باشد، ضمن نزدیکی به معنای لغوی خود، به معنای علت غایی آمده است. به‌طور مثال، قانون مدنی ایران از گونه‌های اسباب تملک نام برده که همگی دارای ایجاد تأسیس ملکیت برای افراد می‌باشد، به این معنا که تصرفی که ناشی از سبب مملک یا قانونی نباشد، معتبر نخواهد بود (ماده ۳۵ قانون مدنی)؛ یعنی دلیل نوعی برای ایجاد تعهد را نخواهد داشت (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص. ۸۹). در حقوق دعوی نیز که محل بحث در این نوشتار است، معنای سبب در معنای لغوی خود آمیزش دارد و به نظر می‌رسد جدا از آن نمی‌باشد. به‌طور مثال در قانون آیین دادرسی مدنی، مهلت طرح ایرادات برای خوانده تا پایان جلسه اول دادرسی دانسته شده است مگر آنکه سبب ایراد بعد از جلسه اول حادث شده باشد (ماده ۸۷ آیین دادرسی مدنی). به نظر می‌رسد سبب در این معنا، اولین نقطه تکون و اقامه طرح دعوی محسوب می‌گردد که با واژه «منشأ» که به معنای سرچشمه، اصل و منبع (دهخدا، ۱۳۶۳، ص. ۱۱۰۲) می‌آید، در تلائم است.

شناخت این معنا از سبب می‌تواند ما را به مفهوم صحیح توصیف دعوی رهنمون سازد. بدیهی است پس از شکل‌گیری و تحقق سبب دعوی که نقطه آغازین طرح صحیح تلقی می‌گردد، به جهت رعایت دقیق تشریفات دادرسی، این سبب باید به‌درستی توصیف گردد. این توصیف که به‌طور طبیعی در راستای شناسایی و معرفی امور موضوعی دعوی محسوب می‌گردد، دارای معیارهای متفاوت پذیرفته‌شده‌ای در میان اندیشمندان حقوقی می‌باشد. این معیارها گویای مؤلفه‌های نظام شناختی توصیف دعوی است. در واقع، این مؤلفه‌های بنیادین نظام حقوقی حاکم را به دست خواهد داد، به‌طوری که می‌توان در باب توصیف دقیق قراردادهای، بر اساس قصد طرفین قرارداد، عقد بیع را از سایر عقود بازشناخت (محسنی، ۱۳۸۹، ص. ۲۱۵). بدیهی است شناخت دقیق این عناوین قراردادی، راه را برای توصیف منطقی و در نتیجه تحقق آثار مطلوب در دادرسی در رسیدن به حکمی عادلانه می‌گشاید.

نحوه طرح دعاوی بر محوریت مصب^۱

نحوه طرح در دعاوی مالی

فرض مصب را می‌توان با این نزاع آغاز کرد که اگر اختلاف بایع و مشتری در مورد تاریخ حدوث عیب قبل یا بعد از قبض باشد، قول مشهور این است که بنا بر اصل عدم حدوث عیب، بایع در مقام منکر می‌باشد و مشتری مدعی است. بنابراین وظیفه منکر، قسم است و وظیفه مشتری، آوردن بینه می‌باشد (شهید اول، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۳۸۹). در اینجا شیخ انصاری معتقد است که نقطه عزیمت بحث صرفاً عدم حدوث عیب به معنای عدم تحقق خیار نمی‌باشد، بلکه این می‌باشد که در این فرض، خیار می‌باشد و محقق گردیده است و حال سخن از سقوط یا عدم سقوط آن خیار آن مطرح می‌گردد (شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۴۷۸). بنابراین، بر اساس مفهوم مصب و طرح دعاوی اولیه، اگر مصب دعوی را بر اساس سقوط یا عدم سقوط خیار تقریر کنیم، قول مشتری مقدم است اما اگر مبتنی بر حدوث عیب و مقدار ارش تعلق گرفته قرار گیرد، در اینجا دو اصل عدم تقدم عیب و همچنین اصل عدم سبب زیاده در ارش حاکم است و قول بایع در مقام منکر مقدم می‌باشد (خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۲۲۹).

فرع دیگر این است که در عقد مضاربه، مضارب و عامل بر سر مقدار سرمایه و سود اختلاف کرده‌اند، به این صورت که مضارب مدعی است قسمت زیادی از پول به سرمایه تعلق دارد، اما عامل منکر آن می‌باشد. در این صورت، عامل قسم می‌خورد چون اصل عدم زیادی سرمایه است، زیرا که اگر مصب دعوی بر محوریت سود قرار گیرد، مالک مدعی است و باید قسم بخورد ولی اگر معیار غرض باشد، حکم قضیه متفاوت است (بیزدی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۲۳۵).

همچنین است در اختلاف در تحقق اصل عقد حواله در جایی که تردید در مورد شکل وقوع آن می‌باشد، به این نحو که محیل مدعی وکالت در گرفتن کالا است و محتال مدعی آن است که آن کالا را برای خودش دریافت کرده است. در اینجا نیز اگر معیار مصب دعوی قرار گیرد، مورد از باب تحالف خواهد بود (حکیم، ۱۳۹۰، ج ۱۳، ص ۴۰۹) ولی اگر معیار غرض و اثر دعوی باشد، باید کسی که ادعای حواله دارد، دلیل ارائه کند؛ چون اصل، بقای دین محیل و عدم اشتغال ذمه محال علیه در برابر محیل است.

در جایی دیگر نیز آمده است که در صورت اختلاف در اجاره و هبه بودن، اگر مصب دعوی بر ضمان اجرت مال قرار گیرد و مطالبه آن مطرح گردد و ذوالید در این هنگام مدعی هبه بودن باشد اما خواهان مدعی اجاره باشد، در این حالت، طبق قاعده ضمان، قول خواهان پذیرفته می‌گردد، ولی اگر براءت مینا باشد، قول کسی پذیرفته می‌شود که ادعای هبه دارد (مظفر، بی تا، ج ۲، ص ۶۹). در این حال، فارغ از مطالبه اجرت، اگر استصحاب منفعت حجت باشد، قول مدعی هبه مقدم است و در صورت استصحاب عین، پذیرش قول مدعی هبه ترجیح دارد.

۱. یکی از مواردی که می‌توان به عنوان پشتوانه نظری بر مفهوم مصب ارائه داد، حدیث «البینه للمدعی و الیمین علی المنکر» می‌باشد. این قاعده که گویای قائلین نظریه اراده ظاهری نیز می‌باشد، قاضی را از مظان اتهام جانبداری در امور موضوعی به مثابه حق طرفین دور نگاه می‌دارد.

همین مورد تمسک به اصل استصحاب و ارتباط آن با مصب، در جایی که اختلاف بین مضمون له و مضمون عنه بر سر اعسار ضامن و فسخ ضامن از سوی او مطرح گردد، پدید می‌آید. رفع این اختلاف این‌گونه است که اگر معیار پذیرش اصل لزوم باشد، بدیهی است که ادعای اعسار محتاج به دلیل است. در اینجا نیز اگر مناط مصب دعوی باشد، اصل استصحاب اثری ندارد و باید اصل موضوع را جاری کرد و قائل به تحالف گردید (حکیم، ۱۳۹۰، ج ۱۳، ص ۳۶۴).

نحوه طرح در دعاوی خانوادگی

اگر نزاع زن و مرد به تحقق نکاح در حالت احلال یا احرام یا به بحث امنیت زن در سفر به حج واجب تعلق گیرد، گفته شده است که ملاک در تعیین مدعی و منکر مصب دعوی می‌باشد (جوادی آملی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۳۷).

فرض دیگری که برخی از متأخرین مطرح کرده‌اند این است که اگر زنی به دو مرد برای ازدواج و کالت دهد و هرکدام از آن دو مرد او را به تزویج یک مرد درآورند، اگر در این صورت یکی مقدم باشد، همان صحیح است و دیگری باطل است و در صورتی که همزمان با یکدیگر باشند، هر دو باطل است. حال در اینجا اگر یکی از دو شوهر مدعی تقدم عقد خود باشد، اگر در این امر، دیگری او را تصدیق کرد و زوجه نیز همچنین و یا یکی از دو نفر، یعنی زن و شوهر دوم، او را تصدیق کرد و دیگری گفت من مطلع نیستم، در اینجا زن همسر کسی است که مدعی تقدم عقد خودش است و اگر هر دو نفر گفتند خبر نداریم، وجوب و جواز تمکین زن برای مدعی قابل تأمل است، مگر اینکه این عدم اطلاع مرد به غفلت در وقت اجرای عقد بازگردد و احتمال دهد که به‌طور تصادفی، عقد به‌صورت صحیح منعقد شده باشد و اگر در این حال دیگری او را تصدیق و زن او را تکذیب کند، اختلاف بین زن و شوهر و هر دو مرد می‌باشد و زوج اول مدعی زوجیت و صحت آن و زن منکر زوجیت و باطل بودن آن می‌باشد. این در صورتی است که مصب دعوی نه مبتنی بر تقدم و تأخر یا زوجیت و عدم زوجیت که مبتنی بر صحت و فساد باشد و به‌طور کلی، معیار در تشخیص مدعی و منکر به‌طور غالب مصب دعوی می‌باشد (نک: فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱، ص ۱۳۰؛ اصفهانی، ۱۳۹۲، ص ۷۱۴؛ اصفهانی، ۱۳۹۳، ج ۳، ص ۱۶۷؛ خمینی، ۱۴۳۴، ج ۲، ص ۱۶۱؛ گلپایگانی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۳۲۴).

نحوه توصیف بر اساس اثر و غرض دعاوی^۱

در بین نظراتی که درباره مصب دعوی در بیان تقریر دعاوی مطرح شده است، بعضی از فقهای امامیه در تشخیص مدعی و منکر قائل به معیاری عرفی هستند (صدر، ۱۴۲۰، ج ۹، ص ۲۱) و حتی بعضی تمسک به مصب دعوی را معیاری ضعیف (نک: اشتهاودی، ۱۴۱۷، ج ۲۸، ص ۲۸۷) یا فاقد وجاهت (مرعشی نجفی،

۱. فارغ از همه ادله‌ای که در باب حجیت این نحوه دادرسی در فقه آمده است، می‌توان به بعضی از آیات شریفه قرآن نیز که ناظر به رسیدن به اراده‌های واقعی و باطنی اصحاب دعوا است، نظیر آیات شریفه «إِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (نساء ۵۸) و «مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ... فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ... فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» (مائده ۴۴-۴۷)، استناد کرد.

۱۴۰۶، ج. ۲، ص. ۷۷) یا دعوای غیرملزومی که مجالى برای استماع آن نیست (حکیم، ۱۳۹۰، ج. ۱۲، ص. ۴۰۰)، برشمرده‌اند. به همین جهت، طایفه‌ای از فقها در تبیین جایگاه واقعی دعوای نه به مصب، بلکه به غرض، غایت و مآل دعوای (حلی، ۱۴۳۲، ج. ۱۱، ص. ۱۶۵؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۲۴، ج. ۴، ص. ۴۴۱) نظر دوخته‌اند و استناد به غرض دعوای را یک معیار و اثر عقلایی فرض کرده‌اند^۱ و فروعات و فرضیات فقهی را بر این عنوان سامان داده‌اند. بنابراین، به‌طور مثال بیان شده است که در دعوای و اختلاف بین دو عقد بیع و هبه، معیار مصب مورد توجه قرار نمی‌گیرد تا در نهایت بر معیار تحالف ثابت گردد، چراکه به‌طور کلی این معیار بی‌فایده است و دعوای بدون اثر و غرض، مثل تأثیر فسخ و یا اشتغال ذمه، مسموع نیست و اگر در اختلاف در عقد، اثر آن یعنی جواز یا لزوم عقد به جهت استرداد مال مطرح باشد، قول مدعی لزوم تقدم دارد و جای تحالف نیست. به‌طور مثال، بیان شده است که اگر موضوع دعوای بیع و هبه باشد و این بدون در نظر گرفتن لوازم مختلف آن باشد، ما با دو شخص متداعیین مواجه هستیم، ولی اگر جهت لزوم و جواز این دعوای را در نظر بگیریم، با توجه به اصل عدم جواز، مدعی کسی است که ادعای جواز دارد (نک: روحانی، ۱۴۱۸، ج. ۷، ص. ۲۷؛ حسینی میلانی، بی‌تا، ج. ۵، ص. ۱۰۰؛ خوانساری نجفی، ۱۳۷۳، ص. ۶۲).

در جایی دیگر نیز بعد از ذکر چند فرض از موارد اختلاف در عقد مزارعه، این‌گونه تقریر شده است که این اختلاف در نگاه نخست می‌تواند در اصل خود عقد باشد یا اینکه اختلاف در اشتراط به عهده بودن بذر یا عمل بر شخص باشد و یا اینکه اختلاف در اعاره و مزارعه باشد که در این صورت، معیار تحالف پذیرفته شده است. اما به این معیار در همان موضع انتقاد شده است که مصب یا محط دعوای نمی‌تواند دارای خاستگاه صحیحی باشد، چون مناط برای مطالبه بینه یا قسم در این موارد، عرف و چیزی است که منشأ اثر تلقی گردیده است، در اینجا باید اختلاف را بین زیاده و نقصان سامان داد، نه بر مصب دعوای که صرفاً امری وجودی و یکسان بین طرفین می‌باشد (اشتهاردی، ۱۴۱۷، ج. ۲۸، ص. ۲۸۷).

همچنین فرض دیگری که گویای پذیرش نظریه غرض دعوای می‌باشد، اختلاف بین مالک و عامل در تحقق یا عدم تحقق عنوان مضاربه در تقسیم سود مطرح می‌گردد که دوران اختلاف بین مفاهیم قرض و بضاعه^۲ از سوی هریک از طرفین می‌باشد. راه‌حل این قضیه با محوریت معنای غرض دعوای این است که در این فرض اگر ظهور لفظی یا قرینه‌ای موجود نباشد، مقتضی قاعده، تحالف می‌باشد اما حق آن است که در اینجا باید قائل به تفصیل شد و بر آن شد که در همه این موارد تمسک به تحالف موردی ندارد و مسئله را تابع غرض و مقصود از دعوا دانست.^۳ طبیعی است که در این حالت مسئله دارای فروض مختلفی

۱. فیهو باب المدعی و المنکر و کیفیت تحریر الدعوی لا اثر لها بل المدار علی الغرض منها علی وجه یرجع الی اثر عقلائی (خوانساری نجفی، ۱۳۷۳، ج. ۱، ص. ۶۲).

۲. به این معناست که دفع مالی که از طرف مالک به دیگری برای تجارت داده می‌شود به این شرط که تمام سود برای مالک باشد و یا اینکه به‌نحو لایشرط باشد که در این صورت همان اثر را نیز دارد (یزدی، ۱۴۱۴، ج. ۲، ص. ۶۳۷؛ زین‌الدین، ۱۴۱۳، ج. ۴، ص. ۳۸۸).

۳. آن المعیار فی تشخیص ذلک الغرض المقصود من الدعوی، و اما مصب الدعوی بلا غرض فمما لا مجال لوجوب سماعه، فانه غیر ملزم، و لا یترتب علیه فائده ثبت ام لم یثبت فلا یكون معیاراً (حکیم، ۱۳۹۰، ج. ۱۲، ص. ۴۰۱).

می‌گردد. به این صورت که اگر مالک مدعی مضاربه فاسد و عامل مدعی قرض باشد و همچنین مدعی تعلق همه سود برای خودش باشد و مالک هم همین قصد را داشته باشد، در این فرض مالک قسم می‌خورد بر نفی قول عامل و حکم داده می‌شود که سود از آن مالک باشد. در فرضی دیگر اگر خسارت حاصل شده باشد و سود منتفی باشد، در اینجا عامل مدعی مضاربه فاسد می‌باشد تا مستحق اجرت‌المثل باشد اما مالک مدعی اقراض آن مال است و مقصود او عدم پرداخت سود است. حل نزاع در اینجا پذیرش قول مالک همراه با قسم است که موافق با اصل برائت می‌باشد. همچنین اگر مالک مدعی ابضاع و عامل مدعی مضاربه فاسد باشد و هر دوی آن‌ها بر آن باشند که رأس المال (سرمایه) و سود متعلق به مالک است. در اینجا اگر عامل خود را مستحق اجرت‌المثل عمل خود بداند و مالک نیز مدعی ابضاع باشد و نافی اجرت‌المثل عامل، در اینجا نیز باید بر اساس قاعده احترام عمل دیگران و ضمان ناشی از آن بار اثبات بر عهده مالک می‌باشد که مدعی تبرع عمل عامل است (حکیم، ۱۳۹۰، ج. ۱۲، ص. ۳۱۱).

دیدگاه امام خمینی (ره)

پیداست که فقها مدعی را کسی می‌دانند که قولش مخالف اصل باشد و در مقابل، کسی را که قولش با اصل موافق است، منکر می‌دانند (آشتیانی، ۱۳۸۳، ص. ۳۳۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج. ۴، ص. ۸۹۳؛ نجفی اصفهانی، بی‌تا، ج. ۴۰، ص. ۳۷۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج. ۲، ص. ۳۴۱). طبیعی است طبق این مبنا مراد از اصل در این تعریف، تنها اصل برائت یا اصل عدمی نمی‌باشد، بلکه منظور کلیه اصول و قواعد معتبری همچون اصل عدم، برائت یا اصول وجودی مثل صحت و قاعده ید است که برحسب مورد ممکن است جاری گردد. برخی از فقهای متأخر مرجع شناخت مدعی و مدعی علیه را عرف می‌دانند (آشتیانی، ۱۳۸۳، ص. ۳۳۵؛ بجنوردی، ۱۳۷۷، ج. ۳، ص. ۸۱). بنابراین طبق این معیار برای تفکیک این دو باید در اطراف عرف جست‌وجو کرد، چراکه شارع برای بیان احکام به مکلفین طرق شناختی جعل نکرده است و تنها طریق برای بیان احکام همان طریق معتبر عرف است.

امام خمینی (ره) نیز این تشخیص را مانند سایر موضوعات عرفیه، مسئله‌ای عرفی می‌دانند. ایشان در بحث کتاب القضا در *تحریر الوسیله* بر این اعتقاد هستند که شارع اقدس اصطلاح خاصی در تعریف مدعی و منکر ندارد و تعاریفی که نیز در این باره وجود دارد، مربوط به تشخیص مورد است، مثل قول فقها که مدعی را کسی می‌دانند که اگر ترک کند دعوی رها می‌شود یا کسی که گفتارش، خلاف اصل است. بهتر است، در این موارد، تعبی مدعی و منکر موکول به عرف شود و از اینجاست که گاهی مدعی و منکر در نظر عرف به حسب طرح دعوی و مصب آن مختلف می‌شود و گاهی نیز به حسب مصب آن از قبیل دعاوی طرفینی می‌گردد.^۱ سپس ایشان در بیان تداعی یک فرض فقهی کیفری را مطرح می‌کنند که اگر یکی از دو شاهد به اقرار به مطلق قتل و دیگری به اقرار به قتل عمدی شهادت دهد، اصل قتل که اتفاق بر آن دارند ثابت است. در این صورت، مدعی علیه مکلف به بیان است. پس اگر اصل قتل را انکار کند از او قبول نمی‌شود و اگر به عمد اقرار کند از او قبول می‌شود و اگر عمد را انکار کند و ولی آن را ادعا کند، قول جانی

۱. و الاولی الایکال الی العرف و قد یختلف المدعی و المنکر عرفاً بحسب طرح الدعوی و مصبها (امام خمینی، ۱۳۹۹، ج. ۲، ص. ۴۳۹).

با قسم پذیرفته می‌شود و اگر ادعای خطا کند و ولی دم آن را انکار نماید، نظری وجود دارد که قول جانی با قسم پذیرفته می‌شود. ولی این حاوی اشکال است، چون ظاهر آن است که قول مقبول، نظر ولی اوست و اگر جانی ادعای خطا و ولی دم ادعای عمد کند، ظاهر در تداعی است (امام خمینی، ۱۳۹۹، ج ۲، ص ۵۶۱). امام خمینی (ره) در فرازی دیگر می‌فرماید که برای تفکیک و تعیین مدعی و منکر باید صرفاً به مصب دعوی و نه به عناوینی که با آن ملازم یا مترتب می‌گردد، توجه کرد. بنابراین در فرضی که مرد مدعی زوجیت موقت دارد و زن مدعی زوجیت دائم است، باید به مصب دعوی التفات کرد و قائل به دعوی طرفینی شد، چون هیچ اصلی برای برتری یکی از طرفین وجود ندارد. بنابراین برای تشخیص مدعی از منکر نباید به نتیجه دعوا توجه داشت و مثلاً چون نفقه از نتایج زوجیت دائم است و زن مدعی آن است و مرد در این حالت منکر می‌باشد، زن را مدعی و مرد را منکر تلقی کرد. به دلیل اینکه دعوی زن زوجیت است که متفاوت از دعوی نفقه می‌باشد (خمینی، ۱۴۳۴، ج ۳، ص ۴۶۹).

مبنای دیگری که امام خمینی (ره) در پذیرش قول به برتری مصب دعوی دارند، تمسک به اصل اراده و تسلط طرفین بر دعوی خود می‌باشد که بیانگر این است که دادرسی و وظیفه‌ای جز استماع دعوی ندارد. به این صورت که صرفاً مسموع بودن یا نبودن آن را بیان می‌کند. بنابراین اگر دعوی به عنوان صحیح مسموع خود بود قاضی حق تجاوز از آن و منقلب ساختن آن را ندارد.^۱

تقریر و تحکیم نهایی

برآیند آنچه را گفته شد، می‌توان در دو زاویه مطرح کرد. اول آنکه بر اساس اصل حکومت اراده ظاهری که نشانگر و حاکی از تقدم و برتری اراده ظاهر شده مدعیات خواهان دعوی است، می‌توان به این نتیجه دست یافت که قائل گردیدن به غرض و اثر دعوی اموری است که متعلق قصد درونی خواهان قرار می‌گیرد و شاید احراز و کشف آن قصد برای قاضی امری صعب و دشوار و در مواردی نیز ناممکن باشد. بنابراین باید گفت اولی آن است که در وهله اول، ملاک تشخیص مدعی از مدعی‌علیه مصب یا محط دعوی باشد. زیرا آنچه می‌تواند مورد توجه قاضی قرار بگیرد صدق و تحمیل عنوان مدعی و مدعی‌علیه بر افراد برحسب ظاهر لفظ و ظاهر حال و برداشت عرفی می‌باشد اما بدیهی است که آثار و اغراض و نتیجه دعوی اموری خارجی تلقی می‌گردد که در این امر دخالتی ندارند (محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۳، ص ۱۱۵). در حقیقت، بنا بر اصل حجیت ظهورات عرفی، دادرسی در مقام دادرسی به صدق عرفی یا همان ظاهر حال که از مفهوم مدعی و منکر حاصل می‌گردد، توجه دارد و اغراض و اهداف هیچ ارتباطی به تعیین مدعی و منکر ندارند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۳۴۹).

زاویه دیگری که نیز می‌توان به آن قائل گردید، اصل تسلط طرفین بر موضوع دعوی است که البته در تعابیر دیگری چون حاکمیت اراده خواهان بر جهات موضوعی، مالکیت بر دعوی و یا اصل اختیار خواهان

^۱ ان القاضی لیس له الاستماع الدعوی؛ و تشخیص آنها دعوی مسموعه ام لا، و اما ارجاع الدعوی الی شیء آخر من الملازمات، او النتائج فلا، و لا سیما اذا انقلب لاجله المدعی منکر، او التداعی الی الادعاء و الانکار، فإذا كانت الدعوی علی عنوان صحیح مسموعه، لیس له التجاوز عنها و اراءه طریق الانقلاب.

در تعیین عناوین دعوی مطرح شده است. این اصل و به عبارتی اصول، مشعر به این معناست که طرفین بر موضوع دعوی حاکمیت دارند و قدرت تعیین عناصر در اختیار آن‌هاست (Vincent & Guinchard, 2008, pp. 515-550). به عبارت دیگر، در دادرسی مدنی محکمه برای رسیدگی صلاحیتی ندارد مگر آنکه هریک از اصحاب دعوی با رعایت شرایط قانونی چنین رسیدگی را از آن بخواهند (پورطهماسی‌فرد، ۱۳۸۴، ص. ۵۶). البته پیداست که در این رهگذر قاضی در مقام دادرسی که بررسی امور موضوعی به او اجازه شده است، می‌تواند نسبت به رسیدگی به لوازم عقلی و عرفی جهات موضوعی دعوی نیز ورود کند هرچند که در خواسته اصحاب به صراحت نیامده باشد.

نتیجه‌گیری

این نوشتار که در پی ارائه یک الگو و معیاری در حقوق دعاوی اسلامی از مفهوم توصیف می‌باشد، بر آن است که تبیین کند می‌توان از مفهوم مصوب به‌مثابه معیار و کاربستی در جهت توصیف دعاوی مدنی بهره جست. مصوب دعوی طبق تعریف فقهای امامیه همان تقریر نخستین خواهان در طرح ابتدایی دعواست که رسیدگی قاضی بر اساس آن شکل می‌گیرد. امام خمینی (ره) با وجود اینکه سنجه عرف در شناخت مقولات حقوق دعاوی را دارای قوت می‌داند، به جهت لزوم استماع دادرسی به صرف آنچه خواهان در طرح دعوی بیان می‌دارد، مصوب دعوی را به‌عنوان معیار صحیح در دادرسی می‌پذیرد. در مقابل، برخی نظریه غرض دعوی را دارای وجاهت بیشتر در این باب می‌دانند. فارغ از اینکه نظام دادرسی ما در دعاوی مدنی مبتنی بر نظام اتهامی است که بر پایه اظهارات طرفین دعوی است، اصولی همچون اصل حاکمیت اراده طرفین یا همان اصل سلطه طرفین بر جهات موضوعی دعوی پذیرش نظریه مصوب را در بدو امر تقویت می‌کند. هرچند که دادرسی پویا و عادلانه نیز ایجاب می‌کند در مواردی نیز دادرسی در پی کشف اغراض و دواعی طرفین دعوی برآید. بررسی مبسوط این معیارهای فقهی که در قالب نظریه‌پردازی‌های علمی مطرح نشده، در جهت ارائه راهبردهای مطالعاتی و عملی در نظام دادرسی و رویه قضایی پیشنهاد می‌گردد.

منابع

- قرآن کریم
 قانون آیین دادرسی مدنی
 اشتهاوردی، علی پناه. (۱۴۱۷). *مدارک العروه*. تهران: نشر الاسبوه.
 اصفهانی، سید ابوالحسن. (۱۳۹۲). *وسيله النجاه مع حواشى الامام*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
 اصفهانی، سید ابوالحسن. (۱۳۹۳ق). *وسيله النجاه مع حواشى الغلپا یگانی*. قم: مهر استوار.
 امام خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۹۹). *تحریر الوسيله*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
 امام خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۳۴). *البيع*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
 انصاری، مرتضی بن محمدامین. (۱۴۱۱). *مکاسب*. قم: دارالذخائر.
 آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. (۱۴۰۶ق). *حاشیه المکاسب*. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
 آشتیانی، محمدحسن بن جعفر. (۱۳۸۳). *کتاب القضاء*. قم: نشر زهیر.
 پورطهماسبی فرد، محمد و محسنی، حسن. (۱۳۸۴). اصل تسلط طرفین دعوی بر جهات و موضوعات دعوا. *مجله کانون وکلای*، (۱۹۰).
 جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۸۹). *کتاب الحج، تقریرات اباحت محقق داماد*. قم: مرکز نشر اسراء.
 حسینی روحانی، سید محمد. (۱۴۱۸ق). *منتقى الاصول، تقریرات عبدالصاحب حکیم*. قم: دفتر آیت‌الله سید محمد حسینی روحانی.
 حسینی میلانی، محمدهادی. (بی تا). *محاضرات فی فقه الامامیه کتاب البيع*. قم.
 حلّی، حسین. (۱۴۳۲ق). *اصول الفقه*. قم: مکتبه الفقه و الاصول المختصه.
 خدابخشی، عبدالله. (۱۳۹۰). *حقوق دعاوی، مبانى فقهی آیین دادرسی مدنی*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
 خوانساری نجفی، موسی. (۱۳۷۳ق). *منیه الطالب فی حاشیه المکاسب*. تهران: مکتبه المحمدیه.
 خوبی، سید ابوالقاسم. (۱۳۸۸). *مکاسب البيع* (چاپ چهارم). قم: مؤسسه احیا الآثار امام خوبی.
 دهخدا، علی اکبر. (۱۳۶۳). *لغت نامه*. تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی دانشگاه تهران.
 رشتی، میرزا حبیب‌الله. (۱۳۱۶ق). *التعلیقہ علی مکاسب الشیخ الانصاری*. قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
 زین الدین، محمدامین. (۱۴۱۳). *کلمه التقوی*. قم: مطبعه مهر.
 سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۴۲۴). *ارشاد العقول الی مباحث الاصول، تقریرات درس محمدحسین حاج عاملی*. قم: مؤسسه الامام صادق.
 شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۲). *دروس الشرعیه فی الفقه الامامیه*. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
 شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳). *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
 صدر، سید محمد. (۱۴۲۰). *ماوراء الفقه*. بیروت: نشر الاضواء.
 طباطبایی حکیم، سیدمحسن. (۱۳۹۰). *مستمسک العروه الوثقی*. قم: مؤسسه دارالتفسیر.
 طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۷۵). *تهذیب الاحکام*. تهران: دارالکتب الاسلامی.
 طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۲۰ق). *تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه*. قم: مؤسسه الامام صادق.
 عراقی، آقا ضیا الدین. (۱۳۷۹). *کتاب القضاء*. قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا.
 علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۴). *تذکره الفقه*. قم: مؤسسه آل البيت.

- فاضل لنکرانی، محمد موحدی. (۱۴۲۱). *تفصیل الشریعه النکاح*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
- فیض، علیرضا. (۱۳۹۴). *مبانی فقه و اصول مشتمل بر بخشی از مسائل آن دو علم*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). *دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۶۳). *الکافی*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- گلپایگانی، سید محمدرضا موسوی. (۱۴۱۳). *کتاب القضاء*. قم: دارالقرآن الکریم.
- گلپایگانی، سید محمدرضا موسوی. (۱۴۱۴). *هدایه العباد*. قم: دارالقرآن الکریم.
- متین، احمد. (۱۳۸۱). *مجموعه رویه قضایی*. تهران: انتشارات رهام.
- محسنی، حسن. (۱۳۸۹). اداره جریان دادرسی بر پایه همکاری و در چارچوب دادرسی. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محسنی، حسن. (۱۳۹۶). *کد آیین دادرسی مدنی فرانسه (چاپ سوم)*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸). *شرایح الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. قم: اسماعیلیان.
- محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۳۸۳). *قواعد فقه (چاپ دوازدهم)*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مرعشی نجفی، سید شهاب الدین. (۱۴۰۶). *منهاج المومنین*. قم: کتابخانه عمومی آیت‌الله مرعشی نجفی.
- مظفر، محمدرضا. (بی‌تا). *حاشیه الشیخ المظفر علی المکاسب*. تحقیق شیخ جعفر کوثرانی. قم: حبیب.
- معین، محمد. (۱۳۷۶). *فرهنگ فارسی معین*. تهران: انتشارات امیرکبیر.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۱). *القواعد الفقهیه*. قم: مدرسه الامام امیر المومنین.
- موسوی بجنوردی، میرزا حسن. (۱۳۷۷). *قواعد الفقهیه*. قم: نشر الهادی.
- نجفی اصفهانی صاحب جواهر، محمدحسن. (بی‌تا). *جواهر الکلام*. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- وحید بهبهانی، محمدباقر بن محمد اکمل. (۱۴۱۷). *حاشیه مجمع الفائده و البرهان*. قم: مؤسسه علامه المجدد الوحید البهبهانی.
- یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۰). *حاشیه المکاسب*. قم: اسماعیلیان.
- یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۴). *تکمله العروه الوثقی*. قم: کتابفروشی داوری.
- Brus, F. (2014). *Le principe dispositif et le procès civil (Doctoral dissertation)*. Université de Pau et des Pays de l'Adour.
- Cornet, A., & Foyer, J. (2004). *Retour sur la qualification*. LGDJ.
- Mazeud, H., & Tunc, A. (2008). *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile (5th ed., Vol. 3)*. PUF.
- Mazeud, L. (1912). *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit*. RTD Civ.
- Motulsky, H. (1996). *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge*. Dalloz.
- Vincent, J., & Guinchard, S. (2008). *Procédure civile*. Dalloz.



A Reflection on the Jurisprudential Foundations of Iranian Article 562 of the Islamic Penal Code (2014)

Abdul Khaliq Fasihi¹ , Ahmad Haji Dehabadi² ,
and Seyyid Hassan Vahdati Shobeiri³ 

1. *Corresponding Author*, PhD Graduate in Jurisprudence and Judicial Law, Field of Study: Criminal Law and Criminology. Al-Mustafa International University, Qom, Iran. Email: fasihi55@gmail.com
2. Professor of Criminal Law and Criminology, College of Farabi, University of Tehran, Qom, Iran. Email: adehabadi@ut.ac.ir
3. Associate Professor, University of Qom, Qom, Iran. Email: vahdati11@gmail.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received
08 June 2023
Received in revised form
06 July 2023
Accepted
17 August 2023
Available online
21 December 2024

Keywords:
arsh al-jināyat (monetary compensation for injuries),
diyah (blood money),
taṣṣīf al-diyah (halving of diyah for women),
mabānī al-fiqhī (jurisprudential foundations),
article 562 of the islamic penal code

ABSTRACT

Article 562 of the 2014 Islamic Penal Code (IRI) represents an innovation that resolves ambiguities regarding arsh al-jināyat (monetary compensation for injuries or indemnity given in case of someone's injury by another) for women, which were previously unaddressed. This article establishes equality between men and women in arsh al-jināyat. This contrasts with Article 449 of the same code, which extends fixed diyah (blood money) regulations to arsh al-jināyat, potentially including the rule of taṣṣīf al-diyah (halving of diyah for women). Article 562, therefore, is an exception to Article 449, and the taṣṣīf al-diyah rule does not apply to arsh al-jināyat for women, resulting in equality with men. While explicit statements regarding the equality or inequality of arsh al-jināyat between women and men are absent in Imāmi juristic works, analyzing general principles from the chapter on diyah, arguments concerning mu'āqalah (shared responsibility in diyah payments) up to one-third of the full diyah, and related istiftā'āt (legal inquiries) reveals three viewpoints: 1) Absolute inequality in arsh al-jināyat between women and men; 2) Absolute equality; 3) Adherence to the taṣṣīf al-diyah rule for women. This research indicates that Article 562 adopts the view of absolute equality, a progressive step towards gender equality that diverges from the dominant view of contemporary Imāmi jurists. This approach avoids additional financial burdens on the bayt al-māl (house of wealth or public treasury), as the difference would need to be compensated from the fund for bodily injury compensations based on Article 551 if a woman's arsh were half that of a man.

Cite this article: Fasihi, A. K., Haji Dehabadi, A., & Vahdati Shobeiri, S. H. (2024). A Reflection on the Jurisprudential Foundations of Iranian Article 562 of the Islamic Penal Code (2014). *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 18 (2), 121-135. <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.16143.1777>





تأملی بر مبانی فقهی ماده ۵۶۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

عبدالخالق فصیحی^۱، احمد حاجی ده‌آبادی^۲، و سید حسن وحدتی شبیری^۳

۱. نویسنده مسئول، دانش‌آموخته دکتری فقه و حقوق قضایی گرایش جزا و جرم‌شناسی، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران. رایانامه: fasihi55@gmail.com

۲. عضو هیئت علمی دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: adehabadi@ut.ac.ir

۳. عضو هیئت علمی دانشگاه قم، قم، ایران. رایانامه: vahdati11@gmail.com

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله:</p> <p>مقاله پژوهشی</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۳/۱۸</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۴/۱۵</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۵/۲۶</p> <p>تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۱۰/۱</p>	<p>از نوآوری‌های ق.م.ا. ۱۳۹۲ ماده ۵۶۲ آن است که به اختلافات ناشی از سکوت ق.م.ا. سابق درباره ارش جنایت زنان پایان داد. مطابق این ماده، ارش جنایت زن و مرد برابر است. این در حالی است که ماده ۴۴۹ قانون مذکور مقررات دیه مقدر را در مورد ارش جنایت نیز جاری می‌داند و تصنیف دیه مقدر زنان از مصادیق این مقررات محسوب می‌شود. بنابراین ماده ۵۶۲ استثنایی است بر ماده ۴۴۹ و قاعده تصنیف دیه شامل ارش جنایت زنان نمی‌گردد و در ارش جنایت زنان، حکم به برابری با مردان می‌شود. در آثار فقیهان امامیه، راجع به برابری یا عدم برابری ارش جنایت زنان با مردان، بیان صریحی نیامده است، اما با تجزیه و تحلیل عمومات باب دیات، ادله قاعده معارقله دیه زن و مرد تا ثلث دیه کامل و استثنائات مرتبط، می‌توان به سه دیدگاه دست یافت: (۱) عدم برابری مطلق در ارش جنایت زن با مرد؛ (۲) برابری مطلق در ارش جنایت زن با مرد؛ (۳) تبعیت از قاعده تصنیف دیه زن در ارش جنایت زن. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که قانون‌گذار در ماده ۵۶۲ از میان سه دیدگاه، دیدگاه برابری مطلق زن با مرد در ارش جنایت را پذیرفته است. انتخاب این دیدگاه، هرچند گامی به سوی تساوی حقوق زن و مرد است، با دیدگاه مشهور فقیهان معاصر امامیه سازگار نیست. اما این حسن را دارد که از تحمیل بار اضافه بر بیت‌المال جلوگیری می‌کند، چراکه اگر ارش زن نصف ارش مرد باشد، آنگاه بر اساس تبصره ماده ۵۵۱ ق.م.ا. معادل تفاوت می‌بایست از صندوق تأمین خسارت‌های بدنی پرداخت شود.</p>
<p>کلیدواژه‌ها:</p> <p>ارش جنایت، دیه، تصنیف دیه زن، مبانی فقهی، ماده ۵۶۲ قانون مجازات اسلامی</p>	

استناد: فصیحی، عبدالخالق؛ حاجی ده‌آبادی، احمد؛ و وحدتی شبیری، سید حسن. (۱۴۰۳). تأملی بر مبانی فقهی ماده ۵۶۲

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲. *مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*، ۱۸ (۲)، ۱۳۵-۱۲۱.

<http://doi.org/10.22034/fvh.2023.16143.1777>



مقدمه

واکنش نظام جزایی اسلام در قبال جرائم علیه تمامیت جسمانی افراد در برخی موارد دیه است. دیه در یک تقسیم‌بندی به دیه نفس و اطراف (اعضاء) تقسیم می‌شود (مدنی کاشانی، ۱۴۰۸، ص. ۲۰). دیه اطراف یا مقدر است یا غیرمقدر. در ادبیات فقهی امامیه دیه اطراف غیرمقدر، ارش نامیده شده است (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج. ۵، ص. ۵۷۱). فقیهان امامیه با تتبع در احکام دیات اصول و قواعدی را از آن استخراج کرده‌اند که قاعده تصنیف دیه زن در صورت رسیدن به یک سوم دیه کامل مرد در زمره آن‌هاست (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۳، ص. ۳۵۲). قدر متیقن جریان قاعده یادشده در دیه مقدر است. اما جریان قاعده در دیه غیرمقدر یا ارش چه حکمی دارد؟ قانون‌گذار در ماده ۵۶۲ قانون مجازات اسلامی^۱ مصوب ۱۳۹۲ به تصنیف ارش جنایت پرداخته است که مفاد آن برابری زن و مرد در ارش جنایت است. به عبارت دیگر، قاعده تصنیف دیه زن در صورتی که به یک سوم برسد در ارش جنایت جاری نمی‌شود. ماده مذکور از ابتکارات و نوآوری‌های تدوین‌کنندگان قانون یادشده است و در قوانین گذشته اثری از مفاد آن نیست. در دوران حاکمیت قانون مجازات اسلامی سابق، برخی قضات برای ارش جنایت اعضا و منافع به ماده ۳۰۱ قانون مذکور مراجعه و استناد می‌نمودند که مقرر می‌داشت: «دیه زن و مرد یکسان است تا وقتی که مقدار دیه به ثلث دیه کامل برسد؛ در آن صورت، دیه زن نصف دیه مرد است.» از آنجا که در ماده ۳۰۱ از ارش جنایت به صراحت سخن نرفته بود، ماده مذکور تحمل بار برداشتهای گوناگون را داشت. عدم طرح مسئله در آثار فقیهان گذشته و معاصر نیز مزید بر علت بود.^۲

مبنای قانون‌گذاری در جمهوری اسلامی ایران فقه امامیه است. قانون مجازات اسلامی نیز از این امر مستثنا نیست. از همین روی، در این پژوهش در پی یافتن مبنای فقهی ماده ۵۶۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مبنی بر برابری ارش جنایت زنان با مردان هستیم. به نظر می‌رسد فقیهان امامیه بیان صریح و روشنی درباره تصنیف ارش جنایت زنان ندارند اما با تجزیه و تحلیل عموماً باب دیات، ادله قاعده معاقله

۱. ماده ۵۶۲ قانون مجازات اسلامی: در موارد ارش فرقی میان زن و مرد نیست لکن میزان ارش جنایت وارده بر اعضا و منافع زن نباید بیش از دیه اعضا و منافع او باشد، اگرچه مساوی با ارش همان جنایت در مرد باشد.

۲. به‌عنوان نمونه اختلاف برداشت از ماده ۳۰۱ شعبه ۴ و ۸ دادگاه تجدید نظر استان آذربایجان غربی منجر به صدور دو حکم متعارض شد. شعبه ۴ قاعده تصنیف را در ارش جنایت جاری نمی‌دانست به خلاف شعبه ۸ که مقررات دیه مقدر در دیه غیرمقدر را جاری می‌دانست. تشتت آرا پای دیوان عالی کشور را به میان کشید. هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۶۸۳ مورخ ۱۳۸۴/۱۰/۱۳ با تأیید دیدگاه شعبه ۸ دادگاه تجدید نظر استان آذربایجان غربی با اکثریت قریب به اتفاق نظر دادند که میان دیه و ارش تفاوتی وجود ندارد. جدای از رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور تا قبل از تدوین ماده ۵۶۲ ق. م. ا. م ۱۳۹۲ در این که تصنیف دیه شامل ارش جنایت می‌شود یا خیر میان حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود داشت (زارعت، ۱۳۹۲، ج. ۱، ص. ۶۰۸). با تصویب ماده ۵۶۲ رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور نسخ شد و اختلاف نظر درباره شمول و عدم شمول تصنیف دیه نسبت به ارش جنایت خاتمه یافت. قانونگذار در ماده ۵۶۲ به صراحت دیدگاه عدم شمول را پذیرفته و قاعده تصنیف دیه زن در صورتی که به یک سوم دیه کامل مرد برسد را در ارش جنایت بر اعضا و منافع جاری ندانسته است. ماده ۵۶۲ استثنایی است بر ذیل ماده ۴۴۹ که مقرر می‌دارد: «مقررات دیه مقدر در مورد ارش نیز جریان دارد مگر این که در قانون ترتیب دیگری مقرر شود.»

دیه زن و مرد تا ثلث دیه کامل و همچنین استفتائاتی که در این زمینه شده است می‌توان مبانی فقهی ماده مذکور را به دیدگاه برابری مطلق زن با مرد در ارش جنایت مستند کرد.

پیشینه پژوهش

کتاب‌های دیه و ارش نوشته مجید جمشیدی (۱۳۹۴)، ارش و مصادیق آن در پرتو قانون و رویه قضایی اثر عاطفه زاهدی (۱۳۹۵)، دیه مقدر و غیرمقدر تألیف محمود روزبهانی (۱۳۹۴) و قواعد فقه دیات نوشته احمد حاجی ده‌آبادی (۱۳۸۴) ارش جنایت را از زوایای مختلف بررسی کرده‌اند، اما به ارش جنایت زنان نپرداخته‌اند. همچنین پایان‌نامه‌های وجه اشتراک و افتراق دیه و ارش در فقه و حقوق ایران به قلم جلیل کریمی (۱۳۹۱)، چالش‌های دیه و ارش در فقه و حقوق موضوعه اثر رضا کشفی کمال (۱۳۹۲) و بررسی ارش و موارد آن در احکام جزایی فقه امامیه و حقوق کیفری ایران اثر محمدحسین فرخی (۱۳۹۰) نیز ارش جنایت را مورد پژوهش قرار داده‌اند، اما بررسی ارش جنایت زنان در آن‌ها مغفول مانده است. در میان مقالات منتشرشده در این زمینه مقالات محمد علیجورکویه و سیدمحمدحسن مرعشی در مجله مطالعات راهبردی زنان (۱۳۸۵) شماره ۳۲ قابل یادآوری‌اند. هر دو مقاله در فضای حاکمیت قانون مجازات اسلامی سابق تدوین شده‌اند و سال‌ها زیادی از انتشار آن می‌گذرد. علیجورکویه (۱۳۸۵) در تلاش است تا از رأی وحدت رویه شماره ۶۸۳ مورخ ۱۳/۱۰/۱۳۸۴ دفاع نماید و معتقد به تنصیف ارش جنایت زنان است. مقاله مرعشی (۱۳۸۵) نیز از رأی وحدت رویه یادشده انتقاد می‌کند، ولی از استدلال فقهی کمتر استفاده کرده است. از دیگر مقالات در زمینه ارش جنایت مقاله احمد حاجی ده‌آبادی (۱۳۸۹) در مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز است. در این مقاله به شیوه و متصدی تعیین ارش جنایت اشاره شده است اما به بحث ارش جنایت زنان پرداخته نشده است. با توجه به آنچه گفته شد، آثاری که در زمینه ارش جنایت نگاشته شده‌اند یا اصلاً به موضوع ارش جنایت زنان نپرداخته‌اند و یا اگر پرداخته‌اند به صورت گذرا و آن هم در فضای قانون مجازات اسلامی سابق و در رد و یا تأیید رأی وحدت رویه شماره ۶۸۳، درحالی‌که ماده ۵۶۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ رویکرد دیگری پیش گرفته است و ارش جنایت زنان با مردان را برابر دانسته است و تکلیف میزان و مقدار آن را نیز در اعضای که دیه مقدر دارند، مشخص نموده است.

مفهوم‌شناسی

از آنجا که در پژوهش‌های علوم انسانی روشن کردن مفاهیم و تعریف واژه‌ها از اهمیت خاصی برخوردار است، مقاله حاضر نیز با درک این اهمیت برای به دست دادن زبانی مشترک و هم‌زمینه‌چینی برای ورود به اصل بحث به تعریف پاره‌ای از مفاهیم که شناخت آن‌ها در فهم بیشتر و بهتر مقاله کمک می‌کند، پرداخته است.

ارش

ارباب لغت برای واژه ارش سه معنا ذکر کرده‌اند. نخست آن را به معنای دیه دانسته‌اند: «الارش الدیه» (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۱۱۶). معنای دیگری که در برخی کتاب‌های لغت برای ارش ذکر شده، دیه

جراحت است: «ارش: دية الجراحة» (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج. ۳، ص. ۱۱۶؛ جوهری، ۱۴۱۰، ج. ۳، ص. ۹۹۵؛ محمود، بی تا، ج. ۱، ص. ۱۳۳). وجه تمایز دو تعریف بالا در این است که بر پایه تعریف دوم ارش به جراحات اختصاص می‌یابد و دية نفس را در بر نمی‌گیرد. این منظور معنای سومی برای ارش ارائه کرده است. او معتقد است که ارش تنها شامل جراحاتی می‌شود که مقدار دية آنها معین نشده است. او همچنین حمل ارش بر هر جراحی چه مقدار آن معین شده باشد و چه نشده باشد را شاذ می‌داند: «الارش من الجراحات ما ليس له قدر معلوم وقيل: هو دية الجراحات» (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج. ۶، ص. ۲۶۳). به نظر می‌رسد در مقام داوری میان معنای موسع و مضیق واژه ارش، حق با طرفداران معنای موسع باشد. زیرا ارش در برخی روایات در دية معین نیز به کار رفته است (کلینی، ۱۴۲۹، ج. ۷، ص. ۳۳۳).

معنای اصطلاحی ارش از معنای لغوی آن چندان دور نیفتاده است. بیشتر فقیهان امامیه ارش را دية جنایت بر کمتر از نفس در صورتی که مقدار آن در شرع نیامده باشد تعریف کرده‌اند. تعریف مذکور به‌ویژه پس از محقق حلی در ادبیات فقهی امامیه رایج شد. او به صراحت می‌نگارد که هر جنایتی که دية آن مقدر نباشد، در آن ارش است: «کل ما لا تقدیر فیه فیه الأرش» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج. ۴، ص. ۲۴۴؛ ابن‌فهد حلی، ۱۴۰۷، ج. ۵، ص. ۵۷۱؛ فخر المحققین، ۱۳۸۷، ج. ۴، ص. ۶۸۴؛ عاملی، ۱۴۴۴، ج. ۴، ص. ۵۲۳؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج. ۱۴، ص. ۳۵۵؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۳، ص. ۱۶۸؛ خویی، ۱۴۲۲، ج. ۴۲، ص. ۳۳۰؛ خمینی، ۱۳۹۲، ج. ۲، ص. ۵۷۰). در برابر تعریف بالا از ارش جنایت تعریف دیگری نیز در منابع فقهی دیده می‌شود که ارش را دية جنایت کمتر از نفس معنا کرده است، چه مقدار آن در شرع معین باشد و چه نباشد. نویسنده کتاب کشف الرموز در این زمینه می‌نگارد: «هرچند محقق حلی ارش را در آثارش برای دية کمتر از نفس که مقدار آن را شرع معین نکرده به کار برده است، ارش معنایی عام دارد و دية مقدر و غیرمقدر کمتر از نفس را در بر می‌گیرد» (فاضل آبی، ۱۴۰۸، ج. ۲، ص. ۶۲۷).

تفاوت میان معنای نخست ارش جنایت که مشهور فقیهان امامیه ارائه کرده‌اند، با معنای دوم در این است که بر پایه معنای نخست، ارش جنایت به دية غیرمقدر کمتر از نفس اختصاص می‌یابد، اما مطابق معنای دوم، ارش جنایت، دية جنایت کمتر از نفس است؛ چه مقدر باشد و چه غیرمقدر. معنای دوم به تعریفی که فقیهان اهل سنت از ارش نموده‌اند، بسیار نزدیک است (نظام‌الدین، ۱۴۲۳، ج. ۶، ص. ۲۳؛ مجموعه من کبار اساتذہ الفقه الاسلامی، ۱۳۹۰، ج. ۳، ص. ۸۴).

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز در ماده ۴۴۹ به پیروی از دیدگاه مشهور فقیهان امامیه، ارش جنایت را دية غیرمقدر دانسته است:

ارش، دية غیرمقدر است که میزان آن در شرع تعیین نشده است و دادگاه با لحاظ نوع و کیفیت جنایت و تأثیر آن بر سلامت مجنی‌علیه و میزان خسارت وارده با در نظر گرفتن دية مقدر و با جلب نظر کارشناس، میزان آن را تعیین می‌کند. مقررات دية مقدر در مورد ارش نیز جریان دارد، مگر اینکه در این قانون ترتیب دیگری مقرر شود.

دیه

دیه از مفاهیم مرتبط با ارش است که در کتاب‌های لغت برای آن معانی هلاک، خون‌بها و حق مقتول آمده است (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۵، ص ۳۸۳). واژه دیه در قرآن و روایات فراوان به کار رفته است و بخشی از کتاب‌های فقهی نیز به بحث دیات اختصاص دارد (نساء ۹۱-۹۲؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۱۱۴). فقیهان برای دیه دو تعریف مضیق و موسع ارائه کرده‌اند.

برخی فقیهان دیه را به‌گونه‌ای معنا کرده‌اند که ارش را نیز در بر بگیرد: «هی المال المفروض فی الجنایة علی النفس أو الطرف أو الجرح أو نحو ذلك» (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۲، ص ۲۲۹). در این تعریف، مالی که در برابر جنایت باید پرداخت گردد، هم دیه معین و هم دیه غیرمعین را در بر می‌گیرد (حائری طباطبائی، ۱۴۱۸، ج ۱۶، ص ۳۴۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۳، ص ۳؛ خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۵۵۳).

اما برخی از فقیهان دیه را مضیق معنا کرده‌اند به طوری که شامل ارش نگردد؛ به عبارت دیگر، آنان دیه را برای مواردی که مقدار آن در شرع معین شده است، به کار برده‌اند: «الدیة مقدار أوجبہ الشارع فی جنایة مضمونة، و یشمل النفس و الطرف» (ابن‌فهد حلی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۲۳۹؛ سبزواری، ۱۴۳۰، ج ۲۹، ص ۶۰؛ مامقانی، بی‌تا، ص ۵۱۳).

ماده ۲۹۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ تعریفی موسع از دیه ارائه داده بود: «دیه مالی است که به سبب جنایت بر نفس یا عضو به مجنی‌علیه یا ولی یا اولیای دم او داده می‌شود». در ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز تعریف زیر از دیه ارائه شده است: «دیه اعم از مقدر و غیرمقدر، مالی است که در شرع مقدس برای ایراد جنایت غیرعمدی بر نفس، اعضا و منافع و یا جنایت عمدی در مواردی که به هر جهتی قصاص ندارد، به موجب قانون مقرر می‌شود».

مبانی فقهی تساوی یا عدم تساوی در ارش جنایت زن با مرد

مفاد ماده ۵۶۲ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲ این است که ارش جنایت اعضا و منافع زنان برابر و مساوی با مردان است؛ در این قسمت از پژوهش به دنبال یافتن مبنا و توجیه فقهی ماده مذکور هستیم. در آثار فقیهان امامیه بیان صریح و روشنی درباره برابری یا عدم برابری ارش جنایت زن با مرد دیده نشده است. شاید علت سکوت قانون‌گذار در ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۰ هم همین بوده باشد (چورکویه، ۱۳۸۵، ص ۳۲). اما شاید بتوان با تجزیه و تحلیل عموماً و اطلاقات باب دیات، ادله قاعده معارقه دیه زن و مرد تا ثلث دیه کامل و همچنین استفتائاتی که در این زمینه شده است، حکم مسئله را تا حدودی روشن کرد. از بررسی مجموع عموماً باب دیات، ادله و استفتائات مرتبط با برابری یا عدم برابری زن با مرد در ارش جنایت می‌توان به سه دیدگاه دست یافت:

- (۱) عدم برابری مطلق در ارش جنایت زن با مرد (بهبخت، ۱۳۸۶، ص ۷۷)؛
- (۲) برابری مطلق در ارش جنایت زن با مرد (نرم‌افزار گنجینه استفتائات قضایی، ۱۳۹۲)؛
- (۳) تبعیت از قاعده تنصیف دیه زن در ارش جنایت زن (لنکرانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۶۹).

عدم برابری مطلق در ارش جنایت زن با مرد

این دیدگاه را می‌توان به مرحوم آیت‌الله بهجت نسبت داد. بر پایه این دیدگاه، ارش جنایت زن با مرد برابر نیست، حتی اگر کمتر از یک‌سوم دیه کامل مرد باشد. این دیدگاه مدعی است ارش جنایت در زنان همواره نصف مردان است؛ زیرا زن بودن و جنسیت در تعیین میزان ارش جنایت مطمح نظر قرار داده شده است. به عبارت دیگر، ارش زنان از دیه زن که نصف مرد است، محاسبه می‌شود. پاسخ مرحوم آیت‌الله بهجت به دو استفتاء راجع به ارش جنایت در زنان این گمان را تقویت می‌کند که ایشان طرفدار دیدگاه عدم برابری مطلق زن با مرد در ارش جنایت است.

سؤال: با توجه به اینکه دیه زن در جایی که بیش از ثلث ديه باشد، به نصف تقلیل می‌یابد، بفرمایید: اگر مقدار ارش، بیش از ثلث کل ديه باشد، آیا به نصف تقلیل می‌یابد؟

جواب: معنای ارش آن است که پس از ملاحظه نسبت دو قیمت در حال صحت و پس از جنایت، تفاوت از دیه نفس ماخوذ می‌شود (قهراً ديه در نفس زن ملاحظه می‌شود) (نرم‌افزار گنجینه استفتائات قضایی، ۱۳۹۲).

