



## مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق

دوره ۱۹، شماره ۲، پیاپی ۵۲،  
پاییز و زمستان ۱۴۰۴

مدیر اجرایی  
محمدحسین گلباری

ویرایش و صفحه‌آرایی  
پیرایش قلم

نشانی وبگاه

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

تیراژ: ۱۰۰ نسخه

قیمت: ۱,۰۰۰,۰۰۰ ریال

نشر: چاپخانه دیجیتال المصطفی

### نشانی

مشهد، بولوار شهید مدرس،  
نیش مدرس ۱، طبقه هفتم،  
جامعه المصطفی العالمیه،  
معاونت پژوهشی

### راه‌های ارتباطی

تلفن: ۰۵۱-۳۲۲۱۱۸۲۱ (+۹۸)  
نمابر: ۰۵۱-۳۲۲۱۷۱۶۷ (+۹۸)  
کد پستی: ۹۱۳۳۹۳۶۳۱۶

صاحب امتیاز: جامعه المصطفی العالمیه  
محل انتشار: نمایندگی جامعه المصطفی در خراسان  
مدیر مسئول: روح‌الله سعیدی‌فاضل  
سردبیر: کریم عبداللہی نژاد

### هیئت تحریریه

کریم عبداللہی نژاد (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)  
محمدفاکر میبیدی (استاد جامعه المصطفی العالمیه)  
محسن ملک‌افضلی اردکانی (استاد جامعه المصطفی العالمیه)  
حسین حاتمی (استاد دانشگاه تجارت استانبول)  
یعقوب‌علی برجی (دانشیار جامعه المصطفی العالمیه)  
محمدعلی خورسندیان (دانشیار دانشگاه شیراز)  
عباسعلی سلطانی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

### زمینه انتشار

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

### تأییدیه علمی

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

نشریه مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق با انجمن علمی فقه و حقوق 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 نشریه مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق با ذکر منبع بلامانع است.

این مجله در پایگاه‌های زیر نمایه می‌شود:

پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (isc.ac)  
پایگاه نشریات جامعه المصطفی العالمیه (journals.miu.ac.ir)  
پایگاه اطلاعاتی بین‌المللی ایسکو (ebSCO.com)  
پایگاه نمایه‌سازی بین‌المللی سوئدی 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

- استحقاق یا عدم استحقاق ناکل سوگند تکمیلی در مال مأخوذ به شرکت..... ۹  
صدیقه حاتمی
- مبانی حقوقی و فقهی جرم‌انگاری تبعیض ژنتیکی..... ۳۳  
نایب‌علی اختری، محمدباقر گرایلی، و سید محسن مرتضوی
- کاربرد جریان قاعده الزام و مقاصد نوعی در تعاملات مالی و حقوقی ایران..... ۵۷  
یاسر تکفلاح
- شناسایی اختیار وکیل در انجام معامله با خود به‌عنوان قاعده در حقوق ایران و فقه اسلامی..... ۷۹  
حمید اهری، سیدمهدی حسینی‌مقدم، و سیدحسن حسینی‌مقدم
- خوانشی نو بر شرط اجتهاد قاضی در ساحت تقنین (گذار از وظیفه تقنینی به وظیفه مجرد قضایی)..... ۱۰۵  
کاظم خسروی و مصطفی احمدی‌فر
- اشتراط خیار عیب با علم به عیب؛ رهیافتی نوین در تعدیل قدرت قراردادی..... ۱۲۵  
فرزانه کرمی، مهدی میری، و فرهاد روهنی
- بررسی معیارهای تشخیص رابطه نامشروع از عمل منافی عفت از منظر فقه و حقوق اسلامی..... ۱۵۵  
محمد حسنی و حسن شاه‌ملک‌پور
- بازخوانی مبانی فقهی «علقه زوجیت» پس از مرگ یکی از طرفین، با تکیه بر ادله اجتهادی امامیه..... ۱۸۳  
سمیه حسنی
- تحلیل نسبت میان خریدوفروش کوبین‌ها و معامله سفیهانه از دیدگاه فقه امامیه..... ۲۰۹  
جواد سلطانی‌فرد
- ضوابط مصلحت در سه ساحت استنباط، تقنین و اجرا..... ۲۴۵  
غلامرضا پیوندی و علی زارع قراملکی
- ربای معاملی در مبادله رمازرها..... ۲۶۹  
امیرحسین ادیبی سده، سجاد صالحی، سید عبدالوهاب رضوی‌تبار، مجتبی علی‌نژاد، و علی‌اکبر جهانبخشی
- امکان‌سنجی فقهی تکلیف ربات‌های انسان‌نما نسبت به اتیان اوامر توصیلی..... ۲۹۵  
مصطفی مسعودیان و علیرضا کاظمی
- احراز و تأثیر اشتباه مانع تراضی بر اساس اراده ظاهری و باطنی در حقوق انگلستان و ایران..... ۳۱۷  
سید محمد موسوی، محمدباقر گرایلی، و عبدالرضا اصغری
- امکان‌سنجی انتساب ولدالزنا به مادر در فقه اسلامی..... ۳۴۳  
عباسعلی صالحی
- استرداد مجرم شیعی به کشورهای اسلامی غیرشیعی از منظر فقه امامیه و حقوق ایران..... ۳۶۹  
سید محمد موسوی، محمدباقر گرایلی، و عبدالرضا اصغری

## The Entitlement or Non-entitlement of a Refusing Co-claimant to Property Recovered through a Supplementary Oath

Sedigheh Hatami<sup>1</sup> 

1. Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Ilam University, Ilam, Iran. Email: [s.hatami@ilam.ac.ir](mailto:s.hatami@ilam.ac.ir)

Article Info	ABSTRACT
<p><b>Article type:</b> Research Article</p> <p><b>Article history:</b> Received 26 October 2023 Received in revised form 30 December 2023 Accepted 14 January 2024 Available online 22 December 2025</p> <p><b>Keywords:</b> one witness, multiple claimants, refusing claimant, supplementary oath</p>	<p>There is no disagreement among Imami jurists regarding the establishment of jointly owned property by means of the evidentiary device of “one witness and an oath”, nor regarding the requirement that all claimants and co-owners must take the oath and that the rights of those who refuse to take it are not established. Their disagreement concerns the entitlement or non-entitlement of the refusing co-claimant to the property recovered by the swearing claimant. On this issue, for which there is no well-known dominant view among jurists, some have distinguished between specific property and debt, holding that in cases involving specific property the recovered property is shared between the swearing claimant and the refusing co-claimant, whereas in cases involving debt it belongs exclusively to the swearing claimant. Others maintain absolute co-entitlement, whether the case involves specific property or debt. A third group maintains absolute non-entitlement. Statutory law likewise contains no provision explicitly addressing this issue and determining its ruling. Given the importance of the matter, the central question is whether, where some co-claimants refuse to take the supplementary oath, the refusing co-claimant or co-claimants are entitled to the property recovered by the swearing claimant or claimants. This article identifies the existing juristic opinions on the issue, analyses and critiques the supporting arguments for each, and ultimately concludes that the preferable and well-substantiated theory is the distinction between specific property and debt. Accordingly, in cases involving specific property, the refusing co-claimant shares in the recovered property by virtue of the swearing claimant’s acknowledgment. In cases involving debt, however, the recovered property belongs exclusively to the swearing claimant by virtue of the rule of specification of debt. The competing opinions, given the weakness of their supporting arguments, are unable to establish their claims.</p>

**Cite this article:** Hatami, S. (1404). The Entitlement or Non-entitlement of a Refusing Co-claimant to Property Recovered through a Supplementary Oath. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 20(2), 3-27. <https://doi.org/10.22034/fvh.2023.17307.1860>



© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.  
DOI: <https://doi.org/10.22034/fvh.2023.17307.1860>

## Introduction

One of the important means of proving claims in Imami jurisprudence and Iranian statutory law is the composite evidentiary device known as “one witness and an oath” (*shāhid wāḥid wa yamīn*), also referred to as the supplementary oath. The legitimacy of this method has been established by reference to juristic consensus and numerous traditions transmitted from the Prophet (peace be upon him) and the Imams (peace be upon them), and it has been accepted by Shi‘i scholars as well as by most Sunni legal schools.

The supplementary oath applies in cases where it is not possible to produce full proof through complete testimony, namely two witnesses. Its administration is also contingent upon the claimant’s request. Unlike the decisory oath, it cannot be referred back to the opposing party, namely the denier/defendant. If the claimant refuses to take the oath, his or her right is not established.

However, an important issue in this regard, one that has remained ambiguous or unaddressed both in juristic texts and in statutory law, arises where there are multiple claimants, such as heirs, and the subject matter of the claim is held jointly among them by virtue of a single cause, such as inheritance. The key questions are as follows: In such claims, is it necessary for all co-claimants to take the oath? If some of them take the oath, hereinafter referred to as the swearing claimants, while others refuse to do so, hereinafter referred to as the refusing co-claimants, are the latter entitled to share in the property recovered by the former?

## Methodology

This study adopts a descriptive-analytical method and a problem-oriented approach. Data were collected through library research, based on the study and analysis of primary juristic sources, including argumentative Imami works of jurisprudence by both classical and contemporary jurists, as well as Iranian statutory law.

The stages of the research were as follows. First, the juristic arguments supporting the requirement that all co-claimants must take the oath, as well as the non-establishment of the rights of those who refuse to take it, were identified and analysed. Second, the three principal juristic views concerning the second question—namely, the entitlement or non-entitlement of the refusing co-claimant to the recovered jointly claimed property—were examined separately. These three views are:

1. the distinction between specific property and debt;
2. absolute co-entitlement, both in cases of specific property and in cases of debt; and
3. absolute non-entitlement.

For each view, its supporting authorities and arguments were set out and then subjected to critical evaluation.

## Literature Review and Research Background

According to the author's search in reputable academic databases, including *IranDoc*, *Noormags*, *Magiran*, and the *Comprehensive Portal of Islamic Sciences*, no independent study has so far specifically addressed the issue of the entitlement of a refusing co-claimant to property recovered in a joint claim. This article may therefore be regarded as the first independent study devoted to this issue.

## Findings

The findings of this study may be presented in two main parts.

### **The Requirement That All Co-claimants Take the Oath**

Relying on six well-founded arguments—namely, that the claim is personal to each claimant; that the oath is personal to the oath-taker; the multiplicity of the causes of co-ownership; the general purport of the traditions concerning one witness and an oath; the principle that a claim is not established by the oath of someone other than the right-holder; and the reported consensus—this study demonstrates that the well-known view among Imami jurists is correct and well-supported. According to this view, all multiple claimants must take the supplementary oath, and the rights of those who refuse to take it are not established. There is no significant disagreement among jurists on this point.

### **The Entitlement of the Refusing Co-claimant to the Property Recovered by the Swearing Claimant**

After examining and critiquing the three existing views, this study concludes that the correct and defensible view is the one that distinguishes between specific property and debt.

In cases involving specific property, the property recovered by the swearing claimant is shared between him or her and the refusing co-claimant. The basis for this is the implied acknowledgment by the swearing claimant of the existence of co-ownership. When the swearing claimant obtains the property from the defendant, he or she is in effect acknowledging that the property was jointly owned by him or her and the other co-claimants, and that the division made between the swearing claimant, acting on his or her own behalf, and the defendant is defective. This is because the division of jointly owned property is valid only with the consent of all co-owners.

In cases involving debt, however, the property recovered by the swearing claimant belongs exclusively to that claimant, and the refusing co-claimant has no right to it. The basis for this conclusion is the rule concerning the specification or individualisation of debt. A debt is a universal obligation in the debtor's liability. Once the debtor intends to pay a specific portion of the debt—for example, the share of one of the creditors—and that amount is received by the creditor, namely the swearing claimant, the property acquires external specification and enters the individual ownership of the swearing

claimant. In this situation, the swearing claimant's acknowledgment relates to the existence of the joint debt as such, not to co-ownership in the specific property received.

### **Discussion**

A comparative analysis of the juristic views indicates that the theory distinguishing between specific property and debt is the more robust position. In cases involving specific property, the swearing claimant's acknowledgment of co-ownership provides the basis for the refusing co-claimant's entitlement to share in the recovered property. This is because the division of undivided jointly owned property without the consent of all co-owners is invalid, and the swearing claimant is aware of this fact.

In cases involving debt, however, the rule of specification of debt entails that the recovered property belongs exclusively to the swearing claimant. This is because a universal debt, once specified by the debtor and received by the creditor, becomes externally determined and enters the individual ownership of the recipient.

By contrast, the theory of absolute co-entitlement conflates distinct legal issues and improperly extends traditions concerning the payment of a joint debt to the case of payment of an individual share. Likewise, the theory of absolute non-entitlement rests on the erroneous assumption that refusal to take the oath amounts to a waiver of the right, whereas refusal to take a supplementary oath merely means that the right has not been proved at the present stage; it does not mean that the right has been permanently extinguished.

Accordingly, the theory of distinction is more consistent with juristic principles and also offers a practical solution for courts confronted with this issue.

### **Conclusion**

The final conclusion of this study is that the preferable and well-substantiated theory regarding the issue of the entitlement or non-entitlement of a person who refuses to take the supplementary oath to property recovered in a joint claim is the theory of distinction between specific property and debt. Accordingly, in cases involving specific property, the refusing co-claimant shares in the recovered property by virtue of the swearing claimant's acknowledgment. In cases involving debt, however, the recovered property belongs exclusively to the swearing claimant by virtue of the rule of specification of debt.

Given the existing legislative gap in this area—namely, the silence of statutory law or the lack of explicitness in existing provisions, such as the Note to Article 279 of the Iranian Code of Civil Procedure, which concerns the oath

of confirmation—it is proposed that a provision with the following content be added to the Code of Civil Procedure or to other relevant legislation:

“In all financial claims capable of being proved by one witness and an oath, where there are multiple claimants, all co-claimants shall be required to take the oath. If some of them refuse to take the oath, their right shall not be established. As regards the property recovered by the swearing claimant, if the recovered property is specific property held jointly, the refusing co-claimant shall share in it; however, if the recovered property consists of a debt, the refusing co-claimant shall not share in it.”

This approach is consistent with sound juristic principles and can also serve as a clear and equitable practical basis for judicial courts, while preventing secondary disputes after the issuance of judgment.

### **Declarations**

***Author Contributions:*** The author’s contributions to the article are as follows:

- Data collection: Sedigheh Hatami
- Preparation of the research report: Sedigheh Hatami
- Data analysis: Sedigheh Hatami

***Data Availability Statement:*** Not applicable.

***Acknowledgements:*** The author does not wish to express gratitude to any natural or legal person.

***Ethical Considerations:*** The author has observed ethical principles in conducting and publishing this scientific research, and this has been confirmed by the author.


***Funding:*** This research received no specific grant from any funding agency in the public, commercial, or not-for-profit sectors.

***Conflict of Interest:*** According to the author’s declaration, this article involves no conflict of interest.

***Declaration on Generative AI and AI-assisted Technologies:*** The author did not use artificial intelligence at any stage in the writing of this article.



## استحقاق یا عدم استحقاق ناکل سوگند تکمیلی در مال مأخوذ به شرکت

صدیقه حاتمی 

۱. استادیار گروه فقه و مباحث حقوق اسلامی، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران. رایانامه: [s.hatami@ilam.ac.ir](mailto:s.hatami@ilam.ac.ir)

### اطلاعات مقاله

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۰۴

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۰/۰۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۲۴

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۱۰/۰۱

### چکیده

بیمین تکمیلی. در ثبوت مال مشترک با دلیل «شاهد واحد و یمین» و از طرفی ضرورت اتیان سوگند توسط تمام خواهان و شرکا و عدم ثبوت حق ناکلین سوگند، اختلافی میان فقیهان امامیه وجود ندارد، بلکه اختلاف آنان در زمینه استحقاق یا عدم استحقاق ناکل سوگند در مال مأخوذ توسط حالف است؛ در این مورد که دیدگاه مشهوری میان فقیهان وجود ندارد، گروهی قائل به تفصیل میان عین و دین شده‌اند؛ بدان گونه که در عین، مال مشترک میان حالف و ناکل است و در دین، مال مختص به حالف است؛ گروهی قائل به شراکت مطلقاً (خواه در عین و خواه در دین) و گروه دیگر نیز قائل به عدم شراکت مطلقاً شده‌اند. در قوانین موضوعه نیز ماده‌ای که صراحتاً به آن بپردازد و حکم آن را مشخص نماید، وجود ندارد. نظر به اهمیت مسئله، در صورت نکول برخی شرکا از ادای سوگند تکمیلی، آیا ناکل یا ناکلین بر مال اخذشده توسط حالف یا حالفان مستحق‌اند یا خیر؟ ضمن احصای اقوال موجود در مسئله، مستندات هر دیدگاه را مورد تحلیل و نقد قرار داده و در خاتمه به این نتیجه رسیده است که نظریه راجح و مستدل در مسئله، نظریه «تفصیل میان عین و دین» است. بر این اساس، در اموال عینی، ناکل به جهت اقرار حالف، در مال اخذشده شریک است و در اموال دینی، به جهت قاعده تعیین دین، مال اخذشده مختص به حالف است. اقوال رقیب با توجه به ضعف مستندات آن‌ها یارای اثبات مدعای خود را ندارند.

### کلیدواژه‌ها:

شاهد واحد،

مدعی متعدد،

مدعی ناکل،

بیمین تکمیلی

**استناد:** حاتمی، صدیقه. (۱۴۰۴). استحقاق یا عدم استحقاق ناکل سوگند تکمیلی در مال مأخوذ به شرکت. مطالعات فقه

اسلامی و مباحث حقوق، ۲۰(۲)، ۲۷-۳۰. <https://doi.org/10.22034/FVH.2023.17307.1860>



© نویسنده(گان).

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.

### مقدمه

بنا به دلیل اجماع (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج. ۶، ص. ۲۷۵؛ ابن زهره، ۱۴۱۷، ص. ۴۳۹؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج. ۲، ص. ۱۴۰) و روایات مستفیضه، بلکه متواتری که در کتب روایی وجود دارد (رک: حر عاملی، ۱۴۰۹، ج. ۲۷، صص. ۲۶۴-۲۷۰)، یکی از طرق اثبات دعوا استناد به دلیل «شاهد واحد و یمین» است؛ لذا مشروعیت آن مورد اتفاق علمای شیعه و همچنین اکثر علمای اهل سنت است (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۰، ص. ۲۷۰؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج. ۲، ص. ۷۰۹؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴، ج. ۲، ص. ۸۹؛ ابن قدامه، ۱۴۱۷، ج. ۱۲، ص. ۱۱؛ بیهقی، ۱۴۱۹، ج. ۱۰، صص. ۱۷۳-۱۷۴؛ مرداوی مقدسی، ۱۴۱۸، ج. ۱۲، صص. ۸۲-۱۱۵). چنین سوگندی که به همراه شاهد واحد و توسط مدعی ادا می‌گردد، توسط حقوق‌دانان به سوگند تکمیلی نام‌گذاری شده است (توکلی، ۱۳۹۸، ص. ۵۱۹؛ شمس، ۱۳۸۷، ص. ۲۷۳). ادای سوگند تکمیلی در مواردی است که امکان اقامه بینه نیست و ادای آن نیز منوط به درخواست مدعی است و برخلاف سوگند بتی قابل رد به طرف مقابل یعنی منکر نیست و در صورت امتناع مدعی از اتیان سوگند، حق وی ثابت نمی‌گردد (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج. ۱۲، ص. ۴۶۹؛ امام خمینی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۴۲۵).

گرچه برخی ویژگی‌ها و مسائل مربوط به سوگند تکمیلی چون محدوده اعتبار و همچنین تقدیم شهادت بر آن در قوانین مختلف نظیر مواد ۲۳۰ و ۲۷۷ قانون آیین دادرسی مدنی و همچنین ماده ۲۰۹ قانون مجازات اسلامی مطرح شده است، اما قانون‌گذار در خصوص مواردی که خواهان متعدد و مال (مدعی‌به) به سبب واحد همانند ارت و غیره مشترک میان آنان است، سکوت نموده است؛ اینکه آیا در این گونه دعاوی تمامی شرکا باید اتیان سوگند نمایند یا صرف اتیان یک سوگند از سوی یکی از آنان کفایت می‌نماید و همچنین اینکه در صورت ادای سوگند توسط برخی شرکا و نکول برخی دیگر، آیا ناکل یا ناکلین بر مال اخذشده توسط حالف یا حالفان مستحق‌اند یا خیر؟

گرچه تبصره ماده ۲۷۹ قانون آیین دادرسی مدنی در دعوی بر میت در صورت تعدد وراث (خواهان)، اتیان سوگند توسط تمام وراث را لازم دانسته است و چنانچه برخی ادای سوگند نموده و برخی نیز نکول نمایند، ادعا نسبت به کسانی که ادای سوگند نموده را ثابت و نسبت به نکول‌کنندگان ساقط قرار داده است. اما این ماده نخست، در خصوص سوگند استظهاری است (اتیان سوگند مدعی در دعوی بر میت) نه سوگند تکمیلی که محل بحث است. دوم، حتی در صورت استناد به دلیل اولویت (چراکه سوگند استظهاری به ضمیمه دو شاهد عادل است. حال آنکه سوگند تکمیلی به همراه اقامه یک شاهد عادل است) و تسری حکم آن به سوگند تکمیلی و سقوط حق نکول‌کنندگان، باید چنین اذعان داشت که در مسئله فراروی پژوهش حاضر میان فقیهان امامیه اختلاف نظر است و حکم ماده فوق یکی از دیدگاه‌های شاذ مورد پذیرش معدودی از فقها است که ادله استنادی آن مورد تردید و خدشه‌پذیر است؛ حال آنکه در مسئله چند دیدگاه دیگر وجود دارد که یکی آن‌ها تفصیل میان عین و دین، مستند به ادله قوی است و پیروان زیادی از فقیهان معاصر را با خود همراه نموده است، پژوهش حاضر نیز در جهت تقویت آن برآمده است. گرچه استناد به دلیل اولویت نیز محل تردید است؛

زیرا در دعوی بر میت، مدعی علیه فوت نموده و اتیان سوگند استظهاری جهت اطمینان خاطر قاضی از محق بودن خواهان است، درحالی که در سوگند تکمیلی مدعی علیه حی است.

بنابراین اهمیت پژوهش از این جهت است که گرچه مشهور و بلکه مجموع فقیهان امامیه، تمام شرکا را ملزم به اتیان سوگند نموده‌اند، اما در زمینه استحقاق یا عدم استحقاق ناکل از مال اخذشده توسط حالف، میان آنان اختلاف نظر وجود دارد؛ به‌ویژه اینکه در این مورد نظریه مشهوری نیز وجود ندارد، چراکه بسیاری از فقیهان متقدم و متأخر در فرض مسئله سکوت نموده‌اند. در قوانین موضوعه نیز مسئله مزبور یا مسکوت وانهاده شده است یا در صورت استناد به تبصره ماده ۲۷۹ قانون آیین دادرسی مدنی، این ماده خلاف دیدگاه اقوی و مورد پذیرش پژوهش حاضر است. لذا اتخاذ نظریه‌ای قوی که بتواند مبنای عمل در محاکم قضایی قرار گیرد از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. بنابراین نظر به اهمیت بحث، جستار حاضر در پژوهشی مسئله‌محور و با اتخاذ شیوه توصیفی تحلیلی، ابتدا به ضرورت اتیان سوگند تکمیلی توسط تمامی شرکا و سپس به تبیین هر یک از اقوال و تحلیل مستندات مسئله استحقاق یا عدم استحقاق ناکل سوگند از مال مأخوذ توسط حالف می‌پردازد.

### پیشینه پژوهش

تا جایی که در پایگاه‌های معتبر علمی از قبیل ایرانداک (پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران)، نورمگز (بانک نشریات تخصصی علوم انسانی و اسلامی به زبان‌های فارسی و عربی)، مگپران (بانک اطلاعات نشریات کشور)، پرتال جامع علوم انسانی (وابسته به پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی)، جست‌وجو شد، هیچ پژوهشی که به موضوع تحقیق فرارو بپردازد، مشاهده نگردید.

### ضرورت اتیان سوگند تمام شرکا

مشهور بلکه متفق علیه میان فقیهان امامیه چنین است که در دعوی واحد در صورتی که خواهان متعدد و مدعی به مشترک میان آنان باشد و جهت اثبات دعوی شاهد واحد اقامه گردد، جهت ثبوت ادعا نسبت به تمام شرکا، لازم است تمام آنان قسم ادا نمایند؛ یعنی با تعدد مدعی قسم نیز متعدد می‌گردد و چنانچه برخی شرکا از اتیان سوگند نکول نمایند، صرفاً حق حالف یا حالفان ثابت می‌گردد و حق ناکل یا ناکلان ثابت نمی‌گردد و لازمه ثبوت حق آنان اتیان سوگند است (طوسی، ۱۳۸۷، ج. ۸، ص. ۱۹۱؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج. ۳، ص. ۲۶۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۰، ج. ۲، ص. ۱۶۲؛ خمینی، بی‌تا، ج. ۲، صص. ۴۲۴-۴۲۵). همانند اینکه دو برادر (ورثه) مدعی گردند که پدرشان (مورث) ده میلیون تومان از فلان شخص طلبکار است یا فلان خانه که در دست دیگری است متعلق به پدر ایشان بوده است؛ در چنین حالتی پس از اقامه شاهد واحد، چنانچه هر دو قسم اتیان نمایند، مال مشترک میان هر دو نفر است، اما چنانچه یک نفر قسم ادا نماید و دیگری نکول نماید، صرفاً ادعای مدعی که قسم ادا نموده یعنی پنج میلیون تومان یا ادعا نسبت به نصف خانه ثابت می‌گردد.

در چنین دعوی‌ای نمی‌توان با ادعای ملازمه، مدعی ثبوت حق دیگر شرکای ناکل با ثبوت حق حالف شد؛ زیرا نخست، در باب قضا نه دلیلی بر جواز قضاوت با ملازمه است و نه ملاک قضاوت است (مؤمن، ۱۴۲۲، ص. ۲۴۸). دوم، چنین ملازمه‌ای هم وجود ندارد (روحانی، ۱۴۱۲، ج. ۲۵، ص. ۱۵۸؛ تبریزی، ۱۴۲۹،

ج. ۱، ص. ۲۴۷؛ زیرا محتمل است شرکای دیگر حق خویش را پیش تر اخذ یا ابرا نموده باشند، یا به دلیل عدم علم و غیره حاضر به اتیان سوگند نباشند (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج. ۱۲، ص. ۱۶۵). بنابراین با وجود چنین احتمالاتی نمی‌توان قائل به ملازمه ثبوت حق ناکل با ثبوت حق حالف به واسطه شاهد واحد و یمین شد.

بنابراین همان‌گونه که با یمین واحد یکی از شرکا بر خصوص حصه خویش، حصه سایر شرکا ثابت نمی‌گردد، بلکه با اتیان یمین واحد به نحو جمیع و شمول حصه سایر شرکا، همچنین حصه سایر شرکا جز با اتیان سوگند هر کدام به نحو مستقل ثابت نمی‌گردد (همانند اینکه چنین سوگند ادا نماید که: سوگند می‌خورم مال مزبور ارضیه پدرمان بوده و متعلق به تمام ورثه است) (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ص. ۹۱). گرچه معدودی از فقیهان در این مورد به دلیل وحدت دعوی، سوگند واحد را کافی دانسته‌اند (یزدی، ۱۴۲۹، ج. ۲، ص. ۱۸۶)؛ اما بطلان چنین ادعایی با بیاناتی که در ادامه در خصوص لافسه بودن سوگند ذکر می‌گردد، مشخص است. جهت اثبات مدعای «لزوم اتیان سوگند توسط تمام شرکا و عدم ثبوت حق ناکل» می‌توان به ادله ذیل استناد نمود:

(۱) لافسه بودن دعوی: در فرض مسئله دعوی فی الواقع منحل به چند دعوی شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۰، ص. ۲۸۰؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴، ج. ۲، ص. ۹۳؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج. ۱۲، ص. ۱۶۵) و هر مدعی نسبت به سهم خویش مدعی محسوب می‌گردد، اما نسبت به سایر سهام‌ها مدعی محسوب نمی‌گردد و نسبت به آن‌ها اجنبی است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ص. ۹۱؛ سبحانی، ۱۴۱۸، ج. ۱، ص. ۵۳۷؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج. ۱، ص. ۴۵۴)؛ حال آنکه یکی از شرایط صحت اقامه دعوی در محاکم این است که مدعی باید کسی باشد که حقی را برای خویش (لافسه) یا برای کسی که نسبت به وی ولایت یا وکالت دارد ادعا نماید؛ لذا مدعی به صرف اقامه شاهد واحد نمی‌تواند دعوی خویش را ثابت نماید، مگر به ضمیمه سوگند.

(۲) لافسه بودن قسم: مقتضای قاعده این است که در دعوی واحد با خواهان متعدد، هر مدعی باید جهت اثبات مدعای خویش قسم اتیان نماید؛ زیرا قسم از محدوده حق هیچ‌کسی سرایت نمی‌نماید و قسم اثبات مال برای نفس شخص است (لافسه) نه مال غیر (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج. ۱۳، ص. ۵۱۵؛ حسینی عاملی، بی‌تا، ج. ۱۰، ص. ۱۴۲؛ مؤمن، ۱۴۲۲، ص. ۲۴۸؛ آشتیانی، ۱۴۲۵، ج. ۲، ص. ۶۶۵)؛ لذا قسم برای خود شخص مفید فایده و حجت است و اتیان آن بر مال غیر یک امر غیرجایزی است، برخلاف شهادت که فلسفه آن اثبات مال برای غیر است. لذا گرچه شاهد واحد شهادت به مجموع داده است، اما از آنجاکه علاوه بر شاهد واحد نیاز به ضمیمه قسم مدعی هم هست، هر مدعی باید قسم مستقلی ادا نماید و این قسم هم به مقدار حصه و حق مربوط به شخص مدعی می‌تواند اثر داشته باشد؛ بنابراین این احتمال که قسم یک مدعی کافی از مجموع است، صحیح نیست.

(۳) سبب یا اسباب شرکت: وحدت سبب فرضاً ارث یا اقرار و غیره که موجب شراکت چند نفر شود، سبب اکتفا به سوگند واحد نمی‌گردد؛ علاوه بر اینکه در محل بحث با شاهد واحد و یمین مدعی، مال ثابت می‌گردد نه سبب آن و سبب در فرض مسئله نیز منحل به اسباب شده است (تبریزی، ۱۴۲۹، ج. ۱، ص. ۲۴۷).

(۴) اطلاق روایات باب شاهد و یمین: مطابق با روایات باب اعتبار شاهد واحد و یمین، ثبوت حق مبتنی بر اقامه شاهد به همراه یمین مدعی است؛ در بسیاری از این روایات عبارات «یمین المدعی»، «یمین الطالب»، «یمین طالب الحق»، «یمین صاحب الحق» و «یمین الخصم» ذکر شده است (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج. ۲۷، صص. ۲۶۴-۲۷۰) و چنان که مشخص است عبارات مدعی، طالب، صاحب حق و خصم همگی مطلق اند، یعنی خواه مدعی واحد و خواه متعدد جهت ثبوت مدعایش باید سوگند ادا نماید.

(۵) اصل: اصل عدم ثبوت دعوی با یمین غیر صاحب حق است (تبریزی، ۱۴۲۹، ج. ۱، ص. ۲۴۹). حصه ممتنع از سوگند ثابت نیست؛ زیرا سوگند جزء سبب استحقاق است با این توضیح که سبب استحقاق دو جزء دارد، یک جزء شاهد واحد و دیگری سوگند و سوگند مزبور مختص به یکی از دو شریک است و چه بسا شریک دیگر حصه خویش را ابراً یا استیفاً نموده باشد (محقق نراقی، ۱۴۱۵، ج. ۱۷، ص. ۲۷۶)؛ لذا گرچه نسبت به شرکای ناکل یکی از اجزای سبب استحقاق یعنی شاهد واحد محقق شده است، اما جزء دیگر آن یعنی اتیان سوگند محقق نشده است. البته ناگفته نماند که با وجود استناد به اطلاق روایات که دلیل لفظی است، نوبت استناد به اصل عملی نمی‌رسد؛ اما از آنجا که دلیل لفظی و لبی هر دو مثبت یک ادعا و آن لزوم سوگند جمیع شرکا هستند، لذا به هر دو دلیل اشاره گردید.

(۶) اجماع: صاحب جواهر لزوم اتیان سوگند توسط تمام شرکا و عدم ثبوت حق ناکلین را به خلاف نسبت داده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۰، ص. ۲۸۴). ناگفته نماند که استناد به اجماع با محذور مهمی و آن عدم بیان مسئله محل بحث در کتب اکثر فقیهان متقدم، روبه‌رو است (مفید، ۱۴۱۳، ص. ۷۲۷؛ راوندی، ۱۴۰۵، ج. ۱، ص. ۲۹۹؛ ابن زهره، ۱۴۱۷، ص. ۴۳۹؛ ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳، ص. ۴۳۸؛ کیدری، ۱۴۱۶، ص. ۵۲۸؛ سلار دیلمی، ۱۴۰۴، ص. ۲۳۳؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸، ص. ۲۲۲؛ ابن براج، ۱۴۰۶، ج. ۲، ص. ۵۶۲؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج. ۲، ص. ۱۴۰)؛ تنها فقیه متقدمی که به محل بحث پرداخته، شیخ طوسی در کتاب مبسوط است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج. ۸، ص. ۱۹۱)؛ لذا با وجود چنین محذوری نمی‌توان مدعی اجماع شد.

### دیدگاه‌ها درباره استحقاق یا عدم استحقاق ناکل سوگند

چنان‌که در سطور پیشین بدان اشاره شد، در دعوی مقتضی شرکت میان شرکا که مستند و قائم به شاهد واحد و یمین باشد، در صورت نکول برخی شرکا از اتیان سوگند، صرفاً حق حالف یا حالفان ثابت می‌گردد و حق ناکل یا ناکلان ثابت نمی‌گردد؛ از این جهت، خلافتی میان فقیهان امامیه نیست، اما آنچه میان فقیهان اختلاف ایجاد نموده و سبب ابراز دیدگاه‌ها و نظرات متفاوت شده است، در استحقاق یا عدم استحقاق ناکلان در حصه اخذشده توسط حالفان است: اینکه بعد از ثبوت دعوی استیفا و قبض مال توسط حالف، آیا کسانی که قسم ادا نموده‌اند نیز در حصه اخذشده با حالفان شریک‌اند یا خیر؟ به عبارتی، آیا ناکل با حالف در حصه‌ای که از مدعی‌علیه اخذ می‌نماید، شریک است یا خیر؟ همانند اینکه در مثال یادشده در سطور پیشین، بعد از استیفا مبلغ پنج میلیون تومان یا بعد از افراز نصف خانه و استیفا آن از مدعی‌علیه، آیا برادر دیگر در حصه اخذشده با وی شریک است یا خیر؟

در این مورد سه دیدگاه در آثار فقهی یافت می‌شود.

#### دیدگاه اول: تفصیل میان عین و دین

برخی فقیهان میان حالتی که مدعی‌به دین است با حالتی که مدعی‌به عین است، تفصیل قائل شده‌اند؛ در عین، حصه اخذشده مشترک میان حالف و ناکل است، اما در دین، حصه اخذشده مختص به حالف است. علامه حلی در تحریر الاحکام، اولین فقیهی است که قائل به تفصیل شده است (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۱۷۶) و پس از ایشان شهید ثانی نیز به این دیدگاه گرایش پیدا نمود (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۵۱۸) و در نهایت این دیدگاه پیروانی به‌ویژه از میان فقیهان معاصر پیدا نمود (محقق اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۳۱۸؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۹۴؛ محقق نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۷، ص ۲۷۶؛ خوبی، ۱۴۲۲، ج ۴۱، ص ۴۳؛ تبریزی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۲۴۷).

#### ادله دیدگاه

دلیل اشتراک ناکل با حالف در عین و دلیل عدم اشتراک ناکل با حالف در دین به تفکیک ذکر می‌گردد: (أ) دلیل اشتراک در عین: مقتضای قاعده، اشتراک حالف و ناکل در حصه مأخوذ و عدم اختصاص به حالف است؛ زیرا حالف معترف و مقر است به اینکه آنچه را که اخذ نموده، مشترک میان او و سایر شرکای ناکل است (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۹۴؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰، ص ۲۲۶)؛ با این توضیح که گرچه حالف نصف مال (یا ثلث یا هر میزان از مال) را مالک بوده، اما نصفی که اخذ نموده بر اساس تقسیم فاسد بوده است؛ زیرا تقسیم صحیح، تقسیم مال میان شرکا است و تقسیم میان حالف (شریک) و مدعی‌علیه (غیرشریک - غاصب به تصور حالف) تقسیم فاسد است (تبریزی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۲۴۷)؛ لذا هرچند آنچه را که اخذ نموده، مأخوذ به حق است، اما تقسیم فاسد است و خود حالف معترف به اشتراک مال میان خود و سایر شرکا است؛ بنابراین بنا به اعتراف وی آنچه اخذ نموده مشترک وی و سایر شرکای ناکل است و اختصاص

حصه به حالف وجهی ندارد؛ لذا چنین شراکتی از باب اثبات مال غیر با سوگند غیر نیست، بلکه به سبب اقرار حالف به شراکت است.

ب) دلیل عدم اشتراک در دین: مقتضای قاعده، اختصاص حصه مأخوذ به مدعی حالف و عدم مشارکت سایر شرکای ناکل است؛ زیرا قاعده در دین چنین است که دین پس از تعیین مدیون و قبض دائن تعیین پیدا می‌نماید (محقق اردبیلی، ۱۴۲۳، ج. ۲، ص. ۳۱۹؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴، ج. ۲، ص. ۹۴؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰، ص. ۲۲۷)؛ با این توضیح که دین کلی در ذمه است «کلی ما فی الذمه» و اختیار تعیین «کلی در ذمه» در خارج بر عهده مدیون (دافع) است؛ لذا پس از تعیین مال توسط مدیون و قبض دائن و مستحق، دین تعیین پیدا می‌نماید. بنابراین در تعیین دین در خارج قصد مدیون و قبض دائن (قبض وی شرط است نه قصد) شرط است و در محل بحث نیز قاعده تعیین دین صادق است.

#### ارزیابی ادله

ادله مزبور ممکن است با اشکالاتی روبه‌رو گردد که بدان‌ها پاسخ داده می‌شود:

أ) چنانچه بر دلیل اشتراک ناکل با حالف در عین به واسطه اقتضای قاعده اشکال شود که مدیون حصه حالف را تعیین و سپس پرداخت نموده، لذا با تعیین مدیون مال به حالف اختصاص پیدا می‌نماید، از این اشکال چنین پاسخ داده می‌شود که برخلاف مال دینی مشترک، مفروز و تقسیم نمودن مال عینی مشترک بر عهده مدیون نیست، بلکه نخست، در اختیار خود شرکا و دوم، با رضایت تمام شرکا است؛ لذا چنانچه مدیون فرضاً نصف مال مشترک را به یکی از شرکا به‌عنوان سهم وی پرداخت نماید، به دریافت‌کننده اختصاص پیدا نمی‌نماید؛ زیرا نخست، چنین تقسیمی توسط مدیون صورت گرفته که وی مفروز و تعیین‌کننده مال مشترک نیست، دوم، هیچ‌کدام از شرکا بدون رضایت دیگر شرکا، اختیار و سلطنت تقسیم مال مشترک را ندارند (محقق اردبیلی، ۱۴۲۳، ج. ۲، ص. ۳۱۸؛ خوبی، ۱۴۲۲، ج. ۴۱، ص. ۴۳).

ب) چنانچه بر دلیل عدم اشتراک ناکل با حالف در دین به واسطه اقتضای قاعده اشکال شود که همان‌گونه که در عین مشترک حالف اقرار بر اشتراک حصه مأخوذ میان خود و سایر شرکا دارد، در دین مشترک نیز چنین اقراری وجود دارد، از این اشکال چنین پاسخ داده می‌شود که اقرار حالف بر اشتراک وی با ناکل بر اصل حق است نه اینکه اقرار بر اشتراک در مال مأخوذ معین در خارج باشد (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴، ج. ۲، ص. ۹۴)؛ با این مثال که همان‌گونه که اگر شخص پنج میلیون تومان از کسی طلب داشته باشد، پس از پرداخت مبلغ توسط مدیون و قبض دائن، مال حق شخص است، در محل بحث نیز اگر شخصی نصف ده میلیون تومان از کسی طلب داشته باشد و نصف دیگر آن متعلق به دیگری باشد، در صورت مطالبه حق خویش و پرداخت از جانب مدیون و قبض از جانب مدعی حالف، آنچه اخذ شده حق و سهم وی است و دیگری با او شریک نیست. لذا از آنجاکه مدیون آنچه را که پرداخت نموده به‌عنوان دین مشترک پرداخت نکرده، بلکه به‌عنوان حصه خود آن شخص مدعی پرداخت نموده و مدعی طلبکار هم آن را به‌عنوان سهم خودش قبض نموده است و مطابق قواعد، این وفای به دین محسوب می‌گردد و آنچه اخذ شده است هم به لحاظ قصد مدیون و هم به لحاظ قبض طلبکار تعیین پیدا کرده است و در چنین صورتی دیگر مشارکت دیگران در آن سهم معنا نخواهد داشت.

در فرض مسئله، ادعای عدم جواز اخذ دین مشترک جز با اذن تمام شرکا نیز پذیرفته نیست؛ زیرا دین مشترک با قصد مدیون و قبض دائن در واقع منحل به دعاوی متعدد و دیون متعدد شده است و ارتباطی میان دیون متعدد نیست؛ لذا آنچه توسط حالف اخذ شده است، دین متعلق به وی است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰، ص. ۲۲۷).

### دیدگاه دوم: شراکت مطلقاً

برخی فقیهان امامیه معتقدند مال مأخوذ به شرکت توسط حالف، خواه عین و خواه دین، مشترک میان تمام شرکا است (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۰، ص. ۲۸۶؛ آقا ضیاء، بی تا، ص. ۱۴۳).

#### ادله دیدگاه

أ) دلیل اشتراک در عین: دلیل این گروه از فقیهان در خصوص اشتراک در عین همان دلیل مذکور در دیدگاه تفصیلی است و آن مقتضای قاعده به سبب اقرار حالف بر اشتراک مال مأخوذ میان خود و سایر شرکا است که پیش تر توضیح آن گذشت (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۰، ص. ۲۸۶؛ آقا ضیاء، بی تا، ص. ۱۴۳).

ب) ادله اشتراک در دین: در این مورد به چند دلیل استناد شده است:

- (۱) عدم تفاوت میان عین و دین: میان عین و دین فرقی نیست و در دین هم مشارکت است؛ زیرا دین عین است و فقط کلی است (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۰، ص. ۲۸۶)؛ لذا مطابق با این تعبیر همان گونه که در عین شراکت است، در دین نیز شراکت است.
- (۲) اقرار حالف به شراکت سایر شرکا: در مال دینی مشترک نیز همانند مال عینی مشترک، حالف مقر به شراکت دین میان وی و سایر شرکا است؛ لذا به دلیل چنین اقراری، مال مشترک میان تمام شرکا است (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۰، ص. ۲۸۷).
- (۳) عدم ولایت مدیون بر تعیین مال مشترک: مدیون ولایتی بر تعیین مال مشترک ندارد؛ لذا مفروز نمودن دین توسط مدیون موجب تقسیم و تعیین مال در خارج نمی گردد (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۰، ص. ۲۸۷؛ آقا ضیاء، بی تا، ص. ۱۴۴).
- (۴) روایات مربوط به فساد تقسیم دین: بنا به روایات مربوط به بطلان تقسیم دین مشترک، چنانچه مدیون دین مشترک را به بعض شرکا پرداخت نماید و آن ها نیز برای خویش قبض نمایند، در این صورت دین اختصاص به بعض شرکا پیدا نمی کند، بلکه سایر شرکا نیز در آن شریک اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۰، ص. ۲۸۶). بنابراین مقتضای روایات شرکت است و حکم به عدم شراکت سایر شرکای ناکل در دین مشترک مخالف با روایات است؛ زیرا نصوص خاص دلالت دارند بر اینکه تقسیم دین مشترک پیش از قبض صحیح نیست یا به عبارتی نصوص خاص مانع از تقسیم دین مشترک پیش از قبض هستند.

## ارزیابی ادله

پس از بررسی دیدگاه فوق و ادله آن، مشخص گردید که تمامی ادله این قول همگی خدشه‌پذیر است و یارای اثبات نظریه را ندارند:

۱- اشکال بر دلیل «عدم تفاوت میان عین و دین»: چنین تقریری از فقیه اعظم صاحب جواهر عجیب و بعید است؛ اینکه دین عین است به چه معناست؟ حال آنکه عین امر خارجی است و کلی نیست، اما دین امر کلی در ذمه است و عینی و در خارج نیست و تعیین آن در خارج با قصد و پرداخت مدیون و قبض دائن است، حال آنکه در عین مشترک خارجی، تقسیم متوقف بر تراضی هر دو طرف (بدهکار و طلبکار) است (محقق اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۳۱۹).

۲- اشکال بر دلیل «اقرار حالف بر شراکت سایر شرکا»: مقربه در دین مشترک چیزی نیست جزء اشتغال ذمه بدهکار بر حصه مقر و حصه سایر شرکا و با چنین اقراری چیزی ثابت نمی‌گردد.

به عبارت دیگر، چنان‌که در دیدگاه تفصیلی بیان شد؛ در دین مشترک، اقرار حالف بر اشتراک وی با ناکل بر اصل حق است، نه اینکه اقرار بر اشتراک در مال مأخوذ معین در خارج باشد (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۹۴). اصل حق و مقربه نیز چیزی نیست جزء اشتغال ذمه بدهکار بر حصه مقر و حصه سایر شرکا.

۳- اشکال بر دلیل «عدم ولایت مدیون بر تعیین مال مشترک»: مشهور فقیهان امامیه تعیین دین مشترک را در اختیار و سلطنت دافع و مدیون قرار داده‌اند (محقق اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۳۱۹؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۹۴)؛ لذا در صورت تعیین دین در خارج توسط مدیون، مال تعیین پیدا می‌کند و با قبض آن توسط طلبکار به ملکیت وی درمی‌آید و نیازی به رضایت سایر شرکا در قبض نیست؛ لذا دلیلی بر شراکت سایر شرکا با حالف وجود ندارد.

۴- اشکال بر دلیل «روایات مربوط به فساد تقسیم دین»: روایاتی که در این مورد بدان استناد شده است، از جمله روایت عبدالله بن سنان از امام صادق (ع): «از امام صادق (ع) در مورد دو نفر پرسیدم که میان آن‌ها اموالی از عین و دین شریک بود، سپس عین و دین را میان خود تقسیم نمودند و بعد تمام یا بخشی از سهم دین یکی از دو شریک تلف شد، اما سهم دین شریک دیگر استیفا شد، آیا مال مأخوذ را به دیگر شریک نیز باید بدهد؟ امام (ع) فرمودند بله، آن مقدار از مالش که از بین رفته است باید پرداخت نماید» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۱۸۶، ۷) یا روایت سلیمان بن خالد از امام صادق (ع): «از امام صادق (ع) سؤال کردم در مورد دو مردی که در مالی باهم شریک بودند، مقداری از مال موجود و در دست آن‌ها و مقداری دیگر در دست این و آن بود، هر دو قسمت مال (موجود و غایب) را میان خود به تساوی تقسیم کردند و سهم غایب یکی از شرکا ضایع شد و از بین رفت، اما دیگری همه را وصول کرد، آیا این شریک نیز باید ضرر دیگری را از وصولی خویش جبران کند و مال از بین رفته نصیب او هم هست؟ امام فرمودند: بله، نباید مال یک نفر از شرکا فقط از بین برود، آنچه از بین رفته است مال او هم بوده است» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، صص ۳۵-۳۶، ح ۳۲۷۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، صص ۳۷۰-۳۷۱، ح ۱). روایات دیگری نیز با مضمون و محتوای روایت سلیمان بن خالد در مسئله موجود است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، صص ۱۸۵-۱۸۶، ح ۴-۶؛ ص ۱۹۵، ح ۵۵).

اما با بررسی و تعمق در محتوای روایات مربوطه، مشخص است که چنین روایاتی نمی‌تواند دیدگاه اختصاص دین به حالف را مورد خدشه قرار دهد؛ زیرا، نخست، برخی روایات فوق به دلیل ارسال در سلسله اسناد آن ضعیف‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، صص. ۱۸۵-۱۸۶، ح. ۴-۷). دوم، برخی روایات همچون روایت عبدالله بن سنان، نسبت به عین هم مطلق است و مفاد آن فساد تقسیم مال، خواه در عین و خواه در دین، پیش از قبض است؛ حال آنکه فقها ظاهراً نسبت به عین چنین فتوایی ندارند و تقسیم عین مشترک پیش از قبض را صحیح می‌دانند (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ص. ۱۸). سوم، گذشته از اشکالات مزبور، باید اذعان داشت که روایات مربوطه دلالتی بر محل بحث پژوهش نداشته و بلکه خارج از فرض مسئله پیش رو است؛ زیرا روایات ناظر به جایی است که بدهکار، دین مشترک را به یکی از طلبکاران پرداخت نموده است؛ به عبارتی بدهکار آنچه را پرداخت نموده به قصد وفای دین مشترک پرداخت نموده و در ادای دین مشترک نیز اخذ قابض موجب تعیین سهم او نمی‌گردد و دین مأخوذ مشترک میان تمام شرکا است. حال آنکه محل بحث پژوهش جایی است که بدهکار، سهم مختص به یکی از طلبکاران را پرداخت نموده است نه دین مشترک را. لذا روایات مربوطه دلالت بر فساد و بطلان تقسیم دین پیش از قبض دارند (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص. ۹۵؛ تبریزی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص. ۲۴۸)؛ حال آنکه محل بحث در خصوص جایی است که آیا اگر بدهکار صرفاً دین یکی از شرکا را پرداخت نماید، صحیح است یا خیر (که پیش‌تر بحث شد و آن اینکه در صورت نکول سایر شرکا از سوگند به دلیل مقتضای قاعده چنین عملی صحیح است) و اینکه آیا سهم پرداختی به دریافت‌کننده (حالف) اختصاص دارد یا مشترک میان تمام شرکا است؟ در این مورد نیز پیش‌تر بحث شد که در صورت قصد پرداخت و تعیین بدهکار و قبض طلبکار، دین تعیین پیدا می‌نماید.

بنابراین دو مسئله جداگانه را باید تصور نمود، یکی اینکه آیا تقسیم دین پیش از قبض جایز است یا خیر؟ و دیگری اینکه آیا ادای بخشی از بدهی مشترک به عنوان سهم مختص یکی از طلبکاران صحیح است یا خیر؟ این دو مسئله در کلمات فقها از جمله صاحب جواهر با یکدیگر ترکیب شده‌اند و به نتیجه اشتباه منتهی شده است؛ مسئله تقسیم دین مشترک با مسئله ادای سهم یک نفر از طلبکاران متفاوت بوده و نباید با یکدیگر خلط شوند. روایات ناظر به جایی است که قصد بدهکار پرداخت تمام بدهی خود به تمام شرکا است، گرچه مطابق با روایت فعلاً سهم یکی از آنان را مطابق با تقسیم پرداخت نموده است؛ حال آنکه محل بحث پژوهش در جایی است که بدهکار صرفاً سهم یک نفر را پرداخت می‌نماید و قصد پرداخت سهم دیگر شرکا را ندارد؛ لذا این دو مبحث ارتباطی با هم ندارند.

گرچه روایات مربوطه به محل بحث پژوهش مرتبط نیست و در خصوص عدم جواز تقسیم دین مشترک است، اما در همین خصوص هم باید اذعان داشت که روایات مزبور مطلقاً بر فساد و بطلان تقسیم دین دلالت ندارند، بلکه مفاد آن‌ها یا فساد تقسیم دین در خصوص فرضی است که حصه یکی از دو شریک تلف شده باشد (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳، ص. ۳۳۹) یا اگر به اطلاق، غیر تلف را هم شامل باشد، دلالت آن بر فساد تقسیم دین قبل از قبض به ظهور است؛ حال آنکه باید از چنین ظهوری به دلیل روایت علی بن جعفر از امام موسی کاظم (ع)، منقول در قرب الاسناد رفع ید نمود: «علی بن جعفر صادق از برادرش امام موسی کاظم (ع) نقل

می‌نماید که در مورد دو مردی که در سلم شریک‌اند سؤال نمودم، آیا پیش از قبض صحیح است که مال مشترک را میان خود تقسیم نمایند؟ امام فرمودند: اشکالی ندارد» (حمیری، ۱۴۱۳، ص. ۲۶۳، ج. ۱۰۴۰؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج. ۱۸، ص. ۳۷۱، ج. ۲)؛ زیرا روایت مزبور نص و صراحت در صحت تقسیم دین پیش از قبض است و به واسطه آن باید از ظهور روایات پیشین در فساد تقسیم دین پیش از قبض رفع ید نمود و آن‌ها را بر استحباب حمل نمود؛ بدین معنا که مطابق با روایات، در مواردی که حصه یکی از شرکا تلف شده است، گرچه وی دیگر مستحق نخواهد بود، اما مستحب است شریکی که حصه‌اش را استیفا نموده است، آنچه را که اخذ نموده با وی تقسیم نماید.

### دیدگاه سوم: عدم شراکت مطلقاً

برخی فقیهان در فرض مسئله، صراحتاً قائل به عدم شراکت ناکل در مال مأخوذ توسط حالف شده‌اند؛ بدین معنا که مال مأخوذ توسط حالف، خواه عین و خواه دین، مختص به اوست و ناکل با وی شریک نخواهد بود، بلکه حق وی ساقط می‌گردد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج. ۸، ص. ۱۹۱؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ص. ۹۱). اطلاق کلام محقق حلی در شرایط نیز مقتضی همین مطلب است (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج. ۴، ص. ۸۴).

### ادله دیدگاه

۱- اسقاط نمودن حق با نکول از سوگند: در صورتی که همه شرکا یک شاهد اقامه نموده، هرکدام به تنهایی ملزم به ادای سوگند هستند و با ادای سوگند نسبت به مال ملکیت و استحقاق پیدا می‌کنند؛ لذا ناکل سوگند به دلیل نکول از سوگند، حجت خود را باطل و حقیقت را ساقط و ابطال نموده است و در مال مأخوذ توسط حالف شریک نمی‌گردد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج. ۸، ص. ۱۹۱؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ص. ۹۱).

۲- ورود ضرر بر حالف: لزوم اذن شرکای ناکل جهت اخذ حق حالف و اشتراک حالف با ناکل، سبب ورود ضرر بر حالف می‌شود (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ص. ۹۱)؛ زیرا حالف در صورت عدم امکان اخذ حق خویش بدون اذن سایر شرکا، بر وی ضرر وارد می‌شود و از طرفی نیز در صورت اخذ حصه خویش و لزوم شراکت سایر شرکای ناکل با وی، سبب تعلق بخشی از مال به ناکل می‌گردد، حال آنکه مطابق با قاعده لاضرر وارد نمودن ضرر بر دیگری جایز نیست.

۳- تقسیم به حکم قاضی: فاضل هندی در کشف اللثام بدون پذیرش دیدگاهی خاص، به ذکر دیدگاه‌های موجود در مسئله پرداخته و سپس دلیل دیدگاه مزبور را ابلغ بودن تقسیم قاضی نسبت به تقسیم به تراضی میان مالک و شریک قرار داده است (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج. ۱۰، ص. ۱۴۳). با این توضیح که دلیل اختصاص مال مأخوذ به حالف این است که حاکم یا به عبارتی قاضی، حکم به انتزاع و تقسیم مال میان حالف و مدعی علیه نموده و چنین تقسیمی چه بسا کامل‌تر و رساتر از تقسیم به تراضی میان مالک و شریک است؛ زیرا تقسیم میان دو مالک، تقسیم عادی میان دو نفر است، حال آنکه تقسیم توسط قاضی، تقسیم بالحکومت و قهری توسط حاکم است و دیگر فاسد نخواهد بود.

۴- لزوم ثبوت مال با یمین حالف برای غیر حالف: اشتراک حالف با ناکلان در مال مشترک، سبب التزام به قول ثبوت مال با سوگند حالف برای غیر حالف می‌گردد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج. ۴، ص. ۸۴). «لزم القول باثبات یمین الحالف مالا لغيره»؛ حال اینکه مسلم است چنین قولی باطل است و حلف سبب ثبوت مال برای غیر حالف نمی‌گردد، بلکه صرفاً مال برای حالف را ثابت می‌نماید (لنفسه بودن یمین).

#### ارزیابی ادله

از آنجاکه تمام ادله فوق قابل مناقشه هستند، برخی فقیهان مدعی بدون دلیل بودن دیدگاه فوق شده‌اند (محقق اردبیلی، ۱۴۲۳، ج. ۲، ص. ۳۱۸)؛ مناقشات بر ادله به قرار ذیل‌اند:

۱- اشکال بر دلیل «مسقط حق بودن نکول»: چنین توجیهی موجه به نظر نمی‌رسد؛ با این توضیح که ابطال حجت در فرض مسئله به این معناست که چون قسم ادا نموده، لذا حق وی ثابت نمی‌گردد، نه اینکه بعداً هم نتواند ادعای خود را با دلیل اثبات نماید؛ به عبارتی عدم ادای سوگند به معنای اسقاط حق نیست؛ زیرا چه بسا ممکن است فرد در عین اینکه قسم ادا نمی‌نماید، اما حقتش را اسقاط ننماید.

بنابراین نکول از سوگند تکمیلی همانند نکول از یمین مردوده (سوگند رد شده به مدعی) سبب سقوط حق نمی‌گردد (سبحانی، ۱۴۱۸، ج. ۱، ص. ۵۳۹). دلیلی بر مسقط حق بودن نکول از یمین مردوده نیست و چنین تنظیمی قیاس بدون دلیل است (آقا ضیاء، بی‌تا، ص. ۱۴۳)؛ حکم قاضی به جهت نکول از یمین مردوده به معنی براءة ذمه مدعی‌علیه از دین است، حال آنکه در نکول از یمین تکمیلی چنین نیست، بلکه امتناع از چنین یمینی به معنی توقف دعوی است تا زمانی که سوگند ادا نماید یا شاهد دیگر اقامه نماید، لذا در صورت فوت ناکل، ورثه وی قائم مقام میت می‌گردند و در صورت ادای سوگند ورثه، حصه مورث ثابت می‌گردد.

به عبارت دیگر، روایاتی که دلالت بر اسقاط حق ناکل به مجرد نکول از سوگند دارند، مختص به یمین مردوده است، اما در خصوص یمین تکمیلی یعنی یمینی که جزئی از بینه است، نصی بر مسقط حق بودن ناکل در صورت نکول از آن نیامده است، لذا حکم آن همانند حکم بینه است.

۲- اشکال بر دلیل «ورود ضرر بر حالف»: نخست، آنچه سبب ورود ضرر بر حالف شده، شرکت نیست، زیرا شراکت پیش و پس از ادای سوگند هر دو ثابت بوده است، بلکه آنچه سبب ورود ضرر می‌گردد، عدم اتیان سوگند سایر شرکا است که سبب عدم پرداخت باقی مانده مال توسط بدهکار به مدعی‌ها می‌گردد، لذا حدیث لاضرر صلاحیت استناد جهت دفع شرکت را ندارد (روحانی، ۱۴۱۲، ج. ۲۵، ص. ۱۶۰). دوم، حتی در صورت عامل ضرر بودن شرکت باید اذعان داشت که چنین ضرری را شخص حالف با اقرار بر شراکت ناکل در مال مأخوذ بر خود وارد نموده است و روشن است که اقرار به معنای اعتراف به حقی به ضرر خویش و به نفع دیگری است.

۳- اشکال بر دلیل «ابلاغ بودن تقسیم قاضی»: این دلیل نیز نمی‌تواند مدعای دیدگاه را ثابت نماید، زیرا حکم قاضی مبنی بر تقسیم مال میان حالف و مدعی‌علیه مبتنی بر موازین اثباتی یا به عبارتی حکم ظاهری شرکت مال میان حالف و مدعی‌علیه است، اما از آنجاکه خود حالف معترف است که چنین شرکتی واقعی نیست و خلاف واقع است، بلکه شرکت واقعی بر مال میان وی و سایر شرکا است، لذا در چنین حالتی حکم قاضی

هم در حق او نافذ نیست، چراکه حکم قاضی نمی‌تواند واقع را تغییر دهد و هرکسی عالم باشد به اینکه حکم قاضی خلاف واقع است نمی‌تواند بر اساس حکم قاضی عمل نماید، بلکه باید بر اساس علم خود عمل نماید.

۴- اشکال بر دلیل «اثبات یمین الحالف مالاً لغيره»: یمین سبب اشتراک حالف با غیر حالف نیست تا چنین اشکالی حادث شود، بلکه اشتراک به دلیل تسالم و اعتراف حالف و غیر حالف به اشتراک در مال است. چنین اعترافی در مال عینی بدون اشکال سبب اشتراک در مال مأخوذ می‌گردد، زیرا مقربه و متسالم علیه در عین نفس مال مأخوذ است، لذا در عین حکم به اشتراک می‌گردد. اما در مال دینی اعتراف به اشتراک در آنچه در ذمه مدعی علیه است (ما فی الذمه) می‌باشد نه اعتراف در مال دینی اخذشده، لذا در دین مأخوذ دیگر اقراری وجود ندارد تا سبب شراکت دیگری با حالف گردد.

بنابراین با توجه به تحلیل و ارزیابی‌های صورت‌گرفته بر هر سه دیدگاه چنان به نظر رسد که دیدگاه صائب و به‌حق در خصوص اشتراک یا عدم اشتراک مال مأخوذ میان حالف و ناکل، دیدگاه تفصیل میان عین و دین است؛ در عین حال، به دلیل اقرار شخص حالف، مال میان وی و شریک ناکل مشترک است و تقسیم صورت‌گرفته بر مبنای نظر حالف تقسیمی فاسد است و وی معترف به اشتراک است. در دین، مال مأخوذ مختص به خود حالف است و ناکل به دلیل قاعده تعیین دین بر اثر تعیین مال توسط مدیون و قبض دائن، با وی شریک نیست، زیرا دین کلی در ذمه بوده و اختیار تعیین چنین کلی در عالم خارج بر عهده مدیون است و با قبض دائن نیز به وی اختصاص پیدا می‌نماید. اما سایر دیدگاه‌ها به دلیل مناقشات که بر ادله آن‌ها وارد است و در متن مفصلاً بدان‌ها پرداخته شده است و ذکر مجدد آن‌ها سبب اطاله کلام می‌گردد، قابل‌پذیرش نیستند.

### نتیجه‌گیری

با توجه به بررسی‌های صورت‌گرفته، در زمینه استحقاق یا عدم استحقاق ناکل سوگند تکمیلی در مال مأخوذ به شرکت، دیدگاه صائب و قابل‌قبول که بتواند مبنای عمل در محاکم قضایی قرار گیرد، دیدگاه تفصیل میان عین و دین است؛ در مال مأخوذ عینی، لزوم اشتراک آن میان حالف و ناکل و در مال دینی اخذشده، لزوم اختصاص به حالف لازم می‌آید. زیرا در مال عینی اخذشده شخص حالف خود معترف به شراکت خویش با ناکل است و مبنای چنین تقسیمی (تقسیم مال میان وی و مدعی علیه) از دیدگاه وی فاسد است، در مال دینی نیز از آنجاکه مال با تعیین آن توسط مدیون جهت پرداخت و قبض آن توسط دائن (حالف) تعیین پیدا نموده، لذا دیگر ضرورتی بر اشتراک ناکل با حالف در آن نیست و اختصاص به حالف پیدا می‌نماید. ادله دیدگاه شراکت مطلقاً خواه در عین و خواه در دین، همگی به‌ویژه روایات که عمده دلیل این دیدگاه است، خدشه‌پذیر بوده و یارای اثبات نظریه را نخواهند داشت؛ روایات مربوطه گذشته از اشکالات موردی که بر آن‌ها وارد است، عمده اشکال آن‌ها در خصوص محتوا و دلالت آن‌ها است که روایات ناظر به جایی است که بدهکار دین مشترک را به یکی از طلبکاران پرداخت نموده، اما محل بحث پژوهش در جایی است که بدهکار سهم مختص به یکی از طلبکاران را پرداخت نموده است نه دین مشترک را؛ که در حالت اول مال با قبض طلبکار تعیین نمی‌نماید، زیرا مال پرداختی مال مشترک است، اما در حالت دوم مال تعیین پیدا می‌نماید زیرا مال اختصاص به یکی از

طلبکاران است. و اما دیدگاه عدم شراکت مطلقاً، مبتنی بر ادله‌ای است که همگی صراحتاً مورد ایراد هستند؛ عمده دلیل این دیدگاه که اسقاط حق با نکول از سوگند است، به شدت خدشه‌پذیر است، زیرا نکول از سوگند تکمیلی برخلاف یمین مردوده (سوگند بتی) به معنای اسقاط حق نیست، بلکه نهایت اثر آن عدم اثبات حق است نه اسقاط حق.

لذا پیشنهاد می‌گردد با توجه به خالی بودن قوانین موضوعه از محل بحث پژوهش حاضر، ماده‌ای با محتوای متن ذیل به قوانین اضافه گردد:

«در کلیه دعاوی مالی قابل اثبات با شاهد واحد و سوگند، هرگاه خواهان متعدد باشند، تمام شرکا ملزم به اتیان سوگند می‌باشند و در صورت امتناع برخی از اتیان سوگند حق آنان ثابت نخواهد شد. در مال اخذشده توسط خواهان حالف، چنانچه مال مأخوذ به شرکت عین باشد، ناکل با وی سهیم است، اما چنانچه مال دین باشد، ناکل با وی سهیم نخواهد بود.»

