# مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق

**دورهٔ ۱۹، شمارهٔ ۱، پیاپی ۵۱،**
**بهار و تابستان ۱۴۰۴**

**مدیر اجرایی**
محمدحسین گلیاری

**مترجم**
محمدحسین گلیاری

**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،
نبش مدرس ۱، طبقه هفتم،
جامعة المصطفی العالمیة،
معاونت پژوهشی

**راه‌های ارتباطی**
تلفن: ۳۲۲۱۱۸۲۱_۵۱ (۹۸+)
نمابر: ۳۲۲۱۷۱۶۷_۵۱ (۹۸+)
کد پستی: ۹۱۳۳۹۳۶۳۱۶

**صاحب امتیاز: جامعة المصطفی العالمیة**
**محل انتشار: نمایندگی جامعة المصطفی در خراسان**
**مدیر مسئول: روح‌الله سعیدی‌فاضل**
**سردبیر: کریم عبداللهی‌نژاد**



**هیئت تحریریه**
کریم عبداللهی‌نژاد (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
محمدفاکر میبدی (استاد جامعة المصطفی العالمیة)
محسن ملک‌افضلی اردکانی (استاد جامعة المصطفی العالمیة)
حسین حاتمی (استاد دانشگاه تجارت استانبول)
یعقوب‌علی برجی (دانشیار جامعة المصطفی العالمیة)
محمدعلی خورسندیان (دانشیار دانشگاه شیراز)
عباسعلی سلطانی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)



**زمینهٔ انتشار**
این نشریه در زمینهٔ 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.

**تأییدیهٔ علمی**
نشریهٔ مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق به‌استناد نامه۳/۱۸/۶۴۸۶۲ 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.

نشریهٔ مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق با انجمن علمی فقه و حقوق شهروندی 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 نشریهٔ 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 جامعة المصطفی العالمیة (journals.miu.ac.ir)
پایگاه اطلاعاتی بین‌المللی ابسکو (ebsco.com)
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)

## فهرست مقالات


**واکاوی ضرورت شناسایی فقهی‌حقوقی وضعیت دوران عقد عرفی..... ۷**

حامد مهدوی، محمد امامی، و سید حسن وحدتی شبیری

**واکاوی فقهی و حقوقی غصب در سرقت حدّی ..... ۳۱**

سید حمید حسینی الارزی، محمدباقر گرایلی، و حسین ابراهیم زاده

**تأملی بر دیدگاه مشهور فقیهان دربارهٔ نحوهٔ جبران خسارت ازبین‌رفتن حس چشایی (بر پایهٔ مسلمات فقهی و آناتومی حس چشایی با تأکید بر مادهٔ ۶۹۵ ق.م.ا) ..... ۴۹**

امین سلیمان کلوانق، و احمد مرتاضی

**حکم تکلیفی معاملات اینترنتی باینری آپشن ..... ۷۱**

سیده فاطمه طباطبائی، عبدالرضا محمد حسین زاده، و منصوره منصوری سیرچی

**نقد و بررسی دیدگاه ودیعه و قرض‌بودن سپرده‌گذاری در بانک‌ها..... ۹۷**

محمدحسین احمدی، و حسنعلی اخلاقی امیری

**مبانی فقهی و حقوقی سیاست کیفری در برابر جرایم مالیاتی ..... ۱۲۱**

عبدالوهاب کریمی، محسن ملک افضلی اردکانی، و غلامرضا پیوندی

**تأثیر عدهٔ وفات و طلاق بر احداد بانوان در فقه اسلامی..... ۱۴۵**

سمیرا وفایی، وریا حفیدی، و سهیلا رستمی

**واکاوی میزان مشروعیت قانون اجبار به تحصیل (بررسی موردی قانون حمایت از اطفال و نوجوانان ۱۳۹۹)..... ۱۷۱**

مهدیه غنی زاده

**پاسخ‌های خانواده‌محور به بزهکاری کودکان در فقه امامیه و قانون کیفری ایران و فرانسه ..... ۱۸۹**

روح الله ابراهیمی، محمدعلی حاجی ده آبادی، و سیدعلیرضا حسینی

**بررسی نسب پدری و مادری و رابطهٔ خویشاوندی رضاعی کودکان متولد از رحم اجاره‌ای ..... ۲۱۱**

جعفر رعایتی، علی اکبر اسمعیلی، و سیدرضا موسوی

**اجرت‌المثل زوجه و نحله با رویکردی بر قانون حمایت خانواده..... ۲۳۳**

حسین خانلری بهنمیری، محمدحسین تقی پور نقیب درزی، و مهدی طالقان غفاری

**کاربرد اصول معناشناسی و کاربردشناسی نظریهٔ بافت در متون فقه بیع ..... ۲۵۳**

داود سعیدی، طاهر علی محمدی، کریم کوخایی زاده، و طاهره افشار

**تعزیرات و بنای عقلا در فقه جزایی و حقوق کیفری ..... ۲۷۹**

سید حمیدالله حسینی، محمدباقر گرایلی، و مرتضی نوروزی

**مبانی مشروعیت تصرف عموم مسلمانان در ادارهٔ اموال محجورین و غایبین در فقه امامیه ..... ۳۰۱**

سیدعلی هاشمی خانعباسی، و معصومه عبداللهی

Studies of Islamic Jurisprudence and the Basis of Law
Online ISSN: 2783-0837 Print ISSN: 2783-2368
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# An Analytical Study on the Necessity of the Fiqhī-Legal Recognition of the Status of the Islamic Customary ʻAqd Period

**Hamed Mahdavi[1], Muhammd Imami[2], and Sayyid Hasan Vahdati Shubayri[3]**

1. PhD Student in Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: hamedmahdavi226@gmail.com
2. *Corresponding Author*, Associate Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: dr.imami@razavi.ac.ir
3. Associate Professor, Department of Law, Qom University, Qom, Iran. Email: vahdati11@gmail.com

## Article Info

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received
05 December 2022
Received in revised form
30 January 2023
Accepted
08 March 2023
Available online
22 June 2025

***Keywords:***
'aqd 'urfi,
'ulqat al-zawjiyyah (marital relationship),
ṣīghat al-muharramiyyah,
tamkīn,
nafaqa

## ABSTRACT

The formation of the family has individual and social consequences. In the *fiqh* and legal sources, there is no specific criterion for determining the commencement of conjugal life and family formation. The apparent evidence from *fiqh* proofs and legal texts indicates that from the moment the *ʿulqat al-zawjiyyah* (marital relationship) is contracted, all mutual rights and obligations of the spouses must be established; however, nowadays the *"dawrān-ʿaqd"* (the period of *ʿaqd*) has widely become recognized as a customary stage prior to the beginning of conjugal life, during which, despite the existence of the marital relationship, a family is not effectively formed. The challenge arising from this situation is the lack of a proper understanding of this period and the absence of appropriate regulations governing it. The examination of the necessity to identify the legal status of the customary *dawrān-ʿaqd* or *ʿurfi* marriage contract or non-registered customary marriage is an issue without precedent and has been addressed in the present research. In this regard, the study seeks to answer the question: what are the *fiqh* foundations for recognizing the *dawrān-ʿaqd* empirically? Since the non-recognition of the *dawrān-ʿaqd* in the current situation causes problems in the fulfillment of the mutual rights of the spouses (such as *nafaqa* or maintenance or financial support and *tamkīn* or sexual availability or marital submission) and their deprivation of certain social rights, and given that "*namzadi*" (engagement) lacks *sharʿī* legitimacy, it is concluded that the *dawrān-ʿaqd* can serve as an appropriate institution to resolve these difficulties. Furthermore, considering the practical problems, proposals such as the necessity of official registration of its duration, determination of enforcement guarantees, and the requirement to legislate specific laws have been put forward.

**Cite this article:** Mahdavi, H., Imami, M., & Vahdati Shubayri, S. H. (2025). An Analytical Study on the Necessity of the Fiqhī-Legal Recognition of the Status of the Islamic Customary ʻAqd Period. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law, 19*(1), 3-26. http//doi.org/10.22034/fvh.2023.14812.1695

© The Author(s). Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: http//doi.org/10.22034/fvh.2023.14812.1695

## Introduction

Today, the gradual formation of the family institution has encountered a phenomenon known as the *"ʿaqd-i ʿurfī period"* (customary engagement period)—a phase that lies between the formal marriage contract (*ʿaqd-i nikāḥ*) and the commencement of cohabitation. During this period, while the marital bond (*ʿalāqat-i zawjiyyah*) is established from both a Sharīʿa and legal perspective, the practical realization of family life through shared living has not yet materialized. The absence of a clear definition and explicit legal regulations for this stage has led to extensive jurisprudential (*fiqhī*), legal, and social challenges, which this study seeks to address through an analytical and comparative approach.

Classical *fiqh* and legal sources provide no specific criterion to distinguish the inception of family life from the moment of marriage contract (*ʿaqd-i nikāḥ*). The apparent implications of jurisprudential evidence (*adillah*) and legal provisions (e.g., Articles 1102, 1106, and 1111 of the Civil Code) suggest that upon the conclusion of the marriage contract, all mutual rights and obligations—including *tamkīn* (conjugal obedience) and *nafaqah* (maintenance)—take effect. However, in contemporary society, couples often find themselves in a liminal state after the formal *ʿaqd* but before cohabitation, which is neither a mere engagement nor a complete marital union. This *ʿurfī* (customary) phase demands independent jurisprudential and legal analysis.

## Methodology

This study employs:

1. **Textual analysis** of classical *fiqh* sources (Quranic verses, *ḥadīth*, and juristic principles) and modern Iranian civil law (e.g., the Family Protection Law of 2011).
2. **Comparative legal analysis** of judicial rulings to identify contradictions in courts' treatment of *ʿaqd-i ʿurfī* cases.
3. **Critical evaluation** of social realities (e.g., delayed cohabitation trends) against traditional legal frameworks.

**Key focus areas include:**

The conditional nature of *nafaqah* and *tamkīn* on actual cohabitation (*tamkīn-i tāmm*).

Distinctions between *tamkīn-i ʿāmm* (general obedience) and *tamkīn-i khāṣṣ* (sexual compliance).

Legal ambiguities in social rights (e.g., insurance coverage, family subsidies) for wives (*zawjah*) during *ʿaqd-i ʿurfī*.

## Findings

Jurisprudential Perspective:

*Nafaqah* and *tamkīn* obligations are contingent upon full cohabitation, not merely the *ʿaqd*. This is supported by the principle of *barāʾah* (acquittal in cases of jurisprudential doubt) and the absence of explicit evidence mandating *nafaqah* without *tamkīn*.

*Tamkīn* (general or specific) is not an inherent requirement (*muqtaḍā-yi dhāt*) of the marriage contract. A stipulation (*sharṭ*) delaying *tamkīn* until cohabitation is valid if it does not contradict Sharīʿa.

1. **Legal Challenges**:

Current laws impose full marital consequences (e.g., termination of family subsidies) upon *ʿaqd* registration, despite the absence of de facto family formation. This conflicts with social justice.

Judicial inconsistency arises in *mahr* (dower) claims during *ʿaqd-i ʿurfī*, with courts often equating it to post-cohabitation claims (per Article 22 of the 2011 Family Protection Law).

2. **Gaps in Enforcement**:

Oral agreements on the *ʿaqd-i ʿurfī* duration (e.g., a 2-year delay) lack legal enforceability, leaving wives vulnerable.

The institution of *nāmzadī* (pre-marriage engagement) is critiqued as religiously untenable due to its potential for unregulated interaction (*ikhtilāṭ*) between non-*maḥram* individuals.

## Conclusion

The study underscores the need for legal recognition of the *ʿaqd-i ʿurfī* period and proposes:

1. **Mandatory registration** of the *ʿaqd-i ʿurfī* duration in marriage documents.
2. **Distinction** between rights/obligations during *ʿaqd-i ʿurfī* and cohabitation (e.g., suspending *nafaqah* and *tamkīn* claims until cohabitation begins).
3. **Continuation of social rights** (e.g., subsidies) for the wife until cohabitation.
4. **Legal safeguards** against misuse of *mahr* claims during this period.

ed consent form.

***Author Contributions:*** Dr. Vahdati Shobeiri: Advisor for the project and initial concept, contributing approximately 25% of the work. Dr. Mahdavi: Proposed the initial idea, conducted research, and drafted the manuscript, contributing 35%. Dr. Emami: Provided scientific evaluation, scientific editing, final scientific and linguistic approval, and prepared the abstract, introduction, and the English abstract, contributing 40%.

***Data Availability Statement:*** Not Applicable.

***Acknowledgements:*** Appreciation is extended to the administration of the University of Islamic Sciences for facilitating the student's studies and providing resources from the library and a suitable research environment. Furthermore, this article is derived from the doctoral dissertation of Dr. Mahdavi, which was completed with the support of the Razavi University of Islamic Sciences.

***Ethical Considerations:*** The authors avoided data fabrication, falsification, plagiarism, and misconduct.

***Funding:*** This research did not receive any specific grant from funding agencies in the public, commercial, or not-for-profit sectors.

***Conflict of Interest:*** The authors declare no conflict of interest.

***Declaration of Generative AI and AI-assisted technologies in the writing process:*** *This article did not utilize artificial intelligence in any form.*

مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق
شاپا برخط: ۰۸۳۷-۲۷۸۳ شاپا چاپی: ۲۳۶۸-۲۷۸۳
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# واکاوی ضرورت شناسایی فقهی‌حقوقی وضعیت دوران عقد عرفی

حامد مهدوی[۱]، محمد امامی[۲]، و سید حسن وحدتی شبیری[۳]

۱. دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: hamedmahdavi226@gmail.com
۲. *نویسندهٔ مسئول*، دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: dr.imami@razavi.ac.ir
۳. دانشیار گروه حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. رایانامه: vahdati11@gmail.com

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:**
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۱۴
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۱/۱۰
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۱۷
تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۴/۰۱

***کلیدواژه‌ها:***
عقد عرفی،
علقهٔ زوجیت،
صیغهٔ محرمیت،
تمکین،
نفقه

**چکیده**

تشکیل خانواده دارای آثار فردی و اجتماعی است. در منابع فقهی و قانونی، ضابطهٔ خاصی برای مشخص‌کردن زمان شروع زندگی مشترک و تشکیل خانواده ذکر نشده است. ظاهر ادلهٔ فقهی و منابع قانونی حکایت از این دارد که از زمان انعقاد علقهٔ زوجیت، می‌بایست تمامی حقوق و تکالیف متقابل زوجین برقرار شود؛ اما امروزه «دوران عقد» به‌عنوان مرحله‌ای عرفی قبل از تشکیل زندگی مشترک که در آن، علی‌رغم وجود علقهٔ زوجیت عملاً خانواده تشکیل نشده، رواج گسترده یافته است. چالشی که این وضعیت به وجود آورده، عدم درک صحیح از این دوران و نیز فقدان قوانین مناسب با آن است. بررسی ضرورت شناسایی وضعیت دوران عقد عرفی، مسئله‌ای است فاقد پیشینه که در پژوهش حاضر بررسی شده است. در این راستا، پژوهش به‌دنبال پاسخ به این سؤال است که مبانی فقهی به‌رسمیت‌شناختن دوران عقد عرفی چیست. ازآنجاکه عدم شناسایی دوران عقد، در وضعیت موجود سبب بروز مشکلاتی در استیفای حقوق متقابل زوجین (مانند نفقه و تمکین) و محرومیت آنان از برخی حقوق اجتماعی می‌شود و نیز ازآنجاکه «نامزدی» فاقد وجاهت شرعی است، نتیجه‌گیری شده است که دوران عقد عرفی می‌تواند نهاد مناسبی برای حل این معضلات باشد. همچنین با توجه به مشکلات عملی، پیشنهادهایی مانند لزوم ثبت رسمی مدت، تعیین ضمانت اجرا و لزوم تعیین تکلیف برای وضع قوانین خاص ارائه شده است.

**استناد:** مهدوی، حامد؛ امامی، محمد؛ و وحدتی شبیری، سید حسن (۱۴۰۴). واکاوی ضرورت شناسایی فقهی‌حقوقی وضعیت دوران عقد عرفی. مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ۱۹(۱)، ۳-۲۶. https://doi.org/10.22034/fvh.2023.14812.1695

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.
© نویسنده(گان).

## مقدمه

امروزه جوانان در آغاز زندگی مشترک، دوره‌ای را تجربه می‌کنند که هم ویژگی‌های زندگی مجردی و هم ویژگی‌های زندگی مشترک خانوادگی را داراست. این دوره که بعضاً دوران عقد و بعضاً دوران نامزدی نامیده می‌شود، در جامعهٔ امروزی رو به گسترش است. ترکیب «دوران عقد» یک ترکیب اضافی است و در اصطلاح عرفی به‌معنای بازهٔ زمانی است که توافق و پیوند متقابل ارادهٔ دو شخص به‌منظور ایجاد آثار حقوقی خاص نکاح در آن واقع می‌شود. دو علت عمده، مهیاشدن مقدمات و شرایط لازم برای زندگی مشترک و تحصیل و تکامل شناخت طرفین نسبت به یکدیگر، از عوامل گسترش این دوره است. اما ازآنجاکه دوران عقد، امری عرفی است و هیچ دلیل خاص شرعی یا ضابطهٔ قانونی مختص به آن وجود ندارد، به نظر می‌رسد اعمال قوانین و مقررات شرعی و قانونی حاکم، نسبت به حقوق و تکالیف متقابل زوجین و همچنین برخی حقوق اجتماعی آن‌ها (خصوصاً زوجه)، به‌طور کامل همسو با عدالت نیست. به‌عنوان مثال، به‌موجب دادنامهٔ شمارهٔ ۴۰۰۰۰۱ مورخ ۱۳۹۳/۱/۶ صادره از شعبهٔ ۱۰۴ دادگاه عمومی جزایی بهارستان و به‌استناد تبصرهٔ مادهٔ ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۲/۱ که مقرر داشته امتناع از پرداخت نفقهٔ زوجه‌ای که به‌موجب قانون مجاز به عدم تمکین است، مشمول مقررات مادهٔ ۵۳ خواهد بود و با التفات به اینکه زوجه باکره بوده و مهریهٔ وی عندالمطالبه است و تمکین وی مشروط به پرداخت مهریه گردیده است، واخواهی زوجه نسبت به دادنامهٔ غیابی که زوج به‌جهت ترک انفاق زوجه به شش ماه حبس محکوم گردیده، رد شده است. بنابراین، نداشتن قوانین شفاف برای این دوره از زندگی که عملاً تفاوت‌های فراوانی با زندگی مشترک دارد، جامعه و جوانان را با چالش‌هایی مواجه می‌سازد؛ مانند اینکه هریک از زوجین از طرف مقابل انتظار حقوق کامل خود را دارد یا اینکه در موارد اختلاف بین آن‌ها، قضات ممکن است به‌گونه‌های مختلف پرونده را بررسی کنند و در پرونده‌های مشابه آرای متفاوتی صادر شود. بنابراین، این سؤال اساسی مطرح می‌شود که مبانی فقهی به‌رسمیت‌شناختن دوران عقد عرفی چیست و آیا می‌توان آیا می‌توان این دوران را، با در نظر گرفتن ویژگی‌های دارای آثار حقوقی (مانند وجود رابطهٔ زوجیت و عدم تشکیل خانواده) از یک سو، و فقدان ویژگی‌های زندگی خانوادگی (مانند ریاست مرد بر خانواده[۱]، تکلیف شوهر به پرداخت نفقه[۲]، الزام زن به ایفای وظایف زوجیت[۳]، سکونت زن در منزل تعیین‌شده توسط شوهر[۴] و حق شوهر در ممانعت از برخی اشتغالات زن) از سوی دیگر، به‌عنوان یک نهاد مستقل فقهی مطرح کرد و قوانین خاصی برای آن در نظر گرفت؟

ازاین‌رو، به نظر می‌رسد مسئلهٔ بررسی ضرورت شناسایی دوران عقد عرفی و اینکه این شناسایی، چه آثاری در حقوق و تکالیف متقابل زوجین یا نسبت به حقوق اجتماعی آن‌ها می‌تواند داشته باشد، از مسائل مهمی است که شایان بررسی و مطالعه است.

---

[۱]. مادهٔ ۱۱۰۵ ق.م: «در روابط زوجین ریاست خانواده از خصایص شوهر است».

[۲]. مادهٔ ۱۱۰۶ ق.م: «در عقد دائم نفقهٔ زن به‌عهده شوهر است».

[۳]. مادهٔ ۱۱۰۸ ق.م: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود».

[۴]. مادهٔ ۱۱۱۴ ق.م: «زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند سکنی نماید مگر آنکه اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد».

فقیهان عظام از دیرباز بابی را به نکاح، به‌عنوان یکی از عقود، اختصاص داده‌اند. آنان غالباً این باب را به سه قسم دائم، موقت و اماء تقسیم کرده و در قسم نخستین (دائم)، به مسائلی همچون، آداب، عقد (صیغه و احکام آن)، اولیاء، اسباب تحریم پرداخته‌اند (محقق حلّی، ۱۴۰۸ق، ج. ۲، ص. ۲۰۹). در ملحقات و متفرعات باب نکاح نیز نفقه (که از جمله مهم‌ترین حقوق و تکالیف متقابل زوجین است) را بیان و ضمن بیان مصادیق آن، مباحثی همچون اسباب، شرایط و ادلهٔ وجوب، رابطهٔ آن با تمکین (از دیگر حقوق موصوف) و نشوز را مطرح نموده‌اند (محقق حلّی، ۱۴۰۸ق، ص. ۲۹۱؛ علامه حلّی، ۱۴۲۰ق، ج. ۴، ص. ۲۱؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج. ۳، ص. ۲۶۸؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج. ۳، ص. ۲۰۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج. ۳، ص. ۲۰۹؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص. ۴۸۶؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج. ۷، ص. ۵۵۷؛ حائری، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۲، ص. ۱۶۳؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ج. ۲، ص. ۲۸۷).

همچنین به‌تبع فقها، حقوق‌دانان و پژوهشگران، از زوایای گوناگون به بحث نفقهٔ زوجه پرداخته‌اند که در نگاهی کلی می‌توان این مباحث را به سه دسته تقسیم کرد: دستهٔ اول، ضمن بیان ماهیت، شرایط و موانع آن به بررسی عواملی همچون تأثیر اشتغال و تمکن زوجه، ممتازیت حق، مفقودالاثربودن زوج و تزاحم آن با نفقهٔ اقارب، پرداخته‌اند (ایزدی‌فرد، ۱۳۹۳، ص. ۳۱؛ میرشکاری، ۱۳۹۲، ص. ۲۹؛ قاضی‌زاده، ۱۳۸۸، ص. ۱۲۰؛ ولیزاده، بی‌تا، ص. ۱۳۶؛ صفایی، بی‌تا، ص. ۱۱۱؛ عبدی‌پور، ۱۳۹۲، ص. ۳۵). دستهٔ دوم آثاری هستند که ضمن بیان معیار و مصادیق نفقه، به بررسی شمولیت هزینه‌های دارو و درمان و اینکه آیا معیار تعیین مقدار نفقه نیاز زوجه است یا شأن خانوادگی وی یا شأن مرد یا شأن هر دو، پرداخته‌اند (ابن‌تراب، ۱۳۸۷، ص. ۱؛ نیازی، ۱۳۹۵، ص. ۱۳۱). دستهٔ سوم هم پژوهش‌هایی‌اند که به بررسی تطبیقی نفقه در فقه امامیه، حقوق ایران با سایر نظام‌های حقوقی پرداخته‌اند (گواهی، ۱۳۹۳، ص. ۱۹؛ مصدق صدقی، بی‌تا، ص. ۱۱۵).

در این پژوهش که با استفاده از متون کهن فقهی کنکاش شده، کوشش شده با رویکردی متمایز از سایر آثار پژوهشی و با چشم‌اندازی به شناسایی دوران عقد عرفی به‌عنوان یک تأسیس حقوقی متمایز از دوران نامزدی و جدای از وضعیت زندگی مشترک (تشکیل خانواده)، به بررسی تناسب قوانین و مقررات قانونی حاکم بر دوران عقد عرفی پرداخته شود. به عبارت دیگر، آنچه در این پژوهش بر آن تمرکز شده، بررسی چالش‌هایی است که به‌جهت عدم شناسایی دوران عقد عرفی در حقوق و تکالیف طرفین و حقوق اجتماعی زوجین پدیدآمده و پیشنهاد وضع قوانین خاص جهت رفع مشکلات حقوقی و پیشگیری از وقوع اختلافات می‌باشد.

## ادلهٔ رواج دوران عقد به‌جای نامزدی

در منابع دینی، ویژگی‌های ایمانی، اخلاقی و ظاهری برای همسر نیکو بیان شده (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج. ۵، ص. ۳۲۴؛ مغربی، ۱۳۸۵ق، ج. ۲، ص. ۱۹۱؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج. ۷، ص. ۳۹۹؛ احسایی، ۱۴۰۵ق، ج. ۳، ص. ۲۹۳؛ کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج. ۲۱، ص. ۵۷؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۲۰، صص. ۳۱-۳۲؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۴ق، ج. ۲۰، ص. ۱۰) و در برخی از روایات، ازدواج بدون نگاه و شناخت زوجه، مذمت شده و بالارفتن

آمار طلاق در سال‌های اولیهٔ ازدواج، نشانهٔ عدم شناخت است. راهکاری که قانون‌گذار آن را به‌رسمیت شناخته، برقراری ارتباط به‌نحو نامزدی است که ویژگی بارز آن این است: اولاً، هیچ علقهٔ زوجیتی فیمابین طرفین نیست (مادهٔ ۱۰۳۵ قانون مدنی)؛ ثانیاً، هریک از زن و مرد، مادام که عقد نکاح جاری نشده، می‌تواند از وصلت امتناع ورزد و طرف دیگر نمی‌تواند به‌هیچ‌وجه او را مجبور به ازدواج کند و یا از این جهت مطالبهٔ خسارت کند (مادهٔ ۱۰۳۵ قانون مدنی)؛ ثالثاً، چنانچه این رابطه به ازدواج ختم نشود، طرفین می‌توانند هدایای داده‌شده را مسترد نمایند (مادهٔ ۱۰۳۷ قانون مدنی). علاوه بر آن، مدت این دوره مشخص نیست و در طول این مدت (بدون اینکه علقهٔ زوجیت بین طرفین منعقد شده باشد)، از منظر قانونی، طرفین می‌توانند با یکدیگر، رفت‌وآمد داشته باشند.

با توجه به مشابهت‌هایی که بین این قسمت از مقررات قانون مدنی ما با قوانین آلمان و سوئیس وجود دارد، برخی بر این باورند که این قسمت از مقررات قانون مدنی از مواد ۱۲۹۷ تا ۱۳۰۲ قانون مدنی آلمان و مواد ۹۰ تا ۹۴ قانون مدنی سوئیس اقتباس شده است و به نظر می‌رسد هیچ‌گونه پیشینهٔ فقهی و اسلامی ندارد (امامی، ۱۳۷۳، ج. ۴، ص. ۲۷۲؛ کاتوزیان، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۳۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص. ۸؛ صفایی، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۳۰)؛ زیرا، حسب آموزه‌های فقهی و اسلامی، هرگونه ارتباط غیرضروری بین زن اجنبی و مرد نامحرم، ولو صرف نگاه،[۵] نهی شده است و تنها در یک مورد عمومیت این ادله تخصیص خورده و آن هم رؤیت (نه ارتباط) جهت ازدواج است[۶] که صاحب جواهر اصل مسئلهٔ جواز نظر برای ازدواج را بین مسلمانان اجماعی می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۲۹، ص. ۶۳). اما فارغ از اینکه ادلهٔ مذکور دلالت بر مرهٔ واحد دارد یا مرّات و استمرار از آن‌ها برداشت می‌شود، اکثر فقیهان شرایطی برای آن قائل‌اند (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج. ۱۲، ص. ۲۷؛ محقق حلی، ۱۳۸۷، ج. ۲، صص. ۲۱۲–۲۱۳). در همین مورد نیز، حتی راه‌رفتن در مقابل کسی که قصد ازدواج با او را دارد، نیز مکروه دانسته شده است.[۷] بنابراین، آنچه مسلم

---

۵. «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصارِهِمْ وَ يَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذلِكَ أَزْكى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِما يَصْنَعُونَ» (نور ۳۰)؛ «وَ الْقَواعِدُ مِنَ النِّساءِ اللاَّتِي لا يَرْجُونَ نِكاحاً فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُناحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجاتٍ بِزِينَةٍ وَ أَنْ يَسْتَعْفِفْنَ خَيْرٌ لَهُنَّ وَ اللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» (نور ۶۰)؛ «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ عَلِي بْنِ عُقْبَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ النَّظَرُ سَهْمٌ مِنْ سِهَامِ إِبْلِيسَ مَسْمُومٌ وَ كَمْ مِنْ نَظْرَةٍ أَوْرَثَتْ حَسْرَةً طَوِيلَةً» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج۵، ص: ۵۵۹)؛ «الْحَسَنُ بْنُ مَحْبُوبٍ عَنْ دَاوُدَ بْنِ أَبِي يَزِيدَ الْعَطَّارِ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع إِيَّاكُمْ وَ النَّظَرَ فَإِنَّهُ سَهْمٌ مِنْ سِهَامِ إِبْلِيسَ وَ قَالَ لَا بَأْسَ بِالنَّظَرِ إِلَى مَا وُضِعَتِ الثِّيَابُ» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج. ۷ ص. ۴۳۵)؛ «وَ رَوَى الْأَصْبَغُ بْنُ نُبَاتَةَ عَنْ عَلِي ع قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص يا عَلِي لَكَ أَوَّلُ نَظْرَةٍ وَ الثَّانِيَةُ عَلَيْكَ وَ لَا لَكَ» (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج. ۴ ص. ۱۹)؛ «وَ فِي الْخِصَالِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِي ع فِي حَدِيثِ الْأَرْبَعِمِائَةِ قَالَ: لَكُمْ أَوَّلُ نَظْرَةٍ إِلَى الْمَرْأَةِ فَلَا تُتْبِعُوهَا نَظْرَةً أُخْرَى وَ احْذَرُوا الْفِتْنَةَ» (حرّ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج. ۲۰ ص. ۱۹۴).

۶. «عَلِي بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيرٍ عَنْ أَبِي أَيوبَ الْخَزَّازِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ ع- عَنِ الرَّجُلِ يرِيدُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمَرْأَةَ أَ ينْظُرُ إِلَيهَا قَالَ نَعَمْ إِنَّمَا يشْتَرِيهَا بِأَغْلَى الثَّمَنِ- همان: الْحُسَينُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ مُعَلَّى بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَبَانِ بْنِ عُثْمَانَ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ السَّرِي عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ سَأَلَهُ عَنِ الرَّجُلِ ينْظُرُ إِلَى الْمَرْأَةِ قَبْلَ أَنْ يتَزَوَّجَهَا قَالَ نَعَمْ فَلِمَ يعْطِي مَالَهُ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج. ۵ ص. ۳۶۵).

۷. «عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْوَلِيدِ وَ مُحَسَّنِ بْنِ أَحْمَدَ جَمِيعاً عَنْ يونُسَ بْنِ يعْقُوبَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنِ الرَّجُلِ يرِيدُ أَنْ يتَزَوَّجَ الْمَرْأَةَ فَأَحَبَّ أَنْ ينْظُرَ إِلَيهَا قَالَ تَحْتَجِرُ ثُمَّ لْتَقْعُدْ وَ لْيدْخُلْ فَلْينْظُرْ قَالَ قُلْتُ تَقُومُ حَتَّى ينْظُرَ إِلَيهَا قَالَ نَعَمْ قُلْتُ فَتَمْشِي بَينَ يدَيهِ قَالَ مَا أُحِبُّ أَنْ تَفْعَلَ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج. ۷ ص. ۴۴۸).

است صرفاً نگاه، که پایین‌ترین سطح ارتباط است، جایز دانسته شده و دلیلی بر بیش از آن نیست. همچنین، به‌صراحت مادۀ ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵، رابطه بین زن و مردی که بین آن‌ها علقۀ زوجیت نباشد، نامشروع و جرم‌انگاری شده و مجازات شلاق تعزیری تا ۹۹ ضربه برای آن تعیین شده است.

بنابراین، به نظر می‌رسد «نامزدی» که ترویج ارتباط بین جنسیت‌های مخالف و بدون محرمیت است، نه‌تنها با فرهنگ ایرانی– اسلامی سازگاری ندارد؛ بلکه مخالف تعالیم شرعی نیز می‌باشد. پیشینیان نیز به این مطلب توجه داشته‌اند و بر این اساس، «دوران عقد» در بین مسلمانان رواج یافته است.

## تمایز دوران عقد از منظر حقوق متقابل زوجین

با جاری‌شدن صیغۀ عقد ازدواج به‌طور صحیح، رابطۀ زوجیت ایجاد می‌شود نه اینکه لزوماً خانواده تشکیل گردد و حتی ممکن است هیچ‌گاه منتهی به تشکیل خانواده نشود. امروزه، در بیشتر موارد قصد طرفین از ازدواج تشکیل زندگی مشترک است؛ ولی به‌دلیل فراهم‌نبودن مقدمات و شرایط، امکان تشکیل زندگی مشترک برای آن‌ها فراهم نیست. مثلاً، زوج در حال گذراندن خدمت وظیفۀ عمومی است یا زوجه در حال تحصیل است یا اینکه شرایط مالی طرفین به‌گونه‌ای است که آغاز زندگی مشترک نیازمند اقداماتی همچون اخذ تسهیلات بانکی می‌باشند. زوج به‌دنبال کسب‌وکار است یا می‌بایست محلی برای زندگی مشترک مهیا نماید یا جهیزیۀ زوجه فراهم نشده و غیره. بنابراین، ازآنجاکه فراهم‌شدن شرایط تشکیل خانواده و زندگی مشترک، نیازمند فرصت است، معمولاً در چنین شرایطی، طرفین می‌پذیرند که علی‌رغم انعقاد علقۀ زوجیت، تشکیل خانواده و آغاز زندگی مشترک به تأخیر بیفتد و زوجین برای مدتی در دوران عقد عرفی باشند. این مدت ممکن است مشخص یا موکول به تحقق شرطی (مثل پایان تحصیلات دانشگاهی زوجه یا اتمام خدمت دوران وظیفۀ عمومی زوج) باشد و همچنین ممکن است این توافق کتبی یا شفاهی، به‌جهت آمادگی طرفین یا یکی از آن‌ها باشد. اما، در عین حال، قانون‌گذار به‌صراحت مقررات مادۀ ۲۰ قانون حمایت خانواده (مصوب ۱/۱۲/۱۳۹۱)، ثبت رسمی ازدواج‌های دائم را الزامی دانسته است و به‌موجب مادۀ ۴۹ همان قانون، در صورت امتناع اشخاص از این تکلیف قانونی، ضمن الزام ممتنع به ثبت واقعه، موجبات قانونی محکومیت وی به پرداخت جزای نقدی درجۀ پنج یا حبس تعزیری درجۀ هفت، را نیز در نظر گرفته است. بنابراین، قانون‌گذار در یک رویکرد سخت‌گیرانه جهت حفظ مصالح عمومی و اجتماعی به‌دنبال این مهم بوده که تمامی ازدواج‌ها ثبت رسمی شود که البته این امر صحیح و لازم است.

از سوی دیگر، ظاهر مقررات قانونی مادۀ ۱۱۰۲ قانون مدنی، حکایت از این دارد که از زمان انعقاد رابطۀ زوجیت، حقوق و تکالیف متقابل زوجین برقرار می‌شود و نسبت به دوران عقد و عدم تشکیل زندگی مشترک (و خانواده) ساکت است؛ در حالی که این تأخیر و عدم تشکیل خانواده به خواست و ارادۀ (صریح یا عرفی) طرفین است و از این حیث بررسی تأثیر عدم تشکیل خانواده بر حقوق و تکالیف متقابل زوجین نیازمند بررسی است و در این قسمت با توجه به شرایط، اثر حقوق و تکالیف عمدۀ زوجین بررسی می‌شود.

## ۲ـ تمایز مطالبهٔ مهریه در دوران عقد

«مهر» عبارت از مالی است که به مناسبت عقد نکاح، از طرف شوهر به زن تملیک شده و شوهر ملزم به پرداخت آن به زن است (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج۳، ص. ۱۶۱). به‌صراحت مادهٔ ۱۰۸۲ قانون مدنی به‌مجرّد عقد، زن مالک مهر می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید. بنابراین از همان زمان انعقاد عقد و خصوصاً پس از ثبت ازدواج، مهریه از سوی زوجه، شرعاً و قانوناً قابل مطالبه می‌باشد. همچنین به دلالت مقررات قانونی بند ۳ مادهٔ ۱۴۸ قانون اجرای احکام مدنی، مهریه یک دین ممتاز است؛ اما افزایش دعاوی مطالبهٔ مهریه و بالارفتن تعداد زندانیان موجب شده که قانون‌گذار مقرارت ویژه‌ای برای آن وضع نماید و در سال ۱۳۹۱ با اصلاح این بخش از مقررات قانونی حمایت خانواده در ذیل مادهٔ ۲۲ آن قانون بیان داشته: «هرگاه مهریه در زمان وقوع عقد تا یکصد و ده سکّه تمام‌بهار آزادی یا معادل آن باشد، وصول آن مشمول مقررات مادهٔ ۲ قانون اجرای محکومیت‌های مالی است».[۸] چنانچه مهریه، بیشتر از این میزان باشد در خصوص مازاد، فقط ملائت زوج ملاک پرداخت است». بنابراین، چنانچه، مهریهٔ زوجه بیش از ۱۱۰ سکهٔ بهار آزادی (یا معادل آن) باشد، نسبت به مازاد بر میزان بیان‌شده، حمایت قانون‌گذار منوط به اثبات تمکن زوج است و بار اثباتی آن با زوجه است و او می‌بایست ابتدائاً تمکن مالی و ملائت زوج را اثبات نماید.

از سوی دیگر، به‌صراحت مادهٔ ۲۷۷ قانون مدنی متعهد نمی‌تواند متعهدله را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید؛ ولی حاکم می‌تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادله یا قرار اقساط دهد. همچنین، به‌موجب مادهٔ ۹۶ قانون اجرای احکام مدنی، در راستای اجرای احکام و توقیف حقوق و مزایای کارکنان سازمان‌ها و مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت و شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و بانک‌ها و شرکت‌ها و بنگاه‌های خصوصی و نظائر آن در صورتی‌که محکوم‌علیه دارای زن یا فرزند باشند ربع و الا ثلث آن توقیف می‌شود.

بنابراین، از یک سو، شخصی که در دوران عقد است و هنوز خانوادهٔ وی تشکیل نشده و متحمل هزینه‌های زندگی نیست، در وضعیت فعلی به‌صرف ثبت رسمی ازدواج می‌تواند از معافیت فوق‌الذکر بهره‌مند شده و اقساط کمتری پرداخت نماید. از سوی دیگر، هرچند آمار دقیقی در خصوص مطالبهٔ مهریه در دوران عقد وجود ندارد، از اینکه بخش زیادی از دعاوی مطالبهٔ مهریه مربوط به سال‌های نخستین ازدواج است، با توجه به مراتب پیش‌گفته، این‌گونه استنباط می‌شود که این دعاوی مربوط به دوران عقد و معمولاً جهت فشارآوردن بر زوج و کسب رضایت او به طلاق است. چنانچه قانون‌گذار در خصوص دوران عقد، قوانین خاصی وضع نماید، از طرح بخش زیادی از این دعاوی جلوگیری خواهد شد. همچنین، به نظر می‌رسد، لزومی ندارد که حمایت از مطالبهٔ مهریه در این دوران، با دوران زندگی مشترک، یکسان باشد.

---

[۸]. مادهٔ ۲ (قانون نحوهٔ اجرای محکومیت‌های مالی): مرجع اجراءکنندهٔ رأی، اعم از قسمت اجرای دادگاه صادرکنندهٔ اجرائیه یا مجری نیابت، مکلف است به تقاضای محکومٌ له از طرق پیش‌بینی‌شده در این قانون و نیز به هر نحو دیگر که قانوناً ممکن باشد، نسبت به شناسایی اموال محکومٌ علیه و توقیف آن به میزان محکومٌ به اقدام کند.

### ۲ـ تمایز مطالبهٔ نفقه در دوران عقد

قانون‌گذار به‌صراحت مادهٔ ۱۱۰۶ قانون مدنی بیان داشته: «در عقد دائم نفقهٔ زن به‌عهدهٔ شوهر است». همچنین، به تجویز مادهٔ ۱۱۱۱ قانون مدنی، در صورت استنکاف زوج از پرداخت نفقه، زوجه می‌تواند از دادگاه صالح، صدور حکم محکومیت زوج به پرداخت نفقه را بخواهد و چنانچه به هر علت اجرای حکم مزبور ممکن نباشد، محکمه به درخواست زوجه و به‌استناد مادهٔ ۱۱۱۲ قانون مدنی (ناظر به مادهٔ ۱۱۲۹ همان قانون)، زوج را ملزم به طلاق‌دادن زوجه می‌نماید. علاوه بر این، قانون‌گذار در مادهٔ ۵۳ قانون حمایت خانواده (مصوب سال ۱۳۹۱) ضمانت اجرای کیفری نیز برای امتناع از پرداخت نفقه پیش‌بینی کرده و در صورت امتناع زوج از پرداخت نفقهٔ افراد واجب‌النفقه (که زوجه نیز از جملهٔ آنان است) مجازات حبس تعزیری درجهٔ شش[۹] برای زوج در نظر گرفته است. از منظر رویهٔ قضایی نیز، چون در خصوص نفقهٔ زوجه در دوران عقد، نص صریح قانونی و دلیلی بر تمایز نداریم؛ لذا امروزه، اکثر قریب به اتفاق محاکم خانواده و کیفری، با استناد به ظاهر مقررات قانونی بیان‌شده، در عمل نیز بدون اعمال هرگونه فرقی بین زوجین در دوران عقد و زوجین در زندگی مشترک، به موضوعات رسیدگی و مبادرت به صدور رأی (از جمله محکومیت زوجه به پرداخت نفقه، الزام به طلاق و یا مجازات کیفری اعم از حبس تعزیری و یا جزای نقدی جایگزین حبس) می‌نمایند.

از منظر منابع فقهی، یکی از اسباب سه‌گانهٔ وجوب نفقه، زوجیت است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج. ۲، ص. ۲۹۱). علاوه بر آیات (نساء ۳، ۱۹ و ۳۴؛ بقره ۲۲۹ و ۲۳۳؛ طلاق ۷)، روایاتی که صاحب جواهر معتقد است فوق حد تواتر می‌باشند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۳۱، ص. ۳۰۲) بر این موضوع دلالت دارد؛ اما نسبت به شرایط، میزان نفقه و لواحق آن بین فقهای عظام بحث است. مثلاً، از شرایط وجوب نفقهٔ زوجه، آنچه مورد اتفاق فقهاست و صاحب جواهر (۱۴۰۴ق، ج. ۳۱، ص. ۳۰۳) ادعای اجماع نسبت به آن نموده، لزوم دو شرطِ دائمی‌بودن عقد و تمکین کامل زوجه از زوج است. همچنین، در خصوص اینکه نفقه به‌موجب عقد واجب می‌شود یا تمکین، بین فقها اختلاف‌نظر است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج. ۲، ص. ۲۹۲). یکی از مسائل مشکل فقهی این است که آیا تمکین شرط پرداخت نفقه است یا نشوز مانع آن (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۳۱، ص. ۳۰۳). تمکین، به‌معنای اطاعت‌پذیری (نجفی، ۱۴۰۴ق، صص. ۳۰۸–۳۰۹) در فقه یک عنوان انتزاعی است (عنوان مستقلی نیست) و ضد آن نشوز است.[۱۰] مشهور فقهای امامیه، قائل به شرطیت تمکین تام برای وجوب نفقه می‌باشند (رک: طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۴، ص. ۱۹۷؛ محقق حلّی، ۱۴۱۳ق، ج. ۲، ص. ۲۹۱؛ علامه حلّی، ۱۴۲۰ق، ج. ۴، ص. ۲۱؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج. ۳، ص. ۲۰۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج. ۳، ص. ۲۰۹؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص. ۴۸۶؛ حائری، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۲، ص. ۱۶۴)؛ بنابراین، از این منظر که در دوران عقد هنوز مقدمات تمکین از جمله منزل مشترک فراهم نیست، زندگی مشترک آغاز نشده و عرفاً تمکین تام برای زوجه ممکن

---

۹. شش ماه تا دو سال حبس تعزیری.

۱۰. همچنین، در قوانین و مقررات قانونی حاکم نیز آن‌گونه که از مادهٔ ۱۱۰۸ قانون مدنی برداشت می‌شود تمکین به‌معنای ادای وظایف زوجیت است.

نیست، به نظر می‌رسد بتوان این‌گونه استنباط نمود که حکم فقهی وجوب نفقهٔ زوجه در دوران عقد، به ادلهٔ ذیل مورد تردید است:

### ۲ـ۱ـ روایات نبوی

روایاتی در منابع عامه (ابوالحسن علی بن محمد، ۱۴۱۹ق، ج. ۱۱، ص. ۴۳۷؛ احمدبن شعیب، ۱۳۹۴ق، ج. ۶، ص. ۱۳۱) از پیامبر اکرم (ص) نقل شده با این مضمون که ایشان با خانمی ازدواج نمودند و آن زن بعد از دو سال در تمکین آن حضرت قرار گرفت و پیامبر اکرم (ص) در این مدت نفقه‌ای به او نپرداختند.[۱۱] بنابراین، عمل رسول مکرم اسلام صلی الله علیه و آله، شاهد بر آن است که وجوب نفقه به تمکین است، نه به عقد؛ زیرا طبق نقل روایت، حضرت پس از دو سال و با حصول تمکین زوجه، نفقهٔ او را پرداخته‌اند.

همچنین قول پیامبر اکرم (ص) که فرموده‌اند: «اتقوا الله فی النساء، فإنهن عوار عندکم، اتخذتموهن بأمانة الله و استحللتم فروجهن بکلمة الله و لهن علیکم رزقهن و کسوتهن بالمعروف» نیز مؤید این مطلب است (ابن‌حنبل، ۱۴۱۶ق، ج. ۵، ص. ۷۳؛ بیهقی، ۱۴۲۴ق، ج. ۷، ص. ۳۰۴)؛ زیرا در این روایت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله وسلم، زنان به عاریه در دست مستعیر تشبیه کرده‌اند. بنابراین، «عوار» تنها بر زنانی صادق است که به خانهٔ شوهر رفته و در تمکین زوج باشند.

اما به نظر می‌رسد، بر فرض صحت سند روایت استنادی، استدلال به مفاد آن قاصر از مدعی است؛ زیرا ضمیر «و لهن علیکم رزقهن» به «النساء» برمی‌گردد که اعم از در تمکین بودن و نبودن است و هرچند جملهٔ «و استحللتم فروجهن بکلمة الله» وصف «النساء» است؛ لیکن ازآنجاکه «استحلال فروجهن» هم با تمکین تام حاصل می‌شود و هم با عدم تمکین تام، لذا نمی‌تواند دلالتی بر شرطیت تمکین داشته باشد.

### ۲ـ۲ـ اکتفا به قدر متیقن

برخی فقها (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج. ۷، ص. ۵۵۸) معتقدند ادلهٔ وجوب نفقه مجمل است و می‌بایست به قدر متیقن از دلالت آن‌ها که همان وجوب پرداخت نفقه با وجود دو شرط عقد دائم و تمکین تام اکتفا کرد.

### ۲ـ۳ـ اجماع

برخی فقها مدعی شهرت و حتی اجماعی‌بودن شرط تمکین برای وجوب پرداخت نفقهٔ زوجه، نزد فقهای امامیه هستند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۳۱، ص. ۳۰۴)، با این توضیح که اولاً، کلام هیچ‌یک از علما صراحتاً (حتی ظاهر آن‌ها) با شرط‌بودن «تمکین تام» مخالف نیست. ثانیاً، تنها از عبارت مرحوم محقق حلی در شرایع (محقق حلّی، ۱۴۰۸ق، ج. ۲، ص. ۲۹۱) تردید در صحت شرط به نظر می‌رسد[۱۲] و مرحوم علامه حلی نیز در قواعد، اشکالی را نسبت به «اشتراط تمکین» مطرح کرده (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج. ۳، ص. ۱۰۳) که هیچ‌یک از این دو کلام، مخالفت با شرط‌بودن تمکین، محسوب نمی‌شود؛ زیرا کلام مرحوم محقق حلی حاکی از اظهربودن قول «اشتراط تمکین»، بین اصحاب است و از اینکه ایشان «الاصحاب»، جمع

---

[۱۱]. «روی أن النبی صلی الله علیه و آله تزوج و دخل بعد سنتین و لم ینفق إلا بعد دخوله».

[۱۲]. «و فی وجوب النفقة بالعقد أو بالتمکین تردد أظهره بین الأصحاب وقوف الوجوب علی التمکین».

محلی به «ال»، استفاده کرده‌اند، استنباط می‌شود ایشان عمومیت را اراده کرده‌اند که در این صورت کلام وی، ظهور در اجماعی‌بودن این شرط نزد امامیه، دارد. همچنین از اینکه شهید ثانی در مسالک، بعد از مناقشه در ادلهٔ اعتبار شرط تمکین، دلیل قول مختار خود را عدم ذکر مخالفت بین اصحاب ذکر کرده نیز، اجماعی‌بودن این شرط استنباط می‌شود؛ زیرا وی شهرت حکم بین اصحاب را حجت نمی‌داند و عدم وجود قول مخالف را هیچ‌گاه دلیل ندانسته، هرچند که اخبار غیرصحیح مؤید آن باشد.

اما به نظر می‌رسد، اولاً، با توجه به ظاهر کلام فقها، ادعای اجماع محل تردید است و ثانیاً، اجماع ادعایی بر فرض اثبات، حجت نیست (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۳۱، ص. ۳۰۵)؛ زیرا، با وجود ادلهٔ باب (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۱۵، صص. ۲۲۳-۲۲۴)، این اجماع مدرکی و فاقد اعتبار است.

### ۲ـ۴ـ ادلهٔ امر به معاشرت با زوجه

دلیل امر به معاشرت مطابق عرف با زوجه (نساء ۱۹)[۱۳] در لزوم انفاق مطابق اقتضای عرف، ظهور دارد (فخر المحققین، ۱۳۸۷، ج. ۳، ص. ۲۴۸؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج. ۳، ص. ۲۰۰). از مقتضیات عرف، وجوب پرداخت بعد از تمکین تام است. اهل عرف ازدواج می‌کنند ولی تا زمان زفاف، سپری‌شدن دوران عقد، نفقه نمی‌پردازند.

اما به نظر می‌رسد لزوم معاشرت مطابق عرف نمی‌تواند دلالتی بر اشتراط «تمکین تام» داشته باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۳۱، ص. ۳۰۵)، بلکه آیه ناظر به جهات اخلاقی است (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج. ۱۲، ص. ۳۰۲). هرچند برخی معتقدند لزوم پیروی و اطاعت از دستورات خداوند و پیامبر اسلام (ص) به‌طور مطلق است و بین دستور اخلاقی و فقهی و غیر آن فرقی نیست (احمدی‌نیک، ۱۳۹۱، ص. ۱۸۱).

### ۲ـ۵ـ فحوای ادلهٔ حقوق زوج

هرچند در ادلهٔ بیان‌کنندهٔ حقوق زوج بر زوجه، به شرط‌بودن «تمکین تام» برای وجوب نفقه، تصریح نشده، اما از مجموع این ادله استفاده می‌شود که عدم اطاعت زن از شوهرش، سبب ساقط‌شدن نفقه است و این اسقاط نفقه به‌جهت ازبین‌رفتن شرط وجوب یعنی تمکین تام است نه اینکه به‌جهت وجود مانع باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۳۱، ص. ۳۰۶)؛ زیرا، از ظاهر برخی آیات (نساء ۳۴)[۱۴] و تشبیه رابطهٔ انفاق و استمتاع با انفاق به حیوانات[۱۵] استنباط می‌شود که صرف عقد، سبب وجوب نفقه است. اما، به نظر می‌رسد اولاً این دلیل مستقل نیست. ثانیاً، مبتنی بر این است که عقد به‌تنهایی سبب وجوب نفقه باشد و تمکین تام شرط آن نباشد و این خود محل بحث و اول کلام است.

---

۱۳. «وَ عاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»

۱۴. «الرِّجالُ قَوامُونَ عَلَى النِّساءِ»

۱۵. در خصوص حیوانات نفقه در مقابل استیفای منافع ظهر آن‌ها پرداخت می‌شود و به تعبیری انفاق را نوعی معاوضه دانسته‌اند (انفاق در مقابل استیفای از منافع ظهر).

### ۲ـ۶ـ تقابل وجوب نفقهٔ زوجه با قوامیت زوج

از ظاهر برخی از آیات از جمله آیهٔ ۳۴ سورهٔ نساء[۱۶] و مجموع روایات بیان‌کنندهٔ حقوق زوج (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۱۴، باب ۷۹، ص. ۱۱۲) چنین استنباط می‌شود که نفقه در مقابل قوامیت و حق سرپرستی زوج بر امورات زوجه است، که آن را «حق الطاعة» توصیف کرده‌اند (تبریزی، ۱۴۲۷ق، ج. ۵، ص. ۱۹۴). به این معنا که در مقابل حقی که خداوند به مردان داده تا سرپرستی زوجه را برعهده داشته باشند، تکلیفی نیز برعهدهٔ مردان گذاشته که همان انفاق و برآورده‌کردن نیازهای مادی زوجه است. همین مضمون از مجموع مواد ۱۱۰۵ و ۱۱۰۶ قانون مدنی برداشت شده است (دیانی، ۱۳۸۷، ص. ۱۸۷). بنابراین، قوامیت و ریاست مردان نسبت به زنان سبب وجوب و لزوم پرداخت نفقه است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۳۱، ص. ۳۰۶) و در صورت عدم اطاعت زن و کوتاهی وی در ادای حق زوج نفقه او ساقط می‌شود (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ص. ۴۷۸) که سبب وجوب نفقه (اطاعت از زوج) وجود ندارد. آن‌گونه که در نظریه‌های مشورتی شمارهٔ ۷/۳۱۵۹ به‌تاریخ ۱۳۸۲/۴/۱۲ و شمارهٔ ۷/۵۳۸۱ به‌تاریخ ۱۳۸۷/۸/۲۸ ادارهٔ کل حقوقی و تدوین قوانین قوهٔ قضائیه، منعکس شده، همین مضمون از مادهٔ ۱۱۰۸ قانون مدنی قابل استنباط است.

شاید به همین جهت است که برخی قائل به انصراف تمام ادله بیان‌کنندهٔ حقوق متقابل زوجین، به موردی شده‌اند که زوجه در منزل مشترک و تحت اختیار و ریاست شوهر قرار گرفته است و مدعی شده‌اند این ادله زوجه‌ای را که در خانهٔ پدرش سکونت دارد، شامل نمی‌شود (اراکی، ۱۴۱۹ق، ص. ۷۴۵). بر این اساس، در دوران عقد، که نوعاً زوجه در منزل پدری و تحت سرپرستی اوست و اطاعت‌پذیری‌اش از زوج ممکن نیست یا نوعاً با تعذر همراه است، عملاً ریاست و سرپرستی زوج نسبت به زوجه هنوز محقق نشده، لذا به‌جهت عدم تحقق سبب، نفقهٔ زوجه، واجب نبوده و زوج الزامی به پرداخت آن ندارد.

### ۲ـ۷ـ عدم ارادهٔ واقعی طرفین بر نفقه

از سویی، قانون‌گذار در مادهٔ ۱۱۲۸ قانون مدنی شرط بنایی در نکاح را پذیرفته است و عموماً مذاکرات قبل از عقد، حکایت از این دارد که طرفین اراده کرده‌اند در طول دوران عقد، زوجه در منزل پدری سکونت داشته باشد. از سوی دیگر، از مصادیق بیان‌شده برای نفقه و تعاریفی که فقها برای آن بیان کرده‌اند، این‌چنین برداشت می‌شود که نفقه، نیازهای معیشتی زوجه است که می‌بایست به‌طور متعارف تأمین گردد (امامی، ۱۳۵۴، ج. ۴، ص. ۵۰۲). بنابراین، زمانی که زوجه در منزل پدری ساکن است، اغلب این نیازها از جمله، محل سکونت، پوشاک و خصوصاً خوراک وی می‌بایست با دیگر ساکنان منزل پدری یکسان باشد؛ زیرا تصور برعهدهٔ دیگری گذاشتن تهیهٔ مایحتاج یک نفر از میان جمع خانواده و استثنا کردن وی، متعذر است و بعید به نظر می‌رسد طرفین قبل از عقد، حین مذاکره، چنین چیزی را اراده کرده باشند؛ بلکه عرفاً وقتی شخصی ساکن منزلی می‌شود، حداقل تأمین خوراک وی با صاحب‌خانه است. همچنین هزینه‌های درمان، تحصیل و سایر نیازهای معیشتی (نفقه) نیز این‌چنین است.

---

[۱۶]. «الرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَى النِّساءِ بِما فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلى بَعْضٍ وَ بِما أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوالِهِمْ».

نتیجه اینکه، با توجه به مطالب پیش‌گفته به نظر می‌رسد در سیرهٔ نبوی، پرداخت نفقه از زمان تمکین زوجه است و قدر متیقن از ادله نیز همین است و در صورت شک، بنا بر قول مشهور اصولیان در شبهات وجوبیه، برائت جاری می‌شود و با توجه به اینکه نفقه مقتضای عقد نکاح نیست و دلیلی بر آمره‌بودن مقررات قانونی مربوط نیز نمی‌باشد؛ لذا توافق طرفین به‌نحو شرط بنایی یا ارتکازی بر عدم پرداخت نفقهٔ زوجه در دوران عقد عرفی است و این می‌تواند دلیل دیگری بر عدم وجوب نفقه در دوران عقد باشد.

***۲ـ۸ـ اصل اولیه***

اصل اولی برائت ذمهٔ زوج از وجوب پرداخت نفقهٔ زوجه است و به دلالت اجماع فقط یک حالت از شمول این اصل، خارج شده و آن حالت تمکین تام زوجه است. بنابراین، غیر آن در تحت اصل باقی می‌ماند (فخرالمحققین، ۱۳۷۸، ج. ۲، ص. ۲۶۸). البته، برخی فقها بر این باورند که ادلهٔ وجوب نفقه (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۲۱، ص. ۵۰۹)، اطلاق دارند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج. ۸، ص. ۴۴۱) و دلیلی بر تقیید آن‌ها به حالت تمکین تام نیست و با وجود این نصوص جایی برای رجوع به اصل برائت نیست؛ زیرا الاصل دلیل حیث لا دلیل (موسوی قزوینی، ۱۲۹۷ق، ص. ۵).

به نظر می‌رسد به این اشکال، بتوان چنین پاسخ داد که اولاً، نسبت به تقیید اطلاقات و اشتراط «تمکین تام» در وجوب پرداخت نفقه، اجماع محکی داریم[۱۷]. ثانیاً، آن‌گونه که برخی فقها قائل‌اند (موسوی، ۱۴۱۱ق، ص. ۴۷۴)، از این حیث، ادله مجمل‌اند نه اینکه از اطلاق برخوردار باشند؛ زیرا معلوم نیست که شارع مقدس از این جهت در مقام بیان بوده باشد.

***۳ـ تمکین***

یکی از وظایف زوجه تمکین (عام و خاص) از زوج است و حسب ظاهر ضوابط و مقررات قانونی حاکم (مواد ۱۱۰۳، ۱۱۰۴، ۱۱۰۵، ۱۱۱۴ و ۱۱۱۷ قانون مدنی) از زمان انعقاد رابطهٔ زوجیت، زوجه مکلف به تمکین از زوج می‌باشد و ازآنجاکه به‌صراحت مادهٔ ۱۱۰۵ قانون مدنی در روابط زوجین ریاست خانواده از خصایص شوهر است؛ لذا زوج می‌تواند زوجه را از اموری منع نماید. همچنین به دلالت مقررات قانونی مادهٔ ۱۱۱۷ قانون مدنی «شوهر می‌تواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد منع کند». بر این اساس، زوجه می‌بایست در اموری همچون خروج از منزل، ادامه تحصیل رفتن به سفر، اشتغال و تعیین نوع شغل، لزوماً إذن زوج را کسب و رضایت وی را تحصیل نماید و عدم تمکین زوجه سبب نشوز وی، منتفی‌شدن نفقه و در نهایت صدور إذن در ازدواج مجدد از سوی محاکم خواهد شد. اما با توجه به اینکه در دوران عقد، علاوه بر فراهم‌نبودن مقدمات تمکین، با تراضی طرفین یا ارتکاز عرفی آن‌ها، زندگی مشترک آغاز نشده و زوجه هنوز در منزل پدری‌اش سکونت دارد؛ لذا، لزوم تمکین زوجه در این دوران محل بحث است و هرچند برای عدم لزوم تمکین می‌تواند به ادلهٔ متفاوتی

---

[۱۷]. برخی، از جمله سید علی بن محمد طباطبایی، با توجه به نبودن مخالف و مخالفت صریح و حتی کلامی که ظهور در مخالفت داشته باشد ادعای اجماع نظر فقها را بر این شرط مطرح نموده‌اند (حائری، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۲، ص. ۱۶۴).

تمسک جست؛[۱۸] اما به فراخور بحث به نظر می‌رسد اثبات صحت شرط عدم تمکین، ما را از سایر ادله بی‌نیاز می‌نماید.

### ۳ـ۱ـ عدم مخالفت با مقتضای ذات عقد نکاح

هر عقدی به‌منظور خاصی ایجاد می‌شود که اثر مستقیم عقد است. اگر آن اثر محقق نشود عقد محقق نمی‌شود و اگر منتفی شود عقد لغتاً، عرفاً و شرعاً نیز منتفی می‌شود (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۱۵۱) و آن اثر را «مقتضای ذات عقد» گویند. مقتضای نکاح «رابطهٔ زوجیت» است (امامی، ۱۳۷۳، ج. ۴، ص. ۳۶۹). به‌صراحت مادهٔ ۲۳۳ قانون مدنی شرط خلاف مقتضای عقد، باطل و موجب بطلان عقد است.

از سوی دیگر، «تمکین» در لغت، از مادهٔ «مکن» به‌معنای قدرت و توانایی است. مصدر ثلاثی مزید باب تفعیل «مَکَّنَ یُمَکِّنُ تَمکِین»، به‌معنای تمکن و توانایی به دیگری دادن و مسلط‌کردن او بر چیزی است. هرچند به‌معنای اسباب و وسایل را فراهم‌کردن و برطرف‌کردن موانع نیز آمده است (نشوان بن سعید، ۱۴۲۰ق، ج. ۹، ص. ۶۳۶۱): «الَّذینَ إِنْ مَکَّنَّاهُمْ فِی الْأَرْضِ أَقامُوا الصَّلاةَ» (حج ۴۱)؛ یعنی آنانی که اگر قدرت به آن‌ها بدهیم و آن‌ها را مسلط کنیم در روی زمین نماز را بر پا می‌دارند.

اصطلاح «تمکین» در منابع فقهی (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۳۱، صص. ۳۰۸–۳۰۹)، به‌معنای اطاعت‌پذیری و یکی از وظایف زوجه در زندگی محسوب می‌شود که ضد آن نشوز است اما عنوان مستقلی نیست (انتزاعی است). «تمکین» در آثار قدما و متأخران در ملحقات باب نکاح و در مبحث نفقهٔ زوجه، به‌عنوان یکی از شرایط وجوب پرداخت نفقهٔ زوجه بیان شده است. اغلب فقها، «تمکین» را با وصف «الکامل»، (محقق حلّی، ۱۴۰۸ق، ج. ۲، ص. ۲۹۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج. ۸، ص. ۴۳۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۳۱، ص. ۳۰۳) یا با وصف «تام»، (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج. ۳، ص. ۲۰۷؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج. ۱۲، ص. ۱۷۷؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج. ۲، ص. ۲۹۶؛ کاشانی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۲۹۵؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج. ۷، ص. ۵۵۷؛ حائری، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۲، ص. ۷۴) به کار برده‌اند و از آن به برطرف‌کردن موانع استمتاع جنسی زوج از زوجه در هر زمان و هر مکانی تعبیر نموده‌اند. اما در آثار فقهی معاصران و حقوق‌دانان (امامی، ۱۳۷۳، ج. ۴، ص. ۴۴۸؛ کاتوزیان، بی‌تا، ص. ۱۶۷)، «تمکین»، به دو دستهٔ عام و خاص تقسیم شده است. قانون مدنی این تقسیم‌بندی را صراحتاً ذکر نکرده است؛ ولی حقوق‌دانان (امامی، ۱۳۷۳، ج. ۴، صص. ۴۴۷ـ۴۴۸) تعبیر «وظایف زوجیت» در مادهٔ ۱۱۰۸ قانون مدنی را که بیان داشته «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود»، تفسیر به «تمکین عام» نموده‌اند. البته وظایف زوجیت نیز به‌صراحت در متن قانون مدنی احصاء نشده و قانون‌گذار از آن به‌طور اجمال و مبهم در مادهٔ ۱۱۰۳ قانون مزبور به «حسن معاشرت» تعبیر نموده است که از مصادیق آن می‌تواند اطاعت زن از شوهر، خوش‌رفتاری، لزوم سکونت در منزلی که شوهر تعیین نموده و خارج‌نشدن بدون اجازه از منزل و غیره باشد.

---

[۱۸]. (الف) انصراف ادلهٔ تمکین عام به زندگی مشترک؛ (ب) حق حبس زوجه؛ (پ) عدم تنافی با ادلهٔ حرمت امساک بیش از ۴ ماه؛ و (ت) مشروط‌بودن إذن ولی به عدم تمکین در دوران عقد.

همچنین قانون مدنی از تمکین خاص به «وظایف زن در مقابل شوهر» تعبیر نموده و در مادۀ ۱۰۸۵ قانون مدنی بیان داشته: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود».

بنابراین، هیچ‌یک از تمکین عام و خاص، اقتضای ذات عقد ازدواج نیستند و شرط عدم تمکین (عام و خاص) در یک بازۀ زمانی[۱۹] (نه به‌طور کلی) از این حیث مخالف مقتضای ذات عقد نیست (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۴۱۴).

### ۳ـ۲ـ عدم مخالفت با شرع و قوانین

قانون‌گذار در مادۀ ۲۳۲ قانون مدنی شروط باطل و غیرمبطل عقد را احصا و سه مورد بیان نموده که عبارت‌اند از: ۱- شرطی که انجام آن غیرمقدور باشد؛ ۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد؛ ۳- شرطی که نامشروع باشد. از آنچه سابقاً بیان شد، مقدور و فایده‌دار بودن شرط عدم تمکین، در دوران عقد عرفی محرز است و دلیل خاص شرعی و قانونی نیز بر عدم جواز شرط عدم تمکین (به‌نحو جزئی و در مدت معین) نداریم و فقیهان معاصر نیز به صحت چنین شرطی فتوا داده‌اند (بهجت، ۱۴۲۸ق، ج. ۴، ص. ۲۸).

بنابراین، ازآنجایی‌که طرفین با ارادۀ خویش به‌صورت شرط بنایی یا ارتکازی پذیرفته‌اند که در این دوران، زوجه در تمکین زوج نباشد؛ ازاین‌رو، می‌توان چنین نتیجه گرفت که زوج بدین‌وسیله حق رجوع به محاکم جهت الزام زوجه به تمکین، تا پایان مدت دوران عقد، را به‌نحو شرط ضمن عقد از خود اسقاط نموده‌اند.

## تمایز دوران عقد از منظر حقوق ناشی از توافقات طرفین

آن‌گونه که بیان شد، عدم تشکیل خانواده می‌تواند به‌جهت فراهم‌نبودن شرایط و مقدمات باشد. در این حالت طرفین با یکدیگر توافق می‌نمایند تا مدتی در دوران عقد عرفی بمانند. ولی ازآنجاکه مدت دوران عقد هیچ‌گاه ثبت رسمی نمی‌شود و گاهی توافق طرفین در خصوص پایان آن نیز به‌طور مشخص و معین نیست و چنانچه مدت آن هم مشخص باشد، هیچ ضمانت اجرایی ویژه‌ای در مجموعۀ قوانین حاکم برای آن در نظر گرفته نشده و اعمال قواعد عمومی نیز به‌لحاظ ویژگی‌های خاص احکام خانواده، سازگاری ندارد و این امر نیز سبب بروز معضلات و اختلافات خانوادگی و گاهی بلاتکلیفی زوجین می‌گردد. مثلاً به‌طور معمول طرفین به دو سال مدت عقد توافق می‌نمایند تا در این مدت جهیزیۀ زوجه فراهم شود و زوج بتواند کسب‌وکار مناسبی مهیا نماید؛ اما برخی طرفین در خلال این مدت به‌دلایلی درخواست آغاز زندگی مشترک را می‌نمایند و چون با مخالفت طرف دیگر روبه‌رو می‌شوند، باعث بروز اختلافات می‌گردد.

---

[۱۹]. چراکه به نظر می‌رسد در این صورت به‌واسطۀ چنین شرط کلی، به‌نوعی، عمدۀ آثار ظاهری که به‌واسطۀ عقد ایجاد شده را از بین می‌برد و چون تمام غرض و هدف را در بر می‌گیرد، لذا با اندکی مسامحه داخل در شرط منافی با مقتضای ذات عقد محسوب می‌شوند. مثل شرط عدم وطی، اگر منظور از منع، منع از مطلق استمتاعات باشد در این صورت از جملۀ مواردی که به‌واسطۀ نفی التزامات ضمنی تبعی داخل در شروط مخالف مقتضای ذات عقد است.

اولاً، شرط عدم تشکیل خانواده، می‌بایست از لحاظ مدت مشخص و معین باشد؛ زیرا، به‌صراحت مادهٔ ۲۳۳ قانون مدنی یکی از شروط باطل و مبطل در قراردادها، شرط مجهول است. همچنین مستنبط از بند ۳ مادهٔ ۱۹۰ قانون مدنی و مادهٔ ۲۱۶ همان قانون، معین‌نبودن یا جهل در موضوع قراردادها، موجبات غرری و بطلان قرارداد است. هرچند ازدواج پیوندی است که آثار آن را شارع تعیین کرده و نقش توافق و ارادهٔ طرفین در آن کم‌رنگ است؛ اما در خصوص دوران عقد، به‌گونهٔ شبیه تعلیق در مُنشأ می‌باشد، نقش توافق و ارادهٔ طرفین پُررنگ‌تر است. در این دوران طرفین به‌جهاتی خواسته‌اند، بخشی از حقوق و تکالیف متقابل (از جمله نفقه و تمکین) اجرا نشود و چون این توافقات از اهمیت فوق‌العاده‌ای نسبت به اموال برخوردار است، به نظر می‌رسد می‌بایست تا حد ممکن رفع ابهام شود و دارای ضمانت اجرا باشد. درحالی‌که به‌دلیل عدم الزام به ثبت مدت دوران عقد و نبود ضمانت اجرای قانونی، در موارد قابل توجهی، زوجه (عمدتاً در سن جوانی و در بهترین دوران زندگی خویش) سال‌ها بلاتکلیف رها می‌شود و حتی ادعای عسر و حرج وی نیز به‌دلیل عدم تشکیل زندگی مشترک، قابلیت استماع ندارد.[۲۰] در چنین شرایطی، زوجه برای رهایی از این وضعیت و به‌منظور فشار آوردن بر طرف مقابل، ناچار به طرح دعاوی گوناگون مانند مطالبهٔ مهریه و نفقه روی می‌آورد و در اغلب موارد نیز زوج متقابلاً دعاوی الزام به تمکین و إذن در ازدواج مجدد را مطرح می‌کند. بنابراین، وجود خلأ قانونی موجب شده در یک حساب تقریبی، سالانه، بالغ بر ۳۰۰ هزار پرونده با موضوعات مرتبط در سراسر کشور مطرح شود[۲۱] که اعمال قوانین نامتناسب سبب زاویه‌پیداکردن آرای محاکم با مسیر عدالت شده است.

## تمایز دوران عقد از منظر حقوق اجتماعی زوجین

مطابق مفاد مادهٔ ۵۸ قانون تأمین اجتماعی و بند ۳ مادهٔ ۴۸ قانون حمایت خانواده (مصوب ۱/۱۲/۱۳۹۱) و مادهٔ ۱۱۱ قانون مدیریت خدمات کشوری، فرزندان اناث تا زمانی که ازدواج نکرده باشند می‌توانند از مزایایی همچون پوشش بیمه و مستمری والدین (یا بازماندگان) خویش به‌عنوان کمک‌هزینهٔ اولاد بهره‌مند شوند. بنابراین، به‌محض ثبت رسمی ازدواج و علی‌رغم اینکه هنوز زندگی مشترک زوجه شروع نشده، پوشش بیمه و مستمری زوجه، یارانه و کمک‌معیشتی وی قطع می‌شود.

اساساً، می‌بایست بین وجود علقهٔ زوجیت و تشکیل زندگی مشترک (خانواده) قائل به فرق شد و در مانحن‌فیه که هنوز خانوادهٔ (جدید) تشکیل نشده و زوجه همچنان عضو ثابتی از خانوادهٔ پدری خود محسوب می‌شود و همان‌گونه که بیان شد، نفقه و مخارج وی نیز می‌بایست کمافی‌السابق پرداخت شود و این حالت

---

[۲۰]. تبصرهٔ ذیل مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی (الحاقی ۲۹/۴/۱۳۸۱) هرچند غیرمحصور است ولی تمامی موارد آن انصراف به تشکیل زندگی مشترک دارد.

[۲۱]. اگر از حدود ۵۸۰ هزار ازدواج رسمی سال ۹۸، از هر ۱۰ مورد یکی منتهی به اختلاف در دوران عقد شود (هرچند آمار رسمی حاکی از این است که در این سال ۳۸ درصد ازدواج‌ها در یک‌سال اول منتهی به طلاق شده است)، آنگاه با توجه به اینکه طرفین حداقل قادر به طرح ۵ دعوی مستقیم علیه یکدیگرند (الزام به تمکین، مطالبهٔ نفقه، شکایت کیفری ترک انفاق، الزام به پرداخت مهریه و إذن در ازدواج مجدد) که فارغ از دعاوی غیرمرتبط همچون (توهین، تهدید و ایراد ضرب عمدی و تخریب) می‌باشد، عدد مذکور به دست می‌آید.

متفاوت با زمانی است که زوجه به خانوادهٔ زوج وارد شده و از خانوادهٔ پدری مستقل شده است. بنابراین چنانچه، مدت عقد، ثبت رسمی شود تا پایان این مدت می‌بایست حقوق اجتماعی زوجه مثل قبل پرداخت شود؛ چون هنوز زندگی مشترک وی آغاز نشده و مفارقت زوجه از خانوادهٔ پدری انجام نشده است.

## نتیجه‌گیری

نیاز به فرصت جهت تدارک مقدمات و مهیاشدن شرایط زندگی مشترک و همچنین نیاز به فرصت جهت کسب شناخت طرفین نسبت به یکدیگر، امروزه دو علت اصلی شیوع و گسترش دوران عقد عرفی است. اعطای فرصت و تأخیر در تشکیل خانواده با ظاهر ادلهٔ قانونی لزوم پرداخت نفقه و تمکین در تزاحم است.

امتناع از پرداخت نفقه در دوران عقد می‌تواند مجازات حبس تعزیری درجهٔ ۶ را در پی داشته باشد. درحالی‌که به نظر می‌رسد در سیرهٔ نبوی، پرداخت نفقه از زمان تمکین زوجه است و قدر متیقن از ادله نیز همین است و در صورت شک، بنا بر قول مشهور اصولیان در شبهات وجوبیه برائت جاری می‌شود و بدین‌سبب که در دوران عقد هنوز زندگی مشترک آغاز نشده و تمکین نوعاً ممکن نیست، می‌بایست قائل به عدم وجوب نفقه شد. همچنین، با توجه به اینکه نفقه و تمکین هیچ‌یک مقتضای ذات عقد نکاح نیستند و دلیلی بر آمره‌بودن مقررات قانونی مربوط به آنها وجود ندارد، توافق طرفین به‌نحو شرط بنایی یا ارتکازی بر عدم پرداخت نفقه و عدم لزوم تمکین زوجه در دوران عقد عرفی شکل گرفته است و این می‌تواند دلیل دیگری بر عدم وجوب آن دو باشد.

عدم ثبت رسمی و معلوم‌نبودن مدت دوران عقد و نداشتن ضمانت اجرا، در موارد غیرنادر سبب بلاتکلیفی و بروز معضلات و مشکلات خانوادگی در این دوران می‌شود. همچنین، رویکرد فعلی قانون‌گذار، باعث شده که در این وضعیت به‌لحاظ عدم تشکیل عملی خانواده، زوجین از یک‌سری حقوق اجتماعی محروم شوند و در استیفای حقوق قانونی خود نیز با مشکلاتی روبه‌رو باشند.

یکی از عوامل اصلی بالارفتن آمار طلاق، ازدواج بدون کسب شناخت کامل از شریک زندگی است. راهی که قانون‌گذار برای افزایش شناخت، به‌رسمیت شناخته است، نامزدی است؛ درحالی‌که نامزدی ارتباط میان زن و مرد نامحرم با انگیزهٔ ازدواج در آینده است؛ درحالی‌که اولاً، انگیزه امری درونی و غیرقابل تشخیص است و از این حیث، امکان سوءاستفاده فراهم است. ضمن اینکه قانون‌گذار نیز تحت شرایطی ارتباطات نامحرمین را جرم‌انگاری نموده است. ثانیاً، پایین‌ترین سطح ارتباط فیمابین طرفین، نگاه است که شدیداً مورد نهی عمومات شارع است و تنها یک مورد و آن هم جلسهٔ خواستگاری استثناء شده که تا هفت شرط برای این جواز ذکر شده است. بنابراین، با توجه به ناسازگاری نامزدی با مقررات و ضوابط شرعی، چنانچه آسیب‌های دوران عقد رفع شود، این دوران می‌تواند جایگزین مناسبی برای نامزدی باشد.

همچنین، با توجه به ضرورت اجتماعی و فراگیری و به‌جهت گسترش عدالت، پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار دوران عقد عرفی را به‌عنوان یک وضعیت حقوقی به‌رسمیت بشناسد و قوانینی در خصوص آن وضع نماید؛ از جمله اینکه: اولاً، ثبت رسمی مدت دوران عقد در سند نکاحیه الزامی گردد. ثانیاً، برای الزام به تعیین تکلیف در پایان مدت دوران عقد، ضمانت اجرا وضع شود. مثلاً در ضمن عقد، شرط شود که

چنانچه زوج پس از اتمام مدت و آمادگی زوجه، از تشکیل زندگی مشترک استنکاف ورزد یا قادر به ایفای تعهدات خود نباشد، زوجه وکالت در طلاق داشته باشد یا اینکه تا قبل از تعیین تکلیف، زوج حق ازدواج مجدد نداشته باشد. ثالثاً، تا پایان مدت موصوف زوجه در منزل پدری سکونت داشته باشد، الزامی به تبعیت از شوهر در مواردی همچون خروج از منزل و اشتغال نداشته باشد و نفقهٔ زوجه در این مدت کمافی‌السابق با والدینش باشد. رابعاً، حقوق و مزایای اجتماعی و پوشش بیمه‌ای و یارانهٔ وی تا پایان مدت موصوف کمافی‌السابق برقرار باشد. خامساً، در تمام این مدت دعوای الزام به تمکین مطروحه از سوی زوج و دعوای الزام به پرداخت نفقهٔ از سوی زوجه در محاکم پذیرفته نشود. سادساً، دعوای مطالبهٔ مهر تا پایان این مدت پذیرفته نشود یا نقش حمایتی قانون‌گذار کاهش یابد. سابعاً، بخشی از این قوانین، می‌تواند به‌نحو تکمیلی باشد تا چنانچه طرفین اراده نمودند بتوانند برخلاف آن توافق نمایند ولی در هر حال ثبت این توافق الزامی و آمره باشد.

## منابع


ابن‌حنبل، احمد بن محمد. (۱۴۱۶ق). *مسند احمد*. بیروت: موسسه الرساله.

احسایی، ابن ابی جمهور محمد بن علی. (۱۴۰۵ق). *عوالی اللئالی العزیزیة (ج. ۳)*. قم: دار سید الشهداء للنشر.

احمدی‌نیک، سید مهدی. (۱۳۹۱). *احکام فقهی هم‌سویی با عرف زمان یا فرازمانی*. آموزه‌های فقه مدنی.

اراکی، محمدعلی. (۱۴۱۹ق). *کتاب النکاح*. قم: نورنگار.

امامی، سید حسن. (۱۳۷۳). *حقوق مدنی*. تهران: انتشارات اسلامیه.

انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). *کتاب النکاح*. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). *کتاب النکاح*. قم: کنگرهٔ جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

بهجت، محمدتقی. (۱۴۲۸ق). *استفتاءات*. قم: دفتر حضرت آیة الله بهجت.

بیهقی، احمدبن‌حسین. (۱۴۲۴ق). *السنن الکبری (چاپ سوم)*. بیروت: دارالفکر.

تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۲۷ق). *صراط النجاة*. قم: دار الصدیقة الشهیده.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۶). *حقوق خانواده*. تهران: گنج دانش.

حائری، سیدعلی بن محمد طباطبایی. (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل*. قم: مؤسسهٔ آل‌البیت علیهم‌السلام.

حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعة*. قم: مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام.

حکیم، سید محسن. (۱۴۱۶ق). *مستمسک العروة الوثقی*. قم: مؤسسة دار التفسیر.

دیانی، عبدالرسول. (۱۳۸۷). *حقوق خانواده*. تهران: نشر میزان.

سبزواری، محمدباقر. (۱۴۲۳ق). *کفایة الأحکام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۴ق). *غایة المراد فی شرح نکت الارشاد*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. قم: کتابفروشی داوری.

شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). *مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الاسلام*. قم: مؤسسة المعارف الاسلامیة.

شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۴ق). *حاشیة الارشاد*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

صفایی، سید حسین. (بی‌تا). *حقوق خانواده* (ج. ۱). تهران: نشر میزان.

طاهری، حبیب‌الله. (۱۴۱۸ق). حقوق مدنی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). *المبسوط فی فقه الامامیة*. تهران: المکتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). *تهذیب الأحکام*. تهران: دار الکتب الاسلامیة.

علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰ق). *إرشاد الأذهان إلی أحکام الایمان*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰ق). *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة*. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷). *إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

کاتوزیان، ناصر. (بی‌تا). *دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی خانواده*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
کاشانی، فیض محمد محسن. (۱۴۰۶ق). *الوافی (ج. ۲۱)*. اصفهان: کتابخانه امام امیر المؤمنین علی علیه‌السلام.
کاشانی، فیض محمد محسن. (بی‌تا). *مفاتیح الشرائع*. قم: انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی.
کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). *الکافی (ج. ۵)*. تهران: دار الکتب الاسلامیة.
مجلسی دوم، محمدباقر. (۱۴۰۴ق). *مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول (ج. ۲۰)*. تهران: دار الکتب الاسلامیة.
محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۱۳ق). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام* (ج. ۲). قم: مؤسسة المعارف الاسلامیة.
محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
مغربی، نعمان بن محمد تمیمی. (۱۳۸۵ق). *دعائم الاسلام (ج. ۲)*. قم: مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام.
موسوی قزوینی، علی. (۱۲۹۷ق). *تعلیقة علی معالم الأصول*. قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
موسوی، محمد بن علی. (۱۴۱۱ق). *نهایة المرام فی شرح مختصر شرائع الاسلام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. بیروت– لبنان: دار إحیاء التراث العربی.

## References

Ibn Ḥanbal, Aḥmad ibn Muḥammad. (1416 AH / 1995 AD). *Musnad Aḥmad*. Beirut: Muʾassasat al-Risālah.
Aḥsāʾī, Ibn Abī Juhūr Muḥammad ibn ʿAlī. (1405 AH / 1984 AD). *ʿAwālī al-Liʾālī al-ʿAzīzīyah*, vol. 3. Qom: Dār Sayyid al-Shuhadāʾ lil-Nashr. (in Persian)
Ahmadīnīk, Sayyid Mahdī. (1391 Sh. / 2012 AD). *Aḥkām Fiqhī Ham-Sūʾī bā ʿUrf Zamān yā Farāzamānī* [Legal Rulings Conforming with Temporal or Atemporal Custom]. *Amūzah-hā-ye Fiqh-i Madanī*. (in Persian)
Arākī, Muḥammad ʿAlī. (1419 AH / 1998 AD). *Kitāb al-Nikāḥ* [The Book of Marriage]. Qom: Nūrnegār. (in Persian)
Imāmī, Sayyid Ḥasan. (1373 Sh. / 1994 AD). *Ḥuqūq-i Madanī* [Civil Law]. Tehran: Intishārāt Islāmiyyah. (in Persian)
Anṣārī, Murtaḍā. (1415 AH / 1994 AD). *Kitāb al-Nikāḥ* [The Book of Marriage]. Qom: World Congress Commemoration of Shaykh Aʿẓam Anṣārī. (in Persian)
Anṣārī, Murtaḍā. (1415 AH / 1994 AD). *Kitāb al-Nikāḥ* [The Book of Marriage]. Qom: World Congress Commemoration of Shaykh Aʿẓam Anṣārī. (in Persian)
Bahjat, Muḥammad Taqī. (1428 AH / 2007 AD). *Istiftāʾāt* [Religious Rulings by Inquiry]. Qom: Office of Grand Ayatollah Bahjat. (in Persian)
Bayhaqī, Aḥmad ibn Ḥusayn. (1424 AH / 2003 AD). *Al-Sunan al-Kubrā* (3rd ed.). Beirut: Dār al-Fikr.
Tabrīzī, Jawād ibn ʿAlī. (1427 AH / 2006 AD). *Ṣirāṭ al-Najāh* [The Path of Salvation]. Qom: Dār al-Ṣadīqah al-Shahīdah. (in Persian)
Jaʿfarī Langarūdī, Muḥammad Jaʿfar. (1376 Sh. / 1997 AD). *Ḥuqūq-i Khānevādeh* [Family Law]. Tehran: Ganj Dānesh. (in Persian)
Ḥāʾerī, Sayyid ʿAlī ibn Muḥammad Ṭabāṭabāʾī. (1418 AH / 1997 AD). *Riyāḍ al-Masāʾil fī Taḥqīq al-Aḥkām bi al-Dalāʾil* [Gardens of Legal Issues through Evidence]. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt ʿAlayhim al-Salām. (in Persian)

Ḥarr ʿĀmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. (1409 AH / 1989 AD). *Wāsiʾ al-Shīʿah* [The Means of the Shīʿah]. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt ʿAlayhim al-Salām. (in Persian)

Ḥakīm, Sayyid Mūsin. (1416 AH / 1995 AD). *Mustamsak al-ʿUrwah al-Wuthqā* [The Firm Handle]. Qom: Muʾassasat Dār al-Tafsīr. (in Persian)

Diyānī, ʿAbd al-Rasūl. (1387 Sh. / 2008 AD). *Ḥuqūq-i Khānevādeh* [Family Law]. Tehran: Nashr Mīzān. (in Persian)

Sabzawārī, Muḥammad Bāqir. (1423 AH / 2002 AD). *Kifāyat al-Aḥkām* [Sufficiency of Legal Rulings]. Qom: Daftar Intishārāt Islāmī Jāmiʿat al-Mudarrisīn Ḥawzah ʿIlmiyyah Qom. (in Persian)

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. (1414 AH / 1993 AD). *Ghāyat al-Murād fī Sharḥ Nukat al-Irshād* [Ultimate Purpose in the Commentary on the Points of Guidance]. Qom: Intishārāt Daftar Tablīgh Islāmī Ḥawzah ʿIlmiyyah Qom. (in Persian)

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. (1410 AH / 1989 AD). *Al-Rawḍah al-Bahiyyah fī Sharḥ al-Lumaʿ al-Dimashqiyyah* [The Radiant Garden in the Commentary on the Luminous Light of Damascus]. Qom: Kitābfurūshī Dāwarī. (in Persian)

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. (1413 AH / 1992 AD). *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharāʾiʿ al-Islām* [Paths of Understanding to Refine the Laws of Islam]. Qom: Muʾassasat al-Maʿārif al-Islāmiyyah. (in Persian)

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. (1414 AH / 1993 AD). *Ḥāshiyyat al-Irshād* [Annotation on the Guidance]. Qom: Intishārāt Daftar Tablīgh Islāmī Ḥawzah ʿIlmiyyah Qom. (in Persian)

Ṣafāʾī, Sayyid Ḥusayn. (n.d.). *Ḥuqūq-i Khānevādeh*, vol. 1. Tehran: Nashr Mīzān. (in Persian)

Ṭāhirī Ḥabīballāh. (1418 AH / 1997 AD). *Ḥuqūq-i Madanī* [Civil Law]. Qom: Daftar Intishārāt Islāmī Jāmiʿat al-Mudarrisīn Ḥawzah ʿIlmiyyah Qom. (in Persian)

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. (1387 AH / 1967 AD). *Al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmiyyah* [The Extended Treatise on Imāmī Jurisprudence]. Tehran: Al-Maktabah al-Murtazawīyah li-Iḥyāʾ Āthār al-Jaʿfarīyah. (in Persian)

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. (1407 AH / 1987 AD). *Tahdhīb al-Aḥkām* [Refinement of the Legal Rulings]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Persian)

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. (1410 AH / 1990 AD). *Irshād al-Adhhān ilā Aḥkām al-Īmān* [Guidance of Minds to the Rules of Faith]. Qom: Daftar Intishārāt Islāmī Jāmiʿat al-Mudarrisīn Ḥawzah ʿIlmiyyah Qom. (in Persian)

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. (1413 AH / 1992 AD). *Qawāʿid al-Aḥkām fī Maʿrifat al-Ḥalāl wa al-Ḥarām* [The Rules of Legal Judgments in Understanding Halal and Haram]. Qom: Daftar Intishārāt Islāmī Jāmiʿat al-Mudarrisīn Ḥawzah ʿIlmiyyah Qom. (in Persian)

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. (1420 AH / 1999 AD). *Taḥrīr al-Aḥkām al-Sharʿiyyah ʿalā Madhhab al-Imāmiyyah* [The Legal Rulings on the Imāmī School]. Qom: Muʾassasat Imām Ṣādiq ʿAlayhi al-Salām. (in Persian)

Fakhr al-Muḥaqqiqīn, Muḥammad ibn Ḥasan ibn Yūsuf. (1387 Sh. / 2008 AD). *ʾIyḍāḥ al-Fawāʾid fī Sharḥ Mushkilāt al-Qawāʿid* [Clarification of the Benefits in the Explanation of the Difficulties of Legal Maxims]. Qom: Muʾassasat Ismāʿīlīyān. (in Persian)

Kātūzīyān, Nāṣir. (n.d.). *Dawr-e Muqaddamātī-ye Ḥuqūq-i Madanī-ye Khānevādeh* [Introductory Course on Civil Family Law]. Tehran: Sherkat Sahāmī Intishār.

Kāshānī, Fayẓ Muḥammad Muḥsin. (1406 AH / 1986 AD). *Al-Wāfī*, vol. 21. Isfahan: Kitābkhānah Imām Amīr al-Muʾminīn ʿAlī ʿalayh al-salām. (in Persian)

Kāshānī, Fayẓ Muḥammad Muḥsin. (n.d.). *Mafātīḥ al-Sharāʾiʿ* [Keys to the Laws]. Qom: Intishārāt Kitābkhānah Āyatullāh Marʿashī Najafī. (in Persian)

Kulaynī, Abū Jaʿfar Muḥammad ibn Yaʿqūb. (1407 AH / 1987 AD). *Al-Kāfī*, vol. 5. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah.

Majlisī Duwum, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. (1404 AH / 1984 AD). *Mirʾāt al-ʿUqūl fī Sharḥ Akhbār Āl al-Rasūl*, vol. 20. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah.

Muḥaqqiq Ḥillī, Jaʿfar ibn Ḥasan. (1408 AH / 1988 AD). *Sharāʾiʿ al-Islām fī Masāʾil al-Ḥalāl wa al-Ḥarām* [Islamic Laws on the Matters of Permissible and Forbidden]. Qom: Muʾassasat Ismāʿīlīyān. (in Persian)

Muḥaqqiq Ḥillī, Jaʿfar ibn Ḥasan. (1413 AH / 1992 AD). *Sharāʾiʿ al-Islām fī Masāʾil al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*, vol. 2. Qom: Muʾassasat al-Maʿārif al-Islāmiyyah. (in Persian)

Muḥaqqiq Karkī, ʿAlī ibn Ḥusayn. (1414 AH / 1993 AD). *Jāmiʿ al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawāʿid* [The Collection of Objectives in the Explanation of Legal Maxims]. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt ʿAlayhim al-Salām. (in Persian)

Maghribī, Nūmān ibn Muḥammad Tamīmī. (1385 Sh. / 2006 AD). *Daʿāʾim al-Islām*, vol. 2. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt ʿAlayhim al-Salām. (in Persian)

Mūsawī Qazvīnī, ʿAlī. (1297 AH / 1879 AD). *Taʿlīqah ʿalā Maʿālim al-Uṣūl* [Annotation on Landmarks of Legal Principles]. Qom: Daftar Intishārāt Islāmī Jāmiʿat al-Mudarrisīn Ḥawzah ʿIlmiyyah Qom. (in Persian)

Mūsawī, Muḥammad ibn ʿAlī. (1411 AH / 1991 AD). *Nihāyat al-Marām fī Sharḥ Mukhtaṣar Sharāʾiʿ al-Islām* [The Ultimate Aspiration in Explanation of the Summary of Islamic Laws]. Qom: Daftar Intishārāt Islāmī Jāmiʿat al-Mudarrisīn Ḥawzah ʿIlmiyyah Qom. (in Persian)

Najafī, Muḥammad Ḥasan. (1404 AH / 1984 AD). *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāʾiʿ al-Islām* [Jewels of Discourse in the Explanation of Islamic Laws]. Beirut, Lebanon: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī.

Studies of Islamic Jurisprudence and the Basis of Law
Online ISSN: 2783-0837 Print ISSN: 2783-2368
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# Fiqhī and Legal Analysis of Ghaṣb (Usurpation) in the Context of Hadd-Based Theft Code

**Sayyid Hamid Husayni Alarzi**[1], **Muhammad Baqer Girayeli**[2], and **Husayn Ebrahimzadeh**[3]

1. PhD Student in Criminal Law and Criminology, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: 2851365az@gmail.com
2. *Corresponding Author*, Assistant Professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: bagher_grayly@miu.ac.ir
3. PhD Student in Criminal Law and Criminology, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: ebrahimzadeh1881370@gmail.com

## Article Info

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received
11 January 2023
Received in revised form
20 February 2023
Accepted
10 April 2023
Available online
22 June 2025

***Keywords:***
safe custody (hirz),
breaching of a safe custody (hatk al-hirz),
usurped safe custody or ghaṣbī hirz,
theft of usurped property: theft of mal al-ghaṣbī,
islamic jurisprudence or fiqh,
law

## ABSTRACT

Theft that warrants the ḥadd penalty (fixed punishment) is subject to specific conditions, among which are the breaching of a secure location or breaking into safe custody *(ḥirz)* and the non-usurped *(ghaṣbī)* nature of the property. The legislator articulates the ruling for a usurped secure location *(ghaṣbī ḥirz)* in Article 270 of the Islamic Penal Code and specifies the condition that the stolen property must not be usurped in Article 268 of the same code. However, upon careful examination of jurisprudential *(fiqhī)* texts and legal analysis, it becomes evident that this issue involves different hypotheses and categories. The legislator has either not provided a general ruling for some of these cases, or their ruling cannot be derived from the apparent meaning *(ẓāhir)* of Articles 270 and 268 of the Islamic Penal Code. Through conceptual inference, and in light of the statements of the jurists (fuqahāʾ) and general legal principles, the verdict in some hypotheses affirms a theft punishable by ḥadd, while in others, it negates it. In the context of theft from a ghaṣbī ḥirz, the taking of property may be carried out by the owner (mālik), a person with equivalent legal standing, or a third party. The ruling for this third case is not explicitly stipulated in the law. Although a ruling on this matter could be inferred by applying the argument from the converse concept (*mafhūm al-mukhālafah*) of Article 270 of the Islamic Penal Code, this inference conflicts with certain jurisprudential (fiqhī) and legal principles (qawāʿid). Regarding usurped property (māl al-ghaṣbī), the legislator has confined itself to merely stating the condition that the stolen property not be usurped in the last paragraph of Article 268 of the Islamic Penal Code. This is despite the fact that this issue also presents various hypotheses. These include the owner retrieving the property from the usurper (ghāṣib), a third party stealing the property of the usurper, the owner, or both, and whether the usurped property is partitioned (mafrūz) or jointly owned (mushāʿ). The ruling for each of these hypotheses may differ.

**Cite this article:** Husayni Alarzi, S. H., Girayeli, M. B., & Ebrahimzadeh, H. (2025). Fiqhī and Legal Analysis of Ghaṣb (Usurpation) in the Context of Hadd-Based Theft Code. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law, 19*(1), 27-43. http//doi.org/10.22034/fvh.2023.14979.1707

© The Author(s). Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: http//doi.org/10.22034/fvh.2023.14979.1707

## Introduction

Theft is considered the oldest crime recognized in human law. From antiquity, thieves have been punished in different ways under various legal systems. In Iranian law as well, different forms of theft are prescribed with different punishments. Since Iranian law is derived from Islamic jurisprudence (*fiqh*), it enumerates thefts that are punishable by *ḥadd*. Given the severity of the punishment, this type of theft is subject to special conditions, and only when these conditions are met may a ruling of *ḥadd* punishment be issued. Because the punishment of *ḥadd* theft is grave, examining the conditions required for its application is of significant importance. Among these conditions are that the stolen property and the *ḥirz* (secure enclosure) must not be *ghaṣbī* (usurped).

## Methodology

After a brief explanation of certain relevant terms, the rulings concerning them are examined. This study is written using a library-based, analytical, and descriptive method, relying upon statutory provisions and the opinions of jurists (*fuqahāʾ*).

## Findings

In the terminology of the majority of jurists, *ḥirz* is defined as a locked or enclosed place. The legislator, in Article 269 of the Islamic Penal Code (IPC), defines *ḥirz* as follows: "*Ḥirz* is a suitable place in which property is customarily safeguarded against theft."

Theft of property within a *ḥirz* necessarily involves the violation (*hatk*) of that *ḥirz*, and the removal of such property entails this violation; however, violation does not always require the breaking of a lock or similar means. The majority of jurists define *al-ghaṣb* as the usurpation and subjugation of another's property through injustice. The legislator, in Article 308 of the Civil Code, defines *ghaṣb* thus: "Seizing the right of another in an unlawful and aggressive manner …."

**Theft from a Usurped *Ḥirz***

One of the conditions of *ḥadd* theft is that the property be located within a *ḥirz*. In Article 270, the legislator discusses theft from a usurped *ḥirz* in a general way, which applies to theft by the owner and those considered equivalent to the owner, as well as, by implication (*mafhūm mukhālif*), to theft by a third party.

**First Scenario:** If the owner of the property violates the *ḥirz* and removes his property from it, in such a case the theft is not a *ḥadd* theft, because with respect to the owner no violation of *ḥirz* has taken place. However, it may be pursued as a theft subject to *taʿzīr* punishment.

**Second Scenario:** If a third party (neither the owner nor one deemed equivalent to the owner) violates the *ḥirz* and steals property from a usurped

estate, two views exist. The correct view, according to the evidence cited in this article, is that of scholars such as ʿAllāmah, who hold that the theft is not a *ḥadd* theft, for *"al-dār al-maghṣūbah laysat ḥirzan ʿan ghayr al-mālik"* ("a usurped house is not a *ḥirz* against someone other than the owner"). Thus, the property and estate taken by usurpation do not constitute a *ḥirz* against the owner of the property itself nor the owner of its usufruct. Therefore, theft committed by the owner, by one in his stead, or by a third party, does not constitute *ḥadd* theft.

If the stolen property itself is usurped, and the usurper has placed it in a *ḥirz* belonging to himself, the ruling can be examined under two categories:

1. The thief is the owner of the usurped property.
2. The thief is a third party.

Each of these has further subcases:

**If the thief is the owner of the property:**

**First Case:** If the owner steals only his own property that is in the hands of the usurper, then clearly this does not constitute theft at all (neither *ḥadd* nor *taʿzīr*), since theft requires the taking of property belonging to another (Art. 267 IPC), which does not apply here.

**Second Case:** If the owner steals his own undistinguished (*ghayr-mumtāz*) property together with the usurper's property, then if the property is jointly owned (*mushaʿ*) and the partner takes more than his share amounting to the threshold (*niṣāb*) of theft, two views exist. The correct view permits a ruling of *ḥadd* theft. The legislator, in Article 277 IPC, likewise adopts this position concerning *ḥadd* theft of jointly owned property.

**Third Case:** If the property is separate (*mafrūz*) from that of the usurper, and the owner, after violating the *ḥirz*, steals both his own property and that of the usurper, then: if the usurper's property does not reach the threshold, the act is not *ḥadd* theft but subject to *taʿzīr*. If it reaches the threshold, two opinions exist. Shaykh Ṭūsī's view is considered correct: since the violation of the *ḥirz* was committed for the purpose of theft, a ruling of *ḥadd* theft applies. Shaykh Ṭūsī considers this position consistent with Shīʿī traditions.

**If the thief is a third party:**

**First Case:** The thief steals the owner's property, but the *ḥirz* belongs to the usurper. In other words, the thief violates the usurper's *ḥirz* but takes the owner's property. In such a case, a ruling of *ḥadd* theft cannot be given, because one condition of *ḥadd* theft is that the stolen property not be usurped.

**Second Case:** If the thief steals only the usurper's property, then this is *ḥadd* theft, since the *ḥirz* has been violated and the property belongs to the usurper; it is not usurped property. Thus, provided the other conditions of *ḥadd* theft are met, the ruling applies.

**Third Case:** If the thief steals both the usurper's and the owner's property together, then: regarding the theft of the owner's property, no ruling of *ḥadd*

theft can be given, because one of the conditions of *ḥadd* theft is that the property not be usurped, and the owner's property in the usurper's possession is considered usurped. But regarding the theft of the usurper's property, provided the other conditions are met (violation of *ḥirz*, reaching the threshold, etc.), a ruling of *ḥadd* theft applies.

## Conclusion

Concerning usurped *ḥirz*, the legislator has addressed only the case of the owner of the *ḥirz* and those authorized by him, in Article 270 IPC. With regard to theft by a third party from a usurped *ḥirz*, neither this article nor any other provision speaks explicitly. From the implication (*mafhūm mukhālif*) of this article, one might infer the *ḥadd* punishment of theft by a third party; however, such an inference, and the ruling of *ḥadd* theft for a third party, is contrary to the opinion of the majority of jurists, the general legal principles, and the principle of *darʾ* (presumption of avoidance of *ḥadd* in cases of doubt). Therefore, it is recommended that a specific statutory provision (*mādde-yi wāḥidah*) be enacted regarding theft by a third party from a usurped *ḥirz*, in a manner consistent with legal principles and the statements of jurists.

Regarding usurped property, the legislator has sufficed with clause (j) of Article 268 IPC: "The stolen property must not itself be stolen or usurped." However, in order to issue a ruling of *ḥadd* theft, one must pay attention to the various possible scenarios, each of which has been separately examined and analyzed in this study. The ruling differs depending on the particular case.

***Author Contributions:*** This research was a collaborative effort between the first two authors. The workload was divided equally (50% each), and the final manuscript was jointly concluded.

***Data Availability Statement:*** Not Applicable.

***Acknowledgements:*** The authors extend their gratitude to Professor Dr. Gerayeli for his valuable guidance throughout the research process.

***Ethical Considerations:*** The authors avoided data fabrication, falsification, plagiarism, and misconduct.

***Funding:*** This research did not receive any specific grant from funding agencies in the public, commercial, or not-for-profit sectors.

***Conflict of Interest:*** The authors declare no conflict of interest.

***Declaration of Generative AI and AI-assisted technologies in the writing process:*** No.

مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق
شاپا برخط: ۰۸۳۷-۲۷۸۳ شاپا چاپی: ۲۳۶۸-۲۷۸۳
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# واکاوی فقهی و حقوقی غصب در سرقت حدّی

**سید حمید حسینی‌الارزی[۱]، محمدباقر گرایلی[۲]، و حسین ابراهیم‌زاده[۳]**

۱. دانشجوی دکترای حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: 2851365az@gmail.com
۲. *نویسندهٔ مسئول*، استادیار گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: bagher_grayly@miu.ac.ir
۳. دانشجوی دکترای حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: ebrahimzadeh1881370@gmail.com

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:**
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۲۱
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۲/۰۱
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۱/۲۹
تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۴/۰۱

***کلیدواژه‌ها:***
حرز،
هتک حرز،
حرز غصبی،
سرقت مال غصبی،
فقه،
حقوق

**چکیده**

سرقتِ مستوجب حد دارای شرایطی است که از جملهٔ آن‌ها، هتک حرز و غصبی‌نبودن مال است. قانون‌گذار در مادهٔ ۲۷۰ قانون مجازات اسلامی حکم حرز غصبی را بیان می‌کند و در مادهٔ ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی شرط غصبی‌نبودن مال مسروقه را ذکر می‌نماید؛ ولی با دقّت در متون فقهی و بررسی حقوقی، می‌توان دریافت که این مسئله دارای فرض‌ها و قسم‌های متفاوتی است که قانون‌گذار حکم برخی از آن‌ها را به‌طورکلی بیان نکرده یا حکم آن‌ها از ظاهر مواد قانونی ۲۷۰ و ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی به دست نمی‌آید. با مفهوم‌گیری و با توجه به کلمات فقهاء و قواعد کلی حقوقی در برخی از فرض‌ها، حکم به سرقت حدّی و در برخی دیگر، حکم به حدّی‌نبودن سرقت شده است. در سرقت از حرز غصبی، ربودن مال ممکن است توسط مالک، شخص در حکم او، یا شخص ثالث انجام شود که از این میان، حکم سومی در قانون تصریح نشده است. هرچند با استفاده از مفهوم مخالف مادهٔ ۲۷۰ قانون مجازات اسلامی می‌توان حکم این مسئله را استنباط کرد، اما این حکم با برخی از قواعد فقهی و حقوقی در تعارض است. قانون‌گذار دربارهٔ مال غصبی، صرفاً به ذکر شرط غصبی‌نبودن مال مسروقه در بند «ژ» مادهٔ ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی اکتفا کرده است. این در حالی است که این مسئله نیز دارای فرض‌های مختلفی است، از جمله ربودن مال توسط مالک از غاصب، یا ربودن مال غاصب یا مالک یا هر دو توسط شخص ثالث، و همچنین مفروز یا مشاع بودن مال غصب‌شده. حکم هریک از این فروض می‌تواند متفاوت باشد.

**استناد:** حسینی‌الارزی، سید حمید؛ گرایلی، محمدباقر؛ و ابراهیم‌زاده، حسین (۱۴۰۴). واکاوی فقهی و حقوقی غصب در سرقت حدّی. *مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*، ۱۹ (۱)، ۲۷-۴۳. https://doi.org/10.22034/fvh.2023.14979.1707

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.
© نویسنده(گان).

## مقدمه

با توجه به اینکه حفظ و صیانت اموال افراد همواره مورد حمایت قانون‌گذار بوده است، سرقت به‌عنوان یکی از جرایمی شناخته می‌شود که امنیت اموال افراد جامعه را به‌طور جدی تهدید می‌کند. پیشینهٔ سرقت به زمان شروع زندگی جمعی بشر و محقق‌شدن مفهوم مالکیت می‌رسد. سرقت همیشه مورد تقبیح و مجازات جوامع بشری بوده و از زمانی که قافلهٔ زندگی بشر در راه قانون و نظم قرار گرفته، در شمار اعمال ناپسند و غیرمجاز قلمداد شده است. قانون‌گذار جمهوری اسلامی به‌تبعیت از فقه برای سرقت، جزای کیفری (اعم از تعزیری و حدّی) قرار داده است، تا جایی که در سرقتِ مستوجب حد با وجود شرایط آن، حکم به مجازات قطع عضو داده است. از جملهٔ شرائط سرقتِ مستوجب حد، هتک حرز و غصبی‌نبودن مال است، که این نوشتار حالت‌های گوناگون حرز غصبی و مال غصبی مسروقه را ارزیابی کرده است. گاهی مکان نگهداری مال (حرز) غصبی است. حال آیا قانون‌گذار حرز غاصب را محترم نمی‌شمارد، همان‌گونه که معاملات او را نافذ نمی‌داند و برای او حق دخل و تصرف در مال غصبی قائل نیست و در صورت اتلاف، حکم به ضمان می‌دهد یا اینکه حرز غصبی را در برخی موارد محترم می‌داند؟

با بررسی متون فقهی و حقوقی می‌توان دریافت که در برخی موارد حرز غصبی محترم است، به‌خصوص در موردی که شخص ثالث هتک حرز نماید و مال غاصب را برباید. قانون‌گذار در این خصوص در مادهٔ ۲۷۰ ق.م.ا به مکانی که غصب شده و مال غصبی در آن قرار گرفته، اشاره کرده و برای مالک و کسی که حق دسترسی با اجازهٔ مالک را دارد، این مکان غصب‌شده را حرز نمی‌داند. اما با توجه به کلمات فقهاء نمی‌توان به این کلیت قائل شد. سپس در ادامه این نوشتار حکم قسم‌های حرز و مال غصبی با توجه به اصول کلی حقوقی، کلمات فقهاء و قوانین کیفری بررسی می‌شود.

## پیشینه

از جمله شرائط حدّی‌شمردن سرقت این است که مال از حرز ربوده شود و شرط دیگر، این است که مال ربوده‌شده، غصبی نباشد. در خصوص حرز سرقت حدّی مقالاتی کار شده است. از جمله این مقالات «قاعدهٔ حرز در سرقتِ مستوجب حد» (محقق داماد، ۱۳۷۴، ص. ۳۹)، یا «تأملی پیرامون شرطیت حرز در سرقت» (حائری و فانی، ۱۳۹۹، ص. ۱۶۵)، یا «هتک حرز و اخراج مال در آن و مذاهب اهل سنت» (بایبوردی، ۱۳۹۹) است. وجه تمایز این نوشتار نسبت به سایر نوشتارها در این است که حرز غصبی و اینکه در چه حالاتی حرز غصبی شمرده می‌شود و حالات مختلف ربودن مال غصبی نقد و بررسی می‌شود. همچنین خلاهای قانونی در مورد حالات مختلف حرز غصبی موضوع مادهٔ ۲۷۰ و مال غصبی موضوع مادهٔ ۲۶۸ در سرقت حدّی بررسی و نقد شده است.

## حرز

مفهوم لغوی و اصطلاحی حرز در ذیل بررسی می‌شود.

### ۱ـ مفهوم لغوی حرز

حرز مکانی است که اموال در آنجا حفظ می‌شود (فیومی، ۱۴۰۵ق، ج. ۲، ص. ۱۲۹). دربارهٔ معنای لغوی حرز برخی دیگر از لغت‌شناسان چنین بیان می‌کنند: «الحِرْزُ: الموضع الحصین.» (جوهری، ۱۴۱۸ق، ج. ۳، ص. ۸۷۳؛ ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج. ۵، ص. ۳۳۳)؛ یعنی جایی محکم و استوار و غیرقابل دسترس است. برخی دیگر چنین بیان می‌کنند که حرز «الْمَکانُ الّذِی یحْفَظُ فِیهِ» (فیومی، ۱۴۰۵ق، ج. ۲، ص. ۱۲۹) مکانی است که حفاظت می‌شود.

### ۲ـ مفهوم اصطلاحی حرز

تعریف اصطلاحی حرز نزدیک به همان معنای لغوی آن است و ازاین‌جهت که یکی از شرایط مجازات سرقت حدّی این است که مال در حرز باشد، باید به روایات و کلام فقهاء مراجعه شود. قانون‌گذار در مادهٔ ۲۶۹ ق.م.ا حرز را چنین تعریف می‌نماید: «حرز عبارت از مکان متناسبی است که مال عرفاً در آن از دستبرد محفوظ می‌ماند».

در فقه، دربارهٔ معنای حرز و تشخیص مصادیق آن، اختلاف‌نظر وجود دارد که مجموعاً ۵ دیدگاه را می‌توان تفکیک کرد:

(۱) شیخ طوسی، ابن‌زهره: مکانی که انسان بدون اذن صاحب آن مکان (یا کسی که حق تصرف دارد) حق ورود به آنجا را ندارد (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص. ۷۱۴؛ ابن‌زهره، ۱۴۱۷ق، ص. ۴۳۰).

(۲) حرز مکانی است که اموال در آنجا به‌دلیل قفل‌بودن یا بسته‌بودن یا مدفون‌بودن، از دستبرد محفوظ است. از جمله قائلین به این قول ابن‌ادریس حلّی (۱۴۰۶ق، ج. ۳، ص. ۴۸۳) و محقق حلّی (۱۴۱۸ق، ج. ۱، ص. ۲۲۴) است.

(۳) حرز مکانی است که دخول و تصرف در آن برای غیرمالک و بدون اذن وی، ممنوع است و به‌علاوه اینکه قفل‌شده یا بسته می‌باشد. ابن‌حمزه قائل به این قول است (طوسی، ۱۴۰۸ق، ص. ۴۱۸).

(۴) حرز مکانی است که سارق احساس خطر کند یا به‌دلیل اینکه همیشه زیر نظر است و یا به‌دلیل اینکه قفل‌شده یا بسته یا مال مدفون است. علامه در کتاب قواعد این نظر را پذیرفته است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج. ۳، ص. ۴۱۸).

(۵) هر مکانی که به‌دلیل قفل‌بودن یا بسته‌بودن یا مدفون‌بودن، از دستبرد محفوظ است و حفاظتگاه باشد، حرز محسوب می‌شود. فقهایی مانند شهید ثانی (۱۴۱۲ق، ج. ۹، ص. ۲۴۵)، مقدس اردبیلی (۱۴۰۳ق، ج. ۱۰، صص. ۲۷۹ و ۲۸۰) و مرحوم نجفی (۱۳۶۶، ج. ۴۱، ص. ۴۹۹) بر این عقیده بودند.

بنابراین مشهور فقها در تعریف حرز قائل‌اند که حرز مکانی مغلق یا مقفل است؛ یعنی مکانی که از چشم اشخاص مخفی باشد. ولی طبق تعریف شیخ طوسی که حرز را چنین تعریف کرد: «حرز عبارت است

از جایی که غیرشخص متصرف، مجاز به ورود در آن نیست؛ مگر با اذن او یا جایی که بر در آن قفل زده شده باشد.»، شیخ طوسی در این تعریف یک قید مجازنبودن ورود متصرف را اضافه کرده است. به نظر می‌رسد مرحوم شیخ طوسی مستند این قید در تعریف حرز را از روایات گرفته است.

روایت سکونی از امام صادق (ع) که امیرمؤمنان (ع) فرمودند: «هرگاه دزد از جایی که همگان می‌توانند بدون اجازه وارد شوند –مانند حمام‌ها، کاروانسراها و آسیاب‌ها– چیزی برباید، دستش بریده نمی‌شود» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۱۸، ص. ۵۰۹).[۱]

صحیحهٔ ابوبصیر از امام باقر (ع) در مورد دوستان همسفری که بعضی متاع دیگران را بدزدند سؤال کردم؟ امام فرمودند: «چنین فردی خائن است و دستش قطع نمی‌شود؛ لکن به‌سبب سرقت و خیانتش، تعقیب می‌شود.» به امام (ع) عرض شد، اگر از منزل پدرش سرقت کند؟ فرمودند: «قطع نمی‌شود؛ زیرا فرزند از ورود به منزل پدرش منع نشده است؛ بلکه این فرد خائن است. همین حکم در مورد دزدی از منزل برادر یا خواهرش نیز جاری است؛ مشروط بر اینکه وقتی بر آنان وارد می‌شود، او را از دخول در منزل منع نکنند» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۱۸، ص. ۵۰۹).[۲]

به نظر می‌رسد که تعریف مرحوم شیخ که فرمود: حرز مکانی است که متصرف اجازهٔ ورود به آن را ندارد یا اینکه مکانی قفل‌شده و حفاظت‌شده است، مناسب‌تر است. طبق این تعریف دایرهٔ مصادیق حرز مضیق می‌شود و با توجه به احتیاط در اجرای حدود و قاعدهٔ درأ در تفسیر حدود و همچنین تفسیر به‌نفع متهم باید این تعریف را کامل‌تر دانست. البته این احتمال وجود دارد که عدم اجازهٔ متصرف به ورود، در تعریف حرز نباشد و شرط مستقلی در سرقت حدّی باشد.

## ۲ـ ارکان حرز و شرایط حرز مسروق

خود حرز دارای ارکانی است و تحقق شرط حرز غصبی در سرقت نیز دارای شرائطی است که در ادامه ارکان و شرائط را بیان می‌کنیم.

الف. حرز مطابق تعریف قانونی ارکانی دارد که عبارت‌اند از:

الف. مکانی متعلق به مالک عیناً و منفعتاً باشد.

ب. متناسب‌بودن عرفی حرز با کالا.

ج. محافظت از دستبرد.

ب. شرایط سرقت حدّی مختص به حرز:

---

۱. «عن ابی عبدالله علیه‌السّلام قال: قال امیرالمؤمنین علیه‌السّلام کل مدخل فیه بغیر اذن فسرق منه السارق فلا قطع فیه یعنی الحمامات و الخانات و الارحیة...»

۲. امام باقر علیه‌السّلام: «سالت ابا جعفر عن قوم اصطحبوا فی سفر رفقاء فسرق بعضهم متاع بعض، فقال: هذا خائن لا یقطع و لکن یتبع بسرقته و خیانته قیل له: فان سرق من ابیه فقال لا یقطع لان ابن الرجل لا یحجب عن الدخول الی منزل ابیه، این فرد خائن است و همین حکم در مورد دزدی از منزل برادر یا خواهرش نیز جاری است؛ مشروط بر اینکه وقتی بر آنان وارد می‌شود، او را از دخول در منزل منع نکنند....»

الف. مال مسروق در حرز باشد.
ب. سارق هتک حرز کند.
ج. سارق مال را از حرز خارج کند.
د. هتک حرز و سرقت مخفیانه باشد.

## هتک حرز

با بررسی در متون فقهی می‌توان دریافت که فقها برای هتک حرز تعریفی ارائه نداده‌اند، فقط به ذکر مثال‌هایی برای هتک حرز اکتفا نموده‌اند. در کتاب‌های معاصر، اصلاً چنین چیزی مطرح نیست. به نظر می‌رسد روش خاصی مورد نظر آنان نباشد؛ بلکه هر نوع دست‌یابی به مال محرز، هتک است؛ یعنی هتک دست‌یابی به مال محرز است، خصوصیتی در شکستن وجود ندارد. شکستن قفل یا سوراخ‌کردن و نقب‌زدن، مصادیقی از هتک است.

به‌هرحال، خود هتک گویای مفهوم خود است. در عین حال، این موضوع در کلام فقها دیده می‌شود که هتک و بیرون‌آوردن مال باید یکی باشد. این بیان افاده می‌کند که به هر نوع و به هر نحو دست‌یابی به مال محرز، هتک صادق و منطبق نیست؛ مثلاً در حالتی که مال مقفل یا مغلق باشد، ممکن است حرز به‌وسیلهٔ کسی هتک شود و مال به‌وسیلهٔ دیگری خارج شود. به عبارت دیگر، در این موارد دست‌یابی به مال محرز به دو عمل هتک و اخراج نیاز دارد. به‌هرحال، بودن مال در حرز، ملازمه با هتک دارد و برداشتن چنین مالی مستلزم هتک است؛ ولی هتک همیشه مستلزم شکستن قفل یا مانند آن نیست (محقق داماد، ۱۳۷۶، ج. ۴، ص. ۲۶۵).

## غصب

مفهوم لغوی و اصطلاحی غصب با توجه به تعاریف فقهی و حقوقی در ذیل بررسی می‌شود.

### ۱ـ غصب در لغت

بر طبق آنچه در کتب لغوی آمده غصب در لغت به‌معنای گرفتن چیزی از روی ظلم و ستم است (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج. ۴، ص. ۳۷۴؛ ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج. ۱، ص. ۶۴۸).

### ۲ـ مفهوم اصطلاحی غصب

عبارات فقهاء در تعریف غصب متفاوت است. مشهور آن را به تحت‌سلطه‌درآوردن مال دیگری از روی ستم تعریف کرده‌اند (محقق حلّی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱، ص. ۲۴۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۱ق، ج. ۱، ص. ۱۱۲؛ حلّی، ۱۴۰۷ق، ج. ۴، ص. ۲۴۵؛ فقعانی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱، ص. ۱۵۱؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۸۱). برخی از فقها به‌جای واژهٔ مال از واژهٔ حق استفاده کرده‌اند. تعریف این فقهاء اعم از تعریف مشهور می‌شود. طبق این تعریف حقوقی به‌مانند حق تحجیر نیز قابل غصب است (شهید ثانی، ۱۴۱۲ق، ج. ۷، ص. ۱۶؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۲، ص. ۲۵۴). برخی دیگر از فقها قائل شده‌اند که غصب دارای حقیقت شرعی نیست و برای بررسی

آن به همان حقیقت لغوی و عرفی باید مراجعه کرد (نجفی، ۱۳۶۶، ج.۳۷، ص.۷۵). در قانون مدنی، قانون‌گذار در مادهٔ ۳۰۸ غصب را چنین بیان می‌کند: «استیلای بر حق غیر به‌نحو عدوان است...».

## سرقت از حرز غصبی

یکی از شرایط سرقت حدّی در حرزبودن مال است که این حرز خود شرایطی دارد که به آن اشاره شد. قانون‌گذار در خصوص حرز غصبی در مادهٔ ۲۷۰ ق.م.ا بیان می‌دارد که: «در صورتی که مکان نگه‌داری مال از کسی غصب شده باشد، نسبت به وی و کسانی که از طرف او حق دسترسی به آن مکان را دارند، حرز محسوب نمی‌شود.» قانون‌گذار در این ماده نسبت به سرقت از حرز غصبی به‌صورت کلی بحث کرده که شامل سرقت مالک و کسانی که در حکم وی می‌باشند و شخص ثالث با توجه به مفهوم مخالف ماده، می‌شود. در ارتباط با بحث حرز غصبی گاهی ممکن است حرز توسط شخصی غصب شده و مالی را درون آن قرار دهد، که در این صورت اگر مال از حرز غصبی سرقت شود، دو حالت دارد؛ گاهی توسط خود مالک آن حرز غصب‌شده، سرقت صورت می‌گیرد و گاهی توسط شخص دیگری (ثالث)، در ذیل به بررسی این دو صورت پرداخته می‌شود.

### ۱ـ صاحب مال هتک حرز نماید

اگر صاحب مال هتک حرز کند و مالی را از داخل حرز برباید. مانند جایی که شخص، خانه‌ای را غصب کرده و سپس خودش در آن ساکن شده و بعد از آن مالک بیاید قفل را بشکند و وارد خانه شود و اموال غاصب را برباید. در این صورت حکم به مجازات قطع داده نمی‌شود و سرقت، در این مورد حدّی نمی‌باشد؛ زیرا نسبت به مالک، هتک حرز صورت نگرفته است. بلکه ممکن است خانه در مثال حرز برای اموال مالک نسبت به دیگران باشد؛ به‌دلیل اینکه خانه، ملک وی است و او حق هرگونه تصرف در آن را دارد. حتی اگر غاصب قفلی بر درب خانه گذاشته یا درب را عوض کرده باشد، نیز سرقت مالک از آن ملک، سرقت حدّی محسوب نمی‌شود. در این صورت بردن اموال غاصب توسط مالک از درون حرز، گرچه سرقت حدّی به شمار نمی‌آید ولی به‌عنوان سرقت مستوجب تعزیر قابل پیگیری و رسیدگی است.

یکی از بهترین دلائلی که می‌توان برای حدّی‌ندانستن مال ربوده‌شده از مالک بیان کرد این است که شارع زمانی از چیزی به‌صورت کامل حمایت می‌کند، که دارای مشروعیت باشد. در سرقت نیز، زمانی که مال و حرز مشروع باشد، در حمایت کامل شارع قرار گرفته و متعرض به آن را مجازات حدّی می‌نماید، لذا حرز نامشروع (حرز غصبی)، مورد حمایت شارع نیست. هرچند که از نظر شخص، مال کاملاً در حرز قرار دارد. دلیل این مطلب هم این است که اگر شارع قرار باشد از مال یا حرز مشروع و نامشروع، حمایت یکسانی داشته باشد، دارای دو پیامد منفی است: الف) اینکه مرز میان اموال و مکان‌های مشروع و نامشروع برابر می‌شود و اگر قرار باشد، مجازات شارع برای سرقت از مکان غصبی و مباح یکسان باشد، با عدالت ناسازگار است. ب) اگر شارع بر رفتار شخصی که مکانی را غصب کرده و مالی را در آن قرار داده، صحه بگذارد قطعاً فعل نامشروع شخص را به‌گونه‌ای تأیید کرده است.

تمامی احکامی که نسبت به مالک و هتک حرز نسبت به او بیان شد در مورد اشخاص مأذون از طرف مالک، وکیل، ولی مالک و کسانی که قائم‌مقام او می‌باشند، نیز صادق است. به این معنا که اگر آن‌ها وارد حرز شدند هتک حرز نسبت به آن‌ها صادق نیست و سرقت اموال غاصب توسط این اشخاص سرقت حدّی محسوب نمی‌گردد، ولی می‌توان آن‌ها را به‌سبب ربودن مال به سرقت تعزیری محکوم کرد. نکتهٔ قابل‌توجه در خصوص اشخاص مأذون از طرف مالک این است که تفاوتی نمی‌کند که اذن ورود آن‌ها قبل یا بعد از غصب باشد (فتحی، ۱۳۹۶، ج. ۲، ص. ۲۸۵).

**۲ـ شخص ثالث هتک حرز نماید**

اگر شخص ثالث (غیرمالک و در حکم مالک) هتک حرز کند و مالی را از داخل ملک غصبی برباید. مانند اینکه شخصی خانه‌ای را غصب کرد و قفل‌ها را عوض کرد؛ سپس شخصی غیر از مالک هتک حرز کرد و اموال غاصب را به سرقت برد. در خصوص این فرع دو دیدگاه وجود دارد:

دیدگاه اوّل: برخی مثل علامه (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج. ۲، ص. ۲۷۰)، محقق حلی (محقق حلّی، ۱۳۸۷، ج. ۴، ص. ۵۳۴) و شیخ طوسی (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۱۴، ص. ۵۰۴) قائل شده‌اند که سرقت حدّی نیست، زیرا که (أنّ الدار المغصوبة لیست حرزاً عن غیر المالک) مال و ملک غصبی حرز برای غیرمالک عین و مالک منافع نیست. به عبارت دیگر ملک و مال غصبی فقط حرز برای مالک عین و مالک منافع است. چون حرز غاصب غیرمشروع است، حرز او به‌مانند نبود حرز محسوب می‌شود (حرزه کلا حرز) و تمام تصرفاتی که غاصب انجام داده مثل قفل‌گذاری یا تعویض درب‌ها یا گذاشتن درب تماماً غیرمشروع بوده و انگار که اصلاً حرزی برای مال قرار داده نشده است. بنابراین نمی‌توان حکم به سرقت حدّی داد. شهید ثانی نیز قائل شده که در اینجا سرقت حدّی نیست زیرا کسی حق حرزبستن را دارد که یا صاحب مال باشد یا صاحب منافع و غاصب صاحب منافع هم نیست (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج. ۱۴، ص. ۵۰۴).

دیدگاه دوم: باید گفت که حرز، مفهومی عرفی است و عدم جواز تصرفات غاصب موجب محقق‌نشدن حرز نمی‌شود. اینکه گفته شد هتک حرز برای مالک محقق نیست به‌خاطر عدم جواز تصرفات غاصب نبود بلکه به‌خاطر مجازبودن و مشروعیت هتک حرز برای مالک بود. اگر حرز در مفهوم عرفی ثابت دانسته شد، پس در اینجا هتک حرز صورت گرفته و با وجود دیگر شرایط سرقت حدّی، می‌توان حکم به محکومیت سرقت حدّی داد. به عبارت دیگر سرقت شخص ثالث از اموال غاصب را می‌توان سرقت حدّی شمرد (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۳۸۱، ج. ۱، ص. ۵۵۴).

به نظر می‌رسد، چند دلیل می‌توان برای تأیید نظریهٔ اول ارائه داد:

دلیل اول: با وجود نظر مخالف احتمال حرزنبودن مال، نسبت به غاصب داده می‌شود که با وجود این شبهه و احتمال، قاعدهٔ درأ موضوع مادهٔ ۱۲۰ ق.م.ا در این مورد جاری می‌شود. بنابراین نمی‌توان حکم به سرقت حدّی در خصوص شخص ثالث که اموال غاصب را ربوده، داد.

دلیل دوم: بنای حدود بر تخفیف و مسامحه است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج. ۹، ص. ۲۲۴)، بنابراین حرز غاصب برای شخص ثالث، به‌علت غصبی‌بودن غیرمشروع می‌باشد.

دلیل سوم: اصل تفسیر قوانین به‌نفع متهم نیز اقتضاء دارد که سرقت شخص ثالث از حرز غصبی حدّی شمرده نشود.

بر اساس مفهوم مخالف مادهٔ ۲۷۰ قانون مجازات اسلامی، مکان نگه‌داری مال برای شخص ثالث (غیرمالک و شخص در حکم مالک) حرز محسوب می‌شود. بنابراین، هتک حرز توسط این شخص، با وجود سایر شرایط مذکور در مادهٔ ۲۶۷ ق.م.ا، می‌تواند مستوجب سرقت حدّی باشد. درحالی‌که مشهور فقهاء از جمله شیخ طوسی، علامه حلی، فخرالمحققین و شهید ثانی کما اینکه ذکر شد، قائل به حرزنبودن مکان غصبی نگه‌داری مال برای غاصب هستند. بنابراین ربایش مال توسط مالک و افراد در حکم مالک و شخص ثالث سرقت حدّی محسوب نمی‌گردد.

## سرقت مال غصبی

اگر مال ربوده‌شده، غصبی باشد و غاصب آن را در حرزی که متعلق به خود است قرار داده باشد، در این صورت می‌توان حکم مسئله را در دو قسم بررسی کرد؛

۱- سارق، صاحب مال غصبی باشد.

۲- سارق شخص ثالثی باشد که مال را به سرقت می‌برد.

هرکدام از این دو قسم دارای فروضی است که در ذیل ارزیابی می‌شود.

### ۱ـ سارق صاحب مال باشد

الف) فرض اول: اگر صاحب مال فقط مال خود را که در دست غاصب است، به سرقت برد. در این صورت اشکالی نیست که در اینجا بردن مال غیر، صدق نمی‌کند و به‌طورکلی (اعم از سرقت حدّی و سرقت تعزیری) سرقت نیست؛ به این دلیل که معنای سرقت ربودن مال متعلق به غیر است (مادهٔ ۲۶۷ ق.م.ا)، که در این مورد صادق نمی‌باشد.

ب) فرض دوم: اگر صاحب مال، مال خود را که غیرمتمیز (جدا نشده) است به‌همراه مال غاصب به سرقت برد. مانند اینکه مال ربوده‌شده یک قطعهٔ طلای ۲۰۰ گرمی است که ۵۰ گرم آن برای مالک و باقی آن از آنِ غاصب است و صاحب مال تمام ۲۰۰ گرم طلا را برباید. قبل از بررسی حکم این فرض، یادآوری این نکته ضروری است که محل بحث، موردی است که یکی از شرکا مال مشاع را به‌قصد سرقت می‌رباید، چه اگر عمل او به‌قصد سرقت یا ربودن مال نباشد (بلکه مثلاً به‌قصد برداشتن سهم خود یا تقسیم سهم باشد)، هرچند تصرف وی بدون اجازهٔ سایر شرکا حرام و ممنوع است، به‌دلیل عدم احراز قصد سرقت، عمل او سرقت محسوب نمی‌شود (فتحی، ۱۳۹۶، ج. ۲، ص. ۳۱۷). در بررسی این فرض متأسفانه این نکته در برخی از متون فقهی توجه نشده است.

در مال غصبی غیرمتمیز حکم مسئله مانند سرقت از مال مشترک می‌باشد؛ زیرا مالک و غاصب در مال غیرمتمیز به‌مانند دو شریک هستند.

در سرقت حدّی از مال مشترک (مشاع) دو نظریه وجود دارد:

اول: که منسوب به مشهور فقهاء از جمله حضرت امام (ره) (خمینی، ۱۴۲۰ق، ج. ۲، ص. ۴۸۳)، آیت‌الله خویی (خوئی، بی‌تا، ص. ۴۶) و صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۶۶، ج. ۴۱، ص. ۴۸۱) می‌باشد، این است که، اگر شریک از مال مشاع بیشتر از سهم خود به میزان نصاب سرقت کند، می‌توان حکم به سرقت حدّی داد. قانون‌گذار نیز در مادهٔ ۲۷۷ ق.م.ا در مورد سرقت حدّی مال مشترک همین نظریه را پذیرفته است.

دوم: نظریهٔ دیگر این است نمی‌توان سرقت را حدّی و حتی سرقت دانست؛ زیرا که در تک‌تک اجزا صاحب مال غصبی شریک است و معلوم نیست کدام قسمت مال او و کدام قسمت برای غاصب است. بنابراین در اینجا هم نمی‌توان ربودن مال غیر را ثابت دانست (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۸، ص. ۳۲).

به نظر می‌رسد قاعدهٔ درأ در اینجا جاری نیست، چراکه مالک مازاد بر سهم خود از اموال غاصب به میزان نصاب ربوده است و ربودن مازاد بر مال خود به‌صورت اجمالی (مشاع) کفایت می‌کند.

ج) فرض سوم: اگر مال به‌صورت مجزا (مفروز) از مال غاصب باشد و صاحب مال بعد از هتک حرز به‌همراه مال خود، مال غاصب را نیز برباید. در این صورت اگر اموال غاصب به حد نصاب نرسد که در این مورد سرقت حدّی نیست و سرقت، تعزیری محسوب می‌شود ولی اگر به حد نصاب برسد در این صورت دو نظریه ارائه شده؛

نظریهٔ اول: برخی قائل شده‌اند که در اینجا سرقت حدّی نیست به‌دلیل اینکه در زمان هتک حرز قصد بردن مال خود را داشته و حرز را به‌خاطر بردن مال خود هتک کرده پس حرز به‌خاطر سرقت هتک نشده است.

نظریهٔ دوم: گروه دیگری از جمله شیخ طوسی (ره) قائل شده‌اند که در اینجا آنچه ظاهر نشان می‌دهد این است که هتک حرز برای سرقت انجام شده است و به‌سبب همین می‌توان حکم به سرقت حدّی داد. شیخ طوسی این نظر را مطابق با روایات شیعه می‌داند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۸، ص. ۳۲).

به نظر می‌رسد که اصلاً قصد سرقت مال برای هتک حرز شرط نباشد و کسی قائل به این نشده که هتک حرز باید به‌قصد سرقت باشد. هر شخصی که هتک حرز کرده و مالی را برباید و سایر شرایط سرقت حدّی را داشته باشد، حکم به سرقت حدّی داده می‌شود. حال ممکن است شخص هتک حرز کرده، برای تخریب مال ولی بعداً نظرش عوض شده و مال را به سرقت ببرد، در این مورد حکم به سرقت حدّی داده می‌شود. به عبارت دیگر در سرقت، قصد ربودن مال که همان عنصر معنوی است، کفایت می‌کند و برای شرط‌دانستن قصد سرقت برای هتک حرز نیاز به دلیل می‌باشد. به‌عنوان مثال اگر شخصی قصد تخریب حرز را برای انتقام‌جویی داشت و همچنین قصد سرقت مال را هم داشت، در این صورت می‌توان حکم به سرقت حدّی نمود؛ زیرا عنصر مادی (ربودن مال) و عنصر معنوی (قصد ربودن مال) را دارد و شرط نیست که قصد هتک حرز برای سرقت مال باشد و وجود قصد سرقت برای حکم به سرقت حدّی کفایت می‌کند.

### ۲ـ سارق شخص ثالث باشد

اگر سارق شخص دیگری غیر از مالک و غاصب باشد و آمد هتک حرز کرد و اموال غاصب و مالک را به سرقت برد.

الف) فرض اول: سارق اموال مالک را ببرد ولی حرز برای غاصب است و مال ربوده‌شده برای مالک. به عبارت دیگر سارق هتک حرز غاصب را کرده ولی مال مالک را برده، حکم به سرقت حدّی نمی‌توان داد، زیرا در سرقت حدّی شرط است که مال مسروق باید غصبی نباشد (بند «ژ» مادهٔ ۲۶۷ ق.م.ا).

ب) فرض دوم: اگر سارق فقط اموال غاصب را ببرد در اینجا نیز اشکالی در حکم به سرقت حدّی وجود ندارد؛ زیرا حرز هتک شده و مال برای غاصب است. به عبارت دیگر مال غصبی نیست لذا با وجود دیگر شرایط سرقت حدّی، می‌توان حکم به سرقت حدّی نمود.

ج) فرض سوم: اگر سارق اموال غاصب و مالک را با هم برباید، در این خصوص نسبت به سرقت اموال مالک، نمی‌توان حکم به سرقت حدّی داد؛ زیرا یکی از شرایط سرقت حدّی، غصبی‌نبودن مال است و مال مالک در دست غاصب، غصبی محسوب می‌شود. اما نسبت به سرقت اموال غاصب می‌توان حکم به حدّی‌بودن سرقت با وجود دیگر شرایط سرقت حدّی، مانند؛ هتک حرز و نصاب داد.

## نتیجه‌گیری

قانون‌گذار جمهوری اسلامی در خصوص حرز غصبی فقط در مادهٔ ۲۷۰ ق.م.ا سخن به میان آورده: «در صورتی که مکان نگه‌داری مال از کسی غصب شده باشد، نسبت به وی و کسانی که از طرف او حق دسترسی به آن مکان را دارند، حرز محسوب نمی‌شود.»

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، این ماده حکم مربوط به مالک حرز و اشخاص مأذون از طرف او را بیان کرده است. اما در مورد سرقت شخص ثالث از حرز غصبی، نه در این ماده و نه در مواد دیگر، حکمی صریح وجود ندارد. هرچند از مفهوم مخالف این ماده می‌توان حدّی‌بودن سرقت شخص ثالث را استنباط کرد، این برداشت با نظر مشهور فقها، قواعد کلی حقوقی و قاعدهٔ درأ در تعارض است. لذا پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار در خصوص سرقت شخص ثالث، ماده‌ای را وضع کند که با اصول حقوقی و نظرات فقها هماهنگ باشد. در مورد مال غصبی نیز، قانون‌گذار به ذکر بند «ژ» از مادهٔ ۲۶۸ ق.م.ا که مقرر می‌دارد: «مال مسروق از اموال سرقت‌شده یا مغصوب نباشد»، اکتفا کرده است. اما برای حکم به حدّی‌بودن سرقت، باید توجه داشت که آیا مال ربوده‌شده توسط مالک (مازاد بر سهم خود) متمایز بوده یا غیرمتمایز؛ زیرا حکم مسئله در هریک از این دو حالت متفاوت است. اگر مال غیرمتمایز باشد، به احکام سرقت مال مشاع موضوع مادهٔ ۲۷۷ ق.م.ا در حدود مراجعه می‌شود. در جایی که مال متمایز و مفروز باشد، اگر سارق مازاد بر سهم خود مالی را از غاصب به اندازهٔ نصاب برباید، حکم به حدّی‌بودن می‌شود و قصد مالک برای هتک حرز همان‌طور که برخی قائل شده‌اند، تأثیری در حکم به سرقت وی ندارد، بلکه قصد ربودن مال غاصب که عنصر معنوی است به‌تنهایی و ربودن مال که عنصر مادی است و دیگر شرایط سرقت حدّی، برای حکم به حدّی‌بودن سرقت، کفایت می‌کند.

## منابع


انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). *کتاب النکاح*. قم: کنگرهٔ جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

حائری، محمدحسن، و فانی، سبیکه. (۱۳۹۹). تأملی پیرامون شرطیت حرز در سرقت. *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی*.

حرّ عاملی، محمد. (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعه*. قم: موسسه آل البیت لاحیاء التراث.

حلّی، جمال‌الدین. (۱۴۰۷ق). *المهذب البارع*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

حلی، فخرالمحققین. (۱۳۸۷). *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*. قم: موسسه اسماعیلیان.

خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۲۰ق). *تحریرالوسیله* (چاپ هشتم). قم: موسسه النشر الاسلامی.

خوئی، سید ابوالقاسم. (بی‌تا). *مبانی تکملة المنهاج*. (محمدتقی خوئی، تحقیق). نجف اشرف: مکتبه الادب.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۲ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). *مسالک الافهام*. قم: موسسه المعارف الاسلامیه.

شیخ صدوق، محمد. (۱۴۱۴ق). *غایة المراد و حاشیة الارشاد*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

طباطبایی، سید علی. (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل*. قم: موسسه آل البیت (ع).

طوسی، ابوجعفر. (۱۳۸۷ق). *المبسوط فی فقه الامامیه*. تهران: الکمتبه المرتضویه.

طوسی، ابوجعفر. (۱۴۰۰ق). *النهایة فی الفقه و الفتاوی*. بیروت: دارالکتب العربی.

طوسی، محمد. (۱۴۰۸ق). *الوسیلة الی نیل الفضیلة*. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.

علامه حلّی، الحسن بن یوسف. (۱۴۱۱ق). *تبصرة المتعلمین*. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

علامه حلّی، الحسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). *قواعد الاحکام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

علامه حلّی، الحسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). *مختلف الشیعة فی احکام الشریعة* (چاپ دوّم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

فاضل موحدی لنکرانی، محمد. (۱۳۸۱). *تفضیل الشریعة- الحدود*. قم: مرکز فقه الائمة الاطهار علیه السلام.

فتحی، حجت‌الله. (۱۳۹۶). *شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی* (چاپ دوم). قم: موسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.

فراهیدی، خلیل. (۱۴۱۰ق). *کتاب العین*. قم: منشورات الهجرة.

فقعانی، علی. (۱۴۱۸ق). *الدرو المنضود فی معرفة صیغ النیات و الایقاعات و العقود*. قم: مکتبه الامام العصر(عج) العلمیة.

فیومی، احمد. (بی‌تا). *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی* (در یک جلد). قم – ایران: منشورات دار الرضی.

محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۱۸ق). *المختصر النافع فی فقه الامامیه*. قم: موسسه المطبوعات الدینیة.

محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۷۴). قاعده حرز در سرقتِ مستوجب حد. *مجله حقوقی دادگستری*.

محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۷۶). *قواعد فقه* (چاپ دوم). تهران: سمت.

مقدس اردبیلی، احمد. (۱۴۰۳ق). *مجمع الفائدة والبرهان، فی شرح ارشاد الاذهان*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۶). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. (قوچانی، تحقیق). تهران: دارالکتب السلامیه.