همچنین وی در مقام پاسخ به استفتایی دیگر، قاعده تنصیف را به ديه اختصاص می‌دهد و در ارش جنایت جاری نمی‌داند (بهجت، ۱۳۸۶، ص. ۷۷). از کنار هم گذاشتن این دو استفتاء روشن می‌شود که ایشان طرفدار دیدگاه عدم برابری مطلق است.

این دیدگاه را می‌توان به صحیحۀ ابی مریم مستند کرد. در این روایت، ابی مریم از امام باقر (ع) روایت می‌کند: «جراحات النساء على النصف من جراحات الرجال فی کل شیء» (طوسی، ۱۴۰۷، ج. ۱۰، ص. ۱۸۵). این صحیحۀ بیان می‌دارد که جراحات‌های زنان در تمامی موارد نصف جراحات مردان محاسبه می‌گردد. این روایت از جهت سند معتبر و از لحاظ دلالت مطلق و عام است؛ واژه «جراحات» اطلاق دارد، هم شامل جراحات مقدر و هم شامل جراحات غیرمقدر می‌شود، چنان‌که جوهری در تعریف لغوی ارش آورده است: «ارش: دية الجراحة» (جوهری، ۱۴۱۰، ج. ۳، ص. ۹۹۵). در این روایت از واژه «ديه» استفاده نشده است، بنابراین احتمال اختصاص به دیه مقدر یا دیه کامل منتفی است. از سوی دیگر، عبارت «فی کل شیء» عام است و هم شامل کمتر از یک‌سوم و هم شامل بیشتر از یک‌سوم را می‌شود. بنابراین بر اساس این روایت، ارش جنایت زنان چه کمتر از یک‌سوم باشد و چه بیشتر از یک‌سوم، همواره تنصیف خواهد شد. در روایت آنچه اهمیت دارد، جنسیت و زن بودن است. جنسیت باعث می‌شود جراحات چه مقدر باشد و چه غیرمقدر (ارش جنایت) و چه به میزان کمتر از یک‌سوم باشد یا بیشتر، نصف محاسبه شود.

در مقام ارزیابی دیدگاه عدم برابری مطلق باید گفت: هرچند روایت ابی مریم از نگاه دلالت بر این دیدگاه تمام است، روایات معارضی وجود دارند که پیروی از دیدگاه عدم برابری مطلق را مشکل می‌سازد. این روایات بیشتر تکیه بر عدم برابری بر مازاد بر یک‌سوم دارند و کمتر از یک‌سوم را برابر می‌دانند. به دلیل وجود روایات معارض، روایت ابی مریم حمل بر مازاد بر یک‌سوم ديه شده است: «أقول: هذا محمول علی ما زاد عن ثلث الدية لما مر و تقدم ما يدل علی ذلك هنا و فی دیات الأعضاء و فی القصاص» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج. ۲۹، ص. ۳۸۴).

بنابراین با توجه به روایات معارض مقیدی که در این زمینه وجود دارد، تمسک به اطلاق و عموم روایت ابی مریم مغایر اصول و مبانی استنباط خواهد بود. بدون در نظر گرفتن سایر روایات، استدلال به روایت ابی مریم تمام است و تنصیف ارش جنایت زنان در همه موارد بلاشکال خواهد بود. اما در مقام افتاء صرفاً بر اساس روایت ابی مریم نمی‌توان اظهار نظر کرد. فراوانی روایات معارض به اندازه‌ای است که صاحب وسایل، روایت ابی مریم را حمل بر مازاد بر یک‌سوم دیه کرده است. روایات مقید به دو دسته تقسیم می‌شوند: دسته‌ای که در آن‌ها از واژه دیه استفاده شده است، مانند روایات ابان بن تغلب و سماعه و دسته‌ای که در آن‌ها واژه جراحات به کار رفته است، مثل روایت حلبی.^۱ روایات مذکور صحیحه ابی مریم را این‌گونه مقید می‌کنند که اگر صدمات و جراحات وارده به زن به ثلث دیه مرد برسد، ارش جنایت زنان تنصیف خواهد شد؛ زیرا بر پایه قواعد اصول فقه در صورت تعارض بین روایت عام و خاص، روایت عام از عمومیت می‌افتد و محتوای روایت عام بر روایت خاص حمل می‌گردد و به این ترتیب تعارض ابتدایی زایل می‌شود. از سوی دیگر، بیشتر فقیهان معاصری که در قالب استفتاء به مسئله پاسخ داده‌اند، به عمومیت روایت ابی مریم عمل نکرده‌اند و با استفاده از روایات مخصوصه قائل به تنصیف شده‌اند.^۲ در نتیجه، دیدگاه عدم برابری مطلق ارش جنایت زن با مرد اثبات نمی‌شود.

برابری مطلق در ارش جنایت زن با مرد

مقام معظم رهبری طرفدار این دیدگاه است. بر پایه این دیدگاه، جنسیت و زن بودن در محاسبه ارش جنایت نقش و جایگاهی ندارد. ارش جنایت زن با مرد مساوی و برابر است، حتی اگر از یک‌سوم دیه کامل مرد تجاوز کند. از میان فقیهان معاصر، مقام معظم رهبری مطابق این دیدگاه فتوا داده‌اند. ایشان در ذیل استفتایی، تنصیف را اختصاص به دیه مقدر داده‌اند.

سؤال: دیه جراحات‌های زن که در صورت به ثلث رسیدن نصف می‌شود، آیا مجموع جراحات‌ها منظور است یا یک جرح است و در این خصوص آیا باید ارش را نیز محاسبه کرد یا خیر؟
جواب: میزان وحدت و تعدد جرحات وارد شده بر اعضاست؛ به‌عنوان مثال، اگر ایراد جرح‌های متعدد، چشم را کور، گوش را کر و دست را شل کند و مجموع دیات زاید بر ثلث دیه مرد باشد، تنصیف نمی‌شود. تنصیف راجع به‌خصوص دیات مقدره است (نرم‌افزار گنجینه استفتائات قضایی، ۱۳۹۲).

فراز پایانی استفتای بالا ناظر به دیدگاه برابری مطلق زن با مرد در ارش جنایت است. مقام معظم رهبری در پاسخ استفتای یادشده به‌وضوح بیان داشته‌اند که در ارش جنایت زنان، حکم دیه جاری نیست. از مباحث مهم مطرح در باب دیات و ارش جنایت این است که آیا دیه و ارش جنایت در احکام خود مشترک

۱. روایات مقید در ادامه مقاله در دیدگاه سوم بحث و بررسی شده است.

۲. نظرات این دسته از فقیهان در ادامه مقاله در دیدگاه سوم آمده است.

هستند یا متفاوت. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقررات دیه مقدر را در مورد ارش هم جاری می‌داند.^۱ آیت‌الله صافی گلپایگانی از مراجع معاصر نیز معتقد به اشتراک احکام دیه و ارش جنایت است.^۲ اما پاسخ مقام معظم رهبری به استفتای بالا نشان می‌دهد که ایشان احکام دیه و ارش را مشترک نمی‌دانند یا حداقل در مورد تنصیف ارش زنان آن را نپذیرفته و تصریح کرده‌اند که تنصیف به دیه مقدر اختصاص دارد و شامل ارش جنایت که دیه غیرمقدر است، نمی‌شود.

مستند و مبنای فقهی دیدگاه برابری مطلق زن با مرد در ارش جنایت ذکر نشده است (مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه، ۱۳۸۱، ج. ۱، ص. ۲۸۹؛ حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۱، ص. ۴۵۰). اما ممکن است طرفداران این دیدگاه به مبانى و مستندات زیر استناد کنند:

الف. اصل مساوات و برابری

مساوات و برابری انسان‌ها نخستین پایه نظام اجتماعی اسلام است. بر این اصل، قرآن مهر تأیید زده است. خداوند در آیات متعددی از مساوات و برابری انسان‌ها سخن گفته است. به‌عنوان نمونه در آیه نخست سوره نساء می‌فرماید: «همه افراد انسان از هر نژاد و با هر نوع خصیصه مادی و معنوی از دو انسان مرد و زن آفریده شده‌اند، نخستین مرد و زن که پدر و مادر همه انسان‌ها هستند، از نوع و طبیعت مشابه آفریده شده‌اند» (نساء ۱).

اصل مساوات و برابری حکم می‌کند که همه انسان‌ها جدا از ویژگی‌های جنسیتی، نژادی، جغرافیایی و... از حقوق و تکالیف همانند برخوردارند، مگر آنکه دلیل معتبر، متقن و محکم‌پسندی عدول از اصل یادشده را توجیه نماید. دانشمندان علم اصول در این زمینه بحثی را مطرح کرده‌اند که آیا امکان تخصیص عمومات کتاب، مانند اصل مساوات و برابری به خبر واحد وجود دارد یا خیر؟ اتفاق متأخران از فقهای شیعه و اکثر اهل سنت بر امکان تخصیص عام قرآنی به خبر واحد است. از قدمای امامیه، به سید مرتضی عدم جواز تخصیص نسبت داده شده (علم الهدی، ۱۳۷۶، ج. ۱، ص. ۲۸۰-۲۸۱) و از اهل سنت، عیسی بن ابان (م ۲۲۱) قائل به عدم جواز شده، مگر در موردی که در رتبه قبل با دلیل قطعی دیگری تخصیص خورده باشد که در این صورت تخصیص قرآن به خبر واحد جایز است (آمدی، ۱۴۲۴، ج. ۱، ص. ۵۲۵) و نیز از اهل سنت در این مسئله قاضی ابوبکر توقف کرده است (مکارم شیرازی، بی‌تا). در تنصیف دیه زن، ادله معتبر و متقنی، مانند روایات و اجماع وجود دارد که عدول از اصل و عموم مساوات و برابری را توجیه می‌نماید، اما فقدان ادله معتبر و محکم در استثنا نمودن تنصیف ارش جنایت زن باعث می‌شود تا ارش جنایت زن از اصل مساوات و برابری عدول نکند و مانند مردان محاسبه شود.

۱. ماده ۴۴۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: ... مقررات دیه مقدر در مورد ارش نیز جریان دارد، مگر اینکه در این قانون ترتیب دیگری مقرر شده باشد.

۲. آیت‌الله صافی گلپایگانی می‌نویسد: «ظاهراً دیات مقدره و همچنین غیرمقدره که به وسیله ارش معلوم می‌شود و در مواردی که با صلح یا حکم حاکم تعیین می‌گردد، در احکام عامه مشترک می‌باشند» (صافی گلپایگانی، ۱۳۸۰، ج. ۲، ص. ۳۳۶).

ب. ناظر بودن ادله تنصیف به دیه مقدر

مبنای فقهی دیگری که می‌توان برای دیدگاه برابری مطلق زن با مرد در ارش جنایت مطرح کرد، این است که ادله‌ای که در آن‌ها از تنصیف نام برده شده‌اند، ناظر به دیه مقدر است؛ زیرا در این روایات از تعبیر دیه استفاده شده است که ظهور در دیه مقدر و معین دارد و نیز در آن‌ها تعبیری همچون ثلث و نصف به کار رفته است که در دیه مقدر و معین قابل تصور است. به‌عنوان نمونه روایت سماعه به‌خوبی گویای این مطلب است: «الرجال والنساء فی الدیة سواء حتی تبلغ الثلث، فاذا جازت الثلث فانها مثل نصف دية الرجل» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ص ۳۵۳)؛ همچنین روایت ابان بن تغلب: «ان المراه تعاقل الرجل الی ثلث الدیة، فاذا بلغت الثلث رجعت الی النصف» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۱۸۴).

در روایات بالا تعبیری همچون ثلث، نصف و دیه به کار رفته است که ظهور در دیه مقدر دارند. در دیه غیرمعین (ارش جنایت) کلماتی همچون ثلث و نصف قابل استفاده نیست، به‌دلیل اینکه ارش جنایت دیه معین و مقدر ندارد. بنابراین ادله تنصیف اختصاص به دیه مقدر دارد و شامل ارش جنایت نمی‌شود و در ارش جنایت تفاوتی میان زن و مرد نیست.

به نظر می‌رسد قانون‌گذار در ماده ۵۶۲ از دیدگاه برابری مطلق زن با مرد در ارش جنایت پیروی کرده است و این دیدگاه را بر دو دیدگاه دیگر ترجیح داده است. از همین رو می‌توان گفت مبنای فقهی ماده ۵۶۲ فتوای مقام معظم رهبری، اصل مساوات و برابری و ناظر بودن ادله تنصیف به دیه مقدر است. مزیت این دیدگاه این است که از تحمیل بار اضافه بر بیت‌المال جلوگیری می‌کند، چراکه اگر ارش زن نصف ارش مرد باشد، آنگاه بر اساس تبصره^۱ ماده ۵۵۱ ق.م.ا. معادل تفاوت می‌بایست از صندوق تأمین خسارت‌های بدنی پرداخت شود.

در دیدگاه برابری مطلق زن با مرد در ارش جنایت به دو دلیل استناد شد که به ارزیابی آن‌ها می‌پردازیم. در این دیدگاه همان‌طور که بیان شد، ممکن است ادعا شود که تنصیف مغایر اصل مساوات و برابری است و تا دلیل معتبری برای عدول موجود نباشد، نمی‌توان از آن اصل بنیادین عدول کرد و در ارش جنایت آن دلیل معتبر و محکم مفقود است. در پاسخ به استدلال یادشده باید گفت: روایات دال بر تنصیف به میزانی فراوان است که از حالت استثنا خارج شده و بدل به قاعده و اصل گشته است و فقها از آن با عنوان قاعده «تعاقل المراه الرجل الی ثلث الدیة» یاد کرده‌اند. نکته‌ای که در قاعده تنصیف باید به آن توجه شود، نسبت قاعده مذکور با روایت ابی مریم است که در آن از واژه جراحات استفاده شده و ارش جنایت را نیز شامل می‌شود. مقتضای روایت ابی مریم تنصیف در کمتر و بیشتر از یک‌سوم است، درحالی‌که قاعده تنصیف در کمتر از یک‌سوم طرفدار برابری دیه و ارش جنایت زن با مرد است. در مقام حل این تعارض از روایات برابری دیه زن با مرد در کمتر از یک‌سوم به‌عنوان مقید روایت ابی مریم استفاده می‌شود.

دلیل دوم دیدگاه برابری مطلق زن با مرد در ارش جنایت این بود که ادله تنصیف ناظر بر دیه مقدر است، زیرا در ادله مذکور از واژه دیه و ثلث و نصف استفاده شده است که با دیه مقدر سازگار و همخوانی

۱. تبصره: در کلیه جنایاتی که مجنی‌علیه مرد نیست، معادل تفاوت دیه تا سقف دیه مرد از صندوق تأمین خسارت‌های بدنی پرداخت می‌شود.

دارد. در مقام پاسخ به این استدلال باید گفت تفحص و جست‌وجو در میان ادله تنصیف نشان می‌دهد که در ادله آن علاوه از لفظ دیه، از لفظ جراحات نیز فراوان استفاده شده است و این استدلال طرفداران برابری مطلق زن با مرد در ارش جنایت را مخدوش می‌کند. زیرا جراحات عام است و شامل دیه مقدر و غیرمقدر هر دو می‌شود. مثلاً روایت ابی بصیر: «جراحات المراه و الرجل سواء» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج. ۲۹، ص. ۳۸۴) و روایت حلبی: «جراحات الرجال و النساء سواء» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج. ۲۹، ص. ۱۶۳) و روایت ابی مریم: «جراحات النساء على النصف من جراحات الرجال في كل شيء» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج. ۲۹، ص. ۳۸۴) دیگر اینکه استفاده از واژه‌هایی مانند نصف و ثلث اختصاص به دیه مقدر ندارد، این کلمات را در ارش جنایت نیز می‌توان به کار برد.

تبعیت از قاعده تنصیف دیه زن در ارش جنایت زن

در فقه دیات قاعده‌ای با نام «قاعده معافله دیه زن و مرد تا ثلث دیه کامل» یا «تعادل المراه الرجل الی ثلث الدیه» وجود دارد که مفاد آن این است: «مساوی بودن دیه زن و مرد تا ثلث دیه کامل مرد و نصف بودن دیه زن نسبت به دیه مرد از ثلث دیه کامل یا بیشتر از آن» (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۴، ص. ۲۷۱).

طرفداران دیدگاه تبعیت ارش جنایت از قاعده تنصیف دیه زن بر این باورند که ارش جنایت نیز مانند دیه تا رسیدن به یک‌سوم دیه کامل مرد میان زن و مرد برابر است و در یک‌سوم و بیشتر از آن ارش جنایت زن نصف می‌گردد. در آثار فقیهان گذشته تصریحی درباره این مطلب دیده نمی‌شود. اما فقهای معاصر در پاسخ به استفتائاتی که از آن‌ها شده است، به اختصار به مطلب بالا پرداخته‌اند:

سؤال - آیا در صدمات وارده بر بدن، حکم ارش با حکم دیه یکی است که در زن اگر به ثلث برسد، برمی‌گردد به نصف؟ جواب - بلی، ارش نیز مانند دیه است؛ یعنی در زنان اگر به ثلث دیه کامل مرد برسد، تنصیف می‌شود (لنکرانی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۴۶۹).

فقیهانی همچون آیت‌الله مکارم شیرازی، نوری همدانی، صافی گلپایگانی نیز بر همین باورند (نرم‌افزار گنجینه استفتانات قضایی، ۱۳۹۲).

برای این دیدگاه می‌توان به دلیل روایی استناد جست. روایاتی که مستند دیدگاه تبعیت ارش جنایت از قاعده تنصیف‌اند، خود به دو دسته تقسیم می‌شوند؛ دسته اول روایاتی که در آن‌ها از واژه دیه استفاده شده است و روایاتی که در آن‌ها از واژه جرح است استفاده شده است. روایت ابان بن تغلب در دسته اول قرار می‌گیرد: «ان المراه تعادل الرجل الی ثلث الدیه فاذا بلغت الثلث رجعت الی النصف» (طوسی، ۱۴۰۷، ج. ۱۰، ص. ۱۸۴).

روایت سماعه نیز در دسته نخست جای می‌گیرد: «الرجال و النساء فی الدیه سواء حتی تبلغ الثلث فاذا جازت الثلث فانها مثل نصف دیه الرجل» (طوسی، ۱۴۰۷، ج. ۱۰، ص. ۱۸۴). استناد به این دسته روایات مبتنی و متکی به این پیش‌فرض است که دیه معنایی عام داشته باشد و شامل دیه مقدر و غیرمقدر شود و گرنه روایات بالا نمی‌توانند مستند دیدگاه تبعیت ارش جنایت از قاعده تنصیف شوند.

دسته دوم روایاتی‌اند که در آن‌ها از تعبیر جراحات استفاده شده است، مانند روایت سماعه: «سألته عن جراحة النساء فقال الرجال و النساء فى الدية سواء حتى تبلغ الثلث فاذا جازت الثلث فانها مثل نصف دية الرجل» (طوسی، ۱۴۰۷، ج. ۱۰، ص. ۱۸۴). همچنین در روایت حلبی نیز از تعبیر جراحات استفاده شده است: «قال جراحات الرجال و النساء سواء سن المراه بسن الرجل و موضحة المراه بموضحة الرجل و اصبع المراه باصبع الرجل حتى تبلغ الجراحة ثلث الدية فاذا بلغت ثلث الدية أضعفت دية الرجل على دية المراه» (طوسی، ۱۴۰۷، ج. ۱۰، ص. ۱۸۴).

استدلال طرفداران دیدگاه تبعیت ارش جنایت از قاعده تنصیف به روایاتی که در آن‌ها از واژه جراحات استفاده شده است، محکم‌تر و متقن‌تر است؛ زیرا جراحات هم دیه مقدر را شامل می‌شود و هم دیه غیرمقدر را. درحالی‌که در روایات دسته نخست مانع مبنایی وجود دارد و آن تردید در جامعیت معنایی دیه نسبت به ارش جنایت است؛ زیرا اطلاق دیه به ارش جنایت محل اختلاف است.

از میان سه دیدگاه فقهی که درباره ارش جنایت اعضا و منافع زنان مطرح شد، دیدگاه اخیر با اصول و قواعد استنباط بیشتر هم‌خوانی داشته و از مبنای فقهی محکم‌تری برخوردار است و در میان فقیهان معاصر طرفداران بیشتری دارد. اما قانون‌گذار در ماده ۵۶۲ از این دیدگاه عدول کرده است و دیدگاه برابری مطلق زن با مرد در ارش جنایت را پذیرفته است که در میان فقیهان معاصر طرفداران کمتری دارد.

نتیجه‌گیری

از مباحثی که درباره مبانی فقهی ماده ۵۶۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مطرح شد، می‌توان به این نتیجه رسید که از نوآوری‌های ق.م.ا. ۱۳۹۲ ماده ۵۶۲ است که به اختلافات ناشی از سکوت ق.م.ا. سابق درباره ارش جنایت زنان پایان داد. مطابق این ماده، ارش جنایت زن و مرد برابر است. در آثار فقیهان امامیه راجع به برابری یا عدم برابری ارش جنایت زنان با مردان بیان صریحی نیامده است. اما با تجزیه و تحلیل عمومات باب دیات، ادله قاعده معافله دیه زن و مرد تا ثلث دیه کامل و استفتائات مرتبط، می‌توان به سه دیدگاه دست یافت: (۱) عدم برابری مطلق در ارش جنایت زن با مرد؛ (۲) برابری مطلق در ارش جنایت زن با مرد؛ (۳) تبعیت از قاعده تنصیف دیه زن در ارش جنایت زن. قانون‌گذار در ماده ۵۶۲ از میان سه دیدگاهی که درباره برابری یا عدم برابری ارش جنایت زن و مرد مطرح است، دیدگاه برابری مطلق زن با مرد در ارش جنایت را پذیرفته است. مستند و مبنای فقهی دیدگاه برابری مطلق زن با مرد در ارش جنایت ذکر نشده است. اما ممکن است این دیدگاه به اصل مساوات و برابری و ناظر بودن ادله تنصیف به دیه مقدر مستند شود. انتخاب این دیدگاه هرچند گامی به سوی تساوی حقوقی زن و مرد است، با دیدگاه مشهور فقیهان معاصر امامیه سازگار نیست، زیرا آنان طرفدار دیدگاه تبعیت ارش جنایت زنان از قاعده تنصیف دیه زن‌اند. اما این حسن را دارد که از تحمیل بار اضافه بر بیت‌المال جلوگیری می‌کند، چراکه اگر ارش زن نصف ارش مرد باشد، آنگاه بر اساس تبصره ماده ۵۵۱ ق.م.ا. معادل تفاوت باید از صندوق تأمین خسارت‌های بدنی پرداخت شود.

منابع

- ابن منظور، جمال‌الدین محمد بن مکرم. (۱۴۱۴). *لسان العرب*. (چاپ سوم). بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- ابن فهد حلّی، احمد بن محمد. (۱۴۰۷). *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۴). *مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- آمدی، سیف‌الدین. (۱۴۲۴). *الأحكام فی اصول الأحكام*. بیروت: دار الصمیعی.
- بهجت، محمدتقی. (۱۴۲۶). *جامع المسائل*. (چاپ دوم). قم: دفتر معظم له.
- جور کویه، محمدعلی. (۱۳۸۵). طرح دیدگاه موافق تنصیف ارش مازاد بر ثلث ديه زنان. *مطالعات راهبردی زنان*، (۳۲).
- جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰). *الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیه*. بیروت: دارالعلم للملایین.
- حاجی ده‌آبادی، احمد. (۱۳۸۴). *قواعد فقه دیات*. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- حاجی ده‌آبادی، احمد. (۱۳۹۱). *قواعد فقه جزایی*. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹). *وسائل الشیعه*. قم: مؤسسه آل‌البتی.
- حسینی عاملی، سید جواد. (۱۳۱۸). *مفتاح الکرامه*. بیروت: دارالتراث.
- خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۹۲). *تحریر الوسیله*. قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲). *مبانی تکمله المنهاج*. قم: مؤسسه إحياء آثار الامام الخویی.
- سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۳۰). *مهذب الأحكام*. قم: دارالتفسیر.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الامامیه*. (چاپ سوم). تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷). *تهذیب الأحكام*. (چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۴۱۳). *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الاسلام*. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- عبدالله مامقانی. (بی‌تا). *مناهج المتقین فی فقه ائمه الحق و البقین*. بی‌جا: مؤسسه آل‌البتی علیهم السلام.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰). *قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- علم الهدی، علی بن حسین. (۱۳۶۷). *الذریعه الی اصول الشریعه*. تهران: دانشگاه تهران.
- فاضل‌آبی، حسن بن ابی‌طالب. (۱۴۰۸). *کشف الرموز فی شرح المختصر النافع*. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد. (بی‌تا). *جامع المسائل*. (چاپ یازدهم). قم: امیر قلم.
- فاضل‌هندی اصفهانی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶). *کشف اللثام و الابهام عن قواعد الأحكام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷). *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰). *کتاب العین*. (چاپ دوم). قم: نشر هجرت.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷). *الکافی*. (چاپ چهارم). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- مجموعه من کبار اساتذة الفقه الاسلامی. (۱۴۰۸). *موسوعة الفقه الاسلامی المقارن*. قاهره: وزارة الأوقاف المجلس الأعلى للشئون الاسلامیه.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- محمود، عبدالرحمن. (بی‌تا). *معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیّه*. بی‌جا: بی‌نا.

مدنی کاشانی، رضا. (۱۴۰۸). *کتاب الديات*. قم: جامعه مدرسین.
 مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه. (۱۳۸۱). *مجموعه آرای فقهی قضایی در امور کیفری*. قم: بی‌نا.
 معاونت تحقیقات قوه قضائیه. (۱۳۹۲). *نرم‌افزار گنجینه استفتانات قضایی*.
 مکارم شیرازی، ناصر. (بی‌تا). امکان تخصیص و تقیید قرآن به حدیث؟ *آیین رحمت*. بازیابی شده از:
[https://www.makarem.ir/main.aspx?lid=0](https://www.makarem.ir/main.aspx?lid=0&mid=41017&pageindex=2&catid=25445&typeinfo=1)

4

نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴). *جواهر الکلام فی شرح شرائح الاسلام*. (چاپ هفتم). دار احیاء التراث العربی.
 نظام‌الدین و جماعة من العلماء الهند الاعلام. (۱۴۲۳). *الفتاوی الهندیة فی مذهب الامام الأعظم ابی حنیفه النعمان*.
 بیروت: دار احیاء التراث العربی.



A Jurisprudential Examination of Iran's Defense and Advisory Presence in the West Asia Region (With Emphasis on Syria and Iraq)

Hasan Mohseni¹, and Mohammad Barari²

1. *Corresponding Author*, Lecturer in the Department of Islamic Studies, Noshirvani University of Babol, Iran
Email: salehshmhm@gmail.com
2. Graduated from Level 3 of Criminal Law and Criminology, Islamic Jurisprudence, Law and Jurisprudence Complex, Qom Seminary, Qom, Iran. Email: rahfa114313@gmail.com

Article Info

Article type:

Research Article

Article history:

Received

29 December 2022

Received in revised form

14 February 2023

Accepted

23 March 2023

Available online

21 December 2024

Keywords:

advisory presence,
proxy war,
jihād difā'ī (defensive
jihād),
national security,
global arrogance

ABSTRACT

One of the most significant events in West Asia in the past decade has been the war between the axis of resistance and the takfirī groups, led by ISIS. The Islamic Republic of Iran, recognizing the situation and acting decisively, prevented the advancement of Zionist-American objectives. The central question of this research is: What is the fiqhī (jurisprudential) ruling on Iran's advisory presence in these conflicts? Given the close relationship between advisory presence and jihād difā'ī (defensive jihād), this study examines the issue of jihād difā'ī, exploring key fiqhī arguments for its obligatoriness to assess and clarify the fiqhī legitimacy of the advisory presence. The hypothesis is that the advisory presence falls under jihād difā'ī, thus, the ruling of obligatoriness applies. The fiqhī legitimacy of the advisory presence is justified by arguments including the obligation of jihād difā'ī to protect the Muslim community (kiyān al-muslimīn), the religious duty to oppose the oppressor and aid the oppressed, safeguarding national security, strategic depth in the region, and protecting holy sites in Syria and Iraq. Iran's policy regarding its advisory presence indicates that the governance of the Shi'ī state, based on dynamic fiqh, has an international dimension, addressing political issues in the Islamic world and human rights based on fiqhī indicators.

Cite this article: Mohseni, H., & Barari, M. (2024). A Jurisprudential Examination of Iran's Defense and Advisory Presence in the West Asia Region (With Emphasis on Syria and Iraq). *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 18 (2), 137-152. <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.14951.1706>



© The Author(s).

Publisher: Al-Mustafa International University.

DOI: <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.14951.1706>



بررسی فقهی دفاع و حضور مستشاری ایران در منطقه غرب آسیا (با تأکید بر سوریه و عراق)

حسن محسنی^۱، و محمد براری^۲

۱. نویسنده مسئول، مدرس گروه معارف اسلامی دانشگاه نوشیروانی بابل، ایران. رایانامه: salehnmhm@gmail.com

۲. دانش‌آموخته سطح ۳ حقوق جزا و جرم‌شناسی مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی حوزه علمیه قم، ایران. رایانامه: rahfa14313@gmail.com

چکیده

اطلاعات مقاله

یکی از مهم‌ترین و حساس‌ترین حوادثی که در دهه گذشته در غرب آسیا واقع شد، حادثه جنگ کشورهای محور مقاومت با تکفیری‌ها و در رأس آن‌ها داعش بود. جمهوری اسلامی ایران با شناختن موقعیت و با حضور در لحظه مناسب و مؤثر خود، مانع از پیشبرد اهداف گروه‌های صهیونیستی-آمریکایی شد. سؤال اصلی در این پژوهش آن است که حضور مستشاری جمهوری اسلامی ایران در این جنگ‌ها از نظر فقهی چه حکمی دارد؟ از آنجایی که حضور مستشاری، ارتباط تنگاتنگی با جهاد دفاعی دارد، به واکاوی مسئله جهاد دفاعی خواهیم پرداخت و همین‌طور برخی از مهم‌ترین ادله فقهی وجوب جهاد دفاعی را بررسی خواهیم کرد تا مشروعیت فقهی حضور مستشاری، به‌نحو مستدل و متقن، ارزیابی و منقح گردد. فرضیه موجود در این مقاله عبارت است از آنکه: حضور مستشاری، ذیل جهاد دفاعی قرار می‌گیرد لذا حکم وجوب جهاد دفاعی، بر آن جاری خواهد بود. مشروعیت فقهی حضور مستشاری، با استناد به دلائلی از جمله: وجوب جهاد دفاعی برای حفظ کیان مسلمین، وظیفه دینی خصم با ظالم و معاونت مظلوم، حفظ امنیت ملی، عمق راهبردی در منطقه و حفظ مقدسات در کشورهای سوریه و عراق، لازم و ضروری است. سیاست جمهوری اسلامی ایران در رابطه با حضور مستشاری در منطقه، مشعر آن است که شیوه حکمرانی حکومت شیعی بر پایه فقه پویا، صبغه بین‌المللی خواهد داشت و بر اساس شاخص‌های فقهی، مسائل سیاسی جهان اسلام و همین‌طور حقوق بشر را دنبال خواهد کرد.

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۸

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۱/۲۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱/۳

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۱۰/۱

کلیدواژه‌ها:

حضور مستشاری،

جنگ نیابتی،

جهاد دفاعی،

امنیت ملی،

استکبار جهانی

استناد: محسنی، حسن؛ و براری، محمد. (۱۴۰۳). بررسی فقهی دفاع و حضور مستشاری ایران در منطقه غرب آسیا (با تأکید بر سوریه و عراق).

<http://doi.org/10.22034/fvh.2023.14951.1706.۱۵۲-۱۳۷>، ۱۸ (۲)، مطالعات فقه اسلامی و مباحث حقوق، ۱۸ (۲)، ۱۳۷-۱۵۲.



مقدمه

بعد از انقلاب اسلامی ایران، استکبار جهانی به هر طریقی سعی در تضعیف و براندازی داشته است. یکی از حرب‌ها، ناامن‌سازی منطقه غرب آسیا و سرایت دادن آن به جمهوری اسلامی ایران و در نتیجه سقوط این انقلاب بود. گسترده‌ترین اقدام، ایجاد گروه‌های تکفیری و در رأس آن داعش، و ارسال آن‌ها در کشورهای سوریه و عراق بوده است و همین‌طور کشور یمن را در جنوب منطقه، به اشغال ائتلافی از کشورهای عربی درآورد. جمهوری اسلامی ایران با هوشمندی به این مسئله ورود کرده و با کمک‌های سیاسی و مشاوره‌های نظامی به کشورهای منطقه، و تربیت نیروهای نظامی خبره و گسیل نیروهای موسوم به مدافعان حرم، در این اتفاقات نقش‌آفرینی کرده است. این حضور ایران دارای جنبه‌های مختلفی است که قابل بررسی و تحلیل است که یکی از مهم‌ترین آن‌ها ارتباطش با دفاع و جهاد دفاعی است لذا نظرات فقهای شیعه در اعصار مختلف نسبت به جهاد دفاعی را باید بررسی کنیم.

از آنجایی که مقصد نهایی این جنگ‌ها در صورتی که جبهه کفر و استکبار پیروز شود، جمهوری اسلامی و انقلاب اسلامی ایران است، لذا این‌گونه حضورها و کمک‌ها به‌عنوان لایه اول دفاع از کشور در خارج از مرزهای جغرافیایی تعریف می‌شود که مانع از نزدیک شدن و رسیدن دشمن به مرزهای ما می‌شود. سؤال اصلی در این پژوهش آن است که از منظر فقهی، حضور مستشاری چه حکمی دارد؟ به‌واسطه واکاوی مسئله جهاد دفاعی و قرار دادن حضور مستشاری ذیل جهاد دفاعی، و همین‌طور بررسی برخی از مهم‌ترین ادله موافقین و مخالفین آن، مشروعیت فقهی حضور مستشاری را به‌نحو مدلل، ارزیابی خواهیم کرد. بنابراین تعمیم حکم و جوب جهاد دفاعی به حضور مستشاری از اصول موضوعه تحقیق خواهد بود.

سابق بر این تحقیق، پژوهش‌ها و تحقیقاتی در این مورد انجام شده، که البته این مسئله را به‌صورتی دیگر بررسی کرده‌اند. مثلاً در مقاله «واکاوی علل حضور مستشاری ایران در سوریه و عراق»، نوشته قروینی نظم‌آبادی، با توجه به مسائل امنیت ملی و مباحث مرتبط با محور مقاومت آن را بررسی کرده است. همچنین مقاله دیگری با عنوان «بررسی علل حضور مستشاری جمهوری اسلامی ایران در سوریه»، نوشته مرادی، فقط به بررسی کشور سوریه پرداخته و دلایل امنیتی حضور ایران در سوریه و نفع آن برای ایران را بیان کرده است و مقالاتی دیگر که صرفاً به قسمتی از این مسئله و سیاست خارجی جمهوری اسلامی ایران در قبال بحران منطقه پرداخته‌اند. اما در این پژوهش، به روش توصیفی-تحلیلی به بررسی فقهی و مبنای دینی این حضور پرداخته و مشخص خواهیم کرد که از نظر فقهی، این حضور مستشاری چه حکمی دارد.

بررسی مفهومی دفاع و حضور مستشاری

دفاع به‌معنای دفع کردن دشمن است و از احکام دفاع، در باب جهاد سخن گفته‌اند لذا جهت تبیین مفهومی آن، به تشریح مفهوم جهاد می‌پردازیم:

جهاد در لغت به‌معنای نهایت کوشش در مقابله با دشمن است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص. ۲۰۸) و دفاع در لغت به‌معنای حمایت است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص. ۳۱۶). لذا معنای لغوی جهاد دفاعی این می‌شود: «نهایت تلاش و کوشش در مقابل دشمن برای حمایت از خود». البته جهاد منحصر در دفاعی نبوده

و جهاد ابتدایی به معنای جنگ با مشرکان و کفار برای دعوت آنان به اسلام و توحید و برقراری عدالت است اما در اصطلاح فقهی و دینی، جهاد دفاعی به این معنا است که یک فرد مسلمان بخواهد در مقابل دشمنان تمام تلاش خود را به هر نحوی انجام دهد و در این راه جان و مال خود را هم قرار دهد (خامنه‌ای، ۱۳۹۸، ص. ۳۲۲). لذا می‌توان گفت که هرگاه اسلام و نظام اسلامی از طرف دشمن در معرض خطر باشد، بر مسلمین واجب است که از نظام اسلامی دفاع کرده و مانع به‌خطر افتادن امنیت جامعه اسلامی شوند. در تعریف جهاد دفاعی آمده است: «جهاد دفاعی آن است که به‌عنوان دفاع و جلوگیری از تجاوز دشمن انجام گیرد و زمانی است که دشمن به سرزمین‌های مسلمانان و مرز و بوم آن‌ها هجوم آورد و قصد تسلط سیاسی و یا نظامی یا فرهنگی یا اقتصادی نسبت به آنان داشته باشد» (خامنه‌ای، ۱۳۹۸، ص. ۳۲۲). شهید ثانی در کتاب مسالک این تعریف را تأیید کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج. ۳، ص. ۸).^۱

امام خمینی اهمیت و جایگاه جهاد را با توجه به آیه بیست و چهار سوره توبه چنین ترسیم می‌کند: «بعد از حب خدای تعالی و رسول اکرم بین تمام احکام الهی، جهاد فی سبیل الله را ذکر فرموده و تنبیه داده که جهاد فی سبیل الله در رأس تمام احکام است و تذکر داده که در صورت قعود از جهاد، منتظر عواقب آن باشید، از ذلت و اسارت و بر باد رفتن ارزش‌های اسلامی و انسانی و نیز از همان چیزها که خوف آن را داشتید، از قتل عام صغیر و کبیر و اسارت ازواج و عشیره. بدیهی است که همه این‌ها پیامد ترک جهاد، خصوصاً جهاد دفاعی است که ما اکنون گرفتار آن هستیم». با توجه به این آیه قرآن، غفلت کردن از جهاد چنین پیامدهای خطرناکی را به دنبال دارد. حال باید ببینیم که آیا جهاد دفاعی، منحصر در این می‌شود که دشمن به کشور ما حمله کند تا ما دفاع کنیم یا دایره وسیع‌تری را شامل می‌شود؟ حضرت علی در خطبه بیست و هفت نهج البلاغه بیانات مهمی در این باره دارند. در جای جای این خطبه مهم، بیانات مهمی وجود دارد. در قسمتی از آن آمده است: «جهاد (کارزار با مخالفین دین) دری است از درهای بهشت که خداوند آن را به روی خواص دویستان خود گشوده، و لباس تقوی و پرهیزکاری است (اهل تقوی را از شر مخالفین حفظ می‌کند مانند لباس سرما و گرما را) و زره محکم حق تعالی و سپر قوی اوست (برای نگاهداری اهل تقوی از اسلحه دشمنان). پس هر که از آن دوری کرده آن را ترک کند خداوند جامه ذلت و خواری و ردای بلاء و گرفتاری به او می‌پوشاند و بر اثر این حقارت و پستی، زبون و بی‌چاره می‌شود، و چون خداوند رحمت خود را از دل او برداشته، به بی‌خردی مبتلی گردد (در کار خویش حیران و سرگردان ماند) و به سبب نرفتن جهاد و اهمیت ندادن به این امر مهم، از راه حق دور شده در راه باطل قدم می‌گذارد، و به نکبت و بیچارگی گرفتار گردیده، از عدل و انصاف محروم می‌شود، ستمکار بر او تسلط پیدا نموده، با او به بی‌انصافی رفتار خواهد کرد»^۲ (فیض الاسلام، ۱۳۶۸، ج. ۱، ص. ۹۶). این بیانات رهبری هم در راستای همان فرمایشات

۱. «و الثانی: أن یدهم المسلمین عدو من الکفار، یرید الاستیلاء علی بلادهم أو أسرهم أو أخذ مالهم و ما أشبهه من الحریم و الذریة. و جهاد هذا القسم و دفعه واجب علی الحر و العبد و الذکر و الأنثی إن احتیج إليها. و لا یتوقف علی إذن الامام و لا حضوره».

۲. «أما بعد فإن الجهاد باب من أبواب الجنة فتحه الله لخاصة أوليائه و هو لباس التقوی و درع الله الحصينة و جنته الوثيقة فمن تركه رغبة عنه ألبسه الله الذل و سمة البلاء و دبت بالصغار و القماءة و ضرب على قلبه بالاسهَاب و أدب الحق منه بتضييع الجهاد و سيم الخسف و منع النصف».

حضرت علی است که باید با دشمن در خارج از خانه جنگید تا این جنگ و هجوم به خانه نرسد. حال کدام عقل سلیمی می‌پذیرد که در خانه بماند تا دشمن به سراغش برود؟

حضور در لغت جمع حاضر به معنای ضد مسافر است (ازهری، ۱۴۲۱، ج. ۴، ص. ۱۱۸). تعریف لغوی مستشار عبارت است از: کسی که مورد مشورت قرار می‌گیرد (بستانی، ۱۳۷۵، ص. ۸۱۶). اما در اصطلاح، می‌توان حضور مستشاری را این‌گونه تعریف کرد:

وقتی یک کشور یا نهاد، به دعوت کشور هدف و مقامات رسمی آن، برای مشورت دادن در زمینه‌های مختلف؛ از جمله نظامی و اقتصادی و سیاسی و علمی و ...، وارد آن کشور می‌شود و برای کمک و آموزش اقدام می‌کند، به این حضور، حضور مستشاری می‌گویند (رضازاده، ۱۳۹۸، ص. ۱۵).

معمولاً هم کشورهای صاحب قدرت و فناوری، برای مشاوره‌های نظامی و دفاعی به دعوت کشورهای ضعیف‌تر، در حال رشد و یا در معرض خطر، در آن کشورها حضور می‌یابند. با توجه به مطالب بیان‌شده، کاملاً می‌توان به ارتباط حضور مستشاری ایران در کشورهای منطقه با دفاع از خود پی برد؛ به این صورت که حفظ امنیت منطقه، خصوصاً کشورهای محور مقاومت، یکی از ارکان مهم حفظ امنیت ملی خودمان است و با جلوگیری از نزدیک شدن دشمنان و تروریست‌ها به مرزها، دفاع را از خارج از مرزها آغاز کرده‌ایم. با توجه به همین مسئله، جمهوری اسلامی ایران با ابزارهای گوناگون در این کشورها حضور یافته و ایفای نقش کرده است. در کلمات حضرت امام خمینی چنین سیاستی وجود دارد:

آنچه که معلوم است و شما همه می‌دانید، ما امروز در حال دفاع هستیم. گو که تبلیغات خارجی بر ضد ما هرچه باشد، لکن شما می‌دانید که الان بعضی از شهرهای ما و بعضی از زمین‌های ما در دست دشمن است و شهرهای مرزی ما هر روز در زیر توپ‌های دوربرد و موشک‌های دشمن است و ما و بر همه ما واجب است که دفاع کنیم از کشور خودمان، و دفاع این است که ما دشمن را تا آنجا برسانیم و برانیم که نتواند با موشک‌های خودش شهرهای ما را بکوبد. رفتن در خاک عراق نه هجمه به عراق است، دفاع از اسلام و کشور اسلامی است. نظیر اینکه اگر یک کسی در خارج منزل شما بایستد از داخل خانه خودش سنگ پرانی کند و موجب خسارت جانی و مالی بشود، اگر شما وارد بشوید در منزل او، شما هجمه نکردید به او، شما می‌خواهید دفاع کنید از خودتان. ما هیچ‌وقت بنای هجوم به یک کشوری نداریم. ما بنای دفاع داریم از یک متعددی و از یک هجمه‌گر و از یک خدانشناس که در خارج، وقتی نتواند در داخل وارد بشود و کاری بکند، با توپ‌های دور بردشان و موشک‌ها از خارج، از جاهای دور می‌اندازد و کشور ما را ویران می‌کند و عزیزان ما را می‌کشد (خمینی، ۱۳۸۹، ج. ۱۷، ص. ۲۳۰).

بررسی انواع حضور مستشاری

با توجه به تبیین مفهومی حضور مستشاری، به بررسی انواع حضور مستشاری هم خواهیم پرداخت تا بررسی فقهی دقیقی از آن منقح گردد؛ مقامات نظامی ایران نقش نیروهای مستشاری ایرانی در سوریه را به چهار سطح تقسیم می‌کنند. اولین سطح راهبردی است که ایران حمایت سیاسی و معنوی را از ملت، دولت و ارتش سوریه به عمل می‌آورد و به‌عنوان مستشار، تجربیات جنگی خود را به فرماندهان سطوح عالی‌رتبه ارتش سوریه منتقل و امکانی را فراهم می‌کند که آن‌ها طراحی‌های نظامی و دفاعی خود را بر اساس تجربیات و تدابیری که مقامات ایرانی در طول سال‌های سال جنگ با ارتش‌های مختلف به دست آورده‌اند، انجام دهند. ایران در نوسازی و بازسازی ارتش سوریه در سطح راهبردی و عملیاتی به آن‌ها کمک می‌کند. ارتش سوریه امروز چهار سال است که درگیر یک جنگ فرسایشی است و این ارتش به یک تغییر ساختار نیاز دارد و احساس شد که ارتش سوریه نیاز به یک مکمل دفاعی دارد و آن مشارکت مردم در صحنه است. مقامات ایران به دلیل تجربیات بسیار ارزشمندی که در توسعه بسیج مردمی برای دفاع از ارزش‌های خود داشته‌اند، این مفهوم را به‌شکل ساختاری، سازمانی و عملیاتی در سیستم دفاعی سوریه وارد کردند و در حال حاضر نظام سوریه کنار ارتش قدرتمندی که دارد، یک نیروی مردمی پا به کاری را نیز دارد که این‌ها دو مکمل دفاعی یکدیگر محسوب می‌شوند که بر اساس مشاوره راهبردی و مستشاری ایران بوده است.

دومین سطح، عملیاتی است. در این سطح به فرماندهان سطوح عملیاتی سوری کمک می‌شود، زیرا زمانی که سطح مشاوره به سطوح عملیاتی جنگ منتقل می‌شود، به‌لحاظ تدبیر، سطوح میانی جنگ مدیریت می‌شود که این سطح هم در توضیح آماده‌ها، یافتن طرح‌های لجستیکی برای پشتیبانی درست از یگان‌هایی که عمل می‌کنند، آموزش فرماندهان سطوح میانی که کار بسیار مؤثری محسوب می‌شود که این نیز مستشاری سطح عملیاتی محسوب می‌شود و فرماندهان ما در طراحی راهبردهای عملیاتی برای غلبه بر دشمنان کمک می‌کنند.

سومین سطح، تاکتیکی می‌باشد. این سطح به فیزیک مستقیم رزم مربوط می‌شود که فرماندهان گردان‌های ارتش سوریه نیز از خدمات مستشاری فرماندهان ایرانی مستثنا نیستند. چهارمین سطح، فنی است. این سطح به آماده‌سازی، تعمیر تجهیزات، آموزش برای نگهداری و تعمیرات، امداد و نجات و این چنین موضوعات منتهی می‌شود که این سطوح بر اساس درخواست‌ها و تعاملاتی که به‌شکل رسمی ایران با دولت سوریه دارد، انجام می‌شود (نظامی‌پور، ۱۳۹۵، صص. ۱۴-۱۵).

بنابراین، بیشترین تأثیرگذاری در حضور مستشاری در این چهار حوزه تعریف می‌شود که مهم‌ترین قسمت‌های یک جنگ را شامل می‌شود. مداخله‌های نظامی می‌تواند به چند طریق محقق گردد: ۱. مداخله و حضور، با دعوت و اطلاع کشور هدف صورت گرفته باشد. ۲. کشوری بدون دعوت از سمت کشور جنگ‌زده، به مداخله نظامی بپردازد.

«به‌موجب مقررات حقوق بین‌الملل عرفی، مداخله دولت ثالث به‌شکل مداخله نظامی در درگیری‌های مسلحانه داخلی کشور، در صورتی مشروعیت دارد که با دعوت دولت قانونی صورت گیرد. این قاعده عام در قطعنامه چهارهزاروچهارصدودوازده بند چهل و یک مجمع عمومی سازمان ملل متحد و متعاقباً در ماده

چهل و یک پیش‌نویس طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در زمینه مسئولیت دولت‌ها پذیرفته شده و مقرر داشته است: رضایت معتبر معین توسط دولت فعلی به ارتکاب دولتی دیگر تا حدی که آن فعل در محدوده رضایت مزبور باشد، مانع متخلفانه بودن آن فعل نسبت به دولت نخست می‌شود». اعتبار این موضوع در رأی دیوان بین‌المللی دادگستری مورد تأیید قرار گرفت.

البته نظریه‌های مختلفی وجود دارد که این دعوت در چه صورتی قانونی خواهد بود و دولت مدعو در چه صورتی می‌تواند به صورت کاملاً قانونی با این دعوت در کشور هدف حضور یابد؟ «دو نظریه مهم برای اعتبار حقوقی چنین دعوتی ارائه شده: کنترل مؤثر و مشروعیت دموکراتیک. بر اساس معیار سنتی کنترل مؤثر، برای اعتبار دعوت نظامی کشور میزبان، حکومت باید کنترل مؤثر سرزمینی داشته باشد؛ امری که در بحران جنگ داخلی به دشواری محقق می‌شود. از دیگر سو، وفق نظریه نوظهور مشروعیت دموکراتیک، آنچه به دعوت مذکور اعتبار می‌بخشد، دموکراتیک و مردمی بودن حکومت است. بر این اساس حتی اگر حکومت دموکراتیک، کنترل مؤثر سرزمینی هم نداشته باشد، باز دعوتش مشروع است» (سعیدی، ۱۳۹۷، ص ۱۴).

با توجه به مباحثی که مطرح شد، بررسی خواهیم کرد که حضور مستشاری جمهوری اسلامی ایران در سوریه و عراق، آیا با دعوت رسمی دولت قانونی این دو کشور بوده یا خیر؟ سرگئی لاوروف وزیر خارجه وقت روسیه در مصاحبه تلویزیونی با شبکه چهار انگلیس بیان کرد: «حضور روسیه و ایران در جنگ سوریه به دعوت رسمی دولت این کشور بوده است» (زمانی، ۱۳۹۶، ص ۲۹۰).

بنابراین، حضور جمهوری اسلامی ایران در سوریه و عراق، به درخواست رسمی و به دعوت مستقیم دولت‌های سوریه و عراق و کاملاً قانونی بوده است.

حکومت اسد طی نامه‌ای به شورای امنیت، صراحتاً از حملات به رهبری آمریکا در سوریه اعتراض کرد و اشعار داشت که آمریکا، بریتانیا، فرانسه، کانادا و استرالیا در تصمیم خود برای مداخله نظامی در سوریه با این کشور مشورت نکردند. بنابراین می‌بینیم که آمریکا، دلیل حضور خود در سوریه را نه دعوت دولت رسمی و مستقر، بلکه حق دفاع مشروع خود می‌داند؛ همچنین یک ائتلاف بین‌المللی به سرکردگی آمریکا و با حضور کشورهای فرانسه، بریتانیا، دانمارک، آلمان، کانادا، ترکیه، ایتالیا، لهستان، استرالیا، عربستان، امارات، قطر، بحرین و اردن برای حضور نظامی در سوریه شکل گرفت. ادعای آن‌ها این بود که در حال حاضر، کشور سوریه مکانی امن و بهشتی برای گروه‌های تروریستی و مخصوصاً داعش شده و این امر، امنیت منطقه و جهان را به خطر خواهد انداخت. توجه دیگر این بود که سایر کشورها هم مورد تهدید بالقوه داعش هستند، فلذا باید اقدام مناسب برای جلوگیری از آن انجام شود.

بنابراین، با توجه به سه نظریه کنترل مؤثر و مشروعیت دموکراتیک و دفاع مشروع، به این نتیجه رسیدیم که قانونی‌ترین و عاقلانه‌ترین راه برای مداخله یا حضور در یک کشور، دعوت قانونی حکومت رسمی آن کشور است و تمسک به اینکه دولت فعلی کنترل مؤثر سرزمینی ندارد و یا استدلال به حق دفاع مشروع خود و جلوگیری از گسترش حملات تروریستی و در نتیجه حفظ امنیت کشورها، بهانه‌هایی هستند

که برخی کشورهای مستبد و استعمارگر، برای رسیدن به منافع خود از آن بهره می‌برند و به صورت غیرقانونی در کشورهای دیگر مداخله می‌کنند.

دفاع و حضور مستشاری از منظر قرآن و روایات

قرآن و روایات به‌عنوان دو منبع دینی معنی‌به، در جهت بررسی فقهی دفاع و حضور مستشاری، اهمیت بسزایی دارد. دفاع و حضور مستشاری را می‌توان به‌مثابه امنیت، در قرآن و روایات جست‌وجو کرد. در واقع در ادبیات منابع دینی، به ثمره دفاع یعنی مسئله امنیت اشاره شده است و آن را یکی از مسائل قوام‌بخش حیات جامعه می‌داند. دین اسلام از بدو ظهورش درگیر مسائل امنیتی و دفع تهاجم دشمنان بوده است و پیامبر اکرم از همان ابتدای نبوت، استراتژی‌های مختلفی را برای دفاع و حفظ امنیت جامعه اتخاذ نمودند. این استراتژی‌های دفاعی به‌منظور تحصیل امنیت، می‌تواند به‌مثابه یک کلاس استراتژی امنیتی برای همه زمان‌ها و همه ملت‌ها قرار بگیرد تا به بهترین شکل بتوانند امنیت سرزمین‌های خود را تأمین کنند. لذا در این قسمت، قبل از بررسی فقهی، به مسئله مهم امنیت در قرآن و روایات، که نتیجه دفاع و حضور مستشاری به‌شمار می‌رود، خواهیم پرداخت:

در سوره مبارکه نور چنین آمده است: «خدا به کسانی از شما که ایمان آورده و کارهای شایسته کرده‌اند، وعده داده است که حتماً آنان را در این سرزمین جانشین خود قرار دهد؛ همان‌گونه که کسانی را که پیش از آنان بودند جانشین خود قرار داد، و آن دینی را که برایشان پسندیده است به سودشان مستقر کند، و بیمشان را به ایمنی مبدل گرداند، تا مرا عبادت کنند و چیزی را با من شریک نگردانند، و هر کس پس از آن به کفر گراید؛ آنانند که نافرمانند»^۱ (نور ۵۵). خداوند در این آیه امنیت را در مقابل خوف آورده است و یکی از اهداف به حکومت رسیدن صالحان را، امنیت بخشیدن به آن‌ها بیان می‌کند. در قسمت دیگری از قرآن کریم، خداوند یک قریه‌ای را مثال می‌زند که دارای امنیت و آرامش بوده ولی کفران نعمت الهی باشد شد که خداوند آن امنیت را از آن‌ها گرفته و تبدیل به خوف و جوع نمود: «و خدا شهری را مثل زده است که امن و امان بود و روزیش از هر سو فراوان می‌رسید، پس ساکنانش نعمتهای خدا را ناسپاسی کردند، و خدا هم به سزای آنچه انجام می‌دادند، طعم گرسنگی و هراس را به مردم آن چشاند»^۲ (نحل ۱۱۲). در انتهای آیه هم دوباره خداوند اشاره می‌کند که دلیل این سلب امنیت، اعمالی بود که آن‌ها انجام داده‌اند. نکته دیگر اینکه در این آیه وجود دارد این است که یکی از ثمرات امنیت در قرآن، فراوانی رزق و روزی است: «يَأْتِيهِمْ رِزْقُهَا رَغَدًا مِّنْ كُلِّ مَكَانٍ»، که با کفران الهی تبدیل به گرسنگی شده است: «فَأَذَاقَهَا اللَّهُ لِبَاسَ الْجُوعِ». در سوره مبارکه قصص هم خداوند یکی از نشانه‌های امنیت مردم را وجود روزی و ثمرات فراوان

۱. «وَعَدَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِي الْأَرْضِ كَمَا اسْتَخْلَفَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ وَلَيُمَكِّنَنَّ لَهُمْ دِينَهُمُ الَّذِي ارْتَضَى لَهُمْ وَلَيُبَدِّلَنَّهُمْ مِنْ بَعْدِ خَوْفِهِمْ أَمْنًا ۗ يَعْبُدُونَنِي لَا يُشْرِكُونَ بِي شَيْئًا ۗ وَمَنْ كَفَرَ بَعْدَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ»

۲. «وَصَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا قَرْيَةً كَانَتْ آمِنَةً مُطْمَئِنَّةً يَأْتِيهَا رِزْقُهَا رَغَدًا مِنْ كُلِّ مَكَانٍ فَكَفَرَتْ بِأَنْعَمِ اللَّهِ فَأَذَاقَهَا اللَّهُ لِبَاسَ الْجُوعِ وَالْخَوْفِ بِمَا كَانُوا يَصْنَعُونَ».