## منابع

- ابن ادریس حلی، محمد بن احمد. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن براج، عبدالعزیز. (۱۴۰۶ق). المهذب. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن حمزه، محمد بن علی. (۱۴۰۸ق). الوسيلة الى نيل الفضيلة. قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره.
- ابن زهره، حمزه بن علی. (۱۴۱۷ق). غنية النزوع الى علمی الأصول و الفروع. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد. (۱۴۱۷ق). المغنی. ریاض: دار عالم الکتب.
- ابو صلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین. (۱۴۱۳ق). الکافی فی الفقه. اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین (ع). آشتیانی، میرزا محمدحسن بن جعفر. (۱۴۲۵ق). کتاب القضاء. قم: انتشارات زهیر - کنگره علامه آشتیانی قدس سره.
- آقا ضیا، علی بن آخوند ملاً محمد کبیر. (بی تا). کتاب القضاء. قم: چاپ خانه مهر.
- بیهقی، احمد بن حسین. (۱۴۱۹ق). السنن الكبرى. بیروت: دار الفکر.
- تبریزی، جواد. (۱۴۲۹ق). تنقیح مبانی الاحکام کتاب القضاء والشهادات. قم: دار الصدیقة الشهیدیه سلام الله علیها.
- توکلی، محمدمهدی. (۱۳۹۸). مختصر آیین دادرسی مدنی. تهران: انتشارات مکتوب آخر.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). تفصیل وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- خمیری، عبدالله بن جعفر. (۱۴۱۳ق). قرب الاسناد. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- خمینی، روح الله. (بی تا). تحریر الوسيلة. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- خوانساری، احمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی ره.
- راوندی، قطب الدین. (۱۴۰۵ق). فقه القرآن. قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره.
- روحانی، محمدصادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق علیه السلام. قم: دار الکتب - مدرسه امام صادق علیه السلام.
- سبحانی، جعفر. (۱۴۱۸ق). نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الاسلامیة الغراء. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز. (۱۴۰۴ق). المراسم العلویة و الأحکام النبویة. قم: منشورات الحرمین.
- شمس، عبدالله. (۱۳۸۷). آیین دادرسی مدنی. تهران: دراک.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضه البهیة فی الشرح للمعه الدمشقیة. قم: کتابفروشی داوری.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الى تنقیح شرائع الاسلام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.
- صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳ق). من لایحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۱۴ق). تکمله العروه الوثقی. قم: کتابفروشی داودی.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیة. تهران: المکتبه المرتضویة لاحیاء الآثار الجغرفیة.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف فی الاحکام. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام فی مسائل الحلال و الحرام. تهران: دار الکتب الاسلامیة.

علامه حلی، حسن بن یوسف. (١٤١٠ق). ارشاد الازهان الی أحكام الایمان. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

علامه حلی، حسن بن یوسف. (١٤٢٠ق). تحریر الاحکام الشریعة علی مذهب الامامیة. قم: مؤسسه امام صادق (ع).  
فاضل لنکرانی، محمد. (١٤٢٠ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.  
فاضل هندی، محمد بن حسن. (١٤١٦ق). کشف اللثام و الایهام عن قواعد الأحکام. قم: دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

فیض کاشانی، محمد بن مرتضی. (بی تا). مفاتیح الشرائع. قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی قدس سره.  
کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر. (١٤٢٢ق). أنوار الفقاهة - کتاب القضاء. نجف: موسسه کاشف الغطاء.  
کیدری، قطب الدین. (١٤١٦ق). اصباح الشیعة بمصباح الشریعة. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.  
محقق اردبیلی، احمد بن محمد. (١٤٠٣ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الازهان. قم: دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

محقق اردبیلی، احمد بن محمد. (١٤٢٢ق). فقه القضاء. قم: بی جا.  
محقق حلی، جعفر بن حسن. (١٤٠٨ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.  
محقق سبزواری، محمدباقر بن مؤمن. (١٤٢٣ق). کفایه الاحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

محقق نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (١٤١٥ق). مستند الشیعه فی أحكام الشریعه. قم: مؤسسه آل البيت (ع).  
مرداوی مقدسی، علی بن سلیمان. (١٤١٨ق). الانصاف فی معرفة الراجح من الخلاف علی مذهب الامام أحمد بن حنبل. بیروت: دار الکتب العلمیه.

مفید، محمد بن محمد بن نعمان. (١٤١٣ق). المقنعة. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید (ره).  
موسوی گلپایگانی، محمدرضا. (١٤١٣ق). کتاب القضاء. قم: دارالقرآن.  
مؤمن، محمد. (١٤٢٢ق). مبانی تحریر الوسیله - القضاء و الشهادات. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).  
نجفی، محمدحسن. (١٤٠٤ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.  
یزدی، محمد. (١٤٢٩ق). کتاب القضاء فی شرح العروة الوثقی. قم: بی جا.

## References

- Ibn Idrīs al-Ḥillī, Muḥammad ibn Aḥmad. (1410 AH [1989/1990 CE]). *al-Sarā'ir al-ḥāwī li-tahrīr al-fatāwā* [The comprehensive secrets for the clarification of legal opinions]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī-yi Vābastah bih Jāmi'ah-yi Mudarrisīn-i Ḥawzah-yi 'Ilmiyyah-yi Qom.
- Ibn al-Barrāj, 'Abd al-'Azīz. (1406 AH [1985/1986 CE]). *al-Muhadhdhab* [The refined legal compendium]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī-yi Vābastah bih Jāmi'ah-yi Mudarrisīn-i Ḥawzah-yi 'Ilmiyyah-yi Qom.
- Ibn Ḥamzah, Muḥammad ibn 'Alī. (1408 AH [1987/1988 CE]). *al-Wasīlah ilā nayl al-faḍīlah* [The means to attaining virtue]. Qom: Intishārāt-i Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Mar'ashī Najafī.

- Ibn Zuhrah, Ḥamzah ibn 'Alī. (1417 AH [1996/1997 CE]). *Ghunyat al-nuzū 'ilā 'ilmay al-uṣūl wa-l-furū'* [The sufficiency of aspiration toward the sciences of legal principles and branches]. Qom: Mu'assasah-yi Imām Ṣādiq.
- Ibn Qudāmah, 'Abd Allāh ibn Aḥmad. (1417 AH [1996/1997 CE]). *al-Mughnī* [The sufficient]. Riyadh: Dār 'Ālam al-Kutub.
- Abū Ṣalāh al-Ḥalabī, Taqī al-Dīn ibn Najm al-Dīn. (1413 AH [1992/1993 CE]). *al-Kāfi fī al-fiqh* [The sufficient work on jurisprudence]. Isfahan: Kitābkhānah-yi 'Umūmī-yi Imām Amīr al-Mu'minīn.
- Āshtiyānī, Mīrzā Muḥammad Ḥasan ibn Ja'far. (1425 AH [2004/2005 CE]). *Kitāb al-qaḍā'* [The book of adjudication]. Qom: Intishārāt-i Zuhayr-Kungirah-yi 'Allāmah Āshtiyānī.
- Āqā Diyā', 'Alī ibn Ākhūnd Mullā Muḥammad Kabīr. (n.d.). *Kitāb al-qaḍā'* [The book of adjudication]. Qom: Chāpkhānah-yi Mihr.
- Bayhaqī, Aḥmad ibn Ḥusayn. (1419 AH [1998/1999 CE]). *al-Sunan al-kubrā* [The major collection of traditions]. Beirut: Dār al-Fikr.
- Tabrīzī, Jawād. (1429 AH [2008/2009 CE]). *Tanqīḥ mabānī al-aḥkām: Kitāb al-qaḍā' wa-l-shahādāt* [Refinement of the foundations of legal rulings: The book of adjudication and testimonies]. Qom: Dār al-Ṣiddīqah al-Shahīdah.
- Tavakkulī, Muḥammad Mahdī. (1398 SH [2019/2020 CE]). *Mukhtaṣar-i ā'in-i dādrasī-yi madanī* [A concise account of civil procedure]. Tehran: Intishārāt-i Maktūb-i Ākhar.
- al-Ḥurr al-'Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan. (1409 AH [1988/1989 CE]). *Tafṣīl Wasā'il al-Shī'ah ilā taḥṣīl masā'il al-sharī'ah* [The detailed means of the Shi'a for obtaining the questions of the law]. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt.
- Ḥusaynī 'Āmilī, Muḥammad Jawād ibn Muḥammad. (1419 AH [1998/1999 CE]). *Miftāḥ al-karāmah fī sharḥ Qawā'id al-'Allāmah* [The key to nobility: A commentary on al-'Allāmah's legal principles]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī-yi Vābastah bih Jāmi'ah-yi Mudarrisīn-i Ḥawzah-yi 'Ilmiyyah-yi Qom.
- Ḥimyarī, 'Abd Allāh ibn Ja'far. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Qurb al-isnād* [Proximity of transmission chains]. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt.
- Khomeinī, Rūḥ Allāh. (n.d.). *Tahrīr al-wasīlah* [The exposition of the means]. Qom: Mu'assasah-yi Maṭbū'āt-i Dār al-'Ilm.
- Khvānsārī, Aḥmad ibn Yūsuf. (1405 AH [1984/1985 CE]). *Jāmi' al-madārik fī sharḥ Mukhtaṣar al-nāfi'* [The comprehensive guide to understanding: A commentary on Mukhtaṣar al-nāfi']. Qom: Mu'assasah-yi Ismā'īliyyān.
- Khu'ī, Sayyid Abū al-Qāsim. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Mabānī Takmilat al-minhāj* [The foundations of the supplement to al-Minhāj]. Qom: Mu'assasat Iḥyā' Āthār al-Imām al-Khu'ī.
- Rāwandī, Quṭb al-Dīn. (1405 AH [1984/1985 CE]). *Fiqh al-Qur'an* [The jurisprudence of the Qur'an]. Qom: Intishārāt-i Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Mar'ashī Najafī.
- Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. (1412 AH [1991/1992 CE]). *Fiqh al-Ṣādiq* [The jurisprudence of al-Ṣādiq]. Qom: Dār al-Kitāb-Madrasah-yi Imām Ṣādiq.
- Subḥānī, Ja'far. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Nizām al-qaḍā' wa-l-shahādah fī al-sharī'ah al-islāmiyyah al-gharrā'* [The system of adjudication and testimony in the radiant Islamic law]. Qom: Mu'assasah-yi Imām Ṣādiq.

- Sallār al-Daylamī, Ḥamzah ibn ‘Abd al-‘Azīz. (1404 AH [1983/1984 CE]). *al-Marāsīm al-‘Alawīyyah wa-l-aḥkām al-nabawīyyah* [The Alid ordinances and prophetic rulings]. Qom: Manshūrāt al-Ḥaramayn.
- Shams, ‘Abd Allāh. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Ā`īn-i dādrasī-yi madanī* [Civil procedure]. Tehran: Darāk.
- Shahīd al-Thānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī. (1410 AH [1989/1990 CE]). *al-Rawḍah al-bahīyyah fī sharḥ al-Lum‘ah al-Dimashqīyyah* [The splendid garden: A commentary on al-Lum‘ah al-Dimashqīyyah]. Qom: Kitābfurūshī-yi Dāvarī.
- Shahīd al-Thānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Masālik al-afḥām ilā tanqīḥ Sharā‘i‘ al-Islām* [Paths of understanding toward the refinement of Sharā‘i‘ al-Islām]. Qom: Mu‘assasat al-Ma‘ārif al-Islāmiyyah.
- Şāhib Jawāhir, Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. (1404 AH [1983/1984 CE]). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ Sharā‘i‘ al-Islām* [Jewels of discourse in commentary on Sharā‘i‘ al-Islām]. Beirut: Dār Iḥyā‘ al-Turāth al-‘Arabī.
- Şadūq, Muḥammad ibn ‘Alī ibn Bābawayh. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Man lā yaḥḍuruḥu al-faqīh* [For one who has no jurist present]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī-yi Vābastah bih Jāmi‘ah-yi Mudarrisīn-i Ḥawzah-yi ‘Ilmiyyah-yi Qom.
- Ṭabāṭabā‘ī Yazdī, Sayyid Muḥammad Kāzīm. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Takmilat al-‘Urwah al-wuṭḥā* [Supplement to al-‘Urwah al-wuṭḥā]. Qom: Kitābfurūshī-yi Dāvarī.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. (1387 AH [1967/1968 CE]). *al-Mabsūṭ fī fiqh al-Imāmiyyah* [The extensive work on Imami jurisprudence]. Tehran: al-Maktabah al-Murtaḍawīyyah li-Iḥyā‘ al-Āthār al-Ja‘fariyyah.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. (1407 AH [1986/1987 CE]). *al-Khilāf fī al-aḥkām* [Disagreement in legal rulings]. Qom: Intishārāt-i Daftar-i Tabliḡhāt-i Islāmī-yi Ḥawzah-yi ‘Ilmiyyah-yi Qom.
- Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. (1407 AH [1986/1987 CE]). *Tahdhīb al-aḥkām fī masā‘il al-ḥalāl wa-l-ḥarām* [The refinement of rulings concerning lawful and unlawful matters]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah.
- ‘Allāmah al-Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. (1410 AH [1989/1990 CE]). *Irshād al-adhhān ilā aḥkām al-īmān* [Guidance of minds toward the rulings of faith]. Qom: Intishārāt-i Daftar-i Tabliḡhāt-i Islāmī-yi Ḥawzah-yi ‘Ilmiyyah-yi Qom.
- ‘Allāmah al-Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. (1420 AH [1999/2000 CE]). *Tahrīr al-aḥkām al-shar‘īyyah ‘alā madhhab al-Imāmiyyah* [The exposition of legal rulings according to the Imami school]. Qom: Mu‘assasah-yi Imām Şādiq.
- Fāḍil Lankarānī, Muḥammad. (1420 AH [1999/2000 CE]). *Tafṣīl al-sharī‘ah fī sharḥ Tahrīr al-wasīlah* [Detailed exposition of the law in commentary on Tahrīr al-wasīlah]. Qom: Markaz-i Fiqhī-yi A‘immah-yi Aṭḥār.
- Fāḍil Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan. (1416 AH [1995/1996 CE]). *Kashf al-lithām wa-l-ibhām ‘an Qawā‘id al-aḥkām* [Removing the veil and ambiguity from Qawā‘id al-aḥkām]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Vābastah bih Jāmi‘ah-yi Mudarrisīn-i Ḥawzah-yi ‘Ilmiyyah-yi Qom.
- Fayḍ Kāshānī, Muḥammad ibn Murtaḍā. (n.d.). *Maḡātīḥ al-sharā‘i‘* [Keys to the laws]. Qom: Intishārāt-i Kitābkhānah-yi Āyat Allāh Mar‘ashī Najafī.

- Kāshif al-Ghiṭā', Ḥasan ibn Ja'far ibn Khiḍr. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Anwār al-fiqāhah: Kitāb al-qaḍā'* [Lights of jurisprudence: The book of adjudication]. 1st ed. Najaf: Mu'assasat Kāshif al-Ghiṭā'.
- Kaydarī, Qutb al-Dīn. (1416 AH [1995/1996 CE]). *Iṣbāḥ al-Shī'ah bi-miṣbāḥ al-sharī'ah* [Illuminating the Shi'a with the lamp of the law]. Qom: Mu'assasah-yi Imām Ṣādiq.
- Muḥaqqiq Ardabīlī, Aḥmad ibn Muḥammad. (1403 AH [1982/1983 CE]). *Majma' al-fā'idah wa-l-burhān fī sharḥ Irshād al-adhhān* [The compendium of benefit and proof in commentary on Irshād al-adhhān]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Vābastah bih Jāmi'ah-yi Mudarrisīn-i Ḥawzah-yi 'Ilmiyyah-yi Qom.
- Muḥaqqiq Ardabīlī, Aḥmad ibn Muḥammad. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Fiqh al-qaḍā'* [The jurisprudence of adjudication]. Qom: n.p.
- Muḥaqqiq al-Hillī, Ja'far ibn Ḥasan. (1408 AH [1987/1988 CE]). *Sharā'i' al-Islām fī masā'il al-ḥalāl wa-l-ḥarām* [The laws of Islam concerning lawful and unlawful matters]. Qom: Mu'assasah-yi Ismā'iliyyān.
- Muḥaqqiq Sabzawārī, Muḥammad Bāqir ibn Mu'min. (1423 AH [2002/2003 CE]). *Kifāyat al-aḥkām* [The sufficiency of legal rulings]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī-yi Vābastah bih Jāmi'ah-yi Mudarrisīn-i Ḥawzah-yi 'Ilmiyyah-yi Qom.
- Muḥaqqiq Narāqī, Mawlā Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī. (1415 AH [1994/1995 CE]). *Mustanad al-Shī'ah fī aḥkām al-sharī'ah* [The documentary basis of the Shi'a in the rulings of the law]. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt.
- Mardāwī al-Maqdisī, 'Alī ibn Sulaymān. (1418 AH [1997/1998 CE]). *al-Inṣāf fī ma'rifat al-rājiḥ min al-khilāf 'alā madhhab al-Imām Aḥmad ibn Ḥanbal* [Equity in identifying the preponderant view in disputes within the school of Imam Aḥmad ibn Ḥanbal]. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah.
- Mufīd, Muḥammad ibn Muḥammad ibn al-Nu'mān. (1413 AH [1992/1993 CE]). *al-Muqni'ah* [The persuasive work]. Qom: Kungirah-yi Jahānī-yi Hazārah-yi Shaykh Mufīd.
- Mūsawī Gulpāyigānī, Muḥammad Riḍā. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Kitāb al-qaḍā'* [The book of adjudication]. Qom: Dār al-Qur'ān.
- Mu'min, Muḥammad. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Mabānī Tahrīr al-wasīlah: al-Qaḍā' wa-l-shahādāt* [Foundations of Tahrīr al-wasīlah: Adjudication and testimonies]. Tehran: Mu'assasah-yi Tanzīm wa Nashr-i Āthār-i Imām Khomeinī.
- Yazdī, Muḥammad. (1429 AH [2008/2009 CE]). *Kitāb al-qaḍā' fī sharḥ al-'Urwah al-wuthqā'* [The book of adjudication in commentary on al-'Urwah al-wuthqā']. Qom: n.p.

## Legal and Fiqhi Foundations for Criminalizing Genetic Discrimination

Naib Ali Akhtari<sup>1</sup>, Muhammad Bagher Gerayeli<sup>2✉</sup>,  
and Sayyid Mohsen Mortazavi<sup>3</sup>

1. PhD Student in Criminal Law and Criminology, Al-Mustafa International University, Mashhad, Iran. Email: [nayebakhtari@gmail.com](mailto:nayebakhtari@gmail.com)
2. *Corresponding Author*, Assistant Professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: [grayeli@razavi.ac.ir](mailto:grayeli@razavi.ac.ir)
3. Assistant Professor, Department of Medical Jurisprudence, Al-Mustafa International University, Qom, Iran. Email: [sm.mortazavi@miu.ac.ir](mailto:sm.mortazavi@miu.ac.ir)

---

### Article Info

**Article type:**  
Research Article

**Article history:**

Received  
12 May 2025  
Received in revised form  
18 July 2025  
Accepted  
05 August 2025  
Available online  
22 December 2025

**Keywords:**

genetic discrimination,  
criminalization,  
principle of dominion,  
principle of dignity

---

### ABSTRACT

Advances in the life sciences have expanded the uses of human genomic data, while misuse of such information and genetic discrimination in fields such as employment and health have created serious concerns. The absence of a clear legal framework makes it necessary to examine the legal and fiqhi bases for criminalization. The central question is whether the principles of criminalization justify legislative intervention against genetic discrimination or whether the benefits associated with genetic data prevent such intervention. Using a descriptive-analytical approach and the filtering theory of criminalization, this study argues that genetic discrimination falls within liberty-limiting principles because it violates the interests of others and undermines moral and social values. Criminal sanctions, because of their deterrent force and expressive social censure, are the most effective response. From a fiqhi perspective, access to a person's genetic information without consent and its use for discriminatory purposes are not permissible. Since no fixed punishment has been specified in revealed law, punishment may be grounded in the fiqhi rule that discretionary punishment applies to every prohibited act.

---

**Cite this article:** Akhtari, N. A., Gerayeli, M. B., & Mortazavi, S. M. (1404). Legal and Fiqhi Foundations for Criminalizing Genetic Discrimination. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 20(2), 29-52. <https://doi.org/10.22034/fvh.2025.21136.2154>



© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.  
DOI: <https://doi.org/10.22034/fvh.2025.21136.2154>

---

## **Introduction**

Human genomic data now has wide applications in science, medicine, employment, insurance, and public policy. Yet the same data can be used to deny equal rights, benefits, or opportunities on genetic grounds. International instruments issued by bodies such as UNESCO and the World Health Organization emphasize protection of genetic information and prevention of discrimination. Countries such as the United States and France have enacted rules restricting genetic discrimination and protecting genetic privacy. In Iran, although ethical guidance issued by the Ministry of Health prohibits discriminatory use of genetic data, a clear statutory framework remains absent. The study asks whether concerns in employment, health, migration, insurance, and access to welfare justify criminalization, or whether scientific and economic benefits of genetic data should limit penal intervention. Since genetic discrimination is a novel issue with no explicit ruling in the primary fiqhi sources, its analysis also requires recourse to general fiqhi principles.

## **Methodology and Literature Review**

The research is descriptive-analytical and library-based. It examines legal and fiqhi foundations for criminalizing genetic discrimination in national law. Previous works have focused mainly on international measures and the role of states in preventing genetic discrimination; they have not addressed the national legal and fiqhi bases of criminalization in the same focused manner. This gap establishes the novelty of the study.

## **Findings**

Legally, the justification for criminalizing genetic discrimination can be examined through the theory of filtering, which requires passage through the filters of principles, assumptions, and consequences. At the level of principles, genetic discrimination causes deprivation of benefits, job loss, social exclusion, higher insurance costs, and injury to human dignity and feelings. It therefore falls under the harm principle, legal paternalism, and legal moralism as bases for limiting liberty. At the level of assumptions, non-criminal measures are insufficient to secure rights effectively, while criminal sanctions embody social blame and have a stronger deterrent function. At the level of consequences, although positive scientific and therapeutic uses of genomic data limit the scope of criminalization, they do not justify conduct that violates bodily integrity or erodes fundamental social values.

## **Fiqhi Analysis**

From the fiqhi perspective, access by natural or legal persons to an individual's genomic information without prior consent is impermissible under the principle of dominion over the body and its attributes. If such access involves investigation or surveillance, it also falls within the general prohibition of

tajassus, except where genetic information is needed for accurate diagnosis, treatment, and management of illness. Misuse of genomic information for genetic discrimination is prohibited by the principle of no harm and by human dignity, because it injures both individuals and the human community. Consent by employees or insured persons cannot validate discriminatory conduct, since the prohibition of harm and the principle of human dignity prevail over individual dominion in this context.

### Conclusion

Genetic discrimination is a new form of social discrimination that deprives persons with particular genetic traits of rights, advantages, and equal opportunities. Although Iranian criminal law does not expressly criminalize it, criminalization is justified to prevent social harm, protect human dignity, and preserve moral values. In fiqh, third-party access to genomic information without consent and its discriminatory use are impermissible. Because revealed law has not fixed a specific penalty, discretionary punishment may be based on the rule that ta'zir is available for every prohibited act.

### Declarations

**Author Contributions:** First author: research design, data collection, analysis, interpretation, and initial drafting. Second author: dissertation supervision, monitoring the research process, reviewing results, revision, and finalization. Third author: advisory supervision, contribution to research design, research monitoring, and article review.

**Data Availability Statement:** Not specified in the source file.

**Acknowledgements:** No acknowledgement was declared.

**Ethical Considerations:** The authors observed the ethical principles governing the conduct and publication of scientific research.

**Funding:** This research received no specific grant from public, commercial, or not-for-profit funding bodies.

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

**Declaration on Generative AI and AI-assisted Technologies:** The authors reported using artificial intelligence only for editing and summarization.



## مبانی حقوقی و فقهی جرم‌انگاری تبعیض ژنتیکی

نایب‌علی اختری<sup>۱</sup>، محمدباقر گرابلی<sup>۲</sup>، و سید محسن مرتضوی<sup>۳</sup>

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، جامعه المصطفی العالمیه، مشهد، ایران. رایانامه: [nayebakhtari@gmail.com](mailto:nayebakhtari@gmail.com)

۲. نویسنده مسئول، استادیار گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: [grayeli@razavi.ac.ir](mailto:grayeli@razavi.ac.ir)

۳. استادیار گروه فقه پزشکی، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران. رایانامه: [sm.mortazavi@miu.ac.ir](mailto:sm.mortazavi@miu.ac.ir)

### چکیده

### اطلاعات مقاله

#### نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۲/۲۲

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۴/۲۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۵/۱۴

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۱۰/۰۱

#### کلیدواژه‌ها:

تبعیض ژنتیکی،

جرم‌انگاری،

اصل سلطنت،

اصل کرامت

با پیشرفت علوم زیستی، داده‌های ژنومی انسان کاربردهای گسترده‌ای یافته است. سوءاستفاده از این اطلاعات و اعمال تبعیض ژنتیکی در حوزه‌هایی چون اشتغال و سلامت، نگرانی‌هایی جدی ایجاد نموده است. فقدان قانون در این زمینه، ضرورت بررسی مبانی فقهی و حقوقی جرم‌انگاری را نمایان می‌سازد. پرسش اصلی این است که آیا مبانی جرم‌انگاری ورود قانون‌گذار را به عرصه جرم‌انگاری تبعیض ژنتیکی موجه می‌شمارد، یا منافع موجود در داده‌های ژنتیکی مانع چنین مداخله‌ای است؟ پژوهش حاضر با رویکرد توصیفی-تحلیلی به مبانی حقوقی و فقهی جرم‌انگاری تبعیض ژنتیکی بر اساس نظریه فیلترینگ - که عبور از سه فیلتر متمایز را برای توجیه جرم‌انگاری ضروری می‌شمارد - پرداخته و به این نتیجه رسیده است که تبعیض ژنتیکی، به دلیل نقض منافع دیگران و نقض ارزش‌های اخلاقی و اجتماعی، ذیل اصول محدودکننده آزادی قرار می‌گیرد و ضمانت اجرای کیفری به جهت قدرت بازدارندگی و سرزنش اجتماعی، مؤثرترین اقدام در مقابله با تبعیض ژنتیکی تلقی می‌گردد. از نظر فقهی نیز دسترسی به اطلاعات ژنتیکی افراد بدون کسب رضایت و استفاده از آن در راستای تبعیض ژنتیکی، مطابق ادله فقهی جواز ندارد. با وجود این، مجازاتی برای آن در شرع تعیین نشده است. برای تعیین مجازات می‌توان به قاعده فقهی «التعزیر لکل عمل محرم» تمسک نمود.

**استناد:** اختری، نایب‌علی؛ گرابلی، محمدباقر؛ و مرتضوی، سید محسن. (۱۴۰۴). مبانی حقوقی و فقهی جرم‌انگاری تبعیض ژنتیکی.

<https://doi.org/10.22034/FVH.2023.17244.1852>. ۵۲-۲۹، (۲)۳۰، مطالعات فقه اسلامی و مبانى حقوق.



### مقدمه

در پرتو پیشرفت علوم زیستی در نیم قرن اخیر، داده‌های ژنومی انسان به دلیل توانایی پیش‌بینی و ارائه چشم‌انداز برای آینده در تحقیقات پزشکی، ارتقای سلامت عمومی، توسعه و تأمین امنیت بهداشتی کشورها اهمیت زیادی یافته است. این داده‌ها ابزار مهمی برای درک علل بیماری‌های پیچیده، درمان بیماری‌های لاعلاج، تولید دارو، واکسن، شناسایی مجرمین، قربانیان جنایات، تشخیص والدین و حفظ تنوع ژنتیکی اقوام مختلف محسوب می‌گردد. با وجود کاربردهای ارزشمند داده‌های ژنومی، نگرانی‌های جدی درباره سوءاستفاده‌های احتمالی از اطلاعات ژنتیکی انسان وجود دارد. در سطح بین‌المللی اعلامیه‌ها و مصوبات متعددی از سوی سازمان‌ها و نهادهای بین‌المللی و منطقه‌ای مانند یونسکو، سازمان بهداشت جهانی و شورای اروپا در جهت پیشگیری از سوءاستفاده از اطلاعات ژنتیکی انسان تصویب شده است؛ مانند «اعلامیه جهانی ژنوم انسان و حقوق بشر» در سال ۱۹۹۷، «اعلامیه بین‌المللی داده‌های ژنتیک انسانی» در سال ۲۰۰۳ و «اعلامیه جهانی اخلاق زیستی و حقوق بشر» در سال ۲۰۰۵. این اسناد به خطرات سوءاستفاده از اطلاعات ژنتیکی و تبعیض ژنتیکی اشاره نموده و بر تضمین‌هایی تأکید دارند که مانع از سوءاستفاده از اطلاعات ژنتیکی و تبعیض ژنتیکی شود. در سطح ملی، برخی کشورها نیز اقدامات قانونی جدی‌تری اتخاذ کرده‌اند. در آمریکا قانون منع تبعیض ژنتیکی در استخدام (مصوب ۲۰۰۰) و قانون حریم خصوصی اطلاعات پزشکی و ژنتیکی (مصوب ۲۰۰۸) تصویب شده است. در قانون جزای فرانسه تبعیض ژنتیکی با واکنش کفیری مواجه شده است. در ایران، قوانین موجود تا حدی از افشای اطلاعات ژنتیکی جلوگیری می‌کند، اما قانون مشخصی برای حمایت از افراد در برابر تبعیض ژنتیکی وجود ندارد. راهنمای اخلاقی پژوهش‌های ژنتیک مصوب شورای سیاست‌گذاری وزارت بهداشت در سال ۱۳۹۲، بهره‌برداری تبعیض‌آمیز از داده‌های ژنتیکی و پروتئومیک انسانی (Human Proteomics)<sup>۱</sup> را ممنوع اعلام کرده است. با وجود نگرانی‌های فزاینده در خصوص بروز تبعیض ژنتیکی در حوزه‌هایی مانند اشتغال، خدمات بهداشتی و درمانی که می‌تواند به نادیده گرفتن حقوق، مزایا و فرصت‌های برابر بینجامد و در فقدان ضمانت اجرای رهنمودهای اخلاقی و نبود قانون‌گذاری شفاف، پرداختن به مبنای حقوقی جرم‌انگاری تبعیض ژنتیکی ضروری به نظر می‌رسد. پرسش اصلی این است که آیا مبنای موجود در جرم‌انگاری توان تبیین و توجیه ورود قانون‌گذار به عرصه جرم‌انگاری تبعیض ژنتیکی انسانی را دارند، یا آنکه منافع فردی و جمعی نهفته در داده‌های ژنتیکی، مانعی جدی در برابر جرم‌انگاری در این زمینه به شمار می‌آیند؟ از نظر فقهی نیز تبعیض ژنتیکی از مسائل مستحدثت فقهی محسوب می‌شود؛ حکم آن به‌طور دقیق در منابع فقهی مشخص نشده است. اصل ۱۶۷ قانون اساسی ایران بیان می‌کند که در صورت نبود حکم مشخص در قانون، قاضی باید به منابع معتبر فقهی و فتاوای شرعی رجوع کند. این امر ضرورت تحقیق و بررسی فقه اسلامی را در این زمینه نشان می‌دهد. پژوهش حاضر با رویکرد توصیفی و تحلیلی به بررسی مبنای حقوقی و فقهی جرم‌انگاری تبعیض ژنتیکی می‌پردازد.

۱. پروتئین‌های تولیدشده در سلول‌های انسانی، که در تشخیص زودهنگام بیماری‌ها، و توسعه داروهای هدفمند کاربرد دارد.

### پیشینه پژوهش

در خصوص تبعیض ژنتیکی، مقاله عباسی (عباسی، ۱۳۹۵) تحت عنوان «تلاش‌های بین‌المللی در مقابله با تبعیض ژنتیکی» و مقاله جوانمرادی و نظری (جوانمرادی و نظری، ۱۳۹۶) با عنوان «تبعیض ژنتیکی در نظام حقوقی کانادا و ایران»، هر دو به تدابیر بین‌المللی اتخاذ شده در جهت منع تبعیض ژنتیکی و نقش دولت‌ها در جلوگیری از تبعیض ژنتیکی پرداخته‌اند و به مبانی حقوقی منع و جرم‌انگاری تبعیض ژنتیکی در قلمرو ملی اشاره نکردند. پژوهش حاضر از این جهت که مبانی حقوقی و فقهی جرم‌انگاری تبعیض ژنتیکی را مطرح می‌کند، دارای نوآوری است.

### مفهوم‌شناسی

#### مبانی جرم‌انگاری

واژه «مبانی» برگرفته از «مبنا» است که در لغت به معنای پایه و اساس هر چیزی به کار می‌رود (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۲۲۸۶). در علم حقوق، این اصطلاح به اصول کلی یا قواعد بنیادین اطلاق می‌شود که بنیان تدوین قوانین و مقررات حقوقی را شکل می‌دهند و پشتوانه اعتبار آن‌ها به شمار می‌آیند (منصورآبادی و ریاحی، ۱۳۹۱، ص ۹). جرم‌انگاری عملی است که در آن قانون‌گذار با توجه به ارزش‌ها و هنجارهای اساسی جامعه و با استناد به مبانی نظری خود، فعل یا ترک فعلی را ممنوع اعلام کرده و برای آن ضمانت اجرای کیفری تعیین می‌کند (نجفی ابرندآبادی و هاشم‌بیگی، ۱۳۷۷، ص ۹۰). جرم‌انگاری به‌خودی‌خود با محدودنمودن آزادی، سلب و نقض حقوق مرتبط است؛ و دخالت در حقوق و آزادی‌های افراد نیازمند توجیه چرایی آن است. مبانی حقوقی جرم‌انگاری شامل اصول و قواعدی است که ضرورت و مشروعیت اعمال ممنوعیت‌های پیش‌بینی‌شده در قوانین کیفری را توجیه می‌کنند (اصفهانی و همکاران، ۱۳۹۹، ص ۲۷۳). مقصود از مبانی فقهی، ادله شرعی است که برای اثبات حرمت و منع شرعی به آن استدلال می‌شود؛ زیرا انسان، به دلیل محدودیت‌های شناختی و ضعف‌های نفسانی، از درک کامل مصالح و مفاسد حقیقی که احکام شرعی بر مبنای آن جعل شده‌اند، عاجز است. بنابراین، برای شناخت قواعد صحیح رفتاری در حوزه فردی و اجتماعی، باید به کشف اراده شارع پرداخت؛ امری که از طریق مراجعه به منابع استنباط احکام ممکن می‌شود (مصباح، ۱۳۷۹، ص ۹۴).

#### داده ژنتیک

ژن، بخشی از مولکول DNA انسان است که در قسمت ثابتی از یک کروموزوم قرار دارد (مایکل، ۱۳۹۴، ص ۲۷۸). به تمام ژن‌های موجود در ۲۳ جفت کروموزوم هسته سلولی انسان «ژنوم» اطلاق می‌شود که از حدود سه بیلیون جفت باز تشکیل شده است (میرهاشمی، ۱۳۹۶، ص ۱۹). داده ژنتیکی به اطلاعاتی گفته می‌شود که هم از توالی ظاهری نمونه‌های DNA و هم از تحلیل‌های بیوانفورماتیکی فراتر از این توالی‌ها به دست می‌آید. این اطلاعات پنهان، بسیار گسترده، دقیق و دارای ماهیتی شخصی، خانوادگی، قومی، نژادی و ملی هستند و با داشتن قابلیت پیش‌بینی بالا، می‌توانند چشم‌اندازهای مهمی نسبت به آینده ارائه دهند. چنین

داده‌هایی در حوزه‌های گوناگون دارای کارکردهای متعددی هستند (کازمی و همکاران، ۱۳۸۹، ص. ۵۹). در حوزه «فارماکوژنتیک» که به توصیف رابطه بین تنوع ژنتیکی در کدهای ژنی برای سوخت‌وساز دارو و واکنش دارو می‌پردازد، در فرایند متابولیسم دارو و انتخاب دارو اهمیت دارد. شرکت‌های دارویی این امکان را می‌یابند با استفاده از اطلاعات ژنتیک افراد، داروهای جدید خود را در بخش‌های مختلف از جمعیت، مکان‌های مختلف آزمایش کنند و عکس‌العمل بدن افراد را به داروهای متفاوت و مواد شیمیایی در محیط‌زیست پیش‌بینی کنند و برای هر فرد بسته به ساختار جسمی و محیطی او، درمان و داروی مخصوص بسازند (صادقی، ۱۳۸۴، ص. ۸۷). در حوزه آزمایش‌ها و غربالگری‌ها و مشاوره‌های ژنتیکی، داده ژنتیکی در فهم منشأ و علل بیماری‌های چندعاملی، درمان بیماری‌هایی که در گذشته لاعلاج فرض می‌شدند، کاربرد دارد (اردکانی، ۱۳۹۵، ص. ۱۰۲). در حوزه قضائی از داده‌های ژنومی انسان در شناسایی مجرمین، رهایی افراد بی‌گناه متهم به جنایت و شناسایی قربانیان حوادث و جنایات، تشخیص والدین و ارتباطات فامیلی افراد (میرهاشمی، ۱۳۹۶، ص. ۷۴) و در حوزه جمعیت‌شناختی در درک سرشت و محتوای دگرگونی ژنتیکی در یک جمعیت و اقوام مختلف و حفظ گونه‌های مختلف ژنتیک انسانی استفاده می‌شود (ساعد، ۱۳۹۶، ص. ۱۰۴).

### تبعیض ژنتیکی

تبعیض ژنتیکی شکل نوینی از تبعیض اجتماعی است که با استناد به منشأ ژنتیکی، به انکار حقوق، مزایا یا فرصت‌های برابر افراد جامعه می‌انجامد (محمودی، ۱۳۹۸، ص. ۹۷). این نوع تبعیض معمولاً در شرایطی رخ می‌دهد که فردی با ویژگی ژنتیکی خاص، نسبت به دیگران در وضعیت مشابه قرار می‌گیرد (کد جزای فرانسه، ۱-۲۲۵). تبعیض ژنتیکی می‌تواند در زمینه‌های مختلفی از جمله حق دسترسی به فرصت‌های شغلی، بهره‌مندی از خدمات بهداشتی و درمانی، آزادی رفت‌وآمد و مهاجرت، حفظ حریم خصوصی و محرمانگی اطلاعات فردی، و همچنین برخورداری برابر از امکانات رفاهی در جامعه بروز یابد (عباسی و همکاران، ۱۳۹۵، ص. ۶۶).

### جرم‌انکاری تبعیض ژنتیکی

اعلامیه بیلباو ۱۹۹۳، به‌عنوان نخستین سند بین‌المللی، سوءاستفاده از اطلاعات ژنتیکی برای تبعیض را ممنوع اعلام کرده و در ماده ۵ استفاده از این اطلاعات برای تبعیض در اشتغال، بیمه یا دیگر حوزه‌ها را تقبیح کرده است. اعلامیه جهانی ژنوم انسانی و حقوق بشر ۱۹۹۷ تمامی اشکال تبعیض بر اساس ویژگی‌های ژنتیک را منع می‌کند. ماده ۶ این اعلامیه مقرر کرده است که هیچ‌کس نباید بر اساس ویژگی‌های ژنتیکی در معرض تبعیضی قرار گیرد که هدف آن یا تأثیر آن نادیده گرفتن حقوق بشر، آزادی‌های اساسی و کرامت انسانی است. اعلامیه بین‌المللی داده‌های ژنتیک انسانی مصوب ۲۰۰۳ نیز در بند الف ماده ۷، ممنوعیت استفاده از داده‌های ژنتیک انسانی و پروتئومیک (Proteomics)<sup>۱</sup> برای اهداف تبعیض‌آمیز، نقض حقوق بشر یا کرامت انسانی را تأکید کرده و خواستار اقدامات لازم برای جلوگیری از چنین سوءاستفاده‌هایی شده است. این اقدامات

۱. پروتئین‌های تولیدشده در سلول‌های انسانی، که در تشخیص زودهنگام بیماری‌ها، و توسعه داروهای هدفمند کاربرد دارد.

باید مانع بدنام‌سازی افراد، خانواده‌ها یا اجتماعات شوند و حقوق بنیادین تضمین شوند. دو قطعنامه شورای اجتماعی و اقتصادی سازمان ملل در زمینه حفظ حریم خصوصی و عدم تبعیض تأکید دارند که جلوگیری از تبعیض بر اساس اطلاعات ژنتیکی ضروری بوده و اقدامات مؤثری برای تحقق این هدف باید انجام شود. در اسناد اروپایی، ماده ۱۴ کنوانسیون حقوق بشر و منشور حقوق اساسی اتحادیه اروپا بر ممنوعیت تبعیض ژنتیکی تأکید دارند. ماده ۲ منشور نیز به ضرورت جلوگیری از روش‌های انتخاب افراد بر اساس نژاد، اشاره دارد.

با وجود تأکید جهانی بر قبح تبعیض ژنتیکی در اعلامیه‌های بین‌المللی، تاکنون کنوانسیون الزام‌آور بین‌المللی در این زمینه ایجاد نشده است؛ تنها کنوانسیون منطقه اوبدو (۱۹۹۷) در ماده ۱۱ به‌صراحت هرگونه تبعیض ژنتیکی را ممنوع کرده است. اعضای این کنوانسیون موظف شده‌اند حمایت قضایی مناسبی برای مقابله با نقض حقوق و اصول مندرج در این کنوانسیون فراهم کنند.

در سطح بین‌المللی، برخی کشورها به‌دلیل سوءاستفاده از داده‌های ژنومی انسان، منع تبعیض ژنتیکی را به‌صورت جدی‌تری دنبال کرده‌اند. در آمریکا مطالعاتی که توسط دفتر ارزیابی تکنولوژی کنگره آمریکا در سال ۱۹۷۰ انجام شده است، نشان می‌دهد در زمینه خدمات بهداشتی و درمانی، مدیران و کارفرمایانی که مسئول هزینه‌های پزشکی کارمندان هستند، انگیزه قوی دارند که افراد مستعد به بیماری‌های ژنتیکی را استخدام نکنند یا حتی از کار اخراج کنند (محمودی، ۱۳۹۸، ص. ۸۷). در فوریه سال ۲۰۰۱ در آمریکا، اولین دعوی در زمینه تبعیض در اشتغال با منشأ ژنتیکی علیه شرکت راه‌آهن برلینگتون سانتافه شمالی اقامه شد. این شرکت برای خودداری از پرداخت هزینه‌های درمانی کارگران مشکوک به بیماری یا ازکارافتادگی، کارکنان خود را به‌طور مخفیانه توسط پزشکان شرکت مورد آزمایش ژنتیکی قرار داد. در زمینه حق بیمه و سلامت، برخی از شرکت‌های بیمه با استناد به نتایج آزمایش‌های ژنتیکی، حق بیمه بیشتری را برای بیمه‌گذاران تعیین می‌کردند. دولت فدرال در سال ۲۰۰۰ میلادی برای مقابله با این پدیده، لایحه‌ای را برای منع استفاده شرکت‌های بیمه و بهداشتی از اطلاعات ژنتیک در تصمیم‌گیری و تعیین حق بیمه ارائه کرد (محمودی، ۱۳۹۸، ص. ۸۷). با تصویب قانون عدم تبعیض اطلاعات ژنتیکی در سال ۲۰۰۸، کارفرمایان از آزمایش ژنتیکی کارکنان و شرکت‌های بیمه از افزایش نرخ بیمه بر اساس اطلاعات ژنتیکی افراد ممنوع شدند.

بر اساس ماده ۲-۲۲۵ قانون جزای فرانسه، اعمال تبعیض ژنتیکی نسبت به اشخاص حقیقی یا حقوقی، در صورتی که به جلوگیری از ارائه کالا یا خدمات، یا مانع‌تراشی در روند استخدام، تنبیه یا اخراج افراد بینجامد، مستوجب مجازات سه سال حبس و پرداخت جریمه‌ای معادل ۴۵۰۰۰۰ یورو خواهد بود.

مطابق ماده ۲۲۵-۳ قانون جزای فرانسه، تبعیض بر اساس وضعیت سلامتی، اگر بر اساس آزمون‌های ژنتیکی پیش‌بینی‌کننده مرتبط با بیماری که هنوز آغاز نشده است یا تمایل ژنتیکی به بیماری باشد، مستوجب مجازات مقرر در ماده قبلی خواهد بود.

در قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران، به‌صراحت اشاره‌ای به جرم‌انگاری تبعیض ژنتیکی نشده است. با این حال، طبق ماده (۲) دستورالعمل اخلاقی پژوهش‌های ژنتیکی مصوب سال ۱۳۹۲، انجام تحقیقات

ژنتیکی با هدف ایجاد تبعیض نژادی یا استفاده از داده‌های ژنتیکی برای تبعیض‌گذاری یا انگ‌زنی نسبت به فرد، خانواده یا جامعه، ممنوع اعلام شده است.

ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات)، افشای اسرار و اطلاعات را خارج از موارد مقرر قانونی، جرم‌انگاری کرده است. با توجه به این حکم، می‌توان اطلاعات ژنتیکی را نیز از جمله مصادیق اسرار تلقی کرد. بنابراین، چنانچه افشای این اطلاعات در خارج از چارچوب قانونی ممنوع و قابل تعقیب کیفری است، به طریق اولی، بهره‌برداری غیرقانونی از این اطلاعات در قالب تبعیض ژنتیکی، نیز ممنوع خواهد بود. با توجه به اصل تفسیر مضیق در قوانین کیفری، نمی‌توان صرفاً با استناد به اولویت یا قیاس، مجازات مقرر در ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی را بر فردی که مرتکب تبعیض ژنتیکی شده است، اعمال کرد.

### مبانی حقوقی جرم‌انگاری تبعیض ژنتیکی

جرم‌انگاری به معنای محدود کردن آزادی و حقوق افراد با پیش‌بینی ضمانت اجرای کیفری برای آن (نجفی ابرندآبادی و هاشم‌بیگی، ۱۳۷۷، ص. ۹۰)، نیازمند توجیه منطقی است. مبانی جرم‌انگاری به ارائه دلایل قانع‌کننده و پاسخ به چرایی این اقدام می‌پردازد (اصفهانی و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۲۷۳). هرچند از نظر حقوقی می‌توان جرم‌انگاری رفتاری مانند تبعیض ژنتیکی را بر پایه اصول حقوقی مانند اصل ضرر توجیه کرد؛ اما به نظر جاناتان شنشک، از فیلسوفان حقوق کیفری، صرف انطباق یک رفتار با اصول حقوقی برای توجیه جرم‌انگاری آن کافی نیست، بلکه جرم‌انگاری یک رفتار زمانی موجه می‌شود که از سه فیلتر (صافی) متمایز عبور کند. عدم توانایی در عبور از هر فیلتر به این معناست که نمی‌توان آن رفتار را به‌طور موجه جرم‌انگاری کرد. در ادامه، این سه فیلتر در توجیه جرم‌انگاری تبعیض ژنتیکی به‌صورت جداگانه بررسی می‌شود.

### فیلتر اصول

در فیلتر اصول باید نشان داد که تبعیض ژنتیکی ذیل یکی از اصول محدودکننده آزادی قرار می‌گیرد. فاینبرگ چهار اصل «آسیب»، «توهین»، «پدرسالاری» و «اخلاق‌گرایی» را به‌عنوان اصول محدودکننده آزادی شناسایی کرده است (Feinberg, 1987, p. 31). جاناتان شنشک، فیلسوف حقوق کیفری لیبرال، اصول «پدرسالاری حقوقی» و «اخلاق‌گرایی» را به‌عنوان اصول اقتدار دولتی و محدودکننده آزادی نمی‌پذیرد؛ زیرا این اصول مداخله غیرقابل اغماض دولت را در زندگی خصوصی شهروندان فراهم می‌کند. او اصول محدودکننده آزادی را در اصل آسیب و اصل «توهین» محدود می‌داند. زمانی که یک «رفتار غیراخلاقی» نظم عمومی و اخلاقی جامعه را مختل و احساسات متعارف اجتماع را جریحه‌دار می‌کند، یا موجب آسیب و ناخوشایندی شدید به دیگران می‌شود و از طریق ابزارهای غیرکیفری و کنترل اجتماعی نتوان از آن جلوگیری کرد، می‌توان مطابق با اصل «آسیب» به‌عنوان جرم، قابل مجازات اعلام کرد (Schonsheck, 1994, p. 155).

*اصل ضرر*

فاینبرگ، اصل ضرر را که ریشه در نظریهٔ جان استوارت میل دارد، یکی از اصول مهم محدودکننده آزادی می‌داند. او سه مفهوم «ضرر» یعنی خسارت، صدمه به منافع و ارتکاب خطا را مورد توجه قرار داده و معتقد است ضرری که قابلیت توجیه جرم‌انگاری دارد، باید ترکیبی از صدمه به منافع و ارتکاب خطا باشد (Feinberg, 1987, p. 36). فاینبرگ ایجاد ناخوشایندی شدید برای دیگران را در حکم ضرر تلقی می‌کند. البته زمانی جرم‌شناختن یک رفتار برای جلوگیری از ناخوشایندی شدید، موجه است که شدت ناخوشایندی با توجه به میزان، کیفیت و حدت آن، شدید تلقی شود (Feinberg, 1973, p. 26). باسیل میچل، مفهوم ضرر را فراتر از آسیب جسمی به موارد نظیر «بی‌عفتی عمومی» گسترش می‌دهد و تأکید دارد که جامعه باید از شهروندان در برابر آسیب‌ها و ضررهای واقعی محافظت کند. او بر این باور است که نه هر پریشانی مضر است و نه هر ضرر موجه‌کننده مجازات؛ تنها ضررهای قابل توجهی که توجیه خفت و خواری ناشی از مجازات را دارند، اهمیت دارد (Mitchel, 1970, p. 45). بر اساس تبیین مفهومی «ضرر» که فاینبرگ برای جرم‌انگاری ارائه می‌دهد، تبعیض ژنتیکی می‌تواند نقض مستقیم یا غیرمستقیم منافع دیگران را در پی داشته باشد. تبعیض سبب اخراج یا عدم استخدام افراد در محیط کار می‌شود. در حوزهٔ بیمه و سلامت، موجب افزایش هزینه‌های بیمه یا محرومیت از خدمات بیمه می‌شود. همچنین، بدنامی ناشی از ویژگی‌های خاص ژنتیکی ممکن است به هویت خانوادگی و گروهی افراد آسیب برساند. رفتارهای تبعیض‌آمیز مبتنی بر اطلاعات ژنتیکی، مانند طرد یا انزوا، به احساسات و عواطف قربانیان لطمه وارد می‌کند. این آسیب‌ها، بر اساس ویژگی‌هایی صورت می‌گیرد که نظیر قومیت یا جنسیت، خارج از کنترل افراد بوده و به انتخاب آن‌ها بستگی ندارد (عباسی و همکاران، ۱۳۹۵، ص. ۶۵). بر اساس این اصل، دولت حق دارد در رفتارهای تبعیض‌آمیز با منشأ ژنتیکی که به منافع دیگران صدمه مستقیم یا غیرمستقیم وارد می‌کند، مداخله کند. با این حال، جانانان شنشک صرف ایجاد ضرر به منافع دیگران را برای جرم‌انگاری کافی نمی‌داند. او اصل ضرر را به‌عنوان روش توازن در تصمیم‌گیری برای جرم‌انگاری و محدودکننده آزادی افراد توضیح می‌دهد و بر ترجیح آسیب‌های ناشی از یک رفتار بر منافع آن تأکید می‌کند. این ترجیح به مبانی فرهنگی و مذهبی دولت‌ها و گروه‌های حاکم وابسته است. در جوامعی که گروه‌های منفعت‌طلب حاکم هستند، ممکن است منافع مرتبط با داده‌های ژنتیکی را ترجیح داده و مداخله دولت در محدودسازی رفتارهای تبعیض‌آمیز ژنتیکی را ناموجه بدانند.

*اصل پدرسالاری*

اصل پدرسالاری حقوقی از اصولی است که می‌تواند جرم‌انگاری را توجیه کند، هرچند فیلسوفان لیبرال حقوق کیفری نظیر فاینبرگ و جانانان شنشک، آن را به‌عنوان محدودکننده آزادی نمی‌پذیرند. فاینبرگ این معنی از پدرسالاری حقوقی را که افراد بزرگ جامعه مانند کودکان فرض شوند که نیازمند محافظت‌اند، توهین و تحقیرآمیز می‌داند. در نهایت این معنی از پدرسالاری حقوقی را می‌پذیرد که دولت وظیفه مراقبت از کسانی را دارد که قادر به حفاظت از خود نیستند. این وظیفه شامل حفظ جان افراد در برابر خطرات داخلی و خارجی

می‌شود. دولت باید شهروندان را در برابر آسیب‌های دیگران یا خودشان مورد حمایت قرار داده و مسئول حفظ و مراقبت آن‌ها باشد (Feinberg, 1986, p. 3).

دولت بر اساس رویکرد پدرسالاری حقوقی، خود را برتر از شهروندان دانسته و به‌عنوان خیرخواه، آزادی افراد را برای پیشگیری از آسیب، به‌منظور مصلحت آن‌ها محدود می‌کند. فاینبرگ تفاوت بین «اصل آسیب» و «پدرسالاری حقوقی» را در اهمیت رضایت شخص می‌بیند؛ در اصل آسیب، رضایت فرد می‌تواند مسئولیت کیفری را معاف کند، اما در پدرسالاری حقوقی، رضایت شخص اعتبار ندارد و دولت برای خیر و مصلحت شهروندان، آزادی آن‌ها را محدود می‌کند (Feinberg, 1986, p. 21).

بر مبنای این اصل، افراد نمی‌توانند با استناد به رضایت خویش، به تبعیض ژنتیکی که به منافع آن‌ها آسیب وارد می‌کند، تن دهند یا دیگران با رضایت صاحبان اطلاعات ژنتیکی رفتارهای تبعیض‌آمیز را توجیه کنند. تبعیض ژنتیکی به‌طور مستقیم کرامت انسانی را نقض کرده و انسان را به‌عنوان وسیله‌ای برای اهداف دیگر تلقی می‌کند که تمام جامعه از این آسیب متضرر می‌شوند. به همین جهت، در اسناد بین‌المللی مرتبط با ژنوم انسانی، کرامت انسانی اصطلاح مهمی شمرده شده است. این اصطلاح در اعلامیه جهانی ژنوم و حقوق انسانی یونسکو بیش از پانزده بار تکرار شده است که نمونه‌ای بی‌سابقه در اسناد بین‌المللی قبلی است. در بخش‌هایی از اعلامیه جهانی داده‌های ژنتیک انسانی، به رعایت کرامت انسانی تأکید و تصریح شده است. از این رو، مداخله دولت برای محدود کردن رفتارهای تبعیض‌آمیز مبتنی بر منشأ ژنتیکی، برای حفاظت از کرامت انسانی، امری ضروری و قابل توجیه است. کرامت انسانی برتر از آزادی اراده است؛ افراد نمی‌توانند به تبعیض ژنتیکی که کرامت انسان را مخدوش می‌کند، رضایت دهند (نوبهار، ۱۳۸۳، ص. ۸۹).

#### اصل اخلاق‌گرایی

اخلاق‌گرایی حقوقی، یکی از دیگر اصول جرم‌انگاری است که به دولت حق مداخله می‌دهد تا برای حفاظت از ارزش‌های اخلاقی جامعه، رفتارهای ناسازگار با این ارزش‌ها را جرم‌انگاری کند. این اصل بر این فرض استوار است که قوانین نه‌تنها برای محافظت از افراد در برابر آسیب‌های مادی بلکه برای حفظ ارزش‌های اخلاقی و اجتماعی باید تنظیم شوند، حتی اگر یک رفتار آسیبی مستقیم به دیگران وارد نکند اما منجر به انحطاط اخلاقی شود، می‌تواند مشمول جرم‌انگاری شود (Feinberg, 1988, p. 6). اگرچه اندیشه‌های لیبرالیستی قرون اخیر در جوامع غربی گرایش به سمت حمایت حداقلی از اخلاقیات دارد، اما نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران بر اساس قواعد فقهی مانند «التعزیر لکل عمل محرم» و مشروح مذاکرات مجالس قانون‌گذاری، بنابر حمایت بیشتر از ارزش‌های اخلاقی دارد. بر این اساس، برای تصویب یک رفتار در قالب جرم، صرف اثبات این مطلب که در شریعت اسلام و فقه امامی، رفتار مذکور دارای قید حرام است، کافی است و نیاز به دلیل دیگر ندارد (عزیزی و مهدوی‌ثابت، ۱۳۹۷، ص. ۲۵۵). جرم‌انگاری تبعیض ژنتیکی به‌عنوان رفتار ناقض کرامت انسانی بر مبنای اصل اخلاق‌گرایی حقوقی نیز قابل توجیه است؛ زیرا انسان به‌خاطر انسان بودنش دارای شایستگی و ارزش است، هیچ عواملی نمی‌تواند این شایستگی و ارزش را نقض کند.

### فیلتر پیش‌فرض‌ها

در فیلتر فرضیات باید بررسی شود که آیا اقدام دولتی یا غیردولتی مؤثری برای کاهش وقوع این رفتار وجود دارد که از نظر هزینه و میزان مداخله، کمتر از جرم‌انگاری باشد. اگر مطالعات نشان دهد که چنین اقداماتی به‌طور قابل توجهی در کاهش وقوع رفتار یا پیامدهای منفی رفتار مؤثر هستند، جرم‌انگاری از فیلتر فرضیات عبور نمی‌کند؛ زیرا هنگامی که روش‌های کم‌هزینه‌تر و با مداخله کمتر وجود دارند، درگیر کردن نظام عدالت کیفری از جمله پلیس، دادستان و دادگاه که هزینه‌بر و همراه با اجبار بیشتر است، توجیه ندارد. از این رو، قانون‌گذار باید دقیقاً بررسی کند که چگونه می‌توان به اهداف مورد نظر دست یافت، به‌نحوی که به جامعه آزادتر منجر شود و شهروندان را از بی‌حرمتی‌های ناشی از دستگیری، هزینه‌های دفاع، پیامدهای زندان و دشواری‌های اثبات جرم مصون نگه دارد (Schonsheck, 1994, p. 65). ارزیابی جرم‌انگاری تبعیض ژنتیکی در فیلتر فرضیات نشان می‌دهد که اقدامات مبتنی بر توصیه‌ها و الزامات اخلاقی، به‌دلیل عدم وجود ضمانت اجرای عملی، کارایی کافی ندارند. اسناد بین‌المللی مرتبط با ژنتیک انسانی، مانند اعلامیه بیلناو، اعلامیه جهانی ژنوم انسان و حقوق بشر، اعلامیه بین‌المللی داده‌های ژنتیک انسانی، اعلامیه جهانی اخلاق زیستی و حقوق بشر و همچنین راهنمای اخلاقی پژوهش‌های ژنتیک پزشکی (۱۳۹۲) در ایران، به ارائه توصیه‌ها و الزامات اخلاقی در این حوزه پرداخته‌اند. این توصیه‌ها به آسانی توسط افراد و گروه‌هایی که به دنبال منافع خویش هستند، نادیده گرفته می‌شود. اقدام نظارتی و ضمانت اجرایی مدنی نیز در مقابله با تبعیض ژنتیکی کارایی کافی ندارد؛ زیرا دسترسی به داده‌های ژنومی بدون نظارت دولت ممکن است؛ و در مواردی مانند پرچسب‌زنی اجتماعی، استفاده از ضمانت اجرایی مدنی در قالب پرداخت خسارت ممکن نیست. از این رو، تدابیر غیرکیفری نمی‌توانند جایگزین مناسبی برای ضمانت‌های اجرایی کیفری باشند؛ چراکه پاسخ کیفری با تجسم سرزنش اجتماعی و برخورداری از قدرت بازدارندگی، مؤثرترین ابزار حمایت از حقوق افراد در برابر تبعیض ژنتیکی تلقی می‌شود.

### فیلتر پیامدها

در فیلتر پیامدها، ارزیابی علی جرم‌انگاری یک رفتار مورد توجه قرار می‌گیرد. هرچند جرم‌انگاری می‌تواند فوایدی داشته باشد، ممکن است پیامدهای منفی نیز به همراه داشته باشد که برخی فوری و آشکار و برخی دیگر بلندمدت و غیرآشکارند. قانون‌گذار باید با دقت این پیامدها را پیش‌بینی کرده و تحلیل هزینه و فایده انجام دهد. نتیجه این تحلیل ممکن است نشان دهد جرم‌انگاری نه‌تنها مفید نیست، بلکه می‌تواند زیان‌بارتر از عدم ممنوعیت باشد، مگر آنکه منافع چنین مقرراتی از هزینه‌های آن بیشتر باشد. اگر قانون‌گذار در شناسایی و ارزیابی عواقب عملی اجرای قوانین کیفری ناکام بماند، نمی‌تواند اجبار و مداخله کیفری را توجیه کند. البته نمی‌توان تمام عواقب احتمالی قوانین کیفری را به‌طور کامل فهرست کرد. هدف شناسایی برخی عواقب منفی و هزینه‌هایی است که در برابر ممنوعیت کیفری مقاومت می‌کنند (Schonsheck, 1994, p. 68).

در تحلیل هزینه و فایده جرم‌انگاری تبعیض ژنتیکی ممکن است استدلال شود که داده‌های ژنومی نقش مهمی در تحقیقات علمی و بهداشتی دارند و جرم‌انگاری تبعیض ژنتیکی می‌تواند به کاهش تمایل پژوهشگران به انجام پژوهش‌های ژنتیکی و در نتیجه، رکود علمی منجر شود. با این حال، باید توجه داشت که هدف اصلی جرم‌انگاری تبعیض ژنتیکی، پیشگیری از سوءاستفاده از داده‌های ژنومی انسان است و چنین اقدامی مانعی برای کاربردهای مثبت در تحقیقات علمی، ایجاد نمی‌کند. علاوه بر این، تبعیض ژنتیکی منجر به نقض حقوق بشر و افزایش نگرانی‌های مرتبط با آن می‌شود. استفاده از ضمانت اجرای کیفری، این پیام را به جامعه منتقل می‌کند که ارزش و منفعت اجتماعی داده‌های ژنومی در تحقیقات، نمی‌تواند بهانه‌ای برای نقض استقلال، تمامیت جسمانی و حقوق اساسی افراد باشد. بنابراین، جرم‌انگاری تبعیض ژنتیکی، هم در حمایت از حقوق بشر و هم در تأکید بر استفاده اخلاقی از داده‌های ژنومی، نقشی اساسی ایفا می‌کند (فوکویاما، ۱۳۹۰، ص. ۲۷۱).

### مبانی فقهی جرم‌انگاری تبعیض ژنتیکی

سوءاستفاده از اطلاعات ژنتیکی در راستای ایجاد تبعیض ژنتیکی، از مسائل مستحدثت فقهی محسوب می‌شود. حکم آن به‌طور دقیق در منابع فقهی مشخص نشده است. از این رو، برای تعیین حکم شرعی در این خصوص، باید به اصول و قواعد کلی فقهی مراجعه کرده و با اتکا به آن‌ها، حکم مسئله را استنباط کرد.

#### اصل سلطنت

سلطنت در لغت به قدرت، غلبه و توانایی بر چیزی آمده است (ابن فارس، ۱۴۰۴، ج. ۳، ص. ۹۵). سلطنت تکوینی انسان بر بدن، به این معنا که حرکات و فعالیت‌های بدن انسان تحت اختیار و اراده او قرار دارد، امر بدیهی و وجدانی است. برخی فقها مفهوم سلطنت به معنای اعتبار سلطه انسان بر بدن خود را که از سوی شارع یا عقلا پذیرفته شده باشد (خویی، بی تا، ج. ۲، ص. ۲۰)، رد کرده‌اند. دلیل آن را در این می‌دانند که خداوند متعال، مالک حقیقی و مطلق هستی و انسان است و در نتیجه، هیچ‌گونه سلطنت اعتباری برای انسان وجود ندارد مگر آنچه مستند به اراده خالق باشد؛ درحالی‌که برای چنین اعتباری، مستندی در شرع وجود ندارد (محسنی، ۱۴۲۴ق، ج. ۱، ص. ۱۸۳). بسیاری از فقها بر اساس دلایل متعدد، از جمله حدیث نبوی «الناس مسطون علی اموالهم و علی انفسهم» (احسائی، ۱۴۰۵ق، ج. ۱، ص. ۲۲۲)، سلطنت انسان بر بدن و اجزای آن را پذیرفته‌اند. علی‌رغم مرسله بودن این حدیث، فقهای متقدم و متأخر به مضمون آن عمل کرده و آن را مورد استناد قرار داده‌اند، به گونه‌ای که از شعارهای اسلامی محسوب می‌شود و نمی‌توان به سادگی از کنار آن گذشت (علیدوست، ۱۳۹۸، ص. ۴۰). هرچند عبارت «علی انفسهم» در متون روایی نیامده است (مجلسی، بی تا، ص. ۳۳۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج. ۲، ص. ۳۶)، فقها با قیاس اولویت، سلطنت انسان بر نفس را از این روایت استنباط کرده‌اند (فیاض، ۱۴۲۶ق، ص. ۲۴۳). از آنجاکه سلطنت بر مال جزء لواحق سلطنت بر نفس است و سلطنت انسان بر نفس و اعضای بدن شدیدتر از سلطنت بر اموال است، اگر فرد بر اموال خود سلطنت کامل داشته باشد، به طریق اولی بر نفس و اعضای خود نیز چنین سلطه‌ای خواهد داشت (دانشفر و همکاران، ۱۴۰۱). سیره عقلا نیز بر سلطنت

شخص بر بدن، اعضا و جوارحشان است؛ همان‌گونه که دیگران بر اموال شخص بدون اذن حق تصرف ندارند. همچنین، در بدن، اعضا و بافت‌ها و حتی اعضا و بافت‌های جداشده شخص نیز حق تصرف ندارند (خمینی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱، ص. ۴۲).