## References


Anṣārī, Murtaḍā. (1415 AH / 1994 AD). *Kitāb al-Nikāḥ* [The Book of Marriage]. Qom: World Congress Commemoration of Shaykh Aʿẓam Anṣārī. (in Persian)

Ḥāʾerī, Muḥammad Ḥasan, and Fānī, Sabīkeh. (1399 Sh. / 2020 AD). "Taʾammulī Pīrāmūn Shartiyyat Ḥirz dar Sirqat" [A Reflection on the Conditionality of Ḥirz in Theft]. *Majallah Muṭālaʿāt Fiqh wa Ḥuqūq Islāmī* [Journal of Islamic Jurisprudence and Law Studies]. (in Persian)

Ḥarr ʿĀmilī, Muḥammad. (1409 AH / 1988 AD). *Wāsiʿ al-Shīʿah* [The Means of the Shīʿah]. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt li Iḥyāʾ al-Turāth. (in Persian)

Ḥillī, Jamāl al-Dīn. (1407 AH / 1986 AD). *Al-Muḥadhhab al-Bāriʿ* [The Outstandingly Refined]. Qom: Daftar Intishārāt Islāmī. (in Persian)

Ḥillī, Fakhr al-Muḥaqqiqīn. (1387 Sh. / 2008 AD). *ʾIyḍāḥ al-Fawāʾid fī Sharḥ Mushkilāt al-Qawāʿid* [Clarification of the Benefits in the Explanation of the Difficulties of the Maxims]. Qom: Muʾassasat Ismāʿīlīyān. (in Persian)

Khomeinī, Sayyid Rūḥullāh. (1420 AH / 1999 AD). *Taḥrīr al-Wasīlah* (8th ed.) [The Composition of the Means]. Qom: Muʾassasat al-Nashr al-Islāmī. (in Persian)

Khūyī, Sayyid Abū al-Qāsim. (n.d.). *Mabānī Takmīlat al-Minhāj* [Foundations of the Completion of the Path]. Edited by Muḥammad Taqī Khūyī. Najaf Ashraf: Maktabat al-Adab. (in Persian)

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. (1412 AH / 1991 AD). *Al-Rawḍah al-Bahiyyah fī Sharḥ al-Lumaʿah al-Dimashqiyyah* [The Radiant Garden in the Commentary of the Luminous Light of Damascus]. Qom: Daftar Tablīgh Islāmī. (in Persian)

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. (1413 AH / 1992 AD). *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharāʾiʿ al-Islām* [Paths of Understanding to Refine the Laws of Islam]. Qom: Muʾassasat al-Maʿārif al-Islāmiyyah. (in Persian)

Shaykh Ṣadūq, Muḥammad. (1414 AH / 1993 AD). *Ghāyah al-Murād wa Ḥāshiyat al-Irshād* [The Ultimate Purpose and Annotation on Guidance]. Qom: Daftar Tablīgh Islāmī. (in Persian)

Ṭabāṭabāʾī, Sayyid ʿAlī. (1418 AH / 1997 AD). *Riyāḍ al-Masāʾil* [Gardens of Legal Issues]. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt. (in Persian)

Ṭūsī, Abū Jaʿfar. (1387 AH / 1967 AD). *Al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmiyyah* [The Detailed Treatise on Imāmī Jurisprudence]. Tehran: Al-Maktabah al-Murtazawiyyah li Iḥyāʾ Āthār al-Jaʿfariyyah. (in Persian)

Ṭūsī, Abū Jaʿfar. (1400 AH / 1980 AD). *Al-Nihāyah fī al-Fiqh wa al-Fatāwā* [The Ultimate in Jurisprudence and Legal Decisions]. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿArabī. (in Persian)

Ṭūsī, Muḥammad. (1408 AH / 1987 AD). *Al-Wasīlah ilā Nayl al-Faḍīlah* [The Means to Attain Virtue]. Qom: Kitābkhānah Āyatullāh Marʿashī. (in Persian)

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. (1411 AH / 1990 AD). *Tabsirah al-Mutaʿallimīn* [Clarification for Learners]. Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance. (in Persian)

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. (1413 AH / 1992 AD). *Qawāʿid al-Aḥkām* [Rules of Legal Judgments]. Qom: Daftar Intishārāt Islāmī. (in Persian)

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. (1413 AH / 1992 AD). *Mukhtalif al-Shīʿah fī Aḥkām al-Sharīʿah* (2nd ed.) [The Disagreement of the Shīʿah in Legal Rulings]. Qom: Daftar Intishārāt Islāmī. (in Persian)

Fāḍil Muwaḥḥidī Lankarānī, Muḥammad. (1381 Sh. / 2002 AD). *Tafḍīl al-Sharīʿah – al-Ḥudūd* [The Preferment of the Law – Hudūd]. Qom: Markaz Fiqh al-Aʾimmah al-Aṭhār. (in Persian)

Fattahī, Ḥujjat-Allah. (1396 Sh. / 2017 AD). *Sharḥ Mabsūṭ Qānūn Mujāzāt Islāmī* (2nd ed.) [Extended Commentary on the Islamic Penal Code]. Qom: Muʾassasat Dāʾirat al-Maʿārif Fiqh Islāmī. (in Persian)

Farāhīdī, Khalīl. (1410 AH / 1989 AD). *Kitāb al-ʿAyn* [The Book of the Eye]. Qom: Manšūrāt al-Hijrah. (in Persian)

Faqʿānī, ʿAlī. (1418 AH / 1997 AD). *Al-Durr al-Manḍūd fī Maʿrifat Ṣīgh al-Niyāt wa al-Aywāqāt wa al-ʿUqūd* [The Strung Pearls in Knowledge of the Forms of Intentions, Timing, and Contracts]. Qom: Maktabah al-Imām al-ʿAṣr (ʿaj). (in Persian)

Fayyūmī, Aḥmad. (n.d.). *Al-Miṣbāḥ al-Munīr fī Gharīb al-Sharḥ al-Kabīr li al-Rāfiʿī* [The Illuminating Lamp in the Difficult Vocabulary of the Great Commentary of al-Rāfiʿī] (One volume). Qom, Iran: Manšūrāt Dār al-Riḍā. (in Persian)

Muḥaqqiq Ḥillī, Jaʿfar ibn Ḥasan. (1418 AH / 1997 AD). *Al-Mukhtaṣar al-Nāfiʿ fī Fiqh al-Imāmiyyah* [The Beneficial Summary in Imāmī Jurisprudence]. Qom: Muʾassasat al-Maṭbūʿāt al-Dīniyyah. (in Persian)

Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. (1374 Sh. / 1995 AD). "Qāʿidah Ḥirz dar Sirqat-i Mustajib Ḥadd" [The Rule of Ḥirz in Theft Deserving Hudūd Punishment]. *Majallah Ḥuqūqī Dādgostari* [Judiciary Law Journal]. (in Persian)

Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. (1376 Sh. / 1997 AD). *Qawāʿid Fiqh* (2nd ed.) [Principles of Jurisprudence]. Tehran: Samt. (in Persian)

Muqaddas Ardabīlī, Aḥmad. (1403 AH / 1983 AD). *Majmaʿ al-Fāʾidah wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-Adhhān* [The Collection of Benefit and Proof in Commentary on the Guidance of Minds]. Qom: Daftar Intishārāt Islāmī. (in Persian)

Najafī, Muḥammad Ḥasan. (1366 Sh. / 1987 AD). *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāʾiʿ al-Islām* [Jewels of Discourse in the Explanation of Islamic Laws]. Edited by Qūchānī. Tehran: Dār al-Kutub al-Salāmiyyah. (in Persian)

Studies of Islamic Jurisprudence and the Basis of Law
Online ISSN: 2783-0837 Print ISSN: 2783-2368
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# A Reflection on the Dominant View of Jurists Regarding Compensation for the Loss of the Sense of Taste

**Amin Soleyman Kolvanaq**[1], and **Ahmad Murtazi**[2]

1. *Corresponding Author*, Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Tabriz, Tabriz, Iran. Email: a.soleyman@tabrizu.ac.ir
2. Associate Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Tabriz, Tabriz, Iran. Email: a.mortazi@tabrizu.ac.ir

**Article Info**

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received
04 July 2023
Received in revised form
26 July 2023
Accepted
28 August 2023
Available online
22 June 2025

***Keywords:***
diyat al-dhawqīyah (taste diyah),
'arsh,
tabādur,
inṣirāf,
anatomy of taste

**ABSTRACT**

The majority of *Imāmī* jurists have considered the destruction of another person's sense of taste as warranting the full mlood money or *al-dīya (Arabic* الدية*,* the financial compensation for homicide and injuries) of a human being, while a minority have deemed such an act to entail the imposition of *ʾarsh* (Arabic أرش, indemnity). In the absence of a specific fiqhī proof establishing a prescribed *dīya* for the elimination and loss of the sense of taste, the majority of jurists have relied on the general and absolute primary texts related to the diya of body parts, such as the narrations of Muḥammad b. Sinān and Hishām b. Sālim. However, the opposing view has critiqued the aforementioned claim through the lens of *tabādur* (immediate comprehension) and *inṣirāf* (contextual restriction)—as indicators in the principles of jurisprudence for discerning the true meaning—and has established the realization of *ʾarsh* (compensation) for the loss of the sense of taste. The central question of this study is the extent to which the dominant juristic opinion—that a full *dīya* is owed for the elimination of the sense of taste—is compatible with foundational *fiqhī* principles. This research, conducted through a descriptive-analytical method and based on library sources, rejects the presumption *(tabādur)* that physical limbs are necessarily understood in the relevant riwāyāt on bodily *dīya*, and also does not accept the *inṣirāf* of key terms in these narrations from injuries affecting sensory functions (*manāfiʿ*). The study concludes that a close examination of the anatomy of taste and its neural pathways, along with reflection on the phrase *minhu ʾithnān* (Arabic مِنْهُ إِثْنَان) in the cited narrations, supports the conclusion that *ʾarsh* is the appropriate ruling for the destruction of the sense of taste. Furthermore, the dominant view asserting the obligation of full diyah conflicts with the jurists' own *fatwā* stipulating one-third *dīya* in the case of cutting off the tongue of a mute individual.

**Cite this article:** Soleyman Kolvanaq, A., & Murtazi, A. (2025). A Reflection on the Dominant View of Jurists Regarding Compensation for the Loss of the Sense of Taste. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law, 19*(1), 45-66. http//doi.org/10.22034/fvh.2023.16418.1800

© The Author(s). Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: http//doi.org/10.22034/fvh.2023.16418.1800

## Introduction

One of the five human senses is the sense of taste. From the perspective of medical physiology, taste perception is primarily the function of the *gustatory buds* located in the oral cavity; however, the sense of smell also plays a significant role in gustatory perception, such that taste and smell operate in parallel, with their information converging in the central nervous system (CNS) to aid in the critical recognition of foods and toxins. Many factors influence the perception of taste, but the primary organ for its detection is the set of taste buds located on the tongue. Although the tongue is not a sufficient condition for taste perception, its removal inevitably results in the complete loss of the sense of taste.

An individual's sense of taste may be lost as a result of a criminal act. The manner of compensating for such loss in cases of *jināyāt ghayr-ʿamd* (unintentional bodily offenses) affecting bodily organs or benefits, or in *jināyāt ʿamd* (intentional bodily offenses) where *qiṣāṣ* is not applicable, is through payment of the prescribed *diyah* (fixed blood-money) or an unquantified *diyah* (*arsh*). Jurists differ on the amount of *diyah* applicable to the loss of the sense of taste. The majority of jurists hold that a full *diyah* is due, whereas a small group hold that *arsh* applies—a position adopted in Article 695 of the Islamic Penal Code of Iran.

The central question of this study is to what extent the dominant view—regarding the attachment of a full *diyah* to the loss of the sense of taste—aligns with the realities of gustatory anatomy and with established *fiqhī* principles. The authors' hypothesis is that the dominant opinion is inconsistent with the juristic consensus that only one-third of a full *diyah* applies in cases of cutting the tongue of a mute person (*lisān al-aʿjam*), and that this is corroborated by the anatomical realities of the sense of taste. Addressing this research question first requires an explanation of the gustatory sense from the perspective of medical physiology. The next step is a comprehensive review of *fiqhī* sources to collect all relevant opinions, followed by an evaluation—both in terms of textual authenticity and substantive reasoning—of the extent to which the dominant opinion is consistent with established *fiqh* principles and the anatomical reality of taste perception.

## Methodology

This research is a descriptive–analytical, library-based study. The authors examined *fiqhī* and legal sources to identify the opinions of jurists and legal scholars. These opinions were then analyzed and evaluated on the basis of scientific evidence, in order to assess the dominant *fuqahāʾ* view regarding the method of compensating for the loss of the sense of taste, measured against both established *fiqhī* rulings and the anatomical structure of taste perception.

## Findings

From a substantive perspective, the sense of taste is primarily the function of gustatory buds located in the mouth, with various other factors contributing to taste perception, including the CNS, the sense of smell, and the tongue. The crucial point, however, is that the main apparatus for taste perception is the gustatory buds located on the tongue; and although the tongue is not a sufficient condition for taste perception, its removal inevitably results in the complete loss of this sense.

The question of whether a full *diyah* or *arsh* applies to the removal of the sense of taste is devoid of any specific *fiqhī* evidence. The primary justification for those who argue for a full *diyah* rests on the traditions of Hishām b. Sālim and ʿAbd Allāh b. Sinān, which address the matter in general terms. Some jurists hold that these traditions apply both to physical organs (*aʿḍāʾ*) and to benefits (*manāfiʿ*), and when dealing with multiple bodily benefits, they maintain that if the benefit in question is singular in the body, the ruling of full *diyah* applies. This reasoning is based on the belief that the narrations extend beyond external body parts to include benefits.

By contrast, some jurists argue that the generality indicated in the narration—namely the phrase *mā kāna*—is to be understood as referring to organs: that is, any bodily organ that exists as a single unit, and not to benefits. Their evidence is, first, that the immediate sense (*tabādur*) evoked by these narrations concerns organs, not benefits; and second, that the narrations are contextually inclined (*inṣirāf*) toward physical organs.

## Conclusion

From the perspective of textual authenticity, there is no fundamental defect in the validity of these narrations. In terms of semantic analysis, the term *kull* as it appears in the narrations, combined with the generality expressed therein and the absolute statements of jurists in the context of the *diyah* of benefits, encompasses both organs and benefits. Regarding the argument from *tabādur* and *inṣirāf*, it should be said that the term *mā kāna* immediately suggests "whatever exists in the body" in its broad sense, not merely organs. Upon hearing the term *mā kāna*, the mind does not necessarily restrict itself to one instance of that term (i.e., organs); rather, it considers its primary meaning, which includes both organs and benefits. Therefore, the narrations do not display *tabādur* or *inṣirāf* toward organs alone.

Nonetheless, relying on these narrations to establish the ruling of a full *diyah* for the loss of the sense of taste is not sound, because:

1. Benefits cannot be characterized in terms of being singular or multiple in the same way as organs.
2. If the ruling of a full *diyah* were applied to the sense of taste, there would be no exceptional case among the benefits of bodily organs in

which a full *diyah* is not awarded—yet no jurist has issued such a ruling in other cases.

Furthermore, including the sense of taste within the scope of these narrations conflicts with the juristic ruling that only one-third of a full *diyah* applies in the case of cutting the tongue of a mute person, as well as with the evidences supporting that ruling. This is because, on the one hand, jurists have ruled that one-third of the *diyah* applies in such cases; on the other hand, from the anatomical perspective, it has been established that cutting the tongue results in the loss of the sense of taste. Thus, if a full *diyah* were established for the removal of the sense of taste, then by extension, the dominant opinion among jurists would require awarding a full *diyah* for cutting the tongue of a mute person—which is contrary to the correct, well-attested narrations that establish only one-third of the *diyah*. Therefore, a full *diyah* does not apply to the sense of taste.

***Author Contributions:*** Amin Soleyman Kolvanaq: 60%. Ahmad Murtazi: 40%.

***Data Availability Statement:*** Not Applicable.

***Acknowledgements:*** The authors would like to thank all individuals involved in the evaluation process of the manuscript, including the journal's editorial staff and the esteemed reviewers.

***Ethical Considerations:*** The authors avoided data fabrication, falsification, plagiarism, and misconduct.

***Funding:*** This research received no external funding.

***Conflict of Interest:*** The authors declare no conflict of interest.

***Declaration of Generative AI and AI-assisted technologies in the writing process:*** No artificial intelligence (AI) tools were used in the preparation of this manuscript.

مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق
شاپا برخط: ۰۸۳۷-۲۷۸۳ شاپا چاپی: ۲۳۶۸-۲۷۸۳
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# تأملی بر دیدگاه مشهور فقیهان دربارهٔ نحوهٔ جبران خسارت ازبین‌رفتن حس چشایی (بر پایهٔ مسلمات فقهی و آناتومی حس چشایی با تأکید بر مادهٔ ۶۹۵ ق.م.ا)

امین سلیمان کلوانق[۱]، و احمد مرتاضی[۲]

۱. *نویسندهٔ مسئول*، استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکدهٔ الهیات و علوم اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران. رایانامه: a.soleyman@tabrizu.ac.ir
۲. دانشیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکدهٔ الهیات و علوم اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران. رایانامه: a.mortazi@tabrizu.ac.ir

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:**
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۱۳
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۵/۰۴
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۰۶
تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۴/۰۱

***کلیدواژه‌ها:***
دیهٔ چشایی،
ارش،
تبادر،
انصراف،
آناتومی چشایی

**چکیده**

مشهور فقیهان امامیه ازبین‌بردن حس چشایی دیگری را موجب ثبوت دیهٔ کامل یک انسان دانسته و معدودی از ایشان این نوع جنایت را سبب تحقق ارش اعلام کرده‌اند. با توجه به عدم وجود دلیل خاص فقهی برای ثبوت دیهٔ مقدّر در ازای ازالهٔ حس چشایی، مشهور فقیهان به عمومات و اطلاقات اولیهٔ وارد در باب دیهٔ اعضا همچون روایت محمد بن سنان و هشام بن سالم تمسک جسته‌اند؛ اما نظریهٔ رقیب، ادعای مذکور را از رهگذر تبادر و انصراف –به‌عنوان علامت‌های اصول فقهی کشف معنای حقیقی– نقد کرده و تحقق ارش در ازالهٔ حس چشایی را به اثبات رسانده‌اند. سؤال اصلی پژوهش حاضر این است که قول مشهور فقیهان مبنی بر تعلق دیهٔ کامل در ازالهٔ حس چشایی، تا چه میزان با مبانی فقهی سازگاری دارد؟ پژوهش حاضر که به شیوهٔ توصیفی–تحلیلی و با اتکا به ابزار کتابخانه‌ای صورت گرفته، ضمن رد تبادر معنای اعضای فیزیکی از روایات مربوط به دیهٔ اعضا و عدم پذیرش انصراف واژگان کلیدی این روایات از جنایات وارد بر منافع، به این نتیجه دست یافته است که دقت در آناتومی حس چشایی و مسیر تحقق آن و نیز تأمل در عبارت «منه إثنان» در روایات مورد اشاره، تحقق ارش را در مورد ازبین‌بردن حسّ چشایی اثبات می‌کند؛ همچنین، قول مشهور فقیهان مبنی بر ثبوت دیهٔ کامل با فتوای ایشان به ثبوت یک‌سوم دیه در فرض قطع زبان شخص لال، تعارض دارد.

**استناد:** سلیمان کلوانق، امین؛ و مرتاضی، احمد (۱۴۰۴). تأملی بر دیدگاه مشهور فقیهان دربارهٔ نحوهٔ جبران خسارت ازبین‌رفتن حس چشایی (بر پایهٔ مسلمات فقهی و آناتومی حس چشایی با تأکید بر مادهٔ ۶۹۵ ق.م.ا). *مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*، ۱۹ (۱)، ۴۵-۶۶. https://doi.org/10.22034/fvh.2023.16418.1800

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.
© نویسنده(گان).

## مقدمه

نحوهٔ جبران خسارت در جنایات غیرعمد واردهٔ بر اعضا و منافع آن با پرداخت دیهٔ مقدر یا دیهٔ غیرمقدر یا همان ارش می‌باشد. یکی از این موارد که در میزان دیهٔ آن میان فقیهان اختلاف است، حس چشایی می‌باشد. حس چشایی از منافعی است که به‌واسطهٔ زبان درک می‌شود و زبان نیز از جملهٔ اعضایی است که کارایی‌های متعددی دارد و شارع مقدس نیز علاوه بر جِرم آن، برای برخی از منافع آن، از قبیل چشایی و تکلم، دیه منظور کرده است. با وجود این، در قطع زبان با اینکه زوالِ تبعی برخی از منافع آن یقینی است، حکم به یک دیهٔ کامل داده است که نشان از تداخل دیات منافع زبان در جِرم آن دارد. مشهور فقیهان در میزان دیهٔ چشایی مستند به روایات عبدالله بن سنان و هشام بن سالم قائل بر این هستند که دیهٔ کامل در آن ثابت می‌شود، اما در مقابل، گروه اندکی مانند امام خمینی (ره) قائل به ثبوت ارش در زوال آن می‌باشند که همین نظر نیز در مادهٔ ۶۹۵ قانون مجازات اسلامی[۱] پذیرفته شده است. سؤال اصلی تحقیق حاضر این است که نظر مشهور مبنی بر تعلق دیهٔ کامل در ازبین‌رفتن حس چشایی تا چه میزان با واقعیت آناتومی چشایی و مسلمات فقهی سازگاری دارد؟ فرضیهٔ نگارندگان این است که نظر مشهور در گسست با فتوای اجماعی فقیهان مبنی بر تعلق یک‌سوم دیه در قطع زبان لال قرار دارد و مؤید بر آن آناتومی حس چشایی است. در تحقیق حاضر، که به روش توصیفی–تحلیلی و با اتکا به ابزار کتابخانه‌ای انجام گرفته است، ابتدا موضوع حس چشایی از منظر فیزیولوژی پزشکی تبیین کرده و در ادامه ضمن استقصا در متون فقهی، تمامی نظرات ناظر بر مسئله را گردآوری نموده و با ارزیابی سندی و دلالی مستندات اقوال، میزان مطابقت قول مشهور با مسلمات فقهی و واقعیت آناتومی حس چشایی را بررسی می‌کند. در خصوص پیشینه لازم به ذکر است که تاکنون پژوهشی در خصوص مسئلهٔ تحقیق حاضر انجام نگرفته است.

## موضوع‌شناسی حس چشایی

در ارتباط با آناتومی حس چشایی و تعیین عوامل مؤثر در درک آن لازم به ذکر است که برخی لغت‌دانان ذائقه و چشایی را به «درک طعم چیزها به‌کمک رطوبت برخاسته از عصب‌های موجود بر روی عضلهٔ زبان»[۲] تعریف کرده‌اند (فیومی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۲۱۱).

اسدی حلّی از فقیهان امامیه نیز ذائقه و حس چشایی را عبارت از حسّ موجود در قوهٔ نهاده‌شده در جِرم زبان، معرفی کرده و در تکمیل سخن خویش می‌گوید: خداوند سبحان در زیر زبان دو حفره آفریده است که تولید لعاب (بُزاق) می‌کند و هرگاه آب دهان با خوراکیِ دارای طعم، برخورد نماید وارد مشام زبان شده و به قوهٔ ذائقه می‌رسد و توسط آن، حسّ می‌گردد (اسدی حلّی، ۱۴۱۰ق، ص.۱۴). در میان برخی فقیهان اسلامی نیز قول غیرمشهوری اظهار شده است که حسّ چشایی را نه به زبان بلکه به حلق، مربوط دانسته و بر اساس آن، ازالهٔ حس چشایی مقارن با قطع زبان را مستلزم ثبوت دو دیه، یکی از بابت قطع

---

۱. «ازبین‌بردن حس چشایی و نقصان آن، موجب ارش است.»

۲. إِدْرَاک طَعْمِ الشَّیءِ بِوَاسِطَه الرُّطُوبَه الْمُنْبَثَّه بِالعَصَبِ الْمَفْرُوشِ علی عَضَلِ اللِّسَانِ.

جِرم زبان و دیگری، به‌جهت ازالهٔ منفعت چشایی، دانسته‌اند (رملی، ۱۴۰۴ق، ج.۷، ص.۳۴۰؛ هیتمی، ۱۳۵۷ق، ج.۸، ص.۴۸۰).

اما باید توجه داشت که از نظر فیزیولوژی پزشکی حس چشایی به‌طور عمده عمل «جوانه‌های چشایی» (taste buds) در دهان است؛ لیکن حس بویایی نیز در درک چشایی سهم به‌سزایی دارد به‌نحوی‌که مزه و بو به‌طور موازی عمل می‌کنند و اطلاعات در سیستم عصبی مرکزی (CNS) همگرا می‌شوند تا به تشخیص غذاها و سموم کمک کنند. برای مثال، بدون کمک بویایی، طعم پیاز بسیار شبیه سیب است و هر دو کاملاً ملایم هستند (Boron & Boulpaep, 2012, p. 696). درست به همین دلیل است که اگر فرد سرماخوردگی داشته باشد ممکن است طعم را «متفاوت» از دیگران بفهمد، چون حس چشایی را تضعیف می‌کند (Barrett, Yuan, & Brooks, 2019, p. 419). علاوه بر آن، بافت غذا که به‌وسیلهٔ حس‌های تماسی دهان کشف می‌شود و وجود موادی از قبیل فلفل در غذا که انتهای حسی درد را تحریک می‌کنند تجربهٔ چشایی را به مقدار زیادی تحت‌تأثیر قرار می‌دهند. اهمیت چشایی در این حقیقت نهفته است که به شخص اجازه می‌دهد تا غذایش را بر طبق میل خود و نیز غالباً بر طبق نیازهای متابولیک بافت‌ها برای مواد مغذی ویژه انتخاب نماید (جان ای هال، ۲۰۱۰، ج.۲، ص.۱۰۶۵).

هر جوانهٔ چشایی شامل ۵۰ تا ۱۵۰ سلول گیرنده، تعدادی سلول پایه و پشتیبان است که سلول‌های چشایی را احاطه کرده‌اند و اکثر مردم ۲۰۰۰ تا ۵۰۰۰ جوانهٔ چشایی دارند (Barrett, Yuan, & Brooks, 2019, p. 693). این جوانه‌ها روی سه نوع از پرزهای زبان به‌شرح زیر یافت می‌شوند: (۱) تعداد زیادی از جوانه‌های چشایی روی دیوارهٔ فرورفتگی‌های اطراف پرزهای پیاله‌ای‌شکل که خط V را در سطح خلفی زبان تشکیل می‌دهند قرار گرفته‌اند. (۲) تعداد متوسطی از جوانه‌های چشایی روی پرزهای قارچی‌شکل که در سطح قدامی مسطح زبان وجود دارند یافت می‌شوند. (۳) تعداد متوسطی از جوانه‌های چشایی نیز روی پرزهای برگی‌شکل قرار گرفته‌اند که در چین‌های موجود در طول سطوح جانبی زبان واقع شده‌اند (جان ای هال، ۲۰۱۰، ج.۲، ص.۱۰۶۸). تعداد دیگری از جوانه‌های چشایی نیز روی سقف دهان و کام نرم و معدودی نیز روی ستون‌های لوزه، اپیگلوت و حتی ابتدای حلق و مری قرار گرفته‌اند (Barrett, Yuan, & Brooks, 2019, p. 427). بنابراین، مزه‌ها از تمام قسمت‌های زبان و ساختارهای مجاور آن حس می‌شود (Barrett, Yuan, & Brooks, 2019, p. 430).

اگرچه عوامل زیادی در درک حس چشایی تأثیر دارند، اما مهم این است که ابزار اصلی در درک آن جوانه‌هایی است که روی زبان قرار دارند و اگرچه که وجود زبان شرط کافی برای دریافت حس چشایی نیست، اما با قطع زبان، زوال حس چشایی قطعی است.

حال پس از بررسی موضوع‌شناختی حس چشایی، برای دستیابی به حکم متقن در مسئله، آرای فقها و مستندات ایشان باید طرح و بررسی شود که نگارندگان در ادامه درصدد بیان آن هستند.

## آرای فقیهان در نحوهٔ جبران خسارت ازبین‌رفتن حس چشایی

در میان فقیهان امامیه در نحوهٔ جبران خسارت ازبین‌رفتن حس چشایی، اختلاف‌نظر هست و استقصا در منابع فقهی حاکی از این است که مجموعاً دو نظر وجود دارد:

### ۱ـ ثبوت دیهٔ کامل

مشهور فقیهان در زائل‌شدن حس چشایی به‌طور صریح گفته‌اند که دیهٔ کامل ثابت می‌شود (حلّی، ۱۳۹۴ق، ص. ۱۴؛ ابن‌حمزه، ۱۴۰۸ق، ص. ۴۴۲؛ علامه حلّی، ۱۴۱۰ق، ج. ۲، ص. ۲۴۳؛ علامه حلّی، ۱۴۱۱ق، ص. ۲۰۴؛ حلّی، ۱۳۸۷ق، ج. ۴، ص. ۷۱۰؛ فقعانی، ۱۴۱۸ق، ص. ۳۲۸؛ شهیدثانی، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۵۵۲؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۱۴۵؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۲۹، ص. ۲۷۶؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج. ۱۴، ص. ۴۴۲.). از همین رو، گفته شده است که اگر زبان شخص لال قطع شود و حس چشایی از بین رود، دیهٔ کامل ثابت می‌شود و در صورتی که بر زبان شخص غیرلال جنایتی وارد شود که موجب ازبین‌رفتن حس چشایی و گویایی وی گردد، دو دیهٔ کامل ثابت می‌شود (علامه حلّی، ۱۴۲۰ق، ج. ۵، ص. ۵۷۵). برخی نیز ثبوت دیهٔ کامل را از باب احتمال مطرح کرده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج. ۴، ص. ۲۵۸؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۳، ص. ۳۱۱).

### ۲ـ ارش

قلیلی از فقها نیز قائل به رجوع به ارش در مسئله می‌باشند (تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص. ۲۶۳؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸ق، ص. ۲۴۱؛ حکیم، ۱۴۱۵ق، ج. ۳، ص. ۳۲۱؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج. ۲۶، ص. ۳۲۳؛ فیاض کابلی، بی‌تا، ج. ۳، ص. ۴۲۸) و برخی نیز مانند مرحوم امام خمینی می‌فرماید: «هرچند که بعید نیست دیهٔ کامل ثابت شود، ولی قول اقرب به صواب، ثابت‌شدن ارش است.» (موسوی خمینی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۵۹۲).

شایان ذکر است که قانون‌گذار ایران هم در قانون سابق و هم در مادهٔ ۶۹۵ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲ حکم به ثبوت ارش داده است و پیرو این مسئله، بنا بر نامهٔ شمارهٔ ۲۷۰۶ مورخ ۱۰/۰۲/۱۳۸۷ کتاب «اصول تعیین نقص عضو و ارش» که بر پایهٔ منابع معتبر علمی پزشکی تهیه شده است، به‌عنوان منبع کارشناسی در سازمان پزشکی قانونی اعلام شده و این موضوع در بند ۸–۳ «دستورالعمل‌های مهم اجرایی سازمان» به شمارهٔ نامهٔ ۱۲۶۹۳۵ مورخ ۱۳/۱۲/۱۳۹۲ مجدداً تأکید شده است و در صفحهٔ ۲۲۸ کتاب مذکور حکم به ثبوت ۴ درصد دیهٔ کامل در زوال کل چشایی، آمده است.

## نقل و ارزیابی مستندات آرا

مسئلهٔ تعلق دیهٔ مقدر یا غیرمقدر بر ازالهٔ حس چشایی یک فرد، عاری از هرگونه دلیل فقهی خاص بوده و از این میان، عمدهٔ دلیل قائلان به تعلق دیهٔ مقدر –به‌میزان دیهٔ کامل یک انسان بر زوال چشایی–، روایات عامی است که در ذیل، به طرح و بررسی آن‌ها پرداخته می‌شود:

## ۱ـ مستندات

روایات مورد استناد عبارت‌اند از: روایت هشام بن سالم و روایت عبدالله بن سنان که در این بخش نقل می‌شود.

### ۱ـ۱ـ روایت «هشام بن سالم»

روایتی که می‌فرماید: «هر آنچه در بدن انسان دو تا است، در آن دو، دیهٔ کامل ثابت است و در یکی از آن دو، نصف دیهٔ کامل ثابت است و هر آنچه در بدن انسان واحد باشد، در آن، به‌تنهایی دیهٔ کامل ثابت است»[۱] (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج. ۱۰، ص. ۲۸۵؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۲۹، ص. ۲۸۷؛ اصفهانی، ۱۴۰۶ق، ج. ۱۶، ص. ۵۵۵). البته در برخی کتب با عبارات متفاوتی نقل کرده‌اند (عمانی، ۱۴۱۳ق، ص. ۵۴۱).[۲]

قائلان به ثبوت دیهٔ کامل عمدتاً به روایت فوق استناد می‌کنند با این توجیه که ذائقه جزو مواردی است که در بدن انسان، واحد است (علامه حلّی، ۱۴۲۰ق، ج. ۵، ص. ۶۱۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۲۹، ص. ۲۷۶).

### ۱ـ۲ـ صحیحهٔ «عبدالله بن سنان»

«هر آنچه که در بدن انسان از آن، دو تا باشد، در هریک، نصف دیهٔ کامل ثابت است مانند دو دست و دو چشم و... »[۳] (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج. ۷، ص. ۳۱۵؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج. ۱۰، ص. ۲۵۰).

## ۲ـ تحلیل سندی

در ارزیابی سندی روایت هشام بن سالم گفته شده که روایت مضمر است، زیرا هشام مشخص نکرده است که از چه کسی نقل روایت می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۳، ص. ۱۸۲؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج. ۶، ص. ۲۱۸). یا به تعبیری دیگر گفته‌اند که روایت مقطوعه است[۴] (صیمری، ۱۴۲۰ق، ج. ۴، ص. ۴۴۹). در مقام پاسخ به این اشکال گفته می‌شود که سند این روایت در تهذیب الاحکام، مقطوع است، ولی در من لایحضره الفقیه چنین نیست و هشام از امام صادق (ع) نقل می‌کند (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج. ۴، ص. ۱۳۳).[۵] لذا حدیث مذکور مسند به شمار می‌رود.

---

۱. «الْحُسَینُ بْنُ سَعِیدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنِ ابْنِ أَبِی عُمَیرٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ قَالَ: کلُّ مَا کانَ فِی الانْسَانِ اثْنَانِ فَفِیهِمَا الدِّیه وَ فِی أَحَدِهِمَا نِصْفُ الدِّیه وَ مَا کانَ وَاحِداً فَفِیهِ الدِّیه».

۲. «کل ما کان فی الانسان اثنان فیه الدیه و فی أحدهما نصف الدیه»

۳. «عَلِی بْنُ إِبْرَاهِیمَ عَنْ أَبِیهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِی نَصْرٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: مَا کانَ فِی الْجَسَدِ مِنْهُ اثْنَانِ فَفِی الْوَاحِدِ نِصْفُ الدِّیه مِثْلُ الْیدَینِ وَ الْعَینَینِ قَالَ فَقُلْتُ رَجُلٌ فُقِئَتْ عَینُهُ قَالَ نِصْفُ الدِّیه قُلْتُ فَرَجُلٌ قُطِعَتْ یدُهُ قَالَ فِیه نِصْفُ الدِّیه قُلْتُ فَرَجُلٌ ذَهَبَتْ إِحْدَی بَیضَتَیه قَالَ إِنْ کانَتِ الْیسَارَ فَفِیهَا الدِّیه قُلْتُ وَ لِمَ أَ لَیسَ قُلْتَ مَا کانَ فِی الْجَسَدِ اثْنَانِ فَفِی کلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ الدِّیه قَالَ لِأَنَّ الْوَلَدَ مِنَ الْبَیضَه الْیسْرَی.»

۴. به روایت مقطوع، مضمره و موقوفه نیز گفته می‌شود.

۵. «رَوَی ابْنُ أَبِی عُمَیرٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ کلُّ مَا کانَ فِی الانْسَانِ اثْنَینِ فَفِیهِمَا الدِّیه...»

در سندی که شیخ طوسی در تهذیب ارائه داده است، اشکال دیگری نیز مطرح شده است و آن اینکه یکی از راویان حدیث، محمد بن خالد است که بنا بر تعبیر برخی علمای اهل رجال، وی از ضعفا نقل روایت می‌کند (حلی، ۱۳۸۳ق، ص. ۳۰۹؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج. ۲، ص. ۵۶۶)، به مرسله‌ها اعتماد می‌کند (ابن‌غضائری، ۱۴۲۲ق، ص. ۹۳) و احادیثش از ضعف برخوردار است (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص. ۳۳۵). در رد این اشکال هم باید گفت: اولاً، برخی اندیشمندان به ثقه‌بودن هشام تصریح نموده و چنین اظهار داشته‌اند که وی این حدیث را از امام معصوم یعنی امام صادق (ع) نقل کرده است (عمانی، ۱۴۱۳ق، ص. ۵۴۱؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۵۲۵؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج. ۱۵، ص. ۴۰۲). ثانیاً، می‌شود گفت که مجموع احوال وی حاکی از آن است که ثقه است، همان‌طور که علامه نیز ایشان را تعدیل می‌کند (حلی، ۱۳۸۱ق، ص. ۱۳۹). از جمله این احوال، می‌توان به این مورد اشاره کرد که شیخ طوسی او را از زمرهٔ اصحاب امام موسی کاظم و امام رضا (علیهماالسلام) نام برده است (طوسی، ۱۴۲۷ق، صص. ۳۶۳ و ۳۷۷). ثالثاً، هشام مشمول یکی از توثیقات عام رجالی[۱] شده است؛ همان‌طور که آیت‌الله العظمی خامنه‌ای می‌فرماید: «آنچه ما به آن اعتماد داریم، اعتماد اجلا و بزرگان از علما و فقیهان است. مثلاً وقتی می‌بینیم شیخ کلینی که این قدر در بیان معارف اهل بیت، تقوا، ورع و احتیاط دارند، از یک نفر تعداد زیادی روایت نقل می‌کند، پی می‌بریم که آن فرد ثقه است؛ زیرا چطور ممکن است که کسی مثل کلینی از کسی که اعتماد ندارد، این همه روایت مربوط به احکام را نقل کند» (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۹۳، جلسهٔ اول). رابعاً، نقل روایت از ضعفا موجب تضعیف نمی‌شود، باید دقت داشت که فرض ناقلیت از ضعفا در جایی که به‌طور موردی، نقل از ثقه باشد، خللی وارد نمی‌کند. ازاین‌رو، نقل محمد بن خالد از هشام، نقل از ضعیف محسوب نمی‌شود.

همچنین اشکال کرده‌اند که با وجود مقطوع‌بودن روایت هشام و ظن در رسیدن خبر به امام، دلیل کافی برای اعتماد بر آن وجود ندارد (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج. ۱۵، ص. ۴۰۲؛ عمانی، ۱۴۱۳ق، ص. ۵۴۱). ولی باید توجه داشت که برخی فقیهان رجالی صریحاً حکم به وثاقت وی داده‌اند (طوسی، ۱۴۲۷ق، ص. ۳۶۳؛ علامه حلی، ۱۳۸۱ق، ص. ۱۳۹؛ مجلسی، ۱۴۲۰ق، ص. ۱۵۸؛ مامقانی، ۱۳۵۰ق، ص. ۱۵۱) و بر همین اساس، گفته شده که ثقه‌بودن وی مانع از آن است که بدون دلیل فتوی دهد (سیوری حلی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴، ص. ۴۹۴؛ صیمری، ۱۴۲۰ق، ج. ۴، ص. ۴۴۴). حتی گروهی از اندیشمندان، خصوص این روایت ایشان در مورد معیار کلی دیهٔ اعضا را صحیحه قلمداد کرده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج. ۷، ص. ۴۷۹؛ خوئی، ۱۴۲۲ق، ج. ۲، ص. ۳۴۷). لذا مناقشه در سند روایت، بی‌وجه می‌باشد (حسینی عاملی، بی‌تا، ج. ۱۰، ص. ۳۸۶؛ حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۶، ص. ۴۳۱). فراتر از همهٔ این موارد، در سندی که شیخ صدوق ارائه می‌دهد اصلاً محمد بن خالد وجود ندارد (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج. ۴، صص. ۱۳۳، ۴۲۵ و ۴۲۴). پس، با وجود این قیل‌وقال‌ها به نظر می‌آید بر معتبربودن روایت خدشه‌ای وارد نیست.

---

[۱]. اگر فرد به خصوصی باشد که دلیلی بر ثقه‌بودنش نداریم ولی راوی یا راویان ثقه و مورد اعتماد از او بسیار نقل کرده‌اند، همین کثرت نقل شخص یا اشخاص ثقه از او می‌تواند دلیلی بر ثقه‌بودنش باشد (سبحانی، ۱۳۸۹، ص. ۳۵۴).

از روایت عبدالله بن سنان، تحت عنوان حسنه[۱] یاد شده است (جبعی عاملی، ۱۴۱۳ق، ج.۱۵، ص.۴۰۲؛ عمانی، ۱۴۱۳ق، ص.۵۴۱؛ مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ج.۱۶، ص.۵۳۳). البته برخی هم از آن تحت عنوان صحیحه یاد کرده‌اند (خوئی، ۱۴۲۲ق، ج.۲، ص.۳۳۸؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج.۲۹، ص.۱۷۳).

## ۳ـ بررسی دلالت روایات

از حیث دلالت روایات، باید این مطلب ثابت شود که این دسته از احادیث، منافع اعضای بدن را، که چشایی هم از زمرهٔ آن‌هاست، شامل می‌شود. البته باید گفت ازآنجاکه در منافع بدن، از جمله بینایی، عقل، بویایی و شنوایی، دلیل دیگری مبنی بر ثبوت دیهٔ کامل وجود دارد؛ لذا از این روایات کمتر سخن به میان آمده و بیشتر در خصوص حس چشایی، فقیهانی که رأی به ثبوت دیهٔ کامل در آن می‌دهند، به روایات فوق استناد می‌کنند؛ به این جهت که دلیل خاصی وجود ندارد. اما به‌هرحال چون شمول یا عدم شمول روایت نسبت به منافع اعضای بدن، در تعلق دیهٔ کامل در حس چشایی، مؤثر است، لذا جهت جمع‌بندی از دلالت روایت، نقل استدلال فقیهان در شمولیت یا عدم شمولیت روایت نسبت به منافع اعضا لازم است.

### ۳ـ۱ـ بررسی شمول روایات نسبت به منافع اعضا

مهم‌ترین مطلبی که در ارتباط با دو روایت مزبور باید بررسی شود، بحث از شمولیت روایات نسبت به منافع اعضا است که در ادامه نظرات و استدلال‌های مطرح‌شده بررسی می‌شود.

#### ۳ـ۱ـ۱ـ نظریهٔ شمول روایات نسبت به منافع اعضا

برخی فقیهان چنین اظهار داشته‌اند که عبارتِ «هر آنچه در بدن انسان واحد است» هم شامل اعضا می‌شود و هم شامل منافع (فیض کاشانی، بی‌تا، ج.۲، ص.۱۴۵؛ جزائری، بی‌تا، ص.۱۰۳). در بحث از دیهٔ منافع متعدد، آنجایی که به منفعت واحدی از بدن برمی‌خورند، حکم به دیهٔ کامل را مستند به واحدبودن آن منفعت در بدن می‌دانند که مبنای همین استدلال هم، اعتقاد به شمول روایت به فراتر از اعضای ظاهری یعنی نسبت به منافع است (صیمری، ۱۴۲۰ق، ج.۴، ص.۴۶۵؛ عمانی، ۱۴۱۳ق، ص.۵۴۱؛ علامه حلّی، ۱۴۲۳ق، ج.۳، ص.۸۹؛ کاشف الغطا، ۱۴۲۳ق، ج.۳، ص.۸۹؛ مدنی کاشانی، ۱۴۰۸ق، ص.۱۶۲؛ سبحانی، جلسه ۱۸/۰۹/۱۳۹۱).

#### ۳ـ۱ـ۲ـ نظریهٔ عدم شمول روایات نسبت به منافع اعضا

در مقابل، برخی قائل هستند که متبادر از عمومیت مذکور در روایت (یعنی «ماکان»)، اعضا است؛ یعنی هر عضوی که واحد باشد (عاملی، بی‌تا، ج.۱۰، ص.۴۷۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج.۴۳، ص.۳۱۱؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج.۱۱، ص.۴۲۰)، به‌طور قطع شامل منفعت نمی‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج.۴۳، ص.۳۱۱؛ موسوی خویی، ۱۴۲۲ق، ج.۴۲، ص.۴۴۹). در همین راستا گفته شده است که صاحب شرایع، چون به عضوبودن حس چشایی یقین نداشته، ثبوت دیهٔ کامل در آن را به‌عنوان احتمال مطرح کرده است (فاضل

---

[۱]. حدیثی که به سند متصل از معصوم (ع) و به نقل از راوی ممدوح امامی از راوی مشابه یا برتر از خود (عادل) در تمام طبقات گزارش شده باشد (سبحانی، ۱۴۱۹ق، صص.۵۰-۶۸).

هندی، ۱۴۱۶ق، ج. ۱۱، ص. ۴۲۰). آیت‌الله فاضل لنکرانی در وجه سخن امام خمینی، مبنی بر ثبوت ارش در چشایی، این‌گونه بیان می‌دارد که از روایت «کل ما کان فی الانسان منه واحد فیه الدیه»، عضو متبادر می‌شود، نه منفعت (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸ق، ص. ۲۴۱).

در مقام پاسخ، می‌توان این‌گونه استدلال نمود که لفظ کل هم بر اجزای داخلی صدق می‌کند و هم اجزای خارجی را شامل می‌شود و ادعای اینکه اختصاص به اعضای خارجی دارد منافات دارد با عمومیتی که در روایت هست و نیز با اطلاق کلمات فقها در باب دیهٔ منافع (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۲۹، ص. ۲۷۶).

دومین دلیلی که به آن استناد شده این است که روایت انصراف به اعضای بدن دارد و به این جهت است که در صحیحهٔ عبدالله بن سنان آمده است «ما کان فی الجسد منه اثنان ففیه الدیه» (تبریزی، ۱۴۲۸ق، ص. ۲۶۳). توضیح دلیل مدعیان انصراف اینکه، از نگاه این عده، تعبیر کلی «ماکان فی الانسان» در احادیث باب، بر معنای به‌ظاهر مطلق و کلی خود حمل نمی‌شود تا به ثبوت دیهٔ کامل در ازالهٔ چشایی بینجامد، زیرا ذوق عرفی، با شنیدن این تعبیر، ذهنش به نوع و مصداق خاصی از «آنچه در انسان وجود دارد» یعنی «أعضای ظاهری انسان» منصرف می‌گردد و این انصراف، به‌دلیل اینکه منشأش ظهور عرفی لفظ است، مانع اطلاق‌گیری می‌شود، چون انصراف، نوعی قرینه است.

در پاسخ به انصراف روایت به اعضا و جوارح، گفته شده که روایت هشام و عبدالله بن سنان در موارد متعدد و متنوعی از قبیل گویایی، شنوایی، بینایی، بویایی و عقل وارد شده‌اند لذا این روایت دلالت بر تعمیم دارند (شوشتری، ۱۴۰۶ق، ج. ۱۱، ص. ۴۴۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۲۹، ص. ۲۸۷.). زیرا که لفظ کل شامل اجزا و اعضا است چه اعضای داخلی و چه خارجی و همچنین منافع و غیر این‌ها که در بدن انسان موجود هستند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۲۹، ص. ۲۷۱). آیت‌الله سبحانی در پاسخ به ادعای انصراف، می‌فرمایند: «وقتی در اعضا مسئله را می‌گویند، منافع عضو به‌طریق اولی باید همان حکم اعضا را داشته باشد، چون عضو به‌خاطر منافعش ارزش دارد والا اگر عضوی باشد بدون منفعت، چندان ارزش ندارد، پس اگر در عضو گفتند، باید در منافع به‌طریق اولی بگویند». (سبحانی، جلسه ۱۵/۰۹/۱۳۹۱).

اما تأملاتی بر کلام ایشان وارد است: نخست، در منفعت شنوایی و گوش که محل آن می‌باشد، چنین نیست و هر دو مستقلاً دارای دیهٔ کامل می‌باشند. و دوم، اولویتی که ایشان به آن استناد می‌کنند، در عکس چنین حالتی صادق است، زیرا آنچه زوالش با زوال دیگری قطعی است، منفعت است، نه عضو؛ به عبارتی دیگر، اگر عضو از بین رود، زوال منفعت قطعی است؛ اما زوال منفعت به‌معنای زوال محل آن نیست؛ لذا اگر در منفعت دیهٔ کامل ثابت باشد، به‌طریق اولی در زوال محل آن باید دیهٔ کامل ثابت باشد؛ اما عکس آن صحیح نیست، زیرا چه‌بسا با زوال منفعت، محل آن باقی بماند، مثل اینکه شنوایی یا بینایی از بین رود، ولی گوش و چشم باقی باشد. این در حالی است که خود ایشان حکم به تعلق دیهٔ کامل در زوال التذاذ جنسی را مستند به روایت هشام و عبدالله بن سنان، بعید می‌داند (سبحانی، جلسه ۱۹/۰۹/۱۳۹۱).

### ۳ـ۱ـ۳ـ جمع‌بندی / استدلال‌ها

جمع‌بندی از استدلال موافقان به شمولیت «ماکان» نسبت به منافع و مخالفان نسبت به شمولیت روایت به‌جهت انصراف و تبادر بدین کیفیت است که اولاً این قطعی است که «ماکان» شامل منافع می‌شود، زیرا منافع هم در بدن انسان هست؛ اما فراز بعدی روایت که می‌فرماید: «... منه اثنان و الخ» شمولیت را با مانع مواجه می‌کند، زیرا قرینه بر این است که منظور از «ماکان» مواردی است که وصف یکی‌بودن و دوتابودن را داشته باشد، درحالی‌که منافع فقط پذیرای وصف شدت و ضعف است. اما در خصوص استدلال به تبادر باید گفت که در تعاریف اصولیان تبادر عبارت است از سبقت‌گرفتن معنا به ذهن در جایی که قرینه نباشد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ج. ۱، ص. ۱۸؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۲، ج. ۱، ص. ۷۸). بنا بر این تعریف، آیا معنای اعضا از لفظ «ماکان» به ذهن منسبق می‌شود؟ پاسخ منفی است و از آن لفظ، مطلق هر آنچه در بدن است، به ذهن می‌رسد. لذا استناد به تبادر صحیح به نظر نمی‌رسد. اما ذکر این نکته ضروری می‌نماید که خود تبادر بنا بر تقسیم بهبهانی سه نوع است: حاقی، اطلاقی و انصراقی. در اولی تبادر از خود لفظ است و در دومی از اطلاق لفظ و در مورد اخیر انصراف ذهن به معنای مخصوص از طریق قرائن است (موسوی بهبهانی، ۱۳۸۱، ص. ۸۵). مطابق با این گفتار بعید نیست که گفته شود قدر متیقن از تبادرِ محتمل موجود در این کلام، تبادرِ انصراقی است و ادعا می‌شود که مانع از شمول «ما کان» نسبت به منافع می‌گردد؛ چه‌اینکه در تفاوت تبادر با انصراف گفته می‌شود که تبادر، اختصاص به کلمه دارد و انصراف اختصاص به جمله دارد و ادعای خطور معنای اعضای فیزیکی به ذهن نیز برحسب مفهومِ برداشت‌شده از مجموع عبارت «کلٌّ ماکان فی الانسان» است.

اما اینکه گفته شده انصراف «ماکان» به اعضا است، باید گفت که در تعریف انصراف گفته شده که انسی ذهنی بین لفظ و حصّه‌ای معیّن از معنای موضوع‌له آن لفظ می‌باشد (صدر، ۱۴۱۸ق، ج. ۱، ص. ۲۳۹)؛ یعنی با شنیدن لفظ، ذهن به یک فرد از آن لفظ مطلق، متوجه می‌شود و نه به سوی معنای اصلی لفظ. مطابق با این تعریف، به‌دلیل عدم وجود هیچ‌گونه انس ذهنی بین واژهٔ ماکان و اعضای فیزیکی بدن، در روایات انصرافی وجود ندارد. افزون بر آن، ضمن پذیرش اینکه، اعضای خارجی و فیزیکی جسم انسان، مصداق اتمّ و اکمل «ما کان فی الجسد» است، اما باید توجه داشت که طبق موازین اصول فقهی، أکملیّت و أکدیّت در مصداق، موجب پیدایش انصرافِ ظهوری نمی‌شود (بادکوبه‌ای، ۱۴۱۵ق، ج. ۲، ص. ۳۲۶).

پس روشن شد که از طرفی تبادر و انصرافی در روایات نسبت به اعضا وجود ندارد و بر همین اساس، مقتضی، موجود بوده و در فرض فقدان مانع، اثرِ مفهوم‌رسانیِ خود را خواهد گذاشت، اما از طرف دیگر مانع برای شمول روایت نسبت به منافع وجود دارد؛ بنابراین چون امکان استناد به دو روایت فوق برای ثبوت دیهٔ کامل در شنوایی وجیه نیست، در پی آن، تقسیم دیهٔ کامل شنوایی بر دو گوش نیز صحیح نیست. برخی فقیهان نیز همین مطلب را تأیید می‌کنند (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج. ۶، ص. ۲۵۵).

مضاف بر آنچه در عدم تمامیت قاعده در منافع گفته شد، در اینجا نکته‌ای لازم به ذکر است و آن هم اینکه آیت‌الله سبحانی می‌فرماید: اگر جانی کاری کند که ذائقهٔ طرف از بین برود، در اینجا چه باید کرد؟ حضرت امام در اینجا تحت‌تأثیر صاحب جواهر و دیگران قرار گرفته و لذا می‌فرماید: «و قیل فیه

الدیه». کانه که امام (ره) ذائقه را دست‌کم گرفته و به‌همین‌خاطر امام می‌فرمایند: «هو و ان لم یکن ببعید لکن الاقرب فیه الحکومه.» البته این بستگی دارد که آیا روایت هشام بن سالم و روایت عبدالله بن سنان، حواس پنج‌گانه را می‌گیرد یا نه؟ اگر بصر، سمع و شامه را می‌گیرد، باید ذائقه را هم بگیرد و ذائقه در کنار بصر، سمع و شامه است (سبحانی، جلسه ۱۵/۰۹/۱۳۹۱).

اینکه ایشان می‌فرمایند منفعت زبان نیز مانند منفعت گوش و چشم و امثال آن می‌باشد و فرض بر این است که با زوال منفعت اعضای مذکور دیهٔ کامل ثابت است، پس در زوال چشایی نیز همین‌طور باشد؛ در پاسخ باید گفت که نخست، منفعت مهم زبان، گویایی و قدرت سخن‌گفتن است و حس چشایی منفعت منحصر زبان نیست که در زوال آن به‌تنهایی، یک دیهٔ کامل قرار داده شود. دوم، دلیل عام و کلی «ناظر بر خصوص منافع» وجود ندارد تا بر این مطلب دلالت کند که با زوال «هر منفعتی» دیهٔ کامل ثابت می‌شود (موسوی خویی، ۱۴۲۲ق، ج. ۴۲، ص. ۴۴۹) و ثبوت دیهٔ کامل در زوال برخی منافع، به‌سبب ورود دلیل خاص است. اگر هم مراد، مشابه دانستن چشایی به سایر منافعی باشد که دلیل خاص بر دیهٔ کامل در آن وجود دارد و بالتبع حکم به دیهٔ کامل هم در آن داده شود، این همان عمل به قیاس است که مردود می‌باشد.

با این توضیحات و آنچه پیشتر گذشت، نتیجه این شد که استناد به روایت برای حکم به دیهٔ کامل در حس چشایی صحیح نیست، زیرا اولاً، منافع متصف به شدت و ضعف می‌شوند و نمی‌توان آن‌ها را متصف به یکی و دوتایی‌بودن کرد. ثانیاً اگر در خصوص حس چشایی حکم به دیهٔ کامل شود، در منافع اعضای بدن هیچ موردِ استثنائی وجود نخواهد داشت که حکم به دیهٔ کامل در آن داده نشود، از قبیل زوال تشنگی، خواب و...، درحالی‌که هیچ‌یک از فقیهان در این موارد فتوا به دیهٔ کامل نداده و بدین امر ملتزم نشده‌اند.

جالب‌تر اینکه در ادامه خواهد آمد که صرف زبان تأمین‌کنندهٔ حس چشایی نیست، بلکه با هم‌افزایی عوامل متعدد این حس تأمین می‌شود.

### ۳ـ۲ـ تبیین تعارض شمولیت روایات نسبت به حس چشایی، با حکم اجماعی فقیهان مبنی بر تعلق یک سوم دیه در زبان شخص لال؛ در پرتو آناتومی حس چشایی

قائل‌شدن به شمول روایت هشام و عبدالله بن سنان نسبت به حس چشایی با فتوای فقیهان بر ثبوت یک‌سوم دیه در زبان شخص لال و مستندات آن در تعارض است؛ زیرا از یک طرف، فقیهان در زبان شخص لال به تعلق یک‌سوم دیه فتوا می‌دهند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۷، ص. ۱۳۵؛ حلبی، ۱۴۱۷ق، ص. ۴۱۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج. ۴، ص. ۲۴۷.) که مستند به روایات صحیح‌السند برید بن معاویه[۱] و ابوبصیر[۲] است.

---

۱. «عَلِی بْنُ إِبْرَاهِیمَ عَنْ أَبِیهِ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِی أَیوبَ الْخَزَّازِ عَنْ بُرَیدِ بْنِ مُعَاوِیه عَنْ أَبِی جَعْفَرٍ (ع) قَالَ: فِی لِسَانِ الْأَخْرَسِ وَ عَینِ الْأَعْمَی وَ ذَکرِ الْخَصِی وَ أُنْثَییهِ ثُلُثُ الدِّیه.» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج. ۷، ص. ۳۱۸؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج. ۱۰، ص. ۲۷۰).

۲. «عَلِی بْنُ إِبْرَاهِیمَ عَنْ أَبِیهِ وَ مُحَمَّدُ بْنُ یحْیی عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِیعاً عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِی بَصِیرٍ عَنْ أَبِی جَعْفَرٍ (ع) قَالَ سَأَلَهُ بَعْضُ آلِ زُرَارَه عَنْ رَجُلٍ قَطَعَ لِسَانَ رَجُلٍ أَخْرَسَ [قَالَ] فَقَالَ إِنْ کانَ وَلَدَتْهُ أُمُّهُ وَ هُوَ أَخْرَسُ فَعَلَیهِ ثُلُثُ الدِّیه وَ إِنْ کانَ لِسَانُهُ ذَهَبَ بِهِ وَجَعٌ أَوْ آفَه بَعْدَ مَا کانَ یتَکَلَّمُ فَإِنَّ عَلَی الَّذِی قَطَعَ لِسَانَهُ ثُلُثُ دِیه لِسَانِهِ قَالَ وَ کذَلِک الْقَضَاءُ فِی الْعَینَینِ وَ الْجَوَارِحِ قَالَ هَکذَا وَجَدْنَاهُ فِی کتَابِ عَلِی (ع).» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج. ۷، ص. ۳۱۸).

اگرچه بنا بر نقل شیخ صدوق[۱] در خصوص تفاوت دیه در صورت مادرزاد بودن یا نبودن لال تأملاتی صورت گرفته، اما این مورد، در آنچه این بخش درصدد بیان آن است، تأثیری ندارد. از طرف دیگر، در بحث از آناتومی حس چشایی روشن گردید که با قطع زبان، حس چشایی از بین می‌رود، لذا روایات دال بر تعلق یک‌سوم دیه در قطع زبان شخص لال، معارض با شمولیت روایات نسبت به حس چشایی خواهد بود، زیرا با ازبین‌رفتن جرم زبان لال، قطعاً چشایی فرد نیز از بین رفته است و مستند به روایات صحیح‌السند عام، باید حکم به تعلق یک‌سوم دیهٔ کامل داد (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج۷، ص.۳۱۸؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج. ۱۰، ص. ۲۷۰). درحالی‌که روایات عام، دلالت بر ثبوت دیهٔ کامل دارد. بر این اساس، با توجه به اینکه در قطع زبان، زوال حس چشایی قطعی است؛ لذا همین مطلب، عدم شمولیت روایات نسبت به منافع اعضا و در نتیجه، عدم ثبوت دیهٔ کامل در حس چشایی را تقویت می‌کند، به این کیفیت که وقتی در قطع زبان شخص لال، یک‌سوم دیهٔ کامل ثابت است، پس در حس چشایی دیهٔ کامل ثابت نیست و رأی به ثبوت دیهٔ کامل در آن با وجود روایات صحیح‌السند در مسئلهٔ قطع زبان لال، صحیح به نظر نمی‌رسد.

## نتیجه‌گیری

زبان از جملهٔ اعضایی است که کارایی‌های متعددی دارد و شارع مقدس نیز علاوه بر جِرم آن، برای برخی از منافع آن، از جمله چشایی، میزانی از خسارت را منظور کرده است. از لحاظ موضوعی، حس چشایی به‌طور عمده عمل «جوانه‌های چشایی» در دهان است و عوامل متعددی در دریافت مزه‌ها مؤثر هستند از جمله سیستم عصبی مرکزی (CNS)، حس بویایی و زبان. اما مهم‌ترین نکته این است که ابزار اصلی درک حس چشایی، جوانه‌هایی است که روی زبان قرار دارند و اگرچه که وجود زبان، شرط کافی برای دریافت حس چشایی نیست، اما با قطع زبان، زوال حس چشایی قطعی است.

در خصوص میزان خسارت زوال چشایی میان فقیهان اختلاف است. مشهور فقیهان امامی، دیهٔ کامل را در آن ثابت می‌دانند. برخی فقهای امامیه قائل به ثبوت ارش در زوال آن هستند و قانون مجازات اسلامی هم در مادهٔ ۶۹۵ همین نظر را پذیرفته است. مسئلهٔ تعلق دیهٔ کامل یا ارش بر ازالهٔ حس چشایی، عاری از هرگونه دلیل فقهی خاص بوده و عمدهٔ دلیل قائلان به تعلق دیهٔ کامل، روایات هشام بن سالم و عبدالله بن سنان است که به‌صورت عام در مسئله وارد شده است. بعد از تحلیل سندی روایات مزبور ضمن پاسخ به اشکالات مطرح‌شده، این نتیجه به دست آمد که هر دو روایت به‌لحاظ سندی معتبر هستند و هیچ اشکالی متوجه سلسلهٔ سندی روایات مزبور نیست. در بررسی مضمونی روایات این نتایج حاصل شد: استناد به تبادر و انصراف در خصوص عدم شمولیت روایات نسبت به منافع، محل اشکال است، زیرا تبادر عبارت است از سبقت‌گرفتن معنا به ذهن در جایی‌که قرینه نباشد درحالی‌که از لفظ «ماکان»، مطلق هر آنچه در بدن است –و نه صرف اعضا– به ذهن می‌رسد؛ انصراف هم انسی ذهنی بین لفظ و حصّه‌ای معیّن از معنای

---

۱. «رَوَى الْحَسَنُ بْنُ مَحْبُوبٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ سَأَلَهُ بَعْضُ آلِ زُرَارَه عَنْ رَجُلٍ قَطَعَ لِسَانَ رَجُلٍ أَخْرَسَ فَقَالَ إِنْ كانَ وَلَدَتْهُ أُمُّهُ وَ هُوَ أَخْرَسُ فَعَلَيْهِ الدِّيه ۴ وَ إِنْ كانَ لِسَانُهُ ذَهَبَ بِوَجَعٍ أَوْ آفَه بَعْدَ مَا كانَ يتَكَلَّمُ فَإِنَّ عَلَى الَّذِي قَطَعَ ثُلُثَ دِيه لِسَانِهِ» (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج. ۴، ص.۱۴۸).

موضوع‌له آن لفظ است، به‌نحوی‌که با شنیدن لفظ، ذهن به یک فرد از آن لفظ مطلق، متوجه شود و نه به سوی معنای اصلی لفظ. لذا به‌جهت نبود هیچ‌گونه انس ذهنی بین واژهٔ ماکان و اعضای فیزیکی بدن، در روایات انصرافی وجود ندارد. اما تعبیر «ماکان» که در روایت استعمال شده است، اگرچه به‌دلیل اینکه چشایی جزو منافع اعضای بدن است، شامل حس چشایی هم می‌شود؛ اما فرازی از روایت که می‌فرماید «...منه اثنان و الخ»، شمولیت را با مانع مواجه می‌سازد زیرا این عبارت، قرینه بر این است که منظور از «ماکان»، مواردی است که وصف یکی‌بودن و دوتابودن را داشته باشد درحالی‌که منافع فقط پذیرای وصف شدت و ضعف است. لذا شمولیت روایات نسبت به حس چشایی قطعی نیست. همچنین روشن شد که شمولیت روایات نسبت به حس چشایی با حکم اجماعی فقیهان مبنی بر تعلق یک‌سوم دیه در قطع زبان شخص لال، تعارض دارد. به این نحو که همهٔ فقیهان در قطع زبان لال مستند به روایات قطعی‌السند و قطعی‌الدلاله، قائل به ثبوت یک‌سوم دیه هستند، درحالی‌که با قطع زبان لال، چشایی فرد نیز از بین می‌رود؛ لذا اگر قائل به ثبوت دیهٔ کامل در زوال چشایی باشند باید در قطع زبان فرد لال هم حکم به تعلق دیهٔ کامل بدهند و نه یک‌سوم دیهٔ کامل. در راستای رفع چنین تعارضی، توجه به حس چشایی از نظر فیزیولوژی پزشکی چنین نتیجه می‌دهد که با توجه به اینکه در قطع زبان، زوال حس چشایی قطعی است؛ لذا همین مطلب، عدم ثبوت دیهٔ کامل در حس چشایی را تقویت می‌کند به این کیفیت که وقتی در قطع زبان شخص لال، یک‌سوم دیهٔ کامل ثابت است، پس در حس چشایی دیهٔ کامل ثابت نیست و رأی به ثبوت دیهٔ کامل در آن با وجود روایات صحیح‌السند در مسئلهٔ قطع زبان لال، منطقی به نظر نمی‌رسد.

## منابع


ابن‌غضائری، احمد. (۱۴۲۲ق). *رجال ابن الغضائری کتاب الضعفا*. (سید محمدرضا حسینی، محقق). قم: دارالحدیث.

اردبیلی، احمد. (۱۴۰۳ق). *مجمع الفائده و البرهان*. (آقا مجتبی عراقی، علی پناه اشتهاردی، آقا حسین یزدی اصفهانی، محققان). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

اسدی حلّی، جمال‌الدین احمد. (۱۴۱۰ق). *المقتصر من شرح المختصر*. مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه.

ای هال، جان. (۲۰۱۰). *فیزیولوژی پزشکی گایتون*. (فرخ شادان، مترجم). تهران: انتشارات چهر.

آخوند خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۰۹ق). *کفایه الاصول*. قم: موسسه آل البیت.

بادکوبه‌ای، شیخ صدرا. (۱۴۱۵ق). *هدایه الأصول فی شرح کفایه الأصول*. (حیدرعلی مدرسی بهسودی، مقرر). قم: المطبعه العلمیه.

تبریزی، جواد. (۱۴۲۸ق). *تنقیح مبانی الأحکام – کتاب الدیات*. تهران: دار الصدیقه الشهیده.

جزائری، عبدالله. (بی‌تا). *التحفه السنیه فی شرح النخبه المحسنیه*. تهران: محقق کتاب.

حائری، سید علی طباطبایی. (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل*. قم: مؤسسه آل البیت.

حرّ عاملی، محمد. (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعه*. قم: مؤسسه آل البیت.

حسینی خامنه‌ای، سیدعلی. (۱۳۹۳). *درس خارج فقه*، جلسه اول، اردیبهشت ماه.

حسینی روحانی، سید صادق. (۱۴۱۲ق). *فقه الصادق علیه السلام*. قم: دار الکتاب.

حسینی عاملی، سید جواد. (بی‌تا). *مفتاح الکرامه فی الشرح قواعد العلامه*. بیروت: دار إحیا التراث العربی.

حکیم، سید محمد سعید. (۱۴۱۵ق). *منهاج الصالحین*. بیروت: دار الصفوه.

حلبی، ابن‌زهره. (۱۴۱۷ق). *غنیه النزوع إلی علمی الأصول و الفروع*. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

حلّی، حسن بن علی. (۱۳۸۳ق). *رجال ابن داود*. تهران: دانشگاه تهران.

حلّی، شمس‌الدین محمد. (۱۴۲۴ق). *معالم الدین*. قم: مؤسسه امام صادق.

حلّی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). *إیضاح الفوائد*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

حلّی، یحیی بن سعید. (۱۳۹۴ق). *نزهه الناظر فی الجمع بین الأشباه و النظائر*. قم: منشورات رضی.

خوانساری، سید احمد. (۱۴۰۵ق). *جامع المدارک* (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.

الرملی، شمس‌الدین محمد. (۱۴۰۴ق). *نهایه المحتاج إلی شرح المنهاج*. بیروت: دار الفکر.

سبحانی، جعفر. (۱۳۸۹). *کلیات علم الرجال*. (مسلم قلی‌پور، گردآورنده). قم: قدس.

سبحانی، جعفر. (۱۸/۰۹/۱۳۹۱، ۱۹ و ۱۵). *درس خارج فقه*.

سبحانی، جعفر. (۱۴۱۹ق). *اصول الحدیث و احکامه فی علم الدرایه* (چاپ دوم). قم: مؤسسه امام صادق (ع).

سبزواری، سیدعبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*. قم: مؤسسهٔ المنار.

سیوری حلّی، مقداد. (۱۴۰۴ق). *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*. قم: کتابخانه مرعشی.

شبیری زنجانی، سیدموسی. (۱۴۱۹ق). *کتاب نکاح*. قم: مؤسسه رأی‌پرداز.

شوشتری، محمدتقی. (۱۴۰۶ق). *النجعه فی شرح اللمعه*. تهران: کتابفروشی صدوق.

شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۴ق). *غایه المراد فی شرح نکت الارشاد*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). *مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام*. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.

صدر، محمدباقر. (۱۴۱۸ق). *دروس فی علم الاصول* (چاپ پنجم). قم: موسسه النشر الاسلامی.

صدوق، محمد. (۱۴۱۳ق). *من لا یحضره الفقیه* (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
صیمری، مفلح. (۱۴۲۰ق). *غایه المرام فی شرح شرائع الاسلام*. بیروت: دار الهادی.
طوسی، ابن‌حمزه. (۱۴۰۸ق). *الوسیله إلی نیل الفضیله*. قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). *المبسوط* (چاپ سوم). تهران: المکتبه المرتضویه.
طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). *تهذیب الأحکام* (چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الاسلامیه.
طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۲۷ق). *رجال الشیخ الطوسی* (چاپ سوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
عاملی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۴ق). *حاشیه الارشاد*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۳۸۱ق). *خلاصه الأقوال فی معرفه الرجال* (چاپ دوم). نجف: منشورات المطبعه الحیدریه.
علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰ق). *إرشاد الأذهان*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۱ق). *تبصره المتعلمین فی أحکام الدین*. تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰ق). *تحریر الأحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه*. قم: مؤسسه امام صادق.
عمانی، حسن بن علی. (۱۴۱۳ق). *حیاه ابن أبی عقیل و فقهه*. قم: مرکز معجم فقهی.
فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۱۸ق). *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله – الدیات*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
فاضل هندی، محمد. (۱۴۱۶ق). *کشف اللثام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
فقعانی، علی. (۱۴۱۸ق). *الدر المنضود*. قم: مکتبه إمام العصر(عج) العلمیه.
فیاض کابلی، محمداسحاق. (بی‌تا). *منهاج الصالحین*. قم: دار الهدی.
فیض کاشانی، محمدمحسن. (بی‌تا). *مفاتیح الشرائع*. قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
فیومی، احمد بن محمد. (بی‌تا). *المصباح المنیر*. قم: منشورات دار الرضی.
کاشف الغطا، احمد. (۱۴۲۳ق). *سفینه النجاه و مشکاه الهدی و مصباح السعادات*. عراق: مؤسسه کاشف الغطا.
کاشف الغطا، محمدحسین. (۱۳۶۶ق). *وجیزه الأحکام*. عراق: مؤسسه کاشف الغطا.
کلینی، محمد. (۱۴۰۷ق). *الکافی* (چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الاسلامیه.
مامقانی، ملاعبدالله. (۱۳۵۰ق). *نهایه المقال فی تکمله غایه الآمال*. قم: مجمع الذخائر.
مجلسی اول، محمدتقی. (۱۴۰۶ق). *ملاذ الأخیار*. قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
مجلسی دوم، محمدباقر. (۱۴۲۰ق). *الوجیزه فی الرجال*. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). *شرائع الاسلام* (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
مدنی کاشانی، رضا. (۱۴۰۸ق). *کتاب الدیات*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
مشکینی، میرزا علی. (بی‌تا). *مصطلحات الفقه*. [بی‌جا]: [بی‌نا].
مغنیه، محمدجواد. (۱۴۲۱ق). *فقه الامام الصادق* (چاپ دوم). قم: مؤسسه انصاریان.
موسوی بهبهانی، علی. (۱۳۸۱). *بدائع الاصول*. اهواز: خوزستان.
موسوی خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۸۲). *تهذیب الاصول*. قم: دار الفکر.
موسوی خمینی، سید روح‌الله. (بی‌تا). *تحریر الوسیله*. قم: مؤسسه دار العلم.
موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). *مبانی تکمله المنهاج*. قم: مؤسسه إحیا آثار الامام الخوئی.

نجاشی، ابوالحسن احمد. (۱۴۰۷ق). *رجال النجاشی*. قم: انتشارات اسلامی.
نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام* (چاپ هفتم). بیروت: دار إحیا التراث العربی.
نوری، میرزا حسین. (۱۴۰۸ق). *مستدرک وسائل الشیعة*. قم: مؤسسة آل البیت (ع).
وحید خراسانی، حسین. (۱۳۷۹). *توضیح المسائل*. قم: مدرسهٔ باقرالعلوم.
الهیتمی، أحمد بن محمد. (۱۳۵۷ق). *تحفه المحتاج فی شرح المنهاج*. مصر: المکتبه التجاریه الکبری بمصر لمصطفی محمد.

## References

Ibn Ghaḍā'irī, Aḥmad. (1422 AH / 2001 AD). *Rijāl Ibn al-Ghaḍā'irī Kitāb al-Ḍuʿafāʾ* [The Men of Ibn al-Ghaḍā'irī: The Book of the Weak]. Edited by Sayyid Muḥammad Riẓā Ḥusaynī. Qom: Dār al-Ḥadīth. (in Persian)

Ardabīlī, Aḥmad. (1403 AH / 1982 AD). *Majmaʿ al-Fāʾidah wa al-Burhān* [The Collection of Benefit and Proof]. Edited by Āqā Mujtabā ʿIrāqī, ʿAlī Panāh Ishtahārdī, Āqā Ḥusayn Yazdī Isfahānī. Qom: Daftar Intishārāt Islāmī. (in Persian)

Asadī Ḥillī, Jamāl al-Dīn Aḥmad. (1410 AH / 1989 AD). *Al-Muqtaṣir min Sharḥ al-Mukhtaṣar* [The Summary of the Commentary on the Epitome]. Mashhad: Majmaʿ al-Buḥūth al-Islāmiyyah. (in Persian)

Hall, John. (2010 AD). *Guyton and Hall Textbook of Medical Physiology*. Translated by Farkh Shādān. Tehran: Chehr Publishers.

Ākhūnd Khorāsānī, Muḥammad Kāẓim. (1409 AH / 1989 AD). *Kifāyat al-Uṣūl* [Sufficiency of the Principles]. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt.

Bādakūbih, Shaykh Ṣadrā. (1415 AH / 1994 AD). *Hudāyat al-Uṣūl fī Sharḥ Kifāyat al-Uṣūl* [Guidance in the Principles: Commentary on Kifāyat al-Uṣūl]. Edited by Ḥaydar ʿAlī Mudarrisī Bahsūdī. Qom: al-Maṭbaʿah al-ʿIlmiyyah. (in Persian)

Tabrizī, Jawād. (1428 AH / 2007 AD). *Tanqīḥ Mabānī al-Aḥkām – Kitāb al-Diyāt* [Refinement of the Foundations of Legal Rulings – The Book of Retaliation]. Tehran: Dār al-Ṣadīqah al-Shahīdah. (in Persian)

Jazāʾirī, ʿAbdullāh. (n.d.). *Al-Tuḥfah al-Sunniyyah fī Sharḥ al-Nukhbat al-Muḥsaniyyah* [The Sunni Gift in the Explanation of the Chosen Excellent]. Tehran: Muḥaqqiq Kitāb. (in Persian)

Ḥāʾerī, Sayyid ʿAlī Ṭabāṭabāʾī. (1418 AH / 1997 AD). *Riyāḍ al-Masāʾil* [Gardens of Legal Issues]. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt. (in Persian)

Ḥarr ʿĀmilī, Muḥammad. (1409 AH / 1989 AD). *Wāsiʿ al-Shīʿah* [Means of the Shīʿah]. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt. (in Persian)

Ḥusaynī Khameneh'ī, Sayyid ʿAlī. (1393 Sh. / 2014 AD). *Dars-e Khārej Fiqh, Session One, Ordibehesht Month*. (in Persian)

Ḥusaynī Rūḥānī, Sayyid Ṣādiq. (1412 AH / 1992 AD). *Fiqh al-Ṣādiq ʿAlayhi al-Salām*. Qom: Dār al-Kitāb. (in Persian)

Ḥusaynī ʿĀmilī, Sayyid Jawād. (n.d.). *Miftāḥ al-Karāmah fī Sharḥ Qawāʿid al-ʿAllāmah* [The Key of Nobility in the Commentary of the Scholar's Rules]. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Persian)

Ḥakīm, Sayyid Muḥammad Saʿīd. (1415 AH / 1994 AD). *Minhāj al-Ṣāliḥīn* [Path of the Righteous]. Beirut: Dār al-Ṣafwah. (in Persian)

Ḥalabī, Ibn Zuhrah. (1417 AH / 1996 AD). *Ghaniyyat al-Nazʿ ilā ʿIlm al-Uṣūl wa al-Furūʿ* [The Richness of Inclination towards the Science of Legal Principles and Branches]. Qom: Muʾassasat Imām Ṣādiq ʿAlayhi al-Salām. (in Persian)

Ḥillī, Ḥasan ibn ʿAlī. (1383 AH / 1963 AD). *Rijāl Ibn Dāwūd* [The Men of Ibn Dāwūd]. Tehran: University of Tehran. (in Persian)

Ḥillī, Shams al-Dīn Muḥammad. (1424 AH / 2003 AD). *Maʿālim al-Dīn* [Landmarks of Religion]. Qom: Muʾassasat Imām Ṣādiq. (in Persian)

Ḥillī, Muḥammad ibn Ḥasan. (1387 AH / 1967 AD). *ʾIyḍāḥ al-Fawāʾid* [Clarification of the Benefits]. Qom: Muʾassasat Ismāʿīlīyān. (in Persian)

Ḥillī, Yaḥyā ibn Saʿīd. (1394 AH / 1974 AD). *Nuzhah al-Nāẓir fī al-Jamaʿ bayn al-Ashbāh wa al-Naẓāʾir* [The Delight of the Observer in Combining Analogs and Similarities]. Qom: Manšūrāt Riḍā. (in Persian)

Khuwānsārī, Sayyid Aḥmad. (1405 AH / 1985 AD). *Jāmiʿ al-Madārik* (2nd ed.). Qom: Muʾassasat Ismāʿīlīyān. (in Persian)

Al-Ramlī, Shams al-Dīn Muḥammad. (1404 AH / 1984 AD). *Nihāyat al-Muḥtāj ilā Sharḥ al-Minhāj* [The Ultimate Need for an Explanation of Al-Minhāj]. Beirut: Dār al-Fikr. (in Persian)

Subḥānī, Jaʿfar. (1389 Sh. / 2010 AD). *Kulliyyāt ʿIlm al-Rijāl* [The Fundamentals of Biographical Evaluation]. Compiled by Muslim Qolīpūr. Qom: Quds. (in Persian)

Subḥānī, Jaʿfar. (1391 Sh. / 2012 AD, September 18, 19, and 15). *Dars Khārej Fiqh* [Advanced Jurisprudence Lessons]. (in Persian)

Subḥānī, Jaʿfar. (1419 AH / 1998 AD). *Uṣūl al-Ḥadīth wa Aḥkāmuh fī ʿIlm al-Dirāyah* (2nd ed.) [Principles and Rulings of Hadith in the Science of Critical Review]. Qom: Muʾassasat Imām Ṣādiq. (in Persian)

Sabzawārī, Sayyid ʿAbd al-ʿAlī. (1413 AH / 1992 AD). *Muhadhdhab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām* [The Refinement of Rulings in Clarifying Permissible and Forbidden]. Qom: Muʾassasat al-Manār. (in Persian)

Siyūrī Ḥillī, Miqdād. (1404 AH / 1983 AD). *Al-Tanqīḥ al-Rāʾiʿ li Mukhtaṣar al-Sharāʾiʿ* [The Wonderful Refinement of the Summary of the Laws]. Qom: Kitābkhānah Marʿashī. (in Persian)

Shubayrī Zanjānī, Sayyid Mūsā. (1419 AH / 1998 AD). *Kitāb al-Nikāḥ* [The Book of Marriage]. Qom: Muʾassasat Raʾīpardāz. (in Persian)

Shushtarī, Muḥammad Taqī. (1406 AH / 1986 AD). *Al-Najʿah fī Sharḥ al-Lumaʿah* [Success in the Commentary on the Luminosity]. Tehran: Kitābfurūshī Ṣaduq. (in Persian)

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. (1414 AH / 1993 AD). *Ghāyat al-Murād fī Sharḥ Nukat al-Irshād* [The Ultimate Aim in the Commentary on Guidance]. Qom: Intishārāt Daftar Tablīgh Islāmī. (in Persian)

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. (1413 AH / 1992 AD). *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharāʾiʿ al-Islām* [Paths of Understanding to Refine the Laws of Islam]. Qom: Muʾassasat al-Maʿārif al-Islāmiyyah. (in Persian)

Ṣadr, Muḥammad Bāqir. (1418 AH / 1997 AD). *Durūs fī ʿIlm al-Uṣūl* (5th ed.) [Lessons in the Science of Legal Principles]. Qom: Muʾassasat al-Nashr al-Islāmī. (in Persian)

Ṣadūq, Muḥammad. (1413 AH / 1993 AD). *Man Lā Yaḥḍuruhu al-Faqīh* (2nd ed.) [He Who Has No Jurist Present]. Qom: Daftar Intishārāt Islāmī. (in Persian)

Ṣimrī, Mufliḥ. (1420 AH / 1999 AD). *Ghāyat al-Marām fī Sharḥ Sharāʾiʿ al-Islām* [The Ultimate Aspiration in the Explanation of Islamic Laws]. Beirut: Dār al-Hādī.

Ṭūsī, Ibn Ḥamzah. (1408 AH / 1988 AD). *Al-Wasīlah ilā Nayl al-Faḍīlah* [The Means to Attain Virtue]. Qom: Intishārāt Kitābkhānah Āyatullāh Marʿashī Najafī. (in Persian)

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. (1387 AH / 1967 AD). *Al-Mabsūṭ* (3rd ed.) [The Extensive]. Tehran: Al-Maktabah al-Murtazawiyyah li-Iḥyāʾ Āthār al-Jaʿfariyyah. (in Persian)

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. (1407 AH / 1987 AD). *Tahdhīb al-Aḥkām* (4th ed.) [Refinement of the Legal Rulings]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Persian)

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. (1427 AH / 2006 AD). *Rijāl al-Shaykh al-Ṭūsī* (3rd ed.) [The Men of Shaykh al-Ṭūsī]. Qom: Daftar Intishārāt Islāmī. (in Persian)

ʿĀmilī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. (1414 AH / 1993 AD). *Ḥāshiyah al-Irshād* [Annotation on the Guidance]. Qom: Intishārāt Daftar Tablīgh Islāmī. (in Persian)

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. (1381 AH / 1961 AD). *Khuláṣat al-Aqwāl fī Maʿrifat al-Rijāl* (2nd ed.) [Summary of Opinions in the Knowledge of Men]. Najaf: Manšūrāt al-Maṭbaʿah al-Ḥaydariyyah. (in Persian)

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. (1410 AH / 1990 AD). *Irshād al-Adhhān* [Guidance of the Minds]. Qom: Daftar Intishārāt Islāmī. (in Persian)

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. (1411 AH / 1991 AD). *Tabsirah al-Mutaʿallimīn fī Aḥkām al-Dīn* [Clarification for the Learners in the Rulings of Religion]. Tehran: Muʾassasat Chaap wa Nashr, Ministry of Culture and Islamic Guidance. (in Persian)

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. (1420 AH / 1999 AD). *Taḥrīr al-Aḥkām al-Sharʿiyyah ʿalā Madhhab al-Imāmiyyah* [The Legal Rulings on the Imāmī School]. Qom: Muʾassasat Imām Ṣādiq. (in Persian)

ʿUmānī, Ḥasan ibn ʿAlī. (1413 AH / 1992 AD). *Ḥayāh Ibn Abī ʿAqīl wa Fiqhahu* [The Life of Ibn Abī ʿAqīl and His Jurisprudence]. Qom: Markaz Maʿjam Fiqhī. (in Persian)

Fāḍil Lankarānī, Muḥammad. (1418 AH / 1997 AD). *Tafṣīl al-Sharīʿah fī Sharḥ Taḥrīr al-Wasīlah - al-Diyāt* [Detailed Explanation of the Law in Commentary on Taḥrīr al-Wasīlah - The Retaliation]. Qom: Markaz Fiqhī Aʾimmah al-Aṭhār. (in Persian)

Fāḍil Hindī, Muḥammad. (1416 AH / 1995 AD). *Kashf al-Lithām* [Unveiling the Veil]. Qom: Daftar Intishārāt Islāmī. (in Persian)

Faqʿānī, ʿAlī. (1418 AH / 1997 AD). *Al-Durr al-Manḍūd* [The Strung Pearls]. Qom: Maktabah Imām al-ʿAṣr al-ʿIlmiyyah. (in Persian)

Fayyāḍ Kāblī, Muḥammad Isḥāq. (n.d.). *Minhāj al-Ṣāliḥīn* [The Path of the Righteous]. Qom: Dār al-Hudā. (in Persian)

Fayẓ Kāshānī, Muḥammad Muḥsin. (n.d.). *Mafātīḥ al-Sharāʾiʿ* [Keys to the Laws]. Qom: Kitābkhānah Āyatullāh Marʿashī Najafī. (in Persian)

Fayyūmī, Aḥmad ibn Muḥammad. (n.d.). *Al-Miṣbāḥ al-Munīr* [The Illuminating Lamp]. Qom: Manšūrāt Dār al-Riḍā. (in Persian)

Kāshif al-Ghaṭāʾ, Aḥmad. (1423 AH / 2002 AD). *Safīnat al-Najāh wa Mishkāt al-Hudā wa Miṣbāḥ al-Saʿādāt* [The Ship of Salvation, the Niche of Guidance and the Lamp of Happiness]. ʿIrāq: Muʾassasat Kāshif al-Ghaṭāʾ.

Kāshif al-Ghaṭāʾ, Muḥammad Ḥusayn. (1366 AH / 1947 AD). *Wajīzah al-Aḥkām* [Summary of Legal Rulings]. ʿIrāq: Muʾassasat Kāshif al-Ghaṭāʾ.

Kulaynī, Muḥammad. (1407 AH / 1987 AD). *Al-Kāfī* (4th ed.). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah.

Māmaqānī, Mullā ʿAbdallāh. (1350 AH / 1931 AD). *Nihāyat al-Maqāl fī Takmīl Ghāyat al-Āmāl* [The Ultimate Word in Completing the Ultimate Aspirations]. Qom: Majmaʿ al-Dhakāʾir. (in Persian)

Majlisī Awwal, Muḥammad Taqī. (1406 AH / 1986 AD). *Malādh al-Akhyār* [The Refuge of the Righteous]. Qom: Kitābkhānah Āyatullāh Marʿashī Najafī. (in Persian)

Majlisī Duwum, Muḥammad Bāqir. (1420 AH / 1999 AD). *Al-Wajīzah fī al-Rijāl* [The Concise in Men]. Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance. (in Persian)

Muḥaqqiq Ḥillī, Jaʿfar ibn Ḥasan. (1408 AH / 1988 AD). *Sharāʾiʿ al-Islām* (2nd ed.) [Laws of Islam]. Qom: Muʾassasat Ismāʿīlīyān. (in Persian)

Madānī Kāshānī, Riẓā. (1408 AH / 1988 AD). *Kitāb al-Diyāt* [The Book of Retaliation]. Qom: Daftar Intishārāt Islāmī. (in Persian)

Mushkīnī, Mīrzā ʿAlī. (n.d.). *Muṣṭalaḥāt al-Fiqh* [Jurisprudential Terminology]. [n.p.]: [n.p.]. (in Persian)

Mughniyyah, Muḥammad Jawād. (1421 AH / 2000 AD). *Fiqh al-Imām al-Ṣādiq* (2nd ed.) [Jurisprudence of Imam Ṣādiq]. Qom: Muʾassasat Anṣārīyān. (in Persian)

Mūsawī Bahbahānī, ʿAlī. (1381 Sh. / 2002 AD). *Badāʾiʿ al-Uṣūl* [The Marvels of Principles]. Ahwāz: Khūzestān. (in Persian)

Mūsawī Khomeinī, Sayyid Rūḥullāh. (1382 Sh. / 2003 AD). *Tahdhīb al-Uṣūl* [Refinement of Principles]. Qom: Dār al-Fikr. (in Persian)

Mūsawī Khomeinī, Sayyid Rūḥullāh. (n.d.). *Taḥrīr al-Wasīlah* [The Composition of the Means]. Qom: Muʾassasat Dār al-ʿIlm. (in Persian)

Mūsawī Khūyī, Sayyid Abū al-Qāsim. (1422 AH / 2001 AD). *Mabānī Takmīlat al-Minhāj* [The Foundations of the Completion of the Path]. Qom: Muʾassasat Iḥyāʾ Āthār al-Imām al-Khūyī. (in Persian)

Najāshī, Abū al-Ḥasan Aḥmad. (1407 AH / 1987 AD). *Rijāl al-Najāshī* [Men of al-Najāshī]. Qom: Intishārāt Islāmī. (in Persian)

Najafī, Muḥammad Ḥasan. (1404 AH / 1984 AD). *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāʾiʿ al-Islām* (7th ed.) [Jewels of Discourse in the Explanation of Islamic Laws]. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī.

Nūrī, Mīrzā Ḥusayn. (1408 AH / 1987 AD). *Mustadrak Wāsiʿ al-Shīʿah* [The Supplementary Means of the Shīʿah]. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt.

Wahīd Khorāsānī, Ḥusayn. (1379 Sh. / 2000 AD). *Tawḍīḥ al-Masāʾil* [Clarification of Issues]. Qom: Madrasah Bāqir al-ʿUlūm. (in Persian)

Al-Ilahītmī, Aḥmad ibn Muḥammad. (1357 AH / 1938 AD). *Tuḥfat al-Muḥtāj fī Sharḥ al-Minhāj* [The Gift to the Needy in the Explanation of Al-Minhāj]. Egypt: Al-Maktabah al-Tijāriyyah al-Kubrā bi-Miṣr li-Muṣṭafā Muḥammad.

Boron, W. F., & Boulpaep, E. L. (2012). *Medical Physiology: A Cellular and Molecular Approach* (2nd ed.). Amsterdam: Elsevier.

Barrett, K., Barman, S., Yuan, J., & Brooks, H. (2019). *Ganong's Review of Medical Physiology* (26th ed.). United States: McGraw Hill.

Studies of Islamic Jurisprudence and the Basis of Law
Online ISSN: 2783-0837 Print ISSN: 2783-2368
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# Islamic Juridical Ruling on Binary Option Internet Transactions

**Seyedeh Fatemeh Tabatabaee[1], Abdolreza Mohammad Hosein Zadeh[2], and Mansoureh Mansouri Sirchi[3]**

1. *Corresponding Author,* Associate Professor, Department of Theology, Faculty of Law and Theology, Shahid Bahonar University of Kerman, Kerman, Iran; Associate Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Research Institute for Islamic Studies in the Humanities, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran. Email: fatabatabaee@uk.ac.ir
2. Associate Professor, Department of Theology, Faculty of Law and Theology, Shahid Bahonar University of Kerman, Kerman, Iran. Email: mhosseinzadeh@uk.ac.ir
3. M.A. in Law, Shahid Bahonar University of Kerman, Kerman, Iran. Email: m.mansourisirchi@gmail.com

**Article Info**

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received
02 April 2023
Received in revised form
20 May 2023
Accepted
26 June 2023
Available online
22 June 2025

***Keywords:***
juridical ruling,
internet transactions,
binary option,
qimār,
harm (darar)

**ABSTRACT**

Binary option is a type of internet-based commercial activity that is observable globally today. In this transaction, the broker acts as an intermediary between the parties with a predetermined profit. Each party deposits an amount as initial capital into their account. The trader, based on an analysis of price fluctuations within a specific timeframe, predicts the future price of an asset. In return for a correct prediction, the trader receives their principal investment and the predetermined profit; otherwise, they lose their entire initial capital. Due to the increasing prevalence of this type of transaction, clarifying its jurisprudential ruling appears to be essential. This research endeavors to deduce the juridical ruling on binary option transactions within *Imāmī* jurisprudence and, as far as possible, to collect and compile the views of contemporary *Shīʿa* jurists through *istiftāʾ*. Some jurists maintain that binary option transactions are impermissible *(la-jawāz)*, considering income derived through this method problematic. Others have deemed it permissible *(bilā-māniʿ)*, provided it adheres to the *Sharʿī* conditions of a valid transaction. Among these viewpoints, the position of impermissibility holds greater soundness, based on the *Qurʾan*, the Sunnah, and jurisprudential principles, due to its semblance of being artificial (shibh-i ṣūriyat), its lack of conditions for a valid transaction, and its similarity to qimār (gambling).

**Cite this article:** Tabatabaee, S. F., Mohammad Hosein Zadeh, A., & Mansouri Sirchi, M. (2025). Islamic Juridical Ruling on Binary Option Internet Transactions. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law, 19*(1), 67-90. http//doi.org/10.22034/fvh.2023.15624.1756

© The Author(s). Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: http//doi.org/10.22034/fvh.2023.15624.1756

## Introduction

Given that the internet, as a leading information system, serves as the primary platform for electronic contracts—and online transactions are defined as those conducted within this framework—it can be argued that electronic contracts do not differ from conventional contracts in terms of essential validity conditions. These contracts adhere to general contract law principles, as their only distinction lies in the *instrument of intent expression* (ṣighah), with no substantive differences in other aspects.

Binary options trading (*tijārat-i bāynarī āpshan*), a subset of online transactions, derives its name from the term's "binary" (dual-choice) and "option" (right to choose). In this trade, the choice is limited to two outcomes: "yes/no" or "win/loss."

The core mechanism involves predicting asset price movements. Traders must open accounts with licensed brokers (*kārgozārī*), each offering fixed profit percentages. Upon accurate predictions, the trader receives the principal plus profit. Key variables include asset type, contract expiry time, and investment amount.

The primary advantage of binary options is their *fixed risk-reward ratio*: maximum profit/loss is predetermined, with losses never exceeding the initial investment. Crucially, no asset ownership is transferred; traders merely speculate on price trends within a fixed timeframe. Correct predictions yield profit; incorrect ones result in total loss. For example, a trader might predict gold's price rise within 15 minutes. A $100 investment with an 81% return would yield $181 if correct—or total loss if not.

In Iran's capital market, growing interest in such transactions stems from income generation and controlled risk. However, their speculative nature (*takhmin*-based) raises serious *Sharīʿa* concerns, necessitating jurisprudential analysis to prevent non-compliant transactions (*muʿāmalāt ghayr sharʿī*).

## Methodology

This study adopts a *descriptive-analytical* approach to compile and analyze contemporary Twelver Shia jurists' (*fuqahāʾ-i Imāmīyah*) views on binary options. Sources include:

1. **Library research**: Classical *fiqh* texts, modern articles, and credible online databases.
2. **Software-aided analysis**: Jurisprudential tools (e.g., *Nūr*, *Jāmiʿ al-fiqāʾ*) to cross-reference rulings.
3. **Doctrinal synthesis**: Evaluation based on Qurʾān, *Sunnah*, and *uṣūl al-fiqh* principles (e.g., *ḥarām* of *qimār* [gambling], *laḍrar* [no harm]).

## Findings

Two dominant views emerged among contemporary Shia jurists:

1. **Prohibition (ʿadam-i jawāz)**:

Majority verdict: Binary options lack *Sharīʿa* legitimacy due to:

*Qimār* (gambling) elements (Qurʾān 2:219, 5:90–91).

*Gharar* (excessive uncertainty) in asset delivery/payment (Ḥadīth of Muʿammar b. Khallād).

Violation of *bayʿ* (sale) conditions (undetermined *mabīʿ* [commodity] or *thaman* [price]).

2. **Conditional Permissibility (jawāz-i mashrūṭ)**:

Minority stance: Valid *if* structured as compliant *bayʿ* (e.g., clear asset/price, avoidance of *ribā*).

Requires adherence to *ḍarūrah* (necessity) and *ʿadam-i ḍarar* (no harm).

## Conclusion

The **prohibition view** holds stronger doctrinal weight (*iṭqān*) based on:

1. **Textual evidence**:
   - Qurʾānic bans on *qimār* (5:90) and *akl al-māl bi-l-bāṭil* (4:29).
   - *Ṣaḥīḥ ḥadīth* condemning speculative transactions.
2. **Legal principles**:
   - *Laḍrar*: Systemic harm to economic subsystems (*khusūṣī-yi iqtiṣādī*).
   - *ʿUsr wa ḥaraj*: Hardship imposed on one party nullifies contracts.
   - *Gharar*: Uncertainty in asset/price voids transactions (*bāṭil*).

Binary options epitomize *gharar*-ridden, *qimār*-like transactions, disrupting economic stability (*ḥifẓ-i niẓām*). Thus, they fall under *ḥarām* and require:

1. **Legislative action**: Criminalizing such trades to prevent individual/societal harm (*ḍarar*).
2. **Public awareness**: Clarifying their non-*Sharīʿa* compliance to deter participation.

***Author Contributions:*** Seyedeh Fatemeh Tabatabaee (Corresponding Author): Data collection, translation, manuscript writing, structuring, editing, and revision. Second Author: Manuscript editing and revision. Third Author: Literature collection and manuscript writing.

***Data Availability Statement:*** Not Applicable.

***Acknowledgements:*** The authors would like to thank the reviewers of the journal.

***Ethical Considerations:*** The authors avoided data fabrication, falsification, plagiarism, and misconduct.

***Funding:*** This research did not receive any financial support.

***Conflict of Interest:*** The authors declare no conflict of interest.

***Declaration of Generative AI and AI-assisted technologies in the writing process:*** No artificial intelligence (AI) tools were used in the preparation of this manuscript.

مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق
شاپا برخط: ۰۸۳۷-۲۷۸۳ شاپا چاپی: ۲۳۶۸-۲۷۸۳
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# حکم تکلیفی معاملات اینترنتی باینری آپشن

**سیده فاطمه طباطبائی[۱]، عبدالرضا محمدحسین‌زاده[۲]، و منصوره منصوری سیرچی[۳]**

۱. *نویسندهٔ مسئول*، دانشیار گروه الهیات، دانشکدهٔ حقوق و الهیات، دانشگاه شهید باهنر کرمان، کرمان، ایران؛ دانشیار گروه فقه و حقوق، پژوهشکده مطالعات اسلامی در علوم انسانی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران رایانامه: fatabatabaee@uk.ac.ir
۲. دانشیار گروه الهیات، دانشکدهٔ حقوق و الهیات، دانشگاه شهید باهنر، کرمان، ایران. رایانامه: mhosseinzadeh@uk.ac.ir
۳. کارشناسی ارشد حقوق، دانشگاه شهید باهنر، کرمان، ایران. رایانامه: m.mansourisirchi@gmail.com

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:**
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۱۳
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۲/۳۰
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۰۵
تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۴/۰۱

***کلیدواژه‌ها:***
حکم تکلیفی،
معاملات اینترنتی،
باینری آپشن،
قمار،
ضرر

**چکیده**

باینری آپشن یکی از انواع فعالیت‌های تجاری اینترنتی است که امروزه در سطح جهانی قابل رؤیت است. در این معامله، کارگزار با سود معین واسطهٔ طرفین معامله است و هریک از طرفین مبلغی را به‌عنوان سرمایهٔ اولیه، وارد حساب خود می‌نمایند. معامله‌گر، بر اساس تحلیلی از نوسانات قیمت، در یک محدودهٔ زمانی، قیمت آتی یک دارایی را پیش‌بینی می‌کند. در ازای پیش‌بینی صحیح، معامله‌گر اصل سرمایه و سود معین‌شده را دریافت می‌کند و در غیر این صورت، تمام سرمایهٔ اولیه را از دست می‌دهد. به‌جهت رواج روزافزون این نوع معامله، تبیین حکم فقهی آن امری ضروری به نظر می‌رسد. در این تحقیق کوشش بر آن است که حکم تکلیفی معاملات باینری آپشن در فقه امامیه استنباط و در حد امکان دیدگاه فقیهان معاصر شیعه، از طریق استفتا، جمع‌آوری و تدوین گردد. بعضی از فقیهان قائل به عدم جواز معاملات باینری آپشن می‌باشند و کسب درآمد از این طریق را دچار اشکال می‌دانند. بعضی دیگر نیز به‌شرط قرارگرفتن در ضمن شرایط شرعی معامله آن را بلامانع دانسته‌اند. در این میان، قول به عدم جواز، با استناد به قرآن و سنت و قواعد فقهی، به‌جهت شبه‌صوری‌بودن، فقدان شرایط صحت معامله و شباهت به قمار، از اتقان بیشتری برخوردار می‌باشد.

**استناد:** طباطبائی، سیده فاطمه؛ محمدحسین‌زاده، عبدالرضا؛ و منصوری سیرچی، منصوره (۱۴۰۴). حکم تکلیفی معاملات اینترنتی باینری آپشن. *مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*، ۱۹ (۱)، ۶۷-۹۰. https://doi.org/10.22034/fvh.2023.15624.1756

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.
© نویسنده(گان).

## مقدمه

باینری آپشن یکی از فعالیت‌های تجاری اینترنتی است که از طریق آن می‌توان در بازارهای مالی بین‌المللی تجارت نمود. کار اصلی باینری آپشن پیش‌بینی قیمت انواع دارایی‌هاست. برای انجام این کار لازم است که معامله‌گر در یکی از کارگزاری‌هایی که واسطهٔ طرفین معامله و دارای درصد سود مشخص است، اقدام به ایجاد حساب کند و مبلغی را به‌عنوان سرمایهٔ اولیه، وارد حساب خود نماید. معامله‌گر بر اساس تخمین و تحلیلی از نوسانات قیمت، در یک محدودهٔ زمانی مشخص، قیمت آتی یک دارایی، اعم از ارز، سهام و کالا را پیش‌بینی می‌کند. در ازای پیش‌بینی صحیح اصل سرمایه و درصد سود معین‌شده را دریافت و در غیر این صورت تمام سرمایهٔ اولیه را از دست می‌دهد و کارگزار در هر صورت به درصد سود تعیین‌شدهٔ خود، دست خواهد یافت. امروزه به‌جهت کسب درآمد، حفظ سرمایه و خطرپذیری قابل کنترل آن تمایل به انجام چنین معاملاتی در بازار سرمایه و اقتصاد ایران روبه‌فزونی است. ازآنجاکه این معاملات مبتنی بر تخمین و ماحصل آن خطر و پاداش است، مشروعیت این نوع معاملات با چالشی جدی مواجه شده است. بنابراین تبیین حکم شرعی آن جهت تنویر حکم الهی و ممانعت از فزونی معاملات غیرشرعی امری ضروری به نظر می‌رسد.

دربارهٔ موضوع باینری آپشن، تعدادی کتاب به زبان لاتین موجود است، از جمله کتاب جان ویلی (۲۰۱۱) تحت عنوان «آموزش باینری آپشن» و کتاب لیراز (۲۰۱۷) تحت عنوان «چگونه با موفقیت معاملهٔ باینری آپشن انجام دهیم. این کتاب‌ها صرفاً به بحث موضوع‌شناسی و آموزش شیوه‌های انجام معاملات باینری آپشن می‌پردازند. در کنار آن‌ها، مقالهٔ صفا و افشار (۱۴۰۰) تحت عنوان «بررسی فقهی و حقوقی فعالیت باینری آپشن» نیز به زبان فارسی موجود است. تمایز و ارجحیت تحقیق حاضر نسبت به مقالهٔ مذکور در این است که در تحقیق پیش‌رو آراء چندی از فقیهان معاصر امامیه که از طریق استفتا حاصل شده است، جمع‌آوری، دسته‌بندی و تدوین می‌شود. با گزینش قول راجح به بررسی، تحلیل و استنباط حکم شرعی معاملات باینری آپشن می‌پردازد و قول مرجوح را نقد می‌کند. در این راستا به‌طور مبسوط حکم تکلیفی معاملات باینری آپشن با استناد به آیات، روایات و قواعد فقهی استنباط می‌گردد.

در این مقاله به سؤالات ذیل پاسخ داده می‌شود:

الف- معاملات باینری آپشن چه نوع معامله‌ای است؟

ب- حکم تکلیفی معاملات باینری آپشن از منظر فقیهان و فقه امامیه چیست؟

## موضوع‌شناسی معاملات اینترنتی باینری آپشن

جهت تبیین حکم فقهی معاملات باینری آپشن ابتدا تبیین موضوع این معاملات ضروری است. لذا به‌اختصار به معاملات اینترنتی و شروط صحت آن‌ها و تعریف معاملات باینری آپشن پرداخته می‌شود.

### ۱ـ ماهیت معاملات اینترنتی

امروزه اینترنت به‌عنوان مصداق بارز سیستم اطلاعاتی، شایع‌ترین وسلهٔ انعقاد قرارداد الکترونیکی است (قلی‌زاده، ۱۳۸۶، ص. ۱۶۸). به‌همین‌علت از معاملات الکترونیکی به معاملات اینترنتی نیز یاد شده است؛ یعنی معاملاتی که در بستر اینترنت صورت می‌پذیرد. تقریباً تمام حقوق‌دانان معتقدند، قرارداد الکترونیکی از نظر شرایط اساسی صحت معامله، هیچ تفاوتی با قرارداد عادی ندارد (السان، ۱۳۸۵، ص. ۳۴۴) و از حیث انعقاد تابع قواعد عمومی قراردادها هستند، زیرا تنها وجه فارق این‌گونه عقود از سایر پیمان‌ها ابزار بیان قصد است و از دیگر جهات فرقی با آن‌ها ندارند (اکبرینه و محمودزاده، ۱۳۹۵، ص. ۶). تجارت باینری آپشن یکی از انواع معاملات اینترنتی است.

### ۲ـ ماهیت تجارت باینری آپشن

باینری آپشن (Binary Option) از دو کلمهٔ Binary به‌معنای دوگانه، دوتایی، دودویی (آریان‌پور، ۱۳۸۷، ص. ۷۱) و Option به‌معنای گزینش، انتخاب، حق انتخاب (آریان‌پور، ۱۳۸۷، ص. ۵۳۳) تشکیل شده است. به این معنا که در این تجارت حق انتخاب بین دو گزینه است: بله یا خیر، برد یا باخت.

کار اصلی باینری آپشن پیش‌بینی قیمت انواع دارایی‌هاست. برای انجام این کار لازم است که فرد در یکی از کارگزاری‌هایی که مسئول انجام این تجارت است، اقدام به ایجاد حساب کند. هرکدام از کارگزاری‌ها درصد سود مشخصی را دارند که در صورت پیش‌بینی صحیح اصل پول به‌همراه سود به برنده پرداخت می‌شود. تنها کاری که لازم است معامله‌گر انجام دهد این است که نوع دارایی و زمان پایان را تعیین کند و سرمایه‌ای که می‌خواهد بر آن اساس در تجارت باینری شرکت کند، به حساب کارگزاری واریز کند.

مزیت اصلی معاملات باینری آپشن ریسک ثابت و پاداش ثابت آن‌هاست. وقتی وارد تجارت باینری آپشن می‌شوید، بیشترین سود و حداکثر ضرر را در مقابل خود می‌بینید. بیشترین هزینه‌ای که می‌توانید در هر قرارداد از دست بدهید، مقدار پولی است که برای معامله سرمایه‌گذاری کرده‌اید. شما هرگز نمی‌توانید چیزی بیش از آنچه در تجارت گزینه‌های باینری قرار داده‌اید، از دست بدهید (ناکریتین، ۲۰۱۲، ص. ۵).

قابل‌توجه اینکه در تجارت باینری آپشن، هیچ نقل‌وانتقال دارایی صورت نمی‌گیرد و فرد مالک دارایی نمی‌شود؛ بلکه فقط روند حرکت قیمت دارایی پیش‌بینی می‌شود و در صورت پیش‌بینی صحیح، فرد سود کرده و در غیر این صورت ضرر می‌کند. در تجارت باینری صرفاً در حال پیش‌بینی نتیجهٔ خاصی هستید تا در یک زمان خاص با یک خطر ثابت و پرداخت ثابت اتفاق بیفتد (ناکریتین، ۲۰۱۲، ص. ۶). معاملات باینری آپشن به‌صورت‌های مختلفی انجام می‌شود که مشهورترین آن در اصطلاح، گزینه‌های باینری نام دارد. به‌عنوان مثال، معامله‌گر طلا را به‌عنوان دارایی جهت تجارت انتخاب می‌کند. در این صورت پیش‌بینی می‌کند؛ مثلاً در مدت ۱۵ دقیقه قیمت طلا افزایش خواهد یافت، گزینهٔ افزایش قیمت را انتخاب کرده و مبلغ ۱۰۰ دلار به‌عنوان سرمایهٔ اولیه پرداخت می‌کند. اگر سود این معامله ۸۱ درصد باشد، در صورت

پیش‌بینی صحیح معامله‌گر بعد از پایان زمان ۱۸۱ دلار دریافت می‌کند و اگر پیش‌بینی نادرست باشد، همهٔ سرمایهٔ اولیه را از دست خواهد داد.

### ۳ـ شیوهٔ انجام معاملات باینری

تجارت باینری آپشن خواستار تصمیم‌گیری‌های مختلف توسط سرمایه‌گذار است. تصمیم اول انتخاب دارایی است (لیراز، ۲۰۱۷، ص. ۱۳). سرمایه‌گذار بعد از انتخاب کارگزار برای انجام تجارت، نوع دارایی را انتخاب می‌کند که می‌خواهد در آن سرمایه‌گذاری کند. در تجارت باینری قیمت دارایی بیان می‌شود، این قیمت هنگام شروع معاملات است. شما باید انتخاب کنید که در زمان پایان معامله، قیمت دارایی بالاتر یا پایین‌تر از قیمت اولیه تمام می‌شود. پیش‌بینی درست به این معنا است که می‌توانید پولی را که برای دارایی اختصاص داده شده کسب کنید. اگرچه میزان سود به قیمت توافق‌شده بستگی دارد، این محدوده از ۷۰ درصد تا ۹۰ درصد حق بیمهٔ اصلی شماست (ویلیامز، ۲۰۱۴، ص. ۵۷).

هر تجارت باینری دو طرف دارد: برنده و بازنده. برنده پول اولیهٔ خود را به‌همراه درصد سودی که توسط کارگزار مشخص شده دریافت می‌کند و بازنده تمام پول خود را از دست می‌دهد و در هر صورت کارگزار سود خواهد کرد. البته اگر در یک مورد اشتباه حساب شود و اشتباه فرض شود، یا قیمت یکسان بماند باز هم می‌توانید نوعی بازپرداخت پیدا کنید. برخی از کارگزاری‌ها هستند که ۱۰ تا ۱۵ درصد مبلغ را به بازنده بازمی‌گرداند (ویلیامز، ۲۰۱۴، ص. ۳۷).

برای تجارت باینری آپشن چند مرحله را می‌توان نام برد:

اول: شما زمان انقضا و اتمام تجارت را انتخاب می‌کنید. این زمان می‌تواند در هر دورهٔ زمانی بین یک دقیقه تا یک هفته باشد.

دوم: گزینهٔ خرید یا فروش را انتخاب می‌کنید. اگر فکر می‌کنید در پایان معامله قیمت بالای قیمت فعلی تمام می‌شود روی دکمهٔ خرید کلیک کنید و اگر فکر می‌کنید قیمت زیر قیمت فعلی تمام می‌شود، روی دکمهٔ فروش کلیک کنید (لیراز، ۲۰۱۷، ص. ۲۰).

سوم: بعد از پایان زمان معامله اگر پیش‌بینی شما درست باشد سود می‌کنید و اگر پیش‌بینی شما اشتباه باشد پول خود را از دست می‌دهید.

## حکم شرعی معاملات باینری آپشن

جهت تجمیع و تدوین اقوال و دیدگاه فقیهان معاصر امامیه پیرامون موضوع، متن استفتا به‌صورت ذیل مطرح شده است: باینری آپشن روشی است برای کسب درآمد از طریق اینترنت. به این صورت که یک بروکر (کارگزار) واسطهٔ طرفین معامله می‌شود و هریک از طرفین مبلغی را به‌عنوان سرمایهٔ اولیه وارد حساب خود در بروکر کرده و بر اساس تحلیلی که از نوسانات قیمت دارند، قیمت آتی یک دارایی (اعم از ارز، سهام و کالا) را در یک محدودهٔ زمانی مشخص (مثلاً یک دقیقه) پیش‌بینی می‌کنند. پیش‌بینی هرکدام که صحیح بود، اصل سرمایه و درصد سودی را که کارگزار مشخص کرده (مثلاً ۷۰٪) دریافت می‌کند و

کسی که پیش‌بینی اشتباهی داشته باشد، تمام سرمایهٔ اولیه را از دست خواهد داد. کارگزار در هر صورت به درصد سود تعیین‌شده، توسط خود در ابتدای معامله (در این مثال ۳۰٪)، دست خواهد یافت. با توجه به این توضیحات تقاضا شده است که حکم تکلیفی این نوع از معاملات هم از طرف متعاقدان و هم درآمدی که کارگزار به‌عنوان واسطه کسب می‌کند تبیین شود. در پاسخ به این استفتا، دو دیدگاه در حکم معاملات باینری آپشن حاصل شد:[۱]

دیدگاه اول: گروهی از فقیهان معاصر شیعه، معاملهٔ باینری آپشن را جایز نمی‌دانند و بر این عقیده‌اند که این معاملات وجاهت شرعی ندارد[۲] و جایز نیست.[۳]

دیدگاه دوم: بعضی فقیهان معاصر شیعه، به جواز مشروط آن فتوا داده‌اند و در این زمینه فرموده‌اند که اگر این معاملات در ضمن شرایط شرعی اعم از بیع، بایع و مبیع باشد مانعی ندارد.[۴]

### ۱ـ قول به عدم جواز معاملات باینری آپشن

گروهی از فقیهان معاصر معاملهٔ باینری آپشن را جایز نمی‌دانند و بر این عقیده‌اند که این معاملات وجاهت شرعی ندارد[۵] و جایز نیست؛[۶] بنابراین معامله و کسب درآمد از این طریق اشکال دارد[۷] و درآمد حاصل از این عمل را مالک نمی‌شود.[۸] در نتیجه این‌گونه معاملات صحیح نیستند[۹] و حرام است.[۱۰]

البته برخی از پیروان این نظر بر این باورند که غالباً این معاملات وجه شرعی ندارد ولی اگر مستلزم ربا نباشد گناه نیست.[۱۱] با عنایت به دیدگاه عدم جواز معاملات باینری آپشن، باید اذعان نمود که با تتبع در مبانی فقهی شیعه این قول از اتقان بیشتری برخوردار است و قول مختار و راجح در این پژوهش می‌باشد. در این راستا با استناد به کتاب، سنت و قواعد فقهی حکم عدم جواز معاملات باینری آپشن بررسی و تنویر می‌شود.

---

۱. با توجه به خلأ پژوهشی در زمینهٔ حکم معاملات باینری آپشن، استفتاء چندی از فقهای عظام معاصر شیعه اخذ شده که سند این استفتائات نزد نویسندگان موجود است.

۲. استفتاء از حضرات آیات صافی گلپایگانی؛ سیستانی.

۳. استفتاء از حضرات آیات گرامی؛ محقق کابلی؛ علوی گرگانی؛ مکارم شیرازی؛ شبیری زنجانی؛ خامنه‌ای؛ نوری همدانی.

۴. استفتاء از حضرت آیت‌الله حیدری.

۵. استفتاء از حضرات آیات صافی گلپایگانی؛ سیستانی.

۶. استفتاء از حضرت آیت‌الله گرامی.

۷. استفتاء از حضرات آیات محقق کابلی؛ نوری همدانی.

۸. استفتاء از حضرت آیت‌الله خامنه‌ای.

۹. استفتاء از حضرات آیات محقق کابلی؛ علوی گرگانی؛ شبیری زنجانی.

۱۰. استفتاء از حضرت آیت‌الله مکارم شیرازی.

۱۱. استفتاء از حضرت آیت‌الله سیستانی.

### ۱ـ۱ـ تمسک به ادلهٔ حرمت قمار

بعضی از فقیهان معاصر شیعه به حرمت باینری آپشن به قمار و شبههٔ قماربودن آن استدلال نموده‌اند.[۱] باید گفت معاملات باینری آپشن شبیه به قمار است و ازآنجاکه در حرمت قمار شبهه‌ای وجود ندارد (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج. ۳، ص. ۲۷) بنابراین، این معاملات حرام است و جایز نمی‌باشد.

بر حرمت قمار ادلهٔ متعددی از آیات بیان شده از جمله آیهٔ: «یَسْئَلُونَک عَنِ الْخَمْرِ وَ الْمَیْسِرِ قُلْ فِیهِما إِثْمٌ کبِیرٌ» (البقره ۲۱۹). همچنین روایات متعددی را در حرمت قمار بیان می‌کنند، از جمله: در روایت علی بن یقطین از ابی‌الحسن (ع) در باب تحریم شراب چنین آمده است: «فأمّا الاثم فی کتاب اللّه فهی الخمر و المیسر و إثمهما کبیر کما قال اللّه عزّ و جلّ» (عاملی، ۱۴۱۰ق، ج. ۲۵، ص. ۳۰۱).

در تبیین و تحلیل این قول می‌توان گفت که قمار به‌طورکلی با سه ویژگی تعریف می‌شود: وجود شرط‌بندی (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج. ۵، ص. ۱۱۵؛ واسطی، ۱۴۱۴ق، ج. ۷، ص. ۴۱۳؛ فیروزآبادی، ۱۴۱۵ق، ج. ۲، ص. ۲۰۷)؛ بردوباخت (بستانی، ۱۳۷۵، ص. ۷۰۷)؛ و کسب مال به‌آسانی و بدون زحمت (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج. ۳، ص. ۵۲۰؛ قرشی، ۱۴۱۲ق، ج. ۷، ص. ۲۶۳). معاملات باینری تجارتی است بر مبنای پیش‌بینی قیمت آتی دارایی که معامله‌گر یا سود می‌نماید و علاوه بر مبلغ اولیه‌ای که برای سرمایه‌گذاری وارد نموده است، درصد سودی را که در ابتدای کار مشخص شده نیز دریافت خواهد کرد؛ یا ضرر کرده و سرمایهٔ خود را از دست خواهد داد. به عبارت دیگر، در معاملات باینری آپشن همیشه یک برنده و یک بازنده وجود دارد. کار اصلی در این معاملات اینترنتی پیش‌بینی روند قیمت است. بنابراین، در باینری آپشن هم مانند قمار ویژگی بردوباخت و شرط‌بندی موجود است؛ بنابراین در معنا با آن به‌شرح ذیل تطابق دارد. در بحث قمار چهار مسئله مطرح می‌شود، زیرا بازی قمار گاهی با ابزار مخصوص قمار است همراه با شرط‌بندی و گاهی بازی با این ابزارها بدون شرط‌بندی است؛ و گاهی بازی با ابزارهای غیرمخصوص قمار انجام می‌شود که در این حالت گاهی با شرط‌بندی است و گاهی بدون آن (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج. ۳، ص. ۲۷). معاملات اینترنتی باینری آپشن و شبههٔ قماربودن آن با نوع سوم تعریف اصطلاحی قمار تطابق دارد؛ یعنی بازی با ابزار غیرمخصوص قمار، همراه با شرط‌بندی. در معاملات باینری آپشن گروی و رهان موجود است که همان ایجاد حساب اعتباری اولیه است و نیز بردوباخت نیز محقق می‌شود. به این صورت که در ابتدای شروع هر تجارت باینری، میزان سود که چیزی حدود ۷۰ تا ۹۰ درصد از سرمایهٔ اصلی است، مشخص می‌شود. یعنی معامله‌گر باینری، می‌پذیرد که در صورت پیش‌بینی صحیح روند قیمت، اصل سرمایهٔ خود و سود تعیین‌شده را دریافت کند و همچنین می‌پذیرد که در صورت پیش‌بینی نادرست، اصل سرمایهٔ خود را از دست بدهد. در نتیجه، معاملات باینری آپشن، شرط‌بندی و بردوباخت با ابزارهای غیرمخصوص قمار است. در کتب فقهی، بر حرمت این نوع از قمار تأکید شده است (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج. ۳، ص. ۲۸؛ خمینی، ۱۴۱۵ق، ج. ۲، ص. ۲۳؛ دزفولی، ۱۴۱۱ق، ج. ۱، ص. ۱۸۷؛ حائری، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۴۱؛ خویی، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۳۷۴؛ قمّی، ۱۴۱۲ق، ج. ۱۴، ص. ۴۰۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۱۶، ص. ۱۴۰). پس باید گفت در

---

[۱]. استفتاء از حضرات آیات گرامی؛ مکارم شیرازی؛ علوی گرگانی

حرمت قمار شبهه‌ای وجود ندارد (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج. ۳، ص. ۲۷). حال ازآنجاکه معاملات باینری آپشن شبیه به قمار است، حرام است و جایز نمی‌باشد.[۱]

با عنایت به شبیه‌قماربودن معاملات باینری آپشن طبق آیهٔ «لاتأکلوا أموالکم بینکم بالباطل» (نساء ۲۹)؛ ای کسانی که ایمان آوردید اموالتان را بین خودتان به باطل نخورید، این نوع معاملات از مصادیق أکل مال به باطل است که مورد نهی شارع مقدس قرار گرفته است، بنابراین معاملات باینری آپشن طبق این آیه نیز منهی می‌باشد.

همچنین معاملات باینری آپشن، معامله‌ای مستحدثه است که در کتاب و سنت نمی‌توان مستقیماً حکم آن را یافت، بنابراین با توجه به آیه می‌توان حکم به فساد آن داده شود، زیرا اصل در معاملات فساد است. طبق قول به اصل صحت نیز باید گفت معاملات تا زمانی طبق اصل اولی حمل بر صحت می‌شوند که خلاف آن ثابت نشود. در مورد بحث، این معامله شباهت به قمار دارد؛ زیرا معامله‌گر در آن می‌بایست قیمت آتی جفت‌ارز، کالا یا سهام را پیش‌بینی نماید و در ازای پیش‌بینی صحیح برنده خواهد شد و در غیر این صورت، تمام سرمایهٔ اولیهٔ خویش را از دست خواهد داد. مضاف بر اینکه شبههٔ صوری‌بودن نیز در آن وجود دارد؛ زیرا «تملیک عین به عوض معلوم» در آن وجود ندارد؛ یعنی با گزینه‌های باینری، یک سرمایه‌گذار دارایی را خریداری نمی‌کند، بلکه صرفاً جهت حرکت دارایی را پیش‌بینی می‌کند (لیراز، ۲۰۱۷، ص. ۷). بنابراین ازآنجاکه این معامله شبیه قمار است و شبههٔ صوری است، خلاف اصل صحت ثابت می‌شود، پس می‌توان حکم به عدم صحت آن نمود.

#### ۱ـ۲ـ تمسک به نفی ضرر

حکم حرمت معاملات اینترنتی باینری آپشن به قاعدهٔ لاضرر قابل استناد می‌باشد. یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های معاملات باینری آپشن وجود بردوباخت در آن است؛ به این صورت که در پایان هر تجارت باینری یک برنده و یک بازنده وجود دارد، برنده سود می‌کند و بازنده ضرر. در نتیجه در معاملات باینری آپشن، وقوع ضرر امری حتمی است؛ و با این توصیف لازم است این معاملات از نظر قاعدهٔ لاضرر بررسی شود تا ارتباط این قاعده با معاملات باینری آپشن روشن شود. قاعدهٔ لاضرر یکی از قواعد مشهور در مبانی فقه است که مستند این قاعده سخنی است از رسول خدا (صلی الله علیه و آله) با عنوان «لاضرر و لا ضرار» که از حدیثی با همین مضمون گرفته شده است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج. ۵، صص. ۲۹۲-۲۹۳). فقیهان در تعریف ضرر و ضرار، معانی مختلفی را ذکر کرده‌اند. گروهی ضرر را به‌معنای نقص در اموال و انفس و خلاف منفعت می‌دانند (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج. ۲، ص. ۷۱۹؛ فیومی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۳۶۰؛ خمینی، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۲۸؛ خراسانی، آخوند، ۱۴۰۹ق، ص. ۳۸۱؛ اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۵۰۳). گروهی دیگر از فقیهان، واژهٔ ضرر را به‌معنای زیان‌رساندن به دیگران تبیین کرده‌اند. لاضرر، یعنی هیچ‌کس نباید به برادرش زیان برساند و چیزی از حق او بکاهد (ابن‌اثیر، ۱۳۶۷، ج. ۳، ص. ۸۱).

---

[۱]. استفتاء از حضرات آیات گرامی؛ مکارم شیرازی؛ علوی گرگانی.

در مورد قاعدهٔ لاضرر، مهم‌ترین دلیل برای نفی ضرر و ضرار، منبع چهارم فقه یعنی عقل است. در واقع باید گفت که مدلول این قاعده جزء «مستقلات عقلیه» است که عبارت‌اند از اموری که بدون حکم شرع خود عقل به آن‌ها می‌رسد (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج. ۱، ص. ۱۳۱). اما مدارکی نیز از آیات و روایات در این راستا ذکر شده است. آیاتی که به عدم ضرر تصریح کرده از جمله آیهٔ ۲۸۲ سورهٔ بقره است که فاضل مقداد دو احتمال در مورد این آیه بیان نموده است و هر دو دلالت بر نفی ضررزدن دارد (حلّی، ۱۴۲۵ق، ج. ۲، صص. ۵۵–۵۶)؛ و روایت متواتر «لاضرر و لاضرار» که در کتب گوناگونی نقل شده که در آن به اصل قاعدهٔ لاضرر اشاره شده است به این مضمون که رسول خدا (صلی الله علیه و آله) فرمودند: لاضرر و لاضرار... (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج. ۵، صص. ۲۹۲–۲۹۳). «لا» در روایات نافیه می‌باشد اما با توجه به خصوصیاتی که در آن است ملازم با نهی است به این معنا که شارع مکلف را از ضررزدن بازمی‌دارد و بدیهی است نهی به عمل ضرری تعلق می‌گیرد منتها منشأ این نهی این است که شارع راضی به ضرر نیست و همین مطلب طبعاً ملازم با این است که خود شارع نیز حکم ضرری جعل نکرده و از دیگری نیز عمل ضرری یا حکم ضرری قبول نمی‌نماید و از آن نهی کرده است. بنابراین «لاضرر و لاضرار» بر نفی دلالت مطابقی و بر نهی دلالت التزامی دارد. بر همین مطلب احکام وضعی نیز مترتب می‌گردد. به‌هرحال نظر به اینکه روایات لاضرر از حیث نفی ضرر اطلاق دارد اختلافی نیست که شامل همهٔ امور رایج بین مردم می‌باشد و «لا» در آن ابتدا بر نفی و در مرحلهٔ بعد دلالت بر نهی می‌کند و به‌گفتهٔ عده‌ای از همان ابتدا دلالت بر نهی می‌کند (فرحی، ۱۳۹۰، ص. ۶۹۶). مضاف بر اینکه مناط مستخرج از ادلهٔ قاعده آن است که شارع راضی به ضرر نیست، زیرا مخالف مصلحت و عقل است از این رو دلالت بر حرمت ضرر به خود نیز دارد. لذا نباید تردید نمود که ضرر به نفس خود یا مال خود یا هرچیزی که متعلق به خود باشد نیز حرام است (فرحی، ۱۳۹۰، صص. ۶۹۶–۶۹۸).

در نتیجه قاعدهٔ لاضرر، حرمت ضرررساندن را بیان می‌کند، البته بسیاری در ذیل این قاعده تنها به حرمت ضرررساندن به دیگری را بیان کرده‌اند. اما به‌طورکلی «مدلول لاضرر نفی یا نهی از ضرر است، اعم از اینکه به خود باشد یا به غیر و هیچ دلیلی وجود ندارد که ضرر به خود از حکم ضرر مستثنا شده باشد و در این‌گونه موارد، اصالهٔ العموم حاکم است و عموم لاضرر شامل ضرر به خود نیز می‌باشد» (رضائی‌راد، ۱۳۸۹، ص. ۸۳). در تبیین مفاد قاعدهٔ لاضرر نظریات مختلفی وجود دارد که در هفت نظر قابل مشاهده است. جهت عدم اطالهٔ کلام صرفاً دیدگاه مختار استناد می‌شود. با استناد به نظریهٔ مختار می‌توان اذعان نمود که قاعدهٔ لاضرر در مقام بیان حکم تکلیفی بر مبنای نهی مردم از اضرار به یکدیگر و ترتب عقاب بر اعمال زیانبار نیست، بلکه مفید آن است که اولاً احکام الهی اعم از وضعی و تکلیفی بر مبنای نفی ضرر بر مردم وضع گردیده و ثانیاً چنانچه شمول قوانین و مقررات اجتماعی در موارد خاصی موجب زیان بعضی توسط بعض دیگر گردد، آن قوانین مرتفع‌اند (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج. ۱، ص. ۱۵۱). بنابراین با توجه به نظریهٔ نفی مشروعیت مطلق ضرر که متضمن احکام وضعی و تکلیفی و ضرر نوعی نیز می‌گردد، از هر ضرر و ضرررساندنی نفی شده است چه ضرر در مرحلهٔ تشریع و چه در محدودهٔ روابط اجتماعی. هر عملی که موجب ضرررساندن به غیر شود مورد تأیید شارع نخواهد بود. طبق این قاعده هر حکم تکلیفی یا وضعی

که به‌واسطهٔ آن یا موضوع آن، ضرر مالی یا بدنی متوجه خود مکلف یا غیر او را بنماید، می‌توان رفع نمود و با توجه به اینکه این قاعده اضرار به غیر را نیز در بر می‌گیرد، بنابراین در صورتی که اصل معامله موجب ضرر به دیگران شود، صحت آن معامله توسط این قاعده نفی خواهد شد.

به‌تعبیر دیگر، شرع مقدس تنها معاملاتی را تأیید می‌کند که اصل آن، اطلاق آن یا شرایطش سبب ضرر و ضرار نشود در غیر این صورت به‌وسیلهٔ ضابطهٔ نفی ضرر یا به بطلان عقل حکم شده یا با آوردن قیودی معامله را مقیّد به رعایت شرایطی می‌کند و در جایی که ضرر از وجود شرایط ناشی شده باشد، آن شرایط را الغا می‌کند (موسویان، ۱۳۹۱، ص.۹۷). بر این اساس گرچه به‌مقتضای عموماتی چون «اوفو بالعقود» اصل لفظی صحّت شرعی تمام معاملات عقلایی است، ولی به‌مقتضای قاعدهٔ لاضرر و لاضرار آن گروه از معاملات عقلایی که اصل معامله یا یکی از اوصاف معامله یا نبود شرطی در معامله منتهی به ضرر دیگری شود، از نظر شرع حرام و ضمان‌آور است. حال می‌توان گفت فعالیت‌های باینری آپشن از دو بعد فردی و اجتماعی مصداق قاعدهٔ لاضرر است: ۱- ضرر فردی؛ در باینری آپشن افراد در یک فعالیت غیرواقعی پیش‌بینی و شرط‌بندی در روند قیمت‌ها می‌کنند، در صورت عدم تحقق پیش‌بینی -که موارد آن در مجموع کم هم نیست- افراد تمام سرمایهٔ خود را از دست می‌دهند و با این کار زمینه‌ساز ضرر به خود یا دیگران می‌شوند، بنابراین از باب «مقدمهٔ حرام» حرام می‌باشد. ۲- ضرر اجتماعی؛ این ضررها از ابعاد مختلف اجتماعی، فرهنگی، سیاسی نیز از جهت رواج دشمنی و فساد در جامعه و از طرفی غیرواقعی‌بودن این معاملات در این بازار آسیب‌های جدی دارد، لذا به‌خوبی روشن است مناط حکم حرمت -مستفاد از قاعدهٔ لاضرر- در معاملات باینری آپشن موجود است، بی‌شک حکم آن نیز که حرمت و بطلان می‌باشد در این معاملات جاری می‌گردد.

### ۱-۳- تمسک به نفی عسر و حرج

واژهٔ عسر، نقیض یسر و به‌معنای سختی و دشواری است (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۵۶۳؛ قرشی، ۱۴۱۲ق، ج. ۴، ص. ۳۴۹؛ مصطفوی، ۱۴۰۲ق، ج. ۸، ص. ۱۲۵؛ ابن‌اثیر، ۱۳۶۷، ج. ۳، ص. ۲۳۵). در قرآن کریم (انشراح ۶؛ طلاق ۷) هم به همین معنا آمده است. حرج نیز در قرآن به چند معنا استعمال شده است: ضیق و تنگی (انعام ۱۲۵)؛ سختی (حج ۷۸)؛ و گناه (الفتح ۱۷). آیهٔ شریفه: «و در راه خدا چنان که شایستهٔ جهاد است، جهاد کنید؛ او شما را برگزید و بر شما در دین هیچ مشقت و سختی قرار نداد» (حج ۷۸) از مهم‌ترین مستندات قاعدهٔ نفی عسر و حرج می‌باشد. در کنار دلیل از آیات و روایات، عقل نیز دلیلی بر قاعدهٔ نفی عسر و حرج است؛ این قاعده به‌معنای نفی تنگی و مشقت است و طبیعتاً عقل آدمی طالب سختی نیست. بی‌شک اگر عسر و حرج ناشی از یک تکلیف، خارج از طاقت انسان باشد یا موجب اختلال نظام زندگی فرد و جامعه شود، به حکم عقل چنین حکمی از انسان برداشته می‌شود؛ ولی در بحث از مبنای عقلی قاعدهٔ نفی عسر و حرج، بحث از عسر و حرجی که از طاقت بشر بیرون باشد و باعث اختلال نظام زندگی باشد، به‌هیچ‌وجه مطرح نیست؛ زیرا همان‌طور که گفته شده است منظور از عسر و حرج در این قاعده، عسر و حرجی است که در محدودهٔ طاقت بشر است، اما عادتاً تحمل آن سخت است و موجب

قرارگرفتن مکلف در تنگنا و مضیقه می‌شود. بدین‌ترتیب در این موارد، دلیل عقل باید بر بیان قبح چنین تکلیفی بپردازد (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج. ۲، ص. ۸۹).

البته لازم به ذکر است که در قاعدهٔ مذکور در ناحیهٔ تشریع حکم، «عسر» نسبت به نوع ملاحظه می‌شود یعنی حال اکثر مردم میزان برای همهٔ مردم می‌باشد ولو اینکه ملاک حکم در غیر اکثر نباشد، ولی در ناحیهٔ تطبیق حکم، عسر نسبت به هر شخص با توجه به وضعیت خصوصی یا عمومی فرد او ملاحظه می‌شود، یعنی در اینجا معنا ندارد که حال اکثر مردم میزان برای همهٔ مردم باشد –البته در موارد شک اصل بر شخصی‌بودن است– بنابراین شخصی و نوعی به‌منزلهٔ کمتر و بیشتر است، همان‌طور که «یسر» مطلوب در قاعدهٔ «نفی عسر و حرج» در همهٔ موارد نوعی نیست و نیز در همهٔ موارد شخصی نیست بلکه در برخی موارد نوعی و در برخی موارد شخصی است (ر.ک، فرحی، ۱۳۹۰، ص. ۸۱۸). لذا مقتضیات قاعدهٔ «عسر و حرج» نیز در موارد تحقق «عسر» –شخصی یا نوعی– نافی معاملات باینری آپشنی است که سبب ایجاد عسر برای یک طرف است؛ زیرا برنده در تجارت باینری آپشن، پول اولیهٔ خود را به‌همراه درصد سودی که توسط کارگزار مشخص شده دریافت می‌کند اما بازنده که اغلب موارد معامله‌گر در معاملات باینری آپشن بازنده می‌شود، تمام پول خود را از دست می‌دهد. همچنین اگر در یک مورد اشتباه حساب شود و یا قیمت یکسان بماند باز معامله‌گر نوعی بازپرداخت پیدا می‌کند که در هر دو صورت بازنده، سرمایهٔ خود را از دست خواهد داد و این امر عسر و حرج به‌دنبال خواهد داشت. در این معاملات فقط کارگزار است که سود خود را در تمام شرایط خواهد داشت. بنابراین معاملات باینری آپشن مستلزم عسر و حرج برای معامله‌گر است و عسر و حرج در اسلام نفی شده است در نتیجه این نوع معامله در اسلام منهی می‌باشد.

### ۱ـ۴ـ تمسک به وجوب حفظ نظام و حرمت اخلال به آن

نظام در فقه شیعه در مواردی از آن به «بیضهٔ الاسلام» یاد شده است (نائینی، ۱۴۲۴ق، ص. ۴۰) و در مواردی «نظام» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۲۱، ص. ۴۰۴) به کار رفته است. تعدادی از علما و بزرگان بر ضرورت حکومت ادعای اجماع نموده‌اند (نجف‌آبادی، ۱۴۰۹ق، ج. ۱، ص. ۱۸۱). احکامی که راجع به حفظ نظام اسلام و دفاع از تمامیت ارضی و استقلال امت اسلام است، بر لزوم تشکیل حکومت دلالت دارد. مثلاً این حکم: «وَ أَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَ مِنْ رِباطِ الْخَيْلِ» (انفال ۶) که امر به تهیه و تدارک هر چه بیشتر نیروی مسلح و دفاعی به‌طور کلی؛ و امر به آماده‌باش و مراقبت همیشگی در دورهٔ صلح و آرامش (خمینی، ۱۴۲۳ق، ص. ۳۳) دارد. بر اساس آیات و روایات و حکم قطعی عقل می‌توان گفت یکی از ضروریات مسلم و واجبات مهم در اسلام، حفظ نظام جامعه و زندگی مردم است. لازم به ذکر است اگرچه فقیهان به‌طور مستقل دربارهٔ این قاعده بحث نکرده‌اند، ولی از سخنان آنان در موارد گوناگون به دست می‌آید که وجوب حفظ نظام جامعه، از مسلّمات فقه است و آنچه سبب برهم‌ریختن نظام زندگی و معیشت جامعه می‌شود، ممنوع است و کارهایی که برای حفظ نظام جامعه ضرورت دارد، واجب می‌باشد (باقی‌زاده و امیدی‌فرد، ۱۳۹۳، ص. ۱۶۹). در شریعت مطهّره، حفظ بیضهٔ اسلام را از اهمّ جمیع تکالیف و سلطنت اسلامیّه را از وظائف و شئون امامت مقرّر فرموده‌اند (نائینی، ۱۴۲۴ق، ص. ۳۹). اگر نظام اسلامی تشخیص دهد که عملی

شرعاً نهی صریح ندارد، اما می‌توان با توجه به مصالح موجود در جامعه، آن را تحت پوشش یکی از اعمال منهی قرار داد، در این صورت، آن عمل ممنوع است و مجازات خواهد داشت (محقق داماد، ۱۳۸۳، ج.۴، ص.۲۴۶)؛ بنابراین در مقابل اعمال حرام اعمال دیگری نیز تحقق می‌یابد که شرعاً نهی در مورد آن‌ها در شرع وارد نشده است، ولی ممکن است ارتکاب آن‌ها، مفاسد، مضررات و پیامدهای سوئی در جامعه بر جای گذارد که حکومت باید به‌منظور حفظ نظم عمومی و حقوق عامه و مصالح جامعه، از ارتکاب آن‌ها جلوگیری کند و مجازات معیّن نماید. نظام به نظامات کوچک‌تر قابل تطبیق و تعمیم است، مانند نظام اقتصادی، نظام فرهنگی، نظام اجتماعی و غیرآن از نظامات دیگر. معاملات باینری آپشن از این‌گونه افعال می‌باشد که مفاسد و پیامدهای سوء و ناخوشایند فردی و اجتماعی زیادی را در سطح جامعه ایجاد می‌نماید و به نظم اقتصادی و اجتماعی جامعه آسیب می‌رساند. در باینری آپشن، معامله‌گر افزایش یا کاهش قیمت یک دارایی را در یک دورهٔ زمانی معین پیش‌بینی می‌کند در صورت پیش‌بینی درست، کارگزار، پول را به‌علاوهٔ ٪۶۰ الی ٪۹۰ سود به معامله پرداخت می‌کند. اگر پیش‌بینی اشتباه باشد، سرمایه را از دست می‌دهد. در باینری آپشن متعاملان در برابر بازار معامله نمی‌کنند، بلکه در برابر کارگزار معامله می‌کنند. کارگزار نیاز دارد که معامله‌گر معامله را از دست بدهد، تا بتواند در این راستا سود کند. حتی اگر کارگزار پول برنده‌شده را به معامله‌گر بدهد و در حالت خوش‌بینانه منحنی قیمت و معامله را دست‌کاری نکند، می‌تواند با به‌تأخیرانداختن در پرداخت یا برداشت به‌نفع خود عمل کند و باعث شود که در بلندمدت پول معامله‌گر از دست برود. در نهایت، تعداد زیادی از مردم تمام پولی را که در این سیستم قرار داده‌اند، از دست می‌دهند؛ زیرا هرچقدر هم که در مباحث تحلیل بازارهای مالی تخصص داشته باشند، نمی‌توانند در یک بازهٔ کوتاه‌مدت قیمت را تخمین و تحلیل کنند. متعاملان با امید به کسب سود فراوان وارد این نوع معامله می‌شوند، ولی در پایان یک نفر، متضرر، ناامید و خشمگین از این معامله خارج می‌شود که این باخت، آثار ناخوشایند فردی و اجتماعی زیادی بر جای می‌گذارد. از طرف برنده نیز جز کسب سود چیز دیگری عاید نشده است؛ زیرا این معامله از معاملات معاوضی مفید اقتصادی، محسوب نمی‌شود و در واقع کالایی مبادله نمی‌شود. این نابسامانی حاصل از این معامله، منافات با نظم عمومی و مصلحت و حقوق عامهٔ مردم دارد. معاملات باینری آپشن ازآنجاکه مبتنی بر معامله و دادوستد اقتصادی معقول و سالم نمی‌باشد، ارکان نظام اقتصادی جامعه را برهم‌زده و با آثار سوء روانی که بر جای می‌گذارد مصالح جامعه را نیز به خطر می‌اندازد و باعث اخلال نظام اقتصادی و اجتماعی می‌گردد. بنابراین با توجه به وجوب حفظ نظام و حرمت اخلال در نظام، معاملات باینری آپشن مشروع نخواهد بود.

لازم به توضیح است که حفظ نظام کلی جامعه و نظام معیشت در گرو حفظ خرده‌نظام‌ها است که در حوزه‌های اجتماعی، سیاسی، فرهنگی و اقتصادی قابل تعریف‌اند که به‌نوبهٔ خود زیرمجموعه‌هایی برای آن قابل تصور و تصویر است مانند آنکه در حوزهٔ اقتصادی باید صور معاملات و تجارت از مسیر اسباب شرعی محقق گردند و شرایط لازم را داشته باشند همان‌گونه که معاملات نباید غرری باشند حال‌آنکه معاملات باینری آپشن حداقل با ملاحظهٔ «خطر عدم وجود کالا یا بهای آن در خارج»، «خطر عدم قدرت بر تسلیم کالا یا بهای آن»، «خطر در شرایط پرداخت عوض» به‌وضوح خرده‌نظام‌های ذیل حوزهٔ اقتصادی

جامعه –مانند معاملات و...– را با اخلال روبه‌رو ساخته و از مسیر صحّت خارج می‌نماید. لذا می‌توان این‌گونه معاملات را از مصادیق اعمالی دانست که در مسیر ضرورت حفظ نظام باید از آن‌ها پرهیز نمود و این پرهیز به حد وجوب است، آن‌طور که ارتکاب آن در حد حرمت می‌باشد. به‌علاوه معاملات باینری آپشن با قانون عام جاری در فقه اسلام در بخش معاملات که همانا ممنوعیت معاملات غرری است منافات دارد زیرا به‌اعتقاد فقیهان معیار قضاوت دربارهٔ غرری‌بودن معامله عرف عقلایی است؛ اگر میزان خطر و احتمال خسارت به‌اندازه‌ای باشد که وقتی عرف متوجه شود، ترتیب اثر ندهد چنین مخاطره‌ای به حساب نمی‌آید و سبب فساد معامله نمی‌شود اما اگر مخاطره به‌حدی باشد که عرف آن را بااهمیت بداند و از آن اجتناب کند چنین مخاطره‌ای موجب بطلان معامله می‌شود (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص.۹۴) و به‌خوبی روشن است که معاملات مذکور فعالیتی است که روابط طرفین و سرنوشت معامله به شانس و تصادف است به‌گونه‌ای که در صورت عدم تحقق پیش‌بینی، کل سرمایهٔ فرد از دست می‌رود، از این رو، عرف چنین خطری را به‌دلیل مخالفت با رویهٔ عقلایی هیچ‌گاه نخواهد پذیرفت و محکوم به بطلان است.

### ۱ـ۵ـ تمسک به نفی غرر

از جمله قواعدی که در استنباط احکام معاملات و ابزارهای مالی استناد می‌شود، قاعدهٔ فقهی، نفی بیع غرری به‌صورت خاص، یا «نفی غرر» به‌شکل عام است. مستند این قاعده، حدیث معروف نبوی است که در آن آمده است: «نهی النبی عن بیع الغرر» و مشهور فقیهان شیعه و اهل سنت به این حدیث عمل و در موارد ذیل از آن استفاده کرده‌اند: اشتراط قدرت بر تحویل عوضین معامله؛ اشتراط علم بر مقدار و کیفیت عوضین؛ اشتراط علم بر امور مربوط به معامله چون زمان تحویل، زمان خیار و.... (علیدوست، ۱۳۸۲، ص. ۸۹).

از حضرت علی (ع) نقل شده است که ایشان فرمودند: ان الغرر عمل ما لا یؤمن معه الغرر: غرر عملی است که شخص با انجام آن از زیان در امان نباشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۲۲، ص. ۳۸۷). فقیهان بر فساد بیع غرر ادعای اجماع نمودند و آن عبارت است از چیزی که مجهول باشد و به‌سبب آن جهالت، مشتری گول و فریب خورد (دزفولی، ۱۴۲۱ق، ص.۶۸). در اصطلاح معنای غرر، جهل به عوضین یا یکی از آن دو است (بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج. ۲، ص.۱۲۴). معاملهٔ غرری نیز با توجه به معنای لغوی عبارت است از معامله‌ای که توأم با خطر بوده و طرفین معامله با وجود چنین خطری توان سنجش سودمندی یا زیانباری معامله را ندارند. قول مشهور میان فقیهان امامیه مصادیق چنین معامله را حالتی می‌دانند که موضوع معامله مجهول یا دستیابی به آن غیرمقدور باشد (طالب‌احمدی، ۱۳۸۰، ص. ۵۳) و رفع ابهام از مورد معامله را به‌دلیل رفع غرر ضروری دانسته‌اند (موسوی بجنوری و شیرازی، ۱۳۸۷، ص. ۱۵۸). بررسی دیدگاه فقیهان، نشان‌دهندهٔ وجود سه رویکرد مختلف است. بر اساس رویکرد نخست، در معاملات غرری افراد نسبت به ماهیت معامله و ارکان عقد، دچار جهالت یا ابهام هستند. بر اساس رویکرد دوم جهالت منتهی به نزاع، به‌عنوان ملاک قاعدهٔ غرر، تعریف شده است و بر اساس رویکرد سوم، جهالت صرف کفایت نمی‌کند، بلکه ملازمهٔ آن با

احتمال خطر، که به‌معنای احتمال وقوع زیان است، مبنای قاعدهٔ نفی غرر است. همچنین خطر در این تعریف، از نوعی شبههٔ مفهومی برخوردار است (علیزاده اصل و موسویان، ۱۳۹۴، ص. ۲۹).

بر طبق این سه رویکرد باید اذعان نمود که معاملهٔ باینری آپشن، معامله‌ای غرری محسوب می‌شود. از حیث ماهیت و ارکان، معامله دارای جهالت است؛ زیرا بر طبق تعریف بیع که تملیک عین است به عوض معلوم، آن عوض در معاملهٔ باینری آپشن به دست آوردنش، معلوم نیست. محتمل است به‌سبب باختن، دارایی تحصیل نشود و سرمایهٔ اولیه نیز از بین برود یا با برنده‌شدن صاحب دارایی شود، پس برای معامله‌گر کسب عوض معلوم نیست و مجهول می‌باشد. طبق رویکرد دوم با توجه به اعمال نفوذ بروکرها و دست‌کاری نتیجه و به‌تأخیرانداختن بازپرداخت دارایی، جهالت منتهی به نزاع دور از انتظار نیست. طبق رویکرد سوم نیز، زیان در معاملات باینری آپشن بسیار بدیهی و وقوع ضرر و زیان بسیار محتمل‌تر از تحصیل مال می‌باشد. معامله‌گر در این معامله توان سنجش سودمندی یا زیانباری معامله را ندارد؛ بنابراین طبق سه رویکرد مذکور این‌چنین معامله‌ای غرری است و نهی شده؛ لذا باطل است. بی‌شک باینری آپشن معامله‌ای است که تحقق ازدست‌دادن تمامی سرمایه محتمل و عوض آن و استیفای آنچه با بیع مالک می‌شود برای خریدار معلوم نمی‌باشد، لذا معامله‌ای غرری است و صحیح نیست.

### ۲ـ قول به جواز مشروط معاملات باینری آپشن

بعضی فقیهان معاصر شیعه قائل به جواز مشروط می‌باشند و بر این عقیده‌اند که اگر این معاملات در ضمن شرایط شرعی اعم از بیع، بایع و مبیع باشد، مانعی ندارد.[۱]

قول جواز معاملات باینری آپشن به‌شرط قرارگرفتن در ضمن بیع شرعی، نقد می‌شود؛ زیرا با مداقه و تتبع در شرایط مربوط به بیع، متبایعان و عوضین، تبیین می‌گردد که معاملهٔ باینری در ضمن شرایط شرعی عقد بیع واقع نمی‌شود و در نتیجه عدم جواز آن تخریج می‌گردد.

بیع عبارت است از ایجاب و قبولی که دلالت بر نقل ملک دارد در مقابل عوض معلوم (عاملی، ۱۴۱۰ق، ج. ۳، ص. ۲۲۱). در کتب فقهی ابواب خاصی به بیع و شرایط آن اختصاص داده شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۲۲، ص. ۲۶۰). روایات بسیاری در ابواب بیع و شروط آن نیز موجود است (محدث نوری، ۱۴۰۸ق، ج. ۱۳، ص. ۲۲۹). شرایط صحت بیع عبارت است از اینکه عوضین رؤیت شوند یا وصف رافع جهالت عوضین محقق شود. قدرت تسلیم آنچه مورد خریدوفروش قرار می‌گیرد از دیگر شروط مرتبط به عوضین می‌باشد، مشتری باید بتواند تسلّم نماید یا اینکه بایع بتواند آن را تسلیم مشتری نماید؛ به عبارت دیگر، مبیع تحت تصرف خریدار قرار گیرد. البته قدرت بر تسلیم حین انعقاد عقد لازم نیست، بلکه هنگام اجرای عقد، باید بتوان آن را به تصرف مشتری درآورد. مبیع باید مالیت داشته باشد، یعنی مشروع باشد شارع آن را حرام نکرده باشد، مثلاً شراب نباشد و نیز از چیزهایی نباشد که نفعی ندارد مانند حشرات. معلوم‌بودن عوضین و قابل‌فروش‌بودن مبیع از دیگر شروط صحت می‌باشد. شرایط صحت بیع مربوط به

---

[۱]. استفتاء از حضرت آیت‌الله حیدری.