در سرزمینشان معرفی می‌کند و آن را یک روزی از طرف خود بیان می‌کند: «آیا آنان را در حریمی امن جایی ندادیم که محصولات هرچیزی - که رزقی از جانب ماست - به سوی آن سرازیر می‌شود»^۱ (قصص ۵۷).

در سوره انفال، خداوند در مورد اهمیت آمادگی مسلمانان این چنین می‌فرماید: «و هر چه در توان دارید از نیرو و اسبهای آماده بسیج کنید، تا با این تدارکات، دشمن خدا و دشمن خودتان و دشمنان دیگری را جز ایشان که شما نمی‌شناسیدشان و خدا آنان را می‌شناسد بترسانید. و هرچیزی در راه خدا خرج کنید پاداشش به خود شما بازگردانیده می‌شود و بر شما ستم نخواهد رفت»^۲ (انفال ۶۰). خداوند در این آیه بر افزایش توان دفاعی مسلمان که باعث بالا رفتن قدرت بازدارندگی می‌شود، تأکید می‌کند که در صورت آمادگی بالای مسلمین، دشمنان شناخته شده و شناخته نشده آنها، بترسند و فکر تهدید و تجاوز به مسلمانها را از سرشان دور کنند. این هم یک استراتژی مهم دفاعی و امنیتی است که به زیبایی در قرآن بیان شده است. نکته قابل توجه دیگر در این مسئله، توجه به مسائل امنیتی پیرامونی است که در سوره روم به آن اشاره شده است و پیامبر اکرم به آن توجه داشتند: «رومیان شکست خوردند، در نزدیکترین سرزمین، ولی بعد از شکستشان، در ظرف چند سالی، به زودی پیروز خواهند گردید. فرجام کار در گذشته و آینده از آن خداست، و در آن روز است که مؤمنان از یاری خدا شاد می‌گردند»^۳ (روم ۲-۴).

بعد از بررسی مسئله امنیت از دیدگاه قرآن کریم، نگاهی به روایات می‌اندازیم تا ببینیم در لسان معصومین در این باره چه آمده است. شیخ صدوق در کتاب خصال حدیثی را از رسول اکرم می‌آورد: «دو نعمت هستند که مستور و مورد ناشکری می‌باشند: امنیت و سلامت»^۴ (ابن بابویه، ۱۳۶۲، ج ۱، ص ۳۴). یعنی تنها در صورتی که نعمت امنیت را از دست دهیم، قدر آن را خواهیم دانست، و این هم به خاطر این است که انسان در امنیت، هرچقدر هم تلاش کند، باز هم نمی‌تواند به اهمیت آن پی ببرد. حضرت علی هم در حدیثی این گونه به اهمیت امنیت اشاره می‌کند: «بدترین وطن‌ها، جایی است که ساکنینش در آن ایمن نباشند» (تمیمی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۴۱۰). یعنی ایشان مهم‌ترین شاخصه‌ای که برای وطن لازم است را امنیت آن مکان می‌دانند.

پیامبر پیش از جنگ بنی قریظه، چند نفر را فرستاد و فرمود: «بروید و تحقیق کنید که آیا آنچه از بنی قریظه - مبنی بر پیمان شکنی و همدستی با قریش و احزاب در جنگ خندق - خبر یافته‌ام راست است یا دروغ؟ اگر راست بود سخن با اشاره و کنایه بگویید که من بفهمم و مردم را سست نکنید، و اگر به پیمان خود وفادار باشند، آشکارا و در حضور مردم بگویید». در جنگ خندق، رسول خدا پس از خبر یافتن از اختلاف نظر و تفرقه‌هایی که میان احزاب روی داد، حدیقه را برای بررسی وضعیت دشمن به میان آنان

۱. «وَأَلَمْ نَمَكِّنْ لَهُمْ حَرَمًا آمِنًا يُجَبِّي إِلَيْهِ ثَمَرَاتُ كُلِّ شَيْءٍ رِزْقًا مِنْ لَدُنَّا».

۲. «وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَآخِرِينَ مِنْ دُونِهِمْ لَا تَعْلَمُونَهُمُ اللَّهُ يَعْلَمُهُمْ ۗ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ يُوَفِّ إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تُظْلَمُونَ».

۳. «غَلَبَتِ الرُّومُ فِي أَدْنَى الْأَرْضِ وَهُمْ مِنْ بَعْدِ غَلَبِهِمْ سَيَغْلِبُونَ فِي بَضْعِ سِنِينَ ۗ لِلَّهِ الْأَمْرُ مِنْ قَبْلُ وَمِنْ بَعْدِ ۗ وَيَوْمَئِذٍ يُفْرِحُ الْمُؤْمِنُونَ».

۴. «حَدَّثَنَا جَعْفَرُ بْنُ عَلِيٍّ الْكُوفِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ حَدَّثَنِي جَدِّي الْحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْمُغْبِرَةِ عَنْ جَدِّهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْمُغْبِرَةِ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: نِعْمَتَانِ مَكْفُورَتَانِ: الْأَمْنُ وَالنَّافِقَةُ».

فرستاد. پیامبر همچنین با اطلاع از آمادگی هوازن برای جنگ با مسلمانان، عبدالله بن ابی حدرّد اسلمی را فرستاد تا ناشناس به میان آنان رود و گفت‌وگوی آنان را بشنود و پس از بررسی کامل بازگردد (تقی‌زاده، ۱۳۸۵).

دیدگاه فقهی قائلین به جواز یا وجوب دفاع و حضور مستشاری

از کلام صاحب جواهر در باب وجوب دفاع از مسلمین این‌گونه استظهار می‌شود که: اگر کفار قصد محو و نابودی اسلام را داشته باشند و قصد مندرس و کهنه کردن شعائر دینی را داشته باشند و مانع ذکر پیامبر و شریعتش شوند، در این صورت، حتی اگر در رأس حکومت هم یک حاکم جائز باشد، هم دفاع واجب است (نجفی، ۱۳۶۲، ج. ۲۱، ص. ۴۷).

میرزای قمی و کاشف الغطاء دو تن از علمای مشهور آغاز دوره قاجار هستند که در قلمرو آرای سیاسی شیعه در عصر غیبت و هم در باب حیطة روابط با حکام و هم در زمینه توسعه ادبیات جهادی، اجتهادات نسبتاً روشنی ارائه کرده‌اند. میرزای قمی که از مجتهدان عصر بود و در زمینه فقه، اصول، اخلاق و فلسفه آثار ارزشمندی به یادگار گذاشته، در جنگ ایران و روس در مقابل کفر برای حفظ بیضه اسلام، از شاه حمایت نمود. او درباره جهاد دفاعی اذن امام را شرط نمی‌دانست و مردم را به دفاع از کشور در برابر حملات بیگانه تشویق می‌نمود و اعتقاد داشت کشتگان میادین جنگ با روس‌ها مجاهد فی سبیل الله به‌شمار می‌روند و شهید قلمداد می‌گردند.

ملا احمد نراقی از جمله رهبران مذهبی بود که علیه روس‌ها فتوای جهاد داد و حتی در جنگ‌های دوم با کفن شرکت کرد. در دادن مشروعیت به شاهان قاجار تلاش نمود و همراه تعدادی از علما برای تشویق مردم به جنگ و جهاد، به مناطق مختلف آذربایجان رفته، برای مردم به ایراد خطابه و سخن پرداختند و پس از او، سید جعفر کشفی راه او را ادامه داد و به‌نحوی حکومت پادشاهان را مشروعیت بخشید (قریشی، ۱۳۸۸، ص. ۶۴).

محقق ثانی در مورد احکام شهید فی سبیل الله توضیح می‌دهد که اگر مسلمانی در جهادی که لازم است، بجنگد، مثل زمانی که گروهی به مسلمین حمله‌ور شدند و از حمله آن‌ها خوف آن می‌رود که اساس اسلام ضربه ببیند، و مسلمانان هم مضطر شدند به اینکه بدون اذن امام یا نائیش، با آن‌ها بجنگند، در اینجا تمام احکام شهید بر آن‌ها بار می‌شود (محقق ثانی، ۱۴۱۴، ج. ۱، ص. ۳۶۵).

شیخ طوسی هم بعد از بیان جهاد ابتدایی و شرایطش، جهاد دفاعی را این‌گونه بیان می‌کند که اگر از جانب دشمن، حمله‌ای متوجه مسلمین شود که موجب ترس از آسیب به اصل اسلام و نابودی اسلام شود، یا همچنین اگر ترس از آسیب رسیدن به گروهی از مسلمین وجود داشته باشد، در این هنگام واجب است تا در برابر آن‌ها جهاد و دفاع کرد (طوسی، ۱۴۰۰، ج. ۱، ص. ۲۹۰).

ادله فقهی قائلین به جواز دفاع و حضور مستشاری

هر کس که قائل به جواز حضور مستشاری شده، آن را لزومی دانسته و قولی نیافتیم که گفته باشد «اگر ایران حضور پیدا کند اشکالی ندارد، ولی این حضور الزامی نیست». فلذا این جواز در اینجا هیچ منافاتی با

و جوب ندارد. کما اینکه در آیاتی از قرآن هم داریم که خداوند می‌فرماید اشکالی ندارد که فلان کار را انجام دهید، در حالی که آن عمل را لازم و واجب می‌داند. مثلاً می‌فرماید: «اگر مسافر بودید مانعی ندارد که نماز را شکسته به جا آورید»^۱ (نساء ۱۰۱). در این آیه خداوند می‌فرماید که اگر به سفر رفتید مانعی ندارد که نماز را شکسته بخوانید. ظاهر این آیه این است که قصر صلات در سفر جایز باشد، نه واجب. ولی می‌دانیم که قصر صلات مسافر واجب است.

همچنین در آیه‌ای دیگر فرموده است: «هر کس حج یا عمره کند، حرجی نیست بر او که سعی صفا و مروه کند»^۲ (بقره ۱۵۸). خداوند می‌فرماید که هر کس حج یا عمره کند، اشکالی ندارد که سعی کند. این به ظاهر معنای جواز می‌دهد، ولی همه می‌دانیم که سعی صفا و مروه واجب است. این عبارت لاجناح هم بنا بر توهمی بود که برخی درباره حرمت این اعمال داشتند، فلذا خداوند فرمودند که مانعی ندارد و حرام نیست، نه اینکه مقصود اصلی خداوند، صرفاً جواز بوده باشد. بنابراین با اینکه این آیات ظاهر در جواز دارد، ولی دال بر وجوب هستند. ما نحن فیه هم به همین شکل است. هر آن کس که قائل به جواز در این زمینه است، جواز لزومی مد نظرش است.

ادله فقهی قائلین به وجوب دفاع و حضور مستشاری

دلایل متعددی می‌توان برای وجوب و لزوم حضور مستشاری بیان نمود. یکی از مهم‌ترین آموزه‌های دینی ما، کمک به مظلوم است و اساساً یکی از دلایل اصلی تشکیل حکومت اسلامی همین مسئله هست که حق مظلوم ستانده و ظالم در جای خود نشانده شود. چون معمولاً ظالم با پول و قدرتی که دارد علاوه بر اینکه حق خود را می‌گیرد، به حق دیگران هم تجاوز، تعدی و دست‌اندازی می‌کند. فلذا اساس تشکیل حکومت اسلامی، کمک به مظلوم و گرفتن حق مظلوم مستضعف از دست ظالم ستمگر است.

در آیات و روایات بسیاری به این مسئله سفارش شده است: «و چرا شما در راه خدا و در راه نجات مردان و زنان و کودکان مستضعف نمی‌جنگید؟ همانان که می‌گویند: «پروردگارا، ما را از این شهری که مردمش ستم‌پیشه‌اند بیرون ببر، و از جانب خود برای ما سرپرستی قرار ده، و از نزد خویش یآوری برای ما تعیین فرما»^۳ (نساء ۷۵). در این آیه خداوند بازخواست می‌کند ما را که چرا در راه خدا و برای نجات مردم مستضعف جهاد نمی‌کنید؟

این یک اصل اساسی در سیاست‌های نظام جمهوری اسلامی ایران هم می‌باشد. یکی از دلایل لزوم حضور ایران در کشورهای سوریه و عراق، وجود حرم ائمه اطهار و مقدسات شیعیان در این کشورها و به خطر افتادن حرمت این اماکن بود. کما اینکه نیروهای مستشاری ایران در سوریه به نام «مدافعان حرم» معروف شدند. این یک مسئله کاملاً عقلانی است که انسان برای دفاع از مقدسات خود از جان و مال و

۱. «وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ».

۲. «فَمَنْ حَجَّ الْبَيْتَ أَوْ اعْتَمَرَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَطَّوَّفَ بِهِمَا».

۳. «وَمَا لَكُمْ لَا تَقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانِ الَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا أَخْرِجْنَا مِنْ هَذِهِ الْقَرْيَةِ الظَّالِمِ أَهْلُهَا وَاجْعَلْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا وَاجْعَلْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ نَصِيرًا».

همه وجود خود هزینه کند. آیات و روایات مختلفی را می‌توان بیان کرد که به اهمیت این مسئله پرداخته‌اند. یکی از آیاتی که به صراحت به این مسئله اشاره دارد این چنین می‌فرماید: «هرکس شعائر الهی را بزرگ دارد، این کار نشانه تقوای دل‌های آن‌ها است»^۱ (حج ۳۲). خب یکی از مصادیق بارز شعائر خداوند روی زمین، همین حریم اهل بیت عصمت و طهارت است. فلذا منطق قوی قرآنی در پس این مسئله نهفته است. همچنین آیت‌الله مکارم شیرازی در فتوای جهادی که برای مقابله با تروریست‌ها دادند به این مسئله مهم پرداختند و همگان را برای دفاع از مقدسات، به جهاد در مقابل تروریست‌های تکفیری فرا خواندند. یکی از مهم‌ترین مسائلی که هر کشوری باید به دنبال آن باشد، دور کردن خطر از مرزهای خود است. چون هرچقدر که در خارج مرزها برای جلوگیری از دشمن تلاش صورت پذیرد، مانع از این می‌شود که چندین برابر در داخل به‌خاطر جنگ هزینه کنیم. رهبر انقلاب اسلامی در سخنرانی سالگرد امام خمینی در این باره می‌فرماید:

بعضی عقلانیت را در این می‌دانند و می‌گویند که «چالش با قدرت‌ها هزینه دارد» - [البته] اشتباه می‌کنند - بله، چالش هزینه دارد، اما سازش هم هزینه دارد. شما ملاحظه کنید دولت سعودی برای اینکه با رئیس‌جمهور جدید آمریکا بتواند سازش بکند، مجبور می‌شود بیش از نیمی از ذخایر موجودی مالی خودش را در خدمت هدف‌ها و طبق میل آمریکا هزینه کند. این‌ها هزینه نیست؟ سازش هم هزینه دارد. چالش اگر عقلایی باشد، چالش اگر منطبق با منطق باشد، اگر با اعتماد به نفس باشد، هزینه‌اش به مراتب کمتر از هزینه سازش است. تسلط داعش بر عراق و سوریه و در نتیجه تسلط آن‌ها بر بخش عظیمی از شیعیان غیرایرانی و همچنین قطع زنجیره ارتباطی ایران با حزب الله لبنان، خسارت‌های زیادی را به عمق راهبردی جمهوری اسلامی ایران می‌زد. چون بعد از انقلاب در طول این چهل سال، شیعیان و گروه‌های شیعی در کشورهای غرب آسیا به پشتوانه معنوی ایران تحرکات و فعالیت‌های مثبتی جهت ثبات و حمایت از مردم منطقه انجام داده‌اند که با از دست رفتن سوریه و عراق که دو کشور مهم محور مقاومت هستند، این ارتباط قطع شده و عمق راهبردی جمهوری اسلامی ایران با تهدید مواجه می‌شود. پس این مورد هم با توجه به بررسی جوانب مختلف مسئله امنیت ملی می‌تواند به‌عنوان دلیل مورد احتجاج واقع شود.

نتیجه‌گیری

بی‌تردید می‌توان دفاع و حضور مستشاری در منطقه غرب آسیا را به‌گونه‌ای تحت عنوان جهاد دفاعی قرار داد؛ چراکه هدف نهایی جنگ‌های منطقه‌ای، در صورتی که جبهه کفر و استکبار پیروز شود، تضعیف و براندازی جمهوری اسلامی ایران است. لذا این نوع جهاد، به‌عنوان لایه اول دفاع از کشور در خارج از مرزهای جغرافیایی، مشروعیت پیدا می‌کند، زیرا مانع از تعدی دشمن به مرزهای ما خواهد شد. بنابراین جهاد، نه تنها مطلوب است بلکه بر مردم و مسئولین نظام اسلامی واجب هم خواهد بود. مضافاً بر اینکه،

^۱ «وَمَنْ يُعْظَمْ شَعَائِرَ اللَّهِ فَإِنَّهَا مِنْ تَقْوَى الْقُلُوبِ».

کمک به برادر مسلمان و نجات او از دست ظالم، وظیفه‌ای شرعی است و این امر مهم هم اقتضا می‌کند که در جنگ‌های منطقه حضور پیدا کنیم. البته حضور مستشاری به معنای لشکرکشی نیست بلکه با توجه به اهمیت حضور، به معنای ارسال افراد نظامی خیره، به درخواست کشور هدف و مظلوم، می‌باشد. در حقیقت، این افراد خیره، توأمان از ابزارهای متنوع سخت و نرم استفاده می‌کنند تا با حضور مؤثر خود، مانع از پیشبرد اهداف گروه‌های صهیونیستی - آمریکایی شوند. چراکه در جهان کنونی برای ایجاد چنین امنیتی، هزینه هنگفتی را کشورها تقبل می‌کنند و این مهم، کاملاً با حفظ امنیت جمهوری اسلامی، منطبق است.

با استنباط از آیات متعدد قرآن مجید می‌توان نتیجه گرفت که اساساً امنیت یکی از اهداف حکومت اسلامی به‌شمار می‌رود. لذا منفعل نبودن در برابر تهدیدات دشمنان و افزایش توان دفاعی برای ارتقای قدرت بازدارندگی، یکی از شاخصه‌های مهم امنیتی می‌باشد. خداوند به هیچ وجه، هیچ راه سلطه‌ای به سود کافران معاند علیه مؤمنان را مجاز نمی‌داند و تأکید می‌کند که هر موضوع و مسئله‌ای که اقتضای تسلط و سیطره بر مؤمنان داشته باشد، باید مورد توجه قرار گرفته و در مقابل، در جهت مصون‌سازی و امنیت‌بخشی، مواضعی متقن اتخاذ گردد.

از منظر فقها هم، حضور و دفاع در جهت حصول یافتن امنیت در حکومت اسلامی، مورد تحلیل فقهی و تأکید قرار گرفته است به نحوی که حتی اگر در رأس حکومت، یک حاکم جائز هم وجود داشته باشد دفاع و حفظ امنیت واجب است، لذا اکنون که حکومت شیعی و اسلامی در رأس امور است، رها کردن و نظاره به اوضاع منطقه با بی‌تفاوتی و بی‌طرفی، کیان مملکت اسلامی را به‌خطر می‌اندازد. تقریباً برآیند کلام تمام فقهایی که بیاناتشان را ذکر کردیم این بود که در صورت تهدید شدن کیان اسلام و به‌خطر افتادن مال و جان و ناموس مسلمین، دفاع بر هر کسی واجب است و حتی آن مجوزاتی که برای معافیت از جهاد ابتدایی وجود داشت برای برخی افراد، در این نوع جهاد که دفاعی است وجود ندارد و بر همگان لازم است که هر طور که می‌توانند به دفاع بپردازند و مرز مشخصی هم تعیین نشده و ملاکی که قرار دادند برای وجوب دفاع، صرفاً حفظ اسلام و مسلمین بوده است.

بنابراین می‌توان استنتاج کرد که کنش قبل از هجوم دشمن و همین‌طور واکنش به تهدیدات دشمن، از مؤلفه‌های ایجاد امنیت بوده که قطعاً شامل این نوع دفاع مزبور و حضور مستشاری خواهد شد، چون هر کدام به‌نوعی موجب دفاع از اسلام و سرزمین‌های اسلامی است. لذا حضور مستشاری ایران اسلامی در منطقه، به‌عنوان عامل ثبات در منطقه، با توجه به چندین مؤلفه از جمله وظیفه اسلامی در خصم با ظالم و کمک به مظلوم، حفظ امنیت ملی و عمق راهبردی در منطقه و دفاع از مقدسات، لازم و ضروری است و حکم وجوب بر آن بار می‌شود و بر همگان واجب است که مبادرت به انجام این کار نمایند، البته به قدری که به مقدار کفایت دفع حمله و تهدید دشمن شود.

منابع

- ابن بابویه، محمد بن علی. (۱۳۶۲). *الخصال*. قم: نشر جامعه مدرسین.
- ازهری، محمد بن احمد. (۱۴۲۱). *تهذیب اللغة*. بیروت: نشر دار احیاء التراث العربی.
- آمدی، عبدالواحد بن محمد. (۱۴۱۰). *غرر الحکم و درر الکلم* (سیدمهدی رجایی، محقق). دارالکتب الاسلامیه.
- بازرگان، ابوالفضل. (۱۳۹۹). ابعاد سیاسی امنیتی حمایت از سوریه در سیاست خارجی ج.۱ ایران. فصلنامه رهیافت‌های سیاسی و بین‌المللی، ۹ (۴).
- بستانی، فواد افرام. (۱۳۷۵). *فرهنگ ابجدی*. تهران: نشر اسلامی.
- تقی‌زاده اکبری، علی. (۱۳۸۵). روش فرماندهی پیامبر اعظم (ص). *مجله حصون*، (۹).
- خامنه‌ای، سیدعلی. (۱۳۹۸). *رساله آموزشی احکام عبادات*. تهران: نشر فقه روز.
- خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۸۹). *صحیفه نور* (چاپ پنجم). تهران: نشر مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲). *مفردات ألفاظ القرآن*. بیروت: دارالقلم.
- رضازاده، حسین، و امین‌زاده، الهام. (۱۳۹۸). *مصونیت مستشاران نظامی ایران در عراق و سوریه*. *مطالعات حقوق عمومی*، ۴۹ (۳)، ۶۷۶.
- زمانی، مسعود. *مشروعیت مداخله نظامی کشور ثالث بر اساس دعوت کشور میزبان*. *پژوهش حقوق عمومی*، ۱۸ (۵۴).
- سعیدی، مجید. (۱۳۹۷). *مشروعیت یا عدم مشروعیت حضور نیروهای خارجی در سوریه در پرتو اصول حقوق بین‌الملل*. چهارمین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی در ایران. دانشگاه تهران.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). *مسالك الأفهام الى تنقیح شرائع الاسلام* (مؤسسه المعارف الاسلامیه، محقق). مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۰). *النهایه*. بیروت: نشر دار الکتب العربی.
- قریشی، سیدحسین. (۱۳۸۸). *جهاد و دفاع از دیدگاه میرزای قمی با مقایسه آرای فقهی امام خمینی*. حضور، (۷۰).
- محقق ثانی. (۱۴۱۴). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. قم: نشر مؤسسه آل‌البیت (ع).
- نجفی جواهری، محمدحسن. (۱۳۶۲). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام* (عباس قوچانی، محقق) (چاپ هفتم). دار احیاء التراث العربی.
- نظامی‌پور، قدیر. (۱۳۹۵). ارزیابی چگونگی راهبرد نوین مستشاری ایران در مقابله با گروه‌های تکفیری در سوریه. فصلنامه پژوهش‌های حفاظتی امنیتی دانشگاه جامع امام حسین علیه السلام، ۵ (۱۸).
- نهج البلاغه (علی فیض الاسلام اصفهانی، مترجم). (۱۳۶۸ش). *نهج البلاغه*. سازمان چاپ و انتشارات فقیه.



Legal and Jurisprudential Applications of the Rule of Ghurūr (Deception) in Marital Relations

Sayyid Mojtaba Hosseinialmousavi¹ , and Mahanz Moaleai² 

1. *Corresponding Author*, Assistant Professor of Law, Faculty of Humanities, University of Zanjan, Zanjan, Iran. Email: almousavi.mojtaba@znu.ac.ir
2. PhD Student in Islamic Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, University of Tabriz, Tabriz, Iran. Email: m60712703@gmail.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received
07 March 2023
Received in revised form
16 May 2023
Accepted
30 May 2023
Available online
21 December 2024

Keywords:
ghurūr (deception),
nikāh (marriage),
tadlīs (fraudulent
misrepresentation),
aṣl al-ṣiḥḥa (principle of
validity),
marital life

ABSTRACT

The necessity of compensating the deceived party and restoring them to their previous condition is one of the most important reasons for the establishment of the rule of ghurūr (deception) in Islamic law. The application of this rule in the marriage contract (‘aqd al-nikāh) differs significantly due to its fundamental distinctions from other contracts. Modern advancements in life have introduced new dimensions of deception, such as transferring assets to relatives to avoid paying the dowry (mahr) or feigning infertility, which cannot be directly addressed within traditional jurisprudence (fiqh). From an Islamic perspective, the importance of preserving the family foundation necessitates a new approach to the rule of ghurūr, focusing on the element of deception. This study argues that a precise distinction between tadlīs (fraudulent misrepresentation) and ghurūr allows for a redefinition of the element of deception. Judicial rulings indicate that new methods of deception in marital life, aimed at evading legal obligations, have not been adequately addressed.

Cite this article: Hosseinialmousavi, S. M., & Moaleai, M. (2024). Legal and Jurisprudential Applications of the Rule of Ghurūr (Deception) in Marital Relations. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 18 (2), 153-170. <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.15456.1743>





تطبیقات فقهی حقوقی قاعده غرور در روابط زوجین

سید مجتبی حسینی الموسوی^۱ ID، و مهناز مولایی^۲ ID

۱. نویسنده مسئول، استادیار دانشکده علوم انسانی دانشگاه زنجان، زنجان، ایران. رایانامه: almousavi.mojtaba@znu.ac.ir
۲. دانشجوی دکتری فقه و مباحث حقوق اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران. رایانامه: m60712703@gmail.com

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: مقاله پژوهشی</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۱۶ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۲/۲۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۳/۹ تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۱۰/۱</p> <p>کلیدواژه‌ها: غرور، نکاح، تدلیس، اصل صحت، زندگی مشترک</p>	<p>لزم جبران ضرر فرد فریب‌خورده و اعاده او به وضعیت سابق از مهم‌ترین دلایل تشریح قاعده غرور در حقوق اسلامی است. اعمال این قاعده در عقد نکاح به دلیل تفاوت بنیادینی که با سایر عقود دارد، متفاوت است. پیشرفت‌های روزافزون زندگی، جنبه‌های جدیدی از فریب مانند نقل و انتقال اموال به خویشاوندان به منظور پرداخت مهریه یا تظاهر به عدم باروری به وجود آورده است که در فقه سنتی نمی‌توان برای آن مصداقی پیدا نمود. اهمیت حفظ بنیان خانواده از منظر اسلام، نگاه جدید به قاعده غرور با محوریت عنصر فریب را ضروری نموده است. از نگاه این پژوهش، مرزبندی دقیق میان تدلیس و غرور این امکان را فراهم می‌آورد که عنصر فریب دوباره تعریف گردد. آرای قضایی گویای این مطلب هست که شیوه‌های جدید فریب در زندگی مشترک به منظور فرار از الزام‌های قانونی چندان مورد توجه قرار نگرفته است.</p>

استناد: حسینی الموسوی، سید مجتبی؛ و مولایی، مهناز. (۱۴۰۳). تطبیقات فقهی حقوقی قاعده غرور در روابط زوجین. *مطالعات فقه اسلامی و مباحث حقوقی*، ۱۸ (۲)، ۱۵۳-۱۷۰. <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.15456.1743>



مقدمه

دین مبین اسلام، برای ازدواج و تشکیل خانواده، اهمیت و جایگاه خاصی قائل شده است؛ زیرا خانواده زیربنای و شالوده اصلی جامعه را تشکیل می‌دهد. شارع جهت تحکیم روابط زوجین و استحکام بنیان خانواده، اصول و قواعد خاصی را وضع نموده است. از برجسته‌ترین عوامل بقای این نهاد مقدس، برخورد صادقانه و به دور از هرگونه نیرنگ و فریب زوجین، در تمام دوران آشنایی از ازدواج تا طلاق است. یکی از مشکلات میان زوج‌های جوان که به واسطه آن کانون خانواده در همان بدو عقد یا سال‌های اول زندگی از هم می‌پاشد، نبود صداقت و فریب خوردن یکی از طرفین یا اصطلاحاً غرور است.

با وجود اینکه موضوع فریب و غرور در روابط زوجین، محصول عصر حاضر نبوده، پیشینه تاریخی دیرینه‌ای دارد، متأسفانه امروزه این معضل، ابعاد وسیع‌تری نسبت به گذشته پیدا کرده است و با بهره‌گیری از فناوری نو، چهره جدیدی از خود نشان می‌دهد. وجود تعداد زیاد پرونده در دادگاه‌های خانواده با موضوع فریب در ازدواج، مؤید این واقعیت تلخ است. با وجود اینکه این موضوع فراوان اتفاق می‌افتد، فقها قاعده غرور را در باب نکاح به‌طور مستقل و مبسوط مورد بررسی قرار نداده‌اند. قوانین موضوعه کشور نیز که متأثر از فقه امامیه می‌باشد، قلمرو و مصادیق آن را به‌طور دقیق بیان نکرده است. در نتیجه، موضوع از این حیث، مهجور مانده و عموم مردم نسبت به حقوق خود اطلاع کافی ندارند. این عدم آگاهی سبب شده است که آنان نتوانند به‌موقع از طریق مجاری قانونی نسبت به احقاق حق خود اقدام نمایند. اجمال قاعده غرور و پیشرفت روزافزون فناوری، ایجاب می‌نماید که به کاربرد آن در روابط میان زن و مرد، دوباره نگرینسته شود. به نظر می‌رسد اگر الزامات اجرایی این قاعده به‌درستی در دادگاه خانواده اجرا شود، از بسیاری از آسیب‌های اجتماعی جلوگیری خواهد نمود.

این مقاله با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و با گردآوری منابع از طریق مطالعه کتابخانه‌ای گردآوری شده است.

مفهوم غرور و مبانی آن

قبل از بحث در مورد مفهوم غرور و تفاوت آن با تدلیس، لازم است به این نکته اشاره شود که در این بخش تلاش شده است که عناصر غرور با توجه به ویژگی‌های عقد نکاح شرح داده شود.

«غرور» در لغت، مصدر فعل متعدی از ماده «غر - یغر» و از باب «فعل - یفعل» به‌معنای فریب دادن، خدعه، نیرنگ است (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۳۴۶). غرور در اصطلاح فقهی عبارت است از انجام فعلی از جانب دیگری که موجب ضرر و زیان شخص دیگر می‌شود؛ هرچند که او قصد (هدف) فریفتن طرف مقابل را نداشته باشد و فریب‌خورده هم از این موضوع آگاهی نداشته باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۲۶۹؛ تسخیری، ۱۴۳۱، ج ۲، ص ۱۹۷).

غرور شامل عناصر چندگانه‌ای است که در ذیل بیان می‌گردد:

شخص: از نظر فقهی هنگامی مسئول محسوب می‌شود که فعل مثبت یا منفی از او سر بزند. فقها در لابه‌لای متون فقهی خود به هر دو فعل (مثبت و منفی) اشاره نموده‌اند؛ به‌عنوان مثال، خودداری از اعلام بیکارت به هنگام انعقاد عقد نکاح (خمینی، ۱۴۲۱، ج. ۲، ص. ۴۸۱).

فریب‌خوردگی: این عنصر از قاعده غرور با وجود نقش محوری آن، کمتر مورد توجه فقها قرار گرفته است. این قاعده بدون این رکن، تفاوت چندانی با سایر قاعده‌ها به‌ویژه تدلیس نخواهد داشت. البته برخی از فقهای معاصر به این عنصر توجه خاصی نموده‌اند. محمد بجنوردی در این زمینه نوشته است: اعمال خدعه‌آمیز از سوی غار زمانی مؤثر است که مغرور به‌واسطه آن عملی را انجام دهد که اگر او اطلاع کامل از نیت فریب‌دهنده را داشت، هرگز مبادرت به چنین عملی نمی‌کرد (بجنوردی، ۱۴۰۱، ج. ۱، ص. ۲۶۹).

به‌عنوان مثال، فردی خود را به دروغ پزشک معرفی می‌کند؛ خواستگار تنها به این دلیل که همسر آینده او از موقعیت اجتماعی خوبی برخوردار است، حاضر به ازدواج با او می‌شود.

عملیات فریب، عنصر منحصر به فرد باشد. قاعده غرور تنها در جایی به کار می‌رود که عمل غار تنها علت منحصره اقدام حقوقی فریب‌دهنده باشد. تأثیر عملیات فریبکارانه باید به حدی باشد که در مقایسه با سایر عوامل به این نتیجه برسیم که اگر فریب یا نیرنگ در میان نبود، هیچ‌گاه از فریب‌خورده عملی سر نمی‌زد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۴۴۱؛ ایروانی غروی، ۱۳۷۹، ج. ۱، ص. ۱۴۸).

مطالبه جبران ضرر، پایه اساسی این قاعده است. البته میان فقها در میزان جبران ضرر اتفاق نظر وجود ندارد. مغرور تنها به مقداری که به او ضرر وارد شده است، حق مطالبه دارد. بر اساس این برداشت، فریب‌دهنده باید وضعیت را به حالت سابق بازگرداند (خمینی، ۱۴۲۱، ج. ۲، ص. ۴۵۰). برخی از فقها با انتقاد از نظریه بالا بر این باور هستند که صرف عنصر فریب، بدون تحقق ضرر هم امکان مطالبه خسارت را به وجود می‌آورد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج. ۱، ص. ۱۸۰؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۳۷، ص. ۱۸۳). مرحوم فیروز کوهی در این زمینه نوشته است:

مناطق صدق غرور از بین رفتن مالی است به‌واسطه مغرور شدن که اگر غرور در میان نبود، این خسارات هم نبود، اعم از اینکه ضرر، متوجه بشود یا نشود. پس اشکالی نیست که ملاک صدق غرور، توجه ضرر نباشد (فیروز کوهی، ۱۳۰۸، ص. ۱۵۶).

هرچند که شیخ مرتضی انصاری با استناد به دلایل این قاعده، نظر صاحب جواهر را نقد می‌کند، اما باید به این نکته اذعان نمود که فریب در برخی از مواقع چنان نقش محوری دارد که ضرر را به حاشیه می‌کشاند (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ج. ۳، صص. ۴۹۹-۵۰۰).

مصادیق زیادی به‌ویژه در حقوق خانواده می‌توان برشمرد که فرد از نظر مالی هیچ‌گونه آسیبی به او نرسیده است؛ به‌عنوان مثال، مردی به هنگام خواستگاری با کتمان ازدواج سابق این‌گونه وانمود می‌کند که اولین بار است که مبادرت به ازدواج می‌نماید؛ همسر فریب‌خورده در این مثال هیچ‌گونه خسارت مالی ندیده است؛ حال آنکه برخی از محاکم قضایی با استناد به قاعده غرور به زوجه حق فسخ نکاح را داده‌اند.

از دیدگاه عقلی، میان علم و جهل غار (فریب‌دهنده) و مغرور (فریب‌خورده) حصر عقلی چهارگانه مشاهده می‌گردد. حالت اول، فرض بر این است که فریب‌دهنده آگاهی کامل نسبت به اقدام خود دارد و فریب‌خورده با اعتماد به او اقدام به انجام کاری می‌نماید. این فرض، قدر متیقن قاعده غرور است و هیچ‌گونه اختلاف‌نظری نسبت به آن دیده نمی‌شود (لنکرانی، ۱۴۱۶، ص. ۲۲۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج. ۲، ص. ۲۹۵).

حالت دوم برعکس فرض اول است و مغرور آگاهی کامل به فریب دارد، اما فریب‌دهنده خودش هیچ‌گونه علمی به این موضوع ندارد که عمل او خدعه‌آمیز است. اثبات لزوم جبران خسارت در این حالت به دلیل منتفی بودن فریب خوردن بسیار سخت می‌باشد (محقق داماد، ۱۳۸۴، ج. ۱، ص. ۱۶۹). موسوی بجنوردی در این زمینه بیان کرده است:

این حالت از شمول قاعده غرور خارج است؛ زیرا شرط است که مغرور، جاهل باشد. در غیر این صورت، اگر مغرور عالماً عامداً اقدامی علیه خود بکند که متضمن ضرر باشد، با توجه به اقدامش، مورد شمول قاعده غرور نبوده، موجب ضمان غار نخواهد بود (بجنوردی، ۱۴۱۶، ج. ۱، ص. ۲۶۹).

اگر فردی با علم به ضرر خود کاری را انجام بدهد، مفهوم مغرور دیگر به او صدق نمی‌کند. مغرور با رضایت خاطر بدون آنکه در عملیات فریب قرار بگیرد، به ضرر خود (قاعده اقدام) عملی را انجام داده است. به‌عنوان مثال، زنی به دلیل وابستگی عاطفی حاضر به ازدواج با فردی می‌شود که به بیماری صعب‌العلاجی مبتلا است و شوهر اطلاعی از این مسئله ندارد.

فرض بعدی، جاهل بودن غار و مغرور است. الزام به جبران خسارت در این حالت، بستگی به این امر دارد که جاهل بودن یا عالم بودن را در صدق عنوان غرور ضروری بدانیم یا نه؟ برخی از فقها با استناد به اینکه مدرک قاعده غرور اجماع می‌باشد، بر این باور هستند که باید به قدر متیقن بسنده نمود. بنابراین اگر فریب‌دهنده جاهل به موضوع باشد، قاعده غرور بر او اعمال نمی‌شود (آخوند خراسانی، ص. ۲۷۳). صاحب عناوین نیز ضمن توضیح غرامت‌های قابل جبران، ضمان فریب‌دهنده را منوط به این می‌داند که خسارت‌دیده جاهل به واقع باشد و بیان می‌کند: ناآگاهی فریب‌خورده نسبت به واقع امر، شرط است تا آنکه مغرور محسوب گردد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۴۴۱). در مقابل، عده‌ای غرور یا فریب را از عناوین نیت‌دار (قصدی) نمی‌دانند؛ از این رو، آگاهی و فقدان علم را در درستی صدق عنوان غار به فریب‌دهنده لازم نمی‌دانند. بنابراین حتی اگر خود غار هم از دیگری فریب‌خورده باشد، ضامن می‌دانند (حسینی شیرازی، ۱۴۱۳، ص. ۱۰۰). به‌عنوان مثال، مردی بدون آنکه از بیماری خود اطلاع داشته باشد، با فردی ازدواج می‌نماید؛ بعد از مدتی معلوم می‌گردد که شخص چند سال قبل از ازدواج مبتلا به بیماری بوده است که امکان باروری نداشته است. با در نظر گرفتن اقوال مطرح‌شده، الزام یا معافیت از جبران خسارت متفاوت خواهد بود.

مقایسه غرور و تدلیس

تشخیص و تفکیک آثار مترتب بر قاعده غرور و تدلیس از اهمیت خاصی برخوردار است. شباهت هر دو تأسیس به حدی است که ممکن است موهم این امر باشد که هر دوی آنها از لحاظ مفهوم و آثار فقهی یکسان می‌باشند. تدلیس از مقوله حقیقت شرعیه نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۵، ص. ۱۵۵). فقها هم اگر این اصطلاح را تعریف کرده باشند، معنای عرفی آن مدنظر بوده است. تدلیس عبارت است از عملیات متقابلانه‌ای که از جانب یکی از زوجین یا اولیای آنان واقع شود؛ به طوری که اگر آن عملیات نبود، آن عقد واقع نمی‌شد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص. ۲۹۱).

برخی از فقها میان تدلیس و غرور تمییز قائل شده‌اند. اولی را موجب خیار فسخ و دومی را تنها از اسباب ضمان می‌دانند. صاحب جواهر به صراحت در مبحث بیع به این موضوع اشاره کرده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳، ص. ۳۱۷). البته آنان بدون تداخل در عناوین غرور و تدلیس، حکم به جبران خسارت نموده‌اند. شهید ثانی علت رجوع مدلس را به دلیل شرط تخلف از حریت زن، غرور برمی‌شمارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص. ۱۴۱). در برخی از متون فقهی مشاهده می‌شود که تدلیس و غرور را در کنار هم به طور مترادف به کار برده‌اند. محقق کرکی برخلاف شهید ثانی، علت رجوع به مدلس را به دلیل بنده بودن زن از باب تدلیس می‌داند (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ص. ۳۲۰).

فلسفه تشریح غرور و تدلیس، جبران خسارت فرد فریب‌خورده است. اشتراک در تشریح قواعد نباید این تصور را ایجاد کند که میان دو مفهوم غرور و تدلیس هم‌پوشانی وجود دارد. غرور از اسباب ضمان قهری می‌باشد؛ حال آنکه تدلیس در عقود کاربرد دارد. بنابراین قاعده غرور صرفاً می‌تواند مبنای مسئولیت تدلیس‌کننده در جبران خسارت وارده به مدلس باشد، نه خیار فسخ عقد. به عبارت دیگر، دایره شمول قاعده غرور محدود بر این است که مغرور می‌تواند برای جبران خسارت وارده به غار مراجعه کند و این قاعده دیگر نمی‌تواند مبنای ایجاد خیار فسخ برای مغرور باشد (محمدی، ۱۳۸۲، ص. ۱۸۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص. ۴۶۷).

مدلس تنها زمانی که قصد عمدی بر فریب داشته باشد، ملزم به جبران خسارت است. بسیاری از فقها عنوان قصد را در غار ضروری نمی‌دانند. ایراد خسارت، عنصر ضروری قاعده غرور است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲، ص. ۳۰۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص. ۴۴۱؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص. ۲۷۰). اگر فردی دیگری را فریب بدهد اما به او ضرری نرساند، غار هیچ‌گونه مسئولیتی در برابر مغرور ندارد. این موضوع خود را در جایی بیشتر نمایان می‌کند که دلیل قاعده غرور را لاضرر بدانیم؛ حال آنکه در تدلیس، مدلس به صرف انجام عمل فریبکارانه مسئولیت دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص. ۵۰۰). احراز ضرر جنبه فرعی پیدا می‌کند. به عنوان مثال، مدلس با آرایش یک زن، او را به گونه‌ای جلوه می‌دهد که فاقد آن اوصاف است. در اینجا فرقی ندارد که فریب‌خورده تحت تأثیر مدلس قرار گرفته باشد یا نه.

رابطه میان قاعده غرور و تدلیس از میان نسب اربع، عموم و خصوص من وجه است؛ زیرا هریک نسبت به دیگری از جهتی اعم (کلی‌تر) و از جهتی اخص (محدودتر) هستند.

بارزترین مصادیق غرور و فریب توسط زوج

غرور در میزان و نحوه پرداخت مهریه

نخستین حق مالی که به موجب ازدواج به زن تعلق می‌گیرد و پرداخت آن از وظایف و تکالیف زوج می‌باشد، مهریه است. امام محمد باقر (ع) در تحلیل ماهیت مهریه می‌فرماید: «الصدَّقُ مَا تَرَاضَى عَلَيْهِ النَّاسُ قَلِيلاً كَأَنْ أَوْ كَثِيراً؛ صدق چیزی است که مردم بر آن تراضی کرده باشند؛ کم باشد یا زیاد». (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۷، ص ۳۵۴). فقها نیز با استناد به این حدیث، اجماع دارند که «مهر» یا «صدق» هر چیزی است که زوجین به آن تراضی کنند (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۵۷۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱، ص ۳).

با وجود اینکه به اجماع فقها (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۲۷۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۱۱۹؛ حلی، ۱۴۰۵، ص ۴۳۹)، ذکر مهر در عقد دائم، واجب نبوده؛ بلکه مستحب است و می‌توان عقد دائم را بدون ذکر مهر و یا حتی با شرط عدم مهر، منعقد ساخت، اصل لزوم پرداخت مهر به زن، بسیار مورد تأکید و سفارش شرع مقدس اسلام است؛ تا آنجا که به تعبیر امیرالمؤمنین علی (ع)، اولین و سزاوارترین حقی که زن بر شوهر پیدا می‌کند، حق گرفتن مهریه است (شیخ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۳۹۸).

روایات فوق به درستی بیانگر میزان اهمیت پرداخت کامل مهر زوجه هستند. متأسفانه گاه اتفاق می‌افتد که برخی مردان با عدم اعتنا به این حکم واجب الهی، برای اینکه مهر را نپردازند و یا اگر پرداخته‌اند از همسر خود باز پس گیرند، به اعمال و رفتار متقلبانه‌ای متوسل می‌شوند. به‌عنوان مثال، مردی که دارای یک منزل مسکونی بوده و آن را بعد از رابطه زناشویی به تملیک همسر خود درآورده است. حال بعد از گذشتن چند سال، تحت تأثیر اطرافیان به فکر باز پس گرفتن خانه می‌افتد. در همین راستا با توسل به امور متقلبانه چون برگه احضاریه دادگاه، ادعای ورشکستگی و... از همسر خود می‌خواهد که خانه را جهت فروش به تملیک او دربیآورد. زوجه نیز به دلیل اعتماد به همسرش تن به این کار می‌دهد، اما بعد از مدتی متوجه می‌شود که ورشکستگی در کار نبوده و در واقع شوهرش او را فریب داده است.

مورد دیگر جایی است که زوج به‌لحاظ شرایط مالی، درخواست مهریه عندالاستطاعه می‌کند و بعد از چند سال که زوج به استطاعت مالی می‌رسد، برای فرار از پرداخت مهریه زوجه، تمام اموالش را به نام خواهر و مادرش می‌زند و چنین وانمود می‌کند که اموالش صرف تسویه بدهی بانکی شده است. در هر دو مثال مذکور، عنوان غار بر شوهر صادق بوده و شرایط ضمان غرور، محرز می‌باشد، لذا زوجه می‌تواند مطابق عموم قاعده «المغرور يرجع الی من غره» به شوهر غار خود رجوع کرده و از وی مطالبه جبران خسارت نماید.

آرای قضایی درباره مطالبه مهریه: بر اساس دادنامه قطعی به شماره ۹۴۰۹۹۷۰۹۳۰۹۹۸۲۹۲۹۴۰۰۹۳۴ شماره ۹۴/۴/۲۸، بعد از اختلاف میان زن و شوهر، مرد منزل را ترک نموده است. همسر طی دادخواستی مطالبه مهریه خود را از دادگاه کرده است. او متوجه می‌گردد که مرد سهم‌الارث خود را به اقوام نزدیک

انتقال داده است. زوجه درخواست ابطال معامله به دلیل فرار از دین را از دادگاه می‌نماید. قاضی به استناد اصل صحت، معامله را تنفیذ نموده است.

غرور در پرداخت نفقه

تأمین هزینه خانواده در نظام حقوقی اسلام بر عهده زوج است. نفقه مانند مهریه نیست که به محض عقد نکاح، بر مرد واجب شود. شرط وجوب نفقه، زوجیت دائم و تمکین کامل است. اگر زوجه از نظر مالی متمکن باشد، الزام به پرداخت مخارج زندگی از جانب مرد برداشته نمی‌شود (طبرسی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۰۲؛ کیدری، ۱۴۱۶، ص ۴۴۵).

به اذعان فقها، نفقه اندازه خاصی ندارد. تعیین حد و حدود آن به عرف و شأن زن موکول شده است. تمام آیاتی که مسئله برخورد و تعامل با همسر را مطرح می‌کنند، آن را به عرف ارجاع داده‌اند. ضابطه پرداخت نفقه، تأمین تمام مواردی است که زن به آن نیاز دارد؛ همانند غذا، لباس، مسکن، وسایل آشپزی، وسایل نظافت، هزینه دارو، دستمزد پزشک و... که باید به‌طور متعارف و با وضعیت زن در آن شهر متناسب باشد (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۷، ص ۵۶۳؛ مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۳۱۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱، ص ۳۳۶). وجوب پرداخت نفقه، قاعده امری است. شرط خلاف آن در ضمن عقد نکاح دائم بی‌تأثیر است. هرگاه زوج با وجود برخورداری از تمکن مالی و تمکین زوجه از پرداخت نفقه او امتناع کند، ناشز محسوب می‌گردد (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۴۷۴؛ خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۳۰۷؛ محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۳۶۴).

برخی مواقع همسر با وجود برخورداری از قدرت مالی و تمکین کامل زوجه، بنا به دلایلی از پرداخت نفقه سر باز می‌زند. او برای اینکه متحمل عواقب زیان‌بار قانونی آن نگردد، به اعمال متقابلانه و اظهارات واهی دست می‌زند تا هم نقش یک همسر خوب را بازی کند و هم از ادای تکالیف خود امتناع ورزد. در هر دو فرض مذکور، غرور و فریب از ناحیه شوهر محرز و ضمان غار ثابت است. زن می‌تواند علاوه بر نفقه معوقه، غرامات و خسارات معنوی تحمیل شده به خود را از شوهر مطالبه نماید.

به‌عنوان مثال، جایی که زن مسلمان و متمولی با مرد مسلمانی ازدواج می‌کند و مهر خود را تعلیم احکام قرار می‌دهد. زوج با سوءاستفاده از این امر و نظر به تمکن مالی زوجه، چنین القاء می‌کند که در اسلام وجوب پرداخت نفقه مشروط به فقر مالی زن است. زوجه نیز با اعتماد به همسر، هیچ‌گاه از شوهر خود طلب نفقه نمی‌کند. زوجه بعد از طی سالیانی با پرسش از علما پی به دروغ و خدعه همسر می‌برد.

یا اینکه مردی اظهار می‌دارد به دلیل مشکلات مالی تا مدتی نمی‌تواند نفقه همسرش را کمافی‌السابق پرداخت کند. بنابراین وی باید قناعت کند و نفقه کمتری دریافت نماید. زن با اعتماد به همسر و کمک به اقتصاد خانواده از هزینه‌ها و مخارج زندگی می‌کاهد، اما بعد از گذشت چند سال متوجه می‌شود که اوضاع کار و درآمد همسرش بهتر از گذشته است و ادعاهای او صحت ندارد؛ بلکه شوهر او را فریب داده است. در هر دو فرض مذکور، غرور و فریب از ناحیه شوهر، محرز و ضمان غار ثابت است. زن می‌تواند علاوه بر نفقه معوقه، غرامات و خسارات معنوی تحمیل شده به خود را از شوهر مطالبه نماید.

آرای قضایی درباره مطالبه نفقه: شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۸۵۱۱۴۹۰۰۰۴۹، تاریخ دادنامه ۱۳۹۴/۲/۲۲؛ همسر از پرداخت نفقه به زن خود خودداری می‌کرده است؛ حتی با وجود حکم جلب هم حاضر به انجام وظیفه قانونی خود نبوده است. زوجه در دادخواست خود اعلام کرده است که زوج به‌منظور فرار از الزام‌های قانونی، یک‌بار به‌صورت صوری اقدام به تهیه مسکن نموده است که بر اساس گواهان محلی هم فریب زوجه در تهیه مسکن اثبات شده است. دادگاه هم با احراز عنصر فریب و مدت طولانی جدایی از هم، حکم به طلاق صادر نموده است.

غرور در عدم ازدواج مجدد

تک‌همسری طبیعی‌ترین فرم زناشویی است. هریک از زن و شوهر، احساسات و عواطف دیگری را از آن خود می‌داند. اسلام در شرایطی خاص، تعدد زوجات را نیز تجویز نموده است. مرد حق ندارد بدون رعایت حقوق همسر اول خود، اقدام به ازدواج مجدد نماید (مطهری، ۱۳۸۶، ج ۱۹، ص ۲۹۹).

فقه‌ها معتقدند مرد مسلمان حق دارد -با رعایت سایر شرایط صحت نکاح- تا چهار زوجه دائمی اختیار کند و ازدواج موقت نیز فاقد محدودیت عددی است. همچنین رضایت زوجه قبلی در صحت ازدواج بعدی، شرعاً شرط نیست (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۲۹۳؛ شیخ مفید، ۱۴۱۳، ص ۵۱۷؛ طرابلسی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۲۲۵). حس انحصارطلبی نشأت گرفته از فطرت زن، هرگز زن دیگری را در حریم روابط عاطفی و جنسی با همسر خود نمی‌پذیرد و او را مانع خوشبختی خود می‌پندارد. گاه ازدواج مجدد همسر، به بزرگ‌ترین ترس و خط قرمز زنان تبدیل می‌شود. او برای در امان ماندن از چنین اتفاقی، حاضر است دست به هر کاری بزند؛ حتی اگر آن کار، گرفتن وکالت در طلاق برای عدم ازدواج مجدد همسر باشد یا صرف‌نظر نمودن از برخی حقوق خود در مقابل تعهد به عدم تجدید فراش. اخلاق به مردان حکم می‌کند که اگر چنین شرطی را پذیرفتند، نسبت به آن متعهد و وفادار بمانند. متأسفانه گاه پیش می‌آید که برخی مردان، با وجود اینکه در کمال اختیار و آزادی اراده، تن به چنین تعهدی می‌دهند، با استناد به امور واهی، نقض پیمان می‌کنند.

همسری که از ازدواج مجدد همسر خود بیم دارد؛ از او درخواست می‌کند که اقدام به این کار نکند. زوج اعلام می‌دارد که تنها به شرطی تا آخر عمر خود این کار را انجام نخواهد داد که زوجه، مهریه خود را به وی ببخشد. بعد از گذشت چهار ماه، متوجه می‌شود که همسرش او را فریب داده و یک سال قبل، زنی را به عقد خود درآورده بوده و حالا که وی مهریه‌اش را بخشیده، قصد جدایی از او را دارد. در این چنین فرضی، غرور محرز بوده و زوجه حق رجوع به زوج و مطالبه جبران خسارت اعم از مادی و معنوی - را دارد. همچنین به فتوای فقه‌ها، مهریه‌ای که زن به شوهر بخشیده بوده، هبه مشروطه است و با تخلف مرد، زن می‌تواند مهریه خود را مطالبه نماید (بهجت، ۱۴۲۸، ج ۴، ص ۱۲۴).

مثال دیگر اینکه زوجین در مرحله خواستگاری به توافق می‌رسند که چنانچه زوج، بدون رضایت زوجه، همسر دیگری اختیار نماید، زوجه وکیل باشد که خود را مطلقه نماید. به هنگام انعقاد صیغه نکاح، عاقد اعلام می‌کند فرقی بین حق طلاق و وکالت طلاق وجود ندارد و این دو لفظ را می‌توان جایگزین یکدیگر

کرد. بنا بر اعتماد به اظهارات عاقد، زوجه قبول می‌کند که در سند نکاحیه به جای وکالت در طلاق، درج شود که در صورت ازدواج مجدد شوهر، زوجه حق طلاق خواهد داشت. بعد از گذشت چند سال، زوج همسر دیگری اتخاذ می‌کند. زوجه برای استفاده از حق طلاق خود اقدام می‌کند. بنابر فتاوی فقها، شرط نمودن اینکه زن حق طلاق داشته باشد باطل است و دعوی او قابلیت رسیدگی در دادگاه خانواده را ندارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۶، ص ۱۲۸). در تحقیق و تفحص و مراجعه به عاقد، متوجه می‌شود که او با تبانی زوج و در ازای گرفتن مبلغی، مطالب خلاف واقع را بیان داشته است. در اینجا هم زوج و هم عاقد، هر دو غار هستند و هر کدام به اندازه سهمی که در فریب زوجه داشته‌اند، مسئول جبران خسارات و غرامات زوجه خواهند بود.

غرور در عدم باروری

یکی دیگر از حقوق غیرمالی مختص زوجه در منابع فقهی و نصوص روایی، حق عزل است. منظور از عزل، جلوگیری از انعقاد نطفه است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۲۶۶). این کار در زمان تشریح اسلام، تنها راه برای پیشگیری از بارداری بوده است. مرد با سوءاستفاده، موجب عدم فرزندآوری زن می‌شد. شارع حقی برای زن قرار داده تا در حد امکان جلوی تحمیل ضرر به او گرفته شود.