از آنجاکه تبعیض ژنتیکی بر پایه دسترسی به اطلاعات ژنومی افراد استوار است، افراد بر اساس عموم و اطلاق دلیل سلطنت بر توابع بدن خود، از جمله اطلاعات ژنومی استخراج شده از بافت‌های بدنشان، حق تسلط دارند. در حدیث نبوی، محمول به شکل جمع بیان شده و معنای عموم را می‌رساند. میان دو عبارت «الناس مسلطون علی اموالهم و أنفسهم» و «الناس لهم السلطنة علی اموالهم و أنفسهم» تفاوت وجود دارد؛ در اولی، به کثرت طبیعت و تمامی افراد اشاره شده و در دومی، نفس طبیعت محمول قرار گرفته است. همچنین، برخی علما حذف متعلق در حدیث نبوی را نشانه‌ای از عموم دانسته‌اند، مگر آنکه دلیل معتبری این عموم را محدود کند (کوه‌کمری، ۱۴۰۹، ص. ۹۳). طبق ارتکاز عقلایی سلطنت بر شیء شامل تسلط انسان بر توابع آن نیز می‌شود. این تسلط حتی پس از استخراج اطلاعات ژنومی از بدن، با استصحاب بقای سلطنت قابل اثبات است. بنابراین افراد بر داده‌های ژنومی استخراج شده از بدنشان نیز سلطه دارند؛ از این‌رو، دسترسی اشخاص ثالث به این اطلاعات بدون رضایت افراد جایز نیست. همچنین، اگر این دسترسی همراه با تجسس باشد، شامل اطلاق حرمت تجسس می‌شود. حرمت تجسس برای دسترسی به اطلاعات ژنومی افراد، به‌روشنی از مذاق شریعت قابل استنباط است؛ به‌ویژه با در نظر گرفتن آیاتی درباره غیبت و افشای اسرار، روایاتی در مورد امانت‌داری در مجالس، و نیز احکام مربوط به حرمت نگاه به فضای خصوصی خانه‌ها - تاجایی که اگر شخصی از بیرون به خانه‌ای نگاه کند، صاحب‌خانه حتی می‌تواند به چشم او آسیب بزند - به‌خوبی می‌توان نتیجه گرفت که جست‌وجوی مخفیانه در داده‌های ژنتیکی نیز شرعاً ممنوع است. زیرا اطلاعات ژنتیکی و ژنومی افراد، حاوی اطلاعات وسیعی با ماهیت شخصی، خانوادگی، قومی، نژادی و ملی است که قدرت پیش‌بینی و ارائه چشم‌انداز پزشکی و سلامتی را دارد. همچنین، احتمال سوءاستفاده از آن اطلاعات در حیطه‌های مختلف سیاسی، اجتماعی و برچسب‌زنی‌های اجتماعی و اختلاف طبقات اجتماعی که باعث انگ‌گذاری و بدنامی افراد، خانواده، گروه یا جامعه می‌شود، وجود دارد. اطلاق آیه «لاتجسسوا» در حرمت تجسس میان اینکه انسان این اطلاعات را به چه هدفی کسب کند، تفاوت نمی‌گذارد. صرف آگاهی بر اسرار دیگران، حرام و قبیح است؛ و سوءاستفاده از آن حرمت جداگانه دارد (نوبهار، ۱۳۸۳). اطلاق واژه‌ها و تعابیر عامی چون «غیر»، «قوم» و «ناس» در آیات و روایاتی که بر حرمت تجسس دلالت دارند - از جمله آیه «لاتجسسوا» - نشان می‌دهد ممنوعیت تجسس محدود به مسلمانان نیست، بلکه شامل همه انسان‌ها می‌شود.

### اصل حرمت اسرار

ضرر در لغت به معنای نقص (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج. ۷، ص. ۷) یا ضد نفع (جوهری، ۱۴۱۰، ص. ۳۶۰) است. دو رویکرد اصلی در تبیین مفهوم ضرر وجود دارد: یکی معتقد است که نقص به‌تهایی برای تحقق مفهوم ضرر کافی است و نیازی به عرض عقلایی ندارد. دیگری بر این باور است که ضرر زمانی محقق می‌شود که نقص

بدون هدف عقلایی رخ دهد. اگر نقص همراه با هدف و غرض عقلایی باشد، دیگر ضرر محسوب نمی‌شود (حسینی، ۱۳۹۳، ص. ۲۱۱). در متون فقهی، بر اساس آیات و روایات، از کارهایی که موجب جراحت، آسیب شدید به بدن، هلاکت نفس یا ضرر به دیگران می‌شوند، نهی شده است (پورابراهیم، ۱۳۹۸، ص. ۳۹). حرمت جان، مال و شخصیت انسان نزد شارع امری مسلم است و شارع با توجه به ظرفیت‌های انسانی، احکامی که موجب زیان انسان شود، را تشریح نکرده است. بر اساس آیه مبارکه «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ» (بقره، آیه ۱۹۵)؛ یعنی با دست خود، خود را به هلاکت نیندازید. تحقق فعل و عملی از سوی مکلف که به از بین رفتن نیرو و نابودی جان انسان منجر شود، مشمول حکم صریح تحریم آیه قرار خواهد گرفت. زیرا هلاکت در آیه مذکور - که موضوع نهی از القای نفس در آن قرار گرفته است - عام است و شامل هر نوع هلاکت و ضرری است که متوجه نفس شود، اعم از آنکه به مرگ انسان می‌انجامد یا نمی‌انجامد (بحرانی، ۱۴۰۵، ج. ۴، ص. ۲۱۸). لذا با توجه به اطلاق آیه، هر رفتاری که زمینه نابودی و هلاکت نفس را فراهم آورد، حرام است مگر آنکه ضرری غیرمعتنابه ایجاد شود که از نظر عرف نابودکننده نباشد. در روایتی مفضل بن عمر از امام صادق (ع) «وَعَلِمَ مَا يَضُرُّهُمْ فَتَنَاهُمْ عَنْهُ وَ حَرَّمَ عَلَيْهِمْ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج. ۶، ص. ۲۴۲) نیز ظاهر روایت، علت حرمت محرمات در روایت اضرار است. معلوم می‌شود که اضرار، اعم از اینکه به خود باشد یا دیگری، نزد شارع امر مبغوض است. حدیث «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» که در ابواب مختلف حدیثی آمده (کلینی، ۱۴۰۷، ج. ۵، ص. ۲۹۳)، از نظر سندی مشکل ندارد. از مجموع روایات اطمینان بر صدور این حدیث حاصل می‌شود؛ با این تقریب که یک جمله خبری است و در مقام اخبار حقیقی از عدم وجود ضرر نیست، بلکه ناشی از ادعای نبود ضرر است. نیز می‌توان حرمت اضرار به خود را اثبات کرد، چراکه عدم رضایت شارع از تحقق ضرر و ضرار در خارج به اندازه‌ای است که اصلاً وجودی برای آن‌ها نمی‌بیند. بی‌شک، این نحوه تفسیر از این جمله در اثبات نارضایتی شارع از وجود ضرر و ضرار، بسیار رساتر از ممنوعیت مستقیم از آن‌ها و تحریم آن‌ها است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص. ۳۸۱). بنابراین آسیب‌زدن به خود، مانند آسیب‌زدن به دیگران از نظر شرعی حرام و ممنوع است؛ زیرا اگر آسیب‌زدن به خود از نظر شرعی ممنوع نباشد، به این ترتیب ضرر در خارج واقعیت پیدا می‌کند و این با ادعا و اخباری که عدم وجود ضرر در خارج را اعلام می‌کند، منافات دارد. از روایت طلحه بن زید از امام صادق (ع) که در آن همسایه را به نفس تشبیه کرده و آسیب‌زدن به او را غیرمجاز می‌داند: «انَّ الْجَارَ كَالنَّفْسِ غَيْرِ مُضَارٍّ وَلَا أَيْمٍ» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج. ۲۵، ص. ۴۲۸)، حرمت اضرار به خود را اثبات کرد؛ زیرا اضرار به غیر، مثل اضرار به نفس، غیرمجاز دانسته شده است.

مطابق اصل حرمت اضرار، استفاده از اطلاعات ژنومی افراد در راستای تبعیض ژنتیکی که اضرار به افراد و نوع انسانی محسوب می‌شود، جایز نیست. اطلاق آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنِّ أَشْيَاءَ انِّ تُبَدَّلَ لَكُمْ تَسْوُؤُهُمْ» (مائده، ۱۰۱) بیانگر آن است که هر امری که اطلاع بر آن موجب رنج و زیان شود، پرسش و تفحص از آن جایز نیست. کلمه «ساء» به معنای بدحال کردن است و در نتیجه، «تسؤکم» به معنای «تحرزنکم» است. اگرچه به نظر برخی مراد از «اشیاء» به قرینه ذیل آیه، چیزهایی است که شریعت در مورد آن‌ها ساکت است؛ در صورتی که در مورد آن‌ها استفتا کنید، موجب وجوب تکالیفی شاق و سنگین بر شما خواهند بود (میرهاشمی،

۱۳۹۶، ص. ۱۴۴). اما عبارت «انْ تُبَدِّلْ لَكُمْ تَسْوَكُمْ» که به صورت جمله شرطیه و در مقام بیان علت آمده، به طور مطلق وصفی برای واژه «اشیاء» محسوب می‌شود و بر این نکته دلالت دارد که آگاهی از هر نوع امری، صرف نظر از ماهیت آن، موجب ناراحتی و اندوه می‌شود. بر همین اساس، بنابر نقلی، این آیه درباره مردی نازل شده است که نسب او به پدرش محل شک و تردید بود و می‌خواست با پرسش از پیامبر (ص) این ابهام را برطرف سازد (طوسی، بی تا، ج. ۴، ص. ۳۶). مطابق اطلاق این آیه، در دست‌یابی به اطلاعات ژنومی افراد که موجب رنج و زیان برای آنان شود، نمی‌توان اقدام به آزمایش‌های ژنتیکی کرد و افراد نیز با آگاهی از مضرات و خطرات داده‌های ژنومی، از باب حرمت اضرار به خویش مجاز به شرکت در این گونه آزمایش‌ها نخواهد بود (محسنی، ۱۴۲۴، ج. ۲، ص. ۱۳). البته اطلاق ادله از آزمایش‌های ژنتیکی که بر روی فرد به لحاظ طبی و دارویی برای تشخیص دقیق نوع بیماری، درمان و مدیریت عوارض بیماری انجام می‌شود، منصرف است. علاوه بر آن، ادله درمان نیز مقتضی جواز درمان همراه با احتمال ضرر است (نجفی، ۱۴۰۴، صص. ۷، ۹). اگر ضرر و زیانی که بر اثر اقدامات درمانی ایجاد شود، پزشک مسئول نبوده و از تعقیب و مجازات معاف خواهد شد (لنکرانی، ۱۴۱۶ق، ص. ۲۹۱).

### اصل کرامت

کرامت همان جوهره ذاتی انسان است که در آفرینش و سرشت انسان تنیده شده است. خصوصیتی مانند نفخ روح، فطرت، قدرت بر تعقل، آفرینندگی، اختیار و آزادی، قدرت تعلیم و درک حقایق، صورت انسانی، از مؤلفه‌های اساسی آن شمرده می‌شود و به انسان جایگاه والایی در میان پدیده‌های این جهان بخشیده است. آیه ۷۰ سوره مبارکه اسراء «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ» در مقام منت نهادن همراه با سرزنش، اشاره به ارزش ذاتی جنس بشر دارد. مفهوم تکریم نیز یک مفهوم نفسی است؛ شخص مورد تکریم از جهت آن خصوصیت که در خود اوست، شرافت و کرامت پیدا می‌کند. در مقابل، تفضیل برتری شخص مورد تفضیل نسبت به دیگران را در نظر دارد (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج. ۱۳، ص. ۲۱۵). سجده فرشتگان بر آدم نیز به سبب همین کرامت وجودی انسان است که در کلام امیرالمؤمنین (ع) نیز مورد اشاره قرار گرفته است (شریف رضی، ۱۴۱۴ق، ص. ۴۲). در منشور حکومتی آن حضرت به مالک اشتر، تساوی در خلقت به این لحاظ که مانند شما انسان است، علت رعایت حقوق آنان از جانب حضرت معرفی شده است؛ به آن جهت که انسان است، کریم و شایسته رفتار کریمانه است (نهج البلاغه، نامه ۵۳). برخی فقها کرامت انسانی را به عنوان حکمت حکم تلقی کرده و حکم را مقید به کرامت نمی‌دانند و در مواردی که حکمی با کرامت انسان ناسازگار باشد، نمی‌توان آن را رد کرد. دسته دیگر، کرامت انسان را حکم مجعول در کنار سایر احکام شرعی دانسته و بر حفظ کرامت یکدیگر تأکید کرده‌اند (احمدی، ۱۳۹۰، ص. ۳۵). گروهی نیز کرامت را به عنوان یک قاعده در نظر گرفته‌اند که از آن می‌توان احکام شرعی را استنباط کرد (مطهری، بی تا، ج. ۱۹، ص. ۱۴۸).

در فقه اسلامی، در استنباط حکم به موارد متعددی، به کرامت انسانی استناد شده است. از جمله: ممنوعیت شکنجه و هر نوع رفتار غیرانسانی (علامه جعفری، ۱۴۱۹، ص. ۱۵۱)، عدم جواز اذیت و آزار

انسان‌ها و زنان (لنکرانی، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۴۳۳؛ مغنیه، ۱۳۶۷، ج. ۱، ص. ۳۷۴)، ممنوعیت رفتارهای مغایر با حقوق بشر در جنگ، مانند مثله کردن افراد (جمعی از محققان، ۱۴۲۸، ج. ۲، ص. ۵۹ و ۴۲۱)، اجتناب از آلات لهو و لعب (گلپایگانی، ۱۴۱۷، ص. ۵۳)، اثبات دیه برای کمترین آسیب به بدن انسان (همایش بین‌المللی امام خمینی قلمرو دین، ۱۳۸۶، ج. ۱۳، ص. ۱۶ و ۱۹)، عدم جواز کشتن افراد نیمه مرده یا جنین غیر قابل درمان، ممنوعیت تشریح جسد بدون ضرورت و عدم نجاست انسان (همایش بین‌المللی امام خمینی قلمرو دین، ۱۳۸۶، ج. ۱۳، ص. ۲۴۸) و عدم جواز تشریح میت بدون ضرورت (صدوق، ۱۴۱۳، ج. ۴، ص. ۱۵۷). برخی از فقهای اهل سنت، انسان مرده را پاک دانسته و به آیه «لقد کرما بنی آدم» استناد کرده‌اند. با توجه به کرامت انسان، نجس بودن مشرک در آیه «انما المشرکون نجس» را به نجاست باطنی تفسیر کرده‌اند (جزیری، غروی و یاسر، ۱۴۱۹، ج. ۱، ص. ۶۴). فقهای حنفی نیز عدم جواز فروش اجزای بدن انسان را به کرامت انسان نسبت داده‌اند. کرامت و احترام انسان اقتضا می‌کند که اعضای بدن انسان به‌عنوان کالا در نظر گرفته نشود، زیرا این امر انسان را در معرض کالانگاری قرار می‌دهد؛ کالانگاری انسان از هدف به‌وسیله‌ای تنزل می‌دهد (کاسانی، ۱۴۰۶، ج. ۵، ص. ۱۴۵). برخی از نویسندگان نیز احکام فقهی مانند نهی از غیبت، القاب زشت به یکدیگر دادن، تجسس در حال یکدیگر و... را در راستای تضمین کرامت انسان توجیه کرده‌اند (قماش، ۱۳۹۳، ص. ۶۰). تبعیض ژنتیکی به‌عنوان رفتاری مغایر با کرامت انسانی جایز نیست؛ زیرا ویژگی‌های ژنتیکی هیچ‌گونه مزیتی برای افراد یا گروه‌ها ایجاد نمی‌کنند. افراد فارغ از ویژگی‌های ژنتیکی، مستحق حقوق و تکالیف قرار دارند و هرگونه رفتار تبعیض‌آمیز بر اساس ویژگی ژنتیکی ناقض کرامت انسان محسوب می‌شود. شرکت‌های بیمه و کارفرمایان نمی‌توانند با استناد به رضایت افراد، رفتار تبعیض‌آمیز مبتنی بر اطلاعات ژنتیکی را توجیه کنند؛ زیرا کرامت انسانی به‌عنوان یک اصل برتر، حتی در تراحم با رضایت شخصی، مقدم است و رضایت شخص محکوم اصل کرامت انسان است.

### مجازات تبعیض ژنتیکی

با وجود اثبات حرمت دست‌یابی به اطلاعات ژنتیکی دیگران و حرمت استفاده از آن در جهت تبعیض ژنتیکی، مجازات برای آن در شرع تعیین نشده است. اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد: در مواردی که قاضی حکم قضایا را در قانون نیافت، باید به منابع فقهی و فتوای معتبر مراجعه کند. با توجه به تصریح قانون‌گذار در مواضع متعدد و ماده ۲۲۰ ق.م.مصوب ۱۳۹۲ مبنی بر پذیرش اطلاق اصل ۱۶۷ و بر امور کیفری و تکلیف مراجعه به منابع شرعی در موارد سکوت قانون، قاضی موظف به مراجعه به منابع فقهی و فتوای معتبر است. در منابع فقهی، مجازات به‌حسب ماهیت آن، به حدود، قصاص، دیات و تعزیرات تقسیم می‌شود. حدود، قصاص و دیات در حوزه مجازات‌های معین قرار می‌گیرد که اصل و مقدار و کیفیت مجازات در شرع معین شده است. تعزیرات، غیر از موارد منصوص، اصل و میزان و کیفیت آن در اختیار حاکم اسلامی قرار داده شده است. حاکم اسلامی بر اساس قاعده فقهی «التعزیر لکل محرم» یا رفتار دارای مفسده، می‌تواند مجازات متناسب برای آن رفتار تعیین کند (عاملی شهید اول، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۱۴۳). شیخ طوسی در مبسوط، سید میر عبد الفتاح

مراغی در عناوین، مرحوم خوبی در مبانی تکمله، مرتکب فعل حرام را که برای آن در شرع حد تعیین نشده است، قابل تعزیر می‌دانند (طوسی، ۱۳۸۷، ج. ۸، ص. ۶۹؛ مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۶۲۷؛ خوبی، ۱۴۲۲، ج. ۴۱، ص. ۴۰۷). صاحب جواهر بر این امر ادعای اجماع کرده است. مرحوم خوبی ادعای شهرت، بلکه عدم خلاف، کرده است (خوبی، ۱۴۲۲، ج. ۴۱، ص. ۴۰۷).

### نتیجه‌گیری

بررسی جرم‌انگاری تبعیض ژنتیکی بر اساس نظریهٔ جاناناتان شنشک نشان می‌دهد که به دلیل نقض منافع دیگران، از جمله اخراج از کار، افزایش هزینه‌های بیمه، آسیب‌های خانوادگی، برچسب‌های ژنتیکی و نقض کرامت انسانی، مشمول اصول محدودکننده آزادی (اصل ضرر، اصل پدرسالاری و اخلاق‌گرایی حقوقی) قرار می‌گیرد.

توصیه‌ها و الزامات اخلاقی، اقدامات نظارتی دولت و ضمانت‌های اجرایی مدنی در مقابله با تبعیض ژنتیکی کارایی کافی ندارند. ضمانت اجرای کیفری، به دلیل قدرت بازدارندگی و سرزنش اجتماعی، مؤثرترین راه برای مقابله با این رفتار است.

تحلیل فایده و هزینه جرم‌انگاری تبعیض ژنتیکی اگرچه به جهت کاربردهای مثبت اطلاعات ژنتیکی، از وسعت و گستردگی جرم‌انگاری می‌کاهد؛ اما مانع جرم‌انگاری نمی‌گردد، بلکه جرم‌انگاری به حفظ ارزش‌های اخلاقی و اجتماعی می‌انجامد.

از نظر مبانی فقهی، هرچند دسترسی اشخاص ثالث اعم از حقیقی و حقوقی به اطلاعات ژنومی افراد بدون کسب رضایت، مطابق اصل سلطنت، جواز ندارد. اگر این دسترسی همراه با تجسس و نقض باشد، مشمول اطلاق ادله حرمت تجسس نیز قرار می‌گیرد.

سوءاستفاده از اطلاعات ژنومی افراد در جهت تبعیض ژنتیکی مطابق اصل ضرر و کرامت انسان، حرام شمرده می‌شود. حتی با کسب رضایت صاحبان اطلاعات ژنتیکی نیز جواز ندارد؛ زیرا اصل ضرر و کرامت حاکم بر دلیل سلطنت است. سلطنت بر بدن و توابع بدن از اطلاق برخوردار نیست بلکه مقید به حدود، مانند کرامت ذاتی و حرمت اضرار است. با وجود حرمت دستیابی به اطلاعات ژنتیکی دیگران و استفاده از آن در جهت تبعیض ژنتیکی، مجازات برای آن در شرع تعیین نشده است. برای تعیین مجازات می‌توان به قاعده فقهی «التعزیر لکل محرم» تمسک کرد.

## منابع

- قرآن  
نهج البلاغه
- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴). لسان العرب. بیروت: دار الفکر.
- ابن فارس، احمد بن فارس. (۱۴۰۴). معجم مقاییس اللغة. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- احمدی، عیدمحمد. (۱۳۹۰). کرامت انسانی و مجازات بدنی از منظر اسلام و حقوق بشر غربی. قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره).
- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. (۱۴۰۹). کفایه الاصول. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- متولی زاده اردکانی، علی. (۱۳۹۵). پروژه ژنوم انسانی و چالش های اخلاقی و حقوقی در جوامع انسانی. اخلاق زیستی، ۱۹(۶)، ۱۰۲-۱۲۴.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲). مفردات الفاظ القرآن. بیروت: دار العلم - الدار الشامیه.
- اصفهانى، احمدنصر؛ رئیسى، لیلا و آرش پور، علیرضا. (۱۳۹۹). جرم انگاری بین المللی زیست بوم زدایی. آموزه های حقوق کیفری، ۱۹(۱۷)، ۲۷۳-۳۰۴.
- جزیری، عبدالرحمن؛ غروی، سید محمد و مازح، یاسر. (۱۴۱۹). الفقه على المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت عليهم السلام. بیروت: دار الثقلین.
- جمعی از محققان. (۱۴۲۸). جهاد در آینه روایات. قم: زمزم هدایت.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰). الصحاح (تاج اللغة و صحاح العربیة). بیروت: دار العلم للملایین.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹). وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- خمینی، سید مصطفی. (۱۴۱۸). کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲). مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی (ره).
- خویی، سید ابوالقاسم. (بی تا). مصباح الفقاهة (المکاسب). قم: بی جا.
- دانشفر، محمدحسین؛ مالیر، محمود؛ اشرافی مهاپادی، محمود؛ و حیدری، مسعود. (۱۴۰۱). واکاوی مفهوم حق، تسلط و مالکیت بر خویشتن و رابطه آن با خودکشی و امکان جرم انگاری آن. جامعه شناسی سیاسی ایران، ۵(۱۱)، ۳۶۷۰-۳۶۴۹.
- ساعد، محمدجعفر. (۱۳۹۶). اسناد حقوق بشری اخلاق زیستی یونسکو. تهران: خرسندی.
- صادقی، محمود. (۱۳۸۴). چالش های اخلاقی ثبت اختراعات بیوتکنولوژیک. مدرس علوم انسانی، ۹(۳)، ۸۷-۱۱۹.
- صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳). من لایحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: المكتبة المرتضوية.
- طوسی، محمد بن حسن. (بی تا). التنبیان فی تفسیر القرآن. بیروت: دار احیاء تراث العربی.
- شهید اول، محمد بن مکی. (بی تا). القواعد و الفوائد. قم: کتابفروشی مفید.
- عزیزی، علیرضا و مهدوی ثابت، محمدعلی. (۱۳۹۷). مبانی فقهی و حقوقی جرم انگاری اخلاق در فرایند دادرسی کیفری. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۸(۱)، ۲۷۸-۲۵۵.
- جعفری، محمدتقی. (۱۴۱۹). رسائل فقهی. تهران: مؤسسه تدوین و نشر آثار علامه جعفری.
- جعفری، محمدتقی. (۱۳۸۱). طرح ژنوم انسانی. تهران: مؤسسه تدوین و نشر آثار علامه جعفری.

- علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۹۸). فقه و حقوق قراردادها. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰). کتاب العین. قم: نشر هجرت.
- فوکویاما، فرانسیس. (۱۳۹۰). آینده فرانسما: پیامدهای انقلاب بیوتکنولوژی (ترجمه ترانه قطب). تهران: طرح نو.
- فیاض، محمداسحاق. (۱۴۲۶). المسائل المستحدثة. کویت: مؤسسه محمد رفیع حسین.
- قماش، سعید. (۱۳۹۳). کرامت انسانی و نقش آن در جرم‌انگاری. تهران: میزان.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷). الکافی. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- کاسانی، علاء‌الدین. (۱۴۰۶). بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- کاظمی، عبدالحسن؛ عباسی، محمود؛ فیض‌اللهی، نجات؛ و کیانی، مهرزاد. (۱۳۸۹). چالش‌های اخلاقی بانک‌های اطلاعات ژنتیکی. اخلاق پزشکی، ۴(۱۱)، ۲۵-۱.
- کوه‌کمری، سید محمد بن علی. (۱۴۰۹). کتاب البیع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- صافی گلپایگانی، لطف‌الله. (۱۴۱۷). جامع الأحکام. قم: انتشارات حضرت معصومه (س).
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۱۶). القواعد الفقهیه. قم: چاپخانه مهر.
- فاضل لنکرانی، محمد. (بی‌تا). جامع المسائل. قم: انتشارات امیر قلم.
- مجلسی، محمدباقر. (بی‌تا). بنادر البحار. تهران: بی‌جا.
- عباسی، محمود؛ حیدری، بهاره؛ صفری، هجر و قیارلو، علی. (۱۳۹۵). تلاش‌های بین‌المللی در جهت جلوگیری از تبعیض ژنتیکی. حقوق پزشکی، ۱۰(۳۷)، ۶۰-۸۴.
- محمودی، ثریا. (۱۳۹۸). زیست‌فناوری و کرامت انسانی. تهران: مجد.
- مراغی، سید میر عبدالفتاح. (۱۴۱۷). العناوین الفقهیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- مصباح یزدی، محمدتقی. (۱۳۷۹). حقوق و سیاست در قرآن. قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره).
- مطهری، مرتضی. (بی‌تا). فقه و حقوق (مجموعه آثار). قم: بی‌جا.
- منصورآبادی، عباس و ریاحی، جواد. (۱۳۹۱). مفهوم‌شناسی مبانی در پژوهش‌های حقوقی. پژوهش‌های حقوقی، ۲۲(۲)، ۹-۲۴.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۱). القواعد الفقهیه. قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین (ع).
- میرهاشمی، زهرا سادات. (۱۳۹۶). فناوری ژنتیک انسانی در آینه فقه و حقوق. تهران: مجد.
- نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین و هاشم‌بیگی، حمید. (۱۳۷۷). دانش نامه جرم‌شناسی. تهران: گنج دانش و دانشگاه شهید بهشتی.
- نوبهار، رحیم. (۱۳۸۳). اعلامیه بین‌المللی داده‌های ژنتیک انسانی، دغدغه‌ها، رویکردها و سازگاری‌های آن با دیدگاه اسلامی. نامه مفید، ۴۶(۴)، ۶۱-۹۸.

## Reference

- The Qur'ān.  
*Nahj al-balāgha* [The path of eloquence].  
 Ibn Manzūr, Muḥammad b. Mukarram. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Lisān al-‘Arab*  
 [The tongue of the Arabs]. Beirut: Dār al-Fikr.

- Ibn Fāris, Aḥmad b. Fāris. (1404 AH [1983/1984 CE]). *Mu'jam maqāyīs al-lughā* [Dictionary of the measures of language]. Qom: Islamic Propagation Office of the Qom Seminary.
- Aḥmadī, 'Īd Muḥammad. (1390 SH [2011/2012 CE]). *Karāmat-i insānī wa mujāzāt-i badanī az manẓar-i Islām wa huqūq-i bashar-i gharbī* [Human dignity and corporal punishment from the perspective of Islam and Western human rights]. Qom: Imam Khomeini Educational and Research Institute.
- Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm b. Ḥusayn. (1409 AH [1988/1989 CE]). *Kifāyat al-uṣūl* [The sufficiency of legal theory]. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt.
- Mutawallizāda Ardakānī, 'Alī. (1395 SH [2016/2017 CE]). The Human Genome Project and its ethical and legal challenges in human societies. *Akhlāq-i Zīstī* [Bioethics], 6(19), 102–124.
- Rāghib al-Iṣfahānī, Ḥusayn b. Muḥammad. (1412 AH [1991/1992 CE]). *Mufradāt al-fāz al-Qur'ān* [Vocabulary of Qur'ānic expressions]. Beirut: Dār al-'Ilm–al-Dār al-Shāmiyya.
- Iṣfahānī, Aḥmad Naṣr, Ra'īsī, Laylā, & Ārashpūr, 'Alī Ridā. (1399 SH [2020/2021 CE]). International criminalization of ecocide. *Āmūza-hā-yi Huqūq-i Kifārī* [Teachings of Criminal Law], 17(19), 273–304.
- Jazīrī, 'Abd al-Raḥmān, Gharawī, Sayyid Muḥammad, & Māziḥ, Yāsir. (1419 AH [1998/1999 CE]). *al-Fiqh 'alā al-madhāhib al-arba'a wa-madhhab Ahl al-Bayt 'alayhim al-salām* [Jurisprudence according to the four schools and the school of the Ahl al-Bayt]. Beirut: Dār al-Thaqalayn.
- Research Group. (1428 AH [2007/2008 CE]). *Jihād dar āyina-yi riwāyāt* [Jihad in the mirror of traditions]. Qom: Zamzam-i Hidāyat.
- Jawharī, Ismā'īl b. Hammād. (1410 AH [1989/1990 CE]). *al-Ṣiḥāḥ: Tāj al-lughā wa-ṣiḥāḥ al-'Arabiyya* [The authentic lexicon: The crown of language and correct Arabic]. Beirut: Dār al-'Ilm li-l-Malāyīn.
- Ḥurr al-'Āmilī, Muḥammad b. Ḥasan. (1409 AH [1988/1989 CE]). *Wasā'il al-shī'a* [The means of the Shi'a]. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt.
- Khomeinī, Sayyid Muṣṭafā. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Kitāb al-bay'* [The book of sale]. Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
- al-Khū'ī, Sayyid Abū al-Qāsim. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Mabānī takmilat al-Minhāj* [Foundations of the supplement to *al-Minhāj*]. Qom: Mu'assasat Iḥyā' Āthār al-Imām al-Khū'ī.
- al-Khū'ī, Sayyid Abū al-Qāsim. (n.d.). *Miṣbāḥ al-fiqāha: al-Makāsib* [The lamp of jurisprudence: Transactions]. Qom: n.p.
- Dānishfar, Muḥammad Ḥusayn, Mālmīr, Maḥmūd, Ashrafi Mahābādī, Maḥmūd, & Ḥaydarī, Mas'ūd. (1401 SH [2022/2023 CE]). An analysis of the concepts of right, authority, and ownership over the self and their relationship to suicide and the possibility of its criminalization. *Jāmi'a-shināsī-yi Siyāsī-yi Īrān* [Political Sociology of Iran], 5(11), 3649–3670.
- Sā'id, Muḥammad Ja'far. (1396 SH [2017/2018 CE]). *Asnād-i huqūq-i basharī-yi akhlāq-i zīstī-yi UNESCO* [UNESCO human-rights instruments on bioethics]. Tehran: Khursandī.
- Ṣādiqī, Maḥmūd. (1384 SH [2005/2006 CE]). Ethical challenges of patenting biotechnological inventions. *Mudarris-i 'Ulūm-i Insānī* [Modares Humanities], 9(3), 87–119.

- Şadūq, Muḥammad b. ‘Alī b. Bābawayh. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Man lā yahḍuruḥu al-faqīh* [For one who has no jurist present]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Ṭūsī, Muḥammad b. Ḥasan. (1387 SH [2008/2009 CE]). *al-Mabsūt fī fiqh al-Imāmiyya* [The extensive work on Imāmī jurisprudence]. Tehran: al-Maktaba al-Murtaḍawiyya.
- Ṭūsī, Muḥammad b. Ḥasan. (n.d.). *al-Tibyān fī tafsīr al-Qur’ān* [The clarification in Qur’ānic exegesis]. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī.
- al-Shahīd al-Awwal, Muḥammad b. Makkī. (n.d.). *al-Qawā’id wa-l-fawā’id* [Legal maxims and benefits]. Qom: Kitābfulūshī-yi Muḥadd.
- ‘Azīzī, ‘Alī Riḍā, & Mahdavi-Thābit, Muḥammad ‘Alī. (1397 SH [2018/2019 CE]). Jurisprudential and legal foundations of criminalizing ethics in criminal proceedings. *Muṭāla‘āt-i Fiqh wa Huqūq-i Islāmī* [Studies in Islamic Jurisprudence and Law], 10(18), 255–278.
- Ja‘farī, Muḥammad Taqī. (1419 AH [1998/1999 CE]). *Rasā’il-i fiqhī* [Jurisprudential treatises]. Tehran: Institute for the Compilation and Publication of ‘Allāma Ja‘farī’s Works.
- Ja‘farī, Muḥammad Taqī. (1381 SH [2002/2003 CE]). *Ṭarḥ-i zhīnūm-i insānī* [The Human Genome Project]. Tehran: Institute for the Compilation and Publication of ‘Allāma Ja‘farī’s Works.
- ‘Alīdūst, Abū al-Qāsim. (1398 SH [2019/2020 CE]). *Fiqh wa huqūq-i qarārdād-hā* [Jurisprudence and contract law]. Tehran: Research Institute for Islamic Culture and Thought.
- Farāhīdī, Khalīl b. Aḥmad. (1410 AH [1989/1990 CE]). *Kitāb al-‘Ayn* [The book of ‘Ayn]. Qom: Nashr-i Hijrat.
- Fukuyama, Francis. (1390 SH [2011/2012 CE]). *Āyanda-yi farā-insān-i mā: Payāmad-hā-yi inqilāb-i biyūtiknūlūzhī* [Our posthuman future: Consequences of the biotechnology revolution] (Tarāna Quṭb, Trans.). Tehran: Ṭarḥ-i Naw.
- Fayyād, Muḥammad Ishāq. (1426 AH [2005/2006 CE]). *al-Masā’il al-mustaḥdatha* [Newly arising legal issues]. Kuwait: Mu’assasat Muḥammad Rafī‘ Ḥusayn.
- Qummāshī, Sa’īd. (1393 SH [2014/2015 CE]). *Karāmat-i insānī wa naqsh-i ān dar jurm-angārī* [Human dignity and its role in criminalization]. Tehran: Mīzān.
- Kulaynī, Muḥammad b. Ya‘qūb. (1407 AH [1986/1987 CE]). *al-Kāfī* [The sufficient book]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- Kāsānī, ‘Alā’ al-Dīn. (1406 AH [1985/1986 CE]). *Badā’i’ al-ṣanā’i’ fī tartīb al-sharā’i’* [The wonders of crafted legal analysis in the arrangement of the laws]. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya.
- Kāzīmī, ‘Abd al-Ḥasan, ‘Abbāsī, Maḥmūd, Fayḍ-Allāhī, Najāt, & Kiyānī, Mīhrzād. (1389 SH [2010/2011 CE]). Ethical challenges of genetic databases. *Akhlaq-i Pizishkī* [Medical Ethics], 4(11), 1–25.
- Kūh-Kamarī, Sayyid Muḥammad b. ‘Alī. (1409 AH [1988/1989 CE]). *Kitāb al-bay’* [The book of sale]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Şāfī Gulpāyigānī, Luṭf Allāh. (1417 AH [1996/1997 CE]). *Jāmi’ al-aḥkām* [Comprehensive collection of rulings]. Qom: Publications of Ḥaḍrat Ma’šūma.
- Fāḍil Lankarānī, Muḥammad. (1416 AH [1995/1996 CE]). *al-Qawā’id al-fiqhiyya* [Jurisprudential maxims]. Qom: Mihr Printing House.
- Fāḍil Lankarānī, Muḥammad. (n.d.). *Jāmi’ al-masā’il* [Comprehensive collection of legal rulings]. Qom: Amīr Qalam Publications.

- Majlisī, Muḥammad Bāqir. (n.d.). *Banādir al-biḥār* [Rare selections from *Biḥār al-anwār*]. Tehran: n.p.
- ‘Abbāsī, Maḥmūd, Ḥaydarī, Bahāra, Ṣafarī, Hajar, & Qiyārlū, ‘Alī. (1395 SH [2016/2017 CE]). International efforts to prevent genetic discrimination. *Ḥuqūq-i Pizishkī* [Medical Law], 10(37), 60–84.
- Maḥmūdī, Surayyā. (1398 SH [2019/2020 CE]). *Zīst-fanāvārī wa karāmat-i insānī* [Biotechnology and human dignity]. Tehran: Majd.
- Marāghī, Sayyid Mīr ‘Abd al-Fattāḥ. (1417 AH [1996/1997 CE]). *al-‘Anāwīn al-fiqhiyya* [Jurisprudential headings]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Miṣbāḥ Yazdī, Muḥammad Taqī. (1379 SH [2000/2001 CE]). *Ḥuqūq wa siyāsāt dar Qur’ān* [Law and politics in the Qur’ān]. Qom: Imam Khomeini Educational and Research Institute.
- Muṭahharī, Murtaḍā. (n.d.). *Fiqh wa ḥuqūq: Majmū‘a-yi āthār* [Jurisprudence and law: Collected works]. Qom: n.p.
- Manṣūrābādī, ‘Abbās, & Riyāḥī, Javād. (1391 SH [2012/2013 CE]). Conceptual analysis of “foundations” in legal research. *Pazhūhish-hā-yi Ḥuqūqī* [Legal Research], (22), 9–24.
- Makārim Shīrāzī, Nāṣir. (1411 AH [1990/1991 CE]). *al-Qawā‘id al-fiqhiyya* [Jurisprudential maxims]. Qom: Madrasa-yi Imām Amīr al-Mu‘minīn.
- Mīr-Hāshimī, Zahrā Sādāt. (1396 SH [2017/2018 CE]). *Fanāvārī-yi zhinitīk-i insānī dar āyina-yi fiqh wa ḥuqūq* [Human genetic technology in the mirror of jurisprudence and law]. Tehran: Majd.
- Ṣāḥib Jawāhir, Muḥammad Ḥasan b. Bāqir. (1404 AH [1983/1984 CE]). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ Sharā‘i ‘al-Islām* [Jewels of discourse in commentary on *Sharā‘i ‘al-Islām*]. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī.
- Najafī Abrandābādī, ‘Alī Ḥusayn, & Hāshim-Beygī, Ḥamīd. (1377 SH [1998/1999 CE]). *Dānish-nāma-yi jurm-shināsī* [Encyclopedia of criminology]. Tehran: Ganj-i Dānish and Shahid Beheshti University.
- Nūbahār, Raḥīm. (1383 SH [2004/2005 CE]). The International Declaration on Human Genetic Data: Concerns, approaches, and its compatibility with the Islamic perspective. *Nāma-yi Muftīd* [Mofid Letter], (46), 61–98.
- Feinberg, J. (1987). *Harm to others* (Vol. 1). Oxford: Oxford University Press.
- Feinberg, J. (1973). *Social philosophy*. New Jersey: Prentice Hall.
- Feinberg, J. (1988). *Harmless wrongdoing*. New York: Oxford University Press.
- Mitchell, B. (1970). *Law, morality and religion in secular society*. London: Oxford University Press.
- Schonscheck, J. (1994). *On criminalization: An essay in the philosophy of criminal law*. Springer Science & Business Media.

## The Operation of the Rule of Ilzam and Generic Set-off in Iran's Financial and Legal Interactions

Yaser Takfallah<sup>1</sup> 

1. Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran. Email: [y.takfallah@atu.ac.ir](mailto:y.takfallah@atu.ac.ir)

Article Info	ABSTRACT
<p><b>Article type:</b> Research Article</p> <p><b>Article history:</b> Received 05 December 2023 Received in revised form 06 February 2024 Accepted 18 February 2024 Available online 22 December 2025</p> <p><b>Keywords:</b> ilzam, personal status, legal interaction, prohibited transaction, generic set-off</p>	<p>The rule of ilzam is one of the important fiqhi maxims governing the financial and legal relations of Shi'is with followers of other religions and schools. Weaknesses in the chain of transmission and indication of some proofs have led certain contemporary jurists to deny the existence of the rule in the transmitted evidence and to interpret the relevant rulings through an alternative rule, namely generic set-off. Although jurists have most often invoked these two maxims in matters of personal status, both have broader functions in securing the interests of followers of Imami fiqh in legal and financial interaction with other Islamic and non-Islamic communities. By examining their operation in these interactions, the study shows that the two rules may create new capacities for resolving fiqhi challenges faced by the legislator. Using a descriptive-analytical method, it compares the operation of each rule in unlawful benefits arising from Iran's financial and legal relations and establishes the permissibility of benefiting from such interests, as well as the right of generic set-off against harms caused by international legal regimes.</p>

**Cite this article:** Takfallah, Y. (1404). The Operation of the Rule of Ilzam and Generic Set-off in Iran's Financial and Legal Interactions. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 20(2), 53-74. <https://doi.org/10.22034/fvh.2024.17298.1876>



© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.  
DOI: <https://doi.org/10.22034/fvh.2024.17298.1876>

## **Introduction**

Commercial transactions and financial relations are among the most common forms of human interaction. Followers of all religions and schools must engage economically with one another, while each community remains committed to its own legal and religious norms. Imami fiqh contains a distinctive doctrine, the rule of *ilzam*, under which Twelver Shi'is may, in cases of conflicting interests, hold followers of other schools and religions to the legal consequences recognized by their own beliefs in non-devotional matters such as sale, lease, loan, agency, guarantee, banking, currency exchange, and conversion of money. The rule has therefore been understood as both a privilege for Shi'is and a mechanism for peaceful legal coexistence.

## **Methodology**

The study uses a descriptive-analytical method based on library research. It examines Imami jurisprudential and *usuli* sources together with primary Islamic texts, including the Qur'an and authoritative reports.

## **Literature Review**

Many jurists have discussed the rule of *ilzam*, while some have argued that the evidence cited for it does not establish the rule. They instead connect the relevant narrations to the rule of generic set-off, whose operation is said to depend on conditions such as legal domination or governance by non-Shi'i or non-Muslim authorities. What previous studies have not explored is the application of these rules to prohibited transactions with non-Shi'i states from the broader perspective of governmental fiqh. International financial and legal transactions that would otherwise be impermissible under Imami fiqh may acquire different rulings when *ilzam* or generic set-off applies.

## **Findings**

The rule of *ilzam* represents a form of divine leniency toward the Imami community in dealings with other schools and religions. It permits Twelver Shi'is, in cases of conflicting interests, to benefit by holding others to the requirements of their own legal and religious systems. The rule is better understood as a permission for the Shi'i party, not as a validation of otherwise invalid acts. Generic set-off, while not explicitly developed in the classical sources under that name, has roots in the fiqhi treatment of recovering public rights from unjust rulers. Some discussions in the law of prohibited gains show that where rights cannot be recovered through ordinary channels, the ruler or, in some cases, the community of believers may exercise a form of set-off on behalf of the general type rather than a particular individual.

### **Discussion**

Both maxims can assist the state in managing financial and legal interactions with international actors. If international institutions or states impose unlawful harms on Iran through sanctions, restrictions, or legal arrangements inconsistent with Islamic principles, the doctrine of generic set-off can justify reciprocal recovery of losses. Likewise, the rule of ilzam may allow Iran to use the legal institutions of non-Muslim or non-Imami states and benefit from judgments issued by their courts, even where the resulting benefit would otherwise raise fiqh concerns.

### **Conclusion**

The study concludes that ilzam and generic set-off are capable of addressing contemporary financial and legal challenges. Generic set-off can justify reciprocal measures against losses caused by international systems, including measures connected with sanctions on medicine, food, or banking. Ilzam can justify recourse to non-Imami courts and legal systems in order to obtain financial and legal benefits from judgments rendered under those systems. Properly understood, these maxims can help legislators and jurists respond to modern international transactions while remaining within the logic of Imami fiqh.

### **Declarations**

**Author Contributions:** The article is single-authored.

**Data Availability Statement:** Not applicable.

**Acknowledgements:** No acknowledgement was declared.

**Ethical Considerations:** The author observed the ethical principles governing the conduct and publication of scientific research.


**Funding:** This research received no specific grant from public, commercial, or not-for-profit funding bodies.

**Conflict of Interest:** The author declared no conflict of interest.

**Declaration on Generative AI and AI-assisted Technologies:** The author declared that no artificial intelligence was used in the writing process.



## کاربرد جریان قاعده الزام و مقاصه نوعی در تعاملات مالی و حقوقی ایران

یاسر تک‌فلاح 

۱. استادیار گروه فقه و مباحث حقوق اسلامی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. رایانامه: [y.takfallah@atu.ac.ir](mailto:y.takfallah@atu.ac.ir)

### اطلاعات مقاله

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۱۴

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۱/۱۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۲۹

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۱۰/۰۱

### چکیده

یکی از قواعد فقهی مؤثر در تنظیم روابط مالی و حقوقی شیعیان با سایر ادیان و مذاهب قاعده الزام است که ضعف سند و دلالت برخی از ادله این قاعده، موجب انکار وجود مضمون آن در ادله و متون روایی گشته است، لذا برخی فقیهان معاصر احکام موجود در این روایات را بر قاعده بدیل آن، به نام مقاصه نوعی، تطبیق داده‌اند. هرچند میزان استناد فقیهان به این دو قاعده در احوال شخصیه بیش از سایر ابواب فقهی است، کارکردی مطلق و مشترک در تأمین منافع پیروان فقه امامیه در تعاملات حقوقی و مالی ایشان با دیگر پیروان ملل و نحل اسلامی و غیراسلامی دارند. بررسی کاربرد جریان هرکدام از این قواعد در تعاملات مذکور، ظرفیتی بدیع را در حل برخی چالش‌ها و محدودیت‌های فقهی پیش روی قانون‌گذار خواهد گذاشت. سؤال اصلی آن است که این دو قاعده چه کاربردی در تعاملات مالی و حقوقی ایران دارند؟ و چگونه می‌توانند در حل مسائل و چالش‌های فقهی کنونی مؤثر باشند. در این پژوهش به روش توصیفی-تحلیلی، پس از بیان تعاریف و ابعاد آن، گستره نفوذ هریک از این دو قاعده در انتفاعات نامشروع از تعاملات مالی و حقوقی ایران را بررسی تطبیقی فقهی نموده و حکم جواز استفاده از این قبیل منافع و همچنین حق تقاص نوعی در مقابل ضرر و زیان‌های ناشی از نظام قوانین بین‌المللی اثبات گردیده است. نتیجه‌گیری نشان می‌دهد که این قواعد می‌توانند در بهبود درک و پیاده‌سازی مفاهیم فقهی در حوزه‌های مالی و حقوقی نقش مهمی داشته باشند و راه‌حل‌های قابل توجهی را برای مسائل موجود ارائه دهند.

### کلیدواژه‌ها:

الزام،

احوال شخصیه،

تعامل حقوقی،

معامله حرام،

مقاصه نوعی

**استناد:** تک‌فلاح، یاسر. (۱۴۰۴). کاربرد جریان قاعده الزام و مقاصه نوعی در تعاملات مالی و حقوقی ایران. مطالعات فقه

اسلامی و مباحث حقوق، ۲۰(۲)، ۵۳-۷۴. <https://doi.org/10.22034/FVH.2023.17232.1850>



### مقدمه

یکی از رایج‌ترین رفتارهای اقتصادی انسان در ارتباط با سایر هم‌نوعان خویش، معاملات بازرگانی و معاملات تجاری است و پیروان تمام ادیان و مذاهب در سراسر جهان ناگزیر از برقراری معاملات اقتصادی صرف‌نظر از دین و مذهب یکدیگر می‌باشند. بدیهی است پیروان هر دین و مذهبی ملزم به رعایت و حفظ احکام شرعی در روابط اقتصادی خویش می‌باشند و عموماً نوع دین و مذهب در تعارض منافع، منشأ هیچ‌گونه تأثیری در تبدل حکم شرعی به سود پیرو مذهبی خاص نخواهد شد.

در این میان تنها فقه شیعه با تحفظ اصول اعتقادی و اخلاقی، حکمی امتنانی نسبت به پیروان مذهب حقه در معاملات با سایر نحله‌ها و جریان‌ات اعتقادی، موسوم به قاعده الزام دارد که بر مبنای آن شیعیان اثناعشری مجاز می‌باشند تا در معاملات خود با پیروان سایر ادیان و مذاهب، آن‌ها را در موارد تعارض منافع در تمام معاملات اعم از بیع، اجاره، قرض، وکالت، ضمانت، بانکداری، صرف و تبدیل پول، به معتقدات و احکام خودشان ملزم سازند و طبق همان رفتار نمایند.

قاعده الزام یکی از قواعد پرکاربرد در فقه و امور روزمره است و به‌عنوان یکی از حقوقی که اسلام برای اقلیت‌های مذهبی در نظر گرفته و همچنین یکی از قوانین و قواعد زندگی مسالمت‌آمیز با دیگر مذاهب مطرح است. (پارسا، ۱۳۹۵، ص. ۶۷) در پیشینه بحث از این قاعده، بسیاری از فقیهان به این مسئله اشاره کرده‌اند و برخی از ایشان ادله ذکر شده در مدارک این قاعده را خالی از افاده چنین حکمی می‌دانند، بلکه آن ادله را از زمره مستندات روایی قاعده دیگر تحت‌عنوان قاعده «مقاصه نوعی» می‌شمارند که در اجرای آن شروطی همچون سلطه قانونی و حکومت کفار معتبر است.

سؤال اصلی تحقیق آن است که این دو قاعده چگونه می‌توانند به‌عنوان ابزاری برای معاملات مالی و حقوقی شیعیان با دیگر پیروان ملل و نحل اسلامی و غیراسلامی در موارد تعارض منافع کاربرد داشته باشند؟ فرضیه تحقیق بر این مبنا استوار است که قاعده الزام و مقاصه نوعی نقش بسزایی در تنظیم و هدایت روابط مالی و حقوقی شیعیان با پیروان سایر ادیان و مذاهب دارند و به‌عنوان ابزارهای قابل توجهی برای تأمین منافع پیروان فقه امامیه در زمینه حل برخی از چالش‌های حقوقی و مالی عمل می‌کنند. علاوه بر این، تأثیر قاعده الزام و مقاصه نوعی در توسعه تعاملات بین‌المللی و تبادلات مالی کشورهای اسلامی برجسته است.

اما آنچه در پیشینه این بحث مورد مطالعه قرار نگرفته است، تطبیق این قاعده بر معاملات حرام با کشورهای غیرشیعه با نگاه کلان فقه حکومتی است؛ به عبارت دیگر بسیاری از معاملات اقتصادی و معاملات حقوقی بین‌المللی که بر اساس فقه امامیه مشروع نیستند، متأثر از جریان و تطبیق این دو قاعده در معاملات مذکور می‌باشند. به‌طور مثال، معاملات ربوی ایران با کشورهایی که طبق فقه شیعه در ردیف کشورهای کافر طبقه‌بندی می‌شوند با جریان قاعده الزام و یا مقاصه نوعی احکام متفاوتی با حکم عام و فوقانی موضوع این معاملات خواهد داشت و این قواعد با تخصیص عموماً و تقیید اطلاقات بسیاری از احکام، عملکردهای مؤثری در عملیات استنباط فقیه خواهند بود.

در این پژوهش، ابتدا به تعاریف و ابعاد قواعد الزام و مقاصه نوعی پرداخته می‌شود. سپس مفاد و شرایط اجرای این دو قاعده بررسی می‌گردد. در ادامه، به آرا و انظار مختلف فقها در مورد این دو قاعده توجه شده و در نهایت، تطبیقات فقهی این قواعد در موارد مختلف روابط حقوقی و تعاملات تجاری بین‌المللی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### تعاریف و ابعاد قواعد الزام و مقاصه نوعی

برای نیل به هدف اصلی تحقیق ابتدا لازم است به بررسی مفهوم‌شناسی این دو قاعده و مفاد ادله مذکور در مدارک آن‌ها پرداخت تا در حل مسئله تحقیق و نتیجه‌گیری نهایی نقطه مبهمی وجود نداشته باشد.

#### مفهوم‌شناسی قاعده الزام

با توجه به اینکه اصطلاح فقیهان در این قاعده از تعبیر «الزِمُوهُمُ بِمَا آلَمُوا بِهِ أَنْفُسَهُمْ» آن‌ها را به کاری که خود را متعهد کردند متعهد کنید. (حرّ عاملی، ۱۳۶۷، ج. ۱۷، ص. ۴۸۵) در روایت علی بن ابی حمزه شکل گرفته است. به قاعده «الزام» معروف گردیده است و از این‌رو در ابتدا معنای لغوی این واژه مورد بررسی قرار خواهد گرفت و بعد به دنبال تحقیق در معنای اصطلاحی آن در فقه امامیه خواهیم رفت.

الزام از ماده «ل ز م» مصدر باب افعال از فعل «لَزِمَ يَلْزِمُ» است که به «استوارکردن»، «وادارنمودن» و «لازم‌گردانیدن» و تعابیر متعدد دیگر معنا شده و به همین خاطر در معنای «الزِمَ الشَّيْءُ» به «آن چیز را استوار کرد و ادامه داد» و جمله «الزِمَةُ الْمَالُ وَالْعَمَلُ» به «آن مال یا کار را بر او فرض و لازم گردانید» تعبیر شده است. (معلوف، ۱۳۹۲، ص. ۷۲۰) راغب در المفردات فی غریب القرآن آن را در دو قسم «الزام تکوینی» به واسطه تصرف و تسخیر وجودی و نیز «الزام اعتباری» به واسطه حکم و امر خداوند متعال و یا انسان، معرفی می‌کند و برای قسم اول به آیه شریفه «أَلْزِمُكُمْهَا وَ أَنْتُمْ لَهَا كَارِهُونَ» (هود: ۲۸) و برای قسم دوم به آیه شریفه «وَ أَلْزَمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَى» (فتح: ۲۶) مثال می‌زند که در آیه اول حضرت نوح (ع) به واسطه استفهام انکاری از قوم خود، اجبار و الزام تکوینی در اتباع از اوامر پروردگار و دستورات خود را نفی می‌کند و در آیه دوم خداوند متعال امر تقوی را برای مؤمنان لازم می‌گرداند (راغب اصفهانی، ۱۴۱۶، ص. ۷۴۰).

آنچه در تعریف معنای اصطلاحی این قاعده در کتب فقهی ذکر شده است، عموماً مبتنی بر مدلول مطابقی اماراتی است که در مدارک این قاعده وارد شده است. مراد از الزام در این قاعده به معنای جواز اجرای احکام موافق با مذهب مسلمانان غیرشیعی، توسط مسلمان شیعی است. در مواردی که بر اثر اجرای آن احکام، غیرشیعه متضرر و مسلمان شیعه منتفع می‌شوند. بنابراین مجرای این قاعده مواردی را که مقابله نفع و سود مادی میان این دو گروه واقع نشود، شامل نمی‌گردد (مصطفوی، ۱۴۲۱، ج. ۱، ص. ۶۶).

همچنین، مقصود از لفظ الزام در این قاعده، الزام حاکم بر اجرای یک قانون و حکم شرعی به سود و یا زیان پیروان مذهبی خاص نیست، زیرا اساساً حکم وی تأثیری بر ترتب حکم شرعی مذکور در مجاری این قاعده ندارد؛ بلکه متعلق این الزام شارع مقدس است؛ به این بیان که شارع پیروان مذاهب مخالف را چنانچه در

تعارض منافع با مسلمان شیعه واقع شوند، الزام به ترتیب آثار و تحمل تبعات ضروری احکام مطابق با مذهبشان می‌نماید، اگرچه این حکم نزد شارع باطل باشد (سیفی، ۱۳۴۵، ج. ۲، ص. ۱۱).

### مفهوم‌شناسی قاعده مقاصه نوعی

مقاصه مصدر باب مفاعله از ریشه «قَصَّ، يَقْصُ» می‌باشد و بر در پی گرفتن اثر چیزی دلالت دارد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۶، ص. ۴۱۶). این مفهوم از ریشه «قَصَّ» در قرآن کریم با عبارت «قَالَتْ لِأَخْتِهِ قَصِيْهَ» (قصص، ۱۱) در این معنا به کار رفته است. همچنین معانی دیگری نظیر «به حساب یکدیگر رسیدن و تلافی» (ابن منظور، ۱۳۶۹، ج. ۷، ص. ۷۶)، «از یکدیگر قصاص نمودن» (زبیدی، ۱۴۱۴، ج. ۳، ص. ۴۲۳) و «مقابله به مثل» (فیروز آبادی، ۱۴۱۰، ج. ۲، ص. ۳۱۴) در کتب لغت ذکر شده است. جوهری در معنای این لغت می‌نویسد: «تَقَاَصُّ الْقَوْمِ، قَاَصٌ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ صَاحِبُهُ فِي حِسَابٍ أَوْ غَيْرِهِ»، یعنی کسی دیگری را در حساب یا غیر آن پیگیری کرد (جوهری، ۱۴۰۴، ج. ۳، ص. ۱۵۰۲). معنای اصطلاحی واژه تقاص و مقاصه در فقه به معنای حق مبادرت به اخذ حق از طرف دیگر بدون رضایت و یا اطلاع اوست که در صورت انکار اصل دین و یا عدم مبادرت به پرداخت آن از سوی شخص بدهکار، برای شخص طلبکار ثابت می‌شود.

صاحب جواهر با بیان اینکه خودداری از ادای دین با توانایی بر پرداخت آن حرام است، در تعریف تقاص می‌گوید: «فَمَنْ كَانَتْ دَعْوَاهُ عَيْنًا فِي يَدِ إِنْسَانٍ مُّعْتَرِفٍ بِهَا أَوْ مَعْلُومٍ حَالِهَا فَلَهُ إِتْنِزَاعُهَا مِنْهُ وَ لَوْ قَهْرًا... وَ لَا يَفْتَقِرُ إِتْنِزَاعُهَا فِي الظَّاهِرِ وَ الْوَاقِعِ عَلَى اذْنِ الْحَاكِمِ». در صورت امتناع از ادا و عدم امکان اجبار بر آن، طلبکار می‌تواند تقاص کند و به مقدار طلب خود از اموال بدهکار بردارد و این اقدام در فرض مذکور نیازمند اذن حاکم شرع نیست (نجفی، ۱۳۶۲، ج. ۴۰، ص. ۳۸۷).

تقاص در اصطلاح یعنی شخص، حقتش را از دیگری بدون اطلاع یا رضای او بگیرد. گرفتن حق بدون رضا به گرفتن همراه جهل مدیون ملحق می‌شود و به هر تقدیر ظاهر آن است که تقاص مشروط است به اینکه شخص از ادای حق، ممتنع باشد (مشکینی، ۱۴۱۹، ص. ۱۵۶).

آنچه در معنای اصطلاحی «مقاصه» و «تقاص» ذکر آن رفت، مربوط به حق تقاص شخصی است. اما برخی از فقیهان معتقدند که در کنار این نوع از حق شخصی صورت دیگری از حق تقاص به نام تقاص نوعی و یا «مقاصه نوعی» وجود دارد.

مجرای این قاعده در فرضی است که مسلمان شیعه در کشوری زندگی می‌کند که احکام و قوانین شیعه در آن کشور حاکم نیست و سلطه و حاکمیت با غیرشیعیان است؛ در این صورت در مواردی که شیعه می‌تواند به‌واسطه اجرای آن قوانین حاکم، منتفع می‌شود و مال یا حقی را به دست آورد، مجاز است آن را مستند به روایت خذوا منهم کما یاخذون منکم فی سننهم و قضایاهم (حر عاملی، ۱۳۶۷، ج. ۱۷، ص. ۱) و برخی امارات دیگر دریافت کند هرچند به اقتضای فقه امامیه مستحق آن مال یا حق نباشد.

### مفاد قاعده الزام و مقاصه نوعی

در این بخش از مقاله، به مفاد و تحلیل دو قاعده مهم فقهی، قاعده الزام و مقاصه نوعی، پرداخته می‌شود. توجه اصلی بر تبیین مفاد قاعده الزام معطوف است، که به‌عنوان نوعی امتنان شارع به مذهب امامیه در مواقع تعارض منافع با دیگر مذاهب شناخته می‌شود. در کنار آن، مفاد قاعده مقاصه نوعی و شرایط خاص جریان یافتن آن نیز بررسی می‌شود. این بخش همچنین با هدف درک عمیق‌تر از نحوه تطبیق و اجرای این قواعد در شرایط مختلف به تفاوت‌ها و جزئیات مرتبط با هر یک از این دو قاعده در موقعیت‌های فقهی و حقوقی گوناگون توجه دارد.

#### مفاد قاعده الزام

قاعده الزام بیانگر نوعی از امتنان شارع به مذهب حقه امامیه در تعاملات خود با پیروان سایر مذاهب و شرایع است، که بر اساس آن پیروان مذهب تشیع اثنا عشری می‌توانند در موارد تعارض منافع با پیروان سایر ادیان و مذاهب از این موهبت حقوقی بهره‌مند گشته و از طریق الزام ایشان به معتقدات و مقتضیات مذهب خویش در معاملات بالمعنی الاعم، که شامل تمام احکام غیرعبادی است، منتفع شوند. از این رهگذر مشخص می‌شود، محل جریان قاعده الزام در موردی است که شیعیان امامیه قائل به صحت حکم مزبور نباشند و در غیر این صورت، این حکم مجری قاعده الزام نخواهد بود؛ بلکه همچون سایر احکام شرعی لازم‌الاجرا خواهد بود (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج. ۳، ص. ۱۸۱). محقق بجنوردی با اشاره به روایت «الزموهم بما أُلزموهم به أنفسهم»، می‌نویسد، محل جریان این قاعده منحصر در جایی است که در فقه امامیه قول به صحت آن وجود نداشته باشد. بر این اساس، وی این قاعده را شبیه به احکام ثانویه و یا یکی از این احکام برمی‌شمرد (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج. ۳، ص. ۱۸۴).

#### مفاد قاعده الزام یک حکم ثانوی واقعی است نه اباحه ظاهری

در میان فقیهان پیرامون مدلول و مفاد دلیل قاعده الزام که آیا حکم واقعی ثانوی است و یا حکم اباحه ظاهری، اختلافاتی وجود دارد (شهیدی‌پور، ۱۳۹۸، ص. ۹۸). در صورتی که از روایات استفاده شود، طلاق فردی که اعتقاد به صحت اجرای سه طلاق در یک مجلس دارد، به‌طور کامل صحیح است و کلیه آثار و نتایج مرتبط با یک طلاق صحیح بر آن اعمال خواهد شد، در این شرایط، قاعده الزام به‌مثابه یک حکم واقعی ثانوی تلقی می‌شود. در مقابل، در صورت تصور اینکه چنین طلاقی به‌لحاظ واقعی صحیح نیست، اما همچنان ازدواج با آن زن برای یک شیعه مباح است، این امر تنها به‌عنوان یک اباحه ظاهری محسوب خواهد شد و بر حکم واقعی تأثیری نخواهد گذاشت.

کسانی که قاعده الزام را یک حکم واقعی ثانوی می‌دانند، دلیل اصلی خود را بر پایه روایات مستدل می‌کنند. تعبیری همچون *فَأَنَّ كَانَ مِمَّنْ يَتَوَلَّانَا وَ يَقُولُ بِقَوْلِنَا فَلَا طَلَّاقَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْتِ أَمْرًا جِهْلَهُ وَ أَنْ كَانَ مِمَّنْ لَا يَتَوَلَّانَا وَ لَا يَقُولُ بِقَوْلِنَا فَاحْتَلَبَهَا مِنْهُ فَإِنَّهُ أَنَّمَا تَوَى الْفِرَاقَ بِعَيْنِهِ* (طوسی، ۱۳۶۵، ج. ۸، ص. ۱۸۶)، که در روایات

آمده است، ظهور در این دارد که طلاق، به صورت صحیح واقع شده است. پس همان طور که حرج یا اضطراب عنوان ثانوی است، وقوع فعل از فرد طبق اعتقادش نیز عنوان ثانوی است (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۱، ص. ۱۱۳).

### مفاد قاعده الزام، رخصت و نه عزیمت

سؤال دیگری که در بحث از مفاد این قاعده پیش روی محققان می‌باشد این است که آیا نتیجه قاعده الزام برای مسلمان شیعه به نحو رخصت است یا عزیمت؟ به طور مثال، اگر یک مرد مخالف، زن شیعی خود را طلاق بدعی دهد و بعد پشیمان شود، آیا زوجه شیعه می‌تواند به مفاد قاعده الزام ملتزم نشود و مطابق با فقه امامیه رفتار و خواهان ادامه زندگی با مرد سنی باشد و یا اینکه قاعده الزام از باب عزیمت است و زوجه محکوم به جدایی از این مرد است؛ زیرا طلاق وی از منظر او نافذ بوده و این زن شرعاً دیگر زوجه او نیست (شهیدی‌پور، ۱۳۹۸، ص. ۱۰۲). سؤال دیگری که در این رابطه مطرح می‌شود، حکم استبصار مرد مخالف بعد از طلاق است. در چنین فرضی موضوع قاعده الزام از بین می‌رود و زوجه شیعه باید به منزل شوهری که مستبصر شده است بازگردد؟ در کتب فقهی در رابطه با این دو مسئله صریحاً بحث مستقلی به صورت تفصیلی بیان نشده است و فقط مرحوم آقای حکیم در پاسخ به استفتایی، رساله‌ای در این موضوع نگاشته است که در کتاب مستمسک العروه الوثقی آن را با ذکر متن استفتاء ذکر فرموده است:

رجل من أهل السنة طلق زوجته طلاقاً غير جامع للشرائط عندنا، و جامعاً للشرائط عندهم، ثم استبصر، و كذا اذا طلقها ثلاثاً بانشاء واحد، فهل له الرجوع بزوجه بعد الاستبصار، أو لا؟ افتونا مأجورين، مع بيان الدليل على المسألة. (حکیم، ۱۳۷۴، ج. ۱۴، ص. ۵۲۴)

ایشان ضمن بیان سه طایفه از روایات که به عنوان مدارک این قاعده ذکر می‌شوند و بررسی سندی و دلالی آن‌ها، نتیجه می‌گیرد که اساساً مفاد قاعده الزام حکم به صحت عقد یا ایقاع باطلی نیست که از مخالفان صادر می‌شود؛ یعنی مخالف اگر طلاق بدعی انشاء کند، این طلاق باطل بوده و همسرش نیز همچنان در تحت علقه زوجیت وی باقی است. بنابراین مفاد قاعده رخصت برای فرد شیعی برای ملزم ساختن مخالف به احکام مذهبش است و از این رهگذر اگر مخالف مستبصر شود، در صورتی که تا آن زمان هیچ فرد شیعی با تمسک به قاعده الزام با زوجه مطلقه وی ازدواج نکرده باشد، زن شیعه همچنان زوجه فرد مستبصر خواهد ماند و موضوع قاعده الزام منتفی خواهد بود، زیرا استبصار ماقبل خود را هدم می‌نماید (حکیم، ۱۳۷۴، ج. ۱۴، ص. ۵۲۴؛ شهیدی‌پور، ۱۳۹۸، ص. ۱۰۶).