متعاقدان عبارت است از کمال (عقل، بلوغ، قصد بیع و شرا حقیقی و رضایت)، جواز تصرف و از شرایط لزوم، اختیار و مالکیت است (عاملی، ۱۴۱۰ق، ج. ۳، صص. ۲۲۶، ۲۲۹، ۲۴۶، ۲۵۳، ۲۶۴ و ۲۶۹). اگر این شرایط رعایت شود، متعاقدان می‌توانند هرگونه که در نظر دارند قرارداد میان خود را منعقد نمایند؛ مشروط بر اینکه منافاتی با شرع و قانون نداشته باشد. در قراردادها اصل بر آزادی اراده است؛ بنابراین متعاملان آزادند تا قرارداد را با شرط و شروط مورد نظر خود منعقد کنند، مگر منع قانونی موجود باشد. با توجه به این شروط باید اذعان نمود که معاملهٔ باینری آپشن ازآنجاکه شبیه قمار است، منع شرعی و قانونی دارد. همچنین معاملهٔ باینری آپشن در چارچوب تعریف بیع که تملیک عین است به عوض معلوم واقع نمی‌گردد، زیرا کالا و عینی در این معامله به ملکیت دیگری درنمی‌آید. در این تجارت، هیچ نقل‌وانتقال دارایی صورت نمی‌گیرد و فرد مالک دارایی نمی‌شود؛ بلکه فقط روند حرکت قیمت دارایی پیش‌بینی می‌شود و در صورت پیش‌بینی صحیح، فرد سود کرده و در غیر این صورت ضرر می‌کند. به عبارت دیگر به نظر می‌رسد که بیع صوری است و با ماهیت بیع واقعی تطابق ندارد. لذا بعضی معاملهٔ باینری را شرعاً صحیح نمی‌دانند و بر این عقیده‌اند که کسب درآمد از این طریق جایز نیست و این نوع محاسبات به قمار شبیه است و شبههٔ صوری‌بودن معاملات در آن وجود دارد،[۱] و نیز در روایت آمده است: عَوَالِی اللاَّلِی، عَنِ النَّبِیِّ (ص) أَنَّهُ قَالَ: کلُّ مَبِیعٍ تَلِفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَائِعِهِ: حضرت رسول (ص) فرمودند: هر مبیعی که قبل از قبض مشتری تلف شود، پس آن از مال فروشندهٔ آن می‌باشد (محدث نوری، ۱۴۰۸ق، ج. ۱۳، ص. ۳۰۳). بعضی فقیهان در معامله قبض و اقباض را از شرایط صحت معامله می‌دانند، بنابراین معاملهٔ باینری آپشن را صحیح نمی‌دانند، زیرا قبض و اقباض که از شرایط صحت معامله است در آن لحاظ نشده است.[۲] با توجه به ادلهٔ مذکور قول به عدم جواز بیع باینری آپشن از اتقان بیشتری برخوردار است.

## نتیجه‌گیری

باینری آپشن یکی از انواع فعالیت‌های تجاری اینترنتی است که می‌توان در بازارهای مالی بین‌المللی تجارت نمود. در معاملهٔ باینری آپشن قیمت دارایی مورد معامله پیش‌بینی می‌شود. معامله‌گر در یکی از کارگزاری‌هایی که واسطهٔ طرفین معامله و دارای درصد سود مشخص است، اقدام به ایجاد حساب می‌کند و مبلغی را به‌عنوان سرمایهٔ اولیه، وارد حساب خود می‌نماید. معامله‌گر بر اساس تحلیلی از نوسانات قیمت، در یک محدودهٔ زمانی مشخص، قیمت آتی یک دارایی، اعم از ارز، سهام و کالا را پیش‌بینی می‌کند. در ازای پیش‌بینی صحیح اصل سرمایه و درصد سود معین‌شده را دریافت و در غیر این صورت تمام سرمایهٔ اولیه را از دست می‌دهد و کارگزار در هر صورت به درصد سود تعیین‌شدهٔ خود، دست خواهد یافت.

با تتبع در آراء چندی از فقیهان معاصر از طریق استفتا، دو دیدگاه در حکم معاملات باینری آپشن موجود است. گروهی از فقیهان معاصر شیعه، معاملهٔ باینری آپشن را جایز نمی‌دانند و بر این عقیده‌اند که این معاملات وجاهت شرعی ندارد و جایز نیست؛ بنابراین معامله و کسب درآمد از این طریق اشکال دارد

---

[۱]. استفتاء از حضرت آیت‌الله علوی گرگانی.

[۲]. استفتاء از حضرت آیت‌الله محقق کابلی.

و درآمد حاصل از این عمل را مالک نمی‌شود. البته برخی از پیروان این نظر بر این باورند که غالباً این معاملات وجه شرعی ندارد، ولی اگر مستلزم ربا نباشد، گناه نیست. طبق دیدگاه دوم، این‌گونه معاملات در صورتی که در ضمن شرایط شرعی اعم از بیع، بایع و مبیع قرار گیرد، مانعی ندارد. با تعمق در مبانی فقه شیعه، قول به عدم جواز معاملات باینری آپشن از اتقان بیشتری برخوردار است. با استناد به آیات ۲۱۶ بقره، ۹۱ مائده، ۲۹ نساء و سنت، از جمله روایت صحیحهٔ معمربن خلاد و اسباط بن سالم که دال بر حرمت قمار است، معاملات باینری آپشن به‌سبب قمار و شبههٔ قماربودن، جایز نمی‌باشد. همچنین فعالیت‌های باینری آپشن از دو بعد فردی و اجتماعی مصداق قاعدهٔ لاضرر است. مناط حکم حرمت –مستفاد از قاعدهٔ لاضرر– در معاملات باینری آپشن موجود است، بی‌شک حکم آن نیز که حرمت و بطلان می‌باشد در این معاملات جاری می‌گردد. مقتضیات قاعدهٔ «عسر و حرج» نیز در موارد تحقق «عسر» –شخصی یا نوعی– نافی معاملات باینری آپشنی است که سبب ایجاد عسر برای یک طرف است. معاملات باینری آپشن با ملاحظهٔ «خطر عدم وجود کالا یا بهای آن در خارج»، «خطر عدم قدرت بر تسلیم کالا یا بهای آن»، «خطر در شرایط پرداخت عوض» به‌وضوح خرده‌نظام‌های ذیل حوزهٔ اقتصادی جامعه –مانند معاملات و...– را با اخلال روبه‌رو ساخته و از مسیر صحّت خارج می‌نماید، لذا می‌توان این‌گونه معاملات را از مصادیق اعمالی دانست که در مسیر ضرورت حفظ نظام باید از آن‌ها پرهیز نمود و این پرهیز به حد وجوب بوده، آن‌طور که اعمال آن در حد حرمت می‌باشد. باینری آپشن معامله‌ای است که ازدست‌دادن تمامی سرمایه در آن محتمل است و عوض آن و استیفای آنچه با بیع مالک می‌شود، برای خریدار معلوم نمی‌باشد. لذا معامله‌ای غرری است و صحیح نمی‌باشد. مضاف بر اینکه عدم تطابق شرایط صحت بیع بر آن حکم به عدم جواز معاملات باینری آپشن را تقویت می‌نماید.

پیشنهاد می‌شود این نوع معاملات نوپدید، که به‌جهت جهالت معامله‌گران متضمن آسیب‌های فردی و اجتماعی است، به‌منظور پیشگیری از ضررهای اقتصادی متحمل بر جامعه، به‌درستی تبیین شود و قوانین حقوقی و جزائی متقن در راستای ممانعت از تحقق این‌گونه معاملات حرام، تقنین گردد.

## منابع


ابن‌اثیر، مبارک بن محمد. (۱۳۶۷). *النهایة فی غریب الحدیث و الأثر*. قم: مؤسسهٔ مطبوعاتی اسماعیلیان.

ابن‌منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۰۴ق). *لسان العرب* (چاپ سوم). بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.

آریان‌پور، منوچهر. (۱۳۸۷). *فرهنگ همراه پیشرو آریان‌پور* (چاپ شصت‌وسوم). تهران: نشر الکترونیکی و اطلاع‌رسانی جهان رایانه.

اصفهانی، حسین بن محمد راغب. (۱۴۱۲ق). *مفردات ألفاظ القرآن*. بیروت: دارالعلم.

اکبرینه، پروین و محمودزاده، فریبا. (۱۳۹۵). قراردادهای الکترونیکی. *کنگرهٔ بین‌المللی علوم اسلامی، علوم انسانی*. تهران.

باقی‌زاده، محمدجواد و امیدی‌فرد، عبدالله. (۱۳۹۳). ضرورت حفظ نظام و منع اختلال در آن در فقه امامیه. *فصلنامهٔ شیعه‌شناسی*، سال ۱۲، (۴۷).

بجنوردی، سید محمد. (۱۴۰۱ق). *قواعد فقهیه* (چاپ سوم). تهران: مؤسسهٔ عروج.

بستانی، فواد افرام. (۱۳۷۵). *فرهنگ ابجدی* (چاپ دوم). تهران: اسلامی.

جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). *الصحاح*. بیروت: دارالعلم للملایین.

حائری، سید علی بن محمد. (بی‌تا). *ریاض المسائل*. قم: مؤسسهٔ آل البیت (ع).

حلّی، مقداد بن عبدالله. (۱۴۲۵ق). *کنز العرفان فی فقه القرآن*. قم: انتشارات مرتضوی.

خراسانی، آخوند محمدکاظم بن حسین. (۱۴۰۹ق). *قاعدة الضرر و الاجتهاد و التقلید*. قم: مؤسسهٔ آل البیت (ع).

خمینی، سید روح‌الله موسوی. (۱۴۱۵ق). *المکاسب المحرمة*. قم: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

خمینی، سید روح‌الله موسوی. (۱۴۲۳ق). *ولایت فقیه* (چاپ دوازدهم). تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

خمینی، سید روح‌الله موسوی. (بی‌تا). *القواعد الفقهیة و الاجتهاد و التقلید*. قم: مؤسسهٔ مطبوعاتی اسماعیلیان.

خوانساری، سید احمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق). *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع* (چاپ دوم). قم: مؤسسهٔ اسماعیلیان.

خویی، سید ابوالقاسم موسوی. (بی‌تا). *مصباح الفقاهة*.

دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری. (۱۴۱۱ق). *کتاب المکاسب*. قم: منشورات دارالذخائر.

دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری. (۱۴۲۱ق). *صیغ العقود و الایقاعات*. قم: مجمع اندیشهٔ اسلامی.

رضائی‌راد، عبدالحسین. (۱۳۸۹). گستره کارآمدی قاعده فقهی لاضرر. *حقوق: حقوق اسلامی*، (۲۵).

السان، مصطفی. (۱۳۸۵). ایجاب و قبول معاملات الکترونیکی. *حقوق: تحقیقات حقوق*، (۴۳).

سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). *مهذّب الأحکام* (چاپ چهارم). قم: مؤسسهٔ المنار.

صفا، احمدرضا و افشار، مهدی. (۱۴۰۰). بررسی فقهی و حقوقی فعالیت باینری آپشن. *فصلنامهٔ علمی اقتصاد اسلامی*، (۸۲).

طالب‌احمدی، حبیب. (۱۳۸۰). تأثیر غرر در معاملات. *مجلهٔ علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز*، دورهٔ ۱۷، (۱).

طریحی، فخرالدین بن محمد. (۱۳۷۵). *مجمع البحرین* (چاپ سوم). تهران: مرتضوی.

عاملی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. قم: کتاب‌فروشی داوری.

علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۸۲). قاعده نفی غرر در معاملات. *اقتصاد اسلامی*، دورهٔ ۳، (۹).

علیزاده اصل، محمد و موسویان، سید عباس. (۱۳۹۴). بررسی ضابطه غرر در معاملات جدید. *دوفصلنامهٔ علمی پژوهشی تحقیقات مالی اسلامی*، سال ۵، (۱).

فرحی، سید علی. (۱۳۹۰). *تحقیق در قواعد فقهی اسلام*. تهران: دانشگاه امام صادق (ع).

فیروزآبادی، محمد بن یعقوب. (۱۴۱۵ق). *القاموس المحیط*. بیروت: دارالکتب العلمیة.
فیومی، احمد بن محمد مقری. (بی‌تا). *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی*. قم: منشورات دارالرضی.
قرشی، سید علی‌اکبر. (۱۴۱۲ق). *قاموس قرآن* (چاپ ششم). تهران: دارالکتب الاسلامیة.
قلی‌زاده، احد. (۱۳۸۶). تحلیل بر انعقاد الکترونیکی معاملات. *پژوهشنامهٔ بازرگانی*، (۴۲).
قمّی، سید صادق حسینی روحانی. (۱۴۱۲ق). *فقه الصادق علیه السلام*. قم: دارالکتاب.
کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). *الکافی* (چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الاسلامیه.
محدث نوری، میرزا حسین. (۱۴۰۸ق). *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*. بیروت: مؤسسهٔ آل البیت (ع).
محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۰۶ق). *قواعد فقه* (چاپ دوازدهم). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۳). *قواعد فقه بخش جزایی* (چاپ دهم). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
مصطفوی، حسن. (۱۴۰۲ق). *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*. تهران: مرکز الکتاب للترجمة و النشر.
موسوی بجنوری، سید محمد و شیرازی، محمدرضا. (۱۳۸۷). ابهام و لزوم رفع ابهام آن از مورد معامله. *فقه و مبانی حقوق*، سال ۴، (۱۳).
موسویان، سیّد عباس. (۱۳۹۱). *بازار سرمایهٔ اسلامی (۱)*. تهران: انتشارات پژوهشکدهٔ فرهنگ و اندیشهٔ اسلامی.
نائینی، میرزا محمدحسین غروی. (۱۴۲۴ق). *تنبیه الأمة و تنزیه الملة*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیه.
نجف‌آبادی، حسین‌علی منتظری. (۱۴۰۹ق). *مبانی فقهی حکومت اسلامی*. (محمود صلواتی و شکوری، مترجمان). قم: مؤسسهٔ کیهان.
نراقی، احمد. (۱۴۱۷ق). *عوائد الایام*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیهٔ قم.
نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام* (چاپ هفتم). بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
واسطی، سید محمدمتضی حسینی. (۱۴۱۴ق). *تاج العروس من جواهر القاموس*. بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.

## References

Ibn Athīr, Mubārak ibn Muḥammad. (1367 Sh. / 1988 AD). *Al-Nihāyah fī Gharīb al-Ḥadīth wa al-Athar* [The End in the Rare Hadith and Narrations]. Qom: Muʾassasat Maṭbūʿāt Ismāʿīlīyān. (in Persian)

Ibn Manẓūr, Muḥammad ibn Mukarram. (1404 AH / 1983 AD). *Lisān al-ʿArab* (3rd ed.). Beirut: Dār al-Fikr li al-Ṭibāʿah wa al-Nashr wa al-Tawzīʿ.

Āryān-pūr, Manūchehr. (1387 Sh. / 2008 AD). *Farhang Hamrāh Pīshrū Āryān-pūr* (63rd ed.) [Āryān-pūr's Preceding Pocket Dictionary]. Tehran: Nashr Elektronīkī va Iṭṭilāʿ Rasānī Jahān-e Rāyāneh. (in Persian)

Isfahānī, Ḥusayn ibn Muḥammad Rāghib. (1412 AH / 1991 AD). *Mufradāt Alfāẓ al-Qurʾān* [Vocabulary of the Qurʾān]. Beirut: Dār al-ʿIlm. (in Persian)

Akbarīneh, Parvin and Maḥmūdzādeh, Farībā. (1395 Sh. / 2016 AD). *Qarārdādhā-ye Elektronīkī* [Electronic Contracts]. International Congress on Islamic Sciences and Humanities, Tehran. (in Persian)

Bāqīzādeh, Muḥammad Jawād and Omīdī-fard, ʿAbdullāh. (1393 Sh. / 2014 AD). "Ṣurūrat Ḥifẓ Nizām wa Manʿ Ikhtilāl dar Ān dar Fiqh al-Imāmiyyah" [The Necessity of Preserving the System and Preventing its Disruption in Imāmī Jurisprudence]. *Faslnāmah Shīʿah Shenāsī*, 12(47). (in Persian)

Bojnūrdī, Sayyid Muḥammad. (1401 AH / 1981 AD). *Qawāʿid Fiqhiyyah* (3rd ed.) [Jurisprudential Rules]. Tehran: Muʾassasat ʿUrūj. (in Persian)

Bustānī, Fawwād Ifrām. (1375 Sh. / 1996 AD). *Farhang Abjadī* (2nd ed.) [Alphabetical Dictionary]. Tehran: Islāmī. (in Persian)

Jawharī, Ismāʿīl ibn Ḥammād. (1410 AH / 1990 AD). *Al-Ṣiḥāḥ* [The Correct]. Beirut: Dār al-ʿIlm lil-Malāyīn.

Ḥāʾerī, Sayyid ʿAlī ibn Muḥammad. (n.d.). *Riyāḍ al-Masāʾil* [Gardens of Legal Issues]. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt. (in Persian)

Ḥillī, Miqdād ibn ʿAbdullāh. (1425 AH / 2004 AD). *Kanz al-ʿIrfān fī Fiqh al-Qurʾān* [The Treasury of Knowledge in the Jurisprudence of the Qurʾān]. Qom: Intishārāt Murtawī. (in Persian)

Khorāsānī, Ākhund Muḥammad Kāẓim ibn Ḥusayn. (1409 AH / 1988 AD). *Qāʿidat al-Ḍarar wa al-Ijtihād wa al-Taqlīd* [The Rule of Harm, Jurisprudential Reasoning, and Following]. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt. (in Persian)

Khomeinī, Sayyid Rūḥullāh Mūsawī. (1415 AH / 1994 AD). *Al-Makāsib al-Muḥramah* [The Forbidden Gains]. Qom: Muʾassasat Tanzīm wa Nashr Āthār Imām Khomeinī. (in Persian)

Khomeinī, Sayyid Rūḥullāh Mūsawī. (1423 AH / 2002 AD). *Wilāyat al-Faqīh* (12th ed.) [The Guardianship of the Jurist]. Tehran: Muʾassasat Tanzīm wa Nashr Āthār Imām Khomeinī. (in Persian)

Khomeinī, Sayyid Rūḥullāh Mūsawī. (n.d.). *Al-Qawāʿid al-Fiqhiyyah wa al-Ijtihād wa al-Taqlīd* [Jurisprudential Rules, Reasoning, and Following]. Qom: Muʾassasat Maṭbūʿāt Ismāʿīlīyān. (in Persian)

Khuwānsārī, Sayyid Aḥmad ibn Yūsuf. (1405 AH / 1985 AD). *Jāmiʿ al-Madārik fī Sharḥ Mukhtaṣar al-Nāfiʿ* (2nd ed.) [The Comprehensive Grasp in the Commentary on The Beneficial Summary]. Qom: Muʾassasat Ismāʿīlīyān. (in Persian)

Khūyī, Sayyid Abū al-Qāsim Mūsawī. (n.d.). *Miṣbāḥ al-Fiqhah* [Lamp of Jurisprudence]. (in Persian)

Duzfulī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn Anṣārī. (1411 AH / 1991 AD). *Kitāb al-Makāsib* [The Book of Gains]. Qom: Mansūrāt Dār al-Dhakāʾir. (in Persian)

Duzfulī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn Anṣārī. (1421 AH / 2001 AD). *Ṣīgh al-ʿUqūd wa al-Aywāqāt* [Forms of Contracts and Occasions]. Qom: Majmaʿ Andīshah Islāmī. (in Persian)

Riẓāʾī-Rād, ʿAbd al-Ḥusayn. (1389 Sh. / 2010 AD). "Gostaresh-e Kārāmandī-e Qāʿidah-ye Fiqhī-ye Lāḍarar" [The Scope of Efficiency of the Rule of No Harm]. *Ḥuqūq: Ḥuqūq-e Islāmī*, (25). (in Persian)

Alsān, Muṣṭafā. (1385 Sh. / 2006 AD). "Ijāb wa Qabūl-e Muʿāmalāt-e Elektronīkī" [Offer and Acceptance of Electronic Transactions]. *Ḥuqūq: Taḥqīqāt-e Ḥuqūq*, (43). (in Persian)

Sabzawārī, Sayyid ʿAbd al-ʿAlī. (1413 AH / 1992 AD). *Muhadhdhab al-Aḥkām* (4th ed.) [Clarified Legal Rules]. Qom: Muʾassasat al-Manār. (in Persian)

Ṣafā, Aḥmad Riẓā, and Afshār, Mahdī. (1400 AH / 2019 AD). "Barrasi Fiqhī wa Ḥuqūqī-e Faʿāliyat-e Bāynarī Āpśan" [Jurisprudential and Legal Study of Binary Option Activities]. *Faslnāmah-ye ʿElmī-ye Iqtiṣād Islāmī*, (82). (in Persian)

Ṭāleb-Aḥmadī, Ḥabīb. (1380 Sh. / 2001 AD). "Taʾthīr-e Gharar dar Muʿāmalāt" [The Effect of Uncertainty in Transactions]. *Majallah ʿUlūm Ijtimāʿī va Insānī* [Journal of Social and Human Sciences], 17(1). (in Persian)

Ṭurayḥī, Fakhr al-Dīn ibn Muḥammad. (1375 Sh. / 1996 AD). *Majmaʿ al-Baḥrayn* (3rd ed.) [The Assembly of the Two Seas]. Tehran: Murtawī. (in Persian)

ʿĀmilī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. (1410 AH / 1990 AD). *Al-Rawḍah al-Bahiyyah fī Sharḥ al-Lumaʿah al-Dimashqiyyah* [The Radiant Garden in the Commentary on the Luminous Light of Damascus]. Qom: Kitābfurūshī Dāwurī. (in Persian)

ʿAlīdūst, Abū al-Qāsim. (1382 Sh. / 2003 AD). "Qāʿidah Nafī Gharar dar Muʿāmalāt" [The Rule of Negating Uncertainty in Transactions]. *Iqtiṣād Islāmī*, 3(9). (in Persian)

ʿAlīzādah Aṣl, Muḥammad, and Mūsavīyān, Sayyid ʿAbbās. (1394 Sh. / 2015 AD). "Barrasī Ḍābiṭah-ye Gharar dar Muʿāmalāt Jadīd" [Study of the Rule of Uncertainty in New Transactions]. *Do Faslnāmah-ye ʿElmī Pužūhishī-ye Taḥqīqāt-e Mālī-ye Islāmī*, 5(1). (in Persian)

Farraḥī, Sayyid ʿAlī. (1390 Sh. / 2011 AD). *Taḥqīq dar Qawāʿid Fiqhī Islām* [Research on Jurisprudential Rules of Islam]. Tehran: Imām Ṣādiq University. (in Persian)

Fayrūzābādī, Muḥammad ibn Yaʿqūb. (1415 AH / 1995 AD). *Al-Qāmūs al-Muḥīṭ* [The Comprehensive Dictionary]. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah. (in Persian)

Fayyūmī, Aḥmad ibn Muḥammad Maqrī. (n.d.). *Al-Miṣbāḥ al-Munīr fī Gharīb al-Sharḥ al-Kabīr li al-Rāfiʿī* [The Illuminating Lamp on the Difficult Terms of the Great Commentary of al-Rāfiʿī]. Qom: Manšūrāt Dār al-Riḍā. (in Persian)

Qurashī, Sayyid ʿAlī Akbar. (1412 AH / 1992 AD). *Qāmūs al-Qurʾān* (6th ed.) [The Qurʾānic Dictionary]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Persian)

Qolīzādeh, Aḥad. (1386 Sh. / 2007 AD). "Taḥlīl bar Enqād-e Elektronīkī-e Muʿāmalāt" [Analysis on the Formation of Electronic Transactions]. *Pazhūhnāmah-ye Bāzargānī* [Commercial Research Magazine], (42). (in Persian)

Qummī, Sayyid Ṣādiq Ḥusaynī Rūḥānī. (1412 AH / 1992 AD). *Fiqh al-Ṣādiq ʿAlayhi al-Salām*. Qom: Dār al-Kitāb. (in Persian)

Kulaynī, Muḥammad ibn Yaʿqūb. (1407 AH / 1987 AD). *Al-Kāfī* (4th ed.). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Persian)

Muḥaddith Nūrī, Mīrzā Ḥusayn. (1408 AH / 1987 AD). *Mustadrak al-Wasāʾil wa Mustanbiṭ al-Masāʾil* [The Supplement to the Means and the Formulated Issues]. Beirut: Muʾassasat Āl al-Bayt. (in Persian)

Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. (1406 AH / 1986 AD). *Qawāʿid Fiqh* (12th ed.) [Principles of Jurisprudence]. Tehran: Markaz Nashr ʿUlūm Islāmī. (in Persian)

Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. (1383 Sh. / 2004 AD). *Qawāʿid Fiqh: Qism-i Jazāʾī* (10th ed.) [Jurisprudential Rules: Penal Section]. Tehran: Markaz Nashr ʿUlūm Islāmī. (in Persian)

Muṣṭafawī, Ḥasan. (1402 AH / 1982 AD). *Al-Taḥqīq fī Kalimāt al-Qurʾān al-Karīm* [Investigation into the Words of the Noble Qurʾān]. Tehran: Markaz al-Kitāb lil-Tarjamah wa al-Nashr. (in Persian)

Mūsawī Bojnūrī, Sayyid Muḥammad and Shīrāzī, Muḥammad Riḍā. (1387 Sh. / 2008 AD). "Ibhām wa Lazūm Rafʿ Ibhām Ān az Mawdūʿ al-Muʿāmalah" [Ambiguity and Necessity of Its Removal from Subject of Transactions]. *Fiqh wa Mabānī-ye Ḥuqūq*, 4(13). (in Persian)

Mūsavīyān, Sayyid ʿAbbās. (1391 Sh. / 2012 AD). *Bāzār Sarma-yah-ye Islāmī* [Islamic Capital Market], vol. 1. Tehran: Intishārāt Pužūhishkadah Farhang wa Andīshah Islāmī. (in Persian)

Nāʾīnī, Mīrzā Muḥammad Ḥusayn Gharawī. (1424 AH / 2003 AD). *Tanbīh al-Ummah wa Tanzīh al-Millah* [Warning to the Nation and Purification of the Community]. Qom: Intishārāt Daftar Tablīghāt Islāmī Ḥawzah ʿIlmiyyah. (in Persian)

Najafābādī, Ḥusayn-ʿAlī Muntaẓarī. (1409 AH / 1989 AD). *Mabānī Fiqhī Hukūmat Islāmī* [Jurisprudential Foundations of Islamic Government]. Translated by Maḥmūd Ṣalawātī and Shakūrī. Qom: Muʾassasat Kīyān. (in Persian)

Narāqī, Aḥmad. (1417 AH / 1996 AD). *ʿAwāʾid al-Ayyām* [Benefits of the Days]. Qom: Intishārāt Daftar Tablīghāt Islāmī Ḥawzah ʿIlmiyyah. (in Persian)

Najafī, Muḥammad Ḥasan. (1404 AH / 1984 AD). *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāʾiʿ al-Islām* (7th ed.) [Jewels of Discourse in the Explanation of Islamic Laws]. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Persian)

Wāsiṭī, Sayyid Muḥammad Muṭaḍḍī Ḥusaynī. (1414 AH / 1994 AD). *Tāj al-ʿArūs min Jawāhir al-Qāmūs* [The Bride's Crown from the Jewels of the Lexicon]. Beirut: Dār al-Fikr li al-Ṭibāʿah wa al-Nashr wa al-Tawzīʿ. (in Persian)

Cofnas, A. (2011). *Trading Binary Options*. John Wiley & Sons.

Liraz, M. (2017). *How to Trade Binary Options Successfully*. Liraz.

Nekritin, A. (2012). *Binary Options*. John Wiley & Sons.

Williams, T. (2014). *How To Make Serious Money with Binary Options: Things You Need to Know Before You Start Trading Binary Options*. CreateSpace Independent Publishing Platform.

Studies of Islamic Jurisprudence and the Basis of Law
Online ISSN: 2783-0837 Print ISSN: 2783-2368
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# A Critical Examination of the View that Bank Deposits Constitute a Wadīʿah or a Qarḍ

**Muhammad Husayn Ahmadi**[1], and **Hassanali Akhlaqi Amiri**[2]

1. *Corresponding Author*, PhD Student, Department of Law and Islamic Sciences, Al-Mustafa International University, Khorasan Branch, Mashhad, Iran. Email: mohamad_ahmadi@miu.ac.ir
2. Assistant Professor, Department of Law, Al-Mustafa International University, Khorasan Branch, Mashhad, Iran. Email: hasanali_akhlaghi@miu.ac.ir

**Article Info**

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received
28 June 2023
Received in revised form
06 August 2023
Accepted
11 September 2023
Available online
22 June 2025

***Keywords:***
bank,
wadīʿah,
qard,
deposit-making,
fiqh

**ABSTRACT**

Regarding the reality of deposit-making, particularly interest-bearing deposits in banks, various viewpoints have been proposed, such as wadīʿah, qarḍ, muḍārabah, wakālah, and being a new contract. Undoubtedly, the Sharīʿah and legal rulings and conditions thereof will also differ based on each of the aforementioned transactions. One of the longstanding opinions is that deposit-making in banks constitutes wadīʿah, while in contrast, the prevailing opinion among jurists and legal scholars is that deposits constitute qarḍ. The most important implication of deposits being qarḍ is the application of the prohibition of ribā qarḍī with respect to receiving interest in this type of banking transaction. In this article, employing an analytical-descriptive method, after elucidating some necessary concepts, the two viewpoints of deposit-making as wadīʿah and as qarḍ are examined, evaluated, and critiqued. The most important finding of this research is that deposit-making in banks is not a wadīʿah contract. Furthermore, although deposit-making in banks as qarḍ is the common viewpoint, it is not established with certainty. Consequently, the implications and rulings of these two fiqhī titles do not apply to deposit-making. Of course, it is evident that the general conditions and regulations of transactions must be observed in these cases.

**Cite this article:** Ahmadi, M. H., & Akhlaqi Amiri, H. (2025). A Critical Examination of the View that Bank Deposits Constitute a Wadīʿah or a Qarḍ. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law, 19*(1), 91-116. http//doi.org/10.22034/fvh.2023.16344.1795

© The Author(s). Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: http//doi.org/10.22034/fvh.2023.16344.1795

## Introduction

Various perspectives have been proposed regarding the nature of the deposit contract, particularly for interest-bearing deposits in banks and financial institutions. Some, due to the historical background and title of this transaction, have described the contract in question as an instance of ***wadīʿah*** (safekeeping or deposit) and a type of entrustment. A second group, based on the depository's permission to use the deposited funds, has considered the nature of this transaction to be an ***ʿāriyah*** (commodate loan). Another group, because the bank and the owners of the financial institution act as guarantors for the deposited money, views the reality of this contract as a ***tamlīk*** (transfer of ownership) of property in exchange for a guarantee for it, i.e., a ***qarḍ*** (loan). A fourth group, due to the mutual benefit of the principal owner and the agent from the profits of banking transactions with these funds, has regarded the essential nature of this contract as a form of ***muḍārabah*** (profit-sharing partnership). Fifth and sixth groups, citing issues of incomplete correspondence between the aforementioned transactions and the act of depositing, as well as real or claimed similarities of depositing with ***wakālah*** (agency) and ***mushārakah*** (partnership), have defined this banking transaction as a form of agency by the bank on behalf of the money's owner or as a type of partnership contract. Of course, in the statements and writings of some researchers, the deposit is considered a new and emergent contract born and developed within the context of banking.

Undoubtedly, the conditions, religious and legal rulings (***aḥkām sharʿī wa ḥuqūqī***), and the effects consequent upon the act of depositing will differ based on its inclusion within any of the aforementioned transactions. For instance, one of the established views is that depositing in banks constitutes a *wadīʿah*, while the prevailing view among jurists (***fuqahāʾ***) and legal scholars is that deposits are a form of *qarḍ*. Certainly, if this transaction were a *wadīʿah*, then in addition to the general conditions for contracts, all the specific conditions, rulings, and effects of a *wadīʿah* would have to be applied to the deposits. Similarly, if this transaction is an instance of *qarḍ*, then all the conditions, rulings, and effects of a *qarḍ* must be imposed upon it.

## Methodology

In this article, which has been prepared using an **analytical-descriptive method**, reference has been made to books, articles, and the opinions of *fuqahāʾ* regarding the nature of deposits and their religious and legal rulings and effects. Attention has been primarily given to the perspectives and statements of those with extensive and profound studies in both economic issues, particularly banking, and Islamic jurisprudence (***fiqh***). After a detailed study of the opinions of great jurists and experts in banking and *fiqh* in this field, two long-standing and prominent viewpoints—namely, that of the

deposit being a *wadīʿah* and a *qarḍ*—have been extracted, examined, evaluated, and critiqued.

**3. Research Findings**

Some believe that the act of depositing, as its name suggests, is a ***wadīʿah***. In this contract, the owner places their money in the bank as a trust (***amānat***) to be withdrawn and used at an appropriate time.

One of the objections to this theory is that "the characteristics of a *wadīʿah* do not apply to cash deposits":

In a *wadīʿah*, there is **no transfer of ownership** (*tamlīk*); rather, it is an agency for the preservation of property. The depository does not have the right to use the deposited item. The depository is responsible for preserving and returning the exact item (***ʿayn***). In the absence of transgression (***taʿaddī***) or negligence (***tafrīṭ***), the depository is not a guarantor (***ḍāmin***) for the property.

However, the features of a cash deposit are as follows: the bank has the **right to use the deposit** in any manner; the bank is not obligated to preserve the exact deposited funds but can instead pay its equivalent from other funds; after the deposit operation, the bank is not only a guarantor for the deposit but, in the case of savings and time deposits, is also obligated to pay profit.

Therefore, the characteristics of a *wadīʿah* and a cash deposit are inconsistent, and the aforementioned theory is rejected.

The most significant argument for the deposit being a ***qarḍ*** can be presented in the form of a logical syllogism (***qiyās manṭiqī***). This syllogism consists of two premises:

**First Premise (*ṣughrá*)**: The act of depositing is the transfer of ownership (*tamlīk*) of money to the bank, in exchange for the bank's guarantee (*ḍamān*) to pay its equivalent to the customer.

**Second Premise (*kubrá*)**: Any transfer of ownership of property to another, in exchange for their guarantee to repay that property, is a *qarḍ*.

Apparently, proving the second premise requires no argument, as *qarḍ* is defined in *fiqh* as "***tamlīk al-māl li-ākhar bi-l-ḍamān***" (the transfer of ownership of property to another with a guarantee).

However, to prove the first premise, evidence has been put forward, all of which is open to critique. Here, one of those pieces of evidence and its critique is presented as an example. To study the rest and their critiques, refer to the original article.

**First Evidence for the Minor Premise (ṣughrá) and its Critique**

The deposit agreement, in the common understanding of rational people (***irtikāz ʿurf wa ʿuqalāʾ***), has the nature of a *qarḍ*. From their perspective, the deposit is transferred in ownership to the bank, and the bank is obligated to return its equivalent.

Regarding the critique of this view and the presumed common understanding of ownership transfer, it can be said: this claim is made while others believe that the various types of bank deposits are not, in essence, a

transfer of ownership or a *qarḍ*. According to one view, in a current account, the principal of the money remains the property of the owner, and the bank only has the right to use the deposit, on the condition that its equivalent is paid upon the customer's demand. According to another, in the public perception, current and savings accounts are more akin to a trust (***amānat***) than a loan.

However, in the case of interest-bearing time deposits, from the perspective of banking custom and customers, the principal of the money also remains the property of the owner, and the bank may use the deposit in profitable economic transactions. Therefore, it is not permissible for the bank to spend these funds on charitable and non-profitable matters. Whereas, if it were the bank's property, it could spend it wherever it wished.

Some have expressed that if the customer provides the money to the bank with the intention of profiting from it, even if the bank determines the profit rate, this contract falls within the category of a religiously valid profit-sharing partnership (***muḍārabah sharʿiyyah***). But according to others, applying the concept of absolute agency (***wakālah muṭlaqah***) to most bank transactions is preferable to using titles such as *muḍārabah* and others.

## Conclusion

The classification of the deposit contract as either a ***wadīʿah*** or a ***qarḍ*** is not established, and all the evidence presented for this contract being a *wadīʿah* or a *qarḍ* is flawed and unconvincing. Based on them, the subject of a religious ruling cannot be proven. Consequently, the specific rulings and effects of *wadīʿah* and *qarḍ*—such as the obligation to preserve the exact property (*ʿayn*) and the prohibition of benefiting from a *wadīʿah*, and the prohibition of usury in a loan (***ribā qarḍī***) for receiving profit—do not apply to this customary and rational agreement. Of course, the general conditions and regulations of transactions must be observed.

It is worth noting that if the parties to the contract conclude this agreement with the specific intention of it being a *wadīʿah*, *qarḍ*, or any other particular transaction, then adherence to the specific religious rulings and conditions of that agreement becomes necessary.

***Author Contributions:*** For both manuscripts, the co-authors reviewed the work and proposed certain revisions, additions, and deletions, which were then implemented by the corresponding author upon approval. All aspects of drafting, structuring, analysis, documentation, finalization, and referencing were conducted by the corresponding author (Muhammad Husayn Ahmadi). All authors have reviewed the manuscript and have suggested certain revisions, deletions, and additions, which were implemented by the corresponding author upon their approval. The corresponding author (Muhammad Husayn Ahmadi) is solely responsible for the overall preparation, organization, analysis, documentation, synthesis, and referencing of the manuscript.

***Data Availability Statement:*** Not Applicable.

***Acknowledgements:*** Not mentioned.

***Ethical Considerations:*** The authors avoided data fabrication, falsification, plagiarism, and misconduct.

***Funding:*** These articles did not receive any financial support.

***Conflict of Interest:*** The authors declare no conflict of interest.

***Declaration of Generative AI and AI-assisted technologies in the writing process:*** No artificial intelligence (AI) tools were used in the preparation of this manuscript.

مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق
شاپا برخط: ۰۸۳۷-۲۷۸۳ شاپا چاپی: ۲۳۶۸-۲۷۸۳
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# نقد و بررسی دیدگاه ودیعه و قرض‌بودن سپرده‌گذاری در بانک‌ها

**محمدحسین احمدی**[۱]، و **حسنعلی اخلاقی امیری**[۲]

۱. *نویسندهٔ مسئول*، دانش‌آموختهٔ دکتری کلام اسلامی، مدرسهٔ عالی علوم انسانی، حکمت و تاریخ، جامعه المصطفی العالمیه، مشهد، ایران. رایانامه: mohamad_ahmadi@miu.ac.ir

۲. استادیار گروه فقه و معارف اسلامی، جامعه المصطفی العالمیه نمایندگی خراسان، مشهد، ایران. رایانامه: hasanali_akhlaghi@miu.ac.ir

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:**
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۰۷
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۵/۱۵
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۲۰
تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۴/۰۱

***کلیدواژه‌ها:***
بانک،
ودیعه،
قرض،
سپرده‌گذاری،
فقه

**چکیده**

دربارهٔ حقیقت سپرده‌گذاری، به‌خصوص سپردهٔ با سود در بانک‌ها، دیدگاه‌های متفاوتی مانند ودیعه، قرض، مضاربه، وکالت و قرارداد جدیدبودن مطرح شده است. بی‌گمان شرایط و احکام شرعی و حقوقی آن نیز بر اساس هریک از معاملات یادشده تفاوت خواهد کرد. یکی از نظرات دارای سابقه ودیعه‌بودن سپرده‌گذاری در بانک‌ها است و در مقابل، نظریهٔ مشهور بین فقیهان و حقوق‌دانان قرض‌بودن سپرده‌ها است. مهم‌ترین اثر قرض‌بودن سپرده، جریان حرمت ربای قرضی برای گرفتن سود در این نوع معاملات بانکی است. در این مقاله با روش تحلیلی–توصیفی، پس از تبیین برخی مفاهیم لازم، دو دیدگاه ودیعه و قرض‌بودن سپرده‌گذاری، بررسی، ارزیابی و نقد می‌شود. مهم‌ترین یافتهٔ این تحقیق این است که سپرده‌گذاری در بانک قرارداد ودیعه نیست. همچنین قرض‌بودن سپرده‌گذاری در بانک‌ها اگرچه دیدگاه رایج است، محرز نیست. در نتیجه، آثار و احکام این دو عنوان فقهی بر سپرده‌گذاری مترتب نمی‌باشد. البته روشن است که شرایط و مقررات کلی معاملات بایستی در این موارد رعایت گردد.

**استناد:** احمدی، محمدحسین؛ و اخلاقی امیری، حسنعلی (۱۴۰۴). نقد و بررسی دیدگاه ودیعه و قرض‌بودن سپرده‌گذاری در بانک‌ها. *مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*، ۱۹ (۱)، ۹۱-۱۱۶. https://doi.org/10.22034/fvh.2023.16344.1795

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.

© نویسنده(گان).

## مقدمه

در رابطه با حقیقت سپرده‌گذاری، دیدگاه‌های متعددی، مانند ودیعه یا ودیعهٔ استثنائی، عاریه، قرض و قرارداد جدیدبودن، مطرح شده‌اند. دربارهٔ اینکه سپرده‌گذاری به چه شکل قابل انجام است، نیز پیشنهادات مختلفی از قبیل وکالت، مضاربه، مشارکت و... بیان شده است. در این نوشتار که موضوع اصلی آن «نقد دیدگاه ودیعه و قرض‌بودن سپرده‌گذاری در بانک‌ها» است، پس از تشریح مختصر واژگان کلیدی، کوشش خواهد شد، با روش توصیفی–تحلیلی دیدگاه ودیعه‌بودن به‌صورت فشرده و دیدگاه قرض‌بودن سپرده‌گذاری به‌صورت مفصل و دقیق ارزیابی و نقد شود. مقاله درصدد پاسخگویی به این سؤالات مهم است: آیا سپرده‌گذاری در بانک‌ها، همان‌طور که از نامش پیدا است، مصداق ودیعه و امانت‌گذاری است که بدون پسوند یا با پسوند «استثنایی یا ناقص» یا «امانت برخلاف قاعده» مطرح شده است؟ آیا این قرارداد، چنان‌که مشهور فقیهان و حقوق‌دانان مطرح نموده‌اند، همان عقد قرض است؟ آیا دلایل و شواهد قرض‌بودن سپرده‌گذاری در بانک‌ها، مدعای آنان را ثابت می‌کند؟

پاسخ اجمالی آن است که علی‌رغم عنوان و پیشینهٔ تاریخی این قرارداد که ودیعه و امانت‌گذاری بوده است، اینک شرایط و ارکان ودیعه، مانند لزوم حفظ عین مال و عدم جواز تصرف مالکانه، در این قرارداد بانکی وجود ندارد و همچنین قرض‌بودن این عقد نیز محرز نیست؛ زیرا برای قرض‌بودن سپرده‌گذاری استدلال شده است که سپرده‌گذاری در ارتکاز عرف و عقلاء، در بیان فقیهان معاصر و در حقوق و قانون کشورها، دارای ماهیت قرض است و سپرده به بانک، تملیک می‌شود و بانک، متعهد به برگرداندن مثل آن است. شواهد مورداشاره برای قرض‌بودن سپرده‌ها –که خود و جواب آن‌ها به‌تفصیل خواهد آمد– برای اثبات مدعا کافی نیست؛ زیرا مالکیت بانک نسبت به سپرده‌ها به نظر عرف، مشتری و بانک، امر مسلم و ارتکازی نیست. مثلاً آقای مکارم می‌فرماید: در اذهان عمومی حساب جاری و پس‌انداز به امانت شبیه‌تر است تا به وام (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹، ص. ۱۲۹)؛ به نظر شیخ عبدالوهاب خلاف، اگر مشتری با قصد بهره‌برداری از پولش و گرفتن سود، آن را در اختیار بانک قرار دهد ولو بانک سود را تعیین کند، این قرارداد داخل در باب مضاربهٔ شرعیه است (طنطاوی، ۲۰۰۱، ص. ۱۳۰). اما طنطاوی معتقد است: «به‌کاربردن وکالت مطلقه، بر بیشتر معاملات بانک‌ها از استفادهٔ عنوان مضاربه و غیر آن بهتر است» (طنطاوی، ۲۰۰۱، ص. ۱۳۵). داشتن حق تصرف کامل نیز مستلزم ملکیت نیست، گاهی کسی حق تصرف کامل دارد؛ ولی مالک نیست، مثل عامل مضاربه در صورتی که مالک با صراحت بگوید: با این پول هر نوع معامله‌ای که صلاح می‌دانی انجام بده (خوئی، ۱۴۰۸ق، ج. ۳، ص. ۴۳). به‌خصوص در جایی که عامل، مال مضاربه را ضمانت هم کرده باشد (یزدی، ۱۴۲۰ق، ج. ۵، ص. ۱۶۳). همچنان اگر دو طرف معامله (مشتری و بانک)، قصد قرارداد قرض را نداشته باشند نمی‌شود آن معامله را قرض دانست و احکام قرض بر آن بار نمود و این قاعدهٔ «العقود تابعة للقصود» مشهور است. ازاین‌رو صاحب جواهر در نقد قرض‌بودن برخی اقسام مضاربه می‌فرماید: «مجرد اینکه دفع مال به غیر با قصد بودن سود برای او سبب تحقق قرض شود، ممنوع است با اینکه فرض آن است که این قرارداد با عنوان مضاربه انجام شده است؛ حداکثر می‌توانیم بگوییم این

مضاربه فاسد است.» (نجفی، ۱۹۸۱، ج. ۲۶، ص. ۳۲۷). بنابراین احکام اختصاصی ودیعه و قرض، مانند لزوم حفظ عین مال و حرمت ربای قرضی بر این سپرده‌گذاری بار نمی‌شود.

## مفهوم سپرده و ودیعه:

در لغت‌نامهٔ دهخدا، سپرده، به امانت، ودیعه، تسلیم‌شده، پایمال‌گردیده و... معنا شده است (دهخدا، ۱۳۷۷، ج. ۸، ص. ۱۱۸۳۹). معادل عربی سپرده، ودیعه است. ودیعه از مادهٔ «وَدَعَ، یَدَعُ، وَدَعاً» است. برای «وَدَعَ» معانی چون وداع کرد، ترک کرد، استقرار یافت و محافظت کرد ذکر شده است (ر.ک: ابن‌منظور، ۱۹۹۷، ج. ۶، ص. ۴۱۸؛ شرتونی، ۱۴۱۶ق، ج. ۵، ص. ۷۴۱؛ واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج. ۱۱، ص. ۴۹۸).

اکثر کتب لغت، ودیعه را مفرد ودائع، «فعیلة» به‌معنای «مفعولة» به چیزی که به امانت‌گذاشته شده تعریف کرده‌اند (ابن‌منظور، ۱۹۹۷، ج. ۶، ص. ۴۱۹؛ شرتونی، ۱۴۱۶ق، ج. ۵، ص. ۷۴۲). اما در مجمع‌البحرین به‌معنای مصدری گرفته و می‌فرماید: «و هی استنابة فی الحفظ»؛ (طریحی، ۱۴۲۱ق، ج. ۴، ص. ۴۰۱) ودیعه، یعنی نایب‌گرفتن در نگهداری.

در عرف بانک‌داری، سپرده، به سپرده خاص و سپرده عام تقسیم می‌شود: سپردهٔ خاص، سپرده‌ای است که می‌بایست، عین همان سپرده محافظت و بدون دخل‌وتصرف به صاحب آن برگردانده شود. بانک حق استفاده و تبدیل آن را ندارد. موضوع سپردهٔ خاص غالباً اشیاء قیمتی، اسناد و مانند آن‌ها است.

سپردهٔ عام، سپرده‌ای است که طبق توافق بانک و سپرده‌گذار، بانک ملزم به نگهداری و استرداد عین سپرده نیست، بلکه می‌تواند در آن تصرف کند و موقع درخواست سپرده‌گذار، معادل آن را پرداخت نماید. موضوع این سپرده‌گذاری نوعاً وجه نقد است (کاشانی، ۱۳۷۶، ص. ۹۸). موضوع بحث در این تحقیق سپردهٔ عام است که گاهی با عنوان سپرده بدون پسوند و گاهی با عنوان سپرده نقدی یاد می‌شود.

### ۱ـ تعریف سپرده نقدی

برای سپرده نقدی در بانک تعریف‌هایی بیان شده است:

الف) «منظور از سپرده، وجوهی است که افراد در بانک امانت می‌گذارند، تا در موقع لزوم بتوانند آن را استفاده کنند». (توتونچیان، ۱۳۷۵، ص. ۲۹۲).

ب) «مقصود از سپرده، وجوهی است که مردم با انگیزه‌های متفاوت به بانک می‌سپارند، تا به هنگام نیاز بتوانند از آن استفاده کنند». (موسویان، ۱۳۸۱، ص. ۱۴).

ج) سپرده از نظر بانک غیراسلامی، عبارت است از مبلغ پولی که به‌صورت عندالمطالبه یا مدت‌دار به بانک سپرده می‌شود و بانک ملزم می‌باشد تا بر اساس قراردادی که میان بانک و صاحب سپرده منعقد می‌گردد، مبلغ مزبور را هنگام تقاضا یا سر موعد مقرر، به صاحبش بپردازد. معمولاً سپرده‌های بانکی را سپرده‌های ناقص می‌نامند؛ زیرا بانک ملزم نیست عین سپرده را به همان صورت داده‌شده، در زمان درخواست بازپس بدهد. مشتری نیز نمی‌تواند از قبول پول‌هایی که بانک به او می‌پردازد تا زمانی که رایج باشد، خودداری کند (صدر، ترجمهٔ خنجی، بی‌تا، ص. ۵۴).

بنابراین مقصود از سپرده مطلق در بحث سپرده‌های بانکی و این پژوهش همان سپردهٔ عام و مبلغی است که سپرده‌گذار در قالب یکی از انواع سپرده‌ها (جاری، پس‌انداز و مدت‌دار) به‌صورت وجه نقد، چک یا حواله به بانک تحویل می‌دهد تا هرگاه خواست یا در زمان معین بتواند برداشت کند و در قسم دوم و سوم علاوه بر اصل پول از سود معین‌شده نیز بهره‌مند گردد.

## ۲ـ انواع سپرده‌های نقدی

اگرچه امروزه سپرده‌های بانکی تنوعی زیادی پیدا کرده‌اند، در یک تقسیم کلی به سه دسته تقسیم می‌شوند:

الف) سپرده‌های دیداری: سپرده دیداری یا جاری، به وجه نقدی گفته می‌شود که طبق قراردادی از سوی صاحب حساب به بانک واریز می‌گردد و دارای ویژگی‌های زیر است:

- بانک، ملزم به نگهداری و استرداد عین مبلغ سپرده نیست؛ بلکه می‌تواند هر نوع تصرفی در آن نماید؛ ولی مثل و معادل آن را هنگام درخواست به سپرده‌گذار پرداخت نماید.
- پس از عملیات سپرده‌گذاری، بانک ضامن سپرده است؛ اگرچه وجه مزبور بدون تعدی و تفریط تلف شود.
- بانک، متعهد می‌شود که به‌محض درخواست کل یا بخشی از پول، آن را به صاحب سپرده یا حامل چک او پرداخت نماید.
- به این سپرده نوعاً سود تعلق نمی‌گیرد.

ب) سپرده‌های پس‌انداز: سپرده پس‌انداز، به وجوهی گفته می‌شود که بر اساس توافق میان بانک و مشتری در اختیار بانک قرار گرفته و عندالمطالبه به وی برگردانده می‌شود. فرق این سپرده با سپرده دیداری در سه نکته است:

- در این حساب تنها صاحب سپرده حق برداشت دارد؛
- در این نوع سپرده چک داده نمی‌شود؛
- بانک علاوه بر اصل مبلغ، بهره‌ای نیز می‌پردازد.

ج) سپرده‌های مدت‌دار (ثابت): سپرده‌های مدت‌دار وجوهی هستند که اشخاص یا مؤسسات حقوقی با انگیزهٔ کسب درآمد بیشتر برای مدت‌زمان معین، با ویژگی‌های زیر به بانک می‌گذارند و بانک متعهد می‌شود، در سررسید معین، اصل و بهرهٔ آن را به مشتری برگرداند:

- مدتی برای آن، معین شده است. پیش از مدت، بانک ملزم به پرداخت سپرده نیست، مگر با شرایط خاص.
- سودی که به این سپرده‌گذاری تعلق می‌گیرد، بیشتر از سودی است که به سپرده پس‌انداز تعلق می‌گیرد (ر.ک: صدر، ترجمهٔ خنجی، بی‌تا، صص. ۴۵-۵۴؛ عبدالله امین، ۱۳۶۷، صص. ۱۸۹-۱۹۱؛ موسویان، ۱۳۸۱، صص. ۴۵-۵۳).

### ۳ـ سپرده‌گذاری در بانک‌ها

با توجه به تعریف‌هایی که از سپرده پولی در بانک بیان شد، سپرده‌گذاری این‌گونه تفسیر شده است: سپرده‌گذاری «قراردادی است که به‌موجب آن، شخص، مبلغ معینی را به بانک مورد نظر خود تسلیم می‌کند. بانک‌دار، حق دخل‌وتصرف در این پول را به حساب شخصی خود دارد و در همین حال تعهد استرداد آن را به‌محض مطالبهٔ مشتری، بر پایهٔ شروطی پیش‌بینی‌شده در قرارداد، خواهد داشت» (کاشانی، ۱۳۷۶، ص. ۹۹).

از تعریف‌های یادشده برای سپرده و سپرده‌گذاری، روشن می‌شود که از عناوین قراردادهای شناخته‌شده و پرسابقه، تنها نام ودیعه و امانت در تبیین مفهوم سپرده‌گذاری اخذ شده است؛ و اسمی از قرض، عاریه، اجاره و دیگر قراردادهای خاص، به چشم نمی‌خورد. بنابراین، قرض‌دانستن این قرارداد، دور از ذهن و خلاف فهم عرف بانکداری است.

## ودیعه‌بودن سپرده‌گذاری و نقد آن:

دربارهٔ حقیقت قرارداد سپرده‌گذاری، نظرهای مختلفی مطرح شده که از مهم‌ترین آن‌ها ودیعه‌بودن است. برخی گفته‌اند: سپرده‌گذاری، همان‌طوری که از نامش پیدا است، ودیعه است (فراهانی‌فرد، ۱۳۷۸، ص. ۱۸۹). بدین‌معنا که سپرده‌گذار، پول خود را به‌عنوان امانت در بانک می‌سپارد تا در زمان مناسب، تمام یا بخشی از آن را برداشت کند (موسویان، ۱۳۸۱، ص. ۵۰).

یکی از واضح‌ترین اشکالات این نظریه آن است که «خصوصیات ودیعه، بر سپرده‌های نقدی قابل تطبیق نیست»؛ زیرا ویژگی‌های ودیعه عبارت‌اند از:

الف) در ودیعه، تملیک نیست، بلکه وکالت در حفظ مال است؛

ب) ودیعه‌پذیر، حق تصرف در ودیعه را ندارد، مگر برای حفاظت؛

ج) ودیعه‌پذیر، موظف به حفظ و رد عین مال است؛

د) در صورت تلف‌شدن ودیعه، بدون تعدی و تفریط، ودیعه‌پذیر مسئولیتی ندارد.

اما ویژگی‌های سپرده نقدی، امور ذیل هستند:

الف) بانک، حق هرگونه تصرف در سپرده را دارد؛ بلکه گفته می‌شود بانک‌ها مالک آن می‌شود؛

ب) بانک، ملزم به حفظ و بازگرداندن عین سپرده نیست؛ بلکه می‌تواند مثل آن را از وجوه نقدی دیگر بپردازد؛

ج) پس از عملیات سپرده‌گذاری، بانک ضامن سپرده است، اگرچه بدون تعدی و تفریط، تلف شود؛

د) در سپرده پس‌انداز و مدت‌دار، بانک موظف به پرداخت سود است.

وقتی این دو نوع خصوصیات مقایسه شوند، روشن می‌گردد که ویژگی‌های ودیعه با ویژگی‌های سپرده نقدی، مغایر هستند. بنابراین، نظریهٔ یادشده مردود است (ر.ک: فراهانی‌فرد، ۱۳۷۸، صص. ۱۹۲–۱۹۵؛ موسویان، ۱۳۸۱، صص. ۵۰–۵۳).

از جمله اشکالات ودیعه‌بودن سپرده‌گذاری آن است که عقد ودیعه جایز است؛ ولی سپرده‌گذاری طبق قانون بانکداری قرارداد لازم است (احمدی، ۱۳۷۴، ص. ۲۹۷). همچنین برخلاف نام سپرده‌گذاری، تصور

عرف، مشتری و بانک از این قرارداد به‌خصوص در سپرده با سود، مفهوم فقهی ودیعه با آن خصوصیات یادشده نیست.

علاوه بر آن، در ودیعه و امانت‌گذاری، هدف اصلی، محفوظ‌ماندن وجه از تلف، سرقت و مانند آن‌ها و همچنین دسترسی مالک به آن عندالمطالبه یا در زمانی است که طرفین با هم توافق کرده‌اند. این هدف شاید در سپرده‌های جاری و تا حدودی پس‌انداز که سود قابل‌توجهی ندارند، تطبیق کند؛ ولی در سپرده مدت‌دار که بهرهٔ قابل‌اعتنایی دارد، جاری نیست؛ زیرا سپرده‌گذار یک هدف مهم دیگر را نیز دنبال می‌کند که رسیدن به سود مورد توافق باشد و این هدف با امانت‌گذاری منافات دارد.

با توجه به اشکال ودیعه‌بودن سپرده‌گذاری، در مقام توجیه و اصلاح آن، نظریهٔ ودیعهٔ استثنائی (عبدالله امین، ۱۳۶۷، ص. ۱۹۸)، «ودیعهٔ ناقص» (صدر، ترجمهٔ خنجی، بی‌تا، ص. ۵۴؛ سنهوری، ۱۹۹۸، ج. ۵، ص. ۴۲۹) یا «امانت برخلاف قاعده» (امامی، ۱۳۸۰، ص. ۲۵۳) مطرح شده است.

به‌گفتهٔ برخی محققان این نوع امانت با ودیعهٔ حقیقی دو فرق مهم دارد:

الف) در ودیعهٔ استثنائی امانت‌گذار مال امانتی را به امین تملیک می‌کند و حال‌آنکه در ودیعهٔ حقیقی، مال امانتی در ملکیت امانت‌گذار، باقی است.

ب) سپرده‌پذیر متعهد می‌شود، مثل آنچه را که گرفته از نظر مقدار، جنس و وصف به صاحب مال مسترد کند؛ ولی در ودیعهٔ حقیقی، عین مال برگردانده می‌شود (ر.ک: صدر، ترجمهٔ خنجی، بی‌تا؛ عبدالله امین، ۱۳۶۷، ص. ۱۹۸؛ موسویان، ۱۳۸۱، ص. ۵۳؛ امامی، ۱۳۸۰، ص. ۲۵۴).

در تضعیف این نظر حداقل دو اشکال بیان شده است:

اولاً، برخی، کاربرد نام ودیعه –حتی با پسوند استثنایی و ناقص– یا امانت برخلاف قاعده را بر سپرده بانکی صحیح نمی‌دانند؛ زیرا وقتی سپرده‌پذیر اجازهٔ تصرف و نقل‌وانتقال در آن را دارد، تعهد نگهداری عین از او ساقط است؛ چون ودیعه، با استفاده از میان می‌رود و بر این اساس، باید از طرح عنوان سپرده بر آن، خودداری نمود (عبدالله امین، ۱۳۶۷).

ثانیاً، این نظریه، اگرچه در ظاهر به‌دنبال توجیه و اصلاح نظریهٔ اول است؛ ولی با توجه به معنایی که از سپرده استثنائی و ناقص ارائه می‌کند، درست در نقطهٔ مقابل آن قرار می‌گیرد زیرا: ۱. طبق این دیدگاه ودیعه به ملک سپرده‌پذیر درمی‌آید؛ ۲. بانک ضامن سپرده است. این دو خصوصیت به قرض بیشتر تطبیق می‌کند تا ودیعه؛ چون مفاد قرض عبارت است از «ملک‌قراردادن مالی به دیگری در برابر ضمانت او». (خمینی، ۱۳۶۵، ج. ۱، ص. ۶۵۲؛ بجنوردی، ۱۳۸۵، ج. ۵، ص. ۱۵۶؛ سیستانی، ۱۴۲۱ق، ج. ۲، ص. ۲۸۱).

ظاهراً بر همین اساس شهید صدر می‌گوید: «در مفهوم فقه اسلامی، پولی که نزد بانک‌های غیراسلامی گذاشته می‌شود، نه سپرده کامل است و نه سپرده ناقص؛ بلکه وام‌هایی است که عندالمطالبه یا سرمهلت مقرر باید بازپرداخت شود؛ زیرا مالکیت مشتری از پول سپرده‌شده برداشته شده و بانک حق تصرف کامل را در آن دارد. این صفت و طبیعت سپرده نیست. نام سپرده بر این مبالغ نهاده شده است؛ زیرا از نظر تاریخی به‌صورت سپرده آغاز شد و همراه با تجربیات بانک‌ها و گسترش فعالیت‌هایشان به وام تبدیل

شد و نام سپرده را با خود حفظ کرد، هرچند مفهوم فقهی این اصطلاح از میان رفت». (صدر، ترجمهٔ خنجی، بی‌تا، ص. ۵۴).

تفاوت اول و اشکال ناظر به آن اگرچه قابل خدشه است؛ زیرا در آینده بیان خواهد شد که دیدگاه تملیک پول به بانک با ذهنیت توقف تصرف بر مالکیت تصرف‌کننده شکل گرفته است، درحالی‌که حتی برای جواز تصرف مالکانه، مالکیت متصرف لازم نیست؛ بلکه اجازهٔ کامل مالک (در مثل مضاربه) کفایت می‌کند. اما تفاوت دوم درست و مستلزم نفی عنوان و احکام ودیعه از سپرده‌گذاری است.

## قرض‌بودن سپرده‌گذاری در بانک‌ها، شواهد و نقد آن‌ها

دیدگاه غالب در میان فقیهان و حقوق‌دانان این است که سپرده‌های نقدی دارای ماهیت قرض هستند. به این صورت که مشتری، مبلغی را تحت یکی از عناوین سپرده‌ها به بانک تملیک می‌کند و بانک متعهد می‌شود، که زمان درخواست یا در پایان مدت تعیین‌شده، برابر آن مبلغ را به مشتری بازگرداند. این همان مفهوم فقهی و حقوقی قرض است (ر.ک: خمینی، ۱۳۶۵، ج. ۲، ص. ۵۵۰؛ صدر، بی‌تا، ص. ۵۴؛ حسین حلّی، بی‌تا، ص. ۱۰۴؛ موسویان، ۱۳۸۱، ص. ۵۲). اینکه در برخی سپرده‌ها سود تعلق می‌گیرد و در برخی سود تعلق نمی‌گیرد، برای نوعی از آن‌ها زمان معین نمی‌شود و برای دستهٔ دیگر زمان معین می‌شود، تفاوتی در ماهیت و حقیقت سپرده‌ها ایجاد نمی‌کند (موسویان، ۱۳۸۱).

استدلال این نظریه، در حقیقت از یک قیاس منطقی تشکیل شده است که دارای دو مقدمه است:

مقدمهٔ اول (صغری): سپرده‌گذاری، عبارت است از تملیک پول به بانک، در برابر تعهد و ضمانت بانک به پرداخت مثل آن به مشتری.

مقدمهٔ دوم (کبری): هر تملیک مال به دیگری، در برابر ضمانت او نسبت به بازپرداخت آن مال، قرض است.

بی‌گمان، اگر این دو مقدمه یقینی باشند، نتیجهٔ آن‌ها که «سپرده‌گذاری قرض است» نیز یقینی خواهد بود؛ چون قیاس یادشده از شکل اول قیاس منطقی و منتج است و نتیجهٔ آن، در قطعی، اطمینانی یا احتمالی‌بودن، تابع مقدمات است.

ظاهراً، اثبات مقدمهٔ دوم نیاز به استدلال ندارد؛ زیرا قرض در فقه به «تملیک مال لآخر بالضمان» (خمینی، ۱۳۶۵، ج. ۱، ص. ۶۵۲؛ بجنوردی، ۱۳۸۵، ج. ۵، ص. ۱۵۶؛ سیستانی، ۱۴۲۱ق، ج. ۲، ص. ۲۸۱) تعریف شده و در حقوق مدنی نیز آمده است: قرض «عقدی است که به‌موجب آن یکی از طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می‌کند تا طرف مقابل مثل آن را از حیث مقدار، جنس و وصف رد نماید». (کاتوزیان، ۱۳۵۳، ج. ۱، ص. ۳۴۹). مفهوم یادشده، عین مقدمهٔ دوم و کبرای قیاس و مورد قبول است؛ اما شواهدی که برای اثبات صغری و تملیکی‌بودن سپرده‌گذاری بیان شده‌اند، قابل‌نقد هستند.

## ۱ـ شواهد مقدمهٔ اول (صغری) و نقد آن‌ها

راجع به اینکه بانک در برابر سپرده‌ها ضامن است و اگر به هر علتی سپرده‌ها تلف شود، بانک، ملزم به جبران آن‌ها است، ظاهراً اختلافی وجود ندارد؛ اما در خصوص اینکه آیا بانک قرض‌گیرنده است و مالک سپرده می‌شود، ایراد وجود دارد. برای اثبات تملیکی‌بودن سپرده‌گذاری به اموری استشهاد شده که همهٔ آن‌ها قابل خدشه‌اند:

### *۱ـ۱ـ شاهد اول و نقد آن*

پیمان سپرده‌گذاری در ارتکاز عرف و عقلاء، دارای ماهیت قرض است و از نظر آنان سپرده به بانک، تملیک می‌شود و بانک، متعهد به برگرداندن مثل آن است (فراهانی‌فرد، ۱۳۷۸، ص. ۱۹۸؛ موسویان، ۱۳۸۱، ص. ۵۲). بر همین اساس، پولی که به حساب مشتری واریز می‌گردد، در ستون بستانکار و آنچه از بانک برداشت می‌شود، در ستون بدهکار نوشته می‌شود؛ دقیقاً مثل زمانی که بانک وامی به مشتری می‌دهد که ابتدا به‌اندازهٔ وام، حساب وی را بدهکار می‌کند و سپس به هر اندازه که اقساط آن را می‌پردازد، در ستون بستانکار ثبت می‌نماید (موسویان، ۱۳۸۱).

راجع به ارتکازی‌بودن تملیک، می‌توان گفت: این ادعا در حالی مطرح می‌شود که برخی دیگر معتقد هستند، انواع سپرده‌گذاری در بانک هیچ‌کدام دارای حقیقت تملیکی و قرض نیست:

به‌گفتهٔ برخی در حساب جاری اصل پول به ملک مالک باقی است و بانک تنها حق استفاده از سپرده را دارد، مشروط به اینکه به‌محض مطالبهٔ مشتری بایستی عوض آن پرداخت گردد. به‌همین‌خاطر گاهی از این قرارداد به «ودیعهٔ ناقص» (صدر، ترجمهٔ خنجی، بی‌تا، ص. ۵۴؛ سنهوری، ۱۹۹۸، ج. ۵، ص. ۴۲۹) یا «امانت برخلاف قاعده» (امامی، ۱۳۸۰، ص. ۲۵۳) یاد شده است.

حسن عبدالله امین می‌گوید: بنای مشتری و بانک در حساب جاری بر امانت و محافظت از مال است (عبدالله امین، ۱۳۶۷، ص. ۲۰۶).

آیت‌الله مکارم شیرازی می‌فرماید: در اذهان عمومی حساب جاری و پس‌انداز به امانت شبیه‌تر است تا وام (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹، صص. ۱۲۵–۱۲۹).

اما در سپرده‌گذاری مدت‌دار و با سود، از نگاه عرف بانک‌داری و مشتریان نیز اصل پول به ملک مالک باقی است و بانک می‌تواند سپرده را در معاملات سودآور اقتصادی به کار بگیرد و مجاز نیست این پول‌ها را در امور خیریه و غیرسودآور هزینه کند.

به نظر شیخ عبدالوهاب خلاف، هرگاه کسی به تاجر یا مقاطعه‌کاری هزار جنیه (= لیره مصری) بدهد تا در تجارت و فعالیت‌هایش آن را به کار بگیرد و هر سال پنجاه جنیه به مالک بدهد، از نظر من این پیمان مضاربه و شرکت است که یکی با پول و دیگری با عمل با هم شریک شده‌اند. سودی که تاجر یا مقاطعه‌کار به دست می‌آورد، سود مال و کار هر دو است و پنجاه جنیه که صاحب مال می‌گیرد ربح مالش است و هیچ ظلم و ستمی در حق تاجر و مقاطعه‌کار نشده است (طنطاوی، ۲۰۰۱، ص. ۱۲۷).

بنابراین اگر مشتری با قصد بهره‌برداری از پولش آن را در اختیار بانک قرار دهد ولو بانک سود را تعیین کند، این قرارداد طبق نظر شیخ «عبدالوهاب خلاف» داخل در باب مضاربهٔ شرعیه است (طنطاوی، ۲۰۰۱، ص. ۱۳۰). ولی طنطاوی معتقد است: «به‌کاربردن وکالت مطلقه، بر بیشتر معاملات بانک‌ها از استفادهٔ عنوان مضاربه و غیر آن بهتر است» (طنطاوی، ۲۰۰۱، ص. ۱۳۵).

اما طلبکاربودن سپرده‌گذار و بدهکاربودن بانک، مستلزم مالکیت بانک نیست؛ چون این تعبیر به‌خاطر این است که بانک به‌صورت شرط ضمنی یا بنایی، متعهد به پرداخت وجه سپرده، می‌باشد. بنابراین ارتکازی‌بودن تملیک در عقد سپرده‌گذاری، نزد عرف، عقلاء، مشتری و بانکدار یک امر محرز و مسلم نیست.

### ۱ـ۲ـ شاهد دوم و نقد آن

با توجه به اینکه سپرده‌ها، جزو منابع بانک به حساب می‌آیند و بانک حق هرگونه دخل‌وتصرف در آن‌ها را دارد (ر.ک: صدر، ترجمهٔ خنجی، بی‌تا، ص. ۵۴؛ موسویان، ۱۳۸۱، ص. ۴۹)، کشف می‌شود که در اثر قرارداد و سپرده‌گذاری، بانک مالک سپرده‌ها می‌شود.

در نقد این شاهد باید گفت: داشتن حق تصرف کامل مستلزم ملکیت نیست، گاهی کسی حق تصرف کامل دارد؛ ولی مالک نیست، مثل عامل مضاربه در صورتی که مالک بالصراحه با گفتن «اعمل به علی حسب ماتراه من المصلحة»؛ با این پول هر نوع معامله‌ای که صلاح می‌دانی انجام بده (خوئی، ۱۴۰۸ق، ج. ۳، ص. ۴۳) یا با مطلق‌گذاشتن مضاربه، اختیار عام و تام به عامل بدهد. آیت‌الله خوئی در صورت دوم هم می‌فرمایند: «معیار رعایت مصلحت است» (خوئی، ۱۴۰۸ق، ص. ۴۵). سپرده با سود معین می‌تواند شبیه مضاربه باشد به‌خصوص در جایی که عامل، مال مضاربه را به‌صورت شرط نتیجه (ضامن و بدهکارشدن) یا شرط فعل (پرداخت عوض مال تلف‌شده از اموال شخصی خود) ضمانت هم کرده باشد (یزدی، ۱۴۲۰ق، ج. ۵، ص. ۱۶۳).

> شرط نتیجه: اشتراط تحقق یک اثر عمل حقوقی در ضمن عقد است؛ اعم از آنکه عقد باشد یا ایقاع، مثل شرط خیار برای دو طرف یا یکی از آنان یا اجنبی در ضمن عقد بیع... . شرط فعل آن است که در ضمن عقد، انجام‌دادن و یا ترک یک فعل مادی یا حقوقی بر یکی از متعاملان یا بر شخص خارجی شرط شود. (محقق داماد، ۱۳۷۴، ص. ۳۹)

در بحث ما شرط نتیجه این است که مالک بگوید: در صورت تلف‌شدن مال، خسارت بر تو باشد و تو ضامن باشی. بنابراین در صورت تلف‌شدن مال، عامل بدون اختیار مشغول‌الذمه می‌شود. شرط فعل این است که خسارت گرچه بر مالک وارد شده است، ولی او متعهد شود که خسارت مالک را از پول خود پرداخت کند.

بنابراین، درصورتی‌که سپرده بدون سود باشد، نظیر ودیعه و عاریهٔ مضمونه است؛ منتها با شرط ضمانت و اجازه در تصرف و تبدیل؛ اما سپرده‌ای با سود شبیه اجارهٔ مضمونه و یا مضاربهٔ مضمونه با اجازهٔ تصرف مطلق می‌شود.

### ۱ـ۳ـ شاهد سوم و نقد آن

«فقیهان معاصر نیز در استفتاء از ماهیت این نوع سپرده‌ها، آن را با عقد قرض منطبق کرده» (موسویان، ۱۳۸۱، ص. ۴۹) و فرموده‌اند: «پول‌هایی را که مردم به‌عنوان حساب جاری به بانک‌ها می‌سپارند، صورت قرض‌الحسنه به بانک دارد که هر وقت می‌توانند آن را بگیرند و اگر سودی در مقابل آن قرار دهند حرام است» (موسویان، ۱۳۸۱).

در پاسخ می‌توان گفت:

الف) عبارت فقیهان در این زمینه مختلف است. بعضی عبارت‌ها، کاشف از این است که قرض و تملیکی‌بودن سپرده‌گذاری، یک امر مسلم است؛ ولی برخی حاکی از تردید و عدم قطعی‌بودن موضوع است.

آیات عظام وحید خراسانی (وحید خراسانی، ۱۳۷۹، ص. ۷۴۷) و بهجت (منتظران موعود، ۱۳۸۱، ص. ۱۰۹۲) گفته‌اند: حکم قرض‌دادن به بانک مانند حکم قرض‌گرفتن از بانک است و شرط سود در آن حرام، فرقی نمی‌کند، پولی که به بانک داده می‌شود به‌صورت سپرده ثابت باشد یا به‌صورت حساب در گردش که هروقت می‌تواند بردارد.

مطلب نقل‌شده بیان‌گر این است که سپرده‌ها به‌طور مسلم قرض است. در فرمایش امام خمینی و آیت‌الله فاضل این‌گونه آمده است:

> سپرده‌های بانکی که به‌عنوان ودیعه و امانت است، اگر مالک اذن ندهد که بانک در آن‌ها تصرف کند، تصرف جائز نیست و اگر تصرف کند، ضامن است و اگر اذن بدهد و یا راضی باشد، جایز است و اگر بانک چیزی بدهد یا بگیرد به رضایت حلال است؛ مگر رضای به تصرف برگردد حقیقتاً به قرض یعنی تملک به ضمان در این صورت اگر چیزی با قرار بدهد حرام است، ودیعهٔ بانکی ظاهراً از این قبیل است و اگرچه به اسم ودیعه باشد. (منتظران موعود، ۱۳۸۱، ص. ۱۰۹۷)

این عبارت، آن قاطعیت عبارت قبلی را ندارد، بلکه بر اساس ظاهر، حکم به قرض‌بودن نموده است. بنابراین، در جایی که طرفین بنای بر تملیک داشته باشند یا غافل باشند، قرض تلقی می‌شود. اما آنجا که طرفین با التفات، بنا بر تملیک و تملک ندارند، بلکه قصد تقسیم سود یا معاوضهٔ حق استفاده از پول در عملیات بانکداری در برابر دریافت مبلغ معین را داشته باشند، این عبارت آنجا را شامل نیست.

آیت‌الله سیستانی فرموده است: «سپرده‌گذاری در بانک‌ها –به‌معنای قرض‌دادن به آن‌ها– بدون شرط سود جائز، ولی با شرط سود حرام است» (سیستانی، ۱۴۲۱ق، ص. ۱۱۱۵).

به‌گفتهٔ آقای منتظری: «سپرده‌های بانکی اگر به‌عنوان قرض باشد و نفعی بر آن قرار ندهد اشکال ندارد؛ ولی اگر نفع قرار دهند حرام است. سپرده‌های بانکی که به‌عنوان ودیعه و امانت است، اگر مالک اذن ندهد، تصرف جائز نیست و در صورت تصرف ضامن است، اما در صورت اذن، تصرف جائز است» (منتظری، ۱۳۶۲، ص. ۴۳۰).

ظاهر این دو عبارت این است که اگر طرفین، بنا و قصد قرض داشتند، این قراردادها قرض و محکوم به حکم آن است، اما در صورت عدم قصد قرض –ولو به‌جهت غفلت– آیا باز هم محکوم به قرض است؟ از این عبارات چنین مطلبی استفاده نمی‌شود؛ بلکه مقتضای مفهوم عبارت یادشده، نفی قرض است.

ب) به‌احتمال زیاد، مستند تطبیق علما، دو شاهد اول و دوم و شاهد چهارم باشد که همهٔ آن‌ها قابل‌بحث و تأمل هستند. نقد شاهد اول و دوم گذشت؛ ولی نقد شاهد چهارم خواهد آمد.

ج) احتمال دارد، وجه تطبیق سپرده‌گذاری بر قرض، ظاهر کلام برخی اعلام گذشته باشد. از جمله: مرحوم شهید ثانی در مسالک که می‌فرماید:

> و اعلم ان من دفع الی غیره مالاً لیتجر به فلا یخلو اما ان یشترطا کون الربح بینهما او لاحدهما او لا یشترطا؛ فان شرطاه بینهما فهو قراض و ان شرطاه للعامل فهو قرض...؛ بدان! هرکس که مالی را به دیگری برای تجارت بدهد، یا شرط می‌کنند که ربح مال هر دو یا یکی از آنان باشد و یا شرط نمی‌کنند، در صورتی که شرط کنند که ربح مال هر دو باشد این پیمان قرض و مضاربه است؛ ولی اگر شرط کنند که مال عامل باشد این قرارداد قرض است. (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ص. ۳۴۴)

نظیر همین مطلب از علامه حلی نقل شده است (اردبیلی، ۱۴۱۶ق، ج. ۱۰، ص. ۲۲۶). مفاد این سخن این است که اگر کسی مالی را به کاسب برای تجارت با قصد اینکه ربح مال او باشد، دهد، این قرارداد داخل در عنوان قرض است و اصل مال، ملک تاجر می‌شود و او در برابر آن مال ضامن است. بنابراین ممکن است گفته شود، دادن پول به بانک با عنوان سپرده‌گذاری از همین قبیل است. پس داخل در قرض است.

اما تعدادی از فقیهان بزرگ بر سخن شهید و علامه اشکال نموده‌اند. نویسندهٔ جواهرالکلام می‌فرماید:

> مجرد اینکه دفع مال به غیر با قصد بودن سود برای او سبب تحقق قرض شود، ممنوع است با اینکه فرض آن است که این قرارداد با عنوان مضاربه انجام شده است؛ حداکثر می‌توانیم بگوییم این مضاربه فاسد است نه اینکه این عقد به قرض –که مالک‌ساختن مال در برابر عوض فی‌الذمه است– تبدیل شود. اما قصد اینکه ربح برای عامل باشد اعم از قرض و قصد تملیک اصل سرمایه است. (نجفی، ۱۹۸۱، ج. ۲۶، ص. ۳۲۷)

مقدس اردبیلی می‌گوید:

> قرض نیازمند صیغهٔ خاص و دارای احکام مخصوص است و فرض این است که مالک و عامل نه قصد قرض داشته و نه صیغهٔ آن را اجرا کرده‌اند. پس چگونه احکام قرض مترتب می‌شوند؟ درحالی‌که خروج مال از ملک مالک و دخول در ملک غیر محتاج به ناقل است و ناقلی نیست، مگر مثل قول مالک (با این مال تجارت کن و سودش مال تو باشد) و ناقل‌بودن این سخن معلوم نیست. (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶ق، ج. ۱۰، ص. ۲۲۷)

آقای طباطبائی حکیم (۱۳۹۲ق، ج. ۱۲، ص. ۲۳۶) و آقای خوئی (۱۴۰۸ق، ج. ۳، ص. ۴۳) هم می‌فرمایند: تحقق قرض نیاز به قصد و انشای تملیک دارد. بدون قصد تملیک در برابر عوض در ذمه، قرض محقق نمی‌شود.

پس طبق این احتمال هم، تملیکی‌بودن سپرده‌گذاری در کلام فقیهان محرز و مسلم نیست.

د) مورد بحث شبههٔ موضوعیه است، چون نمی‌دانیم، سپرده‌گذاری مصداق قرض است یا خیر؟ در شبههٔ موضوعیه، مرجع عرف و اهل اطلاع است نه مرجع تقلید. در چنین مواردی، علما گفته‌اند: تا احراز موضوع نشود، حکم نمی‌آید. «بل لابد من العلم بکون الشیء مصداقاً للمفهوم فی مقام ترتیب الآثار»؛ در ترتیب آثار مفهومی، روی یک چیز، احراز و علم به مصداقیت آن چیز برای آن مفهوم ضروری است. (نائینی، ۱۴۱۷ق، ج. ۴، ص. ۵۷۴).

### ۱ـ۴ـ شاهد چهارم و نقد آن

سپرده‌گذاری در حقوق و قانون کشورها، به‌خصوص کشورهای غربی که خاستگاه این نوع قرارداد است، یک پیمان تملیکی، قلمداد شده است که در جریان آن پول از ملکیت سپرده‌گذار خارج و به ملکیت بانک وارد می‌شود. در مقابل بانک متعهد و ملزم به رد مثل آن عندالمطالبه و یا در پایان مدت تعیین‌شده است (موسویان، ۱۳۸۱، ص. ۵۳).

در حقوق فرانسه، وجه مشترک نظرات حقوقی در مورد سپرده بانکی این است که بانک، مالک سپرده می‌شود و تکلیف استرداد مثل آن را به سپرده‌گذار دارد و به همین دلیل است که دیوان تمیز فرانسه، چنین اظهارنظر کرده است که «دارندهٔ حساب بانکی یک بستانکار از بانک‌دار است» (کاشانی، ۱۳۷۶، ص. ۱۰۶).

به نظر حقوق‌دانان کشور انگلیس:

> هنگامی که یک بانک‌دار حسابی برای مشتری باز می‌کند، رابطه‌ای که میان آنان برپا می‌شود، رابطهٔ بدهکار و بستانکار است. هنگامی که در این حساب سپرده‌ای وجود دارد، مشتری بستانکار و بانک‌دار بدهکار می‌باشد. بنابراین وجوه سپرده از سوی سپرده‌گذار، در مالکیت بانک‌دار می‌باشد» (کاشانی، ۱۳۷۶).

در منابع حقوقی آمریکا:

> تصریح شده است که این قاعدهٔ بنیادی در حقوق بانکی است که در سپرده‌گذاری عام پول، همان لحظه که پول سپرده می‌شود به مالکیت بانک درمی‌آید و بانک و سپرده‌گذار رابطهٔ حقوقی بدهکار و بستانکار را به عهده می‌گیرند. اثر حقوقی این قرارداد آن است که وامی، به بانک داده می‌شود و بانک در برابر آن صریحاً یا به‌گونهٔ ضمنی تعهد بازپرداخت مبلغ سپرده را به‌محض درخواست می‌کند». (کاشانی، ۱۳۷۶).

در مادهٔ «۷۲۶» قانون مدنی جدید مصر آمده است: «اذا کانت الودیعة مبلغاً من النقود أو اَی شیء آخر مما یهلک بالاستعمال وکان المودع عنده مأذوناً له فی استعماله، اعتبر العقد قرضاً» (سنهوری، ۱۹۹۸،

ص. ۴۲۹)؛ هرگاه سپرده پول نقد و یا چیزی باشد که با استفاده از میان می‌رود و سپرده‌پذیر در استفاده از آن، اذن داشته باشد، قرارداد به‌عنوان قرض تلقی می‌شود.

با توجه به مطالب یادشده، ادعا شده است که «نظر پذیرفته‌شده در همهٔ نظام‌های حقوقی بانکی این است که در سپرده‌گذاری عام وجوه سپرده‌شده به مالکیت بانک درمی‌آید و بانک در برابر سپرده‌گذار بدهکار می‌گردد». (کاشانی، ۱۳۷۶، ص. ۹۹). پس سپرده‌گذاری، «تملیک پول به بانک در برابر ضمانت و تعهد او به بازپرداخت مثل آن»، همان (صغری قیاسی) است که صاحب این دیدگاه در پی اثبات آن است.

در نقد شاهد چهارم، سه نکته قابل‌توجه است:

الف) این دیدگاه حقوقی با تحلیل ودیعه‌بودن (عبدالله امین، ۱۳۶۷، ص. ۱۹۷) و عاریه‌بودن، (موسویان، ۱۳۸۱، ص. ۵۵) در سپرده‌های دیداری و اجاره‌بودن (موسویان، ۱۳۸۱) و مضاربه‌بودن (طنطاوی، ۲۰۰۱، ص. ۱۴۳) در سپرده‌های با سود و قرارداد جدیدبودن سپرده‌گذاری (عبدالله امین، ۱۳۶۷، ص. ۱۹۹؛ طنطاوی، ۲۰۰۱، ص. ۱۴۴؛ موسویان، ۱۳۸۱، ص. ۵۶؛ احمدی، ۱۳۷۴، ص. ۲۹۴) در تقابل و تعارض است و این تحلیل‌ها، حداقل مانع از حتمیت و قطعیت دیدگاه مزبور می‌شود.

ب) قانون فرانسه و همچنین حقوق انگلیس تصریحی به مالکیت بانک و تملیکی‌بودن سپرده‌گذاری نکرده و تنها با پرداختن به رابطهٔ میان مشتری و بانک، مشتری را بستانکار و بانک را بدهکار دانسته‌اند؛ ولی چنان‌که قبلاً اشاره شد، صرف طلبکاربودن سپرده‌گذار از بانک، ملازم با تملیکی‌بودن سپرده‌گذاری نیست؛ بلکه می‌شود، پول در ملکیت مالک باقی باشد و حق تصرف کامل به بانک واگذار شده باشد. در عین حال، به‌دلیل تعهد و ضمانت بانک به بازگرداندن وجه، چنین عنوانی انتزاع شود؛ حتی در بند ۲ مادهٔ ۱۲۹۳ قانون مدنی فرانسه آمده است: «در صورتی که بانک به‌گونه‌ای از سپرده‌گذار بستانکار شود حق اعلام تهاتر نخواهد داشت و حال‌آنکه بدهی ناشی از عقد قرض همیشه قابل تهاتر است». بله، نسبت به نظر حقوق‌دانان فرانسه –با اختلاف آن‌ها در اینکه آیا سپرده‌گذاری، امانت برخلاف قاعده، قرض و یا قرارداد جدید و بی‌نام است– و همچنین در حقوق کشور آمریکا ادعا شده است که بانک، مالک سپرده‌های پولی می‌گردد.

ج) ظاهراً، حقوق‌دانانی که مالکیت بانک را پذیرفته‌اند، در جریان پرداخت حقوقی و تشریح ماهیت سپرده‌گذاری با درنظرداشت سه امر مهم به این نتیجه رسیده‌اند:

(۱) رعایت‌نشدن مقررات ودیعه و امانت در این سپرده‌ها برخلاف نامشان؛

(۲) آزادی کامل بانک در دخل‌وتصرف وجوه سپرده‌شده؛

(۳) بستانکاربودن سپرده‌گذار و بدهکاربودن بانک از نظر قانون.

این در حالی است که قبلاً اشاره شد: سپردهٔ بانکی ودیعهٔ اصطلاحی نیست تا عین مال حفظ و رد شود. تصرف بانک بر اساس قرارداد و اجازهٔ مالک است و چنین تصرفی مستلزم خروج از ملک نیست؛ نظیر عامل مضاربه‌ای که اجازهٔ تصرف مطلق داده شود. طلبکاربودن مشتری هم ممکن است به‌خاطر تعهد و ضمانت بانک بر استرداد مال؛ در صورت تلف باشد نه اینکه پول به ملک بانک وارد شده و عوض او در ذمهٔ او ثابت شده باشد.

بنابراین شاهد چهارم هم، به‌گونه‌ای نیست که باعث اطمینان به تملیکی‌بودن پیمان سپرده‌گذاری شود.

### ۲ـ دو شاهد بر قرض‌نبودن سپرده‌گذاری

علاوه بر اینکه شواهد و قرائن قرض‌بودن سپرده‌گذاری، اشکال دارند، قرائنی وجود دارند که قرض‌بودن سپرده‌گذاری را رد می‌کنند؛ از جمله:

۱. از قرارداد سپرده‌گذاری، مفهوم قرض به ذهن عرف، تبادر و خطور نمی‌کند؛ بلکه سلب و نفی قرض از این قرارداد صحیح است. اگر کسی پولی را در بانک سپرده‌گذاری کند و از او سؤال شود: آیا پول خود را به بانک وام دادید؟ پاسخ می‌دهد: خیر، من سپرده‌گذاری نمودم. عرف جامعه و بانک‌داری، پاسخ او را تأیید می‌کنند. بنابراین، قرض که به‌لحاظ مفهوم عرفی موضوع احکام شرعی است، منطبق بر سپرده‌گذاری نیست. در علم اصول فقه ثابت شده است که عدم صدق یک عنوان به‌لحاظ معنای عرفی، بر یک مفهوم، کاشف از این است که مفهوم یادشده معنای آن عنوان یا فرد و مصداقی از معنای آن نیست؛ بلکه معنای عنوان و مفهوم یادشده دو امر مغایر و متفاوت هستند.

از آنچه، در نقد شواهد قرض و تملیکی‌بودن سپرده‌گذاری گفته شد، روشن می‌گردد که قرض‌بودن پیمان سپرده‌گذاری نه‌تنها محرز و مسلم نیست بلکه شواهدی، بر قرض‌نبودن این قرارداد نیز وجود دارد. بنابراین اجرای احکام قرض، از جمله مسئلهٔ ربای قرضی بر سپرده‌گذاری قابل تأمل است.

۲. در فقه و حقوق یک قاعدهٔ مسلم داریم که «العقود تابعة للقصود؛ یعنی پیمان‌ها تابع اراده و قصد عقدکنندگان هستند». بدین‌معنی که هیچ قراردادی بدون قصد و ارادهٔ دو طرف انجام نمی‌شود. در پیمان سپرده‌گذاری ارادهٔ سپرده‌گذار، بر این نیست که پول خود را به بانک وام و قرض دهد و همچنان، بانک نیز قصد گرفتن وام از مشتری را ندارد. پس چگونه این قرارداد را قرض بدانیم؟ (عبدالله امین، ۱۳۶۷، ص. ۱۹۹؛ فراهانی‌فرد، ۱۳۷۸، ص. ۱۹۷).

در پاسخ به این اشکال آمده است: چیزی که در عقد قرض، رکنیت دارد و فقها و حقوق‌دانان در تعریف آن آورده‌اند، تملیک مال در مقابل تعهد به برگرداندن مثل آن است. در تحقق قرض، هیچ‌کس شرط نکرده که حتماً با صیغهٔ عقد قرض، ایجاد شود؛ بلکه قصد مفهوم قرض کافی است (موسویان، ۱۳۸۱، ص. ۵۷).

در نقد این پاسخ می‌توان گفت: اولاً، از سلب عنوان وام و قرض از سپرده‌گذاری به دست می‌آید که مفهوم عرفی و رکن اصلی قرض که همان تملیک در برابر ضمانت عوض است، مقصود طرفین نیست و ثانیاً، اگر طرفین قصد تملیک و تملک نداشته باشند، بلکه سپرده‌گذاری با نیت وکالت، مشارکت یا معاوضهٔ حق استفاده از سپرده در برابر مبلغ معینی، انجام شود، مسلّماً ارکان قرض و سپس احکام آن بر آن تطبیق نخواهد کرد.

## راهکار پیشنهادی برای سپرده‌گذاری

اگرچه موضوع پژوهش که نقد دو دیدگاه باسابقه و پرطرفدار ودیعه و قرض‌بودن سپرده‌گذاری است به پایان رسید و نتیجهٔ فقهی و حقوقی آن یعنی عدم تطبیق احکام اختصاصی ودیعه مانند لزوم حفظ عین مال و ممنوعیت تصرف مالکانه در آن و بارنشدن احکام اختصاصی قرض از جمله حرمت ربای قرضی بر سود سپرده‌ها بانکی، بیان شد؛ اما ممکن است سؤال شود اگر قرارداد سپرده‌گذاری ودیعه و قرض نیست، پس چه معامله‌ای است؟ در پاسخ، جواب‌ها و راهکارهای مختلفی به‌خصوص برای سپرده با سود –که به‌خاطر شبههٔ ربا بحث و اختلاف بود– ارائه شده‌اند. برخی مضاربه (رمانی، بی‌تا، ص. ۳۷۰؛ صدر، بی‌تا، ص. ۱۴)، دستهٔ دیگر وکالت (طنطاوی، ۲۰۰۱، ص. ۱۳۵؛ مادهٔ ۹ قانون عملیات بانکی بدون ربا) و جمعی مشارکت (موسویان، ۱۳۸۱، ص. ۲۳۰) را به‌عنوان عقدهای مشروعی که سپرده‌گذاری باسود در قالب آن‌ها قابل انجام است، پیشنهاد داده‌اند.

بی‌گمان انجام این قرارداد در قالب معاملات یادشده، مستلزم شناخت و رعایت ارکان فقهی و حقوقی این معاملات است؛ زیرا بدون درنظرگرفتن این امر، اجرای احکام فقهی و حقوقی هریک از این قراردادها بر سپرده‌گذاری، بلکه مشروعیت آن زیر سؤال خواهد رفت.

یکی دیگر از جواب‌های مطرح‌شده آن است که سپرده‌گذاری قرارداد جدید و مستقلی است که با هیچ‌یک از قراردادهای شناخته‌شده انطباق ندارد (موسویان، ۱۳۸۱، ص. ۵۶)؛ بلکه دارای ویژگی‌ها و الزامات قانونی مختص به خود می‌باشد. پیمان یادشده پیمان عقلائی است (احمدی، ۱۳۷۴، ص. ۲۹۴) که در محیط تجاری تولد و رشد پیدا کرده، اصول عرف تجاری دربارهٔ آن شناخت شده و چارچوب حقوقی مشخص آن –که به‌مرور زمان توسط قانون‌گذاران کشورها تدوین شده– در عرف جامعه تأیید و عمل شده است (عبدالله امین، ۱۳۶۷، ص. ۱۹۹).

مسلماً، بررسی ارکان، شرایط و احکام فقهی و حقوقی هریک از قراردادهای مانند مضاربه، وکالت و مشارکت و کیفیت اجرای سپرده‌گذاری در قالب یکی از این معاملات نیاز به مطالعه و بررسی دقیق و علمی دارد. همچنین تحلیل سپرده‌گذاری به‌عنوان قرارداد جدید و مستقل و مشروعیت یا عدم مشروعیت آن از نظر قرآن، روایات و دیدگاه فقیهان، مطالعه و تحلیل علمی و پژوهشی دقیقی می‌طلبد. آیا می‌شود با عموم آیهٔ «اوفوا بالعقود» (مائده ۱) و روایت «المؤمنون عند شروطهم» (نوری، ۱۴۰۸ق، ج. ۱۳، ص. ۳۱۰) و اطلاق آیهٔ «تجارة عن تراض» (نساء ۲۹) و روایت «الناس مسلطون علی اموالهم» (احسائی، ۱۴۰۳ق، ج. ۱، ص. ۲۲۲) و مانند آن‌ها مشروعیت سپرده‌گذاری را به‌عنوان عقد مستقل ثابت کرد یا خیر؟

موضوعات و مسائل یادشده نیاز به پژوهش علمی و مستقلی دارد که از موضوع این مقاله خارج است.

## نتیجه‌گیری

بر اساس تحقیق انجام‌شده، روشن می‌گردد که ودیعه، امانت برخلاف قاعده و همچنین قرض‌بودن قرارداد سپرده‌گذاری محرز و ثابت نیست و تمام شواهد و قرائنی که برای ودیعه یا قرض‌بودن این قرارداد بیان شدند، قابل خدشه بوده و اطمینان‌آور نیست و بر اساس آن‌ها نمی‌توان موضوع حکم شرعی را ثابت نمود.

در نتیجه احکام و آثار اختصاصی ودیعه و قرض، مانند وجوب حفظ عین مال و حرمت انتفاع از آن که در ودیعه مطرح است و حرمت ربای قرضی برای گرفتن خدمات باارزش و سود که از احکام قرض است، بر این پیمان عرفی و عقلائی مترتب نمی‌شود. البته شرایط و مقررات کلی معاملات مانند عقل، بلوغ، اختیار، قصد و عدم سفاهت در دو طرف معامله و معلوم‌بودن مفاد عقد و غرری‌نبودن آن بایستی رعایت گردد. چنین معامله‌ای اگر داخل در عقود فاسده و ممنوعه نباشد، حکم به صحت و مشروعیت خواهد شد. ناگفته نماند اگر طرفین قرارداد با قصد و نیت قرض یا هر معاملهٔ خاص دیگر، این عقد را منعقد نمایند، رعایت احکام و شرایط خاص شرعی آن پیمان لازم است.

پیشنهاد می‌شود ازآنجاکه مسائل اقتصادی و بانکی از جمله سپرده‌گذاری مورد ابتلای جامعه است، نهاد مستقلی در حوزهٔ علمیه تشکیل شود که با شناسایی و جذب افرادی که در مسائل فقهی و موضوع‌شناسی از جمله مسائل اقتصادی و بانکی تخصص، تجربه و مهارت کافی دارند، زیر نظر فقیهان صاحب‌نظر، هم به تربیت افراد مستعد و علاقه‌مند در این مسائل بپردازند و هم پژوهش‌های کاربردی در این عرصه‌ها انجام دهند. حاصل این تحقیقات در نهادهای قانون‌گذاری مانند مجلس شورای اسلامی برای وضع قوانین شرعی و قابل‌اجرا استفاده شود.

## منابع


قرآن کریم با ترجمهٔ آیت‌الله مکارم شیرازی.

ابن‌منظور، محمد بن مکرم. (۱۹۹۷). *لسان العرب*. بیروت: دارصاد.

احسائی، محمد بن علی بن ابراهیم. (۱۴۰۳ق). *عوالی اللئالی* (تحقیق آقا مجتبی عراقی). قم: مطبعة سیدالشهدا.

احمدی، حسین‌علی. (۱۳۷۴). ربا و منفعت در عقود بانکی. در *مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی، مسائل مستحدثه (۱)* (صص. ۲۷۹–۳۵۰). قم: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

امامی، حسن. (۱۳۸۰). *حقوق مدنی* (چاپ پانزدهم). تهران: انتشارات اسلامیه.

توتونچیان، ایرج. (۱۳۷۵). *اقتصاد، پول و بانک‌داری*. تهران: مؤسسهٔ تحقیقاتی پولی و بانکی.

حسینی واسطی زبیدی، محمد. (۱۴۱۴ق). *تاج العروس*. بیروت: دارالفکر.

حلی، حسین. (بی‌تا). *بحوث فقهیة*. (عزالدین بحرالعلوم، تقریر). [بی‌جا]: مؤسسة المنار.

خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۶۵). *تحریرالوسیله* (چاپ پنجم). تهران: مکتبة اعتماد الکاظمی.

خوری شرتونی لبنانی، سعید. (۱۴۱۶ق). *اقرب الموارد فی فصح العربیة و الشوارد*. قم: دارالاسوه.

خوئی، ابوالقاسم. (۱۴۰۸ق). *المبانی فی شرح العروة الوثقی، کتاب المضاربة* (تقریر محمدتقی خوئی). قم.

دهخدا، علی‌اکبر. (۱۳۷۷). *لغت‌نامهٔ دهخدا* (چاپ دوم از دورهٔ جدید). تهران: انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

رمانی، زید محمد. (بی‌تا). عقد المضاربة و مدی تطبیق احکامها فی المصارف. *فقه پژوهی، دفتر هفتم، فقه و اقتصاد، جلد چهاردهم (مستحدثات اقتصادی ۵، چک ـ سهام ـ بانک ـ بورس)*، صص. ۳۱۱–۳۷۷. [بی‌جا].

سنهوری، عبدالرزاق احمد. (۱۹۹۸). *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*. بیروت: منشورات الحلبی الحقوقیة.

سیستانی، سید علی حسینی. (۱۴۲۱ق). *منهاج الصالحین*. قم: مطبعة صدر.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۴ق). *مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*. قم: مؤسسهٔ معارف اسلامی.

صدر، محمدباقر. (بی‌تا). *بانک اسلامی*. (ح. ا. خنجی، مترجم). [بی‌جا].

طباطبائی حکیم، محسن. (۱۳۹۲ق). *مستمسک العروة الوثقی*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

طریحی، فخرالدین. (۱۴۲۱ق). *مجمع البحرین* (چاپ اخیر). بیروت: دارمکتبة الهلال.

عبدالله امین، حسن. (۱۳۶۷). *سپرده‌های نقدی و راه‌های استفاده از آن در اسلام* (محمد رخشنده، مترجم). تهران: انتشارات امیرکبیر.

فراهانی‌فرد، سعید. (۱۳۷۸). *سیاست‌های پولی در بانک‌داری بدون ربا*. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

کاشانی، محمود. (۱۳۷۶). بررسی حقوقی چارچوب قانون عملیات بانکی بدون ربا. در *مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات هشتمین سمینار بانک‌داری اسلامی* (صص. ۸۱–۱۲۰). تهران: مؤسسهٔ عالی بانک‌داری ایران.

محقق داماد، مصطفی. (۱۳۷۴). *قواعد فقه مدنی، بخش ۲*. تهران: سمت.

مقدس اردبیلی، احمد. (۱۴۱۶ق). *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان*. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۶). *ربا و بانک‌داری اسلامی* (ابوالقاسم علیان‌نژاد، تهیه و تنظیم). قم: مدرسهٔ امام علی بن ابی‌طالب (ع).

منتظری، حسین‌علی. (۱۳۶۲). *توضیح المسائل*. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

موسوی بجنوردی، محمد. (۱۳۸۵). *قواعد فقهیه*. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.

موسویان، عباس. (۱۳۸۱). *بانک‌داری اسلامی*. تهران: پژوهشکدهٔ پولی و بانکی.

مؤسسهٔ مطالعاتی منتظران موعود. (۱۳۸۱). (محمدتقی بهجت و محمد فاضل لنکرانی). *رسالهٔ توضیح المسائل محشی امام خمینی*. مشهد: انتشارات هاتف.

نائینی، محمدحسین. (۱۴۱۷ق). *فوائد الاصول* (چاپ ششم، محمدعلی کاظمی خراسانی، تقریر). قم: مؤسسة النشر الاسلامی.

نجفی، محمدحسن. (۱۹۸۱). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام* (چاپ هفتم). بیروت: دار احیاء التراث العربی.

نوری، میرزا حسین. (۱۴۰۸ق). *مستدرک وسائل الشیعة*. قم: مؤسسة آل البیت (ع).

وحید خراسانی، حسین. (۱۳۷۹). *توضیح المسائل*. قم: مدرسهٔ باقرالعلوم.

## References

The Noble Qurʾān with translation by Āyatullāh Makārim Shīrāzī. (in Persian)

Ibn Manẓūr, Muḥammad ibn Mukarram. (1997 AD). *Lisān al-ʿArab*. Beirut: Dār Ṣād.

Aḥsāʾī, Muḥammad ibn ʿAlī ibn Ibrāhīm. (1403 AH / 1983 AD). *ʿAwālī al-Liʾālī* (Edited by Āqā Mujtabā ʿIrāqī). Qom: Maṭbaʿat Sayyid al-Shuhadāʾ. (in Persian)

Aḥmadī, Ḥusayn ʿAlī. (1374 Sh. / 1995 AD). "Ribā wa Manfaʿat dar ʿUqūd Bānkī" [Usury and Benefit in Banking Contracts]. In *Majmūʿeh Āthār Kongreh-ye Barrasī-ye Mabānī-ye Fiqhī-ye Imām Khomeinī, Masāʾil-e Mustaḥdathah* (Vol. 1, pp. 279–350). Qom: Muʾassasat Tanzīm wa Nashr Āthār Imām Khomeinī. (in Persian)

Imāmī, Ḥasan. (1380 Sh. / 2001 AD). *Ḥuqūq-i Madanī* (15th ed.) [Civil Law]. Tehran: Intishārāt Islāmiyyah. (in Persian)

Tūtūnchīān, Īraj. (1375 Sh. / 1996 AD). *Iqtiṣād, Pūl wa Bānk-dārī* [Economics, Money, and Banking]. Tehran: Muʾassasat Taḥqīqāt-i Pūlī wa Bānkī. (in Persian)

Ḥusaynī Wāsiṭī Zabīdī, Muḥammad. (1414 AH / 1994 AD). *Tāj al-ʿArūs*. Beirut: Dār al-Fikr. (in Persian)

Ḥillī, Ḥusayn. (n.d.). *Buḥūth Fiqhiyyah*. Edited by ʿIzz al-Dīn Baḥr al-ʿUlūm. [n.p.]: Muʾassasat al-Manār. (in Persian)

Khomeinī, Sayyid Rūḥullāh. (1365 Sh. / 1986 AD). *Taḥrīr al-Wasīlah* (5th ed.) [The Composition of the Means]. Tehran: Maktabat Iʿtimād al-Kāẓimī. (in Persian)

Khūrī Shartūnī Lebanese, Saʿīd. (1416 AH / 1996 AD). *Aqrab al-Mawārid fī Fuṣḥ al-ʿArabiyyah wa al-Shawārid*. Qom: Dār al-ʾUswah. (in Persian)

Khūyī, Abū al-Qāsim. (1408 AH / 1988 AD). *Al-Mabānī fī Sharḥ al-ʿUrwah al-Wuthqā, Kitāb al-Muḍārabah* [The Foundations on the Explanation of the Firm Handle, The Book of Profit-Sharing]. Qom. (in Persian)

Dihḵudā, ʿAlī Akbar. (1377 Sh. / 1998 AD). *Lughatnāmah-ye Dihḵudā* (2nd ed. of new edition) [Dihḵudā's Dictionary]. Tehran: Nashr va Chaap Dāneshgāh-i Tehran. (in Persian)

Rimānī, Zayd Muḥammad. (n.d.). "ʿAqd al-Muḍārabah wa Madāy-e Taṭbīq Aḥkām-hā dar al-Masārif" [Profit-Sharing Contract and Scope of Application of Its Rules in Banks]. *Fiqh-Pūzhūhī*, Vol. 7, Fiqh wa Iqtiṣād, Vol. 14 (Economic Innovations 5: Checks – Stocks – Banks – Stock Market), pp. 311–377. (in Persian)

Sanhūrī, ʿAbd al-Razzāq Aḥmad. (1998 AD). *Al-Wasīṭ fī Sharḥ al-Qānūn al-Madanī al-Jadīd* [The Mediator in the Explanation of the New Civil Code]. Beirut: Manshūrāt al-Ḥalabī al-Ḥuqūqiyyah.

Sīstānī, Sayyid ʿAlī Ḥusaynī. (1421 AH / 2000 AD). *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qom: Maṭbaʿat Ṣadr.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. (1414 AH / 1993 AD). *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharāʾiʿ al-Islām*. Qom: Muʾassasat Maʿārif Islāmīyyah. (in Persian)

Ṣadr, Muḥammad Bāqir. (n.d.). *Bānk al-Islāmī* [Islamic Bank]. Translated by Ḥ. A. Khanjī. (in Persian)

Ṭabāṭabāʾī Ḥakīm, Muḥsin. (1392 Sh. / 2013 AD). *Mustamsak al-ʿUrwah al-Wuthqā*. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Persian)

Ṭurayḥī, Fakhr al-Dīn. (1421 AH / 2000 AD). *Majmaʿ al-Baḥrayn* (latest ed.). Beirut: Dār Maktabat al-Hilāl. (in Persian)

ʿAbdullāh Amīn, Ḥasan. (1367 Sh. / 1988 AD). "Sepordehā-ye Naqdī va Rāhhā-ye Estefādeh az Ān dar Islām" [Cash Deposits and Ways of Using Them in Islam]. Translated by Muḥammad Rakhshandeh. Tehran: Intishārāt Amīrkabīr. (in Persian)

Farāhānī-fard, Saʿīd. (1378 Sh. / 1999 AD). *Siyāsat-hā-ye Pūlī dar Bānk-dārī Bedūn Ribā* [Monetary Policies in Interest-Free Banking]. Qom: Markaz Intishārāt Daftar Tablīgh Islāmī. (in Persian)

Kāshānī, Maḥmūd. (1376 Sh. / 1997 AD). "Barrasī-ye Ḥuqūqī-ye Chārčūb-e Qānūn ʿAmalīyāt-e Bānk-dārī Bedūn Ribā" [Legal Review of the Framework of the Interest-Free Banking Operations Law]. In *Majmūʿeh Sokhanrānī-hā wa Maqālāt-e Hashtomin Seminār-e Bānk-dārī Islāmī* [Proceedings and Articles of the 8th Islamic Banking Seminar], pp. 81–120. Tehran: Muʾassasat ʿĀlī-ye Bānk-dārī Irān. (in Persian)

Muḥaqqiq Dāmād, Muṣṭafā. (1374 Sh. / 1995 AD). *Qawāʿid Fiqh Madanī, Qism 2* [Rules of Civil Jurisprudence, Part 2]. Tehran: Samt. (in Persian)

Muqaddas Ardabīlī, Aḥmad. (1416 AH / 1995 AD). *Majmaʿ al-Fāʾidah wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-Adhhān* [The Collection of Benefit and Proof in Commentary on the Guidance of Minds]. Qom: Muʾassasat al-Nashr al-Islāmī. (in Persian)

Makārim Shīrāzī, Nāsir. (1376 Sh. / 1997 AD). *Ribā wa Bānk-dārī Islāmī* [Usury and Islamic Banking]. Prepared and Edited by Abū al-Qāsim ʿAlīyān Nezhād. Qom: Madraseh Imām ʿAlī ibn Abī Ṭālib (ʿalayh al-salām). (in Persian)

Muntaẓarī, Ḥusayn ʿAlī. (1362 Sh. / 1983 AD). *Tawḍīḥ al-Masāʾil* [Clarification of Issues]. Qom: Markaz Intishārāt Daftar Tablīgh Islāmī. (in Persian)

Mūsawī Bojnourdī, Muḥammad. (1385 Sh. / 2006 AD). *Qawāʿid Fiqhiyyah* [Jurisprudential Rules]. Tehran: Majmaʿ ʿIlmī va Farhangī Majd. (in Persian)

Mūsavīyān, ʿAbbās. (1381 Sh. / 2002 AD). *Bānk-dārī Islāmī* [Islamic Banking]. Tehran: Pužūhishkadah Pūlī va Bānkī. (in Persian)

Muʾassasah-ye Muṭālaʿāt-e Muntaẓarān-e Mawʿūd. (1381 Sh. / 2002 AD). (Muḥammad Taqī Bahjat and Muḥammad Fāḍil Lankarānī). *Risālah-ye Tawḍīḥ al-Masāʾil Maḥshī Imām Khomeinī* [Explanatory Treatise on Imām Khomeinī's Jurisprudential Issues]. Mashhad: Intishārāt Hātef. (in Persian)

Nāʾīnī, Muḥammad Ḥusayn. (1417 AH / 1996 AD). *Fawāʾid al-Uṣūl* (6th ed.; Edited by Muḥammad ʿAlī Kāẓimī Khorāsānī). Qom: Muʾassasat al-Nashr al-Islāmī. (in Persian)

Najafī, Muḥammad Ḥasan. (1981 AD). *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāʾiʿ al-Islām* (7th ed.) [Jewels of Discourse in the Explanation of Islamic Laws]. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Persian)

Nūrī, Mīrzā Ḥusayn. (1408 AH / 1988 AD). *Mustadrak Wāsiʿ al-Shīʿah* [The Supplementary Means of the Shīʿah]. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt. (in Persian)

Wahīd Khorāsānī, Ḥusayn. (1379 Sh. / 2000 AD). *Tawḍīḥ al-Masāʾil* [Clarification of Issues]. Qom: Madrasat Bāqir al-Ulūm. (in Persian)

Studies of Islamic Jurisprudence and the Basis of Law
Online ISSN: 2783-0837 Print ISSN: 2783-2368
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# Fiqhī and Legal Foundations of Criminal Policy Against Tax Crimes

**Abdolvahab Karimi**[1], **Mohsen Malekafzali Ardakani**[2], and **Gholamreza Peyvandi**[3]

1. PhD Student in Criminal Law and Criminology, Higher Education Complex for Islamic Humanities, Al-Mustafa International University, Qom, Iran. Email: karimi.wahab@gmail.com
2. *Corresponding Author*, Full Professor, Department of Law, Faculty of Law and Political Sciences, Higher Education Complex for Islamic Humanities, Al-Mustafa International University, Qom, Iran. Email: malekafzali@miu.ac.ir
3 .Assistant Professor, Faculty of Fiqh and Law, Research Institute for Islamic Culture and Thought, Qom, Iran. Email: pyvandi@yahoo.com

**Article Info**

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received
21 August 2023
Received in revised form
23 September 2023
Accepted
24 October 2023
Available online
22 June 2025

***Keywords:***
foundations,
criminal policy,
tax crimes,
legitimacy,
social justice

**ABSTRACT**

One of the most effective methods for combating prevalent tax crimes is the logical and convincing explication of the foundations that legitimize criminal policy in response to these crimes, so that people become persuaded that the government, based on legal and religious principles, has the right to resort to various forms of criminal policy against perpetrators of tax crimes; thus, citizens should not imagine that the government, through the weapon of criminal policies, unjustly appropriates and seizes a portion of their assets by abusing force. In this research, the foundations that legitimize criminal policy against tax crimes are examined based on fiqhī and legal sources, and it addresses the question of which evidence obligates citizens to pay a portion of their income to the government in the form of taxes. The aim of the research is to prevent tax crimes by convincing citizens of the legitimacy and religious validity of these policies and encouraging obedience to them. The findings of the research indicate that criminal policy in combating tax crimes is founded on multiple and robust bases that effectively prove the legitimacy and righteousness of adopting this type of policy in response to tax crimes.

**Cite this article:** Karimi, A., Malekafzali Ardakani, M., & Peyvandi, G. (2025). Fiqhī and Legal Foundations of Criminal Policy Against Tax Crimes. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law, 19*(1), 117-140. http//doi.org/10.22034/fvh.2023.16738.1820

© The Author(s). Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: http//doi.org/10.22034/fvh.2023.16738.1820

## Introduction

Contemporary tax systems face a significant challenge in the rise of tax-related offenses and the proliferation of negative public perceptions regarding the legitimacy of taxation and its associated criminal policies. A primary factor contributing to such crimes is the failure to provide a logically coherent and persuasive theoretical framework that legitimizes the state's authority to levy taxes and to implement punitive measures against evasion. In religious societies, many citizens recognize their duty to pay religious taxes, such as *khums* and *zakāt*, yet perceive governmental taxation as illegitimate due to misunderstanding or misinformation. They often view state taxes as an unjust expropriation or usurpation (*ghaṣb*) of private property enforced through coercion and macro-level criminal sanctions. This misconception not only leads to widespread tax evasion through fraudulent declarations and other schemes but also diminishes the social stigma (*qabḥ*) attached to such crimes, which may even be perceived as a mark of shrewdness. To combat these offenses effectively, punitive legislation alone is insufficient. It is imperative to articulate the theoretical foundations that legitimize both the act of taxation and the state's right to criminalize (*jurm-angārī*) and penalize non-compliance. A well-reasoned explanation will persuade citizens of the state's right to tax and to employ criminal policy against offenders, thereby fostering a societal consensus that these offenses are as reprehensible as traditional crimes and helping to institutionalize a culture of tax compliance. This study addresses a notable gap in the existing literature by providing an independent analysis of this specific issue.

## Methodology

This study employs a descriptive-analytical methodology. Data was collected through a comprehensive review of library resources, with a focus on authoritative academic, legal, and Islamic jurisprudential (*fiqhī*) literature. The collected materials were then subjected to a rigorous and systematic critical analysis to identify and articulate the foundational principles underpinning criminal policy related to taxation.

## Findings

The research demonstrates that the criminal policy against tax offenses is grounded in multiple, robust legal and religious (*sharʿī*) foundations that validate both the collection of taxes and the necessity of punitive measures against evasion. The key legitimizing principles are:

1. **Upholding Social Justice (*ʿAdālat al-Ijtimāʿiyyah*):** Taxation serves as a vital instrument for the equitable redistribution of wealth, the reduction of class disparities, and the financing of public goods and services, thereby contributing to the realization of social justice.

2. **Preserving the State's Integrity and Authority (*Ḥifẓ al-Niẓām*):** Tax revenue strengthens the state's economic foundation, which is essential for maintaining its authority, stability, and sovereignty.
3. **Enabling Governmental Functions:** The state is tasked with essential duties, including ensuring national security, developing economic infrastructure, and implementing development programs, none of which are feasible without a consistent stream of tax revenue.
4. **The Government's Entitlement to a Share of Economic Profits:** The state provides the security, infrastructure, and stable environment that enable citizens to engage in profitable economic activities. It is, therefore, a stakeholder entitled to a share of the profits generated within this framework.
5. **Securing Sustainable State Revenue:** Unlike volatile income sources, taxation provides a stable and reliable revenue stream for funding administrative, public, and social expenditures, playing a crucial role in national economic stability.

The study also found a significant lack of public awareness regarding these legitimizing principles, which directly contributes to the high incidence of tax crimes. It is therefore recommended that criminal policymakers look beyond traditional penalties (e.g., fines, imprisonment, deprivation of social rights) and incorporate alternative sanctions. Specifically, educational and probationary programs for tax offenders should be implemented to acquaint them with these foundational principles and persuade them of the legitimacy of both taxation and the state's criminal policy in this domain.

## Conclusion

This research yields two primary conclusions. First, a purely coercive strategy against tax crimes, implemented without public persuasion, is neither sustainable nor effective as a long-term solution. To institutionalize a robust "culture of tax compliance" and prevent offenses, the principles that legitimize taxation and its associated criminal policy must be systematically and continuously communicated to the public via media and educational platforms. Second, in formulating criminal policy, legislators must augment traditional penalties with alternative sanctions. The integration of probationary and educational courses can serve as a more effective instrument for reforming offender attitudes. Participation in such programs can persuade individuals of the necessity of paying taxes and the legitimacy of punitive responses, thereby reducing recidivism and fostering a societal consensus that tax evasion is a morally reprehensible (*qabīḥ*) act, on par with traditional common law crimes.

***Author Contributions:*** This article is extracted from my doctoral dissertation titled "The Penal Policy of Islam and Afghanistan Regarding Tax Crimes." My esteemed advisors, Dr. Mohsen Malek Afzali and Dr. Gholam Reza Peyvandi, served as my supervisor and consultant, respectively, for this dissertation. As this article is derived from the aforementioned dissertation, these two distinguished professors have made significant contributions to its preparation in the following two stages: First: Providing guidance, critiques, and suggestions for substantive and formal revisions during the writing of the dissertation. Second: Providing guidance, critiques, and suggestions for substantive and formal revisions after the article was extracted and submitted to them for their review.

***Data Availability Statement:*** Not Applicable.

***Acknowledgements:*** I extend my sincere gratitude to all the respected officials and staff of this scholarly research journal, particularly its honorable director, Dr. Ruhollah Saeidi Fazel; its esteemed editor-in-chief, Dr. Karim Abdullahinejad; the respected assessors and reviewers of this article; the translator of the abstract; and its editor. I also express my gratitude to my supervisor and consultant.

***Ethical Considerations:*** The authors avoided data fabrication, falsification, plagiarism, and misconduct.

***Funding:*** This article has not received financial support from any organization or institution.

***Conflict of Interest:*** The authors declare no conflict of interest.

***Declaration of Generative AI and AI-assisted technologies in the writing process:*** I have not utilized artificial intelligence in the writing of this article.

مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق
شاپا برخط: ۰۸۳۷-۲۷۸۳ شاپا چاپی: ۲۳۶۸-۲۷۸۳
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# مبانی فقهی و حقوقی سیاست کیفری در برابر جرایم مالیاتی

عبدالوهاب کریمی[۱]، محسن ملک‌افضلی اردکانی[۲]، و غلامرضا پیوندی[۳]

۱. دانشجوی دکتری رشتهٔ حقوق جزا و جرم‌شناسی، مجتمع آموزش عالی علوم انسانی اسلامی، جامعة المصطفی العالمیه، قم، ایران. رایانامه: karimi.wahab@gmail.com

۲. *نویسندهٔ مسئول*، استاد تمام گروه حقوق، دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی، مجتمع آموزش عالی علوم انسانی، جامعة المصطفی العالمیه، قم، ایران. رایانامه: malekafzali@miu.ac.ir

۳. استادیار دانشکدهٔ فقه و حقوق و مدیر گروه فقه و حقوق، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم، ایران. رایانامه: pyvandi@yahoo.com

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:**
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۳۰
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۷/۰۱
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۲
تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۴/۰۱

***کلیدواژه‌ها:***
مبانی،
سیاست کیفری،
جرایم مالیاتی،
مشروعیت،
عدالت اجتماعی

**چکیده**

یکی از مؤثرترین شیوه‌ها برای مبارزه با جرایم شایع مالیاتی، تبیین منطقی و قانع‌کنندهٔ مبانی مشروعیت‌بخش سیاست کیفری در قبال این جرایم است تا مردم متقاعد شوند که دولت بر اساس اصول و مبانی حقوقی و دینی، حق دارد، در مقابل مرتکبان جرایم مالیاتی، متوسل به انواع سیاست کیفری شود؛ لذا شهروندان تصور نکنند که حکومت با حربهٔ سیاست‌های کیفری، بخشی از دارایی آن‌ها را به‌ناحق و با سوءاستفاده از زور تملّک و تصاحب می‌کند. در این تحقیق، مبانی مشروعیت‌بخش سیاست کیفری در برابر جرایم مالیاتی، بر اساس منابع فقهی و حقوقی، بررسی می‌شود و به این سؤال پاسخ داده می‌شود که بر اساس کدام ادله، شهروندان ملزم‌اند بخشی از درآمد خود را در قالب مالیات به دولت بپردازند. هدف از تحقیق، پیشگیری جرایم مالیاتی از طریق اقناع شهروندان به مشروعیت و اعتبار دینی این سیاست‌ها و فرمان‌پذیری از آن‌ها است. یافته‌های تحقیق حاکی از آن است که سیاست کیفری در مبارزه با جرایم مالیاتی بر مبانی متعدد و محکمی استوار است که مشروعیت و حقانیت اتخاذ این نوع سیاست را در مقابل جرایم مالیاتی به‌خوبی اثبات می‌کند.

**استناد:** کریمی، عبدالوهاب؛ ملک‌افضلی اردکانی، محسن؛ و پیوندی، غلامرضا (۱۴۰۴). مبانی فقهی و حقوقی سیاست کیفری در برابر جرایم مالیاتی. *مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*، ۱۹(۱)، ۱۱۷-۱۴۰.
https://doi.org/10.22034/fvh.2023.16738.1820

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.
© نویسنده(گان).

## مقدمه

از جمله مباحث مهم در حوزهٔ حقوق کیفری، بررسی بنیان‌های نظری فقهی و حقوقی سیاست کیفری در قبال جرایم مالیاتی است که الزام‌آوری و اطاعت از قواعد حقوقی و سیاست کیفری را به‌صورت مستدل و منطقی اثبات می‌کند و شهروندان را به فرمان‌پذیری از این سیاست‌ها و خودداری از سرپیچی آن‌ها وادار می‌نماید و به تدابیر کلان کیفری در برابر جرایم مالیاتی اعتبار و مشروعیت می‌بخشد. ضرورت و اهمیت بررسی این موضوع با توجه به این نکته مضاعف می‌شود که جرایم مالیاتی از جمله شایع‌ترین جرایم در همهٔ کشورهاست. اکثر شهروندان احساس می‌کنند که دولت با توسل به زور و درپیش‌گرفتن سیاست کیفری در قبال جرایم مالیاتی به‌ناحق بخشی از دارایی آنان را به‌نام مالیات، تملّک و غصب می‌کند و اخذ مالیات، مخصوصاً گرفتن مالیات حکومتی و اتخاذ سیاست کیفری در برابر جرایم مالیاتی یعنی جرم‌انگاری رفتارهای ضدمالیاتی و پیش‌بینی پاسخ‌های کیفری در برابر آن‌ها را ظالمانه می‌انگارند. به همین دلیل، بیشتر شهروندان ارتکاب جرایم مالیاتی را برخلاف جرایم طبیعی و سنتی، امر قبیح و موجب تنزّل شخصیت و پایگاه اجتماعی مرتکب، نمی‌شمارند، بلکه این عمل را نشانهٔ زرنگی و هوشمندی شخص تلقی می‌کنند. افراد مذهبی بسیاری، خمس و زکات را پرداخت می‌کنند، ولی مالیات نمی‌پردازند و اظهارنامه‌های خلاف واقع ارائه می‌دهند.

بنابراین، یکی از ادلهٔ شیوع جرایم مالیاتی، عدم تبیین مستدل و منطقی مبانی سیاست کیفری در دو بخش جرم‌انگاری و پاسخ‌های کیفری، برای شهروندان است. برای مبارزهٔ مؤثر با این جرایم، ضروری است که مبانی این سیاست، به‌صورت مستدل از طریق رسانه‌ها، مطبوعات و تدابیر کیفری چون آموزش مبانی این سیاست‌ها برای مرتکبان این جرایم، در قالب مجازات‌های جایگزین زندان، برای مردم تبیین شود تا آنان متقاعد و قانع شوند که پرداخت مالیات امر عادلانه است و دولت بر اساس اصول و مبانی حقوقی و دینی، حق دارد که در مقابل مرتکبان این جرایم، انواع سیاست کیفری ضروری را در پیش گیرد و در نتیجه تصور نادرست به‌نامشروع‌بودن این سیاست‌ها زدوده شود و با این اقناع، فرهنگ پرداخت مالیات، در میان مردم نهادینه شود.

افزون‌براین، تا آنجایی که نویسنده بررسی کرده، در این موضوع خاص تاکنون پژوهش کافی نشده است و هرچند برخی مبانی مشروعیت اخذ مالیات را شهید مطهری زیر عنوان مبانی اولیهٔ حقوق اسلامی در کتاب بیست گفتار بحث کرده و نیز عباس مخلصی، برخی مبانی را در مجلهٔ فقه (۱۳۷۴)، شمارهٔ ۳، زیر عنوان مشروعیت اخذ مالیات حکومتی بررسی نموده، ولی در هیچ منبعی همهٔ مبانی زیر عنوان فوق در مقاله یا کتابی واکاوی نشده است.

این مقاله می‌کوشد بعد از تبیین مفاهیم اصلی و تفاوت آن با مفاهیم مرتبط، مبانی مشروعیت‌بخش سیاست‌های کیفری در قبال جرایم مالیاتی را بر اساس منابع حقوقی و فقهی (یعنی آیات، روایات و عقل) بررسی کند. مبانی مورد بحث، مشروعیت سیاست کیفری و به‌تبع مشروعیت اخذ مالیات را اثبات می‌کند و نیز به این سؤال اصلی پاسخ می‌دهد که بر اساس کدام ادله شهروندان ملزم هستند که بخشی از درآمد

مشروع خود را که حاصل دسترنج و زحمات شبانه‌روزی آنان است، در قالب مالیات به دولت بپردازند و در غیر این صورت، با حربهٔ سیاست کیفری مواجه خواهند شد.

## مفهوم مبانی و سیاست کیفری

مبنا (Base) در لغت به‌معنای پایه، بنیان و اساس آمده است (دهخدا، ۱۳۹۰، ج. ۲، ص. ۲۵۷۷). آنچه یک نظر، باور و غیره بر آن نهاده می‌شود؛ اصل زیربنایی، اساس، نقطهٔ آغازین، توجیه یا دلیل برای یک موضوع (Hornby, 1987, p.341). در اصطلاح به بنیان‌های نظری گفته می‌شود که الزام‌آوری و اطاعت از قواعد و نظام حقوقی را به‌صورت مستدل و منطقی اثبات می‌کند (منصورآبادی و ریاحی، ۱۳۹۱، ص. ۱۱). مبانی سیاست کیفری در برابر جرایم مالیاتی، شهروندان را به فرمان‌پذیری از این سیاست‌ها و خودداری از سرپیچی از آن‌ها وادار می‌کنند و موجب می‌شود که آنان از درون خود را ملزم به اطاعت از این سیاست‌ها بدانند؛ زیرا مبانی به چرایی الزام‌آوربودن قواعد حقوقی و در نتیجه به اعتبار و مشروعیت قواعد و نظام حقوقی پاسخ قانع‌کننده‌ای ارائه می‌دهد (منصورآبادی و ریاحی، ۱۳۹۱، صص. ۱۱ و ۱۲).

اصطلاح «سیاست کیفری» (Penal policy) از دو کلمهٔ «سیاست» و «کیفر» تشکیل یافته است. تبیین صحیح این مفهوم، مستلزم توضیح این دو واژهٔ تشکیل‌دهندهٔ آن است. واژهٔ «سیاست» در لغت در سه معنا استعمال شده است. نخست، «ادارهٔ کشور» (state administration) که از آن به پاس‌داشتن ملک، حکم‌راندن بر رعیت، اداره‌کردن امور مملکت، حکومت و ریاست تعبیر شده است (دهخدا، ۱۳۹۰، ج. ۲، ص. ۱۷۳۵). دوم، به‌معنای مجازات (Punishment)، عقوبت و تنبیه‌کردن (دهخدا، ۱۳۹۰، ج. ۲، ص. ۱۴۹۳) به کار رفته است. سوم، به‌معنای تدبیر (Policy) مصلحت و دوراندیشی (دهخدا، ۱۳۹۰، ج. ۲، ص. ۱۷۳۵) استعمال شده است که در این حالت واژهٔ سیاست غالباً به‌شکل اضافی مانند سیاست کیفری، سیاست اقتصادی، سیاست فرهنگی و غیره به کار می‌رود.

مقصود از کلمهٔ سیاست در ترکیب‌های اضافی مانند سیاست کیفری، سیاست جنایی و غیره، همان معنای سوم آن است (اردبیلی، ۱۳۹۷، ص. ۴۹). بر اساس این معنا، سیاست یک نوع چاره‌اندیشی و تدبیر است که برای حل مشکلات اجتماعی و رسیدن به اهداف خاصی طرّاحی می‌شود. اندیشمندان، سیاست به‌معنای سوم را به بیان‌های مختلف تعریف کرده‌اند، از جمله سیاست «تدوین راه‌حل عملی برای حل مشکل خاص اجتماعی یا برای دستیابی به هدف ویژه است». (اشتریان، ۱۳۸۱، ص. ۵۱). «راه‌حل حکومت برای حل مسائل عمومی است». (دانایی‌فرد، ۱۳۹۱، ص. ۱۱۷). سیاست «مجموعهٔ اقدامات هدفمند و نسبتاً پایدار واقعی هر حکومتی است که رفع مشکلی را، بهبود عملی را و بهره‌گیری از فرصتی را نشانه می‌رود». (دانایی‌فرد، ۱۳۹۱، ص. ۱۱۷).

«کیفری» دارای «یای» نسبت، منسوب به کیفر است. کیفر به‌معنای مجازات، جزا، پاداش و جزای عمل آمده است (دهخدا، ۱۳۹۰، ج. ۲، ص. ۲۳۸۲). حقوق‌دانان مجازات را به بیان‌های مختلف تعریف کرده است مانند «مجازات رنج و تعبی است که بر مرتکب جرم اعمال می‌شود». (علی‌آبادی، ۱۳۸۵، ج. ۲، ص. ۳). «مجازات اقدام سرکوبگرانهٔ قانونی است و قاضی متهمی را به آن محکوم می‌کند که مسئولیت جزایی او

در برابر عمل مجرمانه ثابت شده است». (ابوعامر، ۱۹۹۶، ص. ۴۷۰). عبارت سیاست کیفری از لحاظ لغوی به‌معنای اداره‌کردن امور بزهکاری از رهگذر کیفر است (مقدسی، ۱۳۹۰، ص. ۲۲).

در اصطلاح، سیاست کیفری به بیان‌های مختلف تعریف شده‌اند مانند سیاست کیفری به تدبیر و چاره‌اندیشی برای کیفر و به اجراگذاشتن نهادهای مختلف حقوق جزا برای کنترل جرم گفته می‌شود. اولین چاره‌اندیشی جوامع از دیرباز، به‌کارگیری ارعاب و قوهٔ قهرآمیز بوده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱، ص. ۲۴۷). انسلم فون فوئرباخ، سیاست جنایی را به‌صورت مضیق به بیان ذیل تعریف کرده است که امروزه همان سیاست کیفری مصطلح است: «مجموعهٔ شیوه‌های سرکوبگرانه‌ای که دولت با استفاده از آن‌ها علیه جرم واکنش نشان می‌دهد». (لازرژ، ۱۳۹۶، ص. ۱۱). سیاست کیفری مجموعه‌ای از استراتژی‌ها و اعم از جرم‌انگاری، کیفردهی، اصلاح و درمان، زندان‌گرایی یا حبس‌زدایی و روی‌آوردن به جایگزین‌های زندان و غیره را در بر می‌گیرد (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۹، ص. ۱۲۱).

با توجه به این تعریف‌ها، می‌توان گفت سیاست کیفری در برابر جرایم مالیاتی به مجموعه‌ای از جرم‌انگاری‌ها، پاسخ‌های کیفری و نیز استراتژی‌ها و تدابیر شکلی عمومی و افتراقی گفته می‌شود که قانون‌گذار برای مبارزه با این جرایم، پیش‌بینی و اجرا می‌کند. بر اساس این تعریف‌ها، سیاست کیفری در برابر جرایم مالیاتی، دارای جنبه‌ها، ویژگی‌ها و قلمرو زیر است:

نخست: مبتنی و مجهز به تدبیرها و امکاناتی است که از نظر ماهیت عمدتاً قهرآمیز و تنبیهی هستند؛

دوم: جنبه رسمی و دولتی دارد و تنها از سوی قوای حکومت (دادگاه‌ها، پلیس، زندان‌ها و غیره) به اجرا گذاشته می‌شود؛ زیرا تأمین امنیت و مبارزه با جرم از وظایف انحصاری دولت است؛

سوم: از سیاست کیفری تنها، به‌منظور مبارزه علیه «جرم» استفاده می‌شود و رفتارهای «انحرافی» هرچند از لحاظ اخلاقی و اجتماعی مذموم‌اند، از قلمرو سیاست کیفری خارج است.

چهارم: سیاست کیفری شامل جرم‌انگاری، پاسخ‌های کیفری و آیین دادرسی کیفری اعم از عمومی و افتراقی می‌شود.

پنجم: از قید کلمهٔ «واکنش» در بعضی از تعریف‌ها، استنباط می‌شود که سیاست کیفری، جنبه واکنشی دارد، نه کنشی؛ در مرحلهٔ اول باید، جرم ارتکاب یابد تا در برابر آن با انواع پاسخ‌های کیفری، واکنش نشان داده شود. بنابراین، سیاست کیفری، شامل انواع شیوه‌های پیشگیری نمی‌شود که جنبه کنشی دارد و قبل از وقوع جرم انجام می‌شود. در سیاست کیفری، پیشگیری از جرم تنها، با سرکوبی و اجرای مجازات انجام می‌شود (لازرژ، ۱۳۹۶، ص. ۱۱)، ولی به نظر می‌رسد این مطلب اخیر به‌صورت کلی صحیح نیست. سیاست کیفری حداقل شامل پیشگیری کیفری می‌شود؛ چون قلمرو سیاست کیفری شامل جرم‌انگاری و پاسخ‌های کیفری نیز می‌شود که قبل از وقوع جرم و تحمیل مجازات از سوی قوهٔ مقننهٔ کشور انجام می‌شود و با جرم‌انگاری رفتارهای بزهکارانه و کیفرانگاری، مجرمان بالقوه تهدید می‌گردند و این امر جنبه پیشگیری کیفری عمومی دارد.

## تفاوت سیاست کیفری با سیاست جنایی

مفهوم مشابه سیاست کیفری در برابر جرایم مالیاتی، سیاست جنایی (Criminal policy) در برابر این جرایم است. برای واضح‌شدن بیشتر تعریف سیاست کیفری در برابر جرایم مالیاتی، ضروری است این مفهوم مشابه تعریف و تفاوت آن با سیاست کیفری بررسی شود. سیاست جنایی تلاش منطقی و سازمان‌یافتهٔ جامعه برای غلبه بر جرم است؛ به بیان دیگر سیاست جنایی تلاش عقلانی برای پیشگیری از جرم و واکنش در برابر جرم است (Kenedi, 2020, p. 69). سیاست جنایی «مجموعهٔ روش‌هایی است که هیئت اجتماع با توسل و به‌کاربستن آن‌ها، پاسخ‌های مختلف به پدیدهٔ جنایی را سازمان می‌بخشد» (دلماس مارتی، ۱۳۹۵، ص. ۶۹). هدف اصلی از این پاسخ‌های متعدد از سوی هیئت اجتماع، کنترل پدیدهٔ مجرمانه است.

بر اساس این تعریف‌ها در سیاست جنایی، از استراتژی‌ها و راهبردهای کلان بحث می‌شود. سیاست جنایی دارای چهار رکن اساسی جرم، انحراف، دولت و جامعهٔ مدنی است. سیاست جنایی از نظر ماهیت جنبه کیفری و سرکوبگرانهٔ محض ندارد، بلکه شامل کلیهٔ شیوه‌های دیگر کنترل اجتماعی و حکومتی اعم از کیفری و غیرکیفری می‌شود؛ (دلماس مارتی، ۱۳۹۵، ص. ۷۰؛ لازرژ، ۱۳۹۶، ص. ۱۶) بخش اعظم سیاست جنایی را پیشگیری از جرم تشکیل می‌دهد. پیشگیری از مدرن‌ترین و غنی‌ترین راهکار سیاست جنایی است (کبیری و شفیعی خورشیدی، ۱۴۰۰، ص. ۱۸). مقصود از عبارت «هیئت اجتماع» در تعریف اخیر، دولت به‌تنهایی نیست، بلکه شامل دولت و جامعهٔ مدنی می‌شود؛ سیاست جنایی علاوه بر پاسخ‌های که دولت و نهادهای مختلف دولتی، طی تشریفات خاص و به‌صورت رسمی از سوی پلیس، دادستان، دادگاه، زندان و سایر مجازات‌ها علیه پدیدهٔ مجرمانه اِعمال و سازمان‌دهی می‌کنند، پاسخ‌های منبعث از جامعهٔ مدنی و نهادهای مختلف مردمی نیز را نیز شامل می‌شود که به‌صورت غیررسمی و با روش‌های مختلف در مدیریت پدیدهٔ مجرمانه و پاسخ به آن سهم می‌گیرد. بدین‌سان، دولت در کنار جامعهٔ مدنی و نهادهای مردمی به سازمان‌دهی و اجرای سیاست جنایی می‌پردازند.

با توجه به تعریف سیاست کیفری و سیاست جنایی، این دو، در موارد زیر با هم تفاوت دارد:

نخست: نظام کیفری، هستهٔ اصلی سیاست کیفری را تشکیل می‌دهد، ولی در سیاست جنایی، نظام کیفری یکی از اَشکال مهم و پررنگ کنترل اجتماعی پدیدهٔ مجرمانه است. بنابراین، در سیاست جنایی، هم از وسایل «اقناع‌آور» و هم از وسایل «الزام‌آور و قهرآمیز»، برای کنترل جرم در اجتماع استفاده می‌شود. از ابزارهای اقناع‌کننده‌ای آموزشی و تربیتی از طریق مدرسه، خانواده، مسجد، نظام اداری، انضباطی، مدنی و غیره برای جامعه‌پذیرکردن افراد و متقاعدکردن آن‌ها به رعایت هنجارهای اجتماعی بهره برده می‌شود و از ابزارهای قهرآمیز یعنی سیاست کیفری پس از عدم حصول نتیجه از ابزارهای متقاعدکننده به‌عنوان آخرین شیوهٔ مبارزه با پدیدهٔ مجرمانه استفاده می‌شود (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱، ص. ۲۸۵).

دوم: سیاست جنایی، هم شامل جنبه‌های عملی و کاربردی حقوق کیفری و هم شامل جنبه‌های عملی و اجرایی دیگر انواع کنترل اجتماعی پدیدهٔ مجرمانه می‌شود؛ مانند حقوق اداری، اقدامات پیشگیری، ترمیم خسارت بزه‌دیدگان و میانجی‌گری کیفری برای اجتناب از صدور حکم کیفرخواست و هم کلیهٔ

اقدامات سرکوب‌گرانه و انضباطی را در بر می‌گیرد که جامعهٔ مدنی، شبه‌نظامیان، گروه‌های فشار، تشکل‌های صنفی علیه اعضا خود به کار می‌گیرند مثل اقدامات کانون وکلا، نظام پزشکی و غیره (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱، ص. ۲۸۵) به بیان دیگر، کلیهٔ تدابیر و مقرراتی را شامل می‌شود که تشکل‌های غیردولتی برای تنظیم روابط اعضا با مدیریت یا حفظ منافع صنفی و حرفه‌ای تنظیم و اعمال می‌کند، ولی قلمرو سیاست کیفری، محدود به اقدامات سرکوبگرانه‌ای است که از سوی دولت انجام می‌شود.

سوم: سیاست کیفری تمام انواع پیشگیری را شامل نمی‌شود و تنها، پیشگیری کیفری از طریق جرم‌انگاری و کیفرانگاری را در بر می‌گیرد، لیکن قلمرو سیاست جنایی، شامل همهٔ انواع پیشگیری از جرم می‌شود.

چهارم: محدودهٔ سیاست کیفری را قوانین کیفری مشخص می‌کند (البته دکترین و رویهٔ قضایی هم تأثیرگذارند)، اما محدودهٔ سیاست جنایی وسیع است.

## مبانی فقهی و حقوقی سیاست کیفری در برابر جرایم مالیاتی

مبانی خردپذیر و جامع به سیاست کیفری در برابر جرایم مالیاتی و نیز تبعاً به اخذ مالیات از شهروندان مشروعیت حقوقی و دینی می‌بخشد، ضرورت و اعتبار اتخاذ این نوع سیاست و نیز اخذ مالیات را به‌گونهٔ منطقی در اذهان افراد جامعه اثبات می‌کند و آنان را به فرمان‌پذیری از این سیاست‌ها و خودداری از سرپیچی از آن‌ها وادار می‌نماید. از اصول و داده‌های حقوقی و منابع فقهی، یعنی آیات، روایات و ادلهٔ عقلی، استنباط می‌شود که سیاست کیفری در قبال جرایم مالیاتی و نیز اخذ مالیات از مردم، بر مبانی ذیل استوار است:

### ۱ـ عدالت اجتماعی

بر اساس اصول حقوقی و منابع فقهی، یکی از مبانی سیاست کیفری در برابر جرایم مالیاتی و مالیات اسلامی، اجرای عدالت اجتماعی است. وضع مالیات و درپیش‌گرفتن سیاست کیفری کارآمد، معقول و جامع در برابر جرایم مالیاتی، یکی از بهترین سازوکار اجرای عدالت اجتماعی و توزیع مجدد ثروت در میان همگان به‌صورت عادلانه است. در اسلام حاکمیت عدالت و جلوگیری از تقسیم جامعه به قشر برخوردار از همهٔ امکانات و قشر محروم از آن‌ها، اهمیت والایی دارد. در آیهٔ ۲۵ سورهٔ حدید، هدف کلی ادیان آسمانی و فرستادن پیامبران الهی، برقراری عدالت اجتماعی معرفی شده است: قرآن کریم در آیهٔ ۹۰ سورهٔ نحل و آیهٔ ۱۳۵ سورهٔ نساء نیز به رعایت عدالت اجتماعی تأکید نموده است. دلیل تأکید مکرر قرآن به حاکمیت عدالت اجتماعی آن است که این نوع عدالت، مبنای زندگی اجتماعی و اساس مقررات قانونی را تشکیل می‌دهد. بقای جامعهٔ انسانی وابسته به عدالت اجتماعی است. به‌گفتهٔ امام علی (ع) «العَدلُ أساسٌ بِه قِوامُ العالَمِ» (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج. ۷۵، ص. ۸۳) عدالت، شالوده‌ای است که جهان بر آن مبتنی است و باید مردم روابط خود را با یکدیگر بر اساس عدالت حفظ نمایند و به حقوق همدیگر تجاوز نکنند.

اندیشمندان عدالت را به بیان‌های مختلف تعریف کرده‌اند، از جمله: «حق هر صاحب حقی را به او بدهند و هرکس به حق خودش که لایق و شایستهٔ آن است برسد، نه ظلمی به او بشود و نه او به کسی ظلم کند». (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج. ۱، ص. ۵۷۰). «حفظ و رعایت حقوق افراد و دادن حق به صاحب حق». (مطهری، ۱۳۹۳، صص. ۴۹ و ۵۱). عدالت «عملکردی است که به‌وسیلهٔ آن نیازهای توده‌ها برآورده شود و نیازمندی برجای نماند و حق هرکس بی‌کم‌وکاست به او داده شود، هرکس در جایگاه خویش قرار گیرد». (حکیمی، ۱۳۸۰، ج. ۱، ص. ۳۸).

عدالت به این مفهوم متکی بر این امر است افراد بشر نسبت به یکدیگر و در مقایسه با یکدیگر، نوعی حقوق و اولویت‌ها دارد که از کار و فعالیت، هدف غایی خلقت، ارث یا هبه ناشی می‌شود. مثلاً کسی که با کار خود، محصولی را تولید می‌کند، بر آن محصول حق و اولویت دارد. هرکس برای دیگری کار کند، باید بهای واقعی کار او پرداخت شود. طفلی که از مادر متولد می‌شود نسبت به شیر مادر حق و اولویت دارد. نظام خلقت آن شیر را برای آن نوزاد به وجود آورده است. در بازار مبادله برای خریدار و فروشنده حقوق دوجانبه‌ای وجود دارد این حقوق یا از کار، ارث یا هبه و غیره ناشی می‌شود. حقوق دوجانبه‌موجب عادلانه‌شدن نرخ‌ها می‌گردد. سودهای ساختگی که سبب نقض حق جانب مقابل می‌شود، برخلاف عدالت است (مقدسی، ۱۳۹۰، ص. ۲۴).