فقه‌ها عزل از زوجه دائمی را با اذن و رضایت او جایز می‌دانند. عزل از همسر موقت، بدون اذن او دچار اختلاف شده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۴، ص ۶۴). مشهور معتقدند این کار گرچه کراهت دارد اما جایز است. اگر زن، مسن، عقیم، ناتوان از شیر دادن به فرزند و... باشد، به عدم کراهت عزل بدون اذن او، می‌توان حکم داد (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ص ۷۲). در مقابل، گروه دیگری از فقها، عزل از زوجه دائمی بدون اذن او یا شرط ضمن عقد را حرام و گناه دانسته‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۳۵۹؛ شیخ مفید، ۱۴۱۳، ص ۵۱۶)؛ با این تعلیل که عزل با غرض شارع از تشریح نکاح منافات دارد، چون هم هدر دادن نسل است و هم به زنان آسیب می‌زند. عده دیگر با استناد به ادله «لاضرر»، حکم به حرمت عزل را مشروط به فقدان رضایت و تحمیل ضرر همسر کرده‌اند (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ص ۷۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۱۴۳).

هریک از دو قول (کراهت و حرمت عزل) را که مبنا قرار بدهیم، معلوم است که عزل از همسر بدون اذن او کار ناپسندی است. به رسمیت شناختن این حق، نشان از عمق عنایت شارع مقدس به تشکیل نهاد خانواده و استحکام رابطه زوجین از طریق فرزندآوری و تکثیر نسل است.

در زمان تشریح احکام اسلامی، تنها روش متداول جهت پیشگیری از بارداری، جلوگیری از انعقاد نطفه از طریق عزل بوده است. منابع فقهی و روایی فقط به بررسی حکم این روش پرداخته‌اند. امروزه راه‌های متعددی برای این کار وجود دارد، مانند انواع قرص‌ها و شیاف‌ها، استفاده از وسایل جلوگیری، بستن لوله‌ها، کاپ دهانه رحم و امثال آن که هر یک به نحوی از انعقاد نطفه جلوگیری می‌کنند. شرع، متعرض احکام آن‌ها نشده است؛ زیرا اصلاً در زمان تشریح اسلام، موضوعیت نداشته‌اند. مکارم شیرازی این‌گونه بیان کرده است: «فحوی روایات، این روش‌ها را هم در بر می‌گیرد؛ عزل برای جلوگیری از انعقاد نطفه است و موارد

دیگری هم که مشابه عزل است، باید مشابه آن حکم داشته باشد. اگر در مورد عزل، قائل به کراهت یا حرمت یا استئنا شویم، در موارد دیگر هم همین را می‌گوییم.» (مکارم شیرازی، ۱۳۲۴، ج ۲، ص ۱۴۳).

جلوگیری از بارداری به‌طور سنتی یا مدرن ایرادی ندارد. محل اشکال تنها جایی است که بدون اذن و رضایت طرف مقابل بوده و یا منجر به اضرار وی گردد. با توجه به پیشرفت علم پزشکی و شیوع روش‌های متعدد برای پیشگیری از بارداری، که به‌طور معمول زنان انجام می‌دهند، اکنون حق عزل دیگر یک حق اختصاصی زنان نیست و مردان نیز این حق را دارند؛ لذا احکام عزل از زوجه شامل مردان نیز می‌شود.

شیوع روش‌های متعدد و ساده پیشگیری از بارداری به‌صورت موقت و دائمی، به ابزاری برای سوءاستفاده و ضربه زدن به همسر، بدل گشته است. هریک از همسران که تمایلی به فرزندآوری ندارند، با یکی از این روش‌ها به‌طور مخفیانه و بدون اعمال نظر دیگری، از بارداری جلوگیری می‌کنند. مردی با داشتن چهار فرزند، به‌واسطه فوت همسر خود، دختر جوانی را به نکاح خود درمی‌آورد. یکی از شروط ضمن عقد دختر، بچه‌دار شدن است. مرد نیز این شرط را می‌پذیرد، اما بعد از گذشت دو سال از ازدواج، زوجه باردار نمی‌شود. در آزمایشات پزشکی مشخص می‌شود که وی برای بارداری منع پزشکی ندارد. درخواست‌های مکرر او از همسر خود جهت مراجعه به پزشک نیز بی‌پاسخ می‌ماند. خانم به همسر خود شک می‌کند و با مطالعه پرونده پزشکی مرد، معلوم می‌گردد که او یک سال قبل از ازدواج با این خانم، اقدام به عقیم‌سازی خود کرده است. متأسفانه این مسئله امروزه بسیار مورد ابتلا است. شوهر در زمان انعقاد عقد نکاح، متعهد به شرطی شده که یقین داشته به‌واسطه عقیم‌سازی خود، محقق شدنش غیرممکن است. بنابراین به قطع و یقین، غرور و فریب از ناحیه او واقع شده است؛ لذا زوجه حق دارد کلیه خساراتی را که از این رهگذر به او تحمیل شده است، از زوج مطالبه نماید.

آرای قضایی درباره ناباروری: شماره دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱، زوجه بعد از ۵ سال زندگی مشترک به دلیل ناباروری همسر، تقاضای طلاق می‌نماید. زوج با اصرار به اینکه عقیم نمی‌باشد، درخواست ادامه زندگی مشترک را دارد. پس از طی مراحل پزشکی قانونی مشخص می‌گردد که مرد از راه آزمایشگاه امکان باروری دارد. قاضی با استناد به اینکه شروط ضمن عقد نکاح هم بر روش طبیعی باروری است، این حق را به زوجه می‌دهد که درخواست طلاق بدهد.

بارزترین مصادیق غرور و فریب توسط زن

غرور و فریب در تمکین خاص از زوج

اگرچه همه هدف ازدواج، استمتاع و ارضای غریزه جنسی نیست، اما از آنجاکه واجد نقش اساسی در تحکیم روابط زناشویی و تثبیت بنیان خانواده است، مورد تأکید و سفارش شریعت اسلام قرار گرفته است. اطاعت در مسائل جنسی و زناشویی، اصلی‌ترین و مهم‌ترین حق زوج و تکلیف زن است که به‌موجب ازدواج صحیح، بر عهده وی استقرار می‌یابد و فقها آن را تمکین می‌نامند.

تمکین اصطلاحی در دو معنا استعمال می‌شود: تمکین عام و تمکین خاص. تمکین عام در واقع به معنای قبول ریاست شوهر در خانواده، محترم شمردن اراده او در تربیت فرزندان و اداره کردن امور مالی

خانواده است. تمکین خاص را فقها با قید کامل بودن، چنین تعریف می‌کنند: تمکین کامل آن است که زن میان خود و شوهر، حائلی قرار ندهد؛ به طوری که در هر زمان یا مکان، خود را به او بسپارد؛ از این رو اگر در زمان یا مکان خاص، تسلیم بود، تمکین حاصل نمی‌شود (سیوری حلی، ۱۴۰۴، ج. ۳، ص. ۲۷۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج. ۲۵، ص. ۱۰۳).

با عنایت به این تعریف، تمکین خاص، ایجاد شرایطی توسط زوجه برای رفع نیازهای جنسی زوج، در هر موقعیت ممکن و متعارف است، البته به شرطی که مانع شرعی وجود نداشته باشد. محقق داماد این گونه نوشته است:

مانع مشروع به آن قبیل عذرهای شرعی اطلاق می‌شود که زن با وجود آن‌ها از انجام وظایف شرعاً معذور است، مانند حالت حیض و نفاس، روزه واجب، انجام هرگونه عمل واجبی که وقت آن مضیق باشد، و یا کسالتی که پزشک او را از آمیزش ممنوع ساخته است (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص. ۲۹۷).

بنابراین عدم تمکین بدون هیچ‌گونه عذر شرعی یا پزشکی، شرعاً ممنوع و مصادق نشوز بوده و زن علاوه بر اینکه ناشزه و گناهکار محسوب می‌شود، مستحق قطع نفقه از سوی شوهر خواهد بود. البته تنها در مواردی باید زن را ناشزه اطلاق کرد که با وجود گرایش به برقراری رابطه و نبود مانع، با قصد ایذاء همسر، از آن امتناع می‌ورزد (بجنوردی، ۱۳۹۰، ج. ۱، ص. ۳۱۱).

گاه زوجه به نحوی از انجام این تکلیف خود امتناع می‌کند که عنوان ناشزه بر او صدق نکند؛ مثل آنجا که زوجه با تمارض به مریضی، مدت طولانی از تمکین سرباز می‌زند و شوهر هم که نگران حال اوست، در مقابلش صبوری می‌کند.

غرور و فریب در هزینه‌ها و مخارج زندگی

پرداخت نفقه و تأمین نیازهای زندگی زن از تکالیف مرد است. همسر علاوه بر برخورداری از استقلال مالی که به او اعطا شده است، فرصت می‌یابد خود را از نظر مالی، مستغنی نماید. او می‌تواند در اموالش Δ اعم از اینکه قبل از ازدواج تحصیل کرده باشد یا بعد از آن - هر طور که تشخیص بدهد، دخل و تصرف نماید (سیوری حلی، ۱۴۲۵، ج. ۳، ص. ۲۷۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج. ۸، ص. ۴۳۸). همسر وظیفه‌ای در برابر هزینه‌ها و مخارج زندگی ندارد؛ مگر از سر تفاهم و همدلی. بر اثر کاستی‌های تربیتی، زنانی پیدا می‌شوند که با توسل به وسایل متقلبانه، مدعی هزینه‌ها و مخارجی در زندگی می‌شوند که اساساً صحت و واقعیت ندارد. زنی مدعی می‌گردد که در ایام بیماری همسر خود، از پدر و برادرش قرض گرفته است. شوهر نیز برای اینکه زیر دین خانواده همسر خود نماند، از برادر خود قرض می‌گیرد. بعد از مدتی از برادر و پدر همسرش بابت قرضی که به آن‌ها داده بودند، تشکر می‌کند. آنان اظهار بی‌اطلاعی می‌کنند و معلوم می‌گردد که همسر به او دروغ گفته و پول درمان وی را از حساب پس‌انداز برداشت کرده است.

همسر که خود شاغل و دارای درآمد است، به شوهر خود پیشنهاد می‌دهد تا چند تخته فرش نو خریداری کنند و قیمت را علی‌السویه پرداخت نمایند. شوهر قبول می‌کند و به دلیل مشغله کاری، انجام خرید را به همسرش می‌سپارد. بعد از چند وقت، به طور اتفاقی فاکتور خرید را دیده و متوجه می‌شود که

همسرش قیمت خرید را تقریباً دو برابر قیمت واقعی اعلام کرده و با این ترفند، تقریباً کل قیمت خرید را از وی گرفته است. در این فروض، زن همسر خود را فریب داده و ضرر و زیانی را تحمیل همسر خود کرده است. به همین دلیل با استناد به قاعده غرور، شوهر می‌تواند برای جبران خسارات وارده به همسر خود رجوع نماید.

غرور و فریب در باروری

شکی نیست که فرزندآوری از طبیعی‌ترین دلایل ازدواج است. مدت اندکی بعد از شروع زندگی مشترک، داشتن فرزند به اصلی‌ترین نیاز مشترک زن و مرد تبدیل می‌گردد. با وجود تمامی تأکیدها و سفارش‌های مکرر اسلام برای ازدواج با زنان بارور و افزایش نسل در اسلام (کلینی، ۱۴۲۹، ج ۵، ص ۳۲۴)، به نظر فقها ناباروری زوجه فی‌نفسه عیب نیست و حق فسخ ایجاد نمی‌کند. اگر ضمن عقد، شرط استیلا (باروری) شده باشد و خلاف آن معلوم گردد، با این استدلال که باردار نشدن در مدت زمانی، دال بر عقیم بودن نیست و امکان تحقق شرط در آینده Δ ولو در پیری - وجود دارد، عدم باروری، قابلیت احراز قطعی ندارد و نمی‌توان فهمید که زن عقیم است یا نه (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۲۵۰؛ کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۳، صص ۳۱۵-۳۱۶).

تنها معدودی از فقها معتقدند در صورت شرط استیلا ضمن عقد و تحقق ناباروری زوجه با شهادت گواهان متخصص و خبره، زوج خیار فسخ نکاح به دلیل تخلف از شرط وصف را خواهد داشت (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۵، ص ۱۴۳). فراتر از آن، فقها اقدام زن در پیشگیری از بارداری را بدون اجازه همسر، در صورتی که به حقوق زناشویی لطمه وارد نکند و برای خود او ضرر نداشته باشد، جایز می‌دانند، مگر اینکه در نکاح شرط بچه‌دار شدن شده باشد (بهجت، ۱۴۲۸، ج ۴، ص ۷۷؛ گلیاگانی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۱۷۳؛ خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۸۴).

هرگاه زن با علم به عدم باروری خود، از طریق توسل به اعمال و گفتار متقابلانه، نقص خود را از همسر پنهان دارد یا حقیقت را وارونه جلوه دهد، به موجب تحقق غرور، در برابر شوهر مسئول جبران خسارات مادی و معنوی وارد بر او خواهد شد. چنانچه مردی پس از گذشت مدتی از زندگی مشترک زناشویی متوجه شود که همسرش در طول مدت سپری شده با خدعه و فریب، عدم باروری خود را از وی پنهان کرده، درحالی که به هنگام عقد، واقف بر این امر بوده، در فرض مسئله، زوج می‌تواند ضرر و زیان‌هایی را که بر او وارد شده است را از وی مطالبه نماید.

خانمی بعد از ۵ سال زندگی با مراجعه به پزشک، متوجه عدم باروری خود می‌شود. به دلیل ترس از فروپاشی زندگی زناشویی خود، با جعل مدارکی این عدم باروری را به همسرش نسبت می‌دهد. شوهر نیز برای جبران زحمات و قدردانی از همسرش، سه دانگ از منزل را به نام زوجه می‌کند، اما بعد از مدتی متوجه می‌شود که او نقص خود را به وی نسبت داده و خود همچنان در این سال‌ها به دنبال مداوا بوده است.

زوجه‌ای که هدف و اولویت زندگی خود را پیشرفت تحصیلی یا شغلی قرار می‌دهد، سالیان متمادی علی‌رغم علاقه همسرش به فرزندآوری، مانع از باروری خود می‌شود، اما این مسئله را از شوهر خود مخفی می‌کند. بعد از گذشت چندین سال که اقدام به بارداری می‌کند، متوجه می‌شود که استفاده بی‌رویه از داروهای پیشگیری از بارداری منجر به عقیم شدن او شده است. شوهر نیز متوجه می‌شود که همسرش با فریب، او را از حق داشتن فرزند محروم نموده است. بنابراین زن به دلیل چندین سال رفتار فریبکارانه علیه همسر خود و متضرر نمودن او، ضامن بوده و باید از عهده کلیه خساراتی که در این سال‌ها به واسطه رفتار و عمل او بر شوهرش وارد شده، برپایند.

نحوه رجوع به غار و مطالبه خسارت در این فرض

به استناد مفاد قاعده غرور، زن و شوهر فریب‌خورده حق دارد جهت مطالبه خسارات وارده به فریبنده رجوع کند و او به ضمان قهری، مسئول و ضامن جبران کلیه خسارات مادی و معنوی است که به واسطه فعل یا ترک فعل متقلبانه به همسرش وارد کرده است. با توجه به ادله‌ای چون «البینه علی المدعی»، بار اثبات غرور به عهده مغرور می‌باشد.

نحوه رجوع زوج به غار و مطالبه خسارت از او در وظایف مالی و غیرمالی یکسان نیست. گاهی شوهر تنها به واسطه غرور، ملزم به جبران می‌شود، مانند غرور در پرداخت مهریه و هرگز زوجه به موجب عدم جبران ضرر و یا عدم عودت مهریه نمی‌تواند درخواست طلاق بدهد. در برخی موارد در صورت امتناع زوج از جبران، حق درخواست طلاق برای زوجه به وجود می‌آید، مانند عدم پرداخت نفقه. البته نفقه زوج، تقاص‌پذیر نیز هست (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۴۹۶؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۵، ص ۱۳۸).

در نقطه مقابل نیز چنانچه متقلبانه و فریبنده بودن دلیل عدم تمکین زوجه، محرز گردد، زوج می‌تواند کلیه خسارات مادی و معنوی را که به واسطه این ترک فعل متحمل شده است، از همسر فریب‌کار خود مطالبه نماید. به‌عنوان مثال، چون شرط انفاق به زوجه، تمکین خاص وی از شوهر است و شوهر در طول مدت عدم تمکین همسر خود به گمان موجه بودن این کار، نفقه او را پرداخت نموده است، به حکم شرع می‌تواند مبلغ نفقه را که در این ایام به او پرداخته، مطالبه نماید، تا تحقق تمکین کامل از جانب زوجه، از دادن نفقه به وی امتناع نماید یا حتی می‌تواند همسر دیگری را به نکاح خود درآورد.

موانع اجرایی اعمال قاعده غرور

زوج یا زوجه فریب‌خورده حق دارد جهت مطالبه خسارات و غراماتی که به واسطه فریب همسر غار (فریبنده) خود بر وی تحمیل شده است، به غار (فریبنده) رجوع کند. او به ضمان قهری، مسئول و ضامن جبران کلیه خسارات مادی و معنوی است که به واسطه فعل یا ترک فعل متقلبانه و فریبنده خود بر همسرش وارد کرده است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۲۸۹). در صورت امتناع طرف غار از جبران، مغرور امکان و حق اقامه دعوا نزد حاکم شرع و محاکم قضایی را خواهد داشت. از آنجاکه به استناد قاعده «البینه علی المدعی»، مدعی غرور، برای اثبات ادعای خود نزد حاکم شرع، باید بینه و دلیل ارائه دهد، بار اثبات غرور، بر عهده مغرور است. وی باید ثابت کند که اولاً: تکلیفی اعم از مالی و غیرمالی - بر عهده غار بوده، ثانیاً

غار با وجود توانایی امتثال و انجام تکلیف و بدون اینکه عذر و دلیل موجهی داشته باشد، با توسل به اعمال و گفتار متقلبانه، از ایفای وظایف خود اجتناب کرده و موجبات تحمیل خسارات مادی یا معنوی به وی را فراهم نموده است. در این صورت، حاکم شرع به طرق مختلف و طبق موازین شرعی، حق و حقوق مالی و غیرمالی ضایع شده مغرور را از طرف غار، به او بازمی‌گرداند.

از اصول مسلم حقوق اسلامی است که اگر شک کردیم از فردی عمل خلاف سر زده یا خیر، باید به این تردید اعتنا نکرده و آن را بر صحت حمل کنیم. دادگاه باید به این نتیجه برسد که فرد از ابتدا قصد فریب یا نیرنگ را داشته است. احراز چنین نیتی میان دو نفر که می‌خواهند زندگی مشترک تشکیل بدهند، بسیار سخت است. فرض این است که شوهر به دلیل فرار از پرداخت مهریه، مبادرت به انتقال اموال خود به دیگری می‌نماید. همسر در این پرونده ابتدا باید به قاضی اثبات نماید که زوج با نیرنگ و بدون قصد واقعی، عقود را منعقد نموده است و هدف او صرفاً عدم پرداخت مهریه است.

نتیجه‌گیری

یکی از قواعد کاربردی در حقوق خانواده، قاعده غرور می‌باشد که دارای حرمت تکلیفی می‌باشد. قاعده غرور شباهت زیادی با تدلیس دارد، اما از لحاظ مفهوم، عناصر، مبنا و آثار با هم فرق دارند. امروزه با گذشت زمان، مصادیق جدیدی از فریب در زندگی مشترک به وقوع می‌پیوندد که ضرورت بررسی این قاعده را آشکار می‌نماید. از جمله این موارد، فریفته‌شدن یکی از زوجین در جریان زندگی مشترک و امتناع از ادای تکالیف با متوسل شدن به امور واهی و فریبنده می‌باشد. گاهی زوج برای فرار از پرداخت مهریه و عدم پرداخت نفقه، وانمود به ورشکستگی می‌نماید یا زوجه برای خودداری از تمکین و عدم تمایل به باروری، خود را بیمار نشان می‌دهد که تمام این موارد از مصادیق فریب می‌باشد که مدعی غرور به دلیل ادله‌ای چون البینه علی المدعی باید بار اثبات دعوا را به دوش بکشد و اثبات نماید که فریب‌دهنده با توسل به اعمال متقلبانه از انجام وظایف خود سرباز زده و موجبات تحمیل خسارات مادی و معنوی را فراهم کرده است.

باید به این مسئله توجه نمود که مطالبه چنین خسارات و غراماتی در حوزه خانواده و توسط زوجین، به‌ویژه از طرف زوجه، به‌طور معمول به احقاق حق ختم نمی‌شود. علاوه بر آن، به‌سبب مخدوش شدن روابط زوجین و شکسته‌شدن حرمت بین آن‌ها، حیات خانواده و ادامه زندگی مشترک را به‌شدت آسیب‌پذیر می‌کند.

منابع

- قرآن کریم.
- ابن‌ادریس، محمد بن منصور بن احمد. (۱۴۱۰). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ایروانی غروی، علی. (۱۳۷۹). *حاشیه مکاسب*. قم: کتبی نجفی.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. (۱۴۰۶). *حاشیه مکاسب*. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- بحرانی (آل عصفور)، یوسف بن احمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵). *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- بهجت گیلانی فومنی، محمدتقی. (۱۴۲۸). *استفتائات (بهجت)*. قم: دفتر حضرت آیت‌الله بهجت.
- تسخیری، محمدعلی. (۱۴۳۱). *القواعد الاصولیه والفقهیه علی مذهب الامامیه*. تهران: مجمع جهانی تقریب بین المذاهب الاسلامیه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۶). *حقوق خانواده*. تهران: گنج دانش.
- حسینی شیرازی، سیدمحمد. (۱۴۱۳). *الفقه القواعد الفقهیه*. بیروت: مؤسسه امام رضا.
- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی. (۱۴۱۷). *العناوین الفقهیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۹۲). *تحریر الوسیله*. قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۲۱). *کتاب البیع*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۰). *منهاج الصالحین*. قم: نشر مدینه العلم.
- سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳). *مذهب الاحکام (للسبزواری)*. قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیت‌الله.
- سیوری حلی، فاضل مقداد. (۱۴۰۴). *التنقیح الرائع لمختصر شرایع*. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۰). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة (المحشی - کلاتر)*. قم: کتابفروشی داورى.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳). *مسالك الافهام الى تنقیح شرائع الاسلام*. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- شیخ انصاری، مرتضی بن محمدامین. (۱۴۱۵). *کتاب مکاسب (ط - الحدیثه)*. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳). *من لا یحضره الفقیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۳۶۵). *تهذیب الاحکام*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۳۸۷). *المبسوط فی الفقه الامامیه*. تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۳۹۰). *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۴۰۰). *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*. بیروت: دارالکتاب العربی.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۴۰۷). *الخلاص*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری. (۱۴۱۳). *المقنعه*. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۱). *حاشیه المکاسب (للیزدی)*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- طباطبایی، سید علی. (۱۴۱۸). *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*. قم: مؤسسه آل البيت. طبرسی (امین الاسلام)، فضل بن حسن. (۱۴۱۰). *المؤتلف من المختلف بین ائمه السلف*. مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه.
- طرابلسی (ابن براج)، قاضی عبدالعزیز. (۱۴۰۶). *المهذب*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۲۰). *تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه (ط - الحدیثه)*. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶). *کشف اللثام و الایهام عن قواعد الاحکام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰). *کتاب العین*. قم: نشر هجرت.
- فیروز کوهی، شیخ علی بابا. (۱۳۰۸). *قواعد الفقه*. بی جا: بی جا.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۳). *حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*. تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین. (۱۴۱۴). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب. (۱۴۲۹). *الکافی (ط - دار الحدیث)*. قم: دار الحدیث للطباعة والنشر.
- کیدری، قطب الدین محمد بن حسین. (۱۴۱۶). *اصباح الشیعه بمصباح الشریعه*. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام. گلیایگانی، سید محمدرضا. (۱۴۰۹). *مجمع المسائل*. قم: دار القرآن الکریم.
- لنکرانی، محمدافضل. (۱۴۱۶). *القواعد الفقهیه*. قم: چاپخانه مهر.
- مامقانی، حسن. (۱۳۲۳). *غایه الآمال فی شرح المکاسب*. قم: مجمع ذخائر الاسلامیه.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۴). *بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن*. قم: محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۰۶). *قواعد فقه*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدی، ابوالحسن. (۱۳۸۲). *قواعد فقه*. تهران: نشر میزان.
- مطهری، مرتضی. (۱۳۸۶). *نظام حقوق زن در اسلام*. در مجموعه آثار. تهران: صدرا.
- مغنیه، محمدجواد. (۱۴۲۱). *فقه الامام الصادق علیه السلام*. قم: مؤسسه انصاریان.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۱). *القواعد الفقهیه*. قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۴). *کتاب النکاح*. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب.
- موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقابزرگ. (۱۴۱۹). *القواعد الفقهیه*. قم: نشر الهادی.
- نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.



Studying the Rule for Resolving Adoption Conflicts in Iranian Law and International Documents

Ahmad Fadavi¹, Mohammad Laelalizadeh²,
and Mohammad Reza Taghavi³

1. Assistant Professor, Department of Law, Payame Noor University, Tehran, Iran. Email: fadavi@pnu.ac.ir
2. *Corresponding Author*, Associate Professor, Department of Political Science, Payame Noor University, Tehran, Iran. Email: m.lalalizadeh@pnu.ac.ir
3. PhD Student in International Law, Payame Noor University, Tehran, Iran. Email: taghavireza11@gmail.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:

Received
12 February 2023
Received in revised form
06 March 2023
Accepted
15 April 2023
Available online
21 December 2024

Keywords:

adoption,
guardianship,
adopting parent,
conflict of laws,
child rights

ABSTRACT

Guardianship and adoption have long been established practices in various societies. This study begins by examining the legal status of adopted children in Iran and international documents, particularly the Convention on the Rights of the Child (CRC). Numerous international conventions concerning adoption have been ratified, all aimed at ensuring the best interests and protection of these vulnerable children. The Iranian legislator has somewhat shifted its perspective on adoption, taking steps to prioritize the welfare of children. In the event that this legal institution is accepted, what law governs the legal relationship of individuals who are considered foreign nationals in another country and seek to apply for adoption? This article compares domestic laws with international regulations while acknowledging the fundamental principles involved and identifies several legal implications that arise from this matter. When a foreign national applies for adoption in another country, the legal effects stemming from this application can create conflicts of law due to the presence of foreign elements and the differences in the nationality of the adopted child and the adopting parent. Generally, the court where the case is filed will apply the relevant conflict-of-laws rules to determine the appropriate governing law.

Cite this article: Fadavi, A., Laelalizadeh, M., & Taghavi, M. R. (2024). Examining the Adoption Conflict Resolution Rule in Iranian Law and International Documents. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 18 (2), 171-189. <http://doi.org/10.22034/fvh.2024.17933.1911>





بررسی قاعده حل تعارض فرزندخواندگی در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی

احمد فدوی^۱، محمد لعل‌علیزاده^۲، و محمدرضا تقوی^۳

۱. استادیار دانشگاه پیام نور، گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران، رایانامه: fadavi@pnu.ac.ir

۲. نویسنده مسئول، دانشیار دانشگاه پیام نور، گروه علوم سیاسی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران، رایانامه: m.lalizadeh@pnu.ac.ir

۳. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران، رایانامه: taghavireza11@gmail.com

چکیده

اطلاعات مقاله

سرپرستی فرزند دیگری یا فرزندخواندگی از دیرباز در جوامع مختلف وجود داشته است. برای پذیرش این موضوع به‌عنوان نهاد حقوقی سرپرستی، ابتدا وضعیت حقوقی فرزندخوانده در ایران و اسناد بین‌المللی، به‌ویژه کنوانسیون حقوق کودک، بررسی شده است. راجع به فرزندخواندگی، کنوانسیون‌های بین‌المللی متعددی به تصویب رسیده که همه با هدف رعایت مصلحت و حمایت از این دسته از کودکان تدوین شده‌اند. قانون‌گذار ایران، نگرش خود راجع به فرزندخواندگی را تا حدودی تغییر داده و در مسیر اولویت‌بخشی به مصالح کودکان گام برداشته است. با این وصف، پژوهش حاضر به دنبال پاسخگویی به این پرسش‌هاست که نهاد سرپرستی و فرزندخواندگی تا چه حد مورد قبول واقع شده است؟ دیدگاه کشورهای جهان در مورد وضعیت حقوقی فرزندخوانده چیست؟ در فرض پذیرش این نهاد حقوقی، چه قانونی بر رابطه حقوقی اشخاصی که در کشور دیگر به‌عنوان تبعه بیگانه محسوب شده و تقاضای فرزندخواندگی می‌نمایند، حاکم است؟ در این مقاله، قوانین داخلی و مقررات بین‌المللی مقایسه شده است. ضمن پذیرش اصل موضوع، پاره‌ای آثار حقوقی را بر آن مترتب می‌دانند. با تقاضای فرزندخواندگی توسط اتباع خارجی در کشور دیگر یا اثر حقوقی ناشی از آن و پیدایش تعارض قوانین به لحاظ وجود عنصر خارجی و تفاوت در تابعیت فرزندخوانده و فرزندپذیرنده، علی‌القاعده دادگاه مقرر دعوا با رجوع به قواعد حل تعارض، قانون صالح را اعمال خواهد کرد.

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۲۳

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۲/۱۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱/۲۶

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۱۰/۱

کلیدواژه‌ها:

فرزندخواندگی،

سرپرستی،

فرزندپذیرنده،

تعارض قوانین،

حقوق کودک

استناد: فدوی، احمد؛ لعل‌علیزاده، محمد؛ و تقوی، محمدرضا. (۱۴۰۳). بررسی قاعده حل تعارض فرزندخواندگی در حقوق

ایران و اسناد بین‌المللی. *مطالعات فقه اسلامی و مباحث حقوق*، ۱۸ (۲)، ۱۷۱-۱۸۹.

<http://doi.org/10.22034/fvh.2024.17933.1911>



مقدمه

به موجب بسیاری از قوانین و اسناد داخلی و بین‌المللی، کودکان، به‌عنوان یکی از آسیب‌پذیرترین اقشار جامعه، همواره بایستی از حمایت‌های اجتماعی برخوردار باشند. اولین و مهم‌ترین رکن حمایت از کودکان، وجود خانواده و والدین است. روابط بین اولاد و ابویان از دیرباز مورد توجه بسیاری از محققان، روانشناسان و حقوق‌دانان بوده است. این اصل را نمی‌توان از ذهن دور کرد که منافع کودک با منافع والدین گره خورده است. در این میان انتخاب فرزندی به‌عنوان فرزندخوانده و ایجاد نهاد حقوقی فرزندخواندگی، باعث ایجاد چالش در زمینه روابط حقوقی بین والدین پذیرنده و فرزندخوانده شده خواهد شد. فرزندخواندگی به این معناست که شخص یا اشخاصی، کودکی را که فرزند طبیعی او نمی‌باشد، به فرزندی خود بپذیرد. فرزندخواندگی در صورتی که به رسمیت شناخته شود، نوعی قرابت ایجاد می‌کند؛ قرابتی که صرفاً حقوقی است نه طبیعی. به عبارت دیگر، با قبول فرزندخواندگی، قانون یک رابطه مصنوعی پدر- فرزند یا مادر- فرزندی بین دو نفر ایجاد می‌کند (صفایی و امامی، ۱۳۷۴، ص. ۲۳).

درباره ماهیت حقوقی رابطه ایجادشده بین پدرخوانده و مادرخوانده از یک طرف و فرزندخوانده از طرف دیگر، در میان حقوق‌دانان وحدت نظر وجود نداشته و این موضوع محل اختلاف بوده است. عده‌ای از حقوق‌دانان رابطه فرزندخواندگی را تلویحاً قرابت دانسته‌اند و عده‌ای دیگر، رابطه یادشده را موجب قرابت نمی‌شناسند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، صص. ۳۹۵، ۳۹۹). با این حال، اکنون پذیرش نهاد فرزندخواندگی و به رسمیت شناختن آن و نیز اعمال قوانین حاکم بر آن در مبحث تعارض قوانین بیشتر مورد توجه حقوق‌دانان قرار گرفته است؛ زیرا گسترش وضعیت‌هایی نظیر پناهندگی و مهاجرت و آوارگی، بر ضرورت بیشتر این مباحث افزوده است. با این وصف، سؤالاتی که در این حوزه مطرح می‌شود، عبارت‌اند از اینکه نهاد سرپرستی و فرزندخواندگی تا چه حد مورد قبول واقع شده است؟ دیدگاه کشورهای جهان در مورد وضعیت حقوقی فرزندخوانده و آثار ناشی از ایجاد نهاد حقوقی فرزندخواندگی کدام است؟ در فرض پذیرش این نهاد حقوقی، چه قانونی بر رابطه حقوقی اشخاصی که در کشور دیگر تبعه بیگانه محسوب شده و تقاضای فرزندخواندگی نموده‌اند، حاکم است؟ آیا به‌دلیل مصلحت طفل، وضعیت دین و مذهب فرزندخوانده و فرزندپذیرنده ملاک خواهد بود؟ لذا فرضیات پژوهش حاضر به قرار زیر است. پژوهش حاضر نخست به بررسی مفهوم فرزندخواندگی در حقوق ایران می‌پردازد. سپس وضعیت فرزندخواندگی در اسناد بین‌المللی تشریح می‌شود. آنگاه به تعارض قوانین در این حوزه و قواعد حل تعارض قوانین پرداخته خواهد شد و در نهایت نتیجه‌گیری‌های لازم به عمل خواهد آمد.

فرزندخواندگی در حقوق ایران

در نظام حقوقی اسلام، نسب منحصرأ از طریق ولادت مشروع ایجاد می‌شود، بنابراین فرزندپذیری باعث ایجاد نسب قراردادی نمی‌شود. خانواده‌های فاقد فرزند تحت ضوابط و شرایطی می‌توانند کودکان بی‌سرپرست را سرپرستی و تحت حمایت و تکفل خود قرار بدهند، بدون آنکه آثار ناشی از قرابت نسبی، از قبیل ارث و حرمت نکاح بین آن‌ها ایجاد شود (پاکزاد، عالم‌زاده و مهدی پور، ۱۴۰۱، ص. ۴۱۵). قانون مدنی

ایران به پیروی از شریعت اسلام و فقه، فرزندپذیری را به رسمیت نمی‌شناسد؛ بنابراین فرزندپذیری به مفهومی که در کشورهای غربی به کار می‌رود، در ایران وجود ندارد.

اولین بار، قانون حمایت کودکان بی‌سرپرست در سال ۱۳۵۳، امکان واگذاری سرپرستی کودکان بی‌سرپرست به خانواده‌های فاقد فرزند به صورت قانونی ممکن شد. در سال ۱۳۸۷، سازمان بهزیستی با همکاری قوه قضاییه لایحه‌ای به مجلس ارائه کرد که به موجب آن، امکان واگذاری سرپرستی کودکان به خانواده‌های دارای فرزند و زنان مجرد پیش‌بینی شده بود. این لایحه در قالب قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست در مهرماه سال ۱۳۹۲ تصویب و جایگزین قانون قبلی شد. در این قانون برای اولین بار به جای لفظ سرپرستی، از عنوان فرزندخواندگی استفاده شده است. به طور کلی، فرزندخواندگی نوعی «ایجاب» از ناحیه زن و شوهر محسوب شده و در مقابل، تعیین تکلیف قانونی در این خصوص به عنوان «قبول» مورد پذیرش قرار گرفته است. در واقع، آنچه سرپرستی را محقق می‌سازد، حکم دادگاه است که جنبه تأسیسی دارد و این امر از ماده ۹ قانون حمایت از کودکان مصوب سال ۱۳۹۲ استنباط می‌شود.

شرایط فرزندپذیری (فرزندخواندگی)

با صدور حکم سرپرستی، حقوق و تکالیفی برای سرپرستان و کودک تحت سرپرستی به وجود می‌آید که می‌توان گفت از جهاتی مشابه حقوق و تکالیف پدر و مادر و فرزندان واقعی است. قانون‌گذار در قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲، یازده شرط را جهت فرزندپذیری در ماده ۶ آن قانون ذکر نموده که از جمله این شروط شامل داشتن تابعیت ایران که طبق قانون شهروندی ایران، داشتن حداقل سی سال سن برای یکی از سرپرست‌ها، تقید به انجام واجبات و ترک محرمات، عدم محکومیت جزایی مؤثر، تمکن مالی، عدم حجر، سلامت جسمی و روانی لازم و توانایی عملی برای نگهداری و تربیت کودکان و نوجوانان تحت سرپرستی، نداشتن اعتیاد به مواد مخدر و مواد روان‌گردان و الکل، صلاحیت اخلاقی و عدم ابتلا به بیماری‌های واگیر یا صعب‌العلاج و اعتقاد به یکی از ادیان مصرح در قانون اساسی هستند.

دادگاه با در نظر گرفتن شرایط فوق، در صورتی حکم سرپرستی را صادر می‌کند که درخواست‌کننده سرپرستی، بخشی از اموال یا حقوق خود را به کودک یا نوجوان تحت سرپرستی تملیک کند. تشخیص نوع و میزان مال یا حقوق مزبور با دادگاه است. در مواردی که دادگاه تشخیص دهد اخذ تضمین عینی از درخواست‌کننده ممکن یا به مصلحت نیست و سرپرستی کودک یا نوجوان ضرورت داشته باشد، تعهد کتبی به تملیک بخشی از اموال یا حقوق اخذ خواهد شد و پس از قبول درخواست‌کننده و انجام دستور، حکم سرپرستی صادر می‌کند.

قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲، شرایطی راجع به تعهدات سرپرستان نسبت به کودک پیش‌بینی کرده است. علاوه بر آن، ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص

مصوب ۱۳۵۸، موادی را در این رابطه پیش‌بینی کرده است. لیکن آنچه مهم است، آثار سرپرستی است. این آثار در مواد ۱۵ و ۱۷ قانون جدید ذکر شده است.

بر اساس ماده ۱۵ قانون جدید، درخواست‌کننده منحصر به فرد یا درخواست‌کنندگان سرپرستی باید متعهد گردند که تمامی هزینه‌های مربوط به نگهداری و تربیت و تحصیل افراد تحت سرپرستی را تأمین نمایند. این حکم حتی پس از فوت سرپرست یا سرپرستان نیز تا تعیین سرپرست جدید، برای کودک یا نوجوان جاری است. بدین منظور، سرپرست منحصر به فرد یا سرپرستان، موظفاند با نظر سازمان، خود را نزد یکی از شرکت‌های بیمه به نفع کودک یا نوجوان تحت سرپرستی بیمه عمر کنند. در صورتی که دادگاه تشخیص دهد اعطای سرپرستی بدون اجرای مفاد این ماده به مصلحت کودک یا نوجوان می‌باشد، به صدور حکم سرپرستی اقدام می‌کند.

طبق ماده ۱۷ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان، از لحاظ نگهداری، تربیت و نفقه، با رعایت تبصره ماده ۱۵ و احترام، نظیر تکالیف والدین نسبت به اولاد است. ماده ۱۴ قانون سابق، تشریفات را برای صدور شناسنامه جدید برای طفل فقط با مشخصات زوجین سرپرست و نام خانوادگی زوج بیان می‌کرد، اما حتی صدور شناسنامه جدید برای طفل، رابطه نسبی طفل را با ابوی خود یا دیگر خویشاوندان نسبی و واقعی وی زایل نمی‌کرد. بنابراین از حیث منع ازدواج و ارث بردن، رابطه‌های حقوقی میان سرپرستان و فرزند تحت سرپرستی ایجاد نمی‌گردد. علت آن هم عدم آوردن این دو اثر در قانون حمایت از کودکان بی سرپرست است؛ بنابراین همچنان رابطه توارث میان اقارب نسبی و واقعی فرزند تحت سرپرستی برقرار بود. در قانون جدید، پس از صدور حکم قطعی سرپرستی، مفاد حکم به اداره ثبت احوال و اداره بهزیستی مربوط ابلاغ می‌شود تا با تغییرات در اسناد سجلی و شناسنامه سرپرست یا زوجین سرپرست وارد شود. البته اداره ثبت احوال می‌بایست ضمن درج نام و نام خانوادگی سرپرستان در قسمت توضیحات، مفاد حکم سرپرستی و مشخصات والدین واقعی را درج نماید.

شرایط کودک تحت سرپرستی

قانون جاری در مقایسه با قانون سابق، متضمن حمایت‌های بیشتری از اطفال و نوجوانان بی سرپرست و بدسرپرست است. در این قانون بر مصلحت کودک و نوجوان تأکید زیادی شده است. امروزه، کودکی که تحت سرپرستی قرار می‌گیرد؛ باید سنی کمتر از ۱۶ سال داشته باشد، اولیا یا نمایندگان قانونی وی زنده نباشد یا امکان شناسایی آن‌ها وجود نداشته باشد؛ راجع به کودکی که به مرکز بهزیستی سپرده شده است، باید اولیا یا نمایندگان قانونی، دوسال تمام برای سرپرستی وی مراجعه نکرده باشند یا اولیا یا نمایندگان قانونی صلاحیت سرپرستی کودک را نداشته باشند.

آثار سرپرستی (حقوق و تکالیف زوجین و فرزند)

بعد از صدور حکم سرپرستی، حقوق و تکالیف برای اولاد و والدین در رابطه بین طفل و سرپرستان او نیز جاری می‌شود:

- (۱) حق عائله‌مندی فرزندخوانده: پرداخت حق عائله‌مندی و صدور دفترچه بیمه با صدور حکم موقت سرپرستی انجام می‌گیرد و شخص فرزندخوانده در حکم افراد تحت تکفل سرپرست خانوار می‌باشد.
- (۲) صدور شناسنامه و استفاده از نام خانوادگی سرپرست: پس از صدور حکم سرپرستی دائم، مفاد حکم از سوی دادگاه به اداره ثبت احوال اعلام می‌شود و اداره ثبت موظف است برای کودک شناسنامه‌ای با نام پدر و مادر سرپرست صادر نماید و در سمت توضیحات شناسنامه به مفاد حکم شناسنامه اشاره نماید.
- (۳) نفقه و تکالیف حضانت کودک: خانواده فرزندپذیر، تمام تکالیف قانونی و شرعی همچون والدین واقعی از جمله نفقه و حضانت و نگهداری را نسبت به کودک تحت حضانت به عهده دارند. این نفقه، نفقه متقابل نیست و کودک تحت سرپرست مکلف به تأمین نفقه سرپرست در زمان ضرورت نیست. همچنین حضانت و تربیت کودک تحت سرپرستی همانند حقوق و تکالیف فرزند زیستی است و سرپرست مکلف به انجام آن است و در صورت اختلاف میان زوجین، و جدایی یا طلاق میان آن‌ها، دادگاه در مورد نگهداری طفل تحت سرپرستی به ترتیب مقرر در قانون حمایت خانواده اقدام خواهد نمود.
- (۴) حقوق بازنشستگی: حقوق بازنشستگی سرپرست به کودک تحت سرپرستی پرداخت می‌شود.
- (۵) اداره اموال: اداره اموال و نمایندگی قانونی فرزندخوانده به عهده سرپرست است؛ مگر اینکه قاضی دادگاه تصمیم دیگری اتخاذ کرده باشد.
- (۶) مرخصی و مراقبت از کودک: کسانی که سرپرستی کودکی زیر سه سال را به عهده می‌گیرند، می‌توانند از مرخصی و مراقبت از کودک معادل مرخصی از زایمان استفاده کنند.
- (۷) ارث: یکی از قوانین و احکامی که در زمان جاهلیت اجرا می‌شد، قانون توارث بر آن‌ها بود و با نگاهی به نظرات فقهای شیعه می‌بینیم برای فرزندخوانده هیچ سهمی از ارث را تمایل ندارند و در هیچ‌یک از مراتب ارث، فرزندخوانده وجود ندارد. درباره علت ارث نبردن فرزندخوانده، اسلام به این امر می‌نگرد که اساس حقیقت برای وضع احکام و قوانین انسانی، فطرت انسان است که خداوند مردم را بر پایه آن خلق کرده است و برای خلق و آفرینش خدا تغییر و تبدیلی نیست و ارث بر اساس رحم بنا شده است که از فطرت و خلقت ثابت نشأت گرفته است؛ از این رو، اسلام ارث فرزندخوانده را ملغی می‌کند (طباطبایی، ۱۳۹۹، ص. ۲۲۶). بنابراین توارث به‌واسطه فرزندخواندگی باطل است و از نظر اسلام مردود می‌باشد (مطهری، ۱۳۸۹، صص. ۱۴-۱۵).
- (۸) محرمیت: نگهداری یتیمان در همه ادیان الهی و حتی برخی از مکاتب بشری، امر پسندیده‌ای بوده و هست، زیرا امری بشردوستانه و مطابق با عقل، فطرت، عواطف بشری و نیز نیاز ضروری یک جامعه سالم و رو به رشد است؛ و البته در هیچ دین و مکتبی به اندازه اسلام، کامل و جامع و با حقوقی مدون، مورد توصیه اکید قرار نگرفته است. اما «فرزندخواندگی» رسم اعراب جاهلیت

و سایر اقوام گذشته (مثل زرتشتیان، بوداییان و...) بوده است. با بعثت پیامبر اکرم (ص)، فرزندخواندگی ملغی شد. خداوند متعال در کلام وحی فرمود: اینکه شما به لفظ به همسران بگویید که تو حکم مادر من را داری، مادر شما نمی‌شود و اینکه به لفظ بگویید این بچه از این به بعد فرزند من است، دلیل نمی‌شود که او حکم فرزند شما را داشته باشد و خداوند متعال چنین چیزی وضع نکرده است، لذا ضمن یتیم‌داری، آنان را به پدران‌شان نسبت دهید و اگر آن‌ها را نمی‌شناسید، حکم یک هم‌دین، یک برادر یا خواهر دینی (نه محرمیت) دارند.

خداوند در آیات ۴ و ۵ سوره احزاب می‌فرماید:

خداوند برای هیچ مردی در درونش دو دل ننهاده است و آن همسران‌تان را که مورد ظهار قرار می‌دهید مادران شما نگردانیده و پسرخواندگان‌تان را پسران [واقعی] شما قرار نداده است این گفتار شما به زبان شماسست [ولی] خدا حقیقت را می‌گوید و [اوست که] به راه راست هدایت می‌کند * آنان را به [نام] پدران‌شان بخوانید که این نزد خدا عادلانه‌تر است و اگر پدران‌شان را نمی‌شناسید پس برادران دینی و موالی شمایند و در آنچه اشتباهاً مرتکب آن شده‌اید بر شما گناهی نیست ولی در آنچه دل‌هایتان عمد داشته است [مسئولید] و خداست که همواره آمرزنده مهربان است.^۱

پس، بر اساس این آیه کریمه، «فرزندخوانده» لفظی اعتباری، از روی لطف، کرامت و محبت است، اما احکام فرزند را در محرمیت، در ارث و ازدواج و ... بر آن مترتب نمی‌نماید.

الف) در اسلام چیزی تحت عنوان «صیغه محرمیت» بین دو نامحرم وجود ندارد. دو نامحرم یا به واسطه شیر خوردن از یک مادر و آن هم طبق شرایطی که در احکام بیان شده است، خواهر و برادر یا فرزند شیری می‌شوند و یا به واسطه عقد ازدواج موقت یا دائم، به یکدیگر محرم شده و همسر یکدیگر می‌گردند.

ب) مبتنی بر حکم صریح قرآن کریم و نیز احادیث معتبر وارد، هیچ‌یک از فقها نیز فرزندخوانده را «محرم» قلمداد ننموده‌اند و احکام فرزند را بر او مترتب ندانسته‌اند. ذیلاً برخی از احکام فقها در این خصوص که «چه راهی برای محرمیت فرزندخوانده وجود دارد؟» ایفاد می‌گردد. امام خمینی می‌فرماید، راهی برای محرمیت نیست؛ مگر آنکه بچه اگر پسر باشد، بعد از بلوغ شرعی با ازدواج محرم شوند (در صورتی که در منزل پدرخوانده، فرزند دختری از خودشان موجود باشد) و قبل از بلوغ، اگر ولی ندارد، راهی برای محرم شدن با عقد نیست (خمینی، ۱۳۸۲، صص. ۲۳۶-۲۳۷). همچنین آیت‌الله خامنه‌ای معتقدند که فرزندخوانده حکم فرزند ندارد و با مرد و زنی که او را بزرگ می‌کنند، محرم نمی‌شود؛ مگر به وسیله رضاع با مراعات شرایط آن یا ازدواج پس از بلوغ و رشد و قبل از بلوغ با اذن حاکم شرع و رعایت مصلحت طفل، عقد موقت

^۱ «مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّنْ قَلْبَيْنِ فِيْ جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَرْوَاجَكُمْ اللَّائِي تَنْظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ * أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا» (احزاب: ۴-۵).

اشکال ندارد (خامنه‌ای، بی‌تا). به نظر آیت‌الله همدانی، در صورتی که دختر باشد و سرپرست خانواده پدر یا جد داشته و آن دختر را متعه نماید، او با اجازه حاکم شرع به سرپرست خانواده محرم می‌شود (همدانی، بی‌تا). به نظر آیت‌الله بهجت و آیت‌الله سیستانی نیز راهی برای محرمیت وجود ندارد. آیت‌الله مکارم هم می‌فرمایند، در صورتی که دختر باشد، راه صحیح این است که با اجازه حاکم شرع او را برای پدر آن مرد عقد موقت کنند و در این صورت به‌عنوان زن پدر بر آن مرد محرم می‌شود و اگر پسر باشد، راهی جز شیر خوردن از خواهر زن یا مادر زن و مانند آن در سن قبل از دو سالگی ندارد (مکارم شیرازی، بی‌تا).

ج ازدواج با نامحرم، با جاری نمودن صیغه یا خطبه نکاح جایز است، اما طبعاً شروط و حدود و ثغوری دارد. آیت‌الله مکارم، ازدواج با فرزندخوانده را جایز ندانسته‌اند. دقت شود که این نقل، نگاه به «احکام ثانویه» دارد و نه اصل حکم. یعنی از آن جهت که فرزندخوانده ولی (پدر یا پدربزرگ پدری) ندارد و خودش هم نمی‌تواند در شرایط قبل از بلوغ مصلحت خود را تشخیص دهد و راه سوءاستفاده باز می‌کند، جایز نیست.

شرایط فسخ سرپرستی

حکم سرپرستی می‌تواند در یکی از شرایط زیر فسخ شود: از بین رفتن صلاحیت‌های فرزندپذیر، درخواست فرزندپذیر در صورت سوءرفتار کودک، درخواست فرزندخوانده پس از سن قانونی و مشخص شدن پدر، مادر، جد پدری یا وصی کودک. در قانون مصوب ۱۳۵۳، با صادر شدن حکم سرپرستی دائم، پیداشدن ولی قهری از موجبات فسخ حکم سرپرستی نبود. اگر پدر یا مادر زیستی کودک، بعد از حکم سرپرستی کودک یا بعد از حکم سرپرستی دائم، شناخته می‌شدند یا مراجعه می‌کردند، فسخ سرپرستی نیازمند موافقت زوج سرپرست با پدر و مادر زیستی بود. دادگاه در صورت طلاق یا جدایی والدین درباره واگذاری سرپرستی به یکی از والدین یا شخص ثالث تصمیم می‌گیرد. در صورت فوت یکی از والدین نیز دادگاه درباره سرپرستی کودک تصمیم می‌گیرد و می‌تواند سرپرستی کودک را به شخص ثالث واگذار کند.

وضعیت فرزندخواندگی در اسناد بین‌المللی

فرزندخواندگی، شکلی از حمایت خانوادگی - قانونی از فرزندی است که به دلایلی مسئولیت والدین کنار گذاشته شده و رابطه والدینی غیرطبیعی را برقرار می‌کند (Duraković, 2012). در کنوانسیون حقوق کودک، فرزندخواندگی مورد قبول قرار گرفته و از همان حقوق و مزایای فرزند واقعی برخوردار است (Shannon, Horgan, Keehan, & Daly, 2013). پذیرش فرزندخوانده بین اتباع یا تابعیت‌های مختلف نیز مطابق این کنوانسیون امکان‌پذیر می‌باشد. بعضی از کشورهای اسلامی ضمن پیوستن به کنوانسیون حقوق کودک، موضوع فرزندخواندگی مطروحه در آن را قید زده‌اند. به‌عنوان مثال، کشور مصر در ذیل امضا و تصویب آورده است: «اسلام اساسی‌ترین منبع قوانین حقوق مصر است و این دین، وسایل و طرق متعدد برای حمایت از کودکان دارد، اما در بین این طرق، سیستم فرزندخواندگی وجود ندارد» (آذربایجان، ۱۳۸۱).

کنوانسیون حقوق کودک بر حقوق کودکان بی‌سرپرست تأکید دارد. طبق این کنوانسیون، کودکی که به‌طور موقت یا دائم از محیط خانوادگی خود محروم شده است یا کودکی که بخاطر منافع عالی‌اش نتوان به او اجازه داد که در محیط باقی بماند، سزاوار حمایت و مساعدت ویژه از سوی دولت خواهد بود. همچنین کشورهای عضو طبق مقررات و قوانین داخلی خود برای این‌گونه کودکان، مراقبت جایگزین تضمین خواهند کرد. چنین مراقبتی ممکن است از جمله شامل نگهداری توسط خانواده‌ی جایگزین، کفالت در قوانین اسلامی، فرزندخواندگی یا در صورت لزوم اسکان در موسسات مناسب برای مراقبت از کودکان باشد. هنگام بررسی راه‌حل باید به مطلوبیت تداوم در پرورش کودک و نیز به پیشینه‌ی قوی، مذهبی، فرهنگی و زبانی کودک توجه کرد.

به‌موجب مقررات کنوانسیون مزبور، آن دسته از کشورهای عضو که نظام فرزندخواندگی را به رسمیت می‌شناسند یا آن را مجاز می‌دانند، تضمین خواهند کرد که منافع عالی‌ی کودک مهم‌ترین نکته‌ی مورد توجه باشد و اقدامات زیر را به عمل خواهند آورد:

(۱) تضمین اینکه فرزندخواندگی تنها با مجوز مقامات واجد صلاحیتی صورت پذیرد که مطابق با قوانین و مقررات قابل اعمال و بر اساس اطلاعات موثق و قابل اطمینان تعیین می‌کنند که با توجه به وضعیت کودک در ارتباط با والدین، خویشاوندان و سرپرستان قانونی، فرزندخواندگی جایز است.

(۲) فرزندخواندگی در کشورهای دیگر را به‌عنوان روش دیگری برای مراقبت از کودک به رسمیت خواهند شناخت.

(۳) اتخاذ تمامی تدابیر مناسب، به منظور حصول اطمینان از اینکه فرزندخواندگی در کشور دیگر برای اشخاص ذیربط در بردارنده‌ی درآمدهای مالی نادرست نباشد.

از دیگر موضوعات مطرح در کنوانسیون، فرزندخواندگی خارجیان یا فرزندخواندگی بین‌المللی (عدم تابعیت واحد فرزندخوانده یا پدر و مادرخوانده) است. کنوانسیون تصریح دارد که این‌گونه: «کودک خارجی قبول شده برای فرزندخواندگی باید از همان شرایط برابر فرزندخواندگی ملی (کشور مقصد) بهره‌مند شود». کنوانسیون به دنبال تحمیل نهاد فرزندخواندگی به کشورها نبوده و در مورد مسلمانان از واژه‌ی سرپرستی یا کفالت استفاده کرده است.

کشورهای طرف کنوانسیون باید حق تمام کودکان را نسبت به برخورداری از استانداردهای مناسب زندگی برای توسعه‌ی جسمی، ذهنی، روحی، اخلاقی و اجتماعی به رسمیت بشناسند و اقدام ضروری را برای یاری والدین و سایر اشخاص مسئول کودک در جهت اعمال این حق به عمل آورند. در صورت لزوم، کمک‌های مالی و برنامه‌های حمایتی را خصوصاً در مورد تغذیه، پوشاک و مسکن فراهم خواهند کرد. کنوانسیون نیز ضمن تأکید بر حق کودکان نسبت به آموزش و پرورش، جهت نیل به این اهداف و ایجاد فرصت‌های مساوی برای همگان (از جمله کودکان بی‌سرپرست)، تدابیری مانند تحصیل رایگان و اجباری مقطع ابتدایی، توسعه‌ی اشکال آموزش متوسطه با اتخاذ تدابیر لازم از جمله کمک‌های مالی توسط کشورهای عضو این پیمان تعبیه نموده است.