### عمومیت قاعده الزام نسبت به پیروان سایر ادیان و مذاهب

در کلمات فقیهان تردیدی در شمولیت مفاد قاعده الزام نسبت به پیروان مذاهب اسلامی غیر شیعی اثناعشری وجود ندارد و همه اتفاق دارند که این قاعده ناظر به اختلاف در فروعات احکام اسلام در میان مسلمانان شیعه و غیر شیعه است؛ اما فروض مختلفی وجود دارند که شمولیت قاعده در آن موارد محل بحث و اختلاف آرا است. ۱. فرض نخست: اختلاف شیعیان با غیر مسلمانان، نظیر اختلاف مسلمان شیعه با یهودی و یا نصرانی؛

۲. فرض دوم: اختلاف سایر مذاهب اسلامی از غیرشیعیان با یکدیگر، نظیر اختلاف مسلمان حنفی با مسلمان مالکی در صورتی که نتیجه این اختلاف محل ابتلای فرد شیعی باشد؛

۳. فرض سوم: اختلاف مذهب کفار با یکدیگر، نظیر اختلاف یهودی با نصرانی؛

۴. فرض چهارم: اختلاف مقلدان و یا مجتهدان در مذهب تشیع با یکدیگر؛

آیت‌الله مکارم در کتاب القواعد الفقهیه قدر مسلم از روایات باب را تنها همان فرضی می‌داند که اجماع بر امکان جریان قاعده الزام در آن وجود دارد؛ اما با وجود این معتقد است استفاده عمومیت از برخی روایات نسبت به فرض اول و سوم از فروض چهارگانه مذکور، محتمل است. زیرا تعبیر در روایت محمد بن مسلم که امام (ع) فرمود: تجوز علی کل ذوی دین ما يستحلون و نیز روایت عبدالله بن طاوس که امام (ع) فرمود: انه من دان بدین قوم لزمته أحكامهم دال بر عمومیت قاعده نسبت به این فروض است. و از سوی دیگر، برخی از تعلیل‌های ذیل برخی از این روایات، نظیر تعلیل امام (ع) در روایت جعفر بن محمد علی بن عبد الله العلوی که فرمود: لأنکم لا ترون الثلاث شیئاً و هم یوجبونها، و همچنین در روایت عبدالرحمن البصری که فرمود: تَنْزَوْجُ هَذِهِ الْمَرْأَةُ لَا تُتْرَكُ بِغَيْرِ الرَّوْجِ، بر عمومیت قاعده نسبت به تمام فروض مذکور - غیر از فرض چهارم - دلالت و یا اشعار دارند، هرچند نسبت به فرض دوم این احتمال خالی از اشکال نیست، زیرا ممکن است اطلاقات ادله از این فرض انصراف داشته باشند و آن را شامل نشوند و نسبت به فرض چهارم نیز قطعاً ادله شامل این مورد نخواهند شد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج. ۲، ص. ۱۶۴).

علامه بلاغی، متعلق حکم جواز الزام را مقید به احکام ثابت در هر دین و مذهبی می‌داند و نه هر حکم و اعتقاد خرافی که در آن دین وارد شده است (بلاغی، ۱۴۳۱، ج. ۱، ص. ۲۳۹).<sup>۱</sup> طبق فرمایش مرحوم بلاغی، مراد از «ما يستحلون» صرفاً مواردی است که غیرشیعیان به حسب دین الهی و شریعت نبوی خود قبول دارند و این عبارت شامل خرافات، تحریفات و عرفیات وارده در ادیان و مذاهب نمی‌شود؛ و بر این اساس، قاعده الزام دعوت به محرمانی نظیر ربا، زنا و امثال آن نمی‌کند، زیرا این امور در همه ادیان الهی غیرتحریف‌شده حرام می‌باشند.

در پاسخ به کلام ایشان در ابتدا باید گفت واژه دین در تفسیر عام خود، به معنای ما یعتقد به است و نه به معنای دین نبوی الهی، زیرا پیروان مکاتب مادی نیز خود را صاحب نوعی جهان‌بینی می‌دانند که همان زندگه است؛ بنابراین استظهار ایشان قرینه‌ای نداشته و خلاف ظاهر است. علاوه بر اینکه حتی طبق برداشت ایشان هم مشکل جواز ارتکاب محرمان طبق این قاعده حل نمی‌شود، زیرا ادیان دیگر محرمان را به دین نسبت می‌دهند؛ همان‌طور که یهودیان ربا را حلال می‌دانند و ولو اینکه در دین الهی تحریف‌نشده ربا حرام باشد. (شهیدی‌پور، ۱۳۹۸، ص. ۳۴)

۱. «الظاهر ان معنى حکم کل ذی دین الحکم الذی یتدین به و ینسب الی الدین و الشریعة الالهیه لا الحکم الذی هو من عواندهم العرفیه و نحوها و ان صار العمل به لازماً لهم فالمراد انه يجوز و یمضی علی اهل کل ذی دین الحکم الذی یجعلونه بحسب نحلتهم دیناً لهم فیحل بسبب ذلك الجواز و یسوغ لغيره ما يستحله فان تدبینه مع الزامه به یرفع حقه».

آیت‌الله مکارم شیرازی با ذکر تطبیقاتی از موارد جریان قاعده الزام در ابواب مختلف فقهی از مضاربه، اجاره، مساقات، حیات، احیاء موات و غیره، احتمال اختصاص قاعده به ابواب نکاح، طلاق و ارث را با وجود اطلاعات و عموم ادله و همچنین اطلاق فتاوی فقیهان در اخذ به قاعده الزام، منتفی می‌داند و عدم تعرض قدما در غیر این سه باب را با احتمال عدم ابتلای ایشان به تطبیق قاعده الزام در فروع ابواب دیگر توجیه می‌کند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج. ۲، ص. ۱۶۷).

#### مفاد قاعده مقاصه نوعی

قاعده مقاصه نوعی، اصلی فقهی است که در شرایط خاص، اجازه می‌دهد تا رفتار یا عملی که توسط یک گروه یا جامعه بر گروه یا جامعه دیگر اعمال می‌شود، به همان شیوه پاسخ داده شود. این قاعده بر اساس اصل تقاض و عدالت در مواجهه با اقدامات غیرعادلانه و غیرمتقابل مبتنی است. در چارچوب فقه اسلامی، این قاعده زمانی اجرا می‌شود که شیعیان تحت سلطه قانونی حکومت‌های غیرشیعی قرار دارند و به‌طور خاص، در مواقعی که قوانین و اعمال گروه حاکم، عدالت یا حقوق افراد یا گروه‌های خاصی را نقض می‌کند (پارسا، ۱۳۹۵، ص. ۶۷).

#### مؤلفه‌های اساسی قاعده مقاصه نوعی

شرط نخست؛ حاکمیت قانون کفار یا مخالفان است. برخی از فقیهان برای جریان قاعده مقاصه نوعی، سلطه قانونی حکومت مخالفان و کفار بر اجتماع شیعی است و به عبارت دیگر، برای اجرای این قاعده لازم است شیعیان تحت سیطره و سلطه نظامی غیرشیعی باشند؛ درحالی‌که برای اجرای قاعده الزام چنین شرطی لازم نیست؛ بنابراین مطابق با قاعده الزام اگر در حکومت شیعی همچون ایران، فردی از دنیا برود که دختری از اهل سنت و برادری شیعی دارد، می‌توانند دختر را الزام کرده و نصف ترکه را از دختر گرفته و به برادر متوفی تحویل دهند؛ حال آنکه چنین عملی طبق قاعده مقاصه نوعی جایز نیست، زیرا قانون اهل سنت در ایران حاکم نیست و قوانین مبتنی بر فقه امامیه حاکم است.

شرط دوم؛ جبر و الزام بر اساس قانون و نه بر اساس قرارداد است. جریان قاعده مقاصه نوعی الزام بر اساس جبر قانونی است و نه بر اساس قراردادی که خود منعقد می‌کند. به‌عنوان مثال، قانون تعصیب که در زمان حکومت عثمانی‌ها بر اساس جبر قانونی که ناشی از فقه عامه بوده، فرد شیعی را ملزم به تقسیم ارث به آن کیفیت می‌کرده است (حسینی سیستانی، ۱۴۳۶، ص. ۱۳۲).

#### ویژگی‌های منحصر به فرد قاعده مقاصه نوعی در مقایسه با قاعده الزام

منابع فقهی عموماً متعرض قاعده مقاصه نوعی نشده و به ذکر «تقاض شخصی» که مستفاد از برخی روایات است، بسنده کرده‌اند؛ تمام فقیهان معتقدند بر اساس برخی روایات اگر شخصی مالی از اموال دیگری غصب کرد، و مالی از اموال غاصب نیز در دسترس مغضوب عنه بود، وی می‌تواند از غاصب تقاض کند. ضعف سند و دلالت برخی از ادله قاعده الزام، موجب انکار وجود مضمون این قاعده در ادله روایی و مدارک قاعده الزام گشته است و بر همین اساس، برخی از فقیهان معاصر احکام موجود در این روایات را بر قاعده بدیل آن، یعنی قاعده مقاصه نوعی تطبیق می‌دهند.

آیت‌الله سیستانی در مقام اشکال به استدلال بر روایت عبدالله بن محرز «خذا منهم کما یاخذون منکم فی سننهم و قضایاهم» به‌عنوان یکی از ادله قاعده الزام، می‌فرماید: روایت مذکور دلالت بر قاعده مقاصه نوعی دارد و نه قاعده الزام و شاهد بر این مطلب حرف «کاف» در «کما یاخذون منکم» می‌باشد که دلالت بر تعلیل و انحصار این حق در مواردی است که مخالف از این حق در مقابل شیعه استفاده می‌کند. ایشان در ادامه برای این قاعده مستنداتی از قرآن کریم ذکر می‌کنند که عبارت‌اند از:

۱. آیه شریفه «وَلَا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يُقَاتِلُوكُمْ فِيهِ فَإِنْ قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ» (بقره: ۱۹۱) این قسمت از آیه خطاب به نوع است و نه شخص خاص؛ یعنی مفاد آیه، انحصار جواز قتال در شخص شروع‌کننده آن نیست، بلکه مراد آیه نوع مشرکان است ولو برخی از آنان در مکه متصدی قتال شده باشند، در مقابل بر مؤمنان هم جایز است که متصدی قتال شوند. بنابراین مقاصه در این موارد بین مسلمانان و مشرکان است، نه بین این فرد و آن فرد که تقاص شخصی باشد.

۲. آیه شریفه «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» (بقره: ۱۹) که آیه نیز به‌وضوح دلالت بر تقاص نوعی دارد.

۳. آیه شریفه «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» (نحل: ۱۲۶) نیز دال بر تقاص نوعی است؛ زیرا این آیه در مورد مثله کردن وارد شده است، مبنی بر اینکه اگر مشرکان کشته‌های مسلمانان را مثله کردند، مسلمانان هم می‌توانند تقاص بکنند (حسینی سیستانی، ۱۴۳۶، ص. ۱۳۲).

### بررسی آرا و انظار فقیهان در قواعد الزام و مقاصه نوعی

در این بخش به بررسی آرا و انظار فقیهان می‌پردازیم.

#### آرا و انظار قداماء در قاعده الزام

اولین فقیهی که به مضمون این قاعده فتوا داده و برای این فتوا به نصوص ادله آن تمسک جسته است، شیخ طوسی می‌باشد. وی بابتی را تحت‌عنوان انّ المخالف اذا طلق امراته ثلاثا و ان لم يستوف شرائط الطلاق كان ذلك واقعا؛ یعنی اگر مخالف زوجه خود را سه مرتبه طلاق دهد، اگرچه شرایط سه طلاق وجود نداشته باشد، این طلاق واقع می‌شود (طوسی، ۱۳۶۳، ج. ۳، ص. ۲۹۱). با توجه به اینکه روش قداماء در ذکر فتوا به‌واسطه عنوان باب و سپس ذکر ادله از کتاب و سنت در آن باب است، می‌توان شیخ طوسی را از جمله قائلان به وجود قاعده الزام برشمارد.

پس از شیخ، شهید اول در کتاب موسوعة الشهد الاول (دروس) در موردی که قاضی از اهل سنت باشد و مطابق با رأی خویش به نفع شخص شیعه حکم دهد، در صورتی که این حکم در فقه شیعه باطل باشد، به مضمون این قاعده فتوا می‌دهد و برای این فتوا به روایت «أمضوا فی أحكامهم، و من دان بدین قوم لزمه حکمه» تمسک می‌کند (عاملی، ۱۴۳۰، ج. ۲، ص. ۷).

شهید ثانی نیز در بحث سه طلاق می‌فرماید: طلاق‌ی که به نظر ما واجد شرایط نیست، ولی به نظر عامه واجد شرایط است، مثل طلاق در غیر شهادت دو عادل و طلاق در حال حیض - که در نزد عامه معروف است - و بقیه احکامی که عامی به آن ملتزم است، علیه عامی و به نفع شیعی ثابت است (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۹، ص ۹۶).

### آرا و انظار معاصرین در قاعده الزام

اولین کسی که از این حکم تعبیر به قاعده الزام می‌نماید، صاحب جواهر الکلام در مسئله اجرای حد قتل مخالف است که می‌نویسد: اگر کسی که باید حد بر او جاری شود، مخالف باشد و مطابق با مذهب او حدش قتل باشد، کشتن او به دلیل قاعده الزام جایز است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۱، ص ۳۹۳). وی همچنین در باب خراج و مقاسمه می‌فرماید: برای شیعه حلال است خراج را از مخالف با عنوانی که در مذهب او حلال است اخذ نماید، اگرچه در مذهب ما اخذ با آن عنوان حرام باشد و این حکم به جهت قاعده الزام است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۲، ص ۲۰۰). مرحوم شیخ حسین حلی در کتاب بحوث فقهیه، قاعده الزام را تعریف کرده و آن را می‌پذیرد. ایشان می‌فرماید: مراد از قاعده الزام این است که شیعیان آثار وضعی را بر غیر شیعیان مطابق با مذهب خودشان بار کنند (حلی، ۱۴۱۵، ص ۲۷۱).

آیت‌الله خویی در منهاج الصالحین بعد از بیان فروع قاعده الزام، می‌فرماید: «الضابط هو ان لک شیعی ان یلزم غیره من اهل سایر المذاهب بما یدینون به و یلزمون به انفسهم» (خویی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۴۲۵). ظاهر تعبیر «اهل سائر المذاهب» نشان از آن دارد که طبق نظر ایشان، قاعده الزام اختصاص به عامه نداشته و مشتمل کفار نیز می‌شود؛ همان‌طور که ایشان در تطبیقات این قاعده نیز به استناد قاعده مذکور اخذ را با از کافر ذمی در ضمن قرض ربوی تجویز کرده‌اند (اسکندری، ۱۳۹۸، ص ۹).

### آرا و انظار در قاعده مقاصه نوعی

همان‌طور که ذکر آن رفت، منابع فقهی عموماً متعرض قاعده مقاصه نوعی نشده و به ذکر «تقاص شخصی» که مستفاد از برخی روایات است بسنده کرده‌اند و تنها ضعف سند و دلالت برخی از ادله قاعده الزام، موجب انکار وجود مضمون این قاعده در ادله گردیده و اعتقاد به قاعده بدیل آن، یعنی قاعده مقاصه نوعی شده و ظاهراً پیش از آیت‌الله سیستانی هیچ فقهی به این تطبیق اشاره نکرده است. اما با تأمل بیشتر در منابع و متون فقهی می‌توان به ریشه‌های این نظریه در تراث فقهی شیعه دست یافت.

شیخ طوسی در تهذیب الأحکام نکته‌ای را به‌عنوان احتمال با این تعبیر بیان می‌کند: وَ الْوَجْهُ فِي هَذِهِ الْأَخْبَارِ... وَ يَحْتَمِلُ أَيْضاً أَنْ يَكُونَ مَا وَرَدَ فِي أَنَّهُ يَجُوزُ لَنَا أَنْ نَأْخُذَ مِنْهُمْ عَلَى مَذَاهِبِهِمْ عَلَى مَا يَعْتَقِدُونَهُ كَمَا يَأْخُذُونَهُ مِنَّا وَ أَمَّا يَحْرُمُ أَنْ يَأْخُذَ بَعْضُنَا عَنْ بَعْضٍ عَلَى خِلَافِ الْحَقِّ. ایشان در عبارت فوق با بیان کبری کما یاخذونه منا که مستفاد از متن روایت است، احتمال مقاصه بودن وجه اخذ را تقویت می‌کند. به عبارت دیگر، تعبیر شیخ مرادف با قاعده الزام نیست؛ اگرچه در ذیل تعبیر مذکور روایات قاعده الزام را می‌آورد و می‌فرماید: و الذی یدل علی ذلك، سپس روایاتی چند مطرح می‌کند که یکی از آنها روایت معروف علی بن ابی حمزه بطائنی از امام کاظم (علیه‌السلام) - الزمواهم بما الزموا انفسهم - است که منشأ برای قاعده الزام می‌باشد:

اما به غیر از روایت علی بن ابی حمزه و روایت محمد بن مسلم که مفادشان قاعده الزام است، باقی روایات مطرح شده در کلام ایشان - همچون همین روایت ایوب بن نوح - ارتباطی به قاعده الزام ندارند و احتمالی که ایشان می‌دهد مربوط به قاعده الزام نیست؛ بلکه قاعده‌ای است که برخی مثل آقای سیستانی با عنوان مقاصه نوعی از روایات استخراج کردند.

همچنین شیخ انصاری در کتاب المکاسب اخذ اموال در اختیار سلطان جائز را به اعتبار خود آن مال به سه قسم حرام، مکروه و واجب برمی‌شمارد و استنقاذ حقوق الناس توسط حاکم شرع را به عنوان حق مقاصه در قسم واجب ذکر می‌فرماید و در فرض تعذر اذن از حاکم، استیفای این حق را برای عموم مؤمنان جایز می‌داند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۱۹۸). هرچند ایشان تصریح به مقاصه نوعی بودن این حق نمی‌کند، اما از این جهت که مخاطب این تکلیف حاکم و حکومت شیعه و عموم مؤمنان نسبت به نوع مخالفان است می‌توان نوعی بودن این تقاص را دریافت.

شاهد بر این مطلب تعلیقه محقق لاری بر این فرمایش شیخ اعظم و تذکر این نکته است که مقاصه برای غیرحاکم محدود به حقوق شخصی توصلیه است و نه حقوق نوعی و یا عبادات؛ زیرا فتح باب تقاص نوعی برای عموم مردم بدون اذن حاکم موجب بروز فتنه و فساد در میان امت می‌شود (لاری، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۲۹۲).

### گستره نفوذ قواعد الزام و مقاصه نوعی در تعاملات مالی و حقوقی ایران

این بخش به بررسی تأثیر و کاربرد قاعده الزام و مقاصه نوعی در زمینه‌های مالی و حقوقی ایران می‌پردازد و هدف از این بررسی، شناخت نحوه اعمال این دو قاعده فقهی در موقعیت‌های مختلف، به‌ویژه در مورد چگونگی تعامل با افراد و گروه‌های دارای اعتقادات و مذاهب متفاوت است و تمرکز اصلی بر روی تشخیص دامنه این قواعد و بررسی چالش‌های مربوط به آن‌ها در حوزه‌های مالی و حقوقی خواهد بود.

#### کاربرد قاعده الزام در تعاملات مالی حرام: دامنه اجرا و محدودیت‌ها

برخی پس از پذیرش عمومیت قاعده نسبت به پیروان تمام ادیان و عدم انحصار مفاد آن در مذاهب اسلامی، و همچنین قبول امکان جریان قاعده در تمام احکام عبادی و معاملی و بررسی تطبیقات قاعده در این دو بخش، امکان جریان آن در ضروریات دین همچون نکاح با محارم، معاملات ربوی، رشوه و امثال ذلک را منتفی می‌داند و می‌نویسد: ادله قاعده صرفاً ناظر به خصوص احکامی از فقه شیعه است که عامه و همچنین کفار در قوانین و شریعت خود با آن مخالفت می‌کنند (سیفی، ۱۳۴۵، ج ۲، ص ۲۰).

همان‌طور که پیش‌تر گفته شد مرحوم علامه بلاغی در کتاب الرسائل الفقهیة، متعلق حکم جواز الزام را اولاً مقید به احکام ثابت در هر دین و مذهبی می‌دانند و نه هر حکم و اعتقاد خرافی که در آن دین وارد شده، و ثانیاً می‌فرماید مفاد صحیحه محمد بن مسلم (بیجوز علی اهل کل دین ما یستحلون) این است که «نافذ است علیه هر فرقه‌ای آنچه آن‌ها رافع یا مانع حق خودشان می‌دانند»، اما ثبوت حق جدید برای مؤمنان موقوف به سبب شرعی است.

در بررسی این بیان دو اشکال به صغری و کبری مطرح می‌شود؛ در مقام بیان اشکال صغری باید گفت اگر مراد از کفار، تنها کافران کتابی باشد، خلاف اقتضای اطلاق ادله قاعده است و اگر مراد از شریعت کفار، آموزه‌های وحانی تحریف‌نشده‌ای است که توسط شریعت اسلام نسخ گردیده، چنین منابع غیرمحرّفی در دسترس نیست، چنان‌که در زمان صدور روایت هم همچنین منابعی به‌وضوح عیان نبوده است که مؤمنان برای تشخیص شریعت حقه ایشان به آن رجوع کنند؛ بنابراین طبق بیان ایشان محمل صحیحی برای مفاد این روایات در تعاملات حقوقی و معاملات تجاری با کفار وجود نخواهد داشت. به بیان دیگر، از ادله‌ای که برای قاعده الزام ذکر شده است، عمومیت استفاده می‌شود و می‌توان سیره عقلائیّه را به‌عنوان یکی از ادله عمومیت قاعده ذکر نمود مبنی بر اینکه واضح است قاعده اختصاص به دین آسمانی ندارد و شامل التزام به قوانین بشری هم می‌شود؛ هرچند از تعبیر لکل قوم نکاح هم می‌توان این عمومیت را استفاده نمود (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۱، ص. ۱۴۵).

اما اشکال کبروی عبارت است از اینکه ایشان برای مدعای خود مبنی بر اینکه مفاد روایات باب صرفاً منحصر در امضای شارع بر رفع حق کفار و مخالفان از حقوق خود باشد، دلیل روشنی ارائه نمی‌کنند و این ادعا صرف ابدای احتمال است، ضمن اینکه با ثبوت این احتمال مفاد ادله اثبات قاعده دیگری به‌نام امضا یا اقرار خواهد بود و نه قاعده الزام.

همچنین دلیلی بر رفع ید از اطلاق موجود در روایات نسبت به فرضی که اعتقاد مخالفان و کفار برای مؤمنان اثبات حق نماید، وجود ندارد. به‌طور مثال، قاتل مورث بنابر فقه شیعه از وی ارث نمی‌برد و فرضاً اگر مخالف معتقد به چنین ارثی باشد و قاتل از مؤمنان باشد، اطلاق روایت شامل این فرض می‌گردد. به‌طور مثال، قرارداد قرض ربوی با کافر ذمی حرام تکلیفی است، اما اگر مؤمنی عمدتاً یا جاهلانّه انشای عقد قرض ربوی با کافر ذمی کرد، می‌توان روایت «يجوز علی کل ذی دین ما یستحلون» را بر این مورد تطبیق کرد؛ کمالینکه محقق خوبی این چنین تطبیق داده است. فرق کافر ذمی و حربی در این است که جواز اخذ مال از ذمی فقط می‌تواند مستند به این روایت باشد؛ حال آنکه جواز اخذ مال از حربی در هر صورت ثابت است، زیرا مال حربی احترامی ندارد. بنابراین، می‌توان گفت اگر چنانچه شخص یا گروهی در کشوری زندگی می‌کنند که برحسب قوانین آن کشور، حقوقی برای تألیف یا اختراع وجود دارد و بدون اجازه صاحبان، استفاده و کپی‌برداری را ممنوع می‌دانند، دیگران می‌توانند در مورد آثار خودشان آنان را بر همین قانون الزام نمایند، ولو اینکه در قانون الزام‌کنندگان چنین حقی مورد قبول نباشد (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۱، ص. ۱۴۵).

هرچند عمومیت قاعده الزام با وجود امثله نقضی که در بیان مرحوم علامه بلاغی و آقای سیفی مازندرانی ذکر شده بود، قابل التزام نیست؛ به‌عنوان مثال، نکاح با خواهر مجوسیه به‌صرف اعتقاد وی به حلیت چنین نکاحی صحیح نیست، زیرا اولاً مفاد قاعده الزام، الزام کفار و مخالفان به آثار و لوازم احکام و قوانین باطلشان می‌باشد و نه تأیید و تنفیذ آن احکام و ثانیاً، نکاح با محارم از محرمات ثابت‌شده به‌عنوان ضروری فقه می‌باشد. در نتیجه، می‌توان گفت این موارد نقضی که خلاف مرتکز متشرعه است، به‌مثابه یک قرینه لئی عمل کرده و

مانع از تمسک به اطلاق ادله می‌شود و بر همین اساس در برخی از موارد که این قرینه قطعی وجود داشته باشد از ظهور اولیه خطاب رفع ید می‌شود (اسکندری، ۱۳۹۸، ص. ۸).

### کاربرد جریان مقاصه نوعی در انتفاعات حرام

برخی ادله قاعده الزام را ناتمام می‌داند و معتقد به وجود قاعده مشابه موسوم به مقاصه نوعی است، اما با وجود این در بحث قرض به کافر ذمی - و نه کافر حربی - یا بیع ربوی با او از این مبنای خود غفلت کرده و فرموده است: «تحريم معامله الربويه معه على الاظهر و لكن يجوز للمسلم اخذ الزيادة منه بعد وقوع معامله اذا كان اعطائها جائزاً في شريعته» (سیستانی، ۱۴۱۵، ج. ۲، ص. ۷۵) و این دقیقاً نظیر فرمایش آقای خوبی در این بحث است و صرفاً با حذف عبارت: «عملاً بقاعدة الالزام» از کلام آقای خوبی، مطلب خود را بیان می‌فرماید. اشکال به بیان آقای سیستانی مطرح می‌شود این است که اگر طبق مبنای ایشان قاعده الزام مخدوش است و جاری نیست، قاعده مقاصه نوعی نیز قابل تطبیق بر این فرع فقهی نیست؛ زیرا شرط جریان قاعده مقاصه، حاکم بودن قانون مخالفان یا کفار بود «خذوا منهم كما يأخذون منكم في سننهم و قضایاهم».

اما نقضی از اشکال به اینکه «کلام ایشان ناظر به ذمی نیست؛ زیرا در زمان ما اصلاً کافر ذمی نداریم، بلکه آنچه داریم کافر معاهد است»، ناتمام است، زیرا ایشان تصریح به ذمی کرده‌اند. علاوه بر اینکه ایشان در بحث قاعده الزام می‌فرماید: ما قاعده الزام را قبول نداشته، بلکه قائل به قاعده مقاصه نوعی هستیم که دلیل آن ظاهر در اخذ ابتدایی است؛ خذوا منهم كما يأخذون منكم ابتدائاً. حال آنکه در بحث قرض ربوی اگر فرد شیعی مقترض بود و کافر ذمی طبق قرارداد قرض ربوی از وی ربا اخذ می‌کرد، اخذ ابتدایی صادق نبود، بلکه اخذ ربا بود در طول تعهد فرد شیعی؛ ظاهر از خذوا منهم كما يأخذون منكم اخذ ابتدایی و جبری است و شامل قرارداد قرض ربوی با ذمی نمی‌شود. در نتیجه، قاعده مقاصه در این فرض قابل تطبیق نخواهد بود (اسکندری، ۱۳۹۸، ص. ۹).

### اطلاق ادله قاعده مقاصه نوعی نسبت به مجموع قوانین

جریان قاعده تقاص نوعی منحصر در فرع تعصیب و یا احکام احوال شخصیه نیست، بلکه مطابق با اطلاق ادله این قاعده، چنانچه مجتمع شیعی در سلطه و سیطره نظام حقوقی مخالف، ملزم به مراعات و تحمل ضرر قوانین آن نظام باشند، مجاز است به قوانینی که به نفع ایشان می‌باشد، ملتزم و منتفع گردد. بنابراین همان‌طور که در موارد مطابق با قوانین حکومت مخالفان، فرد شیعی ملتزم به پرداخت اموال به ناحق و برخلاف فقه شیعه است، اگر در موردی بتواند مالی را تملک نماید که بنابر حکم اولی در فقه شیعه جایز نیست، بنابر حکم ثانوی ناشی از قانون مقاصه نوعی می‌تواند این مال را اخذ نماید (اسکندری، ۱۳۹۸، ص. ۶۴).

بر این اساس، شرط دوم جریان قاعده مقاصه نوعی مبنی بر «لزوم جبر و الزام بر اساس قانون و نه بر اساس قرارداد» که در کلام آقای سیستانی مطرح شده است، مخدوش می‌باشد، زیرا خلاف اقتضای اطلاق آیات و روایاتی است که در جمله ادله این قاعده ذکر شده است؛ نظیر روایت عبدالله بن محرز که امام علیه السلام در پاسخ فرمود: خذوا منهم كما يأخذون منكم في سننهم و قضایاهم که تعلیق اخذ به قید «جبر و الزام

قانونی» در این روایت خلاف اطلاق خطاب امر در آن است و بر همین مبنا، می‌توان قاعده را حتی در فرض الزام بر اساس قرارداد نیز جاری دانست.

### اطلاق ادله تقاص نوعی نسبت به فرض التزام حکومت شیعی به نظام قوانین سازمان ملل

از نگاه حقوق بین‌الملل با توجه به اینکه کشورها در برابر همدیگر معاهد به شمار می‌آیند و هر کشوری مقررات ویژه‌ای دارد که برای ورود به آن کشور باید آن مقررات را رعایت کرد، دیگر تصرف و دست‌اندازی به اموال کفار مباح نخواهد بود؛ مگر کافر حربی که مستفاد از ادله عدم حرمت اموال وی می‌باشد. البته از باب احکام ثانویه می‌توان اموال ایشان را در غیر حالت جنگی محترم شمرد، زیرا دست‌اندازی به اموال ایشان سبب هتک حرمت اسلام می‌باشد که حرام است. از سوی دیگر تنها کشورهایی کافر حربی محسوب می‌شوند که در جنگ مستقیم با مسلمانان و یا به فکر آسیب‌رساندن به آنان باشند - نظیر رژیم جعلی اسرائیل و ایالات متحده در عصر حاضر - که در این صورت اموال دولتی آنها به اذن حاکم شرع مباح است. اما در حقوق بین‌الملل بر اساس اصل احترام متقابل، تفاهم و پیمانی که میان کشورها بسته شده است، مردم آنها نسبت به همدیگر معاهد به شمار می‌آیند که نتیجه آن احترام و پاسداشت اموال ایشان است و از آنجاکه برای ورود به یک کشور باید قوانین آن رعایت گردد، کسی در کشور مقصد، حق دست‌اندازی به اموال دیگران را ندارد (علیشاهی قلعه‌جویی، ۱۳۹۲، ص. ۸۶).

احکام مزبور مرتبط با احکام فردی آحاد مسلمانان در رفتار و تعامل مسالمت‌آمیز خود با پیروان سایر ادیان از شهروندان و اتباع سایر دول و کشورها است؛ اما سؤال اصلی اینجاست که آیا قاعده مقاصه نوعی صرفاً محدود به احکام فردی مسلمانانی است که در سایر کشورهای غیر اسلامی زندگی می‌کنند و یا اینکه این قاعده در موارد تقابل و تعارض منافع در تعاملات حقوقی و معاملات تجاری کشور اسلامی و سایر کشورهای غیر اسلامی قابل استفاده و دارای فرض می‌باشد؟ برای پاسخ به این سؤال ابتدا باید احتمال وجود مجرای قاعده مقاصه نوعی در فروع فقه حکومتی در موارد تعاملات بین‌المللی بررسی شود. خصوصیت روابط بین‌الملل در عصر حاضر این است که روابط مسالمت‌آمیز با سایر کشورها جهت نیل به اهداف و منافع مشترک از اقتضائات الزامی حیات سیاسی، اقتصادی و فرهنگی هر کشوری است. حکومت اسلامی نیز در زمان حاضر ناگزیر است تا برای پیشبرد اهداف خود با دیگر کشورها به گونه‌ای تعایش سلمی بر مبنای اصل احترام متقابل داشته باشد.

از سوی دیگر، این روابط مسالمت‌آمیز مقتضی عقد برخی پیمان‌ها و قراردادهای بین‌المللی با کشورهای است که مطابق با فقه امامیه در زمره کفار معاهد یا حتی حربی طبقه‌بندی می‌شوند و هرچند تجویز این‌گونه قراردادهای مشروط به نفی سبیل برای سلطه و نفوذ در امور داخلی مسلمانان است، اما مع‌الوصف بسیاری از قوانین، مصوبات و قطعنامه‌ها در این نظام بین‌المللی - با نفوذ گسترده کشورهای کافر حربی - علیه کشورهای اسلامی همچون ایران بستر استفاده و رجوع به قاعده مقاصه نوعی را برای حاکم حکومت اسلامی ایجاد می‌نماید. به عبارت دیگر، کشورهای اسلامی که بر اساس فقه امامیه اداره می‌شوند و به جهت مقاومت در برابر سیاست‌های استکباری دول کافر حربی تحت فشار تحریم‌های بین‌المللی قرار گرفته‌اند، به نوعی تحت سلطه

و سیطره قوانین غیرمشروع سازمان ملل و شورای امنیت این سازمان می‌باشند و بر این اساس می‌توان شرط اول قاعده مقاصه مبنی بر «سلطه قانونی حکومت مخالفان و کفار بر اجتماع شیعی» را بر کشورهای شیعی تحت سیطره این قوانین نامشروع - که برای همزیستی مسالمت‌آمیز با دیگر کشورها راهی جز التزام به این قوانین ندارند - تطبیق داد و تقاص نوعی از کشورهای سیاستگذار این قوانین را ثابت دانست.

### نتیجه‌گیری

بنابر اثبات حق مقاصه نوعی در تعاملات مالی و حقوقی ایران، چنانچه هریک از سازمان‌های تخصصی بین‌المللی وابسته به UN - در راستای استراتژی جاه‌طلبانه خود مبنی بر یکسان‌سازی حقوقی امور تجاری و مالی و اقتصادی ملل مسلمان با اصول سیاست‌های نظام سرمایه‌داری و امپریالیسم جهانی که مغایر با مبانی شریعت اسلامی است - با استفاده از ابزارهای تحریمی خود، اقدام به تحمیل ضررها و آسیب‌های برنامه‌های جهانی با خصوصیات مذکور به جمهوری اسلامی ایران نمایند، این کشور با استفاده از حق مقاصه نوعی می‌تواند متقابلاً اقدام به تقاص نوعی و جبران خسارت نماید، هرچند این استفاده در فقه امامیه و شریعت اسلامی نامشروع باشد. به‌عنوان مثال، چنانچه تحریم غذا و دارو از سوی برخی کشورهای وضع‌کننده آن مانع ورود واکسن و ویروس‌های خطرناک به ایران شود یا تحریم‌های بانکی مسیر تبادل مالی برای عقد قرارداد خرید را مسدود نماید، حاکمیت می‌تواند اموال یا منافع کشورهای مانع خرید و ورود واکسن در ایران یا کشورهای هم‌پیمان خود را به‌عنوان مقاصه نوعی، تحت عناوین قانونی غیرمشروع کنوانسیون‌های حقوقی سازمان ملل مصادره نماید؛ نظیر توقیف و مصادره نفت‌کش‌های کشور کره جنوبی در آب‌های خلیج فارس با عنوان نقض پروتکل‌های زیست‌محیطی در برابر بلوکه کردن منابع ارزی ایران در بانک‌های این کشور که حتی حق انتفاع از محموله این کشتی بنابر قاعده پیشگفته که منحصص عمومات احترام اموال کفار معاهد می‌باشد ثابت خواهد بود. همچنین بنابر اثبات قاعده الزام در تعاملات مالی و حقوقی ایران، جمهوری اسلامی ایران می‌تواند با طرح دعوی در دادگاه‌های کشورهای غیرمسلمان و دارای نظام حکمرانی غیرمبتنی بر فقه امامیه، از منافع مالی و حقوقی احکام صادره نامشروع این دادگاه‌ها بهره‌مند گردد؛ نظیر طرح دعوی بانک ملت علیه خزانه داری دولت انگلستان که منجر به صدور رأی دیوان عالی انگلستان به نفع بانک ملت و بر ضرر خزانه داری انگلستان گردید که بنابر فرض حرمت اخذ مال مذکور به استناد ادله حرمت اکل مال به باطل یا وجود شبهه ربوی بودن این اموال، قاعده الزام با تخصیص این ادله اخذ و انتفاع از آن را تجویز می‌نماید.

## منابع

## قرآن

- ابن منظور، محمد بن مكرم. (١٣٦٩). لسان العرب. بيروت: دار الفكر.
- انصاری، مرتضی. (١٤٣٢). المكاسب. قم: مجمع الفكر الاسلامی.
- بجنوردی، سید حسن. (١٣٧٧). القواعد الفقهية. قم: نشر الهدای.
- بلاغی، محمدجواد. (١٤٣١). الرسائل الفقهية. قم: مركز احیاء التراث الاسلامی.
- پارسا، فرزاد. (١٣٩٥). مقاصد در فقه اسلامی و مقایسه آن با تهاوت در حقوق ایران. فقه مقارن، (٨)، ٦٧.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. (١٤٠٤). الصحاح (تاج اللغة و صحاح العربية). بيروت: دار العلم للملايين.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (١٣٦٧). وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حلی، حسین. (١٤١٥). بحوث فقهية (به کوشش سید علی بحر العلوم). قم: مؤسسه المنار.
- حسینی سیستانی، سید علی. (١٤٣٦). قاعدة الالزام (به کوشش سید محمدعلی ربانی). نجف: بی نا.
- حکیم، سید محسن. (١٣٧٤). مستمسک العروة الوثقی. قم: دار التفسیر.
- خویی، سید ابوالقاسم. (١٤١٠). منهاج الصالحین. قم: مدينة العلم.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (١٣٧٤). المفردات فی غریب القرآن. دمشق: دار القلم.
- زبیدی، مرتضی. (١٤١٤). تاج العروس من جواهر القاموس. بيروت: دار الفكر.
- سیفی مارندران، علی اکبر. (١٤٢٥). مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهية الأساسية. قم: جامعه مدرسین.
- شهیدی پور، محمدتقی. (١٣٩٨). تقریرات قاعدة الزام. سایت اطلاع رسانی استاد شهیدی پور.
- طوسی، محمد بن حسن. (١٣٦٣). الاستبصار فیما اختلف من الاخبار. تهران: دار الکتب الاسلامية.
- طوسی، محمد بن حسن. (١٣٦٥). تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب الاسلامية.
- شهید اول، محمد بن مکی. (١٤٣٠). موسوعة الشهيد الأول. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (١٤١٣). مسالك الأفهام الى تنقیح شرائع الاسلام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامية.
- علیشاهی قلعه جوی، ابوالفضل. (١٣٩٢). پژوهشی در اباحه اموال کافران حربی از نگاه فقه شیعه. پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، (٣٤)، ١١٢.
- فاضل لنکرانی، محمدجواد. (١٣٩١). قاعدة الزام. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب. (١٤١٥). القاموس المحيط. بيروت: دار الکتب العلمیة.
- لازی، سید عبدالحسن. (١٤١٨). التعليقة على المكاسب. قم: مؤسسه المعارف الاسلامية.
- مشکینی، علی. (١٣٩٢). مصطلحات الفقه. قم: دار الحدیث.
- مصطفوی، محمدکاظم. (١٣٨٤). القواعد الفقهية. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر. (١٤١١). القواعد الفقهية. قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین (ع).
- معلوف، لوئیس. (١٣٩٢). المنجد فی اللغة. قم: ذوی القربی.
- نجفی، محمدحسن. (١٣٦٢). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بيروت: دار احیاء التراث العربی.

## Reference

- The Holy Qur'ān.
- Ibn Manzūr, Muḥammad b. Mukarram. (1369 SH [1990/1991 CE]). *Lisān al-‘Arab* [The tongue of the Arabs]. Beirut: Dār al-Fikr.
- Anṣārī, Murtaḍā. (1432 AH [2010/2011 CE]). *al-Makāsib* [Transactions]. Qom: Majma‘ al-Fikr al-Islāmī.
- Bujnūrdī, Sayyid Ḥasan. (1377 SH [1998/1999 CE]). *al-Qawā‘id al-fiqhiyya* [Jurisprudential maxims]. Qom: Nashr al-Hādī.
- Balāghī, Muḥammad Jawād. (1431 AH [2009/2010 CE]). *al-Rasā‘il al-fiqhiyya* [Jurisprudential treatises]. Qom: Center for the Revival of Islamic Heritage.
- Pārsā, Farzād. (1395 SH [2016/2017 CE]). *Maqāṣid* in Islamic jurisprudence and its comparison with set-off in Iranian law. *Fiqh-i Muqāran* [Comparative Jurisprudence], (8), 67.
- Jawharī, Ismā‘īl b. Ḥammād. (1404 AH [1983/1984 CE]). *al-Ṣiḥāḥ: Tāj al-lughā wa-ṣiḥāḥ al-‘Arabiyya* [The authentic lexicon: The crown of language and correct Arabic]. Beirut: Dār al-‘Ilm li-l-Malāyīn.
- Ḥurr al-‘Amilī, Muḥammad b. Ḥasan. (1367 SH [1988/1989 CE]). *Wasā‘il al-shi‘a ilā taḥṣīl masā‘il al-sharī‘a* [The means of the Shi‘a for attaining the issues of the sharī‘a]. Qom: Mu‘assasat Āl al-Bayt.
- Ḥillī, Ḥusayn. (1415 AH [1994/1995 CE]). *Buḥūth fiqhiyya* [Jurisprudential studies] (Sayyid ‘Alī Baḥr al-‘Ulūm, Ed.). Qom: Mu‘assasat al-Manār.
- Ḥusaynī Sīstānī, Sayyid ‘Alī. (1436 AH [2014/2015 CE]). *Qā‘idat al-ilzām* [The rule of binding] (Sayyid Muḥammad ‘Alī Rabbānī, Ed.). Najaf: n.p.
- Ḥakīm, Sayyid Muḥsin. (1374 SH [1995/1996 CE]). *Mustamsak al-‘Urwa al-wuḥqā* [Commentary on *al-‘Urwa al-wuḥqā*]. Qom: Dār al-Tafsīr.
- al-Khū‘ī, Sayyid Abū al-Qāsim. (1410 AH [1989/1990 CE]). *Minhāj al-ṣāliḥīn* [The path of the righteous]. Qom: Madīnat al-‘Ilm.
- Rāghib al-Iṣfahānī, Ḥusayn b. Muḥammad. (1374 SH [1995/1996 CE]). *al-Mufradāt fi gharīb al-Qur‘ān* [Vocabulary of unusual Qur‘ānic terms]. Damascus: Dār al-Qalam.
- Zabīdī, Murtaḍā. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Tāj al-‘arūs min jawāhir al-Qāmūs* [The bride’s crown from the jewels of *al-Qāmūs*]. Beirut: Dār al-Fikr.
- Sayfī Māzandarānī, ‘Alī Akbar. (1425 AH [2004/2005 CE]). *Mabānī al-fiqh al-fa‘‘āl fi al-qawā‘id al-fiqhiyya al-asāsiyya* [Foundations of active jurisprudence in the basic jurisprudential maxims]. Qom: Society of Seminary Teachers.
- Shahīdīpūr, Muḥammad Taqī. (1398 SH [2019/2020 CE]). *Taqrīrāt-i Qā‘ida-yi Ilzām* [Lecture notes on the rule of binding]. Website of Ustādh Shahīdīpūr.
- Ṭūsī, Muḥammad b. Ḥasan. (1363 SH [1984/1985 CE]). *al-Istibṣār fi-mā ikhtalafa min al-akhbār* [Seeking insight into divergent reports]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- Ṭūsī, Muḥammad b. Ḥasan. (1365 SH [1986/1987 CE]). *Tahdhīb al-aḥkām* [The refinement of legal rulings]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- al-Shahīd al-Awwal, Muḥammad b. Makkī. (1430 AH [2008/2009 CE]). *Mawsū‘at al-Shahīd al-Awwal* [Encyclopedia of al-Shahīd al-Awwal]. Qom: Publication Center of the Islamic Propagation Office.

- al-Shahīd al-Thānī, Zayn al-Dīn b. ‘Alī. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Masālik al-afhām ilā tanqīḥ Sharā’i’ al-Islām* [Paths of understanding toward refining *Sharā’i’ al-Islām*]. Qom: Mu’assasat al-Ma‘ārif al-Islāmiyya.
- ‘Alīshāhī Qal‘a-Jūyī, Abū al-Faḍl. (1392 SH [2013/2014 CE]). A study of the permissibility of the property of hostile unbelievers from the perspective of Shi‘i jurisprudence. *Pazhūhish-hā-yi Fiqh wa Huqūq-i Islāmī* [Research in Islamic Jurisprudence and Law], (34), 112.
- Fāḍil Lankarānī, Muḥammad Jawād. (1391 SH [2012/2013 CE]). *Qā’ida-yi ilzām* [The rule of binding]. Qom: Jurisprudential Center of the Pure Imams.
- Fīrūzābādī, Muḥammad b. Ya‘qūb. (1415 AH [1994/1995 CE]). *al-Qāmūs al-muḥīṭ* [The comprehensive dictionary]. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya.
- Lārī, Sayyid ‘Abd al-Ḥusayn. (1418 AH [1997/1998 CE]). *al-Ta’līqā ‘alā al-Makāsib* [Annotation on *al-Makāsib*]. Qom: Mu’assasat al-Ma‘ārif al-Islāmiyya.
- Mishkīnī, ‘Alī. (1392 SH [2013/2014 CE]). *Muṣṭalahāt al-fiqh* [Jurisprudential terminology]. Qom: Dār al-Ḥadīth.
- Muṣṭafawī, Muḥammad Kāzīm. (1384 SH [2005/2006 CE]). *al-Qawā’id al-fiqhiyya* [Jurisprudential maxims]. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī.
- Makārim Shīrāzī, Nāṣir. (1411 AH [1990/1991 CE]). *al-Qawā’id al-fiqhiyya* [Jurisprudential maxims]. Qom: Madrasa-yi Imām Amīr al-Mu’minīn.
- Ma‘lūf, Louis. (1392 SH [2013/2014 CE]). *al-Munjid fī al-lughā* [al-Munjid dictionary of language]. Qom: Dhawī al-Qurbā.
- Ṣāhib Jawāhir, Muḥammad Ḥasan b. Bāqir. (1362 SH [1983/1984 CE]). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ Sharā’i’ al-Islām* [Jewels of discourse in commentary on *Sharā’i’ al-Islām*]. Beirut: Dār Ihya’ al-Turāth al-‘Arabī.

## Recognizing the Agent's Authority to Engage in Self-Dealing as the Rule in Iranian Law and Islamic Fiqh

Hamid Abhari<sup>1</sup>, Seyed Mehdi Hosseini Moghadam<sup>2✉</sup>,  
and Seyed Hassan Hosseini Moghadam<sup>3</sup>

1. Professor, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran. Email: [h.abhari@umz.ac.ir](mailto:h.abhari@umz.ac.ir)
2. Corresponding Author, PhD Candidate in Private Law, University of Mazandaran, Babolsar, Iran. Email: [S.m.hosseini@stu.umz.ac.ir](mailto:S.m.hosseini@stu.umz.ac.ir)
3. Assistant Professor, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran. Email: [S.h.hosseini@umz.ac.ir](mailto:S.h.hosseini@umz.ac.ir)

---

### Article Info

**Article type:**  
Research Article

**Article history:**

Received  
20 December 2023  
Received in revised form  
26 February 2024  
Accepted  
17 March 2024  
Available online  
22 December 2025

**Keywords:**

agent,  
interest,  
self-dealing,  
absolute authorization

---

### ABSTRACT

Iranian law contains only limited rules on self-dealing and its effects. The permissibility of self-dealing as the default rule can be inferred from Article 198 of the Civil Code. The legal status of an agent's self-dealing, especially where the principal has not expressly authorized it but has granted the agent general or absolute authority to contract, is disputed in Islamic fiqh and Iranian law. General rules of transactions do not clearly settle the matter. Some scholars accept self-dealing only where the principal has expressly permitted it, while others maintain that an agent authorized to transact, even generally or absolutely, may contract with himself unless expressly prohibited. Using a descriptive-analytical method, this article argues that under the principles of contractual stability, freedom of will, and freedom of contract, the agent's self-dealing is effective unless a statutory or contractual prohibition exists. Restrictive rules should be treated as exceptional, interpreted narrowly, and should not be transformed into general principles.

---

**Cite this article:** Abhari, H., Hosseini Moghadam, S. M., & Hosseini Moghadam, S. H. (1404). Recognizing the Agent's Authority to Engage in Self-Dealing as the Rule in Iranian Law and Islamic Fiqh. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 20(2), 75-100. <https://doi.org/10.22034/fvh.2024.17688.1886>



© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.  
DOI: <https://doi.org/10.22034/fvh.2024.17688.1886>

---

## **Introduction**

Self-dealing by an agent has rarely been regulated in Iranian law. Article 198 of the Civil Code supports the general possibility that one person may represent both sides of a transaction or otherwise form a transaction in a dual capacity. The more difficult question concerns an agent who has not received express permission to self-deal but is broadly or absolutely authorized to contract. Jurists and legal scholars have offered competing analyses, and the absence of a clear general rule has produced disagreement.

## **Methodology**

The study is descriptive-analytical. It examines primary legal and fiqhi sources, extracts the central theories and solutions, and then critically evaluates them. The article seeks to challenge prior approaches and to present a new legal and fiqhi solution based on evidence that has often been overlooked.

## **Literature Review**

Several articles have addressed self-dealing and the agent's transaction with himself, including studies on the nature and legal status of self-dealing and on the agent's self-contracting. However, previous works generally did not identify the default rule or did not determine whether the starting point is freedom or prohibition when an agent holds an absolute authorization.

## **Findings**

Because contracts are legal constructs, the issuance of offer and acceptance and the existence of multiple legal wills by one person are technically possible. Article 198 of the Civil Code confirms this as a general rule. Where the agent has express authorization or a general permission to transact, there is no serious disagreement over validity. Article 1072 of the Civil Code concerns marriage and family law and is exceptional; it cannot be generalized to all contracts. In absolute authorizations, no statutory limiting rule prevents self-dealing. Articles 196, 197, and 201 of the Civil Code also indicate that, as a rule, the identity of the counterparty is not essential to the validity of ordinary contracts.

## **Discussion**

Prior research often assumed a traditional default of prohibition. The present article argues that this approach is inconsistent with the principles of contractual stability and freedom of contract. The agent remains bound by the principal's interests, by the scope of authorization, and by the agency contract. Iranian law already provides remedies for breach of these duties, including non-effectiveness, options, and liability under the relevant provisions of the Civil Code. These remedies do not imply a general ban on self-dealing.

### **Conclusion**

When the agent is expressly or generally authorized to transact, self-dealing is valid. When the authorization is absolute, there is still no general rule prohibiting the agent from contracting with himself. The agent's duties to act within authority and preserve the principal's interest remain in force, and their breach should be addressed through the remedies already provided by law. Consequently, the rule should be validity and effectiveness of self-dealing, with prohibition limited to cases of express statutory or contractual restriction.

### **Declarations**

**Author Contributions:** The authors contributed to research design, source analysis, drafting, and review.

**Data Availability Statement:** Not applicable.

**Acknowledgements:** No acknowledgement was declared in the source file.

**Ethical Considerations:** The authors observed the ethical principles governing the conduct and publication of scientific research.

**Funding:** No specific financial support was declared.

**Conflict of Interest:** No conflict of interest was declared.

**Declaration on Generative AI and AI-assisted Technologies:** Not specified in the source file.



## شناسایی اختیار وکیل در انجام معامله با خود به عنوان قاعده در حقوق ایران و فقه اسلامی

حمید ابهری<sup>۱</sup>، سیدمهدی حسینی مقدم<sup>۲</sup>، و سیدحسن حسینی مقدم<sup>۳</sup>

۱. استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران. رایانامه: [h.abhari@umz.ac.ir](mailto:h.abhari@umz.ac.ir)

۲. نویسنده مسئول، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران. رایانامه: [S.m.hosseini@stu.umz.ac.ir](mailto:S.m.hosseini@stu.umz.ac.ir)

۳. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران. رایانامه: [S.h.hosseini@umz.ac.ir](mailto:S.h.hosseini@umz.ac.ir)

اطلاعات مقاله	چکیده
<p><b>نوع مقاله:</b> مقاله پژوهشی</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۲۹</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۲/۰۷</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۲۷</p> <p>تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۱۰/۰۱</p> <p><b>کلیدواژه‌ها:</b> وکیل، مصلحت، معامله با خود، مطلق</p>	<p>در خصوص معامله با خود و احکام آن، در قوانین ایران به‌ندرت مقرراتی وضع شده است. جواز انعقاد معامله با خود در حقوق ایران به‌عنوان قاعده، از ماده ۱۹۸ ق.م. به دست می‌آید. وضعیت حقوقی معامله وکیل با خود، خصوصاً در مواردی که صراحتاً مجوزی به وکیل برای انعقاد معامله با خود اعطا نشده و وکیل به‌موجب وکالت مطلق مجاز در انعقاد قرارداد باشد، در فقه اسلامی و حقوق ایران مورد مناقشه قرار گرفته است. در قواعد کلی معاملات، مقرراتی وجود ندارد تا حکم موضوع را روشن سازد و مانع از تشتت آرا شود. برخی معامله با خود را صرفاً در مواردی صحیح می‌پندارند که وکیل از سوی موکل، مجاز در انجام آن باشد. در مقابل، عده‌ای معتقدند وکیل مأذون در معامله ولو به‌صورت کلی یا مطلق، حق انعقاد معامله با خود را حتی در صورت عدم تصریح داراست. این مقاله به‌طور توصیفی-تحلیلی نشان می‌دهد تحت حاکمیت اصول استحکام معاملات و آزادی اراده و قراردادها، معاملات وکیل مذکور، با خود نافذ است، مگر اینکه منع صریحی در مقررات یا قرارداد موجود باشد. در پرتو این اصول، جهت تضمین حقوق و آزادی‌های اشخاص چنانچه مقررات محدودکننده‌ای موجود باشد، باید حکمی استثنایی و خلاف قاعده محسوب و به‌صورت محدود تفسیر و از استخراج حکم عام از احکام استثنایی اجتناب گردد.</p>
<p><b>استناد:</b> ابهری، حمید؛ حسینی مقدم، سیدمهدی؛ و حسینی مقدم، سیدحسن. (۱۴۰۴). شناسایی اختیار وکیل در انجام معامله با خود به‌عنوان قاعده در حقوق ایران و فقه اسلامی. مطالعات فقه اسلامی و مبان حقوق، ۲۰(۲)، ۷۵-۱۰۰.</p> <p><a href="https://doi.org/10.22034/FVH.2023.15174.1725">https://doi.org/10.22034/FVH.2023.15174.1725</a></p>	



### مقدمه

در کلیه معاملات، هریک از طرفین نفعی را برای خود جست‌وجو می‌کند. در معاملاتی که طرفین معامله شخصاً در انعقاد قرارداد شرکت می‌نمایند، هریک برای جلب بیشترین منفعت، نهایت تلاش خود را به کار می‌گیرد. اما در معاملاتی که شخص قصد انجام معامله با خود را دارد وضع متفاوت است. در فرض اخیر وکیل به‌موجب مواد ۶۶۷ و ۱۰۷۴ ق.م.مکلف به رعایت مصلحت و منافع موکل است که در مقابل نفع شخصی او قرار می‌گیرد. در نتیجه، تقابل این دو نفع و قراردادن سرنوشت این دو نفع در اختیار شخص واحد می‌تواند کفه برابر ترازو را در کلیه معاملات بر هم زند.

این نقطه آغاز این چالش است که آیا وکیل می‌تواند به نیابت از موکل با خود طرف معامله قرار گیرد؟ «آیا بیم آن نمی‌رود چنین نماینده‌ای صلاح نیابت‌دهنده را در برابر مصالح خود ناچیز شمارد؟» (کاتوزیان، ۱۳۸۸ الف، ج. ۲، ص. ۸۹).

قانون مدنی ایران در این زمینه ساکت است و پاسخی به سؤال فوق نمی‌دهد. در مواردی که وکیل صراحتاً به اذن موکل یا به‌موجب قانون مجاز در انجام معامله با خود باشد اساساً، نسبت به نفوذ این معامله بین حقوق دانان و همچنین در فقه اتفاق نظر وجود دارد. اما محل اختلاف در شمول اذن موکل مبنی بر جواز معامله با خود در مواردی است که چنین اختیاری صریحاً در اذن موکل یا قانون موجود نبوده و وکیل به‌موجب وکالت مطلق مأذون در معامله باشد.

### مفهوم‌شناسی

عبارت «معامله با خود» را معادل «عمل حقوقی با خود» و «عقد با خود» دانسته‌اند (امیری قائم‌مقامی، ۱۳۷۸، ص. ۱۳۱). در ماده ۱۲۴۰ ق.م.به آن اشاره شده است و مفهوم آن، انشای عقد به‌وسیله شخص واحد است و شخص به نمایندگی از طرف دیگر، عقد را برای خود به‌عنوان اصیل منعقد می‌سازد (شهیدی، ۱۳۸۶، ص. ۱۳۸). هرچند «معامله» را در معنای دادوستد و معاملات معوض به کار گرفته‌اند (معین، ۱۳۸۳، ص. ۱۰۶۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶ الف، ج. ۵، ص. ۳۴۲۰) اما در مفهوم عام می‌توان «معامله» و «عقد» را در یک مفهوم به کار برد (کاتوزیان، ۱۳۸۸ ب، ج. ۱، ص. ۱۱؛ امامی، ۱۳۸۶ الف، ج. ۱، ص. ۱۸۵). مواد ۱۸۳ و ۱۸۴ و ۱۹۰ ق.م.مؤید این نظریه هستند؛ زیرا با ملاحظه این مواد، تفاوتی بین معامله و عقد در لسان قانون‌گذار دیده نمی‌شود. بنابراین عبارت «معامله با خود» توسط وکیل شامل کلیه قراردادهایی است که وکیل به نمایندگی از طرف موکل، با خود منعقد می‌سازد.

### بررسی نظریات

در خصوص نفوذ معامله با خود نظریات متعددی از جمله نظریه ممنوعیت وکیل و نظریه اختیار محدود وکیل و نظریه آزادی وکیل مطرح شده است که در ادامه مورد بررسی و تبیین قرار می‌گیرد.

### ۱. نظریهٔ ممنوعیت وکیل

در این نظریه وکیل علی‌الاطلاق حق انعقاد قرارداد با خود ندارد و اندیشمندانی (به شرح ذیل) که قائل به عدم صحت معامله وکیل با خود بوده‌اند به دلایل فنی و ساختاری حتی با وجود اذن موکل نیز آن را غیر ممکن می‌دانند. دلایل این نظریه شامل تغییر ماهیت معامله با خود و عدم تحقق تراضی به‌وسیلهٔ شخص واحد است که در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد:

#### تغییر ماهیت معامله با خود

در معامله با خود، اعلام اراده از سوی شخص واحد صورت می‌گیرد و این امر سبب دامن زدن به این شبهه خواهد شد که در معامله با خود، عمل حقوقی، تغییر ماهیت داده و از عقد به ایقاع تبدیل می‌شود و این تغییر ماهیت معاملات از عقد به ایقاع، سبب بطلان معامله با خود خواهد شد. در تقویت این نظریه گفته شده است: «از یک شخص جز یک اراده صادر نمی‌گردد» (کاتوزیان، ۱۳۸۸ الف، ج. ۲، ص. ۹۰).

و در دسته‌بندی اعمال حقوقی، عمل حقوقی ایجادشده با اراده واحد را ایقاع می‌نامند. در نتیجه، امکان انعقاد هیچ عقدی با یک اراده (ایقاع) وجود ندارد.

اساساً در تشکیل هر عقد، دو شخص به‌عنوان موجب و قابل، مشارکت دارند و از توافق آن‌ها عقد به وجود می‌آید. عقد در ماده ۱۸۳ ق.م. به تعهد یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعریف شده و در معنای حقوقی به توافق دو انشاء متقابل به‌منظور ایجاد اثر حقوقی تعریف گردید (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص. ۱۸). در فقه نیز آن را به ایجاب و قبول و تعهدی که از متعاقبین ایجاد گردد تعریف نموده‌اند (نجفی، ۱۳۶۲، ج. ۲۲، ص. ۳؛ خویی، ۱۳۸۳، ج. ۱، ص. ۴۶۴؛ الطهوری، ۱۴۲۰، ج. ۲، ص. ۵۲۴).

در تحلیل و نقد نظریه باید گفت هرچند اعلام اراده در معامله با خود توسط یک شخص صورت می‌گیرد اما این امر، سبب تغییر ماهیت معامله با خود از عقد به ایقاع نخواهد شد. زیرا به انشاء عمل حقوقی تنها با یک اراده، «ایقاع» گفته شده و بی‌نیاز از قبول است و اراده طرف مقابل در نفوذ آن تأثیری ندارد (هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۸۵، ج. ۱، ص. ۷۸۳؛ جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۶، ج. ۱، ص. ۴۸۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص. ۱۸). درحالی‌که عقد ماهیتاً از جمع دو اراده تشکیل می‌گردد.

بنابراین صدور ایجاب و قبول از طرف شخص واحد، مانع تغییر ماهیت عمل حقوقی در معامله وکیل با خود، از عقد به ایقاع می‌گردد. در آثار فقها تقریباً در ماهیت عقدی معامله با خود، اختلافی وجود ندارد و حتی فقهای که به‌طور کلی معامله با خود را باطل می‌پندارند و تنها به‌صورت استثنایی و در موارد خاص همچون معامله ولی بر مال محجور به صحت این معامله حکم نمودند، تردیدی در ماهیت عقدی معامله با خود ندارند. (علامه‌حلی، ۱۴۱۳، ج. ۶، ص. ۳۱؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج. ۱، ص. ۴۲۳؛ شیخ‌طوسی، ۱۳۸۷، ج. ۲، ص. ۳۸۱). به همین دلیل، قانون‌گذار بدون هیچ‌واهمه‌ای در ماده ۱۹۸ ق.م. اصل امکان انعقاد عقد توسط شخص واحد را به‌عنوان قاعده اعلام کرده است و مصادیق آن در مواد ۱۰۷۲ ق.م. و ۳۷۳ ق.ت. و ۱۲۹ ل.ا.ق.ت. دیده می‌شود.

### عدم تحقق تراضی به وسیله شخص واحد

به عقیده برخی، شخص واحد نمی‌تواند دو اراده داشته و از یک سو ایجاب را انشاء نماید و از دیگر سو قبول را و با این استدلال که شخص واحد نمی‌تواند هم قابل باشد و هم موجب و جمع دو صفت در شخص واحد امکان‌پذیر نیست، نفوذ معامله با خود را مورد تردید قرار دادند (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۳۲؛ مقدس‌اردبیلی، بی‌تا، ج ۹، ص ۵۶۱؛ حلی، ۱۴۲۸، ج ۱، ص ۳۲۸؛ صیمری، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱۴۱؛ ابن‌عابدین، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۴۴). معتقدین به این نظریه بر این باورند که معامله وکیل با خود از اقسام عقود است، ولی با این ایراد مواجه است که شخص واحد در اعلام دو اراده (ایجاب و قبول)، ناتوان است.

در تحلیل و نقد نظریه باید گفت اساساً در قوانین حاضر، الزامی به انشاء ایجاب و قبول توسط اشخاص متعدد وجود ندارد و قوانین متعددی از جمله مواد ۱۹۸ و ۱۰۷۲ ق.م. و ماده ۳۷۳ ق.ت. و ماده ۱۲۹ ل.ا.ق.ت، مؤید این ادعا هستند و تحقق عقد با صدور ایجاب و قبول از شخص واحد را مجاز می‌شمرند. فلسفه وضع این احکام، در اعتباری بودن ایجاب و قبول است (امامی، ۱۳۸۶ الف، ج ۱، ص ۲۶۸؛ صفایی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۸۱). در آثار بسیاری از فقها، تردیدی در تحقق تراضی توسط شخص واحد به دلیل اعتباری بودن ایجاب و قبول دیده نمی‌شود (شهیدثانی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۳۸۵؛ میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۵۲۱؛ بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۱۸، ص ۳۶؛ موسوی‌خمینی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۴۸۲). عده‌ای عقده‌ای را که به وسیله شخص واحد منعقد شده باشد مشمول عموم ادله صحت بیع و وکالت همچون حکم آیه *أَوْفُوا بِالْعُقُودِ* (المائده: ۱) و *أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ* (بقره: ۲۷۵) و غیره دانسته و آن را صحیح پنداشته و صرف وجود تراضی و عدم لزوم تعدد موجب و قابل را به حکم *تَجَاوَزَ عَنْ تَرَاضٍ* (نساء: ۲۹) برای انعقاد عقد کافی می‌دانند زیرا مهم، در عقد وجود تراضی است و وقتی یک شخص به دو اعتبار اعلام اراده می‌نماید دو اراده انشاء خواهد شد و آنچه در تشکیل عقود اهمیت دارد تراضی است که در معامله با خود نیز غیرقابل تصور نیست. (حسینی‌عاملی، ۱۴۱۹ الف، ج ۱۲، ص ۶۷۶؛ بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۲، ص ۲۹). در نتیجه، ایراد «عدم تحقق تراضی به وسیله شخص واحد» علاوه بر قوانین، در اندیشه نظریه‌پردازان نیز مردود است.