درپیش‌گرفتن سیاست کیفری در برابر جرایم مالیاتی از دو طریق تضمین‌دادن حقوق مستحقان و جلوگیری از شکاف طبقاتی، عدالت اجتماعی را در جامعه استقرار می‌بخشد:

نخست: با اتخاذ سیاست کیفری در برابر جرایم مالیاتی، اخذ حق فقرا و ضعیفان از ثروتمندان تضمین می‌شود؛ یکی از مصادیق مهم رعایت عدالت، دادن حق نیازمندان و ضعفا است که در قالب پرداخت مالیات باید، انجام شود. در قرآن به‌صراحت بیان شده است که واقعاً ضعفا و مستمندان در اموال اغنیا «حق» دارند. خداوند سبحان امر می‌کند «وَآتِ ذَا الْقُرْبَى حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيراً» (اسراء ۲۶) حق خویشاوند و مسکین و درراه‌مانده را ادا کن و هیچ اسراف‌کاری مکن. «وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ» (ذاریات ۱۹) و در اموال آنان حقی برای سائل و محروم است. تعبیر «محروم» بیانگر این مفهوم است که ثروتمندان یک عده را از حق آنان محروم کرده‌اند. امام صادق (ع) فرموده است: «اِنَّ اللّهَ عَزَّوَ جَلَّ فَرَضَ لِلْفُقَراءِ فی مالِ الاَغْنیاء ما یسعُهُمْ» خداوند در مال ثروتمندان برای فقرا مقدار حقّی قرار داده است که برای آنان کفایت می‌کند» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج. ۳، ص. ۴۹۶).

سؤال: بر اساس چه توجیهی این آیات و روایت تأکید می‌کند که فقرا و مساکین در اموال ثروتمندان حق دارند و این چه عدالتی است از کسانی که با تمام توان کار می‌کنند (ثروتمندان)، مالیات اخذ شود و به کسانی داده شود که ممکن است کار نکنند (ضعفا و فقرا)؟!

پاسخ آن است که حق فقرا و ضعفا در اموال ثروتمندان با توجه به ادلهٔ ذیل قابل اثبات است:

اولاً بر اساس جهان‌بینی اسلامی، بین انسان و مواهب این عالم رابطهٔ غایی حاکم است؛ خداوند سبحان تمام نعمت‌ها و مواهب این عالم را برای همهٔ انسان‌ها خلق کرده است: «هُوَ الَّذِی خَلَقَ لَکمْ مَا فِی الْأَرْضِ جَمِیعًا» (بقره ۲۹) او خدایی است که همهٔ آنچه را (از نعمت‌ها) در زمین وجود دارد، برای شما آفرید.

«وَالْأَرْض وَضَعَهَا لِلْأَنَامِ» (الرحمن ۱۰) زمین را (با تمام نعمت‌ها) برای مردم آفریده است. هدف خداوند از آفرینش این نعمت‌ها، رفع نیازمندی‌های بشر و تأمین وسائل زندگی اوست. قبل از آنکه کاری روی این نعمات انجام شود، همهٔ ابناء بشر در آن‌ها حق دارند. ولی پس از انجام کاری روی آن‌ها حکم دیگری پیدا می‌کند؛ مانند زمینی که به‌وسیلهٔ آبادی یا کشت احیا یا معدنی استخراج شود، در آیهٔ دیگر نیز آمده است: «وَلَقَدْ مَكَّنَّاكمْ فِی الْأَرْضِ وَجَعَلْنَا لَكمْ فِيهَا مَعَايشَ قَلِيلًا مَا تَشْكرُونَ» (اعراف ۱۰) ما شما را در زمین جا دادیم و انواع وسایل زندگی را برای شما فراهم ساختیم؛ اما کمتر شکرگزاری می‌کنید! رابطهٔ غایی بین انسان و مواهب این عالم با اندک تأملی از نظر تکوینی و دقت در نظام خلقت نیز به‌خوبی قابل اثبات است. نعمات این عالم دقیقاً برای رفع نیازها، ادامهٔ حیات و تأمین تمام مواد مورد نیاز بدن انسان آفریده شده، مواد غذایی و نوشیدنی و سایر اقلام ضروری، کاملاً متناسب با دستگاه گوارش انسان خلق شده است به‌گونه‌ای که تداوم حیات انسان بدون این مواد غذایی و مواهب این عالم امکان ندارد (مطهری، ۱۳۹۳، ص. ۵۴). بر اساس قاعدهٔ کلی، رابطهٔ غایی، موجب حق بالقوهٔ همهٔ انسان‌ها به این نعمات مشترک می‌شود، نه سبب حق بالفعل. از این نظر هیچ انسان مکلفی به‌صورت بالفعل حق اختصاصی به مواهب الهی ندارد؛ چون همهٔ مردم، مخلوق خدا هستند. کسی نمی‌تواند مانع استیفای دیگران از نعمات این عالم شود و همه را به خود اختصاص دهد. برای آنکه این حق به فعلیت برسد و حق هر شخصی تفکیک شود، باید انسان مسئولیت خود را از طریق کار و فعالیت، انجام دهد و حق خود را از این مال مشترک از دیگران تفکیک نماید یا حکومت از طریق سازوکار خاصی، حق هر انسانی را به او اعطا کند؛ خداوند سبحان به انسان عقل و اختیار داده است و عقل و اراده، موجب تحمیل مسئولیت و تکلیف بر عهدهٔ انسان می‌شود. هر انسان بالغ، عاقل و مختار، مکلف است که تکلیف و مسئولیت خود را نسبت به عمران و آبادانی جامعه انجام دهد و نیازمندی‌های خود، خانواده و جامعه را تأمین نماید (مطهری، ۱۳۹۳، صص. ۵۷ و ۵۸) و کسانی که به این تکلیف عمل می‌کنند، صاحب «حق» می‌شوند. برعکس اشخاصی که مسئولیت را انجام نمی‌دهند و خود را سربار دیگران می‌کنند از دیدگاه اسلام مذموم است. پیامبر اکرم (ص) فرموده است: «ملعون است، ملعون است کسی که بار گران امور زندگی خود را بر دوش مردم بیفکند! ملعون است، ملعون است کسی که عائله‌اش را بی‌سروسامان بگذارد». (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج. ۴، ص. ۱۲). قرآن هم می‌گوید: «هُوَ أَنْشَأَكمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكمْ فِيهَا فَاسْتَغْفِرُوهُ» (هود ۶۱) اوست که شما را از زمین پدید آورد و از شما خواست که زمین را آباد کنید. پس از سرکشی بازگردید و توبه کنید و آمرزش گناهان خود را بخواهید».

اگر شخصی فاقد شرایط تکلیف باشد، بدون تکلیف حق او ثابت و مسلم است. طفل بر شیر پستان مادر، بدون هیچ تکلیفی حق دارد. اما هنگامی که به سن تکلیف رسید بخواهد از پستان مادر زمین شیر بخورد، شیر به آن آمادگی نیست، باید، از طریق عمران، احیا و انجام مسئولیت، آن را آماده کند. عاجزان و بینوایان که قادر به کار و کسب نیستند یا کار آنان وافی به مخارج و هزینه‌های زندگی آن‌ها نیستند، مکلف به کار و زحمت یا کار بیش از توان خود نیستند و تکلیف از آن‌ها ساقط است. نمی‌توان آن‌ها را از مواهب الهی محروم کرد؛ زیرا به حکم رابطهٔ غایی که بین آنان و نعمات این عالم حاکم است، در این سفرهٔ پهن‌شدهٔ الهی حق دارند. آنان اگر توانایی داشتند و مسئولیت خود را انجام نمی‌دادند، جریمه شان محرومیت

از این سفرهٔ الهی بود، ولی اکنون‌که توانایی لازم را برای تأمین هزینه‌ها خود و خانوادهٔ خویش را ندارند، حقی که بر اساس رابطهٔ غایی دارند، به‌صورت بالفعل برای آنان ثابت است (مطهری، ۱۳۹۳، ص. ۶۰) و باید این حق در قالب مالیات به آنان پرداخت شود.

ثانیاً اغنیا به ادلهٔ متعددی چون داشتن بهرهٔ هوشی بیشتر، استفاده از شیوه‌های بهتر جمع‌آوری ثروت، داشتن امکانات، فن‌آوری و غیره، بیش از حقشان از این سفرهٔ مشترک الهی برداشت کرده‌اند. باید این مال اضافی را به اقشار ضعیف و فقیر در قالب مالیات، پرداخت کنند. اگر بر فرض محال، انسان می‌توانست، تنها، با نیروی کار، بدون استفاده از حق بالقوهٔ مشترک همگان، محصولی را تولید کند، می‌توان گفت که مالک انحصاری و آفرینندهٔ آن محصول است و حق هر نوع تصرف را دارد (مطهری، ۱۳۸۰، ص. ۵۴) و دیگران هیچ حقی در آن ندارند، ولی این‌گونه نیست. او این محصول را از طبیعت که مال مشترک همگان است به دست آورده است.

ثالثاً درآمد ثروتمندان وابسته به جامعه است. اگر جامعه‌ای نباشد، شرایط و بستر فعالیت اقتصادی و سودآوری وجود ندارد. به هر میزانی که جمعیت یک منطقه بیشتر باشد، تجارت ثروتمندان پررونق و سودآوری آنان بیشتر خواهد بود. فقرا و نیازمندان بخش قابل‌توجه‌ای از افراد هر جامعه را تشکیل می‌دهند. آنان در به‌وجودآوردن این شرایط و اوضاع که موجب درآمد فراوانی برای ثروتمندان و رونق فعالیت‌های تجاری آنان می‌شوند، نقش مهمی دارند. از این نظر نیز ثروتمندان، مدیون فقرا و نیازمندان هستند. باید، از طریق پرداخت مالیات و کمک به فقرا و رفع نیازهای جامعه، دین خود را ادا کنند.

از بیان فوق به‌خوبی اثبات می‌شود که بر اساس آیات قرآن، ضعفا، فقرا و بینوایان واقعاً در اموال اغنیا ذی‌حق هستند. به همین دلیل، در اسلام پرداخت مالیات شرعی و حکومتی به‌عنوان یک تکلیف شرعی پیش‌بینی شده است تا حقوق ضایع‌شدهٔ این اقشار از این طریق به آنان پرداخت شود. بنابراین، مالیات در نظام اسلامی وسیله‌ای برای گسترش عدالت اجتماعی، توازن اقتصادی، برقراری قسط و برآوردن نیازهای مادی و معنوی افراد جامعه است. از طریق مالیات، عدالت و توازن اقتصادی، در جامعه ایجاد می‌شود. سیاست کیفری کارآمد، جامع، معقول و به‌روز در برابر جرایم مالیاتی، ضمانت اجرای عدالت و توازن اجتماعی است. بدون سیاست کیفری، ثروتمندان حاضر نمی‌شوند که حقوق فقرا را در قالب مالیات به آنان برگردانند.

دوم: با درپیش‌گرفتن سیاست کیفری در برابر جرایم مالیاتی به‌منظور اخذ مالیات از فعالان اقتصادی به‌ویژه از افراد با درآمد بالاتر و تزریق و توزیع مجدد آن در جامعه، عدالت اجتماعی در جامعه حاکم می‌شود و از دست‌به‌دست‌شدن ثروت میان اغنیا و تقسیم جامعه به قشر برخوردار از همهٔ امکانات و قشر محروم از آن‌ها، پیشگیری می‌شود. مالیات یکی از بهترین سازوکارها برای جلوگیری از تداول و تراکم ثروت در دست ثروتمندان است. قرآن کریم بعد از بیان تقسیم غنائم میان پیامبر، خویشاوندان او، یتیمان، مستمندان و درراه‌ماندگان، فلسفهٔ برخورداری آنان و محرومیت ثروتمندان از غنایم را جلوگیری از شکاف طبقاتی می‌داند: «مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَي لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ». (حشر ۷). آنچه را خداوند از اهل این آبادی‌ها به رسولش بازگرداند، از آنِ خدا و رسول و خویشاوندان او و یتیمان و مستمندان و درراه‌ماندگان است تا (این اموال عظیم) در میان

ثروتمندان شما دست‌به‌دست نگردد (و نیازمندان از آن محروم نشوند). در حقیقت آیهٔ فوق این اصل اساسی را در اقتصاد اسلامی بیان می‌کند که جهت‌گیری اقتصاد اسلامی، باید، حاکمیت عدالت اجتماعی باشد. حکومت اسلامی در عین احترام به مالکیت خصوصی، سیاست محو یا حداقل کاهش فاصلهٔ طبقاتی را در پیش گیرد تا ثروت جامعه به‌صورت سرسام‌آوری در دست گروه محدودی متمرکز نشود که پیوسته در میان آن‌ها دست‌به‌دست شود (بابایی، ۱۳۸۲، ج. ۵، ص. ۱۴۱). بهترین سازوکار این تمرکززدایی، جمع‌آوری مالیات و سپس پیش‌بینی سیاست کیفری به‌عنوان ضمانت اجرای این تعادل اقتصادی و اجتماعی است. به همین دلیل، در اسلام مالیات‌های حکومتی و شرعی چون خمس، زکات و خراج بر عهدهٔ صاحبان ثروت گذاشته شده است که هدف از آن، افزون بر تأمین هزینه‌های عمومی، محرومیت‌زدایی و توانمندکردن گروه‌های محروم و کم‌درآمد از نظر مادی است، به‌گونه‌ای که در سطح زندگی دیگر مردمان قرار گیرند و فاصلهٔ طبقات اجتماعی کمتر شود (مخلصی، ۱۳۷۴، ص. ۲۰۶). هم‌سطح‌کردن اقشار مختلف جامعه از نظر اقتصادی و رفاه در روایات متعددی تأکید شده است از جمله: امام موسی بن جعفر (ع) می‌فرماید: «عَلَى الْوَالِي أَنْ يمُونَهُمْ مِنْ عِنْدِهِ بِقَدْرِ شِبَعِهِمْ حَتَّى يسْتَغْنُوا» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج. ۴، ص. ۱۳۰) زمامدار باید بینوایان را از اموالی که در اختیار دارد، بی‌نیاز سازد. ازاین‌روی حاکم اسلامی وظیفه دارد، با توجه به منابع موجود اقتصادی، نیازهای عمومی جامعه را برآورد و به سوی برپا داشتن عدالت اجتماعی، گام بردارد. در روایات فلسفهٔ پرداخت زکات ریشه‌کنی فقر از جامعهٔ اسلامی و رساندن زندگی آنان به سطح زندگی افراد دیگر جامعه دانسته شده است از جمله امام صادق (ع) فرموده است: «زکات به‌منظور آزمودن توانگران و کمک به مستمندان وضع شده است. اگر مردم زکات اموال خود را می‌پرداختند، هیچ مسلمانی نیازمند نمی‌ماند و به‌سبب آنچه خداوند عزّوجلّ برای او واجب کرده است بی‌نیاز می‌شد. مردم، فقیر و نیازمند و گرسنه و برهنه نشدند مگر به ارتکاب گناه [ترک زکات] از سوی ثروتمندان». (ابن‌بابویه، ۱۴۱۳ق، ج. ۲، ص. ۹).

جرایم مالیاتی سبب می‌شود که عدالت اجتماعی از بین برود. درآمد کشور به‌نحو مناسبی توزیع نشود و انباشت سرمایه در دست گروه خاصی، موجب شکاف طبقاتی، افزایش تنش‌های سیاسی و اجتماعی در جامعه می‌شود. در نهایت، امنیت اقتصادی مورد نیاز برای گسترش فعالیت‌های اقتصادی و سرمایه‌گذاری را دچار اختلال می‌کند و چنین پدیده‌ای در میان‌مدت و درازمدت، رشد اقتصادی کشور را دچار مشکل می‌نماید (بهفر و شیخ‌الاسلامی، ۱۳۹۷، ص. ۶۸). بنابراین درپیش‌گرفتن سیاست کیفری در برابر جرایم مالیاتی، برای تضمین حاکمیت عدالت اجتماعی و کاهش طبقاتی، امر ضروری است.

### ۲ـ لزوم وجود حکومت و حفظ نظام

وجود حکومت و حفظ نظام از مهم‌ترین مصالح حیاتی یک کشور است. تمام مصالح دیگر کشور در سایهٔ این مصلحت مادر تأمین می‌شود. به همین دلیل، علی (ع) فرموده است: «مردم باید امیر و فرمانروایی داشته باشند خواه نیکوکار و خواه بدکار». (نهج‌البلاغه، خطبهٔ ۴۰). نبود حکومت مساوی با هرج‌ومرج و ناامنی

گسترده و بحران‌های کلان ملی است. عظمت، کیان و عزت مسلمانان وابسته به حفظ نظام آنان است که بیضهٔ اسلام به شمار می‌آید. حفظ و دفاع از آن واجب است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۲، ص. ۸).

استمرار و پایداری چنین مصلحت مهمی، به فراهم‌کردن بودجهٔ آن از منبع دائمی و مطمئن، وضعیت خوب اقتصادی کشور و تأمین نیازمندی‌های مردم بستگی دارد. در صورتی که حکومت قادر به تأمین بودجهٔ کشور نباشد و نتواند خدمات ضروری را به مردم ارائه دهد، در اسرع وقت بر اثر شورش مردم یا تجاوز کشورهای دیگر سرنگون خواهد شد و کشور از وجود چنین مصلحت حیاتی محروم خواهد شد. امروزه این نظریه در محافل علمی رایج است که دولت و مالیات مکمل همدیگرند، نمی‌تواند یکی بدون دیگری به بقای خود ادامه دهد (Nur Barizah & Abdul Rahman, 2007, p. 26). ممکن است بعضی دولت‌های دارای منابع طبیعی، بودجهٔ خود را به‌صورت موقتی از این منابع تأمین کند، ولی این منابع ناپایدار و تمام‌شدنی است و افزون‌براین، همهٔ کشورها از منابع طبیعی صادراتی بهره‌مند نیستند و در مقابل مالیات، منبع مطمئن و پایداری برای همهٔ دولت‌ها از جمله برای دولت‌های فاقد منابع طبیعی صادراتی است و به‌مقتضای قاعدهٔ «مالا یتمّ الواجب الاّ به فهو واجب» (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج. ۳، ص. ۲۴) درپیش‌گرفتن سیاست و تدابیر کیفری جامع، به‌روز، معقول، برای تضمین جمع‌آوری و دریافت مالیات به‌منظور بقا و حفظ حکومت، امر ضروری است.

## ۳ـ انجام وظایف حکومت

حکومت وظایف حیاتی دارد که بدون درپیش‌گرفتن سیاست کیفری برای جمع‌آوری حداکثر مالیات و جلوگیری از فرار مالیاتی نمی‌تواند این مسئولیت‌های مهم را انجام دهد. بعضی از این مسئولیت‌ها، مربوط به وظایف داخلی و برخی دیگر به وظایف خارجی حکومت مربوط می‌شود. در زیر خلاصه‌وار به هریک از این موارد اشاره می‌شود:

### *۳ـ۱ـ تأمین هزینه‌های عمومی، اداری، عمرانی و خدماتی کشور*

یکی وظایف مهم حکومت، تأمین هزینه‌های عمومی، اداری، عمرانی و ارائهٔ خدمات به شهروندان است. پیشرفت و آبادانی کشور، حل مشکلات و رفاه شهروندان به تأمین این هزینه‌ها، بستگی دارد. هر حکومتی مسئولیت دارد که هزینه‌های عمومی، اداری، عمرانی و توسعه‌ای کشور را تأمین کند. دولت‌ها همواره می‌کوشند که این هزینه‌ها را از طریق جمع‌آوری مالیات تأمین کنند. در کشورهای توسعه‌یافته، بیشترین درآمد دولت‌ها از منبع انواع مالیات فراهم می‌شود. مالیات بهترین ابزار برای تأمین مالی هزینه‌های عمومی، بازتوزیع درآمد و ثروت و ایجاد انضباط مالی و مدیریت اقتصادی است. وصول مالیات از سوی دولت و پرداخت آن از سوی مردم، یک همیاری و همکاری متقابل و مشترک است و هدف از آن تأمین هزینه‌های عمومی و نیازهای اجتماعی است. اما تحقق این درآمد با وجود جرایم مالیاتی دچار اختلال می‌شود. از پیامدهای جرایم مالیاتی، کاهش درآمد و کسری بودجهٔ دولت است (شمشیری، ۱۳۹۹، ص. ۲). به همین دلیل، کشورها تدابیر و سیاست‌های کیفری متنوعی را در پیش گرفته‌اند تا درآمد دولت از منبع مالیات کاهش نیابد یا در معرض خطر واقع نشود.

همچنین دولت مسئولیت دارد که برای همهٔ شهروندان خدمات اجتماعی در حد مطلوب و باکیفیت ارائه دهد؛ دولت دو نوع خدمات ارائه می‌دهد؛ در برابر ارائهٔ بعضی خدمات، اجرت یا حق‌الزحمهٔ معین بر اساس میزان مصرف دریافت می‌کند؛ مانند عرضهٔ برق، گاز، اینترنت، آب و غیره و در ازای نوع دیگر از خدمات که جنبه عمومی دارد، از مردم مالیات اخذ می‌کند. مانند خدمات مربوط به بهداشت و درمان، فرهنگ، آموزش و پرورش در همهٔ سطوح، امنیت در ابعاد گوناگون، نظم، دادرسی عادلانه، حمایت‌های مالی به‌منظور برخورداری از تأمین اجتماعی، تأمین ارزاق و مایحتاج عمومی، حمایت‌های مالی برای داراشدن مسکن مناسب، ایجاد و توسعهٔ راه‌های ارتباطی، خدمات مربوط به حمل‌ونقل بین‌شهری وغیره. از سوی دیگر، حکومت، باید، به تمام کارمندان خود دستمزد پرداخت کند. عرضهٔ این‌همهٔ خدمات و دادن این‌همهٔ دستمزد به کارمندان، نیازمند منبع پایدار و کلانی چون مالیات و پیش‌بینی سیاست کیفری به‌عنوان ضمانت اجرای جمع‌آوری آن است.

در منابع روایی تأکید شده است که باید هزینه‌های سرمایه‌گذاری در امور زیربنایی یعنی عمران و آبادانی شهرها، قصبات، روستاها، امور دفاعی، مخارج طبقات پایین جامعه مانند یتیمان، پیران و ازکارافتادگان (نهج‌البلاغه، نامهٔ ۵۳) پرداخت دستمزد امیر، فرمانده، قاضی، وزیر، معاون، حسابدار، مخارج زندانیان از بیت‌المال پرداخت شود (محدث نوری، ۱۴۰۸ق، ج. ۱۷، صص. ۴۰۷ و ۴۰۳). اگرچه بیت‌المال اعم از مالیات است، ولی بخش از بیت‌المال از طریق مالیات تأمین می‌شود و بنابراین، تأمین هزینه‌های عمومی، اداری، عمرانی و خدماتی کشور، یکی از موارد مصرف مالیات است.

جمع‌آوری و وصول حداکثری مالیات هم بدون درپیش‌گرفتن یک سیاست کیفری کارآمد، به‌روز و جامع امکان ندارد. سیاست کیفری در برابر جرایم مالیاتی که موجب کاهش درآمد و کسر بودجهٔ دولت می‌شود، ضمانت اجرایی انواع قوانین مالیاتی است.

درست است که دولت با اخذ مالیات، اصل حق مالکیت شخصی و اصل عدم تصرف در مال دیگر بدون طیب نفس را نقض می‌کند، ولی تأمین مصالح عمومی، بر اصل حق مالکیت شخصی مقدم است. همهٔ فقیهان بر اساس حکم ثانوی یعنی قاعدهٔ اهم و مهم، در هنگام تزاحم تأمین مصلحت جامعه با تأمین مصلحت فرد، به تقدم مصلحت جامعه بر مصلحت فرد، فتوا داده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج. ۱، ص. ۴۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج. ۴، ص. ۲۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۲۴، ص. ۴۶) و چنین مصلحتی را ولی‌امر تشخیص می‌دهد (عزیزی، ۱۳۹۰، ص. ۳۲۰) و وضع مالیات، حتی وضع مالیات تصاعدی بر اساس این قاعده نیز قابل توجیه است (مطهری، ۱۳۸۱، ج. ۲، ص. ۹۵).

### ۳ـ۲ـ اصلاح ساختار اقتصادی کشور

وظیفهٔ دیگر دولت اصلاح ساختار اقتصادی کشور است. مالیات به‌عنوان یکی از مهم‌ترین منابع درآمدی دولت، نقش مهمی در سیاست‌گذاری‌های مالی ایفا می‌کند و می‌تواند متغیرهای کلان اقتصادی از جمله تورم، بیکاری، تراز پرداخت‌ها را تحت‌تأثیر قرار دهد (امین خاکی، ۱۳۹۱، ص. ۲۷). تکیه بر درآمدهای مالیاتی، حاکی از سلامتی اقتصاد کشورها است. اصلاح ساختار اقتصادی کشور یکی از اهداف

مهم دولت در حال حاضر محسوب می‌شود. در همین چارچوب اصلاح ساختار درآمدی دولت و کاهش اتکا به درآمدهای ناپایدار، از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار است. یکی از راهکارهای برنامه‌ریزی‌شده برای اصلاح ساختار درآمدی و کاهش اتکا بر درآمدهای منابع پایان‌پذیر و تجدیدناپذیر، اتخاذ سیاست کیفری برای جمع‌آوری حداکثر مالیات از شهروندان و جلوگیری از فرار مالیاتی است (پناهی و دیگران، ۱۳۸۹، ص. ۱۰).

### ۳ـ۳ـ مدیریت و اجرای برنامه‌ها

وظیفهٔ دیگر دولت مدیریت و اجرای برنامه‌ها اقتصادی، تنظیم‌گری و سامان‌دهی بازار کشور است؛ دولت با گرفتن مالیات به تنظیم بخش اقتصاد، کنترل و مدیریت جامعه و بازار اقدام می‌کند (اکبری و دیگران، ۱۳۹۶، ص. ۲۰). از باب نمونه گرفتن مالیات از خانه‌های خالی از نوع تنظیمی است. هدف اصلی از قانون بر مالیات خانه‌های خالی، ساماندهی بازار مسکن و جلوگیری از احتکار مسکن و پیشگیری از بالارفتن اجاره‌بها در این بازار پر از التهاب است (غمامی و محبی‌کیا، ۱۴۰۰، ص. ۴۲). یا دولت‌ها با افزایش مالیات برخی کالاها یا بخش‌های تولیدی و خدماتی مانند وضع مالیات سنگین بر کالاها و خدمات لوکس، می‌تواند از گسترش غیرضروری آن‌ها جلوگیری کند و از مشتریان این نوع کالاها و خدمات که غالباً از طبقهٔ پردرآمد هستند، مالیات بیشتری اخذ کند و درآمد حاصله را در بخش ضروری دیگر هزینه نماید یا با کاهش مالیات و درنظرگرفتن انواع معافیت‌ها و تخفیف‌ها، در کالاهای صادراتی و اساسی، موجب رونق این بخش یا کاهش قیمت آن‌ها در بازارهای داخلی می‌شود یا دولت به‌منظور حمایت از صنایع داخلی مثل صنعت ماشین‌سازی، لوازم خانگی و ایجاد اشتغال در داخل کشور، با افزایش مالیات بر واردات خودروها و لوازم خانگی خارجی باعث گران‌شدن قیمت آن‌ها به‌حدی می‌شود تا بازار این محصولات خارجی را از رونق بیندازند و در مقابل موجب می‌شود صنعت بازار خودروسازی و لوازم خانگی ساخت داخل رونق یابد و نیز باعث اشتغال بیشتر گردد یا دولت با اخذ مالیات مضاعف از دخانیات این هدف را دنبال می‌کند که دست‌یابی و مصرف سیگار و دخانیات به‌دلیل گرانی دشوار شود و در نتیجه می‌تواند بهداشت و سلامت جامعه را تحت کنترل بیشتری درآورد یا دولت با استفاده از درآمدهای مالیات دخانیات، به درمان معتادان یا به ساخت ورزشگاه‌ها و مراکز تفریحی مناسب و ترویج ورزش در جامعه اقدام نماید. برای آنکه جرایم مالیاتی موجب شکست دولت در مدیریت اقتصادی جامعه و اجرای این برنامه‌های اقتصادی نشود، درپیش‌گرفتن سیاست کیفری جامع، کارآمد و کامل به‌منظور مبارزه با این نوع جرایم، به‌خصوص جرم فرار مالیاتی، امر ضروری است.

### ۳ـ۴ـ اقتدار دولت و حفظ امنیت ملی

یکی دیگر از وظایف اساسی حکومت قدرتمندکردن کشور در ابعاد مختلف، حفظ منافع و امنیت ملی است. قرآن توصیهٔ اکید به اقتدار دولت و جامعهٔ اسلامی کرده است: «وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ». (انفال ۶۰). در برابر آنان هر چه در توان دارید از نیرو و قدرت آماده کنید. کلمهٔ «قدرت» در این آیه به‌دلیل اطلاق، شامل انواع قدرت‌های می‌شود که توانایی امت پیشرو را در ایفای رسالت خویش به همهٔ مردم

جهان، افزایش می‌دهد و در رأس این قدرت‌ها، ابزارهای معنوی و مادی توسعهٔ ثروت قرار دارد که استیلای بشر را بر طبیعت میسر می‌کند (صدر، ۱۴۱۷ق، ص. ۶۳۱). بنابراین، آیهٔ فوق شامل قدرت اقتصادی نیز می‌شود که از قوی‌ترین قدرت‌ها در یک کشور به شمار می‌رود. امروزه یکی از مؤلفه‌های اصلی توانمندی یک حکومت در سطح جهانی، در کنار توانایی نظامی، قدرت اقتصادی است. در سایهٔ قدرت اقتصادی، قدرت نظامی و دفاعی، امنیت و منافع ملی نیز تأمین می‌شود وگرنه یک کشور فقیر، نه قادر به تأمین هزینه‌های عمومی و ارائهٔ خدمات به مردم است و نه توانایی خرید سلاح را از کشورهای دیگر دارد و نه توانایی تولید آن را؛ چون تولید سلاح‌های پیشرفته، علاوه بر توانایی علمی، مستلزم هزینه‌های هنگفت مالی است. در دنیای امروز، کشوری از نظر اقتصادی توانمند است و اقتصاد کشوری سالم و آسیب‌ناپذیر است که تمام یا حداقل بیشتر هزینه‌های آن، متکی بر درآمدهای مالیاتی باشد. تا کشور اسلامی از نظر اقتصادی قدرتمند و بیمه نشود، نمی‌تواند امنیت و منافع ملی خود را حفظ کند، مخصوصاً با توجه به اینکه امروزه دشمنان اسلام برای شکست مسلمانان بیش از آنکه متوسل به قدرت و تهاجم نظامی شوند، اقدام به درهم‌شکستن توانایی‌های اقتصادی مسلمانان از طریق تحریم می‌کنند. اقتدار یک کشور در حفظ امنیت ملی آن نیز تأثیر به‌سزایی دارد. یک کشور ضعیف نمی‌تواند از امنیت و منافع ملی خود دفاع کند. برای اقتدار حکومت اسلامی، حفظ امنیت و منافع کلان ملی، اتخاذ یک سیاست کیفری جامع و معقول به‌منظور اطمینان از جمع‌آوری و وصول حداکثری مالیات اعم از مالیات‌های اسلامی و حکومتی، امر ضروری است. بدون درپیش‌گرفتن چنین تدابیر کیفری، افراد جامعه به‌صورت داوطلبانه، حاضر به پرداخت مالیات نمی‌شود و در نتیجه مالیات به‌خوبی جمع‌آوری و وصول نخواهد شد و این اقتدار تحقق نخواهد یافت.

### ۴ـ درآمدزایی دائم

مالیات منبع دائمی، پایان‌ناپذیر و مطمئنی برای درآمد دولت است و مهم‌تر از منابع عایداتی دیگری چون معادن، صادرات، قیمت ارائهٔ خدمات مختلف، انحصارات دولتی و استقراض از بانک مرکزی است. برای اینکه خراج به‌عنوان یک منبع درآمد پایدار برای بیت‌المال باقی بماند، امام علی (ع) بعد از فتح شام و عراق، خلیفهٔ دوم را از تقسیم زمین‌های خراجی این دو منطقه، میان مسلمانان منع کرد و فرمود: «دعهم یکونوا مادَّةً للمسلمین» (القرشی، ۱۹۸۷م، ص. ۴۲) زمین‌ها را واگذار و تقسیم نکن (تا با دریافت خراج از آن‌ها) درآمد همیشگی و سرمایهٔ ملی برای مسلمانان باشد. مالیات نیز که بخشی از درآمد بیت‌المال را تأمین می‌کند، همانند عواید زمین‌های خراجی یک منبع درآمد دائمی برای دولت است، باید این منبع دائمی حفظ شود و برای جلوگیری از فرار مالیاتی تدابیر کیفری اتخاذ شود، لیکن منابع درآمد دیگر دولت همانند انفال، منابع زیرزمینی و معادن، تمام‌شدنی و غیرقابل تجدیدپذیر است و روزی به اتمام خواهند رسید. استفادهٔ بی‌رویه از این منابع، موجب محرومیت نسل‌های آینده از این منابع خدادادی می‌شود و افزون‌براین، درآمد دولت از این منابع به‌دلیل افت قیمت جهانی آن‌ها همواره با نوسانات شدیدی مواجه است و بودجهٔ دولت همواره لرزان خواهد بود و یا محصولات کشاورزی ممکن است به علل خشک‌سالی، هجوم ملخ، افزایش

جمعیت یا آفت‌های طبیعی و امثال آن، مواجه با کمبود شوند و حتی ممکن است کشور صادرکنندهٔ آن‌ها، تبدیل به کشور واردکنندهٔ مواد غذایی شوند. مالیات وابستگی دولت را به این‌گونه درآمدها، کاهش می‌دهد.

جرایم مالیاتی، درآمد دولت را از این منبع پایدار و مستمر کاهش می‌دهد و برای مقابلهٔ با این جرایم و تضمین تحقق این درآمد دائمی، درپیش‌گرفتن سیاست کیفری کارآمد ضروری است تا کشور از این منبع پایدار و مطمئن محروم نشود.

**۵ـ سهیم‌بودن دولت در سود به‌دست‌آمده**

دولت با مصرف هزینه‌های هنگفتی، ابزار، امکانات و شرایط دست‌یابی به درآمد و سود را برای افراد جامعه و مخصوصاً تجار فراهم می‌کند و از این طریق در تحصیل سود اقتصادی برای افراد جامعه سهم می‌گیرد. بر اساس اصول حقوقی، دولت حق دارد وجوهی را که مصرف کرده است در قالب مالیات از افراد منتفع جامعه بازستاند تا بتواند در آینده نیز این امکانات و شرایط مطلوب اقتصادی را برای همگان فراهم کند. از باب مثال دولت با صرف بودجهٔ بسیاری امنیت افراد جامعه را تأمین می‌کند تا آنان در سایهٔ این امنیت بتوانند دست به فعالیت‌های سودآور بزنند یا روابط خارجی را با کشورهای دیگر برقرار می‌کند تا تجار کشور از طریق تجارت سود فراوانی را کسب نمایند یا حکومت زیرساخت‌های حمل‌ونقل را می‌سازد و وسایل آن را اعم از زمینی، دریایی یا هوایی تأمین می‌کند و تجار با استفاده از آن‌ها با بهای اندکی، کالاهای تجاری را نقل‌وانتقال می‌دهند. بنابراین، دولت در سود به‌دست‌آمده از سوی افراد و تجار سهم مهمی دارد. باید، این سهم به دولت پرداخت شود و در صورتی که این سهم پرداخت نشود حکومت حق دارد با درپیش‌گرفتن سیاست کیفری کارآمد، جامع و معقول سهم خود را دریافت کند.

## نتیجه‌گیری

۱. یکی از عوامل شیوع جرایم مالیاتی، عدم تبیین مستدل و منطقی مبانی سیاست کیفری در برابر جرایم مالیاتی، در دو بخش جرم‌انگاری رفتارهای ضدمالیاتی و پیش‌بینی انواع پاسخ‌های کیفری، برای شهروندان است.

۲. مبانی به سیاست کیفری در قبال جرایم مالیاتی مشروعیت می‌بخشد و تصور نادرست مردم را دربارهٔ اخذ مالیات و درپیش‌گرفتن سیاست کیفری در برابر این جرایم رفع می‌کند.

۳. تبیین مبانی سیاست کیفری در برابر جرایم مالیاتی در رسانه‌ها و مطبوعات، به‌منظور نهادینه‌کردن فرهنگ پرداخت مالیات در کشور و پیشگیری شهروندان از ارتکاب جرایم مالیاتی، امر ضروری است.

۴. سیاست کیفری در قبال جرایم مالیاتی، بر مبانی حقوقی و دینی متعددی استوار است و ضرورت درپیش‌گرفتن سیاست کیفری در قابل جرایم مالیاتی را برای هر انسان منصف به‌گونهٔ منطقی و قابل‌دفاع اثبات می‌کند.

۵. در تدوین سیاست کیفری به‌خصوص در پیش‌بینی پاسخ‌های کیفری برای رفتارهای ضدمالیاتی در قوانین کیفری، تنها، به پاسخ‌های کیفری چون جزای نقدی، مجازات حبس یا محرومیت از حقوق

اجتماعی اکتفا نشود، بلکه همانند دیگر کشورها افزون‌براین نوع پاسخ‌ها، برخی از مجازات‌های جایگزین حبس، زیر عنوان «دورهٔ مراقبت» در قوانین کیفری پیش‌بینی شود و به حکم آن، مرتکبان جرایم مالیاتی که تصور نادرستی از عدم مشروعیت اخذ مالیات و جرایم مالیاتی دارند، ملزم به شرکت در جلسات آموزشی شوند و در این‌گونه جلسات، دلایل و مبانی مشروعیت اخذ مالیات از سوی دولت و نیز مبانی سیاست کیفری جرایم مالیاتی، برای آنان آموزش داده شود تا با این راهبرد کیفری، آنان به مشروعیت این راهبرد کیفری اقناع گردند و فرهنگ پرداخت مالیات و نیز پیشگیری از جرایم مالیاتی در جامعه نهادینه شود و به‌مرور زمان، ارتکاب جرایم مالیاتی همانند جرایم طبیعی در جامعه، امر قبیح و زشت شمرده شود.

## منابع


اردبیلی، محمدعلی. (۱۳۹۷). *کلیات حقوق جزا*. تهران: نشر میزان.

اشتریان، کیومرث. (۱۳۸۱). *روش سیاست‌گذاری فرهنگی*. تهران: کتاب آشنا.

بابایی، احمدعلی. (۱۳۸۲). *برگزیدهٔ تفسیر نمونه* (ج. ۵، چاپ سیزدهم). تهران: دارالکتب الاسلامیه.

پناهی، محمدقاسم و طهماسبی بلداجی، محمد. (۱۳۸۹). *راهنمای کاربردی-عملیاتی مالیات برارزش افزوده و تکالیف قانونی مودیان* (ج. ۱). [بی‌جا]: سازمان امور مالیاتی کشور، دفتر طرح مالیات بر ارزش افزوده.

حکیمی، محمد. (۱۳۸۰). *امام علی (ع) عدل و تعادل* (ج. ۱). قم: انتشارات دلیل ما.

دلماس مارتی، مری. (۱۳۹۵). *نظام‌های بزرگ سیاست جنایی* (علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، برگردان). تهران: نشر میزان.

دهخدا، علی‌اکبر. (۱۳۹۰). *لغت‌نامه، فرهنگ متوسط دهخدا* (چاپ دوم، ج. ۲، زیر نظر سیدجعفر شهیدی، به‌کوشش غلامرضا ستوده و ایرج مهرکی و اکرم سلطانی). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

طباطبایی، محمدحسین. (۱۳۷۴). *ترجمه تفسیر المیزان* (چاپ پنجم، ج. ۱، سیدمحمدباقر موسوی همدانی، ترجمه). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

عزیزی، سعید. (۱۳۹۰). بررسی ارتباط بین مالیات‌های اسلامی و مالیات جدید. در *مجموعه مقالات سومین همایش مالیات اسلامی همگرایی مالیات‌های اسلامی و مالیات‌های موجود و جدید*. قم: انتشارات دانشگاه مفید.

علی‌آبادی، عبدالحسین. (۱۳۸۵). *حقوق جنایی* (چاپ سوم، ج. ۲). تهران: انتشارات فردوسی.

کبیری، سهیل و شفیعی خورشیدی، علی‌اصغر. (۱۴۰۰). *اخلال در نظام اقتصادی کشور* (چاپ دوم). تهران: انتشارات مجد.

لازرژ، کریستین. (۱۳۹۶). *درآمدی بر سیاست جنایی* (چاپ ششم، علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، ترجمه). تهران: نشر میزان.

مطهری، مرتضی. (۱۳۸۱). *اسلام و نیازهای زمان* (چاپ سیزدهم، ج. ۲). تهران: انتشارات صدرا.

مطهری، مرتضی. (۱۳۹۳). *بیست گفتار* (چاپ چهل‌ودوم). تهران: انتشارات صدرا.

مطهری، مرتضی. (۱۳۸۰). *نظری به نظام اقتصادی اسلام* (چاپ دهم). تهران: انتشارات صدرا.

ابن‌بابویه، محمدبن علی. (۱۴۱۳ق). *من لا یحضره الفقیه* (ج. ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

ابوعامر، محمدزکی. (۱۹۹۶م). *قانون العقوبات القسم العام*. اسکندریه: دارالجامعه الجدیده للنشر.

صدر، محمدباقر. (۱۴۱۷ق). *اقتصادنا*. قم: مکتب الاعلام اسلامی مرکز النشر.

سبزواری، سیدعبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*. قم: مؤسسهٔ المنار.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم. (۱۴۱۹ق). *العروة الوثقی فیما تعم البلوی* (المحشی) (ج. ۲). قم، دفتر انتشارات اسلامی.

طوسی، محمدبن حسن. (۱۴۰۷ق). *تهذیب الاحکام* (چاپ چهارم، ج. ۴). تهران: دارالکتب الاسلامیه.

طوسی، محمدبن حسن. (۱۳۸۷ق). *المبسوط فی فقه الامامیة* (چاپ سوم، ج. ۲). تهران: المکتبة.

علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). *مختلف الشیعة فی‌الاحکام الشریعة* (چاپ دوم، ج. ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

القرشی، یحیی ابن آدم. (۱۹۸۷م). *کتاب الخراج*. بیروت: دارالشروق.

کلینی، محمدبن یعقوب. (۱۴۰۷ق). *الکافی* (چاپ چهارم، ج. ۳). تهران: دارالکتب الاسلامیة.

کلینی، محمدبن یعقوب. (۱۴۰۷ق). *الکافی* (چاپ چهارم، ج. ۴). تهران: دارالکتب الاسلامیة.

محدث نوری، میرزا حسین. (۱۴۰۸ق). *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل* (ج. ۱۷). لبنان: مؤسسهٔ آل البیت (ع).

مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی. (۱۴۰۳ق). *بحار الانوار* (چاپ دوم، ج. ۷۵). بیروت: دار احیاء التراث العربی.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۴ق). *کتاب النکاح* (ج. ۱). قم: انتشارات مدرسهٔ امام علی ابن طالب (ع).

اکبری، نعمت‌الله و دیگران. (۱۳۹۶). بررسی و تحلیل اثر سیاست‌های مالیاتی بر رشد شهرنشینی در اقتصاد ایران. *مجلهٔ اقتصاد شهری*، دورهٔ ۲، (۱).

امین خاکی، علی‌رضا. (۱۳۹۱). آسیب‌شناسی تحقق درآمدهای مالیاتی با رویکردی بر جرم فرار مالیاتی. *فصلنامهٔ علمی ترویجی کارآگاه*، دورهٔ ۲، (۲۱).

بهفر، حمزه و شیخ‌الاسلامی، عباس. (۱۳۹۷). آثار تعدد و تکرار جرم در جرایم مالیاتی. *فصلنامهٔ جستارهای حقوق عمومی*، سال دوم، (۴).

حاجی ده‌آبادی، محمدعلی. (۱۳۹۹). از بحران کرونا تا بحران سیاست جنایی. *حقوق اسلامی*، سال هفدهم، (۶۴).

دانایی‌فرد، حسن. (۱۳۹۱). ردای خدمت یا خدعت قدرت؟ چالش‌های فراروی فرایند سیاست‌گذاری ملی. *ماهنامهٔ سورهٔ اندیشه*، (۶۰ و ۶۱).

شمشیری، تورج. (۱۳۹۹). بررسی علل و عوامل ارتکاب جرم در نظام مالیاتی و جلوگیری از آن در رویکرد نظام کیفری ایران. *مجلهٔ پژوهش و مطالعات علوم اسلامی*، سال دوم، (۱۴).

غمامی، محمدمهدی و محبی‌کیا، حمیدرضا. (۱۴۰۰). عدالت و مالیات بر کالاهای لوکس؛ مطالعهٔ موردی خانه‌های خالی و خودروهای لوکس. *دوفصلنامهٔ علمی حقوق بشر و شهروندی*، شمارهٔ پیاپی ۱۱، سال ششم، (۱).

مخلصی، عباس. (۱۳۷۴). وجوه شرعیه و مالیات. *مجلهٔ فقه*، (۳).

منصورآبادی، عباس و ریاحی، جواد. (۱۳۹۱). مفهوم‌شناسی مبانی در پژوهش‌های حقوقی. *مجلهٔ پژوهش‌های حقوقی*، (۲۲).

نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین. (۱۳۹۱). *تقریرات درس مباحثی در علوم جنایی* (جزوهٔ درسی، ویراست هفتم، به‌کوشش شهرام ابراهیمی).

مقدسی، محمدباقر. (۱۳۹۰). *عوام‌گرایی کیفری و جلوه‌های آن در سیاست کیفری ایران*. (رسالهٔ دکتری). تهران، دانشگاه تربیت مدرس.

## References

Ardabīlī, Muḥammad ʿAlī. (1397 Sh. / 2018 AD). *Kulliyāt Ḥuqūq-i Jazā* [General Principles of Criminal Law]. Tehran: Nashr Mīzān. (in Persian)

Eshtiryān, Kīumarth. (1381 Sh. / 2002 AD). *Ravish-e Sīyāsat-gozārī-ye Farhangī* [Cultural Policy-Making Method]. Tehran: Ketāb Āshenā. (in Persian)

Bābāʾī, Aḥmad ʿAlī. (1382 Sh. / 2003 AD). *Bargozideh-ye Tafsīr-e Namūneh* [Selected Commentary of Namūneh], vol. 5 (13th ed.). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Persian)

Panāhī, Muḥammad Qāsim and Tahmāsbī Baldājī, Muḥammad. (1389 Sh. / 2010 AD). *Rahnāmā-ye Kārbordī-ʿAmalīyātī-ye Mālīyāt bar Arzesh Afzūdeh va Takālīf Qānūnī-ye Mūdīyān* [Practical Guide for Value Added Tax and Legal Obligations of Taxpayers], vol. 1. [n.p.]: Sāzmān-e Umūr-e Mālīyāt-e Keshvar. (in Persian)

Ḥakīmī, Muḥammad. (1380 Sh. / 2001 AD). *Imām ʿAlī (ʿAlayh al-Salām): ʿAdl wa Taʿādol*, vol. 1 [Imam Ali: Justice and Balance]. Qom: Intishārāt Dalīl-e Mā. (in Persian)

Delmās Mārtī, Mary. (1395 Sh. / 2016 AD). *Nizām-hā-ye Bozorg Sīyāsat-e Jināʾī* [Large Systems of Criminal Policy]. Translated by ʿAlī-Ḥusayn Najafī Abrandābādī. Tehran: Nashr Mīzān. (in Persian)

Dihḵudā, ʿAlī Akbar. (1390 Sh. / 2011 AD). *Lughatnāmah: Farhang-e Motavasset Dihḵudā* (2nd ed., vol. 2). Edited by Sayyid Jaʿfar Shahīdī, assisted by Gholāmrezā Sutudeh, Īraj Mehrakī, and Akram Solṭānī. Tehran: Intishārāt Dāneshgāh-e Tehran. (in Persian)

Ṭabāṭabāʾī, Muḥammad Ḥusayn. (1374 Sh. / 1995 AD). *Tarjomeh-ye Tafsīr al-Mīzān* (5th ed., vol. 1). Translated by Sayyid Muḥammad Bāqir Mūsawī Hamadānī. Qom: Daftar Intishārāt Islāmī. (in Persian)

ʿAzīzī, Saʿīd. (1390 Sh. / 2011 AD). "Barrasī-ye Ertebāt-e Beyn-e Mālīyāt-hā-ye Islāmī va Mālīyāt-hā-ye Jadīd" [Study on the Relationship between Islamic Taxes and New Taxes]. In *Majmūʿeh Maqālāt-e Sevomin Hamāyesh-e Mālīyāt-e Islāmī: Hamgerāyī Mālīyāt-hā-ye Islāmī va Mālīyāt-hā-ye Mojūd va Jadīd*. Qom: Intishārāt Dāneshgāh-e Mofīd. (in Persian)

ʿAlīābādī, ʿAbd al-Ḥusayn. (1385 Sh. / 2006 AD). *Ḥuqūq-i Jināʾī* (3rd ed., vol. 2) [Criminal Law]. Tehran: Intishārāt Firdawsī. (in Persian)

Kabīrī, Sohayl and Shafīʿī Khūrshīdī, ʿAlī Aṣghar. (1400 AH / 2021 AD). *Ikhtilāl dar Nizām Eqtesādī-ye Keshvar* (2nd ed.) [Disorder in the Country's Economic System]. Tehran: Intishārāt Majd. (in Persian)

Lazarezh, Kristīn. (1396 Sh. / 2017 AD). *Daramadī bar Sīyāsat-e Jināʾī* (6th ed.). Translated by ʿAlī-Ḥusayn Najafī Abrandābādī. Tehran: Nashr Mīzān. (in Persian)

Moṭahharī, Murtadā. (1381 Sh. / 2002 AD). *Eslām va Niyāzhā-ye Zamān* (13th ed., vol. 2). Tehran: Intishārāt Ṣadrā. (in Persian)

Moṭahharī, Murtadā. (1393 Sh. / 2014 AD). *Bīst Goftār* (42nd ed.) [Twenty Lectures]. Tehran: Intishārāt Ṣadrā. (in Persian)

Moṭahharī, Murtadā. (1380 Sh. / 2001 AD). *Naẓarī be Nizām-e Eqtesādī-ye Eslām* (10th ed.) [A View on the Islamic Economic System]. Tehran: Intishārāt Ṣadrā. (in Persian)

Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ʿAlī. (1413 AH / 1992 AD). *Man Lā Yaḥḍuruhu al-Faqīh* (vol. 2). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī. (in Persian)

Abūʿ Āmir, Muḥammad Zakī. (1996 AD). *Qānūn al-ʿUqūbāt al-Qism al-ʿĀmm* [The Penal Code, General Section]. Alexandria: Dār al-Jāmiʿah al-Jadīdah li Nashr. (in Arabic)

Ṣadr, Muḥammad Bāqir. (1417 AH / 1997 AD). *Iqtiṣādnā* [Our Economy]. Qom: Maktab al-Iʿlām al-Islāmī Markaz al-Nashr. (in Persian)

Sabzawārī, Sayyid ʿAbd al-ʿAlī. (1413 AH / 1992 AD). *Muhadhdhab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām* [Refined Rulings in the Explanation of Permissible and Forbidden]. Qom: Muʾassasat al-Manār. (in Persian)

Ṭabāṭabāʾī Yazdī, Muḥammad Kāẓim. (1419 AH / 1998 AD). *Al-ʿUrwah al-Wuthqā fīmā Taʿamm al-Balāwī* (Vol. 2). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī. (in Persian)

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. (1407 AH / 1987 AD). *Tahdhīb al-Aḥkām* (4th ed., vol. 4). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Persian)

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. (1387 AH / 1967 AD). *Al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmiyyah* (3rd ed., vol. 2). Tehran: Al-Maktabah. (in Persian)

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. (1413 AH / 1992 AD). *Mukhtalif al-Shīʿah fī Aḥkām al-Sharīʿah* (2nd ed., vol. 2). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī. (in Persian)

Al-Qurashī, Yaḥyā ibn Ādam. (1987 AD). *Kitāb al-Kharāj*. Beirut: Dār al-Shurūq. (in Arabic)

Kulaynī, Muḥammad ibn Yaʿqūb. (1407 AH / 1987 AD). *Al-Kāfī* (4th ed., vol. 3). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Persian)

Kulaynī, Muḥammad ibn Yaʿqūb. (1407 AH / 1987 AD). *Al-Kāfī* (4th ed., vol. 4). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Persian)

Muḥaddith Nūrī, Mīrzā Ḥusayn. (1408 AH / 1988 AD). *Mustadrak al-Wasāʾil wa Mustanbiṭ al-Masāʾil* (vol. 17). Lebanon: Muʾassasat Āl al-Bayt. (in Persian)

Majlisī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. (1403 AH / 1983 AD). *Biḥār al-Anwār* (2nd ed., vol. 75). Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Persian)

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. (1424 AH / 2003 AD). *Kitāb al-Nikāḥ* (vol. 1). Qom: Intishārāt Madraseh Imām ʿAlī ibn Abī Ṭālib. (in Persian)

Akbarī, Neʿmatollāh et al. (1396 Sh. / 2017 AD). "Barrasī va Taḥlīl-e Athar-e Sīyāsat-hā-ye Mālīyātī bar Rušd-e Šahrnashīnī dar Eqtesād-e Irān" [Study and Analysis of the Effects of Tax Policies on Urban Growth in Iran's Economy]. *Majallat Eqtesād-e Šahrī*, 2(1). (in Persian)

Amīn Khākī, ʿAlī-Reżā. (1391 Sh. / 2012 AD). "Āsīb-šenāsī-ye Taḥqīq-e Daramād-hā-ye Mālīyātī bā Rovšandāzī bar Jorm-e Farār-e Mālīyātī" [Pathology of Tax Revenue Realization with Emphasis on Tax Evasion Crime]. *Faslnāmah ʿElmī Tarvījī Kārāgāh*, 2(21). (in Persian)

Bohfar, Ḥamzeh and Sheikh al-Eslāmī, ʿAbbās. (1397 Sh. / 2018 AD). "Āthār-e Taʿaddud va Takrār-e Jorm dar Jurāym-e Mālīyātī" [Effects of Crime Multiplicity and Recurrence in Tax Crimes]. *Faslnāmah Jostār-hā-ye Ḥuqūq-e ʿOmmūmī*, 2(4). (in Persian)

Ḥājī Dahābādī, Muḥammad ʿAlī. (1399 Sh. / 2020 AD). "Az Bohrān-e Korunā tā Bohrān-e Sīyāsat-e Jināʾī" [From the Corona Crisis to the Criminal Policy Crisis]. *Ḥuqūq-e Islāmī*, 17(64). (in Persian)

Dānāʾī-fard, Ḥasan. (1391 Sh. / 2012 AD). "Radā-ye Khedmat yā Khodʿat-e Qudrat? Čāleš-hā-ye Firū Rawī Farāyand-e Sīyāsat-gozārī-ye Mellī" [The Robe of Service or the Deceit of Power? Challenges Facing the National Policy-Making Process]. *Māhnāmah-ye Sūreh Andīsheh*, (60 & 61). (in Persian)

Šamšīrī, Tūraj. (1399 Sh. / 2020 AD). "Barrasi-ye ʿOlal va ʿAvāmil-e Irtikāb-e Jorm dar Nizām-e Mālīyātī va Jeloġīrī az Ān dar Rovš-e Nizām-e Keyfrī Irān" [Study of Causes and Factors of Crime in the Tax System and Its Prevention in the Iranian Criminal System]. *Majallat-e Pazhūhesh wa Motāleʿāt ʿOlūm-e Islāmī*, 2(14). (in Persian)

Ghomāmī, Muḥammad Mahdī and Moḥibbī-Kiyā, Ḥamīd-Reżā. (1400 AH / 2021 AD). "ʿAdālat va Mālīyāt bar Kalāhā-ye Lūkṣ; Moṭāleʿeh-ye Mawrūdī-ye Khānihā-ye Khālī va Khodrūhā-ye Lūkṣ" [Justice and Luxury Tax; A Case Study on Empty Houses and Luxury Vehicles]. *Do Faslnāmah-ye ʿElmī Ḥuqūq-e Bashar wa Šahrvandī*, Issue 11, 6th Year, (1). (in Persian)

Mokhlaṣī, ʿAbbās. (1374 Sh. / 1995 AD). "Wujūh Sharʿīyah va Mālīyāt" [Legal Aspects and Tax]. *Majallah-ye Fiqh*, (3). (in Persian)

Mansūrābādī, ʿAbbās and Riyāḥī, Javād. (1391 Sh. / 2012 AD). "Mafhūm-šenāsī-ye Mabānī dar Pazhūhesh-hā-ye Ḥuqūqī" [Conceptualization of Fundamentals in Legal Research]. *Majallah-e Pazhūhesh-hā-ye Ḥuqūqī*, (22). (in Persian)

Najafī Abrandābādī, ʿAlī-Ḥusayn. (1391 Sh. / 2012 AD). *Taqrīrāt-e Dars-e Mabāḥithī dar ʿUlūm-e Jināʾī* [Lecture Notes on Discussions in Criminal Sciences] (7th edition, edited by Šahrām Ibrāhīmī). (in Persian)

Moqaddasī, Muḥammad Bāqir. (1390 Sh. / 2011 AD). *ʿAwām-garāʾī-ye Keyfrī wa Jalwah-hā-ye Ān dar Sīyāsat-e Keyfrī Irān* [Populism in Criminal Policy and Its Manifestations in Iran's Criminal Policy]. PhD diss., Tehrān: Tarbiyat-e Modarres University. (in Persian)

Hornby, A. S. (1987). *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*. Oxford: Oxford University Press.

Kenedi, J. (2020). "Criminal Policy (Panel Policy) In the Effectiveness of Law Enforcement In Indonesia." *Multicultural Education*, 6(1).

Nur Barizah, A. B., & Abdul Rahman, A. R. (2007). "A Comparative Study of Zakah and Modern Taxation." *J.KAU: Islamic Econ.*, 20(1).

Studies of Islamic Jurisprudence and the Basis of Law
Online ISSN: 2783-0837 Print ISSN: 2783-2368
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# Impact of the 'Iddah of Death and Divorce on the Iḥdād of Women in Islamic Fiqh

**Samira Vafaei**[1], **Voria Hafidi**[2], and **Sohila Rostami**[3]

1. M.A. in Shāfiʿī Jurisprudence, Faculty of Humanities and Social Sciences, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran. Email: samira71.vaf@gmail.com
2. *Corresponding Author*, Assistant Professor, Shāfiʿī Jurisprudence Department, Faculty of Humanities and Social Sciences, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran. Email: w.hafidi@uok.ac.ir
3. Associate Professor of Shāfiʿī Jurisprudence Department, Faculty of Humanities and Social Sciences, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran. Email: s.rostami@uok.ac.ir

## Article Info

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received
27 August 2024
Received in revised form
04 November 2024
Accepted
24 November 2024
Available online
22 June 2025

***Keywords:***
iḥdād,
hidād,
zīnah,
zawjah,
iddah,
talāq

## ABSTRACT

"Iḥdād" or "ḥidād" means the abstention from self-adornment by women during the period of ʿiddah. "ʿIddah" in Islamic fiqh refers to the period of time that women must observe after the death of their husband or divorce, after which they are permitted to remarry; hence, some schools of thought (madhāhib) consider iḥdād as one of the concomitants of ʿiddah. Jurists (fuqahāʾ) are in agreement regarding the obligation of iḥdād, but they differ on iḥdād during the ʿiddah of divorce. The present study, based on a descriptive-analytical method, examines the fiqhī opinions concerning the impact of the ʿiddah of divorce on the iḥdād of women. Through an inductive survey of fiqhī opinions, it becomes evident that the majority of jurists (jumhūr al-fuqahāʾ) do not deem iḥdād necessary during the period of the ʿiddah of divorce, whereas Ḥanafī jurists consider iḥdād obligatory during the ʿiddah of irrevocable divorce (bāʾin) (minor [ṣughrā], major [kubrā], khulʿ, and dissolution of marriage [faskh al-nikāḥ]). Therefore, the opinion of the majority appears preponderant (rājiḥ) in accordance with the apparent meanings of the texts (ẓawāhir al-nuṣūṣ) and the objectives of the Sharīʿah (maqāṣid al-sharīʿah). The Ḥanafiyyah do not deem iḥdād obligatory for women from the People of the Book (ahl al-kitāb), the insane (majnūn), or minors (ṣaghīr), whereas the majority of jurists, due to the uniformity of the rulings on marriage and divorce (aḥkām al-nikāḥ wa-al-ṭalāq), hold iḥdād to be obligatory for all women, and considering the absence of difference in the effects of marriage and divorce (āthār al-nikāḥ wa-al-ṭalāq), the opinion of the majority appears preponderant.

**Cite this article:** Vafaei, S., Hafidi, V., & Rostami, S. (2025). Impact of the 'Iddah of Death and Divorce on the Iḥdād of Women in Islamic Fiqh. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law, 19*(1), 141-166. http//doi.org/10.22034/fvh.2025.19255.2018

© The Author(s). Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: http//doi.org/10.22034/fvh.2025.19255.2018

## Introduction

Marriage and family occupy a special position in Islam. In the Qurʾān, marriage is described as a *mīthāq ghalīẓ* ("solemn covenant"), and Islamic teachings emphasize the preservation and cohesion of the family, attaching numerous *fiqhī* and legal consequences to it. Nevertheless, the marital bond may come to an end due to death or divorce. In Islam, just as there are prescribed preliminaries for initiating marital life, there are also rulings and regulations for ending it. Among the rulings concerning the termination of marriage is the *ʿiddah* of women. In Islamic *fiqh*, *ʿiddah* refers to the prescribed waiting period during which a widowed (*mutawaffā ʿanhā zawjuhā*) or divorced (*muṭallaqah*) woman is not permitted to remarry and must observe certain prescribed etiquettes, including *iḥdād*—the abstention from adornment.

In the pre-Islamic *Jāhiliyyah* era, this practice was accompanied by harsh and burdensome rules: a woman observing *iḥdād* would have to spend one year in seclusion, living with minimal provisions in a small, unsuitable dwelling, after which she could return to normal life. Islam, while affirming the principle of *iḥdād*, reformed its rules. However, differences remain among *fiqhī* schools regarding its details.

One of the most significant areas of disagreement concerns the obligation of *iḥdād* during the *ʿiddah* of death and divorce (both *ṭalāq bāʾin* and *ṭalāq rajʿī*). All schools agree on the obligation of *iḥdād* during the *ʿiddah* of widowhood. Regarding *iḥdād* during the *ʿiddah* of divorce, however, there is disagreement. The majority of jurists deny its obligation in cases of *nikāḥ fāsid* (invalid marriage), while a narration from Aḥmad b. Ḥanbal and Qāḍī Abū Yaʿlā affirms the requirement of *ʿiddah*. There is consensus on the non-obligation of *iḥdād* during *ṭalāq rajʿī*, while in cases of *ṭalāq bāʾin*—including *bāʾinah ṣughrā*, *bāʾinah kubrā*, *khulūʿ*, and dissolution of marriage (*faskh al-nikāḥ*)—three views exist:

1. The majority of jurists reject the obligation of *iḥdād*.
2. Abū Ḥanīfah and Aḥmad b. Ḥanbal affirm its obligation.
3. Ibn al-Mundhir, Rabīʿah, and Mālik hold that *iḥdād* during *ṭalāq bāʾin* is recommended (*mustaḥabb*).

Another disputed matter concerns the conditions for women subject to *iḥdād*. All jurists agree that it is obligatory for Muslim women who are of age (*bāligh*), but they disagree on its obligation for non-Muslim women or those lacking legal capacity (minors or mentally incapacitated). The majority of the schools, based on the general and absolute nature of the evidence and the equal marital rights of Muslim and non-Muslim women, affirm the obligation of *iḥdād* for non-Muslim women. Others, citing the explicit mention of faith (*īmān*) in certain ḥadīths, consider *iḥdād* to be exclusive to Muslim women. Jurists also differ on the obligation of *iḥdād* for minors (*ṣaghīrah*) and the

mentally incapacitated (*majnūnah*): some hold it obligatory, while others—based on the absence of legal accountability (*taklīf*) for minors and the insane—reject its obligation for these women.

## Methodology

This qualitative study adopts a descriptive–analytical approach, employing content analysis. The research population comprises *fiqhī* sources from the various Islamic schools, selected purposively to achieve comprehensive induction (*istiqrāʾ tām*) of juristic opinions on *iḥdād*. The main objective is to examine the impact of *ʿiddah* in cases of divorce and death (independent variables) on women's observance of *iḥdād* (dependent variable) in Islamic *fiqh*.

Data collection was conducted through library and documentary research, using note-taking as the primary tool. Initially, the views and evidences of the different *madhāhib* were extracted from authentic, primary *fiqhī* sources. These views were then classified, and the content was analyzed and evaluated qualitatively to identify the strongest opinion.

## Findings

Analysis of the juristic opinions shows that *iḥdād* is a corollary of *ʿiddah*. Accordingly, in cases such as *nikāḥ fāsid*, where there is no *ʿiddah*, *iḥdād* also does not apply. Furthermore, during *ṭalāq rajʿī*, in which the marital bond remains in effect and the emphasis is on reconciliation and resumption of marital life, *iḥdād* is incompatible with this objective. Therefore, *iḥdād* is not obligatory during *ṭalāq rajʿī*, and adornment is permissible—in fact, some jurists consider it recommended (*mustaḥabb*).

The primary disagreement concerns the obligation of *iḥdād* during *ṭalāq bāʾin* (*ṣughrā*, *kubrā*, and *khulu*ʿ). According to the majority, *iḥdād* is not obligatory during this period; however, the Ḥanafī school holds that it is obligatory for women divorced with *ṭalāq bāʾin*. Their principal argument rests on the generality and absoluteness of ḥadīths commanding *iḥdād* for divorced women. Yet, these ḥadīths have conflicting counterparts indicating the non-obligation of *iḥdād* for divorced women. Hence, based on the principle of permissibility (*aṣl al-ibāḥah*), the default ruling is that adornment is permissible during this period.

Other disputed conditions include the obligation of *iḥdād* for women from the People of the Book (*ahl al-kitāb*), minors, and the mentally incapacitated. Since the effects and rulings of marriage are *aḥkām waḍʿiyyah* (stipulative rulings) that apply equally to Muslims and non-Muslims, and to those with and without legal capacity, the majority view—contrary to the Ḥanafī opinion—is that *iḥdād* is obligatory for these women as well.

## Conclusion

A comparison of the evidences for the various juristic views indicates that *iḥdād* is exclusive to women whose husbands have died, and it is not obligatory for other divorced women. The Ḥanafī position—that *iḥdād* is obligatory for divorced women—lacks definitive and explicit proof; thus, the majority opinion is preferable.

Regarding *iḥdād* for minors, the mentally incapacitated, and women from the People of the Book, the Ḥanafīs argue against its obligation based on their lack of *taklīf* with respect to detailed rulings. By contrast, the majority hold that such women are equally subject to *aḥkām waḍʿiyyah*, making *iḥdād* obligatory for them—a view that is stronger and more consistent with the evidence.

***Author Contributions:*** Samira Vafaei (First Author): Literature collection and introduction (20%). Voria Hafidi (Corresponding Author): Initial drafting and analysis (50%). Dr. Soheila Rostami (Third Author): Final analysis, editing, and final review (30%).

***Data Availability Statement:*** Applicable.

***Acknowledgements:*** Not mentioned.

***Ethical Considerations:*** The authors avoided data fabrication, falsification, plagiarism, and misconduct.

***Funding:*** This research did not receive any specific grant from funding agencies in the public, commercial, or not-for-profit sectors.

***Conflict of Interest:*** The authors declare no conflict of interest.

***Declaration of Generative AI and AI-assisted technologies in the writing process:*** No.

مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق
شاپا برخط: ۰۸۳۷-۲۷۸۳ شاپا چاپی: ۲۳۶۸-۲۷۸۳
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# تأثیر عدهٔ وفات و طلاق بر احداد بانوان در فقه اسلامی

سمیرا وفایی[۱]، وریا حفیدی[۲]، و سهیلا رستمی[۳]

۱. کارشناسی ارشد فقه شافعی، دانشکدهٔ علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران. رایانامه:samira71.vaf@gmail.com
۲. *نویسندهٔ مسئول*، دانشیار گروه فقه شافعی، دانشکدهٔ علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران. رایانامه: w.hafidi@uok.ac.ir
۳. دانشیار گروه فقه شافعی، دانشکدهٔ علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران. رایانامه: s.rostami@uok.ac.ir

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:**
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۰۶
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۸/۱۴
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۰۴
تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۴/۰۱

***کلیدواژه‌ها:***
احداد،
حداد،
زینت،
زوجه،
عده،
طلاق

**چکیده**

«إحداد» یا «حِداد» به‌معنای ترک خودآرایی زنان در دوران عده است. «عده» در فقه اسلامی به مدت زمانی گفته می‌شود که باید زنان پس از وفات شوهر یا طلاق سپری کرده و پس از آن اجازهٔ ازدواج مجدد را خواهند داشت؛ لذا برخی از مذاهب، احداد را از توابع عده به شمار آورده‌اند. فقها دربارهٔ وجوب احداد اتفاق‌نظر دارند، اما در مورد احداد در عدهٔ طلاق اختلاف‌نظر دارند. پژوهش حاضر بر اساس روش توصیفی–تحلیلی به بررسی آرای فقهی درخصوص تأثیر عدهٔ طلاق بر حداد بانوان می‌پردازد. با استقرای آرای فقهی مشخص می‌شود که جمهور فقها احداد را در دوران عدهٔ طلاق لازم نمی‌دانند، درحالی‌که فقهای حنفی احداد را در دوران عدهٔ طلاق بائن (صغری، کبری، خلع و فسخ نکاح) نیز لازم دانسته‌اند. بنابراین، قول جمهور، طبق ظواهر نصوص و مقاصد شریعت، راجح به نظر می‌رسد. حنفیه احداد را بر زنان اهل کتاب، مجنون و صغیر لازم نمی‌دانند، درحالی‌که جمهور فقها به‌دلیل همسانی احکام نکاح و طلاق، قائل به وجوب احداد برای همهٔ زنان بوده و با توجه به عدم تفاوت آثار نکاح و طلاق، قول جمهور راجح به نظر می‌رسد.

**استناد:** وفایی، سمیرا؛ حفیدی، وریا؛ و رستمی، سهیلا (۱۴۰۴). تأثیر عدهٔ وفات و طلاق بر احداد بانوان در فقه اسلامی. *مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*، ۱۹ (۱)، ۱۴۱-۱۶۶. https://doi.org/10.22034/fvh.2025.19255.2018

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.
© نویسنده(گان).

## مقدمه

خانواده به‌عنوان مهم‌ترین نهاد اجتماعی، از نگاه دینی جایگاه و اهمیت خاصی دارد و تکالیف و حقوق مختلفی برای زوجین معین شده تا تحقق سکون و آرامش خانواده، زمینهٔ تربیت جامعه‌ای سالم را فراهم آورد. با وجود تأکید فراوان آیات قرآنی و احادیث بر انسجام و حفظ کانون خانواده، وفات یکی از زوجین و یا طلاق سبب پایان زندگی مشترک می‌شود. همچنان‌که برای ازدواج مقدماتی وجود دارد، برای جدایی و پایان زندگی مشترک نیز احکام و آدابی وجود دارد که باید مورد توجه قرار گیرد. یکی از احکام مربوط به پایان زندگی مشترک، وجوب عدهٔ بانوان است. عده یا محدودیت‌های خاص بانوان پس از وفات شوهر یا طلاق، از مسائلی است که در غالب اقوام و فرهنگ‌ها وجود داشته و در میان اعراب قبل از اسلام نیز رسمی متداول بوده است. از جمله رسوم رایج میان اعراب در دوران عدهٔ زنان، «احداد» بوده است.

اسلام در تعامل یا تقابل با عرف‌ها و رسوم متداول میان اعراب، رویکردی واحد نداشته و رسومی را که با مقاصد و مبانی شریعت سازگار یا موافق بوده را تأیید کرده و رسوم مخالف با مقاصد شریعت را ابطال نموده است. در این بین، برخی از رسوم را نیز با تغییراتی تقریر و تأیید نموده است. بر این اساس، موضع‌گیری اسلام در مواجهه با عرف‌های صدر اسلام یکسان نبوده و فقها با استقرای شیوهٔ برخورد اسلام با عرف‌های موجود، آن‌ها را به دو دستهٔ «احکام امضایی» و «احکام تأسیسی» تقسیم کرده‌اند. احکام امضایی مقررات و آداب و رسوم و قراردادهایی است که در جامعه قبل از اسلام وجود داشته و شارع آن‌ها را بدون تغییر یا غالباً با افزودن شرایطی تأیید و امضا نموده است که احکام مربوط به بیع، خانواده و... را می‌توان از این نوع برشمرد و معمولاً با عبارت «امضاه الشارع» بدان اشاره شده است؛ در مقابل، احکام تأسیسی به احکامی گفته می‌شود که شارع مقدس آن‌ها را دربارهٔ موضوع معین ابداع نموده است که غالب احکام عبادی از این دسته به شمار می‌آیند. تأیید احکام امضایی نیز به‌صورت صریح یا تقریر و سکوت انجام می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج. ۱، صص. ۵۶۱-۵۶۳).

به‌پایان‌رسیدن زندگی زناشویی با طلاق یا وفات یکی از زوجین در جوامع مختلف همواره با آداب و تشریفات خاصی همراه بوده که این آداب بیانگر جایگاه و اهمیت خانواده در فرهنگ‌های مختلف می‌باشد. در فقه اسلامی، پس از طلاق یا وفات شوهر، برخی از زنان باید عده نگه داشته و پس از آن اجازهٔ ازدواج مجدد خواهند داشت. از جمله لوازم دوران عده، «حداد» یا «احداد» است که در میان اقوام عرب پیش از اسلام نیز مرسوم بوده است. احداد در دوران پیش از اسلام بدین‌صورت بود که زنان پس از وفات شوهر به‌مدت یک سال با خودداری از خودآرایی و محرومیت از امکانات رفاهی و حبس در مکان نامناسب به سوگ شوهر ازدست‌رفته می‌نشستند و پس از آن اجازهٔ بازگشت به زندگی عادی داشتند. اسلام با وجود پذیرش کلی مفهوم احداد، از حیث زمان و کیفیت احداد تغییرات و اصلاحات متعدد در آن انجام داده، بر این اساس، می‌توان احداد را از جمله «احکام امضایی اصلاحی» دانست که با اصلاحاتی تقریر شارع قرار گرفته است. در فقه اسلامی، زنان پس از طلاق یا وفات شوهر، باید «عدّه» نگه دارند و احداد از توابع عده به شمار می‌آید؛ بااین‌وصف، در مورد ارتباط عده با احداد اختلاف‌نظر وجود دارد. بدان معنا که آیا در صورت

ثبوت عده، احداد بر زنان در دوران عده (طلاق رجعی یا بائن) واجب است؟ و آیا اسلام و تکلیف (بلوغ و عقل) که جزو شروط عده نمی‌باشند، در ثبوت احداد شرط قلمداد می‌شوند؟

پژوهش حاضر که بر اساس روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و اسنادی و ابزار فیش‌برداری انجام پذیرفته است، به بررسی احکام احداد بر اساس مذاهب اسلامی پرداخته و تلاش دارد به سؤال‌های ذکرشده پاسخ دهد.

لازم به ذکر است پژوهش‌ها و نوشته‌هایی در زمینهٔ احداد صورت گرفته که به چند مورد از آن‌ها اشاره می‌شود:

۱- السلیمی، احمد بن عبدالله. «الاحداد، اقسامه، احکامه، بدعه، فتاواه». الریاض: مکتبه المعارف للنشر والتوزیع.

۲- مهاوی، دکتر سمراء عیسی. «احکام احداد المرأة فی فقه الاسلامی». مجلة کلیة العلوم الاسلامیة.

۳- خالد، المصلح، «أحکام الاحداد فی الفقه الاسلامی»، موقع خالد المصلح.

اثر نخست به‌صورت کلی با تأکید بر مفهوم‌شناسی، به بیان بدعت‌های مستحدثه در حوزهٔ احداد پرداخته، اثر دوم در قالب مقاله و به‌صورت خلاصه به گزارش کلی موضوع اشاره کرده و به تحلیل فقهی موضوع مورد بحث نپرداخته است. اثر سوم نیز با نگرشی فقه الحدیثی به موضوع پرداخته و به‌صورت تخصصی به تحلیل رویکرد فقهی نپرداخته است. علاوه‌براین، پژوهش‌های انجام‌شده به زبان عربی بوده و ازاین‌رو جای دارد پژوهشی در این زمینه صورت گیرد و با رویکرد فقهی و به زبان فارسی به بررسی و تحلیل موضوع از منظر مذاهب اسلامی پرداخته شود. برای تبیین بهتر موضوع مناسب است ابتدا به مفهوم‌شناسی و تاریخچهٔ احداد قبل از اسلام و دلایل مشروعیت آن اشاره شود.

## مفهوم‌شناسی «احداد»

«إحداد» مصدر باب «إفعال» از ریشهٔ «حَدَدَ» و اسم مصدر آن، «حِداد» است. معنای اولیه و حقیقی «حَدَدَ» منع و بازداشتن است و این مفهوم در همهٔ مشتقات آن مشاهده می‌شود. ازاین‌رو، به آهن که بیشترین قدرت بازدارندگی را دارد، «حدید»؛ به مرز و حائلی که مانع تجاوز و دخالت می‌گردد، «حد»؛ به دربان که مانع ورود افراد می‌شود، «حدّاد»؛ و به تعریف جامع و مانع که از ورود مصادیق غیرمقصود جلوگیری می‌کند، «حدّ» گفته شده است. همچنین به مجازات‌های بازدارنده از ارتکاب جرم، «حدود» و به فرامین و احکام الهی که تخطی از آن‌ها ممنوع است، «حدود الله» گفته شده است. از معانی مجازی حد، می‌توان به دشمنی (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج.۳، ص.۱۴۳؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، صص.۲۲۱-۲۲۲)، شدت و تیزی، مشخص‌بودن، خشم و عصبانیت، حبس و زندانی، و... اشاره کرد که در همهٔ این موارد، معنای «منع و بازداشتن» وجود دارد (زمخشری، ۱۴۱۹ق، ج.۱، ص.۱۷۴).

با توجه به شهرت معنای فقهی «احداد»، منابع لغوی به معنای اصطلاحی آن نیز چنین اشاره کرده‌اند که «أَحَدَّتِ المَرأةُ» به‌معنای امتناع و خودداری زن از آرایش و رنگ‌کردن مو بعد از وفات شوهرش می‌باشد (زبیدی، ۱۴۲۲ق، ج.۸، ص.۱۱). هنگامی‌که در زبان عربی گفته می‌شود: «أَحَدَّتِ المرأة علی زَوْجها»، بدان

معناست که زن به‌خاطر درد فراق و مرگ شوهرش، خودآرایی را ترک و از هرگونه آرایش و رنگ‌کردن موی سر امتناع کرده است (ابن‌اثیر، ۱۳۹۹ق، ج. ۱، ص. ۳۵۲). بر این اساس، به زنی که به‌خاطر وفات شوهر، خودآرایی را ترک کرده است، «الحادُّ» و «المُحِدُّ» (فیروزآبادی، ۱۴۲۶ق، ص. ۲۷۶) و به لباس مشکی خاص سوگواری، «الحِدَادُ» گفته شده است (رازی، ۱۴۲۳ق، ص. ۶۸).

در منابع فقهی به ترک خودآرایی زنان به‌خاطر وفات شوهر یا عدهٔ طلاق با دو اصطلاح «إحداد» و «حِداد» اشاره شده است و با عبارات متقارب و مشابهی به بیان ماهیت آن پرداخته‌اند که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

در فقه امامیه، حِداد از صفات و لوازم عدهٔ وفات به شمار می‌آید و به خودداری زن معتده از مواد خوشبوکننده، زیورآلات و لباس‌های زینتی و آرایش با حنا و روغن و هر آنچه که نفس بدان تمایل پیدا می‌کند، گفته شده است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۱۵، ص. ۲۶۳؛ حلی، ۱۴۱۳ق، ج. ۲، ص. ۷۳).

از نگاه حنفیه، احداد به‌معنای خودداری زن در زمان عده، از استفاده از هرگونه وسیلهٔ آرایشی از جمله عطر، مواد خوشبوکننده، سرمه، رنگ و غیره می‌باشد (مرغینانی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۲۷۸).

مالکیه معتقدند احداد عبارت است از ترک هر نوع عطر، آرایش، رنگ و سرمه جز در حالت اضطرار؛ بنابراین استفاده از حنا برای رنگ‌کردن مو، پوشیدن لباس‌هایی با رنگ قرمز و یا زرد یا رنگ‌شده با مادهٔ عصفر و زعفران و غیره، جایز نیست (قدوری، ۱۴۱۸ق، ص. ۱۷۰).

شافعیه احداد را ترک آرایش زن معتده در لباس و استفاده از زیورآلات و عطر دانسته‌اند (نووی، ۱۴۱۲ق، ج. ۸، ص. ۴۰۵).

حنابله معتقدند احداد، خودداری از آرایش، عطرزدن و به‌طور کلی هر نوع خودآرایی است خواه به‌وسیلهٔ استفاده از زیورآلات باشد یا پوشیدن لباس‌های رنگی مانند قرمز، زرد، سبز و آبی و یا استفاده از حنا برای رنگ‌کردن مو و یا کشیدن سرمهٔ مشکی در چشم باشد (ابن‌مفلح، ۱۴۱۸ق، ج. ۷، ص. ۱۰۱).

از مقایسهٔ تعاریف فوق مشخص می‌شود که فقهای امامیه احداد را خاص دوران عدهٔ وفات دانسته و در نزد اهل‌سنت از لوازم عده است و در صورت ثبوت عده، احداد لازم است و به‌طور کلی می‌توان گفت «إحداد» یا «حِداد» به ترک خودآرایی زنان در دوران عده گفته می‌شود. لازم به ذکر است، برخی از مصادیق ذکرشده در تعاریف فوق، همچون ترک لباس‌های خاص یا به‌کاربردن عطر، از باب مثال و تقریب به ذهن بوده که خارج از ماهیت تعریف منطقی می‌باشد و حذف آن در تعریف علمی مناسب‌تر است. بر اساس تعریف اخیر، رسیدگی به کارهای شخصی همچون استحمام، کوتاه‌کردن موی سر، مسواک‌زدن، گرفتن ناخن و شبیه آن، که از امور بهداشتی به شمار می‌آید، جزو مصادیق احداد نبوده و انجام این امور مباح است و اشکالی ندارد (شهیدثانی، ۱۴۱۲ق، ج. ۶، ص. ۶۳). علاوه بر این، اگر استفاده از سرمه، حنا و غیره، برای معالجه و تسکین درد باشد، با استناد به دو اصل «ضرورت» و «دفع مشقت و حرج»، جایز می‌باشد (مالک بن انس، ۱۹۸۵، ج. ۳، ص. ۵۹۹؛ مالک بن انس، ۱۴۱۵ق، ج. ۲، ص. ۴۳۱). شایان ذکر است که بیان مصادیق در تعریف فقها جنبهٔ حصری ندارد و معیار اصلی در مصادیق احداد عرف است؛ لذا استفادهٔ از هر زینتی که، موجب جلب توجه مردان شود ممنوع است که شامل انواع زیورآلات، عطر و ادکلن‌ها، مواد آرایشی، سرمه،

حنا، لباس‌های رنگی (به‌جز رنگ مشکی) و... می‌شود (ابن‌رشد، ۱۴۲۵ق، ج. ۳، ص. ۱۴۱). بدیهی است که این امور با توجه به عرفی‌بودن، در جوامع و فرهنگ‌های مختلف متفاوت بوده و بر اساس اقتضای زمان و مکان قابل تغییر می‌باشند.

## تاریخچهٔ احداد

تاریخ دقیقی را نمی‌توان برای احداد یا آداب سوگواری تعیین نمود؛ بااین‌وصف، در فرهنگ‌های مختلف، اعضای خانواده یا همسران به‌شیوه‌ای متناسب با عرف، حزن و اندوه خویش را پایان زندگی خانوادگی اظهار نموده‌اند. برای مثال، در میان چینی‌ها اگر پدر خانواده وفات می‌کرد، پسرش باید سه سال احداد را رعایت می‌کرد و از خوردن گوشت و نوشیدن مشروبات الکلی پرهیز می‌نمود و اگر آن پسر صاحب مشاغل دولتی نیز می‌بود، باید تا پایان مدت مذکور از منصب خویش کناره می‌گرفت. همچنین، اگر پدرِ امپراتور نیز وفات می‌کرد، لازم بود امپراتور به‌مدت سه‌سال رسیدگی به امور حکومتی را کنار گذاشته و ادارهٔ حکومت را به‌مدت سه‌سال به شخص دیگری واگذار کند (هگل، ۱۹۸۴، ج. ۲، ص. ۷۱). در هندوستان، زن متوفی یا یکی از زنان خویشاوند به‌همراه متوفی دفن می‌شد و در میان برخی از قبایل هندی، زن بعد از وفات شوهر به‌همراه وی سوزانده می‌شد که به این رسم، «ستی» گفته شده است (سباعی، ۱۴۰۴ق، ص. ۱۸؛ یحیی نوری، ۱۳۸۵، ص. ۶۱۷؛ لطیفی، ۱۳۹۵، ص. ۱۰۰).

زنان یهود نیز پس از وفات شوهر، رخت بیوگی پوشیده و تا ازدواج مجدد، لباس بیوه‌ها را از تن درنمی‌آوردند (تورات، سفر پیدایش، باب ۳۸، آیات ۱۱–۱۹) و اگر چند برادر با هم در یک خانه اقامت داشته باشند و یکی از آن‌ها که صاحب فرزند نیست، فوت کند، زن متوفی نباید با افراد غریبه ازدواج کند و لازم است با برادر شوهر ازدواج کرده و در صورت صاحب‌فرزندشدن، باید اسم برادر متوفی (شوهر سابق زن) را بر اولین فرزند بگذارند (تورات، سفر تثنیه، فصل ۲۵، آیات ۵–۷) و بعضی از این رسوم که در میان جوامع مسلمان مشاهده می‌شود، ریشه در فرهنگ یهود دارد (حنان سلیمان، ۲۰۰۲، ص. ۵۸).

احداد در میان اعراب قبل از اسلام وجود داشت و در آن زمان قوانین سخت و طاقت‌فرسایی را بر زنان تحمیل می‌کردند؛ به‌گونه‌ای که زن بعد از فوت همسرش از جامعه دوری می‌گزید و به‌مدت یک‌سال در یک خانه‌ای بسیار کوچک زندگی می‌کرد و از تمام لذت‌ها و شادمانی‌های دنیایی فاصله می‌گرفت و زندگی را بسیار بر خود سخت می‌کرد (عظیم آبادی، ۱۴۱۵ق، ج. ۶، ص. ۲۸۸؛ عینی، ۱۴۲۰ق، ج. ۲۱، ص. ۴) که در اسلام شیوه و نحوهٔ احداد تصحیح شده (بخاری، ۱۴۲۲ق، ج. ۷، ص. ۵۹) و کیفیت آن اصلاح گردید (سعیدی، ۱۳۹۳، صص. ۴۵ و ۵۹) و می‌توان آن‌را از جمله احکام امضائیِ اصلاحی به شمار آورد.

## مشروعیت و حکم تکلیفی احداد

احداد نوعی محدودیت و محرومیت است و با توجه به اصل اباحه، تحریم هر امر مباح، باید مبتنی بر دلیل باشد؛ لذا فقها برای بیان مشروعیت و حکم تکلیفی احداد به دلایل ذیل استناد کرده‌اند:

۱) خداوند در آیهٔ «وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكمْ وَيذَرُونَ أَزْوَاجًا يتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا» (بقره ۲۳۴) عدهٔ زنانی که شوهرشان فوت کرده، را چهار ماه و ده روز بیان کرده است. فعل مضارع در عبارت «يتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ» دلالت بر وجوب دارد (طبری، ۲۰۰۰، ج. ۵، ص. ۸۰). فعل «يتَرَبَّصْنَ» خبر در مقام انشاء و به‌معنای امر است و دلالت بر تأکید و وجوب کلی داشته (طباطبایی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۲۳۰؛ زمخشری، ۱۴۰۷ق، ج. ۱، ص. ۲۷۰؛ ابوحیان، ۱۴۲۰ق، ج. ۲، ص. ۴۵۳) و عبارت «فَلَا جُنَاحَ عَلَيكمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» در ادامهٔ آیه، بیانگر عدم محدودیت زنان پس از پایان دوران عده می‌باشد (قرطبی، ۱۳۸۴ق، ج. ۲، ص. ۱۷۶؛ ابن‌کثیر، ۱۴۲۰ق، ج. ۱، ص. ۶۳۷؛ رازی، ۱۴۲۰ق، ج. ۶، ص. ۴۶۸).

۲) ام‌حبیبه روایت کرده که پیامبر (ص) فرمودند: «لَا يحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيوْمِ الْآخِرِ، تُحِدَّ عَلَى مَيتٍ فَوْقَ ثَلَاثٍ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا» (بخاری، ۱۴۲۲ق، ج. ۲، ص. ۷۸؛ مسلم، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۱۱۲۳). نفی و استثناء بیانگر حصر می‌باشد و ظاهر حدیث دلالت بر آن دارد که احداد بیشتر از سه روز فقط بر زوج جایز است (ابن‌همام، بی‌تا، ج. ۴، ص. ۳۶۶؛ بابرتی، ۱۳۸۹، ج. ۴، ص. ۳۶۶؛ ابن‌حجر، ۱۳۷۹ق، ج. ۹، صص. ۴۸۵-۴۸۶؛ قسطلانی، ۱۳۲۳ق، ج. ۸، ص. ۱۸۸؛ باجی، ۱۳۳۲ق، ج. ۴، ص. ۱۴۴؛ شربینی، ۱۴۱۵ق، ج. ۵، ص. ۹۹). همچنین از اباعبدالله (ع) روایت شده است: «والاحداد إنما یکون علی المتوفی‌عنها زوجها و لایحل للمرأة أن تحد علی غیر الزوج فوق ثلاثة ایام» (محدث نوری، ۱۴۱۱ق، ج. ۱۵، ص. ۳۶۱)، با استناد به حدیث مذکور و احادیث مشابه، محدث نوری، یکی از ابواب کتاب خویش را «باب وجوب الحداد علی المرأة فی عدة الوفاة خاصة، بترک الزینة و الطیب ونحوها» نام‌گذاری کرده است.

۳) ام‌سلمه روایت کرده، زنی نزد پیامبر (ص) آمد و گفت: ای پیامبر خدا (ص)، شوهر دخترم فوت کرده و چشمان او درد می‌کند؛ آیا اجازه داریم برای او از سرمه استفاده کنیم؟ ایشان (ص) فرمودند: خیر. پس از اصرار فرد، پیامبر (ص) فرمودند: عده فقط چهار ماه و ده روز است، درحالی‌که زنان در جاهلیت یک‌سال تمام دوران عده را می‌گذراندند و سپس با پرت‌کردن پشکل این مدت را بسیار ناچیز می‌دانستند» (بخاری، ۱۴۲۲ق، ج. ۷، ص. ۵۹؛ مسلم، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۱۱۲۴).

۴) استقرای آرای مذاهب فقهی بیانگر آن است که همهٔ مذاهب فقهی بر مشروعیت و وجوب احداد زنی که در دوران عده است، اتفاق‌نظر دارند و در این زمینه اختلافی نقل نشده است (ماوردی، ۱۴۱۹ق، ج. ۱۱، ص. ۲۷۳؛ ابن‌عبدالبر، ۱۳۸۷ق، ج. ۱۷، ص. ۳۲۱؛ کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج. ۳، ص. ۲۰۸)؛ لذا اصل مشروعیت و وجوب احداد، اجماعی است؛ بااین‌وصف، در مواردی از احکام زنان مُحِدّة اختلاف‌نظر وجود دارد که بدان‌ها پرداخته می‌شود.

## تأثیر عده بر احداد بانوان

از نگاه فقهی، نفقهٔ مطلقهٔ و متوفی‌عنها (رستمی و همکاران، ۱۴۰۱، ص. ۱۱۲) از توابع و مکملات عدّه به شمار می‌رود؛ اما دربارهٔ وجوب احداد زنان مطلقه، اختلاف‌نظر وجود دارد. برخی از مذاهب، احداد را از توابع عدهٔ طلاق دانسته و با استدلال به قواعد فقهی‌ای چون «التابع تابع» و «التابع لایفرد بالحکم»، احداد را واجب می‌دانند (زیلعی، ۱۳۱۳ق، ج. ۳، ص. ۳۵) و در مقابل جمهور فقها، احداد مطلقه را واجب نمی‌دانند

(طوسی، ۱۳۶۴، ج. ۸، ص. ۱۵۸؛ ابن‌همام، بی‌تا، ج. ۴، ص. ۳۶۶؛ بابرتی، ۱۳۸۹، ج. ۴، ص. ۳۶۶؛ ابن‌حجر، ۱۳۷۹ق، ج. ۹، صص. ۴۸۵-۴۸۶؛ قسطلانی، ۱۳۲۳ق، ج. ۸، ص. ۱۸۸؛ باجی، ۱۳۳۲ق، ج. ۴، ص. ۱۴۴؛ شربینی، ۱۴۱۵ق، ج. ۵، ص. ۹۹)؛ علاوه بر این، در وجوب احداد بانوان در نکاح فاسد یا طلاق اختلاف‌نظر وجود دارد.

### ۱ـ احداد در نکاح فاسد

در مورد لزوم احداد در نکاح فاسد، دو دیدگاه وجود دارد.

الف) دیدگاه مخالفان: حنفیه، مالکیه، شافعیه، حنابله و امامیه قائل به عدم وجوب احداد در نکاح فاسد هستند (ابن‌عابدین، ۱۴۱۲ق، ج. ۳، ص. ۵۳۰؛ مالک بن انس، ۱۴۱۵ق، ج. ۲، ص. ۱۶؛ نووی، ۱۴۱۲ق، ج. ۸، ص. ۴۰۵؛ مرداوی، بی‌تا، ج. ۹، ص. ۳۰۳؛ طوسی، ۱۳۶۴، ج. ۸، ص. ۱۵۸) و معتقدند آیهٔ «قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ» به‌صورت مطلق استفاده از زینت را مباح نموده است و کلمهٔ «عباد» شامل زنان در عقد نکاح فاسد می‌شوند و تحریم آن نیازمند دلیل است. علاوه بر این، اتمام نکاح فاسد یا نکاحی که دارای شبهه است، موجب خوشحالی و شکرگزاری است؛ لذا اظهار ناراحتی و حزن دراین‌حالت به‌دلیل اتمام نکاح با هدف تشریع نکاح در تضاد است (عینی، ۱۴۲۰ق، ج. ۵، ص. ۶۲۳؛ مرغینانی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۲۷۸). علاوه بر این، در نکاح فاسد یا شبهه‌دار، رابطهٔ زوجیت حقیقی وجود ندارد تا آثار عملی بر آن مترتب گردد (نووی، ۱۴۱۲ق، ج. ۸، ص. ۴۰۵؛ ابن‌حزم، بی‌تا، ج. ۱۰، ص. ۱۱۱؛ ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ج. ۸، ص. ۱۵۵). به همین دلیل، جمهور مذاهب فقهی احداد در نکاح فاسد یا دارای شبهه را لازم ندانسته‌اند.

ب) دیدگاه موافقان: در مقابل، در روایتی از احمد ابن‌حنبل، قاضی ابویعلی و قولی از ابن‌قدامه، قائل به وجوب احداد در نکاح فاسد هستند (مرداوی، بی‌تا، ج. ۹، ص. ۳۰۳؛ ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ج. ۷، ص. ۱۳) و معتقدند چون نکاح صحیح و فاسد در برخی از احکام یکسان هستند؛ لذا احداد در هر دو ثابت است. همچنین، ازآنجاکه عده با خلوت و لعان ثابت می‌شود؛ لذا از باب احتیاط، احداد، در نکاح فاسد نیز واجب است (ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ج. ۷، ص. ۱۳؛ باجی، ۱۳۳۲ق، ج. ۴، ص. ۱۴۴).

با بررسی دلایل طرفین مشاهده می‌شود موافقان با استناد به اصل احتیاط و دلایل اجمالی، احداد را واجب دانسته‌اند؛ درحالی‌که مخالفان، استناد به احتیاط را برای اثبات محدودیت و محرومیت کافی ندانسته و وجوب احداد را اضاعهٔ حق‌الناس بدون دلیل می‌دانند؛ حال‌آنکه تحریم امور مباح نیازمند دلایل تفصیلی و جزئی است و با توجه به تفاوت زیاد احکام نکاح صحیح با نکاح فاسد و دارای شبهه، قیاس آن‌ها بر همدیگر جایز نمی‌باشد.

### ۲ـ احداد در طلاق در دوران عقد

فقها با استناد به ظاهر آیهٔ «يا أَيهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكمْ عَلَيهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا» (احزاب ۴۹)، بر عدم وجوب احداد زن در دوران عقد نکاح (طلاق قبل از

دخول)، اتفاق‌نظر دارند (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج. ۶، ص. ۵۸؛ افندی، ۱۴۱۱ق، ج. ۱، ص. ۴۷۱؛ رعینی، ۱۴۱۲ق، ج. ۴، ص. ۱۵۰؛ رملی، ۱۴۳۰ق، ج. ۱، ص. ۸۲۹؛ ابن‌مفلح، ۱۴۱۸ق، ج. ۷، ص. ۱۰۱؛ حرّ عاملی، ۱۴۱۶ق، ج. ۱۵، ص. ۴۳۸). چون طلاق قبل از دخول، موجب عدهٔ زنان مطلقه نمی‌گردد و در صورت عدم ثبوت عده، به‌طریق أولی، احداد واجب نخواهد بود (ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ج. ۸، ص. ۹۴).

## ۳ـ احداد در عدهٔ طلاق رجعی

طلاق رجعی، عبارت است از طلاقی که رابطهٔ زوجیت از بین نرفته و زوج می‌تواند بدون عقد و مَهر جدید، به زندگی سابق برگردد؛ به همین دلیل، فقها نه‌تنها بر عدم احداد زن در طلاق رجعی هم‌سخن هستند؛ بلکه معتقدند زن در دوران عدهٔ طلاق رجعی، باید با خودآرایی و اظهار مهر و سرور، با منصرف‌کردن شوهر از طلاق، به بقای خانواده کمک کند. علاوه بر این، فلسفهٔ احداد در عدهٔ وفات، اظهار مصیبت و اندوه در مقابل ازدست‌دادن شوهر و نکاح است، درحالی‌که در طلاق رجعی، نکاح از میان نرفته است (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج. ۳، ص. ۲۰۹؛ غرناطی، ۱۴۱۶ق، ج. ۵، ص. ۴۹۳؛ ماوردی، ۱۴۱۹ق، ج. ۱۱، ص. ۲۷۵؛ ابن‌مفلح، ۱۴۱۸ق، ج. ۷، ص. ۱۰۰؛ سیدمرتضی، ۱۴۱۵ق، ص. ۳۲۵) و خودآرایی و اظهار مهر زن دراین‌حالت زمینهٔ بقای خانواده را تقویت می‌کند.

حاصل سخن آنکه فقها در اباحهٔ خودآرایی و عدم احداد زنان در طلاق رجعی اتفاق‌نظر دارند. شایان ذکر است که از نگاه فقهای شافعی، دربارهٔ استحباب یا عدم استحباب احداد در طلاق رجعی دو حکم بیان شده است: نخست آنکه اگر زن احتمال پشیمانی شوهر و بازگشت وی به زندگی زناشویی سابق را راجح بداند، مستحب است که احداد را ترک نموده و با خودآرایی و اظهار مهر زمینهٔ آن‌را فراهم سازد؛ اما اگر امیدی به انسجام یا بازگشت به زندگی سابق وجود نداشته باشد، رعایت احداد و ترک خودآرایی مستحب است (ماوردی، ۱۴۱۹ق، ج. ۱۱، ص. ۲۷۵). بنابراین، با وجود ثبوت عده، نمی‌توان احداد را واجب دانست.

## ۴ـ احداد در عدهٔ طلاق بائنه (بائنهٔ صغری، بائنهٔ کبری، خلع و فسخ نکاح)

طلاق بائن به طلاقی گفته می‌شود که رابطهٔ زوجیت به اتمام رسیده و ازسرگیری مجدد زندگی زناشویی نیازمند عقد جدید و مَهر جدید است و شامل طلاق بائنهٔ صغری، طلاق بائنهٔ کبری، خلع و فسخ نکاح است. درخصوص وجوب احداد زن در دوران عدهٔ طلاق بائن (صغری و کبری)، خلع و فسخ نکاح اختلاف‌نظر وجود دارد. با جمع‌بندی آرای مذاهب می‌توان دیدگاه‌های موجود را در سه دستهٔ کلی تقسیم‌بندی کرد:

### *۴ـ۱ـ قائلان به وجوب*

دسته‌ای از فقها همچون ابوحنیفه و شاگردانش، قول قدیم شافعی و احمدبن‌حنبل در روایتی و بیشتر شاگردانش، سعیدبن‌مسیب، ابوعبیده و ابوثور، قائل به وجوب احداد بوده (ابن‌عابدین، ۱۴۱۲ق، ج. ۳، ص. ۵۳۱؛ سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج. ۶، ص. ۵۸؛ نووی، ۱۴۱۲ق، ج. ۸، ص. ۴۰۵؛ مرداوی، بی‌تا، ج. ۹، ص. ۳۰۲؛ ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ج. ۸، ص. ۱۶۴) و با استناد به عموم لفظ «الْمُعْتَدَّةَ» در احادیثی چون «نَهَى الْمُعْتَدَّةَ أَنْ تَخْتَضِبَ بِالْحِنَّاءِ» (بیهقی، ۱۴۱۲ق، ج. ۷، ص. ۱۶۸) و «نَهَى الْمُعْتَدَّةَ عَنْ الْكحْلِ وَالدُّهْنِ وَالْخِضَابِ بِالْحِنَّاءِ»

(زیعلی، ۱۴۱۸ق، ج. ۳، ص. ۲۶۱) معتقدند همهٔ زنانی که در عدهٔ طلاق بائنه، وفات، فسخ و خلع قرار دارند، در وجوب احداد یکسان هستند؛ زیرا مقصود از احداد، اظهار تأسف برای ازدست‌رفتن ازدواج است و این علت در این حالات وجود دارد (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج. ۶، ص. ۵۸؛ ابن‌همام، بی‌تا، ج. ۴، ص. ۳۳۸). مخالفان به‌دلیل ضعف راوی (ابن‌لهیعه) استناد به این روایات را جایز ندانسته (بیهقی، ۱۴۱۲ق، ج. ۷، ص. ۱۶۸) و بر فرض صحت حدیث نیز لفظ شامل همهٔ زنان در حال عده نبوده و شامل زنانی می‌گردد که در عدهٔ وفات هستند؛ بنابراین لفظ «الْمُعْتَدَّةَ» دال بر عموم نیست و تخصیص یافته است. همچنین «ال» در لفظ «الْمُعْتَدَّةَ» مفید استغراق نبوده و برای عهد است و به صنف خاصی از زنان در حال عده اشاره دارد؛ چون حدیث در پاسخ به سؤال از حکم زنانی است که شوهرشان وفات کرده است (ابن‌همام، بی‌تا، ج. ۴، ص. ۳۳۸).

دلیل دیگر موافقان، استناد به حدیث موقوف «الْمُطَلَّقَةُ ثَلَاثًا، وَالْمُخْتَلِعَةُ، وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا، وَالْمُلَاعَنَةُ لَا تَخْتَضِبْنَ، وَلَا تَتَطَيَّبْنَ، وَلَا يَلْبَسْنَ ثَوْبًا مَصْبُوغًا، وَلَا يَخْرُجْنَ مِنْ بُيُوتِهِنَّ» (طحاوی، ۱۴۱۴ق، ج. ۳، ص. ۸۱) می‌باشد که از ابراهیم نخعی تابعی روایت شده است و معتقدند چون ظاهر کلام، دلالت بر توقیف یا سماع دارد (بابرتی، ۱۳۸۹، ج. ۴، ص. ۳۳۸). استناد به روایت اخیر نیز به‌دلیل اختلاف در حجیت قول صحابی و تابعی، قطعی نبوده و بر فرض حجیت، به‌دلیل تعارض با سایر روایات صحیح قابل احتجاج نخواهد بود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷ق، ج. ۱، ص. ۶۷).

دلیل عقلی موافقان، قیاس زن متوفی‌عنها بر زنان در دورهٔ عدهٔ طلاق بائن می‌باشد و معتقدند به‌دلیل یکسان‌بودن آن‌ها در ثبوت عده و برخی از احکام، در حکم احداد نیز همسان بوده (طحاوی، ۱۴۱۴ق، ج. ۳، ص. ۷۷) و علاوه بر آن، اظهار تأسف برای ازمیان‌رفتن زندگی مشترک و وفات شوهر نیز برای هر دو یکسان به نظر می‌رسد (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج. ۶، ص. ۵۸؛ ابن‌قیم، ۱۴۱۵ق، ج. ۵، ص. ۶۲۲)؛ لذا احداد بر این دسته از زنان نیز واجب است.

پس از ذکر دلایل عقلی و نقلی قائلان به وجوب احداد بانوان در دوران طلاق بائن، می‌توان گفت این دلایل از نگاه نقلی و عقلی قابل‌نقد بوده و دارای معارض است. چنان‌که مخالفان وجوب احداد در این دوران، تحریم زینت را بدون دلیل خاص، مخالف عموم آیهٔ «قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ» (اعراف ۳۲) دانسته (ابن‌قیم، ۱۴۱۵ق، ج. ۵، ص. ۶۲۲) و معتقدند با توجه به حدیث صحیح «لاَ يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ، تُحِدُّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلاَثٍ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا» احداد فقط برای زنانی واجب است که رابطهٔ زوجیت باقی بوده و اطلاق کلمهٔ «زوجه» صحیح باشد که در طلاق بائن یا فسخ نکاح و خلع این اطلاق صحیح نیست (نووی، ۱۳۹۲ق، ج. ۱۰، ص. ۱۱۲). علاوه بر آن، احداد برای اظهار تأسف و ناراحتی از وفات شوهر در مورد زنان در دورهٔ طلاق رجعی امری قابل تصور است؛ اما این هدف در مورد زنان در دوران طلاق بائن و خلع که دلالت بر ناسازگاری زوجین دارد، قابل تصور نبوده و قیاس آن‌ها بر یکدیگر صحیح نمی‌باشد (ابن‌مفلح، ۱۴۱۸ق، ج. ۷، ص. ۱۰۰؛ باجی، ۱۳۳۲ق، ج. ۴، ص. ۱۴۵؛ ابن‌حجر، ۱۳۷۹ق، ج. ۹، ص. ۴۸۷). از سوی دیگر، همهٔ احکام زنان در دوران طلاق بائن با احکام زنان متوفی‌عنها یکسان نمی‌باشد، تا در این مورد نیز حکم تسری پیدا کرده و قیاس صورت گیرد (شافعی، ۱۴۱۰ق، ج. ۵،

ص. ۲۴۶). علاوه بر این، از نگاه عقلی، در جدایی زوجین از همدیگر در طلاق بائن، چه‌بسا موجب احساس رضایت زنان شود و از آن استقبال کنند؛ لذا با استناد به یک علت محتمل، نمی‌توان حکم به وجوب احداد و حرمت استفادهٔ زنان از امور مباح را استنباط کرد.

### ۴ـ۲ـ قائلان به عدم وجوب:

دستهٔ دیگر از فقها همچون: امامیه، مالکیه، شافعی در قول جدید، احمد در روایتی دیگر و حنابله و... با استناد به عموم آیات جواز زینت و خروج مصداقی زنان در حالت طلاق بائن، خلع و فسخ نکاح از احادیث وارده؛ قائل به وجوب احداد در دورهٔ عدهٔ طلاق بائن نبوده و احادیث ذکرشده را خاص زنان متوفی‌عنها زوجها دانسته‌اند (کلینی، ۱۳۸۷، ج. ۶، ص. ۹۲؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۵، ص. ۲۶۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲ق، ج. ۶، صص. ۶۴–۶۵؛ باجی، ۱۳۳۲ق، ج. ۴، ص. ۱۴۵؛ نووی، ۱۴۱۲ق، ج. ۸، ص. ۴۰۵؛ مرداوی، بی‌تا، ج. ۹، ص. ۳۰۲؛ ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ج. ۸، ص. ۱۶۴؛ ابن‌عبدالبر، ۱۳۸۷ق، ج. ۱۷، ص. ۳۱۷؛ ابن‌قیم، ۱۴۱۵ق، ج. ۵، ص. ۶۲۱؛ شوکانی، ۱۴۱۳ق، ج. ۶، ص. ۳۴۹).

بر این اساس، دو لفظ عام «امرأة» و «زوج» در احادیثی چون «لاَ یحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالیوْمِ الآخِرِ، تُحِدُّ عَلَى مَیتٍ فَوْقَ ثَلاَثٍ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً» تنها شامل زنانی می‌شوند که رابطهٔ زوجیت آن‌ها پایدار باشد؛ درحالی‌که در سه حالت اخیر، رابطهٔ زوجیت به پایان رسیده و اطلاق واژهٔ «زوج» بر آن‌ها صحیح نمی‌باشد (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۵، ص. ۲۶۳؛ سیدمرتضی، ۱۴۱۵ق، ص. ۳۲۵؛ ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ج. ۸، ص. ۱۶۴؛ حرّ عاملی، ۱۴۱۶ق، ج. ۱۵، ص. ۴۳۸؛ باجی، ۱۳۳۲ق، ج. ۴، ص. ۱۴۵).

### ۴ـ۳ـ قائلان به استحباب

دستهٔ دیگر از فقها همچون عطاء بن منذر، ربیعه و مالک، احداد را برای این گروه از زنان جایز دانسته و برخی از فقهای شافعی با استناد به این سخن امام شافعی که گفته است: «نزد من پسندیده است که زن در عدهٔ طلاق غیررجعی، مانند زنانی که در عدهٔ وفات هستند، تا پایان عدهٔ طلاق، احداد را سپری کند» (شافعی، ۱۴۱۰ق، ج. ۵، ص. ۲۴۶)، احداد زنان را مستحب دانسته‌اند (نووی، ۱۴۱۲ق، ج. ۸، ص. ۴۰۵). لازم به ذکر است عبارت «نزد من پسندیده است» بیانگر هیچ‌کدام از احکام خمسهٔ تکلیفی نبوده و امام شافعی مبنای ترجیح احداد بانوان مطلقه را عمل به احتیاط و رأی برخی از فقهای تابعین بیان نموده و تصریح کرده است که دلیلی برای وجوب این حکم بر زنان وجود ندارد (شافعی، ۱۴۱۰ق، ج. ۵، ص. ۲۴۶) و تفاوت احکام زنان مطلقه با زنان محدّه در برخی از امور، سبب عدم قیاس و تساوی آن‌ها در همهٔ احکام می‌گردد.

با جمع‌بندی دیدگاه فقها، دیدگاه مخالفان احداد به‌دلیل عدم اطلاق لفظ «زوجه» بر زنان مطلقهٔ بائنه راجح به نظر می‌رسد و علاوه بر ضعف سندی روایات مورد استناد موافقان، به‌دلیل تفاوت احکام زنان مطلقه با زنان متوفی‌عنها قیاس آن‌ها بر همدیگر، قیاس مع‌الفارق می‌باشد و الزام زنان به احداد در این موارد، موجب تضییق و سختی بر آن‌ها خواهد بود. خلاصهٔ آرای مذاهب درخصوص وجوب احداد بانوان در جدول شمارهٔ یک بیان شده است.

| | امامیه | حنفیه | مالکیه | شافعیه | حنابله |
|---|---|---|---|---|---|
| عده نکاح فاسد | × | × | × | × | × |
| طلاق در دوران عقد | × | × | × | × | × |
| عده طلاق رجعی | × | × | × | × | × |
| طلاق بائن(صغری، کبری، خلع) | × | ✓ | × | × | × |

جدول شماره ۱: جمع‌بندی آرای مذاهب در مورد وجوب احداد بانوان در دوران عده

## شروط زنان مُحِدّه

پس از بیان آرای فقهی و رأی راجح درخصوص وجوب احداد بانوان، لازم به ذکر است که همهٔ مذاهب در وجوب احداد زنان مسلمان مکلف (بالغ و عاقل) اتفاق‌نظر دارند؛ اما در مورد وجوب احداد زنان غیرمسلمان و غیرمکلف اختلاف‌نظر وجود دارد و این سؤال مطرح می‌شود که آیا همهٔ زنانی که عده بر آن‌ها واجب می‌شود، ملزم به رعایت احداد می‌شوند یا احداد خاص زنان مسلمان مکلف است؟ در ادامه به بیان آرای فقهی دربارهٔ شروط زنان مُحدّه پرداخته می‌شود.

### ۱ـ مسلمان‌بودن

چنان‌که گذشت، همهٔ مذاهب با استناد به ظاهر روایات، بر شرط مسلمان‌بودن برای وجوب احداد اتفاق‌نظر دارند و در وجوب احداد زنان اهل کتاب اختلاف‌نظر وجود دارد:

الف) دیدگاه موافقان: امام مالک در روایت ابن‌قاسم، شافعیه و حنابله با استناد به عموم الفاظ وارد در آیات و احادیث، موافق وجوب احداد زنان اهل‌کتاب هستند و معتقدند با توجه به آنکه دلیلی برای تخصیص حکم به زنان مسلمان وجود ندارد؛ به عموم الفاظ عمل می‌شود (مالک بن‌انس، ۱۴۱۵ق، ج. ۲، ص. ۱۶؛ نووی، ۱۴۱۲ق، ج. ۸، ص. ۴۰۵؛ ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ج. ۸، ص. ۱۱۵). صاحبان این دیدگاه چنین استدلال می‌کنند:

۱- تفاوتی بین عدهٔ وفات و احداد وجود ندارد و همهٔ زنان باید عدهٔ وفات را نگاه دارند و این حکم شامل زنان اهل کتاب نیز می‌شود. امام شافعی می‌گوید: «زن آزادهٔ مسلمانِ صغیر و کبیر و زن ذمی و کنیز مسلمان همگی، در مبحث احداد یکسان هستند و هر آن‌کس که عدهٔ وفات بر او واجب باشد احداد هم بر او واجب می‌آید» (شافعی، ۱۴۱۰ق، ج. ۵، ص. ۲۴۸). همچنین ابن‌عربی می‌گوید: «احداد همانند مسکن و عدم ازدواج مجدد، از توابع عده است. بنابراین باید به آن ملتزم شود» (ابن‌العربی، ۱۴۲۴ق، ج. ۴، ص. ۱۷۳).

مخالفان در نقد این استدلال گفته‌اند میان عده و احداد تفاوت وجود دارد؛ چراکه احداد از احکام تکلیفی است ولی عده از احکام وضعی و از نوع ارتباط سبب با مسبب است؛ لذا الزام زنان غیرمسلمان به

احداد صحیح نیست (ابن‌عابدین، ۱۴۱۲ق، ج. ۵، ص. ۱۳۲؛ زیعلی، ۱۳۱۳ق، ج. ۳، ص. ۳۶)؛ اما همچنان‌که گذشت، موافقان قائل به این تفاوت نیستند.

۲- احداد جزو حقوق شوهر مسلمان است؛ لذا زن مانند عده، ملزم به رعایت احداد می‌باشد (ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ج. ۸، ص. ۱۱۵). مخالفان در پاسخ گفته‌اند با فرض پذیرش جنبهٔ حق شوهر در احداد، باید دانست که جنبهٔ حق‌الله در آن بیشتر است؛ ازاین‌رو پیامبر (ص) در حدیث «لاَ يحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيوْمِ الآخِرِ، تُحِدُّ عَلَى مَيتٍ فَوْقَ ثَلاَثٍ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا» بر جنبهٔ حق‌الله‌بودن آن تأکید داشته؛ لذا الحاق آن به امور عبادی قوی‌تر است (زیعلی، ۱۳۱۳ق، ج. ۳، ص. ۳۵). همچنین اگر زن و اولیای متوفی درخواست اسقاط احداد داشته و یا آنکه متوفی به اسقاط آن وصیت کرده باشد، احداد ساقط نمی‌شود و باید آن‌را رعایت کند؛ بنابراین جنبهٔ حق‌الله در احداد غالب است و مانند سایر عبادات بوده و زن ذمی اهلیت و شایستگی عبادت را ندارد» (ابن‌قیم، ۱۴۱۵ق، ج. ۵، ص. ۶۲۱).

موافقان در پاسخ گفته‌اند، احداد همچون عده به‌خاطر حفظ نسب تشریع شده است، حق زوج به شمار آمده و بدان ملحق می‌شود. بنابراین زن ذمی به‌دلیل عموم لفظ، مشمول خطاب می‌گردد؛ همچنان که کافر مشمول نهی از معامله بر معاملهٔ دیگری می‌شود و هزینه و مخارج زندگی و سکونت که از احکام وضعی است، بنابراین، احداد هم به‌سبب حق شوهر، بر زن واجب است (ابن‌حجر، ۱۳۷۹ق، ج. ۹، ص. ۴۷۶).

۳- دلیل دیگر وجوب احداد، یکسان‌بودن حقوق زن مسلمان و ذمی در امر نکاح است؛ بنابراین هرآنچه که به‌سبب نکاح بر مسلمان واجب شود بر زن ذمی هم واجب می‌گردد. احداد یکی از آثار نکاح است که به‌صورت یکسان بر ذمی و مسلمان واجب می‌شود (ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ج. ۸، ص. ۱۵۵). بر این اساس، زن ذمی که شوهر او اهل ذمه است، عده و احداد ندارد؛ اما اگر شوهر او مسلمان باشد، عده و احداد بر زن ذمی واجب می‌شود و در عقد نکاح، همچون سایر عقودی که اهل ذمه با مسلمانان دارند، لازم است شرایط و احکام مسلمانان را پذیرا باشند (ابن‌قیم، ۱۴۱۵ق، ج. ۵، ص. ۶۲۲). بنابراین موافقان احداد زنان اهل کتاب و اهل ذمه، با استناد به دلایل فوق، قائل به وجوب احداد بر ایشان هستند.

ب) دیدگاه مخالفان: حنفیه، امام مالک در روایت اشهب، ابن‌کنانه، نافع، ابن‌منذر با استناد به حدیث «لاَ يحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيوْمِ الآخِرِ، تُحِدُّ عَلَى مَيتٍ فَوْقَ ثَلاَثٍ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا» و اشاره به تقیید اطلاق لفظ «امرأة» با قید «ایمان به خدا و روز قیامت»، حکم را تنها محدود به زنان مسلمان می‌دانند (زیعلی، ۱۳۱۳ق، ج. ۳، ص. ۳۴؛ رجراجی، ۱۴۲۸ق، ج. ۴، ص. ۱۹۰؛ ابن‌همام، بی‌تا، ج. ۴، ص. ۳۳۴؛ قرطبی، ۱۳۸۴ق، ج. ۳، ص. ۱۷۹؛ ابن‌منذر، ۱۴۰۸ق، ج. ۱، ص. ۳۲۷؛ ابن‌قیم، ۱۴۱۵ق، ج. ۵، ص. ۶۲۰). همچنین معتقدند احداد از احکام فرعی است و این نوع از احکام مخصوص زنان مسلمان است و «زنان اهل‌کتاب، مخاطب حقوق شریعت (احکام فرعی) نیستند و احداد هم از حقوق شرع است، بنابراین احداد بر آنان لازم نیست» (بابرتی، ۱۳۸۹، ج. ۴، ص. ۳۴۰).

موافقان، در نقد استدلال اخیر گفته‌اند، تقیید لفظ «امرأة» به ایمان، بیانگر حصر حکم بر زنان مؤمن نیست و برای اشاره به شایستگی و سزاواربودن است (نووی، ۱۳۹۲ق، ج. ۱۰، ص. ۱۱۲). به عبارت دیگر، ذکر صفت ایمان برای تأکید و مبالغه در زجر و عذاب آمده است و به مفهوم مخالف آن عمل نمی‌شود،

چنان‌که گفته می‌شود: نظم و صداقت، منهج مسلمانان است، درحالی‌که غیرمسلمان هم از آن پیروی می‌کند» (ابن‌حجر، ۱۳۷۹ق، ج. ۹، ص. ۴۷۶). همچنین «احتمال دارد وصف ایمان به‌سبب تشویق و ترغیب در التزام به آن و تهدید و وعید برای کسانی باشد که با آن مخالف می‌کنند؛ یعنی کسی که به خدا و روز آخرت ایمان دارد آن‌را ترک نمی‌کند» (باجی، ۱۳۳۲ق، ج. ۴، ص. ۱۴۴). بر این اساس، «سیاق حدیث دلالت بر آن دارد که ذکر قید ایمان، برای تأکید در تحریم است و مخالفت با آن، منافی ایمان به خدا و روز آخرت است، چنان‌که در مقام تأکید گفته می‌شود: اگر تو پسرم هستی فلان کار را انجام بده» (ابن‌دقیق‌العید، ۱۴۰۷ق، ج. ۲، ص. ۱۹۶).

پس از بیان دلایل اصلی دو دیدگاه، به نظر می‌رسد مبنای اصلی اختلاف، قید «ایمان» مذکور در احادیثی چون: «لاَ یحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالیوْمِ الآخِرِ» است، بدان معنا که اگر مفهوم مخالف «تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالیوْمِ الآخِرِ» را بپذیریم و وصف ایمان را احترازی بدانیم دیدگاه حنفیه مقبول به نظر می‌رسد و اگر آن‌را احترازی ندانیم و به مفهوم عمل نکنیم، دیدگاه جمهور تقویت خواهد شد. سایر ادله از نظر قوت و ضعف همسان بوده و محتمل است. به نظر می‌رسد، دیدگاه جمهور مبنی بر وجوب احداد بر زن ذمی، راجح است؛ زیرا وصف و قید ایمان احترازی نیست و حرمت ترک احداد برای اهل ایمان دال بر حلیت آن برای اهل ذمه نیست. همچنان‌که پیامبر (ص) فرموده است: «مَنْ کانَ یؤْمِنُ بِاللهِ وَالْیوْمِ الْآخِرِ فَلْیکرِمْ جَارَهُ» (بخاری، ۱۴۲۲ق، ج. ۸، ص. ۱۱) به‌معنای آن نیست که اذیت و بی‌احترامی‌کردن به همسایه توسط غیرمسلمانان جایز می‌باشد، بلکه بیانگر تشویق مسلمانان و شایستگی آن‌ها به این اوصاف می‌باشد و این اسلوب در سایر احادیث نیز کاربرد دارد؛ بنابراین، دیدگاه جمهور راجح است و عمل به آن صحیح‌تر و به احتیاط نزدیک‌تر است.

### ۲ـ مکلف‌بودن (عقل و بلوغ)

شرط دیگر احداد که مذاهب فقهی بر مدخلیت آن اختلاف‌نظر دارند، شرط تکلیف است. عقل و بلوغ دو رکن اصلی تکلیف هستند و افراد صغیر و مجنون مخاطب احکام شرعی نیستند. فقها بر وجوب عده و به‌تبع آن بر وجوب احداد زن بالغ و عاقل متفق‌القول هستند (ابن‌رشد، ۱۴۲۵ق، ج. ۳، ص. ۱۴۱؛ کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج. ۳، ص. ۲۰۹؛ شافعی، ۱۴۱۰ق، ج. ۵، ص. ۲۴۸؛ ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ج. ۸، ص. ۱۱۵؛ ابن‌قیم، ۱۴۱۵ق، ج. ۵، ص. ۶۱۸)؛ اما در مورد احداد زن صغیر و مجنون اختلاف‌نظر وجود دارد. با استقرای دیدگاه‌های فقهی در این زمینه، می‌توان آرای فقهی را در دو دیدگاه جمع‌بندی کرد:

الف) دیدگاه موافقان: مالکیه، شافعیه، حنابله، برخی از امامیه همچون شیخ طوسی و ابن‌براج معتقد به وجوب احداد زن صغیره هستند و تفاوتی میان زن صغیر و بالغ، قائل نشده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج. ۵، ص. ۷۳؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۵، ص. ۲۶۵؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶ق، ج. ۲، ص. ۳۳۱؛ ابن‌عبدالبر، ۱۴۰۰ق، ج. ۲، ص. ۶۲۲؛ ماوردی، ۱۴۱۹ق، ج. ۱۱، ص. ۲۸۳؛ ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ج. ۸، ص. ۱۱۵؛ قرافی، ۱۹۹۴م، ج. ۴، ص. ۲۶۷). این دسته از فقها به عموم ادلهٔ واردشده در احادیث اشاره کرده و معتقدند به‌دلیل ثبوت عده برای این دسته از زنان، آثار آن نیز که احداد است، ثابت بوده و علاوه بر آن، در احادیث، به سن و مدخلیت

آن در حکم اشاره نشده و پیامبر (ص) در حدیث ام‌سلمه از سن و عقل زوجه سؤال نپرسیده‌اند که این مسئله دلالت بر عموم حکم دارد (قرطبی، ۱۳۸۴ق، ج. ۳، ص. ۱۸۰) و اصل در احکام فقهی عموم آن‌ها می‌باشد؛ مگر آنکه با دلیل صحیح از عموم آن خارج گردند و در احکام وضعی برخلاف احکام تکلیفی، تفاوتی بین عاقل و مجنون و صغیر وجود ندارد (ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ج. ۸، ص. ۱۵۵؛ ابن‌حزم، بی‌تا، ج. ۱۰، ص. ۶۲)؛ لذا در چنین مواردی نیز بر ولیِّ زن صغیر و مجنون واجب است که آن‌ها را از آنچه که محظور است، منع نماید (نووی، ۱۴۱۲ق، ج. ۸، ص. ۴۰۵).

ب) دیدگاه مخالفان: حنفیه و برخی از فقهای امامیه همچون ابن‌ادریس حلی و علامه حلی معتقدند که احداد بر صغیره و مجنونه واجب نیست (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج. ۳، ص. ۲۰۹؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج. ۲، ص. ۷۳۹؛ حلی، ۱۴۱۳ق، ج. ۷، ص. ۴۹۶) و برای اثبات رأی خود به حدیث مشهور «رُفِعَ القلمُ عن ثلاثةٍ: عن النائم حتی یستیقظَ، وعن المُبتَلَی حتی یبرأ، وعن الصَّبیِّ حتی یکبَرَ» (ابوداود، ۱۴۳۰ق، ج. ۶، ص. ۵۴) استناد کرده‌اند که به عدم تکلیف صبی و مجنون اشاره شده است؛ لذا این افراد مخاطب احکام شرعی نمی‌باشند (ابن‌همام، بی‌تا، ج. ۴، ص. ۳۴۱؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج. ۲، ص. ۷۳۹) و لفظ «إمرأة» در حدیث «لاَ یحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالیوْمِ الآخِرِ، تُحِدُّ عَلَی مَیتٍ فَوْقَ ثَلاَثٍ، إِلَّا عَلَی زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً» بر زن بالغ عاقل اطلاق می‌شود و در زبان عربی به صغیره و مجنونه اطلاق نمی‌گردد (قدوری، ۱۴۲۷ق، ج. ۱۰، ص. ۵۳۱۵؛ بابرتی، بی‌تا، ج. ۴، ص. ۳۰۱؛ صنعانی، ۱۴۳۳ق، ج. ۲، ص. ۲۹۲). همچنین در نقد استناد به حدیث ام‌سلمه در مورد اجازهٔ سرمه‌کشیدن به‌خاطر مشکل و درد چشم گفته‌اند، حدیث مذکور ظهور در مسن‌بودن زن دارد؛ بنابراین حدیث مذکور را نمی‌توان دلیل قطعی بر عام‌بودن حکم دانست (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج. ۷، ص. ۴۹۶). از سوی دیگر، احداد همچون نماز و روزه عبادتی است که جنبهٔ بدنی دارد و چون صغیره و مجنونه مخاطب عبادات بدنی نیستند، احداد نیز بر آن‌ها واجب نمی‌باشد (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج. ۳، ص. ۲۰۹؛ سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج. ۶، ص. ۶۰).

با ارزیابی دلایل دو دیدگاه، می‌توان گفت استدلال مخالفان احداد صغیره و مجنونه به حدیث «رفع القلم عن ...» قابل‌نقد است؛ چون مراد از رفع قلم، برداشتن تکلیف و حکم نیست بلکه رفع گناه است به‌گونه‌ای که اگر عملی از این افراد واقع شود، گناهی متوجه آن‌ها نمی‌گردد؛ اما این امر به‌معنای عدم حکم و ضامن‌بودن نیست (زرکشی، ۱۴۱۴ق، ج. ۵، ص. ۸۰)؛ همچنان‌که در اتلاف اموال و دیگر آثار عقد نکاح و طلاق صبی، مجنون ضامن و مخاطب هستند. در مورد استدلال به لفظ «امرأة» نیز می‌توان گفت در زبان عربی به هر زنی که در عقد نکاح باشد، این لفظ قابل اطلاق است و زنی که خود یا ولیِّ زن، توانایی ازدواج را در او مشاهده کرده باشد، لازم است احکام و آثار مترتب بر آن‌را نیز توجه قرار دهد. بنابراین، دیدگاه موافقان راجح به نظر می‌رسد.

خلاصهٔ آرای مذاهب درخصوص شروط زنان محدة در جدول شمارهٔ دو بیان شده است.

| | امامیه | حنفیه | مالکیه | شافعیه | حنابله |
|---|---|---|---|---|---|
| مسلمان بودن | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |
| اهل کتاب | ✓ | × | ✓ | ✓ | ✓ |
| صغیرة | ✓ | × | ✓ | ✓ | ✓ |
| مجنونه | ✓ | × | ✓ | ✓ | ✓ |

جدول شماره ۲: جمع‌بندی آراء مذاهب در مورد شروط زنان مُحدّة

## نتیجه‌گیری

احداد به‌معنای خودداری از خودآرایی، از آثار و توابع عده بوده و بر عدم وجوب احداد در صورت عدم عده اجماع وجود دارد. جمهور فقها با استناد به ظاهر احادیث، احکام احداد را خاص زنان متوفی‌عنها زوجها دانسته و آن‌را برای سایر زنان مطلقه لازم نمی‌دانند؛ درحالی‌که فقهای حنفی احداد را برای سایر زنان مطلقه (بائنهٔ صغری و کبری، خلع و فسخ نکاح) لازم می‌دانند. مبنای قیاس فقهای حنفی، استناد به ظاهر آیهٔ ۲۳۵ سورهٔ بقره می‌باشد که خواستگاری صریح و پنهانی از زنانی که شوهرشان فوت کرده نهی شده است؛ به همین دلیل، به‌دلیل عدم جواز خواستگاری از زنان در دوران عده، احداد را واجب دانسته‌اند؛ درحالی‌که سایر مذاهب با استناد به ظاهر حدیث، قائل به عدم وجوب هستند. با توجه به اینکه تحریم و یا ایجاد محدودیت برای افراد از اموری است که نیازمند دلیل قطعی و صریح است، دیدگاه جمهور دراین‌خصوص راجح و احداد بر زنان در دوران طلاق واجب نمی‌باشد.

در مورد شروط زنان محدّه، جمهور مذاهب احداد را بر همهٔ زنان، اعم از اهل کتاب و صغیر و مجنون، لازم دانسته‌اند، درحالی‌که حنفیه با استناد به مکلف‌نبودن صغیر و مجنون و مفهوم مخالف قید «من کان یومن بالله و الیوم الآخر»، احداد را بر زنان صغیره، مجنون و اهل کتاب واجب ندانسته؛ حال‌آنکه جمهور مذاهب با استناد به عدم مدخلیت ایمان و تکلیف در احکام وضعی و مساوات افراد در این دسته از احکام، احداد را بر همهٔ زنان واجب دانسته‌اند که دیدگاه جمهور در این باب راجح به نظر می‌رسد.

## منابع


قرآن کریم

ابن‌اثیر، مجدالدین مبارک. (۱۳۹۹ق). *النهایة فی غریب الحدیث و الأثر*. بیروت: المکتبة العلمیة.

ابن‌ادریس، حلی. (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.

ابن‌العربی، محمد بن عبدالله. (۱۴۲۴ق). *احکام القرآن*. بیروت: دارالکتب العلمیة.

ابن‌براج، عبدالعزیز. (۱۴۰۶ق). *المهذب*. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.

ابن‌حجر، احمد. (۱۳۷۹ق). *فتح الباری بشرح صحیح البخاری*. مصر: المکتبة السلفیة.

ابن‌حزم، أبومحمد علی. (بی‌تا). *المحلی بالآثار*. بیروت: دارالفکر.

ابن‌دقیق العید، تقی‌الدین محمد. (۱۴۰۷ق). *إحکام الأحکام شرح عمدة الأحکام*. بیروت ـ قاهره: دار عالم الکتب.

ابن‌رشد، أبوالولید محمد. (۱۴۲۵ق). *البیان والتحصیل*. بیروت: دارالغرب الاسلامی.

ابن‌عابدین، محمدامین. (۱۴۱۲ق). *حاشیة رد المحتار*. دارالفکر.

ابن‌عبدالبر، أبوعمر یوسف. (۱۳۸۷ق). *الاستذکار*. بیروت: دارالکتب العلمیة.

ابن‌قدامة المقدسی، عبدالرحمن. (۱۳۸۸ق). *المغنی*. دار: مکتبة القاهرة.

ابن‌قیم، محمد بن أبی‌بکر. (۱۴۱۵ق). *زاد المعاد فی هدی خیر العباد*. بیروت، کویت: مؤسسة الرسالة.

ابن‌کثیر، أبوالفداء إسماعیل. (۱۴۲۰ق). *تفسیر القرآن العظیم*. بیروت: دارالکتب العلمیة.

ابن‌مفلح، إبراهیم. (۱۴۱۸ق). *المبدع فی شرح المقنع*. بیروت: دارالکتب العلمیة.

ابن‌منذر، محمد. (۱۴۲۵ق). *الاجماع*. دارالمسلم للنشر والتوزیع.

ابن‌منظور، محمد. (۱۴۱۴ق). *لسان العرب*. بیروت: دارصادر.

ابن‌همام، محمد. (بی‌تا). *فتح القدیر علی الهدایة*. بیروت: دارالفکر.

ابوداود، سلیمان بن الأشعث. (۱۴۳۰ق). *سنن أبی‌داود*. دارالرسالة العالمیة.

افندی، علی خواجه أمین. (۱۴۱۱ق). *درر الحکام فی شرح مجلة الأحکام*. انتشارات دارالجیل.

الأندلسی، أبوحیان محمد. (۱۴۲۰ق). *البحر المحیط فی التفسیر*. بیروت: دارالفکر.

بابرتی، محمد. (۱۳۸۹ق). *العنایة شرح الهدایة*. مصر: مطبعة مصطفی البابی الحلبی و أولاده.

الباجی، ابوالولید سلیمان. (۱۳۳۲ق). *المنتقی شرح الموطإ*. مصر: مطبعة السعادة.

باجی، سلیمان. (۱۳۳۲ق). *المنتقی شرح الموطإ*. مصر: مطبعة السعادة.

بخاری، محمد. (۱۴۲۲ق). *صحیح البخاری*. دار طوق النجاة.

بیهقی، أحمد. (۱۴۱۲ق). *معرفة السنن والآثار*. قاهره: دارالوفاء.

حرّ عاملی، محمد. (۱۴۱۶ق). *وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة*. قم: مؤسسة آل بیت علیهم السلام ةحیاء التراث.

حلی، حسن. (۱۴۱۳ق). *مختلف الشیعة فی احکام الشریعة*. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.

حلی، حسن. (بی‌تا). *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة*. مشهد، ایران: مؤسسة آل البیت (ع).

حنان سلیمان، صبیحات، رشید. (۲۰۰۲م). *الحداد واحکامه فی الفقه الاسلامی*. انتشارات: جهینة للنشر والتوزیع.

دمیری، کمال‌الدین. (۱۴۲۵ق). *النجم الوهاج فی شرح المنهاج*. جدة: دارالمنهاج.

رازی، أبوعبدالله محمد. (۱۴۲۰ق). *مفاتیح الغیب (التفسیر الکبیر)*. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

رازی، زین‌الدین ابوعبدالله محمد. (۱۴۲۳ق). *مختار الصحاح*. (المکتبة العصریة والدار النموذجیة، تحقیق).
راغب اصفهانی، حسین. (۱۴۱۲ق). *المفردات فی غریب القرآن*. بیروت: دارالقلم.
رجراجی، أبوالحسن علی. (۱۴۲۸ق). *التَّحصیلِ ونتائج لطائف التَّأْویل فی شَرحِ المدَوَّنة وحَلِّ مُشکلاتها*. انتشارات: دار ابن حزم.
رستمی، سهیلا؛ حفیدی، وریا و احمدی، ابوبکر. (۱۴۰۱). بررسی تطبیقی مبانی تعلق نفقهٔ زوجه در فقه اسلامی و آثار آن در زندگی زناشویی. *فصلنامهٔ پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، سال هجدهم، (۷۰).
رعینی، محمد. (۱۴۱۲ق). *مواهب الجلیل*. انتشارات: دارالفکر.
رملی، محمد. (۱۴۳۰ق). *نهایة المحتاج*. بیروت: دارالفکر.
زبیدی، مرتضی محمّد. (۱۴۲۲ق). *تاج العروس من جواهر القاموس*. انتشارات: وزارة الارشاد والأنباء فی الکویت.
زرکشی، أبوعبدالله بدرالدین. (۱۴۱۴ق). *المنثور فی القواعد الفقهیة*. انتشارات: وزارة الأوقاف الکویتیة.
زمخشری، محمود بن عمرو. (۱۴۰۷ق). *الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل*. بیروت: دارالکتاب العربی.
زمخشری، محمود بن عمرو. (۱۴۱۹ق). *أساس البلاغة*. بیروت: دارالکتب العلمیة.
زیعلی، جمال‌الدین. (۱۴۱۸ق). *نصب الرایة*. بیروت: مؤسسة الریان للطباعة والنشر.
زیلعی، فخرالدین. (۱۳۱۳ق). *تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق*. قاهره: المطبعة الکبری الأمیریة، بولاق.
سباعی، مصطفی. (۱۴۰۴ق). *المرأة بین الفقه والقانون*. انتشارات: دارالوراق.
سرخسی، محمد بن أحمد. (۱۴۱۴ق). *المبسوط*. بیروت: دارالمعرفة.
سعیدی، فریده. (۱۳۹۳). تشریع حجاب در اسلام و حدود فقهی آن. *مجلهٔ فقه و حقوق خانواده*، دورهٔ ۱۹، (۶۱).
سیدمرتضی، ابوالقاسم علی. (۱۴۱۵ق). *الانتصار لما اجتمعت علیه الامامیة ومسائل الانفرادت*. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
شافعی، أبو عبدالله محمد. (۱۴۱۰ق). *الأم*. بیروت: دارالمعرفة.
شربینی، محمد بن أحمد الخطیب. (۱۴۱۵ق). *مغنی المحتاج*. انتشارات: دارالکتب العلمیة.
شوکانی، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). *نیل الأوطار شرح منتقی الأخبار*. انتشارات: دارالحدیث.
شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۲ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. (سلطان العلماء حسن بن محمد، حاشیه). قم، ایران: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
صنعانی، محمد. (۱۴۳۳ق). *سبل السلام*. مکةالمکرمة: دارالحدیث.
طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم. (۱۴۱۷ق). *العروة الوثقی*. انتشارات: مؤسسة النشر الاسلامی.
طباطبایی، سید محمدحسین. (بی‌تا). *المیزان فی تفسیر القرآن*. قم: منشورات اسماعیلیان.
طبری، محمد. (۲۰۰۰م). *جامع البیان عن تأویل آی القرآن*. انتشارات: دار هجر للطباعة.
طحاوی، ابوجعفر احمد. (۱۴۱۴ق). *شرح معانی الآثار*. مدینه: عالم الکتب.
طوسی، ابوجعفر محمد. (۱۳۶۴). *تهذیب الأحکام فی شرح المقنعة لشیخ المفید*. تهران: دارالکتب الاسلامیة.
طوسی، ابوجعفر محمد. (۱۳۸۷ق). *المبسوط فی الفقه الامامیة*. تهران: المکتبة المرتضویة ةحیاء التراث الجعفریة.
طوسی، ابوجعفر محمد. (۱۴۰۷ق). *الخلاف*. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
عظیم آبادی، محمد أشرف. (۱۴۱۵ق). *عون المعبود*. بیروت: دارالکتب العلمیة.
عینی، محمود بن أحمد. (۱۴۲۰ق). *البنایة شرح الهدایة*. بیروت: دارالکتب العلمیة.
غرناطی، محمد. (۱۴۱۶ق). *التاج و الاکلیل لمختصر خلیل*. بیروت: دارالکتب العلمیة.

فیروزآبادی، مجدالدین أبوطاهر محمد. (۱۴۲۶ق). *القاموس المحیط*. بیروت: مؤسسة الرسالة.
قدوری، أبوالحسین أحمد. (۱۴۱۸ق). *مختصر القدوری*. بیروت: دارالکتب العلمیة.
قرافی، أبوالعباس شهاب‌الدین أحمد. (۱۹۹۴م). *الذخیرة*. بیروت: دارالغرب الاسلامی.
قرطبی، أبوعبدالله محمد. (۱۳۸۴ق). *الجامع لأحکام القرآن*. القاهرة: دارالکتب المصریة.
قسطلانی، احمد. (۱۳۲۳ق). *إرشاد الساری لشرح صحیح البخاری*. مصر: المطبعة الکبری الأمیریة.
کاسانی، ابوبکر. (۱۴۰۶ق). *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*. انتشارات: دارالکتب العلمیة.
کلینی، محمد. (۱۳۸۷). *الکافی*. قم: دارالحدیث.
لطیفی، عبدالحسین. (۱۳۹۵). آیین‌های سوگواری در دین هندویی. *مطالعات شبه‌قاره*، سال هشتم، (۲۹)، ۱۳۳-۱۴۶.
مالک بن انس، مالک بن انس بن مالک الأصبحی. (۱۴۱۵ق). *المدونة*. بیروت: دارالکتب العلمیة.
مالک بن انس، مالک بن انس بن مالک الأصبحی. (۱۹۸۵م). *الموطأ*. بیروت، لبنان: دار إحیاء التراث العربی.
ماوردی، علی. (۱۴۱۹ق). *الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الامام الشافعی*. بیروت: دارالکتب العلمیة.
محدث نوری، شیخ حسین. (۱۴۱۱ق). *مستدرک الوسائل*. قم: مؤسسة آل البیت علیهم السلام ةحیاء التراث.
مرداوی، علاءالدین علی. (بی‌تا). *الانصاف* (چاپ دوم). انتشارات: دار إحیاء التراث العربی.
مرغینانی، علی. (بی‌تا). *الهدایة فی شرح بدایة المبتدی*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
مسلم، أبوالحسن القریشی. (بی‌تا). *صحیح مسلم*. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). *دائرة المعارف فقه مقارن*. قم: انتشارات مدرسهٔ الامام علی بن ابی‌طالب (ع).
نوری، یحیی. (۱۳۸۵). *اسلام و عقائد و آراء بشری، یا جاهلیت و اسلام* (چاپ دهم). انتشارات: نوید نور.
نووی، محیی‌الدین یحیی. (۱۳۹۲ق). *المنهاج شرح صحیح مسلم بن الحجاج*. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
نووی، محیی‌الدین یحیی. (۱۴۱۲ق). *روضة الطالبین و عمدة المفتین*. بیروت ـ دمشق: المکتب الاسلامی.
هگل، جرج ویلیام فردریک. (۱۹۸۴م). *محاضرات فی فلسفة التاریخ*. (عبدالفتاح امام، ترجمه). بیروت: دارالتنویر والنشر.

## References

The Noble Qurʾān with translation by Āyatullāh Makārim Shīrāzī. (in Persian)
Ibn Athīr, Majd al-Dīn Mubārak. (1399 AH / 1979 AD). *Al-Nihāyah fī Gharīb al-Ḥadīth wa al-Athar* [The End in Rare Hadith and Narrations]. Beirut: Al-Maktabah al-ʿIlmiyyah.
Ibn Idrīs, Ḥillī. (1410 AH / 1990 AD). *Al-Sarāʾir al-Ḥāwī li Taḥrīr al-Fatāwā*. Qom: Muʾassasat al-Nashr al-Islāmī. (in Persian)
Ibn al-ʿArabī, Muḥammad ibn ʿAbdullāh. (1424 AH / 2003 AD). *Aḥkām al-Qurʾān* [Rules of the Qurʾān]. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah.
Ibn Barāj, ʿAbd al-ʿAzīz. (1406 AH / 1986 AD). *Al-Muḥadhhab*. Qom: Muʾassasat al-Nashr al-Islāmī. (in Persian)
Ibn Ḥajr, Aḥmad. (1379 AH / 1959 AD). *Fatḥ al-Bārī bi Sharḥ Ṣaḥīḥ al-Bukhārī*. Egypt: Al-Maktabah al-Salafiyyah.
Ibn Ḥazm, Abū Muḥammad ʿAlī. (n.d.). *Al-Muḥallā bi al-Āthār*. Beirut: Dār al-Fikr.
Ibn Daqīq al-ʿĪd, Taqī al-Dīn Muḥammad. (1407 AH / 1987 AD). *Iḥkām al-Aḥkām Sharḥ ʿUmdat al-Aḥkām*. Beirut – Cairo: Dār ʿĀlam al-Kutub.
Ibn Rushd, Abū al-Walīd Muḥammad. (1425 AH / 2004 AD). *Al-Bayān wa al-Taḥṣīl*. Beirut: Dār al-Gharb al-Islāmī.

Ibn ʿĀbidīn, Muḥammad Amīn. (1412 AH / 1992 AD). *Ḥāshiyat Radd al-Muḥtār*. Dār al-Fikr.
Ibn ʿAbd al-Barr, Abū ʿUmar Yūsuf. (1387 AH / 1967 AD). *Al-Istidhkār*. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah.
Ibn Qudāmah al-Maqdisī, ʿAbd al-Raḥmān. (1388 AH / 1968 AD). *Al-Mughnī*. Cairo: Maktabat al-Qāhirah.
Ibn Qayyim, Muḥammad ibn Abī Bakr. (1415 AH / 1995 AD). *Zād al-Maʿād fī Hady Khayr al-ʿIbād*. Beirut, Kuwait: Muʾassasat al-Risālah. (in Persian)
Ibn Kathīr, Abū al-Fiḍāʾ Ismāʿīl. (1420 AH / 1999 AD). *Tafsīr al-Qurʾān al-ʿAẓīm*. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah.
Ibn Maflah, Ibrāhīm. (1418 AH / 1998 AD). *Al-Mubdiʿ fī Sharḥ al-Muqnaʿ*. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah.
Ibn Mundhir, Muḥammad. (1425 AH / 2004 AD). *Al-Ijmāʿ*. Dār al-Muslim li al-Nashr wa al-Tawzīʿ.
Ibn Manẓūr, Muḥammad. (1414 AH / 1994 AD). *Lisān al-ʿArab*. Beirut: Dār Ṣādir.
Ibn Hammām, Muḥammad. (n.d.). *Fatḥ al-Qadīr ʿalā al-Hudāyah*. Beirut: Dār al-Fikr.
Abū Dāwūd, Sulaymān ibn al-Ashʿath. (1430 AH / 2009 AD). *Sunan Abī Dāwūd*. Dār al-Risālah al-ʿĀlamiyyah.
Afandī, ʿAlī Khwāja Amīn. (1411 AH / 1991 AD). *Durar al-Ḥukam fī Sharḥ Mujallat al-Aḥkām*. Intishārāt Dār al-Jīl.
Al-Andalusī, Abū Ḥayyān Muḥammad. (1420 AH / 1999 AD). *Al-Baḥr al-Muḥīṭ fī al-Tafsīr*. Beirut: Dār al-Fikr.
Bābartī, Muḥammad. (1389 AH / 1969 AD). *Al-ʿInāyah Sharḥ al-Hudāyah*. Egypt: Maṭbaʿat Muṣṭafā al-Bābī al-Ḥalabī wa Awlādih.
Al-Bājī, Abū al-Walīd Sulaymān. (1332 AH / 1914 AD). *Al-Muntaqā Sharḥ al-Muwaṭṭaʾ*. Egypt: Maṭbaʿat al-Saʿādah.
Bājī, Sulaymān. (1332 AH / 1914 AD). *Al-Muntaqā Sharḥ al-Muwaṭṭaʾ*. Egypt: Maṭbaʿat al-Saʿādah.
Al-Bukhārī, Muḥammad. (1422 AH / 2001 AD). *Ṣaḥīḥ al-Bukhārī*. Dār Ṭawq al-Najāt.
Bayhaqī, Aḥmad. (1412 AH / 1992 AD). *Maʿrifat al-Sunan wa al-Āthār*. Cairo: Dār al-Wafāʾ.
Ḥarr ʿĀmilī, Muḥammad. (1416 AH / 1996 AD). *Wāsiʿ al-Shīʿah ilā Taḥṣīl Masāʾil al-Sharīʿah*. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt li Iḥyāʾ al-Turāth. (in Persian)
Ḥillī, Ḥasan. (1413 AH / 1992 AD). *Mukhtalif al-Shīʿah fī Aḥkām al-Sharīʿah*. Qom: Muʾassasat al-Nashr al-Islāmī. (in Persian)
Ḥillī, Ḥasan. (n.d.). *Taḥrīr al-Aḥkām al-Sharʿiyyah ʿalā Madhhab al-Imāmiyyah*. Mashhad, Iran: Muʾassasat Āl al-Bayt (ʿalayhim al-salām). (in Persian)
Ḥanān Sulaymān, Ṣabīḥāt Rashīd. (2002 AD). *Al-Ḥaddād wa Aḥkāmuh fī al-Fiqh al-Islāmī*. Jāhinah lil-Nashr wa al-Tawzīʿ.
Damīrī, Kamāl al-Dīn. (1425 AH / 2004 AD). *Al-Najm al-Wahhāj fī Sharḥ al-Minhāj*. Jeddah: Dār al-Minhāj.
Rāzī, Abū ʿAbdallāh Muḥammad. (1420 AH / 1999 AD). *Mafātīḥ al-Ghayb (Al-Tafsīr al-Kabīr)*. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī.