در بین سایر اسناد بین‌المللی، کنوانسیون ۱۹۹۳ در مورد «حمایت از کودکان و همکاری در زمینه فرزندخواندگی بین‌المللی» که توسط کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی در لاهه تصویب و لازم‌الاجرا گردید، زمینه بسیاری از سوءاستفاده‌ها در زمینه خصوص فرزندخواندگی و نهایتاً اخلاقی کردن آن را فراهم کرده است (Bartholet, 1999).

مرجع دیگر، یعنی کنوانسیون لاهه راجع به حمایت از کودکان و همکاری در رابطه با فرزندخواندگی بین کشورها، در پی گسترش مجازات‌های کیفی، مدنی و اداری برای کسانی است که در فرزندخواندگی غیرقانونی شرکت می‌کنند. یک مرجع بی‌طرف باید برای نظارت و رسیدگی به اختلافات پس از پذیرش بین طرف‌های متعاقد اجرا شود. این پیشنهادها، سیستم یکسان‌تری را برای فرزندخواندگی بین کشوری ایجاد می‌کند که به‌نفع والدین طبیعی، والدین پذیرنده فرزند، و مهم‌تر از همه، کودکان است (Garcia, 2023, p. 11).

در دادگاه حقوق بشر اروپا در مورد فرزندخواندگی کودکان، این مرجع نیز خواستار تجدیدنظر در اصول و رویه‌های داخلی تثبیت‌شده در کشورها شده است (Long, 2023). پروتکل اختیاری کنوانسیون حقوق کودک در خصوص فروش، فحشا و هرزه‌نگاری کودکان مصوب ۲۰۰۰ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، کنوانسیون ۱۹۲۴ ژنو در مورد حقوق کودک به بیانیه مجمع عمومی سازمان ملل در ۲۰ نوامبر ۱۹۵۹، ماده ۲۳ و ۲۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی از جمله اسناد بین‌المللی مربوط به فرزندخواندگی می‌باشند. گزارش ۲۰۰۹ در مورد پذیرش بین کشوری در اتحادیه اروپا و قطعنامه ۲۰۱۱ پارلمان اروپا راجع به فرزندخواندگی بین‌المللی تأکید کرد، امروزه کودکان با نیازهای ویژه به‌طور فزاینده‌ای در حال افزایش هستند.

تعارض قوانین راجع به فرزندخواندگی

تاکنون موضوع مربوط به فرزندخواندگی مانند سایر موضوعات خالی از اختلافات حاصله و طرح دعاوی نبوده است. در چنین دعاوی، چنانچه طرفین دعوا تابعیت ایرانی داشته باشند و مقر دادگاه نیز ایران باشد، کلیه حقوق داخلی از جمله حقوق مدنی و قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست در زمان اعطای حق یا آثار ناشی از آن بر قضیه حاکم خواهد بود. طبق یک تعریف کلی، مهم‌ترین شرط پیدایش تعارض قوانین این است که یک مسئله حقوقی به دو یا چند کشور ارتباط پیدا کند و قوانین مختلفی نیز وجود داشته باشد. در واقع، وجود تفاوت در حقوق داخلی کشورهای مختلف یکی از شرایط اساسی مسئله پیدایش تعارض قوانین است (الماسی، ۱۳۹۶، ص. ۷).

در خصوص وجود عنصر خارجی در رابطه فرزندخواندگی و تعارض قوانین و اعمال قانون صالح، دیدگاه‌های متفاوتی بیان شده است. برخی معتقدند قانون‌گذار درباره فرزندخواندگی از قاعده شخصی بودن قوانین حاکم بر احوال شخصیه عدول کرده و آن را تابع قانون اقامتگاه می‌داند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص. ۳۸۶). عده‌ای دیگر با لحاظ اینکه قانون‌گذار ایران جز برای اتباع خارجی و اقلیت‌های دینی برای سایر اشخاص، تأسیس حقوقی فرزندخواندگی را به رسمیت نشناخته است، چنین رابطه‌ای را تابع قانون دولت متبوع پدر و

تابع مذهب پدرخوانده می‌داند (نصیری، ۱۳۷۰، ص. ۳۶۰). عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان ایرانی اعتقاد دارند که قاضی ایرانی می‌بایست در لحظه ایجاد رابطه فرزندخواندگی، قانون دولت متبوع مولی‌علیه یا فرزندخوانده را از باب اعمال ماده ۹۶۵ قانون مدنی ایران و هماهنگی با قواعد و مقررات بین‌المللی از جمله کنوانسیون حقوق کودک لحاظ نماید (فدوی، ۱۳۸۴، ص. ۱۶۶).

قاعده حل تعارض در حقوق ایران

در حقوق ایران، فرزندخواندگی و به تعبیر دیگر سرپرستی در دسته احوال شخصیه قرار می‌گیرد، چراکه ماده ۱۳ قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست سابق مصوب ۱۳۵۳ اعلام داشت: «مقررات قانون احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در مورد فرزندخواندگی به اعتبار خود باقی است». همچنین ماده واحده قانون احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه مصوب ۱۳۱۲، وضعیت احوال شخصیه را در سه بند جدا نموده که بند سوم مربوط به فرزندخواندگی است. مقررات کشورهای دیگر مبین این است که قواعد مربوط به فرزندخواندگی جزو احوال شخصیه است. با توجه به اینکه قانون‌گذار ایران نهاد مستقلی را به‌عنوان سرپرستی کودکان تأسیس نموده و آن را برای هر زن و شوهر مقیم ایران که متقاضی سرپرستی باشند، قابل اجرا دانسته است؛ در وهله اول بایستی قانون ماهوی ایران را حاکم بر رابطه مذکور دانست. اما اگر حق در خارج از ایران ایجاد شود و در ایران به اثری از آن استناد شود، باید دید آیا باز هم قانون ایران حاکم است یا می‌بایست قانون خارجی با لحاظ ایجاد حق مکتسبه و رعایت نظم عمومی ملاک عمل باشد؟ باید در موارد مذکور بین مرحله تشکیل حق و مرحله اثرگذاری حق تفکیک قائل شد (متولی، ۱۳۷۹).

مرحله تشکیل حق

سؤال بسیار مهمی که در بحث تعارض قوانین فرزندخواندگی به‌ویژه در لحظه تشکیل رابطه فرزندخواندگی در ایران مطرح می‌شود، این است که چه قانونی می‌بایست بر ایجاد رابطه فرزندخواندگی حاکم گردد؟ آیا قاضی ایرانی می‌بایست قانون دولت متبوع در خصوص اتباع خارجه و دین و مذهب فرزندپذیر یا فرزندخوانده را در صورتی که اقلیت ایرانی باشند، مراعات نماید، اعم از اینکه پذیرنده طفل ایرانی یا خارجی باشد یا طفل ایرانی یا خارجی باشد؟

در بحث فرزندخواندگی، موضوع تعارض قوانین ممکن است از سایر مسائل مربوط به احوال شخصیه پیچیده‌تر باشد، زیرا اولاً فرزندخواندگی را می‌توان از منظر تابعیت پدرخوانده یا مادرخوانده بررسی کرد و ثانیاً می‌توان آن را از منظر تابعیت طفل بررسی نمود. اما امکان دارد یکی از آن‌ها مذهب یا دین متفاوت با دیگری داشته باشد.

قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه، فرزندخواندگی را از مصادیق احوال شخصیه قرار داده است. به‌موجب این قانون در مسائل مربوط به فرزندخواندگی، عادات و قواعد مسلمة در مذهب ایشان حاکم است، یعنی مذهبی که پدرخوانده یا مادرخوانده پیرو آن هستند، رعایت می‌شود. بنابراین مقبولیت فرزندخواندگی در ایران مختص سه اقلیت دینی نیز پذیرفته شده است. ممکن است ایراد شود که این حق

مشمول ایرانیان غیرشیعه شده و شامل سایر اشخاص و نیز اتباع خارجی نمی‌گردد. اما با تصویب قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست و رعایت مفاد ۳ و ۴ این قانون، امکان طرح تقاضا از سوی ایرانیان مقیم و نیز اتباع خارجی مقیم ایران با صراحت بیشتری مطرح گشته و امتیاز امکان غیرشیعه بودن پذیرندگان از انحصار ایرانیان خارج شده است (توسلی نائینی، ۱۳۹۹). حال با پذیرش این فرض می‌توان حالات مختلفی از تقاضای فرزندخواندگی را در زمان تعارض قوانین و نحوه اعمال قانون صلاحیت‌دار در نظر گرفت:

حالت اول: چنانچه فرزندخوانده یا فرزندپذیران تبعه ایران و مقیم در خارج از ایران باشند، چنانچه مقر دادگاه خارج از ایران باشد، قاضی کشور خارجی در دعوی یادشده قاعده ماهوی ایران را اجرا خواهد کرد؛ مشروط به اینکه اولاً قاعده حل تعارض آن کشور قانون متبوع اشخاص را به رسمیت بشناسد نه قانون اقامتگاه را، ثانیاً اعمال این قانون با نظم عمومی کشور مقر دادگاه منافاتی نداشته باشد (ارفع نیا و جرفی، ۱۳۹۴، ص. ۱۶).

حالت دوم: چنانچه پدرخوانده یا مادرخوانده خارجی باشد و فرزندخوانده نیز خارجی باشد، قانون دولت متبوع پدرخوانده یا مادرخوانده قابل اعمال است؛ چراکه فرزندخواندگی مورد پذیرش قانون‌گذار ایرانی است و ایجاد رابطه فرزندخواندگی خارجیان در ایران با نظم عمومی مخالفتی ندارد (ارفع نیا و جرفی، ۱۳۹۴، ص. ۱۷).

حالت سوم: اگر فرزندپذیران تبعه خارجی و فرزندخوانده تبعه ایران و غیرمسلمان باشد، به نظر می‌رسد که قانون خارجی حاکم بر قضیه است؛ زیرا ایرانیان غیرشیعه تابع عادات و قواعد متداوله در مذهب پدرخوانده یا مادرخوانده هستند و همچنین ماده ۹۶۴ مدنی که روابط ابوبین و اولاد را تابع قانون دولت متبوع پدر می‌داند.

در بند ۶ ماده ۶ قانون جدید حمایت از کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست در مقام بیان شرایط درخواست‌کنندگان «اعتقاد به یکی از ادیان مصرح در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» ذکر شده است. از طرف دیگر در تبصره ماده، رعایت اشتراکات دینی میان سرپرست و افراد تحت سرپرست الزامی است (نظریه مشورتی شماره ۷/۳۹۷۴ مورخ ۱۳۷۴/۰۷/۱۷).

حقیقت این است که تنها عاملی که از دید قانون‌گذار در بحث فرزندخواندگی و ایجاد تأسیس این حق اهمیت داشته و به‌عنوان شرط الزامی در رابطه این پذیرنده و پذیرفته‌شده درج می‌گردد، «مذهب» می‌باشد. در مقام دفاع می‌توان اظهار داشت که هدف فراهم نمودن کامیابی برای فرزندان و پذیرندگان است، حال خواه به مشارکت افراد از همان نژاد و قومیت یا غیر آن، چنین اموری صلاحیت ایفای نقش تأییدکنندگی را ندارند (Elizabeth, 1999).

در مرحله اول، یعنی ایجاد حق، هرگاه افرادی بخواهند در ایران افراد دیگری را تحت سرپرستی داشته باشند، با توجه به ماده یک قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست که مقرر می‌دارد «هر زن و شوهر مقیم ایران می‌توانند با توافق یکدیگر طفلی را با تصویب دادگاه مطابق مقررات این قانون سرپرستی نمایند»، می‌توانند اقدام به تقاضای فرزندخواندگی نمایند، اعم از اینکه زوجین و کودک تحت سرپرست

دارای تابعیت واحد یا مختلف باشند (متولی، ۱۳۷۹). در خصوص خارجیان، حق پذیرش مصرحه در قانون ایرانی منوط به اعمال قانون خارجی صلاحیت‌دار بر مبنای قواعد حل تعارض و پذیرش این نهاد توسط قانون خارجی می‌باشد.

مرحله اثرگذاری حق

در این مرحله سؤال این است که چنانچه حق فرزندخواندگی تشکیل شده باشد، چه آثاری را به دنبال دارد؟ باید گفت اگر حق فرزندخواندگی در ایران به وجود آمده باشد، تنها یک ابهام می‌ماند و آن این است که در صورت تفاوت تابعیت فرزندخوانده یا پدرخوانده و مادرخوانده، قانون دولت متبوع کدامیک ملاک عمل است. اگرچه قانون ایران ساکت است، به نظر می‌رسد به دلیل رعایت غبطه و مصلحت مولی‌علیه و فرزندخوانده و با توجه به قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست که منافع مادی و معنوی و مصلحت طفل را مدنظر قرار داده، می‌بایست قانون دولت متبوع فرزندخوانده را ملاک عمل دانست (توسلی نائینی، ۱۳۸۹، ص. ۱۰۷).

سؤال دیگر این است که چنانچه فرزندخواندگی مطابق قانون خارجی ایجاد شده باشد، در قلمرو ایران صحیح است یا خیر؟ برای اینکه حقی از لحاظ بین‌المللی تشکیل شده یا مکتسب محسوب گردد و بتواند در ایران معتبر شناخته شود، دو شرط لازم است: اولاً، حق باید بر اساس قانونی تشکیل شود که قاعده حل تعارض ایرانی آن را صلاحیت‌دار می‌داند؛ ثانیاً، حق باید به‌طور کامل تشکیل شده یا رعایت تمام شرایطی که برای تشکیل آن لازم است به وجود آمده باشد (الماسی، ۱۳۹۶، صص. ۱۰۷-۱۰۸).

در مرحله اثرگذاری حق یا رابطه فرزندخواندگی که در خارج صحیحاً ایجاد شده، میان حقوق‌دانان ایرانی تردید کمتری وجود دارد. مثلاً هرگاه فرزندخوانده‌ای اعم از خارجی یا ایرانی که حکم فرزندخواندگی از محاکم خارجی دریافت نموده، بخواهد در محاکم ایران به آثار ناشی از رابطه فرزندخواندگی (نظیر نفقه، ارث، فسخ رابطه فرزندخواندگی) استناد کند، در آن صورت پس از تنفیذ قانون خارجی، قاضی ایرانی مطابق قواعد ماهوی قانون دولت متبوع پدرخوانده یا مادرخوانده (منوط به عدم احاله) مبادرت به صدور حکم می‌کند. لذا هرگاه فرزندخوانده‌ای اعم از ایرانی یا خارجی علیه مورث حین‌الفوت پدرخوانده یا مادرخوانده خارجی خود اقامه دعوی ارث نماید، در صورتی که مطابق قانون دولت متبوع متوفی، فرزندخوانده ارث‌بر باشد، نمی‌توان به این بهانه که چون مطابق ماده ۸۶۱ قانون مدنی یا ماده ۲ قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست مصوب ۱۳۵۳، رابطه فرزندخواندگی از موجبات ارث در حقوق ایران نمی‌باشد و مغایرت با نظم عمومی ایران، فرزندخوانده را از ارث پدرخوانده یا مادرخوانده محروم نماییم. البته باید توجه کرد که هرگاه دو ایرانی غیر از اقلیت‌های رسمی پذیرفته‌شده که تابع قانون دولت متبوع پدرخوانده هستند، فرزندی را در خارج از ایران به فرزندخواندگی قبول نمایند و دادگاه صالح خارجی در این خصوص حکم فرزندخواندگی صادر نماید، در این صورت حکم فرزندخواندگی صادره در خارج از کشور تا حد سرپرستی از اطفال بدون سرپرست تنفیذ خواهد شد و تنفیذ حکم، موجباتی جهت ایجاد رابطه قرابت و ارث فراهم نخواهد کرد.

قاعده حل تعارض در حقوق تطبیقی

در باره انتخاب قانون حاکم بر فرزندخواندگی در کشورهای مختلف، مقررات متفاوتی وجود دارد. در قواعد حل تعارض مصر و کویت، قانون کشور متبوع پدرخوانده و فرزندخوانده حاکم است، ولی راجع به آثار فرزندخواندگی، قانون کشور متبوع فرزندخوانده ملاک عمل است.

در حقوق فرانسه، فرزندخواندگی تابع قانون درخواست‌کننده یا درخواست‌کنندگان فرزندخواندگی می‌باشد، اما تشریفات مربوط به رضایت فرزندخوانده تابع قانون کشور متبوع وی است (Mignot, 2017, pp. 142-158).

قانون فرزندخواندگی سوییس مقرر می‌دارد که صلاحیت برای اعطای فرزندخواندگی و به تبع آثار ناشی از آن در رابطه با زن و شوهر و فرزندخوانده مقیم سوییس بر عهده مراجع قضایی این کشور است؛ البته مشروط به اینکه در کشور مقیم دیگر فرزندخواندگی حاصل نگردد که در این صورت باید گفت شرایط فرزندخواندگی و آثار ناشی از آن تابع قانون مقیم کشور خواهد بود.

در رویه قضایی انگلستان طبق نظر اکثریت قضاات دادگاه استیناف، اگر اقامتگاه یکی از زوجینی که فرزندخواندگی کودکی را قبول کرده‌اند، انگلستان باشد، قانون انگلیس بر فرزندخواندگی حاکم خواهد بود (Howe, 1983, pp. 173-197)؛ ولی اگر اقامتگاه هر دوی آن‌ها در تاریخ تحقق فرزندخواندگی در یک کشور خارجی بوده باشد، قانون محل اقامتگاه آن‌ها حاکم خواهد شد و قاعده حل تعارض باید بر اساس قانون کشور محل اقامتگاه زوجین در زمان تحقق فرزندخواندگی توسط دادگاه‌های انگلیس استخراج و اعمال گردد (موسوی و موسوی، ۱۳۸۸، ص. ۴۳۳). قانون محل اقامتگاه زوجین در صورتی در انگلستان قابل اعمال است که مخالف نظم عمومی انگلیس نباشد (Welbourne, 2002, p. 269). می‌توان گفت که حتی اگر قانون دولت متبوع والدین یا کودک در تعارض با قانون انگلیس باشد، قانون انگلیس بر روابط کودک و والدین حاکم خواهد بود. معتبر شناخته شدن فرزندخواندگی صورت گرفته در کشور خارجی در انگلیس این نتیجه را در پی دارد که حقوق ناشی از فرزندخواندگی که بر اساس قانون کشور محل تحقق فرزندخواندگی به کودک تعلق می‌گیرد، به رسمیت شناخته می‌شوند. البته در مورد حقوق مربوط به ارث، قانون کشور خارجی حاکم است؛ مگر در موارد سکوت قانون کشور خارجی که در آن صورت قانون انگلیس حاکم خواهد بود. نکته دیگر این است که در انگلیس اگرچه اصل بر این است که قانون محل اقامت اجرا شود، ولی حقوق این کشور خلأهای قانونی ناشی از عدم پیش‌بینی قانون صالح را با کمک کنوانسیون‌های بین‌المللی پر کرده است.

اغلب کشورهای جهان، فرزندخواندگی را پذیرفته و آن را جزو احوال شخصیه می‌دانند که در این صورت صرف‌نظر از نوع مذهب، قانون دولت متبوع یا قانون اقامتگاه ملاک عمل خواهد بود. به‌عنوان مثال، در دانمارک، سوییس و انگلیس احوال شخصیه از جمله موضوع فرزندخواندگی تابع قانون اقامتگاه است، اما در کشورهایی نظیر ایران، بلژیک و ایتالیا از اعمال قانون ملی پیروی می‌کنند.

کنوانسیون کودک مصوب ۱۹۸۹، فرزندخواندگی را در حد کامل آن پذیرفته است؛ یعنی همان حقوق فرزند قانونی را برای فرزندخوانده وضع کرده است. این امر باعث می‌گردد در کشورهایی نظیر مصر و ایران

که نهاد فرزندخواندگی را به این صورت قبول ندارند، تأثیر به سزایی بگذارد. آنچه در کنوانسیون حقوق کودک مهم است، ماده ۲۱ این کنوانسیون بوده که بر فرزندخواندگی بین‌المللی تأکید دارد. کودک خارجی قبول شده برای فرزندخواندگی باید از همان شرایط برای فرزندخواندگی ملی در کشور مقصد بهره‌مند شود. فرزندخواندگی بین‌المللی در واقع وضعیتی را بیان می‌کند که فرزندخوانده و پدر و مادرخوانده تابعیتی متفاوت داشته باشند. در این صورت قانونی که بیشتر هماهنگ با منافع و مصالح مادی و معنوی طفل است، اعمال می‌شود. طبق ماده ۲۰ این کنوانسیون، به‌دلیل منافع کودک باید قانون دولت متبوع فرزندخوانده را ملاک عمل دانست.

در کنوانسیون فرزندخواندگی میان‌کشوری ۱۹۹۳ لاهه که در قانون فرزندخواندگی میان‌کشوری ۱۹۹۹ مورد تأکید قرار گرفت و اجرایی گردید، مقررات مهمی درباره لزوم هماهنگی فرهنگی، نژادی و... میان پذیرندگان فرزند و پذیرفته‌شده وجود دارد (شریعتی‌نسب، ۱۳۹۰، ص. ۱۲۶). این کنوانسیون الزام می‌دارد که کشور مبدأ توجه کامل در زمینه تربیتی، قومیتی، مذهبی و فرهنگی مبذول دارد تا در آینده مشخص شود که آیا جایگزینی موردنظر منطبق با منافع عالیۀ کودک هست یا خیر؟

قانون حاکم بر فرزندخواندگی‌هایی که تحت شمول کنوانسیون ۱۹۹۳ قرار می‌گیرند، قانون کشوری است که فرزندخواندگی در آنجا محقق شده است. برای مثال اگر کودکی فرانسوی توسط زوجی انگلیسی در فرانسه قبول شود، قانون حاکم بر فرزندخواندگی قانون فرانسه است. علیهذا همان‌طور که ملاحظه می‌گردد، هدف کنوانسیون‌های بین‌المللی ایجاد ساختاری در جهت همکاری میان کشورهای عضو برای ارتقاء بخشیدن به روند تأمین منافع و مصالح آن دسته از کودکان کشورهای عضو است که بر فرزندخواندگی قبول می‌شوند.

نتیجه‌گیری

حقوق اسلامی فرزندخواندگی را به رسمیت نشناخته بود. قوانین سابق نیز به تبعیت از فقه، نهاد «سرپرستی» را مورد شناسایی قرار داده بود. اما با وضع قوانین اخیر، یعنی قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست و بدسرپرست، فرزندخواندگی تا حدودی به‌عنوان نهادی حقوقی پذیرفته شده است. کشورهای غربی نظیر انگلیس و فرانسه و آلمان پا را فراتر نهاده و فرزندخواندگی کامل را مورد شناسایی و پذیرش قرار داده‌اند که در واقع به معنای آن است که فرزندخوانده همان فرزند قانونی است و از حقوق و مزایای فرزند واقعی برخوردار است. قانون مدنی ایران راجع به فرزندخواندگی ساکت است، اما از آنجا که قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم این نهاد را در زمره احوال شخصیه قلمداد کرده است، قواعد حاکم بر حل تعارضات ناشی از آن مشخص است. فرزندخواندگی می‌تواند به‌عنوان حکمی تأسیسی از جانب دادگاه مقرر دعوا ایجاد شود و چنانچه عنصر خارجی وارد قضیه شود، تعارض قوانین به میان می‌آید که از این حیث وضعیت‌های متفاوتی قابل تصور است. در واقع باید گفت تشکیل روابط فرزندخواندگی به‌عنوان سرپرستی طفل در ایران هم بر اطفال ایرانی و هم بر اطفال خارجی توسط اتباع ایرانی و خارجی به‌وسیله محکمه ایرانی امکان‌پذیر است. چنانچه دعوا راجع به تقاضای سرپرستی در ایران مطرح باشد و حداقل یک

عنصر خارجی وجود داشته باشد، بر اساس قواعد حل تعارض کشور ایران، قانون دولت متبوع پدرخوانده ملاک عمل است؛ و اگر تشکیل این حق مربوط به خارجیان مقیم ایران باشد، تقریباً وضع به همین منوال است و قانون کشور متبوع آن‌ها حاکم است؛ در خصوص ایرانیان غیرشیعه این درخواست با توجه به مذهب آن‌ها صورت می‌گیرد و قواعد و مقررات متداوله و مسلم این مذهب بر قضیه حاکم است.

در مرحله اثرگذاری حق، چنانچه فرزندخواندگی در خارج از ایران ایجاد شود و دادنامه صادره مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه در ایران نباشد، محکمه ایرانی قانون خارجی را نافذ دانسته و با توجه به قانون دولت متبوع طفل یا قانون دولت متبوع والدین پذیرنده، آثار حق را جاری می‌کند. در اسناد بین‌المللی و قوانین سایر کشورها در خصوص تعارض قوانین راجع به فرزندخواندگی و اعمال قانون صلاحیت‌دار نیز قواعد حل تعارض ویژه‌ای وضع شده است؛ اما همان‌طور که در قوانین داخلی با وضع مقررات مربوط به فرزندخواندگی، منافع مادی و معنوی طفل ملاک عمل قرار می‌گیرد، در زمان پیدایش تعارض قوانین و اعمال قانون صلاحیت‌دار، مصلحت این قشر محروم بایستی مورد توجه قرار گیرد.

باری، هدف اصلی از فرزندخواندگی یا سرپرستی، حمایت از کودک بی‌سرپرست یا بدسرپرست است. تلاش‌ها باید بر رعایت هرچه بیشتر مصالح و منافع کودک در تمام ابعاد متمرکز باشد. نظر به تحولات گسترده جهانی و تغییرات شگرف در مناسبات بشری، ضرورت دارد در قوانین ایران جنبه‌هایی از فرزندخواندگی بین‌المللی، ضمن رعایت موازین بنیادی اسلامی، به صراحت مورد شناسایی قرار گیرد. بدیهی است که در فرزندخواندگی بین‌المللی، از آنجاکه قبل از بررسی امکان قانونی فرزندخواندگی کودک، اصل تابعیت اعمال می‌شود، بررسی منشأ و پیشینه کودک ضرورت دارد. در پهنه بین‌المللی نیز کنوانسیون‌ها و قطعنامه‌ها در این خصوص با چالش‌هایی مواجه هستند. از مهم‌ترین نارسایی‌ها، اتکای صرف بر نظام حمایتی ملی از کودک است که معیار آن، حداقل خدمات و منابع اولیه می‌باشد. علاوه بر این، حذف موارد غیرضروری بوروکراسی‌های اداری که موجب تأخیر ناموجه فرآیندها می‌شود نیز از دیگر چالش‌های فراروی فرزندخواندگی بین‌المللی محسوب می‌گردد.

منابع

- ارفع‌نیا، بهشید؛ و جرفی، هادی. (۱۳۹۴). وضعیت حقوقی فرزندخواندگی در حقوق ایران، مقررات بین‌المللی و تعارض قوانین. *تحقیقات حقوقی بین‌المللی*، ۲۸ (۳۲-۴۵).
- آذربایجانی، مسعود. (۱۳۸۱). نقدی بر کنوانسیون حقوق کودک. *مطالعات راهبردی زنان*، ۱۶ (۲۲-۳۴).
- پاکزاد، مهرداد؛ عالم زاده، محمد؛ و مهدی پور، محمد. (۱۴۰۱). تعارض قوانین در فرزندخواندگی در حقوق ایران و فرانسه. *خانواده‌پژوهی*، ۷۱ (۴۱۱-۴۲۱).
- توسلی نائینی، منوچهر. (۱۳۸۹). فرزندخواندگی در کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹ و مقایسه آن با حقوق ایران. *فصلنامه حقوق*، ۳۹ (۴).
- توسلی نائینی، منوچهر. (۱۳۹۹). مطالعه تطبیقی فرزندخواندگی بین‌المللی در حقوق ایران، فرانسه و آلمان. *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، ۷ (۱)، ۲۷-۵۸.
- خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۸۲). *استفتائات امام خمینی (ره) (جلد سوم)*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- شریعتی‌نسب، صادق. (۱۳۹۰). *فرزندخواندگی*. تهران: انتشارات شهر دانش.
- صفایی، حسین؛ و امامی، اسدالله. (۱۳۷۴). *حقوق منی‌آ خانواده (جلد دوم)*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- طباطبایی، سید محمدحسین. (۱۳۹۹). *تفسیر المیزان (جلد ۴)* (ترجمه سید محمدباقر موسوی همدانی). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- فدوی، سلیمان. (۱۳۸۴). تعارض قوانین در فرزندخواندگی. *ماهنامه کانون وکلای*، ۵۶ (۱۲-۲۳).
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). *حقوق منی‌آ خانواده (جلد دوم)*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- الماسی، نجادعلی. (۱۳۹۶). *تعارض قوانین*. تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
- متولی، محمد. (۱۳۷۹). قانون حاکم بر فرزندخواندگی از نظر مقررات داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی ایران. *مجله تحقیقات حقوقی*، ۱۷۰.
- مطهری، مرتضی. (۱۳۸۹). *مجموعه آثار*. تهران: صدرا.
- موسوی، سید فضل‌الله؛ و موسوی، سید مهدی. (۱۳۸۸). قواعد حل تعارض مربوط به کودکان در حقوق انگلیس. *مجله تحقیقات حقوقی*، ۵۰.
- نصیری، مرتضی. (۱۳۷۰). *حقوق چند ملیتی*. تهران: نشر دانش امروز.
- Bartholet, E. (1999). Taking adoption seriously: Radical revolution or modest revisionism. *The Future of Children*, 9(1), 162–175.
- Duraković, A. (2023). Challenges of international adoption in Bosnia and Herzegovina. *Medicine, Law & Society*, 16(2), 147–161.
- Garcia, C. (2023). Intercountry adoption fraud: How poorly implemented legislation effects countries, children, and parents. *California Western International Law Journal*, 53(2), 11–44.
- Howe, R. (1983). Adoption practice, issues, and laws 1958–1983. *Family Law Quarterly*, 17(2), 173–197.
- Long, J. (2023). Children's adoption in ECtHR case law: Opportunities or threats for Italy? [pre-publication]. *European Review of Private Law*, 31.
- Mignot, J. F. (2017). Full adoption in England and Wales and France: A comparative history of law and practice (1926–2015). *Adoption & Fostering*, 41(2), 142–158.

Shannon, G., Horgan, R., Keehan, G., & Daly, C. (2013). *Adoption: Law and practice under the revised European Convention on the adoption of children.*² Strasbourg: Council of Europe.



A Jurisprudential Analysis of the Bindingness (Luzūm) or Permissibility (Jawāz) of Bay' Mu'āṭātī (Sale by Conduct) in Cases of Loss (Talaf) of Considerations (ʿAwaḍayn)

Ahmad Saberimajd¹, and Sayyid Abdolrahim Hosseini²

1. *Corresponding Author*, PhD in Islamic Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: ahmad.saberimajd@ut.ac.ir
2. Associate Professor, College of Farabi, University of Tehran, Qom, Iran. Email: abd.hosseini@ut.ac.ir

Article Info

Article type:
Review Article

Article history:

Received
19 May 2023
Received in revised form
01 July 2023
Accepted
12 August 2023
Available online
21 December 2024

Keywords:

talaf al-ʿiwaḍayn (loss of consideration),
luzūm al-mu'āṭātī
(binding of mu'āṭātī),
milkiyyat jā'iz (revocable ownership),
ibāḥat al-taṣarruf
(permissibility of disposition),
bay' mu'āṭātī,
ḥaqq al-rujū' (right of referring)

ABSTRACT

Bay' Mu'āṭātī (sale by conduct) is a common trade method that has been the subject of differing jurisprudential views. A key challenge in these differences arises between ibāḥat al-taṣarruf (permission of possession) – the dominant view – and milkiyyat jā'iz (permissive ownership) when one or both ʿawaḍayn (considerations), or a part of either, are lost. Investigating the bindingness (luzūm) or permissibility (jawāz) of the transaction in both perspectives has important implications, such as determining whether the owner can claim a real consideration or substitute compensation. Comparing these two theories and clarifying the incompatibility of their foundations in cases of ʿawaḍayn loss—guided by the principle of aṣl al-luzūm (presumption of bindingness) in contracts—constitute a novel approach to the issue. This paper aims to analyze various loss scenarios concerning ʿawaḍayn from both perspectives and establish a clear criterion for assessing the challenges and conflicts in their foundational principles in light of aṣl al-luzūm. Therefore, the main question of this research is: What are the foundations for ruling that bay' mu'āṭātī is either binding (lāzim) or permissible (jā'iz) when one or both of the ʿawaḍayn, or a part of either, is lost? According to milkiyyat jā'iz, the certainty lies in the existence of the ʿawaḍayn and the possibility of their return. In the event of the loss of one or both ʿawaḍayn, or a part of either, mu'āṭātī will be deemed binding, based on aṣl al-luzūm. From the viewpoint of ibāḥat al-taṣarruf, the permissibility of lawful disposal is due to the shari'a's (Islamic law) permission. Thus, the loss of the ʿawaḍayn will be considered a loss from the owner's property, without entailing a guarantee of equivalent or price. In this view, luzūm of mu'āṭātī is accepted even when one of the exchanged items, or part of it, is lost.

Cite this article: Saberimajd, A., & Hosseini, S. A. (2024). A Jurisprudential Analysis of the Bindingness (Luzūm) or Permissibility (Jawāz) of Bay' Mu'āṭātī (Sale by Conduct) in Cases of Loss (Talaf) of Considerations (ʿAwaḍayn). *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 18 (2), 191-208. <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.15941.1768>





تحلیل فقهی لزوم یا جواز بیع معاطاتی در صورت تلف عوضین

احمد صابری مجد^۱ ID، و سید عبدالرحیم حسینی^۲ ID

۱. نویسنده مسئول، دکتری فقه و مباحث حقوق اسلامی، دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران. رایانامه: ahmad.saberimajd@ut.ac.ir

۲. دانشیار دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران. رایانامه: abd.hosseini@ut.ac.ir

اطلاعات مقاله

چکیده

نوع مقاله:
مقاله ترویجی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۲/۲۹

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۴/۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۵/۲۱

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۱۰/۱

کلیدواژه‌ها:

تلف عوضین،
لزوم معاطات،
ملکیت جایز،
اباحه تصرف،
بیع معاطاتی،
حق رجوع

از شیوه‌های متداول معاملات، بیع معاطاتی است که محل اختلاف نظرهای فقهی قرار گرفته است. از جلوه‌های مهم چالش برانگیز دو دیدگاه اباحه تصرف (نظر مشهور) و ملکیت جایز، در صورت تلف عوضین یا یکی از آن‌ها یا جزئی از آن، است. بررسی مسئله لزوم یا جواز معامله در هر دو دیدگاه، آثار مهمی همچون سرانجام رجوع مالک به بدل حقیقی یا جعلی را دربردارد. رویارویی دو نظریه اباحه تصرف و ملکیت جایز و تبیین ناسازگاری مبانی این دو دیدگاه در حالت‌های تلف عوضین با رویکرد اصل لزوم در قراردادهای، تقریری نوین از این مسئله به حساب می‌آید. هدف نوشتار حاضر تجمیع صورت‌های گوناگون تلف عوضین مبتنی بر هر دو دیدگاه و ارائه ضابطه دقیق برای گره‌گشایی از چالش‌ها و تعارض‌های مبانی دو دیدگاه در پرتو اصل لزوم در قراردادهای است. از این رو، سؤال اصلی پژوهش این است که مبانی حکم لزوم یا جواز بیع معاطاتی، در صورت تلف عوضین یا یکی از آن‌ها یا جزئی از آن، چیست؟ بر اساس دیدگاه ملکیت جایز، قدر متیقن وجود عوضین و امکان بازگرداندن آن است و در صورت تلف عوضین یا یکی از آن‌ها یا جزئی از آن، بر اساس اصالت لزوم در قراردادهای، معاطات لازم خواهد بود. در دیدگاه اباحه تصرف، جواز تصرف شرعی به سبب اذن شارع است؛ لذا تلف عوضین یا جزئی از آن دو از مال مالک خواهد بود و موجب ضمان مثل یا قیمت نیست. در این دیدگاه، هنگامی که یکی از عوضین یا جزئی از آن تلف گردد، نیز لزوم معاطات مورد پذیرش قرار می‌گیرد.

استناد: صابری مجد، احمد؛ و حسینی، سید عبدالرحیم، (۱۴۰۳). تحلیل فقهی لزوم یا جواز بیع معاطاتی در صورت تلف عوضین. *مطالعات*

<http://doi.org/10.22034/fvh.2023.15941.1768>. ۲۰۸-۱۹۱، (۲)، ۱۸. *فقه اسلامی و مباحث حقوقی*.



مقدمه

بیع معاطاتی از شیوه‌های متداول دادوستد است که در آن ایجاب و قبول (صیغه مخصوص) به کار گرفته نمی‌شود. بحث در رابطه با جایز یا لازم بودن ماهیت چنین قراردادی میان فقیهان امامیه موجب شده است که دو نظر عمده مطرح شود. مشهور فقیهان امامیه قائل به ملکیت (حائری، ۱۴۱۸، ج. ۸، ص. ۲۱۳؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۱، ج. ۳، ص. ۴۹؛ محقق سبزواری، ۱۲۶۹، ج. ۸، ص. ۲۱۳) و برخی دیگر از فقیهان بر این باورند که معاطات مفید اباحه تصرف است (ابن‌ادریس، ۱۴۲۸، ج. ۲، ص. ۲۵۰؛ ابن‌زهره، ۱۳۷۵، ص. ۲۱۴؛ عاملی، ۱۴۰۰، ج. ۱، ص. ۵۰؛ طوسی، ۱۴۰۵، ج. ۳، ص. ۴۱). درباره دیدگاه مشهور که قائل به ملکیت هستند، دو گونه نگاه وجود دارد: برخی فقیهان معاطات را مفید ملکیت لازم (مفید، ۱۴۱۴، ص. ۵۹۱) دانسته‌اند که از آنجایی که انعقاد چنین قراردادی به صورت لازم محقق شده است، سخن از بررسی لزوم یا جواز معاطات پس از تلف قابل طرح نیست. بر اساس نگاه دوم از ملکیت، مفید ملکیت جایز است که در این صورت متبایعان هر زمان که بخواهند می‌توانند به ملک خود رجوع کنند (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج. ۴، ص. ۵۸). لذا بنا بر دیدگاه اخیر و دیدگاه «اباحه تصرف»، عوضین تا زمانی که موجودند، در ملک هریک از خریدار و فروشنده بوده و حق رجوع دارند. اما چالشی که مبتنی بر این دو دیدگاه به وجود می‌آید این است که در صورت تلف عوضین یا یکی از آن‌ها یا بخشی از یکی از آن‌ها، آیا همچنان بیع معاطاتی معامله‌ای جایز خواهد بود که حق رجوع مالک به عین در صورت بقا یا بدل مثلی یا قیمی او را داشته باشد یا اینکه معامله تبدیل به معامله لازم خواهد شد؟ هم‌اکنون این سؤال اصلی قابل طرح است که مبنای حکم لزوم یا جواز بیع معاطاتی در صورت تلف عوضین یا یکی از آن‌ها یا جزئی از آن چیست؟ پژوهش حاضر بر اساس دو دیدگاه اباحه تصرف و ملکیت جایز در معاطات، مسئله تلف عوضین را بررسی نموده و صورت‌های مسئله را تحلیل و ارزیابی می‌نماید. جستار حاضر از روش توصیفی Δ تحلیلی و از ابزار کتابخانه‌ای بهره جسته است. در رابطه با پیشینه پژوهش، اگرچه پژوهش‌های فراوانی درباره بیع معاطاتی انجام شده، ولی با جست‌وجو در پایگاه‌های اینترنتی مقالات و پایان‌نامه‌ها از جمله نورمگز و ایرانداک، پژوهشی مستقل در مورد مسئله حاضر یافت نشد. جمعیت صورت‌های مختلف تلف در عوضین مبتنی بر هر دو دیدگاه اباحه تصرف و ملکیت جایز و ارائه ضابطه و ملاک دقیق و تحلیل و بررسی منتقدانه برای روشن‌سازی چالش‌ها و تعارض‌های مبنای دو دیدگاه در پرتو اصل لزوم در قراردادها، از مؤلفه‌های ارزشمند مقاله تلقی می‌گردد.

حالت نخست: تلف شدن عوضین

تلف عوضین در معامله معاطاتی از ملزومات معاطات به حساب آمده و فقیهان به‌طور صریح به این مطلب اشاره کرده و برخی بر آن ادعای اجماع کرده‌اند (کاشف الغطاء، ۱۴۲۵، ج. ۲، ص. ۲۸). در کلمات فقیهان چنین آورده شده است که اگر عین از هر دو طرف تلف گردد، معامله لازم می‌گردد. صاحب مفتاح الکرامه و محدث بحرانی با تعبیر «لا خلاف عندهم» (بحرانی، ۱۳۶۳، ج. ۱۸، ص. ۳۶۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج. ۱۲، ص. ۵۰۷) و صاحب جواهر و سید مجاهد از عبارت «لا خلاف فیه» استفاده کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴،

ج. ۲۲، ص. ۲۳۰؛ طباطبایی، ۱۴۱۰، ص. ۲۶۹). حکم این مسئله بر اساس دو مبنای ملکیت جایز و اباحه تصرف مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

حکم تلف بر اساس دیدگاه طرفداران اباحه تصرف (نظریه مشهور)

حکم تلف عوضین بر اساس دیدگاه اباحه تصرف روشن است و قاعده در این باب دلالت می‌کند که تلف هریک از عوضین از ملک مالککش است و دلیلی نیز بر ضمان مثل یا قیمت دلالت نمی‌کند (انصاری، ۱۴۱۵، ج. ۳، ص. ۹۶). لذا بر اساس دیدگاه افاده اباحه تصرف در معاطات، هریک از طرفین قرارداد می‌توانند در صورت وجود عوضین به طرف دیگر مراجعه کرده، زیرا هنوز در ملکیت اوست و بر اساس این دیدگاه، نهایت چیزی که با معاطات حاصل شده، اباحه تصرف در عوض است؛ اما در صورتی که هریک از عوضین از بین برود، رجوع ممنوع خواهد بود، برای اینکه رجوع در اصل عوضین هست و فرض این است که تلف شده است. این حکم همانند موردی است که مال در دست متعاملان تلف شود که موجب ضمان مثلی یا قیمی نمی‌شود. برای اینکه در این صورت به اذن شارع این اباحه حاصل شده است و معاطات نیز موجب اباحه بقای عین در دست هریک از طرفین معامله می‌شود.

به دیگر سخن، در نظریه اباحه تصرف، هریک از متعاملان مالک عوضین خواهند بود تا زمانی که عوضین در دست طرف دیگر تلف شود که در این صورت به این دلیل که اباحه شرعی به سبب اذن شارع بوده است، تلف از مال مالک می‌باشد و موجب ضمان مثل یا قیمت نخواهد بود.

بررسی و نقد ادله: قاعده علی‌البد در این بحث قابل استناد نیست و نمی‌توان به وسیله آن بقای اباحه را اثبات و به بدل مثلی یا قیمی به عنوان ضمان تلف حکم نمود. بر اساس پذیرش جریان قاعده ضمان ید، هریک از طرفین قرارداد در صورت موجود بودن عوضین حق مراجعه داشته و در صورت تلف مال به استناد قاعده ضمان ید، عوضین تلف شده به بدل تبدیل می‌شود. در چنین حالی، اباحه مستمره جریان داشته که این به معنای عدم لزوم معاطات خواهد بود. جریان قاعده ضمان ید در این فرض دارای اشکال بوده و قاعده ضمان ید به دلیل انتقای موضوع جریان ندارد (میلانی، ۱۴۲۹، ج. ۱، ص. ۳۴۱). برای اینکه منظور از ید در این قاعده، خصوص ید عادی است و مفروض در مسئله، فقدان چنین یدی است، زیرا اباحه تصرفی که با معاطات حاصل شده است، با اذن و حکم شارع است. پس ید سابقه بر تلف یقیناً مضمون نبوده است، زیرا به دلیل وجود اذن شارع، ید عدوانی محسوب نمی‌شود، بلکه ید امانی می‌باشد و محال است که ید امانی تبدیل به ید عدوانی شود. در نتیجه، ید متعاملان مقتضی ضمان ندارد. سبب ضمان به وسیله اتلاف یا ید است. قاعده اتلاف (من اتلف مال الغیر فهو له ضامن) که در بسیاری از موارد در فقه قابل جریان است، در جایی است که اباحه شرعی وجود نداشته باشد؛ اما اگر اتلاف از ناحیه اباحه باشد، ضمانی در کار نیست. در ما نحن فیه نیز مفروض این است که اباحه تصرف به صورت شرعی وجود دارد؛ لذا قاعده جاری نمی‌شود. قاعده ضمان ید (علی‌البد ما اخذت حتی تؤدیه) زمانی موجب ضمان مال تلف شده می‌شود که انسان به رد عین در صورت وجود آن مورد خطاب قرار گیرد. این در حالی است که طرفین قرارداد معامله معاطاتی مکلف به ادا نیستند. پس هریک از آن‌ها در حال تلف، مکلف به ادای مثل یا قیمت نخواهند بود.

حکم تلف بر اساس دیدگاه طرفداران ملکیت جایز

بدون تردید در صورت تلف، اصالت لزوم اقتضای حکم به لزوم معاطات را دارد. از چنین اصلی به واسطهٔ مخصص لبی که اجماع است به قدر متیقن که همان صورت امکان بازگرداندن هریک از ثمن و مثن است، خارج می‌گردد (حلی، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۳۸). لذا در صورت امتناع و تعذر بازگرداندن عوضین به سبب تلف و امثال آن، حکم جواز برداشته می‌شود و به اصالت لزوم در قرارداد مراجعه می‌گردد.

واکاوی معنای «جواز» در تبیین این دیدگاه راهگشاست، لذا روشن شدن مدلول جواز مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. در متون فقهی، جواز به دو گونه حقی و حکمی مورد استفاده شده است. جواز حقی همانند بیع خیاری است که خیار در واقع سلطنت بر اقرار عقد و ازالهٔ آن با قابلیت عقد برای بقا در ظرف عقد اعتبار تفسیر می‌شود. لذا حق خیار متعلق به خود عقد است و ارتباطی با عوض ندارد، پس تفاوتی ندارد که عوضین باقی باشند یا تلف شده باشند، بنابراین در حق خیار، عقد موضوعیت دارد و از عموماتی همچون: «البیعان بالخیار ما لم یفترقا» چنین برداشت می‌شود که هریک از متبایعان پیش از جدایی، سلطنت و قدرت فسخ قرارداد را بدون در نظر گرفتن بقا یا تلف هریک از عوضین را دارا هستند (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص ۱۹۶؛ صدر، ۱۴۲۰، ص ۲۵۵). پس اگر عوضین باقی باشند، عوض و معوض به هریک از متبایعان باز می‌گردد و در صورتی که عوضین موجود نباشند، بدل آن باید برگشت داده شود.

فقیهان برای جواز حکمی به جایز بودن رجوع متبهب به عین موهوبه در صورت بقا مثال آورده‌اند. از این جهت که اگرچه پیش از رجوع متبهب عقد فسخ نشده و متبهب، استرداد عین موهوبه را خواستار است، ولی هنگامی که عین موهوبه مسترد شود، عقد از باب انتفای موضوع عقد منحل می‌شود، به خاطر بازگشت عین موهوبه به ملک واهب است (خویی، ۱۳۷۷، ج ۶، ص ۱۶). اگر عین موهوبه تلف می‌شد، عقد لازم می‌شد و در این هنگام برای واهب جایز نبود که به بدل آن رجوع کند. بنابراین، جواز در این مورد دایر مدار عین موهوبه خواهد بود Δ بدون اینکه به معوضه یا غیرمعوضه بودن هبه یا به تلف عوض یا بقای آن نگریسته شود Δ جواز در این صورت برخلاف خیار به عقد تعلق نگرفته است. دلیل بر این مطلب که موضوع جواز در این مورد، رجوع به عین موهوبه است، از عمومات عقد هبه دانسته می‌شود.

فرد دیگری که برای جواز حکمی تصور می‌شود که از جواز در هبه دایرهٔ ضیق‌تری دارد، جواز در معاطات است که بر اساس نظریهٔ ملکیت جایز بیان شده است. جواز بر اساس این دیدگاه، متعلق به عوضین بوده و مادامی که عوضین موجود باشد، هریک از طرفین معامله می‌توانند مال را استرداد کنند. اما در صورت وجود منع استرداد به وسیلهٔ تلف و نظائر آن، جواز مرتفع شده و به اصل عام که همان لزوم در قراردادهاست، مراجعه می‌شود.

دلیل بر اینکه در نظریهٔ ملکیت جایز، وجود عوضین، موضوع جواز در معاطات است، دلیل اجماع است که به وسیلهٔ آن اصل لزوم معاطات تخصیص می‌خورد، زیرا اجماع دلیل لبی است و برای خروج از عموم ادلهٔ لزوم باید به قدر متیقن که همان صورت امکان بازگرداندن عوضین (وجود عوضین) است، اکتفا شود (حلی، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۳۸). اما در صورت امتناع بازگرداندن هریک از عوضین، شک در تخصیص زائد است که به عموم عام که همان اصالت لزوم در قراردادهاست، تمسک می‌شود. این رجوع مستند بر

ضابطه‌ای مهم در اصول فقه است که تحت عنوان امر دائر مدار بین منحصص منفصل عام بین اقل و اکثر، قرار می‌گیرد (خویی، ۱۴۲۲، ج ۵، ص ۱۷۹؛ عراقی، ۱۳۵۸، ص ۴۳۸).

بررسی و نقد ادله: برخی تفاوتی میان معنای جواز در عقد خیاری (متعلق به نفس عقد) و معاطات (بازگرداندن عوضین) قائل نشده‌اند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۴۷). به این بیان که منظور از بازگرداندن عوضین، انتقال آن دو از مکانی به مکان دیگر در عالم خارج نیست، بلکه مقصود بازگرداندن به ملکیت اولیه است که در واقع بیان دیگری از فسخ عقد و برهم زدن آن است. لذا بازگشت عوضین به ملکیت مرداف با جواز فسخ در نظر گرفته می‌شود. لذا موضوع جواز، عقد خواهد بود، نه بازگرداندن عوضین در عالم خارج که در این صورت می‌توان به دلیل استصحاب برای اصل جواز تمسک جست.

توضیح این اشکال این است که اگر بازگرداندن به معنای بازگشت به ملکیت باشد، نه به معنای انتقال در خارج، دیگر تلف موجب این نمی‌شود که استصحاب را جاری دانست و به سراغ اطلاقاتی همچون «الناس مسلطون علی اموالهم» و «لا یحل مال امرء» و امثالهم رفت. در این صورت، تمسک به دلیل استصحاب جواز همانند استصحاب جواز در بیع خیاری بدون هیچ‌گونه تفاوتی مقتضی اجرا دارد. تردیدی وجود ندارد که تلف در استصحاب در جواز در بیع خیاری وجود دارد و با چنین تصویری از جواز در معاطات نیز جاری خواهد بود و جواز از عوارض معامله خواهد بود نه عوضین.

در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت که اگر مراد از بازگرداندن عوضین، صرف بازگرداندن در ملکیت هم باشد، همچنان اشکال مطرح شده باقی خواهد ماند، زیرا بازگرداندن عوضین که با وصف وجود خارجیشان مدنظر می‌باشد و به مجرد تحقق تلف، موضوع حکم نیز مرتفع می‌شود و در این صورت است که به ادله لزوم که حاکم است، مراجعه می‌شود.

تمسک به دلیل استصحاب بر عدم لزوم

برخی در این میان به دلیل استصحاب تمسک کرده‌اند که به وسیله آن جواز ملکیت را استصحاب کرده‌اند. اجماع به عنوان دلیلی بر جواز ملکیت جایز در پیش از تلف عوضین وجود دارد و هنگامی که در انتفای چنین جوازی پس از تلف عوضین شک شد، می‌توان به استصحاب جواز مراجعه کرد و قائل به عدم لزوم ملکیت شد (جزائری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۱۹۲). تمسک به استصحاب حکم منحصص در این مورد مانع از شمول ادله لزوم خواهد بود. حکم این مسئله نظیر استصحاب جواز بیع خیاری در صورت شک پس از تلف عین است. لذا با وجود چنین استصحابی در صورت تلف یکی از عوضین یا هردوی آن‌ها نمی‌توان به ادله لزوم معاطات تمسک کرد.

بررسی و نقد ادله: در ارزیابی تمسک به استصحاب، نخست می‌توان گفت که در این مورد مجالی برای استصحاب وجود ندارد؛ زیرا همان‌طور که اشاره شد، تعبیر جواز در بیع خیاری و جواز در معاطات تفاوت ماهوی وجود دارد. جواز در بیع خیاری متعلق آن قائم به خود عقد است. در صورتی که جواز در معاطات به معنای تملک به رجوع در عین و استرداد آن است که این مقدار همان قدر متیقن در جواز معاطات است. روشن است که تعبیر و معنای جواز در معاطات با جواز بیع خیاری همسان نبوده که بتوان در صورت شک

در ارتفاع آن به وسیله تلف عوضین در آن استصحاب جاری کرد، بلکه متیقن از دلیل معاطات تعلق آن به امکان بازگرداندن عوضین خواهد بود (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۹۷). این نکته نیز واضح است که پس از تلف عوضین در معاطات، موضوعی برای جواز بازگرداندن باقی نخواهد ماند، لذا مستصحب منتفی است. پس شکی نیست که در این مورد به اصل لزوم در قراردادها مراجعه می‌گردد. این مورد با فسخ در بیع خیاری متفاوت است؛ زیرا در بیع خیاری عوضین پس از تلف نیز به خاطر بقای متعلق آن که عقد است، باقی تصور می‌شود. با این توضیح، قیاس جواز معاطات به جواز خیاری، قیاس مع الفارق خواهد بود.

همچنین اگر فرض شود که قدر متیقن در مسئله امکان بازگرداندن عوضین نباشد، متعلق جواز در معاطات مورد شک واقع می‌شود که عقد یا وجود عوضین می‌باشد. با وجود این، باز هم نمی‌توان برای جواز معاطات پس از تلف عوضین به استصحاب تمسک کرد. برای اینکه موضوع استصحاب که لازمه جریان آن است، احراز نمی‌گردد. پس موضوع در این هنگام غیرمحرز است و نمی‌توان استصحاب را جاری ساخت. این نکته حائز اهمیت است که برای احراز موضوع نمی‌توان، قسم دوم از استصحاب کلی، تمسک جست. به این بیان که جواز مردد بین دو فرد باشد و یکی از آنها مقطوع‌الزوال در نظر گرفته شود و بازگرداندن متصف به وجود شود و دیگری مقطوع‌البقاء که همان بازگرداندن طبیعی عوضین است که در این صورت استصحاب جواز بازگرداندن پیش از تلف جاری شود. منشأ شک در بقای کلی جوازی که جامع میان بازگرداندن و فسخ است، شک در بقای موضوع است. از این جهت که موضوع جواز اگر بازگرداندن عوضین باشد که معلوم‌الارتفاع است؛ زیرا فرض این است که آن دو تلف شده است و اگر موضوع جواز خود عقد است که معلوم‌البقاء است و در صورت شک در بقای موضوع مجالی برای جریان استصحاب نخواهد بود. در این صورت، استصحاب کلی از قسم دوم در این مقام جاری نخواهد بود، برای اینکه شک در بقای اصل موضوع وجود دارد. این مورد برخلاف مثال معروف در استصحاب کلی حیوان است، زیرا در آن شکی در بقای موضوع وجود ندارد، زیرا مستصحب که کلی حیوان است، موضوع آن ماهیتی است که معروض به وجود و عدم بوده که شکی در مقطوع‌البقاء بودن او وجود ندارد. استصحاب کلی قسم دوم تنها در موضوعات جاری می‌شود و اجرای آن متوقف بر احراز موضوع است. چراکه وحدت موضوع در استصحاب شرط است، لکن موضوع مشکوک‌فیه است، بنابراین استصحاب جریان ندارد. چراکه استصحاب از قسم مذکور منحصر در موضوعات است (میلانی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۳۴۵).

حالت دوم و سوم: تلف یکی از عوضین یا جزئی از آن

در این بخش، حکم لزوم معاطات در دو حالت از صورت‌های تلف عوضین که عبارت‌اند از تلف یکی از عوضین یا بخشی از آن، بر اساس دیدگاه اباحه تصرف و دیدگاه ملکیت جایز مورد مذاقه و ارزیابی قرار گرفته می‌شود.

حکم تلف بر اساس دیدگاه اباحه تصرف

در رابطه با لزوم معاطات در صورت تلف یکی از عوضین یا بخشی از آن، دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد. برخی در این مورد به عدم لزوم و برخی دیگر نیز قائل به عدم لزوم شده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۰، ج ۱۴، ص ۲۶۹؛ نراقی، ۱۴۱۹، ص ۲۶۰).