### ۲. نظریه اختیار محدود وکیل

در این نظریه، معامله وکیل با خود صرفاً با رعایت برخی از شرایط و قیود پذیرفته شده است؛ و وکیل به صورت محدود و تنها در صورت وجود مجوز قانونی یا وجود اذن صریح موکل مبنی بر معامله وکیل با خودش، وکیل حق معامله با خود را دارد و در وکالتی که به صورت عام یا مطلق برای انعقاد قراردادی به وکیل داده شده، وکیل تنها زمانی می‌تواند با خود وارد معامله شود که موضوع وکالت از عقود نباشد که در آن، شخصیت طرف، علت عمده عقد باشد یا برای موضوع معامله قیمت بورسی یا مظنه بازاری وجود داشته باشد. بر مبنای این نظریه، در صورت سکوت، اصل بر عدم اختیار وکیل در معامله با خود است، مگر اینکه خلاف آن ثابت گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۸ الف، ج ۲، ص ۹۸؛ جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۱۱۴؛ محقق داماد، ۱۳۸۶، ص ۲۰۱؛ لطفی، ۱۳۹۲، ص ۲۳۹).

### عدم توازن قراردادی ناشی از تعارض منافع و بیم اتهام به وکیل

رعایت موازنه قراردادی در معاملات، امری ضروری است و برای برقراری این موازنه، وجود تعادل نسبی در ارکان قرارداد لازم است. این توازن ممکن است در مورد تملیک یا ارزش عوضین برهم بخورد (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۱، ص. ۱۴). از آنجاکه سرنوشت دو نفع در اختیار وکیل است، هر آینه بیم آن می‌رود که این توازن، به‌علت تعارض منافی که وجود دارد، به نفع وکیل مخدوش شود. بنابراین احتیاط حکم می‌کند اختیار وکیل محدود به مواردی شود که موکل به‌صراحت اذن انجام چنین معامله‌ای را به وکیل داده باشد و در مواردی که وکیل صراحتاً مجاز در معامله با خود نبوده و جواز قانونی هم وجود ندارد، اصل عدم اختیار وکیل جاری گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۸ الف، ج. ۲، ص. ۹۳؛ کاشانی، ۱۳۹۴، ص. ۲۲۷؛ امیری قائم‌مقامی، ۱۳۷۸، ص. ۶۹).

به‌موجب این نظریه، وکیل اعم از آن که در معامله با خود، نفع موکل را رعایت نماید یا آن را به نفع خود تزییع نماید، در مظان اتهام قرار دارد. بنابراین معامله با خود صرفاً در برخی موارد استثنایی همچون معاملات ولی قهری بر اموال فرزندان با خود به‌دلیل شفقتش نسبت به فرزندان مجاز دانسته شده است (شیخ‌طوسی، ۱۴۰۷، ج. ۳، ص. ۳۴۶؛ حسینی‌عاملی، ۱۴۱۹، ج. ۲۱، ص. ۱۶۱؛ طباطبایی‌یزدی، ۱۴۱۴، ج. ۱، ص. ۱۳۱؛ عاشور، ۱۳۹۳، ج. ۲، ص. ۱۸۱؛ ابی‌برکات، ۱۳۶۹، ج. ۱، ص. ۳۴۹؛ بیهقی‌کلیدری، ۱۳۷۴، ص. ۳۲۲؛ علامه‌حلی، ۱۴۱۴، ج. ۱۵، ص. ۶۹؛ ابن‌فداه مقدسی، ۱۴۱۴، ج. ۲، ص. ۱۴۳).

در تحلیل و نقد نظریه باید گفت اساساً احتمال وجود خطر در انعقاد قرارداد مساوی با تزییع حق موکل نیست و ممکن است معامله، به نفع موکل واقع شده یا وکیل مطابق عرف و مظنه بازار اقدام نموده و ضرری متوجه موکل نباشد. بیم وجود ضرر حتی در مواردی که شخص اصالتاً اقدام به انعقاد معامله می‌نماید نیز وجود دارد و احتمال اینکه او در معامله مغبون شود وجود دارد. بنابراین ممنوعیت وکیل در معامله با خود، راه‌حل مناسبی نیست و برای جبران ضرر نامتعارف موکل، مکانیسم‌های متعددی در نظر گرفته شده است و می‌توان با این ابزار حمایتی از حقوق موکل دفاع نمود.

وفق ماده ۶۶۳ ق.م وکیل نمی‌تواند در معاملاتی که به وکالت از موکل منعقد می‌نماید دست به اقداماتی خارج از حدود اذن زده و چنانچه وکیل مصلحت موکل و حدود اذن را رعایت ننماید، برای جبران خسارت موکل باید بین دو صورت تفکیک قائل شد. اول: صورتی است که وکیل با سوءنیت داشته باشد یا در مواردی عمداً مرتکب خیانت شده و مصلحت موکل را رعایت نمی‌نماید، معاملات وکیل به حکم قواعد عمومی مندرج در ماده ۲۴۷ ق.م و احکام خاص وکالت منصوص در ماده ۱۰۷۳ و ۱۰۷۴ ق.م غیرنافذ شناخته می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج. ۴، ص. ۱۸۰). صورت دوم آنجا است که وکیل در حدود اذن و به‌صورت متعارف اقدام نموده و قصد خیانتی هم نداشته باشد اما معامله واقع شده به مصلحت موکل نباشد. در این حالت اختلاف نظر وجود دارد برخی بر این باورند حکم ماده ۱۰۷۴ ق.م باید به‌عنوان استثنا بر قاعده کلی نفوذ معامله دانسته شود یا صرفاً محل اجرای آن محدود به مواردی گردد که وکیل به عمد قصد خیانت به موکل دارد و سایر معاملات وکیل، نافذ شناخته شود و موکل ملزم به انجام مفاد عقد شود و صرفاً به موکل اجازه داده شود که برای جبران خسارت وارده بر اساس ماده ۶۶۶ ق.م و سایر مکانیسم‌های قانونی همچون اختیارات (خیار عیب و غبن و غیره) به طرف

قرارداد برای برهم زدن قرارداد رجوع کند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۱۲۷؛ امامی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۳۰۳؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۱۸۱؛ دلشاد، ۱۳۹۶، ص ۱۵۸؛ لطفی، ۱۳۹۲، ص ۱۴۲). برخی دیگر عقیده دارند در این مورد هم بدون توجه به حقوق طرف اصلی قرارداد، به حکم مواد ۱۰۷۳ و ۱۰۷۴ ق.م.عقد را غیرنافذ محسوب و به موکل اجازه برهم زدن آن را دهند (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۷، ص ۳۶۶).

با ایجاد چنین ضمانت اجرایی، نیازی به ممنوعیت وکیل در معامله با خود نیست و وکیل در صورت عدم رعایت مصلحت و عدم رعایت حدود اذن، در مقابل موکل مسؤول است و موکل نیز می‌تواند علاوه بر این موارد با توسل به سایر طرق یاد شده، درصدد جبران خسارت خویش برآید.

از طرفی بر اساس قاعده استیمان که وکیل نیز یکی از مصادیق آن است، باید وضعیت حقوقی وکیل را برابر با وضعیت حقوقی امین دانست. با توجه به حکم این قاعده و وضعیت وکیل به‌عنوان مصداقی از این قاعده این نتیجه به دست می‌آید: «الوکیل امین لایضمن الا بالتفریط او التعدی» (شهیدثانی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۳۸۳؛ علامه‌حلی، ۱۴۱۰، ص ۴۱۸؛ حسینی‌عاملی، ۱۴۱۹، ج ۲۱، ص ۵۸؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ص ۶۹؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۷، ص ۴۴۷-۴۴۵).

با نگاه به قانون مدنی روشن می‌گردد به‌موجب مواد ۶۱۴ و ۶۳۱ و ۱۰۷۳ و ۱۰۷۴ ق.م نیز تا زمانی که وکیل مرتکب تقصیر نشده باشد، مسؤولیتی ندارد.

بنابراین نباید با نگاهی اتهامی به وکیل نگرسته شود و به این دلیل که وکیل در معرض اتهام قرار دارد، او را از اصل معامله با خود ممنوع نمود. این دیدگاه اتهامی به وکیل به دور از موازین شرع و اخلاق است و تا زمانی که امین، مرتکب تقصیر نشده باشد کسی حق ندارد اتهامی را متوجه وی نماید. از طرفی موکل به‌طور دائم حق نظارت و کنترل بر اقدامات وکیل در انجام موضوع وکالت را دارد (کاشانی، ۱۳۹۴، ص ۱۹۷) و او را بر پایه اعتماد و حسن نیت انتخاب می‌نماید؛ لذا اتهام زدن به وکیل با نیت موکل نیز در تعارض است.

#### محدودیت‌های قانونی و حقوقی

طرفداران این نظریه (به شرح ذیل) معتقدند با بررسی مقررات مربوط به معامله با خود، روشن می‌شود که قانون‌گذار در اعطای اختیار به نماینده، گشاده‌دستی ننموده و هر جا که قرار بوده نماینده با خود وارد معامله شود، با روش‌های متفاوتی اقدام به محدود نمودن اختیارات نماینده نموده است. این محدودیت‌های قانونی به قرار ذیل است:

#### الف) ماده ۱۰۷۲ قانون مدنی

این ماده وکیل را در تزویج موکله برای خود در وکالت مطلق و وقتی که این اختیار را صراحتاً از سوی موکله ندارد منع نموده است. برخی از نویسندگان علی‌رغم اینکه تأیید نموده‌اند که از این ماده نمی‌توان حکمی عامی استنتاج نمود، معتقدند این ماده مصداقی از قاعده است و وکیل تنها زمانی می‌تواند انواع قراردادهای خود واقع سازد که تصریحاً از موکل اذن داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، الف، ج ۲، ص ۹۸).

در تحلیل حکم این نص باید گفت قانون‌گذار بدواً در ماده ۱۹۸ ق.م.معامله با خود را پذیرفته و در خصوص اختیار وکیل در معامله با خود در مباحث مربوط به قواعد عمومی قراردادها هیچ محدودیتی قائل نشده است. در ادامه قانون‌گذار در مبحث وکالت که به‌طور خاص به احکام مربوط به وکالت پرداخته است نیز وکیل را در انجام معامله با خود محدود ننموده و هیچ قاعده عامی در این خصوص ندارد. سکوت قانون‌گذار در مبحث مربوط به قواعد عمومی قراردادها و مبحث وکالت، حاکی از عدم محدودیت وکیل است و تصور این امر که قانون‌گذار قصد بیان حکم عامی در این خصوص را در مبحث نکاح داشته باشد، بسیار بعید و دور از ذهن است. برخی معتقدند از حکم ماده ۱۰۷۲ ق.م.نمی‌توان حکم عامی برای تمامی قراردادها استخراج نمود، بلکه با تعمیم حکم این ماده به قراردادهایی که در آن شخصیت طرف نوعاً مؤثر در انعقاد عقد است وکیل صرفاً در انعقاد این‌گونه قراردادها با خود محدودیت دارد و در سایر قراردادها آزاد است (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۶، ص. ۱۱۴؛ محقق‌داماد، ۱۳۸۶، ص. ۲۰۱؛ لطفی، ۱۳۹۲، ص. ۲۳۹).

نظریه اخیر از این جهت که حکم ماده ۱۰۷۲ ق.م. را به‌طور کلی مصداقی از قاعده ندانسته، سودمند است. اما با این انتقاد مواجه است که این ماده صرفاً در مبحث نکاح آمده و اختصاص به آن دارد. از سوی دیگر هرچند در عقد نکاح شخصیت طرف نوعاً مؤثر در انعقاد عقد است اما با سایر قراردادهایی که شخصیت طرف نوعاً مؤثر در انعقاد عقد است متفاوت است (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص. ۲۰-۱۷). زیرا حکم ماده ۱۰۷۲ ق.م. به‌صورت استثنایی و برخلاف اصل و برای حمایت از حقوق زن وضع گردیده است (امامی، ۱۳۸۶، ج. ۴، ص. ۴۱۹) بنابراین حکم خاص و استثنا را باید به‌صورت محدود و تنها در حدود نص تفسیر نمود و از تعمیم آن به موارد مشابه خودداری نمود.

#### ب) مقررات مشابه

با وجود مقررات پراکنده محدودکننده در ارتباط با معامله با خود، آیا با قیاس از این مقررات می‌توان اختیارات وکیل را محدود نمود؟ برای مثال ماده ۱۲۴۰ ق.م.قیم را از معامله با خود منع می‌کند و ماده ۱۱۹ ق.ا.ح. با اطلاق خود، امین جنین و غایب را مشمول همان محدودیت قرار می‌دهد. مقررات دیگری نیز وجود دارد که بدون ممنوع نمودن معامله با خود، صرفاً محدودیت‌هایی در آن ایجاد می‌نمایند. از جمله می‌توان به ماده ۱۲۹ لایحه اصلاح قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ در مورد مدیران شرکت و ماده ۳۷۳ ق.ت. در مورد حق‌العمل‌کار استناد نمود.

هرچند برخی نویسندگان مدیران شرکت‌های سهامی را وکیل شرکت قلمداد نموده‌اند (عباسی‌تفرشی، ۱۳۷۸، ج. ۱، ص. ۱۳۵)، درباره این نظریه تردیدهایی وجود دارد و برخی با نسخ ماده ۵۱ ق.ت. به‌موجب لایحه اصلاح قانون تجارت، اعتقادی به این امر که مدیران شرکت‌های سهامی وکیل شرکت محسوب می‌شوند، ندارند و معتقدند مدیران، در قانون جدید، به‌صورت هیئت عمل نموده و وظایف و اختیاراتی بیشتر از وکیل در مقابل موکل دارند. (اسکینی، ۱۳۸۴، ج. ۲، صص. ۱۸۱-۱۵۰). این ادعا را موادی همچون ماده ۱۳۳ و ۱۳۵ ل.ا.ق.ت. در مورد منع مدیران در معاملات مشابه معاملات شرکت و نفوذ اقدامات مدیران در مقابل اشخاص ثالث بدون توجه به تشریفات انتخاب آن‌ها که مغایر با قواعد احکام وکالت است، تأیید می‌نماید. بنابراین

نمی‌توان با قیاس به حکم ماده ۱۲۹ ل.ا.ق.ت، قواعد عامی را برای محدودیت وکیل در معامله با خود استخراج نمود. زیرا نه تنها در احتساب مدیران شرکت سهامی به‌عنوان وکیل شرکت اختلاف وجود دارد، بلکه مکانیسم کنترلی مندرج در ماده مذکور که به کمک هیئت مدیره و بازرس و مجمع عمومی قابل اعمال است در مورد موکلین (اشخاص) حقیقی قابل اجرا نیست.

برخی، عبارت «قیم» را برای شخص تعیین شده از سوی حاکم برای انجام امور محجور استفاده نموده‌اند (کاشف‌الغطاء، ۱۳۸۱، ج ۲، ص. ۳۶۱؛ شهیدی‌تبریزی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۳۲۷). اما در فقه «قیم»، امین حاکم نامیده می‌شود و نه وکیل محجور (شیخ‌طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص. ۴۴۳؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۰، ص. ۳۲۶؛ شیخ‌طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۱۹۹) و حتی برخی دیگر صراحتاً بیان داشته‌اند که در صورت عدم وجود ولی قهری و وصی آن‌ها «ولایت برای حاکم است که خود آن را اعمال می‌نماید یا شخص امینی برای انجام این مسئولیت برمی‌گزیند» (علامه‌حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۴، ص. ۲۴۳).

بنابراین، قیم وکیل محجور نیست تا بتوان با قیاس به احکام آن، منع یا محدودیتی برای وکیل در معامله با خود ایجاد نمود. زیرا قیم و امین به‌موجب ماده ۱۲۲۲ ق.م و مواد ۱۰۵ و ۱۳۱ ق.ا.ح توسط دادگاه تعیین می‌شوند و نمایندگی آن‌ها، نمایندگی قضایی است نه قراردادی. اما وکالت به‌موجب تراضی و عقد موضوع ماده ۶۵۶ ق.م شکل می‌گیرد. در نتیجه، امکان مقایسه نمایندگان قضایی با نماینده قراردادی وجود ندارد تا بتوان با ملاک از ماده ۱۲۴۰ ق.م قواعدی را برای معامله وکیل با خود استخراج نمود. این ممنوعیت‌ها صرفاً برای حفظ اموال محجور و دفع هرگونه اتهام از قیم و دادگستری، وضع گردید.

در حق‌العمل‌کاری نیز به‌موجب ماده ۳۵۸ ق.ت حق‌العمل کار وکیل آمر محسوب می‌گردد و حتی در ماده ۳۷۴ ق.ت نیز اقدام حق‌العمل کار برای انعقاد معامله به «انجام وکالت» تعبیر شده است. از آنجا که به‌موجب ماده ۳۷۳ ق.ت، حق‌العمل کار تنها در مواردی حق معامله با خود را دارد که کالا دارای قیمت بورسی یا مظنه بازاری باشد، این ادعا مطرح گردید که می‌توان وکیل را با رعایت قیود این ماده مجاز در انعقاد معامله با خود نمود، اما او قاعدتاً حق انجام معامله با خود را ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۸ الف، ج ۲، ص. ۹۰). برخی از فقها نیز معامله با خود در وکالت مطلق را در صورتی مجاز دانسته‌اند که به ثمن‌المثل و به نقد معامله شود و عرف محل مورد توجه قرار گیرد (علامه‌حلی، ۱۴۱۰، ص. ۴۱۸؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ج ۴، ص. ۸۶). لکن حق‌العمل‌کاری ماهیتاً متفاوت از وکالت است. زیرا به‌موجب مواد ۱۹۶ و ۶۷۴ ق.م اقدامات وکیل به حساب آمر گذاشته می‌شود درحالی‌که بر اساس ماده ۳۵۷ ق.ت حق‌العمل کار به‌نام خود و به حساب آمر معاملاتی را انجام می‌دهد و مسئولیت‌های قراردادی با حق‌العمل کار است (کاتوزیان، ۱۳۸۸ الف، ج ۲، ص. ۸۸؛ اسکینی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص. ۷۶) شاید به همین دلایل ادعا شده است که حق‌العمل‌کاری در حکم وکالت است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴، ص. ۱۰۸) و برخی آن را ماهیتاً اجاره اشخاص دانسته‌اند (اسکینی و دل‌افروز، ۱۳۹۰، ص. ۱۹۴). در نتیجه، نمی‌توان از احکام حق‌العمل‌کاری، برای وکالت قاعده ایجاد نمود.

حتی چنانچه بر اساس ماده ۳۵۸ ق.ت حق‌العمل‌کاری ماهیتاً وکالت شمرده شود (کاتبی، ۱۳۸۷، ص. ۲۷۳؛ جعفری‌لنگرودی، ۱۳۷۸، ص. ۱۰۰)، امکان بنای قاعده از احکام مربوط به حق‌العمل‌کاری مندرج در ماده

۳۷۳ ق.ت برای محدود نمودن وکیل در معامله با خود وجود ندارد. زیرا به‌موجب ماده ۳۵۸ ق.ت حکم ماده ۳۷۳ ق.ت استثنایی بر احکام وکالت است و هر استثناء، حکمی مغایر از اصل و متمایز با آن دارد (شیخ‌انصاری، ۱۴۰۴، ص. ۱۸۷؛ آخوندخراسانی، ۱۴۲۶، ص. ۲۰۹؛ جرجانی، ۱۳۶۸، ص. ۱۰) و حکم استثنایی خلاف قاعده را جز تفسیر محدود، شایسته نیست. البته در ادامه اثبات می‌گردد که حکم متمایزی که در وکالت وجود دارد، آزادی وکیل در معامله با خود است.

### ۳. نظریه آزادی وکیل

آزادی اشخاص در حقوق قراردادهای، به اصل آزادی اراده شهرت یافته و اصل آزادی قراردادی که منشعب از اصل مذکور است، به این معنی است که کلیه اعمال حقوقی ایجادشده از سوی اشخاص نافذ است مگر اینکه با محدودیتی قانونی مواجه گردد (هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۸۵، ج. ۱، ص. ۱۳۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج. ۱، ص. ۱۴۷). این مضمون در آیه ۱ سوره مائده به این نحو آمده است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ». فقها بر لازم الاجرا بودن قراردادها در فقه به این آیه استدلال نموده‌اند (موسوی‌خمینی، ۱۴۲۱ الف، ج. ۱، ص. ۱۸۵؛ مکارم‌شیرازی، ۱۳۷۴ الف، ج. ۴، ص. ۲۴۳؛ شیخ‌انصاری، ۱۴۱۵، ج. ۵، ص. ۱۷). آیه ۲۹ سوره نساء با عبارت «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» و آیه ۲۷۵ سوره بقره با عبارت «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا» نیز اصل «آزادی اراده» و «آزادی قراردادهای» را به‌صورت قاطع پذیرفته و کلیه معاملات را نافذ شمرده است. بازتاب این اصول در ماده ۱۰ ق.م دیده می‌شود که تضمین‌کننده نفوذ قراردادهاست.

#### ایراد اصل عدم ولایت

علی‌رغم وجود دلایل مذکور، ادعا شده است چنانچه در رضای موکل و شمول اذن او نسبت به اختیار وکیل در انعقاد معامله با خود تردیدی ایجاد گردد، باید اصل عدم ولایت جاری نمود. این اصل در صورتی از اثر می‌افتد که اراده موکل بیان شود یا قرینه قطعی بر آن موجود باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۸ الف، ج. ۲، ص. ۸۹). در پاسخ و تحلیل ایراد اصل عدم ولایت باید گفت، محل اجرای اصل عدم ولایت، جایی است که در شمول اذن موکل نسبت به معامله با خود وجود تردید داشته باشد؛ اما در معامله با خود، موکل نه‌تنها سکوت نمی‌نماید بلکه بدو قرارداد وکالتی بین آن‌ها به‌موجب ماده ۶۵۶ ق.م منعقد گردیده که استناد به این اصل را مخدوش می‌نماید. پس اصل وکالت، با اذن است و مفاد اصل عدم ولایت در آن جاری نخواهد بود. اما آیا در مورد محتوای عقد وکالت و الفاظ آن و حدود اذن و خصوصاً اختیار وکیل در معامله با خود، امکان جریان اصل عدم ولایت وجود دارد؟ محل اجرای کلیه اصول، در زمان سکوت یا تردید است. در نتیجه، با وجود عقد وکالت بدو باید به مفاد عقد و الفاظ به کار رفته در آن توجه نمود. زیرا زمانی که «یقین» از طرق دیگر حاصل شود محل اجرای اصل نیست. چون «الاصل دلیل حیث لا دلیل»؛ هرگاه دلیل قطعی وجود داشته باشد یا امکان حصول یقین وجود دارد، نباید فوراً و بدون بررسی، به اصول متمسک شد (محمدی، ۱۳۸۰، ص. ۳۳۲). زیرا به‌دلیل حکومت ظاهر که همان وکالت و اذن مطلق در معامله است، دیگر مجالی برای اجرای اصل باقی نمی‌ماند.

معامله وکیل با خود با مردود شدن نظریات فوق، دیگر با مانعی مواجه نیست و با توجه به اصل آزادی اراده و اصل آزادی قراردادهای نیازی به اثبات نظریه آزادی وکیل در معامله با خود وجود ندارد. زیرا ادعای آزادی وکیل در معامله با خود، موافق اصل است و مخالفین باید دلیل محدودیت وکیل را ارائه دهند. با این اوصاف جهت تحکیم این نظریه دلایلی به شرح ذیل بیان می‌گردد.

### دلایل اثبات نظریه آزادی

دلایل متعددی را می‌توان در اثبات نظریه آزادی وکیل در معامله با خود بیان نمود. این دلایل به این شرح هستند: (۱) عدم وجود قاعده محدودکننده؛ (۲) تضمینات قانونی بدون نفی آزادی وکیل؛ (۳) دلالت اذن عام و مطلق در اختیار وکیل؛ (۴) عرف؛ (۵) شخصیت طرف معامله؛ (۶) بهای معین؛ و (۷) رویه قضایی. در ادامه این دلایل شرح داده خواهند شد.

### عدم وجود قاعده محدودکننده

در قوانین، هیچ نصی به صورت قاعده در محدودیت وکیل در معامله با خود وجود ندارد. قانون‌گذار به مفاد اصل آزادی پایبند است و اگر از نظر قانون‌گذار حکیم، ایجاد محدودیت برای وکیل در معامله با خود واجد اهمیت بود، در احکام کلی معاملات یا در مبحث مربوط به وکالت، به وضع قاعده محدودکننده‌ای به صورت کلی اقدام می‌نمود. اما قانون‌گذار نه تنها محدودیتی به عنوان قاعده ایجاد نکرده بلکه با وضع ماده ۱۹۸ ق.م. اصل معامله با خود را پذیرفته است. از نظر قانون‌گذار ضرورتی به منع یا محدودیت وکیل در معامله با خود در مواردی که به صورت مطلق مأذون در معامله است احساس نمی‌شود، در غیر این صورت او این امکان را داشت تا این محدودیت را به عنوان یک تبصره در ذیل ماده ۱۹۸ ق.م. یا یک ماده در احکام وکالت به عنوان قاعده عمومی بیان نماید، همچنان که به طور استثنایی در مواد ۱۰۷۲ ق.م. و ۳۷۳ ق.ت دست به این اقدام زده است. اما اکنون مفاد حکم ماده ۱۹۸ ق.م. در تعارض با هیچ قاعده عام محدودکننده‌ای نیست و باید آن را به عنوان اصل و قاعده پذیرفت.

### تضمینات قانونی بدون نفی آزادی وکیل

وکیل در کیفیت انعقاد معامله با خود با دو محدودیت مندرج در مواد ۶۶۳ و ۶۶۷ ق.م. که اقدام در حدود اذن و رعایت مصلحت موکل است، روبه‌رو است. از آنجا که وکیل به طور عام یا مطلق، مأذون در انعقاد قرارداد (اعم از فروش و غیره) است، به صرف فروش مال، مرتکب اقدامی خارج از حدود اذن نمی‌گردد. عدم رعایت مصلحت و حدود اذن در معامله با خود ضمانت‌اجراهایی را در پی خواهد داشت اما این ضمانت‌اجراها محدودیتی در انعقاد اصل معامله وکیل با خود ایجاد نمی‌نماید (نک: نظریه ممنوعیت وکیل). شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور نیز این امر را در رأی شماره ۵۳۹۰۰۵۷۸۰۹۰۷۸۰۹۲۰۹۹۷ مورخ ۱۳۹۲/۰۹/۰۳ به این نحو مورد تأیید قرار داده است:

اگر ثابت شود که وکیل مصلحت موکلین خود را در فروش آپارتمان رعایت نکرده و در نتیجه، از شرط قانونی و تباری وکالت تخلف کرده باشد برابر مواد ۶۶۷ و ۶۷۴ و ۲۵۷ ق.م عمل او فضولی خواهد بود. (سامانه ملی آرای قضایی، بی تا)

این رأی دیوان حکایت از این دارد که اصل بر صحت و نفوذ معامله وکیل با خود است و در فرض اثبات تخلف یا عدم رعایت مصلحت موکل می‌توان حکم به فضولی بودن معامله داد. بنابراین امکان خروج از حدود اذن و عدم رعایت مصلحت نمی‌تواند موجبی برای ایجاد محدودیت در معامله وکیل با خود گردد.

### دلالت اذن عام و مطلق در اختیار وکیل

دلالت اذن عام و مطلق بر مصادیق آن می‌تواند آزادی وکیل را در انعقاد معامله با خود تأیید نماید. عام، لفظی است که تمام مصادیقی را که عنوان عام شایستگی انطباق بر آن‌ها را دارد، شامل می‌شود (مظفر، ۱۳۸۷، ج. ۱، ص. ۳۵۳). ظهور عام در عموم، ناشی از دلالت وضعی لفظ است و این سبب می‌گردد ظهور عام در عموم و شمول حکم عام نسبت به جمیع افرادش، متوقف بر چیزی نباشد و در واقع ظهور عام، ظهوری تجزیه‌ای است (لطفی، ۱۳۹۲، ص. ۲۳۷). در اذن عام، شبهه‌ای در اختیار وکیل در معامله با خود دیده نشده و بحث فراگیری در این زمینه مطرح نگردیده است. به این سبب، فقها منع وکیل در تزویج موکله برای خویش را ناظر به اذن مطلق دانسته و شامل اذن عام نمی‌دانند (نجفی، ۱۳۶۲، ج. ۲۹، ص. ۱۹۵؛ شهیداول، ۱۳۸۵، ج. ۲، ص. ۵۷؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۸، ج. ۲، ص. ۲۶۹؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰، ج. ۵، ص. ۱۲۲). مفهوم مخالف ماده ۱۰۷۲ ق.م نیز مؤید آزادی وکیل در تزویج موکله برای خود در وکالت عام است.

مطلق، لفظی است شایع در جنس خود (مظفر، ۱۳۹۱، ج. ۲، ص. ۱۹۶) و طرفین آن را خالی از هر شرط و قیدی اراده می‌نمایند (شیخ‌انصاری، ۱۴۱۵، ص. ۴۵؛ جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۶ الف، ج. ۵، ص. ۳۴۰۳) و با افزودن هر قید به آن، از دایره شمولش کاسته می‌شود (شهیدثانی، ۱۳۷۶، ص. ۲۲۲؛ محقق‌حلی، ۱۴۰۳، ص. ۲۲۲). سؤال این است که وکیلی که به‌صورت مطلق اختیار انعقاد قرارداد برای مثال فروش مالی را دارد می‌تواند خود به‌عنوان اصیل طرف معامله با موکل قرار گیرد؟ اعتقاد بر این است، دلالت مطلق بر اطلاق، به‌واسطه مقدمات حکمت است (محمدی، ۱۳۸۰، ص. ۱۲۹) و مطلق شامل مصادیق و افراد نمی‌گردد، مگر اینکه با مقدمات حکمت، خلاف آن اثبات گردد. در نتیجه، در این حالت وکیل باید حق انعقاد معامله با خود را با مقدمات حکمت اثبات نماید. در اینکه دلالت اطلاق بر مصادیقش، ناشی از وضع لفظ است یا بنا به مقدمات حکمت؟ بین فقها اختلاف است (مظفر، ۱۳۹۱، ج. ۲، ص. ۲۸). چنانچه دلالت ناشی از وضع باشد یا بدون نیاز به اثبات، مصادیقش را در برگیرد، وکیل در معامله با خود آزاد است.

فقهای بسیاری معتقدند حتی در حالت اطلاق، وکیل می‌تواند با خود معامله کند زیرا اطلاق تمامی مصادیقش را شامل شده و وکیل نیز یکی از این مصادیق است و منعی که در این زمینه بیان شده است، صرفاً برای دفع تهمت و اتهام به وکیل یا بیم عدم رعایت مصلحت بوده است؛ که هیچ‌کدام نمی‌تواند مانع واقعی در انعقاد معامله با خود باشد (بحرانی، ۱۳۶۳، ج. ۲۲، صص. ۳۰-۱۰۲-۱۰۱؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج. ۲۷، صص. ۴۳۱-۴۲۹). نقل شده است که شهیداول نیز با این نظر موافق است (شهیدثانی، ۱۴۱۰، ج. ۳،

ص. ۲۴۳؛ بحرانی، ۱۳۶۳، ج. ۱۸، ص. ۳۵). در تأیید این ادعا به روایات استناد نموده‌اند. در روایت میسر از ابی‌عبدالله (ع) سؤال شده است: «مردی به من می‌گوید تو برای من بخر. آیا می‌توانم از مال خود به او بفروشم؟ در پاسخ فرمودند: اگر تو را متهم نمی‌کنند اشکالی ندارد». در روایت اسحاق بن‌عمار از ابی‌عبدالله (ع) نیز سؤال شده است که مردی با دینار می‌آید و از من درهم می‌خواهد آیا از مال خود به او ارزان‌تر بفروشم؟ امام (ع) او را منع ننمود (حرعاملی، ۱۴۱۴، ج. ۱۷، ص. ۳۹۰).

برخی به‌صورت قاطعانه‌ای معامله و کیل با خود را در حالت اطلاق مجاز دانسته و نهی در احادیث را حمل بر کراهت کرده و معتقدند از احادیث چیزی بیشتر از کراهت استنباط نمی‌گردد و اینان همچنین معتقدند که سایرین به‌دلیل رعایت احتیاط در موارد عدم اطمینان از حکم واقعی، به منع یا محدودیت وکیل حکم داده‌اند (طباطبایی‌یزدی، ۱۴۱۴، ج. ۱، ص. ۱۳۱؛ میرزای‌قمی، ۱۳۷۱، ج. ۳، ص. ۵۲۱). حتی تأکید نموده‌اند که اگر از اطلاق کلام موکل، درنهایتی که وکیل داخل اذن است و می‌تواند با خود معامله کند یا خیر؟ بازهم وکیل مجاز در انعقاد معامله با خود باشد و تنها زمانی وکیل محدودیت دارد که خودش بداند موکل راضی به معامله با وکیل نیست (طباطبایی‌یزدی، ۱۴۱۴، ج. ۱، ص. ۱۳۱؛ میرزای‌قمی، ۱۳۷۱، ج. ۳، ص. ۵۲۱). برخی معتقدند در مواقعی که وکیل به‌صورت مطلق مسئول خرید یا فروش کالایی برای موکل می‌شود نظر اقوی بر آزادی وکیل در معامله با خود است و می‌تواند مال را به خودش بفروشد یا از مال خودش برای موکل بخرد (موسوی‌خمینی، ۱۳۶۸، ج. ۲، ص. ۴۳). این دلایل سبب تردید برخی از فقها شده و آن‌ها پس از بررسی موضوع، متقاعد به ایجاد محدودیت برای وکیل در این مورد نشده‌اند (علامه‌حلی، ۱۴۱۴، ج. ۱۵، ص. ۷۱).

برخی از حقوق‌دانان نیز اصل آزادی وکیل در انعقاد قرارداد با خود را محترم دانسته و معتقدند طبق قاعده کلی، هرگاه وکالت به‌طور مطلق در امری به کسی داده شود وکیل مزبور می‌تواند هرگونه عملی را در حدود وکالت با رعایت مصلحت موکل انجام دهد (امامی، ۱۳۸۶، ج. ۴، ص. ۴۱۸). زیرا در قوانین نصی یافت نمی‌شود که وکیل را از انعقاد معامله برای خود منع نماید. بنابراین هرگاه حدود اختیارات وکیل مطلق باشد، می‌تواند معامله‌ای را که در آن وکالت دارد برای خود واقع سازد؛ زیرا اطلاق، اقتضای عموم دارد و شامل تمامی افراد می‌گردد، مگر آنکه موکل، وکیل را صراحتاً از معامله با خود منع کرده باشد (امامی، ۱۳۸۶، الف، ج. ۱، ص. ۲۶۷). عده‌ای دیگر وکیل را صرفاً در انعقاد معاملات معوض آزاد دانسته و معتقدند می‌تواند با خود وارد معامله شود (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۶، د، ص. ۱۱۴؛ محقق‌داماد، ۱۳۸۶، ص. ۲۰۱؛ لطفی، ۱۳۹۲، ص. ۲۳۹).

قانون‌گذار ضمن به رسمیت شناختن وکالت مطلق در ماده ۶۶۱ ق.م. صرفاً در مواردی که وکالت به‌طور کاملاً مطلق است و حتی نوع تصرف نیز تعیین نشده؛ وکالت را محدود به اداره اموال نموده و در مواردی که نوع تصرف معین شده است، همچون حالتی که گفته شود «تو در فروش خانه من وکیل» سکوت کرده و صرفاً به‌طور استثنایی در ماده ۱۰۷۲ ق.م. اختیار وکیل تنها در تزویج موکله برای خود محدود شده است (امامی، ۱۳۸۶، ب، ج. ۴، ص. ۴۱۹). بنابراین قانون‌گذار با الهام از دیدگاهی که وکیل را در معامله با خود آزاد دانسته، در مقررات مربوط به وکالت، با سکوت در مقام بیان، اراده‌ای مبنی به ایجاد محدودیت وکیل در این زمینه نداشته است.

## عرف

در انعقاد بسیاری از قراردادهای اشخاص ملزم به رعایت تشریفات قانونی هستند. گاه رعایت این تشریفات، مستلزم صرف زمان و هزینه‌های سنگین است به‌نحوی که طرفین معامله به هر روشی در پی گزیر از این تشریفات می‌باشند. الزام اشخاص به تعویض پلاک خودرو در بیع اتومبیل (بهموجب ماده ۲۹ قانون راهنمایی و رانندگی) یا اخذ استعلامات ثبتی و مالیاتی و شهرداری و جهاد کشاورزی هنگام انتقال اموال غیر منقول بهموجب ماده ۱ قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی از مصادیق این تشریفات هستند. اعطای وکالت فروش به خریدار، یکی از روش‌های مرسوم در جامعه برای حصول فوری نتیجه بدون رعایت این تشریفات است. طرفین معامله به‌وسیله مباحعه‌نامه عادی اقدام به انعقاد بیع کرده و در ضمن بیع، فروشنده به خریدار وکالت بلاعزل اعطا می‌نماید تا پس از طی تشریفات، اقدام به تنظیم سند رسمی به‌نام خود نماید. این وکالت‌نامه ممکن است به‌صورت مطلق یا کلی تحریر شود بدون اینکه صراحتاً اذن معامله با خود به وکیل داده شود. با این حال، در جامعه کسی در اختیار وکیل برای معامله با خود تردیدی ندارد. این امر به‌صورت عرف غالب در معاملات تبدیل شده و عرف برای تشخیص اعلام اراده‌ای که برای ایجاد اعمال حقوقی صورت می‌پذیرد معیار خاصی در دست دارد و بعید است عرف به‌آسانی اجازه اثبات خلاف اراده اعلام شده را به مدعی مغایرت آن با اراده باطنی بدهد (حسینی مقدم و محمدی، ۱۳۹۸، ص. ۲۵۹). حال با توجه به اینکه بهموجب احکام مواد ۲۲۰، ۲۲۵ و ۳۵۶ ق.م عرف بخشی از مفاد قرارداد است؛ آیا معنای این قسم وکالت جز اینست که موکل، کار خود را با موضوع وکالت تمام شده می‌پندارد و به زعم او، وکیل حق معامله با خود را دارد؟ معاملات این‌چنینی در جامعه به معاملات وکالتی شهرت یافته و ممکن است اذن در معامله با خود در وکالت‌نامه تصریح نشود اما در عرف حاضر، امکان محدود نمودن وکیل و نکوهش وی به‌سبب انعقاد معامله با خود وجود ندارد.

## شخصیت طرف معامله

نگرانی‌هایی که در خصوص معامله وکیل با خود بین مؤلفین وجود دارد، در قوانین ایران دیده نمی‌شود. زیرا بهموجب مواد ۱۹۶، ۱۹۷ و ۲۰۱ ق.م شخصیت طرف معامله، عامل مؤثری در عقد نبوده و اشتباه در آن، اصولاً خللی به آن وارد نمی‌آورد. (امامی، ۱۳۸۶ الف، ج. ۱، ص. ۲۶۹). بهموجب مواد مذکور حتی اشتباه در طرف معامله، اصولاً تأثیری در نفوذ عقد نداشته و معیار تعیین طرف معامله، تعلق مال موضوع معامله به اشخاص است. حال از مقایسه احکام این مواد با وضعیت وکیلی که به‌طور مطلق مأذون در معامله است و بجای انعقاد قرارداد با شخص ثالث، اقدام به معامله با خود می‌نماید این نتیجه حاصل می‌گردد که برای قانون‌گذار اهمیتی در شخصیت طرف معامله و اینکه طرف مقابل وکیل باشد یا ثالث، وجود ندارد؛ زیرا اگر طرف معامله، وکیلی باشد که به‌طور مطلق مأذون در اصل معامله بوده بسیار بهتر از ثالثی است که به اشتباه یا به دلایل دیگر و به‌طور ناخواسته، طرف معامله قرار گرفته است. بنابراین شخصیت وکیل مورد توجه قانون‌گذار نبوده و اهمیتی در معامله ندارد. آنچه در این معامله اهمیت دارد رعایت مصلحت موکل و حدود اذن است.

### بهای معین

با ملاک ماده ۳۷۳ ق.ت، در نظریه محدودیت وکیل، در معاملاتی که شخصیت طرف علت عمده عقد نیست، معیار آزادی وکیل، وجود مظنه بورسی یا بازاری برای مورد معامله است (کاتوزیان، ۱۳۸۸ الف، ج. ۲، ص. ۹۸). اما امروزه با بررسی مقررات مربوط به اصناف روشن می‌گردد که صاحبان تمامی مشاغل صنفی مکلفند قیمت تعیین شده‌ای را که به موجب بند ک ماده ۳۷ قانون نظام صنفی کشور از سوی مجمع امور صنفی اعلام می‌گردد، در خرید و فروش و ارائه خدمات رعایت نمایند. ضمانت اجرای این موارد در مواد ۱، ۲، ۳، ۴ و ۹ قانون تعزیرات حکومتی آمده است که عدم رعایت قیمت‌های مصوب در ارائه خدمات و کالاها را تخلف و مستوجب انواع تعزیرات حکومتی می‌داند. بنابراین با توجه به مقررات فعلی، امروزه تمامی کالا و خدمات در بازار، قیمت مصوب و تعیین شده‌ای دارند و مشروط نمودن وکیل در معامله با خود به مواردی که موضوع معامله دارای قیمت بورسی یا بازاری است، موضوعیت ندارد.

### رویه قضایی

رویه قضایی نیز معامله وکیل با خود را مورد تأیید قرار داده و رویه عملی دادگاه‌ها نیز به این سو می‌باشد. برای مثال در رأی صادره از شعبه ۱۰۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران به شماره دادنامه ۳۱۵ مورخ ۱۳۹۲/۰۵/۲۶ آمده است:

خواننده جهت انتقال ۳ دانگ آپارتمان با هر قید و شرط و نحوه و ترتیب، درقبال هر مبلغ وکالت اعطا نموده و به این ترتیب وکالت مزبور به نحو مطلق داده شده و علی‌الظاهر باتوجه به عموم و اطلاق مفاد و مدلول وکالت‌نامه مزبور خواننده اختیار داشته موضوع وکالت را به هر شخص ولو به خود انتقال دهد و از این حیث در مقررات قانون مدنی محدودیتی وجود ندارد و صرفاً مقتن در ماده ۱۰۷۲ ق.م در مبحث نکاح بنا به مصالحی تصریح به این امر را لازم و ضروری دانسته است لذا دعوی مطروحه را وارد ندانسته و حکم به بطلان و بی‌حقی خواهان را صادر می‌نماید. از این رأی تجدیدنظرخواهی شد و شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۹۵۰۷ مورخه ۱۳۹۲/۱۲/۲۶ عیناً رأی دادگاه بدوی را تأیید نموده است (پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۶، ص. ۱۳۳).

همچنین شعبه نهم دیوان عالی کشور در رأی شماره ۹/۱۰۸ مورخه ۱۳۶۳/۲/۲۹ منعی در این زمینه نمی‌بیند. در این رأی آمده است:

ماحصل ایرادات فرجامخواه این است که اولاً فرجام‌خواننده حق فروش ملک موکل را با عنایت به وکالت علی‌الاطلاق به خود نداشته... مخلص استدلال دادگاه صادرکننده حکم بدوی به اینکه «با عنایت به عبارت کلی (هرکس) و مفهوم مطلق کلمه مذکور فرجام‌خواننده نیز می‌توانسته از مصادیق آن باشد»، صحیح و بلااشکال به نظر می‌رسد؛ زیرا علاوه بر اینکه فتاوی آیات عظام بر جواز چنین معامله‌ایست پیش‌بینی خلاف آن به صورت استثنا بر این اصل کلی در ماده ۱۰۷۲ ق.م مؤید قبول و صحت این مسئله است و چون در مانحن‌فیه به موجب مواد ۶۵۶-

۶۶۵ ق.م (مبحث کلیات وکالت) چنین استثنایی وجود ندارد ایراد وکیل فرجام‌خواه در این قسمت موجه نیست و رد می‌شود. (نقل از کاتوزیان، ۱۳۸۸ الف، ج. ۲، ص. ۱۰۴)

از طرفی با توجه به اصل استحکام معاملات اصل در تفسیر حفظ و بقای معامله بوده و چنانچه بدون نص صریح چنین معامله‌ای منع شود سبب فرو ریختن نظم اجتماعی می‌گردد و طرح دعاوی متعدد و اشتغال بیهوده دادگاه‌ها را در پی خواهد داشت.

### نتیجه‌گیری

با توجه به اعتباری بودن عقد، صدور ایجاب و قبول و اراده‌های متعدد از شخص واحد امکان‌پذیر است و به‌لحاظ فنی، ایرادی به آن وارد نیست و ماده ۱۹۸ ق.م این امر را به‌عنوان قاعده مورد تأیید قرار داده است. در مواردی که وکیل صراحتاً یا به اذن عام، مأذون در معامله است، مؤلفان اختلافی در صحت معامله با خود ندارند. اما در اذن مطلق به وکیل در انعقاد قرارداد، در قوانین هیچ قاعده محدودکننده‌ای وجود ندارد و حکم ماده ۱۰۷۲ ق.م، در خصوص نکاح و خانواده بوده و امری استثنایی و برخلاف قواعد عمومی است و با اصل آزادی اراده، اصل آزادی قراردادی و اصل صحت مخالفت دارد. به همین دلایل و مستند به برخی روایات فقهی، بسیاری از فقها و حقوق‌دانان وکیل را مجاز در معامله با خود می‌دانند. از حکم ماده ۳۷۳ ق.ت نیز نمی‌توان اقدام به بنای قاعده برای محدودیت وکیل نمود؛ زیرا حکم این ماده در مورد حق‌العمل‌کار بوده و از آنجاکه اثبات گردید حق‌العمل‌کاری ماهیت و اثری متفاوت از وکالت دارد حکم این ماده، قابل‌تعمیم به معاملات وکیل با خود نیست. حتی در صورت پذیرش ماهیت وکالت برای حق‌العمل‌کاری، به این دلیل که به‌موجب ماده ۳۵۸ ق.ت، احکام مندرج در مبحث حق‌العمل‌کاری استثناً بر احکام کلی وکالت است، امکان استخراج قاعده از حکم استثنایی ماده ۳۷۳ ق.ت وجود ندارد.

از یک سو، با توجه به مواد ۱۹۶، ۱۹۷ و ۲۰۱ ق.م اصولاً شخصیت طرف معامله اهمیتی در قرارداد ندارد؛ بنابراین اگر طرف معامله، وکیلی باشد که به‌طور مطلق مأذون در معامله است، بسیار بهتر از ثالثی است که به اشتباه یا به دلایل دیگر و به‌طور ناخواسته طرف معامله قرار گرفته است. عرف معاملاتی نیز وکیلی را که مأذون در معامله است، مأذون در معامله با خود می‌داند و رویه قضایی نیز همگام با عرف، بر این امر صحنه گذاشته و به این سو در حرکت است. از سوی دیگر باتوجه به بند ک ماده ۳۷ قانون نظام صنفی کشور، برای تمامی کالا و خدمات، قیمت مصوبی وجود دارد که عرضه‌کنندگان کالا و خدمات ملزم به اعلام آن به مشتری هستند. لذا امروزه، مشروط نمودن آزادی وکیل در معامله با خود به مواردی که موضوع معامله دارای قیمت بورسی یا بازاری است، موضوعیت ندارد. وکیل مکلف به رعایت مصلحت موکل و حدود اذن و مفاد عقد وکالت است و ضمانت اجرای آن نیز در مواد ۲۴۷، ۳۹۶، ۶۶۳، ۶۶۶، ۶۶۷، ۱۰۷۳ و ۱۰۷۴ ق.م آمده و در هیچ‌یک از این مواد، موجهی بر ممنوعیت و محدودیت وکیل در اصل معامله با خود در قوانین یافت نمی‌گردد. از طرف دیگر وکیل امین است و نمی‌توان انواع اتهامات را به او نسبت داد و با قصاص قبل از جنایت، او را در انجام معامله با خود ممنوع و محدود نمود. به‌علاوه اینکه ماده ۱۹۸ ق.م متضمن قاعده آزادی در معامله با خود بوده و این تفسیر

با اصل آزادی اراده و اصل آزادی قراردادی و اصل استحکام معاملات منطبق است و به عنوان یک قاعده باید پذیرفت، جز در مواردی که در قوانین یا در اذن موکل محدودیتی نباشد وکیل در انجام معامله با خود آزاد است. با توجه به وجود قیمت‌های مصوب برای بسیاری از کالاها و خدمات و لزوم اعلام آن به مشتریان، پیشنهاد می‌گردد که در قانون مدنی و در مبحث وکالت، ماده‌ای تصویب و مقرر گردد که وکیل در انجام معامله با خود آزاد است مگر آن که موکل، صراحتاً او را از این اقدام، منع نموده باشد. بدیهی است با وجود قیمت‌های مصوب، وکیل در انجام معامله با خود، در معرض اتهام عدم رعایت مصلحت موکل، قرار نمی‌گیرد.

## منابع

- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور. (۱۴۱۰). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ابن عابدین، محمد امین. (بی‌تا). العقود الدریة فی تنقیح الفتاوی الحامیة. بیروت: دار المعرفة.
- ابن قدامه مقدسی، عبدالله بن احمد. (۱۴۱۴). الکافی فی فقه الامام أحمد بن حنبل. بیروت: دار الکتب العلمیة.
- ابن تیمیہ، مجدالدین عبدالسلام. (۱۳۶۹). المحرر فی الفقه علی مذهب الامام أحمد بن حنبل. قاهره: مطبعة السنة المحمدیة.
- اسکینی، ربیعا و دل افروز، بهنام فرید. (۱۳۹۰). ساختار و ماهیت حقوقی حق العمل کاری. حقوقی دادگستری، (۷۳).
- اسکینی، ربیعا. (۱۳۷۸). حقوق تجارت: کلیات، معاملات تجاری. تهران: سمت.
- اسکینی، ربیعا. (۱۳۸۴). حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری. تهران: سمت.
- امامی، سید حسن. (۱۳۸۶ الف). حقوق مدنی. تهران: اسلامیة.
- امامی، سید حسن. (۱۳۸۶ ب). حقوق مدنی. تهران: اسلامیة.
- امامی، سید حسن. (۱۳۸۷). حقوق مدنی. تهران: اسلامیة.
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید. (۱۳۷۸). حقوق تعهدات (تشکیل عقد). تهران: میزان.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. (۱۴۲۶). کفایة الأصول. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۳۶۳). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- بیهقی کیدری، قطب‌الدین محمد. (۱۳۷۴). اصباح الشیعة بمصباح الشریعة. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- پژوهشگاه قوه قضائیه. (۱۳۹۶). گزارش نشست نقد رأی در مورد معامله وکیل با خود. رأی، (۱۹).
- جرجانی، علی بن محمد. (۱۳۶۸). التعریفات. تهران: ناصر خسرو.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۱). فلسفه عمومی حقوق: تئوری موازنه. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۶ الف). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۶ ج). الفارق. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۶ د). حقوق خانواده. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۷). حقوق تعهدات. تهران: گنج دانش.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۴). وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حسینی عاملی، سید جواد. (۱۴۱۹ ب). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حسینی عاملی، سید جواد. (۱۴۱۹ الف). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حسینی مقدم، حسن و محمدی، سام. (۱۳۹۸). آفرینش اثر حقوقی با اعلام اراده. تهران: مجد.
- حلی، نجم‌الدین جعفر بن زهدری. (۱۴۲۸). ایضاح ترددات الشرائع. قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت‌الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۳۸۳). التنقیح فی شرح المکاسب. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی (ره).
- دلشاد، ابراهیم. (۱۳۹۶). عقد وکالت. تهران: میزان.
- سامانه ملی آرای قضایی. (بی‌تا). قابل‌بازرسی در: <https://ara.jri.ac.ir>
- شهید اول، محمد بن مکی. (۱۳۸۵). اللمعة الدمشقیة (ترجمه علی شیروانی). قم: دار الفکر.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۳۷۶). تمهید القواعد. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۰). الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية. قم: داوری.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۶). تشکیل قراردادهای و تعهدات. تهران: مجد.
- شهیدی تبریزی، میرزا فتاح. (بی‌تا). هدایة الطالب الی أسرار المكاسب. قم: دار الكتاب.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۰۴). مطارح الأنظار. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵). المكاسب. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامية. تهران: المكتبة المرتضوية.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- صفایی، سید حسین. (۱۳۸۲). قواعد عمومی قراردادهای. تهران: میزان.
- صیمیری، مفلح بن حسین. (۱۴۰۸). تلخیص الخلاف و خلاصة الاختلاف (منتخب الخلاف). قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت‌الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
- طباطبایی، سید علی بن محمد. (۱۴۱۸). ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۴). تکملة العروة الوثقی. قم: داوری.
- طهوری، صادق. (۱۴۲۰). تعلیقات علی المكاسب. قم: کلیدر.
- عاشور، احمد عیسی. (۱۳۹۳). فقه آسان در مذهب امام شافعی (ترجمه محمود ابراهیمی). تهران: احسان.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰). ارشاد الأذهان الی أحكام الایمان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳). مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴). تذکرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- عیسایي تفرشی، محمد. (۱۳۷۸). مباحث تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری. تهران: دانشگاه تربیت مدرس.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- کاتبی، حسینقلی. (۱۳۸۷). حقوق تجارت. تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۰). اعمال حقوقی. تهران: بهمن.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶). عقود معین (عقود اذنی و وثیقه‌های دین). تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). ایقاع. تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۸الف). قواعد عمومی قراردادهای. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۸ب). قواعد عمومی قراردادهای. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۹). دوره مقدماتی حقوق خانواده. تهران: میزان.
- کاشانی، محمود. (۱۳۹۴). قراردادهای ویژه. تهران: میزان.
- کاشف‌الغطاء، علی. (۱۳۸۱). النور الساطع فی الفقه النافع. نجف: مطبعة الآداب.
- کاشف‌الغطاء، محمدحسین. (۱۴۲۲). تحریر المجله. قم: مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی.
- لطفی، اسدالله. (۱۳۹۲). سلسله مباحث فقهی حقوقی عقد وکالت. تهران: جنگل.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۳). معارج الأصول. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۶). بررسی فقهی حقوق خانواده. تهران: نشر علوم اسلامی.
- محمدی، ابوالحسن. (۱۳۸۰). مبانی استنباط حقوق اسلامی. تهران: دانشگاه تهران.
- مظفر، محمدرضا. (۱۳۸۷). اصول الفقه (ترجمه عباس زراعت و حمید مسجدسرایي). قم: حقوق اسلامی.

- مظفر، محمدرضا. (۱۳۹۱). اصول الفقه (ترجمه عباس زراعت و حمید مسجدسرایلی). قم: پیام نوآور.
- معین، محمد. (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی معین. تهران: معین.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (بی‌تا). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح (ارشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۴). تفسیر نمونه. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۶۸). تحریر الوسیله. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۲۱). کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن. (۱۳۷۱). جامع الشتات فی أجوبة السؤالات. تهران: کیهان.
- نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۲). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۳۸۵). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع). قم: دائرةالمعارف فقه اسلامی.

## Reference

- Ibn Idrīs al-Ḥillī, Muḥammad b. Maṣṣūr. (1410 AH [1989/1990 CE]). *al-Sarā'ir al-ḥāwī li-taḥrīr al-fatāwā* [The secrets: A comprehensive work for refining legal opinions]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Ibn 'Ābidīn, Muḥammad Amīn. (n.d.). *al-'Uqūd al-durriyya fī taṣṣīḥ al-fatāwā al-ḥāmiyya* [The pearly contracts in refining the Ḥāmī legal opinions]. Beirut: Dār al-Ma'rifa.
- Ibn Qudāma al-Maqdisī, 'Abd Allāh b. Aḥmad. (1414 AH [1993/1994 CE]). *al-Kāfi fī fiqh al-Imām Aḥmad b. Ḥanbal* [The sufficient book in the jurisprudence of Imām Aḥmad b. Ḥanbal]. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya.
- Ibn Taymiyya, Majd al-Dīn 'Abd al-Salām. (1369 AH [1949/1950 CE]). *al-Muḥarrar fī al-fiqh 'alā madhhab al-Imām Aḥmad b. Ḥanbal* [The refined work in jurisprudence according to the school of Imām Aḥmad b. Ḥanbal]. Cairo: Maṭba'at al-Sunna al-Muḥammadiyya.
- Iskīnī, Rabī'ā, & Dil-Afrūz, Bihnām Farīd. (1390 SH [2011/2012 CE]). The structure and legal nature of commission agency. *Majalla-yi Ḥuqūqī-yi Dādḡustarī* [Judiciary Law Journal], (73).
- Iskīnī, Rabī'ā. (1378 SH [1999/2000 CE]). *Ḥuqūq-i tijārat: Kulīyyāt, mu'āmalāt-i tijārī* [Commercial law: General principles and commercial transactions]. Tehran: SAMT.
- Iskīnī, Rabī'ā. (1384 SH [2005/2006 CE]). *Ḥuqūq-i tijārat: Shirkat-hā-yi tijārī* [Commercial law: Commercial companies]. Tehran: SAMT.
- Imāmī, Sayyid Ḥasan. (1386a SH [2007/2008 CE]). *Ḥuqūq-i madanī* [Civil law]. Tehran: Islāmīyya.
- Imāmī, Sayyid Ḥasan. (1386b SH [2007/2008 CE]). *Ḥuqūq-i madanī* [Civil law]. Tehran: Islāmīyya.
- Imāmī, Sayyid Ḥasan. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Ḥuqūq-i madanī* [Civil law]. Tehran: Islāmīyya.
- Amīrī Qā'im-Maqāmī, 'Abd al-Majīd. (1378 SH [1999/2000 CE]). *Ḥuqūq-i ta'ahḡudāt: Tashkīl-i 'aqd* [Law of obligations: Formation of contract]. Tehran: Mīzān.
- Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm b. Ḥusayn. (1426 AH [2005/2006 CE]). *Kifāyat al-uṣūl* [The sufficiency of legal theory]. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt.
- Baḡrānī, Yūsuf b. Aḥmad. (1363 SH [1984/1985 CE]). *al-Ḥadā'iq al-nāḡira fī aḡkām al-'itra al-tāhira* [The radiant gardens concerning the rulings of the pure household]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.

- Bayhaqī Kaydarī, Qutb al-Dīn Muḥammad. (1374 SH [1995/1996 CE]). *Iṣbāḥ al-shi'a bi-miṣbāḥ al-shari'a* [Illuminating the Shi'a with the lamp of the shari'a]. Qom: Mu'assasat Imām Šādiq.
- Research Institute of the Judiciary. (1396 SH [2017/2018 CE]). Report of the case-review session on an agent's self-dealing transaction. *Ra'y* [Judgment], (19).
- Jurjānī, 'Alī b. Muḥammad. (1368 SH [1989/1990 CE]). *al-Ta'rīfāt* [Definitions]. Tehran: Nāsir Khusraw.
- Ja'farī Langarūdī, Muḥammad Ja'far. (1381 SH [2002/2003 CE]). *Falsafa-yi 'umūmī-yi ḥuqūq: Ti'ūrī-yi muvazana* [General philosophy of law: The theory of balance]. Tehran: Ganj-i Dānish.
- Ja'farī Langarūdī, Muḥammad Ja'far. (1386a SH [2007/2008 CE]). *Mabsūt dar terminuluzhī-yi ḥuqūq* [An extensive work on legal terminology]. Tehran: Ganj-i Dānish.
- Ja'farī Langarūdī, Muḥammad Ja'far. (1386c SH [2007/2008 CE]). *al-Fāriq* [The distinction]. Tehran: Ganj-i Dānish.
- Ja'farī Langarūdī, Muḥammad Ja'far. (1386d SH [2007/2008 CE]). *Huqūq-i khānavāda* [Family law]. Tehran: Ganj-i Dānish.
- Ja'farī Langarūdī, Muḥammad Ja'far. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Huqūq-i ta'ahhudāt* [Law of obligations]. Tehran: Ganj-i Dānish.
- Ḥurr al-'Āmilī, Muḥammad b. Ḥasan. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Wasā'il al-shi'a* [The means of the Shi'a]. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt.
- Ḥusaynī 'Āmilī, Sayyid Jawād. (1419b AH [1998/1999 CE]). *Miftāḥ al-karāma fī sharḥ Qawā'id al-'allāma* [The key to nobility in commentary on al-'Allāma's *Qawā'id*]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Ḥusaynī 'Āmilī, Sayyid Jawād. (1419a AH [1998/1999 CE]). *Miftāḥ al-karāma fī sharḥ Qawā'id al-'allāma* [The key to nobility in commentary on al-'Allāma's *Qawā'id*]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Ḥusaynī Muqaddam, Ḥasan, & Muḥammadī, Sām. (1398 SH [2019/2020 CE]). *Āfarīnīsh-i athar-i ḥuqūqī bā i'lām-i irāda* [Creation of legal effect through declaration of intention]. Tehran: Majd.
- Hillī, Najm al-Dīn Ja'far b. Zahdarī. (1428 AH [2007/2008 CE]). *Īdāḥ taraddudāt al-sharā'i* [Clarification of the uncertainties of *al-Sharā'i*]. Qom: Public Library of Grand Āyat Allāh Mar'ashī Najafī.
- al-Khū'ī, Sayyid Abū al-Qāsim. (1383 SH [2004/2005 CE]). *al-Tanqīḥ fī sharḥ al-Makāsib* [The refinement in commentary on *al-Makāsib*]. Qom: Mu'assasat Iḥyā' Āthār al-Imām al-Khū'ī.
- Dilshād, Ibrāhīm. (1396 SH [2017/2018 CE]). *Aqd-i wakālat* [The agency contract]. Tehran: Mīzān.
- National Judicial Decisions System. (n.d.). Retrieved from <https://ara.jri.ac.ir>.
- al-Shahīd al-Awwal, Muḥammad b. Makkī. (1385 SH [2006/2007 CE]). *al-Lum'a al-Dimashqiyya* [The Damascene gleam] ('Alī Shīrwānī, Trans.). Qom: Dār al-Fikr.
- al-Shahīd al-Thānī, Zayn al-Dīn b. 'Alī. (1376 SH [1997/1998 CE]). *Tamhīd al-qawā'id* [Introduction to the legal maxims]. Qom: Publication Center of the Islamic Propagation Office.
- al-Shahīd al-Thānī, Zayn al-Dīn b. 'Alī. (1410 AH [1989/1990 CE]). *al-Rawḍa al-bahiyya fī sharḥ al-Lum'a al-Dimashqiyya* [The splendid garden in commentary on *al-Lum'a al-Dimashqiyya*]. Qom: Dāvarī.
- Shahīdī, Mahdī. (1386 SH [2007/2008 CE]). *Tashkīl-i qarārdād-hā wa ta'ahhudāt* [Formation of contracts and obligations]. Tehran: Majd.

- Shahīdī Tabrīzī, Mīrzā Fattāh. (n.d.). *Hidāyat al-tālib ilā asrār al-Makāsib* [Guidance of the seeker toward the secrets of *al-Makāsib*]. Qom: Dār al-Kitāb.
- Anṣārī, Murtaḍā b. Muḥammad Amīn. (1404 AH [1983/1984 CE]). *Maṭāriḥ al-anzār* [Fields of reflection]. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt.
- Anṣārī, Murtaḍā b. Muḥammad Amīn. (1415 AH [1994/1995 CE]). *al-Makāsib* [Transactions]. Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī.
- Ṭūsī, Muḥammad b. Ḥasan. (1387 SH [2008/2009 CE]). *al-Mabsūt fi fiqh al-Imāmiyya* [The extensive work on Imāmī jurisprudence]. Tehran: al-Maktaba al-Murtaḍawiyya.
- Ṭūsī, Muḥammad b. Ḥasan. (1407 AH [1986/1987 CE]). *al-Khilāf* [The disagreements]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Ṣafā'ī, Sayyid Ḥusayn. (1382 SH [2003/2004 CE]). *Qawā'id-i 'umūmī-yi qarārdād-hā* [General rules of contracts]. Tehran: Mīzān.
- Ṣaymarī, Muflīḥ b. Ḥusayn. (1408 AH [1987/1988 CE]). *Talkhīṣ al-Khilāf wa khulāṣat al-ikhtilāf: Muntakhab al-Khilāf* [Abridgment of *al-Khilāf* and summary of disagreement: Selected *al-Khilāf*]. Qom: Public Library of Grand Āyat Allāh Mar'ashī Najafī.
- Ṭabāṭabā'ī, Sayyid 'Alī b. Muḥammad. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Riyāḍ al-masā'il fi taḥqīq al-aḥkām bi-l-dalā'il* [The gardens of legal issues in verifying rulings through proofs]. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt.
- Ṭabāṭabā'ī Yazdī, Sayyid Muḥammad Kāzim. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Takmilat al-'Urwa al-wuthqā* [Supplement to *al-'Urwa al-wuthqā*]. Qom: Dāvārī.
- Tahūrī, Ṣādiq. (1420 AH [1999/2000 CE]). *Ta'līqāt 'alā al-Makāsib* [Annotations on *al-Makāsib*]. Qom: Kulaydar.
- 'Āshūr, Aḥmad 'Īsā. (1393 SH [2014/2015 CE]). *Fiqh-i āsān dar madhhab-i Imām Shāfi'ī* [Accessible jurisprudence in the school of Imām al-Shāfi'ī] (Maḥmūd Ibrāhīmī, Trans.). Tehran: Iḥsān.
- al-'Allāma al-Ḥillī, Ḥasan b. Yūsuf. (1410 AH [1989/1990 CE]). *Irshād al-adhḥān ilā aḥkām al-īmān* [Guidance of minds toward the rulings of faith]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- al-'Allāma al-Ḥillī, Ḥasan b. Yūsuf. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Mukhtalif al-shi'a fi aḥkām al-shari'a* [The disagreements of the Shi'a concerning the rulings of the shari'a]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- al-'Allāma al-Ḥillī, Ḥasan b. Yūsuf. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Tadhkirat al-fuqahā'* [The reminder of the jurists]. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt.
- 'Īsā'ī Tafreshī, Muḥammad. (1378 SH [1999/2000 CE]). *Mabāḥith-i tahlīlī az ḥuqūq-i shirkat-hā-yi tijārī* [Analytical discussions on the law of commercial companies]. Tehran: Tarbiat Modares University.
- Fakhr al-Muḥaqqiqīn, Muḥammad b. Ḥasan. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Īdāh al-fawā'id fi sharḥ mushkilāt al-qawā'id* [Clarification of the benefits in commentary on the difficulties of the legal principles]. Qom: Mu'assasa-yi Ismā'īliyan.
- Kātibī, Husayn Qulī. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Ḥuqūq-i tijārat* [Commercial law]. Tehran: Ganj-i Dānish.
- Kātūziyān, Nāshir. (1370 SH [1991/1992 CE]). *A'māl-i ḥuqūqī* [Juridical acts]. Tehran: Bahman.
- Kātūziyān, Nāshir. (1376 SH [1997/1998 CE]). *Uqūd-i mu'ayyan: Uqūd-i idhnī wa wathāqa-hā-yi dayn* [Nominate contracts: Permission-based contracts and debt securities]. Tehran: Shirkat-i Sahāmī-yi Intishār.
- Kātūziyān, Nāshir. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Īqā'* [Unilateral juridical act]. Tehran: Mīzān.
- Kātūziyān, Nāshir. (1388a SH [2009/2010 CE]). *Qawā'id-i 'umūmī-yi qarārdād-hā* [General rules of contracts]. Tehran: Shirkat-i Sahāmī-yi Intishār.