Rāzī, Zayn al-Dīn Abū ʿAbdallāh Muḥammad. (1423 AH / 2002 AD). *Mukhtār al-Ṣiḥāḥ*. Al-Maktabah al-ʿAṣriyyah wal-Dār al-Namūdhajiyyah. (edited)

Rāghib Isfahānī, Ḥusayn. (1412 AH / 1992 AD). *Al-Mufradāt fī Gharīb al-Qurʾān*. Beirut: Dār al-Qalam.

Rajrājī, Abū al-Ḥasan ʿAlī. (1428 AH / 2007 AD). *Al-Taḥṣīl wa Nataʾij Laṭāʾif al-Taʾwīl fī Sharḥ al-Madwannah wa Ḥall Mushkilātihā*. Beirut: Dār Ibn Ḥazm.

Rustamī, Suhayl; Ḥafīdī, Warayyā; and Aḥmadī, Abū Bakr. (1401 AH / 1981 AD). "Comparative Study of the Bases of Wife's Maintenance in Islamic Jurisprudence and Its Effects on Marital Life." *Faslnāmah Pazhūhesh-hā-ye Fiqh wa Ḥuqūq Islāmī*, 18(70). (in Persian)

Raʿīnī, Muḥammad. (1412 AH / 1991 AD). *Mawāhib al-Jalīl*. Beirut: Dār al-Fikr. (in Persian)

Ramlī, Muḥammad. (1430 AH / 2009 AD). *Nihāyat al-Muḥtāj*. Beirut: Dār al-Fikr. (in Persian)

Zubaydī, Murtaḍā Muḥammad. (1422 AH / 2001 AD). *Tāj al-ʿArūs min Jawāhir al-Qāmūs*. Kuwait: Ministry of Guidance and Information.

Zarkashī, Abū ʿAbdallāh Badr al-Dīn. (1414 AH / 1994 AD). *Al-Manthūr fī al-Qawāʿid al-Fiqhiyyah*. Kuwait: Ministry of Awqāf.

Zamakhsharī, Maḥmūd ibn ʿAmr. (1407 AH / 1987 AD). *Al-Kashshāf ʿan Ḥaqāʾiq Ghawāmiḍ al-Tanzīl*. Beirut: Dār al-Kitāb al-ʿArabī.

Zamakhsharī, Maḥmūd ibn ʿAmr. (1419 AH / 1998 AD). *Asās al-Balāghah*. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah.

Zayʿalī, Jamāl al-Dīn. (1418 AH / 1997 AD). *Naṣb al-Rāyah*. Beirut: Muʾassasat al-Rayān li al-Ṭibāʿah wa al-Nashr.

Zaylī, Fakhr al-Dīn. (1313 AH / 1895 AD). *Tabyīn al-Ḥaqāʾiq Sharḥ Kanz al-Daqāʾiq*. Cairo: Al-Maṭbaʿah al-Kubrā al-Amīriyyah, Būlāq.

Sibāʿī, Muṣṭafā. (1404 AH / 1984 AD). *Al-Marʾah Bayn al-Fiqh wa al-Qānūn* [Woman between Jurisprudence and Law]. Dār al-Warrāq.

Sarkhsī, Muḥammad ibn Aḥmad. (1414 AH / 1994 AD). *Al-Mabsūṭ*. Beirut: Dār al-Maʿrifah.

Saʿīdī, Farīdeh. (1393 Sh. / 2014 AD). "Tashrīʿ Ḥijāb dar Islām wa Ḥudūd Fiqhī Ān" [Legislation of Hijab in Islam and Its Jurisprudential Limits]. *Majallah Fiqh wa Ḥuqūq Khānevādeh*, 19(61). (in Persian)

Sayyid Murtaḍā, Abū al-Qāsim ʿAlī. (1415 AH / 1994 AD). *Al-Intiṣār limā Ijtamaʿat ʿalayhi al-Imāmiyyah wa Masāʾil al-Infirādāt*. Qom: Muʾassasat al-Nashr al-Islāmi. (in Persian)

Shāfiʿī, Abū ʿAbdallāh Muḥammad. (1410 AH / 1989 AD). *Al-Umm*. Beirut: Dār al-Maʿrifah.

Sharbinī, Muḥammad ibn Aḥmad al-Khaṭīb. (1415 AH / 1995 AD). *Mughni al-Muḥtāj*. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah.

Shawkānī, Muḥammad ibn ʿAlī. (1413 AH / 1992 AD). *Nīl al-Awṭār Sharḥ Muntaqá al-Akhbār*. Dār al-Ḥadīth.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. (1412 AH / 1992 AD). *Al-Rawḍah al-Bahiyyah fī Sharḥ al-Lumaʿah al-Dimashqiyyah* (Annotation by Sulṭān al-ʿUlamāʾ Ḥasan ibn Muḥammad). Qom, Iran: Daftar Intishārāt Islāmī. (in Persian)

Ṣanʿānī, Muḥammad. (1433 AH / 2012 AD). *Subul al-Salām*. Makkah al-Mukarramah: Dār al-Ḥadīth.
Ṭabāṭabāʾī Yazdī, Sayyid Muḥammad Kāẓim. (1417 AH / 1996 AD). *Al-ʿUrwah al-Wuthqā*. Muʾassasat al-Nashr al-Islāmī. (in Persian)
Ṭabāṭabāʾī, Sayyid Muḥammad Ḥusayn. (n.d.). *Al-Mīzān fī Tafsīr al-Qurʾān*. Qom: Manšūrāt Ismāʿīlīyān. (in Persian)
Ṭabarī, Muḥammad. (2000 AD). *Jāmiʿ al-Bayān ʿan Taʾwīl Āy al-Qurʾān*. Dār Hijr lil-Ṭibāʿah. (in Persian)
Ṭaḥāwī, Abū Jaʿfar Aḥmad. (1414 AH / 1994 AD). *Sharḥ Maʿānī al-Āthār*. Madīnah: ʿĀlam al-Kutub.
Ṭūsī, Abū Jaʿfar Muḥammad. (1364 AH / 1945 AD). *Tahdhīb al-Aḥkām fī Sharḥ al-Muqnaʿ li Shaykh al-Mufīd*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Persian)
Ṭūsī, Abū Jaʿfar Muḥammad. (1387 AH / 1967 AD). *Al-Mabsūṭ fī al-Fiqh al-Imāmīyah* (3rd ed.). Tehran: Al-Maktabah al-Murtazawiyyah li-Iḥyāʾ Āthār al-Jaʿfarīyah. (in Persian)
Ṭūsī, Abū Jaʿfar Muḥammad. (1407 AH / 1987 AD). *Al-Khilāf*. Qom: Muʾassasat al-Nashr al-Islāmī. (in Persian)
ʿAẓīmābādī, Muḥammad Ashraf. (1415 AH / 1995 AD). *ʿAwn al-Maʿbūd*. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah.
ʿAynī, Maḥmūd ibn Aḥmad. (1420 AH / 2000 AD). *Al-Bināyah Sharḥ al-Hudāyah*. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah.
Gharaṭṭāʾī, Muḥammad. (1416 AH / 1995 AD). *Al-Tāj wa al-Ākil limukhtaṣar Khalīl*. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah.
Fayrūzābādī, Majd al-Dīn Abū Ṭāhir Muḥammad. (1426 AH / 2005 AD). *Al-Qāmūs al-Muḥīṭ*. Beirut: Muʾassasat al-Risālah.
Qadūrī, Abū al-Ḥusayn Aḥmad. (1418 AH / 1997 AD). *Mukhtaṣar al-Qadūrī*. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah.
Qurafī, Abū al-ʿAbbās Shihāb al-Dīn Aḥmad. (1994 AD). *Al-Dhakhīrah*. Beirut: Dār al-Gharb al-Islāmī.
Qurṭubī, Abū ʿAbdallāh Muḥammad. (1384 AH / 1964 AD). *Al-Jāmiʿ li Aḥkām al-Qurʾān*. Cairo: Dār al-Kutub al-Miṣrīyah.
Qisṭalānī, Aḥmad. (1323 AH / 1905 AD). *Irshād al-Sārī li Sharḥ Ṣaḥīḥ al-Bukhārī*. Egypt: Al-Maṭbaʿah al-Kubrā al-Amīriyyah.
Kāsānī, Abū Bakr. (1406 AH / 1986 AD). *Badāʾiʿ al-Ṣināʿiʿ fī Tartīb al-Sharāʾiʿ*. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah.
Kulaynī, Muḥammad. (1387 AH / 1967 AD). *Al-Kāfī*. Qom: Dār al-Ḥadīth. (in Persian)
Laṭīfī, ʿAbd al-Ḥusayn. (1395 Sh. / 2016 AD). "Āyin-hā-ye Suqūri dar Dīn-e Hendūī" [Mourning Rituals in Hindu Religion]. *Muṭālaʿāt-e Shahrestān*, 8(29), 133–146. (in Persian)
Mālik ibn Anas, Mālik ibn Anas ibn Mālik al-Aṣbaḥī. (1415 AH / 1995 AD). *Al-Mudawwanah*. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah.
Mālik ibn Anas, Mālik ibn Anas ibn Mālik al-Aṣbaḥī. (1985 AD). *Al-Muwaṭṭaʾ*. Beirut, Lebanon: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī.
Māwardī, ʿAlī. (1419 AH / 1999 AD). *Al-Ḥāwī al-Kabīr fī Fiqh Madhhab al-Imām al-Shāfiʿī*. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah.

Muḥaddith Nūrī, Shaykh Ḥusayn. (1411 AH / 1990 AD). *Mustadrak al-Wasāʾil*. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt li Iḥyāʾ al-Turāth. (in Persian)

Mardāvī, ʿAlāʾ al-Dīn ʿAlī. (n.d.). *Al-Inṣāf* (2nd ed.). Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Persian)

Marghīnānī, ʿAlī. (n.d.). *Al-Hudāyah fī Sharḥ Bidāyat al-Mubtadī*. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Persian)

Muslim, Abū al-Ḥasan al-Qurashī. (n.d.). *Ṣaḥīḥ Muslim*. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī.

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. (1427 AH / 2006 AD). *Dāʾirat al-Maʿārif Fiqh Muqāran*. Qom: Intishārāt Madraseh Imām ʿAlī ibn Abī Ṭālib. (in Persian)

Nūrī, Yaḥyā. (1385 Sh. / 2006 AD). *Islām wa ʿAqāʾid wa Ārāʾi Basharī, yā Jāhiliyyat wa Islām* (10th ed.) [Islam and Human Beliefs and Opinions, or Ignorance and Islam]. Nashr Navīd Nūr. (in Persian)

Nawawī, Muḥyī al-Dīn Yaḥyā. (1392 AH / 1972 AD). *Al-Minhāj Sharḥ Ṣaḥīḥ Muslim ibn al-Ḥajjāj*. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī.

Nawawī, Muḥyī al-Dīn Yaḥyā. (1412 AH / 1992 AD). *Rawḍat al-Ṭālibīn wa ʿUmdat al-Muftīn*. Beirut – Damascus: Al-Maktab al-Islāmī.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. (1984 AD). *Muḥāḍarāt fī Falsafat al-Tārīkh* [Lectures on the Philosophy of History]. Translated by ʿAbd al-Fattāḥ Imām. Beirut: Dār al-Tanwīr wal-Nashr.

Studies of Islamic Jurisprudence and the Basis of Law
Online ISSN: 2783-0837 Print ISSN: 2783-2368
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# An Analysis of the Legitimacy of the Compulsory Education Law (A Case Study of the 1399 Law on the Protection of Children and Adolescents)

**Mahdiyeh Ghanizadeh**

Assistant Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Qom, Qom, Iran. Email: m.ghanizadeh@qom.ac.ir

**Article Info**

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received
28 August 2024
Received in revised form
27 October 2024
Accepted
28 October 2024
Available online
22 June 2025

***Keywords:***
compulsory education law,
primary school level,
secondary school level,
student (muhaṣṣil),
student's guardians (awliyā' al-muhaṣṣil)

**ABSTRACT**

Given the importance of education, the law on compulsory education is among the statutes with a long legislative history, having undergone various changes over time. In view of the necessity to align positive laws with the principles and rulings of the sharīʿa, as stipulated by Article 72 of the Constitution, a critical aspect of this law is the examination of the religious legitimacy (mashrūʿiyya) of such compulsion. Accordingly, the present article employs a descriptive-analytical method to scrutinize the mashrūʿiyya of compulsory education as outlined in the Law on the Protection of Children and Adolescents enacted in 1399 [2020 CE], which represents the most recent expression of legislative intent on this matter. The research findings indicate that the obligation for education at the primary level possesses religious justification (tawjīh sharʿī), considering the interests (maṣāliḥ) of both the individual and society. Therefore, in the event that a child's guardians (awliyāʾ) prevent their education, the punishment of those guardians is deemed religiously lawful (mashrūʿ). However, with regard to the secondary level, this compulsion—and, consequently, the punishment arising from non-compliance—is not considered justifiable, neither for the student (muḥaṣṣil) nor for the student's guardians. Thus, this section of the law requires amendment, and it would be preferable for the legislator, in this regard, to combat illiteracy through incentive-based measures rather than adopting coercive and obligatory approaches.

**Cite this article:** Ghanizadeh, M. (2025). An Analysis of the Legitimacy of the Compulsory Education Law (A Case Study of the 1399 Law on the Protection of Children and Adolescents). *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law, 19*(1), 167-184. http//doi.org/10.22034/fvh.2024.19320.2023

© The Author(s). Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: http//doi.org/10.22034/fvh.2024.19320.2023

## Introduction

The significance of education is underscored in the legal framework of the Islamic Republic of Iran, which mandates certain stages of schooling. The most recent legislative expression concerning compulsory education is articulated in the "Law on the Protection of Children and Adolescents" of 2020. Article 7 of this law criminalizes the act of impeding a child's or adolescent's education, stating that parents, guardians, or any person responsible for a minor who prevents them from enrolling or continuing their education through the end of the secondary level shall be subject to legal penalties. This provision effectively establishes compulsory education by criminalizing its obstruction. However, Article 72 of the Iranian Constitution requires that all legislation conform to the principles of Islamic law (*Sharīʿah*). This necessitates a critical examination of the jurisprudential legitimacy of such compulsion. This research, therefore, undertakes an analysis of the Islamic legal validity (*mashrūʿiyyah*) of the compulsory education mandate as stipulated in the 2020 law.

## Methodology

This study is classified as applied research and employs a descriptive-analytical methodology. Data collection was conducted through a library-based approach, involving a comprehensive review of relevant Islamic jurisprudential (*fiqhī*) texts, legal scholarship, statutes, and academic articles. The analytical process began with an examination of Articles 3, 6, and 7 of the 2020 "Law on the Protection of Children and Adolescents," which pertains to compulsory education. Subsequently, the Islamic legal legitimacy of the compulsion mandated by the law was critically analyzed. The findings are presented using deductive reasoning, culminating in specific recommendations for legislative reform.

## Findings

The research yields four primary findings regarding the legitimacy of compulsory education from an Islamic jurisprudential perspective:

1. The compulsion of a child to attend **primary education** is jurisprudentially justified, as it aligns with the principle of promoting the child's best interests (*maṣlaḥah*) as well as the interests of society at large.
2. The compulsion of a child's legal guardian to facilitate their primary education is likewise legitimate. This is justified by the child's best interests and because the expenses for primary schooling are considered an integral part of the child's mandatory financial maintenance (*nafaqah*). Consequently, imposing penalties on a guardian for non-compliance is also deemed legitimate.

3. The compulsion of an adolescent to attend **secondary education** lacks jurisprudential justification. This conclusion is based on the legal principle of freedom of will (*aṣl al-irādah*) applicable to adolescents and the argument that the curriculum at this level is not universally or fundamentally essential.
4. The compulsion of a guardian to provide for an adolescent's secondary education is also unjustified from a jurisprudential standpoint, as the associated costs are not considered part of the mandatory financial maintenance (*nafaqah*) owed to the adolescent.

## Conclusion

In light of the findings, the study concludes that the legal mandate for compulsory secondary education, as it applies to both adolescents and their guardians, lacks a firm jurisprudential basis in Islamic law and requires legislative reform. The most effective alternative would be for the legislator to shift from a coercive (*qahrī*) approach to a supportive and incentive-based one to combat low literacy rates. This preference for a supportive strategy stems from the understanding that education is a multi-faceted, cultural endeavor rather than a matter to be enforced through coercion. The principle of non-coercion should prevail unless there is a compelling and jurisprudentially valid reason to override it, as is the case for primary education. Should the state deem intervention at the secondary level necessary, it must adopt the least intrusive measures possible, making supportive and incentive-based policies the most appropriate course of action.

***Author Contributions:*** This is a single-author article.

***Data Availability Statement:*** Not Applicable.

***Acknowledgements:*** No acknowledgments are to be made.

***Ethical Considerations:*** The author avoided data fabrication, falsification, plagiarism, and misconduct.

***Funding:*** The research was not financially supported.

***Conflict of Interest:*** The author declares no conflict of interest.

***Declaration of Generative AI and AI-assisted technologies in the writing process:*** No artificial intelligence (AI) tools were used.

مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق
شاپا برخط: ۰۸۳۷-۲۷۸۳ شاپا چاپی: ۲۳۶۸-۲۷۸۳
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# واکاوی میزان مشروعیت قانون اجبار به تحصیل (بررسی موردی قانون حمایت از اطفال و نوجوانان ۱۳۹۹)

**مهدیه غنی‌زاده**

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکدهٔ الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه قم، قم، ایران. رایانامه: m.ghanizadeh@qom.ac.ir

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:**
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۰۷
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۸/۰۶
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۰۷
تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۴/۰۱

***کلیدواژه‌ها:***
قانون اجبار به تحصیل،
مقطع ابتدایی،
مقطع متوسطه،
محصل،
اولیای محصل

**چکیده**

نظر به اهمیت تحصیل، قانون اجبار به تحصیل از جمله قوانینی است که سابقهٔ تقنینی طولانی داشته و در گذر زمان، دستخوش تغییرات گوناگونی گردیده است. حال، با توجه به لزوم تطبیق قوانین موضوعه با اصول و احکام شریعت، بر مبنای اصل ۷۲ قانون اساسی، یکی از موارد ضروری در خصوص این قانون بررسی میزان مشروعیت چنین اجباری است. لذا مقالهٔ حاضر به شیوهٔ توصیفی–تحلیلی به واکاوی مشروعیت اجبار به تحصیل مذکور در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ به‌عنوان آخرین ارادهٔ قانون‌گذار در این مسئله، پرداخته است. یافته‌های پژوهش حاکی از آن است که الزام به تحصیل نسبت به مقطع ابتدایی با لحاظ مصالح فرد و اجتماع، دارای توجیه شرعی است؛ لذا بر فرض ممانعت اولیای کودک از تحصیل او، مجازات آنان، مشروع می‌باشد. اما در ارتباط با مقطع متوسطه این اجبار و به‌تبع آن مجازات ناشی از عدم تمکین از اجبار نه نسبت به محصل موجه به شمار می‌رود، نه نسبت به اولیای محصل. لذا در این بخش، قانون نیازمند اصلاح است و بهتر آن است که قانون‌گذار در این مورد، به‌جای اتخاذ شیوهٔ قهری و الزام‌آور، با لحاظ راهکارهای تشویقی به مبارزه با کم‌سوادی برخیزد.

**استناد:** غنی‌زاده، مهدیه (۱۴۰۴). واکاوی میزان مشروعیت قانون اجبار به تحصیل (بررسی موردی قانون حمایت از اطفال و نوجوانان ۱۳۹۹). *مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*، ۱۹ (۱)، ۱۶۷-۱۸۴. https://doi.org/10.22034/fvh.2024.19320.2023

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.

© نویسنده(گان).

## مقدمه

قانون اجبار به تحصیل از جمله قوانینی است که سابقهٔ تقنینی طولانی دارد. اهمیت آموزش و تحصیلات به‌اندازه‌ای است که علاوه بر اسناد بین‌المللی در اسناد و قوانین داخلی جمهوری اسلامی ایران بر الزامی‌بودن مراحلی از آن تأکید گردیده است. به‌عنوان مثال در منشور حقوق شهروندی، مادهٔ ۱۰۴ ذیل حق آموزش چنین بیان داشته است: «شهروندان از حق آموزش برخوردارند. آموزش ابتدایی اجباری و رایگان است».

در قوانین موضوعهٔ ایران، نخستین بار در سال ۱۳۲۲ قانون آموزش و پرورش عمومی و اجباری به مسئلهٔ الزام به تحصیل کودکان پرداخت. اگرچه این قانون بعدها در سال ۱۳۹۶ به‌طور کامل منسوخ گردید.

در سال ۱۳۵۳ قانون‌گذار، قانون تأمین وسایل و امکانات تحصیل اطفال و جوانان ایران را تصویب نمود و ضمن ارجاع به قانون آموزش و پرورش عمومی و اجباری ۱۳۲۲ چنین بیان نمود: پدر یا مادر یا سرپرستان قانونی در محل‌هایی که شرایط اجرای قانون سال ۱۳۲۲ فراهم باشد، مکلف هستند نسبت به ثبت‌نام فرزندان کمتر از ۱۸ سال خود، اقدام نمایند. در غیر این صورت وزارت آموزش‌وپرورش در خصوص ثبت‌نام آن‌ها به‌صورت مجانی اقدام خواهد نمود.

در سال ۱۳۷۲، ایران به کنوانسیون حقوق کودک ملحق گردید و اصلاحیهٔ آن را نیز در سال ۱۳۸۰ قبول کرد. حال‌آنکه در مادهٔ ۲۸، کنوانسیون به‌صراحت بر الزام تحصیل کودک اشاره نموده است و ازآنجاکه ایران از جمله کشورهای ملحق به کنوانسیون می‌باشد، ملزم به رعایت تمامی مواد از جمله این ماده می‌باشد. علاوه بر این، در صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی تدوین قانون اساسی در رابطه با ضرورت این مسئله چنین آمده است:

> در زمینهٔ آموزش و پرورش یک مسئله مورد ابتلا داریم و آن مسئلهٔ بی‌سوادی و کم‌سوادی است که بیشتر کشورها مبتلا به آن هستند و کشورهای دنیا برای رفع بی‌سوادی و کم‌سوادی علاوه بر رایگان‌بودن آن به جنبهٔ الزامی آن نیز توجه کرده‌اند. اگر ما بخواهیم در مملکت خودمان بی‌سوادی از بین برود فرع بر این است که علاوه بر رایگان‌بودن الزام باشد که تا یک حدی نیز باید باسواد شوند و این را برای خودشان یک حق و وظیفه بدانند چون ممکن است مردم از این حق خودشان غافل شوند و به علل اقتصادی نخواهند حق خودشان را بگیرند. (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴)

بنا بر ضرورت این امر، در سال ۱۳۸۱، قانون‌گذار ضمن مادهٔ ۴ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان، تحصیل را حق کودک و نوجوان دانست و سلب آن از او را جرم و مشمول مجازات سه ماه و یک روز تا ۶ ماه حبس و یا تا ده میلیون ریال جزای نقدی دانسته است.

و در نهایت، قانون حمایت از اطفال و نوجوانان، مصوب ۱۳۹۹، ذیل فصل سوم جرائم و مجازات‌ها، در مادهٔ ۷ یکی از موارد مشمول مجازات را عدم فراهم‌نمودن موجبات تحصیل طفل و نوجوان دانست و چنین بیان داشت:

هریک از والدین، اولیا یا سرپرستان قانونی طفل و نوجوان و تمام اشخاصی که مسئولیت نگهداری، مراقبت و تربیت طفل را بر عهده دارند، چنانچه برخلاف مقررات قانون تأمین وسایل و امکانات تحصیل اطفال و جوانان ایرانی مصوب ۵۳/۴/۳۰، از ثبت‌نام و فراهم‌کردن موجبات تحصیل طفل و نوجوان واجد شرایط تحصیل تا پایان دورهٔ متوسطه امتناع کنند یا به هر نحوی از تحصیل او جلوگیری کنند به انجام تکلیف یادشده و جزای نقدی درجهٔ هفت قانون مجازات اسلامی محکوم می‌شوند».

مادهٔ فوق، در حقیقت با جرم‌انگاری ممانعت از تحصیل کودک و نوجوان، میزانی از تحصیل را برای آنان اجباری تلقی نموده است.

با توجه به آنکه از سویی، آخرین ارادهٔ قانون‌گذار در ارتباط با تحصیلات اجباری در این قانون یعنی قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ منعکس گردیده است و از سوی دیگر، مطابق اصل ۷۲ قانون اساسی، تبعیت قوانین موضوعه از اصول و احکام شریعت، امری ضروری است، در پژوهش حاضر برآنیم که به این پرسش، پاسخ دهیم: اجبار به تحصیل مذکور در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ تا چه میزان، مشروعیت دارد؟

## پیشینهٔ بحث

چنان‌که ذکر گردید، قانون اجبار به تحصیل از سابقهٔ تقنینی طولانی برخوردار است، اما علی‌رغم ضرورت بررسی میزان مشروعیت این قانون، تاکنون پژوهشی در این زمینه صورت نپذیرفته است. لذا پژوهش حاضر به‌عنوان اولین اثر تحقیقی در این مسئله، تلاشی است در راستای بررسی ابعاد مختلف قانون اجبار به تحصیل و واکاوی میزان مشروعیت آن.

## بررسی ابعاد مختلف قانون اجبار به تحصیل

اولین ماده‌ای که در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹، به‌نوعی بر اجباری‌بودن تحصیل از سوی کودک و نوجوان اشاره دارد، مادهٔ ۳ می‌باشد. در این ماده، بازماندن طفل و نوجوان از تحصیل را وضعیتی مخاطره‌آمیز دانسته که موجب مداخلهٔ قانونی خواهد گردید. به‌نحوی‌که در بند «ز» مادهٔ مذکور، فرار از مدرسه یا ترک تحصیل کودک و نوجوان را منجر به مداخلهٔ قانونی دانسته است و به دیگر تعبیر در این ماده، قانون‌گذار به‌نحو ضمنی، کودک و نوجوان را ملزم به تحصیل می‌داند و بازماندن او از تحصیل را به هر شکلی که باشد، موجب مداخلهٔ قانونی به شمار می‌آورد.

در بند چ مادهٔ ۶ این قانون، یکی از وظایف آموزش و پرورش اعلام موارد عدم ثبت‌نام یا موارد مشکوک به ترک تحصیل اطفال و نوجوانان تا پایان دورهٔ متوسطه به مراجع ذی‌ربط جهت اقدام دانسته شده است. این ماده یکی از موارد قانون مزبور است که در واقع دامنهٔ تحصیلات اجباری را مشخص نموده است؛ چراکه قانون‌گذار به‌نوعی مقاطع تحصیل اجباری را اعم از ابتدایی و متوسطه دانسته و نظارت قانونی بر آن را لازم شمرده است.

در مادهٔ ۷ این قانون، قانون‌گذار ضمن جرم‌انگاری ممانعت از تحصیل کودک و نوجوان چنین آورده: هریک از والدین، اولیا یا سرپرستان قانونی طفل و نوجوان و تمام اشخاصی که مسئولیت نگهداری، مراقبت و تربیت طفل را بر عهده دارند، چنانچه برخلاف مقررات قانون تأمین وسایل و امکانات تحصیل اطفال و جوانان ایرانی مصوب ۳۰/۴/۵۳، از ثبت‌نام و فراهم‌کردن موجبات تحصیل طفل و نوجوان واجد شرایط تحصیل تا پایان دورهٔ متوسطه امتناع کنند یا به هر نحوی از تحصیل او جلوگیری کنند به انجام تکلیف یادشده و جزای نقدی درجهٔ هفت قانون مجازات اسلامی محکوم می‌شوند.

در این ماده نیز با جرم‌انگاری ممانعت از تحصیل کودک و نوجوان، در واقع، دامنهٔ تحصیلات اجباری را مقطع متوسطه دانسته شده و از سویی فراهم‌کردن موجبات تحصیل تا این مقطع را وظیفهٔ والدین، ولی یا سرپرست قانونی کودک و نوجوان قلمداد نموده و استنکاف از آن را مستوجب مجازات به شمار آورده است. البته ازآنجاکه در مادهٔ مزبور، تحقق جرم ممانعت از تحصیل، منوط به فراهم‌بودن شرایط مندرج در قانون تأمین وسایل و امکانات تحصیل اطفال و جوانان ایرانی مصوب ۳۰/۴/۱۳۵۳ دانسته شده است، امتناع از تحصیل در فرضی جرم است که از سویی والدین یا سرپرست قانونی از تمکن مالی برخوردار باشد و از سوی دیگر، موجبات تحصیل دوره‌های مربوط در محل زندگی فرد، از طرف آموزش و پرورش فراهم شده باشد.[۱]

با توجه به آنچه ذکر شد، در قانون مزبور، الزام گاه نسبت به محصل مطرح گردیده است و گاه نسبت به والدین، اولیا یا سرپرستان قانونی آنان به‌جهت فراهم‌آوردن موجبات تحصیل کودک و نوجوان خویش تا مقطع متوسطه؛ لذا مشروعیت اجبار را از دو بعد می‌توان بررسی نمود: مشروعیت اجبار نسبت به محصل و مشروعیت اجبار نسبت به اولیای محصل.

## بررسی میزان مشروعیت اجبار نسبت به محصل

در رابطه با الزام فرد به تحصیل علم، مشروعیت الزام را از دو منظر می‌توان بررسی نمود: اولاً از منظر فردی. ثانیاً از منظر اجتماعی.

### ۱ـ بررسی مشروعیت اجبار از منظر فردی

از منظر فردی، آموزش و تحصیل یکی از حقوق اساسی بشر است که در زمرهٔ حقوق غیرمالی واقع می‌گردد. به‌لحاظ اهلیت تمتع، تمامی آحاد بشر، حق تمتع و بهره‌مندی از آن را دارند اما استیفای این حق مانند سایر

---

۱. در مادهٔ ۴ قانون تأمین وسایل و امکانات تحصیل اطفال و جوانان ایرانی مصوب ۱۳۵۳/۴/۳۰ چنین آمده: «هریک از پدر یا مادر یا سرپرست قانونی کودک و نوجوان کمتر از هیجده سال که قانوناً مسئول پرداخت مخارج زندگی او می‌باشد و باداشتن امکانات مالی از تهیهٔ وسائل و موجبات تحصیل کودک یا نوجوان واجد شرایط تحصیل مشمول این قانون در محلی که موجبات تحصیل‌دوره‌های مربوط از طرف وزارت آموزش و پرورش فراهم شده باشد امتناع کند یا به‌نحوی از انحاء از تحصیل او جلوگیری نماید به حکم مراجع قضایی‌که خارج از نوبت رسیدگی می‌کنند به جزای نقدی از ده هزار ریال تا دویست هزار ریال و به انجام تکالیف فوق نسبت به کودک یا نوجوان محکوم‌خواهد شد».

حقوق، نیازمند شرایطی است. در ارتباط با اهلیت استیفای حقوق، مشهور فقها، رشد را به‌معنای وجود ملکهٔ حفظ و اصلاح مال در فرد، تعبیر نموده و شرطیت آن را تنها متوجه حقوق مالی نموده‌اند اما در ارتباط با حقوق غیرمالی به‌نحو کلی، رشد را مطرح نکرده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ج. ۴، ص. ۱۶۵؛ حلی، ۱۴۰۸ق، ج. ۲، ص. ۶۸؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ج. ۴، صص. ۴۲۴–۴۲۵). به‌تبع قول مشهور، قانون‌گذار نیز صرفاً رشد را در امور مالی مطرح نموده است. چنان‌که در مادهٔ ۱۲۰۷ قانون مدنی، عدم رشد را عامل حجر و عدم اهلیت تصرف در امور مالی به شمار آورده است و در مادهٔ ۱۲۰۸ قانون مزبور، مراد از غیررشید را شخصی دانسته که تصرفات عقلائی در اموال و حقوق مالی خود ندارد. این امر، در آراء وحدت رویهٔ شمارهٔ ۳۰ مورخ ۵/۱۰/۱۳۶۴ و شمارهٔ ۶۶۸ مورخ ۱۴/۷/۱۳۸۳ نیز تأیید گردیده است. لذا در رابطه با اهلیت تصمیم‌گیری در مورد تحصیل علم و به‌تعبیر دیگر، استیفای حق آموزش به‌عنوان حقی غیرمالی می‌توان گفت به‌زعم قانون‌گذار آنچه در این مسئله شرط است، بلوغ می‌باشد، نه رشد. در نتیجه از منظر حق فردی، می‌توان الزام محصل به تحصیل را بر پایهٔ مبانی مقبول قانون‌گذار در دو حالت متصور دانست: در فرض بلوغ محصل، در فرض عدم بلوغ محصل.[۱]

### ۱ـ۱ـ در فرض عدم بلوغ محصل

نظر به عدم اهلیت کودک نسبت به استیفای حق خویش، اجبار او به تحصیل در حقیقت، لازمهٔ بهره‌مندی او از حق آموزش و اقدامی در راستای تأمین منافع خود اوست. از آن حیث که از سویی کودک، تحت ولایت بزرگسالانی است که گاه درک صحیحی از مصالح او ندارند و از سوی دیگر، محرومیت او از حق آموزش می‌تواند آینده‌اش را با چالش‌های بسیاری روبه‌رو سازد؛ لذا قانون اجباری‌نمودن تحصیل در واقع، ابزاری است در جهت اطمینان از بهره‌مندی او از حق آموزش. همچنین اگرچه اجبار فرد به‌طورکلی در تضاد با اصل آزادی اراده می‌باشد، اما در ارتباط با کودک از آن جهت که صلاحیت تصمیم‌گیری در امر خویش را ندارد، چنین اصلی جاری نمی‌گردد. بلکه ملاک در تصمیم‌گیری برای کودک صرفاً رعایت مصلحت اوست و چنین امری در اجبار او به تحصیل، موجود است.

### ۱ـ۲ـ در فرض بلوغ محصل

با لحاظ حق‌بودن آموزش، حق، امتیاز و نفعی است متعلق به شخص صاحب حق که مورد حمایت قانون می‌باشد و از سویی به شخص ذی‌حق توان تصرف در موضوع حق و ممانعت از تجاوز دیگران را می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج. ۳، ص. ۴۴۱). لذا به همان نحو که نمی‌توان کسی را به اجبار از حقی محروم نمود همچنین نمی‌توان او را وادار به بهره‌مندی از حقی کرد. آن‌گونه که در فقه اسلامی نیز یکی از

---

[۱]. بر مبنای دیدگاه مشهور فقها، بلوغ با رسیدن دختر به سن ۹ سالگی (نجفی، بی‌تا، ج. ۲۶، ص. ۳۶؛ حلّی، ۱۴۰۸ق، ج. ۲، ص. ۸۵) و پسر با رسیدن به سن ۱۵ سالگی محقق می‌گردد (نجفی، بی‌تا، ج. ۲۶، صص. ۲۸–۲۹). قانون‌گذار نیز بر مبنای همین دیدگاه در تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۱۲۱۰ قانون مدنی چنین بیان داشته است: سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است. حال، با توجه به بسط دامنهٔ تحصیل اجباری تا مقطع متوسطه در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان ۱۳۹۹، هم کودک و هم فرد بالغ در زمرهٔ افراد لازم‌التعلیم، واقع گردیده‌اند.

مهم‌ترین ویژگی‌های حق، قابل‌اسقاط‌بودن آن دانسته شده و این ضابطه، مهم‌ترین وجه تمایز حق و حکم تلقی گردیده است (شهید اول، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۴۳؛ غروی، ۱۳۷۳، ج. ۱، ص. ۴۲؛ محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج. ۲، ص. ۲۸۴). لذا بنا بر تعریف فوق، حق آموزش، امکان و امتیازی است که به‌واسطهٔ آن شخص می‌تواند از آموزش و پرورش دلخواه بهره‌مند گردد (گرجی ازندریانی، بی‌تا، ص. ۵۱۱) و نفس امکان و امتیاز بودن، نشان از حق انتخاب فرد برای اعمال حق یا اسقاط آن دارد و این امر با اجبار در تضاد است. از سوی دیگر، به‌طورکلی حق آموزش گاه در زمرهٔ نسل اول حقوق بشر تلقی گردیده و از بعد حق آزادی آموختن بدان نگریسته شده (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۹۵، ص. ۵۶۲) و گاه در زمرهٔ نسل دوم حقوق بشر و به‌معنای حق مطالبهٔ بهره‌مندی از آموزش، تفسیر گردیده است (عباسی، ۱۳۹۳، ص. ۳۰۸) که در هر حال اجبار با هیچ‌یک از این تفاسیر سازگار نمی‌باشد. در نتیجه زمانی که فرد بالغ باشد و اهلیت استیفای حق خویش را داشته باشد، بر فرض عدم تمایل به تحصیل، الزام او چندان موجه به نظر نمی‌رسد.

همچنین نظر به بسط دامنهٔ تحصیل اجباری به مقطع متوسطه و بلوغ جامعهٔ هدف در این مقطع، با لحاظ ماهیت آموزش متوسطه نیز می‌توان بر این امر صحه نهاد؛ بدان سبب که آموزش متوسطه معمولاً پیش‌نیازی است برای آموزش عالی و ادامهٔ تحصیل در مقاطع بالاتر. در این مقطع، بیشتر به کشف استعداد فرد به‌منظور تحصیل در رشتهٔ متناسب با استعدادش در مقاطع بالاتر پرداخته می‌شود و آموخته‌های آن – به‌جز بخشی که در قالب فنی و حرفه‌ای به مهارت‌آموزی می‌پردازد– غالباً کاربرد چندانی در زندگی شخص ندارد. به‌نحوی‌که اساساً یکی از دلایل انصراف از ادامهٔ تحصیل در این مقطع نیز به مسئلهٔ کاربردی‌نبودن آموخته‌های آن برمی‌گردد (دفتر مطالعات اجتماعی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰). لذا در فرضی که فرد قصد ادامهٔ تحصیل در مقاطع بالاتر را ندارد، الزام او به تحصیل در مقطع متوسطه، بیشتر دامن‌زدن به مدرک‌گرایی است و چه‌بسا بروز استعدادهای او در زمینه‌ای دیگر غیر از تحصیل، مصلحت بیشتری را برای او به‌همراه داشته باشد.

## ۲ـ بررسی مشروعیت اجبار از منظر اجتماعی

از منظر اجتماعی، مشروعیت الزام را در صورتی می‌توان ثابت نمود که نظر به تأثیر آموزش بتوان به آن به چشم تکلیف و ضرورتی اجتماعی نگریست. حال‌آنکه تأثیر آموزش بر جامعه را در دو سطح تحصیلات ابتدایی و تحصیلات متوسطه می‌توان بررسی نمود؛ لذا در ادامه مشروعیت الزام از منظر اجتماعی را نسبت به هریک از این دو سطح، بررسی خواهیم کرد.

### *۲ـ۱ ـ بررسی مشروعیت اجبار نسبت به تحصیلات ابتدایی*

از نقطه‌نظر تأثیر اجتماعی آموزش، به‌طور مطلق، سواد، عامل مهمی در توسعهٔ جوامع به شمار رفته (صادق حاتمی و همکاران، ۱۳۹۸) و یکی از شاخصه‌های رتبه‌بندی در سطح جهانی می‌باشد؛ در نتیجه اعتلای جامعهٔ اسلامی و پیشرفت آن اقتضای اجبار سوادآموزی را دارد. در این میان، تأثیر تحصیلات ابتدایی تا جایی است که اولاً تجارب کشورهای توسعه‌یافتهٔ کنونی بر نقش کلیدی، آموزش پایه و ابتدایی بر توسعه دلالت دارد (هلک، ۱۳۷۱، ص. ۶۸). ثانیاً در بحث سواد و تعیین نرخ باسوادی در سطح بین‌المللی،

ملاک همان مفهوم متعارف سواد و مهارت‌های آموزش پایه یعنی خواندن، نوشتن و حساب‌کردن، می‌باشد (https://www.unesco.org/en/literacy/need-know). ثالثاً یکی از علل مهم بی‌سوادی به‌عنوان معضلی فرهنگی–اجتماعی، عدم پوشش به‌موقع و کامل کودکان لازم‌التعلیم در نظام آموزش رسمی است (برنامه ریشه‌کنی بی‌سوادی در جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۳). رابعاً نظر به شکل‌گیری مبنای فکری کودک در این سنین، مصالح جامعه اقتضای آن را دارد که ارزش‌های مقبول ملی و دینی به‌واسطهٔ طرحی همگانی و یکپارچه در کودکان به‌عنوان نسل آینده و تعیین‌کنندهٔ سرنوشت کشور، نهادینه گردد. از آن جهت که آموزش همگانی و واحد با ترویج عقاید و ارزش‌های مشترک، انسجام و همبستگی اجتماعی را در قالب نظم ملی ممکن ساخته، در نتیجه به توسعهٔ اجتماعی–انسانی کمک می‌نماید (عبداللهی، ۱۳۷۱). در مقابل، فقدان رویکرد جامع آموزشی، عدم تحقق سبک زندگی متناسب با الگوی اسلامی ایرانی پیشرفت را به‌دنبال خواهد آورد (کرمی و عنایتی، ۱۴۰۱). لذا نظر به اهمیت تحصیل ابتدایی و تأثیر آن بر جامعه می‌توان به آن به‌عنوان ضرورتی اجتماعی نگریست و الزام قانونی نسبت به آن را به‌منظور تأمین مصالح عامه چون ریشه‌کن‌نمودن بی‌سوادی، رشد توسعه، اعتلای جامعهٔ اسلامی در سطح بین‌المللی و تحقق انسجام ملی، موجه دانست.

### ۲ـ۲ـ بررسی مشروعیت اجبار نسبت به تحصیلات متوسطه

در ارتباط با تحصیلات متوسطه اگرچه کم‌سوادی، معضلی اجتماعی–فرهنگی است، اما مدارس متوسطهٔ امروز، بیشتر توجه خود را به انتقال اطلاعات معطوف نموده و از تربیت انسان متفکر و خلاق دور مانده‌اند (شعبانی، ۱۳۷۸) و به همین دلیل، محققین بر لزوم حرکت آموزش متوسطه به سمت حرفه‌آموزی و ایجاد مهارت‌های شغلی در فرد، اذعان نموده‌اند (ملکی، ۱۳۸۷). حال‌آنکه در رأس‌قراردادن صرف انتقال اطلاعات، فقدان مهارت در فارغ‌التحصیل متوسطه را به‌دنبال خواهد آورد و این امر به‌نوبهٔ خود، عاملی برای عدم کارآمدی تحصیلات فرد برای جامعه به شمار می‌رود (خدا رحمی و ملکی، ۱۳۹۴). از این حیث، به‌صرف تحصیلات متوسطه بدون لحاظ مقاطع عالی نمی‌توان به‌عنوان ضرورتی اجتماعی نگریست و نسبت به آن تکلیف و الزام قانونی قرار داد.

## ۳ـ جمع‌بندی

چنان‌که ملاحظه گردید، از منظر فردی، الزام فرد به تحصیل پس از بلوغ با لحاظ حق‌بودن آموزش و امکان اسقاط آن توسط ذی‌حق، چندان موجه نمی‌باشد، اما به‌لحاظ اجتماعی و نظر به تأثیر تحصیلات پایه و ابتدایی بر جوامع، الزام و تکلیف فرد به آموزش ابتدایی، موجه به شمار می‌رود. در واقع، نظر به اهمیت تحصیلات ابتدایی می‌توان به آن به‌عنوان حقی اجتماعی نگریست. حال با لحاظ آنکه مطابق دیدگاه قانون‌گذار مبنی بر تحقق بلوغ دختران در نُه سالگی،[1] برخی از جامعهٔ هدف آموزش ابتدایی در سن بلوغ

[1]. قول قانون‌گذار در حقیقت، مبنی بر دیدگاه مشهور فقها در این مسئله می‌باشد. مشهور، نُه سالگی را سن بلوغ دختران دانسته‌اند درحالی‌که در حال حاضر غالباً بلوغ دختر در این سن اتفاق نمی‌افتد؛ لذا به نظر بازنگری قانون بر مبنای واقعیت جامعه ضرورت خاصی دارد.

به شمار می‌روند، این فرض، موردی از تزاحم میان حق فرد و حق اجتماع محسوب می‌گردد. لذا ضرورت تقدم اهم بر مهم در این مورد، الزام قانونی نسبت به تحصیلات ابتدایی را حتی بر فرض بلوغ فرد، موجه می‌سازد. اما نسبت به مقطع متوسطه، آموزش متوسطه به‌جز در بخش محدود آن که مربوط به فنی‌حرفه‌ای و مهارت‌آموزی است، چنانچه فرد قصد ادامهٔ تحصیل در مقاطع عالی را نداشته باشد، تأثیر چندانی در زندگی او ندارد و علاوه بر آن عدم کاربرد غالبی آموخته‌های متوسطه در جامعه نیز عاملی در راستای عدم توجیه وضع الزام قانونی نسبت به تحصیل در این مقطع به شمار می‌رود. آن‌گونه که با لحاظ دیدگاه قانون‌گذار مبنی بر تحقق بلوغ پسران در ۱۵ سالگی، بخشی از جامعهٔ هدف آموزش متوسطه، زیر سن بلوغ به شمار می‌روند، اما در هر صورت وضع الزام قانونی نیازمند دلیل متقن می‌باشد، چنان‌که چنین دلیلی در مورد تحصیلات ابتدایی موجود است، از آن حیث که اهمیت و کاربرد آموزه‌های این مقطع در زندگی فردی چنان است که عدم آن می‌تواند زندگی فرد را مختل سازد و از سویی کاربرد آن در زندگی اجتماعی نیز محسوس است؛ الزام قانونی نسبت به آن از سویی در راستای حمایت از شخص است و از سوی دیگر درجهت تأمین منافع جمعی. به‌دیگر بیان، اجبار و الزام فرد به تحصیل، مخالف با اصول و قواعد مقبول از جمله، اصل آزادی اراده است. مطابق اصل مزبور، انسان در انجام یا ترک فعل، آزاد می‌باشد و تحدید آزادی و اختیار او نیازمند دلیل است، چنان‌که خداوند متعال نیز در آیات متعدد قرآن کریم از جمله آیهٔ ۳ سورهٔ انسان، با تأکید بر این امر، شخص را در انتخاب راه زندگی خود آزاده دانسته است. لذا در مقام تحدید آزادی فرد، در فرضی که تنظیم روابط اجتماعی نیازمند مداخلهٔ حکومت به‌واسطهٔ قانون‌گذاری باشد، لازم است به میزان ضرورت اکتفا گردد. حال‌آنکه به نظر، میزان ضرورت و قدر متیقن در بحث سواد، همان آموزش پایه یعنی مهارت خواندن، نوشتن و حساب‌کردن، می‌باشد.

لازم به ذکر است، اساساً دیدگاه قانون‌گذار مبنی بر عدم شرطیت رشد در امور غیرمالی، قابل‌نقد می‌باشد؛ چراکه گاه تأثیر تصمیم نادرست در امر غیرمالی، اثری جبران‌ناپذیرتر از تصمیم اشتباه نسبت به امر مالی دارد، اما حتی بر فرض شرطیت رشد در رابطه با تصمیم‌گیری فرد نسبت به تحصیل علم نیز تا زمانی که ارتقای آموزش متوسطه و مهارت‌محوری آن لحاظ نگردد، وضع الزام قانونی نسبت به آن توجیهی نخواهد داشت. به‌دیگر تعبیر، فارغ از کفایت بلوغ در تصمیم‌گیری بر امر تحصیل یا عدم کفایت آن در این مورد، آنچه وضع الزام قانونی نسبت به مقطع متوسطه را با اشکال روبه‌رو می‌سازد، ماهیت آموزش متوسطه و عدم کاربرد غالبی آموخته‌های آن در زندگی فردی و اجتماعی است.

## بررسی میزان مشروعیت اجبار نسبت به اولیای محصل

چنان‌که بیان گردید، اجبار به تحصیل گاه نسبت به والدین، اولیا یا سرپرستان قانونی به‌جهت فراهم‌آوردن موجبات تحصیل کودک و نوجوان خویش تا مقطع متوسطه مطرح می‌گردد. در ارتباط با میزان مشروعیت این الزام، می‌توان گفت الزام یا نسبت به فراهم‌آوردن موجبات تحصیل کودک در مقطع ابتدایی است یا نسبت به فراهم‌آوردن موجبات تحصیل در مقطع متوسطه. لذا مشروعیت یا عدم مشروعیت الزام از دو منظر قابل طرح خواهد بود.

**۱ـ بررسی میزان مشروعیت اجبار نسبت به فراهم‌آوردن موجبات تحصیل ابتدایی**

در ارتباط با مقطع ابتدایی با توجه به آنکه جامعهٔ هدف غالباً زیر سن بلوغ و تحت ولایت ولی به شمار می‌روند، اجبار به فراهم‌آوردن موجبات تحصیل از سوی اولیای محصل را می‌توان از چند جهت توجیه نمود.

اولاً جعل ولایت بر کودک و تعیین ولی برای او به‌سبب عجز او نسبت به امر خویش و در معرض خطربودن حقوقش می‌باشد (گلپایگانی، ۱۳۸۳، ص. ۱۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۲۴، ص. ۲۶۸). به‌دیگر تعبیر، جعل ولایت اقدامی حمایتی در جهت تأمین منافع اوست. از این جهت، بسیاری از فقها، رعایت مصلحت مولی‌علیه را در تصرفات ولی شرط دانسته‌اند (خویی، ۱۴۱۸ق، ج. ۳۳، ص. ۲۳۰؛ مکارم، ۱۴۲۴ق، ج. ۲، ص. ۳۵؛ لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص. ۱۰۵).

حال، نظر بر آنکه آموزش ابتدایی عاملی برای رشد شخصیت کودک، استعدادها و توانایی‌های اوست (UNITED Nations, 1990) و اساساً آموزش ابزاری توانمندساز برای رویارویی فرد با چالش‌های زندگی (معنیان و صفایی، ۱۳۸۸، ص. ۶۸) و عاملی برای بهبود سطح کیفی زندگی اوست (UNITED Nations, 1990) و علاوه بر آن، تعیین‌کنندهٔ سرنوشت فرد (Chapman & Russell, 2002) و مجرای تحقق سایر حقوق نیز به شمار می‌رود (Donnelly & Howard, 1988)، در مصلحت‌آمیزبودن آن برای کودک، تردیدی نیست. در نتیجه فراهم‌آوردن موجبات آن از وظایف ولی به شمار می‌رود.

ثانیاً حتی بر فرض آنکه شرط اقدامات ولی را رعایت مصلحت مولی‌علیه ندانسته بلکه عدم مفسده را لحاظ داریم، چنان‌که برخی از فقها قائل بر این قول گردیده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج. ۲، ص. ۸۶۶؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج. ۱۶، ص. ۱۶۷؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۲۴، ص. ۲۶۸)، باز هم با توجه به آنکه حق آموزش یکی از حقوق اساسی بشر و مبنای دستیابی به معیار استاندارد حیات بوده (Beitz, 2009, p. 102) و از حداقل‌های رفاهی و شروط اجتناب‌ناپذیر برای تحقق زندگی توأم با کرامت انسانی است، سلب آن از کودک، مفسده‌آمیز و موجب اضرار او به شمار می‌رود. لذا از این حیث نیز ولی، مجاز به ممانعت از تحصیل کودک نمی‌باشد.

ثالثاً اگرچه در گذشته فقدان سواد در زندگی فرد تأثیر چندانی نداشت و بدون سواد نیز فرد می‌توانست از سطح زندگی خوبی برخوردار باشد اما امروزه زندگی فرد در پایین‌ترین سطح فعالیت اقتصادی و اجتماعی نیز نیازمند سواد است و عدم بهره‌مندی او از حداقل آموزش، زندگی روزمره‌اش را مختل می‌سازد. لذا در حال حاضر، محرومیت کودک از آموزش و بی‌سوادی او ضرری بزرگ محسوب می‌گردد که جبران آن در سنین بزرگسالی بسیار دشوار می‌باشد. این در حالی است که خداوند متعال در آیهٔ ۲۳۳ سورهٔ بقره، والدین را از ضرررساندن به کودک نهی نموده است و مطابق آیهٔ شریفهٔ مزبور، آنچه موجب اضرار به کودک باشد، حرام است (حسینی، ۱۹۹۰، ج. ۲، ص. ۳۲۷). در نتیجه می‌توان گفت ممانعت والدین از تحصیل فرزند نیز به‌عنوان عامل اضرار وی، عملی ممنوع و حرام به شمار می‌رود.

## ۲ـ بررسی میزان مشروعیت اجبار نسبت به فراهم‌آوردن موجبات تحصیل متوسطه

در ارتباط با مقطع متوسطه با توجه به آنکه جامعهٔ هدف غالباً در سن بلوغ هستند، ولایت منتفی است؛ لذا الزام ولی نسبت به رعایت مصلحت مولی‌علیه موضوعیت ندارد. اما از جهتی دیگر شاید بتوان لزوم فراهم‌آوردن موجبات تحصیل متوسطه را توجیه نمود. آن هم اینکه نفقهٔ اولاد تا زمانی که محتاج باشد بر عهدهٔ ولی است حتی در فرضی که به سن بلوغ رسیده باشد (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۶، ص. ۳۳؛ نجفی، بی‌تا، ج. ۳۱، ص. ۳۷۲؛ حلّی، ۱۴۰۸ق، ج. ۲، ص. ۲۹۶). حال در ارتباط با نفقه اگرچه مصادیقی چون خوراک و پوشاک و مسکن به‌صراحت در کلام فقها بیان گردیده است، اما برخی به‌صراحت بر عدم حصر نفقه بر این موارد حکم نموده و آن را شامل تمامی مواردی دانسته‌اند که فرد برحسب عرف بدان نیازمند است (نجفی، بی‌تا، ج. ۳۱، ص. ۳۷۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج. ۸، ص. ۴۸۸؛ سیستانی، بی‌تا، ج. ۳، ص. ۱۳۴؛ روحانی، بی‌تا، ج. ۲۲، ص. ۳۴۳)؛ چراکه لوازم زندگی به‌دشواری قابل‌حصر و شمارش است و مقتضیات زمانی ممکن است نیازهایی متفاوت از نیازهای پیشین را مطرح نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج. ۲، ص. ۳۱۳). لذا نظر به آنکه امروزه آموزش و تحصیل از اساسی‌ترین نیازهای بشر به شمار می‌رود، هزینهٔ تحصیل فرزند را می‌توان جزء نفقهٔ او محسوب نمود و فراهم‌آوردن موجبات تحصیل فرزند را از وظایف ولی به شمار آورد. اما نکته‌ای که در این باب، لازم است مدنظر قرار گیرد این است که اولاً وجوب انفاق بر فرزند در فرضی است که منفق‌علیه محتاج باشد و دارایی و اموالی برای تأمین مخارج خود نداشته باشد (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۶، ص. ۳۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج. ۸، ص. ۴۸۵؛ نجفی، بی‌تا، ج. ۳۱، ص. ۳۷۱)؛ لذا اجبار ولی بر تأمین موجبات تحصیل فرزند آن هم به‌نحو مطلق، فاقد وجهه می‌باشد. ثانیاً نفقهٔ فرزند به‌میزان دفع حاجت و رفع نیاز او تعیین گردیده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج. ۸، ص. ۴۸۸؛ حلی، ۱۴۰۸ق، ج. ۲، ص. ۲۹۷؛ نجفی، بی‌تا، ج. ۳۱، ص. ۳۷۶)، چنان‌که در مادهٔ ۱۲۰۴ قانون مدنی، نفقهٔ اقارب که فرزند نیز از جملهٔ آنان می‌باشد، به‌قدر رفع حاجت تعیین گردیده است. حال نظر به آنکه آموزش در زمرهٔ نیازهای مادی به شمار نمی‌رود، تعیین حد نیاز نسبت به آن، دشوار به نظر می‌رسد. اما می‌توان چنین گفت که میزانی از آموزش که برای یک زندگی عادی و متعارف ضروری است و بدون آن زندگی روزمرهٔ فرد، مختل می‌گردد، قدر متیقن آموزش مورد نیاز برای هر فرد است. این میزان از آموزش به نظر همان آموزش پایه و ابتدایی یعنی مهارت خواندن، نوشتن و حساب‌کردن است که بدون آن فرد از یک زندگی متعارف محروم می‌گردد، بنابراین ولی مکلف به فراهم‌آوردن موجبات آن است. آن‌گونه که برخی از فقها نیز آموزش میزانی از خواندن و نوشتن را که برای کودک ضروری است، بر پدر واجب شمرده‌اند (لنکرانی، ۱۴۲۵ق، ص. ۳۹۷). اما نسبت به مازاد این میزان، اصل برائت ذمهٔ ولی است و در واقع، فراهم‌آوردن امکان تحصیل بیش از این میزان، احسان در حق فرزند و مستحب به شمار می‌رود. در نتیجه الزام ولی به فراهم‌آوردن موجبات تحصیل فرزند در مقطع متوسطه را می‌توان فاقد وجه دانست.

علاوه بر آن، چنان‌که در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ مشاهده می‌گردد، قانون‌گذار در رابطه با ولی، به‌تبع وضع الزام قانونی نسبت به تأمین موجبات تحصیل فرزند، عدم تمکین او از این الزام را جرم و مستوجب مجازات دانسته است. این در حالی است که مجازات و تنبیه، خلاف اصل

کرامت ذاتی بشر می‌باشد؛ لذا در تعیین مجازات باید به موضع یقین اکتفا نمود. در نتیجه، مداخلهٔ کیفری قانون‌گذار و تعیین مجازات از سوی او در امر آموزش صرفاً نسبت به همان آموزش ابتدایی که دلیل شرعی بر آن وجود دارد، مجاز می‌باشد و در مقطع متوسطه با توجه به عدم دلیل شرعی نمی‌توان چنین مداخله‌ای را جایز شمرد.

## پیشنهاد اصلاح قانون

با توجه به آنچه گفته شد، نظر به عدم توجیه شرعی نسبت به الزام فرد بالغ به تحصیل، همچنین عدم مشروعیت الزام ولی به فراهم‌آوردن موجبات تحصیل متوسطه، قانون الزام به تحصیل در این بخش نیازمند اصلاح است. به نظر بهترین راهکار این است که نسبت به تحصیل متوسطه، قانون‌گذار با هدف مبارزه با کم‌سوادی به‌جای اتخاذ شیوهٔ قهری به طرق حمایتی و تعیین مشوق‌ها متمسک گردد. اولویت راهکار حمایتی نسبت به راهکار قهری از آن جهت است که اساساً آموزش و تحصیل از مقولهٔ قهری به شمار نمی‌رود بلکه مقوله‌ای چندوجهی و نیازمند فرهنگ‌سازی است؛ لذا در این مورد، اصل بر عدم جواز اتخاذ ابزار قهری است مگر آنکه دلیل موجهی بر آن وجود داشته باشد. آن‌گونه که در رابطه با تحصیلات ابتدایی چنین دلیل موجه و شرعی وجود دارد.

حال در فرضی که قانون‌گذار در مقطع متوسطه به‌هدفی چون مبارزه با کم‌سوادی شهروندان، مداخله در امر آموزش را ضروری بپندارد، لازم است رویکردی که کمترین آمریت و مزاحمت را برای شخص به‌همراه داشته باشد، اتخاذ نماید که به نظر در این موضع، اتخاذ راهکار حمایتی و تشویقی، موضوعیت می‌یابد.

## نتیجه‌گیری

پژوهش حاضر با موضوع واکاوی میزان مشروعیت قانون اجبار به تحصیل (بررسی موردی قانون حمایت از اطفال و نوجوانان ۱۳۹۹) به نتایج ذیل دست یافت:

۱- اجبار کودک به تحصیل در مقطع ابتدایی با لحاظ مصالح کودک و مصالح جامعه، دارای توجیه می‌باشد.

۲- اجبار اولیای کودک به فراهم‌آوردن موجبات تحصیل ابتدایی برای او، با لحاظ مصلحتش و با لحاظ این امر که مخارج تحصیل تا این مقطع جزء نفقهٔ کودک به شمار می‌رود، مشروع است و در نتیجه، در فرض عدم تمکین ولی از چنین الزامی، مجازات او نیز موجه و مشروع به شمار می‌رود.

۳- اجبار نوجوان به تحصیل در مقطع متوسطه، با توجه به اصل آزادی اراده و عدم کاربرد غالبی آموخته‌های این مقطع، فاقد توجیه است.

۴- اجبار اولیای نوجوان به فراهم‌آوردن موجبات تحصیل او در مقطع متوسطه، با لحاظ این امر که مخارج تحصیل در این مقطع جزو نفقهٔ فرزند به شمار نمی‌رود، دارای توجیه نمی‌باشد؛ لذا با توجه به عدم توجیه شرعی نسبت به الزام نوجوان به تحصیل در مقطع متوسطه، همچنین عدم مشروعیت الزام ولی به فراهم‌آوردن موجبات تحصیل متوسطه، لازم است قانون در این بخش اصلاح گردیده و راهکار حمایتی و تشویقی، جایگزین راهکار قهری و تنبیهی گردد.

## منابع


برنامه ریشه‌کنی بی‌سوادی در جمهوری اسلامی ایران. (۱۳۹۳). (چاپ دوم). سازمان نهضت سوادآموزی.

حاتمی، صادق؛ ذوالفقاری، عطیه؛ و منصوری اول، عطیه. (۱۳۹۸). نقش آموزش و پرورش در توسعهٔ اجتماعی و فرهنگی. *پژوهش و مطالعات علوم اسلامی*، سال ۱، (۱)، ۵۹-۶۵.

حسینی، محمد رشید. (۱۹۹۰). *تفسیر المنار*. الهیئة المصریة العامة للکتاب.

حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام* (چاپ دوم). قم: موسسه اسماعیلیان.

خدارحمی، مریم و ملکی، حسن. (۱۳۹۴). بررسی رابطهٔ تعاملی جامعه و مدرسه در برنامهٔ درسی دورهٔ متوسطه. *فصلنامهٔ مطالعات برنامهٔ درسی ایران*، دورهٔ ۱۰، (۳۹)، ۱۵۵-۱۸۲.

خویی، ابو القاسم. (۱۴۱۸ق). *موسوعة الامام الخویی*. قم: موسسة إحیاء آثار الامام الخوئی.

دفتر مطالعات اجتماعی مجلس شورای اسلامی. (۱۳۹۰). *بررسی وضعیت پوشش تحصیلی و ریشه‌کن‌کردن بی‌سوادی در کشور*. (کد موضوعی: ۲۱۰، شمارهٔ مسلسل: ۱۲۰۷۰).

روحانی، سید صادق. (بی‌تا). *فقه الصادق (ع)*. [بی‌جا]: [بی‌نا].

سبزواری، سیدعبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*. قم: مؤسسهٔ المنار.

سیستانی، سید علی. (۱۴۱۵ق). *منهاج الصالحین*. قم: مکتب آیة الله العظمی السید السیستانی.

شعبانی، حسن. (۱۳۷۸). *روش تدریس پیشرفته (آموزش مهارت‌ها و راهبردهای تفکر)*. تهران: انتشارات سمت.

شهید اول، محمد بن مکی. (بی‌تا). *القواعد و الفوائد*. قم: کتابفروشی مفید.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). *مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*. قم: موسسة المعارف الاسلامیة.

*صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی*. (۱۳۶۴).. ادارهٔ کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم. (۱۴۰۹ق). *العروة الوثقی* (چاپ دوم). بیروت: موسسة الأعلمی للمطبوعات.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). *المبسوط فی فقه الامامیة* (چاپ سوم). تهران: المکتبة المرتضویة ةحیاء الآثار الجعفریة.

عباسی، بیژن. (۱۳۹۳). *مبانی حقوق اساسی* (چاپ سوم). تهران: انتشارات جنگل.

عبداللهی، محمد. (۱۳۷۱-۱۳۷۲). جایگاه و نقش آموزش و پرورش در فرایند توسعهٔ ملی ایران. *فصلنامهٔ علوم اجتماعی*، (۳ و ۴)، ۵۷-۷۴.

غروی، محمدحسین. (۱۳۷۳). *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*. تهران: المکتبة المحمدیة.

قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل. (۱۳۹۵). *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی* (چاپ چهارم). نشر میزان.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۷). *فلسفهٔ حقوق*. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۹). *دورهٔ حقوق مدنی- خانواده*. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کرمی، سمانه و عنایتی، ترانه. (۱۴۰۱). ارائهٔ مدل نقش آموزش و پرورش در توسعهٔ پایدار با رویکرد الگوی اسلامی ایرانی پیشرفت. *فصلنامهٔ علمی آموزش محیط زیست و توسعهٔ پایدار*، سال ۱۰، (۳)، ۵۵-۷۱.

گرجی ازندریانی، علی‌اکبر. (بی‌تا). *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*. (جزوهٔ درسی حقوق اساسی ۲). دانشکدهٔ حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

گلپایگانی، محمدرضا. (۱۳۸۳). *الهدایة الی من له الولایة*. قم: چاپخانهٔ علمیه.

لنکرانی، محمد فاضل. (۱۴۲۵ق). *جامع المسائل- عربی*. قم: انتشارات امیر قلم.

محقق داماد، مصطفی. (۱۴۰۶ق). *قواعد فقه* (چاپ دوازدهم). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

معنیان، داوود و صفایی، فاطمه. (۱۳۸۸). *گذری بر فلسفهٔ آموزش و پرورش*. تهران: نشر سفیر اردهال.

مکارم، ناصر. (۱۴۲۴ق). *کتاب النکاح*. قم: انتشارات مدرسهٔ امام علی (ع).

ملکی، حسن. (۱۳۸۷). *مبانی برنامه‌ریزی درسی آموزش متوسطه*. تهران: انتشارات سمت.
میرزای قمی، ابوالقاسم. (۱۴۱۳ق). *جامع الشتات فی اجوبة السوالات*. تهران: موسسهٔ کیهان.
نجفی، محمدحسن. (بی‌تا). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام* (چاپ هفتم). بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
نراقی، مولی احمد. (۱۴۱۵ق). *مستند الشیعة*. قم: موسسهٔ آل البیت علیهم السلام.
هلک، ژاک. (۱۳۷۱). *آموزش و پرورش: سرمایه‌گذاری برای آینده*. (عبدالحسین نفیسی، مترجم). انتشارات مدرسه.

## References

Program for Eradication of Illiteracy in the Islamic Republic of Iran. (1393 Sh. / 2014 AD). (2nd ed.). Sāzmān Nahḍat-i Suwād-Āmuzi.

Ḥātamī, Ṣādiq; Ḏiw al-Faqārī, ʿAṭiyyah; and Manṣūrī Awwal, ʿAṭiyyah. (1398 Sh. / 2019 AD). "Naqsh-e Āmūzish va Parvaresh dar Towseʿeh-ye Ejtemāʿī va Farhangī" [The Role of Education in Social and Cultural Development]. *Pazhūhesh va Motāleʿāt ʿOlūm Islāmī*, 1(1), 59–65. (in Persian)

Ḥusaynī, Muḥammad Rashīd. (1990 AD). *Tafsīr al-Manār*. Al-Hayʾah al-Miṣriyya al-ʿĀmmah lil-Kitāb.

Ḥillī, Jaʿfar ibn Ḥasan. (1408 AH / 1988 AD). *Sharāʾiʿ al-Islām fī Masāʾil al-Ḥalāl wa al-Ḥarām* (2nd ed.). Qom: Muʾassasat Ismāʿīlīyān. (in Persian)

Khodāraḥmī, Maryam and Malekī, Ḥasan. (1394 Sh. / 2015 AD). "Barrasi-ye Rābiṭeh-ye Taʿāmolī-ye Jāmeʿeh va Madrese dar Barnāmeh-ye Dursi-ye Dowre-ye Motavasset" [Study of the Interactive Relationship Between Society and School in Secondary Curriculum]. *Faslnāmah Motāleʿāt Barnāmeh-ye Dursi-ye Irān*, 10(39), 155–182. (in Persian)

Khūyī, Abū al-Qāsim. (1418 AH / 1997 AD). *Mawsūʿah al-Imām al-Khūyī*. Qom: Muʾassasat Iḥyāʾ Āthār al-Imām al-Khūyī. (in Persian)

Daftar-e Motāleʿāt-e Ejtemāʿī-ye Majles-e Shūrā-ye Eslāmī. (1390 Sh. / 2011 AD). *Barrasi Vāziat-e Pushesh-e Taḥṣīlī va Rīsheh-kon Kardan-e Bi-Savādī dar Keshvar* [Study of Educational Coverage and Eradication of Illiteracy in the Country]. (Topic Code: 210, Serial No.: 12070). (in Persian)

Rūḥānī, Sayyid Ṣādiq. (n.d.). *Fiqh al-Ṣādiq* (ʿalayh al-salām). [n.p.].

Sabzawārī, Sayyid ʿAbd al-ʿAlī. (1413 AH / 1992 AD). *Muhadhdhab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qom: Muʾassasat al-Manār. (in Persian)

Sīstānī, Sayyid ʿAlī. (1415 AH / 1995 AD). *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qom: Maktab Āyatullāh al-Uẓmā al-Sayyid al-Sīstānī. (in Persian)

Shaʿbānī, Ḥasan. (1378 Sh. / 1999 AD). *Ravish-e Tadrīs-e Pīshrafteh* [Advanced Teaching Methodology: Skills and Thinking Strategies]. Tehran: Intishārāt Samt. (in Persian)

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. (n.d.). *Al-Qawāʿid wa al-Fawāʾid*. Qom: Kitābfurūshī Mofīd. (in Persian)

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. (1413 AH / 1992 AD). *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharāʾiʿ al-Islām*. Qom: Muʾassasat al-Maʿārif al-Islāmiyyah. (in Persian)

Majmūʿeh-ye Mošāhvāt-e Mājles-e Barrasī-ye Nahāyī-ye Tadwīn-e Qānūn-e Asāsī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī. (1364 Sh. / 1985 AD). *Edāreh Kull-e ʿOmūr-e Farhangī va Ravābet-e ʿOmūmī-ye Majles-e Shūrā-ye Eslāmī*. (in Persian)

Ṭabāṭabāʾī Yazdī, Muḥammad Kāẓim. (1409 AH / 1988 AD). *Al-ʿUrwah al-Wuthqā* (2nd ed.). Beirut: Muʾassasat al-ʿAʿlamī lil-Maṭbūʿāt. (in Persian)

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. (1387 AH / 1967 AD). *Al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmiyyah* (3rd ed.). Tehran: Al-Maktabah al-Murtazawiyyah li-Iḥyāʾ Āthār al-Jaʿfariyyah. (in Persian)

ʿAbbāsī, Bijan. (1393 Sh. / 2014 AD). *Mabānī-ye Ḥuqūq-e Asāsī* (3rd ed.) [Fundamentals of Constitutional Law]. Tehran: Intishārāt Jangal. (in Persian)

ʿAbdullāhī, Muḥammad. (1371–1372 Sh. / 1992–1993 AD). "Jāygāh va Naqsh-e Āmūzish va Parvāresh dar Farāyand-e Towseʿeh-ye Mellī-ye Īrān" [Position and Role of Education in National Development of Iran]. *Faslnāmah-ye ʿOlūm-e Ejtemāʿī*, (3 & 4), 57–74. (in Persian)

Gharawī, Muḥammad Ḥusayn. (1373 Sh. / 1994 AD). *Manīyat al-Ṭālib fī Ḥāshīyat al-Makāsib*. Tehran: Al-Maktabah al-Muḥammadiyyah. (in Persian)

Qāḍī Sharīʿatpanāhī, Abū al-Faḍl. (1395 Sh. / 2016 AD). *Ḥuqūq-e Asāsī va Nahādhā-ye Sīyāsī* (4th ed.) [Constitutional Law and Political Institutions]. Nashr Mīzān. (in Persian)

Kātūzīyān, Nāṣir. (1377 Sh. / 1998 AD). *Falsafah-ye Ḥuqūq*. Tehran: Sherkat Sahāmī-ye Intishār.

Kātūzīyān, Nāṣir. (1389 Sh. / 2010 AD). *Dowreh-ye Ḥuqūq-e Madanī – Khānevādeh* [Course in Civil Law – Family]. Tehran: Sherkat Sahāmī-ye Intishār.

Karamī, Samāneh and ʿEnāyatī, Tarāneh. (1401 AH / 2022 AD). "Erāʿeh-ye Model-e Naqsh-e Āmūzish va Parvāresh dar Towseʿeh-ye Pāydār bā Rovšard-e ʿUlūgū-ye Eslāmī Irānī-ye Pīshraft" [Providing a Model for the Role of Education in Sustainable Development with the Iranian Islamic Progress Pattern]. *Faslnāmah-ye ʿElmī Āmūzesh-e Moḥīt-e Zīst va Towseʿeh-ye Pāydār*, 10(3), 55–71. (in Persian)

Garjī Azandaryānī, ʿAlī Akbar. (n.d.). *Ḥuqūq-e Asāsī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Irān*. (Lecture Notes on Constitutional Law 2). Shahid Beheshtī University Faculty of Law. (in Persian)

Golpayegānī, Muḥammad Riḍā. (1383 Sh. / 2004 AD). *Al-Hudāyah ilā Man Lahu al-Wilāyah*. Qom: Chāpkhāneh ʿIlamiyyah. (in Persian)

Lankarānī, Muḥammad Fāḍil. (1425 AH / 2004 AD). *Jāmiʿ al-Masāʾil – ʿArabī*. Qom: Intishārāt Amīr Qalam. (in Persian)

Muḥaqqiq Dāmād, Muṣṭafā. (1406 AH / 1985 AD). *Qawāʿid Fiqh* (12th ed.). Tehran: Markaz Nashr ʿUlūm Islāmī. (in Persian)

Maʿnīyān, Dāwūd and Ṣafāʾī, Fātimah. (1388 Sh. / 2009 AD). *Gozarī bar Falsafah-ye Āmūzesh va Parvāresh* [An Overview of Philosophy of Education]. Tehran: Nashr Safīr-e Ardahāl. (in Persian)

Makārim, Nāṣir. (1424 AH / 2003 AD). *Kitāb al-Nikāḥ* (vol. 1). Qom: Intishārāt Madraseh Imām ʿAlī ibn Abī Ṭālib. (in Persian)

Malakī, Ḥasan. (1387 Sh. / 2008 AD). *Mabānī Barnameh-rīzī Dursī ʿĀmūzesh-e Motavasset* [Foundations of Curriculum Planning for Secondary Education]. Tehran: Intishārāt Samt. (in Persian)

Mīrzā-ye Qummī, Abū al-Qāsim. (1413 AH / 1993 AD). *Jāmiʿ al-Shatāt fī Ajwibat al-Suʾālāt*. Tehran: Muʾassasat Kīyān. (in Persian)

Najafī, Muḥammad Ḥasan. (n.d.). *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāʾiʿ al-Islām* (7th ed.). Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Persian)

Narāqī, Mawlā Aḥmad. (1415 AH / 1994 AD). *Mustanad al-Shīʿah*. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt. (in Persian)

Helak, Zhāk. (1371 Sh. / 1992 AD). *Āmūzesh va Parvāresh: Sarma-ye Gozārī barā-ye Āyandeh* [Education and Upbringing: Investment for the Future]. Translated by ʿAbd al-Ḥusayn Nafsī. Intishārāt Madraseh. (in Persian)

Beitz, Charles R. (2009). *The Idea of Human Rights*. Oxford University Press.

Chapman, Audrey, & Sage, Rosemary (Eds.). (2002). *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social & Cultural Rights* (pp. 219–220). Interventions Publishers.

Donnelly, Jack, & Howard, Florence. (1988). "Assessing National Human Rights Performance: A Theoretical Framework." *Human Rights Quarterly*, 10(2), 214–219.

United Nations. (1990). *Children and Development in the 1990s: A UNICEF Sourcebook on the Occasion of the World Summit for Children*. United Nations.

UNESCO. (n.d.). *Literacy: Need to Know*. https://www.unesco.org/en/literacy/need-know

Studies of Islamic Jurisprudence and the Basis of Law
Online ISSN: 2783-0837 Print ISSN: 2783-2368
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# Family-Based Responses to Juvenile Delinquency in Imāmī Jurisprudence and the Criminal Law of Iran and France

**Ruhollah Ebrahimi**[1], **Mohammad Ali Haji Deh Abadi**[2], and **Sayyid Alireza Hosseini**[3]

1. PhD Student in Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Islamic Azad University, Mahalat Branch, Mahalat, Iran. Email: rohollah1360ab@gmail.com
2. *Corresponding Author*, Associate Professor of Criminal Law and Criminology, University of Qom, Qom, Iran. Email: ma.hajidehabadi@qom.ac.ir
3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Islamic Azad University, Mahalat Branch, Mahalat, Iran. Email: seyed150@gmail.com

## Article Info

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received
12 February 2023
Received in revised form
24 March 2023
Accepted
12 May 2023
Available online
22 December 2024

***Keywords:***
family,
proactive and reactive responses,
juvenile delinquency,
ta'dīb,
Imāmī Fiqh,
Iranian Criminal Law,
France

## ABSTRACT

Juvenile delinquency and appropriate responses to it constitute one of the significant concerns of most social systems. Given that the family plays a pivotal role in the formation of personality and the socialization of children and adolescents, emphasis is placed on preserving this position when addressing juvenile delinquency. Examining this matter from the perspective of Imāmī fiqh and the criminal laws of Iran and France is the subject of the present article, which has been prepared using a descriptive–analytical method. Considering the responsibility that Islam places upon parents and the obligations it assigns to them in the vital matter of upbringing, the family holds a highly significant status in Islam—such that it occupies a central position in community-based responses, whether proactive or reactive, to juvenile delinquency. Islam prefers such responses over state-imposed criminal sanctions. Examples of these responses include the child's religious upbringing, the fulfillment of his essential needs, and his proper discipline (ta'dīb). This emphasis is reflected, to some extent, in the criminal laws of both Iran and France. The acceptance of guardianship by the biological family or a substitute family, along with the obtaining of necessary guarantees from them, are examples of attention to the family's role in responding to juvenile delinquency. Nevertheless, in light of Islamic teachings, it can be asserted that serious shortcomings remain in this regard.

**Cite this article:** Ebrahimi, R., Haji Deh Abadi, M. A., & Hosseini, S. A. (2025). Family-Based Responses to Juvenile Delinquency in Imāmī Jurisprudence and the Criminal Law of Iran and France. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law, 19*(1), 185-206. http//doi.org/10.22034/fvh.2024.13385.1580

© The Author(s). Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: http//doi.org/10.22034/fvh.2024.13385.1580

## Introduction

The family is the first social environment into which a person enters and consists of a group of individuals connected through marriage and the resulting kinship ties. Its basic structure includes the husband and wife (as essential elements) and their children, and it may be either nuclear or extended. While the formation of society without the family is impossible, the family's influence extends far beyond this foundational role. It performs a variety of functions—emotional, economic, educational, and more. Just as society influences the formation and functioning of the family through laws and regulations, the family, in turn, contributes to the vitality and achievement of societal goals, including order and security, through its functioning.

By raising law-abiding children and appropriately responding to their deviance, the family helps the community achieve greater security. The formation of an individual's personality is closely tied to the upbringing received in childhood. A child learns behaviors, life habits, and environmental adaptability primarily within the family. Just as juvenile delinquency can result from deficiencies in the family's educational role, the response to such delinquency can also be family-centered. Such responses are not limited to reactive measures taken after delinquency occurs but also include proactive or preventive measures. Moreover, the concept of juvenile delinquency here is not confined to behaviors legally defined as crimes but extends to deviations and misconduct that seriously lead the child astray.

The central research question of this article is: What is the nature of family-based responses to juvenile delinquency from the perspectives of Imāmī fiqh, Iranian criminal law, and French criminal law? The corresponding hypothesis is that the nature of these responses, based on the educational and moral responsibilities of the family, is not punitive but corrective and educational. In other words, the family's role in responding to the delinquency of children is recognized by both the Islamic legislator (al-shāriʿ al-muqaddas) and criminal lawmakers, and accordingly, placing such children under the guardianship of their families serves as a mechanism of assurance.

This article aims to examine the nature of family-based responses to juvenile delinquency from three perspectives—Imāmī jurisprudence, Iranian criminal law, and French criminal law—in order to identify their similarities and differences, as well as their strengths and weaknesses. To this end, the nature of the family's responses will first be examined from the perspective of Imāmī fiqh, followed by an analysis of the French criminal justice system, and finally the approach of Iranian criminal law.

## Methodology

This study employs a descriptive–analytical method and relies on library-based research. Foundational sources of Imāmī fiqh as well as primary Islamic texts, including the Qurʾān and authentic ḥadīths, have been examined.

Additionally, relevant materials on the characteristics of French criminal law were studied, collected, and compared with the Islamic legal framework.

## Findings

According to the prevailing discourse in Imāmī fiqh, a child, prior to reaching the age of bulūgh (legal maturity), bears no legal obligation or responsibility. Nevertheless, the family is required to undertake the child's moral and educational upbringing. From this perspective, if a child's behavior constitutes delinquency, even though the child bears no criminal responsibility, corrective (taʾdībī) responses are envisaged due to the responsibilities of both the family and society. Primarily, the family may—and in some cases must—apply such responses, which are grounded in the parents' right and duty to educate the child. These responses may take various forms, ranging from advice and admonition to temporary avoidance, reprimand, and corporal discipline, subject to specific conditions and permissible only within certain limits.

Although these responses are fundamentally community-based, they may also involve governmental measures. The scope of such governmental intervention, especially in light of modern legal approaches, remains a point of discussion. In Iranian criminal law, following but slightly modifying the principles of Imāmī fiqh, the role of the family in addressing juvenile delinquency is recognized. Article 88 of the Islamic Penal Code (2013) addresses this role explicitly. The most important court-ordered measures requiring family involvement include the child's guardianship by his or her own family or a substitute family (in cases of moral corruption or inability to access the biological family), and the imposition of specific obligations on the guardian family determined by the court. These obligations may include corrective and therapeutic measures (e.g., involving social workers, psychologists, or addiction treatment), educational requirements, and supervisory or monitoring duties.

Similarly, in French criminal law, courts impose comparable obligations on families in response to juvenile delinquency. Article 122-8 of the French Penal Code specifies such family-based obligations in several provisions.

## Conclusion

In Imāmī fiqh, Iranian criminal law, and French criminal law, the family plays a central role in responding to juvenile delinquency. While in Imāmī jurisprudence such responses are framed primarily as corrective and educational, both Iranian and French law incorporate them within the legal framework, often under court supervision. These responses share a common emphasis on the rehabilitative function of the family, yet differences exist in the scope of state intervention and the specific forms of obligations imposed. Comparative studies—particularly those bridging secular and religious legal systems—can open new perspectives for adopting more effective measures

against social deviance. The emphasis placed by revealed religions, especially Islam, on the family, and the specific regulations governing its formation, functions, and objectives, merit closer examination. This is particularly true in relation to the upbringing of children. On the other hand, human societies, drawing upon centuries of experience and human reason, have developed legal norms in which religious beliefs have often played a significant role. Revisiting and conducting interfaith comparative studies can further enrich this field and offer more comprehensive strategies for addressing juvenile delinquency.

***Author Contributions:*** This article is extracted from a doctoral dissertation. The initial topic proposal and overall direction were provided by the supervisor. The undersigned was responsible for source identification, reading and revising the manuscript after the initial draft, and preparing the detailed abstract. Dr. Hosseini served as the thesis co-supervisor, and his name is included in accordance with university requirements for publications derived from dissertations. The primary author's contribution to this specific article is more substantial than is typical for a standard student-supervisor collaboration.

***Data Availability Statement:*** Not Applicable.

***Acknowledgements:*** Not mentioned.

***Ethical Considerations:*** The authors avoided data fabrication, falsification, plagiarism, and misconduct.

***Funding:*** This research was not supported by any institution.

***Conflict of Interest:*** The authors declare no conflict of interest.

***Declaration of Generative AI and AI-assisted technologies in the writing process:*** No artificial intelligence (AI) tools were used.

مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق
شاپا برخط: ۰۸۳۷-۲۷۸۳ شاپا چاپی: ۲۳۶۸-۲۷۸۳
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# پاسخ‌های خانواده‌محور به بزهکاری کودکان در فقه امامیه و قانون کیفری ایران و فرانسه

روح‌الله ابراهیمی[۱]، محمدعلی حاجی‌ده‌آبادی[۲]، و سیدعلیرضا حسینی[۳]

۱. دانشجوی دکترای فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد محلات، محلات، ایران. رایانامه: rohollah1360ab@gmail.com
۲. *نویسندهٔ مسئول*، دانشیار حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه قم، قم، ایران. رایانامه: ma.hajidehabadi@qom.ac.ir
۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد محلات، محلات، ایران. رایانامه: seyed150@gmail.com

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:**
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۲۳
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱/۴
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۲/۲۲
تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۱۰/۱

***کلیدواژه‌ها:***
خانواده،
پاسخ‌های کنشی و واکنشی،
بزهکاری کودکان،
تأدیب،
فقه امامیه،
قانون کیفری ایران،
فرانسه

**چکیده**

بزهکاری کودکان و پاسخ‌دهی مناسب به آن از جمله مسائل مهم بیشتر نظام‌های اجتماعی است. ازآنجاکه خانواده جایگاه مهمی در شکل‌گیری شخصیت و جامعه‌پذیری کودکان و نوجوانان دارد، بر اهمیت حفظ این جایگاه در پاسخ‌دهی به بزهکاری کودکان تأکید می‌شود. واکاوی این مهم از منظر فقه امامیه و قوانین کیفری ایران و فرانسه موضوع مورد مطالعهٔ این مقاله است که به روش توصیفی–تحلیلی تدوین یافته است. با توجه به مسئولیتی که اسلام بر دوش والدین گذاشته و تکالیفی که در امر خطیر تربیت متوجه آنان ساخته، جایگاه خانواده در اسلام بسیار مهم تلقی می‌شود؛ به‌گونه‌ای که خانواده در کانون پاسخ‌های جامعوی اعم از کنشی و واکنشی به بزهکاری نوجوانان قرار دارد و اسلام پاسخ‌هایی از این دست را بر پاسخ‌های کیفری دولتی ترجیح می‌دهد. از این نمونه پاسخ‌ها، می‌توان به تربیت مذهبی کودک و تأمین نیازهای حیاتی او و تأدیب کودک اشاره کرد. این مهم در قانون کیفری ایران و فرانسه نیز تا حدی مورد توجه قرار گرفته است. پذیرش سرپرستی خانوادهٔ اولیه و خانوادهٔ جایگزین و اخذ تضمینات لازم از آن‌ها نمونه‌هایی از توجه به جایگاه خانواده در پاسخ‌دهی به بزهکاری کودکان است. با وجود این، با عنایت به آموزه‌های اسلامی می‌توان ادعا کرد که کاستی‌های جدی در این خصوص وجود دارد.

**استناد:** ابراهیمی، روح‌الله؛ حاجی‌ده‌آبادی، محمدعلی؛ و حسینی، سیدعلیرضا (۱۴۰۴). پاسخ‌های خانواده‌محور به بزهکاری کودکان در فقه امامیه و قانون کیفری ایران و فرانسه. *مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*، ۱۹(۱)، ۱۸۵-۲۰۶.
https://doi.org/10.22034/fvh.2024.13385.1580

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.
© نویسنده(گان).

## مقدمه

خانواده اولین محیط و نهادی است که فرد در آن پای می‌گذارد و در تکوین شخصیت فرد نقش اساسی دارد (خانواده: گروهی است که اعضای آن، به‌دلیل قرابت یا زوجیت، همبستگی حقوقی و اجتماعی یافته‌اند. این گروه شامل زن، شوهر و فرزندان آن‌ها می‌شود که با ریاست شوهر در کنار هم زندگی می‌کنند). خانواده کارکردهای گوناگون شخصی، جسمانی، اقتصادی و تربیتی دارد (سالاری‌فر، ۱۳۸۵، ص. ۱۳) و هریک از این کارکردها بر تربیت فرد مؤثر است (کودک: بر اساس قوانین و مقررات ایران، هر شخص حقیقی زیر سن بلوغ است). چگونگی شکل‌گیری پایه‌های شخصیت انسان به نحوهٔ تربیت او در دوران کودکی بستگی دارد که در این میان، بیشترین سهم را خانواده بر عهده دارد. انسان رفتارها، عادات زندگی و سازگاری با محیط را در دوران طفولیت و آن‌هم بیشتر از خانواده فرامی‌گیرد (عطاران، ۱۳۸۲، ص. ۲۳). بر این اساس، همچنان‌که بزهکاری کودکان می‌تواند متأثر از خانواده و ضعف عملکرد تربیتی آن باشد، پاسخ‌دهی به بزهکاری کودکان، به‌ویژه در مواردی که بزهکاری محصول عوامل دیگر است، می‌تواند با محوریت خانواده انجام پذیرد. مقصود از پاسخ‌های خانواده‌محور، الگوهای کنشی و واکنش خانواده نسبت به رفتارهای نابهنجار و بزهکارانهٔ کودکان و نوجوانان می‌باشد. همچنان‌که مقصود از بزهکاری کودکان نیز صرفاً ارتکاب رفتارهایی که در قانون جرم شناخته شده نمی‌باشد، بلکه شامل انحرافات و خطاهایی که شدیداً کودک را به مسیر گمراهی و ضلالت می‌کشاند، نیز می‌شود.

بر این اساس، پرسش محوری مقالهٔ حاضر این است که از منظر فقه امامیه و قانون کیفری ایران و فرانسه، پاسخ‌های خانواده‌محور به بزهکاری کودکان دارای چه ماهیتی است؟ فرضیهٔ متناظر با این سؤال این است که ماهیت این پاسخ‌ها منطبق بر رسالت و وظایف تربیتی خانواده می‌باشد و به بیان دیگر، این پاسخ‌ها نه سزامدارانه بلکه اصلاحی و تربیتی می‌باشد. به‌عنوان مثال، اطفال در صورت دریافت برچسب منحرف، از سوی نهادهای کنترل اجتماعی، به‌عنوان بزهکار شناخته می‌شوند (محمدی‌اصل، ۱۳۸۵، ص. ۱۱). در نقطهٔ مقابل، خانواده می‌تواند با تکریم کودک و نقش پررنگی که در تربیت او ایفا می‌کند، این برچسب را برطرف و کودک بزهکار را اصلاح نماید. این نقش تربیتی خانواده در قبال بزهکاری فرزندان مورد توجه شارع مقدس و قانون‌گذاران جزایی قرار گرفته است و بر این اساس، سپردن این کودکان به خانواده به‌عنوان سازوکار تضمین‌کننده مورد توجه واقع شده است (نیازپور، ۱۳۹۶، ص. ۴۳).

این مقاله درصدد واکاوی ماهیت پاسخ‌های خانواده‌محور به بزهکاری کودکان از سه دیدگاه فقه امامیه، قانون کیفری ایران و قانون کیفری فرانسه است تا از این رهگذر مشابهت‌ها و افتراقات آن‌ها و نیز قوت و ضعف آن‌ها مشخص گردد.

در این راستا، ابتدا ماهیت پاسخ‌های خانواده به بزهکاری کودکان از منظر فقه امامیه بررسی خواهد شد. آنگاه این مهم در نظام کیفری فرانسه واکاوی خواهد شد و در پایان رویکرد قانون کیفری ایران در این خصوص بررسی خواهد شد.

## پاسخ‌های خانواده‌محور به بزهکاری کودکان در فقه امامیه

از منظر آموزه‌های اسلامی، خانواده مهم‌ترین نقش را در زمینه‌سازی رشد و تحول فرزندان بر عهده دارد؛ به‌گونه‌ای که سعادت و شقاوت فرزندان به دورهٔ حضور فرد در خانواده به‌خصوص دوران بارداری پیوند می‌خورد؛ ازاین‌رو هم درخصوص تربیت درست آنان به‌گونه‌ای که به بزهکاری کشیده نشوند و هم در فرض بزهکارشدن به هر دلیل وظایف خاصی را برعهدهٔ والدین نهاده است. در فقه امامیه بحث مستقلی در باب پاسخ‌دهی به بزهکاری کودکان وجود ندارد، اما از مباحث ارائه شده در باب ولایت و سرپرستی کودکان می‌توان چنین برداشت کرد که مقصود فقها از «سرپرستی» معنایی عام است که تربیت و تأدیب را نیز شامل می‌شود و تربیت و تأدیب کودکان در بعضی موارد بر اولیاء واجب و در بعضی موارد مستحب است. البته در ابوابی غیر از باب سرپرستی نیز مواردی از وجوب پاسخ‌دهی به بزهکاری کودکان از سوی خانواده که همان تربیت و تأدیب کودک است، یافت می‌شود. بااین‌حال، جهت روشن‌شدن حکم پاسخ‌دهی به بزهکاری کودکان از منظر اسلام ادلهٔ نقلی موجود از جمله آیات، روایات و اقوال فقها بررسی می‌شوند.

### ۱ـ تربیت دینی کودک، الگوی کنشی و خانواده‌محور

از جمله مهم‌ترین وظایف تربیتی خانواده تربیت دینی کودک می‌باشد که به‌معنای آشناسازی او با عقاید و معارف اسلامی و احکام دینی خاصه نماز و ملتزم‌سازی او به ادای فرایض دینی و اطاعت از خداوند است. مطابق آیهٔ ۶ سورهٔ تحریم «بر مؤمنین واجب است خود، خانواده و فرزندان خویش را از هر عملی که موجب عذاب الهی است، بازدارند». از جمله مصادیق «حفظ از آتش» امر به خوبی‌ها و نهی از بدی‌ها، یادگرفتن و یاددادن عقاید، احکام و اخلاق، تذکر و نصیحت و پاکسازی محیط خانواده می‌باشد (مکارم‌شیرازی، ۱۳۸۷، ج. ۲۴، ص. ۲۸۶). مطابق این آیه امکان و ضرورت تربیت از سرفصل‌ها است (اعرافی، ۱۳۹۱، ج. ۱، ص. ۳۳۷) و از اهداف کلی تربیت اصلاح رابطهٔ خود با خانواده می‌باشد. بر همین اساس، انسان با پاکسازی واحد کوچکی از خانواده رابطهٔ اصلاح‌گرایانهٔ خود را با جامعه آماده می‌نماید؛ خانواده متشکل از والدین و فرزندان است (طیب، ۱۳۷۸، ج. ۱۳، ص. ۷۶) که والدین وظیفهٔ ایمن‌سازی آن را دارند. به بیان دیگر، اطلاق «قُوا أَنْفُسَكُمْ وَ أَهْلِيكُمْ» هم شامل پاسخ‌های پیشینی و هم شامل پاسخ‌های پسینی به بزهکاری کودکان می‌شود. پاسخ‌های پیشینی شامل تدابیر مقدماتی و ایمنی تدارک‌یافته برای حفاظت از آتش است. نگهداری خویشتن با ترک معاصی و عدم تسلیم در برابر شهوات میسر می‌گردد و نگهداری خانواده با تعلیم و تربیت و امر به معروف و نهی از منکر (نوری‌طبرسی، ۱۴۰۸ق، ج. ۱۰، ص. ۴۷۷) و فراهم‌ساختن محیطی پاک و خالی از هرگونه آلودگی، در فضای خانه و خانواده است (مکارم‌شیرازی، ۱۳۸۷، ج. ۲۴، ص. ۲۸۷). پاسخ‌های پسینی نیز تدابیر اصلاحی و تربیتی و تأدیبی است. بنابراین، فرزندسالاری به‌معنای تسلیم بی‌چون‌وچرای والدین در برابر خواسته‌های فرزندان از موانع و آسیب‌های تربیت است. آموزهٔ «قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ» که در نمودهای ارشاد، نصیحت، امر به معروف و نهی از منکر و در آخرین مرحله و بنا به ضرورت، تنبیه (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج. ۸۵، ص. ۱۳۴) پاسخی خانواده‌محور با ماهیت تربیتی در برابر رفتارهای ناشایست و از جمله بزهکاری فرزندان است (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج. ۷، ص. ۳۶۶). بدیهی است عمل به دوری از آتش دوزخ منطبق

بر تأدیب است، زیرا نهی تنها در قالب موعظه و نصیحت نیست. ازاین‌رو در مواردی که والدین اطمینان دارند که فقط تنبیه و تأدیب، فرزندان را از انجام عملی که موجب عذاب الهی است بازمی‌دارد، با استفاده از اطلاق آیه می‌توان حکم نمود که باید به انجام آن اقدام نمایند، چراکه دراین‌صورت تنها وسیلهٔ نگهداری و محافظت اطفال تأدیب است. مطابق برخی روایات، هنگام نزول این آیه، برخی به محضر پیامبر (ص) آمدند و گفتند چگونه اهل و فرزندان خویش را از عذاب الهی محافظت نماییم؟ فرمود: «به انجام کار خیر مبادرت نمایید و به خانواده و فرزندان تذکّر دهید و آن‌ها را به اطاعت خداوند تأدیب نمایید.» (نوری‌طبرسی، ۱۴۰۸ق، ج. ۱۲، ص. ۲۰۱، باب ۸، ح ۵). حتی اگر زدن در حدود خاص نیز تجویز شده است با حفظ همین ماهیت است. در روایتی از پیامبر (ص) آمده است: «زمانی که فرزندانتان به هفت‌سالگی رسیدند به آن‌ها نماز یاد بدهید و اگر نافرمانی کردند بزنید.» (احسایی، ۱۴۰۵ق، ج. ۱، ص. ۲۵۲). در روایت دیگری از ایشان، بیان شده است که فرزند از هفت‌سالگی به نماز خواندن واداشته شود و در نه‌سالگی، در صورت ترک نماز، تنبیه گردد (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج. ۸۵، ص. ۱۳۲). در روایتی دیگر، شش‌سالگی سن وادارنمودن کودک به نماز است و در صورت عدم مؤثربودن پند و اندرز و تخلف‌نمودن کودک از دستور، کتک‌زدن وی در سن هفت‌سالگی برای نمازخواندن مجاز است (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۱، ص. ۱۷۱). امام علی (ع) نیز در روایتی از پیامبر (ص) دستور خواندن نماز را شش‌سالگی و تنبیه آن‌ها را هفت‌سالگی و جداسازی محل خواب آن‌ها را ده‌سالگی دانسته‌اند (مغربی، ۱۳۸۵ق، ج. ۱، ص. ۴۲۲). امام صادق (ع) نیز در روایتی می‌فرماید: «وقتی، کودک به سن نه‌سالگی رسید، وضوگرفتن را یادش بدهید و وادارش کنید وضو بگیرد و نماز بخواند و اگر تخلف نمود می‌توانید با کتک او را وادار به نمازخواندن کنید». (نوری‌طبرسی، ۱۴۰۸ق، ج. ۳، ص. ۱۳).

### ۲ـ تأمین نیازهای گوناگون کودک الگوی کنشی و خانواده‌محور به بزهکاری کودکان

از دیدگاه فقهی ریشهٔ اصلی و بنیاد اخلاق نیک و ارزش‌های انسانی، محبّت است که بهترین وسیله در جهت پرورش عواطف کودک و از این رو تربیت وی محسوب می‌گردد؛ زیرا، کودک از بوسیدن، بوییدن، در آغوش والدین رفتن، مسرور می‌گردد و لذّت می‌برد. البته، نوع محبت بسته به سن و سال فرزندان متفاوت است، ولی به‌هرحال، باید دل‌های فرزندان با فروغ محبت و نوازش والدین روشن گردد و نیاز فطری آنان به محبت از این راه ارضا شود (شامبیانی، ۱۳۸۸، ص. ۱۹۶). در برخی روایات از پیامبر (ص) آمده است: «به بزرگسالان خود احترام کنید و نسبت به کودکان خود ترحّم و عطوفت داشته باشید.» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۱۰، ص. ۳۱۳، باب ۱۸، ح ۲۰). امام علی (ع) نیز در وصایای خود به فرزندان فرمودند که: «در خانوادهٔ خود با کودکان عطوف و مهربان باشید و بزرگترها را احترام کنید». (شیخ مفید، ۱۳۹۴ق، ص. ۲۲۲).

بنابراین، کمبود محبت، یکی از عوامل بسیار قوی است که کودکان را به سوی بزهکاری سوق می‌دهد. کودکی که محبت کافی را در خانواده دریافت نکرده، برای پذیرش انواع اختلالات رفتاری و انحرافات اخلاقی آمادگی دارد و در ورطهٔ بزه و جرم می‌افتد. تأمین نیازهای مادی و روانی کودکان نقش مهمی در پیشگیری از بزهکاری‌های آنان دارد و از این رو یک الگوی کنشی پیشگیرانه است.

### ۳ـ تأدیب پاسخی واکنشی و خانواده‌محور به بزهکاری کودکان

شریعت اسلامی به تربیت کودکان اهمیت زیادی داده است و کودک را نعمت الهی می‌داند که رفتن به سوی انحرافات و کج‌روی‌ها را زیبندهٔ این نعمت والا نمی‌داند، لذا تأدیب کودک را وظیفهٔ والدین در قبال بزهکاری کودکان دانسته است که در واقع یکی از روش‌های پاسخ‌دهی به بزهکاری کودکان از سوی خانواده به‌منظور تربیت وی می‌باشد (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۹۱). *تأدیب* با شیوه‌های گوناگونی امکان‌پذیر است که آخرین مرتبهٔ آن *تنبیه بدنی* است. با وجود این، تنبیه کودک ممیز اگر برای تشفی دل و خاموش‌کردن آتش غضب باشد، یقیناً جایز نیست؛ در روایتی «پیامبر (ص) از تأدیب‌کردن کودک هنگام خشم و غضب نهی کرده است.» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج. ۷، ص. ۲۶۰). بر همین اساس، از منظر فقهی در صورتی تنبیه بدنی جایز است که به‌منظور تربیت کودک صورت گیرد، نه آنکه محرّک آن خشم نفسانی باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ص. ۴۴۶). بنابراین والدین موظف‌اند در وهلهٔ نخست از دیگر روش‌های تأدیب استفاده کنند، ولی اگر استفاده از دیگر روش‌ها کارگر نیفتاد می‌توانند از تنبیه بدنی آن هم به‌صورت محدود استفاده کنند چراکه یکی از وظایف والدین تربیت و تأدیب فرزندان است و زدن او برای رسیدن به اهداف والا، نه‌تنها ظلم در حق آن‌ها نخواهد بود، بلکه احسان و موجب رستگاری آن‌ها در دنیا و آخرت خواهد شد» (گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ج. ۲، ص. ۲۸۲). افزون بر این، جواز تنبیه بدنی، مشروط به قصد تأدیب و تربیت کودک است؛ زیرا تنبیه بدنی بدون قصد تربیت مصداق ظلم است و از نظر عقلی ظالم استحقاق ذم و عقاب است. مطابق روایتی از امام صادق (ع) «یتیم را در مورد آن‌چه فرزند خودت تأدیب می‌نمایی، تأدیب کن و هراندازه می‌زنی بزن» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۲۱، ص. ۴۷۹، باب ۸۵، ح ۱). در این روایت ولایت بر تأدیب فرزند مسلّم دانسته شده است و جواز تأدیب یتیم متفرّع بر آن می‌باشد. در روایت دیگری تأدیب کودک به‌گونه‌ای که حد جاری نشود جایز است: «لا حدٌ علی الاطفال و لکن یؤدبونه ادبا بلیغا» (نوری‌طبرسی، ۱۴۰۸ق، ج. ۱۸، ص. ۴۷). مطابق این روایت تأدیب و ادب‌کردن جایز است. مجازبودن تأدیب کودک بدان معنا است که باید در دایره‌ای باشد که از سوی شرع تعیین شده است.

علاوه بر حدود تنبیه، سن کودک نیز شرط است؛ بر همین اساس، پیامبر اکرم (ص) فرمودند: «کودک، هفت سال سرور و رئیس، هفت سال فرمانبردار و هفت سال وزیر و یاور است. پس اگر از اخلاق او در ۲۱ سالگی راضی نبودی، می‌توانی وی را تنبیه کنی که در این تنبیه، معذور خواهی بود.» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۱۵، ص. ۱۹۵). امام صادق (ع) نیز می‌فرماید: «کودک را تا سن هفت‌سالگی آزاد بگذارید، آن‌گاه به‌مدت هفت سال او را تربیت و تأدیب نمایید و در هفت سال سوّم همراه و مشاور خود قرار دهید، دراین‌صورت باید به نیکی و رستگاری گرایش داشته باشد وگرنه امید خیری در او نیست.» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۲۱، ص. ۴۷۵، باب ۸۳، ح ۴). بنابراین، مطابق این روایات، به‌طور مطلق تأدیب کودک مجاز شمرده شده است و با توجه به تأثیر تربیتی تنبیه بدنی، کودک باید در سنی باشد که قابلیت تشخیص و تربیت‌شدن داشته باشد.

در برخی روایات، به قهر با کودک به‌عنوان تأدیب یاد شده است؛ در روایتی یکی از یاران امام موسی کاظم (ع) می‌گوید: «روزی در محضر امام (ع) از فرزندم شکایت کردم. حضرت فرمود: کودکت را نزن؛ اما

مدت کوتاهی با او قهر کن؛ ولی طولانی نباشد.» (حلی (ابن‌فهد)، ۱۴۰۷ق، ص. ۸۹). مطابق این روایت، روش تأدیب کودک قهرکردن عنوان شده است. درهرحال تأدیب ماهیت تربیتی باید داشته باشد و در حدود و ضوابط مقررشده اجرا شود. از دیدگاه فقهی مطابق آیهٔ ۶ سورهٔ تحریم «بر مؤمنین واجب است خود، خانواده و فرزندان خویش را از هر عملی که موجب عذاب الهی است، بازدارند.» بازداشتن از عذاب یعنی آن‌ها را به انجام واجبات و کارهای شایسته و دوری از معاصی، امر و نهی نمایند (طوسی، ۱۴۰۹ق، ج. ۱۰، ص. ۵۰). بر اساس این آیه مؤمنین باید خود و خانواده را از آتشی که هیزم آن مردمان و سنگ‌ها هستند، حفظ کنند. اما مسئلهٔ مهم دیگر قلمرو کاربست تنبیه بدنی است. مجازات‌هایی که در متون اسلامی به‌عنوان حد یاد شده است را نمی‌توان بر کودکان اعمال کرد. در روایتی از امام صادق (ع) آمده است: «اطفال حد نمی‌خورند اما شدیداً تأدیب می‌شوند» (نوری‌طبرسی، ۱۴۰۸ق، ص. ۴۶). همچنین در روایتی از امام محمد باقر (ع) در مورد پسربچه‌ای که به سن بلوغ نرسیده، سؤال می‌شود: «آیا بر پسربچهٔ غیربالغ حد اجرا می‌گردد؟ حضرت (ع) می‌فرمایند: حدود کامل به‌نحوی که بر مردان اجرا می‌شود، خیر اما در ارتکاب جرایم دارای حدود به‌تناسب سنّی که دارد، شلاق می‌خورد و ملاک در آن اختلاف سن او تا پانزده‌سالگی است و در هر حال حدود الهی تعطیل نمی‌گردد و حقوق مسلمانان نادیده گرفته نمی‌شود.» (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص. ۳۸). با توجه به روایات نافی حد بر کودکان می‌توان دریافت که مقصود از حد در این روایت مجازاتی که بر بزرگسالان اعمال می‌شود نیست، بلکه همان تأدیب است. پس این روایت دلالت بر مطلق تأدیب و تعزیر کودکان دارد. در روایتی دیگر نیز از عبدالله بن سنان آمده است که از امام صادق (ع) در مورد کودکی که سرقت کرده بود، سؤال کردم حضرت فرمودند: در مرتبهٔ اول و دوم بخشیده می‌شود و در مرتبهٔ سوم تعزیر می‌گردد.» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ص. ۲۳۲). تعزیر در این روایت نیز همان تأدیب است؛ بنابراین، بسیاری از روایات دلالت بر جواز تأدیب کودکان ممیز دارند و درموارد بسیاری دیده شده که معصومین (ع) کودکان ممیز را در صورت ارتکاب جرم مورد توبیخ و سرزنش قرار داده و تأدیب می‌کردند. بنابراین، به‌طور کلی باید گفت که در باب پاسخ تأدیبی به کودکان بزهکار، فقهای امامیه کودک را اعم از ممیّز و غیرممیّز، فاقد مسئولیت کیفری می‌دانند، بنابراین مجازات‌هایی که برای افراد بالغ مقرّر شده بر کودک تحمیل نمی‌شود، زیرا در تعلق تکلیف، بلوغ و عقل، شرط است و ازآنجاکه حرام و واجب مربوط به مکلفین می‌باشد و کودک تا زمانی که به حدّ بلوغ نرسیده دارای تکلیف الزام‌آور نیست، بنابراین مشمول مجازات تعزیری و حدود قرار نمی‌گیرد.

مضمون آیات و روایات مزبور، در باب تأدیب و تنبیه کودک با حکم عقل سازگار است؛ زیرا چنانچه تأدیب و تنبیه برای تربیت و اصلاح نباشد، بر کودک، لطمهٔ روحی و جسمی وارد می‌کند که به حکم عقل ظلم است و نکوهش است؛ ولیکن چنانچه به‌منظور حفظ نظام اسلامی و جلوگیری از آلودگی و فساد باشد، از واجبات بزرگ است و از اهمیت خاصّی برخوردار است و باید بزهکار تعزیر شود؛ مؤیّد این دلیل عقلی روایتی از امام رضا (ع) راجع به دلایل نصب امام است: «خداوند امام را قیّم مردم قرار داد تا آن‌ها را از انجام فساد بازدارد و احکام الهی را به اجراء درآورد.» (ابن‌بابویه، ۱۳۸۶ق، ص. ۲۵۲)، مطابق این روایت حاکم

موظّف است برای جلوگیری از فساد، چنانچه راه دیگری نباشد، تعزیر کند. همچنین، مقتضای ادلّه‌ای که تعزیر کودک را علی‌رغم عدم تکلیف آنان لازم شمرده‌اند برای مصلحت و دفع مفسده است.

درهرحال در اسلام نقش خانواده در پاسخ‌دهی به بزهکاری اطفال پذیرفته شده است و عمدتاً بر این مهم به‌عنوان یک پاسخ جامعوی تأکید شده است.

## پاسخ‌دهی به بزهکاری کودکان در قانون کیفری ایران

قانون کیفری ایران نیز متأثر از فقه امامیه نقش خانواده در پاسخ‌دهی به بزهکاری کودکان را پذیرفته است. به‌موجب بند الف مادهٔ ۸۸ ق.م.ا ۱۳۹۲، مقام قضایی میتواند دربارهٔ کودکانی که مرتکب جرم‌های تعزیری شده‌اند و سن آن‌ها در زمان ارتکاب، ۹ تا ۱۵ سال تمام شمسی است، از شیوهٔ «تسلیم به والدین یا اولیا و سرپرستان قانونی با اخذ تعهد به تأدیب و تربیت و مواظبت در حسن اخلاق کودک» بهره جوید. این شیوه نسبت به کودکان مرتکب جرم‌های مستوجب کیفر حد و قصاص نیز قابلیت اعمال دارد. بر اساس این تبصره «هرگاه نابالغ، مرتکب یکی از جرم‌های موجب حد یا قصاص شود، در صورتی که از دوازده تا پانزده سال قمری داشته باشد به یکی از اقدامات مقرر در بندهای ۲ محکوم شده و در غیر این صورت یکی از اقدامات مقرر در بندهای الف یا ج. در مورد وی اتخاذ خواهد شد.» البته شرط سنی در این تبصره ابهام‌برانگیز است، زیرا در صدر ماده معیار شرط سنی خورشیدی و در تبصره قمری است. به‌هرحال، خانواده می‌تواند با «معرفی کودک به مددکار اجتماعی یا روان‌شناس و دیگر متخصصان و همکاری با آنان»، «فرستادن کودک به یک مؤسسهٔ آموزشی و فرهنگی به‌منظور تحصیل یا حرفه‌آموزی»، «اقدام جهت درمان یا ترک اعتیاد کودک تحت نظر پزشک»، «جلوگیری از معاشرت کودک با اشخاصی که دادگاه ارتباط با آن‌ها را برای کودک مضر تشخیص می‌دهد» و «جلوگیری از رفت‌وآمد کودک به محله‌ای معین» اقدام نماید. به‌این‌ترتیب، ملاحظه می‌شود که در گسترهٔ سیاست جنایی ایران سپردن کودکان بزهکار در دوره‌های متعدد تقنینی، البته با رویکردهای مختلف، همواره مورد توجه بوده است.

### ۳ـ گونه‌های سرپرستی از کودک بزهکار

اعمال سرپرستی از کودک بزهکار به دو نحو امکان‌پذیر است؛ بدین‌صورت که یا سرپرستی وی به خود خانوادهٔ اصلی یعنی پدر و مادر واقعی تعلق می‌گیرد و یا اینکه به‌علت عدم خانواده و یا عدم شایستگی خانواده نسبت به تربیت کودک، وی به خانوادهٔ جایگزین تحویل داده می‌شود که در ذیل به این دو پرداخته می‌شود.

#### *الف- سرپرستی از سوی خانواده*

ملاک سرپرستی اعمال مهربانی، شفقت، نگهداری و تربیت نیکو (زبدان، ۱۹۷۶، ص. ۴۵۰) و هدف اصلی آن، نگهداشت مصلحت کودک است. در سرپرستی از نظر شرعی به‌گونه‌ای هماهنگی با طبیعت صورت گرفته است (سبزواری، ۱۴۱۷ق، ج. ۲۵، ص. ۲۷۶). سرپرستی دارای دو رکن نگهداری و تربیت است. بر همین اساس، تنها محیطی که نسبت به این دو عنصر از خود مایه می‌گذارند، والدین هستند که در محیط خانواده نقش مؤثری در شکل‌گیری نظام رفتاری و شخصیتی کودکان ایفا می‌کنند. در این محیط

است که کودک رشد نموده و نوع و ماهیت رفتاری وی شکل می‌گیرد؛ (مصفا، ۱۳۸۳، ص. ۱۶۱). در روایتی از امام علی (ع) بهترین ارث پدران به فرزندان ادب و تربیت قلمداد شده است (نوری‌طبرسی، ۱۴۰۸ق، ج. ۱، ص. ۱۴۸). یا در روایتی دیگر امام صادق (ع): «حق فرزند بر پدر سه چیز است: انتخاب مادر و نام مناسب و کوشش در تأدیب و تربیت وی». (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج. ۷۵، ص. ۲۳۵).

بنابراین، خانواده یک نهاد اساسی در فرایند رشد و جامعه‌پذیری کودکان به شمار می‌رود. قانون مدنی نیز در مادهٔ ۱۱۶۸ سرپرستی کودک را حق و تکلیف والدین دانسته است. از همین رو، جداسازی کودکان از این محیط با چالش‌هایی روبه‌رو است که تحقیرنمودن کودکان، تضعیف حس اعتمادبه‌نفس، تقویت حس بدبینی، شکست عاطفی–روانی از جمله آن‌هاست (دانش، ۱۳۸۵، ص. ۲۱۶). قانون‌گذار اسلامی نیز با واقف‌بودن به نقش خانواده یکی از تصمیمات دادگاه را به‌عنوان پاسخ‌دهی بزهکاری کودکان و نوجوانان معارض با قانون، «تسلیم به والدین یا به اولیا یا سرپرست قانونی با اخذ تعهد به تأدیب و تربیت و مواظبت در حسن اخلاق طفل یا نوجوان» (بند الف مادهٔ ۸۸ ق.م.ا) عنوان نموده است. به همین جهت، سیاست‌گذاران جنایی، سپردن کودکان بزهکار به خانواده را به‌عنوان یکی از پاسخ‌های عدالت کیفری به آنان، مورد توجه قرار داده‌اند. در اسناد بین‌المللی ویژه کودکان، سپردن این دسته از بزهکاران به خانواده پیش‌بینی شده تا از رهگذر مراقبت‌ها و حمایت‌های این نهاد، کودکان بزهکار به سمت جامعه‌پذیری و هم‌نوا شدن با هنجارها و قواعد اجتماعی رهنمون شوند (نیازپور، ۱۳۸۹، ص. ۶۱). بدین‌نحو توجه به خانواده در مرحلهٔ پاسخ‌دهی نمایانگر رویکرد رشدمدار نظام دادرسی کیفری می‌باشد. به‌بیان‌دیگر، تقدم پاسخ تسلیم طفل به والدین نسبت‌به سایر واکنش‌های پیش‌بینی‌شده در این ماده حامل یک پیام جرم‌شناسی بیان و گویای توجه ویژهٔ قانون‌گذار به نهاد خانواده می‌باشد؛ همچنان که در مقام تحلیل جرم‌شناختی موارد مورد بحث چنین برداشتی قابل‌دفاع‌تر است (روشن و حسینی، ۱۳۹۴، ص. ۴۷۵). به‌هرحال، سپردن طفل به خانوادهٔ اصلی (والدین) در ایجاد و تشدید علاقهٔ عاطفی و نهایتاً به‌عنوان مانعی بر سر راه بزه‌کاری ثانویهٔ وی مؤثر می‌باشد؛ علاوه‌براین دخالت والدین در مرحلهٔ پاسخ‌دهی زمینه‌ساز اجرای سیاست جنایی مشارکتی در عرصهٔ دادرسی کودکان نیز می‌باشد. این مشارکت والدین کودک را مسئول و متعهد دانسته و آن‌ها را موظف به اجرای تدابیر حمایتی و شخصیت‌ساز دستگاه قضایی می‌داند.

### ب- تحفظ بر پاسخ‌های خانواده‌محور با پذیرش سرپرستی از سوی خانوادهٔ جایگزین

دادگاه چنانچه به این تشخیص برسد که ماندن کودک کنار خانوادهٔ اولیه‌اش، به سلامت و تربیت وی لطمه می‌زند و به‌مصلحتش نیست، می‌تواند در مورد سرپرستی او تصمیم دیگری اتخاذ کند. در همین راستا، مادهٔ ۱۱۷۳ ق.م مقرر می‌دارد: «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که کودک تحت سرپرستی اوست، صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی کودک در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای کودک یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای مدعی‌العموم هر تصمیم را که برای سرپرستی طفل مقتضی بداند اتخاذ کند». خانوادهٔ کودک بزهکار همیشه محیط مطلوبی برای بازپروری و بستری مناسب جهت بازگشت آنان به جامعه نیست. بزهکاری والدین یا سایر اعضای خانواده، گرایش آنان به اعتیاد

به مواد مخدر، الکل وغیره و بالاخره پرخاشگری‌های خانوادگی از جمله مؤلفه‌های نامطلوب‌بودن محیط خانواده برای اصلاح و درمان کودک بزهکار است (احدی و محسنی، ۱۳۸۰، ص. ۱۸۷). به همین جهت، سپردن این دسته از بزهکاران، به خانوادهٔ جایگزین، میتواند راهکاری برای پیشگیری از پیامدهای زیان‌بار پاسخ‌های سالب آزادی از یک سو و کاهش خطرهای ناشی از سپردن طفل بزهکار به خانوادهٔ ناکارآمد، از سوی دیگر باشد. درهرحال سرپرستی خانواده برای کودک بزهکار لازم است. این سیاست امروزه صریحاً از سوی قانون‌گذار مورد توجه قرار گرفته است (بند ب مادهٔ ۸۸ ق.م.ا). خانوادهٔ جایگزین باید صلاحیت لازم جهت نگهداری کودک را دارا باشند و قضات می‌توانند با وجود این شرایط نسبت به سپردن کودک به آن‌ها جهت نگهداری و بازاجتماعی‌شدن آن‌ها تصمیم‌گیری نمایند. البته این سپردن صرفاً جنبهٔ مراقبتی دارد و در صورت انتخاب این پاسخ، خانوادهٔ جایگزین باید بر انجام اقدام‌های مندرج در تبصرهٔ بند الف مادهٔ مذکور مبادرت ورزند؛ زیرا مطابق تبصرهٔ فوق، پیش‌بینی یکی از آن اقدام‌ها در حکمِ مربوط به تسلیم‌کردن کودکان بزهکار به خانوادهٔ جایگزین جنبهٔ اجباری دارد و در نتیجه، سپردن کودکان بزهکار به اشخاص داوطلب نمی‌تواند بدون تعیین یکی از اقدام‌های پیش‌بینی‌شده انجام پذیرد (جمشیدی و مظفری، ۱۳۹۷، ص. ۵۱). حال مسئلهٔ مهم این است که چه تضمینی برای ایفای عمل خانواده به وظایف تربیتی خود در قبال کودک بزهکار وجود دارد؟ قانون‌گذار ایران این مهم را در اخذ تعهد دادگاه از خانواده دیده است.

## ۲ـ اخذ و اجرای تعهدات به دستور دادگاه

اخذ تعهد از اولیای کودکان بزهکار مبنی بر تأدیب و تربیت و مواظبت در حسن اخلاق کودک (بند اول مادهٔ ۱۸ قانون تشکیل دادگاه اطفال بزهکار ۱۳۳۸) از جمله موارد پاسخ‌دهی به بزهکاری کودکان در قانون کیفری ایران است. اخذ تعهد کتبی از خانوادهٔ کودک بزهکار، شیوه‌ای است که قاضی دادگاه از خانواده می‌خواهد که به‌صورت کتبی تعهد دهد که دیگر کودک به سمت بزهکاری نرود (نیازپور، ۱۳۹۶، ص. ۱۵۶). بنابراین، اخذ تعهد به عدم تکرار جرم توسط کودکان ۱۲ تا ۱۵ سال پاسخی غیرسالب آزادی از سوی قانون‌گذار است. البته مقام قضایی دادگاه می‌تواند از این روش به‌منظور واکنش‌نشان‌دادن به کودکان بزهکار بین ۱۲ تا ۱۵ سال بهره جوید.

### *الف- تعهدات درمانی*

خانواده نهاد اصلی هر جامعه و طبیعی‌ترین گروهی است که برطرف‌کنندهٔ نیازهای کلی انسان‌ها است (مروت، ۱۳۹۷، ص. ۷). یکی از این نیازها، نیاز عاطفی است؛ چنانچه کودک از سوی خانواده کمبود محبت داشته باشد، به سوی بزهکاری از جمله اعتیاد سوق داده می‌شود. ازبین‌رفتن کنترل، نظم و انضباط و به‌وجودآمدن هرج‌ومرج و بی‌بندوباری از جمله تأثیرات اعتیاد است که خود زمینه‌ساز بزهکاری است (فرجاد، ۱۳۸۲، ص. ۶۱). علاوه‌براین، اعتیاد در درازمدت موجب انحرافات و جرایم دیگر نظیر ولگردی، سرقت، جیب‌بری، کیف‌قاپی، گدایی و مسائل منکراتی نیز می‌گردد (صلاحی، ۱۳۸۹، ص. ۶۸). بنابراین، معضل اعتیاد در کودکان باعث به‌خطرافتادن بنیان سلامت جسمی و روحی آن‌ها می‌شود و بالتبع نهال رشد تعلیم و تربیت را در آن‌ها می‌خشکاند لذا، خانواده به‌منظور نگهداری کودکان در مقابل اعتیاد با اتخاذ

سیاست‌های پیشگیرانه پاسخ‌های تأدیبی می‌توانند وارد عمل گردند و با اصلاح و درمان به‌موقع کودک وی را از سقوط در ورطهٔ بزهکاری‌های ثانویه نجات دهند، که نوعی اقدامی تأمینی است و هدف از اجرای آن به‌شرط کفایت پیشگیری، بازسازگاری است، که دربارهٔ کودکان بزهکار تدابیر تربیتی و ترک اعتیاد آن‌ها به مواد مخدر و الکل نمونهٔ واضح آن می‌باشد (اردبیلی، ۱۳۹۳، ج. ۲، ص. ۱۳۵). لذا، «تعهد به اقدام جهت درمان یا ترک اعتیاد کودک تحت نظر پزشک» (بند (۳) تبصرهٔ مادهٔ ۸۸ ق.م.ا) از دیگر تعهدات خانواده‌ها نسبت به بزهکاری کودکان است. البته بر اساس پیشگیری رشدمدار جایگاه روان‌شناس و مددکار اجتماعی مهم جلوه می‌کند که با بهره‌گیری از اقدامات ترمیمی و اصلاح‌گر درصدد ازبین‌بردن تداوم بزهکاری در کودکان هستند و بر مداخله در فرآیند شکل‌گیری شخصیت کودکان در معرض خطر تأکید دارند (نیازپور، ۱۳۹۱، ص. ۱۹۸) تا ازاین‌گذر، افرادی قانون‌مدار تربیت کند. ازاین‌رو حمایت همه‌جانبه از کودکان دارای معضل، با هدف ازبین‌بردن عوامل خطر پیرامون آن‌ها و درنهایت تربیت و آموزش آن‌ها محوریت مباحث رشدمدار، است. به‌بیانی‌دیگر، «آنگاه‌که تدابیر پیشگیرانه در مراحل مختلف رشد کودک و نوجوان ناسازگار، منحرف یا مجرم اعمال می‌گردند، سخن از پیشگیری رشدمدار به میان می‌آید». (نجفی‌ابرندآبادی، ۱۳۹۰، ص. ۵۷۰). بنابراین، در این شیوه مددکار اجتماعی و روان‌شناس از طریق مداخلات روان‌شناختی–اجتماعی زودهنگام در سطوح مدرسه، خانواده و محیط اجتماعی نسبت به کودکانی که به‌دلیل وضعیت‌های خاص در معرض ارتکاب جرم قرار گرفته‌اند، می‌توانند جلوی بزهکاری ثانویهٔ آن‌ها را بگیرد (عباچی، ۱۳۸۳، ص. ۵۹). بنابراین، یک روان‌شناس و مددکار اجتماعی به‌منظور اصلاح و درمان کودک معتاد وارد مرحلهٔ عمل می‌شود و با تجارب و آگاهی‌های خود طوری با کودک رفتار می‌نماید که وی را از بزهکاری ثانویه دور نماید.

***ب- تعهدات آموزشی***

مطابق بند (ح) مادهٔ ۴۳ قانون مجازات «گذراندن دوره یا دوره‌های خاص آموزش و یادگیری مهارت‌های اساسی زندگی یا شرکت در دوره‌های تربیتی، اخلاقی، مذهبی، تحصیلی یا ورزشی» از دیگر تعهداتی است که خانواده به دستور دادگاه ملزم به انجام آن است که درصورت وجود ظرفیت بازپرورانه در کودک بزهکار استفاده از این روش امکان‌پذیر است (نیازپور، ۱۳۸۹، ص. ۱۳۷). لذا، «فرستادن طفل یا نوجوان به یک مؤسسهٔ آموزشی و فرهنگی به‌منظور تحصیل یا حرفه‌آموزی» (بند (د) تبصرهٔ مادهٔ ۸۸ ق.م.ا) در جهت بازپروری کودکان در نظر گرفته‌شده که والدین موظف و متعهد به اجرای آن می‌باشند. چراکه نظام آموزش و پرورش ابزاری رسمی برای انتقال ارزش‌ها و هنجارهای پذیرفته‌شدهٔ اجتماعی به کودکان است همچنان که مدرسه به‌عنوان اصلی‌ترین کارگزار جامعه‌پذیری کودکان پس‌از خانواده دارای نقش اصلاح‌کننده و ترمیم‌گر می‌باشد مدرسه برای کودکانی که ساختار شخصیتی و خصوصیات خلقی یا عاطفی آسیب‌زا در آن‌ها دیده می‌شود می‌تواند به محیطی آموزنده حمایت‌گر الگو بخش و کنترل‌کننده عمل نموده و کاستی‌های خانواده را جبران نماید.» (مهدوی، ۱۳۸۸، ص. ۴۵۶). آموزه‌های پیشگیری رشدمدار نیز مدرسه را یکی از بسترهای اجرایی تدابیر حمایتی و رشدمدار تلقی می‌کند؛ به همین دلیل، ترک تحصیل یکی از عوامل خطر جدی بزه‌کاری در کودکان می‌باشد. بنابراین، خانواده ملزم است تا کودک را به مدرسه بفرستد

و موجبات تحصیل وی را فراهم نماید (روشن و حسینی، ۱۳۹۴، ص. ۴۸۳). علاوه‌براین چنانچه خانواده نسبت به تعهدات آموزشی و تحصیلی کودک بزهکار خود پایبند نباشد، مطابق قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۸۱ این وضعیت جرم‌انگاری شده است.

***ج- تعهدات نظارتی و کنترلی***

تعهد نظارتی بر کودک تعهد دیگر خانواده نسبت به پاسخ‌دهی بزهکاری کودکان است، که با عنوان «جلوگیری از معاشرت و ارتباط مضر کودک با اشخاص به تشخیص دادگاه» آمده است (بند (۴) تبصرهٔ مادهٔ ۸۸ ق.م.ا). علاوه‌براین، «جلوگیری از رفت‌وآمد کودک به محله‌ای معین» (بند (۵) تبصرهٔ مادهٔ ۸۸ ق.م.ا) تعهد کنترلی دیگر از سوی خانواده است. چراکه رفت‌وآمد به مکان‌های خطرناک و معاشرت با افراد لاابالی میزان خطر را بالا می‌برد؛ دراین‌گونه مکان‌ها بزهکار و بزه‌دیده در مجاورت هم قرار می‌گیرند و با یکدیگر نشست‌وبرخاست می‌کنند (صلاحی، ۱۳۸۸، ص. ۱۳۰). بر همین اساس، ازآنجاکه حضور کودک در چنین محلی بر تأثیرگذاری کارکرد سایر نهادهای اجتماعی نیز تأثیرگذار است، جنبهٔ بازپروری منع رفت‌وآمد به این محل مشخص می‌گردد؛ بدیهی است نظارت و کنترل خانواده بیش‌از هر نهاد نظارتی دیگری در تحقق و اجرای چنین دستوراتی مثمرثمر واقع می‌گردد (روشن و حسینی، ۱۳۹۴، ص. ۴۸۶). لذا، چنانچه قاضی تشخیص دهد که دلیل اصلی بزهکاری کودک حضور وی در مکان‌های نامناسب است، می‌تواند در جهت شخصیت‌سازی و اصلاح و درمان وی، رفت‌وآمد به آن محل‌ها را ممنوع کند؛ لذا، با توجه به اشراف بیشتر خانواده بر ارتباطات کودک، اخذ نظر والدین در این زمینه ضروری است. بنابراین اظهارنظر خانواده به‌دلیل جایگاه خاص، امری قابل‌دفاع است. البته قانون‌گذار دراین‌راستا حبس خانگی کودک را نیز همراه با نظارت کامل خانواده مقرر داشته است؛ چراکه در پرتو این پاسخ، آزادی کودکان بزهکار به‌جای سلب‌شدن در محیط کانون اصلاح و تربیت، در منزل انجام می‌شود تا این گروه از بزهکاران ضمن ماندن در کنار خانوادهٔ خود به تحمل واکنش‌های عدالت کیفری مبادرت ورزند (دانش، ۱۳۸۵، ص. ۲۴۹). این پاسخ، با «نظارت الکترونیکی» همراه است که در آن کودک در یک محدودهٔ مشخص و محدود در ارتباط با خانواده نگهداری و رفتارهای وی با استفاده از تجهیزات الکترونیکی کنترل می‌شود (مرادی، ۱۳۹۶، ص. ۱۲۰). بنابراین، هدف از این نوع پاسخ ناتوان‌کردن کودک برای ارتکاب بزهٔ ثانویه، مجازات و بازپروری است.

## پاسخ‌دهی به بزهکاری کودکان در قانون کیفری فرانسه

مطالعهٔ قوانین کیفری فرانسه نشان می‌دهد که قانون‌گذار آن کشور نیز از تدابیر تربیتی با محوریت واسپاری کودک به خانواده در پاسخ‌دهی به بزهکاری اطفال بهره گرفته است.

### ۱ـ اعمال سرپرستی

***الف- سرپرستی از سوی خانواده***

قانون کیفری فرانسه واسپاری به‌منظور تربیت را از منظر وسیعی پذیرفته است به‌گونه‌ای که به تشخیص قاضی اطفال کودک بزهکار می‌تواند به یک شخص حقیقی سپرده شود در واقع، کودک می‌تواند

همچنان در محیط خانواده باقی بماند یعنی به والدین، قیم و شخصی که سرپرستی او را به‌عهده دارد تحویل داده شود یا سرپرستی یک فرد جدید را تجربه کند یعنی به یک شخص قابل‌اعتماد تحویل داده شود (مادهٔ ۸ تبصرهٔ ۴-۱۰، ۱۵ و ۱۶ تصویب‌نامهٔ قانونی ۲ فوریهٔ سال ۱۹۴۵). اگر محیط پیشین واقعاً مخرب و مفسده‌انگیز نباشد، حفاظت از روابط خانوادگی امر بسیار مطلوبی می‌باشد (رنوچی و کورتن، ۱۳۹۵، ص. ۱۳۶). علاوه بر این، بند ۲ مادهٔ ۲۳ مقررات بیژینگ نیز، اجرای روش آزادی با مراقبت را جزو تصمیمات مقامات صلاحیت‌دار پیش‌بینی نموده است. در روش مذکور، کودک در محیط خانواده به زندگی خود ادامه می‌دهد. قاضی اطفال یا مقام صلاحیت‌دار، مددکار اجتماعی حرفه‌ای و یا مددیار افتخاری و یا یکی از اعضاء انجمن‌های خیریهٔ حمایت کودکان را مأمور مراقبت و راهنمایی و حمایت کودک می‌نماید. لذا، چنانچه برای چنین کودکانی مشکلی به وجود آید، یکی از افراد مذکور بایستی مشکلات کودک را بررسی کرده و برای حل مشکلات و رفع اختلافات، وی را راهنمایی نموده و بدین‌نحو به‌منظور حمایت از کودک، وضعیت وی را مرتباً به مقام دستوردهندهٔ آزادی با مراقبت، گزارش دهد. مقام صلاحیت‌دار با توجه به گزارش مراقبین و تغییر و تحول وضع کودک، تصمیمات مقتضی اتخاذ می‌نماید (دانش، ۱۳۸۶، ص. ۱۸۶).

***ب- سرپرستی از سوی خانوادهٔ جایگزین***

مطابق بند (۱۷) مادهٔ ۴۵-۱۳۲- دادگاه صادرکنندهٔ حکم محکومیت یا دادرس اجرای کیفرها کودک را به کسانی که نگهداری از کودک به‌موجب تصمیم دادگستری به آن‌ها سپرده شده است، تحویل می‌دهد. در فرانسه سپردن کودک بزهکار به یک شخص حقیقی تحت عنوان خانوادهٔ جایگزین تدبیر و اقدام تأمینی بسیار مهمی می‌باشد. لذا، کودک می‌تواند در محل قبلی جرم یعنی به والدین، قیم، شخصی که سرپرستی او را عهده‌دار است یا به یک شخص قابل‌اعتماد سپرده شود (مادهٔ ۸ تبصرهٔ ۴-۱۰، ۱۵ و ۱۶ تصویب‌نامهٔ قانونی ۲ فوریهٔ سال ۱۹۴۵). اما این شیوه، اجرای شیوه‌های اصلاحی و تربیتی را با مشکلات مواجه ساخته است که منجر به افزایش تشکیل باند می‌شود. نگهدارندگان کودک، باید مشخصات دقیق و وضع خانوادگی خود را به انجمن‌های خیریه اعلام نمایند تا دادگاه یا مقام صلاحیت‌دار پس از بررسی دقیق، تحقیق و پژوهش اجتماعی خانوادهٔ مورد نظر را انتخاب نماید. لذا، دادگاه یا مقام صلاحیت‌دار قبل از اتخاذ تصمیم، باید وظایفی را که افراد خانواده برعهده خواهند داشت به آنان یادآوری نموده، طبق قراردادی که بین دادگاه یا مقام صلاحیت‌دار با شخص داوطلب منعقد می‌شود کودک را به وی بسپارد. همچنین، شرایط نگهداری و هدایت و حمایت از کودک و میزان دستمزد در صورتی که کودک کار می‌کند، حتماً بایستی در قرارداد قید شود. به‌هرحال، در این روش کودک در زندگی عادی و اجتماعی تحت مراقبت و هدایت و حمایت و تربیت قرار می‌گیرد و خانوادهٔ مورد اعتماد که کودک را پذیرفته با ابراز محبت، از ناراحتی‌های روانی ناشی از دورشدن کودک از والدین بروز می‌کند، می‌کاهد. لذا، هرگاه والدین از نظر اخلاق و رفتار و کردار صلاحیت نگهداری کودک را نداشته باشند از بروز حالت خطرناک و ارتکاب جرم پیشگیری می‌شود. بنابراین، در صورت سپردن کودک به خانوادهٔ داوطلب مورد اعتماد حتماً بایستی روش آزادی با مراقبت در مورد او به اجرا درآید (دانش، ۱۳۸۶، صص. ۱۹۵-۱۹۶).

## ۲ـ الزامات و تعهدات خانواده به دادگاه در قبال اطفال بزهکار

امروزه سیاست‌جنایی در مقابله با بزهکاری کودکان اصلاح‌گرایی متنوع را در نظر گرفته است. بر همین اساس، قضات می‌توانند در مرحله‌های پیش‌دادرسی، دادرسی و پسادادرسی با توجه به معیارهای متعدد ازجمله وضعیت فردی و محیطی بزهکاران، پاسخ‌های متنوعی را برگزینند. این تنوع در پاسخ‌ها قضات را در تصمیم‌گیری واقعی‌تر و مناسب‌تر برای رعایت بیشتر مصالح کودکان بزهکار و منافع جامعه یاری می‌کند (نیازپور، ۱۳۹۰، ص. ۲۴). قانون کیفری فرانسه صدر مادهٔ ۶۰ قانون مجازات تحصیل بازپروری اجتماعی را یکی از شروط برخورداری از این ارفاق دانسته است. همچنین، مطابق مادهٔ ۶۶-۱۳۲: «درحالت‌های پیش‌بینی‌شده در قوانین یا آیین‌نامه‌های سرکوب‌کنندهٔ موارد عدم اجرای تعهدهای تعیین‌شده، دادگاهی که صدور کیفر را معوق می‌نماید می‌تواند شخص حقیقی یا شخص حقوقی بزهکاری شناخته‌شده را متعهد سازد که خودش را با یکی یا با چند تا از مقررات پیش‌بینی‌شده دراین قوانین یا آیین‌نامه‌ها وفق دهد. دادگاه مهلتی را برای اجرای این مقررات به بزهکاری اعطا می‌نماید.» بنابراین، مطابق این ماده در قانون کیفری فرانسه نیز تعهداتی را دادگاه برای پاسخ‌دهی خانواده نسبت به کودک بزهکار در نظر گرفته است که در ذیل به بررسی آن‌ها پرداخته می‌شود.

### *الف- الزامات و تعهدات اصلاحی و درمانی*

مطابق بند (۳) مادهٔ ۴۵-۱۳۲- قانون مجازات فرانسه دادگاه صادرکنندهٔ حکم محکومیت یا دارس اجرای کیفرها چنانچه کودک دچار بیماری جسمی و یا روانی باشد، خانواده را ملزم نموده است تا نسبت به معاینهٔ پزشکی، مداوا و یا درمان و یا حتی بستری‌نمودن کودک در بیمارستان اقدام نمایند. البته چنانچه به نظر برسد، کودک بزهکار دچار اعتیاد به مواد مخدر گردیده است و یا به‌طور معمول و افراطی از مشروبات الکلی استفاده می‌کند این تدابیر می‌تواند شامل الزام درمانی پیش‌بینی شده در مادهٔ ۱-۴۳۱۳ تا ۴-۴۳۱۳ مجموعهٔ قانون بهداشت عمومی بشود.

### *ب- الزامات و تعهدات آموزشی*

در بند ۵ و ۲۴ اسناد بین‌المللی رهنمودهای ریاض موضوع پیشگیری از بزه‌کاری کودکان از طریق برنامه‌های آموزشی و نقش تحصیل در آن تأکید شده است؛ که بر اساس نظریهٔ یادگیری قابل‌توجیه است؛ تأکید این نظریه «در این نظریه بر تأثیر یادگیری و الگوگیری کودکان بیش‌از هر گروه سنی دیگر است که می‌توان زمینهٔ سوگیری‌های کژرفتاری کودکان را به‌دلیل هدایت‌پذیری بالایشان از طریق فرایندهای تربیتی و برنامه‌های آموزشی صحیح از بین برده و رفتارهای اجتماعی آنان را در بستر تقویت‌کننده‌های مثبت ارتقا داد (عظیم‌زاده، ۱۳۹۰، ص. ۱۸۹). قانون کیفری فرانسه در بند (۱) مادهٔ ۴۵-۱۳۲- قانون مجازات بر مبنای اسناد بین‌المللی مقرر داشته است که دادگاه صادرکنندهٔ حکم محکومیت یا دادرس اجرای کیفرها می‌تواند خانوادهٔ کودک بزهکار را به این تعهد که کودک بزهکار را به یک فعالیت حرفه‌ای مشغول سازد و یا نسبت به تعلیم یا آموزش حرفه‌ای وی پیگیر باشند ملزم نماید. علاوه بر این، بند (۱۸) همین ماده خانواده‌ها را ملزم نموده‌اند که کودک بزهکار ملزم به گذراندن دورهٔ آموزش شهروندی می‌باشد.

### ج- تعهدات نظارتی و کنترلی

در قانون کیفری فرانسه مطابق مادهٔ ۸-۱۲۲- قانون مجازات قبل از هر چیز «تدابیر حمایتی، کمکی، مراقبتی و تربیتی» مطرح شده است. تدابیری که تدابیر تربیتی خوانده می‌شود. این تدابیر باید به‌عنوان روش اصلی و با هدف حمایت از کودک به‌عنوان هدف ارجح مداخلهٔ قضایی تلقی شود (رنوچی و کورتن، ۱۳۹۵، ص. ۱۳۵). بر همین اساس، این تدابیر نسبت به کودکان ممیز کمتر از ده سال که مشتمل بر هشدار یا اخطار رسمی از طرف قاضی اطفال یا قاضی محلی (Juge de Proximite؛ همجوار) است، اعمال می‌شود. البته ممکن است مورد خطاب نسبت به رعایت قانون والدین -از طریق پسران نابالغ به آنان- باشند (موسوی بجنوردی و جعفری دولابی، ۱۳۸۸، ص. ۱۲۰). بااین‌حال، دادگاه اطفال به‌منظور پیشگیری از زندان و کانون و مؤسسات دیگر ضمن سپردن کودک بزهکار به خانواده یا سرپرست قانونی و یا خانوادهٔ جایگزین دستور حبس در منزل را نیز صادر می‌کند که دراین‌نوع پاسخ، مانند قانون کیفری ایران با نظارت و کنترل نماینده‌ای صورت می‌گیرد؛ درواقع، حبس در منزل در قانون کیفری فرانسه تحت عنوان «*آزادی تحت مراقبت*» جای می‌گیرد که این نوع پاسخ، به‌وسیلهٔ قانون ۲۲ ژوئیهٔ سال ۱۹۱۲ در این کشور باب شد؛ *آزادی تحت مراقبت* که همان نظارت و کنترل از سوی خانواده می‌باشد، قاضی اطفال می‌تواند مطابق مادهٔ ۸ تصویب‌نامهٔ قانونی ۲ فوریهٔ سال ۱۹۴۵ قبل از صدور حکم ماهوی این نوع پاسخ را به‌منظور تصمیم‌گیری، پس از یک یا چند دورهٔ آزمایشی که مدت آن‌ها را تعیین خواهد کرد، صادر نماید.» (رنوچی و کورتن، ۱۳۹۵، ص. ۱۳۸). پس از این دادگاه باید نماینده‌ای تعیین کند که اقدام به جمع‌آوری همهٔ اطلاعات مفید نموده و شرایط وجودی کودک و حتی شرایط خانوادهٔ او را در همهٔ زمینه‌های جالب برای بازپروری کنترل کرده (مادهٔ ۲۵، تبصرهٔ ۲ تصویب‌نامه) و در عین حال نفوذ دادگاه را با مطلع‌کردن او از روند تحول وضعیت، حفظ کند. همچنین در صورت رفتارهای ناشایست کودک و یا موانعی در اجرای تدابیر، نماینده می‌تواند گزارشی در روند اصلاح یا در صورت تشخیص، لزوم تغییر محل یا سرپرست را به قاضی ارائه نماید (مادهٔ ۲۷ تصویب‌نامه). بر همین اساس، در پیش از اجرای تدبیر *آزادی مراقبتی*، والدین، قیم یا نگهدارندهٔ کودک از ویژگی، موضوع، الزامات و اهداف این تدبیر آگاه می‌شوند (مادهٔ ۲۶ تصویب‌نامه) و ملزم به تعهداتی نسبت به کودک بزهکار در راستای نظارت و کنترل وی به‌منظور پیشگیری از بزهکاری ثانویهٔ وی می‌گردند؛ بر همین اساس، مادهٔ ۴۵-۱۳۲- قانون مجازات فرانسه در بندهای ۹ الی ۱۴ به تعهدات کنترلی و نظارتی اشاره داشته‌است که از جمله این تعهدات خانواده نسبت به کودک بزهکار عبارت‌اند از:

الف) خودداری از آشکارشدن در هر مکان به‌صورت خاص تعیین‌شده (بند ۹)؛ متعهدنشدن در شرطبندی، بویژه در تشکیلات شرطبندی گروهی (بند ۱۰)؛ عدم رفت‌وآمد در قهوه‌خانه‌هایی که در آن‌ها می‌توان مشروبات الکلی آشامید (بند ۱۱)؛ عدم رفت‌وآمد با برخی از محکومان، بویژه شرکا و معاونان بزه (بند ۱۲)؛ خودداری از ایجاد رابطه با برخی از اشخاص، بویژه بزه‌دیده (بند ۱۳) و عدم نگهداری یا حمل سلاح (بند ۱۴). البته این نکته قابل ذکر است که در قانون کیفری فرانسه نیز نظارت کنترلی نسبت به کودکان بزهکار از سوی دادگاه در نظر گرفته شده است که همانند قانون کیفری ایران است.