در این میان باید گفت که شهید ثانی نگاه تفصیلی به این مسئله داشته است. ایشان به‌طور صریح و عبارت «الأقوی» بیان می‌دارد که اگر یکی از عوضین تلف شود، به لزوم معاطات حکم می‌شود، اما در مورد تلف بخشی از عوضین این احتمال را مطرح می‌کند که همانند تلف همه عوضین باشد و حکم به لزوم داده شود، اما در نهایت به دیدگاه عدم لزوم متمایل می‌شود (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۱۵۰).

دلیل استصحاب بر عدم لزوم

جریان استصحاب بقای سلطنت مالک عین بر مال خود، به‌عنوان دلیلی بر حکم به عدم لزوم مطرح شده است؛ به این بیان که مالک بر عین موجود پیش از تلف سلطنت داشته و پس از تلف عین یا بخشی از آن شک در بقای سلطنت او پیدا می‌شود و بقای سلطنت استصحاب می‌شود. جایز بودن مراجعه مالک در معامله معاطاتی که مال به‌صورت اباحه تصرف در دست گیرنده است، همچنین ضمان کسی که تلف در دست اوست که بدل را باید بدهد، مقتضی این دیدگاه است.

بررسی و نقد ادله: تمسک به استصحاب بقای سلطنت برای اثبات عدم لزوم دارای اشکال است. آنچه باید مورد ارزیابی قرار گیرد، امکان جریان قاعده سلطنت در این مورد است؛ زیرا قاعده سلطنت دلیل اجتهادی است و مقدم بر استصحاب سلطنت خواهد بود و بر هر اصل عملی مثبت که حکم مخالفی را اثبات می‌کند، مقدم است. لذا اولی تمسک به عموم قاعده است، نه اصل و با وجود قاعده، مجرای برای استصحاب باقی نخواهد ماند (اصفهانی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۲۱۴؛ میلانی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۳۴۹؛ وحید خراسانی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۵۴۵). در نتیجه، تعارضی نیز میان تمسک به قاعده سلطنت و اصل برائت از ضمان نخواهد بود، زیرا قاعده سلطنت دلیل اجتهادی است و بر اصل عملی که دلیل فقیهان است، مقدم خواهد بود.

در پاسخ به این اشکال باید گفت که موضوع قاعده سلطنت، ملکیت است. در این هنگام، شک در بقای عین تلف‌شده خواهد بود و اینکه آیا هنوز ملک متعاملان هست که تبدیل به بدل شود. پس بازگشت مسئله به شک در موضوع قاعده سلطنت است و روشن است که این قاعده نمی‌تواند موضوع خود را اثبات کند، لذا در این صورت مجالی برای اثبات موضوع جز تمسک به استصحاب بقای مال بر ملک مالک اصلی باقی نخواهد ماند و الا اگر این چنین نباشد، می‌توان به قاعده تمسک کرد و حال آنکه در این مورد که بیان شد، از باب تمسک به دلیل در شبهه مصداقی خواهد بود.

به دیگر سخن، در این مسئله نمی‌توان به قاعده سلطنت تمسک جست؛ زیرا مفروض در مسئله این است که تلف یکی از عوضین یا جزئی از آن، موجب شک در لزوم می‌شود و تحقق ملزم متفرع بر تحقق ملکیت است و در این صورت شک به بقای عوضین در ملک هریک از مالک‌ها برگشت می‌کند. در این هنگام، تمسک به قاعده سلطنت از باب تمسک به دلیل در شبهه موضوعیه خواهد بود. موضوع در این

مسئله اموال است (الناس مسلطون علی اموالهم) و محمول سلطنت است و لازم است که در چنین حملی ابتدا موضوع احراز شود، سپس به قاعده که تطبیق محمول است، تمسک گردد و با حصول شک در ملزم، شک در تحقق موضوع سرایت خواهد کرد که در این هنگام مجالى برای تمسک به قاعده سلطنت برای اثبات عدم لزوم نخواهد بود. برای اینکه در این مورد از باب تمسک به دلیل در شبهه موضوعیه است. بلکه باید به استصحاب بقای ملک مراجعه کرد که به وسیله آن موضوع قاعده تعبداً اثبات شود.

دیدگاه شیخ اعظم انصاری در مورد دلیل استصحاب

شیخ اعظم انصاری در رابطه با دیدگاه قائلان به اصالت عدم لزوم در تلف یکی از عوضین یا جزئی از آن معتقد است که می‌توان استصحاب بقای سلطنت را که مقتضای عدم لزوم ملکیت است، جاری ساخت، اما این استصحاب دارای معارض است و اصل برائت ذمه با آن معارضه می‌کند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۹۸). لذا با برائت ذمه مثل (در موارد مثلی) و قیمت (در موارد قیمی) کسی که مال در نزد او تلف شده است، معارضه می‌کند. مقتضی لزوم معاطات این است که عین تلف‌شده از مال آخذ معاطات است و نتیجه این تعارض، سقوط اصالت بقای سلطنت مالک می‌باشد که در این صورت دلیلی بر بقای اباحه و عدم لزوم و جواز رجوع در عین موجود باقی نخواهد ماند.

بررسی و نقد ادله: چنین چیزی تصور شده است که تعارضی بین اصالت بقای سلطنت و اصالت برائت از ضمان وجود ندارد؛ زیرا منافاتی بین حکم جواز رجوع که به وسیله استصحاب بقای سلطنت اثبات شده است، با حکم عدم ضمان تلف‌کننده وجود ندارد (ایروانی، بی تا، ج ۲، ص ۸۵). لذا برای مالک حق رجوع به عین موجودی که تلف نشده است، وجود دارد که با وجود این، دیگر ضامن بدل آنچه نیست که در دست دیگری تلف شده است.

در پاسخ به این نگرش، می‌توان گفت که تصویر تعارض میان دو حجت قابل تصور است که یک بار تعارض به ذات و بار دیگر تعارض به عرض دارند که به واسطه دلیل ثالث اثبات می‌شود (خیمینی، ۱۳۸۵، ص ۳۲؛ صدر، ۱۴۱۷، ج ۷، ص ۲۴۰). مسئله مورد بحث نیز از این قبیل است که به طور ذاتی بین اصالت سلطنت و اصالت برائت ذمه، تعارضی وجود ندارد، بلکه تعارض بین آن دو عرضی است و به دلیل ملازمه‌ای است که بین رجوع و ضمان بدل تالف از مثل یا قیمت وجود دارد. منشأ این ملازمه یا قطع به عدم مجانی بودن تالف است یا به سبب اجماع مرکب بر تلازم بین جواز رجوع مالک عین باقیه و جواز رجوع مالک عین تلف‌شده به بدل آن است (اصفهانى، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۲۱۴).

در مسئله برداشت دیگری نیز می‌توان تصور کرد که از اساس، تعارض میان اصالت بقای سلطنت و اصالت برائت ذمه تلف‌کننده برچیده می‌شود. چنین می‌توان گفت که فرض حصول تعارض آن دو به سبب وجود دلیل اجتهادی (قاعده ضمان ید) حاکم بر اصالت برائت، منتفی است. برای اینکه بنا بر دیدگاه اباحه در معاطات، هریک از طرفین معامله، بدون اینکه مال خود را به ملکیت دیگری دریاورد، مال دیگری را تحت ید خود قرار داده است و بر اساس قاعده ضمان ید، ید دیگری مضمونه به حساب خواهد آمد، لذا اگر مال در دست دیگری تلف شود، ادای مثل یا قیمت آن به مالک واجب خواهد بود. بنابراین با وجود این

قاعده اجتهادی، دیگر موضوعی برای اجرای اصل برائت ذمه از تلف مال از بدل نخواهد ماند و اصالت بقای سلطنت مالک عین موجود بدون معارض می‌باشد و در نتیجه جمع بین قاعده ضمان ید و استصحاب بقای سلطنت خواهد بود و حکم به عدم لزوم معاطات در صورت تلف یکی از عوضین یا جزئی از آن داده می‌شود. پس برای مالک جایز است که عین را برگرداند و بدل عین تلف‌شده را در صورت مثلی، مثل آن را و در صورت قیمی، قیمت آن را بپردازد.

چنین برداشتی دارای اشکال است؛ زیرا قاعده ضمان ید اساساً در ما نحن فیه جریان ندارد. برای اینکه ید پیش از تلف عین، یقیناً ید ضمانی نیست. همان‌طور که اشاره شد، چنین اباحه تصرفی با اذن و ترخیص شارع بوده است و به عبارتی اباحه‌ای که در معاطات وجود دارد، اباحه‌ای شرعی است که با وجود چنین اذنی به‌طور روشن ضمانت منتفی خواهد بود. موجب ضمان در این مورد، ید عدوانی است، نه ید مأذونه، این مبنا قابل پذیرش نیست که ضمان، صرف استیلا دانسته شود، چراکه در فرض مسئله که اباحه تصرف در معاطات است، حکم و اذن شارع وجود دارد و ید سابقه مضمون نخواهد بود، برای آنکه ید در اینجا ید امانی است و محال است به ید عدوانی تبدیل شود، از این‌رو ید متعاملان مقتضی ضمان ندارد. لذا حکم این صورت هم همانند صورت اول خواهد بود. ید حال تلف قطعاً منتفی است، لذا موضوعی باقی نمی‌ماند که به واسطه آن قاعده ضمان ید محقق شود. بنابراین، این قاعده از باب سالبه به انتفاع موضوع خواهد بود.

ادله شیخ انصاری بر صحت تمسک به اصالت عدم لزوم

شیخ انصاری برای اصالت عدم لزوم در مسئله، به سه دلیل استناد نموده که هر یک نیازمند بررسی و ارزیابی است.

الف. عدم جریان اصالت برائت ذمه از بدل

اصالت برائت از ضمان با فرض شک در تعلق ضمان در ذمه جاری می‌شود؛ اما در صورت علم و لو علم اجمالی، چون موضوعی باقی نمی‌ماند، جریان نداشته تا با اصالت سلطنت معارضه کند. مفروض در این مسئله این است که مالک عین موجود، ضامن بدل عین تلف‌شده در دستش است و در این مورد همه اتفاق نظر دارند. نهایت چیزی که مورد اختلاف واقع شده است، این است که ضمان آیا بدل حقیقی (مثلی یا قیمی) یا بدل مسمی (بدل جعلی که همان عین موجود است) می‌باشد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۹۸). روشن است که این علم اجمالی همانند علم تفصیلی مانع از جریان اصالت برائت ذمه او خواهد بود (وحید خراسانی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۵۵۰)؛ برای اینکه رافع موضوع برائت است و مجرد شک در خصوصیات مورد ضمان، از اینکه واقعی یا جعلی باشد، در تحقق موضوع اصل برائت ذمه دخیل نیست. بنابراین دیگر اصلی باقی نمی‌ماند تا با اصل بقای سلطنت معارضه کند.

بررسی و نقد ادله: علم اجمالی که در کلام شیخ انصاری به آن اشاره شد و رافع موضوع اصالت عدم ضمان به حساب آمد، منحل می‌شود. به این بیان که پیش از تلف عین، ضمان به بدل حقیقی (مثلی یا قیمی) تعلق نگرفته است، بلکه متعلق به بدل مسمی است و پس از حصول تلف، هنگامی که در استمرار بقای چنین ضمانی شک شود، استصحاب می‌گردد. در نتیجه، اصل مثبت در یکی از دو طرف علم اجمالی

که استصحاب ثبوت ضمان المسمی است، خواهد بود و وجود اصل که اصالت عدم ضمان بدل حقیقی (مثلی یا قیمی) نافی طرف دیگر است (یزدی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۲۰۳). در این هنگام است که دو اصل در دو طرف علم اجمالی با یکدیگر تعارض نمی‌کنند و در نتیجه اصالت عدم ضمان حقیقی بدون معارض خواهد بود. لذا آسیبی به علم اجمالی در مانحن فیه وارد نمی‌کند.

اشتغال ذمه به بدل واقعی در مورد بقای عین معنایی ندارد تا اینکه گفته شود که علم نداریم آیا پس از تلف، ذمه به بدل یا مسمی مشغول می‌شود. اصلی در این مورد وجود ندارد که آن را تعیین نماید، بلکه شک در عدم اشتغال ذمه به آن باقی است و مالک نمی‌تواند به آن رجوع کند، بلکه بدل مسمی تعیین می‌گردد تا اینکه جمع بین عوض و معوض لازم نیاید (خوانساری، ۱۳۵۷، ج ۱، ص ۲۰۳). پس محذوری برای استصحاب عدم اشتغال به بدل واقعی وجود ندارد و در نتیجه مسمی به‌خاطر بدلی بودنش تعیین می‌گردد.

ب. حکومت بقای سلطنت مالک بر اصالت عدم ضمان

میان اصالت بقای سلطنت مالک و اصالت برائت ذمه از بدل عوض تلف‌شده، تعارضی وجود ندارد. در این دیدگاه، اصالت برائت و عدم ضمان، اصل مسببی و اصالت بقای سلطنت، اصلی سببی است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۹۸). در علم اصول اثبات شده است که اصل سببی بر اصل مسببی مقدم است (انصاری، ۱۳۶۵، ج ۳، ص ۴۰۵). در این صورت، اصالت عدم ضمان در صورت جریان اصالت بقای سلطنت مالک عین موجود، جریان پیدا نمی‌کند تا تعارض واقع گردد. به دیگر سخن، شک در ضمان کسی که عین در دست او تلف شده است، موضوع اصالت برائت ذمه است که مسبب از شک در بقای سلطنت کسی است که عین در دست او تلف شده، یعنی مالش در دست دیگری است. پس هنگامی که استصحاب بقای سلطنت جاری شود، نتیجه آن جواز رجوع مالک عین موجود و با وجود ضمان بدل عینی که در دستش تلف شده است، استرداد آن عوض از ید دیگری می‌باشد. اگر استصحاب بقای سلطنت جاری نشود، در این هنگام، سلطنت بر مال خود نداشته، پس ضامن ادای بدل مثل یا قیمت نخواهد بود. در این مورد، شک در ضمان، مسبب از شک در بقای سلطنت است و با جریان استصحاب سلطنت به ترتب ضمان، یقین حاصل می‌شود. لذا شکی باقی نمی‌ماند تا اصالت عدم ضمان جاری شود. به دیگر سخن، جریان استصحاب سلطنت رافع موضوع اصالت عدم ضمان است و بر آن حاکم است.

بررسی و نقد ادله: در این مسئله حکومت وجود ندارد؛ برای اینکه سببیت غیر شرعی است. به هیچ عنوان ضمان از آثار سلطنت شرعی شمرده نمی‌شود تا اصالت بقای سلطنت مثبت او باشد، بلکه اثر مترتب بر اصالت سلطنت، مجرد جواز رجوع به عین موجود و استرداد آن است. بنابراین معنایی برای تقدم اصل جاری در یکی از دو متلازمان بر اصل دیگر وجود ندارد. اصالت بقای سلطنت بر اصالت برائت زمانی حاکم است که مفاد اصالت بقای سلطنت و اثر شرعی آن (رفع برائت یا اشتغال) موجود باشد و الا مجرد سببیت و مسببیت اثری بر آن مترتب نیست (خوانساری، ۱۳۵۷، ج ۱، ص ۲۰۲). بدون تردید اثر اصالت بقای

سلطنت مالک عین موجود موجب اشتغال ذمه او به مثل یا قیمت نخواهد بود، بلکه اثر شرعی آن در صورت فسخ معامله، رجوع عین به ملک اوست.

همچنین مجرد اینکه یکی از دو اصل، سبب و دیگری مسبب باشد، موجب حکومت اصل سببی بر مسببی نخواهد بود، بلکه این شرط باید باشد که ارتفاع دومی یا ثبوت ضد آن، اثر شرعی برای اولی داشته باشد. در صورتی که به روشنی عدم برائت از ضمان به مثل یا قیمت از آثار شرعیه استصحاب سلطنت نبوده تا بر آن، ارتفاع اصالت برائت از ضمان به بدل واقعی مترتب شود؛ بلکه اثر شرعی مترتب بر استصحاب سلطنت همان جواز رجوع مالک عین است و ضمان او به بدل واقعی در صورت تلف عین از لوازم عقلی به حساب می‌آید. در این مورد قرینه خارجی وجود دارد که مالک عین تلف شده، عوض باقی‌مانده را به‌طور مجانی به طرف دیگر نداده است. لذا در این مورد روشن است که اینچنین ملازمه خارجی بر ارتفاع اصل مسببی بر اصل سبب دلالت ندارد، مگر اینکه قابل به اصل مثبت شد (خویی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص. ۲۳۰). بنابراین در این مسئله حکومت جریان ندارد؛ زیرا شرط اصلی حکومت این است که سببیت شرعی وجود داشته باشد و حال آنکه اصل در اینجا مثبت است، زیرا اصالت بقای سلطنت، حق رجوع را اثبات می‌کند که مال دیگری مجانی و بدون مقابل نبوده است که لازمه آن عقلاً برائت ذمه است.

برخی فقیهان در این مسئله قائل شده‌اند که شک در رجوع مسبب از شک در اشتغال ذمه به بدل تالف است؛ پس در این هنگام دلیل حاکم، اصالت سلطنت نیست، بلکه اصالت عدم ضمان است (میلانی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص. ۳۵۳).

ج. عدم جریان اصالت برائت ذمه از بدل تالف

بدون تردید، دلیل اجتهادی مقدم بر دلیل فقهاتی است. بنابراین عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» همان‌طور که اقتضای تسلط مالک عین موجود بر ملک خود را دارد، که لذا بر اساس مقتضای این قاعده، مالک آن را از طرف دیگر باز پس گیرد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص. ۹۸)، همچنین این قاعده تسلط مالک عین تالف را بر ملکش را اقتضا دارد. بنابراین بدل واقعی (مثلی یا قیمی) از چیزی که تلف در دستش اتفاق افتاده، گرفته می‌شود. با ثبوت ضمان واقعی به وسیله این قاعده، مجالی برای جریان اصالت برائت نخواهد بود. شیخ اعظم انصاری در آخر عبارت خود از کلمه «فتدبر» به کار می‌برد که چنین برداشت می‌شود که ایشان به منع شمول قاعده سلطنت برای مال تالف اشاره دارد و لذا کسی به این قاعده برای ضمان در مواردی که به آن تمسک می‌شود، استناد نکرده است؛ برای اینکه به وسیله ید و اتلاف قابل اثبات است. بررسی و نقد ادله: نکته مهمی که در ارزیابی این دلیل می‌توان به آن اشاره کرد، این است که اجرای قاعده سلطنت به نسبت به مال تالف، دارای اشکال است. به همین خاطر است که در کتاب‌های فقهی، «الناس مسلطون علی اموالهم» را به‌عنوان ادله ضمان ذکر نکرده‌اند (یزدی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص. ۳۹۸). همچنین میان دو صورت وجود عین و تلف آن تفاوت وجود دارد؛ وجود عین در نزد مالک، موجب تصحیح سلطنت بر مطالبه کردن از اوست، برخلاف صورت تلف که نسبت تلف‌کننده به مال تلف‌شده و غیر آن یکسان است و مفروض عدم دخول عین بر عهده مالک است و فرض اثبات عهده، فقط به سبب خود دلیل سلطنت است (یزدی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص. ۳۹۸).

موضوع دلیل سلطنت، اموال است و پس از تلف مال، مالی وجود ندارد که موضوع دلیل محقق شود. بله، قطعا مانعی از تمسک اجرای قاعده نسبت به مال موجود نیست، اما مال مفقود و تلف شده، قاعده به دلیل انتفای موضوع، جاری نیست؛ زیرا مشتق حتی در اضافات اعتباری نیز حقیقت در متلبس است (و حید خراسانی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۵۵۰). موضوع در این قاعده، اموال است و این اضافه مالکيه است و هر متلبس به اضافه، ظاهر در فعلیت است. بنابراین فقه الحدیث این قاعده این است که مردم بر اموالی که آن اموال به فعلیت موجود است، مسلط هستند. پس ظرف سلطنت در واقع ظرف ملکیت است. لذا چنین برداشتی صحیح نیست که گفته شود که انسان الان بر مالی که سابقا ملک او بوده و آن مال تلف شده است، مسلط می باشد؛ زیرا اضافه در صورت انعدام طرف خود، منعدم می شود و الان تالف نمی تواند مصداق «اموالهم» باشد (میلانی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۳۵۵). اما اینکه الان مسلط بر بدل تالف باشد، این معنا در صورت محقق بودن موضوع آن است که باطل است. شاید منظور از فتدبر در کلام شیخ این برداشت باشد.

برخی دیگر نیز چنین آورده اند که عموم دلیل سلطنت چنین شأنی ندارد، بلکه اثبات سلطه مالک در مقابل حجر است که از مسوغات تصرفات به حساب می آید. لذا اصلا دلالت بر تجویز تصرف نداده است، چه رسد به اینکه دلالت بر ضمان مثل یا قیمت داشته باشد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۴۸).

تمسک به عموم قاعده سلطنت در این بحث از بارزترین موارد تمسک به عموم در شبهات مصداقی است و به این خاطر است که مفروض در انتقال عوضین از هریک از مالک اصلی به طرف دیگر، شک می شود. نتیجه این تردید این است که آیا تلف مملوک بوده و از ملزومات معاطات به حساب می آید یا خیر؟ بنابراین صحیح نیست که قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» در مسئله مورد بحث، جریان پیدا کند (انصاری، بی تا، ص ۱۶۷).

حکم تلف بر اساس دیدگاه ملکیت جایز

با توجه به پذیرش این مبنا که موضوع جواز در معاطات با توجه به دلیل اجماع، بازگرداندن عوضین است و در صورتی که چنین امکانی وجود ندارد، حکم ملکیت جواز نیز از بین رفته و به عمومات اصالت لزوم مراجعه شده، حکم این دو صورت نیز لزوم خواهد بود.

حالت چهارم: تلف جزئی از عوضین

حکم این صورت بر اساس دیدگاه اباحه تصرف و دیدگاه ملکیت جایز، لزوم معاطات است. بر اساس دیدگاه ملکیت جایز، موضوع جواز رجوع که همان امکان بازگرداندن عوضین است، از بین رفته است. لذا حکم به لزوم می گردد.

بر اساس دیدگاه اباحه نیز همان طور که به طور مفصل در سطور این نوشتار بیان گردید، جریان قاعده سلطنت که اقتضای جواز دارد، منتفی بوده و دلیل اباحه بر چنین قاعده ای حاکم خواهد بود. لذا حکم به لزوم می شود (جزائری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۲۱۲).

نتیجه‌گیری

این پژوهش بر اساس دو دیدگاه مطرح‌شدهٔ ملکیت جایز و اباحهٔ تصرف، ملزم تلف را که از ملزومات مهم معاطات است، مورد بررسی قرار داد و با ارزیابی ادلهٔ این بحث به نتایج زیر دست یافت:

بر اساس دیدگاه ملکیت جایز، در صورت تلف عوضین، اقتضای اصالت لزوم، حکم به لزوم معاطات است. از چنین اصلی به‌واسطهٔ تخصص لبی که اجماع است، به قدر متیقن که همان صورت امکان بازگرداندن هریک از عوضین است، خارج می‌گردد. لذا در صورت امتناع و تعذر بازگرداندن عوضین به سبب تلف و امثال آن، حکم جواز برداشته می‌شود و به اصالت لزوم در قرارداد مراجعه می‌گردد. مبتنی بر دیدگاه اباحهٔ تصرف، حکم تلف عوضین لزوم بوده و تلف هریک از عوضین از ملک مالکش است. اباحهٔ شرعیه به سبب اذن شارع بوده است، لذا تلف از مال مالک خواهد بود و موجب ضمان مثل یا قیمت نخواهد بود. مبتنی بر دیدگاه ملکیت جایز، حکم صورتی که یکی از عوضین تلف یا جزئی از آن از بین رود، لزوم است. موضوع جواز در معاطات به دلیل اجماع، بازگرداندن عوضین است و در صورتی که چنین امکانی وجود نداشته باشد، حکم ملکیت جواز نیز از بین رفته و به عموماً اصالت لزوم مراجعه می‌گردد. بر اساس دیدگاه اباحهٔ تصرف، دو دیدگاه لزوم و عدم لزوم مطرح شده است که قول به لزوم مورد پذیرش است. در صورت تلف جزئی از عوضین، حکم این صورت بر اساس دیدگاه اباحهٔ تصرف و دیدگاه ملکیت جایز، لزوم معاطات است.

پیشنهادها: تقنین دارای پیچیدگی‌های خاص و جایگاهی برای طرح مباحث عمیق است. در قانون مدنی ایران، به صراحت از بیع معاطاتی نامی به میان آورده نشده و لزوم یا جواز آن را مشخص ننموده است. میان حقوق‌دانان ایرانی در تأثیر معاطات، اختلافات بسیاری وجود دارد که ناشی از این است که برخی از آن‌ها عقود را تشریفاتی دانسته و در انعقاد آن استعمال الفاظ مخصوصه و یا الفاظی که صریح در معنای مقصود باشد را لازم می‌دانند و معاطات خارج از آن دانسته شده و نمی‌تواند موجب پیدایش بیع گردد. برخی بر اساس مادهٔ ۳۳۹ قانون مدنی، چنین برداشت کرده‌اند که صرف دادوستد برای تحقق بیع کافی دانسته می‌شود. نکتهٔ حائز اهمیت این است که در مادهٔ ۱۹۳ قانون مدنی، قانون‌گذار، قبض و اقباض را برای انعقاد عقد بیع تنها در صورتی که صراحتاً نشان‌دهندهٔ قصد و رضایت طرفین باشد، مورد پذیرش قرار داده است. ولی باید دانست که دادوستد به‌خودی‌خود ظاهر در معاوضه است و نمی‌تواند کاشف از ارادهٔ بیع باشد، مگر آنکه قرائن و احوال خارج یا وضعیت معامله نشان دهد که متعاملین در دادوستد خود قصد انعقاد بیع داشته‌اند، نه معاملهٔ دیگری از قبیل معاوضه، اباحهٔ تصرف و امثال آن. از این رو می‌توان قائل شد که قانون‌گذار ایرانی سرشت معاملهٔ معاطاتی را از حیث لزوم یا جواز به‌طور آشکار بیان ننموده است. از آنجاکه شأن پژوهش‌های علمی پژوهشی، تئوری‌پردازی و ژرف‌اندیشی به مسائل نظری و پرداختن به شکاف دانشی است؛ لذا جستار حاضر در این راستا با عمق‌بخشی به آن و با تکیه بر خواستگاه فقهی بحث معاطات به قانون‌گذار ایرانی پیشنهاد می‌کند که بر اساس اصل لزوم قراردادی، استحکام و امنیت معاملاتی همواره باید کوشید که قرارداد را به‌گونه‌ای تفسیر کرد که لازم باشد و طرفین نتوانند به‌دلخواه، آن را برهم زنند؛ مخصوصاً زمانی که یکی از عوضین تلف گردد. زیرا اگر در این حالت بر آن باشیم که معاطات صرفاً مفید

اباحه یا عقدی جایز بوده و هر تفسیری به‌جز لازم بودن عقد داشته باشیم، این امر تالی فاسد دارد و منافی استحکام و امنیت معاملاتی خواهد بود؛ لذا از لحاظ کاربردی پذیرش نظری که معاطات را در فرض تلف یکی از عوضین عقدی لازم می‌داند، نه تنها با اصول حقوقی همچون اصله لزوم تطابق بیشتری دارد؛ بلکه با امنیت قراردادی نیز سازگار است.


منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد. (۱۴۲۸). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن زهره، حمزه بن علی. (۱۳۷۵). *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*. قم: مؤسسه الامام الصادق (علیه السلام).
- اصفهانى، محمدحسین. (۱۳۷۶). *حاشیه المکاسب (اصفهانى)*. قم: محقق.
- انصارى، مرتضى بن محمدامین. (۱۳۶۵). *فرائد الأصول*. قم: چاپ عبدالله نورانی.
- انصارى، مرتضى. (۱۴۱۵). *کتاب المکاسب*. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصارى.
- ایروانی، علی. (بی تا). *حاشیه المکاسب (ایروانی)*. قم: کتبی نجفی.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. (۱۴۰۶). *حاشیه المکاسب (آخوند)*. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات.
- بجنوردی، حسن. (۱۳۷۷). *القواعد الفقهیه (بجنوردی)*. قم: نشر الهادی.
- بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۳۶۳). *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*. بی جا.
- جزائری، محمد. (۱۴۱۶). *هدی الطالب الی شرح المکاسب*. قم: طلیعة النور.
- حائری، سید علی. (۱۴۱۸). *ریاض المسائل*. قم: مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث.
- حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد. (۱۴۱۹). *مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حلی، علی بن حسین. (۱۴۱۵). *جامع المقاصد فی شرح القواعد [محقق کرکی]*. قم: مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث.
- خمنی، روح الله. (۱۳۸۵). *الرسائل (مجتبی تهرانی)*. قم: اسماعیلیان.
- خوانساری، موسی. (۱۳۵۷). *منیة الطالب*. نجف: المطبعة الحیدریة.
- خویی، ابوالقاسم. (۱۳۷۷). *مصباح الفقاهه*. قم: مکتبه الداوری.
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲). *محاضرات فی أصول الفقه*. قم: انصاریان.
- شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۰۰). *القواعد و الفوائد فی الفقه و الأصول و العربیة*. قم: مکتبه المفید.
- صدر، محمدباقر. (۱۴۱۷). *بحوث فی علم الأصول*. قم: الدار الاسلامیه.
- صدر، محمدباقر. (۱۴۲۰). *لا ضرر و لا ضرار (کمال حیدری)*. قم: دار الصادقین.
- طباطبایی حکیم، محمدسعید. (بی تا). *التنقیح*. قم: مؤسسه الحکمة الثقافة الاسلامیه.
- طباطبایی، محمد بن علی. (۱۴۱۰). *المنهل*. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۵). *الخلاف*. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳). *مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام*. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- عراقی، ضیاء الدین. (۱۳۵۸). *مقالات الاصول*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- فیض کاشانی، محمد. (۱۴۰۱). *مفاتیح الشرائع*. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
- کاشف الغطاء، جعفر بن خضر. (۱۴۲۵). *شرح القواعد*. قم: مکتبه الصفا.
- محقق سبزواری، محمدباقر بن محمدمومن. (۱۲۶۹). *کفایة الأحکام*. مهدوی.
- محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
- مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۴). *المقنعه*. بیروت: دار المفید.

- میلانى، محمدهادى. (١٤٢٩). *كتاب البيع (میلانى)*. قم: مركز الحقائق الاسلاميه.
- نجفى، محمدحسن. (١٤٠٤). *جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام*. قم: مكتبة الاسلاميه.
- نراقى، احمد. (١٤١٩). *مستند الشيعه*. قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لاهياء التراث.
- وحيد خراسانى، حسين. (١٣٨٧). *العقد النضيد: تقريراً لباحث المسجد الاعظم فى فقه العقود و المعاملات*. قم: دار التفسير.
- يزدى، محمد كاظم بن عبدالعظيم. (١٤١٠). *حاشيه المكاسب (يزدى)*. قم: اسما عيليان.



Feasibility Study of the Rule of Permissibility of Good Things and Prohibition of Impure Things

Seyyed Mahmoud Hal Atai 

Assistant Professor of Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: smhalataee@ut.ac.ir

Article Info

Article type:
Review Article

Article history:

Received

13 June 2023

Received in revised form

01 July 2023

Accepted

23 July 2023

Available online

21 December 2024

Keywords:

khābā'ith, ṭayyibāt, legal principle, permissibility, prohibition

ABSTRACT

The principle of permitting of ṭayyibāt (permissible things) and the prohibition of khābā'ith (forbidden things) has been extensively referenced in Islamic jurisprudential sources. However, substantial questions exist regarding its underlying reality. The primary issue concerns whether permitting of ṭayyibāt and the prohibition of khābā'ith possess a constitutive aspect such that it can be used to derive rulings for new issues. A significant number of jurists (fuqahā) believe in its applicability, referring to it as a legal principle and asserting that it is even among the necessities of the faith and religion. They rely on verses from the Qur'an and prophetic traditions (ahādīth) to validate its authority. Alternatively, another view posits that permitting of ṭayyibāt and the prohibition of khābā'ith represents the intrinsic reality of the Islamic legal framework, with its rulings based on criteria such as what is ṭayyib and what is khābīth. However, this does not imply that individuals (mukallafīn) are capable of discerning specific instances accurately. This study, which adopts a descriptive-analytical approach based on library resources, aims to analyze these perspectives and their supporting arguments while investigating the implications of this principle, its applications, the obligations during uncertainty (shakk), and the validity of its sources. The conclusion drawn is that the principle of the permissibility (ḥilliyya) of ṭayyibāt and the prohibition (ḥurma) of khābā'ith is not fully established as a comprehensive qā'ida fiqhiyya (legal principle). Deducing specific aḥkām fiqhiyya (legal rulings) based on the qualities of being ṭayyib (pure, good) or khābā'ith (impure, bad) falls within the purview of the Sacred Lawgiver (Shāri' Muqaddas), and none other is qualified for this significant task.

Cite this article: Hal Atai, S. M. (2024). Feasibility Study of the Rule of Permissibility of Good Things and Prohibition of Impure Things. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 18 (2), 209-227. <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.16192.1782>




© The Author(s).

Publisher: Al-Mustafa International University.

DOI: <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.16192.1782>



امکان سنجی قاعده حلیت طیبات و حرمت خبائث

سید محمود هل اتائی 

استادیار گروه فقه و مباحث حقوق اسلامی دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: smhalataee@ut.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
نوع مقاله: مقاله ترویجی	قاعده تحلیل طیبات و تحریم خبائث در منابع فقهی به صورت گسترده مورد استناد قرار گرفته است. با این حال، درباره واقعیت آن، پرسش‌های جدی وجود دارد. مسئله اصلی در مورد آن این است که آیا تحلیل طیبات و تحریم خبائث جنبه انشایی دارد به گونه‌ای که از آن بتوان حکم موضوعات جدید را استنتاج نمود؟ جمع بسیاری از فقیهان بر این باورند و از آن به عنوان قاعده‌ای فقهی یاد می‌کنند و حتی آن را از ضروریات دین می‌دانند و برای اثبات حجیت آن به آیات قرآن کریم و روایات استدلال می‌کنند. دیدگاه دیگر این است که تحلیل طیبات و تحریم خبائث، واقعیت باطنی نظام قانون گذاری اسلام است و احکام آن بر اساس موازینی چون طیب و خبیث بودن متعلق تشریح شده است، اما این بدین معنا نیست که مکلفان خود قادر به تشخیص مصادیق باشند. پژوهش حاضر که به روش توصیفی Δ تحلیلی و مستند به منابع کتابخانه‌ای است، در صدد است ضمن تحلیل دیدگاه‌ها و ادله ایشان به بررسی مفاد قاعده، تطبیقات آن، وظیفه عملیه در زمان شک و مدارک اعتبار آن بپردازد. برآیند پژوهش این است که اصل حلیت طیبات و حرمت خبائث به عنوان قاعده‌ای فقهی تمام نیست و اصطیاد احکام فقهی بر پایه عناوین طیب و خبیث از شئون شارع مقدس است و غیر او شایسته این مهم نیست.
کلیدواژه‌ها: خبائث، طیبات، قاعده فقهی، حلیت، حرمت	

استناد: هل اتائی، سید محمود. (۱۴۰۳). امکان سنجی قاعده حلیت طیبات و حرمت خبائث. *مطالعات فقه اسلامی و مباحث*

حقوق، ۱۸ (۲)، ۲۰۹-۲۲۷. <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.16192.1782>



© نویسنده(گان).

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.

مقدمه

حکمت متعالیه پروردگار ایجاب نموده تا در نظام کیانی که مبتنی بر اصول علمی و ربانی است و عقول از درک حسن و کمال و تمامیت آن در حیرت‌اند و ایجاد نظامی احسن، اتم و اکمل از نظام موجود را ناممکن می‌بینند، طیبات حلال باشند و خبائث حرام. یکی از اوصاف اختصاصی پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) نیز «تحلیل طیبات و تحریم خبائث» است، چنان‌که در ادعیه در وصف ایشان آمده است: «مُجِلُّ الطَّيِّبَاتِ وَ مُحَرِّمُ الخَبَائِثِ» (طوسی، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۴۴۶). در حقیقت، خدای متعال به جهت اینکه ملت اسلام گرفتار رنج و حرج نشود، از یک سو تمام طیبات را برای ایشان حلال نموده و از سوی دیگر خبائث را در حق ایشان حرام نموده است تا انسان، انگیزه و رغبت بیشتری برای پذیرش اسلام پیدا کند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۶، صص ۲۳۹-۲۴۰).

تحلیل طیبات و تحریم خبائث از جمله آیات و نشانه‌های نبوت و خاتمیت پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) است که در تورات و انجیل نیز از آن سخن گفته شده و پیروان مکاتب نصرانیت و یهودیت را مکلف به اذعان و تصدیق به این آیات نموده‌اند (طباطبایی، ۱۳۹۰، ج ۸، ص ۲۷۸). گرچه به شهادت آیه «قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ» (اعراف ۳۲)، حلال دانستن طیبات و حرام پنداشتن خبائث به نوعی از فطریات بوده و همه ادیان بر آن اجماع نظر داشته‌اند، اما تردیدی نیست که دین اسلام یگانه آیینی است که به تفصیل به این قانون پرداخته است (طباطبایی، ۱۳۹۰، ج ۸، صص ۲۸۰-۲۸۱). مسئله تحلیل طیبات و تحریم خبائث به رغم کاربست‌های مهمی که در ابواب مختلف فقه از جمله طهارت، صلاوة، صوم و به خصوص در مبحث مطاعم و مشارب دارد، چنان‌که باید مفاد و قلمرو آن مورد مطالعه قرار نگرفته است و در منابع فقهی نیز با ابهام روبه‌روست.

درباره این مسئله، پرسش‌های جدی وجود دارد که امعان نظر در آن‌ها، بینش عمیق‌تری نسبت به واقعیت تحلیل طیبات و تحریم خبائث پیش روی فقیهان و پژوهشگران حوزه فقه و حقوق اسلامی قرار می‌دهد. این پرسش‌ها عبارت‌اند از:

- مقصود از تحلیل طیبات و تحریم خبائث چیست؟
- آیا تحلیل طیبات و تحریم خبائث، در بین فقیهان به‌عنوان یک قاعده فقهی جایگاهی دارد؟
- ادله اعتبار قاعده تحلیل طیبات و تحریم خبائث چیست؟

این پژوهش در صدد است به روش توصیفی Δ تحلیلی و با استفاده از ابزار کتابخانه‌ای به بررسی این سؤالات بپردازد.

به نظر می‌رسد مقصود از تحلیل طیبات و تحریم خبائث این است که هرچیزی که از نظر انسان معتدل، مطلوب و پاکیزه باشد، حلال است و هرچیزی که یکی از این دو ویژگی را نداشته باشد، حرام است. واقعیت این است که تحلیل طیبات و تحریم خبائث از نظر جمع زیادی از فقیهان، یک قاعده فقهی است که می‌توان از آن در فرع‌های مختلف فقهی بهره برد. از جمله این فقیهان می‌توان به طبرسی، شهید ثانی، محقق اردبیلی، فاضل نراقی و سبزواری اشاره نمود (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۱، ص ۴۶۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳،

ج. ۱۲، صص. ۶۱-۶۲، ۷۸؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج. ۱۱، ص. ۱۵۶؛ نراقی، ۱۴۱۵، ج. ۱۵، ص. ۹؛ سبزواری، ۱۴۰۹، ج. ۱۰، ص. ۳۸۲). اعتبار این قاعده به اندازه‌های است که در مورد آن ادعای اجماع شده است (نراقی، ۱۴۱۵، ج. ۱۵، ص. ۹) و حتی آن را از ضروریات دین می‌دانند (سبزواری، ۱۴۰۹، ج. ۱۰، ص. ۳۸۴). افزون بر این، برای اثبات اعتبار این قاعده به آیاتی از قرآن کریم و روایات استناد می‌شود. به‌هرروی، این مسئله نیاز به پژوهیدن تفصیلی دارد که بدین منظور ابتدا مفاد قاعده، سپس فروعاتی که این قاعده در آن‌ها مورد استناد واقع شده است و آنگاه بیان وظیفه در مواردی که در تشخیص مصادیق قاعده شبهه وجود دارد و درنهایت ادله اعتبار آن بیان خواهد شد. پیش از هرچیز باید مفاهیم طیب و خبیث بررسی شود.

مفهوم طیب

طیب از نظر صرفی، وصف است و در معانی متعددی استعمال می‌گردد؛ از جمله معانی آن حلال (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج. ۷، ص. ۴۶۱)، خیر (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴، ج. ۹، ص. ۲۲۸)، انسان منزّه از جهل، فسق و اعمال قبیح و آراسته به علم، ایمان و اعمال نیکو، سرزمین و خاک پاک (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص. ۵۲۷)، سخن احسن و افضل (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج. ۷، ص. ۴۶۱؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴، ج. ۹، ص. ۲۲۷) و سخنی که در آن لفظ ناشایستی وجود ندارد، هستند (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج. ۱، ص. ۵۶۳). ابومحمد عبدالله بن بری، زبان‌شناس مصری می‌گوید: مقصود از زمین طیب، زمینی است که برای پرورش گیاه مناسب باشد و رایحه طیب به بویی گفته می‌شود که تند و آزاردهنده نباشد و خوراک طیب، به خوردنی حلال گفته می‌شود و بانوی طیب نیز به زن پاکدامن اطلاق می‌شود (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج. ۱، ص. ۵۶۳). بنابراین وصف طیب متناسب با موصوف آن تفسیر می‌شود و قابلیت این را دارد که وصف هرچیزی واقع شود. شاهد آن روایتی است از پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) که در آن از حضرت پرسیده شد: چه چیزی حلال است؟ و چه چیزی در مال، غلات، چهارپایان و تولیدمثل آنان حرام است؟ حضرت در پاسخ فرمودند: خداوند طیبات را برای شما حلال و خبائث را حرام نموده است (طبرانی، بی‌تا، ج. ۷، ص. ۲۵۲). از ملاحظه منابع لغوی چنین می‌توان نتیجه گرفت که طیب از نظر مفهوم، ضد خبیث است (جوهری، ۱۴۱۰، ج. ۱، ص. ۱۷۳) و عناصر تعیین‌کننده در مفهوم آن عبارت‌اند از:

- مطلوبیت و استلذاذ

- فقدان آلودگی و پلیدی در ظاهر و باطن.

تفاوت طیب و طهارت این است که در طهارت فقط تنزه از آلودگی مهم است و نظری به مطلوبیت آن نیست، اما در طیب، هم مطلوبیت و هم پاک بودن از پلیدی مطرح نظر است (مصطفوی، ۱۴۰۲، ج. ۷، ص. ۱۵۱).

مفهوم خبیث

خبیث نیز همچون طیب در معانی متعددی از جمله پست، شر و فاسد استعمال شده است و در استعمالات، وصف طعم و رنگ (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج. ۴، ص. ۲۴۹)، خلق (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴، ج. ۴، ص. ۳۲۵)، سخن

(حمیری، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۷۰۸)، عمل (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۱۴۲) و رایحه (فیومی، بی تا، ج ۲، ص ۱۶۲) واقع شده است. اما همه این معانی بازگشت به یک مفهوم واحد دارد. ابن اعرابی گفته است: خُبث در کلام عرب در اصل به معنای مکروه است؛ اگر از جنس کلام باشد، شتم خوانده می شود و اگر از سنخ آیین باشد، کفر و اگر از قبیل غذا باشد، حرام و اگر از جنس نوشیدنی باشد، آن را زیان آور می خوانند (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۱۴۴).

بنابراین خبیث عبارت از چیزی است که به دلیل ردائت و دنائت آن ناپسند شمرده می شود، چه از نوع محسوس باشد و چه از نوع معقول و اعتقاد باطل، سخن دروغ و عمل قبیح (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۲۷۲) و حرام و غیره همگی از مصادیق آن شمرده می شوند (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۱۴۳). نکته مسلم این است که برای این دو واژه، حقیقت شرعیه ثابت نیست و معیار، مفهوم لغوی و عرفی است. با وجود این، فقیهان امامیه نظرات متفاوتی را درباره مفهوم آن دو ابراز نموده اند.

دیدگاه اول: پسند و ناپسند

برخی به تبعیت از مراجع لغوی، خبیث را چیزی می دانند که از جهت ردائت و دنائت مورد پسند نباشد، چه محسوس باشد و چه معقول (منتظری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۲۷۴). به همین دلیل است که برخی فقیهان، زنا، لواط، سحق و قیادت را خبیث دانسته اند (ابن حمزه، ۱۴۰۸، ص ۴۰۸). طبق این دیدگاه، نه فقط افعال که اعیان خارجی نیز ممکن است طیب یا خبیث باشند و این اوصاف در آن ها نسبی است؛ یعنی ممکن است از جهتی طیب و از جهتی خبیث باشند؛ برای مثال سرگین پاک از جهت اکل، خبیث است اما از جهت سایر انتفاعات خبیثی ندارد (منتظری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۲۷۵). از نظر ایشان، خبث مراتبی دارد و بالاترین مرتبه آن چیزی است که هم از نظر عقلی و هم از نظر شرعی قبیح باشد؛ مثل زنا و سرقت (منتظری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۲۲۷). ادله این استظهار عام و فراگیر عبارت اند از: تبادر (منتظری، ۱۴۱۵، ج ۱، صص ۲۲۶، ۲۷۴-۲۷۵) و آیات قرآن کریم. در آیات قرآن کریم از جمله آیات ۷۴ انبیاء، ۱۷۹ آل عمران و ۲ نساء، لفظ خبیث در لواط (طبری، ۱۴۲۲، ج ۱۶، ص ۳۱۸)، اعمال و نفوس خبیثه و حرام استعمال شده است که این خود حاکی از شمولیت معنای خبیث و طیب نسبت به اعیان خارجی و افعال دارد (منتظری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۲۲۷).

دیدگاه دوم: فعل مذموم و مفسده انگیز

این گروه برخلاف دیدگاه اول، طیب و خبیث را ناظر به ذوات و اعیان خارجی نمی دانند (خویی، بی تا، ج ۱، صص ۲۳۷-۲۳۸، ۳۱۷؛ تبریزی، ۱۴۲۷، صص ۹۴-۹۵)؛ زیرا مقصود از خبیث فعلی است که مذموم یا قبیح است و در آن مفسده وجود دارد (خویی، بی تا، ج ۱، ص ۳۱؛ تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۱، صص ۳۷-۳۸، ۶۵؛ منتظری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۲۲۶؛ روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۴، صص ۳۶-۳۷). بنابراین بول پاک و نظائر آن که طبع از آن تنفر دارد، موضوع آیه نیست (خویی، بی تا، ج ۱، صص ۳۸-۳۹) اما افعالی نظیر زنا، افتراء، غیبت و غیره که در قرآن کریم از آن ها به فواحش (اعراف ۳۱) یاد شده است،

در شمار خبائث قرار دارند (خوبی، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۵۳). از این‌رو تا زمانی که قبح فعلی احراز نشود و این قبح نیز مفسده‌انگیز نباشد، حرمت نیز ثابت نمی‌شود (منتظری، ۱۴۱۵، ج. ۱، ص. ۲۲۶).

دیدگاه سوم: اجمال در مفهوم طیب و خبیث

گروهی معتقدند خدای متعال هرچه را که طیب است، حلال و هرچه را که خبیث است، حرام نموده و این یعنی چیزی که طیب نیست، حلال نشده است یا طیب، موضوع حرمت قرار نگرفته است و هرچه خبیث است، حرام شده است، اما این بدین معنا نیست که در مواردی که بیانی از سوی شارع مقدس وجود ندارد، به استناد اینکه آن چیز طیب است، حلال یا چون خبیث است، حرام دانسته شود (مجلسی اول، ۱۴۱۴، ج. ۳، صص. ۲۴۷-۲۴۸).

زیرا خدای متعال مفهوم طیب و خبیث را بیان نموده است و معنای لغوی و عرفی نیز ضابطهٔ مشخص و کارآمدی برای تحدید مصادیق ندارد و مفهوم آن‌ها اجمال دارد (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج. ۱۱، صص. ۱۵۶-۱۵۷، ۲۱۴؛ نراقی، ۱۴۱۵، ج. ۱۵، ص. ۱۱؛ روحانی، ۱۴۱۲، ج. ۲۴، ص. ۹۸).

دیدگاه منتخب

از بین آرای یادشده، دیدگاه نخست، صحیح به نظر می‌رسد؛ زیرا چنان‌که گذشت، طیب و خبیث، وصف ذوات و اعیان خارجی نیز واقع می‌شوند و دلیلی برای اینکه معنای آن دو محدود به افعال باشد، وجود ندارد. همچنین معنای آن‌ها اجمال هم ندارد؛ زیرا گفته شد طیب چیزی است که حواس و نفس انسان از آن لذت می‌برد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص. ۵۲۷) و عناصر تعیین‌کننده در مفهوم آن عبارت‌اند از: (۱) مطلوبیت و استلذاذ؛ و (۲) فقدان آلودگی و پلیدی در ظاهر و باطن (مصطفوی، ۱۴۰۲، ج. ۷، ص. ۱۵۱). خبیث هم عبارت از چیزی است که به دلیل رذائت و دنائت آن ناپسند شمرده می‌شود، چه از نوع محسوس باشد و چه از نوع معقول (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص. ۲۷۲).

هرگاه حقیقت شرعی در مورد الفاظی که موضوع احکام شرعی قرار گرفته‌اند، ثابت نباشد، باید مفاهیم لغوی و عرفی را ملاک قرار داد. در اینکه عرف چه گروه و چه زمانی باید الگو و معیار قرار گیرد، اختلاف نظر است:

نظر اول: اعراب جاهلی

طیب و خبیث از الفاظ قرآنی هستند و عرب پیش از نزول آیات مربوطه، بسیاری از چیزها را به حق پلید و ناپسند می‌انگاشت، مانند مار و موش و از آن‌ها پرهیز می‌نمود و مواردی را هم دلپذیر می‌دانست و تناول می‌نمود، مانند ازواج ثمانیه (انعام ۱۴۳) و آهوان. آیات قرآن نازل گردید و بر این جهت‌گیری صحه گذاشت (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج. ۱، ص. ۵۶۴؛ بیهقی، ۱۴۱۲، ج. ۱۴، ص. ۸۲). البته در مواردی هم روش فکری ایشان تخطئه شده است؛ از جمله اینکه آنان به ارتکاب قمار، زنا، خوردن گوشت مردار و مصرف خون خو داشتند و خدای متعال با نزول آیات به ایشان اعلام نمود انجام این‌گونه اقدامات و مصرف این قبیل اقسام شایسته

نیست و باید کنار گذاشته شوند، زیرا در آن‌ها مفاسدی وجود دارد (طبری، ۱۴۲۲، ج. ۱۰، ص. ۴۹۳؛ طبرسی، ۱۳۷۲، ج. ۴، ص. ۷۵۰؛ سبحانی، ۱۴۲۰، ج. ۱، صص. ۲۴۳-۲۴۴).
این دیدگاه موافق با نظر محمد بن ادریس شافعی است (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج. ۲، صص. ۱۴۳-۱۴۴).

نظر دوم: قریش

ابوالحسن ماوردی و ابوالحسن عبادی گفته‌اند در تعیین مصادیق طیب و خبیث، نظر قریش که در میان قبائل عرب سرآمدند، اهمیت دارد (نووی، بی تا، ج. ۹، ص. ۲۶).

نظر سوم: اعراب متمول معاصر با رسول خدا (صلی الله علیه و آله)

برخی معتقدند نظر اعرابی که در زمان رسول خدا (صلی الله علیه و آله) در آبادی‌ها و شهرها زندگی می‌کردند و از جهت مالی در مضیقه نبودند، معیار است نه آن‌هایی که محل زندگیشان صحراها و بیابان‌ها بود و از شدت فقر و گرسنگی هر چیزی را مصرف می‌نمودند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج. ۶، ص. ۲۷۹؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج. ۱۱، صص. ۱۵۶-۱۵۷، ۲۱۴).

نظر چهارم: اعراب متمول در هر دوره‌ای

برخی گفته‌اند نظر اعراب باید معیار تمیز طبیات از خبائث قرار گیرد، زیرا ایشان مخاطب قرآن‌اند و حد اعتدال را در پرهیز از آلودگی‌ها و استفاده از اشیای پاکیزه رعایت می‌کنند (بیهقی، ۱۴۱۲، ج. ۱۴، ص. ۸۲؛ نووی، بی تا، ج. ۹، ص. ۲۶).

همچنین آنان بودند که از پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) سؤال نمودند چه چیزی برای ایشان حلال است و حضرت در پاسخ طبیات را حلال معرفی نمودند (مأنده ۴؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۲۲، ص. ۲۲؛ بیهقی، ۱۴۲۴، ج. ۹، صص. ۵۲۷-۵۲۸)؛ اما نه همه اعراب، زیرا اگر قرار باشد هر طایفه و قبیله‌ای طبق مذاق خود نظر دهد، منجر به اختلاف احکام می‌شود و این غیرقابل التزام است. بنابراین در هر دوره‌ای نظر آن‌هایی که از جهت مالی در طبقه متوسط قرار دارند، ملاک است.

شهید ثانی و شافعی از موافقان این نگرش‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج. ۱۲، ص. ۹؛ بیهقی، ۱۴۲۴، ج. ۹، ص. ۵۲۸).

نظر پنجم: انسان معتدل

الفاظ برای معانی واقعی وضع شده‌اند و فهم عرب فقط در تشخیص معنای موضوع له معتبر است اما در تعیین مصادیق ملاک نیست و هرکسی می‌تواند مصداق معنای موضوع له را تعیین نماید (مامقانی، ۱۳۱۶، ج. ۱، ص. ۱۴) و از این جهت فرقی بین عرب و عجم و بیان‌شین و شهرنشین نیست (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۳۶، ص. ۲۳۹؛ طباطبایی، ۱۳۹۰، ج. ۵، صص. ۲۰۱-۲۰۲).

البته در جداسازی طبیات از خبائث باید شیوه اعتدال را پیش گرفت و نباید گرفتار افراط و تفریط شد (سبزواری، ۱۴۱۳، ج. ۲۳، صص. ۱۱۴-۱۱۵).

حق همین است و مطمئناً اعراب در تعیین مصادیق طیب و خبیث موضوعیت ندارند و هیچ دلیلی برای محدودسازی عرف به گروه و نژاد خاص وجود ندارد و مخاطب قرآن عموم مردم‌اند. بنابراین مفاد قاعده این است که هر چیزی که از نظر انسان معتدل، مطلوب و پاکیزه باشد، حلال است و هر چیزی که یکی از این دو ویژگی را نداشته باشد، حرام است.

تطبیقات قاعده

این قاعده در متون فقهی در فرع‌های متعددی مورد استناد قرار گرفته که می‌توان از آن جمله به محورهای ذیل اشاره نمود:

حرمت مطلق انتفاع

برخی انتفاع از بول را چه نجس باشد و چه پاک حرام می‌دانند (مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۱، ص ۱۳) و برخی انتفاع از اعیان نجس و متنجس را جایز نمی‌دانند که تطهیر آن ممکن نیست. از نظر ایشان بول، عین نجس و شیء متنجسی که قابل تطهیر نیست، خبیث‌اند و خبیث نیز به صورت مطلق، موضوع حرمت قرار گرفته است و این اطلاق اقتضا می‌کند تمام منافع خبیث غیرمجاز باشد (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۹، ص ۲۸۲؛ شریف مرتضی، ۱۴۱۷، صص ۶۷-۶۸؛ ابن زهره، ۱۴۱۷، ص ۴۶؛ منتظری، ۱۴۱۵، ج ۱، صص ۲۲۵-۲۲۶).

عدم جواز تصرفات اعتباری

شیخ مفید (ره) و سلار (ره) بیع سرگین را حتی اگر پاک باشد، حرام می‌دانند (شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۲۲) و برخی رهن و ارتهان خبیث را جایز ندانسته و آن را باطل می‌دانند (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ص ۳۳). ایشان معتقدند اشیای خبیثه غیرقابل تملک‌اند؛ از این رو، برخی گفته‌اند اگر مالی از راه قمار به دست آید و تناول شود، بالا آوردن آن واجب نیست، زیرا پس از خارج شدن از دهان خبیث است و ارزشی ندارد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲، ص ۱۱۰؛ مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۱، ص ۲۲).