- Kātūziyān, Nāšir. (1388b SH [2009/2010 CE]). *Qawā'id-i 'umūmī-yi qarārdād-hā* [General rules of contracts]. Tehran: Shirkat-i Sahāmī-yi Intishār.
- Kātūziyān, Nāšir. (1389 SH [2010/2011 CE]). *Dawra-yi muqaddamātī-yi huqūq-i khānavāda* [Introductory course in family law]. Tehran: Mīzān.
- Kāshānī, Maḥmūd. (1394 SH [2015/2016 CE]). *Qarārdād-hā-yi vizha* [Special contracts]. Tehran: Mīzān.
- Kāshif al-Ghiṭā', 'Alī. (1381 SH [2002/2003 CE]). *al-Nūr al-sāṭi' fī al-fiqh al-nāfi'* [The radiant light in beneficial jurisprudence]. Najaf: Maṭba'at al-Ādāb.
- Kāshif al-Ghiṭā', Muḥammad Ḥusayn. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Tahrīr al-majalla* [Refinement of the *Majalla*]. Qom: World Forum for Proximity of Islamic Schools of Thought.
- Luṭfī, Asad Allāh. (1392 SH [2013/2014 CE]). *Silsila mabāḥith-i fiqhī-huqūqī-yi 'aqd-i wakālat* [A series of jurisprudential-legal discussions on the agency contract]. Tehran: Jangal.
- Muḥaqqiq al-Hillī, Ja'far b. Ḥasan. (1403 AH [1982/1983 CE]). *Ma'ārij al-uṣūl* [The ascents of legal theory]. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt.
- Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. (1386 SH [2007/2008 CE]). *Barrasī-yi fiqhī-yi huqūq-i khānavāda* [A jurisprudential study of family law]. Tehran: Nashr-i 'Ulūm-i Islāmī.
- Muḥammadī, Abū al-Ḥasan. (1380 SH [2001/2002 CE]). *Mabānī-yi istinbāt-i huqūq-i Islāmī* [Foundations of deriving Islamic law]. Tehran: University of Tehran.
- Muzaffār, Muḥammad Riḍā. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Uṣūl al-fiqh* [Principles of jurisprudence] ('Abbās Zirā'at & Ḥamīd Masjid-Sarā'ī, Trans.). Qom: Huqūq-i Islāmī.
- Muzaffār, Muḥammad Riḍā. (1391 SH [2012/2013 CE]). *Uṣūl al-fiqh* [Principles of jurisprudence] ('Abbās Zirā'at & Ḥamīd Masjid-Sarā'ī, Trans.). Qom: Payām-i Nawāvar.
- Mu'īn, Muḥammad. (1383 SH [2004/2005 CE]). *Farhang-i Fārsī-yi Mu'īn* [Mu'īn Persian dictionary]. Tehran: Mu'īn.
- Muqaddas Ardabīlī, Aḥmad b. Muḥammad. (n.d.). *Majma' al-fā'ida wa-l-burhān fī sharḥ Irshād al-adhhān* [The compendium of benefit and proof in commentary on *Irshād al-adhhān*]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Makārim Shīrāzī, Nāšir. (1374 SH [1995/1996 CE]). *Tafsīr-i namūna* [The model exegesis]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- Khomeinī, Sayyid Rūḥ Allāh. (1368 SH [1989/1990 CE]). *Tahrīr al-wasīla* [The liberation of the means]. Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
- Khomeinī, Sayyid Rūḥ Allāh. (1421 AH [2000/2001 CE]). *Kitāb al-bay'* [The book of sale]. Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
- Mīrzā-yi Qummī, Abū al-Qāsim b. Muḥammad Ḥasan. (1371 SH [1992/1993 CE]). *Jāmi' al-shatāt fī ajwibat al-su'ālāt* [The comprehensive collection of dispersed matters in answers to questions]. Tehran: Kayhān.
- Šāḥib Jawāhir, Muḥammad Ḥasan b. Bāqir. (1362 SH [1983/1984 CE]). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ Sharā'i' al-Islām* [Jewels of discourse in commentary on *Sharā'i' al-Islām*]. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
- Hāshimī Shāhrūdī, Sayyid Maḥmūd. (1385 SH [2006/2007 CE]). *Farhang-i fiqh muṭābiq-i madhhab-i Ahl al-Bayt 'alayhim al-salām* [Dictionary of jurisprudence according to the school of the Ahl al-Bayt]. Qom: Dā'irat al-Ma'ārif-i Fiqh-i Islāmī.

## A New Reading of the Condition of Judicial Ijtihad in Legislation: From Legislative Function to Purely Judicial Function

Kazem Khosravi<sup>1</sup>  and Mostafa Ahmadifar<sup>2</sup> 

1. *Corresponding Author*, Department of Law, Islamic Azad University, Mashhad Branch, Mashhad, Iran. Email: [Kazem.khosravi@iau.ac.ir](mailto:Kazem.khosravi@iau.ac.ir)

2. Assistant Professor, Department of Quran and Hadith Studies, Al-Mustafa International University, Qom, Iran. Email: [0945367430@miu.ac.ir](mailto:0945367430@miu.ac.ir)

---

### Article Info

**Article type:**  
Research Article

**Article history:**

Received

09 July 2025

Received in revised form

03 September 2025

Accepted

25 September 2025

Available online

22 December 2025

**Keywords:**

ijtihad,  
judgment,  
legislative aspect,  
judicial aspect

---

### ABSTRACT

The condition that a judge be a mujtahid has long been debated in Islamic fiqh and, by extension, in Iran's contemporary judicial system, which is based on Islamic standards. The issue is especially important given the rarity of mujtahid judges and the large number of cases before the courts. This article offers a new reading of the evidence for this condition. It argues that in the period when the relevant reports were issued, the judge also performed a legislative function: he had to derive the rule for the dispute from the primary proofs before resolving the case. In the modern period, however, the legislative function has been separated from the judicial function through statutory law. Therefore, the condition of ijtihad should be understood in light of the historical role of the judge rather than treated as an absolute requirement for all contemporary adjudication.

---

**Cite this article:** Khosravi, K., & Ahmadifar, M. (1404). A New Reading of the Condition of Judicial Ijtihad in Legislation: From Legislative Function to Purely Judicial Function. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 20(2), 101-119. <https://doi.org/10.22034/fvh.2025.21609.2184>



© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.  
DOI: <https://doi.org/10.22034/fvh.2025.21609.2184>

---

## **Introduction**

The requirement of *ijtihad* for judges is one of the most debated judicial conditions in *fiqh*. According to the well-known view, a non-mujtahid may not occupy judicial office, and a judge must possess sufficient scholarly competence to derive legal rulings from the proofs. The principal textual bases are the report of Abu Khadijah and the accepted report of Umar b. Hanzalah. Much of the disagreement turns on the interpretation of terms such as knowledgeable, aware, and narrator, and on whether they indicate *ijtihad* as a condition.

## **Methodology**

This article uses a descriptive-analytical method to examine the requirement of *ijtihad* in contemporary adjudication. It studies primary *fiqhi* sources and the relevant reports, then evaluates the condition with attention to the element of historical time and the transformation of the judicial institution.

## **Literature Review**

Previous works have generally addressed the condition of *ijtihad* without sufficient attention to the historical circumstances in which the reports were issued. They have tended either to affirm or deny the condition by direct reference to the reports. The present study differs by examining whether the judge's historical legislative function was part of the reason for the requirement.

## **Findings**

The findings support the famous juristic view in its historical setting: *ijtihad* was required because the judge had to extract and infer the rule from the Qur'an, Sunnah, consensus, and reason before resolving the dispute. In a period without a separate legislative body, adjudication included a form of lawmaking or rule-finding. A judge who lacked *ijtihad* could not properly perform that combined function.

## **Conclusion**

In the absence of a legislative institution, the judge bore both legislative and judicial responsibilities. He first had to derive the rule from the religious proofs and then settle the dispute. Since deriving rules requires *ijtihad*, the condition was justified in that setting. In contemporary systems where legislation has been institutionalized and the judge primarily applies enacted law, the condition should be re-read as tied to the former legislative function rather than the bare act of judging. This reading allows the *fiqhi* evidence to be preserved while explaining the operation of modern judicial systems.

### **Declarations**

**Author Contributions:** All parts of the article were prepared and written by Kazem Khosravi.

**Data Availability Statement:** Not applicable.

**Acknowledgements:** No acknowledgement was declared.

**Ethical Considerations:** The author observed the ethical principles governing the conduct and publication of scientific research.

**Funding:** This research received no specific grant from public, commercial, or not-for-profit funding bodies.

**Conflict of Interest:** The author declared no conflict of interest.

**Declaration on Generative AI and AI-assisted Technologies:** The author declared that no artificial intelligence was used in the writing process.



## خوانشی نو بر شرط اجتهاد قاضی در ساحت تقنین (گذار از وظیفه تقنینی به وظیفه مجرد قضایی)

کاظم خسروی<sup>۱</sup> و مصطفی احمدی فر<sup>۲</sup>

۱. نویسنده مسئول، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد، مشهد، ایران. رایانامه: [Kazem.khosravi@iau.ac.ir](mailto:Kazem.khosravi@iau.ac.ir)  
۲. استادیار گروه علوم قرآن و حدیث، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران. رایانامه: [0945367430@miu.ac.ir](mailto:0945367430@miu.ac.ir)

### اطلاعات مقاله

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۴/۱۸

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۶/۱۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۰۳

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۱۰/۰۱

### چکیده

شرط اجتهاد قاضی در فقه اسلامی، از دیرباز محل بحث فقها و به تبع، وجود آن در عصر کنونی در نظام قضایی ایران، که بر پایه موازین اسلامی بنا نهاده شده است، خصوصاً با توجه به بندرت قضات مجتهد از یک سو و کثرت پرونده‌های مطروحه در محاکم دادگستری از سوی دیگر، مورد تشکیک واقع شده است. اجتهاد قاضی، که از سوی مشهور فقها ضروری دانسته شده، عمدتاً به استناد دو روایت می‌باشد: (۱) معتبره ابوحدیجه؛ و (۲) مقبوله عمر بن حنظله. بر اساس نظر اینان، حکم صادره از سوی قاضی غیرمجتهد، با وجود مطابقت با موازین حق و حقیقت، نافذ نخواهد بود. در مقابل، عده دیگری از فقها دلالت روایات مذکور بر اجتهاد قاضی را نپذیرفته و به پشتوانه اطلاقات برخی از آیات قرآن کریم، ملاک صحت و نفوذ حکم را مطابقت آن با موازین حق و حقیقت دانسته‌اند، هرچند این حکم از سوی قاضی مقلد صادر شده باشد. نگارنده، نظر مشهور فقها را در شرطیت اجتهاد قاضی تأیید نموده، اما با بازخوانی ادله مذکور، این شرط را ناظر به جنبه «تقنینی» قاضی دانسته است، چه اینکه در زمان فقدان نهاد قانون‌گذاری، در دعوی مطروحه نزد قاضی، وی وظیفه استنباط حکم از ادله شرعی را نیز برعهده داشته است. اما امروزه با تشکیل نهاد قانون‌گذاری و منع قضات از تقنین، وظیفه قضات صرفاً معطوف به جنبه «قضایی» بوده و صحت انجام این وظیفه نیازمند اجتهاد نخواهد بود.

### کلیدواژه‌ها:

اجتهاد.

قضا.

جنبه تقنینی.

جنبه قضایی

**استناد:** خسروی، کاظم؛ و احمدی فر، مصطفی. (۱۴۰۴). خوانشی نو بر شرط اجتهاد قاضی در ساحت تقنین (گذار از وظیفه تقنینی به وظیفه مجرد قضایی). مطالعات فقه اسلامی و مباحث حقوق، ۲۰(۲)، ۱۱۹-۱۰۱.  
<https://doi.org/10.22034/FVH.2023.17242.1851>



### مقدمه

شرط اجتهاد برای قاضی از زمره شرایطی است که معرکه آرای فقها قرار گرفته است. بدین صورت که مطابق نظر مشهور فقها، تکیه بر منصب قضا از سوی مقلدین جایز نبوده و قاضی بایستی از لحاظ علمی به درجه اجتهاد رسیده باشد. در مقابل، عده دیگری از فقها اجتهاد را برای قاضی ضروری ندانسته و قضاوت مقلدین را نیز صحیح دانسته‌اند. با مذاقه در عبارات فقها روشن می‌شود که ایشان به نصوص یکسان استناد ورزیده‌اند و صرفاً استنباط آنان متفاوت بوده است. این در حالی است که این برداشت متفاوت از نصوص، ناشی از مبانی فقهی متفاوت نبوده و هیچ اختلاف مبنايي در این اختلاف نظر دیده نمی‌شود.

مهم‌ترین دلیل فقها برای فرع فقهی مذکور، عمدتاً استناد به دو روایت می‌باشد: (۱) معتبره ابوخیجه و (۲) مقبوله عمر بن حنظله. استناد به آیات، طبق آنچه از بررسی کتب فقهی به دست آمده، توسط صاحب جواهر مطرح گردیده و عبارات فقها در این رابطه صرفاً در پاسخ به استناد این فقیه سترگ در صحت قضاوت مقلد بیان شده است. درهرحال، واکاوی در این دلایل، نظر مشهور فقها مبنی بر شرطیت اجتهاد در قاضی را تأیید می‌نماید. چه اینکه برداشت شرط اجتهاد از ادله توسط مشهور فقها، با توجه به وظیفه قاضی در استخراج و استنباط حکم از ادله اربعه در دعوی مطروحه، در زمان صدور روایات که هنوز قوانین مدون نگشته بود، منطقی می‌نمود. گرچه این مطلب از سوی فقها مورد تصریح قرار نگرفته، اما خوانش عبارات آنان، احتیاج قضاات به اجتهاد را صرفاً برای دست‌یابی به حکم از طریق ادله شرعی در زمان فقید قوانین مدونه آشکار می‌سازد. بر همین مبنا، سؤال اصلی در این مقاله این است که مبناي شرط اجتهاد برای قاضی چیست و این شرط در زمان کنونی با وجود قوانین مدونه چگونه ارزیابی می‌گردد؟ چنانچه نگارنده، بعد از واکاوی ادله طرفین، ضمن پذیرش نظر مشهور فقها در شرطیت اجتهاد برای قاضی، امروزه با وجود قوانین مدونه، دلیلی بر این شرطیت نیافته و وجود این شرط را صرفاً ناظر به «بعد تقنین» قاضی می‌داند. بنابراین می‌توان گفت که در حال حاضر، موضوع قضاوت نه آنکه تغییر یافته، بلکه محدود گشته است. قاضی سابق، علاوه بر وظیفه قضایی (تحقیق، رسیدگی، صدور حکم)، وظیفه تقنین نیز برعهده داشته که همین امر، اجتهاد را برای او لازم و ضروری می‌دانست. اما قاضی در زمان حاضر، صرفاً وظیفه قضایی داشته و تقنین از سوی او نهی شده و به نهاد دیگری (قوه قانون‌گذاری/مقننه) سپرده شده است. بر همین مبناست که قانون‌گذار در تعارض اجتهاد قاضی با قانون، قانون را مقدم داشته و در تبصره ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر داشته است: «چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند، پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد.» در این صورت، وی بایستی با صدور قرار امتناع از رسیدگی، پرونده را به شعبه دیگری محول نماید. علت عدم صدور حکم مطابق با اجتهاد خویش، ممنوعیت تقنین و قانون‌گذاری از سوی اوست. درحالی‌که تا قبل از تشکیل نهاد قانون‌گذاری و تدوین قوانین، این وظیفه نیز بر عهده قاضی بوده و شرط اجتهاد نیز منصرف به جنبه تقنینی و برای قاضی ضروری بوده است.

در رابطه با پیشینه موضوع، آنچه تاکنون از سوی پژوهشگران به رشته تحریر درآمده، بدون در نظر گرفتن این واقعیت بوده که وظایف قاضی در عصر کنونی که دوران تشکیل نهاد قانون‌گذاری بوده، با دورانی که این

نهاد وجود نداشته، تفاوت نموده است. به‌عنوان نمونه، محمدحسن حائری یزدی در مقاله‌ای با عنوان «قضاوت مقلد و مجتهد متجزی» در نشریه دانشکده الهیات، شماره ۵۱ و ۵۲، در سال ۱۳۸۰، ادله شرطیت اجتهاد را بدون توجه به وظیفه قاضی در زمان صدور روایت و پس از آن تشکیل قوه قانون‌گذاری، مورد نقد قرار داده است. این در حالی است که در این زمان، ادله موجود به‌درستی با توجه به وظیفه تقنین از سوی قاضی، اجتهاد را برای وی ضروری دانسته است. همچنین بابایی، احسان، در مقاله «تحلیل شرطیت اجتهاد در قضاوت با تأکید بر عنصر قانون» در نشریه پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، شماره دوم، در سال ۱۴۰۲، گرچه شرط اجتهاد را با توجه به عنصر قانون مورد بحث و بررسی قرار داده، اما رویکرد وی در این مقاله بدون واکاوی روایات مربوط به شرطیت اجتهاد، با توجه به نقش زمان در محدود شدن وظیفه قاضی در بستر زمانی متفاوت بوده است. به‌صورتی که ایشان «قانون» را یکی از منابع معتبر دانسته که صدور حکم مطابق با آن توسط قاضی، مخالفتی با مفاد روایات نخواهد داشت. همچنین در این مقاله، به‌طور کلی عملیات قضاوت که تطبیق حکم بر وقایع بوده، بی‌نیاز از اجتهاد دانسته شده است. این در حالی است که موضوع قضاوت، در قبل از تشکیل نهاد قانون‌گذاری، «تقنین» نیز بوده است و روایات مذکور بر همین اساس بایستی مورد تحلیل قرار بگیرند.

## آیات

صاحب جواهر به استناد آیات ۵۸<sup>۱</sup> و ۱۳۵<sup>۲</sup> سوره مبارکه نساء، ۸ سوره مبارکه مائده<sup>۳</sup> و مفهوم آیات ۴۴<sup>۴</sup> و ۴۷<sup>۵</sup> سوره مبارکه مائده، ملاک صحت حکم قاضی را مطابقت آن با موازین عدل و قسط دانسته و هر حکمی را از سوی هر شخصی که با حق و حقیقت سازگار بوده، صحیح و نافذ دانسته است. توضیح اینکه، به نظر ایشان، ملاک حقانیت حکم با توجه به نصوص، احکامی است که از سوی پیامبر (ص) و اهل بیت او به ما رسیده است. در این صورت، اگر شخصی در موضوعی احکام ایشان را دانسته و مطابق آن حکم نماید، این حکم با موازین حق و عدل سازگار خواهد بود؛ هرچند که وی به مرتبه اجتهاد نرسیده باشد (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۰، ص. ۱۶). لذا اطلاق آیات مذکور، شامل قاضی مجتهد و مقلد می‌باشد. بنابراین با این استدلال، در صورتی که شخصی به‌واسطه تقلید، حق را شناخت و بدان علم پیدا نمود و مطابق با آن حکم صادر نمود، این حکم به قسط و عدل است. حکم او به‌مثابه حکم مجتهد بوده و حکم مجتهد، حکم ائمه طاهرين و حکم ائمه، حکم خداوند باری تعالی می‌باشد.

۱. ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ان الله يعصمكم به ان الله كان سميعا بصيرا.
۲. يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين ان يكن غيبا أو فقيرا فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا وان تلووا أو تُعرضوا فإن الله كان بما تعملون خبيرا.
۳. يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى واتقوا الله ان الله خير بما تعملون.
۴. انا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا والربانيون والأحبار بما استخفوا من كتاب الله وكانوا عليه شهداء فلا تخشوا الناس واخشون ولا تشتروا بآياتي ثمنا قليلا ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون.
۵. ولْيَحْكُمْ أَهْلَ الْأَنْجِيلِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ.

در این رابطه، باید گفت: اولاً آنچه از آیات به دست می‌آید این است که در مقام قضاوت واجب است که به عدل و مطابق با موازین حق و حقیقت حکم صادر نمود. اما اینکه چه کسی این حکم را صادر نماید، در آیات شریفه مورد بحث قرار نگرفته است (عراقی، ۱۴۲۱، ص. ۴۳؛ منتظری، ۱۴۰۹، ج. ۲، ص. ۱۶۲). به عبارت دیگر، آیات در مقام بیان خصوصیات حکم و نه خصوصیات صادرکننده حکم می‌باشند. لذا آیات مذکور از این جهت اطلاقی ندارند. ثانیاً، چنان‌که برخی (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج. ۲، ص. ۷) نیز بیان داشته‌اند، بر فرض دلالت آیات بر مدعای ایشان، روایاتی که دلالت بر شرط اجتهاد دارند، این آیات را تقیید می‌زنند. ثالثاً، در صورتی که منظور صاحب جواهر این باشد که هر شخصی به‌صرف شنیدن حکم الهی از ائمه یا مجتهدین، توانایی صدور حکم داشته باشد، این امر با ماهیت قضا منافات دارد. وانگهی، چگونه این شخص صلاحیت و توانایی رفع اختلاف بین احکام اسلامی در مقام تعارض را دارد؟ بسیاری از احکام اسلامی دارای مخصص یا ناسخ بوده‌اند؛ مقلد چگونه این توانایی را دارد؟ آری؛ در صورتی که مراد ایشان شخصی باشد که دارای این توانایی‌ها باشد، بی‌شک وی دیگر مقلد نبوده و مجتهد است (معرفت، بی‌تا، ص. ۲۷۶). رابعاً، مراد از حق در آیات شریفه، حق واقعی است که حقانیت آن نزد حاکم و محکوم معلوم باشد (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج. ۱، ص. ۵۰). مقلد، عالم به حکم واقعی نیست. وی در مسائل مربوط به خودش همواره به مجتهد مراجعه می‌کند. چنین شخصی را نمی‌توان «عالم» دانست. همان‌طور که مریضی که به پزشک مراجعه نموده و داروی درمان بیماری خود را از او پرسیده است، نمی‌توان عالم به طبابت دانست. به همین خاطر است که حکم صادرشده از سوی مقلد را از موازین عدل و قسط دانست. چه بسا که حکم زمانی مطابق با موازین عدل بوده که صادرکننده آن، موضع و مبنای آن حکم را بداند (معرفت، بی‌تا، ص. ۲۷۶). این برداشت همسو با روایتی است که قضا را به چهار گروه تقسیم نموده و از این میان، صرفاً قضاتی اهل بهشت بوده‌اند که مطابق با حق حکم نموده و نسبت به این حقانیت «علم» نیز داشته باشند. آن دسته از قضاتی که مطابق با حق حکم نموده، اما علم به حقانیت حکم نداشته، همچون دو گروه دیگر که به جور حکم داده‌اند، اهل دوزخ خواهند بود (حر عاملی، ۱۳۷۶، ج. ۳، ص. ۴۰۵).

در هر حال، به نظر می‌رسد لازمه مطابقت حکم با موازین حق و عدل و قسط، استنباط صحیح آن حکم از ادله شرعی است. بدین معنا که حکمی خصوصیت حق و عدل و قسط را داشته که به طرق صحیح از منابع شرعی استخراج شده و سپس با تطبیق در دعوی مطروحه صادر گردد. پرواضح است که تطبیق حکم الهی با موضوعات خارجی در دعوی مطروحه را که در دائره وظیفه قضایی و نه تقنینی جای گرفته، نمی‌توان مصداق «مما انزل الله» دانست. چنان‌که صدور حکم بر اساس اقرار و شهادت و... را نیز نمی‌توان ذیل آیات مذکور تفسیر نمود. این عبارت که: «مراد از حق در آیات آن چیزی است که حقانیت آن با قطع نظر از حکم حاکم ثابت شده باشد، اما آنچه حقانیت آن با ملاحظه حکم حاکم به واسطه شهادت شهود ثابت شده باشد، مشمول آیات نمی‌باشد»، (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج. ۱، ص. ۵۳) به خوبی بیانگر مطالب فوق است. بی‌دلیل نبوده که فقها منصب قضا را به استناد همین آیات شریفه، مختص پیامبر (ص) و ائمه اطهار دانسته و روایاتی را که حاوی تحذیر

بوده، در بیان شرطیت اجتهاد قاضی ذکر نموده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج. ۲، ص. ۶). روشن است که این شرطیت، ناظر به بعد تقنین و قانون‌گذاری یا همان استنباط احکام بوده که محتاج به اجتهاد است.

## روایات

مهم‌ترین روایاتی که فقها در این رابطه مورد بحث قرار داده‌اند، یکی معتبره ابوخیجه سالم بن مکرم و دیگری مقبوله عمر بن حنظله می‌باشد. ابوخیجه از امام صادق (ع) نقل می‌کند که ایشان فرمودند:

هنگامی که نزاع و خصومتی بین شما پدید آمد و یا در دریافت و پرداخت چیزی، اختلاف بینتان ایجاد شد، مبدا که برای رفع اختلاف به فساق مراجعه کنید. شخصی را بین خودتان حاکم قرار دهید که حلال و حرام ما را بداند؛ زیرا من او را برای شما قاضی قرار دادم. مبدا که برخی از شما علیه دیگری نزد حاکم جائر شکایت ببرد.<sup>۱</sup>

در خصوص ضعف سند روایت مذکور، فقها بدان اعتنا نموده‌اند؛ زیرا مفاد آن موافق با عقل بوده (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج. ۱۲، ص. ۷) و مورد عمل فقها نیز قرار گرفته است (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ج. ۲، ص. ۶۰۰). لذا این شهرت عملی، جبران‌کننده ضعف سند آن است. موافقان قضاوت مقلد، مطابق این روایت، ملاک امام (ع) را برای صحت قضاوت این دانسته که قاضی عارف به احکام بوده و حرام و حلال آن را بشناسد. بنابراین، مقلدی که فتوای مجتهدش را در خصوص موضوع مورد نزاع بداند، عنوان «عارف» بر او صدق نموده و وی همان شخصی است که امام (ع) او را قاضی قرار داده و می‌توان برای رفع خصومت به او مراجعه نمود (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ج. ۲، ص. ۶۰۶). چه بسا در زمان پیامبر (ص) نیز اشخاصی که به امر قضا مشغول بوده‌اند و پیامبر (ص) مردم را برای رفع خصومت به ایشان ارجاع نموده‌اند، به درجه اجتهاد نرسیده بودند. اینان صرفاً بر اساس آنچه از پیامبر (ص) شنیده بودند، رفع تخاصم نموده و حکم صادر می‌کردند (تبریزی، بی‌تا، ج. ۱۸، ص. ۲۰؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۰، صص. ۱۶-۱۷). نکته دیگر اینکه، آنچه از نصوص به دست می‌آید این است که امامان معصوم (ع) اذن به قضاوت بین مردم را به شیعیان واقعی خودشان داده‌اند؛ آنان که پاسدار احکام الهی بوده و مطابق با آن بین مردم حکم نموده‌اند. در این صورت، تفاوتی ندارد که علم به این احکام از طریق اجتهاد یا تقلید حاصل شده باشد. بنابراین در مورد قضاوت، اذن عام از سوی امامان معصوم صادر شده است. چنان‌که توقیع شریف صاحب الامر (عج) نیز دلالت بر این اذن عام دارد<sup>۲</sup> (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۰، صص. ۱۷-۱۹).

ناگفته نماند، روایت ابوخیجه به صورت دیگری نیز نقل شده است. مطابق نقل دیگر، امام (ع) بعد از اینکه شیعیان را از مراجعه به قضات اهل جور منع نموده‌اند، می‌فرمایند: «به شخصی مراجعه نمایید که چیزی از

۱. ابن محبوب عن أحمد عن الحسن بن أبي الجهم عن أبي خديجة قال: «بعثني أبو عبد الله عليه السلام إلى أصحابنا فقال قل لهم إياكم إذا وقعت بينكم خصومة أو نزاع بينكم في شيء من الأخذ والعطاء أن تتحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفساق اجعلوا بينكم رجلاً ممن قد عرف حالنا وحرماننا فاني قد جعلته قاضياً وإياكم أن يتحاكم بعضكم بعضاً إلى السلطان الجائر.» (فيض کاشانی، ۱۴۰۶، ج. ۱۶، ص. ۹۰۲)

۲. «وَأَمَّا الْخَوَادِثُ الْوَأَقِعَةُ فَارْجِعُوا فِيهَا إِلَى رِوَاةِ خَدِيجَةَ فَإِنَّهُمْ حُجَّتِي عَلَيْكُمْ وَ أَنَا حُجَّةُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ» (ابن بابویه، ۱۳۹۵، ج. ۲، ص. ۴۸۳).

احکام ما را بدانند و او را بین خودتان قرار بدهید.»<sup>۱</sup> محتوای دو روایت با هم تفاوتی ندارد و ابوخدیجه در هر دو از امام صادق (ع) نقل نموده است. ظاهراً این اختلاف نسخ در روایات بدین جهت باشد که ابوخدیجه نقل به معنا نموده و الفاظ را تغییر داده است.

روایت دیگری که در بحث مذکور مورد استناد فقها قرار گرفته است، مقبوله عمر بن حنظله است. در این روایت نیز، امام صادق (ع) بعد از نهی شیعیان از مراجعه به قضات جور، آنان را برای رفع خصومت به شخصی ارجاع می‌دهند که راوی حدیث امامان معصوم بوده و حرام و حلال الهی را بشناسد و علم به احکام اسلامی داشته باشد. چنین شخصی است که ایشان او را حاکم بین شیعیان قرار داده‌اند. از آنجاکه محتوای این روایت با روایت ابوخدیجه تفاوتی نداشته، استدلال به این روایت نیز برای قضاوت مقلد یکسان است. لذا خصوصیات مذکور در روایت را می‌توان در مقلد نیز یافت و الزامی برای مجتهد بودن قاضی وجود ندارد.<sup>۲</sup>

به نظر می‌رسد عمده اختلاف فقها در استنباط از روایات مذکور، خوانش متفاوت آنان از الفاظی همچون «عارف» و «عالم» مسطور در روایات باشد. بدین صورت که آن دسته از فقهایی که اجتهاد را شرط قضاوت ندانسته بودند، اطلاقی این الفاظ را بر مقلد صحیح دانسته بودند. بدین معنا که مقلد با آگاهی از فتوای مجتهد خویش، «عالم» و «عارف» به احکام قضا بوده و خطاب امام (ع) برای رجوع مردم برای فصل خصومت‌شان شامل او نیز می‌شود. در مقابل، عده دیگری از فقهایی که اجتهاد را شرط ضروری قضاوت دانسته بودند، حمل این الفاظ را بر مقلد صحیح ندانسته و به عبارت دیگر او را «عالم» و «عارف» به احکام الهی نمی‌دانند. برای حل این اختلاف، روایات در دو بستر زمانی متفاوت، یعنی زمان فقدان نهاد قانون‌گذاری و زمان تشکیل این نهاد، مورد بازخوانی قرار می‌گیرد.

### فهم عرفی از معنای علم

ممکن است این‌گونه استدلال شود که علم مذکور در روایات و به‌طور خاص در معتبره ابوخدیجه «یعلم شیئا من قضایانا» جزم و یقین نیست؛ زیرا بسیاری از احکام و فتاوی‌ای مجتهد نیز از مقوله ظن است. با این توضیح که مستند برخی از فتاوی‌ ظن آور است. بنابراین این علم، شامل ظن نیز می‌شود. نتیجه اینکه مقلد این نوع علم را داشته و تصدی منصب قضا از سوی او مانعی نخواهد داشت. در این رابطه، نکات زیر قابل ذکر است:

اول اینکه برخی از فقها، روایت ابوخدیجه را بیگانه از بحث مذکور، یعنی شرایط قاضی، می‌دانند. به نظر اینان، روایت ابوخدیجه از یک سو به ممنوعیت مراجعه به قضات فاسق و اهل جور پرداخته و از سوی دیگر، صرفاً در مقام بیان اثبات اذن عام از جانب امام (ع) برای قضاوت شیعیان است. اما اینکه این قضات چه شرایطی بایستی داشته باشند، مدنظر امام (ع) در این معتبره نبوده است. به همین خاطر است که این دسته از

۱. «الْحُسَيْنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ مُعَلَّى بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ أَبِي خَدِيجَةَ قَالَ قَالَ لِي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَ إِذَا كُنْتُمْ أَنْ يُحَاكِمَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا إِلَى أَهْلِ الْجَوْرِ وَ لَكِنْ انظُرُوا إِلَى رَجُلٍ مِنْكُمْ يَعْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائِنَا فَاجْعَلُوهُ بَيْنَكُمْ فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ قَاضِيًا فَتَحَاكِمُوا إِلَيْهِ.» (كلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۴۱۲)

۲. و زوی عُمَرُ بْنُ حَنْظَلَةَ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «انظُرُوا إِلَى رَجُلٍ مِنْكُمْ قَدْ زَوَى حَدِيثَنَا وَ نَظَرَ فِي خَلَائِنَا وَ حَرَامِنَا وَ عَرَفَ أَحْكَامَنَا فَلْتَرْضُوا بِهِ حَكْمًا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا فَإِذَا حَكَمَ بِحُكْمِنَا فَلَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ فَإِنَّمَا بِحُكْمِ اللَّهِ أُسْتُخَفَّ وَ عَلَيْنَا رَدُّ وَ الرَّأْيُ عَلَيْنَا رَأْيُ اللَّهِ وَ هُوَ عَلَى حَدِّ الشَّرْكِ بِاللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ.» (ابن‌ابی‌جمهور، ۱۴۰۳ق، ج ۳، ص ۱۹۲)

فقها، شرط اجتهاد در قاضی را در مقبوله عمر بن حنظله مورد بحث قرار می‌دهند (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج. ۱، ص. ۵۸). البته ناگفته نماند، مرحوم خوبی (ره) اثبات اذن عام از جانب امام (ع) را نیز به استناد این روایت مورد خدشه قرار می‌دهد. به نظر ایشان، عبارت «فانی قد جعلته قاضياً» فرع بر عبارت «فاجعلوه بینکم» بوده و این عبارت اخیر بیانگر این است که قاضی مذکور، از سوی طرفین دعوی انتخاب شده و قاضی تحکیم است. گرچه ایشان نهایتاً دلالت عقل را برای این اذن عام کافی دانسته و فقدان این اذن را موجب عسر و حرج و تزلزل نظام اسلامی می‌داند (خوبی، ۱۴۲۲، ج. ۴۱، صص. ۸، ۱۱-۱۰).

نکته دوم اینکه، فارغ از بحث پیشین، اطلاق‌گیری از لفظ علم به گونه‌ای که شامل ظن شخصی مقلد هم بشود، با ظاهر روایت سازگاری نداشته و این اطلاق نیازمند دلیل بوده که در «ما نحن فیه» دلیلی وجود ندارد. نکته سوم اینکه، به اجماع فقها برای هیچ مقلدی شرط نشده است که در صورتی به فتوای مجتهد خویش عمل نماید که برایش ظن شخصی حاصل گردد. چه بسا این ظن نیز هیچ‌گاه برای مقلد ایجاد نگردد. ولی درهرحال، وی مکلف به عمل به فتوای مجتهد خویش باشد. لذا نمی‌توان علم را به ظن شخصی مقلد تسری داد. چهارمین نکته اینکه، با توجه به روایات دیگری همچون مقبوله عمر بن حنظله، اطلاق‌گیری از لفظ علم در معتبره ابوحدیجه امکان‌پذیر نیست. زیرا عباراتی نظیر «روی حدیثنا»، «نظر فی حلالنا و حرامنا»، «عرف احکامنا» در مقبوله عمر بن حنظله به اعتبار علم صدق کرده و شامل ظن شخصی مقلد نمی‌شود. چنان‌که برخی از فقها منظور از عبارات مذکور را اجتهاد دانسته‌اند. بدین صورت که اطلاق لفظ «عارف» و «صاحب نظر» در احکام اسلامی، بر مقلد صحیح نیست (عراقی، ۱۴۲۱، صص. ۴۰، ۴۳). این الفاظ به شخصی صدق می‌کند که نسبت به همه خصوصیات و ویژگی‌های احکام اسلامی احاطه کامل داشته باشد (منتظری، ۱۴۰۹، ج. ۲، ص. ۱۵۷).

با توجه به این مطالب، مراد از علم را شاید بتوان «علم عرفی» تفسیر نمود. توضیح اینکه بی‌شک، مجتهد برخی از استنباطات او ظنی بوده، اما درهرحال عرف به وی «عالم» می‌گوید. همان‌طور که اطلاق لفظ عالم نسبت به دانشمندان و متخصصین سایر علوم نیز از همین مقوله است. اینان نسبت به بسیاری از مطالب جزم و یقین نداشته، ولی عرف آنان را عالم می‌داند. اما هیچ‌گاه عرف مقلد را «عالم» نمی‌نامد (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج. ۱، صص. ۶۰-۶۱؛ عراقی، ۱۴۲۱، ص. ۴۰). شاید بر همین مبناست که برخی، ظن اجتهادی را قائم مقام دلیل قطعی می‌دانند (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸، ج. ۱۵، ص. ۸). وانگهی، مراجعه مقلد به مجتهد و دست‌یابی او به احکام هیچ‌گاه «عالمانه» محسوب نمی‌شود. پرواضح است این فهم عرفی از معنای علم، در دائره استنباطات قطعی و ظنی جای می‌گیرد. به عبارت دیگر، در حیطة تشریح یا به تعبیر امروزی تقنین احکام، عرف مقلد را عالم ندانسته و این لفظ را صرفاً منصرف به استنباطات ظنی و قطعی مجتهد می‌داند. بنابراین، شرطیت اجتهاد در روایات را نیز بایستی منصرف به بعد تشریح/تقنین دانست. این در حالی است که عرف در بعد قضایی که بی‌نیاز از استنباط و استخراج حکم بوده، مقلد را در صورت آگاهی به امور قضایی متصف به صفت «عالم» می‌داند.

### طریقت یا موضوعیت داشتن اجتهاد در قاضی

طریقت داشتن اجتهاد در قاضی بدین معناست که آنچه از روایات به دست می‌آید این است که «اجتهاد» طریقی برای اطلاع قاضی به احکام اسلامی بوده و بر همین اساس، قضاوت او را می‌توان مطابق با موازین عدل و حق و حقیقت دانست. بنابراین چنانچه وی با «تقلید» نیز به این اطلاع دست پیدا کند، قضاوت او مورد قبول خواهد باشد. چه اینکه در این صورت، «اجتهاد» برای قاضی موضوعیت نداشته و آنچه مهم است، اطلاع یافتن او بر احکام اسلامی است.

برخی از فقها این نوع برداشت را با ظاهر روایات ناسازگار دانسته‌اند. به نظر اینان، علم و معرفت به احکام اسلامی در روایات، در این معنا ظهور دارد که شخص به تمام خصوصیات و جزئیات احکام احاطه داشته باشد. بنابراین، معتقدند شرط اجتهاد در روایات موضوعیت دارد (منتظری، ۱۴۰۹، ج. ۲، صص. ۱۵۸-۱۵۷؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج. ۱، ص. ۷۰). چنانچه شخصی غیر از مجتهد به صدور حکم بپردازد، حتی در صورتی که حکم صادره از او منطبق با موازین حق و حقیقت باشد، این حکم به استناد نصوص، مورد تنفیذ قرار نمی‌گیرد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، صص. ۷-۹). ممکن است اشکال شود که الفاظ «عالم» و «عارف» در روایات از مقوله لقب بوده و القاب دارای مفهوم نبوده و دلالت بر نفی آن، یعنی قضاوت غیرمجتهد، نمی‌کند. لذا نمی‌توان قضاوت مقلدین را به استناد موضوعیت داشتن اجتهاد منتفی دانست. اما باید گفت در صورتی که قید و لقب در مقام تحدید باشد، قطعاً دارای مفهوم است. این قیود «احترازی» محسوب گشته و وقوع آن در مقام تحدید، قرینه‌ای بر مفهوم داشتن آن بوده و غیر آن را نفی می‌نماید (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج. ۱، ص. ۶۶؛ عراقی، ۱۴۲۱، ص. ۴۴).

دلیل دیگری که می‌توان بر موضوعیت داشتن اجتهاد از عبارات فقها به دست آورد، این است که به پستوانه اصل عدم ولایت، نفوذ حکم شخص بر دیگری خلاف اصل است. آنچه به‌طور یقین از شمول این اصل خارج می‌گردد، حکم مجتهد است. لذا نفوذ حکم غیرمجتهد بر دیگری در شمول اصل عدم ولایت باقی می‌ماند. زیرا هیچ دلیل لفظی وجود نداشته تا بتوان با اطلاق آن به نصب قاضی مقلد تمسک نمود (خویی، ۱۴۲۲، ج. ۴۱، ص. ۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج. ۲، ص. ۵).

دره‌حال، موضوعیت داشتن اجتهاد در قاضی به استناد روایات، مشعر بر این است که شخص به مدارک احکام علم داشته باشد و صرف اطلاع او از فتوای فقها کافی به نظر نمی‌رسد. چنان‌که برخی بر همین اساس، مجتهد متجزی را که به برخی از ملاکات و مدارک احکام علم پیدا نموده‌اند، شایسته قضاوت ندانسته‌اند (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸، ج. ۱۵، ص. ۱۱). بدیهی است اجتهاد که لازمه آن علم به مدارک کلیه احکام اسلامی است، در مقام تشریح یا به تعبیر امروزی تقنین احکام ضروری بوده و در تحقیق و رسیدگی و صدور حکم که دربرگیرنده جنبه قضایی بوده و عمده وظیفه قاضی در این مرحله، تطبیق دعوی مطروحه با قوانین مدون است، دانستن مدارک احکام کارآیی چندانی نخواهد داشت.

### امکان سنجی اذن به قضاوت از سوی مجتهد به مقلد (قاضی مأذون)

اذن مجتهد به مقلد برای قضاوت، از مسائل دیگری بوده که مورد بحث فقها واقع شده است. بدین صورت که مجتهد، مقلدی را به عنوان قاضی منصوب کرده تا مطابق با فتاوی وی، بر اساس نیابتی که از او داشته، به امر قضا بپردازد. چنان که در حال حاضر نیز بر مبنای پذیرش شرط اجتهاد در قاضی، همین راهکار مطرح گشته و قضاتی را که عمدتاً در محاکم دادگستری به رسیدگی و صدور حکم پرداخته‌اند، «قاضی مأذون» می‌دانند. به عبارتی، اینان از سوی ریاست قوه قضاییه که به صراحت اصل ۱۵۷ از مجتهدین بوده، اذن در قضاوت داشته و با توجه به حجم بالای پرونده‌ها در محاکم و کمبود قضاات مجتهد، این محذور برطرف گردیده است. برخی از فقها، رفتار ائمه اطهار (ع) را در نصب قضاتی همچون زاره بن‌اعین، محمد بن مسلم ثقفی، حارث بن مغیره، ابان بن تغلب و... که هیچ‌کدام به معنای مصطلح امروزی مجتهد نبوده‌اند، بر مبنای همین اذن توجیه نموده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۰، ص. ۱۹؛ تبریزی، بی‌تا، ج. ۱۸).

عبارات برخی از فقها در عدم پذیرش این اذن، صرفاً و به درستی، نقش قاضی را در تشریح و تقنین احکام اسلامی از ادله در زمان صدور روایات و فقدان نهاد قانون‌گذاری نمایان می‌سازد. چنان که برخی با بیان اینکه مقلد دارای درایت و بینش مجتهد نبوده و فاقد معرفت کامل نسبت به احکام اسلامی بوده، این اذن را خلاف ظاهر روایات و بلکه خلاف اجماع فقها و سلوک فقهای سلف دانسته‌اند (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ص. ۸). بنابراین آنچه از روایات مستفاد می‌شود این است که اذن عام امام (ع) به قضاوت بین مردم نسبت به افرادی است که قدرت استنباط احکام شرعی را دارا باشند. بر همین مبنا در صورت فقدان نهاد قانون‌گذاری، مجتهد نیز صلاحیت صدور این اذن برای مقلدین را ندارد. چه اینکه اعطای این اذن به آنان، قدرت استنباط احکام اسلامی نمی‌دهد. مرحوم خوئی (ره) نیز که روایات ابوخیجه و مقبوله عمر بن حنظله را در مورد نصب عام قاضی از سوی امام (ع) مورد مناقشه قرار داده و به دلالت عقل این نصب عام را پذیرفته بود، از آنجا که دلیل عقل یک دلیل لبی بوده، به قدر متیقن آن اکتفا نموده و صرفاً این اذن امام (ع) را ناظر به قضاات مجتهد می‌داند. همچنین ایشان در مورد توقیع شریف امام عصر (عج) نیز با اغماض از ضعف سندی آن، روایت را صرفاً شامل افرادی که تمکن استنباط احکام از کتاب و سنت داشته‌اند، می‌داند (خوئی، ۱۴۲۲، ج. ۴۱، صص. ۱۲-۱۰). گفتنی است افرادی نیز که در زمان ائمه اطهار (ع) به قضاوت می‌پرداختند، جزء اساطیر و فقهای عظام آن زمان بودند. اینان جملگی دارای فهم و بینش عمیق نسبت به احکام اسلامی بوده و بر اساس اجتهاد خویش به امر قضا می‌پرداختند. چنان که برخی در مدح ایشان بیان داشته‌اند: «آنان فقهای برجسته و نوابغ فهم، درک و بینش هستند؛ آنان ستون‌های علم، اساس و پایه اجتهاد در دین هستند، گویی مایه فخر و مباهات شیعه و رهبران شریعت در اصول و فروع دین هستند»<sup>۱</sup> (معرفت، بی‌تا، ص. ۲۷۵). حال در عصر حاضر با تشکیل نهاد قانون‌گذاری و نهی قضاات از تقنین و به تبع با محدود گشتن وظیفه قاضی به جنبه صرف قضایی، مطرح نمودن راه حل «قاضی مأذون»، فارغ از اینکه فاقد مبنای شرعی قوی بوده، ضرورتی نیز نخواهد داشت.

۱. هم فقهاء نبلاء و جهابذة الفهم و الدراية، هم اساطین العلم و اس الاجتهاد فی الدین کأنه مفاخر الشیعة و زعمائهم الشریعة فی اصولها و فروعها.

زیرا همان‌طور که معلوم گشت، اجتهاد قاضی منصرف به جنبه تقنینی قاضی بوده است. جنبه قضایی قاضی که امروزه صرفاً همین وظیفه بر عهده قضات بوده، نیازمند اجتهاد نخواهد بود. به همین خاطر است که برخی از فقها، قضاوت مقلد را صرفاً زمانی که نیازی به استنباط حکم دعوی مطروحه نداشته، پذیرفته‌اند. در واقع در این صورت، قاضی مقلد صرفاً بر اساس علم خود به «تفتیش و کشف حقیقت» پرداخته و حکم صادر می‌نماید (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج. ۲، ص. ۸).

### قضاوت قاضی مجتهد متجزی

همان‌طور که در تقلید از مجتهد متجزی اختلاف نظر وجود داشته، در قضاوت وی نیز بین فقهای که اجتهاد را در قاضی شرط دانسته‌اند، این اختلاف وجود دارد. مهم‌ترین دلیل موافقان قضاوت مجتهد متجزی، استناد به فقره‌ای از روایت ابوخیجه است. ظاهر عبارت «یعلم شیئا من قضایانا» در این روایت با مجتهد متجزی که ملکه نسانیه نسبت به برخی از مسائل فقهی کسب نموده، هم‌خوانی دارد (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج. ۱۲، ص. ۷). علاوه بر این بیان شده است که هدف اصلی از شرط اجتهاد در قاضی، اطلاع از مأخذ حکم بوده که این هدف در مجتهد متجزی حاصل می‌شود. در مقبوله عمر بن حنظله نیز عبارت «عرف احکامنا» گرچه به صورت جمع مضاف آمده، اما این اضافه مفید عموم نبوده بلکه افاده جنس می‌نماید. بنابراین مراد امام (ع) این نبوده که به شخصی مراجعه شود که تمامی احکام اسلامی را بداند، بلکه منظور این است که شیعیان دعوی خود را نزد مخالفین اهل بیت (ع) برای حل و فصل مطرح نمایند (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ج. ۲، صص. ۶۱-۶۰). به نظر مرحوم امام خمینی (ره) نیز عبارت «جعلته حاکما» در روایت دلالت بر این داشته که ایشان در مقام جعل منصب حکومت برای فقیه بوده‌اند. لذا مراد امام (ع) این نبوده که وی عارف بالفعل به تمام احکام باشد. حتی بر فرض امکان اینکه غیر از امام (ع) افراد دیگری بتوانند بالفعل عارف به تمام احکام بشوند، احراز آن برای ما ممکن نخواهد بود. همچنین هدف اصلی امام (ع) در مقبوله، منع رجوع افراد به اهل جور و مراجعه ایشان به پیروان اهل بیت (ع) بوده که از برخی علوم اینان بهره‌مند بوده‌اند. در این صورت، خطاب امام (ع) شامل مجتهد متجزی نیز می‌شود. البته شکی نیست که این شخص بایستی نسبت به مباحث قضا اجتهاد داشته باشد (موسوی خمینی، ۱۳۷۶، ج. ۴، صص. ۶۰۴-۶۰۳). در عصر کنونی نیز که بسیاری از علما مجتهد متجزی بوده و نسبت به همه ابواب فقهی به درجه اجتهاد نرسیده‌اند، می‌توان از باب ضرورت حفظ نظام، قضاوت مجتهد متجزی را پذیرفت (بحرانی، ۱۲۱۶، ج. ۱۴، ص. ۱۲؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ص. ۷). البته ناگفته نماند، مرحوم خویی که روایت ابوخیجه را ناظر بر قاضی تحکیم دانسته، عبارت «یعلم شیئا من قضایانا» را دال بر اجتهاد نمی‌داند. به اعتقاد ایشان علوم ائمه اطهار (ع) گرچه برای هیچ‌کس قابل احاطه نیست، اما قضایا و احکام ایشان در مورد خصومات و قضا قابلیت احاطه را دارد. لذا مرحوم خویی (ره) برخلاف نظر مشهور فقها، شرط اجتهاد در قاضی تحکیم را نپذیرفته است (خویی، ۱۴۲۲، ج. ۴۱، صص. ۱۲-۱۰).

این مطلب نیز گفتنی است که برخی جواز رجوع به مجتهد متجزی را در صورتی جایز دانسته‌اند که مجتهد مطلق وجود نداشته باشد. علت این است که در صورت وجود چند مجتهد بایستی به اعلم آن‌ها مراجعه نمود.

زیرا حکم اعلم به حق و حقیقت نزدیک‌تر است. مقبوله عمر بن حنظله نیز بر این امر دلالت دارد. به همین خاطر است که اینان گرچه به استناد روایت ابوخدیجه، قضاوت متجزی را بعید ندانسته، اما احتیاط را در عدم نفوذ قضاوت متجزی دانسته، خصوصاً زمانی که مجتهد مطلق وجود دارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج. ۲، ص. ۸). البته اینکه حکم اعلم همیشه اقرب به واقع و حقیقت بوده، صحیح به نظر نمی‌رسد. زیرا با فرض پذیرش اعلمیت مجتهد مطلق نسبت به متجزی، این‌گونه نیست که تمامی فتاوی مجتهد اعلم، اقرب به حق باشد. چه بسا در مواردی حکم مجتهد متجزی به واقع نزدیک‌تر باشد. چنان‌که امام (ع) نیز در مقبوله عمر بن حنظله صرفاً در مقام رفع تخاصم بین حکم طرفین، حکم آن کسی را که عادل‌تر و فقیه‌تر و در نقل حدیث راستگوتر و باتقواتر است، ملاک قرار داده‌اند. این امر دلالتی بر اینکه حکم او همواره مطابق با واقع بوده، نخواهد داشت. (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ج. ۲، صص. ۶۰۲-۶۰۱). همچنین در خصوص احکام مجتهدین مطلق اعلم، نیز اختلاف فتوی وجود دارد. برخی از اینان با مفضولین هم‌رأی و هم‌نظر هستند.

در مقابل، برخی دیگر از فقها بر این باورند که رجوع افراد توسط امام (ع) برای فصل خصومت، بی‌شک مجتهد مطلق می‌باشد. تعبیر «یعلم شینا من قضایانا» از امام (ع) نیز سنجش علم مجتهد مطلق با خود ایشان یا امامان معصوم (ع) بوده است. وانگهی علم مجتهد مطلق در برابر حضرات معصومین همچون قطره در برابر دریاست (عراقی، ۱۴۲۱، صص. ۴۶-۴۵؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج. ۲۷، ص. ۴۱).

در حال، بدیهی به نظر می‌رسد که اختلاف فقها در اجتهاد مطلق یا متجزی ناشی از وظیفه خطیر قاضی در استنباط احکام دعاوی مطروحه نزد وی باشد. دلایل اینان برای نفوذ حکم قاضی مجتهد متجزی، گویای این مطلب می‌باشد. مهم‌ترین دلیل این بود که هدف اصلی شرط اجتهاد، اطلاع یافتن قاضی از مأخذ حکم است و مجتهد متجزی در باب قضا به این اطلاع دست یافته است. روشن است این هدف با جنبه تشریح یا تقنین احکام سازگاری دارد. جنبه قضایی که شامل تحقیق و رسیدگی و صدور حکم بوده نیازی به این دسترسی نداشته و صرفاً همین که مطابق با احکام اسلامی حکم صادر گردیده، کفایت می‌کند. این مطلب مطابق نظر مرحوم امام خمینی (ع) نیز که هدف اصلی امام (ع) را جعل حکومت برای فقیه تلقی نموده و قضاوت مجتهد متجزی را همسو با این هدف دانسته روشن‌تر می‌گردد. لازمه جعل حکومت برای فقیه و اجرای دستورات و احکام الهی در جامعه، تشریح و تقنین آن احکام است. مادامی که احکام اسلامی از سوی فقیه استخراج نگشته، مجال برای اجرای آن وجود نخواهد داشت. در بحث قضا نیز فقیه ابتدا حکم را استنباط نموده و سپس مطابق با آن حکم صادر می‌نماید. دلایل فقهایی که قضاوت مجتهد متجزی را صحیح ندانسته نیز به بعد تقنین او باز می‌گردد. چنان‌که در عدم جواز قضاوت مجتهد متجزی، به معبر نبودن ظنون او برخلاف ظنون مجتهد مطلق که به‌منزله قطع بوده، استدلال نموده‌اند (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸، ج. ۱۵، صص. ۱۲-۱۱). لذا توجه به همین جنبه تقنینی قاضی بوده است که مقام قضاوت را مقام خطیری دانسته که صرفاً شخصی شایستگی نشستن بر آن منصب را داراست که «دارای استعداد کامل در استنباط احکام (مجتهد مطلق)» باشد (سبزواری، ۱۴۱۳، ج. ۲۷، ص. ۴۰). بنابراین آنچه نگارنده از این اختلاف فتاوی به دست آورده این است که

می‌توان منشأ این فتاوی‌های مختلف را در حساسیت برخی فقها نسبت به انجام صحیح وظیفه تقنین از سوی قاضی متجری دانست.

### قطعیات احکام صادره از سوی قاضی مجتهد در سنجه تقنین

در نظام قضایی اسلام، آرای صادره از قضات، قطعی بوده و تجدیدنظرپذیری در مورد آن‌ها وجود نداشته و به عبارت دیگر این آرا تک‌مرحله‌ای و در مرحله بالاتر مورد نقض یا ابرام واقع نمی‌شوند. به‌طوری که این آرا به محض صدور از اعتبار امر مختومه برخوردار می‌باشد. چنان‌که برخی به استناد مقبوله عمر بن حنظله، نقض حکم قاضی را بعد از صدور آن جایز ندانسته‌اند (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج. ۱، صص. ۶۸-۶۷). به نظر نگارنده این علت را نیز بایستی در «اجتهاد» قاضی صادرکننده آرا دانست. زیرا تجدیدنظرپذیری از آرا با اجتهاد قاضی صادرکننده رأی هم‌خوانی ندارد. شاید به همین خاطر است که حکم قاضی حتی در صورتی که یکی از طرفین دعوی یا هر دوی آنان مجتهد بوده و حکم صادره با اجتهاد آنان در تضاد باشد نیز نسبت به آنان نافذ و لازم‌الاجراست (خویی، ۱۴۲۲، ج. ۴۱، ص. ۵). بنابراین، از آنجاکه این شرطیت ناظر بر بعد تقنین بوده، قطعیات آرا را نیز بایستی منصرف به همین مرحله دانست. به عبارت دیگر «عدم نقض آرا صادرشده از قضات مجتهد از مقتضیات نفس حکم بوده است.» (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج. ۱، ص. ۶۸). مقتضای حکم صادره که ناشی از اجتهاد قاضی بوده این است که هیچ‌گاه نقض نشود. چه اینکه قاضی ابتدا در مرحله تقنین، حکم کلی را از ادله شرعی استنباط نموده و پس از آن وارد مرحله قضایی شده و پس از تحقیق و بررسی به رسیدگی پرداخته و نهایتاً آن حکم کلی استنباط‌شده به واسطه اجتهاد خویش را با دعوی مطروحه تطبیق داده و اقدام به صدور حکم نموده است. بنابراین آنچه دارای خصوصیت قطعی و غیر قابل تجدیدنظرپذیری بوده، همان «حکم شرعی کلی» است که توسط مجتهد استنباط شده است. اینکه در تطبیق حکم شرعی کلی بر دعوی مطروحه یا همان مرحله قضایی این قطعیت وجود داشته باشد، محل تردید است. گرچه برخی با توجه به لفظ «دین» و عبارت «و ان كان حقه ثابتاً» در مقبوله عمر بن حنظله این قطعیت را ناظر به موضوعات خارجی و بعد قضایی نیز دانسته‌اند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج. ۱، ص. ۶۹)، اما انصاف این است که روایات شامل موضوعات خارجی نمی‌شود. زیرا در روایت مذکور وقتی راوی از امام (ع) می‌پرسد که دو نفر در مورد دین یا میراثی منازعه‌ای بین‌شان رخ داده است، در این صورت در اصل وجود دین اختلافی ندارند. نزاع و مخاصمه این دو نفر در واقع در حکمی از احکام مربوط به دین یا ارث می‌باشد. بنابراین روایت شامل موضوعات خارجی نمی‌باشد (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج. ۱، ص. ۶۹). بر همین مبنا احکامی که امروزه از سوی قضات در محاکم دادگستری صادر می‌شود، قابلیت تجدیدنظرپذیری را دارد. چنان‌که عمده احکام صادره نیز در مراجع بالاتر مورد بررسی مجدد قرار گرفته و چه بسا برخی از آن احکام نیز مورد نقض واقع می‌شوند. بنابراین این عدم قطعیت آرا را که در مرحله قضایی صورت گرفته نمی‌توان با قطعیت آرا در نظام قضایی اسلام مورد مقایسه قرار داده و آن را خلاف موازین شرعی دانست.

### انتفای عسر و حرج

برخی از فقها با پذیرش شرط اجتهاد در قاضی، نهایتاً با وجود عسر و حرج، رجوع به قاضی مقلد را برای فصل خصومت جایز می‌دانند (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ج. ۲، ص. ۶۸). خصوصاً در زمان کنونی که حجم پرونده‌های مطروحه در دستگاه قضا رو به فزونی بوده و رسیدگی به آنان صرفاً از سوی قضات مجتهد موجب اطاله دادرسی و هرج و مرج و اخلال در نظام قضایی می‌شود. لذا برای دفع این مفسده چاره‌ای برای مراجعه به قضات غیرمجتهد باقی نمی‌ماند. در این رابطه فارغ از اینکه ادله نفی عسر و حرج، شامل عسر و حرج شخصی می‌شود، بدین معنا که در صورتی که شخصی در رجوع به مجتهد برایش سختی و حرج پیش بیاید، می‌تواند به مقلد مراجعه نماید، (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج. ۱، ص. ۸۲) باید گفت از آنجاکه شرط اجتهاد در قاضی منصرف به جنبه تقنین او بوده است، امروزه از یک سو با تشکیل نهاد قانون‌گذاری و از سوی دیگر با گذار از وظیفه تقنینی به وظیفه مجرد قضایی برای قاضی، منعی برای پذیرش قضات مقلد در دستگاه قضا وجود نداشته و به تبع نیازی به استناد به ادله نفی عسر و حرج نمی‌باشد.

### نتیجه‌گیری

شرط اجتهاد برای قاضی از زمره شرایط اختلافی میان فقها می‌باشد. به نظر مشهور فقها گرچه روایات صرفاً سخنی از اجتهاد قاضی به میان نیاورده، اما عبارات مذکور خصوصاً در معتبره ابو‌خدیجه و مقبوله عمر بن حنظله بیانگر شرط اجتهاد می‌باشند. بنابراین مطابق نظر اینان چنانچه شخصی غیر از مجتهد به امر قضا پرداخته، حتی در صورتی که حکم او با موازین الهی مطابقت داشته باشد، نافذ نخواهد بود. در مقابل، عده دیگری از فقها این برداشت از روایات را نپذیرفته و به پشتوانه اطلاقات برخی از آیات قرآن کریم، ملاک صحت و نفوذ حکم را مطابق آن با احکام اسلامی و موازین حق و حقیقت دانسته‌اند. مطابق این دیدگاه اجتهاد طریقی برای رسیدن به این ملاک خواهد بود. بنابراین چنانچه مقلد نیز با آگاهی از احکام و موازین اسلامی به قضاوت پرداخته و مطابق با آن احکام به صدور حکم مبادرت ورزد، حکم او صحیح خواهد بود.

به نظر می‌رسد این اختلاف بدون توجه به وظایف قاضی در دو زمان متفاوت به وجود آمده است. توضیح اینکه در زمان فقدان نهاد قانون‌گذاری، قاضی وظیفه «تقنین» نیز برعهده داشته است. به گونه‌ای که در دعاوی مطروحه وی ابتدا می‌بایست حکم آن دعوی را از ادله شرعی استنباط نموده و سپس به فصل خصومت بپردازد. بدیهی است پرداختن به این وظیفه صرفاً از سوی مجتهدین امکان‌پذیر خواهد بود. حال آنکه در زمان تشکیل نهاد قانون‌گذاری، قضات حق «تقنین» نداشته و صرفاً بایستی مطابق با قوانین مدون به تحقیق و رسیدگی و صدور حکم بپردازند. پرواضح است که این وظیفه «قضایی» نیازمند اجتهاد نخواهد بود. بنابراین نگارنده، نظر مشهور فقها در شرطیت اجتهاد برای قاضی را پذیرفته اما پذیرش آن را مربوط به زمانی می‌داند که قاضی دارای دو جنبه «تقنینی» و «قضایی» بوده است. در زمان کنونی که قضات صرفاً دارای جنبه «قضایی» بوده، لزومی برای اجتهاد قاضی باقی نمی‌ماند. بر همین مبنا، نظر خلاف مشهور فقها که حتی در جنبه «تقنین» اجتهاد را شرط ندانسته، پذیرفتنی نخواهد بود.

## منابع

- ابن ابی جمهور، محمد بن علی. (۱۴۰۳). عوالی الثالی العزیزة فی الأحادیث الدینیة. قم: سیدالشهداء. صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۳۹۵). کمال الدین و تمام النعمة. تهران: دار الکتب الاسلامیة.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- آشتیانی، میرزا محمدحسن. (۱۴۲۵). کتاب القضاء. قم: زهیر.
- ابن عصفور، حسین بن محمد. (بی تا). أنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع. قم: مجمع البحوث العلمیة.
- تبریزی، جواد. (بی تا). أسس القضاء و الشهادة. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- طباطبایی، سید علی بن محمد. (۱۴۱۸). ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۳۷۶). الفصول المهمة فی أصول الأئمة. قم: معارف اسلامی امام رضا (ع).
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲). مباحث تکملة المتهاج. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی (ره).
- سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳). مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: مؤسسه المنار.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۱۴). تکملة العروة الوثقی. قم: داورى.
- عراقی، ضیاء الدین. (۱۴۲۱). کتاب القضاء. قم: معارف اسلامی امام رضا (ع).
- فیض کاشانی، محمد بن شاهمرتضی. (۱۴۰۶). الوافی. قم: مکتبه الامام امیرالمؤمنین علی (ع).
- کاشف الغطاء، حسن بن جعفر. (۱۴۲۲). أنوار الفقاهة (کتاب القضاء). نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷). الکافی. تهران: دار الکتب الاسلامیة.
- معرفت، محمد هادی. (بی تا). تعلیق و تحقیق عن أمهات مسائل القضاء. قم: مهر.
- منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹). دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الاسلامیة. قم: تفکر.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۲۳). فقه القضاء. قم: بی نا.
- خمینی، سید روح الله. (۱۳۷۶). تنقیح الأصول. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن. (۱۴۲۷). رسائل المیرزا القمی. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

## Reference

- Ibn Abī Jumhūr, Muḥammad b. ‘Alī. (1403 AH [1982/1983 CE]). *‘Awālī al-la’ālī al-‘azīziyya fī al-aḥādīth al-dīniyya* [The exalted precious pearls in religious ḥadīths]. Qom: Sayyid al-Shuhadā’.
- Ṣadūq, Muḥammad b. ‘Alī b. Bābawayh. (1395 SH [2016/2017 CE]). *Kamāl al-dīn wa tamām al-ni’ma* [The perfection of religion and completion of blessing]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- Muḥaddas Ardabīlī, Aḥmad b. Muḥammad. (1403 AH [1982/1983 CE]). *Majma’ al-fā’ida wa-l-burhān fī sharḥ Irshād al-adhhān* [The compendium of benefit and proof in commentary on *Irshād al-adhhān*]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Āshtiyānī, Mīrzā Muḥammad Ḥasan. (1425 AH [2004/2005 CE]). *Kitāb al-qaḍā’* [The book of adjudication]. Qom: Zuhayr.
- Ibn ‘Uṣfūr, Ḥusayn b. Muḥammad. (n.d.). *Anwār al-lawāmi’ fī sharḥ Maḥāṭīh al-sharā’i’* [The shining lights in commentary on *Maḥāṭīh al-sharā’i’*]. Qom: Majma’ al-Buḥūth al-‘Ilmiyya.