## نتیجه‌گیری

بر اساس گفتمان رایج در فقه امامیه، کودک قبل از رسیدن به سن بلوغ از تکلیف و مسئولیتی برخوردار نیست؛ ولیکن خانواده ملزم است نسبت به تربیت دینی کودک اقدامات لازم را مبذول نماید؛ بر همین اساس، از دیدگاه فقه امامیه چنانچه رفتار کودک مصداق بزهکاری باشد به‌دلیل عدم مسئولیت کیفری او پاسخ‌های تأدیبی در نظر گرفته شده است که در این رابطه خانواده می‌تواند و در مواردی مکلف است از چنین پاسخی بهره بگیرد. این پاسخ بر مبنای حق و تکلیف والدین در تربیت کودک است و البته قابل تحقق با روش‌های گوناگونی است از موعظه گرفته تا قهرکردن و توبیخ‌کردن و تنبیه بدنی؛ اما استفاده از چنین روش‌هایی مقید به شروطی است. همچنین استفاده از برخی روش‌های تأدیبی در قلمروهای خاصی امکان‌پذیر است. این پاسخ‌ها در وهلهٔ نخست ماهیتی جامعوی دارند اما می‌تواند همراه با الزامات حکومتی باشد البته دامنهٔ اختیارات و الزامات حکومتی به‌ویژه با آنچه در حقوق نوین مطرح است جای بحث دارد. در قانون کیفری ایران، قوانین کیفری به‌تبعیت از فقه ولی با کمی تغییرات نقش خانواده را در پاسخ‌دهی به بزهکاری کودکان مهم دانسته است و در مادهٔ ۸۸ قانون مجازات اسلامی به آن اشاره نموده است و مهم‌ترین پاسخ‌ها از سوی دادگاه که خانواده ملزم به انجام آن‌ها می‌باشد را شامل سرپرستی توسط خود خانوادهٔ کودک و یا خانوادهٔ جایگزین (در صورت انحطاط اخلاقی و یا عدم دست‌یابی به خانوادهٔ واقعی) و ملزم‌بودن خانوادهٔ سرپرست‌کنندهٔ کودک بزهکار به برخی تعهداتی که دادگاه در نظر گرفته است، دانسته است. لذا، این تعهدات شامل تعهدات اصلاحی و درمانی کودک (اصلاح کودک با کمک مددکار اجتماعی و روان‌شناس و... و ترک اعتیاد کودک معتاد)، تعهدات آموزشی و تحصیلی و تعهدات نظارتی و کنترلی می‌باشد. در قانون کیفری فرانسه نیز مانند قانون کیفری ایران همین تصمیمات را دادگاه برای پاسخ‌دهی به کودک بزهکار از سوی خانواده در نظر گرفته است و مادهٔ ۸-۱۲۲- قانون مجازات فرانسه در بندهایی به این نوع تعهدات اشاره نموده است.

بر اساس یافته‌های یادشده می‌توان ادعا کرد که درعین غنای فقه اسلامی و برخورداری از ادله و قواعد گوناگون فقهی آن‌چنان‌که شایسته است، تأدیب کودکان بزهکار و مسائل آن واکاوی نشده است و طرح «فقه التأدیب» برای اطفال بزهکار با استخراج مسائلی که بعضاً به آن‌ها اشاره شد خصوصاً واگذاری این مهم به اشخاص حقیقی و حتی حقوقی و نوع ضمانت‌اجراهای ناظر به این مهم می‌تواند افق‌های نوینی را در بحث مطرح نماید.

### تقدیر و تشکر

این مقاله حاصل بخشی از تحقیقات انجام‌شده مربوط به رسالهٔ دکتری آقای روح‌الله ابراهیمی می‌باشد که در دانشگاه آزاد اسلامی واحد محلات انجام شده است.

## منابع


قرآن کریم.

ابن‌بابویه، محمدبن‌علی. (۱۴۱۳ق). *من لا یحضره‌الفقیه* (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.

ابن‌منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). *لسان‌العرب* (چاپ سوم). بیروت – لبنان: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع – دارصادر.

احسایی، ابن‌ابی‌جمهور. (۱۴۰۵ق). *عوالی اللئالی*. قم: دارسیدالشهداء للنشر.

حاجی‌ده‌آبادی، محمدعلی. (۱۳۹۱). *حقوق تربیتی کودک در اسلام*. قم: انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

حرّ عاملی، محمدبن‌الحسن. (۱۴۰۹ق). *وسائل‌الشیعه الی تحصیل مسائل‌الشریعه*. قم: انتشارات اسلامیه.

حلی (ابن‌فهد)، احمدبن محمد. (۱۴۰۷ق). *عدةالداعی و نجاح‌الساعی*. قم: دارالکتب الاسلامیة.

دانش، تاج‌زمان. (۱۳۸۵). *طفل بزهکار کیست؟ روش اصلاح و تربیت او چیست؟*. تهران: انتشارات کیهان.

دانش، تاج‌زمان. (۱۳۸۶). *اطفال و جوانان بزهکار* (چاپ چهارم). تهران: نشر میزان.

رنوچی، ژان‌فرانسوا و کورتن، کریستین. (۱۳۹۵). *حقوق کیفری کودکان و نوجوانان*. (بهزاد رضوی‌فرد و خدیجه بهشتی، ترجمه). تهران: میزان.

روشن، محمد و حسینی، انسیه. (۱۳۹۴). نقش خانواده در پاسخ‌دهی به اطفال بزهکار با تأکید بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲. *فصلنامهٔ خانواده‌پژوهی*، سال یازدهم، (۴۴).

سالاری‌فر، محمدرضا. (۱۳۸۸). *درآمدی بر نظام خانواده در اسلام* (چاپ دوم). قم: نشر هاجر.

سبزواری، عبدالاعلی. (۱۴۱۷ق). *مهذب الاحکام*. قم: مؤسسة المنار.

شیخ مفید، محمدبن محمد. (۱۳۹۴ق). *امالی*. (طه طرزی، ترجمه). تهران: انتشارات آدینه سبز.

صلاحی، جاوید. (۱۳۸۸). *بزهکاری اطفال و نوجوانان* (چاپ چهارم). تهران: نشر میزان.

طوسی، محمدبن‌حسن. (۱۴۰۰ق). *النهایة فی مجردالفقه و الفتاوی* (چاپ دوم). بیروت – لبنان: دارالکتاب‌العربی.

طوسی، محمدبن‌حسن. (۱۴۰۹ق). *التبیان فی دائرة المعارف قرآن کریم*. (احمد حبیب قصیر عاملی، تحقیق). بیروت: داراحیاء التراث العربی.

طیب، عبدالحسین. (۱۳۷۸). *اطیب البیان فی تفسیر القرآن* (چاپ دوم). تهران: اسلام.

کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). *اصول الکافی*. تهران: دارالاسـوه للطباعة و النشر.

گلپایگانی، محمدرضا. (۱۴۱۲ق). *الدرالمنضود فی احکام‌الحدود*. (علی کریمی‌جهرمی، به‌کوشش). قم: دارالقرآن الکریم.

مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۳ق). *بحارالانوار الجامعة لدرر اخبار ائمة الاطهار*. بیروت: داراحیاء التراث العربی.

محمدی‌اصل، عباس. (۱۳۸۵). *بزهکاری نوجوانان و نظریه‌های انحراف اجتماعی*. تهران: انتشارات علم.

مرادی، قاسم. (۱۳۹۶). تعدیل مجازات زندان. *فصلنامهٔ علمی تخصصی اندیشمندان حقوق*، دورهٔ پنجم، (۱۳).

مروت، برزو. (۱۳۹۷). نقش بسترها و فرایندهای اجتماعی در هویت و فرایند هویت‌یابی کودکان (خانواده، مدرسه، همسالان، جامعه و...). *اولین همایش ملی کودکان ایران اسلامی در دورهٔ پیش از دبستانی*. وزارت آموزش و پرورش.

مغربی، نعمان بن محمد تمیمی. (۱۳۸۵ق). *دعائم الاسلام*. قم: مؤسسهٔ آل‌البیت.

مکارم‌شیرازی، ناصر. (۱۳۸۷). *تفسیر نمونه* (چاپ سیزدهم). تهران: انتشارات دارالکتب الاسلامیه.

موسوی بجنوردی، سید محمد؛ و جعفری دولابی، منا. (۱۳۸۸). مقایسه حقوق کیفری اطفال ایران و فرانسه با تاکید بر کنوانسیون حقوق کودک. *نامه الهیات*. دورهٔ ۳، (۹): ۱۱۱ـ۱۲۲.

مهدوی، محمود. (۱۳۸۸). *اطفال و نوجوانان در معرض خطر (مطالعهٔ موردی بررسی عوامل خطر بزهکاری در نوجوانان کانون اصلاح و تربیت تهران)* (رسالهٔ دکتری، استاد راهنما: دکتر محمد آشوری). دانشگاه تهران.

نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). *جواهرالکلام فی شرح شرائع‌الاسلام* (چاپ هفتم). بیروت – لبنان: دار إحیاء التراث العربی.

نجفی‌ابرندآبادی، علی‌حسین. (۱۳۹۰). پیشگیری عادلانه از جرم. در *علوم جنایی (مجموعهٔ مقالات در تجلیل از دکتر آشوری)* (ویرایش دوم). تهران: سمت.

نوری‌طبرسی، حسین‌بن‌محمدتقی. (۱۴۰۸ق). *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*. بیروت: موسسة آل البیت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.

نیازپور، امیرحسن. (۱۳۹۰). *توافقی‌شدن آیین دادرسی کیفری*. تهران: میزان.

نیازپور، امیرحسن. (۱۳۹۱). تکالیف جرم‌شناسانهٔ دستگاه قضایی در پرتو قانون برنامهٔ پنجم توسعهٔ اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی. *مجلهٔ حقوقی دادگستری*، (۸۰).

نیازپور، امیرحسن. (۱۳۹۶). *حقوق کیفری کودکان و نوجوانان (فرایند پاسخ‌دهی به بزهکاری کودکان و نوجوانان)* (چاپ دوم). تهران: میزان.

ورام، مسعودبن‌عیسی. (۱۳۶۹). *آداب و اخلاق در اسلام*. (محمدرضا عطایی، مترجم). مشهد: آستان قدس رضوی، موسسهٔ چاپ و انتشارات.

## References

The Noble Qurʾān.

Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ʿAlī. (1413 AH / 1992 AD). *Man Lā Yaḥḍuruhu al-Faqīh* (2nd ed.). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī affiliated with Jāmiʿat al-Mudarrisīn Ḥawzah ʿIlmiyyah Qom. (in Arabic)

Ibn Manẓūr, Muḥammad ibn Mukarram. (1414 AH / 1993 AD). *Lisān al-ʿArab* (3rd ed.). Beirut, Lebanon: Dār al-Fikr lil-Ṭibāʿah wa al-Nashr wa al-Tawzīʿ – Dār Ṣādir. (in Arabic)

Aḥsāʾī, Ibn Abī Juhūr. (1405 AH / 1985 AD). *ʿAwālī al-Liʾālī*. Qom: Dār Sayyid al-Shuhadāʾ. (in Arabic)

Ḥājī Dahābādī, Muḥammad ʿAlī. (1391 Sh. / 2012 AD). *Ḥuqūq-e Tarbiyat-i Kūdak dar Islām* [Educational Rights of Children in Islam]. Qom: Intishārāt Pazhūheshgāh Ḥawzah wa Dāneshgāh. (in Persian)

Ḥarr ʿĀmilī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. (1409 AH / 1988 AD). *Wāsiʿ al-Shīʿah ilā Taḥṣīl Masāʾil al-Sharīʿah*. Qom: Intishārāt Islāmiyyah. (in Arabic)

Ḥillī (Ibn Fahd), Aḥmad ibn Muḥammad. (1407 AH / 1986 AD). *ʿIddat al-Dāʿī wa Najāḥ al-Sāʿī*. Qom: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Arabic)

Dānesh, Tāj Zamān. (1385 Sh. / 2006 AD). "Ṭifl Bazhegār Kīst? Ravish-e Eṣlāḥ va Tarbiyat-e Ū Chīst?" [Who is a Delinquent Child? What are His Rehabilitation and Education Methods?]. Tehran: Intishārāt Kīyhān. (in Persian)

Dānesh, Tāj Zamān. (1386 Sh. / 2007 AD). *Aṭfāl va Javānān Bazhegār* (4th ed.) [Delinquent Children and Youth]. Tehran: Nashr Mīzān. (in Persian)

Rannūchī, Zhān-Frānswā and Kurten, Kristīn. (1395 Sh. / 2016 AD). *Ḥuqūq-e Keyfrī Kūdakān wa Nojavānān* [Criminal Law of Children and Adolescents]. Translated by Behzād Rezvī-fard and Khadījah Beheshtī. Tehran: Mīzān. (in Persian)

Rowshan, Muḥammad and Ḥusaynī, Unsīyeh. (1394 Sh. / 2015 AD). "Naqsh-e Khānevādeh dar Pāsdāhī be Aṭfāl-e Bazhegār bā Taʾkīd bar Qānūn-e Mujāzāt-e Eslāmī 1392" [The Role of Family in Responding to Juvenile Delinquents with Emphasis on Islamic Penal Code 2013]. *Faslnāmah-ye Khānevādehpūzhūhī*, 11(44). (in Persian)

Sālārīfar, Muḥammad Riḍā. (1388 Sh. / 2009 AD). *Daramad bar Nizām-e Khānevāde dar Islām* (2nd ed.) [An Introduction to the Family System in Islam]. Qom: Nashr Hājar. (in Persian)

Sabzawārī, Sayyid ʿAbd al-ʿAlī. (1417 AH / 1996 AD). *Muhadhdhab al-Aḥkām*. Qom: Muʾassasat al-Manār. (in Arabic)

Shaykh Mufīd, Muḥammad ibn Muḥammad. (1394 AH / 1974 AD). *Amālī*. Translated by Ṭahah Ṭarzī. Tehran: Intishārāt Ādīneh Sabz. (in Persian)

Ṣalāḥī, Jāwīd. (1388 Sh. / 2009 AD). *Bazhegārī Aṭfāl wa Nojavānān* (4th ed.) [Delinquency of Children and Adolescents]. Tehran: Nashr Mīzān. (in Persian)

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. (1400 AH / 1980 AD). *Al-Nihāyah fī Mujarrad al-Fiqh wa al-Fatāwā* (2nd ed.). Beirut: Dār al-Kutub al-ʿArabī. (in Arabic)

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. (1409 AH / 1989 AD). *Al-Tibyān fī Dāʾirat al-Maʿārif al-Qurʾān al-Karīm*. Edited by Aḥmad Ḥabīb Qaṣīr ʿĀmilī. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)

Ṭayyib, ʿAbd al-Ḥusayn. (1378 Sh. / 1999 AD). *Aṭīb al-Bayān fī Tafsīr al-Qurʾān* (2nd ed.). Tehran: Islām. (in Persian)

Kulaynī, Muḥammad ibn Yaʿqūb. (1407 AH / 1987 AD). *Uṣūl al-Kāfī*. Tehran: Dār al-ʾUswah. (in Arabic)

Golpayegānī, Muḥammad Riḍā. (1412 AH / 1991 AD). *Al-Durr al-Manḍūd fī Aḥkām al-Ḥudūd*. Edited by ʿAlī Karīmī Jahromī. Qom: Dār al-Qurʾān al-Karīm. (in Persian)

Majlisī, Muḥammad Bāqir. (1403 AH / 1983 AD). *Biḥār al-Anwār al-Jāmiʿah li Durar Akhbār Āl al-Rasūl al-Aṭhār*. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)

Muḥammadi Asl, ʿAbbās. (1385 Sh. / 2006 AD). *Bazhegārī-ye Nojavānān va Nazariyāt-e Inhirāf-e Ejtemāʿī* [Juvenile Delinquency and Theories of Social Deviation]. Tehran: Intishārāt ʿElm. (in Persian)

Morādī, Qāsem. (1396 Sh. / 2017 AD). "Taʿdīl-e Mojāzāt-e Zendān" [Modification of Prison Sentences]. *Faslnāmah-ye ʿElmī Takhaṣṣoṣī Andīshmandān-e Ḥuqūq*, 5(13). (in Persian)

Morvat, Borzū. (1397 Sh. / 2018 AD). "Naqš-e Bastarhā va Farāyand-hā-ye Ejtemāʿī dar Hovīyat va Farāyand-e Hovīyat-Yābī Kūdakān (Khānevāde, Madrese, Ham-salān, Jāmeʿeh wa...)" [The Role of Social Contexts and Processes in Identity and Identity Formation of Children: Family, School, Peers, Society, etc.]. First National Conference of Islamic Iranian Children in Preschool Period. Ministry of Education. (in Persian)

Maghribī, Nūmān ibn Muḥammad Tamīmī. (1385 AH / 1965 AD). *Daʿāʾim al-Islām*. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt. (in Arabic)

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. (1387 Sh. / 2008 AD). *Tafsīr Namūneh* (13th ed.). Tehran: Intishārāt Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Persian)

Mūsawī Bojnourdī, Sayyid Muḥammad and Jaʿfarī Dūlābī, Manā. (1388 Sh. / 2009 AD). "Moqāyeseh-ye Ḥuqūq-e Keyfrī-ye Aṭfāl-e Īrān va Farānseh bā Taʾkīd bar Konvānsyōn Ḥuqūq-e Kūdak" [Comparison of Juvenile Criminal Law of Iran and France with Emphasis on the Convention on the Rights of the Child]. *Nāmē-ye Elhāyat*, 3(9), 111–122. (in Persian)

Mahdavī, Maḥmūd. (1388 Sh. / 2009 AD). *Aṭfāl va Nojavānān dar Maʿrāḍ-e Khaṭar* [Children and Adolescents at Risk]: Case Study of Risk Factors of Delinquency in Tehran Juvenile Correction and Training Center. Doctoral Dissertation, University of Tehran. (in Persian)

Najafī, Muḥammad Ḥasan. (1404 AH / 1984 AD). *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāʾiʿ al-Islām* (7th ed.). Beirut – Lebanon: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)

Najafī Abrandābādī, ʿAlī Ḥusayn. (1390 Sh. / 2011 AD). *Pishgīrī-ye ʿĀdelāneh az Jorm* [Fair Crime Prevention]. In *ʿUlūm-e Jināʾī* (Collection of Articles Honoring Dr. Āshūrī), 2nd ed. Tehran: Samt. (in Persian)

Nūrī Ṭabrīsī, Ḥusayn ibn Muḥammad Taqī. (1408 AH / 1987 AD). *Mustadrak al-Wasāʾil wa Mustanbiṭ al-Masāʾil*. Beirut: Muʾassasat Āl al-Bayt. (in Arabic)

Nīyāzpūr, Amīr Ḥasan. (1390 Sh. / 2011 AD). *Tawāfuqī-šodan-e Āyin-e Dādrasī-ye Keyfrī* [The Accordance on Procedural Law in Criminal Cases]. Tehran: Mīzān. (in Persian)

Nīyāzpūr, Amīr Ḥasan. (1391 Sh. / 2012 AD). "Takālīf-e Jorm-šenāsān-e Dāstgāh-e Qazāyī dar Partow-e Qānūn-e Barnāmeh-ye Panjom-e Towseʿeh-ye Eqtesādī, Ejtemāʿī wa Farhangī" [Duties of Criminal Experts in the Judiciary under the Fifth Development Plan]. *Majallat-e Ḥuqūqī Dādgostari*, (80).

Nīyāzpūr, Amīr Ḥasan. (1396 Sh. / 2017 AD). *Ḥuqūq-e Keyfrī Kūdakān va Nojavānān* [Criminal Law of Children and Adolescents] (2nd ed.). Tehran: Mīzān. (in Persian)

Warām, Masʿūd ibn ʿĪsā. (1369 Sh. / 1990 AD). *Ādāb va Akhlāq dar Islām* [Ethics and Morals in Islam]. Translated by Muḥammad Riḍā ʿAṭāyī. Mashhad: Āstān Quds Raḍawī, Muʾassasat Chaap wa Intishārāt.

Studies of Islamic Jurisprudence and the Basis of Law
Online ISSN: 2783-0837 Print ISSN: 2783-2368
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# Paternal and Maternal Lineage and Milk-Kinship in Children Born via Surrogacy

**Jafar Raayati**[1], **Ali Akbar Esmaeili**[2], and **Sayyid Reza Mousavi**[3]

1. PhD Student in Law, Islamic Azad University, Gorgan Branch, Gorgan, Iran. Email: roayati.jafar@gmail.com
2. *Corresponding Author*, Assistant Professor, Department of Law, Islamic Azad University, Gorgan Branch, Gorgan, Iran. Email: a.esmaeile@gmail.com
3. Assistant Professor, Department of Law, Islamic Azad University, Gorgan Branch, Gorgan, Iran. Email: 2064348166@iau.ir

**Article Info**

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received
12 November 2022
Received in revised form
07 January 2023
Accepted
05 February 2023
Available online
22 June 2025

***Keywords:***
ijārah (leasing),
surrogacy,
lineage (nasab),
milk mother (umm al-radāʿah),
child

**ABSTRACT**

Lineage is a legal relationship that emerges through the genesis of a human from another human's reproductive fluid, which the law has recognized and established its legal provisions. The realization of lineage in Islamic jurisprudence and positive law is founded on two axes conventional (natural method) and unconventional (laboratory method), with surrogacy being one of the unconventional methods. In this context, the fundamental question concerns the nature of paternal and maternal lineage of children born through this method. The present article, compiled through library research, investigates paternal and maternal lineage and examines the existence of milk kinship (raḍāʿī) between a child born through surrogacy and the surrogate mother. In this regard, the views of jurists and legal scholars have been critically analyzed. The results demonstrate that despite divergent perspectives among jurists and legal scholars in determining the lineage of infants born through surrogacy, the infant is attributed to the juridical parents (owners of the ovum and sperm). By a fortiori reasoning, the surrogate mother is recognized as the child's milk mother (umm al-raḍāʿah); consequently, she bears only marital prohibition (ḥurmah), but not other lineage effects such as inheritance or custody.

**Cite this article:** Raayati, J., Esmaeili, A. A., & Mousavi, S. R. (2025). Paternal and Maternal Lineage and Milk-Kinship in Children Born via Surrogacy. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law, 19*(1), 207-227. http//doi.org/10.22034/fvh.2024.14689.1685

© The Author(s). Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: http//doi.org/10.22034/fvh.2024.14689.1685

## Introduction

*Nasab* (lineage) refers to the kinship relationship established through the birth of a person from the gametes of another human being. In legal and Islamic jurisprudential systems, *nasab* is recognized as one of the foundational concepts, serving as the basis for numerous rulings, including inheritance, custody, and marital prohibition. In both Islamic jurisprudence and statutory law, *nasab* may be established in two ways: naturally (through conventional reproduction) and non-naturally (through assisted reproductive methods). One of the non-natural methods of establishing *nasab* is surrogacy, whereby a woman (the surrogate mother) carries and delivers a fetus conceived from the ovum and sperm of the intended parents. With advances in reproductive technologies in recent decades, surrogacy has expanded significantly and has raised complex questions concerning lineage determination and related rulings.

The primary questions in this field concern the determination of paternal and maternal lineage of children born through surrogacy, as well as the possible establishment of a *riḍāʿī* (milk-kinship) relationship between the child and the surrogate mother. These issues are contentious from both jurisprudential and legal perspectives, as jurists and legal scholars differ in their views on the lineage of such children. Some emphasize the biological connection (ownership of ovum and sperm), while others consider the gestational role of the surrogate mother in determining *nasab* or *riḍāʿ*. This study seeks to address these questions by analyzing the opinions of Islamic jurists and legal scholars concerning the lineage of children born via surrogacy. It aims to clarify the status of paternal and maternal *nasab* and the *riḍāʿī* relationship in such cases through a close examination of relevant jurisprudential and legal sources.

## Methodology

This research employs a library-based method. Primary sources include classical jurisprudential works, scientific articles, statutory laws, and the opinions of jurists (*fuqahāʾ*) and legal scholars in the fields of lineage and surrogacy. Initially, major jurisprudential sources, including works of *fiqh istidlālī* (jurisprudential reasoning) and the fatwas of contemporary *marājiʿ al-taqlīd*, were reviewed. In addition, civil law provisions relating to *nasab* in Iran and in selected other jurisdictions that recognize surrogacy were analyzed.

Subsequently, scholarly articles and research published in reputable journals on surrogacy and lineage were studied. To ensure comprehensiveness, the views of leading jurists, as well as family law experts, were examined. Content analysis was employed to extract and compare different perspectives, enabling the identification of areas of consensus and divergence in jurisprudential and legal opinions. Furthermore, through analogical reasoning (*qiyās*) and jurisprudential inference (*istinbāṭ*), rulings

related to the possible *riḍāʿī* relationship between the child and the surrogate mother were derived.

## Findings

The findings indicate significant differences of opinion among jurists and legal scholars regarding the lineage of children born through surrogacy. These divergences stem primarily from different jurisprudential and legal foundations, as well as from varying interpretations of the biological and gestational roles in determining *nasab*. The key findings are presented under three main headings:

**a. Paternal and maternal lineage (*nasab abawī wa-ummī*)**

The majority of jurists and legal scholars hold that paternal and maternal *nasab* of children born through surrogacy belongs to the intended parents—that is, the genetic parents who provided the ovum and sperm. From a jurisprudential perspective, paternal lineage is attributed to the man whose sperm was used to fertilize the ovum, and maternal lineage is attributed to the woman whose ovum was used in conception. This view is grounded in the principle that the genetic origin of the fetus is the decisive factor in establishing *nasab*. In Iranian civil law, Article 1158 of the Civil Code implicitly supports this position, as it defines lineage on the basis of genetic connection. However, some jurists, citing the surrogate mother's role in carrying and nourishing the fetus, argue that she may also be recognized in certain rulings—such as marital prohibition—as a *riḍāʿī* mother.

**b. *Riḍāʿī* (milk-kinship) relationship**

One of the central issues in this research is whether a *riḍāʿī* relationship is established between the surrogate mother and the child. In Islamic jurisprudence, *riḍāʿ* arises when a woman breastfeeds a child with her own milk. In the case of surrogacy, some jurists, by analogy (*qiyās al-awlawiyya*), argue that because the surrogate mother nourishes the fetus in utero through the umbilical cord, she may be considered a *riḍāʿī* mother. This analogy is based on the priority that nourishing a fetus during gestation is more direct than postnatal breastfeeding. However, this *riḍāʿī* relationship is generally limited to the prohibition of marriage and does not extend to other legal consequences of *nasab*, such as inheritance or custody. Other jurists reject this analogy, maintaining that *riḍāʿ* is restricted exclusively to breastfeeding after birth.

**c. Jurisprudential and legal divergences**

The existing divergences are largely due to differences in the interpretation of jurisprudential and statutory sources. In Shīʿī jurisprudence, for example, some authorities, such as Ayatollah Sistani, emphasize the primacy of the genetic connection and regard the surrogate solely as a gestational carrier, whereas some Sunni jurists place greater weight on the role of gestation. In Iranian law, there is no explicit statutory provision addressing this matter, leaving a legal vacuum.

## Conclusion

This study demonstrates that the lineage of children born through surrogacy is a complex issue in both jurisprudence and law, requiring nuanced analysis. While differences exist among jurists and legal scholars, the predominant view is that both paternal and maternal *nasab* belong to the intended parents (the genetic parents). This conclusion is grounded in the central role of genetic factors in determining lineage, as recognized in Islamic jurisprudence and Iranian civil law. Nevertheless, by *qiyās al-awlawiyya*, the surrogate mother is considered a *riḍā ʿī* mother with respect to marital prohibition—a ruling that, while limited in scope, holds significant jurisprudential importance.

From a legal perspective, the absence of explicit legislation in Iran regarding surrogacy and the lineage of children born through this method underscores the need for clear and comprehensive laws. It is recommended that lawmakers, in collaboration with jurists and legal scholars, develop a legal framework that both adheres to Islamic jurisprudential principles and responds to the growing societal demand for clarity in matters relating to advanced reproductive technologies. Future research may benefit from comparative studies of surrogacy laws in different jurisdictions and their implications for lineage rulings, offering more effective solutions to the current challenges.

***Author Contributions:*** All authors contributed equally to this work (33.3% each).

***Data Availability Statement:*** Not Applicable.

***Acknowledgements:*** No acknowledgments are to be made.

***Ethical Considerations:*** The authors avoided data fabrication, falsification, plagiarism, and misconduct.

***Funding:*** This research did not receive any specific grant from funding agencies in the public, commercial, or not-for-profit sectors.

***Conflict of Interest:*** The authors declare no conflict of interest.

***Declaration of Generative AI and AI-assisted technologies in the writing process:*** Information not yet submitted.

مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق
شاپا برخط: ۰۸۳۷-۲۷۸۳ شاپا چاپی: ۲۳۶۸-۲۷۸۳
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# بررسی نسب پدری و مادری و رابطهٔ خویشاوندی رضاعی کودکان متولد از رحم اجاره‌ای

جعفر رعایتی[۱]، علی‌اکبر اسمعیلی[۲]، و سیدرضا موسوی[۳]

۱. دانشجوی دکتری حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد گرگان، گرگان، ایران. رایانامه: roayati.jafar@gmail.com
۲. *نویسندهٔ مسئول*، استادیار گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد گرگان، گرگان، ایران. رایانامه: a.esmaeile@gmail.com
۳. استادیار گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد گرگان، گرگان، ایران. رایانامه: 2064348166@iau.ir

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:**
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۲۱
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۰/۱۷
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۶
تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۴/۰۱

***کلیدواژه‌ها:***
اجاره،
رحم اجاره‌ای،
نسب،
مادر رضاعی،
کودک

**چکیده**

نسب، رابطه‌ای اعتباری است که از رهگذر پیدایش یک انسان از نطفهٔ انسان دیگر به وجود می‌آید و قانون نیز همین رابطه را در پیدایش آن معتبر دانسته و احکام آن را وضع نموده است. تحقق نسب در فقه و حقوق موضوعه بر دو محور عادی (روش طبیعی) و غیرعادی (روش آزمایشگاهی) استوار است که یکی از راه‌های غیرعادی آن استفاده از رحم اجاره‌ای می‌باشد. در این خصوص، سؤال اساسی چیستی نسب پدری و مادری کودکان متولد از این طریق است. در مقالهٔ حاضر که با روش کتابخانه‌ای گردآوری شده، به بررسی نسب پدری و مادری و همچنین، بررسی وجود رابطهٔ خویشاوندی رضاعی بین کودک متولد از رحم اجاره‌ای و مادر جانشین پرداخته شده است. در این راستا، آراء فقیهان و حقوق‌دانان دربارهٔ این مسئله واکاوی شده‌اند. نتایج مقاله نشان داده است که علی‌رغم اختلاف دیدگاه بین فقیهان و حقوق‌دانان در تعیین نسب نوزادان متولدشده از رحم اجاره‌ای، نوزاد به والدین حکمی (صاحبان تخمک و اسپرم) منتسب می‌گردد و مادر جایگزین به قیاس اولویت، به‌عنوان مادر رضاعی طفل شناخته می‌شود؛ لذا تنها با وی حرمت نکاح دارد، اما آثار دیگر نسب به‌مانند ارث یا حضانت را شامل نخواهد شد.

**استناد:** رعایتی، جعفر؛ اسمعیلی، علی‌اکبر؛ و موسوی، سیدرضا (۱۴۰۴). بررسی نسب پدری و مادری و رابطهٔ خویشاوندی رضاعی کودکان متولد از رحم اجاره‌ای. *مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*، ۱۹(۱)، ۲۰۷-۲۲۷.
https://doi.org/10.22034/fvh.2024.14689.1685

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.
© نویسنده(گان).

## مقدمه

عوامل مختلفی می‌تواند زمینه‌ساز ناباروری شود که در ادامه به آن‌ها پرداخته می‌شود. نخستین و مهم‌ترین عامل ناباروری این است که زوج‌ها به‌دلیل نوعی بیماری مانند نقص در اسپرم مرد یا تخمک زن یا به‌دلیل وجود مشکلی در اندام‌های تناسلی یکی از طرفین که مانع لقاح اسپرم با تخمک می‌شود، نمی‌توانند صاحب فرزند شوند که در این موارد از روش لقاح مصنوعی یا به‌عبارت دیگر تلقیح خارج از رحم استفاده می‌شود؛ به این صورت که اسپرم یا تخمک تقویت شده و سپس، لقاح خارج از رحم و در محیط آزمایشگاهی انجام می‌شود و در نهایت، از آن نطفه در رحم زن قرار می‌گیرد. عامل دوم، وجود مشکل در رحم است. بدین‌معنی که مشکلی در انجام لقاح وجود ندارد، اما زن به‌صورت مادرزادی فاقد رحم است یا به‌دلیل بیماری، رحم زن برداشته شده است. عامل سوم، وجود بیماری رحمی یا بیماری‌هایی نظیر دیابت حاد است که حاملگی را برای زن غیرممکن می‌کند که در مورد چنین زنانی از رحم یک زن دیگر (رحم جایگزین) استفاده می‌شود.

در روش رحم جایگزین، پس از لقاح اسپرم و تخمک یک زوج، نطفهٔ حاصله در رحم یک زن دیگر قرار داده می‌شود تا پـس از پایان دورهٔ بارداری، فرزند این زوج به‌دنیا بیاید. برای اجرای این روش، قراردادی بین زوج نابارور و زنی که از رحم او به‌عنوان رحم جایگزین استفاده می‌شود، منعقد می‌گردد که به آن قرارداد (اجارهٔ رحم) گفته می‌شود و دارای مسائل متعدد فقهی و حقوقی است. در این میان، مهم‌ترین حکم وضعی که در اثر اجارهٔ رحم مطرح می‌گردد، نسب می‌باشد. نسب امری اعتباری است که دارای منشأ اعتبار واقعی و حقیقی است و با وضع قانون یا قرارداد نمی‌توان این رابطه را تغییر داد (علوی قزوینی، ۱۳۸۰، ص. ۱۹۱) و علت حساسیت موضوع در این است که نسب، احکام وضعی کودک را که مربوط به نکاح محرمیت، ارث، حضانت، ولایت، تربیت و وقف می‌باشد، تحت‌الشعاع قرار می‌دهد. لذا، مطالعه در مورد آن حائز اهمیت می‌باشد. با توجه به اهمیت موضوع، هدف این پژوهش پاسخگویی به این پرسش است که حکم فقیهان و حقوق‌دانان در ارتباط با تعیین نسب نوزادان حاصل از روش رحم اجاره‌ای چیست؟

به‌عنوان فرضیهٔ پژوهش می‌توان بیان نمود که در تعیین نسب نوزادان متولدشده از رحم اجاره‌ای، نوزاد را منتسب به والدین حکمی (صاحبان تخمک و اسپرم) و مادر جایگزین را به قیاس اولویت، مادر رضاعی طفل می‌دانند که تنها با وی حرمت نکاح دارد، اما سایر آثار نسب به‌مانند ارث یا حضانت را شامل نخواهد شد. پیش از این، در این زمینه پژوهش‌هایی نیز صورت گرفته است که در جدول ذیل ذکر شده‌اند:

| عنوان | سال | پژوهشگر | نتایج تحقیق |
|---|---|---|---|
| مطالعهٔ تطبیقی وضعیت نسب طفل متولد از رحم جایگزین در حقوق ایران و آمریکا | ۱۳۹۴ | حاجی‌عزیزی و قفقازی‌الاصل | در حقوق ایران، طفل به صاحبان نطفه (صاحب اسپرم و تخمک) منتسب می‌باشد. |
| بررسی فقهی استفاده از رحم اجاره‌ای | ۱۳۹۶ | شاکری | از نظر وضعی نیز رابطه پدری برای صاحب اسپرم به‌صورت قطعی ثابت بوده و نسبت به اصل رابطه مادری صاحب و صاحب رحم، اگرچه شبهه‌ای وجود ندارد، اما در نوع رابطه که به‌صورت نسبی با رضاعی است. تأملاتی وجود دارد. |
| نسب کودکان متولدشده از رحم اجاره‌ای؛ مطالعه تطبیقی در حقوق موضوعه ایران و ترکیه | ۱۳۹۹ | رزم‌خواه | حقوق ایران کودک را منتسب به مادر ژنتیک (صاحب تخمک) می داند. |

پژوهش‌های فوق می‌تواند در زمینهٔ بررسی احکام رحم اجاره‌ای و نسب راهگشا باشد. بااین‌حال ابهامات موجود در تکالیف حقوقی طرفین و چگونگی تمتع نوزاد به‌دنیاآمده از این روش از حقوق مدنی و همچنین ابهام در وضعیت فقهی و حقوقی طفل به‌دنیاآمده ضرورت پژوهش‌های بیشتر در این خصوص را آشکار می‌سازد. بدین‌منظور در این پژوهش به روش توصیفی-تحلیلی به بررسی نسب کودکان در حالت استفاده از رحم جایگزین پرداخته خواهد شد.

## تحقّق نسب در استفاده از رحم اجاره‌ای

در این بخش، نسب کودک متولد از رحم اجاره‌ای مطالعه می‌شود و این پرسش مطرح می‌شود که نسب در این حالت ثابت می‌شود یا خیر؟ البته بحث هنگامی ضرورت دارد که عدم تحقق نسب در ولدالزنا ثابت باشد. در خصوص تحقق نسب در طفل متولد از رحم جایگزین اختلاف‌نظر وجود دارد. برخی عقیده دارند باید رابطهٔ جنسی بین زن و مرد مباح باشد تا نسب، مشروع محسوب شود. آنان در تحقق نسب دو چیز را شرط می‌دانند: یکی ارتباط مشروع و دیگری ارتباط زوج و زوجه به‌طریق متعارف (حکیم، ۱۴۰۰ق، ص. ۲۱۵)، ازاین‌رو، چنانچه فرزندی از یک زن و مرد متولد شود و به نکاح صحیح یا شبهه مستند نباشد، نسب او مشروع نخواهد بود، هرچند ولدالزنا هم نباشد. بر اساس این نظریه، فرزند متولد از رحم جایگزین در صورتی که مشروع نباشد، نسب مشروع نیز نخواهد داشت. در اشکال این نظریه گفته شده است که این نظریه مدرک شرعی ندارد. اجماع و نص خاص که در مورد ولدالزنا به آن‌ها استناد شده ارتباطی به این مورد ندارد؛ زیرا نه اجماع می‌گوید که رابطه باید مباح باشد و نه حدیث فراش. مضافاً اینکه از حیث عرف و لغت نیز بر این کودک ولد صدق می‌کند و از طرف شرع نیز منعی نرسیده است (قبله‌ای خویی، ۱۳۸۴، ص. ۲۶۸). از دیدگاه فقیهان معاصر در تلقیح مصنوعی در خصوص انتساب، مباح‌بودن ارتباط شرط نیست. این نظریه با توجه به روایات وارده در مسئلهٔ مساحقه، که در آن خلاف آن را بیان می‌کنند، خدشه‌پذیر می‌نماید. برای روشن‌شدن این بحث، روایت منقول از امام حسن (ع) به‌اختصار بیان می‌شود:

«ابن مسلم گفت: شنیدم اباجعفر و اباعبدالله (ع) می‌گفتند: حسن بن علی (ع) در مجلس حضرت علی (ع) حضور داشت که عده‌ای وارد شدند و خواستند از حضرت علی (ع) مسئله‌ای را سؤال کنند. به‌علت عدم حضور حضرت در مجلس نزد امام حسن (ع) سؤال را طرح کردند. آن مسئله این بود که مردی با زن خود نزدیکی و زن با همان حالت بی‌درنگ با دختر باکره‌ای مساحقه نموده و در نتیجهٔ این عمل، نطفه از رحم زن وارد رحم دختر گردیده و دختر حامله شده است. چه باید کرد؟ امام فرمود: ابتدا به زن رجوع کنید و از او مهر دختر باکره را بگیرید، زیرا طفل حاصل از مساحقه، از رحم دختر خارج نمی‌شود، مگر با ازالهٔ بکارت وی. سپس زن را چون شوهر داشته، رجم کنید و پس از آن به انتظار بنشینید تا دختر باکره زایمان و طفل را به پدرش داده و دختر را تازیانه بزنید» (حرعاملی، ۱۴۱۴ق، ج. ۱۸، ص. ۶۲۶).

آنچه از مدلول این دسته از روایات به دست می‌آید و اکثر فقیهان بزرگ امامیه نیز به آن معتقدند، این است که کودک به صاحب اسپرم ملحق می‌شود، اگرچه در اثر یک عمل حرام مانند مساحقه تولد یافته

باشد. در واقع، تحریم مسئله، در نسب طفل هیچ‌گونه اثری نداشته است. این مطلب شایان بررسی دقیق است زیرا در این زمینه فتاوایی از فقیهان نقل شده است که از جمله آن‌ها می‌توان به مورد زیر اشاره نمود:

از روایات نقل‌شده در مسئلهٔ مساحقهٔ زن شوهردار با دختر باکره، چنین برمی‌آید که شوهر چون با زن خود نزدیکی کرده، هیچ اراده و اختیاری در انتقال نطفه به دیگری نداشته و فرزند به او ملحق شده است، اما دختر باکره چون کارش نامشروع بوده، مشهور فقیهان با انتساب طفل به او مخالفت کرده‌اند و حکم زنا را دربارهٔ وی جاری ساخته‌اند. به نظر می‌رسد، در رابطه با تحقق نسب شرعی در حالت استفاده از رحم جایگزین، با توجه به نظر فقها، می‌توان حکم به تحقق نسب در حالت مادر جانشین، داد. از سوی دیگر، همان‌طور که گفتار و سخنان فقیهان اسلامی در باب نسب دلالت دارد، قانون‌گذار اسلام در مسئلهٔ نسب، حقیقت و تأسیس متفاوت از تأسیس عرفی ایجاد نکرده و تنها در ولدزنا به ادلهٔ مصالحی و بر اساس ادلهٔ خاص در نسب ناشی از آن یا در بعضی از احکام مترتب بر آن تصرف نموده است. بنابراین، مطابق معیارها و قواعد اصولی، در غیرمورد خاص «زنا» بایستی به عام رجوع شود. عام در فرض بحث، مشروعیت نسب لغوی و عرفی است.

ممکن است ایراد شود که قانون‌گذار برای اثبات نسب، آمیزش و نزدیکی زوجین را معتبر دانسته است؛ زیرا برابر مادهٔ ۱۱۵۸ قانون مدنی: «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از ۶ ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد». بدین‌ترتیب، برابر مادهٔ فوق‌الذکر، طفل متولد در زمان زوجیت در صورتی به شوهر نسبت داده می‌شود که بین او و زن، نزدیکی واقع شده باشد. بنابراین، طفلی که به‌وسیلهٔ تلقیح مصنوعی زن و شوهر به‌دنیا آمده است، به‌دلیل عدم وقوع نزدیکی بین زن و شوهر، به شوهر منتسب نمی‌گردد.

این برداشت برابر نظر فقیهانی است که در آن، اگر مرد با زنی آمیزش جنسی نداشته باشد، کودک تولدیافته به او ملحق نشده و فرزند وی به حساب نمی‌آید (حمدالهی و روشن، ۱۳۹۳، صص. ۱۹۳–۱۹۷). به‌هرحال، باید بررسی شود که با توجه به این شرایط، به‌دلیل عدم وقوع نزدیکی بین زن و شوهر، طفلی که به‌وسیلهٔ تلقیح مصنوعی زن و شوهر به‌دنیا آمده است، را می‌توان به شوهر منتسب دانست یا خیر.

برخی فقیهان مانند آیت‌الله سیدمحسن حکیم (ره) که در تحقق نسب ارتباط زوج و زوجه به‌طریق متعارف و ارتباط مشروع را شرط می‌دانند، معتقدند که نسب با تلقیح ثابت نمی‌شود اگرچه تلقیح اسپرم زوج به زوجه باشد.

در مقام نقد و بررسی موارد مطرح‌شده می‌توان بیان داشت:

هرچند موضوع اعتبار آمیزش جنسی (دخول) در مباحث مختلفی از کتاب فقه (الحاق ولد در ازدواج دائم و موقت، لزوم رعایت عده، لعان و نفی ولد) و به‌تبع آن در مواد ۱۱۵۸، ۱۱۵۹ و ۱۱۶۰ قانون مدنی مطرح شده است، اما به نظر می‌رسد اعتبار آمیزش جنسی در تحقق نسب و برقراری ارتباط خویشاوندی میان پدر حقیقی–بیولوژیک و کودک، تنها از این جهت است که در شرایط عادی و البته در بیشتر موارد، راه انتقال اسپرم به رحم زن آمیزش جنسی است و از آن برنمی‌آید که «نزدیکی» را وسیلهٔ منحصر مشروع‌ساختن نسب قرار داده باشد. به همین دلیل، در تحقق نسب طفلی که در اثر تفخیذ یا سایر تماس‌های

بدنی زن و شوهر ایجاد شده است تردید وجود ندارد، به‌طوری‌که در نزدیکی‌های غیرمتعارف (وطی در دبر) یا تفخیذ نیز اگر احتمال رسیدن اسپرم به رحم وجود داشته باشد، فرزند به صاحب اسپرم ملحق می‌شود. هرچند این‌گونه نزدیکی یا رابطه به‌خودی‌خود نمی‌تواند عامل بارداری شود.

برخی معتقدند نزدیکی جنسی فقط راه معتاد آبستنی است و نفس این اقدام، به‌تنهایی اثری در احکام نسب ندارد و آنچه سبب انتساب طفل به پدر و مادر می‌شود، رابطهٔ زوجیت بین آنان یا اعتقاد به وجود چنین رابطه‌ای است و در انتساب طفل به پدر و مادر نباید تردید کرد (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ص. ۳۱). پس اگر نزدیکی جنسی شرط لازم شمرده شود؛ به آن دلیل خواهد بود که علم به تحقق‌پیدانکردن آن، علم به وجود مانع بر سر راه تحقق نسب و حصول خویشاوندی است. ازاین‌رو، اگر پدر بیشتر از زمان بارداری (ده ماه) از همسر خود دور باشد (غیبت)، فرزند به او ملحق نمی‌شود؛ زیرا آمیزش در خلال آن ممکن نبوده است.

از مجموع مطالب مطرح‌شده می‌توان نتیجه گرفت که «نزدیکی جنسی» مذکور در مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی به‌اعتبار اینکه سبب انعقاد نطفه می‌گردد مورد نظر قانون‌گذار واقع شده است و خصوصیتی در نزدیکی و مواقعهٔ زوجین نیست تا در نسب مؤثر گردد.

## وضعیت نسب کودک متولدشده از رحم اجاره‌ای

دربارهٔ نسب پدری کودکان متولدشده از روش رحم اجاره‌ای، اختلاف‌نظر عمده‌ای وجود ندارد، ولی در باب نسب مادری آن‌ها، آرای گوناگونی وجود دارد که آثار فراوانی بر آن مترتب می‌باشد. ازاین‌رو، در دو قسمت به بررسی نسب پدری و مادری این کودکان پرداخته می‌شود و در نهایت، با توجه به ملاک‌های خویشاوندی رضاعی، رابطهٔ خویشاوندی رضاعی بین کودک متولدشده از روش رحم جایگزین و مادر جانشین بررسی خواهد شد.

### ۱ـ نسب پدر

در فقه شیعه و در قانون، به‌منظور اثبات نسب و حفظ آرامش خانواده‌ها، اماراتی به‌عنوان راه‌های ثبوت نسب مشروع بیان گردیده است. از جمله مهم‌ترین آن‌ها جهت اثبات نسب پدری، امارهٔ فراش می‌باشد. فراش در لغت، به‌معنای بستر است. در اصطلاح حقوقی مقصود از امارهٔ فراش این است که چنانچه کودکی از زن شوهردار به‌دنیا آمده باشد، به‌سبب این قاعده، فرزند شوهر محسوب می‌گردد و مستند اصلی قاعدهٔ فراش این حدیث نبوی می‌باشد که می‌فرماید: «الولد للفراش و للعاهر الحجر». در این حدیث، دو احتمال در معنای فراش داده شده است. امکان دارد فراش به‌مفهوم بستر باشد و مراد از آن، نزدیکی مشروع باشد و یا به‌معنای رابطهٔ زوجیت بین زوجین باشد. با درنظرگرفتن احتمال دوم، قطعاً می‌توان طفل را به والدین حکمی ملحق نمود؛ چون، بین آن‌ها رابطهٔ زوجیت برقرار بوده است. ولی بر اساس احتمال نخست که مقصود از فراش، بستر و نزدیکی است؛ جهت الحاق کودک به والدینش بایستی بستر را در معنای عام‌تری از نزدیکی متعارف و تناسلی به کار برد تا شامل لقاح اسپرم و تخمک در رحم مادر جانشین نیز بشود. لذا، می‌توان ادعا نمود که واژهٔ نزدیکی مورداستفاده در مادهٔ ۱۱۵۸ ق.م هم به‌عنوان سبب انعقاد نطفه و تکوین

کودک به کار رفته است و در تلقیح مصنوعی هم ترکیب اسپرم و تخمک اتفاق می‌افتد (حاجی عزیزی و قفقازی الاصل، ۱۳۹۴، ص. ۷).

نزدیکی جنسی اشاره‌شده در ماده‌های ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی، به‌اعتبار اینکه باعث غالب انعقاد نطفه است، مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته و خصوصیتی در نزدیکی و مواقعهٔ زوجین نیست تا در تحقق نسب اثرگذار باشد. لذا، در اثبات نسب پدری در مسئلهٔ مادر جانشین گفته می‌شود که این طفل، نتیجهٔ عملی می‌باشد که ارکان تشکیل‌دهندهٔ رابطهٔ مشروع را دارد که این ارکان سه‌گانه شامل رابطهٔ زوجیت بین مرد و زن (صاحب اسپرم و تخمک)، تکون طفل بعد از نزدیکی و انجام نزدیکی می‌باشد. منظور از نزدیکی، آمیزش و اختلاط منی مرد با تخمک زن می‌باشد نه صرف نزدیکی به روش متداول. لذا، طفل حاصل از این لقاح هم مشروع است و لازمهٔ مشروعیت وی این است که به پدر و مادر خود منتسب گردد (حاجی عزیزی و قفقازی الاصل، ۱۳۹۴، ص. ۸).

## ۲ـ نسب مادر

اگر جنین بعد از ترکیب در رحم صاحب تخمک قرار گیرد در مادربودن زن و اینکه فرزند به او منسوب است اختلافی نیست فقط اختلاف در رحم اجاره‌ای است که جنین بعد از لقاح به رحم زن دیگری منتقل شده است. در اینجا بین فقیهان در خصوص اینکه صاحب تخمک مادر است یا صاحب رحم یا هر دو اختلاف‌نظر وجود دارد.

### *۲ـ۱ـ مادر صاحب تخمک مادر قانونی است*

برای بررسی این مسئله می‌توان به اصل عدم حرمت و عدم قرابت توسل جست. بر اساس مبانی اصولی مانند اصل عدم حرمت و عدم قرابت حکم به تحقق خویشاوندی بین طفل و زنی که نطفهٔ او در مرحلهٔ تکون شرکت نداشته، ولی تکامل طفل در رحم او انجام شده است، موجه به نظر نمی‌رسد. ولی رابطهٔ خویشاوندی بین طفل و مادر ژنتیکی برقرار بوده و مطابق با اصل هم می‌باشد. بدین‌ترتیب مادر ژنتیکی مادر قانونی طفل است.

علاوه بر اصل عدم حرمت و عدم قرابت، آیات زیر نیز بر این مسئله که ملاک تعیین نسب نطفه است، دلالت می‌کند:

«أَیحْسَبُ الانْسَانُ أَنْ یتْرَک سُدًی. أَلَمْ یک نُطْفَةً مِنْ مَنِی یمْنَی. ثُمَّ کانَ عَلَقَةً فَخَلَقَ فَسَوَّی. فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَینِ الذَّکرَ وَالْأُنْثَی» «آیا انسان پندارد که بیهوده رها می‌شود؟ آیا او نطفه‌ای نبود که در رحم ریخته می‌شود؟ سپس خون بسته‌ای بود و خدایش شکل داد و درست کرد و از آن دو جنس نر و ماده را قرار داد؟» (قیامت ۳۶-۳۹).

«هَلْ أَتَی عَلَی الانْسَانِ حِینٌ مِنَ الدَّهْرِ لَمْ یکنْ شَیئًا مَذْکوراً. إِنَّا خَلَقْنَا الانْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِیهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِیعًا بَصِیراً » «آیا بر انسان زمانی از روزگار آمد که هنوز چیزی قابل ذکر نبود؟ ما انسان را از نطفهٔ مختلط خلق کردیم که امتحانش می‌کنیم و او را شنوا و بینا قرار می‌دهیم؟» (دهر، آیات ۱-۲).

«وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَينِ الذَّكرَ وَالْأُنْثَى. مِنْ نُطْفَةٍ إِذَا تُمْنَى » «جفت نر و ماده آفریده است از نطفه‌ای که می‌ریزد» (نجم، آیات ۴۵-۴۶).

«وَلَقَدْ خَلَقْنَا الانْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ. ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكينٍ. ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ». «و همانا انسان را از گل خالص آفریدیم سپس او را نطفه گردانیده و در جای استوار صاحب صلب و رحم قرار دادیم، آنگاه نطفه را از علقه و علقه را از گوشت پاره و باز آن گوشت را استخوان و سپس، بر استخوان‌ها گوشت پوشاندیم. پس از آن خلقتی دیگر انشا نمودیم. آفرین بر قدرت کامل بهترین آفریننده» (مؤمنون، آیات ۱۲-۱۴).

نحوهٔ استدلال به همهٔ آیات فوق یکسان است و آن این است که در همهٔ آن‌ها آفریدن انسان به نطفه نسبت داده شده و تصریح شده است که نطفه از اسپرم است، آن هنگام که در رحم ریخته شود. شاید تقیید به زمان برای تعیین سلامت اجزای موجود در اسپرم و شایستگی آن‌ها برای انسان‌شدن در یک زمان معین است، نه آنکه انسان به‌گونهٔ مطلق از اسپرم آفریده شده باشد. این خود به این حقیقت اثبات‌شدهٔ علمی اشاره دارد که حیات این اجزا تنها در یک دورهٔ زمانی محدود، ممکن است.

### ۲ـ۲ـ زن صاحب رحم، مادر قانونی است

طبق آیات زیر، تنها ملاک نسب نطفه نیست، بلکه می‌توان فرزند را به غیر نطفه نیز نسبت داد:

۱. «الَّذِينَ يظَاهِرُونَ مِنْكمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيقُولُونَ مُنْكرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ » «کسانی که از شما نسبت به همسرانشان ظهار می‌کنند و می‌گویند تو نسبت به من به‌منزلهٔ مادرم هستی آنان هرگز مادرشان نیستند مادرانشان تنها کسی است که آن‌ها را به‌دنیا آورده است...» (مجادله ۲).

جهت استدلال به این آیه روشن است، چون این آیه به‌صراحت مادر را تنها همان زنی می‌داند که نوزاد را می‌زاید خواه نطفه از او و همسرش باشد و خواه نباشد. برخی فقیهان نیز معیار الحاق فرزند را به زن ولادت دانسته‌اند. چنانچه صاحب جواهر در قضیهٔ مواقعهٔ مرد با همسرش و مساحقهٔ زن با کنیز و حمل‌برداشتن کنیز می‌گوید: فرزند قطعاً به همسر مرد ملحق نمی‌شود، زیرا از او متولد نشده است (نجفی، ۱۳۹۷، ج. ۴، ص. ۲۹۸).

اما حق آن است که مقدمات حکمت نسبت به موضوع مورد بحث، فراهم نیست، زیرا آیه در مقام نفی مادربودن از زنانی است که با آنان ظهار شده است نه آنکه در مقام اثبات باشد تا در نتیجه بتوان برای آن اطلاقی تصور کرد. از طرفی ممکن است «ولدنهم» به‌معنای زایمان نباشد، چون نظیر این واژه در قرآن در مورد پدر هم وجود دارد که نمی‌شود حمل به زایمان کرد: «وَ وَالِدٍ وَ مَا وَلَدَ » «و قسم به پدر و فرزندان او» (بلد ۳). مضافاً اینکه در قرآن هر جا از زایمان صحبت شده تعبیر به وضع حمل گردیده است. در مورد حضرت مریم (س) واژهٔ وضع حمل به کار رفته است. در سورهٔ طلاق آیهٔ ۴ نیز در مورد زن‌های حامله آمده است که عدهٔ ایشان بعد از وضع حمل تمام می‌شود: «... وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ...» «و

نیز زنانی که حیض ندیده (لیکن در سنّ حیض باشند آن‌ها هم سه ماه عده نگه دارند) و زنان حامله مدت عده‌شان تا وقت زاییدن است» (طلاق ۴). در طلاق بائن نیز مرد باید نفقهٔ زن حامل را تا زمان وضع حمل زن بپردازد که آیهٔ ۶ سورهٔ طلاق به آن اشاره دارد: «... وَإِنْ كنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيهِنَّ حَتَّى يضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ...». «و به زنان مطلّقه اگر حامله باشند تا وقت وضع حمل نفقه دهید» (طلاق ۶). بنا بر آنچه بیان شد، چه‌بسا منظور آیهٔ ۲ مجادله زایمان نباشد، بلکه کسی است که کودک از او ناشی شده است.

۲. «خَلَقَكمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَأَنْزَلَ لَكمْ مِنَ الْأَنْعَامِ ثَمَانِيةَ أَزْوَاجٍ يخْلُقُكمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكمْ خَلْقًا مِنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ ذَلِكمُ اللَّهُ رَبُّكمْ لَهُ الْمُلْك لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ فَأَنَّى تُصْرَفُونَ » «او شما را در شکم مادرانتان آفرینشی بعد از آفرینش دیگر در میان تاریکی‌های سه‌گانه می‌بخشد، این است که خداوند پروردگار شما که حکومت عالم هستی از آن اوست هیچ معبودی جز او نیست، پس چگونه از راه حق منحرف می‌شوید؟» (زمر ۶).

جهت استدلال به این آیه این است که خلقتی پس از خلقت اولیه از مواردی دیگر بر روی مادهٔ آغازین نطفه و جنین ظهور دارد. بنابراین، نسبت و نسب تنها به نطفه و جنین منحصر نیست بلکه می‌توان فرزند او را به دیگر موادی که زن صاحب رحم آن‌ها را فراهم کرده است، نسبت داد.

۳. «اللَّهُ يعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كلُّ أُنْثَى وَمَا تَغِيضُ الْأَرْحَامُ وَمَا تَزْدَادُ وَكلُّ شَيءٍ عِنْدَهُ بِمِقْدَارٍ » «تنها خدا می‌داند که بار حمل آبستنان عالم چیست و رحم‌ها چه نقصان و چه زیادت خواهد یافت و مقدار همه‌چیز در علم ازلی خدا معین است» (رعد ۸).

۴. «وَوَصَّينَا الانْسَانَ بِوَالِدَيهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَينِ أَنِ اشْكرْ لِي وَلِوَالِدَيك إِلَى الْمَصِيرُ » «و انسان را سفارش کردیم به پدر و مادرش که مادرش درحالی‌که ضعف بالای ضعف داشته او را حمل کرد» (لقمان ۱۴).

چگونگی استدلال این گروه به آیات مزبور این است که خداوند مادر را چنین توصیف می‌کند: «مادر است که حمل و زایمان می‌کند و رنج و مشقت بارداری و سستی آن را تحمل می‌کند». مفهوم مخالف آیه چنین است که اگر کسی مشقت بارداری را تحمل نکند مادر نیست. در فرض مسئله چون صاحب تخمک جنین خود را در رحم خویش نگه نداشته و او را وضع حمل نکرده است؛ بنابراین، مادر طفل به شمار نمی‌آید.

این استدلال خالی از مناقشه نیست، زیرا آیات فوق هیچ‌کدام در این زمینه مفهوم ندارند و قید «حملته» قید غالبی است وگرنه ممکن است مادری باشد که حامل نباشد و ممکن است زنی حامل کودکی باشد و مادر او نباشد. مانند زنی که از زنا باردار است، مشهور، او را مادر می‌داند.

### ۲ـ۳ـ طفل دارای دو مادر قانونی است

گروهی نیز مبنای انتساب کودک به زن را عرف می‌دانند و بر این عقیده‌اند که عرف به‌روشنی هر دو زن را مادر می‌شناسد و مانعی ندارد که کودکی صاحب دو مادر باشد، زیرا رابطهٔ پدری و مادری نیز دو رابطه هستند که همزمان با هم وجود دارند. بدین‌ترتیب، طفل در یک زمان می‌تواند دارای دو رابطهٔ مادری باشد، چون هر دو رابطه اعتباری است و از لحاظ حقوقی وجود هر دو در یک زمان اشکالی ندارد (قاسم‌زاده،

۱۳۸۷، ص. ۶۴). با این حال، ادعای اینکه عرف چنین برداشتی را دارد، قابل‌قبول نیست. آنچه عرف می‌پذیرد و اسلام نیز بر آن صحه می‌گذارد، آن است که طفل ملحق به صاحبان اسپرم و تخمک می‌باشد و صاحب رحم تنها حمل و ظرف رشد و پرورش جنین را عهده‌دار است. چنانچه بعد از ترکیب اسپرم و تخمک، زوجین نطفه را در دستگاه قرار دهند، عرف هیچ‌گاه نمی‌گوید دستگاه، مادر قانونی طفل است. استناد به رابطهٔ پدر و مادری در یک زمان برای اثبات دو رابطهٔ مادری نیز عقلانی نیست، زیرا جنین از ترکیب اسپرم پدر و تخمک مادر ایجاد می‌شود، یعنی اجزای تشکیل‌دهندهٔ نطفه از پدر و مادر است ولی در مورد زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم نمی‌توان این‌گونه استدلال کرد. بنابراین، چنین قیاسی صحیح نیست.

در انتهای این بخش می‌توان گفت؛ به نظر می‌رسد از سه دیدگاه عمده‌ای که پیرامون نسب مادری کودک متولدشده از روش رحم اجاره‌ای ذکر گردید، طرفداران دیدگاه اول، دارای استدلال‌های محکم‌تری هستند، زیرا بر اساس یافته‌های پزشکی، نطفهٔ کودک متولدشده از روش رحم اجاره‌ای از لقاح اسپرم و تخمک پدر و مادر حکمی به دست می‌آید و تنها بخش بسیار اندکی از ژنتیک طفل از مادر صاحب رحم به وی منتقل می‌شود. لذا، می‌توان گفت، صرف گذراندن مراحل رشد در رحم، سبب تحقق نسب نمی‌باشد.

## بررسی رابطهٔ خویشاوندی رضاعی کودک و مادر جانشین

یکی از مسائلی که در بحث استفاده از روش رحم اجاره‌ای دارای آثار عملی بسیار زیادی می‌باشد، امکان یا عدم امکان ایجاد رابطهٔ خویشاوندی رضاعی بین کودک متولدشده از روش رحم اجاره‌ای با مادر جانشین است. با توجه به آنکه شمار این کودکان روبه‌افزایش است بررسی و تبیین این موضوع باعث می‌شود تا قانون‌گذار با وضع قانونی جامع و مبتنی بر مصلحت از بروز بسیاری مشکلات در آینده جلوگیری نماید. ازآنجاکه رابطهٔ خویشاوندی رضاعی دارای آثار مهمی می‌باشد و بررسی امکان یا عدم امکان ایجاد رابطهٔ خویشاوندی بین کودک متولدشده از روش رحم اجاره‌ای و مادر جانشین نیاز به ذکر مقدماتی دارد، پیش از ورود به بحث اصلی و بررسی نظریات موافقان و مخالفان و گرفتن نتیجهٔ نهایی، ذکر دو نکته لازم به نظر می‌رسد:

### ۱ـ رابطهٔ حرمت نسبی و حرمت رضاعی

با توجه به برخی آیات مانند «أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ...» «به دخترانی که از شوهر قبلیِ زن شما هستند» (نساء ۲۳) و روایات «یحرم من الرضاع مایحرم من النسب» در حقوق اسلامی و به‌تبع آن در حقوق ایران، نهادی به‌نام رضاع وجود دارد که نوعی از قرابت است که از طریق شیرخوردن با رعایت شرایطی خاص میان کودک شیرخوار (مرتضع) و زنی که به او شیر می‌دهد (مرضعه) و به‌تبع آن خویشاوندان یکدیگر حاصل می‌شود و مانند قرابت نسبی موجب حرمت نکاح می‌گردد. شاید علت آنکه قرابت رضاعی در این مورد شبیه قرابت نسبی می‌باشد آن است که همانند فرزند نسبی که از خون مادر تغذیه کرده و رابطهٔ خونی بین این مادر و فرزند وجود دارد و این وحدت خون باعث ایجاد خویشاوندی نسبی بین آن‌ها گردیده، فرزند

رضاعی هم از شیر مادر که از خون اوست پرورش یافته و با توجه به تأثیر فراوان شیر مادر در رشد کودک، یک نوع رابطهٔ عاطفی بین مادر و کودک ایجاد شده است (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ص. ۲۶۵).

**۲ـ منشأ پیدایش و سلول سازندهٔ جنین از ناحیهٔ مادر:**

در فرآیند استفاده از روش رحم اجاره‌ای، بدون هیچ تردیدی، از نظر دانش پزشکی منشأ پیدایش و سلول سازندهٔ جنین از ناحیهٔ مادر، تخمک زن است (رضانیا معلم، ۱۳۸۶، ص. ۳۱۴). لذا، از انتساب کودک چه از لحاظ طبیعی و ژنتیکی و چه از لحاظ اخلاقی و عرف و عادت به صاحب تخمک، نمی‌توان چشم پوشید. در واقع، تکوین جنین و پیدایش کودک، همیشه با دو عنصر اسپرم و تخمک همراه است و چون همیشه صاحب اسپرم پدر کودک به شمار می‌رود، علی‌القاعده صاحب تخمک نیز مادر کودک متولدشده از روش رحم اجاره‌ای به حساب می‌آید و بنابراین، هیچ رابطهٔ نسبی بین مادر جانشین و کودک وجود ندارد.

الف) جانشینی در بارداری: گاهی هیچ‌یک از زوجین عقیم نیست (مرد اسپرم تولید می‌کند و زن تخمک آزاد می‌سازد)، اما به‌دلیل برخی نارسایی‌های بیولوژیک، نقص‌های ارگانیک، ابتلا به برخی بیماری‌ها یا فقدان رحم، زن توانایی نگهداری و پرورش جنین در رحم خود را ندارد. جهت رفع این مشکل، تلقیح جنین، به‌کمک اسپرم پدر و تخمک مادر در آزمایشگاه انجام شده است. در ادامه، جنین لقاح‌یافته به رحم زن ثالثی منتقل می‌گردد که هیچ نوع رابطهٔ ژنتیکی با کودک ندارد. در این نوع از جانشینی در بارداری هم می‌توان در اشکال متنوع از تخمک و اسپرم اهدایی در هنگامی که تخمک و اسپرم قابل زیست نباشند، استفاده نمود. در این شرایط، ترتیبات مختلف اجارهٔ رحم می‌تواند سبب تغییر در نتیجهٔ دادرسی شود. در شرایطی که از اسپرم و تخمک والدین متقاضی در تکون کودک استفاده می‌گردد، از یک طرف، مادر جانشین و همسر وی (در صورت تأهل) بر اساس قوانین مرتبط با زایمان و از طرف دیگر، والدین متقاضی بر اساس وجود رابطهٔ ژنتیکی با کودک، به‌عنوان والدین کودک به شمار می‌روند. در این وضعیت، جهت احترام به حاکمیت ارادهٔ طرفین و اینکه فقط والدین متقاضی بتوانند به‌عنوان اولیای کودک شناخته شوند، تحصیل حکم نسب قبل از تولد می‌تواند در بی‌اثرنمودن ادعای نسب کودک از طرف مادر جانشین و همسرش، مثمرثمر واقع گردد. لذا، تحصیل حکم نسب قبل از تولد، فقط زمانی که از نطفهٔ والدین متقاضی در تکون کودک استفاده شده باشد، می‌تواند در اثبات ادعای نسب مفید واقع گردد و در شرایطی که از تخمک یا اسپرم اهدایی در تکون جنین استفاده گردد، والدین متقاضی باید با طی‌نمودن فرایند فرزندخواندگی رابطهٔ قانونی خود با طفل را برقرار نمایند.

ب) جانشینی سنتی رحم: قبل از پیشرفت پزشکی در استفاده از روش‌های باروری مصنوعی، تنها فناوری موجود جهت شروع یک بارداری، به‌کارگیری تلقیح مصنوعی بود که به‌سبب آن، به‌طور سنّتی مادر جانشین با به‌کارگیری تخمک خود و اسپرم پدر متقاضی، باردار می‌گردد. در جانشینی سنتی رحم، با توجه به اینکه از تخمک مادر جانشین در بارداری استفاده می‌گردد، وی، مادر قانونی و ژنتیکی کودک به شمار می‌رود. همچنین، اگر از اسپرم پدر متقاضی استفاده گردد،

به‌سبب وجود رابطهٔ ژنتیکی با کودک، او پدر قانونی و ژنتیکی کودک به شمار می‌رود. علاوه‌براین، شوهر مادر جانشین، صرفاً به‌سبب اینکه او در طول دوران بارداری و تولّد کودک، با مادر جانشین رابطهٔ زناشویی دارد و همسر قانونی وی به شمار می‌آید، به‌صورت فرضی، پدر کودک محسوب می‌گردد و مادر متقاضی، هیچ نوع رابطهٔ ژنتیکی با کودک نخواهد داشت. لذا، در وضعیت عادی هنگامی که از رحم جایگزین جهت بارداری استفاده می‌گردد، نام مادر جانشین به‌عنوان مادر قانونی کودک در سوابق تولّد وی در بیمارستان ثبت می‌گردد، چون او کودک را به‌دنیا آورده است و چنانچه او ازدواج کرده باشد، نام شوهر او هم در سوابق تولد طفل ثبت خواهد شد.

## ۳ـ رابطهٔ بین کودک و مادر اجاره‌ای

سؤال اساسی آن است که با توجه به اینکه کودک متولدشده از روش رحم اجاره‌ای ماه‌ها در رحم مادر جانشین بوده و گوشت و پوست و استخوان او از خون این زن تشکیل شده است، آیا می‌توان به‌کمک وحدت ملاک یا به‌استناد مفهوم اولویت، اثر قرابت رضاعی که همان محرمیت است را نسبت به رابطهٔ بین کودک و مادر جانشین سرایت داد یا خیر؟ دراین‌باره، بین فقیهان و حقوق‌دانان اختلاف‌نظر شدیدی وجود دارد که در دو قسمت به بررسی ادله و مستندات موافقان و مخالفان وجود رابطهٔ خویشاوندی رضاعی بین مادر جانشین و کودک متولدشده از روش رحم اجاره‌ای پرداخته تا در نهایت، نظری که دارای ادله و استدلال‌های محکم‌تری می‌باشد، برگزیده شود.

ذکر این نکته شایسته است که تا وقتی که قانون‌گذار در رابطه با نکات مبهم قرارداد استفاده از رحم جایگزین و آثار آن موضع خود را روشن ننماید این اختلاف‌نظرات ادامه می‌یابد و چه‌بسا حقوق بسیاری از افراد در آتش این اختلاف‌نظرات حقوقی پایمال گردد (رخشنده‌رو، ۱۳۸۷، ص.۴۰۸).

لذا، لازم است قانون‌گذار با توجه به مبانی فقهی و حقوقی موجود، با وضع قانون به نکات مبهم در رابطه با قرارداد رحم اجاره‌ای، از جمله موضوع مورد بحث، پایان دهد.

### *۳ـ۱ ـ دیدگاه موافقان وجود رابطهٔ رضاعی بین کودک و مادر جانشین*

این دسته از فقیهان و حقوق‌دانان خود به سه دسته تقسیم می‌شوند:

الف– هر دو زن صاحب تخمک و صاحب رحم، مادر رضاعی‌اند

طرفداران این نظریه بر این باورند که چون کودک متولدشده از روش رحم اجاره‌ای از نظر تخمک با مادر حکمی و از نظر نگهداری و زایمان با مادر جانشین، ارتباط طبیعی دارد و ازآنجایی‌که برای به‌وجودآمدن کودک هم تخمک و هم رحم لازم است و در بحث رحم اجاره‌ای هریک از این دو مورد از یک زن می‌باشد؛ بنابراین، هیچ‌یک از مادر جانشین و مادر حکمی با کودک رابطهٔ نسبی ندارند و هر دو به‌علت آنکه یکی با تخمک و دیگری با نگهداری در رحم در تکون کودک نقش دارند، مادر رضاعی کودک متولدشده از روش رحم جایگزین به حساب می‌آیند (احمدی، ۱۳۸۵، ص.۶۹).

این دیدگاه قابل خدشه می‌باشد، زیرا از یک سو اگرچه در بحث رحم اجاره‌ای، صاحب تخمک و صاحب رحم دو زن مختلف می‌باشند، این موضوع دلیل نمی‌شود که رابطهٔ نسبی بین کودک و صاحب تخمک وجود نداشته باشد، چون بدون هیچ تردیدی از نظر دانش پزشکی منشأ پیدایش سلول سازندهٔ جنین از ناحیهٔ مادر، تخمک زن است و بر این اساس، کودک متولدشده از روش رحم اجاره‌ای، به زن صاحب تخمک ملحق می‌گردد و وی مادر واقعی و طبیعی کودک به حساب می‌آید نه مادر رضاعی که برای تحقق آن شرایط خاص در فقه و قانون پیش‌بینی شده است. از سوی دیگر، نظر به اینکه رابطهٔ خویشاوندی رضاعی تنها موجب حرمت نکاح و محرمیت می‌شود و آثار دیگر خویشاوندی مانند حضانت و ارث را به‌همراه ندارد، اگر هم زن صاحب تخمک و هم زن صاحب رحم، مادر رضاعی کودک به شمار روند، باید بین زن صاحب تخمک و زن صاحب رحم با کودک تنها آثار خویشاوندی رضاعی (نه خویشاوندی نسبی) را در نظر گرفت و آثار دیگر خویشاوندی نسبی مانند حضانت و ارث را نمی‌توان بر این رابطه مترتب نمود. این موضوع، جدا از آنکه منطقی به نظر نمی‌رسد، می‌تواند منشأ پیدایش مشکلات فراوانی در آینده گردد.

ب- زن صاحب تخمک، مادر نسبی و صاحب رحم مادر رضاعی است

این دسته از فقیهان و حقوق‌دانان معتقدند که مادر جانشین نیز عنوان مادری دارد، اما تنها حکم مادر رضاعی بر او بار می‌شود و در نتیجه، بین کودک و مادر جانشین، رابطهٔ محرمیت و حرمت نکاح به وجود می‌آید (مهرپور، ۱۳۷۶، ص. ۸۴). دلیل این امر هم رشد و نمو کودک در اثر تغذیه از بدن مادر است؛ هنگامی‌که بر اثر نوشیدن مقداری شیر با رعایت شرایط مادهٔ ۱۰۴۶ قانون مدنی بین کودک و صاحب شیر رابطهٔ محرمیت ایجاد می‌شود، به قیاس اولویت بین مادر جانشین و کودکی که نه ماه در رحم وی بوده و از شیرهٔ جان او استفاده نموده نیز رابطهٔ محرمیت ایجاد می‌شود، زیرا ملاک و ضابطهٔ رضاع، یعنی روییدن گوشت و محکم‌شدن استخوان، در اینجا نیز وجود دارد و در نتیجه، می‌توان احکام رضاع را جاری کرد (صادقی‌مقدم، ۱۳۸۵، ص. ۱۶۳). این امر به‌هیچ‌وجه قیاس نیست، بلکه تمسک به اولویت و حجت است (گواهی، ۱۳۸۷، ص. ۱۲۶). در عین حال، اخلاق عمومی، روان‌شناسی، و باورهای تاریخی و اجتماعی نیز این را تأیید می‌کند و بین مادر جانشین و کودک محرمیت قائل می‌شود (رضانیا معلم، ۱۳۸۶، ص. ۴۰۲).

نظر این دسته از حقوق‌دانان، اگرچه نسبت به نظر گروه قبلی منطقی‌تر می‌باشد، باز هم با اشکال مواجه است، زیرا اولاً، اگرچه در بحث خویشاوندی رضاعی رشد و نمو جسمانی کودک از مادر (مرضعه) به‌عنوان ضابطهٔ نشر حرمت معرفی شده است ولی منشأ این رشد و نمو در فقه و همچنین قانون مدنی شیر است نه مواد درونی دیگری که کودک در مراحل جنینی در رحم مادر جانشین از آن استفاده می‌کند. ثانیاً، باید تمامی شرایطی که در فقه و قانون برای تحقق خویشاوندی رضاعی عنوان شده است، رعایت گردد تا بتوان خویشاوندی رضاعی را جاری دانست و اگر برخی از این شرایط رعایت نگردد (مثلاً شیر از پستان مادر مکیده نشده باشد)، هرچند تغذیهٔ کودک به‌حدی باشد که رویش گوشت و محکم‌شدن استخوان کودک را سبب شود، باز هم خویشاوندی رضاعی بین مرضعه و کودک به وجود نمی‌آید. به‌عبارت دیگر، این موضوع نشانگر آن است که آنچه جهت ایجاد خویشاوندی رضاعی مدنظر شارع مقدس و قانون‌گذار بوده صرف رشد گوشت و محکم‌شدن استخوان و نمو جسمانی کودک نبوده و تحقق شرایط خاصی را برای

ایجاد خویشاوندی رضاعی مورد توجه داشته است (شهیدی، ۱۴۰۰، ص. ۱۳۹) که در بحث رحم اجاره‌ای هیچ‌یک از آن‌ها وجود ندارد. ثالثاً، استنادنمودن به قیاس اولویت شرایطی دارد که در موضوع مورد بحث با توجه به تفاوت‌هایی که بین ایجاد خویشاوندی رضاعی در اثر نوشیدن شیر و رشد و نمو کودک در رحم مادر جانشین وجود دارد، تمسک به مفهوم موافق به‌ادعای اولویت صحیح به نظر نمی‌رسد. رابعاً، اصل بر عدم قرابت است و در موضوع مورد بحث چون تردید وجود دارد که بین مادر جانشین و کودک، رابطهٔ خویشاوندی رضاعی وجود دارد یا خیر؛ با توجه به آنکه دلیل خاصی وجود ندارد، باید به اصل عدم قرابت و خویشاوندی مراجعه شود (گواهی، ۱۳۸۷، ص. ۱۲۷).

ج- بین مادر جانشین و کودک، با رعایت شرایط مادهٔ ۱۰۴۶، رابطهٔ رضاعی است

طرفداران این دیدگاه بر این باورند که بین مادر جانشین و کودک متولدشده از روش رحم جایگزین، هیچ رابطه‌ای اعم از نسبی و رضاعی وجود ندارد، مگر اینکه بعد از تولد، مادر جانشین، کودک را با همان شرایط رضاع شیر دهد که در این حالت، وی مادر رضاعی کودک محسوب می‌شود و با فرزندان این زن، رابطهٔ برادر و خواهر رضاعی پیدا می‌کند (رضانیا معلم، ۱۳۸۶، ص. ۳۰۴). این دیدگاه نیز اگرچه در ابتدا صحیح به نظر می‌رسد، با دقت در شرایط تحقق خویشاوندی رضاعی، نادرست‌بودن آن نمایان می‌گردد، زیرا یکی از اساسی‌ترین شرایط تحقق رضاع که در فقه و قانون مورد تأکید قرار گرفته آن است که مقدار شیری که طفل خورده است باید از یک زن و شوهر باشد، درحالی‌که در موضوع مورد بحث، اسپرم متعلق به شوهر زن صاحب تخمک می‌باشد و اوست که پدر کودک به حساب می‌آید. در واقع، شیر موجود در سینهٔ مادر جانشین، شیر شوهر صاحب رحم و فرزندی که از اسپرم او به وجود آمده، نیست تا شرایط تحقق خویشاوندی رضاعی فراهم باشد و به‌این‌ترتیب، هیچ رابطه‌ای، اعم از نسبی و رضاعی بین زن صاحب رحم و شوهر او با کودک متولدشده از روش رحم اجاره‌ای به وجود نمی‌آید (قبله‌ای خویی، ۱۳۸۷، ص. ۲۲۴). استدلال مذکور در مورد مادر جانشین سنتی کاربرد ندارد. در جانشینی سنتی رحم، با توجه به اینکه از تخمک مادر جانشین در بارداری استفاده می‌گردد، وی مادر قانونی و ژنتیکی کودک به شمار می‌رود. همچنین، اگر از اسپرم پدر متقاضی استفاده گردد، به‌سبب وجود رابطهٔ ژنتیکی با کودک، او پدر قانونی و ژنتیکی کودک به شمار می‌رود.

### ۳ـ۲ـ دیدگاه مخالفان وجود رابطهٔ رضاعی بین کودک و مادر جانشین

عده‌ای از فقیهان و حقوق‌دانان معتقدند که چون برای تحقق خویشاوندی رضاعی باید شرایط خاصی که در فقه و مادهٔ ۱۰۴۶ق.م ذکر شده رعایت گردد و در بحث رحم اجاره‌ای هیچ‌یک از این شرایط محقق نیست؛ پس، قیاس این دو با هم قیاس مع‌الفارق است. بنابراین، هیچ رابطهٔ رضاعی بین کودک و مادر جانشین وجود ندارد (احمدی، ۱۳۸۵، ص. ۷۴).

در رد این دیدگاه چنین استدلال شده است که اگرچه شرایط تحقق خویشاوندی رضاعی در رحم جایگزین موجود نیست، چون ملاک نشر حرمت از جمله رشد گوشت و محکم‌شدن استخوان با شدت بیشتر در مورد باروری به روش رحم جایگزین وجود دارد، پس بین کودک متولدشده از روش رحم جایگزین

و مادر جانشین رابطهٔ خویشاوندی رضاعی وجود دارد (ساعدی، ۱۳۸۷، ص.۶۳). همچنین، معینی‌فر و حاجی‌علی (۱۳۸۹، ص.۱) آن دسته از فقهای امامی را که معتقدند کودک شبیه‌سازی‌شده فاقد پدر است چون در تماس جنسی از نطفهٔ پدر به وجود نیامده است، نقد کرده‌اند. آنان دیدگاه فقهای اهل سنت را که طفل شبیه‌سازی‌شده در خارج از رابطهٔ زوجیت را والدالزنا تلقی می‌کند، نیز منطقی ندانسته و تأکید نموده‌اند که طفل مزبور باید حداقل به یکی از طرفین ملحق گردد تا از حقوق قانونی برخوردار شود.

با توجه به دیدگاه‌های مطرح‌شده در انتهای این بخش، باید گفت: استدلال‌های موافقان و مخالفان ایجاد رابطهٔ خویشاوندی رضاعی بین مادر جانشین و کودک متولدشده از روش رحم اجاره‌ای، به‌شرحی که گفته شد، دارای نقاط ضعف و قوت است، اما باید به این نکته هم توجه داشت که از یک سو، با نظر به اثر مهم خویشاوندی رضاعی که ایجاد محرمیت می‌باشد و از سوی دیگر، با توجه به رشد روزافزون استفاده از روش رحم اجاره‌ای در درمان ناباروری، لازم است که قانون‌گذار در این مورد تعیین تکلیف نماید تا از بروز بسیاری از مشکلات در آینده جلوگیری شود.

## نتیجه‌گیری

در رحم اجاره‌ای، صاحب اسپرم قطعاً پدر طفل می‌باشد و از طرف مادر نیز زن صاحب تخمک مادر قانونی محسوب می‌شود. با اثبات نسب پدری و مادری برای طفل، مشروعیت او ثابت شده و از کلیهٔ حقوق مربوط به نسب برخوردار می‌گردد. صاحب رحم نیز هرچند قرابت نسبی با طفل ندارد ولی موجب برقراری نوعی قرابت ولو تحت عنوان خاص و ابداعی، مثل قرابت خونی که آثار خاصی از قبیل ممنوعیت نکاح را دنبال خواهد داشت، می‌شود. زن صاحب رحم با کودک بیگانه نیست و شیر حاصل از این حمل، مناسب‌ترین غذا برای کودک به حساب می‌آید که در صورت تغذیهٔ کودک از این شیر، قرابت رضاعی برقرار می‌شود و اگر فرض شود طفل از شیر این زن استفاده نکند و رضاع ظاهری مصداق نیابد، با توجه به فلسفهٔ رضاع می‌توان گفت این کودک از خون صاحب رحم ماه‌ها تغذیه کرده و گوشت و استخوان و پوست او از خون این زن تشکیل شده است. بنابراین، به‌کمک وحدت ملاک یا استناد به مفهوم اولویت حکم قرابت رضاعی در این خصوص جاری خواهد شد.

پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار با وضع قانون، فصل جدید و مستقلی برای قرابت ناشی از رحم اجاره‌ای ایجاد نماید و اگرچه مادر جانشین، بنا به دلایلی که ذکر شد، از لحاظ محرمیت و مانعیت نکاح حکم مادر رضاعی را ندارد، از حیث آثار و تبعات آن دو را یکسان فرض نماید. در تأیید این موضوع به نظر برخی از مراجع تقلید چون آیت‌الله صافی گلپایگانی (۱۴۱۷ق، ج.۲، ص.۱۷۷) نیز می‌توان اشاره نمود که معتقدند بین مادر جانشین و کودک متولدشده از روش رحم اجاره‌ای هیچ رابطهٔ رضاعی وجود ندارد، اما بهتر است به‌لحاظ استفادهٔ جنین از خون رحم، احکام و آثار رضاع بین کودک و مادر جانشین اعمال گردد.

## منابع


احمدی، احمد. (۱۳۸۵). تحلیل روش‌های نوین کمک باروری. *فصلنامهٔ عدالت*، سال دوم، (۶).

حاجی عزیزی، بیژن و قفقازی الاصل، شهرزاد. (۱۳۹۴). مطالعهٔ تطبیقی وضعیت نسب طفل متولد از رحم جایگزین در حقوق ایران و آمریکا. *فصلنامهٔ پژوهش حقوق خصوصی*، (۱۳).

حر عاملی، محمدبن‌الحسن. (۱۴۱۴ق). *وسائل‌الشیعه الی تحصیل مسائل‌الشریعه*. قم: مؤسسه آل البیت.

حکیم، سید محسن. (۱۴۰۰ق). *منهاج الصالحین* (ج. ۲). بیروت: دارالتعارف.

حمدالهی، عاصف و روشن، محمد. (۱۳۹۳). *بررسی تطبیقی فقهی و حقوقی قرارداد استفاده از رحم جایگزین*. تهران: مجد.

رخشنده‌رو، هامیرا. (۱۳۸۷). قرارداد استفاده از رحم جایگزین (برگرفته از مجموعه مقالات رحم جایگزین). تهران: سمت.

رزم‌خواه، نجمه. (۱۳۹۹). نسب کودکان متولدشده از رحم اجاره‌ای؛ مطالعهٔ تطبیقی در حقوق موضوعهٔ ایران و ترکیه. *فصلنامهٔ پژوهش‌های حقوقی بهار*، (۴۱).

رضانیا معلم، محمدرضا. (۱۳۸۶). *باروری‌های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق*. تهران: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

ساعدی، سحر. (۱۳۸۷). احکام وضعی رحم جایگزین (برگرفته از مجموعه مقالات رحم جایگزین). تهران: انتشارات سمت.

شاکری، بلال. (۱۳۹۶). بررسی فقهی استفاده از رحم اجاره‌ای. *فصلنامهٔ فقه اهل بیت بهار*، (۸۹).

شهیدی، مهدی. (۱۴۰۰). *حقوق مدنی: تشکیل قراردادها و تعهدات* (ج. ۱). تهران: انتشارات مجد.

صادقی‌مقدم، محمدحسن. (۱۳۸۵). مبانی فقهی و بایسته‌های قانون نحوهٔ اهدای جنین به زوجین نابارور. *مجموعه مقالات اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری*. تهران: انتشارات سمت.

صافی گلپایگانی، لطف الله. (۱۴۱۷ق). *جامع الاحکام* (چاپ چهارم). قم: دفتر آیت الله العظمی صافی گلپایگانی.

علوی قزوینی، سیّد علی. (۱۳۸۰). آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان (برگرفته از مجموعه مقالات روش‌های نوین تولیدمثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق). تهران: انتشارات سمت.

قاسم‌زاده، سیّدمرتضی. (۱۳۸۷). قراردادهای رحم جایگزین (دایگی پیش از تولد) در حقوق ایران. *فصلنامهٔ باروری و ناباروری*، پیاپی ۳۵، (۲).

قبله‌ای خویی، خلیل. (۱۳۸۴). بررسی احکام وضعی کودکان ناشی از اهدای گامت در رابطه با توارث. *اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری (مجموعه مقالات)*. تهران: پژوهشکدهٔ ابن‌سینا و سمت.

قبله‌ای خویی، خلیل. (۱۳۸۷). *مسائل مستحدثه*. تهران: انتشارات سمت.

کاتوزیان، ناصر. (۱۴۰۰). *دورهٔ حقوق مدنی خانواده: نکاح و طلاق، روابط زن و شوهر*. تهران: انتشارات گنج دانش.

گواهی، زهرا. (۱۳۸۷). بررسی احکام وضعی استفاده از رحم جایگزین (برگرفته از مجموعه مقالات رحم جایگزین). تهران: انتشارات سمت.

معینی‌فر، محدثه و حاجی‌علی، فریبا. (۱۳۸۹). نسب طفل شبیه‌سازی‌شده در نظام حقوقی اسلام. *دوفصلنامهٔ فقه و حقوق خانواده*، دورهٔ ۱۵، (۵۲).

مهرپور، حسین. (۱۳۷۶). نگرشی به وضعیت حقوقی و شرعی باروری مصنوعی. *مجلهٔ تحقیقات حقوقی دانشکدهٔ حقوق دانشگاه بهشتی*، (۱۹/۲۰).

نجفی، محمدحسن. (۱۳۹۷). *جواهر الحکام فی شرح شرایع الاسلام* (ج. ۴). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیه.

## References


Ahmadī, Aḥmad. (1385 Sh. / 2006 AD). "Taḥlīl-e Ravish-hā-ye Nowīn-e Komak-i Bārvārī" [Analysis of New Assisted Reproductive Methods]. *Faslnāmeh-ye ʿEdālat*, 2.6. (in Persian)

Ḥājī ʿAzīzī, Bījan and Qafqāzī al-Asl, Šahrzād. (1394 Sh. / 2015 AD). "Moṭāleʿeh-ye Tatbīqī Vazʿiyat-e Nasab-e Ṭifl-e Motlūd az Raḥm-e Jaygozin dar Ḥuqūq-e Īrān va Āmrikā" [Comparative Study on the Parentage of Children Born from Surrogate Mothers in Iranian and American Law]. *Faslnāmeh-ye Pazhūhesh-e Ḥuqūq-e Khuṣūṣī*, (13). (in Persian)

Ḥarr ʿĀmilī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. (1414 AH / 1993 AD). *Wāsiʿ al-Shīʿah ilā Taḥṣīl Masāʾil al-Sharīʿah*. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt. (in Arabic)

Ḥakīm, Sayyid Muḥsin. (1400 AH / 1980 AD). *Minhāj al-Ṣāliḥīn* (vol. 2). Beirut: Dār al-Taʿārif. (in Arabic)

Ḥamdullāhī, ʿĀṣif and Rowshan, Muḥammad. (1393 Sh. / 2014 AD). "Barrasi-ye Tatbīqī Fiqhī va Ḥuqūqī-ye Qarārdādh-e Estefāde az Raḥm-e Jaygozin" [Comparative Jurisprudential and Legal Study on Surrogacy Contracts]. Tehran: Nashr-e Majd. (in Persian)

Rakhshandeh-rū, Hāmīrā. (1387 Sh. / 2008 AD). *Qarārdādh-e Estefāde az Raḥm-e Jaygozin* [Contract for Surrogate Motherhood]. Tehran: Nashr-e Samt. (in Persian)

Razmkẖāh, Najmeh. (1399 Sh. / 2020 AD). "Nasab-e Kudakān-e Motlūdsheodeh az Raḥm-e Ījārī; Moṭāleʿeh-ye Tatbīqī dar Ḥuqūq-e Mawḍūʿeh-ye Īrān va Torkiyeh" [Parentage of Children Born from Surrogacy; Comparative Study in Iranian and Turkish Substantive Law]. *Faslnāmeh Pazhūhesh-hā-ye Ḥuqūqī Bahār*, (41). (in Persian)

Rezāniyā Moʿallem, Muḥammad Riḍā. (1386 Sh. / 2007 AD). *Bārvārī-hā-ye Pezeshkī az Nīgāh-e Fiqh va Ḥuqūq* [Medical Fertilization from the Perspective of Jurisprudence and Law]. Tehran: Pazhūheshgāh ʿUlūm wa Farhang Islāmī. (in Persian)

Sāʿadī, Sahar. (1387 Sh. / 2008 AD). *Aḥkām Waḍʿī-ye Raḥm-e Jaygozin*. In *Majmūʿeh Maqālāt-e Raḥm-e Jaygozin*. Tehran: Nashr-e Samt. (in Persian)

Shākerī, Bilāl. (1396 Sh. / 2017 AD). "Barrasi-ye Fiqhī Estefāde az Raḥm-e Ījārī" [Jurisprudential Review on Surrogacy]. *Faslnāmeh-ye Fiqh Ahl al-Bayt*, Bahār, (89). (in Persian)

Shahīdī, Mahdī. (1400 AH / 1980 AD). *Ḥuqūq-e Madanī: Tashkīl-e Qarārdādhā va Taʿahhudāt* (vol. 1). Tehran: Nashr-e Majd. (in Persian)

Ṣādeqī Muqaddam, Muḥammad Ḥasan. (1385 Sh. / 2006 AD). *Mabānī Fiqhī va Bāyesteh-hā-ye Qānūn-e Navḥ-e Ehdā-ye Janīn beh Zawjayn-e Nābārūr*. In *Majmūʿeh Maqālāt-e Ehdā-ye Gāmat wa Janīn dar ʿIlāj-e Nābārūrī*. Tehran: Nashr-e Samt. (in Persian)

Ṣāfī Golpayegānī, Luṭfollāh. (1417 AH / 1997 AD). *Jāmiʿ al-Aḥkām* (4th ed.). Qom: Daftar Āyatullāh al-ʾUẓmā Ṣāfī Golpayegānī. (in Persian)

ʿAlavī Qazvīnī, Sayyid ʿAlī. (1380 Sh. / 2001 AD). "Āthār-e Ḥuqūqī-ye Talqīḥ-e Maṣnūʿ-e Ensān". In *Majmūʿeh Maqālāt-e Ravish-hā-ye Nowīn tolīd-e Nafarī az Nīgāh-e Fiqh va Ḥuqūq*. Tehran: Nashr-e Samt. (in Persian)

Qāsimzādeh, Sayyid Murtaḍā. (1387 Sh. / 2008 AD). "Qarārdādh-hā-ye Raḥm-e Jaygozin (Daygī Pīsh az Tavalod) dar Ḥuqūq-e Īrān" [Surrogacy Contracts (Gestational Agreements) in Iranian Law]. *Faslnāmeh-ye Bārvārī va Nābārvārī*, 35(2). (in Persian)

Qiblahʾī Khūyī, Khalīl. (1384 Sh. / 2005 AD). “Barrasi Aḥkām-e Waḍʿī-ye Kudakān-e Nāshi az Ehdā-ye Gāmat dar Rabbete bā Tavāruth.” In *Ehdā-ye Gāmat wa Janīn dar ʿIlāj-e Nābārūrī* (Majmūʿeh Maqālāt). Tehran: Pazhūheshkadah Ibn Sīnā va Samt. (in Persian)

Qiblahʾī Khūyī, Khalīl. (1387 Sh. / 2008 AD). *Masāʾil-ye Mustaḥdathah*. Tehran: Nashr-e Samt. (in Persian)

Kātūzīyān, Nāṣir. (1400 AH / 2020 AD). *Dowreh-ye Ḥuqūq-e Madanī Khānevādeh: Nikāḥ wa Ṭalāq, Ravābit Zan va Shouhar*. Tehran: Intishārāt Ganj Dānesh. (in Persian)

Gavāhī, Zahra. (1387 Sh. / 2008 AD). “Barrasi-e Aḥkām waḍʿī-ye Estefāde az Raḥm-e Jaygozin.” In *Majmūʿeh Maqālāt Raḥm-e Jaygozin*. Tehran: Nashr-e Samt. (in Persian)

Moʿīnīfar, Muḥaddathah, and Ḥājīʿ Alī, Farībā. (1389 Sh. / 2010 AD). “Nasab-e Ṭifl-e Šabih-sāzí-shodeh dar Nizām-e Ḥuqūqī-ye Islām.” *Dū Faslnāmeh-ye Fiqh va Ḥuqūq-e Khānevādeh*, 15(52). (in Persian)

Mehrpūr, Ḥusayn. (1376 Sh. / 1997 AD). “Negarshī be Vazʿiyat-e Ḥuqūqī va Sharʿī-ye Bārvārī Maṣnūʿī.” *Majallah-ye Taḥqīqāt-e Ḥuqūqī Dānškadah-ye Ḥuqūq-e Shāhid Beheshtī*, 19/20. (in Persian)

Najafī, Muḥammad Ḥasan. (1397 Sh. / 2018 AD). *Jawāhir al-Ḥukam fī Sharḥ Sharāʾiʿ al-Islām* (vol. 4). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī, affiliated with Jāmiʿat al-Mudarrisīn Ḥawzah ʿIlmiyyah Qom. (in Persian)

Studies of Islamic Jurisprudence and the Basis of Law
Online ISSN: 2783-0837 Print ISSN: 2783-2368
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# Spousal Financial Claims in Iranian Law: An Analysis of Ujrat al-Mithl and Niḥlah

**Hossein Khanlari Bahnamiri**[1], **Muhammad Hossein Taghipour Naghib Darzi**[2], and **Mahdi Taleghan Ghafari**[3]

1. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Damghan University, Damghan, Iran. Email: H.khanlaribahnamiri@du.ac.ir
2. *Corresponding Author*, Assistant Professor of Private Law, University of Mazandaran, Babolsar, Iran. Email: mh.taghipour@umz.ac.ir
3. PhD Student in Private Law, University of Mazandaran, Babolsar, Iran. Email: m.taleghanghafari@stu.umz.ac.ir

**Article Info**

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received
16 February 2023
Received in revised form
09 April 2023
Accepted
20 May 2023
Available online
22 June 2025

***Keywords:***
ujrat al-mithl,
nihlah,
wife (zawjah),
tabarru,
right to divorce (haqq al-talāq)

**ABSTRACT**

Ujrat al-mithl refers to compensation that a husband pays his wife in exchange for tasks she performs in his household, which she is not religiously obligated to undertake. Nihlah is another right granted to Muslim women under specific conditions. This article examines ujrat al-mithl and nihlah in light of the Family Protection Law, addressing the following question: What is the legal standing of ujrat al-mithl and nihlah for a wife according to Islamic jurisprudence (fiqh) and the Family Protection Law? The findings indicate that prior to the enactment of the amendment to Article 336 of the Civil Code, a wife could only demand ujrat al-mithl at the time of divorce. However, the legislature, recognizing ujrat al-mithl as a wife's right, established specific conditions for its claim through the aforementioned amendment. Nevertheless, despite the passage of the new Family Protection Law, the issue of the wife's intent (qasd) or lack thereof to perform tasks gratuitously (tabarruʿ) remains a major source of dispute regarding claims for ujrat al-mithl. As for nihlah, despite the repeal of Note 6 of the Single Article of the Law Amending Divorce Regulations (1992)—except for clause (b)—it remains enforceable as a safeguard against the abuse of the right to divorce (ḥaqq al-ṭalāq).

**Cite this article:** Khanlari Bahnamiri, H., Taghipour Naghib Darzi, M. H., & Taleghan Ghafari, M. (2025). Spousal Financial Claims in Iranian Law: An Analysis of Ujrat al-Mithl and Niḥlah. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law, 19*(1), 229-248. http//doi.org/10.22034/fvh.2023.15275.1725

© The Author(s). Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: http//doi.org/10.22034/fvh.2023.15275.1725

## Introduction

In the Iranian legal system, the family is recognized as the fundamental unit of society, with its foundations laid out in Article 10 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran. This framework is grounded in Islamic law and ethics, aligned with the Iranian–Islamic social ethos, and consistent with human nature. It not only strengthens the emotional bonds between spouses but also safeguards their rights within the framework of Sharia principles. The detailed regulation of this institution has been delegated to ordinary laws.

In Islamic jurisprudence, the basis for *ujrat al-mithl* (compensation for domestic services) rests on the principle of the sanctity of a Muslim's work—prohibiting the exploitation of another's labor without compensation—and on the rule of respect (*qa'idat al-ihtiram*), both of which are emphasized in transmitted traditions and established legal custom (*'urf al-'uqalā'*). With regard to *nahla* (a gratuitous payment or gift), factors such as the duration of marital life and the husband's financial capacity are considered significant. These concepts are reflected in Article 336 of the Civil Code and Article 32 of the Family Protection Act as the principal statutory provisions.

Under Note 6 of the Single Article of the Law on the Amendment of Divorce Regulations (1992), a wife could claim *ujrat al-mithl* only upon meeting specific conditions and at the time of divorce; otherwise, *nahla* was granted as a substitute. The 2006 amendment to Article 336 of the Civil Code expanded this right, allowing women to claim *ujrat al-mithl* during the subsistence of marriage. Ultimately, the 2013 Family Protection Act recognized *ujrat al-mithl* as an independent right alongside the *mahr* (dower), in line with jurisprudential principles. By recognizing this right without the restrictive conditions set out in the earlier Note 6, an essential question arises: what is the current legal status of *nahla* in the Iranian legal framework—especially given that its payment remains contingent upon certain conditions, such as the husband's abuse of the right to divorce?

## Methodology

This study adopts a descriptive–analytical approach, utilizing library-based research methods.

## Findings

The claim for *ujrat al-mithl*—as explicitly recognized under Note to Article 336 of the Civil Code—is an established financial right of the wife, irrespective of the existence of financial stipulations between the spouses or the occurrence of divorce. This position is supported by a number of jurists and is considered irrefutable under the jurisprudential maxim "respect for a Muslim's property and labor." Legislative emphasis on this right in the Family Protection Act (2013)—which places *ujrat al-mithl* alongside *mahr* and maintenance (*nafaqah*) as the wife's financial rights—underscores its elevated

status in Iranian law. In practice, the registration of a divorce is contingent upon the payment of *ujrat al-mithl* as determined by the court, unless the wife expressly consents otherwise. This approach reflects the legislature's intention to treat *ujrat al-mithl* not as a discretionary privilege but as an inherent right of the wife.

## Conclusion

Under the current legislative framework, *ujrat al-mithl* is no longer considered merely a safeguard against the husband's abuse of the right to divorce. In contrast, *nahla* could function as a supplementary legal mechanism to address such abuse. Consequently, it is conceivable that a wife may claim both *ujrat al-mithl* and *nahla* concurrently.

Judicial practice, however, reveals no unified approach regarding the burden of proof in claims for *ujrat al-mithl*. Depending on the case, the burden is assigned either to the wife or the husband. Divergent views have emerged concerning the presumption of non-gratuity (*adam al-tabarru'*):

The majority opinion, based on paragraph (a) of Note 6 of the repealed 1992 divorce law, holds that although the default presumption is non-gratuity, the statutory requirement of proof for the court constitutes an exception, placing the burden on the wife.

The minority opinion contends that given the presumption of non-gratuity and the inherent difficulty of proving a negative, the party alleging gratuity (the husband) must establish the wife's intention to waive compensation.

Another view maintains that where gratuity is contingent upon the continuation of marital life, the wife's right to *ujrat al-mithl* arises upon divorce.

Despite these differences, most courts have relied on the presumption of non-gratuity, while a few have adopted the intention of gratuity as the decisive factor. Some legal scholars argue that accepting the presumption of the wife's gratuity would render paragraph (a) of Note 6 effectively redundant. Overall, the principal jurisprudential basis for awarding *ujrat al-mithl* remains the maxim of "respect for a Muslim's property," under which any act performed at another's request with recognized economic value, absent the intention of gratuity, requires compensation at the prevailing rate.

The legislative trajectory in Iran has evolved as follows:

**1992 Divorce Law Amendment:** *Ujrat al-mithl* could be claimed only if the marriage contract lacked a financial condition, the divorce was not initiated by the wife, and the wife had not engaged in misconduct.

**2006 Reform:** The right was recognized regardless of divorce conditions.

**2013 Family Protection Act (Article 29):** *Ujrat al-mithl* was placed on par with *mahr* and *nafaqah*, and payment was made a prerequisite for registering a divorce.

With the repeal of paragraph (a) of Note 6 and the enactment of the 2013 Family Protection Act, it appears that the legislature—drawing from Imami jurisprudence—has grounded *ujrat al-mithl* in the principle of "benefit from another's act" (*istifā' min 'amal al-ghayr*). This approach extends to the marital relationship itself (subject to conditions such as asset division), unlike previous practice, which limited the right to divorce situations. The Note to Article 336 of the Civil Code, alongside the Family Protection Act, therefore reflects a more coherent and equitable stance in safeguarding the wife's financial rights.

It is strongly recommended that the Iranian legislature, informed by the legislative experiences of other jurisdictions—particularly Islamic countries—address existing ambiguities regarding claims for *ujrat al-mithl* by codifying clear criteria. Such a framework should incorporate considerations such as the duration of marriage and define the minimum and maximum compensable amounts under the concept of *nahla*. This approach would not only prevent the erosion of women's financial rights but also provide an effective safeguard against the misuse of the right to divorce.

***Author Contributions:*** All authors contributed equally to this work (33.3% each).

***Data Availability Statement:*** Applicable.

***Acknowledgements:*** The authors wish to thank the esteemed journal reviewers who dedicated their valuable time to scrutinize the article and whose insightful comments enriched the manuscript. Gratitude is also extended to the Editor-in-Chief, the editorial board members, and all staff of the journal.

***Ethical Considerations:*** The authors avoided data fabrication, falsification, plagiarism, and misconduct.

***Funding:*** This research did not receive any financial support.

***Conflict of Interest:*** The authors declare no conflict of interest.

***Declaration of Generative AI and AI-assisted technologies in the writing process:*** No artificial intelligence (AI) tools were used whatsoever.

مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق
شاپا برخط: ۰۸۳۷-۲۷۸۳ شاپا چاپی: ۲۳۶۸-۲۷۸۳
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# اجرت‌المثل زوجه و نحله با رویکردی بر قانون حمایت خانواده

حسین خانلری بهنمیری[۱]، محمدحسین تقی‌پور نقیب درزی[۲]، و مهدی طالقان غفاری[۳]

۱. استادیار گروه حقوق، دانشکدهٔ علوم انسانی، دانشگاه دامغان، دامغان، ایران. رایانامه: H.khanlaribahnamiri@du.ac.ir
۲. *نویسندهٔ مسئول*، استادیار حقوق خصوصی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران. رایانامه: mh.taghipour@umz.ac.ir
۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران. رایانامه: m.taleghanghafari@stu.umz.ac.ir

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:**
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۲۷
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۱/۲۰
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۳۰
تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۴/۰۱

***کلیدواژه‌ها:***
اجرت‌المثل،
نحله،
زوجه،
تبرع،
حق طلاق

**چکیده**

اجرت‌المثل، عوضی است که مرد در قبال کارهایی که زن در خانه وی انجام می‌دهد و شرعاً موظف به انجام آن‌ها نیست، به او پرداخت می‌کند. نحله نیز از جمله حقوق زنان مسلمان است که تحت شرایطی خاص به زن تعلق می‌گیرد. هدف این مقاله مداقهٔ اجرت‌المثل و نحله با توجه به قانون حمایت از خانواده است؛ لذا سؤال این مقاله این‌گونه مطرح می‌شود که اجرت‌المثل زوجه و نحله، با توجه به قواعد فقه و قانون حمایت از خانواده، چه جایگاهی دارد؟ یافته‌ها حاکی از آن است که قبل از وضع تبصرهٔ مادهٔ ۳۳۶ قانون مدنی، زوجه فقط در زمان طلاق، حق مطالبهٔ اجرت‌المثل داشته است؛ اما قانون‌گذار با این عقیده که اجرت‌المثل حق زوجه است، با وضع تبصرهٔ ذکرشده، شرایطی را برای مطالبهٔ آن مقرر کرده است. با این حال، علی‌رغم تصویب قانون جدید حمایت خانواده، موضوع قصد و عدم قصد تبرع زوجه همچنان منشأ بسیاری از اختلافات درخصوص مطالبهٔ اجرت‌المثل است. موضوع نحله نیز با وجود نسخ تبصرهٔ ۶ ماده واحدهٔ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، مصوب ۱۳۷۱ ـ به‌غیر از بند «ب» آن ـ همچنان به‌عنوان ضمانت اجرایی برای جلوگیری از سوءاستفاده از حق طلاق، قابل‌مطالبه است.

**استناد:** خانلری بهنمیری، حسین؛ تقی‌پور نقیب درزی، محمدحسین؛ و طالقان غفاری، مهدی (۱۴۰۴). اجرت‌المثل زوجه و نحله با رویکردی بر قانون حمایت خانواده. *مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*، ۱۹(۱)، ۲۲۹ـ۲۴۸.
https://doi.org/10.22034/fvh.2023.15275.1725

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.
© نویسنده(گان).

## مقدمه

نهاد خانواده در نظر قانون‌گذار ایرانی واحد بنیادی جامعه است.[۱] در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران این واحد بنیادی جامعه برمبنای حقوق و اخلاق اسلامی پایه‌ریزی شده است. پیش‌بینی این نهاد در اصل دهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، با عرف ایرانی که غالباً برپایهٔ حقوق اسلامی شکل گرفته و با طبیعت انسانی نیز سازگاری دارد، نه‌تنها روابط عاطفی زوجین را مستحکم‌تر می‌نماید، بلکه حقوق طرفین این قرارداد مبنی بر حقوق اسلامی را نیز حفظ خواهد نمود. پیش‌بینی مقررات تنظیم‌کنندهٔ روابط این واحد بنیادی جامعه برعهدهٔ قوانین عادی است. به نظر می‌رسد در فقه، اساس اجرت‌المثل، با توجه به خدمات زوجه در خانه و حرمت عمل مسلمان است که تعریف می‌شود و قاعدهٔ احترام در این خصوص در نزد عقلا و روایات مختلف، از اهمیت برخوردار است. در خصوص نحله نیز می‌توان گفت که سنوات زندگی مشترک و توان مالی زوج مهم تلقی می‌شود. در این میان، مواد ۳۳۶ قانون مدنی و مادهٔ ۳۲ قانون حمایت از خانواده از مهم‌ترین مواد قانونی در رابطه با جایگاه اجرت‌المثل و نحله به حساب می‌آیند. مطابق بند الف تبصرهٔ ۶ مادهٔ واحدهٔ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق زوجه تنها درصورت وجود شرایطی، آن هم در زمان وقوع طلاق حق مطالبهٔ اجرت‌المثل داشته است و در صورت عدم دریافت اجرت‌المثل مطابق بند ب تبصرهٔ مذکور پرداخت نحله به زوجه مقرر شده بود، اما در سال ۱۳۸۵ با الحاق تبصره‌ای به مادهٔ ۳۳۶ قانون مدنی، حق مطالبهٔ اجرت‌المثل توسط زوجه در ایام زوجیت مطرح شده است و سرانجام قانون‌گذار در سال ۱۳۹۱ در قانون جدید حمایت خانواده، اجرت‌المثل کارهای زوجه را در ردیف سایر حقوق از جمله مهریه مقرر نموده است. حقی که با توجه به مبنای فقهی نیز شناسایی شده است.

حال که قانون‌گذار اجرت‌المثل را به‌عنوان حق زوجه شناسایی کرده و مطالبهٔ آن نیاز به احراز شرایط مقرر در قسمت نخست تبصرهٔ ۶ مادهٔ واحدهٔ مذکور ندارد، سؤالاتی در خصوص جایگاه اجرت‌المثل و نحله در قانون مدنی به ذهن متبادر می‌شود که نیازمند پاسخ قابل‌استناد است؛ ازجمله اینکه حکم به پرداخت نحله منوط به احراز شرایط مقرر در تبصرهٔ ۶ چگونه است؟ این مسئله باید با توجه به ارادهٔ قانون‌گذار از وضع تبصرهٔ ۶ مادهٔ واحدهٔ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق که بحث سوءاستفادهٔ زوج از حق طلاق است، بررسی شود؛ لذا در این مقاله کوشش شده است تا بیان جایگاه اجرت‌المثل زوجه و نحله با توجه به قانون جدید حمایت خانواده و فقه تحلیل شود. به نظر می‌رسد قانون‌گذار شرایطی را برای مطالبهٔ اجرت‌المثل حق زوجه در نظر گرفته است، اما علی‌رغم تصویب قانون جدید حمایت خانواده، همچنان موضوع قصد و عدم قصد تبرع زوجه منشأ بسیاری از اختلافات درخصوص مطالبهٔ اجرت‌المثل است.

---

[۱]. اصل دهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد: «از آنجا که خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی است، همهٔ قوانین، مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در جهت آسان‌کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد».

## مفهوم‌شناسی

### ۱ـ مفهوم اجرت‌المثل

اجر مابازاء عمل است (ابن‌منظور، ۱۴۰۸ق، ص. ۷۸). اجرت به مزد، مزدکار، حق‌القدم و دستمزد معنا شده است (دهخدا، ۱۳۷۲، ص. ۸۸۴). اجرت به اجرت‌المسمی و اجرت‌المثل تقسیم می‌شود. اجرت‌المثل در مقابل اجرت‌المسمی، یعنی اجرت مذکور در عقد اجاره است و به‌معنای اجرت منافع استیفاشده یا تلف‌شده از مال یا عمل غیر است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص. ۸۶). ازآنجا که اجرت‌المثل بدل قیمت واقعی منافع است باید باملاحظهٔ اجارهٔ امثال مورد اجاره تعیین شود.

اجرت‌المسمی: مقدار اجرتی که در عقد برآن توافق شده یا اینکه پرداخت آن مبلغ در نزد طرفین عقد معین باشد.

اجرت‌المثل: اجرت متعارفی است که بدون تعیین از جانب طرفین عقد نسبت به عمل، بعد از انجام کار پرداخت می‌شود.

چون غالباً زوجین درخصوص اجرت کارهایی که زوجه به درخواست زوج انجام می‌دهد و از وظایف شرعی او نبوده سخن به میان نمی‌آورند! به‌عبارتی‌دیگر چون این اجرت بین زوجین مشخص نمی‌باشد، لذا تحت عنوان اجرت‌المثل مطرح می‌شود.

### ۲ـ مفهوم نحله

نحله اسمی است از ریشهٔ نحل و به‌معنای عطایی است که در مقابل ثمن یا چیزی قرار نگرفته باشد (ابن‌منظور، ۱۴۰۸ق، ص. ۷۴). راغب معنای اصلی نحله را از زنبور عسل گرفته و معتقد است: مهریه را از آن جهت نحله می‌گویند که عطیهٔ مرد مثل عطیهٔ زنبور عسل عوض مالی ندارد (طریحی، ۱۴۰۸ق، ص. ۲۸۲). فراهیدی بیان می‌دارد: نحله آن است که تو به انسان چیزی بدهی بدون اینکه عوض طلب کنی (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ص. ۲۳). در لسان‌العرب هم به همین مفهوم آمده است «نحله ازجانب پروردگار برای زنان قرارداده شده به این صورت که مردان چیزی به‌عنوان صداق به ایشان بپردازند و برای زنان چیزی از انواع غرامت را قرار نداده است» (ابن‌منظور، ۱۴۰۸ق، ص. ۶۵).

فقیهان تعبیرات مختلفی از آن دارند که قدر متیقن تمام آن‌ها این است که «نحله چیزی است که عوض در آن نباشد» (طوسی، ۱۳۷۸، ص. ۳۶۹).

پرداخت نحله یا عطیه به زن در هنگام طلاق که در بند ب تبصرهٔ ۶ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق آمده بود، لیکن با تصویب قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ صراحتاً نسخ شده است از آیات قرآنی نشأت گرفته ولی با عنوان متاع از آن یاد شده است: «للمطلقات متاع بالمعروف حقاً علی المتقین» (بقره ۲۴۱) برای زنان مطلقه بهره‌ای شایسته است چنان‌که درخور مردان پرهیزکار می‌باشد».

## شناسایی اجرت در قبالِ حق زوجه (مطالبهٔ اجرت‌المثل و مبانی قانونی آن در گسترهٔ حق زوجه)

در این مبحث، با تبیین سابقهٔ فقهی حق زوجه برای مطالبهٔ اجرت‌المثل و مبانی قانونی آن، اجرت‌المثل زوجه به‌عنوان حق غیرقابل‌انکار او بررسی خواهد شد.

### ۱ـ سابقهٔ فقهی و فتاوای فقیهان در مسئلهٔ اجرت‌المثل زوجه

از نظر فقهی، پرداخت اجرت‌المثل از یک شرط کلی که همان احترام به عمل مسلم و پرداخت دستمزد عامل است، تبعیت می‌کند. پیامبراکرم (ص) می‌فرمایند: «سباب المؤمن فسوق وقتاله کفر اکل لحم معصیه وحرمة مال کدمه» (حرّ عاملی، ۱۴۱۴ق، ص. ۱۵۴).

احترام مال و عمل مسلم به این معناست که نمی‌توان در مال مسلم به‌طور مجانی تصرف نموده و به حقوق او تعدی نمود، به‌جهت اینکه تجاوز به حقوق وی جایز نیست. همین‌طور هم اگر عملی از جانب وی انجام شود، محترم بوده و باید اجرت آن پرداخت شود (مصطفوی، ۱۴۱۷ق، ص. ۲۴).

در خصوص سابقهٔ فقهی مسئلهٔ مطالبهٔ اجرت‌المثل توسط زوجه باید بیان داشت در تألیفات فقیهان غیرمعاصر طرح مسئله به‌شکل امروزی صورت نگرفته است؛ لیکن می‌توان به احکامی که در خصوص شیردادن طفل وجود دارد اشاره نمود.

مطابق این احکام، بر مادر واجب نیست، در طول مدتی که طفل نیاز به شیرخوردن دارد، به فرزند خود شیر دهد و در صورت پذیرش این امر حق مطالبهٔ اجرت را دارد (شهید اول، ۱۳۸۳، ص. ۹۹). لذا زوج نمی‌تواند همسر خود را مجبور کند به فرزند خود شیر دهد، زیرا زوجیت موجب نمی‌شود که شوهر مالک منافع همسر خود گردد، اما اگر پدر توان مالی نداشته باشد، بر مادر واجب است کودک خود را شیر دهد و در این صورت اجرتی برای مادر نخواهد بود (شهید ثانی، ۱۳۸۵، ص. ۳۴۲). در این گستره، امام خمینی (ره) فرمودند: «کار زن در منزل شوهر اگر به‌قصد تبرع یا بدون امر شوهر انجام گرفته، استحقاق اجرت ندارد» (کریمی، ۱۳۶۵، ص. ۱۳۷). آیت‌الله محمدتقی بهجت (ره) می‌فرمایند: «اگر مرد از زن خواسته که کار کند و قصد تبرع زن ثبت نیست مرد اجرت زن را ضامن است و اگر بدون درخواست مرد، زن کار کرده، مرد ضامن اجرت او نیست، هرچند بدون قصد تبرع کار کرده است». همچنین آیت‌الله سیدعلی سیستانی در این مورد فرموده‌اند: «بستگی به قصد عمل‌کننده دارد که قصد تبرع نکرده باشد، با فرض اینکه مرد امر کرده باشد و متعارف این نباشد که زن مجانی کار کند». آیت‌الله صافی گلپایگانی نیز می‌فرمایند: «موارد مختلف است، به‌طور کلی هر کاری که زوجه به دستور و درخواست زوج انجام دهد؛ و قرینه و شاهدی بر مجان و تبرع در بین نباشد، زوجه می‌تواند در مقابل آن اجرت طلب کند».

همان‌طور که ملاحظه شد فقیهان معاصر در حق مطالبهٔ اجرت‌المثل توسط زوجه تردید ننمودند. ظاهراً امام خمینی (ره) اصل عدم قصد تبرع را برگزیده‌اند. آیت‌الله بهجت فرض را بر عدم قصد تبرع دانسته و آن را مفروض دانسته است. آیت‌الله سیستانی علاوه بر توجه به قصد تبرع، نظر عرف را نیز مدنظر قرار داده است. آیت‌الله صافی گلپایگانی نیز، عدم قصد تبرع در صورت عدم وجود قرینهٔ مخالف را، مفروض انگاشته است. بنابراین، آنچه در فتاوای فقیهان مدنظر قرار گرفته این است که اجرت‌المثل به‌عنوان حق

زوجه شناسایی شده است و اختلاف اندک در این نظرات دربارهٔ احراز قصد تبرع یا عدم قصد تبرع زوجه است. پس در فقه امامیه قاعدهٔ احترام مال مسلم در زمینهٔ اجرت‌المثل می‌تواند مهم‌ترین اصل به حساب آید؛ زیرا اکثر فقیهان قاعدهٔ فوق را پذیرفته‌اند.

استدلال قاعدهٔ احترام مال مسلم بر دو مقدمه بنیان گرفته است: (۱) مالیت‌داشتن فعل انسان (مسلمان)؛ (۲) وجوب رضایت از عمل (مال) غیر از ضمان منافع آن. همچنین شایان ذکر است که دلیل فقط قاعدهٔ احترام نیست، بلکه بنای عقلا و آیهٔ ۶ سورهٔ طلاق نیز می‌تواند مستند اثبات مشروعیت اجرت‌المثل زوجه باشد. در این آیه آمده است که:

> آن‌ها [زنان مطلّقه] را هرجا که خودتان سکونت دارید و در توانایی شماست سکونت دهید؛ و به آن‌ها زیان نرسانید تا آن‌ها را در تنگنا قرار دهید [و مجبور به ترک منزل شوند]؛ و اگر باردار باشند، نفقهٔ آن‌ها را بپردازید تا وضع حمل کنند؛ و اگر برای شما [فرزند را] شیر می‌دهند، پاداش آن‌ها را بپردازید؛ و [دربارهٔ شیردادن فرزند] به‌طور شایسته با یکدیگر مشاوره کنید؛ و اگر به توافق نرسیدید، زن دیگری او را شیر خواهد داد.

آورده شد که مالیت‌داشتن فعل مسلمان و وجوب رضایت از مال غیر از ضمان منافع آن، دو گزاره در اثبات قاعدهٔ احترام مال مسلم هستند. در خصوص گزارهٔ اول، مالیت‌داشتن فعل انسان یا ارزش مالی‌داشتن سود و منفعت شخص مسلمان، مورد توافق و نظر اکثر فقیهان است؛ لذا گزارهٔ اول در جهت اثبات، مفروغ‌عنه در نظر فقیهان گرفته شده است. همچنین نظر امام خمینی در تأیید مدعای فوق، بدین‌گونه است که «عمل شخص حر، مال است و فرقی نیست بین اینکه عامل کاسب باشد یا نباشد» (خمینی، ۱۳۴۸، ص. ۲۰). بر این اساس، به‌طورکلی می‌توان گفت که در هر موضوع فقهی، پرداخت اجرت‌المثل از یک شرط کلی پیروی می‌کند که آن احترام به فعل قطعی و پرداخت اجرت‌المثل است.

در استحقاق اجرت برای عامل در فرض اینکه قصد پرداخت داشته باشد و عامل بخواهد با اختیار خود این کار را انجام دهد، دو شرط مطرح شده است: (۱) عمل به عرف و عادت اجرت‌المثل باشد؛ (۲) شخصیت یا شأن عامل طوری باشد که با توجه به عمل خود اجرت بگیرد. در بین اولویت هرکدام از این شرایط، بین علامه حلی و محقق حلی اختلاف است که کدام‌یک از این دو شرط اصلی و کدام فرعی است و آیا اجتماع هر دو لازم است یا هریک به‌تنهایی می‌تواند دلیل باشد. محقق معتقد است اگر اجرت‌گرفتن در شأن عامل باشد مستحق اجرت است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ص.۱۱۷). این در حالی است که علامه، شرط اول را می‌پذیرد (علامه حلّی، ۱۴۱۰ق، ص.۲۱۷) و آن را فرض مسئله در نظر می‌گیرد. بااین‌حال، در خصوص اجرت‌المثل زوجه هر دو قول واحد دارند، چه اینکه شکی نیست که نوع عمل زوجه در عرف و عادت بدون لحاظ شأنیت عامل اجرت‌دار است. بااین‌حال، می‌توان گفت که اکثر فقیهان بر این‌قولند که اجرت‌المثل، با توجه به خدماتی که زوجه در منزل انجام می‌دهد و جز وظایف و تعهدات او نیست تعلق می‌گیرد؛ از جهت دیگر تعلق‌گرفتن اجرت به زن با توجه به وظایفی که شرع و قانون اسلامی برای او در نظر گرفته است، بنا بر حاصل‌شدن شرایطی است که در گسترهٔ استیفا در نظر گرفته شده است؛ می‌توان گفت که دیدگاه فوق در حقوق مدنی جمهوری اسلامی نیز لازم‌الاتباع است.

## ۲ـ مبانی قانونی و نحوهٔ اثبات مطالبهٔ اجرت‌المثل

مبانی قانونی مطالبهٔ اجرت‌المثل و نحوهٔ اثبات این حق در نظام حقوقی ایران در ذیل عناوین قانون مدنی و رویهٔ قضایی و قانون حمایت خانواده قابل‌بررسی است.

### *۲ـ۲ـ تبصرهٔ قانون مدنی*

بررسی این مطلب که آیا مطالبهٔ اجرت‌المثل توسط زوجه مبنای قانونی دارد یا خیر، می‌توان به تبصرهٔ مادهٔ ۳۳۶ قانون مدنی استناد نمود. در این تبصره آمده است: «چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به‌عهدهٔ وی نبوده و عرفاً برای آن کار اجرت‌المثل باشد، به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت‌المثل کارهای انجام‌گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌نماید». مطابق این ماده، اثبات استحقاق زوجه برای مطالبهٔ اجرت‌المثل، منوط به احراز چهار شرط است:

۱. زوجه به دستور یا درخواست زوج کار را انجام داده باشد؛

۲. کار شرعاً برعهدهٔ زوجه نبوده باشد؛

۳. برای آن کار در عرف اجرت در نظر گرفته شود؛

۴. زوجه با عدم قصد تبرع کار را انجام داده باشد.

باید بیان داشت که در مورد شرط اول، یعنی امر به اقدام و انجام‌دادن کار مورد استفاده، بحث اختلافی وجود نخواهد داشت. لذا باید تقاضایی وجود داشته باشد و در پی آن، عملی انجام شود تا با وجود شرایط دیگر، شخص را مستحق مطالبهٔ اجرت‌المثل دانست، زیرا در صورت عدم وجود یکی از دو شرط ذکرشده، قانون چنین حقی را به شخص نمی‌دهد، مثل اینکه زوجه بدون تقاضای زوج، اقدام به نظافت خانه نماید که در اینجا به‌علت عدم وجود شرط امر به اقدام، زوجه مستحق اجرت‌المثل نخواهد بود. اما مشکلی که برای زوجه وجود دارد، مسئلهٔ اثبات اقدام بر اساس دستور زوج است، زیرا درخواست زوجه و درپی آن اقدام، در محیط خانه به‌دور از دید سایر اشخاص انجام می‌شود؛ بر همین اساس، اثبات آن امری مشکل است. اما چون دعوای مطالبهٔ اجرت‌المثل، از جمله دعاوی مالی محسوب می‌شود، زوجه می‌تواند، مطابق مواد ۲۷۰[۱] به بعد قانون آیین دادرسی مدنی، درخواست اتیان سوگند زوج را نماید.

در مورد شرط دوم نیز در مبحث سابقهٔ فقهی مسئله توضیح دادیم.

اما در خصوص دو شرط دیگر، یعنی اجرت‌داشتن عمل در عرف و قصد تبرع، نیاز به تأملی بیشتر است. در سومین شرط از شرایط مذکور بیان شد که عمل باید از جمله اعمالی باشد که عرفاً به آن اجرت می‌دهند. حال سؤالی که اینجا مطرح می‌شود این است که آیا عرف برای عملی که زوجه به تقاضای زوج انجام داده، اجرت در نظر می‌گیرد؟

---

[۱]. مادهٔ ۲۷۰: «در مواردی که صدور حکم دادگاه منوط به سوگند شرعی باشد، دادگاه به درخواست متقاضی، قرار اتیان سوگند صادر کرده و در آن، موضوع سوگند و شخصی را که باید سوگند یاد کند، تعیین می‌نماید.» مادهٔ ۲۷۱: «در کلیه دعاوی مالی و سایر حقوق‌الناس از قبیل نکاح، طلاق، رجوع در طلاق، نسب، وکالت و وصیت که فاقد دلایل و مدارک معتبر دیگر باشد، سوگند شرعی به شرح مواد آتی می‌تواند ملاک و مستند صدور حکم دادگاه قرار گیرد.»

در اینکه عمل انجام‌شده، صرف‌نظر از فاعل آن عمل، دارای اجرت است، تردیدی نیست. به‌طور مثال، نظافت خانه عملی است که توسط هر شخصی انجام‌پذیر است و از جمله وظایف شرعی زوجه نیست و عرف برای آن اجرت در نظر می‌گیرد. لیکن، عرف برای انجام عملی که به‌طور معمول به‌قصد احسان و نزاکت انجام می‌شود، اجرتی در نظر نمی‌گیرد (محقق داماد، ۱۳۸۶، ص. ۲۷۲)، هرچند به امر دیگری انجام شود. از جمله مواردی که می‌توان گفت شخص به‌قصد احسان و نزاکت عملی را انجام می‌دهد، همین مورد است: اقدام زوجه به انجام کارهایی در پی تقاضای زوج. این داوری عرف مورد حمایت است، زیرا وقتی زوجه به تقاضای مشروع زوج پاسخ مثبت می‌دهد، در واقع به‌قصد احسان و دلجویی از زوج این قبیل کارها را انجام می‌دهد. در نتیجه، عرف اجرتی برای این قبیل کارها در نظر نمی‌گیرد. اما باید توجه داشت اینکه کارهای انجام‌گرفته به‌قصد احسان و نزاکت می‌باشد، معطوف به قصد زوجه می‌گردد، نکته‌ای که در شرط چهارم بررسی خواهد شد.

در مورد شرط چهارم، یعنی قصد عدم تبرع، نیز در خصوص مطالبهٔ اجرت‌المثل زوجه با مشکل اثباتی روبه‌رو خواهد شد؛ زیرا در این مورد خاص، یعنی انجام کارها توسط زوجه به درخواست زوج، یک اماره وجود دارد به‌نام ظاهر. این اماره مبین این حکم است که کارهایی که زوجه به تقاضای زوج انجام داده، به‌قصد تبرع است و این اماره بر اصل عدم ترجیح دارد. به‌ویژه اینکه این اماره با قرائن دیگر تقویت می‌شود، ازجمله: اظهار محبت به شوهر، خدمت فزون‌تر به فرزندان، تشکر از تلاش‌های زوج در خارج از خانه که برای رفاه خانواده انجام می‌دهد. لذا وجود این اماره (قصد تبرع) زوجه را در استناد به تبصرهٔ مادهٔ ۳۳۶ قانون مدنی با مشکل مواجه می‌سازد؛ زیرا از یک جهت، اکثر زنان خود را در خانواده بیگانه فرض نمی‌کنند تا به‌فکر اجرت باشند و از جهت دیگر، لزوم حفظ بنیان خانواده و نیز احساس مسئولیت اکثر زنان به بقای آن موجب می‌شود فکر اجرت به ذهن زوجه خطور نکند. به‌عبارت دیگر، خانواده برای زوجه محل کسب اجرت نیست، بلکه محل آرامش و آسایش اوست و هر کاری انجام می‌دهد برای خانواده است. بنابراین، ظاهر این است که کارهایی که زوجه به تقاضای شوهر انجام داده، به‌قصد تبرع بوده است (گرجی و همکاران، ۱۳۸۴، صص. ۲۲۰، ۲۸۲) و چون ظاهر یک اماره محسوب می‌شود، خصوصاً اگر با قرائنی مثل اظهار محبت به شوهر همراه باشد، بر اصل عدم تقدم می‌یابد (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص. ۲۷۴). در نتیجه، اماره (قصد تبرع) بر اصل عدم قصد تبرع حکومت دارد و اثبات این امر که زوجه با قصد عدم تبرع اقدام به چنین کارهایی کرده، بر عهدهٔ خود وی می‌باشد و اثبات امر عدمی نیز بسیار مشکل است.

### ۲ـ۲ـ رویهٔ قضایی

رویهٔ قضایی در خصوص چگونگی اثبات وجود حق اجرت‌المثل ثابت نمی‌باشد. حسب مورد، اثبات وجود یا عدم وجود حق، بر عهدهٔ زوجه یا زوج است. در یک نشست قضایی در دادگستری مبارکه (معاونت آموزش قوهٔ قضاییه، ۱۳۸۷، ص. ۴۹۵) در خصوص قصد تبرع یا عدم قصد تبرع نظراتی متفاوت ابراز شده است. اکثریت بر این نظر بودند: هرچند اصل بر عدم تبرع است، زیرا در بند الف تبصرهٔ ۶ مادهٔ واحدهٔ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق تصریح شده است که «باید برای دادگاه ثابت شود» اصل مذکور استثنا

خورده و باید اثبات شود و بار اثبات بر عهدهٔ زوجه می‌باشد. اما اقلیت معتقدند با توجه به حکومت اصل عدم تبرع و اینکه اثبات امر عدمی محال است در نتیجه مدعی تبرع باید قصد تبرع زوجه را اثبات نماید. البته نظری دیگر نیز بیان شده است که منتسب به آیت‌الله مکارم شیرازی است: «اگر تبرعی‌بودن واقعاً مشروط به ادامهٔ زندگی زناشویی بوده، در این صورت، [زوجه] حق مطالبه در فرض طلاق دارد» (مرکز تحقیقات فقهی قوهٔ قضائیه، ۱۳۸۲، ص. ۱۳۵). اما در رویهٔ عملی محاکم، عکس نظرات بالا مصداق دارد به‌گونه‌ای که اکثر محاکم (دادنامه‌های ۶۰، ۱۶۲ و ۲۵۱، شعبهٔ ۱۵، ۱۳۸۱؛ دادنامهٔ ۱۹۸، شعبهٔ ۹، ۱۳۸۱) اصل عدم تبرع و اقلیت (دادنامهٔ ۱۷۶۴، شعبهٔ ۱۷۱۹ دادگاه عمومی تهران، ۱۳۸۰) قصد تبرع را ملاک قرار می‌دهند که حسب مورد اثبات آن بر عهدهٔ زوج یا زوجه خواهد بود.

عده‌ای بر این عقیده‌اند که فرض قصد تبرع زوجه، سبب می‌شود بند الف تبصرهٔ ۶ مادهٔ واحدهٔ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق (که به‌موجب قانون جدید حمایت خانواده نسخ شده است) عملاً کاربردی نداشته باشد (انصاری‌پور و همکاران، ۱۳۸۴، ص. ۱۹).

### ۲ـ۳ـ نظر مختار

عمده‌ترین دلیلی که پرداخت اجرت‌المثل به زوجه را لازم می‌داند، قاعدهٔ احترام مال مسلم است. اگر شخصی به امر دیگری کاری انجام دهد، چنانچه این کار عرفاً دارای ارزش اقتصادی و بدون قصد تبرع انجام یافته باشد، آمر به‌اندازهٔ اجرت‌المثل ضامن است، مستند ضمان، قاعدهٔ احترام است، بدین‌توضیح که هرچند انسان آزاد خودش مال نیست، ولی کار او مال محسوب می‌شود و مقتضای احترام مال، مسئولیت و ضمان است (محقق داماد، ۱۳۸۶، ص. ۲۱۷).

در قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱، مطالبهٔ اجرت‌المثل توسط زوجه، درصورتی امکان‌پذیر بود که اولاً درخصوص امور مالی در عقد نکاح یا عقد دیگر شرطی وجود نمی‌داشت و ثانیاً طلاق به درخواست زوجه یا ناشی از تخلف وی از وظایف همسری یا سوءاخلاق و رفتار وی نمی‌بود، بلکه در سوءاستفادهٔ زوج از حق طلاق ریشه داشت. لیکن قانون‌گذار در سال ۱۳۸۵ به این امر پی برده است که مطالبهٔ اجرت‌المثل حق زوجه می‌باشد و ارتباطی به طلاق ندارد، چنان‌که آیت‌الله صافی گلپایگانی نیز فرمودند: «در مسئلهٔ اجرت‌المثل کار و عمل زوجه در خانهٔ زوج، اگر به دستور شوهر و به‌قصد گرفتن اجرت انجام داده باشد، اجرت‌المثل را طلبکار است خواه شوهر او را طلاق دهد یا همسری آن‌ها برقرار باشد» (مؤسسهٔ آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰، ص. ۱۴). لذا قانون‌گذار صرف‌نظر از اینکه شرطی راجع به امور مالی بین زوجین شده است یا خیر، یا اینکه طلاقی در حال وقوع باشد یا خیر، این حق را در تبصرهٔ مادهٔ ۳۳۶ قانون مدنی به‌صراحت مقرر داشته است، حقی که طبق قاعدهٔ فقهی احترام مال و عمل مسلم غیرقابل‌انکار است. قانون‌گذار در سال ۱۳۹۱ در قانون حمایت خانواده، این حق را در ردیف مهریه و نفقه قرار داده است. در مادهٔ ۲۹ قانون حمایت خانواده، دادگاه مکلف به تعیین اجرت‌المثل زوجه مطابق با تبصرهٔ مادهٔ (۳۳۶) قانون مدنی است. این امر مبین آن است که مقنن مطالبهٔ اجرت‌المثل را حق مسلم زوجه تلقی

نموده است، به‌گونه‌ای که ثبت طلاق بدون پرداخت اجرت‌المثلی که دادگاه برای زوجه تعیین کرده است امکان‌پذیر نیست، مگر با رضایت زوجه.

با وجود اختلافات فراوان در میان حقوق‌دانان و رویهٔ قضایی، در زمینهٔ عدم قصد تبرع و قصد تبرع زوجه به نظر می‌رسد قانون‌گذار اصل قصد تبرع را مطابق تبصرهٔ مادهٔ ۳۳۶ قانون مدنی پذیرفته و اثبات خلاف آن بر عهدهٔ زوجه است.

بر این اساس، با توجه به نسخ تبصرهٔ الف مادهٔ واحدهٔ پیش‌گفته، پس از تصویب قانون حمایت از خانواده، مصوب ۱۳۹۱ در زمینهٔ اجرت‌المثل می‌توان گفت که قانون‌گذار استیفای از عمل دیگری را اصل قرار داده است و همان‌طور که در سطور پیش آورده شد مبنای این نگرش، فقه امامیه است. براین‌مبنا، به نظر می‌رسد که اجرت‌المثل در زمان زناشویی در صورت حصول شرایط لازم مانند شرط تنصیف دارایی و اموال به‌شکل جداگانه و مجزا، قابل‌مطالبه است. از این جهت به نظر می‌رسد که نگرش قانون‌گذار بر اساس تبصرهٔ مادهٔ ۳۳۶ قانون مدنی و قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ نسبت به استیفای حقوق زن در زمینهٔ حق اجرت‌المثل منطقی‌تر است و حق اجرت‌المثل را حتی در زمان زناشویی بنا بر شروطی به‌رسمیت می‌شناسد. این در حالی است که قانون‌گذار پیش از این، حق اجرت‌المثل را منوط بر طلاق در نظر می‌گرفت که عملاً زوجه را در زندگی زناشویی از اجرت‌المثل، محروم می‌ساخت.

## ماهیت نحله در فقه

از مهم‌ترین منابع در اسلام در خصوص نحله، قرآن است. قرآن کریم در خصوص نحله می‌فرماید: «وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً علی المتقین» (بقره ۲۴۱)؛ مردان، زنانی را که طلاق دهند به چیزی بهره‌مند کنند، که این کار سزاوار مردم پرهیزکار است. در این‌گونه موارد، منظور از متاع هدیه‌ای است که مرد پس از طلاق به زن می‌دهد. در این آیه که پایان احکام طلاق است، برای پرهیز از انتقام و اظهار کینه تا حد امکان نسبت به زنان مطلقه سفارش شده است و بر این امر تأکید دارد که مردان موظف‌اند به همسری که طلاق می‌دهند هدیه‌ای بدهند و این وظیفه برای همهٔ مردان متقی مقرر شده است. البته ظاهر این آیه شامل همهٔ زنان مطلقه می‌شود، اما همان‌طور که در آیهٔ ۲۳۶ بقره آمده است، هدیه‌دادن در صورتی واجب است که مهریه معین نشده باشد و عقد نیز انجام نشده باشد؛ بنابراین در موارد دیگر حکم، جنبهٔ مستحبی خواهد داشت و در واقع یکی از دستورات کاملاً انسانی است که در اسلام وارد شده است. یکی دیگر از منابع فقهی که مشروعیت نحله مستند به آن است، سنت است.

بر اساس روایات معتبر متعدد، بخشش برای زنان مطلقه لازم است: «روایت امیرالمؤمنان علیه‌السلام که بر همهٔ زنان مطلقه، متعه حکم فرمود: لکل مطلقه متعه الا المختلعه» (بروجردی، ۱۳۸۰، ص. ۵۷۲). لذا در فقه اسلامی نیز برخی بر این اعتقادند نحله، همان متعهٔ طلاق است که زوج باید به همسر خود پس از طلاق ببخشد (جزری، بی‌تا، ص. ۲۹۲). قائلان به این نظر بر این باورند که متعه از دو نظر شباهت با نحله دارد: اول اینکه متعه به مطلقه اختصاص دارد (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ص. ۲۰۸)؛ دوم اینکه بر مبنای آیهٔ ۲۳۶ سورهٔ بقره، تمکن زوج، ملاک پرداخت متعه از جانب زوج است (حلی، ۱۴۱۰ق، ص. ۵۸۳) که در نحله نیز

وسع مالی زوج ملاک تعیین پرداخت و بخشش است. نگرش دیگری نیز نسبت به نحله در فقه امامیه وجود دارد که مبتنی بر ادلهٔ احکام حکومتی است. این گروه از فقیهان بر این اعتقادند که همان‌طور که حقوق مالی نحله با توجه به مصلحت مطلقه بنا می‌گیرد یعنی جبران خسارت مادی و معنوی در این گستره، اصل است و مصلحت فوق، مورد تأیید شارع مقدس اسلام بوده است (هدایت‌نیا گنجی، ۱۳۸۵، ص. ۳۲). لذا قوانین مرتبط با نحله را می‌توان بر مبنای مصلحت با توجه به ادلهٔ احکام حکومتی در نظر گرفت که البته قول فوق نزد عموم فقیهان پذیرفته نیست؛ لذا قول اول، معمولاً مورد مداقه در زمینهٔ نحله در فقه امامیه قرار می‌گیرد.

## ماهیت نحله در حقوق

«نحله» در سال ۱۳۷۱ به‌منظور حمایت مالی از زوجه و تحقق عدالت بیشتر برای زنان در بند (ب) تبصرهٔ ۶ قانون اصلاح مقررات طلاق به‌رسمیت شناخته شد که به‌صورت مختصر و مفید قابل‌تعریف است. تعریف آن را می‌توان پرداخت مبلغی از سوی زوج به زوجه، در زمان طلاق در نظر گرفت. در آخرین تحولات در زمینهٔ حقوق خانواده، قانون‌گذار در سال ۱۳۹۱ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق را لغو کرد. با وجود این امر، نهاد «نحله» از این نسخ مستثنی است و در نتیجه قانون‌گذار همچنان بر مفاد آن پایبند بوده است. با توجه به این تحولات؛ در روند قانون‌گذاری این نهاد حمایتی؛ ابهامات و تعارضاتی در مفهوم نحله رخ داده است (ابهری، طالقان غفاری، ایوبی، و نعمتی، ۱۴۰۱). علاوه بر مورد مذکور، ازآنجاکه هر صاحب حقی این امکان را دارد که گاهی در گسترهٔ حقوق خود سوءاستفاده‌ای را صورت دهد، مرد نیز ممکن است از حق طلاق خود سوءاستفاده کند و بخواهد بدون دلیل معتبر قانونی یا عرفی از آن بهره گیرد؛ لذا برای جلوگیری از این سوءاستفاده در اسلام و به‌تبع آن در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، تدابیری اندیشیده شده است.

## قانون حمایت از خانواده و نگرش آن به اجرت‌المثل و نحله

قانون‌گذار در مادهٔ ۲۹ قانون حمایت خانواده مقرر داشته است: «دادگاه ضمن رأی خود با توجه به شروط ضمن عقد و مندرجات سند ازدواج، تکلیف... اجرت‌المثل ایام زوجیت طرفین مطابق تبصرهٔ مادهٔ (۳۳۶) قانون مدنی تعیین... می‌کند».

شاید بتوان، جهت رفع این اختلافات به مادهٔ ۳۰ قانون جدید حمایت خانواده، استناد نمود و اصل عدم قصد تبرع را پذیرفت. این ماده مقرر می‌دارد: «در مواردی که زوجه در دادگاه ثابت کند به امر زوج یا اذن وی از مال خود برای مخارج متعارف زندگی مشترک که بر عهدهٔ زوج است هزینه کرده و زوج نتواند قصد تبرع زوجه را اثبات کند، می‌تواند معادل آن را از وی دریافت نماید».

اما باید بیان داشت؛ قانون‌گذار در مادهٔ قبل (مادهٔ ۲۹ همان قانون) تعیین اجرت‌المثل را منوط به احراز شرایط تبصرهٔ مادهٔ ۳۳۶ قانون مدنی کرده و یکی از این شرایط، اثبات عدم قصد تبرع زوجه است؛ زیرا مطابق این تبصره، کارهایی که زوجه با عدم قصد تبرع انجام داده، باید برای دادگاه ثابت شود، به‌عبارت

دیگر، اصل را بر قصد تبرع نهاده است و خلاف آن را باید زوجه ثابت کند؛ لذا اینکه قاعدهٔ مندرج در مادهٔ ۳۰ قانون حمایت خانواده یعنی پذیرفتن اصل عدم قصد تبرع، قابل‌تسری در مورد اجرت‌المثل است، جای تأمل دارد، زیرا از قانون‌گذار عاقل، نقض شرایط مندرج در یک مادهٔ قانونی، با یک مادهٔ قانونی دیگر در همان قانون، بعید است.

طلاق در اسلام امری ناپسند است و مرد نباید از روی هوس و بدون دلیل موجه اقدام به طلاق زن خود کند. صرف قواعد اخلاقی برای جلوگیری از طلاق‌های ناروا کافی نیست، بلکه ضمانت اجرای حقوقی لازم است و به‌عبارت دیگر، پاره‌ای تدابیر حقوقی برای جلوگیری از سوءاستفادهٔ مرد از حق طلاق باید به کار گرفته شود (صفایی و امامی، ۱۳۸۴، ص. ۲۰۱). قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ به‌جز بند ب تبصرهٔ (۶) آن مطابق مادهٔ ۵۸ قانون جدید حمایت خانواده صراحتاً نسخ گردیده است. تبصرهٔ ۶ مادهٔ واحده مقرر می‌داشت: «پس از طلاق درصورت درخواست زوجه، مبنی بر مطالبهٔ حق‌الزحمهٔ کارهایی که شرعاً به‌عهدهٔ وی نبوده است، دادگاه بدواً از طریق تصالح نسبت به تأمین خواستهٔ زوجه اقدام می‌نماید و در صورت عدم امکان تصالح، چنانچه ضمن عقد یا عقد خارج لازم در خصوص امور مالی، شرطی شده باشد، طبق آن عمل می‌شود. در غیر این صورت، هرگاه طلاق بنابه درخواست زوجه نباشد و نیز تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوءاخلاق و رفتار وی نباشد، دادگاه به‌ترتیب زیر عمل خواهد کرد:

الف) چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به‌عهدهٔ وی نبوده، به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه این وضع ثابت و محرز گردد. دادگاه اجرت‌المثل کارهای انجام‌گرفته را با جلب نظر کارشناس یا به‌کمک عوامل دیگر محاسبه و زوج را به پرداخت آن ملزم می‌نماید.