نجاست

برخی بر این باورند که اگر بول انسان و بول حیوان حرام‌گوشت نجس است، دلیل آن تحریم خبائث است (علامه حلی، ۱۴۱۲، ج ۳، صص ۱۶۴، ۱۶۶). و نیز گفته‌اند آب قلیل به مجرد ملاقات نجس می‌شود، چه اوصاف آن تغییر کند و چه اینکه تغییری نکند و آن را موافق با مذهب امامیه و جمع زیادی از فقیهان اهل سنت دانسته‌اند و از جمله ادله آن را تحریم خبائث ذکر نموده‌اند (شریف مرتضی، ۱۴۱۷، صص ۶۷-۶۸؛ ابن زهره، ۱۴۱۷، ص ۴۶).

جواز یا عدم جواز خوردن و آشامیدن

گفته‌اند شیر دادن به کودک بیش از دو سال جایز نیست، زیرا شیر پس از این مدت، یا از زوائد حیوان حرام‌گوشت است یا اینکه از خبائث به شمار می‌رود؛ بنابراین خوردن آن به غیرمکلف حرام است (نجفی،

۱۴۰۴، ج ۳۱، ص ۲۷۸) و نیز گفته‌اند غذایی که در بین دندان‌ها باقی می‌ماند، در صورتی که خبیث محسوب شود، فرو بردن آن برای روزهدار و غیرروزهدار حرام است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۱۶، ص ۲۹۴).

در حرمت گوشت برخی حیوانات از جمله راسو و خاریشت به روایتی از پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) استدلال شده است که در آن حضرت علت حرمت را خبیث بودن آنان ذکر نموده‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۷۷؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۳، ص ۹۷). در حرمت گوشت مار و موش هم به این قاعده استناد شده است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۸۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۶، صص ۳۲۴، ۲۹۶، ۳۱۹).

مسئله دیگری که این قاعده در آن مورد توجه قرار گرفته است این است که اگر در حلال یا حرام بودن گوشت حیوانی که امکان تذکیر آن مورد شبهه است و شبهه نیز از نوع شبهه حکمیه می‌باشد، تردید باشد، برخی گفته‌اند گوشت این حیوان پس از تذکیر حرام است (محقق یزدی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۵۷)، زیرا اصل در گوشت و چربی حیوانات حرمت است، چه اینکه گوشت حیوان پیش از آنکه ذبح شود، یقیناً حرام است و پس از ذبح نیز اگر تردیدی در بقای حرمت باشد، استصحاب می‌شود (خویی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۳۳۶).

در پاسخ گفته‌اند قاعده حلیت طیبات که حیوان تذکیر شده نیز از جمله طیبات است، بر استصحاب حرمت حاکم است (خویی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۳۳۸).

همچنین خوردن حشرات را حرام می‌دانند، چون حشرات خبیث‌اند و خبائث به نص قرآن کریم تحریم شده‌اند (مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۴، ص ۳۷۵). در بین فقیهان مالکی مذهب، مشهور این است که اگر مردم منطقه‌ای در هر دوره‌ای عادت به خوردن حشره‌ای داشته باشند و طبع ایشان آن را پذیرفته باشد، خوردن آن حشره جایز است؛ برای مثال اگر تذکیر مار ممکن باشد و مواد سمی از بدن آن زدوده شود و طبع نیز آن را پذیرا باشد، خوردن آن جایز است؛ اما برخی از ایشان معتقدند خوردن هیچ نوع حشره‌ای جایز نیست، زیرا حشرات از خبائث‌اند (مغنیه، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۱۷).

همچنین با استناد به قاعده حلیت طیبات و حرمت خبائث گفته‌اند از اجزای ذبیحه هرچه مانند خون، خبیث باشد، خوردن آن جایز نیست (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۲، صص ۶۱-۶۲، ۷۸؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۱، ص ۱۵۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۶، صص ۳۴۵-۳۴۶) یا گفته‌اند اگر آب بینی و اخلاط سینه خبیث به شمار آیند، فرو بردن آن حرام است (محقق یزدی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۵۹۵؛ محقق عراقی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۱۷۸).

عدم جواز ورود به نماز با بدن و لباس نجس

گفته‌اند ورود به نماز با بدن یا لباس نجس در حال اختیار جایز نیست و دلیل آن تحریم خبائث است (راوندی، ۱۴۰۵، ص ۶۸).

اشتباه در تعیین مصادیق قاعده

اگر در خبیث بودن چیزی تردید باشد، نسبت به حکم شرعی آن دو دیدگاه وجود دارد: دیدگاه اول: احتیاط واجب نیست، زیرا این تردید از موارد شک در محصل نیست تا احتیاط واجب باشد (منتظری، ۱۴۱۵، ج. ۱، ص. ۲۲۶). گذشته از این، اصل، اباحه است (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ص. ۸؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج. ۲۳، ص. ۱۱۵)، زیرا نظام هستی جهت بهره‌برداری انسان آفریده شده و خدای متعال در مقام امتنان بر بندگان خویش، اصل را بر اباحه قرار داده و در آیات متعددی از قرآن کریم این اصل مورد تذکر قرار گرفته است (بقره ۲۹، ۱۶۸؛ انعام ۱۴۵؛ محقق اردبیلی، بی تا، ص. ۶۳۱). در روایات نیز این اصل مورد تأکید قرار گرفته است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج. ۱۲، ص. ۸؛ نراقی، ۱۴۱۵، ج. ۱۵، ص. ۱۲؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۳، ج. ۱، ص. ۳۱۷؛ شیخ کلینی، ۱۴۲۹، ج. ۱۰، ص. ۵۴۱).

ممکن است گفته شود حکم حلیت برای عنوان طیبات ثابت شده است و اگر این عنوان مشکوک باشد، اصل، عدم حلیت است. اما پاسخ این است که تردید در طیب بودن یک چیز ملازم با شک در خبیث بودن آن است و اگر این عنوان هم مشکوک باشد، اصل، عدم حرمت است؛ بنابراین میان دو اصل، تعارض به وجود می‌آید و باید به عمومات اصل اباحه مراجعه نمود.

دیدگاه دوم: احتیاط واجب است (شیخ حر عاملی، ۱۴۱۲، ج. ۸، ص. ۸۴)، زیرا احتمال خبیث بودن کافی است در اینکه اجتناب از آن از باب مقدمه علمیه واجب باشد (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۵، ص. ۲۸۹؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۶، ج. ۱، ص. ۳۶۹)، چه اینکه فعلیت تکلیف به اجتناب از خبیث، مشروط به احراز خبائث نیست (نراقی، ۱۴۱۵، ج. ۱۵، ص. ۱۴۲). به بیان دیگر، حرمت خبیث، حکم کلی است که موضوع آن مردد است بین مواردی که قطع به خبیث بودن آن‌ها است و موارد مشکوکی که ممکن است آن‌ها نیز در شمار خبائث باشند. بنابراین شبهه از نوع شک در مکلف به است و با وجود علم به تکلیف باید احتیاط نمود (شیخ انصاری، ۱۴۱۶، ج. ۱، ص. ۳۶۹).

این استدلال مخدوش است، زیرا عدم اشتراط تکلیف (اجتناب از خبیث) به علم (به خبیث بودن)، مفهومی است که چه علم به خبیث بودن یا نبودن باشد و چه هیچ‌یک محرز نباشد، تکلیف به اجتناب ثابت است. این استظهار قطعاً صحیح نیست، زیرا در این صورت اگر کسی گمان به طیب بودن چیزی داشته باشد و در واقع خبیث باشد و آن را بخورد، مرتکب گناه شده است و این خلاف اجماع است. همچنین اگر تکلیف به اجتناب، مشروط به علم هم باشد، دلیلی برای اینکه امثال تکلیف باید قطعی باشد، نیست؛ بنابراین اجتناب از مشکوک از باب مقدمه واجب نیست.

به دیگر سخن، وجوب اجتناب از خبیث همچون سایر احکام به صورت قضیه حقیقیه جعل شده است، یعنی حکم به تعداد افراد و مصادیق خبیث انحلال پیدا می‌کند و ثبوت حکم برای هر یک، منوط است به وجود آن فرد در خارج. بنابراین چیزی که به طور قطع خبیث است، وجوب اجتناب از آن تنجز پیدا می‌کند و چیزی که خبیث بودن آن محل تردید است، حکم در مورد آن منجز نمی‌شود و باید از آن برائت جاری کرد (شیخ انصاری، ۱۴۱۶، ج. ۱، ص. ۳۶۹).

مدارک قاعده

برای حجیت این قاعده، ادله متعددی ذکر شده است:

مدارک اول: آیات قرآن کریم

آیات متعددی از قرآن کریم به عنوان ادله اعتبار این قاعده مورد استناد قرار گرفته‌اند:

۱. آیه تحلیل طیبات: «یسئلونک ماذا أحلّ لهم، قل أحلّ لکم الطیبات» (مائده ۴)؛ عده‌ای خدمت پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) رسیدند و از ایشان پرسیدند چه چیزی برای ما حلال است؟ پاسخ داده شد: طیبات برای شما حلال است (نزاقی، ۱۴۱۵، ج. ۱۵، صص. ۹-۱۰). در این آیه، پرسشگران به دنبال معیاری برای تشخیص اشیاء حلال از حرام بودند و حضرت نیز در قالب قانونی کلی، طیبات را محور برای حلال بودن یک چیز معرفی نمودند. اما باید دید مقصود از «طیب» در این آیه شریفه چیست؟

شیخ طوسی در این باره گفته است:

طیب بر چهار چیز اطلاق می‌شود:

(۱) حلال؛ قرآن می‌فرماید: «کلوا من الطیبات» (مؤمنون، ۵۱) یعنی از آنچه حلال

است بخورید.

(۲) طاهر؛ قرآن می‌فرماید: «فَتَمِّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا» (نساء، ۴۳) یعنی با خاک پاک تیمم

کنید.

(۳) چیزی که در آن رنج و آزاری نیست، مثل زمانی که هوا نه حرارت و نه برودت

آزاردهنده‌ای دارد؛

(۴) خوراکی لذیذ و غیرمنفور؛

در آیه شریفه، معنای اول (حلال) صحیح نیست، زیرا منطقی نیست در پاسخ به این پرسش که چه چیزی حلال است؟ گفته شود: حلال، حلال است! زیرا تکرار لازم می‌آید و فایده‌ای در این پاسخ نیست. معنای دوم (طاهر) هم مورد نظر آیه نیست، زیرا طاهر یک مفهوم شرعی دارد که باید توسط شارع بیان شود و نمی‌تواند برای عموم مردم مفید و قابل درک باشد. معنای سوم (عاری از رنج و آزار) هم منظور نیست، زیرا این وصف با خوراکی‌ها و نوشیدنی‌ها که در آیه مورد سؤال بوده‌اند، تناسبی ندارد! بنابراین معنای چهارم (خوراکی لذیذ) مورد نظر است و خدای متعال مردم را در تعیین مصادیق به عرف ارجاع داده است؛ از این رو هر چیزی که مطلوب طبع است، حلال و هر چه که مخالف آن است، حرام می‌باشد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج. ۶، صص. ۲۷۸-۲۷۹).

محقق اردبیلی در بیان شأن نزول آیه گفته است: پس از آنکه محرمات برای مردم بیان شد، برای ایشان شبهه ایجاد شد که اگر در مواردی احتمال حرمت باشد، چه باید کرد؟ در پاسخ گفته شد: اگر چیزی از نظر اکثریت که طبع سالمی دارند، لذیذ و غیرمنفور باشد، حلال است (محقق اردبیلی، بی‌تا، ص. ۶۳۱).

بنابراین طبق منطوق آیه، طیبات محکوم به حلیت‌اند و مفهوم آن این است که خبائث که ضد طیبات‌اند، حرام می‌باشند.

استدلال فوق از جهات مختلفی مورد نقد واقع می‌شود:

الف) ممکن است مقصود از طیب، مباح باشد، یعنی چیزی که حرام نیست و انجام آن عقابی را در پی ندارد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۶، ص ۲۷۹؛ مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۶۲، ص ۱۱۱). در این صورت، آیه در جهت تثبیت اصل اباحه نازل شده است و مؤید حکم عقل است که می‌گوید: اگر چیزی از نظر عقل و شرع قبیح و حرام نباشد، انجام آن یا استفاده از آن مجاز است (محقق اردبیلی، بی‌تا، ص ۶۳۱).

ب) استدلال فوق در مورد حکم خبائث مبتنی بر مفهوم وصف است و این نوع مفهوم، از نظر برخی حجت نیست و گذشته از این، ملازمه‌ای بین حلال نشدن خبیث و حرام بودن آن نیست؛ یعنی اگر خبائث حلال نشده‌اند، لازمه آن ثبوت حرمت برای خبیث نیست.

۲. آیات امره به اکل طیبات؛ خدای متعال به مصرف طیبات امر نموده است: «یا ایها الذین آمنوا کلوا من طیبات ما رزقناکم» (بقره ۱۷۲)؛ در آیات دیگری از قرآن کریم نیز این مضمون مورد تأکید قرار گرفته است؛ از جمله آیات ۸۸ و ۱۱۴ سوره‌های مبارکه مائده و نحل.

مقصود از طیب، شیء لذیذ و غیرمنفور است و امر در آیات یادشده برای ترغیب یا اباحه چیزهایی است که مؤمنان آن را لذیذ و غیرمنفور می‌پندارند (محقق اردبیلی، بی‌تا، صص. ۶۲۰-۶۲۱). اباحه نیز در اینجا به معنای اعم است که شامل وجوب، استحباب، کراهت و اباحه به معنای اخص می‌شود؛ یعنی خوردن و مصرف چیزهایی که لذیذ، پاک و غیرمنفورند، حرام نیست (کاظمی، بی‌تا، ج ۳، صص. ۵-۶).

کیفیت استدلال به این نوع آیات همانند استدلال به آیه تحلیل طیبات است که توضیح و نقد آن بیان شد. ۳. آیه ناهیه از تحریم طیبات؛ در آیه «یا ایها الذین آمنوا لا تحرّموا طیبات ما أحلّ الله لکم» (مائده ۸۷) از تحریم طیبات نهی شده است، زیرا طیبات حلال‌اند.

کیفیت استدلال به این آیه نیز همانند آیات پیشین است که توضیح و نقد آن گذشت.

۴. آیه تحلیل طیبات و تحریم خبائث؛ در بین آیات قرآن کریم، این آیه مهم‌ترین و اساسی‌ترین آیه برای اثبات اعتبار این قاعده محسوب می‌شود: «الذین یتبعون الرسول النبّیّ الامّیّ الذّی یجدونه مکتوباً عندهم فی التّوراة والانجیل یا مرهم بالمعروف و ینهیههم عن المنکر و یحلّ لهم الطّیبات و یحرّم علیهم الخبائث» (اعراف ۱۵۷). در این آیه شریفه صراحتاً طیبات، حلال و خبائث، حرام شده‌اند (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۵، ص ۹)؛

در باره مفاد آیه شریفه، چند دیدگاه وجود دارد:

دیدگاه اول: حلال بودن و حرام بودن مطلق استفاده از طیبات و خبائث

از نظر برخی، استفاده از طیبات به صورت مطلق حلال و استفاده از خبائث نیز به صورت مطلق حرام است (شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۲۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۱۶۴)، زیرا در آیه جهت خاصی

برای حرمت ذکر نشده و این نشان می‌دهد که مطلق انتفاع، موضوع احکام شرعی حلیت و حرمت است (خویی، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۱۳۱).

دیدگاه دوم: محدود بودن حکم به خصوص اکل

برخی، آیه شریفه را فقط ناظر به اکل می‌دانند، نه تمام منافع (شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ج. ۱، ص. ۲۲). شیخ طوسی گرچه در مقام تفسیر آیه، اشاره‌ای به اینکه خصوص اکل منظور است، ندارد (شیخ طوسی، بی‌تا، ج. ۴، ص. ۵۶۰). در آثار فقهی خود، آیه را فقط در مبحث مطاعم مورد استناد قرار داده است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج. ۶، ص. ۲۷۸).

با توجه به اینکه ظاهر آیه مطلق است، باید دید به چه دلیل برخی آیه را محدود به اکل می‌دانند؟

در پاسخ به این پرسش، روش‌های مختلفی اتخاذ شده است:

روش اول: قرینه قرار دادن فراز «و یحلّ لهم الطیبات»؛ از آنجا که فراز «و یحلّ لهم الطیبات» به صورت قطعی ناظر به اکل است، باید فراز «و یحرّم علیهم الخبائث» هم که در مقابل آن است، مربوط به اکل باشد (شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ج. ۱، صص. ۲۲، ۴۶). اما از نظر درجه ظهور، چه فرقی میان دو فقره «و یحلّ لهم الطیبات» و «و یحرّم علیهم الخبائث» است که اولی قرینه برای استظهار از فراز دوم تلقی می‌شود؟!

روش دوم: مناسبت حکم و موضوع؛ هر دو فراز ناظر به اکل اند، زیرا مناسبت حکم و موضوع چنین اقتضایی دارد؛ یعنی مفهوم طیب و خبیث به گونه‌ای است که ایجاب می‌کند فقط اکل آن‌ها حلال یا حرام باشد، نه مطلق استفاده از آن‌ها (تبریزی، ۱۳۷۵، ج. ۱، ص. ۲۰).

این استدلال در حقیقت از دو مقدمه تشکیل شده است:

مقدمه اول: موضوع له «طیب» شیء لذیذ است؛ چنان که فاضل مقداد گفته است:

طیب در معانی مختلفی استعمال می‌شود که عبارت‌اند از: لذیذ، چیزی که شارع متعال آن را حلال نموده است، حلال، پاک و چیزی که عاری از هرگونه آزار و اذیتی است که متوجه نفس و جسم باشد؛ از بین این معانی، معنای نخست یعنی لذیذ موضوع له است و دلیل آن تبادر است (سیوری، ۱۴۲۵، ج. ۲، ص. ۲۹۸).

مقدمه دوم: لذیذ از نظر لغوی فقط در وصف خوراکی و نوشیدنی استفاده می‌شود و ملاک آن ملائمت با طبع است. ابن‌عربی، ادیب نامدار، گفته است: «لذت عبارت است از اکل و شرب توأم با خوشی و کفایت» (طریحی، ۱۴۱۶، ج. ۳، ص. ۱۸۷). زمخشری نیز لذیذ را به طعم شگفت‌انگیز تفسیر نموده است. البته در آیاتی نظیر «و إلیه یصعد الکلّم الطیب» (فاطر، ۱۰) و «و هدوا إلی الطیب من القول» (حج، ۲۴) که در آن‌ها طیب، وصف غیر مأكول (کلام) واقع شده است، از باب مجاز و تشبیه معقول به محسوس است.

نتیجه اینکه طیب عبارت از مأكول و مشروب لذیذ است و خبیث هم که ضد آن می‌باشد، به معنای مأكول و مشروب منفور است و باید در «و یحلّ لهم الطیبات و یحرّم علیهم الخبائث» اکل و شرب در تقدیر گرفته شود، نه مطلق انتفاع (مامقانی، ۱۳۱۶، ج. ۱، ص. ۱۸).

روش سوم: قرینه قرار دادن آیات دیگر؛ برخی با تکیه بر آیه تحلیل طیبات (مائه ۴) که صدر و ذیل آن حاکی از موضوعیت اکل است، این آیه شریفه را نیز مربوط به اکل دانسته‌اند (روحانی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۴۹). دلیل دیگری که می‌تواند لزوم تقدیر اکل را در «و یحلّ لهم الطّیبات» موجه سازد، آیات عدیده‌ای است که اکل را صراحتاً به عنوان موضوع حکم به طیب نسبت داده‌اند، مانند «یا ایها النّاس کلوا ممّا فی الأرض حلالاً طیباً» (بقره ۱۶۸)، «یا ایها الذّین آمنوا کلوا من طیبّات ما رزقناکم» (بقره ۱۷۲)، «کلوا من طیبّات ما رزقناکم» (طه ۸۱) (مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۱، ص ۱۸).

دیدگاه سوم: محدود بودن حکم به انتفاعات طبیعی

«الطیبات» و «الخبائث» در آیه، جمع محلی به الف و لام‌اند و چنین ساختاری از نظر ادبی، افاده عموم می‌نماید. پس آیه در صدد تشریح حکم برای هر چیزی است که از نظر عرف یا شرع، طیب و خبیث انگاشته شود (منتظری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۲۲۸)، هرچند موضوع آیه فقط انتفاعات اولی و طبیعی مانند خوردن، نوشیدن و... است، نه تصرفات اعتباری (آلی یا توصلی) مثل بیع (منتظری، ۱۴۱۵، ج ۱، صص ۱۹۰، ۲۷۵).

دیدگاه چهارم: جهتی بودن حکم

خبیث بودن و طیب بودن، مطلق نیست و کاملاً نسبی است؛ یعنی ممکن است یک چیز از جهتی خبیث و از جهتی طیب باشد و نباید یک چیز را از بابت خبیثی که دارد، به صورت مطلق غیرمجاز تلقی نمود (ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۵؛ تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۶۵؛ تبریزی، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۲۰). بنابراین حلیت و حرمت به صورت شناور، دائر مدار جهتی است که طیب یا خبیث می‌باشد.

دیدگاه برگزیده: عدم انشای حکم برای طیبات و خبائث

وجه مشترک تمام آرای که تاکنون مطرح گردید، این است که در آیه شریفه، احکام شرعی حلیت و حرمت برای عناوین طیب و خبیث انشاء شده است؛ اما امام خمینی در رویکردی کاملاً متفاوتی بر آن‌اند که آیه در صدد انشای حکم نیست، بلکه در مقام اخبار و بیان اوصاف و اقداماتی است که در طول نبوت پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) انجام شده است. از نظر ایشان، اگرچه سیاق آیه انشاء هم باشد، اما موضوع حکم، عنوان و ذات طیب و خبیث به حمل اولی نیست، بلکه موضوع، طیب و خبیث به حمل شایع صناعی است؛ یعنی گوشت گاو، مردار، شراب، خوک و غیره که همگی از مصادیق طیب و خبیث‌اند و به تدریج احکام برای خود این عناوین انشاء شده است (خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۵۱).

به این شکل از بیان، «جمع در تعبیر» گفته می‌شود؛ یعنی فراز «و یحلّ لهم الطّیبات و یحرّم علیهم الخبائث» عبارت جامعی است از اباحه خوردن گوشت گاو و نهی از خوردن مردار، گوشت خوک و غیره. عناوین طیب و خبیث، عنوان مشیرند؛ یعنی اشاره به عناوین خاصی چون گوشت گاو، مردار، شراب، خون و غیره دارند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۶، ص ۲۴۱؛ خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، صص ۵۱-۵۲، ۳۱۰). به بیان دیگر، خدای متعال در صدد بیان این نکته است که هر چیزی که در آن مفسده وجود دارد، حرام است؛ اما بیان مصادیق و اینکه در چه چیزی مفسده وجود دارد، از حدود آیه خارج است و در موارد شک نمی‌توان به عموم آیه استناد نمود، زیرا تمسک به عام در شبهه مصداقیه لازم می‌آید.

مدرك دوم: روايات

در مجامع روایی امامیه، روایتی که بر اعتبار این قاعده صحه گذارد، وجود ندارد؛ اما در منابع اهل سنت روایاتی در این زمینه نقل شده است که عبارت‌اند از:

(الف) حَدَّثَنَا عَبْدَانُ بْنُ أَحْمَدَ، ثنا دَحِيمٌ، ثنا يَحْيَى بْنُ حَسَّانَ، ثنا سُلَيْمَانُ، ثنا جَعْفَرُ بْنُ سَعْدٍ، ثنا حَبِيبُ بْنُ سُلَيْمَانَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ سَمْرَةَ، قَالَ: أَتَاهُ Δ يَعْنِي النَّبِيَّ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) Δ رَجُلٌ مِنَ الْأَعْرَابِ يَسْتَفْتِيهِ عَنِ الرَّجُلِ: مَا الَّذِي يَجِلُّ لَهُ؟ وَ الَّذِي يَحْرُمُ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ وَ نَسْكَهِ وَ مَاشِيَتِهِ وَ عَنَزِهِ وَ فَرَعِهِ مِنْ نَتَاجِ إِبِلِهِ وَ غَنَمِهِ؟ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ): «أَجِلُّ لَكَ الطَّيِّبَاتِ وَ أَحْرَمُ عَلَيْكَ الْخَبَائِثِ.» (طبرانی، بی تا، ج. ۷، ص. ۲۵۷؛ سبزواری، ۱۴۰۹، ج. ۱۰، ص. ۳۸۴)؛

سمره بن جندب نقل می‌کند مردی عربی خدمت پیغمبر گرامی اسلام (صلی الله علیه و آله) رسید و از ایشان پرسید: در مال، ذبیحه، ستور و موالید چارپایان، چه چیزهایی حلال و چه چیزهایی حرام‌اند؟ پیامبر (صلی الله علیه و آله) در پاسخ فرمودند: «برای شما طیبات را حلال و خبائث را حرام نموده‌ام.»

(ب) أَخْبَرَنَا أَبُو عَبْدِ الرَّحْمَنِ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ مَجْبُورِ الدَّهَّانِ، ثنا أَبُو حَامِدٍ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ يَلَالِ الْبِرَّازِ، ثنا أَبُو الْأَزْهَرِ وَ أَخْبَرَنَا أَبُو سَهْلٍ الْمَهْرَانِيُّ، ثنا أَبُو بَكْرِ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الشَّافِعِيُّ، ثنا أَبُو الْوَلِيدِ بْنُ بَرْدِ الْأَنْطَاكِيُّ قَالَ: ثنا الْهَيْثَمُ بْنُ جَمِيلٍ، ثنا شَرِيكٌ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ ابْنِ عَمْرِو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: مَنْ يَأْكُلُ الْغُرَابَ وَقَدْ سَمَاهُ رَسُولُ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) فَاسِقًا وَ اللَّهُ مَا هُوَ مِنَ الطَّيِّبَاتِ. (بيهقی، ۱۴۲۴، ج. ۹، ص. ۵۳۲)؛

عبدالله بن عمر ضمن توبیخ کسی که از گوشت زاغ تناول نماید، به همگان یادآور می‌شود که پیامبر گرامی اسلام (صلی الله علیه و آله) کسی را که از گوشت زاغ مصرف کند، فاسق می‌دانستند و دلیل آن را این می‌داند که گوشت زاغ از طیبات نیست.

مضامین این روایات همان چیزی است که در آیات قرآن کریم مطرح شده است و توضیح و نقد آن پیش از این گذشت.

مدرك سوم: اجماع و شهرت فتوائیه

برخی نسبت به اعتبار این قاعده ادعای اجماع نموده‌اند (نراقی، ۱۴۱۵، ج. ۱۵، ص. ۹) و حتی آن را از ضروریات دین می‌دانند (سبزواری، ۱۴۰۹، ج. ۱۰، ص. ۳۸۴). اگر اجماع از نظر صفروی مورد انکار قرار گیرد، این را نمی‌شود انکار نمود که بیشتر فقیهان امامیه به اعتبار آن اذعان دارند و بر اساس آن فتوا داده‌اند (مجلسی، ۱۴۰۳، ج. ۶۲، ص. ۱۲۶).

با این حال، اجماع و شهرت فتوائیه در صورتی می‌توانند کاشف از حکم شرعی باشند که حدس قطعی به آن ایجاد نمایند (خمینی، ۱۴۲۳، ج. ۲، صص. ۴۲۳، ۴۲۸) و با وجود ادله نقلی که نقش عمده را در اعتبار این قاعده ایفا می‌نمایند، مجالی برای این حدس باقی نمی‌ماند.

بنابراین ضابطه قاعده فقهی در اصل تحلیل طیبات و تحریم خبائث حاکم نیست و نمی‌توان در تعیین حکم شرعی از آن بهره برد.

نتیجه‌گیری

نتایجی که از این پژوهش حاصل می‌گردد، عبارت‌اند از:

۱. احکام دین مبین اسلام مبتنی بر اصولی است که یکی از آن‌ها بدون تردید ملاحظه طیب بودن و خبیث بودن موضوع است.
۲. جمع بسیاری ابتدای حلیت و حرمت را بر عناوین طیب و خبیث به‌عنوان قاعده‌ای فقهی در نظر گرفته و معتقدند هرگاه چیزی از نظر عرف طیب باشد، حلال و اگر خبیث باشد، محکوم به حرمت می‌باشد و به‌منظور اثبات این ادعا به ادلهٔ عدیده‌ای از جمله آیات قرآن کریم و روایات استناد نموده‌اند.
۳. استناد به ادلهٔ یادشده برای اعتباربخشی به اصل حلیت طیبات و حرمت خبائث به‌عنوان قاعده‌ای فقهی تمام نیست؛ از این‌رو، برخی اعتبار اصل مزبور را به‌عنوان یک قاعدهٔ فقهی انکار نموده و معتقدند اصطیاد احکام حلیت و حرمت بر پایهٔ عناوین طیب و خبیث از شئون شارع مقدس است و غیر او شایستهٔ این مهم نیست.

منابع

- ابن حمزه، محمد. (۱۴۰۸). *الوسيلة الى نيل الفضيلة*. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره).
- ابن زهره، حمزه. (۱۴۱۷). *غنية النور الى علمى الأصول و الفروع*. قم: مؤسسه امام صادق (عليه السلام).
- ابن منظور، محمد. (۱۴۱۴). *لسان العرب*. بيروت: دار الفكر.
- ابروانى، على. (۱۴۰۶). *حاشيه المكاسب*. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامى.
- بيهقى، احمد. (۱۴۱۲). *معرفة السنن و الآثار*. كراچى: دار الأفضى.
- بيهقى، احمد. (۱۴۲۴). *السنن الكبرى*. بيروت: دار الكتب العلميه.
- تبريزى، جواد. (۱۴۱۶). *ارشاد الطالب الى التعليق على المكاسب*. قم: مؤسسه اسماعيليان.
- تبريزى، جواد. (۱۴۲۷). *تنقيح مبانى العروة (كتاب الصوم)*. قم: دار الصديقه الشهيده (سلام الله عليها).
- تبريزى، ميرزا فتاح. (۱۳۷۵). *هداية الطالب الى أسرار المكاسب*. تبريز: چاپخانه اطلاعات.
- جوهرى، اسماعيل. (۱۴۱۰). *الصحاح*. بيروت: دار العلم.
- حميرى، نشوان. (۱۴۲۰). *شمس العلوم و دواء كلام العرب من الكلوم*. بيروت: دار الفكر.
- خمينى، سيد روح الله. (۱۴۱۵). *المكاسب المحرمة*. قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى (ره).
- خمينى، سيد روح الله. (۱۴۲۳). *تهذيب الأصول*. تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى (ره).
- خويى، سيد ابوالقاسم. (۱۴۱۸). *فقه الشيعه (كتاب الطهارة)*. قم: مؤسسه آفاق.
- خويى، سيد ابوالقاسم. (بى تا). *المستند فى شرح العروة الوثقى*. بى جا.
- خويى، سيد ابوالقاسم. (بى تا). *مصباح الفقاهة*. بى جا.
- راغب اصفهانى، حسين. (۱۴۱۲). *مفردات الفاظ القرآن*. بيروت: دار العلم.
- راوندى، سعيد. (۱۴۰۵). *فقه القرآن*. قم: انتشارات كتابخانه آيت الله مرعشى نجفى (ره).
- روحانى، سيد صادق. (۱۴۱۲). *فقه الصادق (عليه السلام)*. قم: دار الكتاب.
- روحانى، سيد صادق. (۱۴۲۹). *منهاج الفقاهة*. قم: انوار الهدى.
- سبحانى، جعفر. (۱۴۲۰). *الصوم فى الشريعة الاسلاميه الغراء*. قم: مؤسسه امام صادق (عليه السلام).
- سبزوارى، سيد عبدالاعلى. (۱۴۰۹). *مواهب الرحمن فى تفسير القرآن*. بى جا: دفتر سماحة آيت الله العظمى السبزوارى.
- سبزوارى، سيد عبدالاعلى. (۱۴۱۳). *مهذب الأحكام فى بيان الحلال و الحرام*. قم: مؤسسه المنار.
- سيورى، مقداد. (۱۴۲۵). *كنز العرفان فى فقه القرآن*. قم: انتشارات مرتضوى.
- شريف مرتضى، سيد على. (۱۴۱۷). *المسائل الناصريات*. تهران: رابطه الثقافة و العلاقات الاسلاميه.
- شهيد ثانى، زين الدين. (۱۴۱۳). *مسالك الأفهام*. قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه.
- شيخ انصارى، مرتضى. (۱۴۱۱). *المكاسب*. قم: منشورات دار الذخائر.
- شيخ انصارى، مرتضى. (۱۴۱۶). *فرائد الأصول*. قم: مؤسسه النشر الاسلامى.
- شيخ حر عاملى، محمد. (۱۴۱۴). *هداية الأمة الى أحكام الائمة (عليهم السلام)*. مشهد: مجمع البحوث الاسلاميه.
- شيخ صدوق، محمد. (۱۴۱۳). *من لا يحضره الفقيه*. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- شيخ طوسى، محمد. (۱۳۸۷). *المبسوط فى فقه الاماميه*. تهران: المكتبة المرتضويه.
- شيخ طوسى، محمد. (۱۴۰۷). *الخلاف*. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- شيخ طوسى، محمد. (۱۴۱۱). *مصباح المتهدد*. بيروت: مؤسسه فقه الشيعه.

- شيخ طوسي، محمد. (بي.تا). التبيان في تفسير القرآن. بيروت: دار احياء التراث العربي.
 شيخ كليني، محمد. (١٤٢٩). الكافي. قم: دار الحديث.
 صاحب بن عباد، اسماعيل. (١٤١٤). المحيط في اللغة. بيروت: عالم الكتاب.
 طباطبائي، محمدحسين. (١٣٩٠). الميزان في تفسير القرآن. بيروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
 طبراني، سليمان. (بي.تا). المعجم الكبير. القاهرة: مكتبة ابن تيمية.
 طبرسي، فضل. (١٣٧٢). مجمع البيان في تفسير القرآن. تهران: ناصر خسرو.
 طبري، محمد. (١٤٢٢). تفسير الطبري. القاهرة: دار الهجرة.
 طريحي، فخرالدين. (١٤١٦). مجمع البحرين. تهران: كتابفروشي مرتضوي.
 علامه حلي، حسن. (١٤١٢). منتهى المطلب في تحقيق المذهب. مشهد: مجمع البحوث الاسلاميه.
 علامه مجلسي، محمدباقر. (١٤٠٣). بحار الأنوار. بيروت: دار احياء التراث العربي.
 فاضل هندي، محمد. (١٤١٦). كشف اللثام والابهام عن قواعد الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامي.
 فراهيدي، خليل. (١٤١٠). العين. قم: هجرت.
 فيومي، احمد. (بي.تا). المصباح المنير. قم: منشورات دار الرضى.
 كاشف الغطاء، حسن. (١٤٢٢). انوار الفقاهة (كتاب الرهن). نجف اشرف: مؤسسه كاشف الغطاء.
 كاظمي، جواد. (بي.تا). مسالك الأفهام الى آيات الأحكام. بي.جا.
 مامقاني، محمدحسن. (١٣١٦). غايه الأمال. قم: مجمع الذخائر الاسلاميه.
 مجلسي اول، محمدتقي. (١٤١٤). لواعص صاحبقراني. قم: مؤسسه اسماعيليان.
 محقق اردبيلي، احمد. (١٤٠٣). مجمع الفائدة والبرهان. قم: دفتر انتشارات اسلامي.
 محقق اردبيلي، احمد. (بي.تا). زبدة البيان في أحكام القرآن. تهران: المكتبة الجعفر.
 محقق عراقى، على. (١٤١٤). شرح تبصرة المتعلمين. قم: دفتر انتشارات اسلامي.
 محقق يزدي، سيد محمد كاظم. (١٤٠٩). العروة الوثقى فيما نعم به البلوى. بيروت: مؤسسة الأعلمی.
 مصطفوي، حسن. (١٤٠٢). التحقيق في كلمات القرآن الكريم. تهران: مركز الكتاب للترجمة و النشر.
 مغنيه، محمدجواد. (١٤١٩). الفقه على المذاهب الاربعة و مذهب أهل البيت (عليهم السلام). بيروت: دار الثقلين.
 مغنيه، محمدجواد. (١٤٢١). فقه الامام الصادق (عليه السلام). قم: مؤسسه انصاريان.
 منتظري، حسينعلی. (١٤١٥). دراسات في المكاسب المحرمة. قم: نشر تفكر.
 نجفى، محمدحسن. (١٤٠٤). جواهر الكلام. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
 نراقي، مولى احمد. (١٤١٥). مستند الشيعة. قم: مؤسسة آل البيت (عليهم السلام).
 نووى، يحيى. (بي.تا). المجموع في شرح المهذب. دار الفكر.

Principles of Social Rights Deprivation as a Form of Punishment in Islamic Criminal Justice System

Ebrahim Mirzaei¹ , Reza Daneshvarsani¹ ,
and Hassan-Ali Akhlaqi Amiri³ 

1. PhD Student, Department of Jurisprudence and Islamic Sciences, Al-Mustafa International University, Khorasan Branch, Mashhad, Iran. Email: ebrahimirzaee95@gmail.com
2. *Corresponding Author*, Assistant Professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: daneshvarsani@gmail.com
3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Islamic Sciences, Al-Mustafa International University, Khorasan Branch, Mashhad, Iran. Email: hasanali_akhlaghi@miu.ac.ir

Article Info

ABSTRACT

Article type:
Review Article

Article history:

Received
06 December 2022
Received in revised form
30 January 2023
Accepted
05 March 2023
Available online
21 December 2024

Keywords:

deprivation,
punishment,
social rights,
foundations,
islamic government

The punishment of deprivation of social rights in criminal law is a form of penalty that relates to individuals' rights and freedoms. Through this punishment, offenders and delinquents are stripped of certain rights they hold within society. Although the issue of deprivation has attracted considerable attention from scholars and jurists, it remains inadequately defined, with many of its aspects still enveloped in ambiguity. One of the unclear aspects of this form of punishment is its justification based on Islamic criminal law principles. In jurisprudential sources, there has not been an independent discussion dedicated to the foundations of such punishments, and contemporary research has not comprehensively addressed this topic. This study seeks to outline seven justifications for the deprivation of social rights, drawing from general principles, explicit textual sources, and specific legal maxims established by jurists. These justifications include: the broad scope of governmental authority in Islamic jurisprudence (ikhitiyārāt hukumat Islāmiyya), the general evidence supporting ta'zīr (discretionary punishments for offenses not covered by fixed penalties), the principles of enjoining good (amr bi-l-ma'ruf) and forbidding wrong (nahy 'ani-l-munkar), the concepts of maṣlaḥa (public interest) and mafsada (harm), and the practices of the usages of the wise (sīra 'uqalā'), among others. Given the authority of the Islamic government to impose ta'zīr, safeguard social interests, prevent harm, and establish criteria for holding public and social positions, the imposition of such punishments is justifiable.

Cite this article: Mirzaei, E., Daneshvarsani, R., & Akhlaqi Amiri, H. (2024). Principles of Social Rights Deprivation as a Form of Punishment in Islamic Criminal Justice System. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 18 (2), 229-249. <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.12412.1494>





مبانی مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی در نظام جزایی اسلام

ابراهیم میرزایی^۱، رضا دانشور ثانی^۲، و حسنعلی اخلاقی امیری^۳

۱. دانشجوی دکتری، گروه فقه و معارف اسلامی، جامعه المصطفی العالمیه خراسان، مشهد، ایران. رایانامه: ebrahimmirzace95@gmail.com

۲. نویسنده مسئول، استادیار گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: daneshvarsani@gmail.com

۳. استادیار گروه فقه و معارف اسلامی، جامعه المصطفی العالمیه خراسان، مشهد، ایران. رایانامه: hasanali_akhlaghi@miu.ac.ir

چکیده

اطلاعات مقاله

مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی در قوانین کیفری، نوعی مجازات است که به حقوق و آزادی‌های افراد مرتبط است و به واسطه این مجازات، افراد مجرم و بزهکار از بعضی حقوقی که در جامعه دارند، محروم می‌شوند. مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی مورد توجه فقیهان و دانشمندان حقوق قرار گرفته است؛ اما هنوز به صورت دقیق تبیین نشده است. به همین جهت، بسیاری از زوایای آن در پرده ابهام و اجمال قرار دارد. یکی از زوایای مبهم این نوع مجازات، توجیه نمودن آن بر اساس آموزه‌های حقوق جزای اسلام است. در منابع فقهی بحث مستقلی به عنوان مبانی مجازات نیامده است و پژوهش‌های معاصرین نیز به این موضوع، به صورت مستوفی نپرداخته‌اند. این نوشته توانسته است از عمومات و اطلاقات و بعضی قواعد که فقها در فقه بیان نموده‌اند، به هفت دلیل در این موضوع دست یابد؛ مانند: اطلاق ادله اختیارات حکومت اسلامی، عموم ادله تعزیر، ادله امر به معروف و نهی از منکر، قاعده مصلحت و مفسده، سیره عقلا و... با توجه به اختیارات حکومت اسلامی در وضع و اعمال تعزیرات و نیز از باب اختیارات حکومت اسلامی در حفظ مصالح اجتماعی و پیشگیری از مفساد و همچنین تعیین ضوابط و معیارهایی برای تصدی مشاغل دولتی و اجتماعی، وضع چنین مجازاتی قابل توجیه است.

نوع مقاله:

مقاله ترویجی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۹/۱۵

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۱/۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۱۴

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۱۰/۱

کلیدواژه‌ها:

محرومیت، مجازات، حقوق اجتماعی، مبانی، حکومت اسلامی

استناد: میرزایی، ابراهیم؛ دانشور ثانی، رضا؛ و اخلاقی امیری، حسنعلی. (۱۴۰۳). مبانی مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی در نظام جزایی اسلام. *مطالعات فقه اسلامی و مباحث حقوق*، ۱۸ (۲)، ۲۳۹-۲۴۹.

<http://doi.org/10.22034/fvh.2023.12412.1494>



مقدمه

محرومیت از حقوق اجتماعی در قوانین کیفری، نوعی منع قانونی است که شخص در اثر آن از تمام یا برخی مزایای اجتماعی و سیاسی اش محروم می‌شود، فرقی نمی‌کند که مسئولیت در امور دولتی باشد، مانند ریاست جمهوری، قضاوت، وزارت و پست‌های دیگر که در قوانین جزایی پیش‌بینی شده است یا شغل آزاد در جامعه مانند محرومیت از خدمات عمومی، محدودکننده آزادی، ممنوعیت از رفت‌وآمد و اقامت در محل معین (احمدی، ۱۳۹۶، ص. ۱۸۱؛ جمعی از مؤلفین، بی‌تا، ج. ۱۳، ص. ۴۵۷). گرچه مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی، به‌سان دیگر انواع مجازات، مورد توجه فقیهان و دانشمندان حقوق قرار گرفته است، هنوز بسیاری از زوایای آن در پرده ابهام و اجمال قرار دارد. یکی از زوایای مبهم این نوع مجازات این است که چگونه می‌توان بر اساس آموزه‌های اسلامی وجود آن را توجیه کرد. در کتب فقهی هیچ بحث مستقلى با این عنوان سراغ نداریم. برخی پژوهش‌های مرتبط‌تر معاصر نیز در عین پرداختن به مبانی این مجازات، به آموزه‌های اسلامی در این خصوص، نظر نداشته‌اند. برای نمونه، در مقاله «ماهیت، آثار و مبانی شرعی محرومیت از حقوق اجتماعی» (رهامی، ۱۳۸۰)، نویسنده بیشتر به ماهیت و آثار محرومیت از حقوق اجتماعی از منظر حقوق پرداخته است، تا به مبانی و مشروعیت این نوع مجازات بر اساس آموزه‌های اسلامی. در پایان‌نامه «بررسی مبانی کیفری تبعی در فقه امامیه و حقوق افغانستان» (اختری، بی‌تا) نیز نویسنده بیشتر به ادله کیفرهای تبعی پرداخته است تا به مبانی آن‌ها. بنابراین نوشتار حاضر می‌کوشد برای نخستین بار به استخراج آموزه‌هایی بپردازد که می‌تواند وجود این نوع مجازات را از منظر اسلامی توجیه کند.

نوشتار پس از توضیح مفاهیم بنیادین و نگاهی گذرا به مصادیق مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی، به بررسی هفت مورد از دلایلی که در آموزه‌های اسلامی می‌تواند مستمسکی برای توجیه این نوع مجازات به شمار آیند، می‌پردازد.

مفاهیم

مبانی

در کتب لغت، مبانی به‌معنای بنیان، پایه، ریشه، شالوده آمده است (طریحی، ۱۴۰۳، ج. ۳، ص. ۳۲۵)؛ لذا پایه و ریشه هر چیزی، مبانی آن چیز نامیده می‌شود. در دانش ادبیات نیز به حروف اصلی‌ای که پایه و اساس اسم و فعل را تشکیل می‌دهد، مبانی گفته می‌شود. پس مبنا به‌معنای ریشه و اساس هر چیزی گفته می‌شود (فیروزآبادی، بی‌تا، ج. ۳، ص. ۳۰۵؛ دهخدا، ۱۳۳۷، ج. ۲، ص. ۵۲۳).

نویسنده کتاب/تحقیق چنین می‌نویسد: «مفهوم اصلی واژه مبنا، پیوند دادن اجزا و عناصر خاص به یکدیگر جهت ایجاد ساختار ویژه، با کیفیت و هیئت متفاوت است، فرقی نمی‌کند که آن ساختار ویژه مادی باشد یا معنوی» (مصطفوی، ۱۳۶۰، ج. ۲، ص. ۲۰۳). بنابراین، بر اساس تعاریف لغویان، مبانی به‌معنای ریشه و اساس یک چیز یا دلیل و توجیه برای یک موضوع است.

مبانی در فقه به معنای معیارها و ملاکات تعیین میزان خاصی از مجازات است (طوسی، ۱۳۶۸، صص. ۵۵۳، ۵۶۳؛ انصاری، بی تا، ص. ۱۵۰؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، صص. ۳۰۹، ۳۶۴). مثلاً وقتی پرسیده می شود «مبنای کیفر قاتل در صورت ارتکاب جرم قتل عمدی چیست؟»، در واقع سؤال از این است که قانون گذار به چه علت یا عللی برای قاتل، کیفر خاصی تعیین کرده است؛ یعنی علت آن چه بوده است که قانون گذار را واداشته، تا برای این جرم مثلاً مجازات اعدام یا مجازات دیگری مانند محرومیت از بعضی حقوق مقرر نماید؟ در مورد قوانین کیفری دیگر نیز همین سؤالها مطرح است؛ لذا در حقوق جزای اسلامی گفته می شود: ملاک وضع جزایی، حفظ مصالح ضروری و جلوگیری از تعدی و تجاوز به آن هاست. این مصالح عبارت اند از: حفظ مال، جان، نسب، عقل و دین و اسلام (ادریس، بی تا، ص. ۳۰۱). به این ترتیب مفهوم دیگر «مبانی» معیار تعیین مجازات در قوانین جزایی است. بنابراین با توجه به کلمات فقها، مبانی در فقه به معنای ملاک و یا مشروعیت مجازاتها است.

حقوق اجتماعی

حقوق اجتماعی به حقوقی گفته می شود که با هدف برطرف نمودن بی عدالتی های اجتماعی و اقتصادی برای هر فرد به عنوان اینکه در آن جامعه زندگی می کند، شناخته شده است. مراعات این حقوق مانند سایر حقوق و آزادی های طبیعی برای هر فرد امری حیاتی و اساسی است و باعث از بین رفتن تبعیض می شود (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۷۰، ص. ۱۱۰).

برخی حقوق دانان حقوق اجتماعی را چنین تعریف نموده اند:

حقوق اجتماعی حقوقی است که مقنن برای اتباع خود در روابط با مؤسسات عمومی مقرر داشته است؛ مانند: حقوق سیاسی، حق استخدام، حق انتخاب کردن و انتخاب شدن در مجالس مقننه و انجمن ایالتی و ولایتی و بلدی و در هیئت منصفه، ادای شهادت در مراجع رسمی، داوری و مصدق شدن (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص. ۲۳۰؛ حاجی تبار فیروزجایی، ۱۳۸۶، ص. ۱۲۳).

پس حقوق اجتماعی، حقوق و امتیازاتی است که در بستر جامعه برای افراد در ارتباط با سایر افراد جامعه به وجود می آید و با سرنوشت سیاسی و حیات تمام اعضای جامعه در ارتباط است. حق مشارکت در اداره کشور، انتخاب کردن و انتخاب شدن، عضویت در انجمن ها و گروه ها، اشتغال و آموزش، آزادی انتخاب محل سکونت، فعالیت اقتصادی، منع کار اجباری، نمونه هایی از حقوق اجتماعی به حساب می آیند که در قانون اساسی و یا قانون مجازات هر کشور به آن تصریح شده است.

مصادیق حقوق اجتماعی

اتباع و افراد هر جامعه ای حقوق و تکالیف به خصوصی دارند که ویژه آن جامعه است. احصای تمامی مصادیق حقوق اجتماعی چندان کار آسانی نیست، ولی در هر کشوری قوانین و عرف قضایی تا حدود زیادی مصادیق حقوق اجتماعی را مشخص نموده است. در تعیین مصادیق این حقوق باید به قوانین و مقررات

رجوع نمود. در قانون مجازات اسلامی در ماده ۲۶ چنین آمده است: حقوق اجتماعی موضوع این قانون به شرح زیر است:

الف. داوطلب شدن در انتخابات ریاست جمهوری، مجلس خبرگان رهبری، مجلس شورای اسلامی و شوراهای اسلامی شهر و روستا

ب. عضویت در شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام یا هیئت دولت و تصدی معاونت رئیس جمهور

پ. تصدی ریاست قوه قضائیه، دادستانی کل کشور، ریاست دیوان عالی کشور و ریاست دیوان عدالت اداری

ت. انتخاب شدن یا عضویت در انجمن‌ها، شوراهای احزاب و جمعیت‌ها به موجب قانون یا با رأی مردم

ث. عضویت در هیئت‌های منصفه و امان و شوراهای حل اختلاف

ج. اشتغال به عنوان مدیرمسئول یا سردبیر رسانه‌های گروهی

چ. استخدام و یا اشتغال در کلیه دستگاه‌های حکومتی اعم از قوای سه‌گانه و سازمان‌ها و شرکت‌های وابسته به آن‌ها، صداوسیما جمهوری اسلامی ایران، نیروهای مسلح و سایر نهادهای تحت نظر رهبری، شهرداری‌ها و مؤسسات مأمور به خدمات عمومی و دستگاه‌های مستلزم تصریح یا ذکر نام برای شمول قانون بر آن‌ها

ح. اشتغال به عنوان وکیل دادگستری و تصدی دفاتر ثبت اسناد رسمی و ازدواج و طلاق و دفتر یاری

خ. انتخاب شدن به سمت قیّم، امین، متولی، ناظر یا متصدی موقوفات عام

د. انتخاب شدن به سمت داوری یا کارشناسی در مراجع رسمی

ذ. استفاده از نشان‌های دولتی و عناوین افتخاری

ر. تأسیس، اداره یا عضویت در هیئت مدیره شرکت‌های دولتی، تعاونی و خصوصی یا ثبت نام تجاری یا مؤسسه آموزشی، پژوهشی، فرهنگی و علمی.

هر فردی در جامعه دارای حقوق و امتیازاتی است که نظام حقوقی آن را به رسمیت شناخته است. برخی از این حقوق مربوط به زندگی شخصی افراد است. صاحب این حقوق در اعمال آن آزاد است؛ ولی بعضی از این حقوق ماهیت اجتماعی و سیاسی دارند که در متن جامعه قابل اجراء است، به گونه‌ای که اعمال و اجرای آن با سرنوشت سایر افراد و مصالح جامعه ارتباط دارند؛ لذا در صورتی که اعمال این حقوق به مصالح و منافع افراد و جامعه آسیب بزند، قانون‌گذار از خود واکنش نشان داده و این حقوق را محدود و در بعضی موارد شخص را از این حقوق محروم می‌کند.

پس با توجه به اهمیت این موضوع در اینجا به تبیین مشروعیت و مبنای مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی از منظر نظام جزایی اسلام می‌پردازیم که دلیل بر این نوع مجازات وجود دارد یا خیر؟ مقنن به چه دلیلی و مبنایی چنین مجازاتی را وضع نموده است؟

اکنون، پس از روشن شدن مفاهیم و مصادیق حقوق اجتماعی، به بحث اصلی یعنی مبانی محرومیت از حقوق اجتماعی می‌پردازیم.

تبیین مبانی مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی

اطلاق ادله اختیارات حکومت اسلامی

از دیدگاه فقها اینکه فقیه جامع‌الشرایط با توجه به مصالح و مفاسد می‌تواند حکم حکومتی وضع نماید، هیچ اختلافی نیست (نراقی، ۱۳۷۰، ص. ۱۸۷؛ حسینی مراغی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۵۷۱؛ خمینی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص. ۴۶۷؛ فیاض، ۱۳۸۶، ص. ۱۱؛ کرکی، محقق ثانی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۱۴۳)، ولی در قلمرو وضع حکم حکومتی، نظر واحدی وجود ندارد. برخی فقها معتقدند فقیه جامع‌الشرایط فقط در موردی که شارع در آن مورد حکم شرعی جعل نکرده است، صلاحیت دارد تا با توجه به مصالح و مفاسد جامعه اقدام به وضع قانون کند. این امر سبب می‌شود که دست حکومت در وضع احکام و قوانین در منطقه الفراغ باز باشد. در حقیقت، این یک فرصت است برای حکومت اسلامی تا از این طریق بتواند بر اساس نیاز جامعه با وضع قوانین لازم و ضروری، حیات اجتماعی جامعه اسلامی را سامان بخشد. دولت اسلامی دو وظیفه دارد: (۱) تطبیق و اجرای احکام ثابت که از شارع صادر شده است؛ (۲) با توجه به شرایط خاص زمانی و مکانی، احکام متغیری را که همان احکام حکومتی هستند، وضع می‌کنند. پس هر عملی که نص بر وجوب و حرمت آن از جانب شارع صادر نشده است، حاکم اسلامی این اختیار را دارد که از آن عمل منع یا به آن امر نماید؛ اما حق دخالت در قلمرو الزامات اولیه را ندارد که آن‌ها را تغییر دهند (تسخیری، ۱۳۷۸، ص. ۶۶؛ صدر، ۱۳۸۴، ج ۲، ص. ۴۸۴؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۴، ص. ۱۵۵؛ نائینی، بی‌تا، ص. ۹۸؛ فیاض، ۱۳۸۶، ص. ۴۵).

با توجه به استدلال این دسته از فقها، فقیه جامع‌الشرایط فقط در حوزه مباحات حق وضع قانون را دارد و حق دخالت در قلمرو الزامات اولیه را ندارد، زیرا در عصر غیبت، حاکم غیرمعصوم است و امکان دارد منجر به استبداد شود؛ ولی از آنجایی که تمام قوانین و احکام بر اساس مصالح و مفاسد جامعه جعل شده است و از طرفی در شرایط کنونی هر لحظه شرایط و اوضاع جامعه در حال تحول و تغییر است، جعل قوانین فقط در مباحات نمی‌تواند از جرائم و مفاسد مختلف که با تحولات زمان رو به افزایش است، جلوگیری نماید. با این حال، این نظر اشکال دارد و نمی‌توان آن را پذیرفت. فقیه جامع‌الشرایط علاوه بر منطقه الفراغ در قلمرو الزامات نیز می‌تواند دخالت کند. اطلاق ادله ولایت فقیه این اقتضا را دارد که حاکم اسلامی در مواردی که ضرورت اقتضا نماید، این حق را دارد که به‌خاطر مصلحت جامعه اسلامی، واجبی را ممنوع و حرامی را مباح نماید. چنانچه در برخی کتب فقهی آمده است: یکی از بندهای پیمان‌نامه صلح حدیبیه ممنوعیت حج بود. هرچند حج یک تکلیف الزامی و واجب است، از آنجایی که مصلحت مسلمانان اقتضا می‌کرد که این صلح به وجود بیاید، تکلیف الزامی حج ممنوع شد (نجفی، ۱۳۸۵، ج ۲۲، ص. ۱۵۵ و ج ۱۵، ص. ۴۲۲؛ مفید، ۱۳۷۹، ج ۲، ص. ۳۴۲؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۰، ص. ۱۶۰ و ج ۱۱، ص. ۱۹۰؛ کاشف الغطاء، بی‌تا، ص. ۴۳۰).