- Tabrizī, Jawād. (n.d.). *Usus al-qaḍā' wa-l-shahāda* [Foundations of adjudication and testimony]. Qom: Mu'assasat Imām Šādiq.
- Ṭabātabā'ī, Sayyid 'Alī b. Muḥammad. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Riyāḍ al-masā'il fī taḥqīq al-aḥkām bi-l-dalā'il* [The gardens of legal issues in verifying rulings through proofs]. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt.
- Hurr al-'Āmilī, Muḥammad b. Ḥasan. (1376 SH [1997/1998 CE]). *al-Fuṣūl al-muḥimma fī uṣūl al-a'imma* [Important chapters on the principles of the Imams]. Qom: Ma'ārif-i Islāmī-yi Imām Riḍā.
- al-Khū'ī, Sayyid Abū al-Qāsim. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Mabānī takmilat al-Minhāj* [Foundations of the supplement to *al-Minhāj*]. Qom: Mu'assasat Iḥyā' Āthār al-Imām al-Khū'ī.
- Sabzavārī, Sayyid 'Abd al-A'lā. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Muḥadhdhab al-aḥkām fī bayān al-ḥalāl wa-l-ḥarām* [Refined legal rulings in exposition of the lawful and unlawful]. Qom: Mu'assasat al-Manār.
- Ṭabātabā'ī Yazdī, Sayyid Muḥammad Kāzim. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Takmilat al-'Urwa al-wuṭḥā* [Supplement to *al-'Urwa al-wuṭḥā*]. Qom: Dāvārī.
- 'Irāqī, Ḍiyā' al-Dīn. (1421 AH [2000/2001 CE]). *Kitāb al-qaḍā'* [The book of adjudication]. Qom: Ma'ārif-i Islāmī-yi Imām Riḍā.
- Fayḍ Kāshānī, Muḥammad b. Shāh Murtaḍā. (1406 AH [1985/1986 CE]). *al-Wāfi* [The comprehensive work]. Qom: Maktabat al-Imām Amīr al-Mu'minīn 'Alī.
- Kāshif al-Ghiṭā', Ḥasan b. Ja'far. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Anwār al-fiqāha: Kitāb al-qaḍā'* [Lights of jurisprudence: The book of adjudication]. Najaf: Mu'assasat Kāshif al-Ghiṭā'.
- Kulaynī, Muḥammad b. Ya'qūb. (1407 AH [1986/1987 CE]). *al-Kāfi* [The sufficient book]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- Ma'rifat, Muḥammad Hādī. (n.d.). *Ta'līq wa taḥqīq 'an ummahāt masā'il al-qaḍā'* [Annotation and investigation concerning the principal issues of adjudication]. Qom: Mihr.
- Muntaẓirī, Ḥusayn 'Alī. (1409 AH [1988/1989 CE]). *Dirāsāt fī wilāyat al-faqīh wa-fiqh al-dawla al-Islāmiyya* [Studies on the authority of the jurist and the jurisprudence of the Islamic state]. Qom: Tafakkur.
- Mūsawī Ardabīlī, Sayyid 'Abd al-Karīm. (1423 AH [2002/2003 CE]). *Fiqh al-qaḍā'* [The jurisprudence of adjudication]. Qom: n.p.
- Khomeinī, Sayyid Rūḥ Allāh. (1376 SH [1997/1998 CE]). *Tanqīḥ al-uṣūl* [Refinement of legal theory]. Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
- Mīrzā-yi Qummī, Abū al-Qāsim b. Muḥammad Ḥasan. (1427 AH [2006/2007 CE]). *Rasā'il al-Mīrzā al-Qummī* [The treatises of Mīrzā al-Qummī]. Qom: Publication Center of the Islamic Propagation Office.
- Šāhib Jawāhir, Muḥammad Ḥasan b. Bāqir. (1404 AH [1983/1984 CE]). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ Sharā'i' al-Islām* [Jewels of discourse in commentary on *Sharā'i' al-Islām*]. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.

## Stipulating the Option of Defect Despite Knowledge of the Defect: A New Approach to Balancing Contractual Power

Farzaneh Karami<sup>1</sup>, Mahdi Miri<sup>2</sup>, and Farhad Rohani<sup>3</sup>

1. *Corresponding Author*, PhD Graduate in Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: [Karami.farzane@gmail.com](mailto:Karami.farzane@gmail.com)
2. PhD Graduate in Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: [Miri\\_mehdi@yahoo.com](mailto:Miri_mehdi@yahoo.com)
3. Department of Private Law, Islamic Azad University, Taybad Branch, Taybad, Iran. Email: [Farhad\\_rohani@yahoo.com](mailto:Farhad_rohani@yahoo.com)

Article Info	ABSTRACT
<b>Article type:</b> Research Article	Iranian rules on defects and the option of defect contain limitations and conditions for exercising this right. One condition is that the defect exist at the time of the contract and be hidden; another is that the buyer be unaware of the defect at the time of sale. This raises the question whether stipulating the option of defect remains valid when the buyer already knows of the defect, and what effect such a stipulation has on the contract. Fiqhi texts reveal three views: both the condition and the contract are valid; both are invalid; or the stipulation is invalid while the contract remains valid. Through descriptive analysis, this study develops a comprehensive criterion. Given the complexity of modern goods and the inequality of bargaining power, a buyer may know that a defect exists yet be unable to predict its future impact on value or use. In such cases, stipulating the option of defect can moderate bargaining inequality and is consistent with distributive justice.
<b>Article history:</b> Received 25 November 2023 Received in revised form 01 February 2024 Accepted 15 February 2024 Available online 22 December 2025	
<b>Keywords:</b> option of defect, knowledge of defect, contractual justice, distributive justice, contractual power	

**Cite this article:** Karami, F., Miri, M., & Rohani, F. (1404). Stipulating the Option of Defect Despite Knowledge of the Defect: A New Approach to Balancing Contractual Power. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 20(2), 121-149. <https://doi.org/10.22034/fvh.2024.17487.1870>



© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.  
DOI: <https://doi.org/10.22034/fvh.2024.17487.1870>

## **Introduction**

Under Article 422 of the Civil Code, if a defect appears after the contract, the buyer may rescind the transaction or affirm it and claim compensation. Articles 423 and 424 limit this right to defects existing at the time of the contract and hidden from the buyer. The implied rule is that knowledge of the defect extinguishes the right to rescind or claim compensation. The central question is whether parties may nevertheless stipulate the option of defect when the buyer knows of the defect. This question matters in modern markets where the buyer may need the goods, face limited alternatives, or be unable to assess the future consequences of a known defect.

## **Methodology**

The study employs a descriptive-analytical method. It examines Imami fiqh, Sunni fiqh, and Iranian civil law on the validity of stipulating the option of defect despite buyer knowledge. It reconstructs and evaluates the principal juristic views, then assesses them against broader legal principles such as freedom of contract, contractual stability, and distributive justice.

## **Literature Review**

No independent comparative study appears to have examined this issue comprehensively. Some works, such as research on causes extinguishing the option of defect, touch on related questions but do not provide a complete theory for modern contractual relations.

## **Findings**

The study concludes that stipulating the option of defect can be valid even where the buyer knows of the defect. Modern goods are often complex and require technical expertise; visual inspection may not reveal the future effect of a defect. When the parties do not have equal bargaining power, a stipulated option can restore balance. In contracts involving complex or specialized goods, if one party lacks adequate information about the defect, the option of defect should be enforceable even after disclosure. If the defect later interferes with use or diminishes value, the buyer should be able to terminate the contract.

## **Discussion**

Traditional restrictions on the option of defect assume that knowledge of the defect equals consent. That assumption is not always sound in specialized markets. A buyer's awareness may not include knowledge of the defect's future scope, technical consequences, or economic significance. Enforcing such stipulations can prevent exploitation, protect weaker parties, and align with the Shari'ah objective of preventing harm.

### **Conclusion**

Permitting stipulation of the option of defect despite knowledge of the defect is consistent with distributive justice, modern market realities, and contractual stability. It allows parties to allocate risk without invalidating the contract. The approach supports legislative reform and judicial recognition, while further research should clarify the limits of knowledge and the relationship between such stipulations and consumer protection rules.

### **Declarations**

**Author Contributions:** All authors contributed equally to conceptualization and to the writing of the original and revised drafts.

**Data Availability Statement:** Not applicable.

**Acknowledgements:** The authors thanked participants and anonymous referees for constructive comments.

**Ethical Considerations:** The authors avoided fabrication, falsification, plagiarism, and all forms of misconduct.

**Funding:** This research received no specific grant from public, commercial, or not-for-profit funding bodies.

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

**Declaration on Generative AI and AI-assisted Technologies:** The article did not use artificial intelligence in any form.



## اشتراط خیار عیب با علم به عیب؛ رهیافتی نوین در تعدیل قدرت قراردادی

فرزانه کرمی<sup>۱</sup>، مهدی میری<sup>۲</sup>، و فرهاد روهنی<sup>۳</sup>

۱. نویسنده مسؤل، دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: [Karami.farzane@gmail.com](mailto:Karami.farzane@gmail.com)

۲. دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: [Miri\\_mehdi@yahoo.com](mailto:Miri_mehdi@yahoo.com)

۳. گروه حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تایباد، تایباد، ایران. رایانامه: [Farhad\\_rohani@yahoo.com](mailto:Farhad_rohani@yahoo.com)

### اطلاعات مقاله

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۰۴

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۱/۱۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۲۶

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۱۰/۰۱

### کلیدواژه‌ها:

اشتراط خیار عیب،

عدالت توزیعی،

علم به عیب،

قراردادهای تخصصی

مقررات مربوط به عیب و خیار عیب در حقوق ایران محدودیت‌هایی دارند و شرایطی برای اعمال این حقوق تعیین شده است. یکی از این شرایط این است که عیب در حین عقد موجود و مخفی باشد؛ به‌علاوه، مشتری در زمان بیع اطلاعی از عیب نداشته باشد. این مسئله این چالش را به وجود آورده است که شرط خیار عیب، در صورت علم به عیب، معتبر است یا خیر و چه تأثیری بر قرارداد دارد. با توجه به اختلاف آراء، در متون فقهی در این باره سه دیدگاه وجود دارد. دیدگاه اول معتقد است که شرط خیار عیب و عقد صحیح هستند؛ دیدگاه دوم معتقد است که شرط و عقد فاسد هستند؛ در نهایت، دیدگاه سوم بیان می‌کند که فقط شرط خیار عیب نامعتبر است، ولی عقد معتبر است؛ به این معنی که شرط اعتبار ندارد، اما عقد به شرایط معمول معتبر است. با تحلیل و بررسی دیدگاه‌ها به روش توصیفی، ضابطه‌ای جامع برای حل این چالش به دست آمد. از آنجا که امروزه با پیشرفت فناوری و پیچیدگی کالاها تشخیص عیوب با مشاهده و بررسی نمی‌تواند انجام شود و نیاز به تخصص در شناخت آن‌ها دارد و طرفین قرارداد اغلب قدرت برابری ندارند، بر اساس اقتضای عدالت توزیعی، شرط خیار عیب می‌تواند برابری قدرت مذاکره را تعدیل کند؛ چراکه ممکن است خریدار در هنگام عقد در مورد وجود عیب در کالا آگاه باشد، اما نتواند پیش‌بینی کند که این عیب در آینده ارزش کالا را تحت تأثیر قرار می‌دهد یا خیر. بنابراین، اشتراط خیار عیب از طرف خریدار لازم است.

**استناد:** کرمی، فرزانه؛ میری، مهدی؛ و روهنی، فرهاد. (۱۴۰۴). اشتراط خیار عیب با علم به عیب؛ رهیافتی نوین در تعدیل قدرت قراردادی. مطالعات فقه اسلامی و مباحث حقوق، (۲)۲۰، ۱۲۱-۱۴۹.

<https://doi.org/10.22034/FVH.2023.15173.1724>



### مقدمه

منطبق بر ماده ۴۲۲ قانون مدنی، اگر پس از قرارداد، عیب کالا مشخص شود، مشتری در فسخ معامله یا امضای آن و اخذ ارش مختار است. این اختیار قانون‌گذار به خریدار مطلق نبوده و محدودیت‌هایی در مواد ۴۲۳ و ۴۲۴ قانون مدنی برای آن تعیین شده است. منطبق بر مواد مذکور، مشتری تنها زمانی می‌تواند از این اختیار استفاده کند که عیب در حین عقد مخفی و موجود باشد. مخفی بودن عیب زمانی مصداق دارد که مشتری در زمان بیع نسبت به آن آگاهی نداشته باشد. اعم از اینکه عیب مزبور واقعا مستور بوده یا صرفاً مشتری متوجه آن نشده است. مفهوم مخالف این مواد این است که علم به عیب در هنگام عقد مسقط حق رد و ارش می‌باشد. حال مسئله مورد ابهام این است که آیا شرط خیار علی‌رغم علم به عیب کالا اعتبار دارد یا خیر و چه تأثیری بر قرارداد دارد؟ اهمیت این مسئله از این‌روست که در برخی از قراردادهای خرید و فروش کالا، علی‌رغم اینکه مشتری به‌صورت اجمالی و کلی نسبت به عیب کالا آگاهی دارد؛ اما اهمیت کالا یا اضطرار تحصیل کالا یا انحصار و انحصار در دسترسی به آن، مشتری را مجبور به عقد قرارداد می‌کند؛ اما همچنان تمایل دارد که جهت احتیاط و پیش‌بینی تسری عیب کالا یا امکان دسترسی به کالای بهتری در آینده، شرط خیار را در قرارداد لحاظ نماید. منطق قراردادی به‌صورت کلی ایجاب می‌کند که چنین شرطی نافذ نباشد؛ اما بررسی دقیق و امعان نظر در متون فقهی و حقوقی می‌تواند راهکارهایی را در جهت نفوذ شرط مزبور ارائه دهد. با توجه به اختلافات و چالش‌هایی که در این زمینه وجود دارد، پژوهش حاضر با تکیه بر روش توصیفی-تحلیلی به‌دنبال آن است تا به ملاک و ضابطه‌ای جامع و منطبق با اصول حقوقی و اخلاقی، برای حل این چالش برسد و آن را تحت‌عنوان مقررهای جامع به قانون‌گذار پیشنهاد دهد. امید است رهیافت و نتایج این پژوهش مفید بوده و مورد استفاده محاکم و پژوهشگران حقوقی قرار گیرد.

با توجه به عدم وجود پژوهش مستقل با رویکرد تطبیقی در این زمینه، صرفاً برخی پژوهش‌ها به‌صورت مختصر ابعاد خاصی از موضوع را بررسی کرده‌اند؛ از جمله پایان‌نامه «مسقطات خیار عیب» (حلیمی، ۱۳۸۴).

### مفهوم‌شناسی

#### عدالت در لغت

عدالت در لغت، به‌معنای مساوات و برابری است و در مقایسه میان اشیا به کار می‌رود (راغب اصفهانی، ۱۳۶۲، ص. ۳۲۵؛ طریحی، ۱۳۶۵، ج. ۵، ص. ۴۲۱؛ ابن‌فارس، ۱۴۰۴، ج. ۴، ص. ۲۴۶؛ مألوف، بی‌تا، ص. ۴۹۱). برخی آن را به‌معنای استقامت، یعنی راست و موزون بودن می‌دانند (ابن‌منظور، بی‌تا، ج. ۱۱، ص. ۴۱۴؛ خوری شرتونی، ۱۳۸۵، ج. ۳، ص. ۴۹۴). برخی دیگر معتقدند عدالت در مقابل ظلم و جور قرار دارد (فیومی، ۱۴۰۳، ص. ۳۹۶؛ فراهیدی، ۱۴۲۵، ج. ۲، ص. ۱۱۵۴). این معنا در لغت همگام با سخن امیرالمؤمنین علی علیه السلام است که در مورد معنای عدالت فرمودند: عدالت یعنی امور در جای خویش گذاشته شود. (نهج‌البلاغه، کلمه قصار ۴۲۹).

معانی دیگری نیز مانند اعتدا و میان‌روی (حلی، ۱۴۱۰، ج. ۲، ص. ۱۱۷)، استواری و رعایت اعتدا (نراقی، ۱۴۱۵، ج. ۱۸، ص. ۷۶) هم بیان شده است.

## عدالت در اصطلاح

### معنای عدالت در فقه اسلامی

در مورد معنای اصطلاحی عدالت در فقه امامیه دیدگاه‌های متعددی مطرح است:

۱. دیدگاه اول، برخی فقها عدالت را به ملکه‌ای نفسانی تعبیر می‌کنند که سبب می‌گردد شخص همیشه با تقوا و با مروت باشد. (حلی، ۱۳۷۵، ج. ۸، ص. ۴۹۹؛ کرکی، ۱۴۱۵، ج. ۲، ص. ۳۷۲؛ عاملی، ۱۳۸۲، ج. ۱، ص. ۱۵۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۴، ج. ۱، ص. ۲۷؛ حکیم، ۱۴۰۴، ج. ۱، ص. ۵۳؛ امام خمینی، ۱۳۷۹، ج. ۱، ص. ۱۰) محقق اردبیلی بیان داشته‌اند «این قول مشهور میان علمای عامه و خاصه در اصول و فروع است» (محقق اردبیلی، ۱۴۱۸، ج. ۲، ص. ۳۵۱).

۲. دیدگاه دوم، به عقیده برخی عدالت یعنی اینکه انسان در مسیر شریعت همیشه ثابت‌قدم بوده و بر آن مداومت ورزد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۴، ج. ۳، ص. ۱۸۹).

۳. دیدگاه سوم، برخی دیگر اعتقاد دارند که عدالت خود اعمال خارجی است بدون اینکه استناد به ملکه نفسانی قرار گیرد، یعنی انجام دادن واجبات و ترک محرمات یا احتراز و دوری از گناهان کبیره و اصرار نکردن بر گناهان صغیره (ابن حمزه، ۱۴۰۸، ص. ۲۳۰؛ ابن ادریس، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۱۱۷؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج. ۱، ص. ۱۳۸؛ موسوی خویی، بی‌تا، ج. ۱، صص. ۲۵۳ و ۲۵۷).

۴. دیدگاه چهارم، به عقیده برخی دیگر عدالت یعنی اسلام و عدم ظهور فسق در خارج است، یعنی حکم نمودن به عدالت کسی که مسلمان گردیده و در عالم خارج فسقی از او مشاهده نگردیده است. این قول از ابن جنید و شیخ مفید نیز نقل گردیده است (حلی، ۱۳۷۵، ج. ۳، ص. ۸۸؛ حسینی عاملی، ۱۴۲۲، ج. ۸، ص. ۲۶۷). حتی برخی فقها بر این نگرش ادعای اجماع میان فقها نموده‌اند (طوسی، ۱۴۱۷ الف، ج. ۶، ص. ۲۱۷)؛ هرچند تعبیر از اسلام به معنای شیعه اثناعشری می‌باشد (حسینی عاملی، ۱۴۲۲، ج. ۸، ص. ۲۶۷).

۵. دیدگاه پنجم، در این دیدگاه عدالت صرفاً شامل حسن ظاهر است، یعنی صرف اینکه در ظاهر اشخاص صالح بوده و از اوامر و نواهی شارع تبعیت نمایند، یعنی عادل می‌باشند. (مفید، ۱۴۱۰، ص. ۷۲۵؛ طوسی، ۱۴۱۷ ب، ج. ۲، ص. ۵۲؛ ابن براج، ۱۴۰۶، ج. ۲، ص. ۵۵۶)؛ البته می‌توان نگرش چهارم و پنجم را صرفاً طریق به معرفت و شناخت عدالت دانست نه اینکه صرف اسلام و حسن ظاهر را عدالت شمرد. (موسوی خویی، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۲۵۳).

### معنای عدالت در حقوق

در علم حقوق به معنای احترام به حقوق افراد و احقاق حق بر اساس مساوات و همچنین به معنای رعایت قوانین بیان شده است. (کانونیان، ۱۳۷۷، ج. ۱، صص. ۵۴۳-۴۵۱)

چنین تعریفی در این علم، بی تردید، انعکاسی از روایات معصوم است که عدالت را به معنای «رعایت حقوق دیگران و رساندن حق به شایستگان حق» (کلینی، ۱۴۰۷، ج. ۱، ص. ۵۴۲) و همچنین «قرار دادن هر چیزی در جایگاه شایسته آن» (نهج البلاغه، حکمت ۴۳۷) معرفی کرده است.

البته در حقوق باید عدالت را دارای مفهومی وسیع دانست؛ به نظر برخی، رعایت قانون عین عدالت است که این مبین نگاه عده‌ای است که قائل به حسن و قبح شرعی بوده و حسن و قبح عقلی را انکار می‌کنند، می‌باشد. زیرا از نظر آنان هرچه شرع و قانون می‌گوید عدالت است و عقل در این وادی ساکت است (موحد، ۱۳۸۵، ص. ۴۱).

بنابراین، عدالت در علم حقوق چهره‌های مختلفی دارد. چهره‌های حقوقی عدالت شامل تقنینی، قضایی، کیفری و غیره می‌شوند. در این راستا، عدالت قضایی به معنای تضمین تساوی و برابری افراد در برابر قانون است. همچنین، عدالت کیفری به معنای متناسب بودن بین جرم و مجازات است. علاوه بر این، عدالت در قراردادهای مهم است که افراد اعتماد به اعتبار قراردادهای شخصی خود داشته باشند و حقوق و تعهدات طرف ضعیف یا زیان دیده مورد حمایت قرار گیرند.

مسئله عدالت و اهمیت آن در حقوق امری است که مورد توجه قانون‌گذار بوده است. به عنوان مثال، نظم در معاملات ایجاد می‌کند که اشخاص در اعتبار و نفوذ قراردادهای تردید نکنند و مطمئن باشند که دولت مفاد پیمان آن‌ها را محترم می‌دارد و در صورت لزوم، مدیون را به اجرای آن ملزم می‌کند. با این حال، قانون‌گذار لزوم اجرای عدالت را نیز مورد توجه قرار داده است و به حاکم اجازه می‌دهد تا به مدیون «مهلت عادلانه یا قرار اقساط بدهد» و گاه هم در مفاد تعهدات طرفین تجدیدنظر می‌کند (جعفرزاده و سیمایی، ۱۳۸۴، ص. ۲۲)؛ چنان‌که در ماده ۶۵ اجرای احکام مدنی در مقام اجرای حکم، توقیف اسباب کار، لباس و اشیاء ضروری مدیون و خانواده او را ممنوع می‌کند. به علاوه، منطبق بر مواد ۳۱۸ و ۳۱۹ قانون تجارت، قانون‌گذار زمان رسیدگی به دعاوی راجع به برات و سفته و چک در امور تجارتي را پنج سال دانسته، ولی دارنده برات می‌تواند وجه آن را از کسی که به ضرر او استفاده بلاجهت کرده است، تا ده سال مطالبه کند. در حقوق کیفری نیز می‌توان مواد ۱۵۶ تا ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی را که قائل به معاف شدن مدافع از مجازات در فرضی که در مقام دفاع مشروع به دیگری صدمه زده است، از مصادیق پیوند میان عدالت و حقوق برشمرد.

### عدالت توزیعی و رابطه آن با عدالت معاوضی

عدالت توزیعی ناظر بر توزیع عادلانه ثروت و امکانات توسط دولت میان افراد جامعه بوده، یعنی دولت در جهت رعایت حق برابری در آزادی و عدم نقض حقوق طرف ضعیف و عدم سوءاستفاده از موقعیت برتر نظارت دارد. مفهوم عدالت توزیعی در قراردادهای چیزی مجزا از عدالت معاوضی نخواهد بود؛ زیرا مقدمه عدالت معاوضی، رعایت عدالت توزیعی است؛ هدف عدالت معاوضی، حفظ توزیع هماهنگ اموال مطابق با اصول برابری نسبی عدالت توزیعی است. (رهپیک و همکاران، ۱۳۹۸، صص. ۲۲۷-۲۲۵) با توجه به اینکه امروزه قراردادهای متعددی در حوزه‌های اقتصادی شکل گرفته است؛ دولت باید در حوزه قراردادهای اقتصاد به منظور صیانت از

نظم عمومی جامعه و برقراری ابزارهای مناسب توزیع ثروت دخالت نماید. علی‌رغم اینکه جایگاه قراردادهای در توزیع ثروت انکار شدنی نیست، اما همین ابزار زمانی به‌شيوه عادلانه اقدام به تأمین عدالت توزیعی در جامعه خواهد کرد که به‌شيوه عادلانه بسته شده باشد. نظم عمومی حمایت‌کننده بر این مبنا استوار است که هرچند قرارداد مهم‌ترین ابزار توزیع ثروت در یک نظام حقوقی و اقتصادی است، اما قرارداد همیشه نمی‌تواند عدالت را مستقر سازد و جایی که دو طرف در سطح اقتصادی برابر نیستند یا یکی از آن دو انحصار کالا یا خدمتی را در اختیار دارد، انعقاد قرارداد با این افراد نه‌تنها به عدالت توزیعی کمک نمی‌کند بلکه به ظلم نیز می‌انجامد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص. ۱۳۱).

رابطه میان عدالت توزیعی و معاوضی مهم است؛ زیرا عدالت توزیعی امری مربوط به حقوق عمومی است و در نقطه مقابل، عدالت معاوضی به حوزه حقوق قراردادهای مربوط است، اما این دو عدالت با یکدیگر در ارتباط بوده و تأثیر متقابل بر یکدیگر دارند؛ زیرا قرارداد، وسیله مهم توزیع ثروت و منافع بوده و این دادوستد موجب انتقال منابع است (انصاری، ۱۳۹۰، ص. ۳۴۰). در صورتی که در قراردادهای معاوضی تعادل حقوق طرفین رعایت گردد، موجب توزیع عادلانه ثروت خواهد گردید، درحالی که فرض بالعکس آن موجب توسعه قراردادهای خلاف وجدان شده و ثروت اشخاص ثروتمند موجب تحمیل شروط ناعادلانه ایشان بر طرف ضعیف عقد می‌گردد. به‌علاوه، موجب گردش ثروت در اختیار گروه خاص شده و تضاد طبقاتی را افزایش می‌دهد. همچنین موجب خدشه در توازن میان حقوق خریداران و فروشندگان شده و در نهایت این مسئله مانع تحقق اهداف عالی عدالت توزیعی که همانا تقسیم عادلانه ثروت بین مردم است، می‌شود. نتیجه‌ای که عدالت معاوضی آن را نمی‌پذیرد. (خاکباز، ۱۳۹۳، ص. ۴۳). دخالت نمودن دولت در زمینه قراردادهای و انعقاد آن‌ها به‌عنوان ابزار مهم و عادلانه توزیع ثروت در جامعه به‌منظور حمایت از طرف ضعیف و برقراری نظم عمومی اقتصادی است. برقراری این نظم عمومی اقتصادی صرفاً با توجه به اصول اخلاقی صرف نیست، بلکه در پی برقراری نظم است که قراردادهای تابع آن بوده و بر اساس آن شکل گیرد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، صص. ۱۶۷-۱۶۵).

### دیدگاه‌ها و مبانی موجود در فقه امامیه

تتبع در متون فقهی امامیه وجود سه دیدگاه را در این باره نشان می‌دهد:

#### صحت شرط و عقد

برخی از فقها اعتقاد دارند در فرضی که مشتری علم به عیب دارد، می‌تواند در ضمن عقد شرط خیار عیب نماید (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳، ص. ۲۳۸).

#### تبیین دلایل

در اثبات این دیدگاه بیان می‌شود که این نوع اشتراط در هنگام عقد مانند این است که شخص در ضمن عقد برای خویش خیار شرط قرار داده است. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳، ص. ۲۳۸) چنین خیار منطبق بر عموماً «المسلمون عند شروطهم» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص. ۲۲؛ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص. ۱۶) و

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/۱) بوده و در دایره تراضی طرفین وارد می‌گردد. ورود در یک قرارداد با علم به عیب موضوع قرارداد، کاشف از رضایت به عیب و مسقط خیار است؛ از این رو، وقتی شخص شرط خیار برای خویش می‌کند، چنین اشتراطی کاشف از رضایت به عیب نیست، بلکه آن را مرتفع می‌نماید. بنابراین، خیار شرط عیب صحیح است. (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج. ۴، ص. ۵۰۶؛ قمی، ۱۴۲۹، ج. ۶، ص. ۱۲۴) برخی دیگر در توجیه این دیدگاه بیان داشته‌اند که شخص با اشتراط در ضمن عقد قصد اثبات خیار به همراه لوازم آن را داشته است؛ یعنی آنچه با شرط ثابت شده، خیار عیب و لوازم شرعی مترتب بر آن است؛ یعنی غرض شخص، با نفس شرط، اثبات خیار عیب و لوازم آن است نه اینکه صرفاً اصل خیار عیب ثابت باشد و آثارش بر آن مترتب گردد. مانعیتی هم در این امر نیست؛ به این بیان که موضوع خیار عیب صرف جهل است؛ چون شخص مجموع خیار و لوازم را همراه با یکدیگر به وسیله شرط خیار اثبات کرده است و چنین امری مورد تأیید شارع است. (عراقی، ۱۴۲۱، صص. ۵۲۰-۵۱۹)

### تحلیل و بررسی دلائل

این دیدگاه از جهاتی قابل ملاحظه است؛ چراکه مقتضی و مدرک جریان خیار اگر روایات باشد که علم به عیب، مبطل مقتضی خیار است؛ لذا جریان خیار مزبور صحیح نیست. اگر مقتضی جریان خیار قاعده لا ضرر باشد نیز مطلق ضرر مقتضی خیار نیست؛ بلکه ضرری که مستند به شرع است، مقتضی جریان خیار است و اقدام به یک قرارداد در صورت علم به عیب، مبطل چنین مقتضی است نه اینکه مانع تأثیر مقتضی خیار باشد (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج. ۴، ص. ۵۰۶؛ قمی، ۱۴۲۹، ج. ۶، ص. ۱۲۴). به علاوه، اینکه شخص به واسطه شرط در ضمن عقد قصد تحصیل خیار فسخ به نفع خویش را داشته است، مردود است؛ زیرا آنچه منطبق بر منابع فقهی مسلم است این است که زمانی می‌توان با ابزار شرط به مسبباتی چون خیار فسخ رسید که مشروعیت مسببات با تحقق اسباب معلوم باشد. همچنان که با برخی اسباب مانند ملکیت می‌توان به یک سری مسببات مانند صحت تصرف دست یافت. شرط نیز به مقتضای «المؤمنون عند شروطهم» یکی از این اسباب است، اما نمی‌توان با این سبب به مسبباتی مانند حق فسخ دست یافت که شریعت آن را مشروع ندانسته است. فرض بحث نیز همین‌گونه است، چراکه خیار عیب در نگاه شارع فقط محدود به موارد خاصی مانند جهل به عیب و مخفی بودن آن ثابت می‌گردد نه در جایی که شخص علی‌رغم آگاهی به عیب قصد تحصیل خیار مزبور را با شرط داشته باشد. بنابراین، اشتراط خیار عیب با این توصیف صحیح نیست (قمی، ۱۴۲۰، ج. ۲، ص. ۱۱۷).

### فساد شرط و عقد

منطبق بر این دیدگاه، اگر شخصی که آگاهی به عیب موضوع قرارداد دارد، در صورتی که برای خود در ضمن قرارداد شرط خیار نماید، نه تنها شرط فاسد است، بلکه عقد نیز باطل است (انصاری، ۱۴۱۵، ج. ۵، ص. ۳۲۰). با این بیان که مدرک خیار نص خاص است و نصوصات خیار عیب را مختص به حالت جهل صاحب خیار می‌دانند؛ از این رو، در حالت علم دلیلی برای خیار عیب متصور نیست و شرط توانایی تحقق مقتضی را برای چنین خیاری با این سبب خاص ندارد (قمی، ۱۴۲۹، ج. ۶، ص. ۱۲۴). البته اگر قصد شخص از اشتراط خیار،

مطلق خیار باشد، این نحوه از اشتراط دلالت بر خیار شرط داشته و مشمول احکام آن می‌گردد نه احکام و قواعد مرتبط با خیار عیب (اراک، ۱۴۱۴، ص. ۳۵۵؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج. ۵، ص. ۳۲۰؛ موسوی خویی، بی‌تا، ج. ۷، ص. ۱۶۲؛ عراقی، ۱۴۲۱، ص. ۵۱۹).

### تبیین دلائل

در این دیدگاه، با توجه به اینکه عیب معلوم و مشخص، سبب خیار نیست، اگر طرف قراردادی که آگاه به عیب است، ورود به قرارداد نماید و در عین حال برای خویش ثبوت خیار عیب و احکام مرتبط با آن را شرط نماید، در این صورت شرط مزبور خلاف شرع بوده و مفسد عقد است (انصاری، ۱۴۱۵، ج. ۵، ص. ۳۲۰). توضیح اینکه با توجه به اینکه مرجع و منشأ خیار تحدید و تضییق ملکیت شخص تا زمان مشخصی یعنی تا زمان فسخ می‌باشد؛ لذا با بیع ملکیت خویش را به صورت محدود انشاء و ایجاد کرده است؛ لذا آنچه را با بیع ایجاد کرده، فاسد و مفسد عقد است، چراکه آنچه توسط او انشاء شده، توسط شارع امضاء نشده است، چراکه شرطی که موجب تحدید ملکیت منشأ شده، فاسد است؛ زیرا اشتراط ارش در این خیار یعنی خیار عیبی که به اشتراط جعل ایجاد شده، مخالف روایات است. ارش صرفاً در موارد خیار عیب (بدون اشتراط) مورد تأیید شارع است. به علاوه، حتی با کتاب کریم نیز مخالف است که فرمود: «أطیعوا الله و أطیعوا الرسول» (نساء/۵۹)، چراکه قائل شدن به ثبوت ارش در فرض مسئله مخالف با سخن رسول خدا صلی الله علیه و آله است که آن را صرفاً در موارد خیار عیب اجازه داده است (موسوی خویی، بی‌تا، ج. ۷، ص. ۱۶۳).

### تحلیل و بررسی دلائل

نسبت به این دیدگاه آنچه قابل ملاحظه است مفسد بودن شرط است. شرط تعهدی مستقل از عقد است و نقش فرعی دارد. در فرض حاضر علی‌رغم اینکه شرط مخالف شرع است؛ اما این امر موجب سرایت فساد به عقد نمی‌شود. حتی قائلین به این دیدگاه (انصاری، ۱۴۱۵، ج. ۶، ص. ۱۰۱) معتقدند که فساد شرط به جهت خلاف شرع بودن نمی‌تواند موجب فساد عقد گردد؛ حال چگونه در فرض حاضر اعتقاد به فساد عقد دارند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج. ۵، ص. ۱۱۳). مؤید این سخن، اعتقاد بسیاری از فقها مبنی بر عدم فساد عقد به واسطه شرط نامشروع است (بحرانی، ۱۴۰۵، ج. ۱۹، ص. ۳۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج. ۲، ص. ۱۳۷؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ج. ۵، ص. ۲۱۷؛ مصطفوی، ۱۴۲۱، ص. ۱۴۸). مسئله دیگری که این دیدگاه بر آن استوار است تکیه بر ادله‌ای است که خیار عیب را مختص به حالت جهل می‌دانند؛ درحالی‌که بررسی ادله در این باره نشان می‌دهد که نصوص (عاملی، ۱۴۰۹، ج. ۱۸، ص. ۲۹) از اثبات شرطیت جهل در خیار عیب قاصر هستند؛ برای مثال روایت زراره<sup>۱</sup> در مقام این است که اگر شخص پس از خرید کالایی در آن تصرفی کرد (احداث حدث)،

۱. عن ابی جعفر (ع) قال: «ایما رجل اشترى شیئاً و به عیب او عوار، و لم یتبرأ الیه، و لم یتبین له، فأحدث فیه بعد ما قبضه شیئاً، ثم علم بذلک العوار، او بذلک الداء، انه یمضی علیه البیع، و یرد علیه بقدر ما نقص من ذلک الداء و العیب، من ثمن ذلک لو لم یکن به» (کلینی، ۱۴۰۷، ج. ۵، ص. ۲۰۷؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج. ۷، ص. ۶۰؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج. ۱۸، ص. ۳۰).

ارش ثابت باشد و خيار ساقط شود و از آن شرطیت جهل به موضوع خيار عیب استفاده نمی‌شود. (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۱۱۳) بنابراین، اینکه شرطیت مستفاد از نصوص است ادعایی بیش نیست.

### فساد شرط و صحت عقد

در این دیدگاه، در صورت علم مشتری به عیب کالا، صرفاً شرط خيار عیب باطل است. (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۱۱۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۱۳۷؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۲۱۷؛ مصطفوی، ۱۴۲۱، ص ۱۴۸)

### تبیین دلایل

این دیدگاه علی‌رغم اینکه شرط را به جهت نامشروع بودن فاسد می‌داند؛ اما دایره فساد آن را به عقد سرایت نمی‌دهد. با عنایت به رابطه شرط با عقد که در قالب رابطه فرع با اصل است، فساد شرط نامشروع مفسد عقد نیست، مگر در صورتی که اخلال به ارکان اساسی عقد وارد نماید. به‌علاوه، می‌توان برای صحت عقد به عموماً بیع تمسک کرد؛ چراکه عموماً مزبور شامل فرض بحث نیز است و عقدی را که شرط آن نامشروع است، صحیح می‌دانند (قمی، ۱۴۱۲، ج ۱۸، ص ۴۸). در پاسخ به این اشکال که قرارداد فاقد شرط مورد رضایت طرفین قرارداد نیست، باید گفت: آنچه متعاملین نسبت به آن توافق و تراضی نموده‌اند صرف معاوضه نمودن ثمن و مثن به‌عنوان ارکان اصلی قرارداد است و چنین شرطی مقید کننده توافقی نبوده و خارج از دایره تراضی است. خصوصاً که جایگاه شرط نسبت به عقد، نقش فرع نسبت به اصل است و بطلان آن خللی در عقد ایجاد نخواهد کرد. همچنین وجود شرط در قرارداد نقشی در انحلال و تقسیت ثمن ندارد. از این رو، قرارداد فاسد نیست. علی‌رغم اینکه وجود شرط در قرارداد سبب افزایش ارزش اقتصادی مثن می‌گردد، ولی ملازمه‌ای با انحلال و تقسیت ندارد. حتی در فرض انحلال و تقسیت، نمی‌تواند سبب جهالت منتهی به فساد قرارداد گردد. علم به عوضین که یکی از شرایط صحت معامله حال العقد است، معتبر است و این مسئله در تبادل میان مبیع مشروط و ثمن تحقق می‌یابد (بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۱۳۳).

### تحلیل و بررسی دلایل

این دیدگاه نسبت به دو دیدگاه قبل، راه میانه را در پیش گرفته است و صرفاً شرط را فاسد می‌داند. این نگاه موجب شده مسئله استحکام قراردادها و ثبات آن تقویت گردد و به‌صرف بطلان شرط، عقد دستخوش تغییر و تحول و تأثیرپذیری از شرط نشود.

آنچه موجب تقویت این دیدگاه می‌گردد سیره عقلاست که از نگاه ایشان شخصی که علی‌رغم علم به عیب اقدام به عقد کرده است؛ عقلاً برای او حقی تحت‌عنوان شرط خيار عیب قائل نیستند و او را در این زمینه محکوم می‌نمایند (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۷، ص ۱۹۳). در توجیه عدم فساد عقد به‌سبب شرط خيار عیب باید افزود؛ قواعد اولیه و صناعت علمی اقتضا می‌کند که چنین شرطی مفسد عقد نباشد؛ در قراردادها ایجاب موجب، سبب ایجاد شدن تمام ماهیت قرارداد می‌گردد. به عبارت دیگر تمامی ماهیت عقد بیع با ایجاب موجب تحقق یافته و قبول قابل هیچ‌گونه دخالتی در ماهیت بیع ندارد. بنابراین، هم ثمن و هم مبیع به‌صورت کامل

در مقابل بکديگر قرار می‌گیرند، و در نتیجه، ثمن تقسيط نشده و قرارداد نیز به واسطه شرط خيار عيب غرری نخواهد شد (بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۱۳۲).

### دیدگاه‌ها و مبانی موجود در فقه عامه

بررسی در متون فقهی حنفی نشان می‌دهد که یکی از شرایط ثبوت خيار عيب، عدم علم مشتری به عيب یا نقص کالا در هنگام بيع است. از این رو، در فرض علم و آگاهی نسبت به این مسئله شخص حق خيار ندارد. این مسئله مبتنی بر این است که از نگاه ایشان شخص هنگام علم به عيب کالا، گویا به عيب مزبور رضایت داده و با این رضایت وارد در قرارداد شده است. از این رو، علم به عيب در هنگام عقد از مسقطات خيار است (حنفی، بی تا، ج ۶، ص ۳۹؛ غیتابی، ۱۴۲۰، ج ۸، ص ۱۰۰؛ حدادی، ۱۳۲۲، ج ۱، ص ۱۹۷؛ زیلعی، ۱۳۱۳، ج ۴، ص ۳۱). بنابراین، در این رویکرد علم به عيب در هنگام عقد دلالت بر رضایت به عيب دارد و شرط خيار عيب در ضمن عقد با این رضایت در تضاد است. لذا نمی‌توان از یکسو شخص را راضی به عيب قلمداد کرد و از سوی دیگر به او اختیار جعل شرط خيار عيب در ضمن عقد را اعطا نمود.

فقه‌های مالکی نیز به صورت خاص در مورد اشتراط خيار عيب بحث نکرده‌اند؛ اما رضایت به عيب را جزء مسقطات خيار می‌دانند؛ بر این اساس، معتقدند اگر شخص علم به عيب داشته و علی‌رغم این آگاهی، اقدام به انعقاد قرارداد کند، حق خيار وی ساقط می‌گردد (کلبی غرناطی، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۷۶؛ عبدی، ۱۴۱۶، ج ۶، ص ۳۵۵؛ ثعلبی، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۱۵۵؛ خرسی، بی تا، ج ۵، ص ۱۳۵؛ تسولی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۱۶۷؛ قرافی، ۱۹۹۴، ج ۵، ص ۳۴).

این مسئله در متون فقهی شافعی نیز با همین رویکرد پذیرفته شده است؛ یعنی فقه‌های شافعی نیز شرط ثبوت خيار عيب را عدم آگاهی شخص نسبت به عيب کالا در هنگام عقد یا قبض می‌دانند (ماوردی، ۱۴۱۷، ج ۵، ص ۲۵۵؛ عمرانی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۲۷۸؛ شربجی و همکاران، ۱۴۱۳، ج ۶، صص ۲۸-۲۷؛ بجیرمی، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۴۰). بنابراین، در فرض علم شخص، حق خيار ندارد. این مسئله نشان می‌دهد که علم به عيب موجب می‌شود که شخص با اراده و اقدام خویش ورود در قرارداد نماید و این امر نمی‌تواند با شرط خيار عيب جبران گردد.

رویکرد فقه‌های حنبلی نیز در این مسئله مشابه سایر مذاهب فقهی اهل سنت است و شرط ثبوت خيار عيب را عدم علم مشتری به عيب موضوع قرارداد می‌دانند. از جمله شواهد این استنباط این است که علم به عيب و اقدام به قرارداد و پایبندی به آن، قرینه‌ای بر رضای به عقد است؛ لذا در فرض علم به عيب تحقق خيار عيب با مانع روبه‌روست (حجاوی، بی تا، ج ۲، ص ۹۵؛ مرداوی، بی تا، ج ۴، ص ۴۲۶؛ مقدسی، بی تا، ج ۴، ص ۹۵؛ ۱۴۰۵، ج ۴، ص ۲۵۷؛ کلودانی، ۱۴۲۵، ص ۲۴۹؛ شنقیطی، بی تا، ج ۸، ص ۲۷۸).

بررسی متون فقهی اهل سنت نشانگر اتفاق ایشان مبنی بر بطلان چنین شرطی در ضمن عقد است. این رویکرد را می‌توان این‌گونه توجیه کرد که از نگاه فقه‌های اهل سنت، آگاهی به عيب در هنگام عقد یا قبل از قبض موجب عدم حصول خيار عيب می‌شود؛ چراکه وقتی شخص نسبت به عيب کالا آگاهی دارد و این

آگاهی موجب رضایت به عقد با شرایط فعلی است. وقتی شخص رضایت به وضعیت عقد با این توصیف دارد، هرگونه شرط خیار در نقطه مقابل، دلالت بر عدم رضایت او به عقد فعلی دارد و این رضایت و عدم رضایت را نمی‌توان با یکدیگر جمع کرد. از این رو، باید بیان داشت که آگاهی به عیب، رضایت به عیب است و اشتراط خیار در تضاد با این مسئله بوده و باطل است. به علاوه، وقتی رضایت به عیب پس از آگاهی از آن پس از عقد یا پس از قبض کالا می‌تواند موجب سقوط خیار عیب شود، مسلماً آگاهی از عیب در هنگام عقد به طریق اولی می‌تواند مانعی جدی در مسیر تحقق خیار عیب برای مشتری باشد. مسئله دیگری که می‌تواند مؤید این استنباط باشد این است که منطبق بر نگاه برخی از اهل سنت مانند شافعی‌ها، خیار عیب فوری است و این فوریت به چند دلیل است، از جمله اینکه مبنای خیار عیب دفع ضرر مشروع است. حال، وقتی شخص علی‌رغم علم به عیب آن را اعمال نکند، خودش مقصر است و نمی‌تواند مطالبه ارزش یا فسخ قرارداد را نماید (وزارت اوقاف، ۱۴۲۷، ج ۲۰، ص ۱۲۸؛ مطیعی، بی‌تا، ج ۱۲، صص ۱۳۶-۱۳۵)؛ چراکه دفع ضرر با اعمال خیار دفع می‌شود، ولی ذوالخیار اقدام به فسخ قرارداد نکند. در فرض بحث حاضر نیز چون مبنای خیار عیب دفع ضرر است، علم شخص به عیب در هنگام قرارداد یا قبل از قبض موجب می‌شود که مبنای ثبوت خیار یعنی دفع ضرر منتفی شود؛ چراکه شخص با اراده خویش این خطر و ضرر را پذیرفته و در قرارداد داخل شده است. بنابراین، وجود شرط خیار عیب امری باطل و مردود است. از این رو، ثبوت خیار عیب و نظم حقوقی حاکم بر آن چارچوب مشخصی دارد که از ناحیه شارع تعیین شده است و خارج از این چارچوب نمی‌توان به صرف اشتراط ضمن عقد، خیار عیب را ثابت کرد.

### دیدگاه نظام حقوقی ایران

ابتدا به بررسی دیدگاه حقوق دانان در این باره پرداخته می‌شود:

#### دکترین حقوقی

تتبع در متون حقوقی نشان می‌دهد که حقوق دانان معتقدند، علم و آگاهی مشتری به عیب موضوع قرارداد موجب عدم ثبوت خیار عیب می‌شود (صفایی، ۱۴۰۱، ص ۳۱۰؛ شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۶۰). برخی در تعلیل بر این مسئله با استناد به قاعده اقدام، ورود ضرر به مشتری را منتفی می‌دانند و حق خیار را برای وی قائل نیستند (امامی، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۰۳؛ طاهری، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۱۴۹). هنگامی که شخص با وجود علم به عیب مبادرت به خریداری مال معیوب کرده است، اقدام وی دلالت بر رضایت به مبيع معیوب و صرف نظر کردن از حق خود را دارد (سَهوری، ۱۹۷۰، ج ۴، ص ۷۲۷؛ عمران، ۱۹۸۶، ص ۷۲۸). از این سخن برداشت می‌شود که شرط ثبوت خیار عیب، جهل به عیب موضوع کالا است. از این رو، در صورت آگاهی به عیب، شرط خیار عیب کردن، موجب خیار عیب نمی‌شود، بلکه موضوعاً منتفی است. به علاوه، منطبق بر قاعده اقدام، شخص با آگاهی از عیب وارد در قرارداد شده است و این موجب می‌شود که شرط خیار وی عاقلانه نباشد. برخی دیگر از حقوق دانان با تکیه بر قانون مدنی که جهل به عیب را شرط تحقق خیار عیب می‌داند و در ماده ۴۲۳ قانون مدنی مخفی بودن عیب را شرط ثبوت خیار عیب قرار داده و در ماده ۴۲۴ نیز جهل خریدار را شرط

پنهانی بودن عیب می‌شمارد، معتقدند که در فرض آگاهی خریدار به عیب، خیار عیب که شرط می‌شود، تابع احکام خیار عیب نیست، بلکه مشمول قواعد خیار شرط است. منتها، در هیچ حالتی نباید به فساد شرط یا عقد حکم کرد. در فرضی که دو طرف تمایل دارند در صورت علم به عیب، برای خویش شرط خیار قرار دهند، وصف حقوقی این تراضی شرط خیار نام دارد. هرچند دو طرف نام خیار عیب را بر آن قرار دهند. بنابراین، باید مفاد تراضی را با عنوان واقعی خودش معتبر و نافذ شمرد و تمایل آنان را به اجرای احکام خیار عیب نادیده گرفت (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص. ۲۴۴).

### موضع قانون مدنی

نسبت به خصوص این مسئله نص صریحی در مواد قانون مدنی یافت نمی‌شود. اما، با عنایت به شرایط و ضوابطی که در قانون مدنی نسبت به تحقق خیار عیب مقرر شده است، امکان اشتراط خیار عیب با احکام خاص خودش علی‌رغم آگاهی به عیب امکان‌پذیر نمی‌باشد. این مسئله را می‌توان منطبق بر مواد ۴۲۳ و ۴۲۴ قانون مدنی استنباط کرد. مواد اخیرالذکر مقرر می‌دارد: خیار عیب در فرضی برای مشتری ثابت می‌شود که عیب مخفی و موجود در حین عقد باشد. به‌علاوه، مخفی بودن عیب زمانی صادق است که مشتری در زمان بیع آگاهی به آن نداشته باشد و این عدم آگاهی تفاوتی نمی‌کند که نشئت گرفته از مستور بودن واقعی عیب باشد یا اینکه مشتری توجهی به آن نداشته است.

منطبق بر این مقررات علم داشتن به عیب موجب می‌شود که شرط مخفی بودن عیب نیز منتفی شود و خیار عیب از اساس معدوم باشد. لذا، قانون مدنی نیز با تبعیت از نظر مشهور فقها وجود چنین شرطی را به‌عنوان خاص شرط خیار عیب نمی‌پذیرد، هرچند پذیرش آن تحت‌عنوان خیار شرط توسط قانون مدنی مسلم است. نسبت به تأثیر این نحوه از شرط بر عقد باید بیان داشت که قانون مدنی مقرر صریحی ندارد، هرچند می‌توان با توجه به مواد ۲۳۲، ۲۳۳ و ۲۴۰ قائل به عدم تأثیر چنین شرطی بر عقد بود. چراکه چنین شرطی در زمره شروط مفسد عقد نیست، هرچند خود آن فاسد است. لذا، موجب بطلان عقد نمی‌شود. زیرا فساد شرط در اصل باعث فساد عقد نیست مگر در صورتی که محل به ارکان و شرایط صحت عقد باشد. به‌علاوه، مصلحت استحکام عقود و قراردادهای ایجاب می‌کند که به‌صرف بطلان هر شرطی، عقد را باطل ندانست. همچنین می‌توان به این مسئله استناد کرد که چون رابطه عقد و شرط از نوع اصل و فرع است، اصولاً فساد فرع نمی‌تواند موجب فساد اصل باشد.

### رویه قضایی

بررسی این مسئله در رویه قضایی نشانگر آن است که محاکم و دادگاه‌ها نیز در مواجهه با این مسئله صراحتی ندارند، اما با تبعیت از قانون مدنی فرض مخفی بودن و عدم علم به عیب را از جمله شروط تحقق خیار می‌دانند. این مبنا دلالت بر رویکرد رویه قضایی در این زمینه دارد که برای تحقق خیار عیب چارچوب مشخصی را در نظر گرفته است و خارج از این چارچوب، تحقق خیار عیب را نمی‌پذیرد. این رویکرد را در آرای زیر می‌توان مشاهده کرد.

برای مثال، در رأی به شماره دادنامه ۱۱۹۲/۲۲۱۶۰۲۲۱۶۰۹۹۷۰۹۴ در مورخه ۱۰/۰۱/۱۳۹۴ که دادگاه بدوی در رأی خویش به لزوم عدم آگاهی و مخفی بودن عیب به عنوان شرط تحقق خیار عیب اشاره می‌کند: دادگاه با توجه به مراتب فوق و عدم اثبات اطلاع خواهان از وضعیت خودرو به هنگام معامله و مخفی بودن عیب، دعوای خواهان را ثابت دانسته و مستندا به مواد ۴۱۶، ۴۱۷، ۴۲۰، ۴۲۲، ۴۲۴ و ۴۳۵ قانون مدنی و مواد ۱۹۷ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی حکم به تأیید فسخ معامله مربوط به دستگاه خودرو پراید به شماره انتظامی... و محکومیت خواننده به پرداخت مبلغ ۱۶۵۰,۰۰۰ ریال بابت خسارات دادرسی در حق خواهان صادر و اعلام می‌دارد.<sup>۱</sup>

این رأی دادگاه بدوی توسط دادگاه تجدیدنظر نیز قرار گرفته است و بیان می‌دارد:

با توجه به ظاهر نبودن عیب مذکور و زمان فسخ انجام شده، رعایت فوریت موضوع (که عرفی نیز می‌باشد)، انجام شده است. فلذا با توجه به محتویات پرونده و ادله و مستندات ابرازی طرفین و تحقیقات انجام شده، تجدیدنظرخواهی مقرون به دلیلی نیست که موجبات فسخ دادنامه معترض عنه را فراهم آورد و رأی صادره از نظر استناد به مواد و منابع قانونی و رعایت اصول و قواعد دادرسی نیز فاقد اشکال بوده و بر اساس موازین قانونی و مستنبط از اصول و قواعد حقوقی اصدار یافته است.<sup>۲</sup>

۱. رأی دادگاه بدوی: در خصوص دعوی خواهان داود م. غ. به طرفیت خواننده ن. الف. به خواسته تأیید فسخ قرارداد عادی مربوط به معامله یک دستگاه اتومبیل پراید به شماره انتظامی ۸۶۵ ب ۲۷ ایران ۶۶ به علت غبن فاحش و معیوب بودن آن به انضمام خسارات دادرسی؛ نظر به اینکه حسب نظر کارشناس (تامین دلیل) اتاق خودرو به علت دو تکه بودن جوش خورده و حسب دستورالعمل پلیس راهور ناچا امکان تعویض پلاک چنین خودروهایی وجود ندارد و این عیب مخفی بودن و مؤثر در قیمت اتومبیل نیز می‌باشد که موجبات غبن را نیز فراهم کرده است. خواهان با ارسال اظهارنامه خیار خود را اعمال و اقامه دعوی کرده و خواننده با حضور در دادگاه تقدیم لایحه دفاع نموده خودرو به رویت خواهان که مکانیک بوده رسیده و شخص دیگری نیز همراه خواهان در هنگام معامله بوده که در کار اتومبیل متخصص بوده و به این ترتیب معامله صورت گرفته است و از شرایط خودرو کاملاً مطلع بوده است. و تعویض پلاک خودرو در سال ۱۳۸۹ و داشتن ۸ سال تخفیف بیمه ادعای خواهان را بر دو تکه بودن خودرو مردود می‌کند و نظر کارشناس را مورد تعرض قرار داده است. دادگاه قرار ارجاع امر به کارشناس صادر ولی خواننده نسبت به پرداخت حق الزحمه کارشناس در فرجه قانونی اقدامی به عمل نیاورده است به این شکل اعتراض مردود اعلام می‌گردد. دادگاه با توجه به مراتب فوق و عدم اثبات اطلاع خواهان از وضعیت خودرو به هنگام معامله و مخفی بودن عیب دعوای خواهان را ثابت دانسته و مستندا به مواد ۴۱۶، ۴۱۷، ۴۲۰، ۴۲۲، ۴۲۴ و ۴۳۵ قانون مدنی و مواد ۱۹۷ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی حکم به تأیید فسخ معامله مربوط به دستگاه خودرو پراید به شماره انتظامی... و محکومیت خواننده به پرداخت مبلغ ۱۶۵۰,۰۰۰ ریال بابت خسارات دادرسی در حق خواهان صادر و اعلام می‌دارد. حکم صادره حضوری بوده و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر در دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران خواهد بود. رئیس شعبه ۲۱۵ دادگاه حقوقی تهران - حبیب انیس حسینی.

۲. رأی دادگاه تجدیدنظر: در خصوص تجدیدنظرخواهی خانم ن. الف. به طرفیت آقای د. م. غ. از دادنامه شماره ۹۴۰۴۴۴ مورخ ۱۳۹۴/۰۱/۲۵ صادره از شعبه ۲۱۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران که به موجب آن حکم به تأیید فسخ معامله مربوط به یک دستگاه خودرو پراید به شماره انتظامی... و محکومیت تجدیدنظرخواه به پرداخت ۱۶۵۰,۰۰۰ ریال بابت خسارات دادرسی در حق تجدیدنظرخواننده صادر و اعلام گردیده است دادگاه نظر به اینکه طرفین در صورتجلسه مورخ ۱۳۹۴/۰۱/۱۰ دادگاه محترم بدوی اظهار کرده‌اند تاریخ معامله اسفند ماه ۱۳۹۳ بوده و کارشناس نیز جوشکاری بدنه خودرو را مربوط به چند سال قبل دانسته است و قریب سه ماه پس از معامله خواهان بدوی تقاضای فسخ کرده است که با توجه به ظاهر نبودن عیب مذکور و زمان فسخ انجام شده، رعایت فوریت موضوع (که عرفی نیز می‌باشد) انجام شده فلذا با توجه به محتویات پرونده و ادله و مستندات ابرازی طرفین و تحقیقات انجام شده تجدیدنظرخواهی مقرون به دلیلی نیست که موجبات فسخ دادنامه معترض عنه را فراهم آورد و رأی صادره از نظر استناد به مواد و منابع قانونی و رعایت اصول و قواعد دادرسی نیز فاقد اشکال بوده و بر اساس موازین قانونی و

در سلسله نشست‌های قضایی نیز که در این باره برگزار شده، هیئت‌های حاضر در نشست نیز چارچوب خیار عیب را تعیین کرده و دو شرط مخفی بودن و عدم علم به عیب کالا را از شرایط قطعی خیار عیب محسوب کرده‌اند. لذا، منطبق بر این مسئله، اشتراط خیار عیب علی‌رغم آگاهی به آن نمی‌تواند شرط عدم علم به عیب و مخفی بودن را محقق ساخته و موجب تحقق خیار عیب گردد؛ لذا نفس شرط خیار عیب با چالش و مانع روبه‌روست. مثلاً، در نشست قضایی که در تاریخ ۱۳۸۳/۰۴/۰۴ با موضوع استفاده از خیار عیب در مورد ساختمان خراب شده در اثر زلزله برگزار گردید.

سؤال و مسئله مورد بحث این بوده که زلزله‌ای به قدرت ۴ ریشتر موجب شده آپارتمانی که توسط شخصی خریداری گردیده، تخریب گردد. در فرضی که آپارتمان‌های پیرامون آن آسیب ندیده باشد، اگر با نظر کارشناس و تأیید این مطلب که ساختمان خریداری شده از استحکام و ثبات لازم برخوردار نبوده است، آیا می‌توان به خریدار حق استفاده از خیار عیب را داد؟

هیئت عالی در پاسخ با تکیه بر اینکه در فرضی که پس از قرارداد معیوب بودن مبیع مشخص گردد، خریدار اختیار قبول مبیع معیوب یا اخذ ازش یا فسخ معامله را دارد، بیان می‌دارد که این حق خیار زمانی قابل اثبات است که عیب مزبور مخفی و مستتر بوده و خریدار در زمان قرارداد فروش نسبت به آن آگاهی نداشته باشد. فرقی نمی‌کند که عیب مزبور حقیقتاً مخفی بوده یا اینکه خریدار متوجه آن نبوده است. در فرض سؤال حاضر، با عنایت به مخفی بودن عیب و مشخص شدن عیب آپارتمان به جهت زلزله و مستحکم بودن و سالم بودن ساختمان‌های اطراف، لذا، مبتنی بر ماده ۴۳۵ قانون مدنی، فوراً مشتری باید خیار عیب خویش را اعمال نماید و با اخذ نظر کارشناس و اثبات اینکه آپارتمان مزبور معیوب بوده است، حسب مورد منطبق بر ماده ۴۳۲ قانون موصوف، نسبت به فسخ قرارداد یا مطالبه ازش اقدام نماید. البته تشخیص عیب مزبور نیز برحسب شرایطی مانند عرف و عادت منطقه و اینکه در چه زمان و مکانی باشد، تفاوت می‌نماید.

و در پایان نظر انقافی نشست نیز این مسئله را مورد تأیید قرار می‌دهد که معتقد است: «... به تعریف ماده ۴۲۳ قانون مذکور عیب وقتی قابل اعتناست که مخفی و در زمان عقد موجود باشد» (نشست قضایی، ۱۳۹۴). لذا، شرط کردن خیار عیب علی‌رغم علم به عیب و آشکار بودن آن به هیچ‌وجه قابل پذیرش نیست.

نمونه دیگر نشست قضایی است که در تاریخ ۱۳۹۱/۰۶/۱۲ با موضوع فسخ معامله به موجب عیب مخفی موجود در زمان معامله برگزار گردید و هیئت عالی در پاسخ به این پرسش که با توجه به ماده ۴ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو مصوب ۸۶، در مواردی که خودروی تحویلی به مشتریان، حین تحویل، دارای عیوبی بوده که از دید خریدار مغفول مانده است، آیا پس از اطلاع از وجود عیب موجود حین العقد، خریدار می‌تواند پیش از استناد به ماده ۴ و ۷ قانون فوق‌الذکر، بر مبنای خیار عیب بدو تقاضای فسخ معامله را مطرح کند، معتقد است:

مستنبط از اصول و قواعد حقوقی اصدار یافته است فلذا با استناد ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، ضمن رد تجدیدنظرخواهی، دادنامه تجدیدنظرخواسته را عیناً تأیید و استوار می‌نماید - این رأی حضوری و قطعی است. شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - مستشار و مستشار: سید فرخ مرتضوی و مجتبی شفیعی.

با توجه به عنوان قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸ که در جهت حمایت بیشتر از مصرف‌کننده تدوین شده و مواد قانونی مربوطه، نظر به اینکه نمی‌توان در جهت حمایت بیشتر و بدون نص قانونی، حقوقی را که قانون مدنی برای اشخاص شناسایی کرده، مرتفع دانست؛ لذا، مقررات قانونی اخیرالتصویب، مکمل حقوق مصرف‌کننده بوده و چنانچه حقوق خریدار با اعمال خیار عیب با وجود شرایط قانونی، بیشتر و بهتر حفظ شود؛ طبعاً حق اعمال مقررات قانونی مربوط به فسخ معامله به‌موجب عیب مخفی موجود در زمان معامله را خواهد داشت. لذا، نظر اکثریت تأیید می‌شود. (نشست قضایی، ۱۳۹۱)

### دیدگاه برگزیده

بررسی دیدگاه‌های مطروحه عمدتاً نشان‌دهنده رویکرد منفی نسبت به اشتراط خیار عیب در مسئله حاضر است. نگاهی که می‌توان آن را مبتنی بر چارچوب خاص خیار عیب دانست که موضوع خیار عیب را مختص حالت جهل و ناآگاهی شخص به عیب کالا می‌دانند. اما این پژوهش پس از بررسی‌هایی که انجام داد، بر این باور است که اشتراط خیار عیب علی‌رغم علم به عیب کالا می‌تواند معتبر باشد. یعنی نه تنها اشتراط خیار عیب فاسد نیست، بلکه صحیح بوده و می‌تواند لازم‌الوفا باشد. این رویکرد مبتنی بر ادله ذیل مورد تحلیل و بررسی قرار می‌گیرد.