ب) در غیرمورد بند الف، با توجه به سنوات زندگی مشترک و نوع کارهایی که زوجه در خانهٔ شوهر انجام داده است و وسع مالی زوج، دادگاه مبلغی را از باب بخشش (نحله) برای زوجه تعیین می‌نماید».

همان‌طور که از این تبصره استنباط می‌شود، پرداخت نحله به زوجه، منوط به وجود چند شرط است:

۱. راجع به امور مالی بین زوجین شرطی وجود نداشته باشد.

۲. طلاق به درخواست زوجه نباشد یا طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوءاخلاق و رفتار وی نباشد.

۳. زن اجرت‌المثلی دریافت نکرده باشد.

پرسشی که مطرح می‌شود این است که آیا پرداخت نحله، تنها منوط به عدم دریافت اجرت‌المثل می‌شود یا منوط به همهٔ موارد مذکور (موارد ۱ تا ۳) می‌باشد؟ در اینکه عدم دریافت اجرت‌المثل شرط پرداخت نحله است تردیدی وجود ندارد، زیرا از عبارت (در مورد غیر بند الف) در بند ب تبصرهٔ ۶ مادهٔ واحده، این موضوع قابل‌استنباط است.

حال با توجه به تصویب قانون جدید حمایت خانواده، که مطالبهٔ اجرت‌المثل را به عدم وجود شرط بین زوجین راجع به امور مالی و درخواست طلاق تنها از سوی زوج به‌جهت عدم تخلف زن از وظایف همسری و سوءاخلاق و رفتار او منوط نکرده است، آیا می‌توان بیان داشت که پرداخت نحله نیز منوط به

بندهای ۱ و ۲ مذکور نمی‌باشد؟ به‌عبارت دیگر آیا می‌توان بیان داشت به‌صرف عدم دریافت اجرت‌المثل زوجه، اعم از اینکه شرطی بین زوجین راجع به امور مالی باشد یا خیر، درخواست طلاق از سوی زوج باشد یا زوجه، زوجه استحقاق دریافت نحله را دارد؟

در ابتدا باید ارادهٔ مقنن در خصوص وضع تبصرهٔ ۶ مادهٔ واحد، قانون اصلاح مقررات مربوطه به طلاق را بررسی کرد.

قانون‌گذار در این تبصره، به‌جهت سوءاستفادهٔ شوهر از حق طلاق (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص. ۳۲۳)، جهت جبران شکست روحی زوجه، پرداخت اجرت‌المثل کارهایی که شرعاً برعهدهٔ زوجه نبوده و با اثبات شرایط دیگر مقرر کرده بود و در صورت عدم اثبات ادعای زوجه جهت مطالبهٔ اجرت‌المثل، پرداخت نحله را به‌عنوان ضمانت اجرای دوم سوءاستفادهٔ شوهر از حق طلاق، وضع کرده بود (البته با توجه به شرط انتقال نصف دارایی،[۱] می‌توان نحله را سومین ضمانت اجرا تلقی کرد). سپس قانون‌گذار به این امر پی برده است که مطالبهٔ اجرت‌المثل کارهای زوجه، حق زوجه بوده و ارتباطی به سوءاستفادهٔ شوهر از حق طلاق ندارد و زوجه در هر حال چه در ایام زندگی مشترک و چه در زمان وقوع طلاق می‌تواند اجرت‌المثل را مطالبه کند، به همین جهت، اقدام به وضع تبصرهٔ مادهٔ ۳۳۶ قانون مدنی و وضع مادهٔ ۲۹ قانون جدید حمایت خانواده کرده است. به‌گونه‌ای که اکنون پرداخت اجرت‌المثل به‌عنوان ضمانت اجرای سوءاستفادهٔ شوهر از حق طلاق مطرح نمی‌گردد، لذا در صورت عدم وجود شرط راجع به امور مالی تنها یک ضمانت اجرا برای اقدام زوج باقی می‌ماند و آن پرداخت نحله خواهد بود.

حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا جمع بین اجرت‌المثل و نحله امکان‌پذیر است؟

همان‌طور که بیان شد، پس از کنارگذاشتن اجرت‌المثل به‌عنوان ضمانت اجرای سوءاستفادهٔ زوج از حق طلاق، دو ضمانت اجرای دیگر باقی خواهد ماند، که شامل شرط راجع به انتقال نصف دارایی و دیگری نحله می‌باشد.

در مادهٔ ۲۹ قانون جدید حمایت خانواده، اجرای شرط ضمن عقد نکاح از جمله شرط راجع به انتقال نصف دارایی، در ردیف الزام به پرداخت اجرت‌المثل زوجه وضع گردیده است، به‌عبارت دیگر پرداخت اجرت‌المثل، مانع اعمال ضمانت اجرای سوءاستفادهٔ زوج از حق طلاق یعنی اجرای شرط راجع به امور مالی (انتقال نصف دارایی) نمی‌گردد، زیرا اجرت‌المثل حق زوجه می‌باشد و ارتباطی به سوءاستفادهٔ زوج از حق طلاق ندارد.

حال اگر شرطی راجع به امور مالی بین زوجین وجود نداشته باشد، طلاق به درخواست زوج باشد و ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوءاخلاق و رفتار وی نباشد و دادگاه طبق مادهٔ ۲۹ قانون جدید حمایت خانواده، حکم به پرداخت اجرت‌المثل صادر نماید، آیا می‌توان به پرداخت نحله حکم داد؟

---

[۱]. یکی از شرایط مندرج در سندهای چاپی نکاح به شرح زیر است: «ضمن عقد ازدواج، زوجه شرط نمود هرگاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و طبق تشخیص دادگاه، تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوءاخلاق و رفتار او نبوده باشد، زوج موظف است تا نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده یا معادل آن را طبق نظر دادگاه به زوجه منتقل نماید.»

با توجه به مطالب مذکور، می‌توان قائل به پرداخت نحله شد، اجرت‌المثل حق زوجه می‌باشد و به‌عنوان ضمانت اجرای سوءاستفادهٔ زوج از حق طلاق مطرح نمی‌گردد، درحالی‌که نحله به‌عنوان ضمانت اجرای سوءاستفادهٔ زوج از حق طلاق مطرح بوده و با اجرت‌المثل قابل‌جمع است.

لذا هرگاه راجع به امور مالی بین زوجین شرطی وجود نداشته باشد، طلاق به درخواست زوج باشد و ناشی از تخلف زن نباشد، دادگاه حکم به پرداخت نحله صادر می‌نماید، اعم از اینکه حکم به پرداخت اجرت‌المثل صادر شده باشد یا خیر، به‌گونه‌ای که برخی محققان معاصر تصریح کرده‌اند، که مرد باید پس از طلاق، علاوه بر حقوق واجبهٔ زن، مبلغی دیگر به‌عنوان سپاسگزاری به او بپردازد (مطهری، ۱۳۵۷، ص. ۲۱۶). مبنای پرداخت نحله را می‌توان آیهٔ ۲۴۱ سورهٔ بقره بیان کرد، که از آن به‌عنوان متعهٔ طلاق نام برده می‌شود، که بر مبنای آن زوج باید پس از طلاق مبلغی را به‌عنوان متعهٔ طلاق به زن بپردازد. همان‌طور که از این آیهٔ شریفه استفاده می‌شود، زوج هنگام طلاق به زنان پرهیزکار مبلغی را به‌عنوان متعه بپردازد، لذا مطابق با این آیهٔ شریفه، هرگاه طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری و یا سوءاخلاق او باشد متعه به او تعلق نخواهد گرفت.

## نتیجه‌گیری

مطالبهٔ اجرت‌المثل، حق زوجه می‌باشد و همان‌طور که عده‌ای از فقیهان نظر داده‌اند؛ ارتباطی به زمان طلاق ندارد؛ لذا قانون‌گذار صرف‌نظر از اینکه شرطی راجع به امور مالی بین زوجین شده است یا خیر، یا اینکه طلاقی در حال وقوع باشد یا خیر، این حق را در تبصرهٔ مادهٔ ۳۳۶ قانون مدنی به‌صراحت مقرر داشته است، حقی که طبق قاعدهٔ فقهی احترام مال و عمل مسلم غیرقابل‌انکار است. حقی را که قانون‌گذار در سال ۱۳۹۱ در قانون حمایت خانواده، در ردیف مهریه و نفقه قرار داده است. این امر مبین آن است که مقنن مطالبهٔ اجرت‌المثل را حق مسلم زوجه تلقی نموده است، به‌گونه‌ای که ثبت طلاق بدون پرداخت اجرت‌المثلی که دادگاه برای زوجه تعیین کرده است امکان‌پذیر نمی‌باشد مگر با رضایت زوجه.

از سویی دیگر، با توجه به وضع مقررات جدید، اجرت‌المثل به‌عنوان ضمانت اجرای سوءاستفادهٔ زوج از حق طلاق مطرح نمی‌گردد، درحالی‌که می‌توان، نحله را به‌عنوان ضمانت اجرای سوءاستفادهٔ زوج از حق طلاق تلقی کرد و امکان مطالبهٔ هم‌زمان اجرت‌المثل و نحله را، برای زوجه قائل بود. در کل می‌توان گفت که قانون حمایت خانواده موضوع اجرت‌المثل را به تبصرهٔ مادهٔ ۳۳۶ ارجاع داده که طبق آن زوجه در هر زمانی استحقاق دریافت اجرت‌المثل کارهایی را که خارج از وظایف شرعی‌اش و به دستور زوج انجام داده است دارد؛ مشروط بر اینکه این امور را با قصد تبرع انجام نداده باشد و عرف نیز برای آن‌ها اجرت در نظر گرفته باشد.

پیشنهادی که می‌توان مطرح کرد این است که قانون‌گذار ایران با الگوبرداری از مقررات سایر کشورها از جمله کشورهای اسلامی در راستای شفافیت حدود و خلأها در مطالبهٔ اجرت‌المثل، در حد توان و به‌منظور حمایت از زنان حمایت کند. تضییع حقوق مالی زن و حمایت از آن‌ها، ضمن تعیین معیارهایی مانند اصطلاح زناشویی، حداقل و حداکثر خسارت قابل‌پرداخت به زوجه را در قالب نحله مشخص می‌کند.

## منابع


ابن‌منظور، محمدبن مکرم. (۱۴۰۸ق). *لسان العرب* (ج. ۱، چاپ ۱۴). بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.

ابهری، حمید؛ طالقان غفاری، مهدی؛ ایوبی، ستاره؛ و نعمتی، احسان. (۱۴۰۱). واکاوی فقهی حقوقی نهاد نحله در پرتو رویهٔ قضایی کشور ایران. *فصلنامهٔ علمی فقه و حقوق نوین*، ۳(۹)، ۷–۲۸.

اجتهادی، مصطفی. (۱۳۸۲). *دائرة المعارف زن ایرانی*. تهران: مرکز امور مشارکت زنان ریاست جمهوری و بنیاد دانشنامهٔ بزرگ فارسی.

اصفهانی، محمدحسین. (بی‌تا). *حاشیة المکاسب*. قم: منشورات مکتبهٔ بصیرتی و چاپخانهٔ سلمان فارسی.

امامی، سیدحسن. (۱۳۶۶). *حقوق مدنی* (ج. ۱، چاپ ۳). تهران: کتابفروشی اسلامیه.

انصاری‌پور، محمدعلی و صادقی‌مقدم، محمدحسن. (۱۳۸۴). اجرت‌المثل کارهای زوجه و نقد آرای محاکم در این زمینه. *فصلنامهٔ مدرس علوم انسانی*، (۴۱)، ۱–۲۴.

بحرانی، یوسف. (۱۴۰۵ق). *الحدائق الناضرة فی أحکام العترة الطاهرة* (ج. ۲۴). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیه قم.

بروجردی، سیدحسین. (۱۳۸۰). *جامع أحادیث الشیعة فی أحکام الشریعة* (ج. ۲۶). تهران: مطبعهٔ المساحة.

جزری، مبارک. (بی‌تا). *النهایة فی غریب الحدیث والاثر* (ج. ۴). قم: موسسهٔ مطبوعاتی اسماعیلیون.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۶). *حقوق خانواده*. تهران: گنج دانش.

حامدی، محمدرضا و مکارم، مسعود. (۱۴۲۴ق). *تقریرات کتاب النکاح مکارم شیرازی*. قم: مدرسهٔ امام علی (ع).

حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۴ق). *وسائل الشیعه*. بیروت: موسسهٔ آل البیت (ع) لاحیاء التراث.

حلی، محمد. (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی* (ج. دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیه قم.

خمینی، سیدروح‌الله. (۱۳۴۸). *کتاب البیع* (ج. سوم، چاپ دوم). موسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰ق). *إرشاد الأذهان إلی أحکام الایمان* (چاپ اول، ص. ۲۱۷). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیه.

دهخدا، علی‌اکبر. (۱۳۷۲). *لغتنامه* (ج. ۱، چاپ اول). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

شبیری زنجانی، سیدموسی. (۱۴۱۹ق). *کتاب نکاح*. قم: موسسهٔ پژوهشی رای‌پردازان.

شهید اول، محمد بن مکّی. (۱۳۸۳). *لمعهٔ دمشقیه*. تهران: انتشارات خط سوم.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۳۸۵). *مباحث حقوقی شرح لمعه* (چاپ سوم). تهران: انتشارت مجد.

صفایی، حسین و امامی، اسداله. (۱۳۸۴). *مختصر حقوق خانواده* (چاپ هشتم). تهران: نشر میزان.

طریحی، فخرالدین. (۱۴۰۸ق). *مجمع البحرین*. [بی‌جا]: مکتب نشر الثقافة الاسلامیة.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۷۸). *مبسوط*. تهران: مکتبهٔ المرتضویه.

فراهیدی، خلیل. (۱۴۰۹ق). *کتاب العین* (چاپ دوم). [بی‌جا]: موسسهٔ دارالهجرة.

عاملی. (۱۴۱۳ق). *مسالک الافهام فی شرح شرائع الاسلام* (ج. ۸). قم: موسسهٔ معارف الاسلامیة.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۶). *الزامات خارج از قرارداد (ضمان قهری)* (ج. ۱ و ۲، چاپ هفتم). انتشارات دانشگاه تهران.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۸). *حقوق مدنی (خانواده)* (ج. ۱، چاپ اول). شرکت سهامی انتشار.

کریمی، حسین. (۱۳۶۵). *موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی*. قم: انتشارات شکوری.

گرجی، ابوالقاسم؛ حسین صفایی؛ عزت‌اله عراقی؛ اسداله امامی؛ مرتضی قاسم‌زاده؛ محمود صادقی؛ عباس برزوئی؛ احمد حمیدزاده؛ و بتول اهنی. (۱۳۸۴). *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

ماهنامهٔ حقوقی فرهنگی، اجتماعی دادرسی. (۱۳۸۶). *ماهنامهٔ حقوقی فرهنگی، اجتماعی دادرسی*.

محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۳۸۶). *بررسی فقهی حقوق خانواده* (چاپ شانزدهم). نشر علوم اسلامی.
مصطفوی، سیدمحمدکاظم. (۱۴۱۷ق). *مئة قاعده فقهیه* (چاپ سوم). قم: موسسهٔ النشر الاسلامی التابعة للجماعة المدرسین.
محقق حلی، جعفر. (۱۴۰۸ق). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام* (چاپ دوم). قم: مؤسسهٔ اسماعیلیان.
مطهری، مرتضی. (۱۳۵۷). *نظام حقوق زن در اسلام* (چاپ هشتم). قم: انتشارات صدرا.
معاونت آموزش قوهٔ قضاییه. (۱۳۸۷). *مجموعهٔ نشست‌های قضایی، مسائل حقوق مدنی*. انتشارات جاودانه.
موسسهٔ آموزشی و پژوهشی قضا. (۱۳۹۰). *پرسمان فقهی قضایی (۲)* (چاپ دوم). قم: نشر قضا.
مرکز تحقیقات فقهی قوهٔ قضائیه. (۱۳۸۲). *مجموعهٔ آراء فقهی قضایی در امور حقوقی، نکاح ۲*. معاونت آموزش و تحقیقات قوهٔ قضاییه.
هدایت‌نیا گنجی، فرج‌الله. (۱۳۸۵). *حقوق مالی زوجه (اجرت‌المثل، نحله و تعدیل مهریه)*. ناشر پژوهش.

## References

Ibn Manẓūr, Muḥammad ibn Mukarram. (1408 AH / 1987 AD). *Lisān al-ʿArab* (Vol. 1, 14th ed.). Beirut: Dār al-Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)

Ebhari, Ḥamīd; Tālaqān Ghafārī, Mahdī; Īybī, Setāreh; and Nematī, Eḥsān. (1401 SH / 2022 AD). "Vākāwī Fiqhī-Ḥuqūqī Nahād-e Naḥleh dar Partow-e Ravī-ye Qezāī-ye Keshvar-e Īrān" [Jurisprudential and Legal Analysis of the Gift Institution in Light of Judicial Practice in Iran]. *Faslnāmah-ye ʿElmī Fiqh wa Ḥuqūq-e Nowīn*, 3(9), 7–28. (in Persian)

Ejtiḥādī, Moṣṭafā. (1382 SH / 2003 AD). *Dāʾirat al-Maʿārif Zān-e Īrānī* [Encyclopedia of Iranian Women's Rights]. Tehran: Markaz-e Umūr-e Mushārakat Zanān-e Riyasat Jomhūrī va Bunyād-e Dāneshnāmeh-e Bozorg-e Fārsī. (in Persian)

Esfahānī, Muḥammad Ḥusayn. (n.d.). *Ḥāshiyat al-Makāsib*. Qom: Manshūrāt Maktabah Basīratī wa Chāpkhānah Salman Fārsī. (in Persian)

Imāmī, Sayyid Ḥasan. (1366 SH / 1987 AD). *Ḥuqūq-e Madanī* (Vol. 1, 3rd ed.). Tehran: Ketābfurūshī Islāmiyyah. (in Persian)

Anṣārīpūr, Muḥammad ʿAlī and Ṣādeqī Muqaddam, Muḥammad Ḥasan. (1384 SH / 2005 AD). "Ijtirāt al-Mithl-e Kārhā-ye Zawjah va Naqd-e Ārā-ye Maḥākem dar In Zemīneh" [Wages of Wife's Work and Critique of Court Judgments in This Field]. *Faslnāmah-ye Madras-e ʿUlūm-e Ensānī*, (41), 1–24. (in Persian)

Baḥrānī, Yūsuf. (1405 AH / 1985 AD). *Al-Ḥadāʾiq al-Nāḍirah fī Aḥkām al-ʿItrah al-Ṭāhirah* (Vol. 24). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī, affiliated with Jāmiʿat al-Mudarrisīn Ḥawzah ʿIlmiyyah Qom.

Borūjardī, Sayyid Ḥusayn. (1380 SH / 2001 AD). *Jāmiʿ Aḥādīth al-Shīʿah fī Aḥkām al-Sharīʿah* (Vol. 26). Tehran: Maṭbaʿat al-Masāḥah. (in Arabic)

Jazrī, Mubārak. (n.d.). *Al-Nihāyah fī Gharīb al-Ḥadīth wa al-Athar* (Vol. 4). Qom: Muʾassasat Maṭbūʿāt Ismāʿīlīyyūn.

Jaʿfarī Langarūdī, Muḥammad Jaʿfar. (1376 SH / 1997 AD). *Ḥuqūq-e Khānevādeh* [Family Law]. Tehran: Ganj Dānesh. (in Persian)

Ḥāmidī, Muḥammad Riḍā and Makārim, Masʿūd. (1424 AH / 2003 AD). *Taqrīrāt Kitāb al-Nikāḥ Makārim Shīrāzī*. Qom: Madraseh Imām ʿAlī (ʿalayh al-salām).

Ḥarr ʿĀmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. (1414 AH / 1993 AD). *Wāsiʿ al-Shīʿah*. Beirut: Muʾassasat Āl al-Bayt li Iḥyāʾ al-Turāth. (in Arabic)

Ḥillī, Muḥammad. (1410 AH / 1990 AD). *Al-Sarāʾir al-Ḥāwī li Taḥrīr al-Fatāwā* (Vol. 2). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī affiliated with Jāmiʿat al-Mudarrisīn Ḥawzah ʿIlmiyyah Qom.

Khomeinī, Sayyid Rūḥullāh. (1348 SH / 1969 AD). *Kitāb al-Bayʿ* (Vol. 3, 2nd ed.). Muʾassasat Tanzīm wa Nashr Āthār Imām Khomeinī. (in Persian)

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. (1410 AH / 1990 AD). *Irshād al-Adhhān ilā Aḥkām al-Īmān* (1st ed., p. 217). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī affiliated with Jāmiʿat al-Mudarrisīn. (in Arabic)

Dihḵudā, ʿAlī Akbar. (1372 SH / 1993 AD). *Lughatnāmah* (Vol. 1, 1st ed.). Tehran: Nashr Dāneshgāh-e Tehran. (in Persian)

Šubayrī Zanjānī, Sayyid Mūsā. (1419 AH / 1998 AD). *Kitāb al-Nikāḥ*. Qom: Muʾassasat Pazhūhishī Rāʾīpardāz. (in Persian)

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. (1383 SH / 2004 AD). *Lumaʿat Dimashqiyyah*. Tehran: Intishārāt Khaṭṭ-e Sūm.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. (1385 SH / 2006 AD). *Mabāḥith Ḥuqūqiyyah Sharḥ Lumaʿah* (3rd ed.). Tehran: Intishārāt Majd.

Ṣafāʾī, Ḥusayn and Imāmī, ʿAsadullāh. (1384 SH / 2005 AD). *Mukhtaṣar Ḥuqūq-e Khānevādeh* (8th ed.). Tehran: Nashr Mīzān. (in Persian)

Ṭurayḥī, Fakhr al-Dīn. (1408 AH / 1987 AD). *Majmaʿ al-Baḥrayn*. [n.p.]: Maktab Nashr al-Ṭaqāfah al-Islāmiyyah.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. (1378 SH / 1999 AD). *Al-Mabsūṭ*. Tehran: Maktabah al-Murtazawiyya. (in Persian)

Farāhīdī, Khalīl. (1409 AH / 1988 AD). *Kitāb al-ʿAyn* (2nd ed.). [n.p.]: Muʾassasat Dār al-Hijrah.

ʿĀmilī. (1413 AH / 1992 AD). *Masālik al-Afhām fī Sharḥ Sharāʾiʿ al-Islām* (Vol. 8). Qom: Muʾassasat Maʿārif al-Islāmiyyah.

Kātūzīyān, Nāṣir. (1386 SH / 2007 AD). *Al-Zimāmāt Khārij az al-Qarārdād (Ḍamān Qahrī)* (Vols. 1 & 2, 7th ed.). Tehran: Nashr Dāneshgāh-e Tehran.

Kātūzīyān, Nāṣir. (1388 SH / 2009 AD). *Ḥuqūq-e Madanī (Khānevādeh)* (Vol. 1, 1st ed.). Tehran: Sherkat Sahāmī-ye Intishār.

Karīmī, Ḥosayn. (1365 SH / 1986 AD). *Mavāzīn-e Qazāʾī az Nīgāh-e Imām Khomeinī*. Qom: Intishārāt Šokūrī. (in Persian)

Garjī, Abū al-Qāsim; Ḥusayn Ṣafāʾī; ʿIzzatullāh ʿIrāqī; ʿAsadullāh Imāmī; Moṛtaḍā Qāsimzādeh; Maḥmūd Ṣādeqī; ʿAbbās Barzūʾī; Aḥmad Ḥamīdzādeh; and Batūl Āhanī. (1384 SH / 2005 AD). *Barrasī-ye Tatbīqī-ye Ḥuqūq-e Khānevādeh* [Comparative Study of Family Law]. Tehran: Intishārāt Dāneshgāh-e Tehran. (in Persian)

*Māhnāmah-ye Ḥuqūqī Farhangī Ejtemāʿī Dādrasī*. (1386 SH / 2007 AD). *Māhnāmah-ye Ḥuqūqī Farhangī Ejtemāʿī Dādrasī*. (in Persian)

Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. (1386 SH / 2007 AD). *Barrasī Fiqhī-ye Ḥuqūq-e Khānevādeh* (16th ed.). Nashr ʿUlūm-e Islāmī. (in Persian)

Muṣṭafawī, Sayyid Muḥammad Kāẓim. (1417 AH / 1997 AD). *Miʾat Qāʿidah Fiqhiyyah* (3rd ed.). Qom: Muʾassasat al-Nashr al-Islāmī. (in Persian)

Muḥaqqiq Ḥillī, Jaʿfar. (1408 AH / 1987 AD). *Sharāʾiʿ al-Islām fī Masāʾil al-Ḥalāl wa al-Ḥarām* (2nd ed.). Qom: Muʾassasat Ismāʿīlīyān.

Moṭahharī, Murtadā. (1357 SH / 1978 AD). *Nizām-e Ḥuqūq-e Zan dar Islām* (8th ed.). Qom: Intishārāt Ṣadrā. (in Persian)

Moʿāvenat Āmūzesh-e Qovveh Qazāʾīyah. (1387 SH / 2008 AD). *Majmūʿeh-ye Nešst-hā-ye Qazāʾī, Masāʾel-e Ḥuqūq-e Madanī*. Nashr-e Jāvīdāneh. (in Persian)

Moʾasseseye Āmūzeshī va Pazhūheshī-ye Qazā. (1390 SH / 2011 AD). *Porsmān-e Fiqhī-ye Qazāʾī* (2) (2nd ed.). Qom: Nashr-e Qazā. (in Persian)

Markaz-e Taḥqīqāt-e Fiqhī Qovveh Qazāʾīyah. (1382 SH / 2003 AD). *Majmūʿeh Ārā-ye Fiqhī-ye Qazāʾī dar Umūr-e Ḥuqūqī, Nikāḥ 2*. Āmūzesh va Taḥqīqāt-e Qovveh Qazāʾīyah. (in Persian)

Hedayat-Niyā Ganjī, Farajollāh. (1385 SH / 2006 AD). *Ḥuqūq-e Mālī-ye Zawjah* [Wife's Property Rights: Wages of Work, Naḥlah, and Adjusting Dowry]. Nāšar-e Pazhūhesh. (in Persian)

Studies of Islamic Jurisprudence and the Basis of Law
Online ISSN: 2783-0837 Print ISSN: 2783-2368
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# Application of Semantic and Pragmatic Principles of Context Theory in the Fiqh Texts on Bay'

**Davood Saeedi**[1], **Taher AliMohammadi**[2], **Karim Koukhaizadeh**[3], and **Tahereh Afshar**[4]

1. Ph.D. Graduate in Jurisprudence and Islamic Legal Fundamentals, Lecturer, Department of Islamic Studies, Faculty of Literature and Humanities, Islamic Azad University, Bandar Abbas Branch, Bandar Abbas, Iran. Email: d.saeedi@yahoo.com
2. *Corresponding Author*, Associate Professor, Department of Jurisprudence and Islamic Legal Fundamentals, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ilam University, Ilam, Iran. Email: t.alimohamadi@ilam.ac.ir
3. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Islamic Legal Fundamentals, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ilam University, Ilam, Iran. Email: k.kokhaizadeh@ilam.ac.ir
4. Associate Professor, Department of English Language and Literature, Ilam University, Ilam, Iran. Email: t.afshar@ilam.ac.ir

**Article Info**

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received
21 May 2022
Received in revised form
25 June 2022
Accepted
01 August 2022
Available online
22 June 2025

***Keywords:***
bay',
context,
textual context,
situational context,
speech acts

**ABSTRACT**

Context theory is one of the most well-known approaches in modern linguistics. This approach seeks to employ scientific and common tools in the linguistic domain to understand the speaker's intended meaning in discourse analysis and interpretation. The question is how this aforementioned theory can be applied to comprehend the intent of the sacred legislator (shāriʿ al-muqaddas) and, so to speak, in the iṣṭinbāṭ (deduction) of juridical rulings (aḥkām fuqahāʾ). In the present article, the authors, utilizing the common tools and methods of discourse analysis and semantic-pragmatic intention studies, have found certain types of contexts effective in the analysis of iṣṭinbāṭs derived from fiqh texts on bayʿ (sale). The results indicate that the majority of conventional methods—including referencing, substitution, and omission within intralingual context, as well as various illocutionary acts by the renowned linguist John Searle in speech acts such as declarative, assertive, commissive, and directive—can be matched with certain foundational principles of the fuqahāʾ's iṣṭinbāṭ in the field of bayʿ. Meanwhile, a few of these acts, such as the emotive act, inevitably did not yield the necessary interpretative results for deriving valid aḥkām.

**Cite this article:** Saeedi, D., AliMohammadi, T., Koukhaizadeh, K., & Afshar, T. (2025). Application of Semantic and Pragmatic Principles of Context Theory in the Fiqh Texts on Bay'. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law, 19*(1), 249-274. http//doi.org/10.22034/fvh.2022.13681.1606

© The Author(s). Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: http//doi.org/10.22034/fvh.2022.13681.1606

## Introduction

A significant portion of contemporary linguistic research is devoted to the theory of *context*, which has also drawn considerable attention in the field of semantics—so much so that several linguists have treated it as a comprehensive, stand-alone theoretical framework. In semantics, *context* is often equated with *co-text* and classified into *internal* and *external* contexts. The term *context* generally refers to whatever surrounds a given element, encompassing the spatiotemporal environment in which a text—whether oral discourse or written material—exists. Context, as one of the most crucial elements in understanding a text, plays a decisive role in apprehending its intended meaning.

In linguistics, context refers to the space in which sentences are produced; it denotes the network of relations between linguistic form (grammar and vocabulary) and the external world, thereby constituting the extralinguistic meaning of language. This space may lie outside the language (*extralinguistic context*) or within the language itself, manifested as the set of surrounding sentences that precede or follow a given utterance (*intralinguistic context*). Speech context is thus based on a series of internal elements and external factors, each of which plays a role as a meaning-contributing component. For this reason, the meaning of words and expressions must be interpreted in light of their respective contexts.

External textual references often appear as allusions to other texts, including quotations and certain instances of intertextual reference. The term *context of situation* was first introduced by the Polish anthropologist Bronisław Malinowski (1884–1942), who regarded the sentence as a primary linguistic datum and a highly important social tool. Accordingly, he considered language a special type of behavioral phenomenon rather than a mere symbolic counterpart to thought, arguing that the meaning of any utterance can only be determined within its situational context. Malinowski's ideas later influenced the English linguist J.R. Firth (1890–1960), who defined meaning as "function in context." A key distinction between Firth and his contemporaries is that, unlike other linguists who considered the sentence the fundamental unit of linguistic analysis, Firth treated the *text in its situational context* as the basic unit of analysis, placing special emphasis on prosodic features (tone and intonation) in textual analysis.

In the Islamic scholarly tradition, particularly in *uṣūl al-fiqh* (principles of jurisprudence), the notion of context was formulated centuries before it emerged in Western linguistics. For instance, Ibn Qayyim al-Jawziyya held that context clarifies sentences, resolves ambiguities and polysemy, and guides interpreters toward a single intended meaning.

## Methodology

The prevailing methodology in *fiqh* (Islamic jurisprudence) is descriptive–analytical. In classical works on *bayʿ* (sale) and commercial transactions, definitions of sale and *muʿāṭāt* (implied contracts) are typically followed by discussions of their rulings, the qualifications of contracting parties, the conditions for the exchanged items, *bayʿ fuḍūlī* (unauthorized sales), contract stipulations, sales involving invalid contracts, categories of sale, and the various types of *khiyār* (contractual options). If semantic principles were to be addressed according to this sequence, each would have to be examined within each topic, resulting in frequent repetition.

Similarly, the legal methodology—rooted in these jurisprudential sources—shares the same structural shortcomings, with only slight variations in terminology. In legal codes, for example, the definition and rulings on sale begin with Article 338 of the Iranian Civil Code and conclude with Article 463, which addresses the conditions and rules governing *khiyār*.

By contrast, a linguistic approach avoids such repetition by introducing each principle—whether emotional, cultural, situational, or pragmatic—under its own thematic heading, then illustrating it with relevant examples. This allows the presentation of semantic-contextual rules alongside *fiqh* cases that are particularly salient and tangible. In the present study, using standard descriptive–analytical methods of discourse analysis in the humanities, the authors examine several types of context that influence the interpretation of jurisprudential texts on *bayʿ*.

## Findings

The results indicate that most common linguistic methods—such as reference, substitution, and ellipsis—fall within the domain of intralinguistic context, while various speech act categories as outlined by John Searle (representatives, declaratives, commissives, and directives) can be mapped onto certain interpretive approaches of jurists in the domain of *bayʿ*. Conversely, some speech acts, such as expressives, do not necessarily yield the jurisprudential or legal implications required for deriving rulings.

## Conclusion

An examination of subcategories of context theory as applied to *fiqh* texts on *bayʿ*—ranging from Qurʾānic verses and prophetic traditions to the writings of eminent jurists—reveals that while general categories of context can indeed be identified and explained, not all of them necessarily lead to the derivation of specific legal rulings. By harnessing the extensive resources of modern linguistic and semantic theories, one can identify practical applications that serve legal deduction (*istinbāṭ*).

This study, among the first to explore contextual analysis in *fiqh* texts on *bayʿ* and its main subset, *khiyārāt* (contractual options), focuses on a limited

selection of cases. Syntactic tools such as reference, substitution, and ellipsis play a particularly significant role in legal reasoning from the perspective of intralinguistic context, which explains why classical jurists—due to their reliance on a textual-interpretive approach—have examined them in detail.

In the realm of extralinguistic context, emotional context has a notable impact on deriving legal rulings, while cultural context corresponds to custom (*ʿurf*) and the practice of rational agents (*sīrat al-ʿuqalāʾ*). Situational context—embodied in relevant circumstantial indicators (*qarāʾin ḥāliyya*) outside of cases of dissimulation (*taqiyya*)—also plays an indispensable role in the interpretation of *fiqh* rulings on *bayʿ* and commercial transactions. Among Searle's speech acts, only representatives, declaratives, commissives, and directives have a direct and substantive function in jurisprudential reasoning in these areas; expressives, by contrast, are excluded due to their lack of relevance to legal derivation.

***Author Contributions:*** This article is derived from a doctoral dissertation. The supervisor (undersigned), co-supervisor (Dr. Koukhaeizadeh), and co-supervisor (Dr. Afshar) all contributed to the original dissertation. As the article is extracted from this collective work, all authors were involved. It is not feasible to precisely delineate each professor's specific contribution to sections of the article, as the guidance was provided progressively over the course of the dissertation research, which concluded approximately three years ago.

***Data Availability Statement:*** Not Applicable.

***Acknowledgements:*** No acknowledgments are necessary.

***Ethical Considerations:*** The authors avoided data fabrication, falsification, plagiarism, and misconduct.

***Funding:*** This work was not supported by any individual or institution.

***Conflict of Interest:*** The authors declare no conflict of interest.

***Declaration of Generative AI and AI-assisted technologies in the writing process:*** No artificial intelligence (AI) tools were used.

مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق
شاپا برخط: ۰۸۳۷-۲۷۸۳ شاپا چاپی: ۲۳۶۸-۲۷۸۳
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# کاربرد اصول معناشناسی و کاربردشناسی نظریهٔ بافت در متون فقه بیع

**داود سعیدی[۱]، طاهر علی‌محمدی[۲]، کریم کوخایی‌زاده[۳]، و طاهره افشار[۴]**

۱. دانش‌آموختهٔ دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی و مدرس گروه معارف دانشگاه، دانشکدهٔ ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد بندرعباس، بندرعباس، ایران. رایانامه: d.saeedi@yahoo.com

۲. *نویسندهٔ مسئول*، دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکدهٔ الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران. رایانامه: t.alimohamadi@ilam.ac.ir

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

۴. دانشیار گروه زبان و ادبیات انگلیسی، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران. رایانامه: t.afshar@ilam.ac.ir

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:**
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۲/۳۱
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۴/۰۴
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۱۰
تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۴/۰۱

***کلیدواژه‌ها:***
بیع،
بافت،
بافت متنی،
بافت موقعیتی،
کنش‌های گفتاری

**چکیده**

نظریهٔ بافت از مشهورترین رویکردهای شناخته‌شده در زبان‌شناسی نوین است. این رویکرد در نظر دارد از ابزارهای علمی و همگانی در حوزهٔ زبان برای فهم منظور گویندهٔ کلام در سخن‌کاوی و تحلیل آن استفاده کند. سؤال این است که چگونه نظریهٔ مذکور را می‌توان برای فهم منظور شارع مقدس و به‌اصطلاح استنباط احکام فقهی به کار گرفت. در نوشتار حاضر، نویسندگان با استفاده از ابزارها و روش‌های متداول سخن‌کاوی و منظورشناختی، برخی از انواع بافت را در تحلیل استنباطات متون فقهی بیع، مؤثر یافته‌اند. نتایج حاکی از این است که غالب روش‌های متداول ـ از جمله، ارجاع، جایگزینی و حذف در حوزهٔ بافت درون‌زبانی و انواع کارگفت‌های زبان‌شناس مشهور جان سرل در کُنش‌های گفتاری از کارگفت‌های اعلامی، اظهاری، تعهدی و ترغیبی ـ را می‌توان با برخی از مبانی استنباطی فقها در زمینهٔ بیع، تطبیق نمود. این در حالی است که معدودی از این کنش‌ها همانند کنش عاطفی، الزاماً برآیند استنباطی لازم را برای تحصیل احکام واجد نبودند.

**استناد:** سعیدی، داود؛ علی‌محمدی، طاهر؛ کوخایی‌زاده، کریم؛ و افشار، طاهره (۱۴۰۴). کاربرد اصول معناشناسی و کاربردشناسی نظریهٔ بافت در متون فقه بیع. *مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*، ۱۹(۱)، ۲۴۹-۲۷۴.
https://doi.org/10.22034/fvh.2022.13681.1606

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.
© نویسنده(گان).

## مقدمه

بافت را معادل سیاق کلام معرفی کرده‌اند. اصل قرینه‌بودن سیاق و تأثیر آن در تعیین معنای واژه‌ها و مفاد جمله‌ها یکی از اصول عقلایی محاوره است که در همهٔ زبان‌ها به آن ترتیب اثر داده می‌شود. هم عرف و هم عقلای عالم در فهم معنای عبارت‌ها و ظهور کلام و هم اندیشمندان اسلامی در فهم ظواهر متون دینی، به سیاق توجه کرده‌اند و همواره از آن بهره برده‌اند. علامه طباطبائی بیش از دو هزار بار، در تفسیر شریف المیزان، از قرینهٔ سیاق در تفسیر آیات استفاده کرده‌اند. حتی گاهی ایشان در مواردی که ظاهر روایتی را با سیاق آیه‌ای معارض دیده‌اند، در ظاهر روایت تصرف کرده تا با سیاق بافت کلام، معارضه پیدا نکند. این امر گویای آن است که در نظر ایشان، سیاق آیه از ظاهر روایت، قوی‌تر بوده است (طباطبائی، ۱۴۱۷ق، ج. ۱۷، ص. ۷). با توجه به اهمیت فوق‌العادهٔ سیاق یا همان بافت کلام، نگارندگان، متون فقه بیع را که از اهم مسائل فقهی است، به‌عنوان مصداقی برای واکاوی انواع تقسیمات بافت در معناشناسی نوین، برگزیده‌اند. در نوشتار حاضر، نگارندگان برای نخستین‌بار به شیوهٔ توصیفی–تحلیلی و با استناد به ابزار کتابخانه‌ای و اینترنتی، برخی از اساسی‌ترین مفاهیم بافت در متون فقه بیع را بررسی کرده و تطبیق داده‌اند. با توجه به مقدمهٔ مزبور پرسش اساسی این است که چگونه می‌توان از نظریات مشهور زبان‌شناختی در حوزهٔ معنا برای تبیین استنباطات احکام فقهی بیع و متاجر بهره برد. ظرفیت استفاده از نظریه‌های مشهوری همچون نظریهٔ بافت و کنش‌های گفتاری زبان‌شناس مشهور، جان سِرل (John Searle)، در تفسیر و استنباط قواعد و احکام بیع تا چه اندازه است؟ به نظر می‌رسد که با شیوهٔ تطبیقی–توصیفی و تحلیلی بتوان بخش قابل‌توجهی از ضوابط و چارچوبه‌های معناشناختی و کاربردشناختی نظریهٔ مشهور بافت، را با مبانی استنباطی فقهای صاحب‌نظر در عرصهٔ بیع و مکاسب تطبیق نمود، لکن همهٔ آن‌ها لزوماً استنباط حکم فقهی را در این حوزه‌ها در بر نخواهند داشت.

## پیشینه

اگرچه در زمینهٔ نظریهٔ بافت و تطبیق آن با متون فقه بیع و مکاسب، پژوهشی مستقل یافت نمی‌شود، اما در زمینهٔ کنش‌های گفتاری که از نوع بافت‌های موقعیتی به شمار می‌آید، اشاراتی در زمینهٔ ابواب ضمان و قضاء وجود دارد. در مثال‌های زیر، اشارهٔ غیرمستقیم به افعال کنشی (performative verbs) مشهود است. فعل کنشی، فعلی است که با صراحت از کنش گفتاری (speech act) خاصی نام می‌برد. برای مثال «قول‌دادن» یک فعل کنشی است (Yule, 1996, p. 132)، که گوینده با بیان آن کُنشی را انجام می‌دهد. در نمونه‌های زیر «ضامن‌شدن»، «قبول‌کردن»، «حُکم‌کردن»، «قضاوت‌کردن» و... افعال کنشی هستند. به‌عنوان مثال، وقتی شخصی (مضمون‌عنه) به دیگری (مضمون‌له) بدهکار است و شخص ثالثی (ضامن) می‌پذیرد که طلب طلبکار را بپردازد و بدهی بدهکار را بر عهده بگیرد، «عقد ضمان» منعقد می‌شود. شهید ثانی می‌گوید: «و الایجاب ضمنتُ و تکفلتُ و تقبلتُ و شبهه ولو قال: ما لک عندی أو علیّ أو ما علیه علیّ فلیس بصریح...». سپس می‌افزاید: «و قیل إن ‹علیّ› ضمان، لاقتضاء ‹علیّ› الالزام...»؛ عبارت «علیّ» (برعهدهٔ من است) مفید معنای التزام و تعهد است (عاملی، ۱۴۰۳ق، ج. ۴، ص. ۱۱۹؛ جباری و رضویان،

۱۳۹۴، ص. ۵۱). مثال دیگری اینکه شهید در باب قضا می‌گوید: وقتی مدعی، ادعایی مطرح می‌کند، چنانچه ماجرا بر قاضی کاملاً روشن و حکمش مشخص است، بر او لازم است که وقتی مدعی از او صدور حکم را خواست، حکم صادر کند. قاضی یکی از این عبارات را می‌گوید: «حکمتُ، قضیتُ، انفذتُ، امضیتُ، الزمتُ»؛ حکم کردم، قضاوت کردم، نافذ دانستم، ماضی و نافذ دانستم، الزام کردم (عاملی، ۱۴۰۳ق، ج. ۳، ص. ۷۵).

## مفهوم سیاق

سیاق، مأخوذ از مادهٔ «سوق» و قلب‌شده از «سواق» است (ابن‌اثیر، ۱۳۶۷، ج. ۴، ص. ۴۲۴). مشتقات مختلف آن در لغت، معانی گوناگونی چون روانه‌ساختن شتران (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج. ۱۰، ص. ۱۶۷)، مهریه و صداق (ابن‌فارس، ۱۴۰۴ق، ج. ۳، ص. ۱۱۷؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۴۳۶) و نیز در علم فقه به‌معنای مقارنت و معیّت دو خطبه بدون سبق یکی بر دیگری آمده است (فیومی، ۱۴۰۵ق، ص. ۴۷۳). اما در باب معنای اصطلاحی سیاق، علمای فقه، اصول و تفسیر، با اینکه از سیاق فراوان یاد کرده و به آن استناد جسته‌اند، عمدتاً تعریف دقیقی از آن به دست نداده‌اند (رجبی، ۱۳۹۶، ص. ۹۱). در این میان، شهید سید محمّدباقر صدر، درصدد بیان تعریف برآمده و می‌گوید: «نرید بالسیاق کل ما یکتنف اللفظ الّذی نرید فهمه من دوالّ أخری، سواء کانت لفظیه کالکلمات التی تشکل مع اللفظ الّذی نرید فهمه کلاماً واحداً متواسطاً، أو حالیهً کالظروف و الملابسات التی تحیط بالکلام و تکون ذات دلاله فی الموضوع» (صدر، ۱۳۹۸ق، ص. ۱۴۳). بنا بر این تعریف، مقصود از سیاق هرگونه دلیل دیگری است که به الفاظ و عباراتی که بخواهیم معنای آن دانسته شود، پیوند خورده است؛ خواه از مقولهٔ الفاظ باشد، مانند کلمات دیگری که در کنار عبارت مورد نظر، یک سخن به‌هم‌پیوسته را تشکیل می‌دهند؛ و خواه قرینهٔ حالیه باشد، مانند اوضاع و احوال و شرایطی که سخن در آن اوضاع و احوال طرح شده است و در موضوع و مفاد لفظ مورد نظر، نوعی روشنگری می‌نماید.

دلیل اصلی حجیّت سیاق و قرینیّت آن در مقام استظهار، به اقتضای متکلم حکیم و عاقل برمی‌گردد. به این معنا که گویندهٔ حکیم و عاقل که به قواعد محاوره آشنا است، هرگز از کلمات و جمله‌هایی که به کار می‌برد، معنای متناقض، متضاد، ناهماهنگ و نامتناسب را اراده نمی‌کند و در نتیجه، معنای واژه‌ها و مفاد جمله‌های وی، اموری متناسب و هماهنگ است. بر این اساس، سیاق، در مواردی برای فهم واژگان و جملات یک متن، قرینه خواهد بود که نادیده‌گرفتن آن، هماهنگی و تناسب یادشده را خدشه‌دار می‌کند (برزگر، ۱۳۹۱، ص. ۱۳۵).

## کاربرد قواعد معناشناختی نظریهٔ بافت در فهم متون

بافت متنی به‌طور خاص از دو سو می‌تواند بر معنای کلی متن اثر گذارد: یکی اثرگذاری بر پیش‌فهم خوانندهٔ متن، یعنی انتظارها و پیش‌انگاره‌های او و دیگری تداعی ارتباط‌یافتن عناصر از بافت متنی با عناصر دیگری از همان متن که خوانده می‌شود. مثلاً در رادیو متن‌های رادیویی که پیش و پس از یک برنامه پخش می‌شود، به‌نوعی بافت متنی آن برنامهٔ رادیویی را تشکیل می‌دهد (ساسانی، ۱۳۹۸، ص. ۱۱۸). بافت زبانی در حقیقت زاییدهٔ کاربرد واژه در ساختار جمله و در کنار واژگان دیگر است و چنین کاربردی ما را به معنای

مشخصی رهنمون می‌سازد. بافت غیرزبانی نیز بافت دیگری است که علاوه بر بافت متنی، روابط زمانی و مکانی را تشکیل داده و از اهمیت ویژه‌ای در تعیین معنا برخوردار است (مزبان، ۱۳۹۷، ص. ۶۳). بنابراین، وقتی در معناشناسی از بافت سخن به میان می‌آید، دو بافت مختلف مورد نظر است. بافت، محیطی است که پیرامون یک جمله قرار دارد. اگر این بافت، جمله‌هایی باشند که قبل یا بعد از جملهٔ مورد نظر ما آمده‌اند، این بافت را بافت درون‌زبانی می‌نامیم. اگر نامه‌ای به دست شما رسیده باشد و نویسندهٔ نامه برای ما نوشته باشد که تصادف کرده و چند جای بدنش شکسته است، وقتی به جملهٔ «شانه‌ام شکست»، برسیم فوراً درمی‌یابیم که کتف او شکسته است. در چنین شرایطی، تعبیر یکی از دلالت‌های چندگانهٔ «شانه» از طریق بافت درون‌زبانی میسر شده است. اما بافت دیگری نیز وجود دارد که بافت برون‌زبانی یا بافت موقعیتی نامیده می‌شود. این بافت تمامی اشیاء و اعمالی را در بر می‌گیرد که پیرامون گوینده و شنونده قرار دارند. به نمونه‌های الف و ب توجه کنید:

الف) اون زرده خیلی قشنگ‌تره، درسته که دست‌دومه، ولی اصلاً معلوم نیست. می‌تونی بدی جلویش را هم تعمیر کنن.

ب) پدری کنار پسرش در اتومبیل نشسته و پسرش با سرعت رانندگی می‌کند. پدر به پسرش می‌گوید: مراقب آن پیچ باش.

جملهٔ «مراقب آن پیچ باش» به‌دلیل دلالت چندگانهٔ «پیچ» از دو مفهوم مختلف برخوردار است. اما اگر با توجه به نمونه‌های الف و ب، بافت برون‌زبانی حاکم بر این جمله را در نظر بگیریم، جملهٔ تولیدشده، یعنی «مراقب آن پیچ باش»، فقط از یک مفهوم برخوردار خواهد شد. به‌این‌ترتیب مشاهده می‌شود که به‌کمک بافت درون‌زبانی و بافت برون‌زبانی نیز می‌توان به تعبیر معنا رسید (صفوی، ۱۳۹۸، ص. ۴۵).

## اهمیت دلالت و فهم معانی آیات و روایات در استنباطات احکام

فهم دقیق معنا از آیات و روایات در مبانی استنباط احکام از جایگاهی عالی برخوردار است. گزافه نیست اگر گفته شود تمامی مباحث مطرح در استنباطات احکام نیز، بازگشت به همین فهم معنا، مراد و مقصود متکلم؛ خاصّه معصومین (ع) دارد. برای استنباط از یک متن، لازم است همهٔ قرائن لفظیه و عقلیه، متّصله و منفصله را ملاحظه کرد و روشن است که فضای نزول یک آیه و یا فضای صدور یک روایت و شرایط زمانی و مکانی و جوّ حاکم در زمان نزول یا صدور، یکی از قرائن عقلیه متّصله به حساب می‌آید (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ج. ۱، ص. ۲۶۹). به نظر می‌رسد نظریهٔ بافت این امکان را فراهم می‌آورد که همهٔ این قرائن و فراتر از آن را در قالب بافت‌های فقهی و حقوقی با استفاده ابزارهای دقیق و متداول سخن‌کاوی تجزیه و تحلیل کرده و احکام فقهی متقنی به بار نشاند.

## انواع بافت در برخی استنباطات احکام بیع

با توجه به تقسیم‌بندی انواع بافت در معناشناسی و کاربردشناسی زبان، برخی از مصادیقی فقهی آن در بیع شناسایی و بیان می‌گردد.

### ۱ـ بافت درون‌زبانی (co-text)

در رابطهٔ متن و بافت یک سوی این رابطه می‌تواند بیرون متن قرار گیرد. چون در واقع بیرون از قابی افتاده است که متن در لحظه‌ای از رخداد ارتباطی خاص یا در پاره‌گفتمانی خاص را در بر گرفته است. مثلاً اگر متن مورد خوانش ما یک بخش از تحقیق (دو بخش) باشد. تعبیر متن که پیش و پس از آن قرار می‌گیرد، بافت متنی آن را تشکیل می‌دهد. در معناشناسی نظری و کاربردی بافت متنی، فضایی است که از طریق جمله‌های زبان ساخته می‌شود و اطلاعاتی را در اختیار طرفین گفتگو قرار می‌دهد که در ادامه ایجاد ارتباط مؤثرند. به‌عنوان مثال، اگر پاراگرافی را قاب بگیریم و آن را خوانش کنیم، بقیهٔ نوشته‌های آن بخش و در مرتبه‌ای دیگر، بقیهٔ متن، بافت متنی آن را تشکیل می‌دهند. پس گستره و نسبت متن و بافت متنی در هر خوانشی ممکن است دچار تغییرهایی شود. به‌عبارت دیگر نه‌تنها متن بلکه بافت متنی و بافت غیرمتنی نیز فضایی بسته نبوده، بلکه همواره «باز» هستند. بر اساس برداشتی که از متن به دست داریم، بافت متنی را می‌توان به‌طورکلی، پیرامون متن برگزیده دانست که کانون تحلیل یا تغییر به حساب می‌آید. در کل بافت متنی نسبت به متن، تعیین می‌شود و پیرامون آن و در مرز قاب متن قرار می‌گیرد. البته گاه مرز میان این‌ها کاملاً روشن نیست و بسته به هر رخداد، تفسیری خاص داشته و تغییر می‌کند. با توجه به مفهوم بافت متنی که در اینجا بیان گردید بخش‌های پیشین و پسین یک قسمت از متن نیز اگرچه جزء متن بزرگ‌تری است؛ اما به‌نوعی بینامتن‌های آن به شمار می‌رود. در برخی متون از بافت متنی به‌عنوان متن مجاور و یا متن یاد می‌کنند (امیراقدم، ۱۳۹۳، ص. ۱۳۶).

عوامل تعیین‌کنندهٔ بافت یا همان سیاق درونی عبارت‌اند از: پیوستگی و انسجام. پیوستگی در زبان‌شناسی به‌معنای چیزی است که سبب می‌شود متن از نظر معنایی یکپارچه باشد. این یکپارچگی بر اساس عوامل بیرونی ایجاد می‌شود. در مقابل انسجام را به‌معنای ارتباط دستوری یا واژگانی میان بخش‌های مختلف متن یا جمله تعبیر کرده‌اند که سبب می‌شود متن در قالب کلی یکپارچه حفظ گردد و معنا بیابد (گندمکار، ۱۳۹۹، صص. ۷۴ و ۱۰۳). در تعریفی مخالف، برخی نویسندگان مفهوم انسجام (coherence) را از پیوستگی (cohesion) متمایز دانسته، در تفاوت آن دو بیان کرده‌اند: انسجام مفهومی ضعیف‌تر از پیوستگی است، چراکه فقط به‌صرف سازگاری دلالت دارد؛ اما پیوستگی، علاوه بر سازگاری، بر پیوندی خاص هم دلالت می‌کند. هیلدی و حسن، به‌طور گسترده ساختمان متن و روابط میان جملات را بررسی کرده‌اند. به نظر آنان، انسجام، یک مفهوم معناشناختی است که به روابط معنایی موجود در متن اشاره دارد و وجه تمایز یک متن از متن دیگر به انسجام آن است. انسجام جزئی از زبان است؛ بدین‌معنا که زبان بر اساس انسجام شکل می‌گیرد. البته این انسجام به واژگان و ساختمان زبان و چگونگی ساخت جملات؛ یعنی دستور زبان مشخص می‌شود. ابزارها و عواملی که به متن انسجام می‌بخشند؛ عبارت‌اند از:

ابزارهای دستوری: از قبیل ارجاع و جایگزینی و حذف؛

ابزارهای پیوندی: ابزارها جملات را به هم پیوند می‌دهند؛ مانند حرف ربط؛

چنان‌که دو جملهٔ آیهٔ «احل الله البیع و حرّم الربا» (بقره ۲۷۵)، را واو عطف بین دو جمله به‌لحاظ شکلی و محتوایی به یکدیگر مرتبط ساخته است.

ابزارهای واژگانی: این ابزارها به نسبت‌های موجود میان واژگان مربوط می‌شوند؛ مانند تکرار و باهم‌آیی (قائمی‌نیا، ۱۳۹۹، ج. ۱، ص. ۱۹۵). در باهم‌آیی بیع و ربا آیهٔ ۲۷۵ سورهٔ بقره نیز متذکر آن شده است: «بأنهم قالوا انّما البیع مثلُ الربا».

در تعریف بیع از محقّق اصفهانی و رد آن در کتاب البیع امام (ره)، تکرار عبارت «و منها» برای بیان مصادیق رد آن استفاده شده است. «وأرداً من الکلّ ما عرّفه بعض أهل التحقیق فی «تعلیقته» بعد النقض علی تحدید الشیخ بجملة من الموارد التی یشکل التزام کونها تملیکاً. منها: بیع العبد ممّن ینعتق علیه؛ فإنّ الملک التحقیقی إن کان ممتنعاً شرعاً أو عقلاً، فلا فرق بین زمان طویل أو قصیر. و منها: بیع الدین علی من هو علیه قائلاً: إنّه لا فرق فی امتناع مالکیة الشخص لما فی ذمّته بین زمان طویل و قصیر. و منها: بیع العبد من نفسه فی بعض الموارد؛ لعدم الفرق فی الامتناع بین الزمانین أیضاً. و منها: شراء العبد تحت الشدّة من الزکاة. و منها: اشتراء آلات المسجد و القنطرة من الزکاة. و منها: البیع بإزاء سقوط الحقّ. قال: «ولا یبعد أن یقال: إنّ البیع جعل شیءٍ بإزاء شیءٍ، فیختلف أثره بحسب الموارد». انتهی» (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج. ۱، ص. ۵۷).

اما ابزارهای دستوری عبارت‌اند از:

(۱) ارجاع: در معناشناسی کاربردی، فرآیند تعبیر مفهوم یک واحد زبان با توجه به واحد دیگری است که در بافت درون‌زبانی حضور دارد. به‌عبارت ساده‌تر، زمانی که ما مفهوم یکی از واحدهای زبان را برحسب واحد دیگری تعبیر می‌کنیم که در همان بافت زبانی مورد نظر وجود دارد، دست به ارجاع زده‌ایم (گندمکار، ۱۳۹۹، ص. ۳۱). ارجاع حرمت بیع نجس به‌خاطر عدم جواز انتفاع از آن، یکی از ارجاعات حوزهٔ متون بیع است: «و عن فخر الدّین فی شرح الارشاد و الفاضل المقداد فی التّنقیح الاستدلال علی المنع عن بیع النّجس بأنّه محرّم الانتفاع و کلّ ما کان کذلک لا یجوز بیعه. نعم ذکر فی التّذکرة شرط الانتفاع و حلّیته بعد اشتراط الطّهارة. و استدلّ للطّهارة بما دلّ علی وجوب الاجتناب عن النّجاسات و حرمة المیتة، و الانصاف امکان إرجاعه الی ما ذکرناه فتأمّل». از فخرالدّین در شرح ارشاد و فاضل مقداد در تنقیح، نقل شده که بر منع از بیع نجس این‌طور استدلال کرده‌اند: انتفاع از نجس حرام است و هر چیزی که این‌طور باشد، بیعش جایز نیست. بلی، مرحوم علاّمه در کتاب تذکره این شرط (جواز انتفاع و حلّیت استفاده) را پس از شرط طهارت ذکر نموده و برای اشتراط طهارت به دلیلی استدلال کرده که بر وجوب اجتناب از نجاسات و حرمت میته دلالت دارد؛ ولی انصاف این است که ممکن است آن را به آنچه قبلاً ذکر نمودیم، ارجاع داد؛ یعنی بگوییم حرمت بیع نجس به‌خاطر آن است که انتفاع‌بردن از آن جایز نمی‌باشد، نه آنکه صرف نجاست مانع از آن است و به‌عبارت دیگر، طهارت شرط می‌باشد (ذهنی تهرانی، ۱۳۶۹، ج. ۱، ص. ۶۴).

(۲) جایگزینی: مقصود از جایگزینی در مباحث زبان‌شناختی و معناشناختی قرارگرفتن کلمات، عبارات یا جملاتی به‌جایگزینی کلمات، عبارات یا جملاتی دیگر است. در بیان مفاد و

معنای قاعدهٔ مایضمن آمده است: «فنقول: تارة یعبّر عن هذه القاعدة بما جعلناه عنوان هذه الکلیة فی أوّل هذه المسألة و هو «کلّ ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» و أخری یعبّر عنها بـ «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده». و لا شک فی أنّ الأوّل أشمل من الثانی لشموله الایقاعات ایضا، بخلاف الثانی فإنّه مخصوص بالعقود، و ذلک من جهة ظهور لفظة «ما» الموصولة فی الأعمّ من العقد و الایقاع، بخلاف لفظ «العقد» المذکور فی الجملة الأخیرة فإنّه لا یمکن أن یکون أعمّ من نفسه و من غیره. فبناء علی کون القاعدة الکلیة هو الأوّل فیشمل الجعالة و الخلع ایضا، و بناء علی الثانی تکون مختصّة بالعقود، أعمّ من أن یکون لازما أو جائزا» (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج. ۲، ص. ۱۱۱). به‌جای کلمهٔ عقد یا عقد و ایقاع «مای موصوله» به کار برده شده است. برخی گفته‌اند مراد از مای موصوله در عبارت متن قاعده، عقود است نه ایقاعات؛ زیرا اگر بخواهیم «ما» را اعم از عقود و ایقاعات در نظر بگیریم، معنای آن با معنای صحیح ضمان در قاعده منطبق نخواهد شد؛ زیرا ایقاعات ضمان‌آور نیستند. به‌علاوه، موصول همواره با صلهٔ خود منطبق است، بنابراین نمی‌توانیم مای موصول را به‌گونه‌ای تفسیر کنیم که بعضی موارد آن با صلهٔ جمله تطبیق نکند. پس مراد از مای موصول فقط عقود است و ایقاعات تملیکی را شامل نمی‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۵، ج. ۲، ص. ۲۲۷؛ برای دیدگاه مخالف، رک: نایینی، ۱۳۷۳، ص. ۱۱۹).

(۳) حذف: با توجه به قرائن موجود در جملات اعم از قرینه‌های لفظی و معنوی، می‌توان دریافت که برخی از کلمات، عبارات و جملات به‌تناسب حذف شده‌اند. در باب خیار تأخیر، استفاده نفی لزوم به‌استناد قرائن داخلیه و خارجیه شده است. یکی از قرائن داخلیه این باب استناد به روایتی است که جواب شرط در جملهٔ شرطیه، محذوف است. «و هنا قرائن داخلیة مستفادة من نفس أخبار الباب: کصحیحة زرارة، عن أبی جعفر علیه السلام قال: قلت: الرجل یشتری من الرجل المتاع، ثمّ یدعه عنده و یقول: حتّی آتیک بثمنه. قال: «إن جاء فیما بینه و بین ثلاثة أیام، و إلّا فلا بیع له» و غیرها ممّا هی نحوها، فإنّ فیها قرینتین علی المدّعی: إحداهما: أنّ الظاهر أنّ الجواب المحذوف فی الشرطیة، هو لزوم الأداء ولابدّیته، لا الصحّة؛ فإنّ تقدیرها أمر لا یبعد من البشاعة، وذلک لأنّ مبنی البیع علی اللزوم عند العقلاء، و هذا الکلام سیق لبیان تخلّص البائع ممّا وقع فیه، فیکون المراد «أنه إذا جاء فی الثلاثة وجب علیک الردّ و إلّا فلا» مع أنّ انفساخ البیع بلا سبب، و علی وجه التعبّد، بعید عن الأذهان، و أبعد منه تعلیق الصحّة علی ما ذکر. و أمّا نفی اللزوم الموافق لترفاق، فلا یستبعده العقلاء، بل یکون موافقاً لمذاقهم، فیکون حاصل القضیة الشرطیة: «إن جاءک فی الثلاثة لزمک الردّ؛ لکون البیع لازماً، و إلّا فلا یلزم» و یفهم منه «أنّک علی خیار» فیتفرّع علیه «أنه لا بیع له»» (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج. ۴، ص. ۵۹۲).

### ۲ـ بافت برون‌زبانی (context)

در معناشناسی نظری و کاربردی یکی از دوگونهٔ بافتی را تشکیل می‌دهد که جمله‌های زبان در آن کاربرد می‌یابد و در تعبیر معنا دخیل است. این محیط که بافت موقعیتی نیز نامیده می‌شود، فضایی به حساب می‌آید که زبان در آن جریان می‌یابد. از آغاز دههٔ ۱۹۷۰م به‌بعد افرادی چون ج.م. سادوک (J.M. Sadock) تحت تأثیر آرای د. هایمز (D. Hymes) و ج.ر. فرث (J.R. Firth) به بحث دربارهٔ بافت برون‌زبانی به‌منزلهٔ یکی از مهم‌ترین عوامل دخیل در تعبیر معنا پرداختند. به اعتقاد هایمز، بافت برون‌زبانی هم امکانات متعدد تعبیر کلام را محدود می‌سازد و هم عاملی برای تأیید تعبیری به حساب می‌آید که مخاطب برمی‌گزیند. برای درک بهتر مطلب به نمونهٔ الف توجه کنید:

الف) اون زرده خیلی قشنگ‌تره، درسته که دست‌دومه، ولی اصلاً معلوم نیست. می‌تونی بدی جلویش را هم تعمیر کنن.

نمونهٔ الف برحسب اینکه در نمایشگاه و فروشگاه اتومبیل به کار رفته باشد، یا در مبل‌فروشی، یا در فروشگاه لباس زنانه، تعبیرهای متفاوتی خواهد داشت و این نشان می‌دهد که بافت برون‌زبانی تا چه اندازه در درک معنا دخیل است.

هایمز با الگوگیری از دیدگاه فرث، مختصاتی را برای تولید جملات زبان برحسب بافت برون‌زبانی معرفی می‌کند که عبارت‌اند از: گوینده (addressor)، شنونده (addressee)، موضوع (topic)، موقعیت (setting)، مجرای ارتباطی (channel)، رمزگان (code)، شکل پیام (massage-form)، رویداد (event)، شاهدان گفتگوی انجام‌گرفته (audience)، ابزارهای ارزش‌گذاری (key)، و قصد از گفتگو (purpose). به اعتقاد وی، این عوامل در انتخاب جمله‌های گوینده و نوع واکنش شنونده دخیل‌اند. «موضوع» مطلبی است که درباره‌اش گفتگو می‌شود. «موقعیّت» شرایط زمانی و مکانی گفتگوست. «مجرای ارتباطی» مجرایی است که گفتگو در آن شکل می‌گیرد. این مجرا می‌تواند هوا، سیم تلفن، کاغذ، شبکه‌های رایانه‌ای و جز آن باشد. «رمزگان» گونه‌ای از زبان است که در گفتگو به کار می‌رود. «شکل پیام» ساختاری است که برای ایجاد ارتباط انتخاب می‌شود. «رویداد» شرایطی است که «شکل پیام» در آن تحقق می‌یابد. «شاهدان گفتگو» فرد یا افرادی هستند که در کنار گوینده و شنونده، شنونده‌های گفتگو به حساب می‌آیند. «ابزارهای ارزش‌گذاری» ملاک‌های تعیین ارزش «رویداد» تلقی می‌شوند (صفوی، ۱۳۹۹، ص. ۲۱؛ امیراقدم، ۱۳۹۳، ص. ۱۳۷). آنچه هایمز مطرح کرده بود لویس (Lewis) به‌شکل منسجم‌تر و فهرست‌وارتر ولی با همان توجهات برای نشان‌دادن نقش بافت برون‌زبانی در فهم متن، این‌گونه بیان کرده است:

(۱) جهان ممکن، مختصه‌ای که برای تعبیر صورت‌هایی نظیر «فرض کن که...»، «انگار که...»، «می‌شود این‌طور تلقی کرد که...» باید در نظر گرفته شود.

(۲) زمان، برای فهمیدن صورت‌هایی نظیر «امروز»، «فردا»، «هفتهٔ بعد» و... در نظر گرفته می‌شود. شنونده برای درک زمان گوینده، باید زمان تولید جمله را دریافت کند.

(۳) مکان، برای فهمیدن شاخص‌هایی چون «اینجا»، «آنجا»، قیدهای مکانی چون «آن طرف»، «این طرف» و... مخاطب برای درک منظور گوینده باید به مورد اشاره توجه نماید.

(۴) گوینده برای فهمیدن صورت‌هایی چون «من» و «ما».

(۵) مخاطب برای فهم صورت‌هایی چون «تو» و «شما». در رابطه با مختصات گوینده و مخاطب باید گفت که در همین رابطه مختصهٔ دیگران برای فهم صورت‌هایی چون «آن‌ها» و «او» نیز مهم به نظر می‌آید که در بیان لویس از آن غفلت شده است. از سوی دیگر، باید توجه نمود که سادگی این صورت‌ها نباید پیچیدگی کاربردشان را پنهان سازد، زیرا تنها در شرایطی می‌توان ارجاع صحیح این مختصات را فهمید که مخاطب و پدیدآورندهٔ متن از دانش محیطی واحد یا از تجربیات برابری برخوردار باشند.

(۶) مورد اشاره برای فهم «این» و «آن» و «این‌ها»، در رابطه با این مختصه نیز باید مخاطب پدیدآورنده از دانش محیطی برابری برخوردار باشند تا مورد اشاره بتوانند خود را به‌صورت واضح، آشکار گرداند (امیراقدم، ۱۳۹۳، ص. ۱۳۸).

در روایت صیقل می‌توان مختصاتی که برای تولید جملات زبان که برحسب بافت برون‌زبانی آمده است، بدین‌شکل تبیین نمود:

ومنها: صحیحة محمّد بن عیسی بن عبید عن أبی القاسم الصیقل و ولده، قال: کتبوا إلی الرجل علیه السلام: جعلنا اللّه فداک، إنّا قوم نعمل السیوف، لیست لنا معیشة ولا تجارة غیرها، ونحن مضطرّون إلیها، و إنّما علاجنا جلود المیتة والبغال و الحمیر الأهلیة، لا یجوز فی أعمالنا غیرها، فیحلّ لنا عملها و شراؤها وبیعها و مسّها بأیدینا و ثیابنا، و نحن نصلّی فی ثیابنا، و نحن محتاجون إلی جوابک فی هذه المسألة یا سیدنا؛ لضرورتنا. فکتب علیه السلام: «اجعل ثوباً للصلاة». و کتب إلیه: جعلت فداک، وقوائم السیوف التی تسمّی السفن، نتّخذها من جلود السمک، فهل یجوز لی العمل بها، ولسنا نأکل لحومها؟ فکتب: «لا بأس» (حرّ عاملی، ۱۴۳۴ق، ج. ۱۷، ص. ۱۷۳).

تولیدکنندهٔ متن (addressor؛ عمدتاً گوینده یا نویسنده). در این روایت امام معصوم (ع) تبیین‌کنندهٔ قول خدا و پیغمبر (ص) یعنی شارع مقدّس است.

مخاطب متن (addressee؛ عمدتاً شنونده یا خواننده). مخاطب این متن مردی است که با دیگر افراد آن شهر، شغلشان شمشیرسازی است. البته اگر علّتی ثابت گردد، آن علّت تعمیم و تخصیص، می‌یابد یعنی شامل همهٔ مکلفان، چه مشافهین، چه عالم و چه جاهل به حکم، الی یوم القیامه می‌گردد.

شنونده (audience؛ فردی ممکن است به‌طور اتفاقی درگیر مکالمه شود). فردی در نزد امام (ع) حضور داشته و یا از کنار ایشان عبور می‌کرده و سخنان ایشان را شنیده باشد.

موضوع (topic؛ شرکت‌کنندگان درگیر چه موضوعی هستند). حلّیّت خریدوفروش غلاف شمشیری که از پوست مردار تهیه شده، موضوع این خبر در نظر گرفته می‌شود.

مکان و زمان (setting؛ رویداد ارتباطی در چه زمان و مکانی رخ می‌دهد). مکان به آن محلّی اشاره دارد که امام آن سخن را فرموده یعنی بازار یا مجلس درس یا مجالس حضور حکّام و غیره و مسئلهٔ زمان هم به عصر خلفای اموی یا عباسی می‌تواند اشاره داشته، که هرکدام می‌تواند در برداشت و فهم معانی تقیّه‌ای یا غیر آن، تأثیرگذار باشد. چنان‌که در ادامهٔ همین بحث در مکاسب گفته شده: «مع أنّ الجواب لاظهورَ فیه فی الجواز، الّا من حیث التقریر الغیر الظاهر فی الرضی، خصوصاً فی المکاتبات المحتَملهِ للتقیّه» (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج. ۱، ص. ۲۳).

کانال ارتباطی (channel؛ چگونه یک ارتباط بین شرکت‌کنندگان حفظ می‌شود). به‌طور مثال از طریق نوشتار این قول امام (یا فعل یا تقریر آنان) به ما انتقال یافته است.

کُد (cod؛ چه زبان، گویش یا سبک زبانی استفاده می‌شود). زبان عربی، مثلاً گویش‌های اهل حجاز، کُد این خبر محسوب می‌گردد.

صورت پیام (massage-form؛ چه صورتی از پیام مدّنظر است. به‌طور مثال گفتگو، مناظره، خطابه و...). مثلاً همین خبر با عبارت «کتبوا» حکایت از نامه‌نگاری بین مردی شمشیرساز و امام (ع) دارد.

رویداد (event؛ ماهیّت یک رویداد ارتباطی که در آن یک موضوع درج شده است). این کلام امام (ع) در شرایطی صادر شده که عده‌ای از مردان یک شهر شغل شمشیرسازی داشته و با پوست استران مردار، غلافی برای شمشیرها تهیه و سپس اقدام به فروش آن می‌کرده‌اند. ماهیّت این رویداد خریدوفروش غلاف شمشیرهایی است که از مردار تهیه شده است.

کلید (key؛ شامل ارزیابی است، به‌طور مثال آیا خطابه خوب بوده و تأثیربرانگیز). آیا این کلام امام (ع) در فرض پاسخگویی به شخص سؤال‌کننده، توانسته است احتیاج پرسشگر را برطرف سازد یا نیازمند توضیح بیشتر از جانب امام (ع) بوده است. ظاهراً راجع به عبارت پایانی «اجعلوا ثوباً فی الصلوه» و حمل آن بر جواز بیع این اشیاء اختلاف وجود دارد، کما اینکه در بخش زمان و مکان گفته شد برخی آن را حمل بر تقیّه کرده‌اند.

هدف (purpose؛ بنا به نیات شرکت‌کنندگان چه نتایجی از یک رویداد ارتباطی حاصل شود). حُکم حلّیّت خریدوفروش این غلاف‌ها از جواب امام برداشت می‌شود. اما با توجه به عبارت پایانی صحّت نماز، منوط به تعویض لباس‌هاست. فکَتَبَ (ع): إجعلوا ثوباً فی الصلوه...

بافت موقعیتی (situational context؛ دانش گویندگان در مورد چیزی که اطراف خود می‌بینند). بافت موقعیتی که همان حضور بلافصل و فیزیکی است (و در زمان غیبت امکان‌پذیر نیست)؛ یعنی موقعیتی است که در آن تعامل در زمان گفتگو رخ داده است. این عبارات نگارندهٔ نامه یعنی «لیست لنا معیشهٌ و لا تجارهٌ غیرها، و نحنُ مضطرون إلیها، إنّما غلافُها من جلودِ المیتهِ من البغالِ و الحمیرِ الأهلیه، لایجوزُ فی اعمالِنا غیرُها، فیحلُ لنا عملها شراؤها و بیعها و مسّها بأیدینا ثیابنا و نَحن نُصلی، فی ثیابنا؟» حکایت از دانش فرد سؤال‌کننده از اطراف خویش دارد.

بافت دانش زمینه‌ای (background knowledge context؛ دانش گویندگان در مورد یکدیگر و جهان). بافت دانش زمینه‌ای خود به دو دستهٔ دانش فرهنگی ـ دانشی که بیشتر مردم در مورد حوزهٔ زندگی دارند ـ و دانش بین‌فردی تقسیم می‌شود. دانش بین‌فردی به دانش خصوصی بین گویندگان کلام گفته می‌شود. امام با یک فرد عامی در حال گفتگو بوده یا با یکی از شاگردان برجسته‌شان در حال گفتگو بوده، که عبارات این خبر، حکایت از مکاتبه با مردی عامی دارد.

بافت هم‌متنی (co-textual context؛ دانش گویندگان در مورد چیزی که می‌گویند). این نوع بافت را همان انسجام‌های متنی (دستوری و واژگانی) معرفی می‌کنند که در تحلیل و درک متن به ما کمک می‌کند (عزیزی و مؤمنی، ۱۳۹۱، صص. ۲۴۵–۲۴۷).

### ۲ـ۱ـ بافت عاطفی

در این نوع از بافت میزان قدرت و ضعف و انفعال مشخص می‌شود (ترکاشوند و ناگهی، ۱۳۹۲، ص. ۶۴). این‌گونه بافت در حقیقت مرزهای بین معنای اصلی واژه و معنای عاطفی را روشن می‌سازد. به‌سخن دیگر، منظور از بافت عاطفی مجموعه‌ای از کنش‌های روانی و عاطفی است که سوار بر معانی واژگان می‌شود و میزان آن نیز در واژه‌های گوناگون متفاوت است. برای نمونه، معنا و احساس به نفرت در فعل «یکره» با معنا و احساس به نفرت در فعل «یبغض» به‌یک‌اندازه نیست، هرچند که از نظر معنای اصلی هر دو به‌یک‌معنی هستند، اما احساس به نفرت و کنش روانی مربوط به آن در واژهٔ دوم بیشتر از واژهٔ اول است. همین حالت بین دو فعل «یقتُل» و «یغتال» به‌معنای ترورکردن برقرار است. بدین‌شرح که معنا و احساس نفرت در واژهٔ دوم، به‌دلیل خشونت و شدتی که در آن هست، بیشتر از واژهٔ اول است. یا در زبان انگلیسی واژهٔ «love» با عاطفهٔ بیشتری در بر دارد تا واژهٔ «like»، هرچند که در اصل هر دو به‌معنای دوست‌داشتن هستند. بافت عاطفی، بالا یا پایین‌بودن میزان کنش‌های روانی را نیز آشکار می‌سازد (مزبان، ۱۳۹۷، ص. ۶۴). از مصادیق فقهی بیع در بافت عاطفی و جایگاه آن در استنباط حُکم فقهی، روایات مبحث احتکار است که مبتنی بر آن برخی از فقها قائل به حرمت احتکار و برخی دیگر قائل به کراهت آن گشته‌اند. در برخی روایات محتکر مورد لعن واقع شده است «المحتکر ملعون» که مبنای دیدگاه حرمت قرار گرفته و در برخی دیگر «یکره أن یحتکر الطعام» وارد شده است. «و قد اختلفوا فی حرمته و کراهته و العمدة النصوص الواردة عن مخازن الوحی و لا بدّ من ملاحظتها. فنقول من تلک النصوص ما رواه السکونی عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: الحکرة فی الخصب اربعون یوما و فی الشدة و البلاء ثلاثة ایام فما زاد علی الاربعین یوما فی الخصب فصاحبه ملعون و ما زاد علی ثلاثة ایام فی العسرة فصاحبه ملعون (حرّ عاملی، ۱۴۳۴ق، ج. ۱۲، ص. ۳۱۳). و الحدیث ضعیف سندا بالنوفلی و للروایة سند آخر و هو مخدوش أیضا. و منها ما رواه الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: سألته عن الرجل یحتکر الطعام و یتربص به هل یصلح ذلک؟ قال: ان کان الطعام کثیرا یسع الناس فلا بأس به و ان کان الطعام قلیلا لا یسع الناس فانه یکره ان یحتکر الطعام و یترک الناس لیس لهم طعام و الحدیث لا بأس به سندا لکن لا یدل علی أزید من الکراهة» (طباطبائی قمی، ۱۴۱۳ق، ج. ۳، ص. ۲۴۹).

### ۲ـ۲ـ بافت فرهنگی

محیط فرهنگی و اجتماعی را که کلمه یا کلام در آن واقع می‌شوند (ترکاشوند و ناگهی، ۱۳۹۲، ص. ۶۴)، بافت فرهنگی می‌نامند. فرهنگ نقش بسزایی در شکل‌دهی و شناخت مدلول به‌عهده دارد. برای نمونه، در زبان عربی روز واژهٔ «عقیله» نسبت به واژهٔ هم‌معنای آن «زوجه» و در مقایسه با واژه‌هایی همانند «إمرأه، مدام و حرمه» از جایگاه اجتماعی منحصربه‌فردی برخوردار است، درحالی‌که یک مرد معمولی برای همسر خود از واژهٔ «مَرَه» استفاده می‌کند و یا واژهٔ «الجذر» در کشاورزی یک معنا، در ریاضیات معنایی دیگر و از دیدگاه لغت‌شناس نیز معنایی غیر از آن دو را در بر دارد. آنچه این سه را از هم متمایز می‌کند، بافت فرهنگی است که کمک می‌کند هر واژه بسته به فضای فرهنگی که در آن کاربرد دارد، معنایی مشخص ارائه کند. در حقیقت این بافت فرهنگی است که باعث شده واژهٔ «عامل» در دورهٔ پیش از اسلام، عرب به‌معنای «کارگر» و جمع آن «عمال و عَمَله» باشد و در دورهٔ اسلامی به‌معنای حاکمی باشد که از سوی خلیفه در یکی از شهرها گماشته می‌شد و در دورهٔ عباسی و با پیشرفت علمی آن زمان به‌معنای انگیزه و سبب بوده و جمع آن «عوامل» بوده است. تا اینکه در دورهٔ جدید بر همهٔ آنچه گفته شده، دلالت داشته باشد. اگر جمع این کلمه «عمال» باشد به‌معنای کارگر و اگر جمع آن «عاملون» باشد به‌معنای کارمند دولت و اگر جمع آن «عوامل» باشد به‌معنای انگیزه و سبب است. با توجه به آنچه گفته شد، می‌توان چنین نتیجه گرفت که بافت و فرهنگ، نقش مهمی در شکل‌دهی و شناخت معنای واژگان به‌عهده دارد (مزبان، ۱۳۹۷، ص. ۶۷). به نظر می‌رسد در تبیین و تفسیر معنای کلمهٔ «معاوضه» بافت فرهنگی طی گذر زمان دخیل بوده است. «المتعارف فی العصور البدویة هو التبادل بین الأعیان المسمّاة بـ – «المعاوضة» و المشهور بین فقهائنا أنّها بیع، لصدق تعاریفه المختلفة علیها. و قد یشکل ذلک، لعدم مساعدة الاطلاقات الخاصّة و الاستعمالات العامّة علیه. مع أنّ البیع اعتباره علی النظر مستقلاً إلی المعوّض، و لا یؤخذ العوض فی الانشاءین – الایجابی، و القبولی – مقدّما علی المعوّض، بخلاف المعاوضة، فیقول صاحب العین: «عوّضت هذا بهذا» و یقول الآخر مثله، و هذا التعارف الخارجی یشهد علی اختلاف الاعتبارین فی النظر العرفی» (موسوی خمینی، ۱۳۷۶، ج. ۱، ص. ۱۱).

### ۲ـ۳ـ اوضاع و احوال موقعیّت

سیاق یا همان بافت بیرونی دیگری که معناشناسان از آن بحث کرده‌اند «اوضاع و احوال موقعیت» است. زبان‌شناسان و ادیبان عرب معمولاً از این نوع بافت با عنوان «ملابسات الموقف» یاد کرده‌اند. هر پاره‌گفتار، یک موقعیت زبانی خاص است که در اوضاع و احوال خاصی اظهار می‌شود. این اوضاع شامل قرائن حالی، زمانی، مکانی، اشیاء و پدیده‌های موضوع بحث و گفتگو می‌شود (قائمی‌نیا، ۱۳۹۹، ج. ۱، ص. ۲۱۱). در روایت صیقل راجع به اوضاع و احوال موقعیت بیان شده است که «بل لا وجه للاضطرار المبیح للمحظور إلی عمل خصوص المیتة فی بلد المسلمین الشائع فیها الجلود الذکیة فی عصر الرضا و الجواد علیهما السلام، مع حلّیة ذبائح العامّة و اعتبار سوقهم» (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج. ۱، ص. ۸۷). علاوه بر بافت‌های مشهور برون‌زبانی بیان‌شده، نقش کنش‌های مشهور گفتاری در استنباط معنا و به‌تناسب در

استخراج حکم فقهی که از جنس استنباط معناست، غیرقابل‌انکار است. در کنش‌های گفتاری بر کاربرد زبان و نیز این ایده که بخشی از معنای پاره‌گفتار، کارکردی اجتماعی دارد، توجه می‌شود. روشن است که ارتباط‌برقرارکردن با زبان فراتر از اکتساب دانش دستوری، واژگانی و معنایی است. برای این منظور باید شیوهٔ سؤال‌پرسیدن، درخواست‌کردن، پیشنهاددادن و تشکرکردن، دانسته شود (عزیزی و مؤمنی، ۱۳۹۱، ص. ۲۸۳).

### ۲ـ۴ـ سیاق کنش گفتاری

شنونده (یا خوانندهٔ متن) برای درک مفاهیم مورد نظر گوینده (یا نویسنده) صرفاً متکی به دانش درون‌زبانی خود نیست، بلکه از دانش برون‌زبانی نیز برای تعبیر این مفاهیم بهره می‌گیرد. جان آستین ( J. L. Austin)، یکی از فلاسفهٔ مکتب آکسفورد در سخنرانی‌های خود به سال ۱۹۵۵، نظریهٔ کارگفت (speech act theory) را برای نخستین‌بار در دانشگاه هاروارد معرفی می‌کند که بیست سال بعد چاپ و منتشر می‌گردد. آنچه وی تحت عنوان کارگفت‌ها مطرح ساخت، در اصل واکنشی مخالف نسبت به سه اصلی بود که معمولاً در میان معناشناسان زبان و معناشناسان منطقی مبنای نگرش نسبت به معنا قرار می‌گرفت. این سه اصل عبارت‌اند از: نخست، اینکه جملات خبری گونهٔ اصلی جملات زبان‌اند، دوم، اینکه کاربرد اصلی زبان اطلاع‌دادن از طریق جملات است و سوم، اینکه صدق یا کذب معنا پاره‌گفتارها را می‌توان تعیین کرد. این سه اصل در زمان آستین مبنای نگرش فیلسوفان حلقهٔ وِین به حساب می‌آمد که منطقیون اثبات‌گرا (logical positivists) نامیده می‌شدند (Saeed, 2003, p.222). مخالفت آستین با آرای این دسته از منطقیان بر این پایه استوار بود که زبان تنها برای اطلاع‌دادن به کار نمی‌رود و ارزش صدق بسیاری از جملات زبان قابل‌تعیین نیست. به اعتقاد آستین تولید یک کارگفت، نیازمند گوینده‌ای است که پاره‌گفتار بیانی‌ای را تولید کند. آستین تولید چنین پاره‌گفتاری را کُنش بیانی (locutionary act) می‌نامد. افزون بر این، کارگفت مذکور تأثیری بر مخاطب می‌گذارد که کنش غیربیانی (illocutionary act) نامیده می‌شود. اصطلاح «کارگفت» به همین تأثیر، یعنی کنش غیربیانی بازمی‌گردد. ج.ر. سرل (J. R. Searl) با الگوگیری از آرای آستین به طبقه‌بندی انواع کارگفت‌ها همت می‌گمارد و در بررسی‌های خود پنج گروه از کارگفت‌ها را از یکدیگر بازمی‌شناسد که عبارت‌اند از کارگفت اظهاری، اعلامی، ترغیبی و کارگفت تعهدی و عاطفی (صفوی، ۱۴۰۰، ص. ۸۱؛ صفوی، ۱۳۹۹، ص. ۱۷۵). هر پاره‌گفت، کنش گفتاری خاصی به حساب می‌آید. کنش‌های گفتاری جزئی از سیاق و یا همان بافت مقامی هستند. افراد برای بیان منظور خویش تنها پاره‌گفت را تولید نمی‌کنند، بلکه به‌واسطهٔ آن‌ها کُنش‌هایی را هم انجام می‌دهند. هرچند انتقاداتی بر الگوی نظری جان آستین و سرِل وجود دارد؛ اما امروزه، دانشمندان علوم کلام و بلاغت، زبان‌شناسی، معناشناسی، فلسفه، کاربردشناسی و رشته‌های مرتبط دیگر برای تحلیل متون گوناگون از چارچوب نظری این دو دانشمند، استفاده می‌کنند. یکی از روش‌های تحلیل متون قرآنی و حدیث بر پایهٔ الگوی نظری آستین و سِرِل است. پژوهشگران با درنظرگرفتن آیات، کنش گفتاری (بیانی، منظوری، تأثیری) آن‌ها و نوع کاربردشان (اظهاری، ترغیبی، تعهدی، عاطفی و اعلامی)، به تحلیل کنش‌های گفتاری یا توان منظوری

آن‌ها می‌پردازند (مطوری، ۱۴۰۰، ص. ۲۰۴). بیان غالب مصادیق این کارگفت‌ها را می‌توان در متون فقهی و روایی بیع نیز، شناسایی کرد.

### ۴ـ۲ـ۱ـ کارگفت اعلامی

هدف گوینده در این نوع کنش آن است تغییراتی در جهان خارج ایجاد شود. برخلاف کنش تعهدی که گوینده خود انجام عمل را بر عهده می‌گیرد، در کنش اعلامی، صرف بیان جمله توسط گوینده برابر با انجام عمل است و نیاز به انجام کار دیگری نیست (حسینی معصوم و رادمرد، ۱۳۹۳، ص. ۷۱). به بیان دیگر «کنش اعلامی» نیز شامل کنش‌های گفتاری است که به‌محض بیان آن‌ها، در جهان بیرون تغییراتی واقعی ایجاد می‌شود. ازآنجاکه مؤثرترین این کنش‌ها، وابسته به نهادهای اجتماعی و قانونی است، می‌توان آن‌ها را کنش‌ها «نهادینه» نامید. در چنین کنشی، گوینده با بیان جمله در جهان خارج تغییر ایجاد می‌کند. افعال کنشی اعلامی شامل انتصاب‌کردن، اعلام‌نمودن، آغازکردن، پایان‌دادن، نام‌گذاردن، به‌کارگماردن، محکوم‌کردن می‌شود (Searle, 1999, p. 17). در بیان ادله بر صحت بیع فضولی، در دلیل دوم روایات؛ امیرالمؤمنین (ع) در جایگاه یک قاضی حُکم فرمودند که مولای اول، کنیز و فرزندش را از مولای دوم (خریدار) پس بگیرد. حُکم در این جایگاه از منظر بافت در معناشناسی کارگفت اعلامی شناخته می‌شود. «و یدلّ علی القول بالکشف أیضا صحیحة «محمد بن قیس» الواردة فی ولیدة باعها ابن المولی بغیر أذنه: «قال: قضی فی ولیدة باعها ابن سیدها و أبوه غائب، فاشتراها رجل فولدت منه غلاما، ثم قدم سیدها الأوّل فخاصم سیدها الأخیر، فقال: هذه ولیدتی باعها ابنی بغیر أذنی، فقال: خذ ولیدتک و ابنها، فنا شده المشتری، فقال: خذ ابنه یعنی الذی باع الولیدة حتی ینفذ لک ما باعک، فلما أخذ البیع الابن قال: أبوه أرسل ابنی فقال: لا أرسل ابنک حتی ترسل ابنی! فلما رأی ذلک سید الولیدة الأوّل أجاز بیع ابنه»» (حرّ عاملی، ۱۴۳۴ق، ج. ۲۱، ص. ۲۰۳). فان الحکم بحریة الغلام، و الحاقه بأبیه بعد الاجازة، لا یصح إلاّ علی القول بالکشف، فانّه نماء للولیدة ظهر بعد عقد الفضولی و قبل الاجارة، فعلی النقل یجب علیه قیمة الولد (مکارم‌شیرازی، ۱۴۲۵ق، ج. ۱، ص. ۲۹۶). در استدلال به حکم امام (ع) در جایگاه قضاوت، مبنی بر صحت بیع فضولی شیخ انصاری می‌گوید: اشکالی که سبب ضعف استدلال به روایت محمد قیس شود وجود ندارد، چه‌رسد به اینکه این ایرادات روایات را از حجیت ساقط کند و هر سخنی که به‌عنوان سست‌کنندهٔ[۱] این استدلال وارد شده خود بی‌اساس و سُست است، به‌جز چهار قرینه که نشان می‌دهد اجازه‌ای که پیش از آن مالک عقد را رد کرده مؤثر است و یکی از این قرائن اطلاق حُکم تعیینی امام (ع) به این است که «مولای اول پسرِ کنیز و خود کنیز را بگیرد و این‌ها متعلق به مالک هستند»، که دلیل رد معامله است (پایانی، ۱۳۹۳، ج. ۵، ص. ۱۵۲). استدلال به حکم قاضی کارگفت اعلامی شناخته می‌شود.

---

[۱]. از جمله اشکالات این روایت استدلال به حکم امام (ع) است به گرفتن کنیزک، زیرا این فرمان در صورتی صحیح و تام است که قائل به بطلان بیع فضولی باشیم. اشکال دیگر آن است که در آن، حکم به گرفتن فرزند کنیزک داده شده، درحالی‌که فرزند، حرّ بوده است و... (پایانی، ۱۳۹۳، ج. ۵، ص. ۱۵۱).

#### ۴ـ۲ـ۲ـ کارگفت ترغیبی

همان‌طور که از نام این کنش برمی‌آید، منظور از چنین کنشی این است که کاربرد زبان با استفاده از واژه‌ها، مخاطب را به انجام کاری و یا بازداشتن از آن کار، تشویق و ترغیب نماید. گوینده این تشویق و ترغیب را در قالب‌هایی مانند امر، خواهش، فرمان و یا حتی پرسش، جلوه‌گر می‌سازد. سعی گوینده در این نوع کنش، منطبق‌کردن جهان خارج با مطلوب خود از طریق مخاطب است (حسینی معصوم و رادمرد، ۱۳۹۳، ص. ۷). از دیدگاه جورج یول (G. Yule)، «کنش ترغیبی» به آن دسته از کنش‌های گفتاری اطلاق می‌شود که مخاطب را جهت انجام کاری ترغیب می‌کند و او را در حالت تکلیف و اجبار برای انجام عملی قرار می‌دهد. گوینده سعی می‌کند کاری انجام شود و جهان را با محتوای گزاره‌ای که شامل عمل آتی شنونده است، تطبیق دهد (Yule, 1996, p. 17). «و قال له اشتر لنا به شاة» در جریان حدیث «انّ المروی فی بعض الکتب، انّ النبی صلّی اللّه علیه و آله دفع الی عروة دینارا و قال له اشتر لنا به شاة أو أضحیة علی اختلاف النقل فاشتری به شاتین ثم باع إحداهما فی الطریق بدینار فاتی النبی «ص» بالشاة و الدینار، فقال رسول اللّه «ص»: بارک اللّه فی صفقة یمینک انتهی» (نوری، ۱۴۰۷ق، ج. ۱۳، ص. ۲۴۵؛ حجت کوه‌کمره‌ای، ۱۴۰۹ق، ص. ۲۹۸)، به‌نظر، از کارگفت‌های ترغیبی و تشویقی رسول اکرم (ص) است که نسبت به صحابی‌شان عروهٔ بارقی ابراز کرده‌اند. در واقع، امر به صیغه یا ماده یکی از مصادیق این نوع کارگفت است. در کتب فقهی در بحث بیع فضولی مشهور است که برای اثبات صحّت قسم اول عقد فضولی (بیع فضولی برای مالک بدون نهی قبلی او) به قضیهٔ عروهٔ بارقی استدلال می‌کنند: «پیامبر (ص) یک دینار به عروه داد و به او فرمود: با این دینار، گوسفندی جهت قربانی برایمان بخر. عروه با یک دینار، دو گوسفند خرید. سپس در راه بازگشت یکی از آن‌ها را به یک دینار فروخت، و با یک گوسفند و یک دینار نزد پیامبر آمد. حضرت به او فرمودند: خداوند به تو برکت دهد. هرچند خرید دو گوسفند توسط عروه را منصرف از عقد فضولی بدانیم، اما فروش یکی از دو گوسفند توسط وی، فضولی به شمار می‌آید (پایانی، ۱۳۹۳، ج. ۵، ص. ۱۴۷).

#### ۴ـ۲ـ۳ـ کارگفت تعهدی

ماهیت این نوع کنش، ملزم‌کردن مخاطب به انجام کاری در آینده را شامل می‌شود. این نوع از کنش‌های گفتار با گذشت زمان به تحقق می‌پیوندند. افعال چنین کنشی عبارت‌اند از: قول‌دادن، تهدیدکردن، سوگندخوردن (ایشانی و قزوینی، ۱۳۹۳، ص. ۳۳). در تعریفی دیگر «کنش تعهدی» شامل کنش‌های گفتاری می‌شود که گوینده را نسبت به سیر اعمال آتی متعهد می‌کند (آلام، ۱۳۸۲، ص. ۲۰۶). به‌عبارت دیگر توان منظوری این کنش آن است که گوینده خود را متعهد می‌سازد تا عملی را در آینده انجام دهد. افعالی چون قسم‌خوردن، تعهددادن و تضمین‌دادن و قول‌دادن، نمونه‌هایی از این کنش گفتاری هستند (Searle, 1999, p.14). کارگفت تعهدی چنان‌که از عنوان آن روشن است برای الزام مکلف کاربرد می‌یابد. الزام از باب اجبار به ایفای حق، وظیفهٔ صاحب حق است. الزام به انجام و تأدیهٔ حق در احکام تکلیفی نیز وجود دارد، با این تفاوت که دلیل الزام در حوزهٔ تکالیف، امر به معروف و نهی از منکر است و یا اینکه الزام از باب رعایت مصلحت مردم می‌باشد. تفاوت این دو در این است که امر به معروف یک تکلیف عمومی است، ولی الزام

برای رعایت مصلحت وظیفهٔ حاکم می‌باشد. محقق اصفهانی در باب احتکار و الزام محتکر به فروش، به هر دو نهاد امر به معروف و نهی از منکر و نهاد الزام حاکم از باب رعایت مصلحت مردم، اشاره می‌کند (حکمت‌نیا، ۱۳۹۱، ص. ۲۲). علاوه بر این در همان روایت فروش کنیز توسط فرزند صاحب أمه، علاوه بر اینکه از جهت قضاوت امیرمؤمنان کارگفت اعلامی شناخته شد؛ در برخی کتب بیع از جهت ابراز برخی عبارات از جمله سوگندخوردن خریدار و گفتن این کلام به مالک اول که به خدا قسم، پسر تو را رها نمی‌کنم تا وقتی تو پسرم را تحویل دهی. از این عبارت فهمیده می‌شود که مولی فرزندی را که از کنیز زاده شده حبس کرده، تا قیمت فرزند را از مشتری بگیرد. چون کنیز متعلق به مالک اولیّه بوده است. عبارت «قال: لا و اللّه، لا ارسل إلیک ابنک حتی ترسل ابنی» کارگفت تعهدی را شامل می‌گردد (کلینی، ۱۳۹۳، ج. ۵، ص. ۲۱۱؛ حرّ عاملی، ۱۴۳۴ق، ج. ۲۱، ص. ۲۰۳؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق، ج. ۲۳، ص. ۱۷۵).

#### ۴ـ۲ـ۴ـ کارگفت عاطفی

«کنش عاطفی» نیز شامل کنش‌هایی هستند که احساسات گوینده را عنوان می‌کنند و بیانگر حالات روانی او هستند (Yule, 1996, p. 53). به بیان دیگر این کنش‌ها، بیان حالت روانی گوینده دربارهٔ اوضاع و احوال و شرایطی است که در محتوای گزاره‌ای مشخص شده است. در این نوع کنش، گوینده نه تلاش می‌کند تا جهان بیرون را با کلماتی که بیان می‌کند، مطابقت دهد و نه کلمات بیان‌شده را با جهان بیرون؛ بلکه صدق و حقیقت گزارهٔ بیان‌شده، بدیهی و مسلّم فرض می‌شود. عبارت «ممنونم» از جمله عبارت‌هایی است که کنش گفتاری آن‌ها بر عاطفه و احساس دلالت دارد (Searle, 1999, p.15). در بیع ثمار در خبر علی‌بن‌ابی‌حمزة «سألت أبا عبد اللّه علیه السّلام عن رجل اشتری بستانا فیه نخل لیس فیه غیر بسر أخضر فقال: لا حتّی یزهو قلت: و ما الزّهو؟ قال: حتّی یتلوّن» و حسن الوشّاء «سألت الرّضا علیه السّلام هل یجوز بیع النخل إذا حمل قال: لا یجوز بیعه حتّی یزهو قلت: و ما الزّهو جعلت فداک؟ قال: یحمرّ و یصفرّ و شبه ذلک» (محقق حلّی، ۱۳۵۵، ج. ۳، ص. ۲۷۳). عبارت «جعلتُ فداک» در بیان بیع «الزهو» کارگفت عاطفی حاکی از احترام شناخته می‌شود. این نوع کارگفت چنان‌که ابتدائاً و از عنوان آن برمی‌آید، نمی‌تواند نقشی در استنباط احکام ایفاء نماید. اما نکته‌ای که در اینجا حائز اهمیت است اینکه در مثال مزبور «جعلتُ فداک» کارگفت عاطفی است که از سوی غیرمعصوم، ابراز شده و شرط اساسی در استنباط احکام قول معصومین (ع) است یا اینکه تأیید و امضایی در مباحثه و گفتگو با معصوم (ع) نسبت به کلام یا رفتار غیرمعصوم صورت گرفته باشد تا استخراج حکمی از آن بتوان صورت داد.

#### ۴ـ۲ـ۵ـ کارگفت اظهاری

ماهیت این نوع کارگفت شامل اظهارات، ادعاها و نتیجه‌گیری‌هایی است که گوینده به حقیقت درستی یا نادرستی آن ایمان دارد. به‌عبارتی، وقایع بیرون جهان را آن‌گونه که باور دارد توصیف می‌کند و می‌گوید که امور چگونه هستند. افعال‌های مانند اظهارکردن، انکارکردن، اقرارکردن، تأکیدکردن، اذعان‌کردن و غیره از این دسته به شمار می‌آیند (عسکری متین، ۱۳۹۱، ص. ۱۵۷). هدف از «کنش اظهاری» توصیف حالت یا حادثه‌ای است که گوینده عقیدهٔ خود را دربارهٔ درستی و نادرستی (صدق و کذب) یک مطلب اظهار می‌کند.

این کُنش تعهد گوینده را نسبت به صدق گزارهٔ مطرح‌شده، نشان می‌دهد. در این کنش گوینده ادعای صادق‌بودن عبارت بر زبان جاری‌شده را دارد. به‌طور کلی اظهارات، ادعاها، نتیجه‌گیری‌ها، بیانات، تأکیدات، توضیحات و ابراز حقایق و مانند این‌ها که گوینده در آن، جهان خارج را آن‌گونه که باور دارد به‌تصویر می‌کشد، دارای کنش اظهاری است (صفوی، ۱۳۹۹، ص.۸۲). در عبارات علامه حلی از کتاب تحریرالاحکام، ادعا و اقرار و انکاری راجع به فروش مال غیرمنقول و اثبات حق شفعه بیان شده است. «لو ادّعی بیع نصیب نفسه علی أجنبی فأنکر، حلف الأجنبی مع عدم البینة، و هل یثبت للشریک الشفعة؟ قال الشیخ رحمه اللّه: نعم، لأنّ البائع أقرّ بحقّین فلا یسقط أحدهما بإنکار الآخر حقّه. و یحتمل سقوطها، لأنّها فرع البیع و لم یثبت. و علی الأوّل یأخذ الشفیع من البائع، و یسلّم الثمن إلیه، و درکه علی البائع، و یحتمل مع إنکار الأجنبی انتفاء استحقاق محاکمة الشفیع و البائع للمشتری، لیثبت البیع فی حقّه و العهدة علیه، لأنّ مقصود البائع الثمن و قد حصل من الشفیع، و مقصود الشفیع أخذ الشقص و ضمان العهدة، و قد حصل من البائع، فلا فائدة فی المحاکمة، و لکنّ الأقوی عندی الأوّل، فإن أقرّ البائع بقبض الثمن من المشتری، بقی الثمن الّذی علی الشفیع لا یدّعیه أحد، فیأخذه الحاکم، فإن ادّعاه البائع أو المشتری دفع إلیه، و إن تداعیاه فأقرّ المشتری بالبیع، و أنکر البائع القبض، فهو للمشتری، ةقرار البائع له، و لأنّ البائع لا یدّعی هذا الثمن إنّما یستحق علی المشتری، و قد اعترف بالقبض منه» (علامه حلّی، ۱۴۲۰ق، ج.۴، ص.۵۸۲). بحث ادعا، اقرار، انکار و اختلافات ناشی از عقود به‌عنوان یکی از مصادیق برجستهٔ پاره‌گفتارهای اظهاری، از بیع و متاجر گرفته تا عقود دیگر، در تتمهٔ هر باب از ابواب فقهی عقود معین، عنوان شده‌اند. علاوه بر ادعا و اقرار و انکار، تأیید و امضاء و حتی نفی‌کردن نیز از مصادیق کارگفت اظهاری عنوان شده‌اند. در روایت عروهٔ بارقی عبارت «بارک الله فی صفقه یمینک» دو احتمال نسبت به عبارت «بارک الله فی صفقه یمینک» مطرح است. و فی هذه العبارة احتمالان: أحدهما: أنّه تنفیذٌ للمعاملة. وثانیهما: أنّه دعاءٌ من النبی (ص) لعروة؛ باعتبار أنّه قام بمعاملةٍ صحیحةٍ فإن کان من قبیل الثانی، یتّضح أنَّ کلتا المعاملتین لیستا فضولیتین، وإنَّما هو دعاءٌ له لأجل إیقاعه المعاملة الصحیحة النافذة (صدر، ۱۴۳۲ق، ج.۵، ص.۱۳۰). بنا بر احتمال اولی که عبارت از تنفیذ معاملهٔ فضولی باشد، می‌بایست آن را در شمول کارگفت اظهاری جای داد. و بنا بر احتمال دوم یعنی دعایی‌بودن «بارک الله فی صفقه یمینک» منصرف از کارگفت‌های مشهور سرل است. سِرِل کارگفت‌های آرزویی، دعایی یا تمنایی را متفاوت از موارد مستقیم و غیرمستقیم می‌داند و میان آن‌ها تمایز قائل می‌شود (صفوی، ۱۳۸۲، ص.۱۶۰).

## نتیجه‌گیری

از شناسایی انواع بافت در زمینهٔ متون فقه بیع از آیات و روایات گرفته تا کلام فقهاء صاحب‌نظر در این عرصه آشکار می‌گردد که گرچه مصادیق کلی و عام این موارد، قابل‌ارائه و تبیین هستند، لکن برخی از آن‌ها لزوماً استنباطات حکم فقهی را در بر نخواهند داشت. با استفاده از ظرفیت گستردهٔ انواع نظریات مشهور در زبان‌شناسی و معناشناسی نوین، می‌توان مصادیق کاربردی آن‌ها را جهت استخراج احکام از عبادات تا حدود و دیات، روشن گردانید. این مختصر که نخستین ورود در زمینهٔ بافت‌های متون فقهی بیع

محسوب می‌شود، تنها به تبیین برخی از مصادیق جزئی و محدود آن دست یافته است. ابزارهای دستوری ارجاع، جایگزینی و حذف و... در استنباط احکام بیع، دارای تأثیر ویژه‌ای از منظر بافت درون‌زبانی لحاظ می‌شوند. به‌نحوی‌که متقدمین و متأخرین در فقه به‌لحاظ تکیه بر رویکرد تفسیر لفظی و نحوی‌شان در مبانی استنباط احکام، به‌وفور به این موارد اشاره داشته‌اند. در زمینهٔ بافت برون‌زبانی، بافت عاطفی، می‌تواند نقش قابل‌توجهی را در استنباطات حکم کراهت تا حرمت و به‌تناسب استحباب تا وجوب ایفاء کند. ایفاء این نقش با مجموعه‌ای از کنش‌های روانی و عاطفی سوار بر معانی واژگان شناسایی می‌گشت. جایگاه بافت فرهنگی معادل عرف و سیرهٔ عقلا و بافت اوضاع و احوال موقعیّت، به‌عنوان قرائن حالیهٔ واجد شرایط (در غیروضعیت تقیّه‌ای) در زمینهٔ استنباطات احکام فقهی بیع، مکاسب و متاجر غیرقابل‌انکار است. کنش‌های گفتاری سرِل، به‌ترتیب اولویت و اهمیت، تنها کارگفت‌های اظهاری، اعلامی، تعهدی و ترغیبی می‌توانند نقشی مستقیم در مبانی استنباط احکام بیع و متاجر بازی کنند و کارگفت عاطفی به‌لحاظ فقدان برآیند استنباط حکم فقهی کنار گذاشته می‌شود. با توجه به اینکه نظریهٔ بافت و کنش‌های گفتاری از ظرفیت گسترده‌ای در زمینهٔ تحلیل انواع متون اعم از ادبی، اجتماعی، سیاسی، اقتصادی، دینی و... برخوردار است، پیشنهاد می‌گردد در تحلیل متن‌های روایی احکام که تاکنون کمتر بدان پرداخته شده از آن بهره گرفته شود.

## منابع


آلام، کر. (۱۳۸۲). *نشانه‌شناسی تئاتر و درام*. تهران: نشر قطره.

ابن‌اثیر، مبارک بن محمد. (۱۳۶۷). *النهایة فی غریب الحدیث و الأثر*. قم: مؤسسهٔ مطبوعاتی اسماعیلیان.

ابن‌فارس، احمد بن فارس. (۱۴۰۴ق). *معجم مقاییس اللغة*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

ابن‌منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). *لسان العرب*. بیروت: دارالفکر.

امیراقدم، ریما و حسن برجی. (۱۳۹۳). رویکرد تفسیری بافت‌گرایی و کاربرد آن در تفسیر متون دینی (قرآن) و تفسیر متون حقوقی (قوانین). *دانشنامهٔ حقوق و سیاست*، (۲۱)، ۱۳۱–۱۵۷.

انصاری، مرتضی. (۱۴۱۱ق). *المکاسب*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.

ایشانی، طاهره و معصومه نعمتی قزوینی. (۱۳۹۳). تحلیل خطبهٔ حضرت زینب سلام الله علیها در کوفه بر اساس نظریهٔ کنش گفتاری سِرل. *مجلهٔ سفینه*، سال دوازدهم، (۴۵)، ۲۵–۵۱.

بجنوردی، میرزا حسن. (۱۳۷۷). *القواعد الفقهیه*. قم: نشر الهادی.

برزگر، مهدی. (۱۳۹۱). روش تفسیر متن بر اساس نظام اقتضائات. *فصلنامهٔ فقه*، دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیهٔ قم، دورهٔ ۱۹، (۷۲)، ۱۳۰–۱۶۵.

پایانی، احمد. (۱۳۹۳). *شرح مکاسب*. قم: دارالعلم.

ترکاشوند، فرشید و نسرین ناگهی. (۱۳۹۲). تحلیل مقایسه‌ای سازوکار قرینه و بافت در فهم متن. *فصلنامهٔ پژوهش‌های ترجمه در زبان و ادبیات عربی*، سال سوّم، (۹).

جباری، مصطفی و حسین رضویان. (۱۳۹۴). رد پای زبان‌شناسی حقوقی در متون فقهی. *فصلنامهٔ مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال ۷، (۱۲).

جمعی از پژوهشگران. (۱۴۲۳ق). *موسوعة الفقه الاسلامی طبقا لمذهب اهل البیت (ع)*. قم: مؤسسهٔ دائرة المعارف فقه الاسلامی بر مذهب اهل بیت.

حجت کوه‌کمره‌ای، محمد. (۱۴۰۹ق). *کتاب البیع*. قم: النشر الاسلامی.

حرّ عاملی، محمد بن الحسن. (۱۴۳۴ق). *وسایل الشیعه*. تهران: نشر اسلامیه.

حسینی معصوم، سید محمد و رادمرد، عبدالله. (۱۳۹۴). تأثیر بافت زمانی–مکانی بر تحلیل کنش گفتار، مقایسهٔ فراوانی انواع کنش‌های گفتار در سوره‌های مکی و مدنی قرآن کریم. *جستارهای زبانی*، دورهٔ ۶، (۳)، ۶۵–۹۲.

حکمت‌نیا، محمود. (۱۳۹۱). نظریهٔ حق از دیدگاه محمدحسین غروی اصفهانی. *فصلنامهٔ حقوق اسلامی*، س۹، (۳۴).

ذهنی تهرانی، محمّدجواد. (۱۳۶۹). *تشریح المطالب*. قم: نشر حاذق.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). *مفردات الفاظ القرآن*. لبنان: دارالعلم.

رجبی، محمود. (۱۳۹۶). *روش تفسیر قرآن*. قم: انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

ساسانی، فرهاد. (۱۳۹۸). تأثیر بافت متنی بر معنای متن. *دوفصلنامهٔ زبان‌پژوهی دانشگاه الزهرا (س)*، سال دوّم، (سوّم).

صدر، محمدّباقر. (۱۳۹۸ق). *المعالم الجدیده*. قم: دارالصدر.

صدر، محمدّباقر. (۱۴۳۲ق). *کتاب البیع*. قم: محبین.

صفوی، کورش. (۱۳۸۲). *معناشناسی کاربردی*. تهران: همشهری.

صفوی، کورش. (۱۳۹۸). *آشنایی با معناشناسی*. تهران: انتشارات پژواک کیوان.

صفوی، کورش. (۱۳۹۹). *درآمدی بر معناشناسی*. تهران: نشر سورهٔ مهر.

صفوی، کورش. (۱۴۰۰). *فرهنگ توصیفی معناشناسی*. تهران: نشر فرهنگ معاصر.

طباطبائی قمی، تقی. (۱۴۱۳ق). *عمدة المطالب فی التعلیق علی المکاسب*. قم: محلاتی.
طباطبائی، سید محمدحسین. (۱۴۱۷ق). *المیزان فی تفسیر القرآن*. قم: موسسهٔ نشر اسلامی.
شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۰۳ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیّه*. قم: دارالهادی للمطبوعات.
عزیزی، سیروس و نگار مؤمنی. (۱۳۹۱). *زبان‌شناسی حقوقی، درآمدی بر زبان، جُرم و قانون*. تهران: جهاد دانشگاهی.
عسکری متین، سجاد و علی رحیمی. (۱۳۹۲). تحلیل گفتمان حقوقی، واکاوی نقش کارگفت در بافت حقوقی. *مجلهٔ جستارهای زبانی*، دورهٔ چهارم، (۱۴).
علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰ق). *تحریر الأحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه*. قم: موسسهٔ الامام الصادق (ع).
فیومی، احمد. (۱۴۰۵ق.). *المصباح المنیر*. قم: منشورات دار الرضی.
قائمی‌نیا، علیرضا. (۱۳۹۹). *معناشناسی ۱*. تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۹۳). *الکافی*. تهران: نورالثقلین.
گندمکار، راحله. (۱۳۹۹). *فرهنگ توصیفی معناشناسی*. تهران: نشر علمی.
محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۳۵۵). *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*. تهران: مکتبة الصدوق.
محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۵). *قواعد فقه؛ بخش مدنی ۲*. تهران: سمت.
مزبان، علی حسن. (۱۳۹۷). *درآمدی بر معناشناسی در زبان عربی*. تهران: سمت.
مطوری، حسین. (۱۴۰۰). تحلیل سورهٔ مرسلات بر پایهٔ نظریهٔ کنش گفتاری. *دوفصلنامهٔ آموزه‌های تربیتی در قرآن و حدیث*، دورهٔ ۷، (۱).
مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۵). *دائرة المعارف فقه مقارن*. قم: مدرسهٔ علی ابن ابی‌طالب (ع).
مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۵ق). *انوار الفقاهه (بیع)*. قم: مدرسهٔ علی ابن ابی‌طالب (ع).
موسوی خمینی، روح‌الله. (۱۳۹۲). *المکاسب المحرمه*. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
موسوی خمینی، روح‌الله. (۱۳۹۲). *کتاب البیع*. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
موسوی خمینی، مصطفی. (۱۳۷۶). *کتاب البیع*. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
نائینی، محمدحسین. (۱۳۷۳). *منیة الطالب*. تهران: المکتبة المحمدیة.
نوری (محدث)، میرزا حسین. (۱۴۰۷ق). *مستدرک الوسایل*. قم: آل البیت لاحیاء التراث.

## References

The Noble Qurʾān. (in Arabic)
Ibn Manẓūr, Muḥammad ibn Mukarram. (1408 AH / 1987 AD). *Lisān al-ʿArab* (Vol. 1, 14th ed.). Beirut: Dār al-Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)
Abbahrī, Ḥamīd; Tālaqān Ghafārī, Mahdī; Īybī, Setāreh; and Nʿamatī, Eḥsān. (1401 SH / 2022 AD). "Fiqhī-Ḥuqūqī Vakāvī Nahād Navḥa dar Ravī-ye Qezā-ye Irān" [Jurisprudential-Legal Exploration of the Gift Institution in Iranian Judicial Practice]. *Faslnāmah-ye ʿElmī Fiqh wa Ḥuqūq-e Nowīn*, 3(9), 7–28. (in Persian)
Anṣārī, Murtaḍā. (1411 AH / 1990 AD). *Al-Makāsib*. Qom: Majmaʿ al-Fikr al-Islāmī. (in Arabic)
Āshānī, Ṭāhira and Maʿṣūmah Nʿamatī Qazvīnī. (1393 SH / 2014 AD). "Tahlīl Khuṭbat Ḥaẓrat Zaynab (ʿalayhā al-salām) dar Kūfah bā Nabard-e Amāl-e Lughawī-ye Sīrl" [Analysis of the Sermon of Lady Zaynab in Kūfah Based on Searle's Speech Act Theory]. *Majallah-ye Safīnah*, 12(45), 25–51. (in Persian)
Bojnūrdī, Mīrzā Ḥasan. (1377 SH / 1998 AD). *Al-Qawāʿid al-Fiqhiyyah*. Qom: Nashr al-Hādī. (in Arabic)

Barzegar, Mahdī. (1391 SH / 2012 AD). "Ravish-e Tafsīr-e Matn bā Bastarhā-ye Eqtiḍāʾī" [Methodology of Textual Interpretation Based on Constraints]. *Faslnāmah-ye Fiqh*, Jāmeh Tablīghāt Islāmī, 19(72), 130–165. (in Persian)

Pāyānī, Aḥmad. (1393 SH / 2014 AD). *Sharḥ al-Makāsib*. Qom: Dār al-ʿIlm. (in Arabic)

Tarkāšvand, Faršīd and Nasrīn Nāgahi. (1392 SH / 2013 AD). "Tahlīl Moghayeseh-ye Sāz-o-Kār Qarīnah va Bastar dar Fahm-e Matn" [Comparative Analysis of the Mechanism of Coincidence and Context in Text Comprehension]. *Faslnāmah-ye Pazhūhesh-hā-ye Tarjamah dar Zabān va Adabiyyāt ʿArabī*, 3(9). (in Persian)

Jabbārī, Moṣṭafā and Ḥoseyn Rezvīyān. (1394 SH / 2015 AD). "Raftār-e Zabānšenasī-ye Ḥuqūqī dar Matn-hā-ye Fiqhī" [The Footprints of Legal Linguistics in Jurisprudential Texts]. *Faslnāmah-ye Motāleʿāt Fiqh wa Ḥuqūq-e Islāmī*, 7(12). (in Persian)

Group of Researchers. (1423 AH / 2002 AD). *Mawsūʿah al-Fiqh al-Islāmī Ṭabqan limadhhab Ahl al-Bayt (ʿalayhim al-salām)*. Qom: Muʾassasat Dāʾirat al-Maʿārif al-Fiqh al-Islāmī. (in Arabic)

Ḥujjat Kūh-Kamrāʾī, Muḥammad. (1409 AH / 1988 AD). *Kitāb al-Bayʿ*. Qom: Al-Nashr al-Islāmī. (in Arabic)

Ḥarr ʿĀmilī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. (1434 AH / 2013 AD). *Wasāʾil al-Shīʿah*. Tehran: Nashr Islāmiyyah. (in Arabic)

Ḥusaynī Maʿṣūm, Sayyid Muḥammad and Rādmard, ʿAbdullāh. (1394 SH / 2015 AD). "Taʾthīr-e Bastar Zamānī-Makānī bar Tahlīl-e Amāl-e Guftārī: Moghāysat-e Farāvānī-ye Noʿhā-ye Amāl-e Guftār dar Sūrah-hā-ye Makkī va Madanī-ye Qurʾān." *Jostārhā-ye Zabānī*, 6(3), 65–92. (in Persian)

Ḥekmatnīyā, Maḥmūd. (1391 SH / 2012 AD). "Nazariyyah-ye Ḥaqq az Nīgāh-e Muḥammad Ḥusayn Gharawī Isfahānī." *Faslnāmeh-ye Ḥuqūq-e Islāmī*, 9(34). (in Persian)

Zihnī Tehrānī, Muḥammad Jawād. (1369 SH / 1990 AD). *Tashrīḥ al-Maṭālib*. Qom: Nashr Ḥāziq. (in Persian)

Rāghib Isfahānī, Ḥusayn ibn Muḥammad. (1412 AH / 1991 AD). *Mufradāt Alfāẓ al-Qurʾān*. Lebanon: Dār al-ʿIlm. (in Arabic)

Rajabī, Maḥmūd. (1396 SH / 2017 AD). *Ravish-e Tafsīr-e Qurʾān*. Qom: Intishārāt Pazhūheshgāh Ḥawzah wa Dāneshgāh. (in Persian)

Sāsānī, Farhād. (1398 SH / 2019 AD). "Taʾthīr-e Bastar Matnī bar Maʿnā-ye Matn." *Dū Faslnāmah-ye Zabānpužūhī Dāneshgāh al-Zahrāʾ*, 2(3). (in Persian)

Ṣadr, Muḥammad Bāqir. (1398 AH / 2019 AD). *Al-Maʿālim al-Jadīdah*. Qom: Dār al-Ṣadr. (in Arabic)

Ṣadr, Muḥammad Bāqir. (1432 AH / 2011 AD). *Kitāb al-Bayʿ*. Qom: Muḥibbīn. (in Arabic)

Ṣafawī, Kūroš. (1382 SH / 2003 AD). *Maʿnāšnāsī-ye Kārbordi* [Applied Semantics]. Tehran: Hamshahrī. (in Persian)

Ṣafawī, Kūrosh. (1398 SH / 2019 AD). *Āshenāʾī bā Maʿnāšnāsī* [Introduction to Semantics]. Tehran: Intishārāt Pežvāq Keyvān. (in Persian)

Ṣafawī, Kūroš. (1399 SH / 2020 AD). *Daramadī bar Maʿnāšnāsī* [An Introduction to Semantics]. Tehran: Nashr Sūrah Mehr. (in Persian)

Ṣafawī, Kūroš. (1400 SH / 2021 AD). *Farhang-e Tawsīfī-ye Maʿnāšnāsī* [Descriptive Dictionary of Semantics]. Tehran: Nashr Farhang-e Moʿāṣer. (in Persian)

Ṭabāṭabāʾī Qummī, Taqī. (1413 AH / 1993 AD). *ʿUmdat al-Maṭālib fī al-Taʿlīq ʿalā al-Makāsib*. Qom: Maḥallātī. (in Arabic)

Ṭabāṭabāʾī, Sayyid Muḥammad Ḥusayn. (1417 AH / 1997 AD). *Al-Mīzān fī Tafsīr al-Qurʾān*. Qom: Muʾassasat Nashr Islāmī. (in Arabic)

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. (1403 AH / 1982 AD). *Al-Rawḍah al-Bahiyyah fī Sharḥ al-Lumaʿah al-Dimashqiyyah*. Qom: Dār al-Hādī lil-Maṭbūʿāt.

ʿAzīzī, Sīrūs and Negār Mowmanī. (1391 SH / 2012 AD). *Zabānšenāsī-ye Ḥuqūqī: Daramadī bar Zabān, Jorm va Qānūn* [Legal Linguistics: Introduction to Language, Crime and Law]. Tehran: Jihād-e Dāneshgāhī. (in Persian)

ʿAskarī Matīn, Sajād and ʿAlī Raḥīmī. (1392 SH / 2013 AD). "Tahlīl-e Goftgū-ye Ḥuqūqī, Vakāvī-e Naqsh-e Kārguft dar Bastar-e Ḥuqūqī." *Majallat-e Jostārhā-ye Zabānī*, 4(14). (in Persian)

ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. (1420 AH / 1999 AD). *Taḥrīr al-Aḥkām al-Sharʿiyyah ʿalā Madhhab al-Imāmiyyah*. Qom: Muʾassasat al-Imām al-Ṣādiq. (in Arabic)

Fayyūmī, Aḥmad. (1405 AH / 1985 AD). *Al-Miṣbāḥ al-Munīr*. Qom: Manšūrāt Dār al-Riḍā. (in Arabic)

Qāʾimī Nīyā, ʿAlī Reżā. (1399 SH / 2020 AD). *Maʿnāšnāsī 1* [Semantics 1]. Tehran: Pazhūheshgāh Ḥawzah wa Dāneshgāh. (in Persian)

Kulaynī, Muḥammad ibn Yaʿqūb. (1393 SH / 2014 AD). *Al-Kāfī*. Tehran: Nūr al-Ṭuqalayn. (in Arabic)

Gandomkār, Rāheleh. (1399 SH / 2020 AD). *Farhang-e Tawsīfī-ye Maʿnāšnāsī* [Descriptive Dictionary of Semantics]. Tehran: Nashr ʿIlmī. (in Persian)

Muḥaqqiq Ḥillī, Jaʿfar ibn Ḥasan. (1355 SH / 1976 AD). *Jāmiʿ al-Madārik fī Sharḥ Mukhtaṣar al-Nāfiʿ*. Tehran: Maktabah al-Ṣaduq. (in Arabic)

Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. (1395 SH / 2016 AD). *Qawāʿid Fiqh; Qism-e Madanī 2*. Tehran: Samt. (in Persian)

Mazbān, ʿAlī Ḥasan. (1397 SH / 2018 AD). *Daramadī bar Maʿnāšnāsī dar Zabān ʿArabī* [An Introduction to Semantics in Arabic Language]. Tehran: Samt. (in Persian)

Maṭūrī, Ḥosayn. (1400 SH / 2021 AD). "Tahlīl Sūrah al-Mursalāt bar Páyé-ye Naẓariyyah-ye Amāl-e Guftārī." *Dū Faslnāmah-ye Āmuzeh-hā-ye Tarbīyatī dar Qurʾān va Ḥadīth*, 7(1). (in Persian)

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. (1385 SH / 2006 AD). *Dāʾirat al-Maʿārif Fiqh Muqāran*. Qom: Madraseh ʿAlī ibn Abī Ṭālib. (in Persian)

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. (1425 AH / 2004 AD). *Anwār al-Fiqhah (Bayʿ)*. Qom: Madraseh ʿAlī ibn Abī Ṭālib. (in Persian)

Mūsawī Khomeinī, Rūḥullāh. (1392 SH / 2013 AD). *Al-Makāsib al-Muḥramah*. Tehran: Muʾassasat Tanzīm wa Nashr Āthār Imām Khomeinī. (in Persian)

Mūsawī Khomeinī, Rūḥullāh. (1392 SH / 2013 AD). *Kitāb al-Bayʿ*. Tehran: Muʾassasat Tanzīm wa Nashr Āthār Imām Khomeinī. (in Persian)

Mūsawī Khomeinī, Muṣṭafā. (1376 SH / 1997 AD). *Kitāb al-Bayʿ*. Tehran: Muʾassasat Tanzīm wa Nashr Āthār Imām Khomeinī. (in Persian)

Nāʾīnī, Muḥammad Ḥusayn. (1373 SH / 1995 AD). *Manīyyat al-Ṭālib*. Tehran: Al-Maktabah al-Muḥammadiyyah. (in Arabic)

Nūrī (Muḥaddith), Mīrzā Ḥusayn. (1407 AH / 1987 AD). *Mustadrak al-Wasāʾil*. Qom: Āl al-Bayt li Iḥyāʾ al-Turāth. (in Arabic)

Austin, J. L. (1975). *How to Do Things with Words*. Harvard University Press.

Searle, J. R. (1999). *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge University Press.

Saeed, I. J. (2003). *Semantics*. Blackwell Publishing.

Yule, G. (1996). *Pragmatics*. Oxford University Press.

Studies of Islamic Jurisprudence and the Basis of Law
Online ISSN: 2783-0837 Print ISSN: 2783-2368
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# Ta‘zīrāt and Banā’ al-‘Uqalā’ in Penal Jurisprudence and Criminal Law

**Sayyid Hamidollah Hosseini[1], Mohammad Baqer Geraily[2], and Morteza Norouzi[3]**

1. *Corresponding Author*, Ph.D. Graduate in Criminal Law and Criminology, Al-Mustafa International University, Mashhad, Iran. Email: hosainyhamid3040@gmail.com
2. Assistant Professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: bagher_grayly@miu.ac.ir
3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Al-Mustafa International University, Mashhad, Iran. Email: morteza_norozi@miu.ac.ir

**Article Info**

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received
22 December 2022
Received in revised form
04 February 2023
Accepted
19 March 2023
Available online
22 June 2025

***Keywords:***
penal jurisprudence,
criminal law,
banā’ al-'uqalā',
ta‘zīrāt,
principle of the individualization of punishment

**ABSTRACT**

The element of banāʾ al-ʿuqalāʾ (the established practice of rational people) in jurisprudence and penal law is a source that has consistently drawn the attention of scholars and is considered a cornerstone of reasoning in penal matters. Islamic punishments—namely ḥudūd (fixed penalties), qiṣāṣ (retribution), and taʿzīrāt (discretionary punishments)—although practiced in various forms before Islam and during the era of the Prophet (ṣ) and the Imams (ʿa), were generally prevalent among the rational people of the world. Islam, while systematizing these existing punishments, affirmed and endorsed them. It is evident that without such prevalence and common practice, the concept of an endorsed ruling (ḥukm imḍāʾī) would not exist. The purpose of this study is to articulate the role of banāʾ al-ʿuqalāʾ in the domain of taʿzīrāt as an effective and clear proof, thereby clarifying its status and active role as a source within penal jurisprudence and criminal law. To elucidate this topic, a library-based methodology involving the review and comparison of reliable documents will be employed. A significant finding of this research is that the penal chapters of Islam not only do not conflict with the sīrat al-ʿuqalāʾ (the conduct of rational people) but are also in complete harmony with the principles accepted by rational people globally. Consequently, this research affirms the principle of the individualization and personal nature of punishment, a concept prevalent among rational people. It also serves to refute misconceptions regarding Islamic penal regulations—such as allegations of violence, conflict with human dignity, and incompatibility with modern times—which primarily stem from a lack of understanding of the philosophy behind Islamic penal rulings. The article will first describe and explain the relevant topics based on jurisprudential and legal sources, followed by a critique and analysis of existing views, while also examining legislative documents.

**Cite this article:** Hosseini, S. H., Geraily, M. B., & Norouzi, M. (2025). Ta‘zīrāt and Banā’ al-‘Uqalā’ in Penal Jurisprudence and Criminal Law. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law, 19*(1), 275-295. http//doi.org/10.22034/fvh.2023.14859.1698

© The Author(s). Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: http//doi.org/10.22034/fvh.2023.14859.1698

## Introduction

The principle of **"*banāʾ al-ʿuqalāʾ*"**—defined as the established, continuous practice and normative consensus of rational people, based on their practical conduct and innate rational dispositions (*irtekāzāt*)—holds a significant position in Islamic legal reasoning, particularly in the domain of criminal law. While Islamic penalties are categorized as *ḥudūd* (fixed punishments), *qiṣāṣ* (retaliation), and *taʿzīrāt* (discretionary punishments), their foundational concepts were largely prevalent among rational societies globally before the advent of Islam. The Islamic legal system regulated and formally endorsed (*imżāʾ*) these pre-existing norms, and without such widespread rational acceptance, the notion of an "emulatory ruling" (*ḥukm imżāʾī*) would be meaningless.

This research aims first to elucidate the effective and clear role of *banāʾ al-ʿuqalāʾ* as a valid source (*dalīl*) for the establishment of *taʿzīr*. **"*Taʿzīr*"** refers to disciplinary penalties administered either to non-offenders for corrective purposes or as punishment for offenses for which no fixed penalty (*ḥadd*) has been prescribed by the Sharīʿah. Juristically, it is a punishment whose type and measure are generally not specified in the sacred texts and is primarily applied for prohibited acts that do not constitute capital crimes. The second objective is to demonstrate the active status of *banāʾ al-ʿuqalāʾ* as a de facto fifth source for the derivation of rulings in Islamic penal jurisprudence and criminal law. This study seeks to answer how *banāʾ al-ʿuqalāʾ* can serve as a foundation for the legitimacy and specification of *taʿzīr* punishments and examines whether a conflict exists between these penalties and the universally accepted principles of rational justice.

## Methodology

This study employs an **analytical-descriptive research methodology**. Data collection was conducted through a library-based approach, referencing authoritative primary and secondary sources in the fields of Imāmī jurisprudence (*fiqh*), Islamic legal theory (*uṣūl al-fiqh*), Islamic criminal law, and comparative law. The research corpus includes demonstrative jurisprudential texts (*kutub fiqhiyya istidlāliyya*), narrative sources (*kutub riwāʾiyya*), statutory laws (e.g., the Islamic Penal Code of Iran), the perspectives of legal scholars, and academic articles. Following the description and explanation of the theoretical foundations and historical background, the study proceeds to a critical analysis of existing viewpoints and legal arguments. Furthermore, a review of domestic legislative documents was undertaken to align theoretical discussions with current legal applications, thereby ensuring the research possesses both theoretical depth and practical relevance.

## Findings

The most significant findings of this research can be summarized as follows:

**Rational Congruence**: The chapters on *taʿzīr* punishments in Islamic law do not conflict with the practice of rational agents (*sīrat al-ʿuqalāʾ*). On the contrary, they are highly congruent with the principles accepted by rational people worldwide, of whom modern criminologists and legal experts are a prime example. This harmony demonstrates the inextricable link between Islamic jurisprudence and rationality in the penal sphere.

**Emulatory Legitimacy and the Role of *Banāʾ al-ʿUqalāʾ***: The legitimacy of many *taʿzīr* penalties is derived from their emulatory (*imżāʾī*) character, which is predicated on their pre-existing acceptance and practice among nations (*banāʾ al-ʿuqalāʾ*). As a living and dynamic source, this principle endows Islamic criminal jurisprudence with the capacity to respond to the evolving needs of society.

**Individualization of Punishments**: The primary objectives of *taʿzīr* are the reformation and rehabilitation of the offender and the deterrence of others, which perfectly aligns with the etymological meaning of the term (to restrain, prevent, or assist in reform). This rehabilitative focus positions Islam as a pioneer of the theory of the **"individualization of punishments,"** now a cornerstone of modern criminology and criminal law. The contemporary practice of creating a **"personality file"** to understand an offender's physical, psychological, social, and cultural background is fully consistent with the governing spirit of *taʿzīr* and the discretion granted to the Muslim judge (*qāḍī*) to consider the individual circumstances of the offender and the offense.

**Refutation of Judicial Arbitrariness**: The authority granted to a judge in determining the type and extent of *taʿzīr*, encapsulated in the legal maxim "*al-taʿzīr bi-mā yarāhu al-ḥākim*" (Ta'zir is what the judge deems appropriate), does not imply arbitrary or capricious action. This discretion is strictly circumscribed by the principles of Sharīʿah, justice, public interest (*maṣlaḥah*), and the specific conditions of the offender and the offense. Therefore, the objection raised by some Western authors regarding the alleged arbitrariness of *taʿzīr* stems from an incomplete understanding of Islamic criminal policy and the rigorous regulations governing its judiciary.

## Conclusion

The results of this research indicate that *banāʾ al-ʿuqalāʾ*, as a valid source for legal deduction, plays a vital role in the legitimization, justification, and determination of *taʿzīr* punishments. This study demonstrates that Islamic criminal jurisprudence, particularly in the domain of *taʿzīr*, is a reason-centric legal tradition consistent with the normative standards of rational agents worldwide. Accordingly, an examination of penal matters solely from the perspective of religious texts (*nuṣūṣ*—i.e., the Qurʾān, Prophetic traditions,

and consensus) is insufficient. A rationalist framework grounded in the *sīrat al-ʿuqalāʾ* must be employed to supplement and complete the understanding of these texts.

Such an integrated approach allows Islamic penal jurisprudence not only to remain flexible in the face of societal change but also, while preserving its immutable principles, to be the most responsive system for addressing the criminal justice challenges of the contemporary era. It is recommended that the judicial system further institutionalizes the principle of the individualization of *taʿzīr* punishments by systematically incorporating offender "personality files," a practice deeply rooted in both Islamic legal texts and the foundational principle of *banāʾ al-ʿuqalāʾ*.

***Author Contributions:*** The manuscript was written by the undersigned, with guidance from Professor Gerayeli and Professor Norouzi.

***Data Availability Statement:*** Not Applicable.

***Acknowledgements:*** No specific acknowledgments are to be made.

***Ethical Considerations:*** The authors avoided data fabrication, falsification, plagiarism, and misconduct.

***Funding:*** The research was not financially supported.

***Conflict of Interest:*** The authors declare no conflict of interest.

***Declaration of Generative AI and AI-assisted technologies in the writing process:*** No artificial intelligence (AI) tools were used.

مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق
شاپا برخط: ۰۸۳۷-۲۷۸۳ شاپا چاپی: ۲۳۶۸-۲۷۸۳
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# تعزیرات و بنای عقلا در فقه جزایی و حقوق کیفری

**سید حمیدالله حسینی[۱]، محمدباقر گرایلی[۲]، و مرتضی نوروزی[۳]**

۱. *نویسندهٔ مسئول*، دانش‌آموختهٔ دکتری حقوق، جامعه المصطفی العالمیه، مشهد، ایران. رایانامه: hosainyhamid3040@gmail.com
۲. استادیار گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: bagher_grayly@miu.ac.ir
۳. استادیار گروه فقه و اصول، جامعه المصطفی العالمیه، مشهد، ایران. رایانامه: morteza_norozi@miu.ac.ir

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:**
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۰۱
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۱/۱۵
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۸
تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۴/۰۱

***کلیدواژه‌ها:***
فقه جزایی،
حقوق کیفری،
بنای عقلا،
تعزیرات،
اصل فردی‌بودن مجازات

**چکیده**

عنصر بنای عقلا در فقه و حقوق جزا جزو منابعی است که همیشه موردتوجه دانشمندان بوده و از پایه‌های استدلال در مباحث جزایی به شمار می‌آید. مجازات‌های اسلامی (حدود، قصاص و تعزیرات)، بااینکه قبل از اسلام و در عصر پیامبر (ص) و ائمه (ع) شیوه‌های متفاوتی داشته‌اند، به‌طورکلی بین عقلای عالم رایج بوده‌اند. اسلام، ضمن ضابطه‌مندکردن مجازات‌های موجود، آن‌ها را تأیید و امضا کرده است. واضح است اگر رواج و شیوعی نبود چیزی به‌نام حکم امضایی وجود نداشت. هدف از انتخاب این موضوع، بیان نقش بنای عقلا در باب تعزیرات به‌عنوان یک دلیل مؤثر و روشن است، تا جایگاه و نقش فعال آن به‌عنوان منبعی از منابع در فقه جزایی و حقوق کیفری آشکار گردد. در تلاش برای تبیین این موضوع، بررسی و تطبیق به روش کتابخانه‌ای و مراجعه به اسناد معتبر انجام خواهد شد. نتایج مهم تحقیق این است که ابواب جزایی در اسلام نه‌تنها تعارضی با سیرهٔ عقلا ندارد، بلکه با اصولِ موردپذیرش عقلای عالم کاملاً هماهنگ است. بنابراین، اصل فردی‌بودن مجازات و شخصی‌بودن آن که در میان عقلای عالم رایج است و نیز ردّ شبهاتی که نسبت به مقررات جزایی اسلام (نظیر خشونت، مخالفت با کرامت انسانی و عدم انطباق با زمانه) مطرح می‌شود و عمدتاً ناشی از ناآگاهی نسبت به فلسفهٔ احکام جزایی اسلام است، از نتایج این تحقیق به شمار می‌رود. ابتدا به توصیف و تبیین مطالب موردنظر از منابع و کتب فقهی و حقوقی برآمده و سپس نقد و تحلیل نظرات موجود صورت می‌گیرد، البته نگاهی هم به اسناد و مدارک تقنینی خواهد شد.

**استناد:** حسینی، سید حمیدالله؛ گرایلی، محمدباقر؛ و نوروزی، مرتضی (۱۴۰۴). تعزیرات و بنای عقلا در فقه جزایی و حقوق کیفری. *مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*، ۱۹ (۱)، ۲۷۵-۲۹۵. https://doi.org/10.22034/fvh.2023.14859.1698

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.
© نویسنده(گان).

## مقدمه

### بیان ضرورت انجام تحقیق

دین اسلام جامع است، به‌طوری‌که در همهٔ زمان‌ها، مکان‌ها و برای همهٔ انسان‌ها و عقلای عالم جریان داشته است. از طرفی مهم‌ترین عاملی که علمای دینی را دررسیدن به شریعت اسلام یاری می‌دهد، توجه به منابع و برخورداری از اصول منسجم در استخراج احکام است، چنان‌که نداشتن منطق صحیح فقهی و حقوقی روشن، مؤثرترین عامل خطا و هرج‌ومرج فقهی و حقوقی به شمار می‌آید؛ لذا قبل از استنباط احکام، شناخت منابع و روش صحیح استنباط لازم است و بدون آن نمی‌توان به شریعت دست‌یافت. از منابع و موضوعات مهم در مباحث جزایی در اسلام، از جمله تعزیرات، بنای عقلا تأثیر و کارکرد آن می‌باشد. ضرورت ایجاب می‌کند که با اثبات این مهم که بدون به‌کارگیری عنصر عقلانیت و بنای عقلا استنباط احکام کیفری و فقاهت اسلامی مختل و تعطیل می‌گردد، ابتدا جایگاه والای بنای عقلا در دستگاه فقه جزا (تعزیرات) تبیین شود و در ادامه، با توجه به انتقادات شدیدی که صاحب‌نظران جرم‌شناس به مجازات‌های اسلامی وارد کرده‌اند، این مسئله از دیدگاه بنای عقلا بررسی شده و اثبات شود که کیفرهای مقرر در اسلام (در باب تعزیرات) با حقوق بشر تطابق و هماهنگ بوده و با بنای عقلا تنازعی ندارد.

### بیان سؤالات مقاله

تلاش مقاله بر این است که به این پرسش اساسی پاسخ دهد: بنای عقلا در کشف و استنباط حکم شرعی در فقه و حقوق جزایی در باب تعزیرات از چه جایگاه و کاربردی برخوردار بوده و چه تأثیری در این حوزه دارد؟ و چگونه کیفرهای مقرر در شریعت را با آزادی، کرامت انسانی و معیارهای بشردوستانه تبیین می‌کند؟

### بیان فرضیه

در فقه اسلامی بنای عقلا دارای جایگاه والایی است به‌طوری‌که به‌عنوان یکی از ادلهٔ استنباط از آن یاد می‌شود؛ لذا بنای عقلا، ضمن تأیید کیفرهایی که قانون‌گذار اسلامی برای ارتکاب جرائم تعزیری معین نموده است، آن‌ها را جزو ملازمات حقوق بشر می‌داند. دانشمندان فقه و حقوق، نه آن‌چنان به سیره عقلاء بی‌اعتنا بوده‌اند که توانایی آن را در فرآیند استنباط احکام تعزیری نادیده بگیرند و نه به‌گونهٔ افراطی و انحصاری بر آن تکیه کرده‌اند تا روی دیگر منابع فقه و حقوق جزایی خط بطلان بکشند.

### روش‌شناسی و ساختار بحث

روش این تحقیق تحلیلی، توصیفی است. در این روش ابتدا به توصیف و تبیین مطالب موردنظر از منابع و کتب فقهی و حقوقی برآمده و سپس نقد و تحلیل نظرات موجود صورت می‌گیرد، البته نگاهی هم به اسناد و مدارک تقنینی خواهد شد. لذا ما این موضوع را در دو بخش بررسی می‌نماییم. در بخش نخست مفاهیم و واژگان مرتبط با تحقیق را تبیین نموده و در بخش دوم به تأثیر بنای عقلا در باب تعزیرات می‌پردازیم، البته با توجه به شرایط و احکام تعزیرات.

## پیشینهٔ بحث

فقها در ابواب مختلف فقهی و حقوق‌دانان در مسائل گوناگون حقوقی به سیرهٔ عقلا تمسک نموده و آن را به‌عنوان منبع استنباط و استدلال در کنار کتاب، سنت و اجماع و عقل قرار داده‌اند؛ به‌عنوان‌مثال، صاحب جواهر و دیگران در موارد متعدد به بنای عقلا تمسک کرده‌اند و نیز کتب و مقالات متعددی در این موضوع تدوین شده است با عناوینی همچون: *فقه و عقل* (ابوالقاسم علی‌دوست) که ضمن تعریف بنای عقلا تفاوت آن با دلیل عقل را متذکر شده است، *ادله و منابع فقه* (حسین قانی، سعید شریعتی) که در بخشی از مباحث، به تبیین مفهوم بنای عقلا پرداخته است، *عقل و استنباط فقهی* (حسین صابری)، *جایگاه عقل در استنباط احکام، منابع فقه و زمان و مکان*، که لزوم یا عدم لزوم معاصرت بنای عقلا با زمان معصوم را بررسی می‌کند، *اهداف مجازات‌ها در جرائم جنسی، جنایت علیه جسم انسان در حقوق کیفری ایران* و همین‌طور مقالهٔ «تعقل و تعبد در معارف اسلامی» یا مقالهٔ «رابطهٔ عقل و دین» که رابطهٔ عقل و دین و حدود دخالت عقل در احکام اسلامی و نیز مقدار ارزش مدرکات عقلی در استنباط شرعی را بررسی و در یکی از فصل‌ها *سیر نزولی براهین عقلی در فقه امامیه* را تبیین کرده‌اند. یا مقاله‌ای با عنوان «نقش زمان و مکان در احکام» که به موضوع اثبات حکم شرعی و مقدار احکام ثابت‌شده به‌وسیلهٔ سیرهٔ متشرعه و بنای عقلا پرداخته است و نیز مقالهٔ «قوانین کیفری اسلامی و عقلانی‌بودن آن» که دیدگاه شهید مطهری را در مباحث جزایی تبیین می‌کند و غالباً با بررسی جایگاه و کارکرد عقل، به تحلیل کارکرد بنای عقلا و مفاهیمی از قبیل فلسفهٔ احکام جزایی که موردقبول عقلای عالم هست، پرداخته است.

## مفاهیم

با توجه به اینکه عنوان این تحقیق با واژهٔ تعزیر و بنای عقلا آغاز شده است، در این مبحث، مفاهیم تعزیر و بنای عقلا، تفاوت آن با مفهوم سیرهٔ متشرعه، بیان می‌گردد و نیز به مفهوم دلیل عقل و تفاوت آن با مفهوم سیرهٔ عقلا پرداخته می‌شود تا مشخص گردد این دو واژه با هم تفاوت اساسی دارند.

### ۱ـ مفهوم تعزیر

تعزیر در لغت ازجمله اضداد بوده و به‌معنای تعظیم، تأدیب، نصرت همراه با احترام و منع آمده است (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۵۶۱). معنای دومی که در کتب لغت ذکر شده است تعزیر مجازات کمتر از حدود شرعی است (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج. ۱، ص. ۳۵۱). معنای دوم را می‌توان به معنای اول بازگرداند؛ زیرا مفهوم آن تأدیب همراه با نوعی نصرت و یاری است. تفاوت میان دو معنای تعزیر در این است که در معنای اول تعزیر نوعی از یاری است با قطع‌نظر ازآنچه او را می‌آزارد، ولی معنای دوم با قطع آزارهای او از مردم، به کمکش می‌شتابیم. اینکه لغت‌شناسان سرشناس و معروف تعزیر را به نصرت و یاری تفسیر کرده است ظاهراً با استفاده از آیات قرآن مجید است (اعراف ۱۵۷؛ مائده ۱۲).