پس اعمال ولایت از سوی حاکم اسلامی، قلمرو وسیعی را در بر می‌گیرد، مانند اجرای احکام ثانوی، مباحث مربوط به تراجم و اهم و مهم، مباحث مربوط به مصالح و منافع عامه، احداث طرق و شوارع، تصرف در اموال مجهول‌المالک، اخذ مالیات‌ها، خراج و مقاسمه، وضع عوارض و گمرکات، ایجاد محدودیت‌های گوناگون حقوقی، قضایی، کیفری، اداری و... یا به‌طور مستقیم از وظایف حاکم اسلامی است، یا باید مستند به رأی و نظر و خواست حاکم اسلامی باشد؛ زیرا این امور، از لوازم جدایی‌ناپذیر حکومت می‌باشند.

از طرفی، یکی از وظایف حکومت اسلامی قضاوت و اجرای مجازات در جامعه اسلامی است که در راستای تنظیم امور اجتماعی و حفظ نظام و مراعات اولویت مصلحت جامعه اسلامی بر مصلحت فرد و همچنین به‌خاطر پیشگیری عام از وقوع برخی جرائم، اقدام به وضع مجازات نماید که به مصلحت جامعه و شخص مجرم باشند. یکی از این مجازات‌ها، مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی است. حاکم اسلامی این حق را دارد که با توجه به جرم و مجرم و تأثیر آن جرم در جامعه، افرادی را که از موقعیت شغلی و جایگاه خود سوءاستفاده نموده و به حقوق دیگران دست‌درازی کرده‌اند، از بعضی مشاغل که امکان دارد افراد ضعیف‌النفس دوباره مرتکب خیانت شوند، محروم نماید.

با توجه به اینکه جوامع مختلف جهان اسلام، در زمان‌ها و مکان‌های مختلف، خواه‌ناخواه با ناهنجاری‌های گوناگونی مواجه خواهد بود، یکی از ضرورت‌های مدیریت این جوامع، برخورد مناسب با هنجارشکنی‌هاست. بدیهی است که تجویز یک نسخه برای تمام ناهنجاری‌ها شیوه مناسبی برای برخورد با آن‌ها نیست، چراکه واکنش جوامع به ناهنجاری‌های مختلف و روحیه افراد هنجارشکن متفاوت است. این وظیفه حاکم است که ابتدا ناهنجاری‌ها را شناسایی و سپس طریق متناسب برخورد با این ناهنجاری‌ها را به کار گیرد. از این شیوه برخورد، نتیجه مطلوب از مجازات بزهکاران حاصل خواهد شد. اگر این جهت رعایت نشود، در بسیاری از موارد واکنش در برابر متخلفین نتیجه معکوس خواهد داد. مثلاً مجرمی که در یک شرکت اختلاس کرده، اگر زندان شود، بعد از سپری کردن زندان دوباره به فعالیتش ادامه دهد. قطعاً این مجازات نتیجه مطلوب نخواهد داد. پس این متخلف علاوه بر مجازات از فعالیت در امور اجتماعی نیز محروم شود تا دوباره مرتکب جرم نشود. در شرایط کنونی در اکثر کشورها اختلاس‌های خیلی بزرگ انجام می‌شود. با اینکه عاملین اختلاس مجازات می‌شوند، نه‌تنها اختلاس ریشه‌کن نمی‌شود، بلکه بیشتر هم می‌شود. درحالی‌که یکی از اهداف مجازات این است که مجرم دوباره مرتکب جرم نشود و دیگران نیز از سرنوشت مجرم درس عبرت گرفته، دنبال جرم و بزهکاری نروند.

عمومیت ادله تعزیر

یکی دیگر از مبانای مشروعیت مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی در فقه، عمومیت ادله تعزیر است، مانند: «التعزیر بما یراه الحاکم»؛ یعنی حکومت اسلامی بنا به اقتضائات جامعه، نوع و میزان آن را تعیین می‌کند. در واقع، تعزیر صرفاً یک امر تعبدی نیست، بلکه غرض از آن تأدیب فاعل و ردع آن است؛ لذا در شریعت اسلام، تعزیر اعم از تنبیه و مجازات بدنی است و شامل هرگونه گفتار و یا کردار که مجرم را از جرمش باز دارد، می‌شود. همچنین ملاک اعمال تعزیر، ارتکاب معاصی می‌باشد و طبق قاعده «التعزیر لکل

عمل محرم»، کسی که مرتکب عمل حرام شود، حاکم اسلامی حق تعیین و اجرای تعزیر مناسب در مورد او را دارد. مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی نیز نوعی تعزیر است که حاکم اسلامی حق تعیین و اجرای تعزیر مناسب را دارد. در سیاست کیفری اسلام، مجازات تعزیر راحت‌ترین واکنش جزایی در مقابل مجرم است؛ از این جهت می‌توان گفت تعزیرات از مهم‌ترین موضوعات سیاسی کیفری اسلام است. مجازات‌های حدی بیشتر به مصالح و منافع اجتماعی توجه دارد؛ ولی در تعزیرات، وضعیت شخص مجرم یکی از اساسی‌ترین معیارها در تعیین واکنش جزایی است.

علاوه بر این، هدف از تعیین مجازات در نظام جزایی اسلام این است که هم بزهکار اصلاح شود و هم باقی افراد جامعه از سرنوشت مجرم درس عبرت بگیرند و مرتکب جرم نشوند. چنانچه امام رضا (ع) در بیان علت قطع دست سارق می‌فرماید: «فجعل قطعها نکالا و عبرة للخلق لئلا یبتغوا اخذ الاموال من غیر حلها» (نوری، ۱۴۰۸، ج. ۱۸، ص. ۹). این هدف والای شارع با تعیین مجازات یکسان برای همه مجرمین بدون در نظر گرفتن جرم و تأثیر آن در جامعه محقق نمی‌شود. ممکن است مجازات تعیین شده بر یک بزهکار اصلاً تأثیر نداشته باشد یا به‌جای اینکه اثر مثبت داشته و باعث اصلاح مجرم شود، اثر منفی داشته باشد. بنابراین ضروری است که حاکم اسلامی در تعیین مجازات مجرمین دستش باز باشد تا با توجه به جرم، مجرم و تأثیر آن، کیفر تعیین نماید و این امر با انحصار تعزیر در تازیانہ منافات دارد.

از سوی دیگر، با تغییر و ترقی جامعه، جرم و بزهکاری نیز همزمان با جامعه در حال تغییر و تحول است. در بعضی موارد، بزهکار، مرتکب جرمی می‌شود که پیامد منفی آن متوجه یک ملت، جامعه و کشور می‌شود. اگر مجازات تعزیر منحصر در تازیانہ باشد، این مجازات هیچ تناسبی با جرم ندارد. در این صورت، عملاً هدف از اعمال مجازات محقق نخواهد شد، مگر اینکه حاکم اسلامی این صلاحیت را داشته باشد که با توجه به جرم و مجرم، مجازات مناسب را تعیین نماید تا نظم و امنیت در جامعه برقرار شود. اگر تعزیر منحصر در تازیانہ باشد، این هدف حاصل نمی‌شود.

همچنین یکی از ضوابط تعزیر، اوصاف بزهکار مانند سن، جنسیت، طبقه اجتماعی، وضعیت اقتصادی، فرهنگی و سوابق خدمات یا پیشینه کیفری است (منتظری، ۱۳۶۷، ج. ۲، ص. ۳۲۳). قاضی در صدور حکم و تعیین مجازات باید تمام سوابق مجرم را در نظر بگیرد، مثلاً بزهکار اگر نوجوان یا جوانی فاقد سابقه کیفری یا دست‌کم فاقد سابقه کیفری مؤثر باشد که جهالت و غرور جوانی او را به بزهکاری کشانده است، شاید مناسب‌ترین واکنش، محدود نمودن آزادی نه لزوماً سلب آن باشد و این هدف به‌واسطه محرومیت از عبور و مرور در برخی مکان‌ها محقق می‌شود. از سوی دیگر، هدف از تعزیرات اصلاح و تربیت بزهکار است که با در نظر گرفتن شرایط زمان، مکان، ویژگی‌های اخلاقی و روانی حتی خصوصیات جسمانی بزهکار تعیین و اجرا می‌شود.

با توجه به مطالبی که بیان شد، اگر مجازات تعزیر منحصر در تازیانہ باشد، نه تنها مجرمین و بزهکاران را اصلاح و درمان نمی‌کند، بلکه مشکل و معضلات فراوانی را در جامعه به ارمغان می‌آورد. چه بسا امکان دارد مفاسد ناشی از شلاق و تازیانہ از آثار و فواید آن افزون‌تر باشد! چاره‌ای نیست جز اینکه قائل شویم

مجازات تعزیر اعم از تازیانه و غیرتازیانه است. این روش با روایات اسلامی و عقل سلیم و بنای عقلاء جهان نیز سازگار است.

از طرفی، مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی به لحاظ ماهیت فقهی تعزیر محسوب می‌شود، هرچند این مصادیق فقهی اختصاص به جرائم معین دارد، اما اقدام شارع در وضع این مصادیق نشان می‌دهد که تشریح این نوع مجازات در نظام حقوقی کیفر اسلام مورد توجه بوده و حاکم اسلامی، می‌تواند با توجه به شرایط و مصالح اقدام به وضع چنین مجازاتی نماید (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱، ص. ۴۲۰). به تعبیر دیگر، کمیت و کیفیت مجازات در اختیار حاکم اسلامی است تا آنچه را که با جرم و شخصیت مجرم تناسب دارد و مانع از تکرار جرم می‌گردد، حکم دهد. پس اساسی‌ترین عامل گرایش به این مجازات در واقع استفاده از حوزه وسیع نهاد تعزیر در نظام کیفری است، چنانچه حاکم اسلامی اعمال هر کدام از مجازات را به مصلحت فرد و جامعه بداند، محدودیتی در تعیین آن ندارد.

با توجه به آنچه بیان شد، برای امام و حاکم شرع جایز و در بعضی موارد واجب است تا با انواع عقوبت‌ها مجرم را مجازات نماید و کیفر مجرم، اختصاص به نوعی خاص از عقوبت ندارد. اینکه در بعضی روایات و عبارات فقها تعزیر فقط بر ضرب کمتر از حد اطلاق شده است، به این دلیل است که مصداق روشن تعزیر در زمان صدور روایت، ضرب بوده و نیز به این جهت است که اجرای آن نسبت به دیگر مصادیق تعزیر، در بسیاری از موارد از جهات مختلف اولویت دارد، وگرنه هیچ دلیلی مبنی بر اینکه تعزیر منحصر به مصداق خاصی از عقوبت باشد، وجود ندارد. بنابراین حاکم شرع با حفظ شرایط لازم، مثل رعایت تناسب جرم و مجازات و در نظر گرفتن مصالح مجرم و جامعه اسلامی، به هر صورت که صلاح بداند، مجرم را با توبیخ، ضرب، حبس، جریمه مالی، محرومیت از حقوق، پیشه و کار، تخریب اماکن فساد، تعطیل محل کسب و... از انجام گناه منع و از تکرار آن به وسیله او و دیگر افراد جامعه جلوگیری کند.

ادله امر به معروف و نهی از منکر

در جامعه اسلامی، تمام افراد که در آن زندگی می‌کنند، سرنوشت آنان در مسائل اجتماعی به گونه‌ای با یکدیگر گره خورده‌اند که اگر شخصی مرتکب جرمی شود، نه تنها به خود ضرر وارد می‌کند، بلکه جامعه نیز از رفتار آن زیان می‌بیند. به همین جهت، قرآن و سنت همیشه جامعه اسلامی را به این سنت الهی فرا می‌خواند، چنانچه قرآن کریم در آیه ۱۰۴ آل عمران می‌فرماید: «باید جمعی از مؤمنین دیگران را به نیکی دعوت نمایند». فقهای اسلام نیز در کتب فقهی به طور مبسوط به چگونگی آن و وظیفه افراد، مراتب و شرایط آن پرداخته‌اند. از فقهای معاصر، امام خمینی، تأسیس حکومت اسلامی را از اعظم مصادیق «معروف» می‌داند، زیرا تصرف «غیر ولی» در امور مربوط به ولایت سیاسی از مصادیق منکر است (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۵، ص. ۳۹۸). از طرفی، هر جامعه‌ای برای اجرای قوانینی که وضع می‌کند، به ضمانت نیاز دارد. در جوامع امروزی در هر کشوری، قوه مقننه عهده‌دار وضع قانون، قوه مجریه اجرای آن و قوه قضائیه ضامن اجرای آن‌هاست (علامه طباطبائی، ۱۴۱۸، ج ۴، ص. ۱۰۹).

با توجه به اهمیت امر به معروف و نهی از منکر در نظام اسلامی به خصوص در نظام کیفری، دستیابی به اهداف این فریضه الهی نیازمند اقدامات عملی از نوع محدودیت و محرومیت است که افراد را از این طریق از نقض قوانین و ارزش‌ها جلوگیری می‌کنند؛ زیرا اگر فردی مرتکب جرم شود، سبب بی‌نظمی و ناامنی می‌شود و ضررش دامن تمام افراد جامعه را می‌گیرد. از طرفی، اگر جامعه جلو هنجارشکنی چنین افرادی را نگیرد، سبب گستاخی افراد شرور و رواج جرم، معصیت، قانون‌شکنی در جامعه می‌شود. قبح و زشتی گناه و جرم را از بین می‌رود و در صورتی که گناه و قانون‌شکنی زشتی خود را از دست دهد، دیگر معصیت در آن جامعه عادی می‌شود. به همین جهت، بعضی از حقوق‌دانان در این مورد می‌نویسد: «برخورد مناسب و قاطعانه با بزهکاران و قانون‌شکنان و اجرای مجازات عادلانه از فروپاشی امنیت و آرامش جامعه جلوگیری می‌نماید و سبب احیای سلامت و بهبود روابط سالم اعضای جامعه می‌شود» (احمدی ابهری، ۱۳۷۷، ص. ۳۲۵).

از نگاه دانشمندان، سیاست جنایی زمانی کارآمد است و به هدف خود می‌رسد یا حداقل نزدیک می‌شود که از تمام روش‌های مؤثر جهت جلوگیری از انحراف و جرم در جامعه کمک بگیرد؛ یعنی فقط به روش‌های کیفری خشن و سرکوب‌گرانه که مخصوص جامعه بدوی بوده، اکتفا نکند، بلکه از تمام فاکتورها و روش‌هایی که دانشمندان حقوق جزا و سیاست جنایی توصیه نموده‌اند، استفاده نماید. لذا آنچه در سیاست جنایی و حقوق جزا مورد تأکید است، استفاده از تدابیر و روش‌های پیشگیرانه و آن هم از طریق اصلاح و درمان مجرم است. چنانچه بعضی از دانشمندان حقوق جزا در این باره می‌گوید: «روش‌های که متناسب با جرم و وضعیت جامعه باشد، نقش اساسی در مبارزه با جرم را ایفا می‌کند» (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۳، ص. ۹۷).

امر به معروف و نهی از منکر در هر مرتبه‌ای که در جامعه اجرا شود، بیانگر حساسیت جامعه در مقابل بزهکاری است. اگر این فریضه الهی در جامعه به گونه مؤثر اعمال گردد و تمام افراد جامعه به آن عمل کنند، از گسترش جرم و انحراف جلوگیری خواهد شد؛ ولی اگر در جامعه‌ای، افراد در مقابل انحراف و بزهکاری هیچ‌گونه عکس‌العملی از خود نشان ندهند یا مخالفتشان مؤثر نباشد، زمینه گسترش و ترویج جرم و بزهکاری در جامعه فراهم می‌گردد.

ممکن است گفته شود برای مقابله با گسترش ناهنجاری‌ها، ضرورتی به مداخله جامعه نیست؛ وقتی دولت به‌عنوان نماینده جامعه، با تمام قدرت با ناهنجاری و مجرمان مبارزه و برای تمام مجرمان و بزهکاران مجازات مناسب با جرم تعیین می‌کند، بساط ناهنجاری‌ها از جامعه برچیده خواهد شد. ولی می‌توان گفت بدون مداخله جامعه در برخورد و مقابله با مجرمان و پیشگیری از جرم، اقدامات دولت و حکومت مؤثر نخواهد بود (حسینی شیرازی، ۱۴۰۳، ص. ۲۴۹؛ خمینی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۴۶۴)، چراکه محیط اجتماعی در رشد مجرمانی که استعداد بالقوه دارند، مانند محیط کشت برای میکروب‌ها است که اگر جلوی آن گرفته نشود، کل جامعه را می‌گیرد. مجرمان نیز چنین‌اند؛ اگر جامعه در مقابل آن‌ها هیچ‌گونه مقاومت و واکنشی از خود نشان ندهد، مجرمان فرصت مناسبی برای به فعلیت رساندن اندیشه‌های شریبانه خود پیدا می‌کنند. بدیهی است که پیامد این امر جز افزایش مجرمان و بزهکاران و نبود امنیت در جامعه، چیزی دیگری نخواهد بود، ولی اگر اعضای جامعه به مسئولیت خود عمل و در مقابل منکرات و بزهکاری‌ها ایستادگی

کنند، فرصت بزهکاری و هنجارشکنی در جامعه از آن‌ها گرفته می‌شود. در این صورت، رشد آن‌ها متوقف می‌شود و تعداد مجرمان و بزهکاران کاهش پیدا می‌کند و جلوی تسلط و حاکمیت آن‌ها نیز در جامعه گرفته خواهد شد. فریضه امر به معروف و نهی از منکر از مهم‌ترین موانع جهت جلوگیری از مجرمان و بزهکاران به حساب می‌آید و به این جهت است که در دین اسلام سفارش زیادی به این فریضه الهی شده است.

قاعده مصلحت و مفسده

دانشوران علم کلام اسلامی و اصول فقه معتقدند تمام احکام اسلامی طبق مصالح و مفاسد واقعی است. خداوند متعال بر اساس این مصالح و مفاسد، تمام احکام شرعی را جعل نموده است (انصاری، بی‌تا، ص. ۲۷۳؛ آخوند خراسانی، ۱۳۸۳، ج. ۲، ص. ۲۳۲؛ علم الهدی، ۱۳۴۶، ج. ۱، ص. ۵۲؛ علامه حلی، بی‌تا، ص. ۱۸۵)؛ هدف شریعت، تکامل انسان‌ها و رسیدن او به کمال واقعی است و این هدف بر اساس افعال و رفتارهایی قابل دستیابی است که مصلحت و منفعت واقعی را برای انسان فراهم آورد. به همین دلیل، احکام شرعی (که همه افعال انسان را در بر می‌گیرد) دایرمدار حکمت‌هایی است که شاید عقل مستقلاً نتواند همه آن‌ها را کشف کند یا به سال‌های زیادی تجربه و بررسی‌های علمی نیازمند باشد. با این حال، پس از اینکه این احکام در شرع پذیرفته شد، عقل حکمت‌ها و مصالح آن‌ها را انکار نمی‌کند (علامه حلی، بی‌تا، ص. ۱۸۵). در نظام اسلامی، مراعات مصالح بشریت، ملاک تشریح احکام اسلامی بوده و این امر در تمام فرق و مذاهب اسلامی به‌عنوان امری مسلم پذیرفته شده است. منشأ این اعتقاد نیز قرآن کریم است که در آیات زیادی علت صدور احکام را مصالح انسان‌ها بیان می‌کند.

مثلاً در آیه ۲۱۹ سوره بقره^۱، علت تحریم شراب و قمار، مصلحت انسان اعلام شده است و از آن تعبیر به آیات شده است. به گفته مفسران، تعبیر از آیات در این آیه و آیات دیگری که چند بار پس از این آیه تکرار شده‌اند، یا به معنای ادله و حجّت‌های خداوند بر مردم است یا به معنای احکام الهی (طبرسی، ۱۳۷۳، ج. ۲، ص. ۸۵؛ لاهیجی، ۱۳۶۳، ج. ۱، ص. ۲۰۳). همه آیات الهی که مشتمل بر اوامر و نواهی شرعی‌اند، بر اساس مصلحت واقعی انسان نازل شده‌اند. همچنین در روایتی از امام صادق (ع) نقل شده است که تمام احکام الهی بر اساس حکمت و مصلحت مکلفین جعل و تشریح شده است^۲ (مجلسی، ۱۴۱۳، ج. ۶، ص. ۱۰۷). مرحوم مجلسی پس از نقل این روایت، در توضیح آن چنین می‌گوید: «خداوند هیچ حکمی را جعل و تشریح نکرده، مگر اینکه در آن حکم، حکمت و مصلحتی بوده است. مثلاً هیچ حلالی را حلال نکرده، مگر به سبب حسن آن و هیچ حرامی را حرام نکرده، مگر به دلیل قبح آن» (مجلسی، ۱۴۱۳، ج. ۶، ص. ۱۰۸).

۱. «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا» «در آن دو، برای مردم گناهی بزرگ و سودهایی وجود دارد و گناه آن دو از سود آن دو بزرگتر است».

۲. «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ سَأَلَهُ عَنْ شَيْءٍ مِنَ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ فَقَالَ إِنَّهُ لَمْ يُجْعَلْ شَيْءٌ إِلَّا لِشَيْءٍ» «هیچ حکمی شرعی تشریح نشده است، مگر به سبب حکمتی».

همان‌طور که بیان شد، تمام احکام و قوانین الهی بر اساس مصالح انسان‌ها جعل و تشریح شده و از طرفی با توجه به دو بعدی بودن انسان‌ها، یعنی بعدی مجرد و مادی، بالطبع دارای نیازهای ثابت و متغیر است که نیازهای ثابت و پایدار به بعد مجرد انسان‌ها مربوط می‌شوند و از آنجاکه بعدی مادی انسان‌ها همیشه دچار تحول و تغییر است، احتیاج به احکام متغیری دارند که بر اساس مصالح و مفاسد متغیر او وضع شوند. ابوعلی سینا، یکی از فیلسوفان اسلامی در این باره می‌فرماید: «احکام سیاسی و اداره جامعه متغیر است و شرایط زمان در آن مدخلیت تام دارد؛ لذا احکام این حوزه، محتاج اجتهاد و کسب مشاوره از اهل مشورت است» (ابن سینا، ۱۴۰۴، ص. ۴۵۴).

از سوی دیگر، مجازات تعزیر هم یکی از احکام متغیر است که بر اساس نیازهای جامعه اسلامی باید تغییر نماید. حاکم و قاضی، مجازاتی را برای مجرم در نظر بگیرد که مصلحت جامعه و مجرم را تأمین نماید؛ چون در اسلام هدف اصلی، مجازات نیست، بلکه مجازات وسیله‌ای برای بازدارندگی مجرم از تکرار جرم و پیشگیری سایر افراد جامعه از ارتکاب جرم است. به همین جهت در اسلام تأکید شده است که مجرم را به گونه‌ای مجازات نماید که برای مجرم و افراد جامعه بازدارندگی داشته باشد تا اهداف و اغراض قانون‌گذار از وضع و جعل حکم محقق شود. چنانچه بعضی از حقوق‌دانان می‌گویند:

مجازات زندان برای بعضی از مجرمان نه‌تنها کوچک‌ترین اثر بازدارندگی و تنبیه ندارد، بلکه در مواردی مطلوب آنان نیز هست. در آن صورت، برای حفظ مصلحت جامعه و جلوگیری از فساد باید به مجازات‌های جایگزین اندیشید و برای مثال از محرومیت اجتماعی بهره جست.

(آشوری، ۱۳۸۵، ص. ۸۵)

بر این اساس، قانون‌گذار تلاش می‌کند که هم جامعه را در برابر مجرمان خطرناک حفظ کند و هم مجرمان را با اجرای مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی اصلاح و زمینه ورود دوباره آن‌ها را در جامعه فراهم کند؛ زیرا فرض این است افرادی که یک مرتبه مرتکب جرم شده‌اند و از موقعیت خود سوءاستفاده نموده‌اند، اگر دوباره در سرنوشت اجتماعی، مدنی یا سیاسی جامعه حاکم گردند، از آنجایی که دارای حالت خطرناک‌اند، دخالت او در امور سرنوشت‌ساز جامعه، جامعه را آسیب‌پذیر می‌سازد. بدین جهت، قانون‌گذار با تعیین مجازات مناسب سعی نموده است دست این افراد را از بعضی مشاغل و مناصب حساس جامعه کوتاه نماید. چنانچه امام علی (ع) در مورد برخی کارکنان بیت‌المال که از بیت‌المال دزدی کرده بود، دستور داد علاوه بر اینکه آن‌ها را در بین جامعه خوار و ذلیل نمایند، از مقامشان نیز برکنار کنند تا دوباره به بیت‌المال مسلمانان خیانت نکنند، مهم‌تر از همه که امام می‌فرماید: «مقام و کاری دیگری به او داده نشود و عار تهمت به دلیل سابقه سوء بر گردن او گذارده شود»^۱ (نهج البلاغه، نامه ۵۳). بنابراین، مصلحت جامعه اقتضا می‌کند که چنین افرادی از مشاغلی که در آن مشاغل مرتکب جرم شده‌اند و همچنین مشاغلی که امکان دارد شخص مجرم را دوباره به سوی ارتکاب جرم بکشاند، محروم نمود؛ زیرا در جامعه امروزی، سرنوشت افراد چنان به هم وابسته و گره خورده‌اند که اخلال در یک مورد، تأثیر منفی بر تمام زندگی افراد جامعه

^۱ «ثم نصبته بمقام المذلة، و وسمته بالخيانة، و قلته عار التهمة».

می‌گذارد. وابستگی امور زندگی افراد جامعه، همانند حلقه‌های بازی دومینو می‌ماند که اگر یکی از آن حلقه‌ها بیفتد، بقیه نیز خواهند افتاد. مثلاً اگر فردی امنیت جامعه را تهدید کند، نه تنها امنیت، بلکه تمام امور اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و سیاسی را به خطر خواهد انداخت. همچنین اخلال در اقتصاد کشور موجب می‌شود که امنیت جامعه و دیگر امور اجتماع با خطر مواجه شود. مثلاً شیوع رشوه، رانت‌خواری، اختلاس و احتکار در یک جامعه که از مصادیق آشکار اخلال در نظام اقتصادی محسوب می‌شوند، به پایه‌های اصلی جامعه مانند فرهنگ، امنیت و... نیز آسیب خواهد رساند. نظام جزایی اسلام با توجه به تبعات این نوع جرائم در جامعه، بزه‌کاریانی که مصالح و امنیت جامعه را به مخاطره می‌اندازند، از بعضی حقوق که در تضاد با منافع جامعه اسلامی است، محروم نموده‌اند تا از این طریق از جامعه اسلامی حمایت نماید.

تقدیم مصلحت عام بر خاص

هرکسی که به فطرت و عقل خویش مراجعه کند، به‌خوبی درک می‌کند که هر انسان عاقل و مختار، هر کاری را که انجام می‌دهد، به‌خاطر منفعت و مصلحتی است که در آن عمل وجود دارد. همان مصلحت، انگیزه و علت غایی می‌شود که مکلف آن کار را انجام دهد. اگر امر دایر شود بین مصلحت اهم و مهم، مکلف مختار، مصلحت مهم‌تر را ترجیح می‌دهد. حکومت‌ها نیز در صورت تعارض مصالح، مصلحت اهم را بر مصلحت مهم ترجیح می‌دهند. چنانچه امام خمینی، فقیه متجدد قرن حاضر، می‌فرماید: «حکومت اصولاً قائم به تصرفاتی است که در امور نوعی مردم به عمل می‌آید و در موارد تعارض و برخورد با حقوق فردی و احياناً جمعی، حفظ نظام و مقررات حاکم به مصلحت عمومی، مقدم بر مصلحت فردی است» (خمینی، ۱۳۶۹، ج ۲۱، ص ۴۳). بنابراین، مصالح معتبری که شارع مقدس به دنبال آن هستند و بندگان را مأمور به رعایت آن‌ها نموده است، مقدم بر مصالح خاصه است تا از این طریق، امنیت فردی و اجتماعی تأمین گردد. از همین رو، خداوند متعال در قرآن کریم، جهاد را که یک مصلحت عمومی است، بر مصلحت خانواده مقدم دانسته است:

ای رسول ما امت را بگو که اگر شما پدران و پسران و برادران و زنان و خویشاوندان خود و اموالی که جمع آورده‌اید و مال‌التجاره‌ای که از کسادی آن بیمناکید و منازلی را که به آن دل خوش داشته‌اید بیش از خدا و رسول و جهاد در راه او دوست می‌دارید منتظر باشید تا خدا امر خود را جاری سازد (و اسلام را بر کفر غالب و فاتح گرداند و شما دنیاطلبان بدکار از فعل خود پشیمان و زیانکار شوید) و خدا فسّاق و بدکاران را هدایت نخواهد کرد^۱ (توبه ۲۴).

قرآن کریم در این آیه، جهاد در راه خدا را که یک مصلحت عام است، بر مصالح خانوادگی و خویشاوندی مقدم داشته و کسانی را که از جهاد امتناع ورزند، به عذاب سخت تهدید نموده است. اگر مصلحت عامه که جهاد در راه خدا و دفاع از دین و کشور اسلامی است، مقدم بر مصلحت شخصی نمی‌بود، خداوند متعال ترک‌کنندگان جهاد را به‌عنوان فاسق خطاب نمی‌کرد.

۱. «قُلْ إِنْ كَانَ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ وَإِخْوَانُكُمْ وَأَزْوَاجُكُمْ وَعَشِيرَتُكُمْ وَأَمْوَالٌ اقْتَرَفْتُمُوهَا وَتِجَارَةٌ تَخْشَوْنَ كَسَادَهَا وَمَسَاكِنُ تَرْضَوْنَهَا أَحَبُّ إِلَيْكُمْ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَجِهَادٍ فِي سَبِيلِهِ فَتَرَبَّصُوا حَتَّى يَأْتِيَ اللَّهُ بِأَمْرِهِ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْفَاسِقِينَ»

در همین راستا، پیامبر گرامی اسلام (ص) نیز در زمان حکومت‌شان در مدینه، شرکت در نماز جماعت را برای همه مسلمین واجب اعلام نمود و فرمود: «در مسجد حضور یابید و گرنه خانه‌هایتان را می‌سوزانم»^۱ (حر عاملی، ۱۴۰۸، ج ۷، ص ۲۹۱). در حالی که شرکت در نماز جماعت حتی برای کسانی که همسایه مسجد هستند، واجب نیست، چه رسد برای دیگران. در شرع مقدس هم هیچ مجازاتی برای کسانی که در نماز جماعت شرکت نمی‌کنند، تعیین نشده است. با این حال، پیامبر گرامی اسلام (ص) به‌خاطر مصلحتی که در آن زمان در شرکت نماز جماعت وجود داشت، از جمله حضور مسلمانان در صحنه و اتحاد آنان و شکستن توطئه دشمنان اسلام، این عمل مستحب را برای مسلمانان واجب و برای ترک آن مجازاتی به‌عنوان تعزیر حکومتی تعیین نمودند. این حکم از باب تقدم مصلحت عمومی بر مصلحت شخصی است و گرنه دیگر وجهی ندارد.

بر این اساس، تجویز محرومیت از حقوق اجتماعی در مورد بعضی از اشخاص که مرتکب جرمی شده‌اند، به‌خاطر حفظ مصلحت عمومی است که امام علی (ع) می‌فرماید: «بر امام مسلمانان واجب است که دانشمندان فاسق و طیبیان ناشی و کرایه کاران ورشکسته را از آن کار محروم و آن‌ها را زندانی کند»^۲ (حر عاملی، ۱۴۰۸، ج ۱۸، ص ۲۲۱). در واقع هدف از این مجازات، همان‌طور که امام علی (ع) در مورد عالمان فاسق و طیبیان جاهل بیان نموده، این است که وجود این افراد در مشاغل حساس جامعه مانند قضاوت و طبابت و امثال آن، به‌خاطر داشتن حالت خطرناک، امنیت و مصلحت جامعه را با خطر روبه‌رو می‌کند؛ لذا امام می‌فرماید: چنین افرادی باید از مشاغل حساس جامعه برکنار و زندانی شوند تا جامعه از خطر آن‌ها در امان باشد. بدین ترتیب، در صورت تحقق چنین امری، جنبه حفظ امنیت و مصلحت جامعه بر مصلحت فرد برتری پیدا می‌کند. از این روایات هم به‌خوبی فهمیده می‌شود که در اسلام، مصلحت عامه از اهمیت زیادی برخوردار است. شارع مقدس به‌خاطر حفاظت از حقوق عامه، شخص مجرم و بزهکار را از بعضی حقوق مسلم او محروم می‌کند.

محرومیت و برکناری مجرم از بعضی مشاغل، هم به مصلحت جامعه است و هم به مصلحت فرد مجرم. این امر، زمینه اصلاح و تربیت او را نیز فراهم می‌کند و با اعمال تدابیری مرتبط با جرم، زمینه هر نوع ارتکاب خطا را از او می‌گیرند و از سقوط مجدد او در بزهکاری، از طریق ایجاد موانع در انجام فعالیت مجرمانه و دور کردن مجرم از محیط‌هایی که جنبه جرم‌زایی برای وی دارد، جلوگیری می‌شود. این نوع مجازات را حاکم می‌تواند مطابق با مصلحت‌ها و مقتضیات زمان در برخورد با مجرمانی اعمال کند که استعداد جرم در آن مشاغل را دارند.

پیشگیری از فساد

انسان در بهره‌گیری از مواهب طبیعی به سود خود، دارای اراده سیری‌ناپذیری است تا آنجا که در بعضی موارد، این بهره‌گیری منجر به فساد می‌شود؛ لذا جهت مبارزه و جلوگیری از فساد، در نظام اسلامی، کیفر

۱. «قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص. لِقَوْمٍ تَلَحُّضْنَ الْمَسْجِدَ أَوْ لِأَحْرِقَنَّ عَلَيْكُمْ مَنَازِلَكُمْ».

۲. «يَجِبُ عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يَحْبَسَ الْفَسَاقَ مِنَ الْعَمَاءِ وَالْجَهَالَ مِنَ الْأَطْبَاءِ وَالْمَقَالِيسَ مِنَ الْأَكْرَبَاءِ».

به‌عنوان مهم‌ترین ابزار برای پیش‌گیری و تکرار جرم در جامعه مطرح می‌شود. به همین دلیل، کیفر به‌عنوان آخرین راه‌حل می‌تواند نقش مهمی در جلوگیری از نابسامانی اجتماعی ایفا کند.

در قرآن کریم، آیات فراوانی وجود دارد که از بین بردن فساد از جامعه و پیشگیری از وقوع جرائم را تکلیف همه افراد جامعه می‌داند و همچنین عمل نکردن به تکلیف امر به معروف و نهی از منکر را سبب از بین رفتن تمدن و امنیت جامعه بشری دانسته تا آنجا که همه مردم، حتی صالحان جامعه را در صورت سکوت در برابر بزه‌کاران و خلاف‌کاران مستحق عقاب دانسته‌اند. این آیات به‌صورت مختلف آمده است. گاهی به‌صورت فعل امر آمده است: ای انسان‌ها، بعد از اصلاح و ایمان به خداوند متعال در زمین فساد نکنید^۱ (اعراف ۵۶). گاهی نیز در قالب توبیخ گذشتگان بیان شده است که چرا مانع فساد و تباهی نشدند^۲ (هود ۱۱۶).

با توجه به مفهوم کلی آیات فوق، مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی را می‌توان یکی از مصادیق بارز و آشکار از بین بردن فساد از جامعه و پیشگیری از جرائم دانست که در قرآن مجید مورد توجه قرار گرفته است. اگرچه با این استدلال نمی‌توان به مشروعیت تمامی انواع محرومیت از حقوق اجتماعی حکم داد؛ ولی از آیات مذکور به‌طور اجمال، مشروعیت مبانی مجازات فرعی به دست خواهد آمد؛ زیرا هدف از اجرای این نوع مجازات، بازاجتماعی شدن مجرم و جلوگیری از تکرار جرم است. مثلاً اگر فردی یک مرتبه شهادت دروغ داده است، در نظام عدالت قضایی اسلام، جهت جلوگیری از شیوع فساد و تکرار دوباره چنین اعمالی، شهادت چنین فردی قابل قبول نیست؛ چنانچه در قرآن کریم آمده است: «هرگز شهادت آن‌ها را نپذیرید و ایشان مردمی فاسق و تبه‌کارند»^۳ (نور ۴). در نظام کیفری اسلام، جرائم در عین حال که اعمالی برخلاف ارزش‌های اخلاقی و کرامت انسانی هستند و ارتکاب آن‌ها انسان را مستحق کیفر می‌کند، به نوعی به منافع و مصالح اجتماعی انسان نیز مربوط می‌شود و تهدیدی علیه حیات اجتماعی او و همچنین جامعه می‌باشند. تعیین مجازات مناسب برای چنین رفتاری، بدون تردید برای مقابله با این تهدیدات و تضمین حیات اجتماعی برای انسان است یا اگر قاضی در منصب قضاوت مرتکب جرم شود، از آنجایی که در اسلام یکی از شرایط مهم قاضی، عدالت است، در صورتی که مرتکب خلاف شود، دیگر شرایط قضاوت را ندارد (هود ۱۱۳)^۴؛ چون در جامعه به شخص قاضی اعتماد حاصل می‌شود، بدیهی است که اعتماد جامعه به افراد مانند قاضی به این جهت است که این افراد در راستای منافع جامعه فعالیت می‌کنند. اگر این افراد از وظیفه‌شان سوءاستفاده کرده و به ضرر جامعه فعالیت کنند، جامعه از حکومت انتظار دارند با این اشخاص متناسب با جرم ارتكابی برخورد نماید. اگر این انتظار جامعه برآورده نشود، اعتماد جامعه نه‌تنها از شخصی که مرتکب جرم شده است سلب می‌شود، بلکه از تمام اشخاص که در مناصب مختلفی سیاسی، اقتصادی

۱. «وَلَا تَقْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا وَادْعُوهُ خَوْفًا وَطَمَعًا إِنَّ رَحْمَتَ اللَّهِ قَرِيبٌ مِنَ الْمُحْسِنِينَ».

۲. «قُلْ لَا كَانَ مِنَ الْقُرُونِ مِنْ قَبْلِكُمْ أُولُوا بَقِيَّةً يَنْهَوْنَ عَنِ الْفَسَادِ فِي الْأَرْضِ إِلَّا قَلِيلًا مِمَّنْ أَنْجَيْنَا مِنْهُمْ وَاتَّبَعَ الَّذِينَ ظَلَمُوا مَا أُتْرِفُوا فِيهِ وَكَانُوا مُجْرِمِينَ».

۳. «وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ».

۴. «وَلَا تَرْكَبُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَمَا تَمْسِكُمُ النَّارُ».

و اجتماعی در حال انجام وظیفه هستند، سلب خواهد شد. مصلحت جامعه اقتضا دارد افرادی که از مسئولیت و جایگاه خود سوءاستفاده کرده‌اند، جهت جلوگیری از فساد از آن منصب عزل شوند تا دیگر مرتکب جرم نشوند.

این دسته از مجرمان، اغلب مجرمان سابقه‌دار و حرفه‌ای‌اند که غالباً ارزش‌های جامعه را زیر پا گذاشته و به شرارت و خودسری خود ادامه و به منافع اشخاص و جامعه تجاوز می‌کنند. حضور چنین افرادی برای مصالح و منافع جامعه خطرناک است. به همین جهت در نظام جزایی اسلام، دست چنین اشخاصی را از جامعه کوتاه و آنان را از صحنه جامعه دور کرده و به مجازات متناسب با جرم محکوم می‌کنند. یقیناً هیچ عقل سالمی از بزهکاران انتظار ندارد که آنان دوباره مرتکب جرم نشوند، مگر آنکه قبلاً درباره آنان اقدامات و روش‌هایی که متناسب با تمدن امروزی است، بکار برده شده باشند و مجرم را از مکان و وسیله‌ای که او را به جرم وسوسه می‌کند، دور نمود.

سیره عقلا

یکی دیگر از مبانی مجازات در فقه، به‌خصوص مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی، سیره عقلا است. فقها در موارد زیادی به سیره عقلاء استناد نموده‌اند. از جمله آن‌ها وضع و تصویب قانون و مقررات، جرم‌انگاری، وضع مجازات و محدود نمودن آزادی‌های افراد است (طوسی، ۱۳۵۱، ج. ۸، صص. ۲۴-۲۵). هدف از تصویب قوانین جزایی در تمام نظام‌های حقوقی کیفری معاصر، از بین بردن تبعیض، برقراری امنیت عمومی و فردی، اداره جامعه، حفظ نظام، وضع مقررات و مجازات مجرمان است. اگر ترس مجرمان و جنایت‌کاران از مجازات نباشد، حرمت جان، مال و عرض افراد جامعه از بین می‌رود و هرج و مرج جامعه را فرا می‌گیرد؛ در هر عصر و زمانی، سیره عقلای عالم نیز بر وضع مقررات و محدود نمودن آزادی‌ها قرار گرفته است (منتظری، ۱۳۶۷، ج. ۲، ص. ۳۰۹؛ ابن‌زهره حلبی، ۱۴۱۷، ص. ۴۳۰).

بنای تمام عقلای عالم بر این است که جهت پیشگیری از تکرار جرم و تأمین امنیت، اصلاح امور جامعه و اداره حکومت، اشخاصی را که یک مرتبه مرتکب جرم شده‌اند و انتظار می‌رود در آینده دوباره مرتکب جرم شوند، از تصدی بعضی مشاغل محروم نمایند. این امری است که تا حدودی در تمام نظام‌های حقوقی جزایی دنیا پذیرفته شده است. نظام جزایی اسلام نیز در راستای برقراری نظم و امنیت، چنین افرادی را از مشاغل که زمینه جرم را تسهیل می‌کند، محروم نموده است تا از وقوع جرم پیشگیری نماید (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸، ص. ۲۵). با توجه به آنکه اکثر مجازات‌های محرومیت از حقوق اجتماعی در قالب محرومیت از مسئولیت‌های اجتماعی است، از نظر تعیین صلاحیت نیز می‌توان به این مقوله پرداخت. به همین جهت، در فقه یا قانون برای به عهده گرفتن برخی مسئولیت‌های مهم سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و معنوی، شرایطی مانند عدالت، عدم محکومیت به مجازات حدی و مانند آن‌را پیش‌بینی نموده است. این امر را می‌توان با توجه به بنای عقلاء مبنی بر دارا بودن برخی شرایط برای تصدی این امور دانست.

چنان‌که امروزه در تمام قوانین کشورهای جهان، اگر کسی بخواهد عهده‌دار مسئولیت اجتماعی شود، شرایطی را در نظر گرفته‌اند مانند: سن، تحصیلات و... در کنار این‌ها، شرایط دیگری نیز قرار داده‌اند که

از همه مهم‌تر، عدم سابقه ارتکاب جرائم ضد بشری و محکومیت کیفری است. این امر می‌تواند مبنا و مشروعیت مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی تلقی شود؛ یعنی اگر قانون‌گذار، عدم سابقه ارتکاب جرم یا محکومیت کیفری را از شرایط پذیرش مسئولیت‌های اجتماعی قرار دهد، نه تنها مخالف با شرع نیست، بلکه موافق و مورد تأیید شرع خواهد بود؛ زیرا شارع مقدس، مسلک جدای از روش عقلا ندارد.

نتیجه‌گیری

یکی از مجازات‌هایی که امروز در نظام جزایی مطرح است، مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی است. این نوع مجازات که مبتنی بر محرومیت از سرمایه‌های فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و اقتصادی بزهکاران است، از زوایای مختلفی در پرده ابهام قرار دارد. یکی از آن زوایا، مبانی و مشروعیت این مجازات است که در کتب فقهی به صورت مستقل بحث نشده است؛ ولی از عمومات و اطلاقات که در فقه آمده است، می‌توان مبانی این نوع مجازات را به دست آورد. این تحقیق کوشیده است از کلمات فقه‌ها، مبانی این نوع مجازات را استخراج نماید.

یکی از مبانی مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی، اطلاق ادله حکومت اسلامی است. از منظر فقیهان امامیه، وضع و اجرای مجازات تنها در صلاحیت مقامات صالح یک نظام حقوقی است تا بر اساس مصالح و مفاسد جامعه، مجازات را برای بزهکار تعیین نماید. همچنین حاکم اسلامی این اختیار را دارد که با توجه به شرایط فرهنگی جامعه، خصوصیات روحی، اجتماعی و خانوادگی بزهکار، آنچه را در این مسیر مصلحت می‌داند، به عنوان مجازات تعزیری تعیین نماید. یکی از مجازات‌هایی که می‌تواند در اصلاح مجرم و بزهکار مؤثر باشد، مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی است تا از این طریق، دست کسانی را که منافع جامعه را به خطر می‌اندازند، کوتاه نمود.

همچنین یکی دیگر از مبانی مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی، ادله امر به معروف و نهی از منکر و پیشگیری از فساد در جامعه می‌باشد. در جامعه اسلامی، مجازات به عنوان مهم‌ترین ابزار برای پیش‌گیری و تکرار جرم در جامعه مطرح می‌شود. مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی، یکی از مصادیق بارز از بین بردن فساد از جامعه و پیشگیری از جرائم است. همچنین سیره تمام عقلاى عالم بر این است که به خاطر تأمین امنیت جامعه، تنظیم و اصلاح امور جامعه، جهت پیشگیری از تکرار جرم، افرادی را که یک مرتبه قانون‌شکنی و به حقوق افراد دست درازی نموده است، از تصدی بعضی مشاغل حساس محروم نماید تا دوباره مرتکب جرم نشود. فقه‌های امامیه نیز در راستای برقراری نظم و امنیت در جامعه اسلامی، با برکنار نمودن برخی افراد از موقعیت‌های مجرمانه و مشاغلی که امکان جرم را تسهیل می‌کند، از وقوع مجدد جرم و تجاوز به حقوق افراد جلوگیری نموده‌اند.

از طرفی دیگر، نظام اسلامی با هر شخصی که مصالح عمومی را با اعمال و رفتارهای خلاف قانون خود به خطر بی‌اندازد، مقابله می‌نماید و با وضع مجازات‌های مناسب، جلوی قانون‌شکنی او را در جامعه می‌گیرد. از وظایف دولت اسلامی است که از حقوق جامعه در مقابل اخلاص‌گران دفاع کند؛ همچنین از نظر شارع مقدس، امنیت و مصلحت جامعه بر مصلحت فرد برتری دارد؛ حاکم اسلامی جهت حفظ منافع و

مصالح جامعه اسلامی شدیداً حساس است و در صورتی که این مصالح توسط بعضی افراد خطرناک با خطر مواجه شوند، حاکم اسلامی با مجازات‌های مناسب شدیداً واکنش نشان می‌دهد. پس مبانی و مشروعیت مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی، اگرچه در فقه به صورت مستقل بحث نشده است، ولی از عمومات و قواعد که در فقه آمده، می‌توان مبانی این نوع مجازات را به دست آورد.

منابع

- قرآن کریم
نهج البلاغه
- ابن زهره حلبی، حمزه بن علی. (۱۴۱۷). *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- ابن سینا، علی. (۱۴۰۴). *الشفاء الالهیات*. قم: منشورات مکتبه آیت الله العظمی المرعشی النجفی.
- آشوری، محمد. (۱۳۸۵). *جایگزین های زنان یا مجازات های بینابین*. تهران: نشر گرایش.
- تسخیری، محمدعلی. (۱۳۷۸). *العمل الحكومي ودوره فی تحقیق مسئولیات دولة الاسلامیه*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۸). *ترمینولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش.
- حاجی ده آبادی، محمد علی. (۱۳۸۳). امر به معروف و نهی از منکر و سیاست جنایی. *مجله فقه و حقوق*، ۱.
- حاجی تبار فیروزجایی، حسن. (۱۳۸۶). *جایگزین های حبس در حقوق ایران*. تهران: انتشارات فردوسی.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۸). *وسایل الشیعه الی التحصیل الشریعه*. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حسینی شیرازی، سید محمد. (۱۴۰۳). *الفقه السیاسی*. قم: مطبعة رضایی.
- خمینی، سید روح الله. (۱۳۶۹). *صحیفه نور*. تهران: مرکز مدرک فرهنگ اسلامی.
- خمینی، سید روح الله. (بی تا). *کتاب البیع*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خوناساری، سید احمد. (۱۴۰۵). *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*. قم: انتشارات اسماعیلیان.
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲). *مبانی تکملة المنهاج (القضاء و الحدود)*. قم: موسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
- شیرازی، ناصر مکارم. (۱۴۱۸). *أنوار الفقاهة - کتاب الحدود و التعزیرات*. قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر. (۱۳۷۰). *آزادی های عمومی و حقوق بشر*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- طباطبایی، سید محمدحسین. (۱۴۱۸). *المیزان فی تفسیر القرآن*. قم: دارالکتب الاسلامیه.
- طبرسی، ابو علی فضل بن حسن. (۱۳۷۳). *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*. تهران: انتشارات ناصر خسرو.
- طریحی، فخر الدین. (۱۴۰۳). *مجمع البحرین*. تهران: مرتضوی.
- طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. (۱۳۵۱). *المبسوط فی الفقه الامامیه*. تهران: المکتبه المرتضویه.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (بی تا). *شرح تجرید*. مشهد: کتابفروشی جعفری.
- فتاحی، سید محسن. (۱۳۹۲). *دامنه اختیارات حکومت اسلامی در جعل قانون از منظر فقه*. *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ۵ (۹).
- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب. (بی تا). *القاموس المحيط*. بی جا: بی نا.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۷). *مبانی حقوق عمومی*. تهران: نشر دادگستر.
- لاهیجی، علی شریف. (۱۳۶۳). *تفسیر لاهیجی*. تهران: مؤسسه مطبوعاتی علمی.
- مجلسی، محمدباقر. (۱۴۱۳). *بحار الانوار*. تهران: اسوه.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۰۶). *قواعد فقه*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مطهری، مرتضی. (۱۳۶۸). *اسلام و مقتضیات زمان*. قم: صدرا.
- معلوف، لويس. (۱۳۸۶). *المنجد (عربی به فارسی)*. (محمد بندر ریگی، مترجم). تهران: انتشارات ایران.
- منتظری، حسینعلی. (۱۳۶۷). *دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه*. تهران: کیهان.

منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹). مبانی فقهی حکومت اسلامی. (محمود صلواتی و ابوال شکوری، مترجمان). قم: مؤسسه کیهان.

- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۲۷). فقه الحدود و التعزیرات. قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید «ره».
- نائینی، میرزا حسین. (بی تا). تنبیه الامه و تنزیه المله. قم: مؤسسه احسن الحدیث.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین. (۱۳۸۳). پیشگیری عادلانه از جرم. مجموعه مقالات. تهران: سمت.
- نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۳۷۰). عوائد الایام. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵). مستند الشیعة فی أحكام الشریعة. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- نوری، حسین بن محمد تقی. (۱۴۰۸). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. قم: مؤسسه آل البيت (ع).

Table of Contents

- Model of the Degrees of Obedience to Parents: An Analysis and Examination of the Perspectives of Islamic Jurists / 3**
Hossein Hajipour, Hossein Deldar & Marzieh Alizade Ivvari
- A Reflection on the Quality of Administering the Secondary Oath by the Heir of the Right Holder: The Subject of Article 279 of the Civil Procedure Code / 23**
Sediqeh Hatami, Taher Ali Mohammadi & Karim Kukhaizadeh
- Analysis of the Actus Reus of the Crime of Conspiracy Against the Security of the State / 43**
Hassanreza Fahimi & Abdolreza Javan Jafari Bojnordi
- Adapting the Elements of Usurpation (Ghasb) to Intellectual Property Rights in Islamic Jurisprudence (Fiqh) and Iranian Law / 63**
Ali Jahannian, Sayyid Ali Alavi Qazvini, Sayyid Hassan Shubairi Zanjani & Siamak Qiasi Sarki
- Study on the Feasibility of Modifying Fixed Islamic Penalties Within Islamic Jurisprudence / 83**
Sayyid Muhammad Hosseini, Muhammad Baqer Girayeli, Abbas Sheikholeslami & Morteza Norouzi
- Maṣabb al-Da'wā: As a Criterion in Describing the Plaintiff Concerning the Subject Matter in Civil Lawsuits (Based on the Opinions of Imam Khomeini (RA)) / 103**
Morteza Keshavarzi Valdani
- A Reflection on the Jurisprudential Foundations of Iranian Article 562 of the Islamic Penal Code (2014) / 121**
Abdul Khaliq Fasihi, Ahmad Haji Dehabadi & Seyyid Hassan Vahdati Shobeiri
- A Jurisprudential Examination of Defense and Iran's Advisory Presence in the West Asia Region (With Emphasis on Syria and Iraq) / 139**
Hasan Mohseni & Muhammad Barari
- Legal and Jurisprudential Applications of the Rule of Ghurūr (Deception) in Marital Relations / 153**
Sayyid Mojtaba Hosseinalmousavi & Mahanz Moaleai
- Studying the Rule for Resolving Adoption Conflicts in Iranian Law and International Documents / 171**
Ahmad Fadavi, Muhammad Laelalizadeh & Muhammad Reza Taqavi
- A Jurisprudential Analysis of the Bindingness (Luzūm) or Permissibility (Jawāz) of Bay' Mu'āṭātī (Sale by Conduct) in Cases of Loss (Talaf) of Considerations ('Awaḍayn) / 191**
Ahmad Saberimajd & Sayyid Abdolrahim Hosseini
- Feasibility Study of the Rule of Permissibility of Good Things and Prohibition of Impure Things in Islamic Jurisprudence / 209**
Sayyed Mahmud Hal Ataei
- Principles of Social Rights Deprivation as a Form of Punishment in Islamic Criminal Justice System / 229**
Ebrahim Mirzaei, Reza Daneshvarsani & Hassan-Ali Akhlaqi Amiri



*Studies of Islamic
Jurisprudence and
Basis of Law*

Vol. 18, No. 2, Issue 50,
Fall & Winter 2024

Executive Manager
Sayyid Muhammad
Mahdi Hosseini

Executive Director
Muhammad Hossein
Golyari

Translator
Muhammad Hossein
Golyari

**Language Editor &
Page Designer**
Pirayeshe Qalam Services

Website
<https://fvh.journals.miu.ac.ir>

Print run: 100 copies
Price: 1,000,000 IRR
Printed by: Al-Mustafa
Digital Printing House

Address
Research Department,
Al-Mustafa International
University, Shahid
Modarres 1, 7th Floor,
Shahid Modarres Blvd.,
Mashhad, Iran

Phone: (+98)51-32211821
Fax: (+98)51-32217167
Postal Code: 9133936316

Publisher: Al-Mustafa International University
**Place of Publication: Al-Mustafa International
University, Khorasan**
Director-in-Charge: Ruhollah Saeedi Fazel
Editor in Chief: Karim Abdollahi Nejad

Editorial Board:

Karim Abdollahi Nejad
(Professor, Ferdowsi University of Mashhad)
Muhammad Faker Meybodi
(Professor, Al-Mustafa International University)
Mohsen Malek Afzali Ardakani
(Professor, Al-Mustafa International University)
Hossein Hatami
(Professor, Teejart University, Istanbul)
Yaqoub Ali Borji
(Associate Professor, Al-Mustafa International University)
Muhammad Ali Khorsandiyani
(Associate Professor, Shiraz University)
Abbas Ali Soltani
(Associate Professor, Ferdowsi University of Mashhad)

Scope of the Journal

This journal focuses on Islamic jurisprudence (Fiqh), promoting scholarly research and critical analysis of contemporary jurisprudential and legal issues, particularly within the Islamic world.

Scientific Accreditation

This journal was accredited by the Ministry of Science, Research, and Technology under letter No. 64862/18/3 (June 27, 2015) and has held scientific ranking since Issue No. 28.

This journal collaborates with the Scientific Association of Fiqh and Citizenship Rights.

The views expressed in this journal do not necessarily reflect those of the editorial board.

The journal reserves the right to edit all submitted manuscripts. Content from this journal may be reproduced with proper citation.

Indexing & Abstracting:

Islamic World Science Citation Center (ISC) (*isc.ac*)
Al-Mustafa International University Journals Database
(*journals.miu.ac.ir*)
Directory of Open Access Journals (DOAJ) (*doaj.org*)
Noor Specialized Journals Database (*noormags.ir*)
Scientific Information Database of Jihad-e-Daneshgahi (SID) (*sid.ir*)
Magiran (Iranian Journal Database) (*magiran.com*)
Google Scholar (*scholar.google.com*)