در اصطلاح فقه، مفهوم واژهٔ تعزیر کیفری است که شارع مقدس اندازه‌ای برای آن تعیین نکرده است و تعیین آن به صلاحدید قاضی واگذار شده باشد. البته گاه مقدار و نوع آن‌ها در شرع معین‌شده است

چنان‌که فقها روایاتی را آورده‌اند که در پنج مورد مقدار آن را معین نموده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۲۵۴). به همین دلیل، در تعریف تعزیر قید «غالباً» اضافه‌شده است یعنی مجازاتی که مقدار آن غالباً از سوی شرع مشخص نشده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ص. ۲۵۴). ولی برخی از علماء قید غالباً را نیاورده‌اند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۵، ص. ۴۳۳). درهرحال آن پنج مورد تکلیفش مشخص است چه آن‌ها را تعزیر بدانیم یا حد.

در اصطلاح علم حقوق، واژهٔ تعزیر به‌معنای تأدیب غیرمجرم یا کیفر جرم‌هایی است که نصّ برای آن‌ها حدّ معین نشده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج. ۲، ص. ۱۲۸۷). ق.م.ا مادهٔ ۱۸ چنین مقرر نموده است: «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به‌موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعـی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد».

در اصطلاح فقه، این تعریف مناسب بوده که تعزیر عبارت است از «مجازاتی که غالباً میزان و نوع آن در شرع معین نشده و غالباً برای اعمالی حرام غیرجنایی است» (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۹، ص. ۵۰). در این تعریف قید «غالباً» تکرار شده است؛ زیرا همان‌گونه که بیان شد گاه تعزیر است ولی در شرع مقدار آن معین‌شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۲۵۴). غالباً دوم اشاره به این نکته است که جرائم تعزیری بر دو گونه‌اند: گونهٔ اول اعمالی که بالذات معصیت به شمار می‌روند مثل حرمت قمار، غنا و یا مثل جرائم که فاقد شرایط حدی هستند. گونهٔ دوم اعمالی که حکم اولی آن‌ها غیر از حرمت است ولی برای حفظ منافع جامعه و تأمین نظم عمومی و امنیت آن از طرف مراجع قانون‌گذاری در جامعهٔ اسلامی ممنوع شناخته‌شده و برای آن مجازات ویژه‌ای از انواع تعزیر در نظر گرفته‌شده است مانند تعزیر برای مقدمات حرامی که فی‌حدنفسه مباح است، از باب مصلحت و جلوگیری از وقوع در حرام و مانند تخلف از مقررات شهرسازی و محیط‌زیست و مقررات رانندگی. بنابراین واژهٔ تعزیر حقیقت شرعیه نیست، حقیقت شرعیه «در مواردی است که شارع مقدس برای کلمه معنای خاصّی در نظر بگیرد که دایرهٔ آن تنگ‌تر یا وسیع‌تر از معنای لغوی آن باشد». همان‌گونه که واژهٔ تعزیر حقیقت متشرّعه و حقیقت فقهیه نیز شمرده نشده است، لذا فقها واژهٔ تعزیر را به همان معنای لغوی استعمال کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ص. ۲۵).

## ۲ـ مفهوم بنای عقلا

بنای عقلا عبارت است از پایبندبودن استمرار عادت مردم ازآن‌رو که عاقل‌اند بر انجام یا ترک یک‌چیزی البته با توجه به شیوهٔ عملی و یا ارتکازات درونی همهٔ عقلای عالم با این توضیح که «منظور از مردم یا تمام عقلا و عرف است از هر دین و فرقه‌ای که باشند، سیره در چنین حالتی سیرهٔ عقلائیه نامیده می‌شود و تعبیر رایج از نظر اصولیین متأخر این است که آن را بنای عقلا می‌نامند. یا منظور تمام مسلمانان هستند ازآن‌جهت که مسلمان هستند یا فقط اهل یک فرقه‌ای خاصی از مسلمانان که سیرهٔ متشرعه نامیده می‌شود» (زراعت، ۱۳۹۴، ج. ۳، ص. ۳۲۴).

بنابراین، بنای عقلا یعنی وقتی‌که همهٔ عقلا به یک واقعه‌ای برخورد می‌کنند، از خودشان رفتار معینی نشان می‌دهند، بدون اینکه اختلاف‌زمان و مکان و فرهنگ و دین و مذهب آنان تأثیر داشته باشد (قانی و

شریعتی، ۱۳۹۰)، مثل حرمت آمیزش و عمل زنا مخصوصاً با محارم که همهٔ عقلا نسبت به ارتکاب این جرم واکنش نشان داده و مرتکب را سزاوار کیفر می‌دانند؛ لذا حرمت آن یکی از اصول پنج‌گانه‌ای بوده که رعایت آن‌ها در هر شریعتی لازم است: «المجمع علی تحریمه فی کل ملة حفظا للنسب، و لذا کان من الأصول الخمسه التی یجب تقریرها فی کل شریعة» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ص. ۲۵۸). یا مثل بنای عقلا بر عدم جواز کیفر مکلفی که تکلیف به او نرسیده است که لازمهٔ آن، مذمت‌کردن عقاب مکلف به‌دلیل مخالفت با دلیل مشکوک هست (جمعی از محققان، ۱۳۸۹، ص. ۳۳).

برخی از دانشمندان معنای سیره را به‌گونه‌ای توسعه داده است که حتی شامل ارتکازات عرفی و موارد عقلائیه‌ای که به شکل فعل و سلوک خارجی بروز نمی‌کند را نیز دربرمی‌گیرد (صدر، ۱۴۱۷ق، ج. ۴، ص. ۲۳۴). بر اساس این مبنا مراد از سیرهٔ عقلا چیزی است اعم از سلوک خارجی، که شامل مرتکزات عقلائیه نیز می‌شود و لو طبق آن، سلوک خارجی صادر نشود بالفعل؛ چون موضوعش محقق نشده است وقتی موضوعش بیاید سیرهٔ دیگری از سیره‌های عقلا شکوفا می‌شود.

### ۳ـ تفاوت بنای عقلا با سیرهٔ متشرعه

سیرهٔ متشرعه عبارت است از «سلوک و رفتار عمومی متدینین در عصر معصومین یا شیوهٔ عملی میان پیروان دین و مذهب یا گروه خاصی بر انجام عملی یا ترک عمل. مثل اثبات جرائمی مانند زنا با چهار شاهد» (صدر، ۱۴۰۵ق، ج. ۱، ص. ۹۶). حداقل سه تفاوت را می‌توان میان این دو واژه (سیرهٔ متشرعه و بنای عقلا) برشمرد.

۱. سیرهٔ متشرّعه نتیجهٔ بیان شرعی، کاشف و آشکارکنندهٔ بیان شرعی است؛ چنین سیره‌ای دلالت می‌کند که یک دلیل شرعی وجود داشته بر این سیره و رفتار متشرعین؛ مثلاً سیرهٔ مسلمین بر این است که هرکسی که مسلمان می‌شود از او نمی‌خواهند که عقد با زوجه‌اش را تجدید کند در تمام تاریخ پیامبر و امامان «ع» نمی‌توان یافت آنان عقد کسانی را که مسلمان می‌شدند دوباره بخواند، مضافاً اگر عقدِ قبل از مسلمان‌شدن آنان فاسد بوده مقاربتشان زنا محسوب می‌شد و همهٔ اولاد آن‌ها فرزندان نامشروع می‌شوند. درحالی‌که حکم چنین نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج. ۴، ص. ۱۳۳).

ولی سیرهٔ عقلا تنها در صورت سکوت معصوم به‌شرطی که کاشف از رضایت او باشد چنین ویژگی دارد. کافی است اثبات شود طبع عقلا چنین سیره‌ای را ردع نمی‌کند و طبیعت عقلایی، اقتضای جری عملی «اقدام» طبق آن را داشته باشد.

۲. در مورد سیرهٔ متشرعه، در صورت کامل‌بودن شرایط آن (از قبیل اثبات عملی متشرعین بر یک امر، جریان‌داشتن این سیرهٔ عملی در زمان معصوم، و عمل یا تقریر معصوم)، احتمال ردع معنا ندارد؛ زیرا این سیره نتیجه و معلول بیان شرعی است. ولی در مورد سیره‌ای که علت انعقادش قضیه‌ای عقلایی است، احتمال ردع شارع از آن وجود دارد (صدر، ۱۴۱۷ق، ج. ۴، ص. ۲۴۷). دربارهٔ مواردی که سیره سابقه نداشته و در زمان معصوم (ع) نبوده است (مانند تشخیص هویت از طریق آزمایش DNA برای اثبات نسب یا انگشت‌نگاری برای احراز جرم)، نظر مشهور علمای اصول ـ که بر استمرار سیرهٔ عقلا تا زمان معصوم و

امکان ردع آن از ناحیهٔ شارع تأکید دارند ـ این است که چنین سیره‌های مستحدثه‌ای معتبر نیستند. اما در مقابل، دیدگاهی مخالف وجود دارد که این‌گونه سیره‌های نوپدید را معتبر دانسته و عدم ردع از سوی معصوم را برای اعتبار و منبع حکم قرار گرفتن آن‌ها کافی می‌داند (گروهی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ج. ۲، ص. ۱۶؛ علی‌دوست، ۱۳۸۲، ص. ۲۱۸، پاورقی). لکن می‌توان نقدی بر این عقیده وارد کرد: سکوت و عدم ردع در قبال بنای عقلایی که اثری از آن در زمان شارع نبوده، نه نقض غرض از تشریع است و نه آنکه ظهور حال معصوم را در رضایت به آن در پی دارد. اصلاً راهی برای کشف اینکه شارع آن را امضا کرده است وجود ندارد؛ لذا نمی‌توان به‌طور مطلق سیره‌ها و اعتبارات جدید را با استدلال فوق پذیرفته تلقی کرد.

۳. درواقع بین این دو مفهوم تفاوت جوهری است، در سیرهٔ متشرعه حیثیت متشرعه‌بودن و التزام به شریعت ملاک است، اما در سیرهٔ عقلا سلوک اجتماعی مردم که برخواسته از حیثیت عقلایی آن‌ها است ملاک است، طبع عقلایی آنان هدایتگر به‌سوی این رفتار خاص است.

### ۳ـ تفاوت بنای عقلا با دلیل عقل

با توجه به تعریف و دو دیدگاه دربارهٔ بنای عقلا واقعیت این است که بین بنای عقلا و دلیل عقل فرق است. لذا ابتدا مفهوم دلیل عقل تبیین و در ادامه تفاوت آن با بنای عقلا بیان می‌شود.

دلیل عقل مجموعه‌ای از علوم و احکام بدیهی و نظری عقل است که انسان را دررسیدن به سؤال‌هایش راهنمایی می‌کند (زراعت، ۱۳۹۴، ج. ۳، ص. ۲۳۸). یا این توضیح که دلیل عقل طریق است برای علم‌پیداکردن به‌حکم شرعی درصورتی‌که ادراک عقل قطعی باشد نه ظنی؛ زیرا ظن و گمان عقلی حجت نیست در راستای کشف حکم شرعی. به این دلیل است که شهید صدر دلیل عقلی را چنین تعریف می‌کند «مراد از حکم عقل حکم قوهٔ عاقله به‌معنای فلسفی آن نیست بلکه مراد از حکم عقل حکمی است که عقل به‌نحو جزم و یقین صادر می‌کند و مستند به کتاب و سنت نیست» (صدر، ۱۴۱۷ق، ج. ۴، ص. ۱۱۹).

مرحوم مظفر در تبیین دلیل عقلی می‌فرماید «حکم عقلی عبارت از حکمی است که موجب قطع به‌حکم شرعی شود» (زراعت، ۱۳۹۴، ج. ۳، ص. ۲۳۳). در علم حقوق دلیل عقل چنین تعریف‌شده است «قضایایی که عقل به‌طور قطعی آن‌ها را درک می‌کند و صلاحیت قرارگرفتن در مسیر استنباط حکم شرعی را دارد و موجب اکتشاف و رسیدن به‌قاعدهٔ حقوقی یا حکم شرعی را دارد» (خوئینی، ۱۳۹۳، ص. ۸۷).

ذکر این مطلب در تبیین دلیل عقلی خالی از فایده نیست که زیربنای دلیل عقلی و شیوهٔ معروف طرفداران دلیل عقل، در وجوه حسن و قبح است که با ذکر دو مسئلهٔ کلی، نتایجی را نیز گرفته‌اند؛ یکی مسئلهٔ تشخیص حسن و قبح ذاتی افعال به‌وسیلهٔ عقل، دوم تشخیص سود و زیان افعال به‌وسیلهٔ عقل.

بنابراین مکتب عقلیون چهار مطلب را قبول دارند؛ اولاً افعال انسان ذاتاً یا خوب‌اند و یا بد به‌عنوان‌مثال در باب جزا ارتکاب قتل و جنایت، انجام گناهان جنسی مانند زنا و لواحق آن و جرائم مالی از قبیل سرقت ذاتاً بد و قبیح است، اما واکنش در مقابل این جرائم، دارای حُسن بوده و خوب است. ثانیاً امرونهی شارع تابع مصالح و مفاسد است. ثالثاً عقل در پاره از افعال انسان از عهدهٔ ادراک حسن و قبح ذاتی برمی‌آید و لو اینکه در همهٔ افعال انسان چنین توانایی را ندارد. رابعاً اگر عقل انسان در مورد سکوتِ شارع «قانون» پی به

نیکی یک عملی معینی ببرد حتماً آن فعل از نظر شارع، یک واجب خواهد بود؛ یعنی حکمی که عقل به دست می‌آورد همان حکم شرعی است (قاعدهٔ ملازمه) (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص. ۱۲۱).

طرفداران مکتب تعبد (اشاعره) هر چهار مطلب را قبول نداشته و عقیده دارند که ذاتاً هیچ فعلی نه بد است و نه خوب، اگر شارع مقدس نهی کند از عملی از حیث که نهی کرده بد است و الا اگر نهی یا امر شارع نباشد آن عمل نه خوب بود و نه بد (محمدی، ۱۳۸۷، ص. ۱۵۷؛ قانی و شریعتی، ۱۳۹۰، ج. ۲، ص. ۱۳۶).

بر این اساس، بین مفهوم دلیل عقل و بنای عقلا تفاوت‌های زیر وجود دارد:

تفاوت اول: بنای عقلا از مقولهٔ رفتار است اما دلیل عقل ناظر به درک عقل و یک استنتاج عقلی بوده و از سنخ علم و دانش و آگاهی است و به‌محض تصور نهاد و گزارهٔ قضیه را درک می‌کند.

تفاوت دوم: قوام بنای عقلا به تکرار عمل است؛ دلیل این شرط این است که معمولاً بنای عقلا عناصر عمل، تکرار عمل، رسیدن این تکرار به حد غلبه، مفید و مستحسن‌بودن را در بردارد، ولی دلیل عقل دربردارندهٔ چنین عناصری نیست.

تفاوت سوم: سیرهٔ عقلا مبتنی بر سرشت و طبیعت انسانی است اما دلیل عقل (نظری) مبتنی بر پایهٔیک‌رشتهٔ مقدمات ذهنی نظری است. به این دلیل است که گاهی بین سیرهٔ عقلا و دلیل نظری عقل ناسازگاری به وجود می‌آید. به‌عنوان نمونه در باب حقوق جزا گرایش و بنای عقلا به‌سوی پذیرش دولت و حاکمیت و قانون است ولی آنارشیست‌ها عقیده بر رد وجود هرگونه دولت و حکومت دارند حتی اگر ناشی از آراء عمومی باشد و معتقدند شرّ و بدی در خود ذهنیت حکومت و اصل سلطه و حاکمیت نهفته است، می‌گویند برای تأسیس رژیم آزادی نامحدود، حذف دولت ضروری است. لذا با ترکیب مقدماتی چنین نتیجه می‌گیرد که آنارشی «هرج‌ومرج» سازمان‌یافته همراه آزادی و اخلاق و برابری، مرادف است بانظم، که این نظم خیلی بهتر است از نظم تحمیلی (حسینی، ۱۳۸۳، ص. ۳۷).

تفاوت چهارم: (دیدگاه دانشمندان شیعه) بنای عقلا در صورتی اعتبار دارد که به امضای معصوم رسیده یا عدم ردع از ناحیهٔ معصوم اثبات شود (بنا بر دو قولی که وجود دارد). اما در دلیل عقل چون نفس مدرِک، علم حضوری دارد به مطابق‌بودن آن دلیل عقل با واقع نیازی به امضای معصوم ندارد (صابری، ۱۳۸۱، ص. ۴۹). با توجه به تعریف بنای عقلا واقعیت این است که بنای عقلا و دلیل عقل با هم تفاوت داشته و نمی‌توان هر دو را یکسان تلقی نمود. البته تفاوت‌های دیگری نیز بیان‌شده که در جای خودش مراجعه شود (قانی و شریعتی، ۱۳۹۰، ج. ۲، ص. ۱۸۷).

## تأثیر بنای عقلا در تعزیرات

ارتباط پیوسته میان فقه و عقلانیت به‌گونه‌ای است که تنها فقه کیفری عقلایی می‌تواند در امور جزایی پاسخگوی امروز باشد. لذا در تعامل فقه و حقوق کیفری با بنای عقلا این مطلب مهم خواهد بود که بسیاری بناهای عقلا را اسلام امضا کرده است؛ جستجوی در این موضوع نشانگر این نکته است که مجازات‌هایی که در اسلام وجود دارد قبل از اسلام و در عصر پیامبر (ص) و ائمه (ع) هم موجود بوده همانند وجود

سیره‌های زیادی که در میان عقلا رایج داشته، اسلام ضمن ضابطه‌مندکردن مجازات موجود، آنان را تأیید و امضا کرده است. بدیهی است که اگر رواج و شیوعی نبود، چیزی به‌نام حکم امضایی هم وجود نداشت.

## ۱ـ تعزیرات (شرایط و احکام)

این مطلب در تبیین شرایط و احکام تعزیرات حائز اهمیت است که قاضی باید قبل از تعیین و صدور حکم کیفر، شخصیت مجرم و جرم ارتکابی او را در نظر بگیرد و وی را به کیفری محکوم نماید که موجب اصلاح مجرم گردد. این رویکرد مسئله‌ای است که امروزه موردتوجه عقلا در حوزهٔ جزایی قرار گرفته و اصل فردی‌سازی مجازات را می‌توان از آثار آن دانست. مهم‌ترین اهداف تمامی مجازات به‌خصوص تعزیر تربیت و اصلاح مجرم، ارعاب و بازدارندگی دیگران از ارتکاب جرم است، همین بازپروری و اصلاح بزهکار با مبانی ارائه‌شده از طرف عقلا و حقوق‌دانان حقوق کیفری مدرن نیز سازگار است. این بحث با توجه به بنای عقلا که عبارت است از «روش عمومی عقلای عالم به انجام یک عملی که در زمان‌ها و مکان‌های مختلفی زندگی می‌کنند» در ضمن دو گفتار شرایط و احکام تعزیر بررسی می‌شود تا روشن شود که باب تعزیرات، با اصولی که امروزه در حقوق کیفری مختلف دنیا و عقلای عالم پذیرفته‌شده است، کاملاً سازگاری دارد.

### *۱ـ۱ـ شرایط (تخفیف یا تشدید) کیفر تعزیر*

تربیت و اصلاح مجرم، ارعاب و بازدارندگی دیگران از ارتکاب جرم که از مهم‌ترین اهداف تعزیر شمرده می‌شود، با مبانی ارائه‌شده از طرف عقلا و حقوق‌دانان حقوق کیفری مدرن کاملاً سازگار بوده و با معنای اصلی لغوی تعزیر نیز مطابقت دارد. تعزیر همان تأدیب و بازدارندگی از خلافکاری است، زیرا چنان‌که بیان شد، از ریشهٔ (عَزَرَ) به‌معنای ملامت و سرزنش، منع، جلوگیری و حمایت و یاری‌کردن آمده است.

مخیّر بودن حاکم شرع در تعیین نوع و مقدار تعزیر (که در روایات و اقوال فقها مطرح شده است) مبتنی بر شرایط و اوضاع‌واحوال هر مورد است، نه بر اساس هوی و هوس و امیال نفسانی وی؛ به‌گونه‌ای که بتواند برای فردی که مایل است، مجازات سبک در نظر گیرد و برای افراد مورد تنفّر خود، حکم سنگین‌تر صادر کند. بر این اساس، نسبت به اختیار قاضی در باب تعزیرات اشکالی وارد شده است، که لازم است بررسی و نقد شود.

#### *۱ـ۱ـ۱ـ/ اشکال «تعزیر و تفویض قدرت مطلق قاضی»*

برخی از نویسندگان برداشت ناروایی را از باب تعزیرات کرده‌اند که می‌توان با توجه به بنای عقلا از این اشکال پاسخ داد. اشکال نموده‌اند که اختیارات قاضی در جرائم تعزیری خودسرانه بوده و دست وی برای تعیین مجازات کاملاً باز است. قاضی می‌تواند عملی را جرم‌انگاری کند و هرگونه که بخواهد مجازات کند و اگر نخواست مجازات نمی‌کند که چنین اختیاراتی مخالف بنای عقلاست. ازجمله آنان مادام دلماس مارتی است که می‌گوید «تعزیر، حاکی از قدرت بی‌قیدوشرط قاضی است تا جرائم و مجازات‌ها را تعیین کند» (حسینی، ۱۳۸۳، ص. ۱۹۶). یا حقوق‌دان کیفری اروپایی، ژ. واسالی، عقیده دارد که در سیستم کیفری اسلام قاضی اختیار و صلاحیت بسیار وسیع و بی‌سابقه‌ای در تعیین جرم و مجازات دارد وی چنین می‌نویسد

«به‌وسیلهٔ تعزیر که بخشی مسلمی از سیستم کیفری اسلامی است، همان اندک، اصل قانونی‌بودن که می‌توانست در نظام کیفری اسلامی سراغ داده شود، منتفی است. تنها محدودیت این اختیار این است که باید کیفر تعزیری اخف از کیفر حدی باشد» (حسینی، ۱۳۸۳، ص. ۱۹۷).

این‌گونه ارزیابی و برداشت ناروا، سخنی بی‌اساس و حاکی از آشنا نبودن و درک نادرست از سیستم تعزیری در نظام کیفری اسلام است، نظامی که اساساً با اصول و روش بنای عقلا مطابقت دارد. برای روشن‌شدن این مطلب و درک درست از صلاحیت و اختیارات قاضی و حاکم در باب تعزیرات به دو پاسخ بسنده می‌شود.

### ۱ـ۱ـ۲ـ پاسخ اول (تعیین جرم با توجه به امور فردی و اوضاع‌واحوال)

در تعزیرات، قاضی نباید خودسرانه جرم‌انگاری و مجازات کند، بلکه لازم است با توجه به شرایطی که شرعاً موجب تخفیف یا تشدید جرم می‌شود و با نگاه به امور فردی و اوضاع‌واحوال وقوع جرمِی که قبلاً جرم‌انگاری‌شده، مقدار تعزیر را معین کند، آن‌هم از انواع و میزان مجازات‌های پیش‌بینی‌شده در شریعت. روایات نیز اشاره‌ای به این مطلب دارد؛ امام صادق (علیه السّلام) می‌فرماید «حاکم شرع مقدار تعزیر را بر اساس قدرت بدنی مجرم و نوع جرم ارتکابی مشخّص می‌کند» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ص. ۲۴۱). روشن است دو موردی که در روایت ذکر شده است، خصوصیتی ندارد.

بنابراین لازم است حاکم شرع تمام شرایطی را که در تخفیف یا تشدید مجازات تعزیری تأثیر دارد، مدّنظر قرار بدهد، ازجمله:

- مقدار علم و دانش و آگاهی مجرم باید در میزان مجازات لحاظ گردد، مثلاً مجازات انسان عالم شدیدتر و سنگین‌تر از مجازات فرد جاهل و بی‌سواد باشد.
- سنّ و سال مجرمین از دیگر شرایطی است که حاکم شرع باید به آن توجه کند.
- محیطی که مجرم در آن زندگی می‌کند.
- حسن‌سابقه یا سوءسابقهٔ مجرم. تعزیر کسی که اولین بار مرتکب جرمی شده، از مجازات مجرم سابقه‌داری که بارها آلودهٔ گناه شده و مجازات گشته، سبک‌تر خواهد بود.
- انگیزه‌ها و علل و عواملی که بستر پیدایش جرم گردیده، نیز نباید از دید حاکم شرع پنهان بماند. کسی که عوامل متعدّد گناه و انگیزه‌های فراوان معصیت او را احاطه کرده و منتهی به وقوع جرمی گردیده است، باکسی که بدون عوامل و انگیزه‌های مذکور یا با عوامل و انگیزه‌های سبک‌تری دست به خلاف می‌زند، متفاوت است.

آنچه بیان شد، تنها نمونه‌هایی از عوامل مؤثر در تخفیف یا تشدید مجازات است و این عوامل به این موارد محدود نمی‌شود. حاکم شرع با توجه به همهٔ این عوامل مقدار تعزیر را مشخّص می‌کند. در حقیقت، حاکم شرع به‌طور مطلق مخیر نیست، بلکه ظاهراً نسبت به مصادیق مختلف تخییر دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ص. ۹۱).

### *۱ـ۱ـ۳ـ پاسخ دوم: تعیین نوع و میزان کیفر توسط حکومت / اسلامی*

همان‌گونه که از پاسخ اول آشکار شد، تعزیرات در حقوق جزای اسلامی از نظر تعیین نوع و میزان مجازات در اختیار حکومت بوده که باید توسط گروهی متخصص و صاحب‌نظر معین شود نه توسط قضات محاکم. تعیین مجازات در جرائم تعزیری مطلقاً در دست حاکم، یعنی قاضی پرونده، نیست و قانون‌گذار حدّ و مرز و محدوده‌ای جرائم و مجازات‌های آن تعیین نموده است. لذا این گفته که تعیین نوع و مقدار مجازات به نظر خود قاضی بستگی دارد، بی‌اساس است؛ زیرا: اولاً، اعطای چنین اختیاری به قضات محاکم در سیستم قضایی اسلام، موجب می‌شود آرای متعارض و مغایر با یکدیگر در سطح وسیعی صادر شود؛ ثانیاً، آنچه در متون حدیثی و فقهی آمده است، عبارت «التعزیر الی الامام» یا «الی الوالی» و نظایر آن است و در هیچ‌یک از متون روایی معتبر عبارت «الی الحاکم»، آن‌هم به‌معنای قاضی محکمه، نیامده است؛ این عبارت نشانگر آن است که به‌طورکلی اجرای مجازات از مناصب و مسئولیت‌های ولایت مسلمین و رهبری به‌معنای مدیریت جامعهٔ اسلامی است؛ به‌ویژه اینکه در دو صحیحهٔ سماعه و حمّاد بن عثمان (کلینی، ۱۴۲۹ق، ص. ۲۴۱) تعزیرات صرفاً به نظر (امام) و (والی) واگذار شده است که نشان می‌دهد این امر ازجمله مسئولیت‌های مهم رهبری جامعهٔ اسلامی است؛ چراکه از پیش، کارشناسان باید جرم‌ها را بسنجند و طبق توانایی مرتکبان، مجازات‌های بازدارنده وضع کنند (یزدی، ۱۴۰۶ق، ج. ۴، ص. ۲۳۲).

همین برداشت از شریعت اسلام در کلام بزرگان فقهای اهل سنت نیز مطرح شده است (عوده، ۱۳۷۳، ج. ۱، ص. ۱۹۰). بنابراین کسی که از نصوص شریعت اطلاع داشته باشد و اسلوب‌ها و اصطلاحات فقها را بفهمد، به‌درستی می‌داند که قاضی در تعیین جرائم و مجازات‌های تعزیری هیچ‌گونه اختیاری ندارد، بلکه نصوص شریعت، خود، عهده‌دار بیان جرم و مجازات شده است و اختیار قاضی به تطبیق نص با واقعهٔ مطرح‌شده، منحصر است.

## ۲ـ رابطهٔ احکام تعزیر و بنای عقلا

این نوع نگرش به مجازات تعزیری، که در آن قاضی با توجه به شرایط فردی مجرم و اوضاع و احوال وقوع جرم و بر پایهٔ امور پنج‌گانه یادشده، نسبت به تعیین نوع و میزان مجازات اقدام می‌کند، مورد تأیید بنای عقلای عالم نیز می‌باشد. اسلام از قرن‌ها قبل با تشریع تعزیرات (حتی غیرتعزیرات که اشاره خواهد شد)، به مسئله‌ای که امروزه در حقوق کیفری مختلف دنیا پذیرفته شده و از آن به فردی‌سازی مجازات تعبیر می‌کنند، توجه داشته است.

### *۲ـ۱ـ اصل فردی‌سازی مجازات*

فردی‌سازی مجازات مدت‌هاست موردتوجه دانشمندان حقوق کیفری که درواقع عقلای علم حقوق هستند، قرار گرفته است و اهداف اساسی حقوق جزا را تشکیل می‌دهد. به‌وسیلهٔ اصل فردی‌سازی که نتیجهٔ مطالعات جرم‌شناختی و آسیب‌شناسی اجتماعی و فردی است، به‌تدریج از جمود و قاطعیت کامل اصل قانونی‌بودن مجازات‌ها کاسته شده است.

واضح است که وظیفهٔ بررسی اوضاع‌واحوال جرم ارتکابی و مسائل اجتماعی و روانی مربوط به مرتکب آن به قاضی دادگاه واگذار شده است. از طرف دیگر اگر اختیارات قاضی در تعیین مجازات‌ها نامحدود و غیرمشخص باشد، بیم هرج‌ومرج و اعمال‌نظرهای شخصی در اجرای عدالت جزایی خواهد شد. به این دلیل نظام‌های مختلف جزایی قانون‌گذار، ضمن تعیین اصول و قواعد کلی و ضوابط و هنجارهای مشخص که معمولاً حداقل و حداکثری را برای مجازات‌ها بیان کرده، تعیین میزان دقیق مجازات را به قضات واگذار کرده‌اند. در حقوق کشورهای مختلف، کیفیاتی از قبیل خشم و غضب، ارتکاب جرم تحت تأثیر تلاطم فکری و عاطفی، ارتکاب جرم از طرف کودک یا زن حامله و... مشمول تخفیف مجازات قرار گرفته‌اند یا علت‌های مانند تکرار جرم، یا ارتکاب آن به‌منظور اهداف پست، یا جرم علیه مجنی‌علیه خردسال یا پیر و... از علل مشدد قضایی شمرده شده است (صانعی، ۱۳۸۲، ص. ۷۵۸). قاضی دادگاه اجازه دارد، در صورت وجود این علل، میزان مجازات را در حدود معیارهای بیان‌شده تعیین نماید. در بعضی از موارد، وقتی چند علت تشدید مجازات در مورد جرم ارتکابی واحد مصداق پیدا کند، قاضی می‌تواند میزان مجازات را تا سه برابر حداکثر مجازات تعیین‌شده برای جرم ارتکابی تعیین نماید (مادهٔ ۶۶ قانون جزای ایتالیا سال ۱۹۳۰). بنابراین تشدید یا تخفیف مجازات، جلوگیری از اجرای مجازات (مثلاً در مواردی که امید اصلاح متهم می‌رود و اجرای مجازات موجب آثار منفی در شخصیت وی می‌گردد)، تبدیل مجازات به اقدامات اصلاحی و تأمینی (در مورد برخی از بزهکاران مثل مجرم جوان) و عفو کیفر، به‌عنوان مظاهر فردی‌سازی مجازات، در حقوق پذیرفته شده‌اند (احمدی ابهری، ۱۳۷۷، ص. ۱۵۷). چنین رویکردی به‌وفور در آموزه‌ها و یا دکترین تخصصی دانشمندان حقوق که همان عقلای علم حقوق است، دیده می‌شود و قابل‌استناد است.

نتیجهٔ چنین رویکردی (فردی‌سازی مجازات) این است که قضات در مواردی، با وجود اختیار قانونی جهت استفاده از حبس در مقام تعیین پاسخ کیفری به بزهکار، از سایر اختیارات خویش به‌منظور تبدیل حبس به دیگر انواع پاسخ‌های متناسب کیفری، ازجمله جزای نقدی، تعلیق و تعویق مجازات، خدمات عام‌المنفعه، نظارت الکترونیکی و... استفاده نماید (غلامی، ۱۳۹۶، ص. ۸۲).

این مسئله نه‌تنها در علم حقوق، بلکه حتی در علومی مانند پزشکی، زیست‌شناسی، روان‌شناسی و روان‌کاوی نیز به اثبات رسیده است که افراد از نظر ساختار جسمی و روانی با یکدیگر متفاوت‌اند. با توجه به این اختلافات، نمی‌توان برای همهٔ بزهکاران یک نوع مجازات یا میزان معینی از کیفر را در نظر گرفت.

### ۲ـ۲ـ اصل فردی‌سازی مجازات و تشکیل پروندهٔ شخصیت

از آثار مهم فردی‌سازی مجازات تشکیل پروندهٔ شخصیت است، تشکیل پروندهٔ شخصیت می‌تواند کمک بزرگی در مسیر اجراگذاری اصل فردی‌سازی مجازات‌های تعزیری به‌عنوان یک تکلیف رأی دادگاه‌ها به شمار آید به این دلیل است که دانشمندان حقوق بر شناخت مجرم از جهات مختلف قبل از اجرای مجازات با تشکیل پروندهٔ شخصیت، تأکید دارند که در آن پرونده:

۱. ساختار: بدنی، جسمی و زیست‌شناسی مجرم منعکس شود.

۲. وضع روانی و روحی وی و عکس‌العمل‌های روانی او به‌طور دقیق تعیین گردد.

۳. وضع شخصی، اجتماعی، فرهنگی، تعلیم و تربیت وی، روابط وی با فامیل و غیر آن به‌طور مشخص معلوم شده باشد، تا قاضی با شناسایی کامل، تصمیم لازم را اتخاذ نماید.

برای تشکیل پروندهٔ شخصیت، همکاری پزشک، روان‌شناس، جامعه‌شناس، روان‌پزشک، مددکار اجتماعی و... ضروری است تا قاضی با توجه به گزارش آنان، بتواند به اجرای عدالت و بازسازی شایستهٔ مجرم اقدام کند. لذا ملاحظه می‌کنیم که اندیشهٔ آزمایش علمی شخصیت در قانون آیین دادرسی ۱۹۵۸ فرانسه متجلی می‌گردد. این آزمایش که به آزمایش «پزشکی، روان‌پزشکی و اجتماعی توصیف شده»، در مرحلهٔ مقدماتی در امور جنحه اختیاری و در امور جنایی اجباری است (احمدی ابهری، ۱۳۷۷، ص. ۱۵۶).

در مجازات‌های اسلامی، توجه به حال مجرم از عوامل اساسی در تعیین نوع و میزان مجازات در بسیاری از موارد است. از نظر حقوق کیفری اسلام، هرگونه ابزاری که در این مسیر به قاضی کمک کند، قابل‌استفاده و بلکه ضروری است. اگرچه تشکیل پرونده به‌شکل مجزا با عنوان پروندهٔ شخصیت که حاوی تحقیقات و اظهارنظرهای پزشک، روان‌شناس و... باشد، در نظام حقوقی کیفری اسلام پیش‌بینی‌نشده و شاید چنین پرونده‌ای در مورد جرائم حدود و قصاص کارایی زیادی هم نداشته باشد، اما در مورد جرائم تعزیری، اطلاع از خصوصیات دقیق و واقعی بزهکار برای قاضی صادرکنندهٔ حکم، نقش مؤثری دارد و می‌تواند وی را در تعیین مجازات متناسب که هم بازدارنده و هم اصلاح‌کننده باشد، یاری نماید. در این مورد، نه‌تنها منعی از طرف شارع بیان نشده، بلکه توجه به وضع مجرم نیز توصیه شده است.

در ق.م.ا در برخی از مواد به‌طور ضمنی نسبت به تشکیل پروندهٔ شخصیت اشاره‌شده است (مادهٔ ۱۸). خلاصهٔ مطلب اینکه تشکیل پروندهٔ شخصیت برای متهمان، امروزه در علم حقوق در جرائم مهم و در پرونده‌های اطفال و نوجوانان ضروری تلقی شده است (مرادی، ۱۳۹۸، ص. ۲۸۴).

ذکر این نکته حاشیه‌ای نیز مفید خواهد بود که فردی‌کردن مجازات حتی در حدود و قصاص و دیات نیز موردنظر شارع مقدس است. در این‌گونه کیفرها که بیشتر با هدف اجرای عدالت و حفظ ارزش‌های اساسی جامعهٔ اسلامی انجام می‌شوند و از قاطعیت بیشتر و انعطاف‌پذیری کمتری برخوردارند، طبعاً اصل فردی‌سازی مجازات (که همان تناسب کیفر با شرایط و خصوصیات جسمی و روانی بزهکار باشد)، نسبت به تعزیرات (که هدف اساسی آن اصلاح و تربیت بزهکار است)، در درجهٔ کمتری قرار گرفته است، ولی بازهم مجازات با توجه به شرایط و خصوصیات مجرم تغییر می‌کند. به‌عنوان‌مثال، در هشت مورد از موارد مختلف مجازات زنا توجه به شرایط بزهکار شده است. کسی که با محارم زنا کند، یا اگر زناکننده ذمی باشد با زن مسلمان، حد مرتکب اعدام است. یا اگر فرد زناکار محصن است ولی با دختر نابالغ زنا کند به صد ضربه تازیانه محکوم می‌شود و بقیهٔ موارد (شهید اول، ۱۴۱۰ق، صص. ۲۵۴ و ق.م.ا. مادهٔ ۲۲۴).

بنابراین در سیاست کیفری اسلام، برای جرائم تعزیری مجازات متعدد و متفاوتی با توجه به اصل فردی‌سازی مجازات، در نظر گرفته است که از ساده‌ترین واکنش مانند تذکردادن به بعضی از مرتکبین جرم (ابن‌ابی‌الحدید، ۱۴۰۴ق، ج. ۱۸، ص. ۱۱۰) یا معرفی مجرم بین قبیله‌اش جهت بازدارندگی وی از ارتکاب جرم «یجب تعزیر شاهد الزور بلا خلاف أجده فیه بما یراه الحاکم من الجلد و النداء فی قبیلته و محلته» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ص. ۲۵۲) و یا محرومیت موقّت از بعضی حقوق اجتماعی، جریمهٔ مالی و مانند

آن شروع می‌شود تا شدیدترین مجازات‌ها وجود دارد «و لو تکرر مع تخلّل التعزیر ثلاثا قتل فی الرابعة او الثالثة» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ص. ۱۳۲).

بنابراین نکتهٔ قابل‌توجهی که از مطالب فوق به دست می‌آید این است که شرایط و احکام موجود در تحقق جرائم و اجرای مجازات تعزیری هیچ‌گونه تعارضی با سیره و روش عقلای عالم ندارد؛ زیرا که دین مقدس اسلام علاوه بر اینکه در شیوهٔ قانون‌گذاری ازجمله قانون‌گذاری جزایی مصالح واقعی بشریت را معیار و ملاک قرار داده، احکام و دستورات عالی خود را مطابق فطرت و نیازهای ذاتی انسان‌ها پیاده نموده است و شبهاتی که وارد شده است یا با عدم اطلاع کافی از حقیقت نظام جزایی اسلام ولی صادقانه بوده یا اگر اطلاع کافی داشته‌اند به‌خاطر سوءنیت و مغرضانه بیان کرده‌اند.

## نتیجه‌گیری

با توجه به نقش مهم بناء عقلا در مباحث جزایی و تعزیرات می‌توان آن را به‌عنوان پنجمین منبع معرفی کرد. با این توضیح و تحلیل که از سویی اهمیت بنای عقلا در کیفرهای امضایی آشکار می‌شود، با این بیان که در جوامع قبل از اسلام و در میان عقلای عالم مجازات‌هایی وجود داشته که چه‌بسا شدیدتر و هولناک‌تر و بدون هیچ‌گونه ضابطه و قانونی اجرا می‌شده است (*بررسی تطبیقی مجازات اعدام*، شمس ناتری، ۱۳۷۸، صص. ۲۴ و ۳۱). اما نظام کیفری اسلام با توجهی که به اصول و کرامت انسان دارد این نوع از مجازات‌ها را پس از تعدیل و ضابطه‌مندی امضا کرده و به کار بسته است.

از طرف دیگر، گرایش‌ها و سیره‌هایی که عقلای عالم با انگیزهٔ حفظ و صیانت مصالح عمومی و نظام دوام و بقای اجتماعی و کرامت انسانی دارند، مورد تأیید و قبول شارع تلقی شده‌اند، مانند بنای عقلا بر اصل فردی‌سازی مجازات‌ها، اصل انسانی‌کردن مجازات‌ها، اصل شخصی‌کردن مجازات‌ها و اصل عدالت در حقوق کیفری. نمونه‌های فراوانی از این گرایش‌ها موردتوجه دانشمندان حقوق که درواقع عقلای علم حقوق هستند، قرار گرفته و در حقوق کشورهای مختلف پیش‌بینی شده‌اند (صانعی، ۱۳۸۲، ص. ۷۵۸).

اصل فردی‌سازی مجازات مصداق بارزی است که از تشریع تعزیرات استنباط می‌شود و موردنظر شارع مقدس بوده است. از آثار اصل فردی‌سازی تشکیل پروندهٔ شخصیت است که قاضی بر اساس آن، نوع و میزان کیفر را با توجه به شرایط و خصوصیات جسمی و روانی بزهکار و شرایط و اوضاع‌واحوال وقوع جرم، تعیین می‌کند.

در خاتمهٔ این تحقیق پیشنهاد می‌شود که در حوزهٔ مباحث جزایی در فقه و حقوق و ارتباط آن با بنای عقلا، به چند نکته توجه شود:

(۱) همان‌طوری که کتاب، سنت و عقل جزء منابع اصیل به شمار می‌آیند، نمی‌توان جایگاه رفیع بنای عقلا را در این حوزه انکار کرد. لذا محقق باید در کنار ادلهٔ دیگر از بنای عقلا غافل نشود.

(۲) در بسیاری از تحقیقات و نوشته‌های مربوط به مباحث جزایی، بااینکه از تحلیل و استدلالات عقلی بهره برده‌اند، بنای عقلا با عنوان مستقل نام برده نشده است.

(۳) مخالفان و معاندان شریعت که احیاناً دوستان ناآگاه شریعت هم با آنان هماهنگ هستند، نظام کیفری اسلام ازجمله تعزیرات را خشن، غیرعقلایی و عدم انطباق بازمان جلوه می‌دهند، لذا وظیفهٔ هر محقق است که با بهره از استدلال عقلایی از آثار سوء این تبلیغات بکاهند.

## منابع


قرآن کریم.

نهج‌البلاغه.

ابن‌منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). *لسان العرب* (جلد ۴). بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.

احمد، خلیل بن. (۱۴۱۰ق). *العین*. قم: نشر هجرت.

احمدی ابهری، سیدمحمدعلی. (۱۳۷۷). *اسلام و دفاع اجتماعی*. قم: مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۰). *مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام*. تهران: کتابخانهٔ گنج دانش.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸). *ترمینولوژی حقوق*. تهران: کتابخانهٔ گنج دانش.

جمعی از محققان. (۱۳۸۹). *فرهنگ‌نامهٔ اصول فقه*. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

حاجی‌ده‌آبادی، احمد. (۱۳۸۹). *قواعد فقه جزایی*. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

حائری، سیدعلی بن محمد طباطبایی. (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل*. قم: مؤسسهٔ آل‌البیت علیهم‌السلام.

حسینی، سیدمحمد. (۱۳۸۳). *سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران*. تهران: مؤسسهٔ انتشارات و چاپ دانشگاه.

خوئینی، غفور. (۱۳۹۳). *فلسفهٔ حقوق*. تهران: انتشارات مجد.

دادگستر، گروهی از نویسندگان. (۱۳۷۴). *منابع فقه و زمان و مکان (مجموعهٔ آثار کنگرهٔ بررسی مبانی فقهی امام خمینی)*. قم: موسسهٔ چاپ و نشر عروج.

زارع، عباس (مترجم). مظفر، محمدرضا. (۱۳۹۴). *اصول الفقه*. قم: حقوق اسلامی.

شمس ناتری، محمدابراهیم. (۱۳۷۸). *بررسی تطبیقی مجازات اعدام*. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

شهید اول، محمد بن مکّی. (۱۴۱۰ق). *اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیة*. بیروت: دارالتراث – الدار الاسلامیة.

شیرازی، ناصر مکارم. (۱۴۲۴ق). *کتاب النکاح (مکارم)*. قم: انتشارات مدرسهٔ امام علی بن ابی‌طالب علیه‌السلام.

شیرازی، ناصر مکارم. (۱۴۲۵ق). *تعزیر و گستره آن*. قم: انتشارات مدرسهٔ الامام علی بن أبی طالب علیه‌السلام.

صابری، حسین. (۱۳۸۱). *عقل و استنباط فقهی*. مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی.

صانعی، پرویز. (۱۳۸۲). *حقوق جزای عمومی*. تهران: طرح نو.

صدر، سیدمحمدباقر. (۱۴۰۵ق). *دروس فی علم الأصول*. قم: دارالمنتظر.

صدر، سیدمحمدباقر. (۱۴۱۷ق). *بحوث فی علم الأصول*. قم: مؤسسهٔ دائرةالمعارف فقه اسلامی.

طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). *الخلاف*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

علی‌دوست، ابوالقاسم. (۱۳۸۲). فقه و عقل. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

عوده، عبدالقادر. (۱۳۷۳). *حقوق جنایی اسلام، بر اساس مذاهب پنجگانه* (اکبر غفوریان، مترجم). مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی.

غلامی، حسین. (۱۳۹۶). *کیفرشناسی (کلیات و مبانی پاسخ‌شناسی جرم)*. تهران: نشر میزان.

قانی، حسین، و شریعتی، سعید. (۱۳۹۰). «ادله و منابع فقه». در *اصول فقه کاربردی*. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق. (۱۴۰۷ق). *الکافی (ط-الاسلامیة)* (تصحیح: علی‌اکبر غفاری، محمد آخوندی). تهران: دارالکتب الاسلامیة.

کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق. (۱۴۲۹ق). *کافی (ط-دارالحدیث)*. قم: دارالحدیث.
محمدی، ابوالحسن. (۱۳۸۷). *مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
مرادی، مجید. (۱۳۹۸). *موازین حقوق بشری در قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران* (زیر نظر محمدجواد لاریجانی، کاظم غریب‌آبادی). تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.
نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
یزدی، سید مصطفی محقق داماد. (۱۴۰۶ق). *قواعد فقه*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

## References

The Noble Qurʾān.
Nahj al-Balāghah.
Ibn Manẓūr, Muḥammad ibn Mukarram. (1414 AH / 1993 AD). *Lisān al-ʿArab* (Vol. 4). Beirut: Dār al-Fikr lil-Ṭibāʿah wa al-Nashr wa al-Tawzīʿ. (in Arabic)
Aḥmad, Khalīl ibn. (1410 AH / 1990 AD). *Al-ʿAyn*. Qom: Nashr Hijrah. (in Arabic)
Aḥmadī Abharī, Sayyid Muḥammad ʿAlī. (1377 SH / 1998 AD). *Islām va Defāʿ-e Ejtemāʿī* [Islam and Social Defense]. Qom: Markaz-e Motāleʿāt va Taḥqīqāt-e Islāmī, Markaz-e Intishārāt Daftar-e Tablīghāt-e Islāmī. (in Persian)
Jaʿfarī Langarūdī, Muḥammad Jaʿfar. (1370 SH / 1991 AD). *Maktabhā-ye Ḥuqūqī dar Ḥuqūq-e Islām* [Legal Schools in Islamic Law]. Tehran: Ketābkhānah-ye Ganj Dānesh. (in Persian)
Jaʿfarī Langarūdī, Muḥammad Jaʿfar. (1378 SH / 1999 AD). *Terminology-ye Ḥuqūq* [Legal Terminology]. Tehran: Ketābkhānah-ye Ganj Dānesh. (in Persian)
Group of Researchers. (1389 SH / 2010 AD). *Farhangnāmeh-ye Uṣūl al-Fiqh* [Encyclopedia of Jurisprudential Principles]. Qom: Pazhūheshgāh ʿUlūm wa Farhang-e Islāmī. (in Persian)
Ḥājī Dahābādī, Aḥmad. (1389 SH / 2010 AD). *Qawāʿid-e Fiqh-i Jazāʾī* [Principles of Criminal Jurisprudence]. Qom: Pazhūheshgāh Ḥawzah wa Dāneshgāh. (in Persian)
Ḥāʾerī, Sayyid ʿAlī ibn Muḥammad Ṭabāṭabāʾī. (1418 AH / 1997 AD). *Riyāḍ al-Masāʾil fī Taḥqīq al-Aḥkām bi al-Dalāʾil*. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt. (in Arabic)
Ḥusaynī, Sayyid Muḥammad. (1383 SH / 2004 AD). *Sīyāsat-e Jināʾī dar Islām wa dar Jomhūrī-e Eslāmī-ye Īrān* [Criminal Policy in Islam and the Islamic Republic of Iran]. Tehran: Muʾassasat Intishārāt va Chaap-e Dāneshgāh. (in Persian)
Khūʾīnī, Ghaffūr. (1393 SH / 2014 AD). *Falsafah-ye Ḥuqūq* [Philosophy of Law]. Tehran: Intishārāt Majd. (in Persian)
Dādgostar, Group of Authors. (1374 SH / 1995 AD). *Manābeʿ-e Fiqh wa Zamān va Makān* [Sources of Jurisprudence and Time and Place]. In *Majmūʿeh Āthār Kongreh-ye Barrasi-ye Mabānī-ye Fiqhī-ye Imām Khomeinī*. Qom: Muʾassasat Chaap va Nashr ʿUrūj. (in Persian)
Zāreʿ, ʿAbbās (translator). Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. (1394 SH / 2015 AD). *Uṣūl al-Fiqh*. Qom: Ḥuqūq-e Islāmī. (in Persian)
Šams Nāṭarī, Muḥammad Ibrāhīm. (1378 SH / 1999 AD). *Barrasi-ye Tatbīqī-ye Mojāzāt-e Edām* [Comparative Study of the Death Penalty]. Qom: Markaz-e Intishārāt-e Daftar-e Tablīgh Islāmī. (in Persian)

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. (1410 AH / 1990 AD). *Al-Lumaʿah al-Dimashqiyyah fī Fiqh al-Imāmiyyah*. Beirut: Dār al-Turāth – al-Dār al-Islāmiyyah. (in Arabic)

Shīrāzī, Nāṣir Makārim. (1424 AH / 2003 AD). *Kitāb al-Nikāḥ* (Makārim). Qom: Intishārāt Madraseh Imām ʿAlī ibn Abī Ṭālib (ʿalayh al-salām). (in Persian)

Shīrāzī, Nāṣir Makārim. (1425 AH / 2004 AD). *Taʿzīr wa Gostaresh-e Ān*. Qom: Intishārāt Madraseh Imām ʿAlī ibn Abī Ṭālib (ʿalayh al-salām). (in Persian)

Ṣāberī, Ḥusayn. (1381 SH / 2002 AD). *ʿAql wa Istinbāṭ-e Fiqhī* [Reasoning and Jurisprudential Inference]. Mashhad: Bunyād-e Pazhūhesh-hā-ye Islāmī Āstān Quds Raḍawī. (in Persian)

Ṣāneʿī, Parvīz. (1382 SH / 2003 AD). *Ḥuqūq-e Jazāyī-ye ʿUmūmī* [General Criminal Law]. Tehran: Tarh-e Now. (in Persian)

Ṣadr, Sayyid Muḥammad Bāqir. (1405 AH / 1985 AD). *Durūs fī ʿIlm al-Uṣūl* [Lessons in the Science of Legal Principles]. Qom: Dār al-Muntaẓir. (in Arabic)

Ṣadr, Sayyid Muḥammad Bāqir. (1417 AH / 1997 AD). *Buḥūth fī ʿIlm al-Uṣūl*. Qom: Muʾassasat Dāʾirat al-Maʿārif al-Fiqh al-Islāmī. (in Arabic)

Ṭūsī, Abū Jaʿfar Muḥammad ibn Ḥasan. (1407 AH / 1987 AD). *Al-Khilāf*. Qom: Daftar Intishārāt Islāmī, affiliated with Jāmiʿat al-Mudarrisīn. (in Arabic)

ʿAlīdūst, Abū al-Qāsim. (1382 SH / 2003 AD). *Fiqh wa ʿAql* [Jurisprudence and Reason]. Tehran: Pazhūheshgāh Farhang va Andīsheh Islāmī. (in Persian)

ʿAwdah, ʿAbd al-Qādir. (1373 SH / 1994 AD). *Ḥuqūq-e Jināʾī-ye Islām, bar Asās-e Madhāhib-e Panjgāneh* [Islamic Criminal Law Based on the Five Schools]. Translated by Akbar Ghafūrīyān. Mashhad: Bunyād-e Pazhūhesh-hā-ye Islāmī Āstān Quds Raḍawī. (in Arabic/Persian)

Gholāmī, Ḥusayn. (1396 SH / 2017 AD). *Keyfršenāsī (Kulliyyāt wa Mabānī-ye Pāsokhšenāsī-ye Jorm)* [Criminology: General and Foundations of Crime Response]. Tehran: Nashr Mīzān. (in Persian)

Qānī, Ḥusayn, and Sharīʿatī, Saʿīd. (1390 SH / 2011 AD). "Adillah va Manābeʿ Fiqh." In *Uṣūl al-Fiqh-e Kārbordī*. Qom: Pazhūheshgāh Ḥawzah wa Dāneshgāh. (in Persian)

Kulaynī, Muḥammad ibn Yaʿqūb ibn Isḥāq. (1407 AH / 1986 AD). *Al-Kāfī* (al-Ṭibāʿah al-Islāmiyyah), edited by ʿAlī Akbar Ghafārī and Muḥammad Ākhundī. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Arabic)

Kulaynī, Muḥammad ibn Yaʿqūb ibn Isḥāq. (1429 AH / 2008 AD). *Al-Kāfī* (Dār al-Ḥadīth edition). Qom: Dār al-Ḥadīth. (in Arabic)

Muḥammadi, Abū al-Ḥasan. (1387 SH / 2008 AD). *Mabānī-ye Estinbāṭ-e Ḥuqūq-e Islāmī yā Uṣūl al-Fiqh*. Tehran: Nashr Dāneshgāh-e Tehran. (in Persian)

Morādī, Majīd. (1398 SH / 2019 AD). *Mavāzin-e Ḥuqūq-e Basharī dar Qavānīn-e Keyfrī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān*. Supervised by Muḥammad Jawād Lārījānī and Kāẓim Gharībābādī. Tehran: Dāneshgāh-e ʿUlūm-e Qazāyī va Ḥadamāt-e Edārī. (in Persian)

Najafī, Muḥammad Ḥasan. (1404 AH / 1984 AD). *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāʾiʿ al-Islām*. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)

Yazdī, Sayyid Muṣṭafā Muḥaqqiq Dāmād. (1406 AH / 1986 AD). *Qawāʿid Fiqh*. Tehran: Markaz Nashr ʿUlūm Islāmī. (in Persian)

Studies of Islamic Jurisprudence and the Basis of Law
Online ISSN: 2783-0837 Print ISSN: 2783-2368
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# Foundations of the Legitimacy of the General Muslims' Intervention in Managing the Properties of the Incapacitated and the Absent in Imāmī Fiqh

**Sayyid Ali Hashemi Khanabbasi[1], and Masoumeh Abdollahi[2]**

1. Assistant Professor, Department of Theology and Islamic Studies, Sari University of Agricultural Sciences and Natural Resources, Sari, Iran. Email: a.hashemi1@sanru.ac.ir
2. *Corresponding Author*, Ph.D. Candidate in Jurisprudence and Islamic Legal Fundamentals, Islamic Azad University, Sari Branch, Sari, Iran. Email: mabdollahi5969@gmail.com

**Article Info**

**Article type:**
Review Article

**Article history:**
Received
14 June 2023
Received in revised form
23 July 2023
Accepted
04 September 2023
Available online
22 June 2025

***Keywords:***
legitimacy of intervention,
fudūlī,
properties of the mahjūrīn and ghā'ibīn,
Imāmī Fiqh,
foundations and evidence of proof

**ABSTRACT**

Based on the sources of Imāmī fiqh, wilāyah at its highest level is established for the Prophet (ṣ) and the Imams (ʿa), and a level of it can also be proven for the faqīh. Similarly, a lower level of it is established for the father and grandfather with respect to their offspring. The present study, which has been written using a descriptive-analytical method, has reached the conclusion that if referral to the sharʿī judge causes hardship or the forfeiture of the rights of the incapacitated (maḥjūrīn) and the absent (ghāʾibīn), then the responsibility for managing their properties and rights is permissible for just believers (muʾminīn ʿādilīn); otherwise, the responsibility falls upon the general Muslims, who should not intervene in their non-essential matters. However, performing essential matters is obligatory upon all Muslims in the manner of wājib kifāʾī. On this basis, a Muslim may, upon the fulfillment of the conditions, intervene in managing the properties and affairs of the maḥjūrīn and ghāʾibīn, and if it is in their best interest, intervene as fuḍūlī. Of course, the eligibility of the one assuming the responsibility is of importance, because in the absence of eligibility, the responsibility for managing others' properties is substantively negated. The fiqhī evidence, including the qāʿidah iḥsān and the qāʿidah ḍarūrah, can be cited as indicators proving this responsibility for the general public. However, the scope of this responsibility is not absolute but contingent upon the fulfillment of conditions so that the nature of the subject and its scope—whether financial or non-financial—may be specified.

**Cite this article:** Hashemi Khanabbasi, S. A., & Abdollahi, M. (2025). Foundations of the Legitimacy of the General Muslims' Intervention in Managing the Properties of the Incapacitated and the Absent in Imāmī Fiqh. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law, 19*(1), 297-320. http//doi.org/10.22034/fvh.2023.16211.1786

© The Author(s). Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: http//doi.org/10.22034/fvh.2023.16211.1786

## Introduction

In every human society, there exist individuals who, despite possessing financial assets, are incapable of managing their own affairs. In Islamic jurisprudential literature, these individuals are termed **"*maḥjūrīn*"** (legally incompetent persons). Legal incompetence (*ḥajr*) primarily pertains to financial transactions, designating a status wherein an individual loses the right or ability to exercise their will over their property. This category includes minors (*ṣighār*), the insane (*majānīn*), and the profligate (*sufahāʾ*). Alongside this group is the category of the **"*ghāʾib mafqūd al-athar*"** (the missing person), which refers to an individual who has been absent from their place of residence for a prolonged period with no information available as to whether they are alive or deceased. This absence creates significant legal and social challenges, particularly regarding the preservation and administration of their assets.

Imāmī jurisprudence (*fiqh*) has long established detailed mechanisms for the protection of the assets of these vulnerable groups. This is of critical importance as their property is susceptible to loss and misappropriation. This research addresses a fundamental jurisprudential question: **in circumstances where the legitimate Islamic ruler (*ḥākim sharʿ*) or their appointed legal guardians are inaccessible, does the general Muslim populace (*ʿumūm al-muslimīn*) possess the authority—or duty—to intervene and manage these assets?** If so, what are the scriptural and rational foundations (*mabānī fiqhiyya*) that legitimize such an intervention? In an era marked by new instances of legal incompetence and absence due to complex migration patterns, communication breakdowns, and unforeseen calamities, clarifying these foundations is crucial for both legal and social reasons: to define the parameters of unauthorized intervention (*taṣarruf fuḍūlī*) and to foster a spirit of cooperation (*taʿāwun*) and benevolence (*iḥsān*) within the Muslim community.

## Methodology

This research employs a **descriptive-analytical methodology**. It is predicated on a direct examination of authoritative sources within Imāmī jurisprudence, including seminal legal texts, narrations (*riwāyāt*), and established legal maxims (*qawāʿid fiqhiyya*). Data were systematically gathered from the works of prominent Imāmī jurists and specialized academic literature. The collected data were subsequently analyzed and evaluated through the prism of established principles of Islamic legal theory (*uṣūl al-fiqh*) to derive coherent and well-substantiated conclusions regarding the central research question. The study aims to elucidate the jurisprudential underpinnings of the public's role in asset management and the specific conditions that govern such interventions.

## Findings

A thorough examination of Imāmī jurisprudential sources yields several key findings regarding the intervention of the general Muslim populace in the assets of the legally incompetent and the missing:

1. **The Basis of Legitimacy**: When access to the Islamic ruler or their official representatives is impossible, the administration of the assets of the *maḥjūrīn* and *ghāʾibīn* becomes a **collective obligation (*wājib kifāʾī*)** upon the Muslim community. The legitimacy of this intervention is primarily supported by two foundational legal maxims:

**The Principle of Benevolence (*qāʿidat al-iḥsān*)**: This principle, which promotes virtuous and altruistic conduct, legitimizes actions taken to aid others and protect their interests.

**The Principle of Necessity (*qāʿidat al-ḍarūrah*)**: This principle permits certain otherwise prohibited actions in exigent circumstances to prevent greater harm.

2. **Conditions for Permissible Unauthorized Intervention (*taṣarruf fuḍūlī*)**: An intervention in another's property without explicit authorization is rendered permissible only when a specific set of conditions is met concurrently:

The primary intent of the intervenor must be purely benevolent (*iḥsān*) and aimed at serving the owner's best interest (*maṣlaḥah*), devoid of any personal gain.

The owner or their legal guardian (*walī*) must be practically inaccessible at the time.

Any delay in intervention would result in demonstrable and significant harm or loss to the assets in question.

3. **The Scope and Limits of Responsibility**: The responsibility placed upon Muslims in such situations is not absolute. It is strictly circumscribed by necessity, applying only when inaction would lead to the damage or loss of property. The nature of the intervention must remain within the bounds of the owner's best interest and be fully compliant with the dictates of the Sharīʿah.

4. **Legal and Ethical Implications**: If an intervenor adheres to all religious and ethical prerequisites and acts without negligence (*taqṣīr*), they are not held liable for any accidental damages or losses. This act is not merely a legal duty but also carries significant positive ethical and social consequences, reinforcing a collective spirit of cooperation, social responsibility, and adherence to moral values within the Islamic community.

## Conclusion

This research concludes that Imāmī jurisprudence, leveraging foundational principles such as **benevolence (*iḥsān*)**, **necessity (*ḍarūrah*)**, and the **Guardianship of the Just Believers (*wilāyat ʿudūl al-muʾminīn*)**, offers a robust and practical framework for the management and protection of assets belonging to vulnerable individuals. This legal mechanism not only prevents the financial disenfranchisement of those unable to manage their own affairs but also cultivates a collective ethic of altruism and mutual support. The principle of preventing harm to others (*daf ʿal-ḍarar ʿan al-ghayr*) is central to this framework; when inaction would lead to certain loss for the property owner, the public's intervention transforms from a mere option into a religious and moral imperative.

***Author Contributions:*** Masoumeh Abdollahi (Corresponding Author): Wrote the manuscript in its entirety and compiled the references. Mr. Hashemi (First Author): Performed editing, revised the text, and added necessary references.

***Data Availability Statement:*** Not Applicable.

***Acknowledgements:*** The author wishes to acknowledge the spiritual support of Imam al-Zaman, if permissible.

***Ethical Considerations:*** The authors avoided data fabrication, falsification, plagiarism, and misconduct.

***Funding:*** This research was not supported by any institution or organization.

***Conflict of Interest:*** The authors declare no conflict of interest.

***Declaration of Generative AI and AI-assisted technologies in the writing process:*** No artificial intelligence (AI) tools were used.

مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق
شاپا برخط: ۰۸۳۷-۲۷۸۳ شاپا چاپی: ۲۳۶۸-۲۷۸۳
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

# مبانی مشروعیت تصرف عموم مسلمانان در ادارهٔ اموال محجورین و غایبین در فقه امامیه

سیدعلی هاشمی خانعباسی[۱]، و معصومه عبداللهی[۲]

۱. استادیار گروه آموزشی الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه علوم کشاورزی و منابع طبیعی ساری، ساری، ایران. رایانامه: a.hashemi1@sanru.ac.ir
۲. *نویسندهٔ مسئول*، دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد ساری، ساری، ایران. رایانامه: mabdollahi5969@gmail.com

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:**
مقالهٔ ترویجی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۳/۲۴
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۵/۰۱
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۱۳
تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۴/۰۱

***کلیدواژه‌ها:***
مشروعیت تصرف،
فضولی،
اموال محجورین و غایبین،
فقه امامیه،
مبانی و ادلهٔ اثبات

**چکیده**

بر اساس منابع فقه امامیه، ولایت در مرتبهٔ بالای آن برای پیامبر (ص) و امامان (ع) ثابت است و برای فقیه نیز مرتبه‌ای از آن قابل‌اثبات است. چنان‌که مرتبهٔ نازله‌ای از آن برای پدر و جدّ نسبت به اولاد، ثابت می‌باشد. نوشتار حاضر که با روش توصیفی–تحلیلی، نگارش یافته به این نتایج دست یافته است که اگر مراجعه به حاکم شرع، موجب مشقّت، تضییع حق محجورین و غایبین باشد، مسئولیت ادارهٔ اموال و حقوق ایشان برای مؤمنان عادل جایز و در غیر این صورت، مسئولیت آن به‌عهدهٔ عموم مسلمانان است که در غیر امور ضروری ایشان دخالت نمایند. اما انجام امور ضروری، به‌نحو واجب کفایی، بر تمام مسلمانان واجب است. بر این اساس، مسلمان می‌تواند در صورت تحقق شرایط، در ادارهٔ اموال و امور محجورین و غایبین دخالت نموده و در صورت مصلحت به‌صورت فضولی تصرف نماید. البته اهلیت پذیرندهٔ مسئولیت، حائز اهمیت است؛ چراکه در صورت عدم تحقق اهلیت، مسئولیت ادارهٔ اموال دیگران موضوعاً منتفی است؛ ادلهٔ فقهی ازجمله قاعدهٔ احسان و قاعدهٔ ضرورت را می‌توان نماد اثبات‌کنندهٔ این مسئولیت برای عموم مردم ذکر کرد. اما حوزهٔ این مسئولیت، مطلق نیست بلکه منوط به تحقق شرایطی است تا ماهیت موضوع و قلمرو آن اعم از مالی و غیرمالی مشخص شود.

**استناد:** هاشمی خانعباسی، سیدعلی؛ و عبداللهی، معصومه (۱۴۰۴). مبانی مشروعیت تصرف عموم مسلمانان در ادارهٔ اموال محجورین و غایبین در فقه امامیه. *مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*، ۱۹(۱)، ۲۹۷ـ۳۲۰.
https://doi.org/10.22034/fvh.2023.16211.1786

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.
© نویسنده(گان).

## مقدمه

اندیشهٔ اسلامی اندیشه‌ای متعالی و چندسویه‌نگر است که در آن، هم به امور فردی توجه شده است و هم به امور اجتماعی. آموزه‌های دینی مطرح‌شده در تراث ارزشمند اسلامی، چه در سیرهٔ نبوی (ص) و چه در مکتب اهل‌بیت (ع)، هم ناظر به مسائل فردی است و هم مربوط به جامعهٔ اسلامی. بر همین اساس، فقیهان و فقه‌پژوهان مسلمان در هر زمان در پی آن بوده‌اند که با جهد و اجتهاد خویش پاسخ‌های دین را در باب مسائل نوظهور و نیازهای فردی و اجتماعی جامعهٔ بشری استنباط نمایند. یکی از مسائل مطرح در عصر حاضر، مسئلهٔ فقهی مشروعیت تصرف عموم مسلمانان در ادارهٔ اموال محجورین و غایبین در فقه امامیه است که در پی خود مسئولیت‌آفرین است. عده‌ای از مردم با وجود داشتن مال و اموال، توانایی اداره و انجام امور مربوط به آن را ندارند و در فقه از آن‌ها به محجورین یاد می‌شود. البته محجوریت انسان اختصاص به امور مالی دارد. اما در امور غیرمالی بستگی به احوال محجور دارد. غایب مفقودالاثر به شخصی گویند که مدت‌زمان نسبتاً طولانی از اقامتگاه و محل زندگی خود دور شده باشد به‌نحوی‌که هیچ‌گونه خبری از وی نباشد.

نوشتار پیش‌رو در پی آن است تا به این پرسش پاسخ دهد که در چنین صورتی، آیا تصرف عموم مسلمانان (به‌نوع واجب کفایی) در تصرف و ادارهٔ اموال محجورین و غایبین مشروعیت دارد یا خیر؟ مبانی فقهی آن چیست؟

در این میان، در مرحلهٔ اول حاکم اسلامی (فقیهٔ جامع‌الشرایط) که به‌استناد ادلّهٔ فقهی دارای مناصب مختلف است، بر حفظ و نگهداری اموال یادشده، ولایت دارد. با توجه به اینکه شرع مقدس، تحت هیچ شرایطی، راضی به ترک امور یادشده نیست، بر حاکم شرع لازم است که انجام آن را که از جمله مصادیق حسبه هستند، شخصاً یا به‌وسیلهٔ نائبان خود به‌عهده گیرد (الغروی، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۴۲۳) و بعد از ایشان، نوبت به قاضی می‌رسد که به‌اعتبار اینکه منصوب از سوی حاکم اسلامی است ولایت دارد. در مرحلهٔ آخر، اگر مراجعه به حاکم شرعی، هرچند در شهر دیگری باشد، موجب عسر و حرج و تضییع حق محجور و غائب باشد، برای عدول مؤمنین جایز است در امور یادشده دخالت نمایند و مقصود از ولایت عدول مؤمنین دراین‌باره، دخالت آن‌ها در غیر امور ضروری می‌باشد. اما انجام امور ضروری، به‌نحو واجب کفایی بر تمام مسلمین واجب است (امامی، ۱۳۷۴، ج. ۱، ص. ۱۷۵؛ طاهری، ۱۳۸۷، صص. ۲۵–۲۶).

نکتهٔ قابل ذکر این است که اولاً مفروض ما در این مقاله، آن صورت آخر است، یعنی صورت عدم دسترسی به حاکم شرع و یا نمایندهٔ ایشان. ثانیاً این‌گونه تصرف که با هدف اداره و حفظ اموال محجورین و غایبین انجام می‌گیرد، طبیعتاً به‌صورت فضولی خواهد خواهد بود؛ چراکه شخص مدیر و متصرف اذن خاصی از سوی اولیای محجور و غایب (در سطوح یادشده) نداشته و از سوی حاکم شرع نیز مأذون نیست (چراکه فرض بر این است که دسترسی به حاکم شرع غیرمقدور است)، بلکه فقط بر اساس مبانی فقهی و با پشتوانهٔ قاعدهٔ احسان، این مسئولیت و تکلیف برعهدهٔ او ثابت شده است که اگر اموال یادشده بدون تقصیر، تلف یا زیانی متوجه آن شود، ضامن نخواهد بود.

## پیشینهٔ تحقیق

با وجود آنکه فقهای اسلام به‌طور عام در مباحث مختلف و مرتبط، در کتب فقهی و روایی و تفسیری این موضوع را مطرح نموده‌اند (انصاری، بی‌تا، ج. ۵، ص. ۶۱؛ خمینی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۵۶۴؛ محقق داماد، ۱۳۸۷، ص. ۱۷۶؛ مکارم شیرازی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۱۳؛ عامری، ۱۳۸۲، ص. ۶۹؛ حق‌خواه، ۱۳۹۱؛ رحمانی، ۱۳۸۸، ص. ۱۴۹؛ وطنی، ۱۳۸۱، صص. ۱۸۷-۲۰۷)، می‌توان گفت نوعاً مقالات و تحقیقات منتشرشده در این زمینه یا حقوقی محض بوده یا اشارهٔ مختصری به مبانی فقهی این موضوع با رویکرد حقوقی دارند، هرچند که مبنای فقهی این مسئله، اهمیت این موضوع را پررنگ‌تر کرده است. اما در هیچ‌کدام از آثار یادشده، به‌طور اخص به این موضوع از جنبهٔ فقهی تخصصی و آن‌هم اثبات مشروعیتِ دخالت مسئولیت‌گرایانه درسطح عموم مردم مسلمان، صرفاً بر اساس مبانی فقهی، پرداخته نشده است. از وجوه تمایز این تحقیق با سایر منابع و پژوهش‌های انجام‌یافته در این است که مقالهٔ حاضر، علاوه بر اثبات مشروعیت تصرف عموم مسلمانان در ادارهٔ اموال محجورین و غایبین، به‌طور اخص با استناد به مبانی و قواعد فقهی، به آثار مترتب بر آن، به‌خصوص جایگاه تربیتی و معنوی این موضوع و تحلیل آن، نیز توجه ویژه دارد و ازآنجایی‌که تأثیر این موضوع در زندگی اجتماعی انسان بازتاب گسترده‌ای دارد، پرداختن به این موضوع، بیشتر از قبل مورد توجه قرار می‌گیرد.

آنچه هدف اصلی این تحقیق به حساب می‌آید، بررسی و معرفی مبانی فقهی این موضوع است و بر همین اساس، اهمیت و ضرورت این مسئله پررنگ‌تر می‌شود و ظهور و بروز قوی‌تر خواهد داشت. همان‌طور که از ویژگی‌های فقه و حقوق اسلام، توجه به جنبه و حیثیت اخلاقی و در نتیجه، نقش تربیتی آن است لذا مقالهٔ حاضر این موضوع را از این جهت ضروری و حائز اهمیت دانسته و مورد توجه قرار داده است. بنابراین، با عنایت به موارد فوق، درمی‌یابیم که عمدهٔ مطالعات انجام‌شده در این زمینه به تفسیر آیات و شرح احادیث متناسب با این موضوع محدود بوده و تاکنون مقاله‌ای منسجم یا کتابی که به‌صورت واحد و یکجا به این موضوع پرداخته باشد، در دسترس نیست. ازآنجایی‌که تأثیر این موضوع درزندگی اجتماعی انسان بازتاب گسترده‌ای دارد، پرداختن به این موضوع، باید بیشتر از قبل مورد توجه قرار گیرد.

## مفهوم‌شناسی

### ۱ـ محجوریت

حَجر در لغت به‌معنای منع، جلوگیری، بازداشت و در اصطلاح فقهی به‌معنای بازداشتن شخص از تصرف در همه یا بعضی از اموالش است (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۱۶۷) و به شخصی که شرعاً تصرفات گفتاری؛ (اجرای صیغهٔ بیع) و رفتاری‌اش؛ (معاوضهٔ مال یا هدیهٔ آن) محدود و ممنوع شده است «محجور» گفته می‌شود (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج. ۲، ص. ۱۵۹).

علامه حلّی حجر را در لغت به‌معنای منع و در اصطلاح به‌معنای ممنوعیت از تصرف در مال دانسته است (نجفی، ۱۴۲۲ق، ج. ۲۶، ص. ۳). صاحب «مفتاح الکرامه» نیز، همین تعریف را ارائه داده است (الحسینی

العاملی، بی‌تا، ج. ۵، ص. ۲۳۳). بنابراین محجور کسی است که شرعاً اجازهٔ تصرف در متعلقات مالی خود را ندارد و امور عمومی از موضوع بحث ما خارج است.

حجر دو نوع است: محجوریت ذاتی و اصلی که بر اساس نظر شارع و بدون واسطه اعمال می‌شود؛ مانند محجوریت نابالغ و دیوانه. نوع دوم حجر، محجوریت عرضی است که بر پایهٔ نظر شارع اما با واسطهٔ حکم حاکم محقق می‌گردد؛ مانند سفاهت و ورشکستگی (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج. ۲، ص. ۱۵۹).

مهم‌ترین اسباب حجر نیز عبارت‌اند از: صغر، جنون، رقّ، سفه، تفلیس و مرض‌الموت (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ج. ۳، ص. ۲۲۸؛ کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج. ۲، ص. ۱۵۵).

### ۲ـ غایب مفقودالاثر

در منابع فقهی به کسی غایب می‌گویند که نزد خانواده‌اش حاضر نباشد (امیدی‌فرد و فرحی، ۱۳۹۵، ج. ۳، ص. ۴۶۲ به نقل از: طاهری، ۱۴۱۸ق، ص. ۸۶).

در معنای اصطلاحی مفقودالأثر، تفاوت‌هایی میان فقها وجود دارد. برخی از فقهای امامیه در تعریف مفقودالأثر فرموده‌اند: «کسی است که غیبت منقطع دارد، خبری از او به ما نمی‌رسد و وضعیت او از جهت حیات یا ممات بر ما معلوم نمی‌باشد» (حلّی، ۱۴۲۰ق، ص. ۱۷۲).

اگر شخصی غائب شود، به‌نحوی که برای مدتی از او خبری نباشد، ضرورت‌های عقلی و اجتماعی اقتضا می‌کند که برای جلوگیری از حیف‌ومیل اموالش و نیز برای اینکه فقدان وی موجب ضرر به اشخاص دیگر نشود، تا روشن‌شدن وضعیت نهایی وی، تدبیری اندیشیده شود. لذا باید حافظ و امینی برای نگه‌داری اموال وی و استفادهٔ درست از اموالش تعیین گردد. این موضوع در منابع فقهی به‌طور گسترده مطرح شده و فقهای بزرگ، با توجه به اهتمام شریعت اسلام به حفظ اموال و حقوق مسلمانان و استناد به قواعد متعدد فقهی، به‌تفصیل درباره آن بحث کرده‌اند. حتّی فقهای عظام، این مسئله را نیز مورد توجه قرار داده‌اند که قبل از تعیین امین نیز باید حاکم اسلامی اموال غائب را حفظ نماید (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج. ۵، ص. ۲۲۵). همچنین شهید ثانی نیز یکی از وظایف حاکم را حفظ عین اموال غائب دانسته است (شهید ثانی، ۱۹۹۲، ج. ۴، ص. ۴۲).

## رابطهٔ قاعدهٔ تسلیط با موضوع پژوهش

قاعدهٔ تسلیط ابتدا ثابت می‌کند که هر مالکی، نسبت به مال خود تسلط کامل دارد و می‌تواند در آن هرگونه تصرفی اعم از مادی و حقوقی انجام دهد و به‌موجب این قاعده، همه‌گونه تصرفات برای مالک مجاز است، مگر آنکه به‌موجب دلیل شرعی خلاف آن ثابت گردد. ازدیدگاه صاحب جواهر قاعدهٔ سلطنت، اصلی است که در موارد تردید نمی‌توان از آن خارج شد (نجفی، ۱۴۲۲ق، ج. ۲۴، ص. ۱۳۸). به‌طوری که به‌موجب حدیث نبوی؛ مال مسلمان مانند خونش محترم شمرده شده است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۳، ص. ۵۹)؛ همچنین با توجه به آیات ۲۹ و ۴ سورهٔ نساء، ۱۸۸ سورهٔ بقره و همچنین آیات فراوان دیگر که در باب ارث، صداق، وصیت و سایر عقود آمده است، در اینکه انسان‌ها بر اموالشان تسلط دارند و درجهت مشروع و معقول، هر

طوری که بخواهند می‌توانند در آن‌ها تصرف کنند، شکی نمی‌گذارد؛ چراکه اصل، عدم سلطه و عدم ولایت شخصی بر شخص دیگر است. معذالک باید توجه داشت درصورت وجود مانع شرعی مانند محجوریت و غیبت، مالک باتحفظ مالکیت، حق تصرف در اموال و حقوق فی‌الجمله را ندارد و مسئولیت آن درصورت وجود مقتضی، برعهدهٔ حاکم شرع و درصورت عدم دسترسی به وی، به‌صورت واجب کفایی برعهدهٔ عموم مردم مسلمان است.

## رابطهٔ قاعدهٔ احسان با موضوع مورد بحث

در آموزه‌های قرآن و روایات معصومان (ع)، نیکی و احسان به‌عنوان یک اصل انسانی مشتمل بر نوع انسان با هر کیش و آیین، بلکه فراتر از آن و نسبت به هر جانداری مطلوب است.

قاعدهٔ احسان با ادارهٔ مال غیر، در واقع هر دو از منابع مشترک برخوردارند؛ مانند عقل، اجماع و آیاتی چون «ما علی المحسنین من سبیل» (توبه ۹۱) و «تعاونوا علی البر و التقوی» (مائده ۲) و نیز روایاتی از این باب. از مجموع آن‌ها قواعدی چون لزوم حفظ و نگهداری حقوق و اموال دیگران و مانند آن‌ها اصطیاد شده است، مثلاً آذوقه‌دادن به حیوانی که صاحب آن غایب است و تعمیر خانهٔ همسایهٔ غایب که در شرف خراب‌شدن است و بسیاری ازمثال‌های دیگر همگی گویای این مسئله می‌باشند. در واقع این قاعده بیانگر اثر نیکی و نیکوکاری در روابط اجتماعی و حقوقی مردم می‌باشد. بنابراین چنانچه مال یتیم، مجنون، غایب و امثال آن‌ها در معرض تلف و ضرر باشد بر همگان لازم است که بر اساس قاعدهٔ احسان، آن اموال را از تلف حفظ نمایند.

## تحقق فضولی در مالک محجور

مالک تصرف عبارت است از صاحب مال، درصورتی‌که به‌جهت سفاهت ومانند آن ممنوع از تصرف نباشد. بر این اساس، بالغ عاقلی که نه مالک است و نه ولیّ و نه وکیل از طرف مالک و نه ولیّ او، چنانچه متصدی عقد یا ایقاعی گردد، مانند آنکه مال دیگری را بفروشد یا اجاره دهد، فضولی نامیده می‌شود. با این بیان، فضولی صفت عاقد است و نه عقد. البته گاهی از روی مسامحه و مجاز، فضولی صفت عقد قرار می‌گیرد که درحقیقت صفت به‌حالِ متعلق موصوف است؛ یعنی عقدی که عاقدش فضولی است (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹ق، ص. ۷۵).

با توجه به معنای یادشده برای فضولی، معامله‌ای که مالکِ ممنوع از تصرف نیز انجام می‌دهد، فضولی خواهد بود؛ لیکن عقد یا ایقاع نابالغ، دیوانه و مانند آن دو که اهلیت تصرف ندارند، فضولی نخواهد بود، بلکه نادیده انگاشته می‌شود؛ به‌گونه‌ای که گویی هیچ عقد یا ایقاعی رخ نداده است (انصاری، ۱۳۸۹، ج. ۳، ص. ۳۴۵)؛ یعنی معامله‌ای که فضولی انجام می‌دهد از اساس لغو و باطل نیست بلکه فقط «فاقد نفوذ و تأثیر است».

بنابراین، اگر مالک، عقد او را، یا ولیّ، عقد سفیه را و یا طلبکارها، عقد مفلس را اجازه دهند، صحیح و لازم می‌شود (موسوی خمینی، ۱۴۰۹ق، ج. ۱، ص. ۵۴۲). بر این اساس، اگر فضول مال غیر را برای خود

مالک بفروشد و قبلاً از طرف مالک منعی صادر نشده باشد، به‌طوری که قبلاً مالک، وی را از این معامله، نهی نکرده باشد، مشهور فقهاء قائل به صحت این معامله‌اند (انصاری، ۱۳۸۹، ج. ۳، ص. ۳۵۱) و دلیل صحت آن، عمومات مثل «أَحَلَّ اللهُ الْبَیعَ» است که این مورد را نیز شامل می‌شود؛ چراکه این عملی که فضول انجام داده، عرفاً مصداق برای بیع بوده و عموم آیه دلالت دارد بر این که این بیع، صحیح است. همچنین عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل این مورد هم می‌شود؛ چراکه این عملی که فضول انجام داده، عقد بر آن صادق است. بنابراین مشمول «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» هم هست. خدا هر بیعی را که رضایت مالک در آن باشد، چه رضایت مقارن، مقدم یا مؤخر باشد، حلال کرده است (انصاری، ۱۳۸۹، ج. ۳، ص. ۳۵۱).

## تحقق فضولی در تصرف اموال محجورین و غایبین

از نظر فقه امامیه، تحقق مسئولیت نسبت به ادارهٔ اموال غیر و مشروعیت‌بخشی به جواز تصرف به‌شکل فضولی، منوط به تحقق دو عنصر است:

### ۱ـ عنصر مادی

عنصر مادی یعنی اینکه باید شخص فضول وجود داشته باشد تا فضولی تحقق پیدا کند. فضول درعقود و درخصوص بیع، عبارت است از اینکه کسی بدون اذن مالک یا نمایندهٔ شرعی یا قانونی او مال را بفروشد و عهده‌دار اجرای عقد بیع شود (فیض، ۱۳۹۵، ص. ۳۴۷). بنابراین مقصود از فضولی؛ یعنی انسان کاملی که مالکِ درتصرف نیست (انصاری، ۱۳۸۹، ج. ۳، صص. ۱۴۰ و ۱۴۱).

بنابراین پذیرفتن مسئولیت ادارهٔ اموال محجور و غایب توسط عموم مردم مسلمان (در فرض عدم دسترسی به حاکم شرع) می‌تواند به‌طور فضولی باشد و ماهیت آن با سایر تعهدات متفاوت است بدین‌صورت که فقها در هنگام برشمردن شروط متعاقدین متذکر می‌شوند که طرفین عقد باید یا مالک یا مأذون از سوی مالک یا شارع باشند درحالی‌که در مورد ادارهٔ اموال غیر به‌صورت فضولی این‌گونه نیست (انصاری، ۱۳۹۱، ص. ۱۲۴).

صاحب کتاب الحدائق الناضره می‌نویسد: «همچنان که عقد از مالک صحیح است، از اشخاصی هم که در حکم مالک هستند، صحیح می‌باشد و از اخبار استفاده می‌شود که آن‌ها عبارت‌اند از: پدر، جد پدری، وصیّ، وکیل از طرف مالک، وکیل از طرف شخصی که ولایت دارد، حاکم شرع در صورت نبودن اشخاص ذکرشده و عدول مؤمنین با تعذر حاکم و یا عدم دسترسی به او» (بحرانی، بی‌تا، ج. ۱۸، ص. ۴۰۸). بنابراین، تصرفات عدول مؤمنین در اموال محجورین و غایبین در شکل‌های خریدوفروش و غیره با قید رعایت مصلحت، فضولی بوده و با تحقق شرایط نافذ است (کاتوزیان، ۱۳۸۱، صص. ۲۸۶ و ۲۸۷).

### ۲ـ عنصر معنوی

عنصر معنوی؛ یعنی داشتن قصد احسان بدین‌معنا که در پذیرفتن مسئولیت اموال محجورین و غایبین کافی نیست که شخص بدون داشتن وکالت به دخالت و تصرف در اموال غیر بپردازد بلکه آنچه ادارهٔ این مال را مشروع می‌سازد قصد ادارهٔ اموال برای دیگری به‌منظور دفع ضرر از مالک و احسان به وی وحفظ مصالح

او می‌باشد. لازمهٔ این اصل این است که فضولی به حساب مالک به ادارهٔ اموال بپردازد و همین عامل معنوی است که کار وی را از استیلاء نامشروع ممتاز می‌سازد و در زمرهٔ اعمال مباح درمی‌آورد (سنهوری، ۱۹۵۲، ص. ۱۲۳۵). این نکته باید توجه شود که انگیزهٔ احسان درمحقق‌شدن لفظ احسان حائز اهمیت است و فقط احسان واقعی که دفع ضرر بنماید، در محقق‌شدن لفظ احسان کافی نیست ودلیل این مدعا، عرف است (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۸ق، ج. ۲، ص. ۴۷۸)؛ یعنی از نظر عرف انگیزهٔ احسان شخصِ متصرف باید احراز شود؛ چراکه ادارهٔ فضولی مال غیر، عملیاتی است که شخص، با حسن‌نیت و انگیزهٔ خیرخواهی، برای ادارهٔ اموال دیگری انجام می‌دهد.

البته این نوع ادارهٔ مال در صورتی درست است که به‌صورت فضولی باشد، تحصیل اجازه غیرمقدور بوده و تأخیر در دخالت موجب ضرر مالک گردد و نیز مالک ناتوان از ادارهٔ آن باشد.

## عوامل مؤثر در جواز تصرف و ادارهٔ اموال غیر (افراد محجور و غایب)

برای تحقق این امر، سه عامل را می‌توان مؤثر دانست.

### ۱ـ ناتوانی مالک از ادارهٔ اموال

اولین عامل مؤثر درتحقق مسئولیت ادارهٔ اموال محجور و مشروعیت‌بخشی به آن، ناتوانی مالک درحفظ ومدیریت اموالش است و در مورد غایب مفقودالاثر نیز درصورتی است که مدت نسبتاً مدیدی از اقامتگاه قانونی و محل سکونت خویش دور شده و هیچ‌گونه خبری از او در دست نباشد. فقها چنین غیبتی را غیبت منقطعه می‌گویند وکسی که چنین غیبتی داشته باشد را غایب مفقودالخبر نیز می‌گویند (طاهری، ۱۴۱۸ق، ص. ۸۶). درغیر این صورت، دلیلی بر مداخلهٔ بر مدیریت اموال غیر، با قید غیبت یا محجوریت او، وجود ندارد و اساساً نمی‌تواند چیزی جز ناتوانی درمدیریت، عدم دسترسی به صاحب مال یا نمایندهٔ او به‌دلیل نیاز صاحب مال یا قصد احسان به دیگران باشد (التوحیدی، ۱۴۱۷ق، ج. ۴، ص. ۱۳۳). عرف نیز همین حکم را صادر می‌نماید.

### ۲ـ حصول ضرورت

یعنی پذیرش مسئولیت، می‌بایست به حد ضرورت برسد تا مشروعیت پیدا کند. شاید مطابق با این قاعدهٔ فلسفی باشد؛ «الشیء ما لم یجب لم یوجد» (شیرازی، صدرالدین (ملاصدرا)، ۱۹۸۱، ج. ۱، ص. ۲۲۱).

در مادهٔ ۳۰۶ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران که معظم آن ترجمان فقه امامیه است، این موضوع که دخالت درکار دیگران، اگرچه با حسن‌نیت انجام می‌شود، باید به شرایط محدود شود. بر اساس این قانون فقهی، به‌درستی امکان دخالت مشروع در مدیریت اموال دیگران را به حذف ضرر وعدم امکان اخذ مجوز از مالک محدود می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص. ۲۹۱). بنابراین برای احراز ضرورت اداره، دو شرط باید جمع باشد: یکی عدم امکان تحصیل اجازه و دیگری، دفع ضرر. از مجموع این دو شرط، ضرورت ادارهٔ اموال غیر، شکل می‌گیرد. بااین‌وصف اگر مدیر فضولی امکان تحصیل به‌موقع اجازه، از مالک یا صاحب اجازه را داشته باشد، نمی‌تواند خودسرانه در ادارهٔ اموال آنان دخالت کند، هرچند به‌قصد احسان و نیکی به غیر باشد.

بر این اساس، اگر کسی اموال غایب یا محجور را بدون اجازهٔ مالک یا کسی که حق اجازه دارد، اداره کند باید حساب زمان تصدی خود را بدهد درصورتی‌که تحصیل اجازه در موقع مقدور بوده یا تأخیر دردخالت موجب ضرر نبوده است حق مطالبهٔ مخارج را نخواهد داشت (کاتوزیان، ۱۳۸۱). در غیر این صورت، مستحق اخذ و مخارجی خواهد بود که برای اداره‌کردن لازم بوده است.

دفع ضرر از غیر، در صورتی است که عدم دخالت غیر یا تأخیر وی در دخالت، موجب ضرر صاحب‌مال گردد. قاعدهٔ دفع ضرر محتمل، از قواعد عقلی است که مضمون آن حکم عقل به دفع ضرر محتمل و یا مظنون است؛ بنابراین اگر انسان دربارهٔ چیزی احتمال ضرر بدهد، از نظر عقل، دفع آن ضرر محتمل واجب است (خویی، ۱۴۱۷ق، ج. ۲، ص. ۲۱۵).

ضرر در مقابل نفع، عبارت است از ورود نقصان در مال، جان و آبرو به کار رفته است (الحکیم، بی‌تا، ج. ۵، ص. ۳۹۴). به‌عنوان مثال، اگر مردم اجناس مغازه‌ای را که در آتش می‌سوزد، به‌منظور سالم‌ماندن از خطر با عجله از دکان بیرون بیاورند و در این بین، بخشی از کالاها خراب شود، اقدام‌کنندگان ضامن نخواهند بود؛ چراکه با هدف دفع ضرر از غیر صورت گرفته است (محقق داماد، ۱۳۸۷، ج. ۱، ص. ۳۰۳) و مشمول قاعدهٔ احسان است. در نتیجه، ضمانی متوجه آن‌ها نخواهد شد.

### ۳ـ اهلیت مسئولیت

عامل سوم برای تحقق مشروعیتِ پذیرش مسئولیت ادارهٔ اموال محجورین و غایبین، دارابودن اهلیت مسئولیت است یعنی دارابودن شایستگی، لیاقت و صلاحیت برای ادارهٔ اموال غیر و انجام معامله به حساب و مصلحت صاحب مال؛ چراکه تا وقتی که اهلیت تحقق پیدا نکند، مسئولیت و تصرف در ادارهٔ اموال دیگران موضوعاً منتفی است؛ چراکه غایت و هدف مسئولیت در ادارهٔ اموال محجورین و غایبین، دفع ضرر و حفظ منافع مالک محجور و غایب است. درحالی که با عدم اهلیت، این هدف تحقق پیدا نمی‌کند.

## ادلهٔ مشروعیت تصرف در مال غیر (افراد محجور و غایب)

### ۱ـ ولایت عدول مؤمنین

عموم مؤمنین عادل، نسبت به امور واجب و مستحب کودک، در فرض انتفای صاحبان ولایت در مرتبه‌های قبل، دارای ولایت هستند (طوسی، ۱۴۰۰ق، ج. ۱، ص. ۶۰۸؛ انصاری، شیخ مرتضی، بی‌تا، ج. ۳، ص. ۵۶۱؛ عامری، ۱۳۸۱، صص. ۵۴–۵۵). همچنین از دیگر مواردی که عدول مؤمنین ولایت می‌یابند، مواردی است که برای آن‌ها، از باب حسبه و تعاون بر نیکی و تقوا، ولایت حاصل می‌شود؛ مانند فرضی که فردی درگذشته، وصی نداشته باشد و وصی‌شدن حاکم نیز معذور باشد. در این صورت، برخی از مؤمنین عادل، متولی انجام وصیت می‌شوند (شهید ثانی، ۱۹۹۲، ج. ۱۰، ص. ۶۲؛ خویی، ۱۴۱۷ق، ج. ۵، ص. ۵۳؛ حلی، یحیی بن سعید، ۱۴۰۵ق، ج. ۱، ص. ۴۹۲).

البته باید توجه داشت که احتساب تنها درقبال انسان صورت می‌گیرد و زمانی احتساب واقع می‌شود که در نتیجهٔ فعل منکری که از یک انسان سر می‌زند ضرر و مفسده‌ای پدید آید (حفیف، ۱۳۸۰ق،

صص. ۵۷۶-۵۸۴). البته این‌ها از قبیل واجب کفایی است که برعهدهٔ مسلمانان قرار دارد. این درحالی است که در مثال‌های متعددی -که درکلام فقها و حقوق‌دانان برای وجوب حفظ مال غیر و جواز تصرف در مال غیر مذکور است، علت این تجویز، اقدام به امور حسبه یا از باب حسبه دانسته شده است که با رعایت سلسله‌مراتب ولایت، انجام وظیفه نموده و خود را درحفظ و ادارهٔ اموال محجورین و غایبین، مسئول می‌داند (امامی، ۱۳۷۴، ج. ۱، ص. ۱۷۵).

از طریق ولایت عدول مؤمنین نه‌تنها جواز مشروعیت تصرف در مال غیر ثابت می‌شود بلکه وجوب مسئولیت در قبال حفظ و ادارهٔ اموال محجورین و غایبین، قابل‌اثبات است.

## ۲ـ محجوریت

محجور مصطلح، کسی است که شرعاً مجاز به تصرف در یکی از امور متعلق به خود، یعنی اموالش، نمی‌باشد (نجفی، ۱۴۲۲ق، ج. ۲۶، ص. ۳؛ الحسینی العاملی، بی‌تا، ج. ۵، ص. ۲۳۳)؛ یعنی اگرچه مالکیت اموال، متعلق به او است، به‌دلایلی ممنوع از تصرف در آن است. بنابراین یکی دیگر از دلایل مشروعیت و تحقق مسئولیت نسبت به اموال غیر، تحقق عنوان محجوریت است. محجوریت با تمام اسبابش، مانع تصرف شخص به اموال و دارایی‌هایش است (کاشف‌الغطاء، ۱۳۶۱ق، ص. ۱۵۵؛ نجفی، ۱۴۲۲ق، ج. ۲۶، ص. ۴). بر این اساس، از نظر شرعی و بر پایهٔ احادیث فراوان (مانند حدیث رفع قلم)، تصرفات محجور چه به‌نفعش و افزایش‌دهندهٔ اموالش باشد و چه نباشد، اثر و اعتبار ندارد، مگر مواردی که دلیل خاص وجود داشته باشد؛ مانند وصیت کودک ده‌ساله در مطلق خیرات یا ارحام و نزدیکان. بنابراین محجوریت انسان دلیل بر مسئولیت صاحبان ولایت درحفظ و ادارهٔ اموال او خواهد بود و عموم مسلمانان (عدول مؤمنین) داخل در این سلسله‌اند، البته با رعایت سلسله‌مراتب (کاشف‌الغطاء، ۱۳۶۱ق، ص. ۱۶۱).

## ۳ـ قاعدهٔ احسان

احسان به‌معنای انجام‌دادن عمل نیک در مورد دیگری است. در رابطه با این قاعده و کاربرد آن در موضوع مورد بحث، موارد زیر به‌اجمال بررسی می‌شود:

### *۳ـ۱ـ حقیقت و ماهیت قاعدهٔ احسان*

برخی از فقهای امامیه معتقدند که قاعدهٔ احسان به موارد جلب منفعت اختصاص دارد و شامل موارد دفع مضرت نیست و لذا در تعریف احسان گفته‌اند: «الاحسان هو ایصال النّفع الی الغیر لینتفع به مع تعریه من وجوه القبح»؛ احسان به‌معنای منفعت‌رساندن به غیر است؛ بدین‌منظور که از آن منتفع شود، مشروط بر آنکه از هرگونه قبحی مبرا باشد (طوسی، بی‌تا، ج. ۵، ص. ۲۷۹).

از عموم جملهٔ: «ما عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیلٍ» (توبه ۹۱) و «هَلْ¬ جَزاءُ الاحْسانِ إِلَّا الاحْسانُ» (الرحمن ۶) نمی‌توان لفظ احسان را صرفاً محدود به دفع ضرر دانست (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۸ق، ج. ۲، ص. ۴۷۷).

برخی از فقها قاعدهٔ احسان را مختص دفع ضرر می‌دانند و قائل‌اند که این قاعده شامل موارد جلب منفعت نمی‌شود (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۸ق، ج. ۲، ص. ۴۷۷). ولی به نظر می‌آید که قاعدهٔ احسان علاوه

برتبادر، عدم صحت سلب و تصریح اهل لغت، اطلاق داشته و قابل‌تعمیم به ایصال منفعت و جلب فایده برای دیگری نیز می‌باشد؛ چراکه حکم به عدم ضمان احسان، یک حکم عقلی است و امور عقلی استثناءپذیر و تخصیص‌بردار نیستند. لذا هم جلب منفعت نسبت به شخص، احسان است و هم دفع ضرر از مالک، چه‌بسا بعضی اوقات در نظر عرف دفع ضرر بیشتر مصداق احسان قرار گیرد تا جلب منفعت؛ مثل نجات انسان از مرگ و هلاکت. بنابراین اگر کسی به‌قصد عبور مردم و مصلحت عمومی در داخل آب سنگی قرار دهد، ولیکن در اثر این اقدام ضرری به دیگری حاصل آید، شخص اقدام‌کننده ضامن نیست؛ چراکه فاعل محسن بوده است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷ق، ج. ۵، ص. ۱۳).

واژهٔ سبیل در آیه به‌معنای سب، شتم، حرج، مشقت، حجت و مؤاخذه آمده است (ابن‌منظور، بی‌تا، ج. ۶، ص. ۹۱). با توجه به شأن نزول و سیاق آیه و معنای مؤاخذه از واژهٔ «سبیل»، محسن را به‌هیچ‌وجه به‌سبب آنچه از عمل نیکوی او ناشی شده است، نمی‌توان مؤاخذه کرد. گاه مؤاخذه درمقام تکلیف است و گاه درمقام وضع. موضوع ضامن‌نبودن محسن، همان عدم مؤاخذهٔ او به‌معنای وضعی است؛ یعنی هرگاه عملی از کسی سر بزند که موجب زیان وضرر به دیگری شود و فاعل آن عمل، قصد نیکوکاری داشته باشد، مسئولیتی به‌عهدهٔ او نبوده و ضامن نمی‌باشد (لطفی، ۱۳۷۹، ص. ۴۴)؛ گرچه بدون اجازهٔ مالک، در مالش تصرف نموده، ولیکن چون قصد احسان داشته و به‌انگیزهٔ خدمت به صاحب مال اقدام نموده، ضامن نیست؛ چراکه ضمان با احسان سازگاری ندارد، مگر درصورتی که افراط و تفریط صورت بگیرد.

همچنین اگر منزلی در معرض سیل قرار گیرد و اموال و اثاثیهٔ فراوانی در آن باشد و افرادی به‌قصد جلوگیری از ورود آب به منزل، مقداری از اموال را جلوی سیل قرار دهند و به‌این‌سبب بخشی از اموال تلف گردد، ضامن نخواهد بود (محقق داماد، ۱۳۸۷، صص. ۳۰۲–۳۰۳). این مثال مربوط به جلب منفعت است که قاعدهٔ احسان آن را شامل می‌شود.

در اینکه قاعدهٔ احسان، اقدام شخص در جهت مصلحت عامه را نیز شامل می‌شود، از آثار برخی فقهای بزرگ، به دست می‌آید که این مورد نیز مشمول قاعدهٔ احسان است. مثلاً اگر کسی به‌قصد عبور مردم و مصلحت عمومی در داخل آب سنگی قرار دهد ولیکن در اثر این اقدام ضرری به دیگری حاصل آید، شخص اقدام‌کننده ضامن نیست، چراکه فاعل محسن بوده است (محقق داماد، ۱۳۸۷).

علامه در تحریرالاحکام به‌طور قاطع به این موضوع فتوا داده است (شهید ثانی، ۱۹۹۲، ص. ۱۵۱). همچنین اگر شخصی در ملک دیگری، چاهی حفر کند و آنگاه مالک به این کار راضی شود، حافر ضامن نیست و اگر این کار را به‌دلیل رعایت مصلحت عابر انجام دهد نیز حفرکنندهٔ چاه ضامن نمی‌باشد (امام خمینی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۵۶۴). همچنین محقق حلی می‌نویسد: «هرگاه کسی به‌منظور استفادهٔ عموم و به مصلحت آنان چاهی درمسیر عبور عامه حفر کرد و آنگاه موجب خسارتی گردید ضمان ندارد؛ زیرا عمل او امری جایز بود و این نظر حسن است» (محقق حلی، بی‌تا، ج. ۴، ص. ۲۶۱؛ ر.ک: لطفی، ۱۳۷۹، ص. ۵۵).

### ۳ـ۲ـ تأثیر قاعدهٔ احسان در اسقاط ضمان

ازآنجاکه ادارهٔ فضولی مال غیر یکی از بارزترین اعمال محسنانه محسوب می‌گردد، در نقص و ابرام تأثیر قاعدهٔ احسان در مورد اثبات ضمان، فقها آرای مختلف دارند. در اینجا دو دیدگاه را توجه می‌کنیم:

دیدگاه اول، معتقد است که مفاد قاعدهٔ احسان فقط جنبهٔ اسقاطی دارد؛ یعنی ضمان را منتفی می‌سازد و به‌هیچ‌عنوان توان اثبات ضمان را ندارد؛ چراکه احسان از مسقطات ضمان است و در فقه به آن تصریح شده است (نجفی، ۱۴۲۲ق، ج. ۲۷، ص. ۹۶ به بعد؛ لنکرانی، ۱۴۱۶ق، ج. ۱، ص. ۲۵۸؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۳ق، ج. ۴، صص. ۸–۱۱). بنابراین، با تکیه بر این نظریه که قاعدهٔ احسان را مسقط ضمان می‌داند نه موجب آن، می‌توان گفت که ادارهٔ اموال غیردر صورت عدم امکان دسترسی به صاحب‌مال، به‌عهدهٔ حاکم شرع است و چنانچه امکان دسترسی به حاکم وجود نداشته باشد یا تأخیر در دخالت موجب ضرر شود، به‌استناد قواعد حسبه به‌عهدهٔ مؤمنان عادل است و درصورت حاضرنبودن آنان، عامهٔ مردم مسلمان عهده‌دار این وظیفه خواهند بود (مصطفوی، ۱۳۸۴، ص. ۷۱). بنابراین، این مسئولیت‌پذیری برطبق قاعدهٔ احسان، مشروعیت شرعی داشته و بدین‌جهت مالک مال در مورد مخارجی که اداره‌کننده متحمل شده است، مسئول شناخته می‌شود.

مادهٔ ۳۰۶ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران اسقاط ضمان را با شرایطی آن هم تنها به‌منظور دفع ضرر پذیرفته است. بر این اساس، مقرر می‌دارد: «اگر کسی اموال غایب یا محجور و امثال آن‌ها را بدون اجازهٔ مالک یا کسی که حق اجازه دارد اداره کند باید حساب زمان تصدی خود را بدهد در صورتی که تحصیل اجازه در موقع مقدور بوده یا تأخیر در دخالت موجب ضرر نبوده است حق مطالبهٔ مخارج نخواهد داشت ولی اگر عدم دخالت یا تأخیر در دخالت موجب ضرر صاحب مال باشد دخالت‌کننده مستحق اخذ مخارجی خواهد بود که برای اداره‌کردن لازم بوده است».

اما برطبق نظر دوم مبنای مشروعیت و مسئولیت ادارهٔ مال غیر، قاعدهٔ «ضرورت» است و با توجه به مستندات قاعدهٔ مذکور، نه‌تنها درهنگام ضرورت، حکم تکلیفی برداشته می‌شود، بلکه درحکم وضعی نیز تغییراتی حاصل می‌شود؛ چراکه برخی از ادلهٔ قاعده از این جهت اطلاق دارند و شامل احکام وضعی وتکلیفی هر دو می‌شوند (طاهری، ۱۳۸۷، ج. ۲، ص. ۲۵). اگر شخصی درهنگام ضرورت به‌خاطر حفظ مال غیر و جلوگیری از تلف آن، اقدام به فروش اموال مذکور بنماید نه‌تنها عمل حرامی مرتکب نشده است بلکه این بیع نیز صحیح و نافذ است و احتیاج به اجازهٔ مالک هم ندارد.

بنابراین درهنگام ضرورت، با امور ممنوع مانند امور جایز برخورد می‌شود و نه‌تنها حرمت تکلیفی برداشته می‌شود، بلکه درحکم وضعی هم تغییراتی حاصل می‌گردد (عامری، ۱۳۸۱، صص. ۵۴–۵۵؛ ر.ک: مصطفوی، ۱۳۸۴، ص. ۷۱).

بنابراین، بر مبنای قاعدهٔ «ضرورت» اگر اموال شخصی، در معرض تلف باشد و مالک به‌دلیل غیبت یا حجر و ناتوانی قادر به ادارهٔ اموال خود نباشد و از طرفی امکان استیذان از حاکم یا کسی که حق اجازه دارد وجود نداشته باشد، عموم مردم می‌توانند به‌منظور مصلحت و به‌استناد ضرورت ادارهٔ مال غیر، اقدام به

ادارهٔ اموال نماید و محدودهٔ این جواز تصرف، به‌اندازهٔ همان ضرورت است و پس از رفع ضرورت، حق تصرف زائل می‌گردد (عامری، ۱۳۸۱، صص. ۵۴–۵۵؛ مصطفوی، ۱۳۸۴، ص. ۷۱).

## ۴ـ قاعدهٔ الضرورات تبیح المحظورات

قاعدهٔ «ضرورت» یکی از ادلهٔ مهم فقهی در جواز مشروعیت و اثبات مسئولیت عموم مردم (به‌صورت واجب کفایی) است که هم در زمینهٔ احکام تکلیفی جریان دارد و هم دراحکام وضعی (طاهری، ۱۳۸۷، صص. ۲۵–۲۶). از بدیهات شرعیه این است که هر شخصی به‌موجب قاعدهٔ سلطنت؛ «النّاسُ مُسلَّطونَ علَی اموالِهِم...» (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج. ۲، ص. ۲۷۳، ح ۷)، برای تصرف در مال خود آزاد است وهیچ‌کس حق ندارد متعرض این آزادی گردد، بنابراین برای هیچ‌کس جایز نیست مال دیگری را بگیرد یا بدون حق و رضایت (خویی، ۱۴۱۷ق، ج. ۴، ص. ۱۳۳؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۲۸۱)، در آن تصرف کند و اگر چنین کرد، ظالم و غاصب شمرده می‌شود. هم چنین کسی حق ندارد مال دیگری را تغییر دهد، بر آن بیفزاید یا مرغوبیت بخشد، مگر اینکه مالک آن را اجازه داده باشد. هر تصرف مخالف این قاعده جز درشرایط استثنایی محکوم به بطلان است. ازجمله موارد استثنایی برای تجویز تصرف در مال غیر، فراهم‌آمدن شرایط ادارهٔ مال غیر است که شرع اجازه می‌دهد به‌منظور حفظ مال غیر و جلوگیری از تلف آن، هر شخصی به ادارهٔ اموال غایب، محجور و امثال آن‌ها بپردازد. در غیر این صورت یعنی ضرورت ایجاب نشود، حق تصرف در مال غیر را با هر انگیزه‌ای ندارد؛ چراکه اصل عدم ولایت و عدم تصرف در مال غیر است (موسوی خمینی، ۱۴۱۵ق، ج. ۲، ص. ۱۴۵).

### ۴ـ۱ـ شرایط اعمال قاعدهٔ «ضرورت»

قاعدهٔ «ضرورت» مطلق نیست و اعمال آن محدودیت‌هایی دارد. بنابراین برای اخذ به حکم ضرورت و عمل به مقتضای آن و تخطی از ادلهٔ احکام اولیه باید همهٔ ضوابط وشرایط اعمال قاعده محقق گردد که از جمله شرایط، این است که ضرورت باید بالفعل باشد نه بالقوه: به‌عبارت دیگر خوف هلاک یا اتلاف نفس یا مال محقق باشد به‌این‌معنی که ظن غالب به آن داشته باشیم که خطری حقیقی یکی از ضروریات پنج‌گانه؛ یعنی دین، نفس، عقل، عرض و مال را تهدید می‌کند و برای رفع ضرر راه دیگری که مباح بوده، وجود نداشته باشد در اینجاست که برای دفع خطر اخذ به احکام استثنائیه جایز می‌گردد همچنین بر اساس قاعدهٔ «الضروره یدفع بقدر الامکان»، ضرر را باید به‌قدر امکان دفع کرد. بنابراین ضرورت حالتی نادر و استثنایی است و درتفسیر آن باید سخت‌گیری و دقت کرد و اباحهٔ حاصل از آن، به‌اندازهٔ لازم و برای رفع دشواری است؛ چراکه در زائد بر مقدار ما یدفع به الضرر دیگر ضرورتی نخواهد بود تا حکم اباحه بنا بر قاعدهٔ ضرورت جاری شود (زحیلی، ۱۴۱۸ق، ص. ۶۵).

### ۴ـ۲ـ وجه / ستدلال به قاعدهٔ «الضرورات تبیح المحظورات»

با توجه به اصل عدم ولایت وادلهٔ اولیه، هیچ‌کسی حق ندارد درامور شخصی ومالی دیگران دخالت و با هر انگیزه‌ای تصرف نماید و اگر تصرف کند این تصرف فضولی بوده و نافذ نیست و صحت آن منوط به

اجازۀ مالک می‌باشد (خویی، ۱۴۱۷ق، ج. ۴، ص. ۱۳۳). اما این حکم موارد استثنایی نیز دارد که تصرف درمال دیگران را درصورتی که به‌مصلحت مالک باشد (انصاری، شیخ مرتضی، بی‌تا، ص. ۱۵؛ نجفی، ۱۴۲۲ق، ج. ۳۱، ص. ۶۴)، برای گروهی جایز می‌داند. منشاء این جواز یا ولایت است، مانند تصرّف ولی در مال مولی‌علیه، وصی درمال یتیم و حاکم در امور حسبی یا توافق و قرارداد بین مالک و تصرّف‌کننده، مانند تصرّف وکیل در مال موکل، عامل در مال مضاربه‌ای و مستعیر در مال عاریه‌ای و یا اذن مالک، مانند اذن مولا به برده‌اش درتجارت که به او عبد مأذون گفته می‌شود. از جمله افرادی که درگروه نخست قرار می‌گیرند، عموم مسلمانان هستند که بر وجه واجب کفایی با هدف حفظ و ادارۀ اموال محجورین و غایبین حق ولایت و تصرف دارند که مستند به ادلۀ شرعی و عقلی است. یکی از این ادله، تحقق ضرورت است و با وجود ضرورت، آن محظوری که حاصل ادلۀ اولیه بود در مورد محجور و غایب منتفی شده وتصرفات عموم مسلمانان را درحفظ و ادارۀ اموال و دارایی‌های ایشان، مشروعیت می‌بخشد (العلامة الحلی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۸۰; موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ج. ۱، صص. ۵۱۴–۵۱۵).

## قلمرو مسئولیت نسبت به اموال محجورین و غایبین

قلمرو مسئولیت ادارۀ اموال غیر، تابع دلالت ادلۀ آن است. چنان‌که در این مقاله آمده است یکی از آن ادله، قاعدۀ احسان است که به‌حسب واژگان و الفاظ، دلالت برعموم و مطلق دارد و محدود به مال معین، موارد خاص از مسئولیت یا تصرفات خاصی نیست؛ زیرا با توجه به عموم جملۀ «ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» (توبه ۹۱) و «تعاونوا علی البر والتقوی» (مائده ۲) و اینکه به تصریح اهل لغت و تبادر و نیز عدم صحت سلب و دلائلی چون عقل و اجماع (الاملی، الشیخ محمدتقی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۳۳۰) که از مجموع آن‌ها قواعدی چون لزوم حفظ و نگهداری حقوق و اموال دیگران ومانند آن‌ها اصطیاد می‌گردد، جلب منفعت و دفع ضرر از مصادیق احسان‌اند؛ زیرا آنچه از واژۀ احسان متبادر می‌شود، مفهوم اعم است و همچنین مفاد قاعدۀ احسان یک حکم عقلی است و امور عقلی تخصیص‌پذیر نیستند (محقق داماد، ۱۳۸۷، ج. ۱، ص. ۳۰۲). بنابراین، احسان به صاحب مال، گاهی به‌منظور دفع ضرر است وگاه برای رساندن منفعت.

در امور «حسبیه» که شارع مقدس، در هر دو بعد آن (دنیوی و اخروی) راضی به اهمال آن نبوده و برپایی آن را ضروری می‌داند (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷ق، ج. ۱، ص. ۲۵۷). آنجاکه امکان اخذ اذن از مالک یا مراجع شرعی و قانونی وجود ندارد و تصرف شخص در مال دیگری بنا به وظیفۀ شرعی و عمل به معروف است، مثل ادارۀ مال غیر در غیاب او، در این صورت حفظ اموال مردم در غیاب آنان با حاکم است و او بر غایبین ولایت دارد، ولی در فرض عدم امکان دسترسی به حاکم، این وظیفه با عدول (پارسایان) از مردم است و چنانچه پارسایی یافت نشود همۀ کس باید این وظیفه را انجام دهد، هرچند واجد شرایط عدالت نباشد. بدیهی است مواردی که امکان استیذان از مالک یا قائم‌مقام او و مراجع شرعی و قانونی وجود دارد، از قلمرو حسبه خارج و مشمول ضمان ید خواهد بود در مواردی که امکان استیذان وجود ندارد، به‌دلیل عمومات حسبه، مجوز شرعی پدید می‌آید و عمل متصرف با اذن شرعی صورت می‌گیرد و لذا از مصادیق ید امانی محسوب می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۷، ج. ۱، ص. ۹۵).

برطبق قاعدهٔ «الضرورات تبیح المحظورات»، تا مادامی که ضرورت باقی است، دخالت و ادارهٔ اموال محجورین و غائبین هم جایز است و اگر مبنای منفعت و مفیدبودن ادارهٔ اموال را ملاک قرار دهیم، در هرجا تصرفی به‌نفع مالک در اموال او صورت می‌گیرد، مشمول حکم اباحه و جواز می‌باشد. اما آیا مفاد این مبانی، جایزبودن اداره و مسئولیت را به مال معین محدود می‌کند؟ خیر بلکه تعبیر ادارهٔ مال محجورین و غایبین دلالت بر این ندارد که اداره، تنها شامل مال معین یا اموال خارجی گردد (نجفی، ۱۴۲۲ق، ج. ۳۱، ص. ۶۴). دقت در ادلهٔ فقهی نیز چنین استنباطی را تأیید نمی‌کند؛ به‌عنوان مثال در معنای آیهٔ ۱۵۲ سورهٔ انعام «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ...» که به موضوع ادارهٔ مال یتیم مربوط می‌شود، محدودیتی برای معنای مال و نوع تصرفات قائل نشده‌اند (عامری، ۱۳۸۲، ص. ۶۹)؛ چراکه جملهٔ «وَلَا تَقْرَبُوا» به مال نسبت داده شده است، پس مراد از آن تصرف در مال است؛ زیرا قطعاً معنای لغوی قرب، مراد شارع نبوده است. ضمناً از تعبیری که در آیه آمده است، مطلق تصرفات اراده شده وتنها تصرفات معروف؛ همچون بیع، صلح را در بر نمی‌گیرد، بلکه شامل قبض، ابقا و حتی ترک تصرف هم می‌شود.

آنچه ازاین آیه استنباط می‌شود این است که اولاً خطاب به جمیع مؤمنین است اگرچه قدر متیقن از آن، فقیهٔ جامع‌الشرایط است، بلکه به‌مقتضای این آیه برای غیرفقیه نیز با اذن و اجازهٔ فقیه دخل‌وتصرف دراموال ایتام و محجورین، مشروعیت دارد و ثانیاً رعایت مصلحت به‌عنوان شرط اساسی ضرورت داشته ومجوّز تصرف محسوب می‌شود (نراقی، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۵۵۵). بنابراین قلمرو این تصرف، صرفاً درحوزهٔ مصالح محجورین و غایبین ظهور و بروز خواهد داشت؛ چراکه برطبق ادلهٔ یادشده، درشریعت مقدس اسلام ادارهٔ اموال یتیم به‌طریق احسن، نه‌تنها جایز بلکه درمواردی واجب نیز می‌باشد. اگر تصرف موجب ضرر گردد، ممنوع و باطل (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۲، ص. ۲۰۰؛ عِجلی حلّی، ۱۴۱۰ق، ج. ۱، ص. ۴۴۱) و اگر منجر به منفعت یتیم شود، جایز است. اما هیچ دلیلی وجود ندارد که اداره را محدود به مال معین یا تصرفات خاصی بنماید (عامری، ۱۳۸۲، ص. ۶۹). درکلام برخی ازفقها از جمله امام خمینی نیز به محدودیت تصرف درجان محجور و غایب اشاره شده است معذالک محدودیتی برای تصرف در اموال وجود ندارد (امام خمینی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۵۱۱).

## نتیجه‌گیری

اصل در ادارهٔ اموال این است که شخص خود حق تصرف دارد. اما اگر فرد محجور یا غائب شود و دسترسی به آن غیرمقدور باشد، دراین صورت مسئولیت ادارهٔ اموال وی درمرحلهٔ نخست به‌عهدهٔ حاکم شرع است و چنانچه امکان دسترسی به حاکم وجود نداشته باشد یا تأخیر دردخالت، موجب ضرر شود، به‌استناد قواعد حسبه به‌عهدهٔ مؤمنان عادل است و درصورت حاضرنبودن آنان، عامهٔ مردم بر مبنای قاعدهٔ احسان و دیگر ادله، عهده‌دار این وظیفه خواهند بود و این امر اگر با حسن‌نیت و انگیزهٔ خیرخواهی، صورت بگیرد مبنای فقهی و شرعی دارد و ادلهٔ عقلی و نقلی دلالت بر مشروعیت و مسئولیت عموم مردم در ادارهٔ اموال محجورین و غایبین دارد. البته این نوع ادارهٔ مال درصورتی درست است که به‌شکل فضولی باشد؛ یعنی

تحصیل اجازه غیرمقدور بوده و تأخیر در دخالت موجب ضرر مالک گردد و نیز مالک ناتوان از ادارۀ آن باشد.

درمیان مجموع ادلۀ عقلی و نقلی، قاعدۀ «الضرورات تبیح المحظورات» از اصلی‌ترین مبانی پذیرفتن این مسئولیت قلمداد می‌شود و این مسئولیت اداره که به‌صورت فضولی است، درصورت تحقق ارکان مادی و معنوی و شرایطی، چون فضولی‌بودن اداره و ناتوانی مالک از ادارۀ اموال یا عدم دست‌یابی به آن و حصول ضرورت، موجب به‌وجودآمدن تعهداتی برای فضولی و مالک شده و می‌تواند درتعیین قلمرو آن مؤثر باشد. با وجود اینکه فقها قاعدۀ احسان را بحث کرده‌اند، اما هیچ‌گاه از اثباتِ ضمان توسط این قاعده سخنی به میان نیاورده‌اند و درحقیقت چنین نتیجه‌ای استنباط می‌شود که مفاد قاعدۀ احسان فقط اسقاط ضمان است و به‌هیچ‌عنوان توان اثبات ضمان را ندارد؛ چراکه احسان از مسقطات ضمان است و فقها به آن تصریح کرده‌اند و بنا بر نظریۀ آنان، در مورد عملی که از روی احسان انجام شده و منجر به خسارت می‌شود، شخص عامل ضامن خسارات نیست، نه اینکه مخارجی را که متحمل شده است، طلبکار شود. به‌سخن دیگر، قاعدۀ احسان مسقط ضمان است نه موجب آن؛ لذا با تحقق شرایط، علاوه بر اینکه می‌توان از هدررفتن، ضایع‌شدن و خسارت اموال محجور و غایب و به‌طورکلی هرآن‌کس که ناتوان از ادارۀ مال خود است، جلوگیری کرد، این کار فضائل اخلاقی را نیز در پی دارد، در عین حال که تعهداتی برای مالک و متعهد به‌همراه خواهد داشت.

## منابع


قرآن کریم

ابن‌منظور مصری، جمال‌الدین محمدبن مکرم. (بی‌تا). *لسان العرب*. بیروت: دارالفکر.

امامی، سیدحسن. (۱۳۷۴). *حقوق مدنی* (ج. ۱، چاپ پانزدهم). تهران: کتابفروشی اسلامی.

الاملی، الشیخ محمدتقی. (بی‌تا). *المکاسب والبیع؛ تقریر بحث المیرزا النائینی* (ج. ۲). قم: جامعهٔ مدرسین.

امیدی‌فرد، عبدالله و فرحی، معصومه سادات. (پاییز ۱۳۹۵). مطالعهٔ تطبیقی وضعیت زوجهٔ غایب مفقودالأثر در فقه مذاهب خمسه. *پژوهش‌های فقهی*، (۳)، دورهٔ ۱۲.

انصاری، شیخ مرتضی. (۱۳۸۹). *مکاسب*. (آیت‌الله غرویان، ترجمه وشرح). (ج. ۳، چاپ اول). قم: دارالفکر.

انصاری، شیخ مرتضی. (بی‌تا). *کتاب الزکاة*. [بی‌جا]: [بی‌نا].

انصاری، قدرت‌الله. (۱۳۹۱). *احکام و حقوق کودکان در اسلام*. (برگرفته از: موسوعه احکام الاطفال و ادلتها، محمدجواد فاضل لنکرانی). قم: مرکز فقهی ائمهٔ اطهار (ع).

بحرانی، یوسف. (بی‌تا). *الحدائق الناضرة الی احکام العترة الطاهرة* (ج. ۱۸). قم: جامعهٔ مدرسین.

التوحیدی، محمدعلی. (۱۴۱۷ق). *مصباح الفقاهة* (ج. ۴، چاپ اول). قم، انصاریان.

الحسینی العاملی، السید محمدجواد. (بی‌تا). *مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة للفقیه*. بیروت، دار احیاء التراث العربی.

حسینی مراغه‌ای، میرعبدالفتاح بن علی. (۱۴۱۸ق). *العناوین الفقهیة* (ج. ۱ و ۲، چاپ اول). قم: نشرالاسلامی.

حفیف، علی. (۱۳۸۰ق). *الحسبة فی الاسلام*. دمشق: اسبوع الفقه الاسلامی.

حق‌خواه، منیره. (۱۳۹۱). تصرفات فضولی ولی قهری در اموال مولی‌علیه. *فقه و حقوق خانواده*، ۱۷(۵۷)، ۱۰۸-۱۳۰.

الحکیم، السید عبدالصاحب. (بی‌تا). *منتقی الأصول* (ج. ۵). مطبعة الأمیر.

حلی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵ق). *الجامع للشرایع* (ج. ۱، چاپ اول). قم: سیدالشهداء (ع).

خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۷ق). *مصباح الأصول* (ج. ۲). قم: انتشارات داوری.

خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۷ق). *مصباح الاصول* (ج. ۴، چاپ اول). قم: نشر فقاهه.

رحمانی، محسن. (۱۳۸۸). بررسی تطبیقی قلمرو ادارهٔ مال غیر. *دانشنامهٔ حقوق وسیاست*، (۱۲)، پاییز و زمستان، ۱۴۹.

زحیلی، وهبه. (۱۴۱۸ق). *نظریة الضرورة الشرعیة مقارنة مع القانون الوضعی*. دمشق: دارالفکر.

سنهوری، عبدالرزاق. (۱۹۵۲). *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

شهید ثانی، زین‌الدین بن بن علی بن احمد. (۱۹۹۲). *الروضة البهیة* (ج. ۴ و ۱۰). (سید محمد کلانتر، تعلیق و مصحح). بیروت: داراحیاء التراث العربی.

شیرازی، صدرالدین (ملاصدرا). (۱۹۸۱). *اسفار* (ج. ۱). بیروت: دار احیاء التراث العربی.

صدوق، محمدبن علی. (۱۳۶۲). *الخصال* (ج. ۲). قم: جامعهٔ مدرسین.

طاهری، محمد. (۱۳۸۷). *قواعدالفقه* (ج. ۲). قم: جامعهٔ مدرسین.

طوسی، محمدبن حسن. (۱۳۸۷ق). *المبسوط فی فقه الامامیة* (ج. ۲، چاپ سوم). تهران: المکتبة المرتضویة ةحیاء الآثار الجعفریة.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). *النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی* (ج. ۱، چاپ دوم). بیروت: دارالکتاب العربی.

طوسی، محمد بن حسن. (بی‌تا). *التبیان فی تفسیر القرآن* (ج. ۵). بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

عامری، پرویز. (۱۳۸۱). مبانی ادارهٔ مال غیر. *مجلهٔ رهنمون*، (۱).

عِجلی حلّی، فخرالدین ابوعبدالله محمدبن احمدبن ادریس. (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی* (ج. ۱، چاپ دوم). قم: جامعهٔ مدرسین.
العلامة الحلی، حسن بن یوسف. (بی‌تا). *تذکرة¬الفقهاء* (ج. ۲). قم: المکتبة المرتضویة.
غروی اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۹ق). *حاشیة کتاب¬المکاسب*. (الشیخ عباس محمد آل سباع، تدوین). قم: دارالمصطفی (ص) ةحیاء التراث.
الغروی، الشیخ علی. (بی‌تا). *التنقیح فی شرح العروة الوثقی* (ج. ۱). [بی‌جا]: [بی‌نا].
فیض، علیرضا. (۱۳۹۵). *مقارنه فقهی حقوقی در عقود و ایقاعات*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۹). *الزام‌های خارج از قرارداد ضمان قهری* (چاپ دوم). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۱). *دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی* (چاپ پنجم). تهران: شرکت سهامی انتشار.
کاشف‌الغطاء، محمدحسین. (۱۳۵۹ق). *تحریرالمجلة* (ج. ۲). نجف: المکتبة المرتضویة.
کاشف‌الغطاء، محمدحسین. (۱۳۶۱ق). *تحریرالمجله* (ج. ۲، چاپ سوم). نجف: مکتبهٔ المرتضویه.
لطفی، اسدالله. (۱۳۷۹). قاعدهٔ احسان. *مجلهٔ دانشکدهٔ حقوق وعلوم سیاسی*، تهران، (۰)، دورهٔ ۵۰.
لنکرانی، محمدفاضل. (۱۴۱۶ق). *القواعد الفقهیة* (ج. ۱). قم: مکتبهٔ مهر.
مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۳ق). *بحارالانوار* (ج. ۲، چاپ دوم). تهران: نشر وفا.
مجموعهٔ کامل قوانین حقوقی جمهوری اسلامی (۱۳۶۳). *مجموعهٔ کامل قوانین حقوقی جمهوری اسلامی*.
محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفربن حسن بن یحیی. (بی‌تا). *شرایع الاسلام* (ج. ۴). (سیدصادق شیرازی، تعلیق). تهران: استقلال.
محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۳۸۷). *قواعد فقهیه* (ج. ۱ و ۲، چاپ هشتم). تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
محقق کرکی، نورالدین علی بن حسین بن عبدالعالی. (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد* (ج. ۴، چاپ دوم). قم: آل البیت (ع).
مصطفوی، مصطفی. (۱۳۸۴). احسان منبع مسئولیت. *فصلنامهٔ حقوق اسلامی*، (۶)، دورهٔ ۲.
موسوی بجنوردی، سیدمحمد. (۱۳۷۲). *قواعد فقهیه* (ج. ۱). تهران: نشر میعاد.
موسوی بجنوردی، میرزاحسن. (۱۳۷۷ق). *القواعد الفقهیة* (ج. ۵). قم: الهادی.
موسوی خمینی، سیدروح‌الله. (۱۳۹۰). *تحریر الوسیلة* (ج. ۱). قم: اسماعلیان.
موسوی خمینی، سیدروح‌الله. (۱۴۱۸ق). *البیع* (ج. ۲). تهران: موسسهٔ تنظیم نشرآثار امام خمینی (ره).
موسوی خمینی، سیدروح‌الله. (۱۴۱۵ق). *مکاسب محرّمه* (ج. ۲). قم، مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
نجفی، محمدحسن. (۱۴۲۲). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. بیروت، دار إحیاء التراث العربی.
نراقی، المولی احمد. (بی‌تا). *عوائد الأیام فی بیان قواعد الأحکام* (ج. ۱). [بی‌جا]: [بی‌نا].
وطنی، امیر. (۱۳۸۱). بررسی فقهی اضطرار و ضرورت. *مجلهٔ مقالات و بررسی‌ها دانشگاه تهران*، (۰)، دورهٔ ۷۱.
هاشمی شاهرودی، سیدمحمود. (۱۴۲۶ق). *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)* (ج. ۳). قم: مؤسسهٔ دائرة المعارف فقه اسلامی.

## References


The Noble Qurʾān. (in Arabic)

Nahj al-Balāghah. (in Arabic)

Ibn Manẓūr al-Miṣrī, Jamāl al-Dīn Muḥammad ibn Mukarram. (n.d.). *Lisān al-ʿArab*. Beirut: Dār al-Fikr. (in Arabic)

Imāmī, Sayyid Ḥasan. (1374 SH / 1995 AD). *Ḥuqūq-e Madanī* (Vol. 1, 15th ed.). Tehran: Ketābfurūshī Islāmī. (in Persian)

Al-Āmalī, Shaykh Muḥammad Taqī. (n.d.). *Al-Makāsib wa al-Bayʿ*; Taqrīr-e Baḥth al-Mīrzā al-Nāʾīnī (Vol. 2). Qom: Jāmiʿat al-Mudarrisīn. (in Arabic)

Omīdīfard, ʿAbdullāh and Farahī, Maʿṣūmeh Sādāt. (Fall 1395 SH / 2016 AD). "Moqāyesh-e Vazʿiyat-e Zawje-ye Ghāyeb-e Mafqūd al-Athar dar Fiqh-e Mazāheb-e Khomseh" [Comparative Study of the Status of the Absent Missing Wife in the Jurisprudence of the Five Schools]. *Pazhūheshhā-ye Fiqhī*, 3(12). (in Persian)

Anṣārī, Shaykh Murtadā. (1389 SH / 2010 AD). *Al-Makāsib*. Translated and explained by Āyatullāh Gharavīyān. Vol. 3 (1st edition). Qom: Dār al-Fikr. (in Persian)

Anṣārī, Qudratullāh. (1391 SH / 2012 AD). *Aḥkām wa Ḥuqūq-e Kudakān dar Islām*, from *Mawsūʿat Aḥkām al-Aṭfāl wa Adillatuhā* by Muḥammad Jawād Fāḍel Lankarānī. Qom: Markaz-e Fiqhī Aʾimmah al-Aṭhār. (in Persian)

Baḥrānī, Yūsuf. (n.d.). *Al-Ḥadāʾiq al-Nāḍirah ilā Aḥkām al-ʿItrah al-Ṭāhirah* (Vol. 18). Qom: Jāmiʿat al-Mudarrisīn. (in Arabic)

Al-Tūḥīdī, Muḥammad ʿAlī. (1417 AH / 1997 AD). *Miṣbāḥ al-Fiqhah* (Vol. 4, 1st ed.). Qom: Anṣārīyān. (in Arabic)

Al-Ḥusaynī al-ʿĀmilī, Sayyid Muḥammad Jawād. (n.d.). *Miftāḥ al-Karāmah fī Sharḥ Qawāʿid al-ʿAllāmah lil-Faqīh*. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)

Ḥusaynī Marāghahʾī, Mīr ʿAbd al-Fattāḥ ibn ʿAlī. (1418 AH / 1997 AD). *Al-ʿAnāwīn al-Fiqhīyah* (Vols. 1 & 2, 1st ed.). Qom: Nashr al-Islāmī. (in Arabic)

Ḥafīf, ʿAlī. (1380 AH / 1960 AD). *Al-Ḥisbah fī al-Islām*. Damascus: Usbūʿ al-Fiqh al-Islāmī. (in Arabic)

Ḥaqq Khwāh, Munīrah. (1391 SH / 2012 AD). "Taṣarrufāt-e Faḍūlī valī Qahrī dar Amwāl-e Mūlī ʿAlayh." *Fiqh wa Ḥuqūq-e Khānevādeh*, 17(57), 108–130. (in Persian)

Al-Ḥakīm, Sayyid ʿAbd al-Ṣāḥib. (n.d.). *Muntaqā al-Uṣūl* (Vol. 5). Maṭbaʿat al-Amīr. (in Arabic)

Ḥillī, Yaḥyā ibn Saʿīd. (1405 AH / 1985 AD). *Al-Jāmiʿ lil-Sharāʾiʿ* (Vol. 1, 1st ed.). Qom: Sayyid al-Shuhadāʾ. (in Arabic)

Khūyī, Sayyid Abū al-Qāsim. (1417 AH / 1996 AD). *Miṣbāḥ al-Uṣūl* (Vol. 2). Qom: Intishārāt Dāwurī. (in Arabic)

Khūyī, Sayyid Abū al-Qāsim. (1417 AH / 1996 AD). *Miṣbāḥ al-Uṣūl* (Vol. 4, 1st ed.). Qom: Nashr Fiqh. (in Arabic)

Raḥmānī, Muḥsin. (1388 SH / 2009 AD). "Barrasi-ye Tatbīqī-ye Qalamrū-ye Ādārah-e Māl-e Ghayr" [Comparative Study of the Scope of Management of Others' Property]. *Dāneshnāmeh-ye Ḥuqūq wa Sīyāsat*, 12 (Fall-Winter), 149. (in Persian)

Zaḥīlī, Wahbah. (1418 AH / 1997 AD). *Naẓariyyah al-Ḍarurah al-Sharʿiyyah Muqāranah maʿa al-Qānūn al-Waḍʿī*. Damascus: Dār al-Fikr. (in Arabic)
Sanhūrī, ʿAbd al-Razzāq. (1952 AD). *Al-Wasīṭ fī Sharḥ al-Qānūn al-Madani al-Jadīd*. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)
Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī ibn Aḥmad. (1992 AD). *Al-Rawḍah al-Bahiyyah* (Vols. 4 & 10). Annotated and corrected by Sayyid Muḥammad Kalāntar. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī.
Shīrāzī, Ṣadr al-Dīn (Mullā Ṣadrā). (1981 AD). *Asfār* (Vol. 1). Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)
Ṣadūq, Muḥammad ibn ʿAlī. (1362 SH / 1983 AD). *Al-Khaṣāʾil* (Vol. 2). Qom: Jāmiʿat al-Mudarrisīn. (in Arabic)
Ṭāhirī, Muḥammad. (1387 SH / 2008 AD). *Qawāʿid al-Fiqh* (Vol. 2). Qom: Jāmiʿat al-Mudarrisīn. (in Persian)
Ṭūsī, Abū Jaʿfar Muḥammad ibn Ḥasan. (1387 AH / 1967 AD). *Al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmiyyah* (Vol. 2, 3rd ed.). Tehran: Al-Maktabah al-Murtazawiyyah. (in Arabic)
Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. (1400 AH / 1980 AD). *Al-Nihāyah fī Mujarrad al-Fiqh wa al-Fatāwā* (Vol. 1, 2nd ed.). Beirut: Dār al-Kutub al-ʿArabī. (in Arabic)
Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. (n.d.). *Al-Tibyān fī Tafsīr al-Qurʾān* (Vol. 5). Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)
ʿĀmrī, Parvīz. (1381 SH / 2002 AD). "Mabānī-ye Idārah-e Māl-e Ghayr." *Majallah-ye Rahnamūn*, 1. (in Persian)
ʿIjlī Ḥillī, Fakhr al-Dīn Abū ʿAbdallāh Muḥammad ibn Aḥmad ibn Idrīs. (1410 AH / 1990 AD). *Al-Sarāʾir al-Ḥāwī li Taḥrīr al-Fatāwā* (Vol. 1, 2nd ed.). Qom: Jāmiʿat al-Mudarrisīn. (in Arabic)
ʿAllāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. (n.d.). *Tadhkirat al-Fuqahāʾ* (Vol. 2). Qom: Maktabat al-Murtazawiyyah. (in Arabic)
Gharawī Isfahānī, Muḥammad Ḥusayn. (1419 AH / 1998 AD). *Ḥāshiyat Kitāb al-Makāsib*. Edited by Shaykh ʿAbbās Muḥammad Āl Sibāʿ. Qom: Dār al-Muṣṭafā. (in Arabic)
Al-Gharawī, Shaykh ʿAlī. (n.d.). *Al-Tanqīḥ fī Sharḥ al-ʿUrwah al-Wuthqā* (Vol. 1). [n.p.]. (in Arabic)
Fayẓ, ʿAlī Rezā. (1395 SH / 2016 AD). *Moqārenat-e Fiqhī-Ḥuqūqī dar ʿUqūd va Īqwāʿāt*. Tehran: Nashr Dāneshgāh-e Tehran. (in Persian)
Kātūzīyān, Nāṣir. (1379 SH / 2000 AD). *Iltizāmāt Khārij az al-Qarārdād (Ḍamān Qahrī)* (2nd ed.). Tehran: Nashr Dāneshgāh-e Tehran. (in Persian)
Kātūzīyān, Nāṣir. (1381 SH / 2002 AD). *Dawr-e Muqaddamātī Ḥuqūq Madanī* (5th ed.). Tehran: Sherkat Sahāmī Intishār. (in Persian)
Kāshif al-Ghaṭāʾ, Muḥammad Ḥusayn. (1359 AH / 1940 AD). *Taḥrīr al-Majallah* (Vol. 2). Najaf: Maktabat al-Murtazawiyyah. (in Arabic)
Kāshif al-Ghaṭāʾ, Muḥammad Ḥusayn. (1361 AH / 1942 AD). *Taḥrīr al-Majallah* (Vol. 2, 3rd ed.). Najaf: Maktabat al-Murtazawiyyah. (in Arabic)
Luṭfī, ʿAsadullāh. (1379 SH / 2000 AD). "Qāʿidat al-Iḥsān." *Majallah Dāneshkade-ye Ḥuqūq wa ʿUlūm-e Sīyāsī*, Tehran, (0), 50th year. (in Persian)
Lankarānī, Muḥammad Fāḍil. (1416 AH / 1996 AD). *Al-Qawāʿid al-Fiqhiyyah* (Vol. 1). Qom: Maktabat Mihr.

Majlisī, Muḥammad Bāqir. (1403 AH / 1983 AD). *Biḥār al-Anwār* (Vol. 2, 2nd ed.). Tehran: Nashr Wafā. (in Arabic)

Majmūʿeh Kāmil-e Qavānīn Ḥuqūqī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī. (1363 SH / 1984 AD). *Majmūʿeh Kāmil-e Qavānīn Ḥuqūqī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī*.

Muḥaqqiq Ḥillī, Abū al-Qāsim Najm al-Dīn Jaʿfar ibn Ḥasan ibn Yaḥyā. (n.d.). *Sharāʾiʿ al-Islām* (Vol. 4). Annotated by Sayyid Ṣādiq Shīrāzī. Tehran: Esteqlāl. (in Arabic)

Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. (1387 SH / 2008 AD). *Qawāʿid Fiqhīyah* (Vols. 1 & 2, 8th ed.). Tehran: Vezārat Farhang va Ershād Islāmī. (in Persian)

Muḥaqqiq Karkī, Nūr al-Dīn ʿAlī ibn Ḥusayn ibn ʿAbd al-ʿĀlī. (1414 AH / 1993 AD). *Jāmiʿ al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawāʿid* (Vol. 4, 2nd ed.). Qom: Āl al-Bayt.

Moṣṭafawī, Moṣṭafā. (1384 SH / 2005 AD). "Iḥsān Manbaʿ-e Masʾūliyyat." *Faslnāmah Ḥuqūq-e Islāmī*, 6(2). (in Persian)

Mūsawī Bojnourdī, Sayyid Muḥammad. (1372 SH / 1993 AD). *Qawāʿid Fiqhīyah* (Vol. 1). Tehran: Nashr Mīʿād. (in Persian)

Mūsawī Bojnourdī, Mīrzā Ḥasan. (1377 SH / 1998 AD). *Al-Qawāʿid al-Fiqhiyyah* (Vol. 5). Qom: al-Hādī.

Mūsawī Khomeinī, Sayyid Rūḥullāh. (1390 SH / 2011 AD). *Taḥrīr al-Wasīlah* (Vol. 1). Qom: Ismāʿīlīyān. (in Persian)

Mūsawī Khomeinī, Sayyid Rūḥullāh. (1418 AH / 1997 AD). *Al-Bayʿ* (Vol. 2). Tehran: Muʾassasat Tanzīm wa Nashr Āthār Imām Khomeinī. (in Persian)

Mūsawī Khomeinī, Sayyid Rūḥullāh. (1415 AH / 1994 AD). *Al-Makāsib al-Muḥramah* (Vol. 2). Qom: Muʾassasat Tanzīm wa Nashr Āthār Imām Khomeinī. (in Persian)

Najafī, Muḥammad Ḥasan. (1422 AH / 2002 AD). *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāʾiʿ al-Islām*. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)

Narāqī, al-Mawlī Aḥmad. (n.d.). *ʿAwāʾid al-Ayyām fī Bayān Qawāʿid al-Aḥkām* (Vol. 1). [n.p.]. (in Arabic)

Waṭnī, Amīr. (1381 SH / 2002 AD). "Barrasi-ye Fiqhī-ye Iḍtirār wa Ḍarūrah." *Majallat Maqālāt wa Barrasi-hāye Dāneshgāh-e Tehran*, (0), 71st year. (in Persian)

Hāshmī Shāhrūdī, Sayyid Maḥmūd. (1426 AH / 2005 AD). *Farhang-e Fiqh Muṭābiq madhhab Ahl al-Bayt* (Vol. 3). Qom: Muʾassasat Dāʾirat al-Maʿārif al-Fiqh al-Islāmī. (in Persian)

# Table of Contents

**An Analytical Study on the Necessity of the Fiqhī-Legal Recognition of the Status of the Islamic Customary ʻAqd Period / 3**
Hamed Mahdavi, Muhammd Imami & Sayyid Hasan Vahdati Shubayri
**Fiqhī and Legal Analysis of Ghaṣb (Usurpation) in the Context of Hadd-Based Theft Code / 27**
Sayyid Hamid Husayni Alarzi, Muhammad Baqer Girayeli & Husayn Ebrahimzadeh
**A Reflection on the Dominant View of Jurists Regarding Compensation for the Loss of the Sense of Taste / 45**
Amin Soleyman Kolvanaq & Ahmad Murtazi
**Islamic Juridical Ruling on Binary Option Internet Transactions / 67**
Seyedeh Fatemeh Tabatabaee, Abdolreza Mohammad Hosein Zadeh & Mansoureh Mansouri Sirchi
**A Critical Examination of the View that Bank Deposits Constitute a Wadīʻah or a Qarḍ / 91**
Muhammad Husayn Ahmadi & Hassanali Akhlaqi Amiri
**Fiqhī and Legal Foundations of Criminal Policy Against Tax Crimes / 117**
Abdolvahab Karimi, Mohsen Malekafzali Ardakani & Gholamreza Peyvandi
**Impact of the 'Iddah of Death and Divorce on the Iḥdād of Women in Islamic Fiqh / 141**
Samira Vafaei, Voria Hafidi & Sohila Rostami
**An Analysis of the Legitimacy of the Compulsory Education Law (A Case Study of the 1399 Law on the Protection of Children and Adolescents) / 167**
Mahdiyeh Ghanizadeh
**Family-Based Responses to Juvenile Delinquency in Imāmī Jurisprudence and the Criminal Law of Iran and France / 185**
Ruhollah Ebrahimi, Mohammad Ali Haji Deh Abadi & Sayyid Alireza Hosseini
**Paternal and Maternal Lineage and Milk-Kinship in Children Born via Surrogacy / 207**
Jafar Raayati, Ali Akbar Esmaeili & Sayyid Reza Mousavi
**Spousal Financial Claims in Iranian Law: An Analysis of Ujrat al-Mithl and Niḥlah / 229**
Hossein Khanlari Bahnamiri, Muhammad Hossein Taghipour Naghib Darzi & Mahdi Taleghan Ghafari
**Application of Semantic and Pragmatic Principles of Context Theory in the Fiqh Texts on Bay' / 249**
Davood Saeedi, Taher AliMohammadi, Karim Koukhaizadeh & Tahereh Afshar
**Taʻzīrāt and Banā' al-ʻUqalā' in Penal Jurisprudence and Criminal Law / 275**
Sayyid Hamidollah Hosseini, Mohammad Baqer Geraily & Morteza Norouzi
**Foundations of the Legitimacy of the General Muslims' Intervention in Managing the Properties of the Incapacitated and the Absent in Imāmī Fiqh / 297**
Sayyid Ali Hashemi Khanabbasi & Masoumeh Abdollahi

# *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*

Vol. 19, No. 1, Issue 51,
Spring & Summer 2025

**Executive Manager**
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 Khorsandiyan
(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)*
**EBSCO Research Databases** *(ebsco.com)*
**Directory of Open Access Journals (DOAJ)** (*doaj.org)*
**Noor Specialized Journals Database** (*noormags.ir)*
**Scientific Information Database of Jahad-e-Daneshgahi (SID)** (sid.ir)
**Magiran (Iranian Journal Database)** (*magiran.com)*
**Google Scholar** (*scholar.google.com)*