در تبیین این دیدگاه، ابتدا مقدمه‌ای بیان می‌شود؛ امروزه با توجه به پیشرفت فناوری‌ها، ساخت و اختراع کالاها و مصنوعات پیچیده بشری و تخصصی شدن بسیاری از مسائل، ارائه معیار ظهور و خفای عیوب کالا با معیارهای قدیمی در آگاهی و عدم آگاهی خریدار کافی نیست. زیرا نمی‌توان به‌صرف مشاهده به ماهیت کالا پی برد و نیازمند مراجعه به کارشناس و متخصص هر رشته در امور مختلف وجود دارد؛ چراکه عیوب کالا به‌تبع تخصصی بودن هر کالا، تخصصی است. به‌عنوان مثال، در خرید یک اتومبیل، خریداری که با خرید و فروش وسایل نقلیه آشنایی ندارد، با مشاهده در موتور ماشین یا سیستم برق آن نمی‌تواند تشخیص دهد که اتومبیل نقص فنی موتوری دارد یا خیر. تشخیص این مسئله به سهولت گذشته نیست و نمی‌توان با تکیه بر معیار ظهور و خفاء، عیب را مبتنی بر آگاهی و عدم آگاهی مشتری لحاظ کرد و خریدار را آگاه به عیب دانست. به همین جهت برخی حقوق‌دانان معتقدند، علم به عیب مستلزم این است که نه تنها طرف قرارداد از نقص کالا آگاه باشد، بلکه این مسئله را نیز بداند که نقص مشاهده شده در مصرف کالا اختلال ایجاد کرده یا از بهاء و ارزش آن می‌کاهد و عیبی مؤثر است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص. ۲۴۳). علاوه بر این مورد، قرارداد نباید ابرازی برای کسب منافع ناروا از سوی یکی از طرفین قرارداد باشد. در یک وضعیت آرمانی که در آن طرفین قرارداد به‌صورت برابر در خصوص قرارداد مذاکره و چانه‌زنی می‌کنند، می‌توان بیان داشت که قرارداد وسیله‌ای عادلانه برای توزیع ثروت است و اشخاص به اراده خود قراردادی به زیان خود منعقد نمی‌کنند. اما امروزه این وضعیت آرمانی غالباً محقق نمی‌شود و قراردادها در حالی منعقد می‌شوند که در آن‌ها یکی از طرفین در موضعی قوی‌تر از دیگری قرار دارد. در این حالت اگر بر این تأکید شود که مفاد قرارداد لزوماً عادلانه است و قرارداد بین طرفین

لازم الاجرا است (نظریهٔ حاکمیت اراده)، در واقع به طرف قوی‌تر قرارداد این امکان داده شده که قرارداد را تبدیل به ابزاری برای کسب منافع خود کند (شمس‌اللهی، ۱۳۹۹، ص. ۵۷۹). از این رو، در فرض بحث حاضر که یکی از طرفین قرارداد متخصص در شناخت کالا نیست، صرف علم به عیب کالا به صورت اجمالی نمی‌تواند موجب شود ابزار مذاکرهٔ او یعنی حق فسخ ناشی از خیار عیب باطل شده و با تکیه بر حاکمیت اراده، تعادل قراردادی و برابری طرفین در قدرت چانه‌زنی را زیر سؤال برد.

با تکیه بر این مقدمه گاهی خریدار نسبت به عیبی در کالا در هنگام عقد آگاهی پیدا می‌کند، اما به جهت عدم تخصص نمی‌داند که چنین عیبی در آینده ارزش کالای مزبور را تغییر می‌دهد یا خیر؛ به همین جهت شرط می‌کند که خیار عیب داشته باشد. همان‌طور که گذشت این مسئله از نگاه برخی شرط خلاف شرع و مبطل عقد بود، ولی از نگاه صاحب جواهر صحیح بود. آنچه امروزه می‌تواند در حل معضلات حقوقی کارایی بیشتری داشته باشد، دیدگاه صاحب جواهر است؛ چراکه همان‌گونه که بیان شد، علی‌رغم علم به عیب کالا اما به جهت مشخص نبودن تمام جهات آن برای خویش، شرط خیار عیب می‌کند. نتهتها منع شرعی ندارد بلکه با روش معاملاتی امروزه می‌تواند همگام و سازگار باشد، زیرا:

اولاً: همان‌گونه که گذشت، نصوص (عاملی، ۱۴۰۹، ج. ۱۸، ص. ۲۹) از اثبات شرطیت جهل در خیار

عیب قاصر هستند.

ثانیاً: مبنای تشریح خیار عیب از ناحیهٔ شارع دفع ضرر ذوالخیار است. در فرض بحث حاضر که شخص علی‌رغم علم و آگاهی به نقص کالا به جهت عدم تخصص نمی‌تواند به معیوب بودن یا نبودن کالا اطمینان حاصل کند و به همین جهت برای خود شرط خیار عیب می‌کند تا اگر در آینده مطلع شد که نقص مزبور عیب فاحشی است، اقدام به فسخ قرارداد کند، مانعی وجود ندارد؛ چراکه این مسئله می‌تواند در دفع ضرر او مؤثرتر باشد و او را از ورود در قرارداد ضرری مصون بدارد. بنابراین، اگر مبنای خیار قاعدهٔ لاضرر دانسته شود، با توجه به مشکلات و خطرهای معاملاتی امروزی، وجود چنین شرطی نتهتها موجب فساد عقد نیست، بلکه موجب می‌شود که قراردادها با اطمینان خاطر و خطرپذیری کمتری منعقد شوند و مانعی جدی در مسیر تدلیس‌های افراد سودجو قرار گیرد و هدف شارع از عدم ورود ضرر به اشخاص نیز تأمین گردد.

ثالثاً: صرف آگاهی به نقص کالا نمی‌تواند دلالت بر رضایت به عیب داشته باشد؛ چراکه آگاهی زمانی می‌تواند مؤثر در این امر باشد که ریسک‌پذیری نقص کالا قابل اغماض باشد اما با توجه به پیچیدگی‌های معاملات و کالاها، طبیعتاً نیاز به سازوکاری است که اشخاص با اطمینان بیشتری بتوانند وارد در قرارداد شوند. اشکالی که ممکن است مطرح شود این است که سیرهٔ عقلا همگام با نظریهٔ ثبوت خیار عیب نیست؛ چراکه وقتی شخص آگاهی به عیب کالا دارد در همان ابتدای انعقاد قرارداد می‌تواند جهت عدم تضرر خویش در قرارداد ورود نکند. از این رو، جعل خیار عیب به سبب معیوب بودن موضوع قرارداد معقول و متعارف نیست (سبزواری، ۱۴۱۳، ج. ۱۷، ص. ۱۹۳). در پاسخ بیان می‌شود: عرف عقلایی معاملاتی امروزه خلاف عرف عقلایی معاملات در چند سال گذشته است. زیرا پیچیدگی‌های کالاها و خدمات امروزی به سمت تخصصی شدن حرکت می‌کند. اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی در قراردادهای خویش به دنبال اطمینان از قرارداد و

بازدهی آن هستند. از این رو این مسئله، ایجاب می‌کند که هنگام مشاهده نقضی در کالا، شرط خیار را برای خود لحاظ کنند تا بتوانند اگر متضرر شدند با تمسک به آن جبران خسارت نمایند. این ادعا نیز که علم به عیب رضایت به عقد است، صحیح نیست؛ چراکه افراد در بسیاری از مواقع علی‌رغم علم به عیب کالا، به جهاتی مانند انحصار کالا و مسائل دیگر مضطر به تهیه آن هستند و این امر موجب می‌شود که رعایت احتیاط را در قرارداد خود داشته باشند.

رایعاً: توجیه دیگر این دیدگاه را می‌توان در قراردادهای مختلف مثل قراردادهای حوزه مصرف دریافت کرد. با این توضیح که، از یک طرف مشاهده می‌شود قواعد عمومی قراردادها متأثر از ظروف و شرایط و ضرورت‌های متعددی که وجود دارد، تغییر می‌نماید. یکی از نمونه‌های این قواعد، به هم خوردن تعادل قراردادی می‌باشد. توجیه این عدم تعادل ریشه در وجود فاصله طبقاتی میان افراد جامعه و داشتن قدرت چانه‌زنی و توان اقتصادی و داشتن تخصص‌های متمایز و تبعیض آمیز میان ایشان می‌باشد که موجب تأثیرگذاری بر موقعیت قراردادی متعاملین می‌شود. اما از طرف دیگر دیدگاه سنتی مرتبط با قراردادها می‌گوید: طرفین قرارداد باید در یک شرایط مطلوب و آزادانه در فضایی نسبتاً برابر برای انعقاد قرارداد اقدام به مذاکره در جهت تحقق مطالبات و تحصیل اهداف خویش نمایند و با وجود تعقیب اهداف و اغراض متمایز و بلکه متعارض از یکدیگر در نهایت به نقاط مشترک و قابل اجتماع مبتنی بر حاکمیت اراده خویش دست یابند. اما تجربه نشان می‌دهد که با توجه به اینکه امروزه مبادلات تجاری با رقابت در آمیخته است، اقتضای این امر موجب این شده که طرفین قرارداد در جهت تحصیل سود بیشتر دست به هر اقدامی بزنند و در نهایت موجب به هم خوردن تعادل در قرارداد گردند؛ زیرا طرف قوی‌تر این تبادل مالی با سوءاستفاده از شرایط و خصوصیتی که دارد، مانند انحصار، دانش تخصصی و... سعی در تحمیل شرایط غیرمنصفانه خویش به طرف ضعیف‌تر دارد و سرانجام عدالت اجتماعی و اقتصادی را به چالش می‌کشد (محمدی‌نیا و همکاران، ۱۳۹۷، صص. ۳۴۷، ۳۶۸). از جمله مواردی که زمینه این‌گونه اتفاقات است در حوزه حقوق مصرف‌کننده؛ یعنی مواردی که یک طرف قرارداد فروشنده‌گان و عرضه‌کنندگان کالا با تخصص و سرمایه‌های هنگفت ایستاده‌اند و در طرف دیگر مصرف‌کنندگان فاقد تخصص، که موجب تحمیل شرایط غیرمنصفانه به ایشان می‌گردد. (دعاگویی و همکاران، ۱۳۹۳، ص. ۶۷) در بحث حاضر نیز که مشتری تخصصی در شناخت عیب کالا ندارد، موجب می‌گردد که تعادل قراردادی زیر سؤال برود. از این رو، شخص با ابزاری مثل شرط خیار عیب می‌تواند قدرت چانه‌زنی خویش را در برابر فروشنده بالا ببرد و الا چنین قراردادی نمی‌تواند متعادل بوده و صرفاً به نفع یکی از طرفین و ضرر دیگری است.

در حقوق ایران مسئله اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی حاکم است؛ جز در برخی محدودیت‌های سنتی مانند نظم عمومی و اخلاق حسنه. برابر این اصل محدودیت‌های عامی در برابر آن ایجاد نشده است. در حقیقت جز برخی قواعد محدود مانند عیوب اراده و اختیارات در قواعد عمومی قراردادها حمایت مؤثری از طرف ضعیف در قراردادها نمی‌شود و قرارداد منعقد الزام‌آور است ولو اینکه مفاد آن نسبت به اخذ طرفین ناعادلانه بوده یا در انعقاد آن نسبت به یکی از طرفین قرارداد رعایت شرط انصاف نشده باشد (شمس‌اللهی، ۱۳۹۹، ص. ۵۷۸). با این حال، اعتقاد به بطلان چنین شرط خیار عیبی از سطح این حمایت‌ها می‌کاهد و تعادل

قراردادهای امروزی را میان متعاقبین خصوصاً در حوزه قراردادهای مصرف کاهش می‌دهد. در انتها مقتضای عدالت توزیعی این است که دولت در قراردادهایی به این شکل ورود نموده و موجب برقراری توازن و تعادل به قرارداد گردد. این مسئله با تصویب قواعد و مقرراتی آمرانه که به دنبال خویش ضمانت اجرای بازدارنده داشته باشد موجب می‌گردد که با این شروط تحمیلی مقابله نموده و در مسیر حمایت از طرف ضعیف قراردادی و استقرار توازن و تعادل به قرارداد گام گذارد (محمدی‌نیا و همکاران، ۱۳۹۷، ص. ۳۶۸).

### نتیجه‌گیری

با بازنگری فقهی و حقوقی که در مورد شرط خیار عیب با علم به عیب صورت گرفت و دیدگاه‌های مختلفی که این باره وجود داشت، بر اساس این پژوهش به دست آمد که شرط خیار عیب با وجود علم به عیب کالا می‌تواند معتبر باشد. امروزه با توجه به پیشرفت فناوری و پیچیدگی کالاها، تشخیص عیوب تنها با مشاهده و بررسی نمی‌تواند انجام شود و نیازمند متخصصین مربوطه است. در اغلب قراردادهای طرفین قرارداد قدرت یکسانی ندارند و در این شرایط، شرط خیار عیب می‌تواند برابری طرفین در قدرت مذاکره را تعدیل کند. از آن جا که خریداران ممکن است در هنگام عقد در مورد وجود عیبی در کالا آگاه باشند اما نتوانند پیش‌بینی کنند که آیا این عیب در آینده ارزش کالا را تحت تأثیر قرار می‌دهد یا خیر؛ بنابراین، اشتراط خیار عیب از طرف خریدار ممکن است مورد نیاز باشد.

از این رو، می‌توان یک مقررۀ قانونی به شرح زیر به قانون‌گذار پیشنهاد داد:

در قراردادهایی که موضوع آن‌ها کالاهای پیچیده و تخصصی هستند و یکی از طرفین اطلاعات کافی درباره عیب کالا را ندارد، اشتراط خیار عیب مجاز است، حتی در صورتی که عیب کالا به او اطلاع داده شده باشد. در این صورت، اگر عیب کالا باعث اخلال در استفاده یا کاهش ارزش آن شود، می‌تواند حق فسخ قرارداد را بر اساس خیار عیب داشته باشد.

این مقررۀ قانونی، با توجه به پیچیدگی کالاها و نیاز به تخصص در شناخت آن‌ها، این امکان را می‌دهد تا در صورتی که عیب کالا تشخیص داده نشود و از آن آگاه نیاید، حق فسخ قرارداد را داشته باشد. این مقررۀ باعث تحقق اصل عدالت در قراردادهای و جلوگیری از سوءاستفاده از طرف ضعیف قرارداد می‌شود.

### پیشنهادات

در ادامه پیشنهاداتی برای اصلاح قوانین و تقویت حقوق طرف ضعیف قرارداد ارائه می‌شود:

۱. الزام طرف قوی‌تر قرارداد به ارائه اطلاعات کامل: قوانین باید طرف قوی‌تر را الزام کنند که در قراردادهای اطلاعات کامل و صحیح را در مورد کالاها و خدمات ارائه دهد. این اطلاعات باید شامل همه جنبه‌های مهم و احتمالی عیب‌ها و مشکلات مربوط به کالاها یا خدمات باشد.
۲. تعیین مسئولیت طرف برای طرف قوی‌تر قرارداد: در صورتی که طرف قوی‌تر اطلاعات کامل را در ارتباط با کالاها یا خدمات ارائه ندهد و عیب‌ها و مشکلاتی در آن‌ها وجود داشته باشد، باید مسئولیت این عیب‌ها و خسارات مرتبط را بر عهده بگیرد. این امر می‌تواند طرف قوی‌تر را وادار به ارائه اطلاعات کامل و صحیح کند.

۳. تعیین حقوق برای طرف ضعیفتر قرارداد در صورت عدم اطلاع کافی: در صورتی که طرف ضعیفتر به دلیل عدم اطلاع کافی از عیبها و مشکلات کالا یا خدمات، تحت خسارت قرار بگیرد، قوانین باید به او حقوق مشخصی را تعلق دهند. این حقوق می‌تواند شامل حق فسخ قرارداد، دریافت خسارت، یا تعویض کالا یا خدمات باشد.

۴. ایجاد ضمانت‌های مالی: قانون‌گذار می‌تواند ضمانت‌های مالی را برای حفاظت از طرف ضعیف قرارداد در نظر بگیرد.

۵. تشدید مجازات‌ها در صورت سوءاستفاده: قوانین باید مجازات‌های سنگین‌تری را برای طرفی که از قوانین و تعادل قراردادی سوءاستفاده می‌کند، تعیین کند. این مجازات‌ها می‌تواند شامل جریمه‌های مالی قابل توجه، تعلیق یا لغو مجوزها، و حتی محرومیت از فعالیت‌های تجاری باشند.

### منابع

- ابن براج، عبدالعزيز. (۱۴۰۶). المهذب. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- ابن حمزه، محمد بن على. (۱۴۰۸). الوسيلة الى نيل الفضيلة. قم: كتابخانه عمومى حضرت آيت الله العظمى مرعشى نجفى (ه). ابن فارس، احمد بن فارس. (۱۴۰۴). معجم مقاييس اللغة. قم: مكتب الاعلام الاسلامى.
- ابن منظور، محمد بن مكرم. (بى تا). لسان العرب. بيروت: دار الكتب العلمية.
- اراكى، محمدعلى. (۱۴۱۴). كتاب الخيارات. قم: در راه حق.
- اصفهانى، محمدحسين. (۱۴۱۸). حاشية كتاب المكاسب. قم: انوار الهدى.
- امامى، سيد حسن. (بى تا). حقوق مدنى. تهران: اسلاميه.
- انصارى، مرتضى بن محمدامين. (۱۴۱۵). المكاسب. قم: مجمع الفكر الاسلامى.
- انصارى، مهدي. (۱۳۹۰). تحليل اقتصادى حقوق قراردادها. تهران: جاودانه.
- بجيرمى، سليمان بن محمد. (۱۴۱۵). تحفة الحبيب على شرح الخطيب. بيروت: دار الفكر.
- بحرانى، يوسف بن احمد. (۱۴۰۵). الحدائق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- ماوردى، على بن محمد. (۱۴۱۷). الحاوى الكبير فى فقه مذهب الامام الشافعى. بيروت: دار الكتب العلمية.
- ثعلبى بغدادى، عبدالوهاب بن على. (۱۴۲۵). التلقين فى الفقه المالکى. بيروت: دار الكتب العلمية.
- جعفرزاده، ميرقاسم و سيمابى صراف، حسين. (۱۳۸۴). حسن نيت در قراردادهاى بين المللى: قاعده‌اى فراگير يا كلى استثنائى. تحقيقات حقوقى، (۴۱).
- حجاوى مقدسى، موسى بن احمد. (بى تا). الاقناع فى فقه الامام أحمد بن حنبل. بيروت: دار المعرفة.
- حدادى، ابوبكر بن على. (۱۳۲۲). الجوهرة النيرة. مصر: المطبعة الخيرية.
- حسينى عاملى، سيد جواد. (۱۴۲۲). مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- ابن ادریس حلى، محمد بن منصور. (۱۴۱۰). السرائر الحاوى لتحرير الفتاوى. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- علامه حلى، حسن بن يوسف. (۱۴۱۸). قواعد الأحكام فى معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- علامه حلى، حسن بن يوسف. (۱۳۷۵). مختلف الشيعة فى أحكام الشريعة. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- ابن قدامه مقدسى، عبدالله بن احمد. (۱۴۰۵). المغنى. رياض: دار عالم الكتب.
- خاكباز، محمد. (۱۳۹۳). عدالت معاوضى در حقوق موضوعه و رويه قضايى. قم: حقوق امروز.
- خرشى، محمد بن عبدالله. (بى تا). شرح الخرشى على مختصر خليل. مصر: المطبعة الكبرى الأميرية.
- شرتونى، سعيد. (۱۳۸۵). أقرب الموارد فى فصح العربية و الشوارد. تهران: اسوه.
- دعاگووى، محمدمصطفى و محمدى، زينب. (۱۳۹۳). شروط تحمیلی در قراردادهاى صنعت خودرو. مبانی فقهی حقوق اسلامى، (۱۴)۷.
- راغب اصفهانى، حسين بن محمد. (۱۳۶۲). مفردات ألفاظ القرآن. تهران: مرتضوى.
- رهبيك، سيامك و همكاران. (۱۳۹۸). ساماندهى نظريه عدالت قراردادى در حقوق فرانسه، انگليس، فقه و حقوق ايران. حقوق تطبيقى، (۲)۱۵.
- زيبلى، عثمان بن على. (۱۳۱۳). تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق. قاهره: المطبعة الكبرى الأميرية.
- ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم. (بى تا). البحر الرائق شرح كنز الدقائق. بيروت: دار الكتاب الاسلامى.

- سبزواری، سید عبدالاعلی. (١٤١٣). مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام. قم: المنار.
- شربجی، علی. (١٤١٣). الفقه المنهجي علی مذهب الامام الشافعی. دمشق: دار القلم.
- شمس اللهی، محسن. (١٣٩٩). نظریه همبستگی قراردادی. حقوق خصوصی، ١٧(٢).
- شنقیطی، محمد بن محمد المختار. (بی تا). شرح زاد المستقنع. بی جا: بی تا.
- شهیدی، مهدی. (١٣٨٨). حقوق مدنی. تهران: مجد.
- طاهری، حبیب الله. (١٤١٨). حقوق مدنی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حکیم، سید محسن. (١٤٠٤). مستمسک العروة الوثقی. قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی (ه).
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (١٤٢٤). العروة الوثقی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طریحی، فخرالدین. (١٣٦٥). مجمع البحرین. تهران: مرتضوی.
- طوسی، محمد بن حسن. (بی تا). المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: المكتبة المرتضوية.
- طوسی، محمد بن حسن. (١٤١٧ الف). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن. (١٤١٧ ب). النهایة و نکتها. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن. (١٤٠٧). تهذیب الأحكام. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (١٤٢٥). مسالک الأفهام الی تنقیح شراعی الاسلام. قم: معارف اسلامی.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (١٣٨٢). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: دار التفسیر.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (١٤٠٩). وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- عبدری غرناطی، محمد بن یوسف. (١٤١٦). التاج و الاکلیل لمختصر خلیل. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- عراقی، ضیاء الدین. (١٤٢١). حاشیة کتاب مکاسب. قم: غفور.
- عمرانی، یحیی بن ابی الخیر. (١٤٢١). البیان فی مذهب الامام الشافعی. جده: دار المنهاج.
- صفایی، سید حسین. (١٤٠١). حقوق مدنی. تهران: میزان.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. (١٤٢٥). کتاب العین. قم: اسوه.
- فیومی، احمد بن محمد. (١٤٠٥). المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر. قم: دار الهجرة.
- روحانی، سید صادق. (١٤١٢). فقه الصادق (ع). قم: دار الکتب.
- روحانی، سید صادق. (١٤٢٩). منهاج الفقاهة. قم: انوار الهدی.
- روحانی، سید محمد. (١٤٢٠). المرتقی الی الفقه الأرقی (کتاب الخیارات). تهران: جلیل.
- کاتوزیان، ناصر. (١٣٧٧). فلسفه حقوق. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر. (١٣٨٧). قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محقق کرکی، علی بن حسین. (١٤١٥). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- تسولی، علی بن عبدالسلام. (١٤١٨). البهجة فی شرح التحفة. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- ابن جزی غرناطی، محمد بن احمد. (١٤٠٦). القوانین الفقهیة. بیروت: دار العلم للملایین.
- کلودانی، محفوظ بن احمد. (١٤٢٥). الهدایة علی مذهب الامام أحمد بن حنبل. کویت: غراس.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (١٤٠٧). الکافی. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- قراقی، احمد بن ادريس. (١٩٩٤). الذخيرة. بیروت: دار الغرب الاسلامی.
- مألف، لوئیس. (بی تا). المنجد فی اللغة و الأعلام. بیروت: دار المشرق.

- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۱۸). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح (رشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- محقق سبزواری، محمدباقر. (۱۴۲۳). كفاية الفقه. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- شيخ موحد، محمدعلى. (۱۳۸۵). مفهوم عدالت در حقوق. دانش پژوهان. (۸).
- محمدى نیا، اميد و رضایى راد، غلامرضا. (۱۳۹۷). راهکارهای ایجاد تعادل قراردادى. تحقیقات حقوقی بین المللی، ۱۱(۴۱).
- عینی، محمود بن احمد. (۱۴۲۰). البناية شرح الهدایة. بیروت: دار الكتب العلمية.
- مرداوى، على بن سليمان. (بى تا). الانصاف فی معرفة الراجح من الخلاف. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- مصطفوی، سيد محمدکاظم. (۱۴۲۱). القواعد: مائة قاعدة فقهية. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- مطیعی، محمد نجيب. (بى تا). تکملة المجموع شرح المذهب. مدینه: المكتبة السلفية.
- شيخ مفید، محمد بن نعمان. (۱۴۱۰). المقنعة. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- ابن قدامه مقدسى، شمس الدين عبدالرحمن. (بى تا). الشرح الكبير على متن المقنع. بیروت: دار الكتاب العربی.
- خمینی، سيد روح الله. (۱۳۷۹). تحرير الوسيلة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خمینی، سيد روح الله. (۱۴۲۱). كتاب البيع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خویى، سيد ابوالقاسم و غروى، ميرزا على. (بى تا). التنقيح فى شرح العروة الوثقى. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- خویى، سيد ابوالقاسم. (بى تا). مصباح الفقاهة. بى جا: بى نا.
- نجفى، محمدحسن. (۱۴۰۴). جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نراقى، ملا احمد بن محمد مهدى. (۱۴۱۵). مستند الشيعة فى أحكام الشريعة. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- فيض الاسلام، سيد علينقى. (بى تا). ترجمه و شرح نهج البلاغه. تهران: زرين.
- وزارت اوقاف كويت. (۱۴۲۷). الموسوعة الفقهية الكويتية. كويت: دار السلاسل.
- طباطبایى یزدى، سيد محمدکاظم. (۱۴۲۸). العروة الوثقى مع التعليقات. قم: مدرسه امام على بن ابى طالب (ع).

## Reference

- Ibn Barrāj, ‘Abd al-‘Azīz. (1406 AH [1985/1986 CE]). *al-Muhadhdhab* [The refined work]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Ibn Ḥamza, Muḥammad b. ‘Alī. (1408 AH [1987/1988 CE]). *al-Wasīla ilā nayl al-faḍīla* [The means to attaining virtue]. Qom: Public Library of Grand Āyat Allāh Mar‘ashī Najafī.
- Ibn Fāris, Aḥmad b. Fāris. (1404 AH [1983/1984 CE]). *Mu‘jam maqāyīs al-luḡha* [Dictionary of the measures of language]. Qom: Maktab al-I‘lām al-Islāmī.
- Ibn Manẓūr, Muḥammad b. Mukarram. (n.d.). *Lisān al-‘Arab* [The tongue of the Arabs]. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya.
- Arākī, Muḥammad ‘Alī. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Kitāb al-khiyārāt* [The book of options]. Qom: Dar Rāh-i Haqq.
- Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Hāshiyat Kitāb al-makāsib* [Gloss on *Kitāb al-makāsib*]. Qom: Anwār al-Hudā.
- Imāmī, Sayyid Ḥasan. (n.d.). *Huqūq-i madanī* [Civil law]. Tehran: Islāmīyya.
- Anṣārī, Murtaḍā b. Muḥammad Amīn. (1415 AH [1994/1995 CE]). *al-Makāsib* [Transactions]. Qom: Majma‘ al-Fikr al-Islāmī.
- Anṣārī, Mahdī. (1390 SH [2011/2012 CE]). *Tahlīl-i iqtisādī-yi huqūq-i qarārdād-hā* [Economic analysis of contract law]. Tehran: Jāvidāna.

- Bujayramī, Sulaymān b. Muḥammad. (1415 AH [1994/1995 CE]). *Tuḥfat al-ḥabīb ‘alā sharḥ al-Khaṭīb* [The beloved's gift on the commentary of al-Khaṭīb]. Beirut: Dār al-Fikr.
- Bahrānī, Yūsuf b. Aḥmad. (1405 AH [1984/1985 CE]). *al-Ḥadā‘iq al-nāḍira fī aḥkām al-‘itra al-tāhira* [The radiant gardens concerning the rulings of the pure household]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Māwardī, ‘Alī b. Muḥammad. (1417 AH [1996/1997 CE]). *al-Ḥāwī al-kabūr fī fiqh madhhab al-Imām al-Shāfi‘ī* [The great comprehensive work on the jurisprudence of the school of Imām al-Shāfi‘ī]. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya.
- Tha‘labī Baghdādī, ‘Abd al-Wahhāb b. ‘Alī. (1425 AH [2004/2005 CE]). *al-Talqīn fī al-fiqh al-Mālikī* [Instruction in Mālikī jurisprudence]. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya.
- Ja‘farzāda, Mir Qāsim, & Sīmā‘ī Ṣarrāf, Ḥusayn. (1384 SH [2005/2006 CE]). Good faith in international contracts: A universal rule or a limited exception? *Tahqīqāt-i Huqūqī* [Legal Research], (41).
- Ḥajjāwī Maqdisī, Mūsā b. Aḥmad. (n.d.). *al-Iqnā‘ fī fiqh al-Imām Aḥmad b. Ḥanbal* [The sufficient persuasion in the jurisprudence of Imām Aḥmad b. Ḥanbal]. Beirut: Dār al-Ma‘rifa.
- Haddādī, Abū Bakr b. ‘Alī. (1322 AH [1904/1905 CE]). *al-Jawhara al-nayyira* [The luminous jewel]. Egypt: al-Maṭba‘a al-Khayriyya.
- Ḥusaynī ‘Āmilī, Sayyid Jawād. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Miftāḥ al-karāma fī sharḥ Qawā‘id al-‘allāma* [The key to nobility in commentary on al-‘Allāma's *Qawā‘id*]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Ibn Idrīs al-Ḥillī, Muḥammad b. Manṣūr. (1410 AH [1989/1990 CE]). *al-Sarā‘ir al-ḥāwī li-tahrīr al-fatāwā* [The secrets: A comprehensive work for refining legal opinions]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- al-‘Allāma al-Ḥillī, Ḥasan b. Yūsuf. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Qawā‘id al-aḥkām fī ma‘rifat al-ḥalāl wa-l-ḥarām* [Principles of legal rulings concerning knowledge of the lawful and unlawful]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- al-‘Allāma al-Ḥillī, Ḥasan b. Yūsuf. (1375 SH [1996/1997 CE]). *Mukhtalif al-shi‘a fī aḥkām al-sharī‘a* [The disagreements of the Shi‘a concerning the rulings of the shari‘a]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Ibn Qudāma al-Maqdisī, ‘Abd Allāh b. Aḥmad. (1405 AH [1984/1985 CE]). *al-Mughnī* [The sufficient work]. Riyadh: Dār ‘Ālam al-Kutub.
- Khākbāz, Muḥammad. (1393 SH [2014/2015 CE]). *‘Adālat-i mu‘āwaḍāt dar huqūq-i mawḍū‘a wa rawiyya-yi qaḍā‘ī* [Commutative justice in positive law and judicial practice]. Qom: Huqūq-i Imrūz.
- Kharashī, Muḥammad b. ‘Abd Allāh. (n.d.). *Sharḥ al-Kharashī ‘alā Mukhtaṣar Khalīl* [al-Kharashī's commentary on Khalīl's abridgment]. Egypt: al-Maṭba‘a al-Kubrā al-Amīriyya.
- Shartūnī, Sa‘īd. (1385 SH [2006/2007 CE]). *Aqrab al-mawārid fī fuṣaḥ al-‘Arabiyya wa-l-shawārid* [The nearest resources in eloquent Arabic and rare usages]. Tehran: Uswa.
- Du‘āgūyī, Muḥammad Muṣṭafā, & Muḥammadī, Zaynab. (1393 SH [2014/2015 CE]). Imposed terms in automobile-industry contracts. *Mabānī-yi Fiqhī-yi Huqūq-i Islāmī* [Jurisprudential Foundations of Islamic Law], 7(14).
- Rāghib al-Iṣfahānī, Ḥusayn b. Muḥammad. (1362 SH [1983/1984 CE]). *Mufradāt alfāz al-Qur‘ān* [Vocabulary of Qur‘ānic expressions]. Tehran: Murtaḍawī.

- Rah-Peyk, Sīyāmak, et al. (1398 SH [2019/2020 CE]). Systematizing the theory of contractual justice in French law, English law, fiqh, and Iranian law. *Huqūq-i Taṭbīqī* [Comparative Law], 15(2).
- Zayla'ī, 'Uthmān b. 'Alī. (1313 AH [1895/1896 CE]). *Tabyīn al-ḥaqā'iq sharḥ Kanz al-daqa'iq* [Clarification of the truths: Commentary on *Kanz al-daqa'iq*]. Cairo: al-Maṭba'a al-Kubrā al-Amīriyya.
- Ibn Nujaym, Zayn al-Dīn b. Ibrāhīm. (n.d.). *al-Baḥr al-rā'iq sharḥ Kanz al-daqa'iq* [The clear sea: Commentary on *Kanz al-daqa'iq*]. Beirut: Dār al-Kitāb al-Islāmī.
- Sabzavārī, Sayyid 'Abd al-A'lā. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Muḥadhdhab al-aḥkām fī bayān al-ḥalāl wa-l-ḥarām* [Refined legal rulings in exposition of the lawful and unlawful]. Qom: al-Manār.
- Shurbajī, 'Alī. (1413 AH [1992/1993 CE]). *al-Fiqh al-manhajī 'alā madhhab al-Imām al-Shāfi'ī* [Systematic jurisprudence according to the school of Imām al-Shāfi'ī]. Damascus: Dār al-Qalam.
- Shams-Allāhī, Muḥsin. (1399 SH [2020/2021 CE]). The theory of contractual solidarity. *Huqūq-i Khuṣūṣī* [Private Law], 17(2).
- Shinḡī, Muḥammad b. Muḥammad al-Mukhtār. (n.d.). *Sharḥ Zād al-mustaqni'* [Commentary on *Zād al-mustaqni'*]. n.p.: n.p.
- Shahīdī, Maḥdī. (1388 SH [2009/2010 CE]). *Huqūq-i madanī* [Civil law]. Tehran: Majd.
- Tāhirī, Ḥabīb Allāh. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Huqūq-i madanī* [Civil law]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Ḥakīm, Sayyid Muḥsin. (1404 AH [1983/1984 CE]). *Mustamsak al-'Urwa al-wuḥqā* [Commentary on *al-'Urwa al-wuḥqā*]. Qom: Public Library of Grand Āyat Allāh Mar'ashī Najafī.
- Ṭabāṭabā'ī Yazdī, Sayyid Muḥammad Kāzim. (1424 AH [2003/2004 CE]). *al-'Urwa al-wuḥqā* [The firmest handle]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Turayhī, Fakhr al-Dīn. (1365 SH [1986/1987 CE]). *Majma' al-baḥrayn* [The confluence of the two seas]. Tehran: Murtaḍawī.
- Tūsī, Muḥammad b. Ḥasan. (n.d.). *al-Mabsūt fī fiqh al-Imāmiyya* [The extensive work on Imāmī jurisprudence]. Tehran: al-Maktaba al-Murtaḍawiyya.
- Tūsī, Muḥammad b. Ḥasan. (1417a AH [1996/1997 CE]). *al-Khilāf* [The disagreements]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Tūsī, Muḥammad b. Ḥasan. (1417b AH [1996/1997 CE]). *al-Nihāya wa nukatuhā* [The end and its notes]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Ṭūsī, Muḥammad b. Ḥasan. (1407 AH [1986/1987 CE]). *Tahdhīb al-aḥkām* [The refinement of legal rulings]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- al-Shahīd al-Thānī, Zayn al-Dīn b. 'Alī. (1425 AH [2004/2005 CE]). *Masālik al-afḥām ilā tanqīḥ Sharā'ī' al-Islām* [Paths of understanding toward refining *Sharā'ī' al-Islām*]. Qom: Ma'ārif-i Islāmī.
- al-Shahīd al-Thānī, Zayn al-Dīn b. 'Alī. (1382 SH [2003/2004 CE]). *al-Rawḍa al-bahiyya fī sharḥ al-Lum'a al-Dimashqiyya* [The splendid garden in commentary on *al-Lum'a al-Dimashqiyya*]. Qom: Dār al-Tafsīr.
- Ḥurr al-'Āmilī, Muḥammad b. Ḥasan. (1409 AH [1988/1989 CE]). *Wasā'il al-shī'a* [The means of the Shi'a]. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt.
- 'Abdarī Gharnāfī, Muḥammad b. Yūsuf. (1416 AH [1995/1996 CE]). *al-Tāj wa-l-iklīl li-Mukhtaṣar Khalīl* [The crown and diadem for Khalīl's abridgment]. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya.

- ‘Irāqī, Diyā’ al-Dīn. (1421 AH [2000/2001 CE]). *Hāshiyat Kitāb al-makāsib* [Gloss on *Kitāb al-makāsib*]. Qom: Ghafūr.
- ‘Umrānī, Yaḥyā b. Abī al-Khayr. (1421 AH [2000/2001 CE]). *al-Bayān fī madhhab al-Imām al-Shāfi’ī* [The exposition according to the school of Imām al-Shāfi’ī]. Jeddah: Dār al-Minhāj.
- Ṣafā’ī, Sayyid Ḥusayn. (1401 SH [2022/2023 CE]). *Ḥuqūq-i madanī* [Civil law]. Tehran: Mīzān.
- Farāhīdī, Khalīl b. Aḥmad. (1425 AH [2004/2005 CE]). *Kitāb al-‘Ayn* [The book of ‘Ayn]. Qom: Uswa.
- Fayyūmī, Aḥmad b. Muḥammad. (1405 AH [1984/1985 CE]). *al-Miṣbāḥ al-munīr fī gharīb al-sharḥ al-kabīr* [The illuminating lamp on unusual terms in the great commentary]. Qom: Dār al-Hijra.
- Rūḥānī, Sayyid Ṣādiq. (1412 AH [1991/1992 CE]). *Fiqh al-Ṣādiq ‘alayhi al-salām* [The jurisprudence of Imam al-Ṣādiq]. Qom: Dār al-Kitāb.
- Rūḥānī, Sayyid Ṣādiq. (1429 AH [2008/2009 CE]). *Minhāj al-fiqāha* [The path of jurisprudence]. Qom: Anwār al-Hudā.
- Rūḥānī, Sayyid Muḥammad. (1420 AH [1999/2000 CE]). *al-Murtaqā ilā al-fiqh al-arqā: Kitāb al-khiyārāt* [The ascent to the highest jurisprudence: The book of options]. Tehran: Jalīl.
- Kātūziyān, Nāšir. (1377 SH [1998/1999 CE]). *Falsafa-yi huqūq* [Philosophy of law]. Tehran: Shirkat-i Sahāmī-yi Intishār.
- Kātūziyān, Nāšir. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Qawā’id-i ‘umūmī-yi qarārdād-hā* [General rules of contracts]. Tehran: Shirkat-i Sahāmī-yi Intishār.
- Muḥaqqiq Karakī, ‘Alī b. Husayn. (1415 AH [1994/1995 CE]). *Jāmi’ al-maqāsid fī sharḥ al-qawā’id* [The compendium of objectives in commentary on the legal principles]. Qom: Mu’assasat Āl al-Bayt.
- Tasūlī, ‘Alī b. ‘Abd al-Salām. (1418 AH [1997/1998 CE]). *al-Bahja fī sharḥ al-Tuḥfa* [The delight in commentary on *al-Tuḥfa*]. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya.
- Ibn Juzayy al-Gharnāṭī, Muḥammad b. Aḥmad. (1406 AH [1985/1986 CE]). *al-Qawānīn al-fiqhiyya* [Jurisprudential laws]. Beirut: Dār al-‘Ilm li-l-Malāyīn.
- Kalwadhānī, Maḥfūz b. Aḥmad. (1425 AH [2004/2005 CE]). *al-Hidāya ‘alā madhhab al-Imām Aḥmad b. Ḥanbal* [Guidance according to the school of Imām Aḥmad b. Ḥanbal]. Kuwait: Ghirās.
- Kulaynī, Muḥammad b. Ya’qūb. (1407 AH [1986/1987 CE]). *al-Kāfi* [The sufficient book]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- Qarāfi, Aḥmad b. Idrīs. (1994). *al-Dhakhīra* [The treasury]. Beirut: Dār al-Gharb al-Islāmī.
- Ma’lūf, Louis. (n.d.). *al-Munjid fī al-lughā wa-l-a’lām* [al-Munjid dictionary of language and notable figures]. Beirut: Dār al-Mashriq.
- Muqaddas Ardabīlī, Aḥmad b. Muḥammad. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Majma’ al-fā’ida wa-l-burhān fī sharḥ Irshād al-adhhān* [The compendium of benefit and proof in commentary on *Irshād al-adhhān*]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Muḥaqqiq Sabzavārī, Muḥammad Bāqir. (1423 AH [2002/2003 CE]). *Kifāyat al-fiqh* [The sufficiency of jurisprudence]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Shaykh Muwahhīd, Muḥammad ‘Alī. (1385 SH [2006/2007 CE]). The concept of justice in law. *Dānish-Pazhūhān* [Scholars], (8).

- Muḥammadi-Niyā, Omīd, & Riḍā`ī-Rād, Ghulām Riḍā. (1397 SH [2018/2019 CE]). Mechanisms for establishing contractual equilibrium. *Tahqīqāt-i Huqūqī-yi Bayn al-Milālī* [International Legal Research], 11(41).
- ‘Aynī, Maḥmūd b. Aḥmad. (1420 AH [1999/2000 CE]). *al-Bināya sharḥ al-Hidāya* [The edifice: Commentary on *al-Hidāya*]. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya.
- Mardāwī, ‘Alī b. Sulaymān. (n.d.). *al-Inṣāf fī ma`rifat al-rājiḥ min al-khilāf* [Fairness in identifying the preponderant view in disagreement]. Beirut: Dār Iḥyā` al-Turāth al-‘Arabī.
- Muṣṭafawī, Sayyid Muḥammad Kāzīm. (1421 AH [2000/2001 CE]). *al-Qawā`id: Mi`at qā`ida fiqhīyya* [The maxims: One hundred jurisprudential maxims]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Muṭī`ī, Muḥammad Najīb. (n.d.). *Takmilat al-Majmū` sharḥ al-Muhadhdhab* [Supplement to *al-Majmū`*: Commentary on *al-Muhadhdhab*]. Medina: al-Maktaba al-Salafiyya.
- Shaykh Muḥīd, Muḥammad b. Nu`mān. (1410 AH [1989/1990 CE]). *al-Muqni`a* [The sufficient legal manual]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Ibn Qudāma al-Maqdisī, Shams al-Dīn ‘Abd al-Raḥmān. (n.d.). *al-Sharḥ al-kabīr ‘alā matn al-Muqni`* [The great commentary on the text of *al-Muqni`*]. Beirut: Dār al-Kitāb al-‘Arabī.
- Khomeinī, Sayyid Rūḥ Allāh. (1379 SH [2000/2001 CE]). *Tahrīr al-wasīla* [The liberation of the means]. Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini’s Works.
- Khomeinī, Sayyid Rūḥ Allāh. (1421 AH [2000/2001 CE]). *Kitāb al-bay`* [The book of sale]. Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini’s Works.
- Khū`ī, Sayyid Abū al-Qāsim, & Gharawī, Mīrzā ‘Alī. (n.d.). *al-Tanqīḥ fī sharḥ al-‘Urwa al-wuṭḥā* [The refinement in commentary on *al-‘Urwa al-wuṭḥā*]. Qom: Mu`assasat Āl al-Bayt.
- Khū`ī, Sayyid Abū al-Qāsim. (n.d.). *Miṣbāḥ al-fiqāha* [The lamp of jurisprudence]. n.p.: n.p.
- Ṣāḥib Jawāhir, Muḥammad Ḥasan b. Bāqir. (1404 AH [1983/1984 CE]). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ Sharā`i` al-Islām* [Jewels of discourse in commentary on *Sharā`i` al-Islām*]. Beirut: Dār Iḥyā` al-Turāth al-‘Arabī.
- Narāqī, Mullā Aḥmad b. Muḥammad Maḥdī. (1415 AH [1994/1995 CE]). *Mustanad al-shi`a fī aḥkām al-sharī`a* [The evidentiary foundation of the Shi`a concerning the rulings of the sharī`a]. Qom: Mu`assasat Āl al-Bayt.
- Fayḍ al-Islām, Sayyid ‘Alī Naqī. (n.d.). *Tarjuma wa sharḥ-i Nahj al-balāgha* [Translation and commentary of *Nahj al-balāgha*]. Tehran: Zarrīn.
- Ministry of Endowments of Kuwait. (1427 AH [2006/2007 CE]). *al-Mawsū`a al-fiqhīyya al-Kuwaytiyya* [The Kuwaiti encyclopedia of jurisprudence]. Kuwait: Dār al-Salāsīl.
- Ṭabāṭabā`ī Yazdī, Sayyid Muḥammad Kāzīm. (1428 AH [2007/2008 CE]). *al-‘Urwa al-wuṭḥā ma`a al-talīqāt* [The firmest handle with annotations]. Qom: Madrasa-yi Imām ‘Alī b. Abī Ṭālib.

## Criteria for Distinguishing Illicit Relationship from Acts Contrary to Chastity in Islamic Fiqh and Law

Mohammad Hassani<sup>1</sup>  and Hassan Shahmalekpour<sup>2</sup> 

1. *Corresponding Author*, M.A. in Criminal Law and Criminology, University of Guilan, Rasht, Iran.  
Email: [mohamadhassani082@gmail.com](mailto:mohamadhassani082@gmail.com)

2. Assistant Professor, Department of Law, University of Guilan, Rasht, Iran. Email: [h.shahmalekpour@guilan.ac.ir](mailto:h.shahmalekpour@guilan.ac.ir)

---

### Article Info

**Article type:**  
Research Article

**Article history:**

Received  
11 August 2023  
Received in revised form  
12 October 2023  
Accepted  
23 October 2023  
Available online  
22 December 2025

**Keywords:**

illicit relationship,  
chastity,  
acts contrary to chastity

---

### ABSTRACT

An illicit relationship refers to relations between a man and a woman who are not married to each other and who have no physical contact, such as conversation or correspondence. An act contrary to chastity refers to bodily contact between unrelated persons that does not amount to intercourse, such as kissing or lying together. The central questions are whether illicit relationship and acts contrary to chastity are identical, and whether the offenses under Article 637 of the Islamic Penal Code require proof of specific intent. This descriptive-analytical study examines statutes, judicial decisions, and legal scholarship to identify criteria separating the two offenses. The findings show that illicit relationship and acts contrary to chastity are independent criminal titles whose relation is one of partial overlap. Lying together does not require proof of specific sexual intent, but in other cases, including kissing and all instances of illicit relationship, intent to obtain sexual pleasure must be established. Precise distinction between these titles prevents erroneous interpretation and improves accuracy and justice in criminal adjudication.

---

**Cite this article:** Hassani, M., & Shahmalekpour, H. (1404). Criteria for Distinguishing Illicit Relationship from Acts Contrary to Chastity in Islamic Fiqh and Law. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 20(2), 151-178. <https://doi.org/10.22034/fvh.2023.16670.1813>



© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.  
DOI: <https://doi.org/10.22034/fvh.2023.16670.1813>

---

## **Introduction**

Iranian criminal law uses the titles illicit relationship and acts contrary to chastity, but courts have sometimes treated them as the same. Illicit relationship concerns non-physical relations between a man and woman without a marital bond, such as communication or correspondence. Acts contrary to chastity involve bodily contact that falls short of intercourse. The article seeks to clarify whether the two titles are identical and whether Article 637 requires proof of specific intent.

## **Methodology**

The study uses a descriptive-analytical method. It examines legal texts, judicial opinions, and the views of legal scholars in order to identify the criteria that distinguish these two criminal titles.

## **Literature Review**

No prior study has directly addressed the precise criteria for distinguishing illicit relationship from acts contrary to chastity from the perspective of Islamic fiqh and law. Related writings have discussed Article 637, virtual illicit relationships, and crimes against chastity, but they have either treated the two titles as synonyms, considered their relation as absolute generality and specificity, or failed to analyze the requirement of specific intent.

## **Findings**

The results show that illicit relationship and acts contrary to chastity are two independent offenses. Their relation is partial overlap, not identity or absolute inclusion. In the case of lying together, proof of specific sexual intent is not required. In other examples of acts contrary to chastity, including kissing, and in all examples of illicit relationship, the court must establish intent to obtain sexual pleasure.

## **Discussion**

The article provides comprehensive definitions and examples of each offense and emphasizes that courts should not apply a single approach to both. It also clarifies that the debate over specific intent belongs to the mental element of the offense, not to the material element. Treating all cases as absolute crimes without regard to specific intent risks over-criminalization and inconsistent judgments.

## **Conclusion**

A precise legal and fiqhi distinction between illicit relationship and acts contrary to chastity prevents erroneous interpretation and the uniform treatment of different offenses. This distinction enhances accuracy, fairness,

and justice in criminal proceedings and provides clearer guidance for courts applying Article 637.

### **Declarations**

**Author Contributions:** The main content was prepared by Mohammad Hassani as first and corresponding author. Hassan Shahmalekpour contributed through suggestions, evaluative comments, and review during the development of the article.

**Data Availability Statement:** Not applicable.

**Acknowledgements:** The author expressed sincere thanks to teachers and colleagues whose insights and feedback helped refine the research.

**Ethical Considerations:** The authors observed ethical principles in conducting and publishing the research.

**Funding:** This research received no specific grant from public, commercial, or not-for-profit funding bodies.

**Conflict of Interest:** The author declared no conflict of interest.

**Declaration on Generative AI and AI-assisted Technologies:** No artificial intelligence was used in drafting the main content, although AI was used for editing and familiarity with specialized legal terminology.





## بررسی معیارهای تشخیص رابطه نامشروع از عمل منافی عفت از منظر فقه و حقوق اسلامی

محمد حسنی<sup>۱</sup> و حسن شاه‌ملک‌پور<sup>۲</sup>

۱. نویسنده مسؤل، کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران. رایانامه: [mohamadhassani082@gmail.com](mailto:mohamadhassani082@gmail.com)

۲. استادیار گروه حقوق، دانشگاه گیلان، رشت، ایران. رایانامه: [h.shahmalekpour@guilan.ac.ir](mailto:h.shahmalekpour@guilan.ac.ir)

### اطلاعات مقاله

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۲۰

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۷/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۱

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۱۰/۰۱

### چکیده

رابطه نامشروع عبارت است از: رابطه زن و مردی که میان آن‌ها علقه زوجیت وجود ندارد و هیچ تماس فیزیکی بین آن‌ها برقرار نشده باشد، از قبیل مکالمه و مکاتبه. عمل منافی عفت نیز عبارت است از هرگونه تماس بدنی میان زن و مرد نامحرم مشروط بر اینکه به حد موافقه نرسد، از قبیل تقبیل و مضاجعه. اما سؤال اساسی آن است که آیا رابطه نامشروع همان عمل منافی عفت است یا خیر؟ همچنین آیا عمل منافی عفت و رابطه نامشروع مندرج در ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت مستلزم اثبات سوءنیت خاص می‌باشد یا خیر؟ این پژوهش با هدف بیان معیارها و ملاک‌هایی برای تشخیص این دو عنوان مجرمانه از یکدیگر و، به تبع آن، برای جلوگیری از نگاه یکسان محکمه به این دو عنوان نگارش شده است. پژوهش به روش توصیفی-تحلیلی انجام شده و با مطالعه متون قانونی، آرای قضایی و دیدگاه‌های حقوق‌دانان، معیارها و ملاک‌های تفکیک این دو عنوان کیفری بررسی گردیده است. نتایج نشان می‌دهد که «رابطه نامشروع» و «عمل منافی عفت» دو عنوان مجرمانه مستقل هستند و رابطه میان آن‌ها از نوع عموم و خصوص من وجه است. در مورد «مضاجعه» نیازی به اثبات سوءنیت خاص وجود ندارد، اما در سایر مصادیق عمل منافی عفت، از جمله «تقبیل» و نیز در تمامی مصادیق رابطه نامشروع، احراز قصد التذاذ جنسی ضروری است. تمایز دقیقی میان رابطه نامشروع و عمل منافی عفت از منظر قانونی و فقهی موجب جلوگیری از تفسیرهای نادرست و نگاه یکسان محاکم به این دو عنوان می‌شود و در نتیجه، دقت و عدالت در فرایند دادرسی کیفری را ارتقا می‌بخشد.

### کلیدواژه‌ها:

رابطه نامشروع،

عفت،

منافی عفت

**استناد:** حسنی، محمد؛ و شاه‌ملک‌پور، حسن. (۱۴۰۴). بررسی معیارهای تشخیص رابطه نامشروع از عمل منافی

عفت از منظر فقه و حقوق اسلامی. مطالعات فقه اسلامی و مباحث حقوق، ۲۰(۲)، ۱۵۱-۱۷۸.

<https://doi.org/10.22034/FVH.2023.17246.1853>



### مقدمه

مقنن با توجه به مبانی و مستندات فقهی، با هدف جلوگیری از روابط نامشروع و عمل منافی عفت با تصویب ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت درصدد این بوده است که عرصه را بر مجرمان ببندد و در این زمینه اگرچه وضع ماده فوق یکی از دستاوردهای قابل تقدیر قانون‌گذار در راستای جلوگیری از گسترش روابط نامشروع و اعمال منافی عفت در جامعه می‌باشد، اما متأسفانه، به دلیل ابهام‌های فراوان، دکترین حقوقی و قضات تفاسیر گوناگونی از این مقررۀ قانون‌گذار داشته‌اند. از طرفی عده‌ای بر این باورند که ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی، اطلاق دارد و مشمول زن و مرد نامحرمی می‌شود که در کنار یکدیگر راه می‌روند یا در گوشه‌ای خلوت می‌کنند. به‌عنوان مثال در نظریه مشورتی ۷/۳۴۹۲ مورخ ۸۸/۶/۸ چنین آمده است: «ارتباط تلفنی از مصادیق رابطه نامشروع محسوب شده و طبق قانون مجازات قابل پیگرد است.» غالب قضات نیز ارتباط‌های عاشقانه در فضای مجازی و از طریق تلفن و پیامک بین زن و مرد نامحرم را از مصادیق رابطه نامشروع دانسته‌اند. از طرفی در نظریه شماره ۷/۹۳۷ - ۱۳۹۲/۵/۲۳، اداره حقوقی قوه قضاییه قائل است که «صرف در خلوت بودن با نامحرم در قانون جرم شناخته نشده است؛ اعم از آنکه در منزل یا داخل وسیله نقلیه یا هر جای دیگری باشد»، زیرا به‌موجب این ماده رابطه نامشروع و یا عمل منافی عفت را، از قبیل تقبیل یا مضاجعه، مثال زده است. بنابراین پرسش‌های مورد بررسی در این پژوهش بدین شرح است: آیا رابطه نامشروع همان عمل منافی عفت است یا نه؟ آیا عمل منافی عفت و رابطه نامشروع مندرج در ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت مستلزم اثبات سوءنیت خاص است یا نه؟ فرضیات پژوهش عبارت است از:

۱. رابطه نامشروع و عمل منافی عفت مندرج در ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت دو عنوان مجرمانه مستقل هستند که علی‌رغم اشتراکاتی که با هم دارند، از یکدیگر متمایزند.
۲. با توجه به روایات وارده، صرفاً عمل مضاجعه به‌دلیل عریان بودن بر التذاذ جنسی دلالت دارد؛ و در باقی مصادیق عمل منافی عفت مادون زنا و تمام مصادیق رابطه نامشروع باید قصد التذاذ جنسی توسط محکمه احراز گردد.

از آنجاکه مقنن عبارت رابطه نامشروع و عمل منافی عفت را تعریف نکرده است، و در منابع فقهی نیز صرفاً به ذکر مصادیق آن اکتفا شده است، این موضوع سبب تفاسیر قضایی مختلف و متعاقباً منجر به آرای متناقض و متعارض در موضوعات مشابه توسط قضات شده است. بنابراین پاسخ به پرسش‌های فوق می‌تواند تا حد زیادی برای سیستم قضایی راه‌گشا باشد. به همین منظور در این تحقیق، پژوهشگر در تلاش است با بررسی منابع فقهی، حقوقی و روبه قضایی، با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و با رویکرد توصیفی، تحلیلی و انتقادی، ضابطه‌ای روشن و دقیق ارائه کند و بدین وسیله محاکم قضایی را، جهت تشخیص این دو عنوان مجرمانه، رهنمود سازد تا از این رهگذر، سازوکار مناسب برای عادلانه‌تر شدن هرچه بیشتر سیستم قضایی فراهم شود. با توجه به بررسی‌های صورت‌گرفته، موضوع پژوهش «بررسی معیارهای تشخیص رابطه نامشروع از عمل منافی عفت از منظر فقه و حقوق اسلامی» دارای پیشینه نبوده است؛ اما مقالاتی مرتبط در این زمینه نگارش شده است که در ذیل به آن‌ها اشاره می‌شود:

صادق نژاد نائینی (۱۳۹۸) در مقاله‌ای با عنوان «بررسی ابهامات و چالش‌های ماده ۶۳۷ قانون تعزیرات ۱۳۷۵ در مرحله صدور حکم و اجرای مجازات در پرتو عملکرد محاکم کیفری»، ضمن تعریف عمل منافی عفت و رابطه نامشروع، معتقد به دو عنوان مجرمانه مستقل است، اما مصادیق این دو عنوان مجرمانه را به‌درستی و به‌طور جامع نگارش نکرده است. افزون بر این، تعریف ایشان از رابطه نامشروع، همان‌طور که در صفحه ۶۰ نگارش شده، با تعریفی که در نتیجه‌گیری بیان کرده‌اند، هم‌خوانی ندارد. همچنین در مقاله فوق، هیچ اشاره‌ای مبنی بر لزوم اثبات سوءنیت خاص در رابطه نامشروع نشده است.

قیاسی و سقفی (۱۴۰۰) در مقاله‌ای با عنوان «نحوه عملکرد رویه قضایی در رویارویی با محتوای مجرمانه؛ با نگاهی به اصطلاح رابطه نامشروع مجازی» رابطه نامشروع مجازی را مورد بحث قرار داده‌اند. ایراد اساسی این پژوهش آن است که عمل منافی عفت و رابطه نامشروع را مترادف یکدیگر می‌داند.

نصیری و همکاران (۱۴۰۰) در مقاله‌ای با عنوان «مهم‌ترین ضوابط و معیارها در شناسایی جرایم منافی عفت در حقوق کیفری ایران» ضمن تعریف عمل منافی عفت و رابطه نامشروع، رابطه بین این دو عنوان را عموم و خصوص مطلق می‌دانند و معتقدند در تمام مصادیق عمل منافی عفت، حتی معانقه و تقبیل، قصد التذاذ جنسی در خود عمل نهفته است و احراز آن توسط محکمه لازم نیست. درحالی‌که پژوهش حاضر، برخلاف پژوهش فوق، رابطه بین عمل منافی عفت و رابطه نامشروع را عموم و خصوص من‌وجه می‌داند. همچنین نگارنده معتقد است که رابطه نامشروع و عمل منافی عفت (به غیر از مضاجعه) در صورتی مشمول ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت. قرار می‌گیرد که قصد التذاذ جنسی توسط محکمه به اثبات برسد.

قدسی و پورزین در مقاله‌ای با عنوان «نقد و بررسی ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی» معتقدند در رابطه نامشروع، اگرچه غیرقابل تحقق است. همچنین ایشان قائل‌اند که از آنجاکه رابطه نامشروع و عمل منافی عفت جرمی مطلق است، نیاز به اثبات سوءنیت خاص نیست. این سخن ناتمام است؛ زیرا اساساً سوءنیت خاص مربوط به عنصر روانی است نه عنصر مادی.

## مفهوم‌شناسی

### مفهوم عمل منافی عفت

به گفته ابن‌منظور، عفت یعنی «احتراز از آنچه نیکو و پسندیده نیست؛ احتراز از محرّمات و خویشتن‌داری از طعمه‌های پست» (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج. ۹، ص. ۲۵۳). منافی در لغت، به‌معنای طردکننده و نیست‌کننده، آمده است. (معین، ۱۳۸۸، ج. ۴، ص. ۴۳۷۳) عمل منافی عفت یعنی: هرچیزی که نقطه مقابل عفت باشد یا، به عبارت بهتر، عمل منافی عفت به‌معنای کار ناسازگار با پاکدامنی است. (صدری افشار، ۱۳۸۲، ج. ۲، ص. ۷۰۰) عمل منافی عفت دو معنای خاص و عام دارد. معنای خاص آن عبارت است از: ارتباط فیزیکی و جسمی زن و مردی که رابطه زوجیت ندارند که اگر به حد مواقعه برسد مشمول فصل حدود و اگر به حد مواقعه نرسد، در بخش تعزیرات و ذیل ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت. قرار می‌گیرد (شامبیاتی، ۱۳۸۵، ج. ۳، ص. ۴۶۷). اما معنای عام عمل منافی عفت عبارت است از: هر عملی که برحسب عرف و احساسات عمومی شرم‌آور باشد و

عفت عمومی را لکه‌دار کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، ج. ۴، ص. ۲۵۵۲). در این تعریف صرفاً اعمال جنسی ملاک قرار نمی‌گیرند، بلکه اعمالی را که در محوریت مسائل جنسی و یا زمینه‌ساز جرایم جنسی هستند، نیز باید عمل منافی عفت تلقی کرد (بیگی و همکاران، ۱۳۹۲، ص. ۱۷). به‌عنوان مثال، برپا کردن پارتی‌ها و کلاب‌های شبانه مختلط، تجارت و توزیع عکس‌های خلاف عفت عمومی، تشویق به فحشا و هر رفتاری که عفت عمومی را لکه‌دار کند را نیز می‌توان عمل منافی عفت عنوان کرد. در یک تعریف جامع و مانع، جرایم منافی عفت عبارت است از:

هرگونه رابطه یا رفتار جنسی یا فعالیت مجرمانه با محوریت مسائل جنسی خارج از حدودمرزهای شده در جامعه که حیثیت، اعتبار و آبروی فردی و خانوادگی متعارف و ارزش‌های پذیرفته‌شده و جامعه و به‌طور کلی عفت عمومی را در معرض خطر قرار می‌دهد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳؛ بیگی و همکاران، ۱۳۹۲)

طبق این تعریف، جرائم منافی عفت صرفاً محدود به رابطه دو جنس مخالف نیست، بلکه در مواردی این جرم ناشی از روابط دو جنس موافق نیز است؛ نظیر لواط و مساحقه. از سوی دیگر، در برخی از مصادیق جرائم منافی عفت، لزومی به برقراری رابطه فیزیکی نیست؛ زیرا جرائمی نظیر دایرکردن مراکز فساد و فحشا یا استفاده از صور قبیحه، فعالیت مجرمانه بر محوریت مسائل جنسی استوار است، نه صرف ارتباط جنسی (بیگی و همکاران، ۱۳۹۲). بنابراین تعریف فوق یک تعریف عام از جرایم منافی عفت است که علاوه بر امور جنسی، امور غیر جنسی را نیز در برمی‌گیرد. از آنجاکه محور اساسی این پژوهش رابطه نامشروع و عمل منافی عفت موضوع ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت است، بدیهی است که معنای خاص این دو عنوان مد نظر است؛ اما به‌طور مختصر مصادیق معنای عام این دو عنوان مجرمانه نیز مورد بحث قرار گرفته‌اند.

### مفهوم رابطه نامشروع

نامشروع یعنی رفتاری که خلاف قوانین شرع باشد. (انوری، ۱۳۸۸، ج. ۲، ص. ۲۳۹۷) معنای لغوی مشروع، «آنچه مطابق شرع باشد و شرع آن را روا و جایز بداند» است. (معین، ۱۳۸۸، ج. ۳، ص. ۴۱۴۴) رابطه نامشروع نیز شامل دو معنای عام و خاص است. معنای عام رابطه نامشروع عبارت است از: هر فعل حرامی که بین دو انسان واقع گردد و مورد قبول شرع نباشد. به این ترتیب، مفهومی که به‌طور عام از اصطلاح مذکور می‌توان استنباط کرد، شامل برقراری هرگونه رابطه بین دو انسان است که از لحاظ شرع منع شده باشد. به‌عنوان مثال، ارتباط دو شخص جهت ارتکاب ارتشا یا جاسوسی، رابطه نامشروع در معنای عام است. (بقره: ۱۸۸؛ حجرات: ۲۱۲) به همین منظور، می‌توان گفت کسانی که در زندگی دیگران تجسس و اقدام به هتک حیثیت و افشای

۱. «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدُلُّوْا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْأَثَمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ» معنای آیه: اموال یکدیگر را میان خود به ناحق مخورید و آن را به قصد رشوه به قاضیان ندهید....

۲. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ أَثْمٌ وَ لَا تَجَسَّسُوا وَ لَا يَغْتَبِ بَعْضُكُم بَعْضًا يَجِبُ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أُخِيهِ مِيتًا فَكْرِهَتْهُمُوهُ وَ اتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ» معنای آیه: ای مسلمانان، از بسیاری از گمان‌ها پرهیز کنید؛ چراکه بعضی از گمان‌ها موجب افتادن در گناه است و در اسرار و عیوب دیگران تجسس نکنید....

آبروی دیگران می‌کنند و همچنین کسانی که مبادرت به جرم ارتشا یا معاونت در این جرم می‌ورزند، به استناد این دو آیه شریفه، رابطه نامشروع در معنای عام آن را مرتکب می‌شوند؛ زیرا ارتکاب این گونه رفتارها مورد نهی و غضب شارع مقدس است. به معنای خاص، رابطه نامشروع عبارت است از: هرگونه رابطه دوطرفه میان مرد و زن نامحرم به قصد التذاذ جنسی و بدون هرگونه تماس جسمی و فیزیکی (زراعت، ۱۳۸۸، ج. ۲، ص. ۴۲۴؛ شامبیاتی، ۱۳۸۵، ج. ۳، ص. ۵۴۴). رابطه نامشروع مد نظر در این پژوهش رابطه طرفینی است بین زن و مردی که میان آنان هیچ علقه زوجیت وجود ندارد و با وجود این با یکدیگر رابطه برقرار کنند و این رابطه از نظر شرعی و قانونی جایز نباشد و هیچ‌گونه تماس جسمی نیز برقرار نشود.

### تحلیل رابطه نامشروع و عمل منافی عفت ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت

قانون‌گذار در ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) چنین مقرر می‌دارد: «هرگاه زن و مردی، که بین آن‌ها علقه زوجیت نباشد، مرتکب روابط نامشروع یا عمل منافی عفت غیر از زنا مانند تقبیل یا مضاجعه شوند، به شلاق تا نود و نه ضربه محکوم خواهند شد و اگر عمل با عفت و اکراه باشد، فقط اکراه‌کننده تعزیر می‌شود.» از منطوق ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت مصوب سال ۱۳۷۵ این نتیجه حاصل می‌شود که رابطه نامشروع عبارت است از: «هرگونه ارتباط طرفینی میان مرد و زن نامحرم به قصد التذاذ جنسی که فاقد هرگونه تماس جنسی باشد.» با توجه به تعریف فوق، ذکر پنج نکته مهم برای تحقق رابطه نامشروع حائز اهمیت است. نخست، از آنجاکه رابطه نامشروع یک ارتباط طرفینی است، خارج از تصور و تفکر است که با عفت و اکراه محقق شود. هرچند غیرممکن نیست. دوم، این جرم صرفاً میان افرادی که فاقد علقه زوجیت هستند، قابل تحقق است؛ بنابراین زوجین را در بر نمی‌گیرد. سوم، حتماً باید با قصد التذاذ جنسی باشد یا همراه با قرائن و نشانه‌هایی باشد که برای محکمه ثابت کند که طرفین به دنبال التذاذ جنسی هستند. چهارم، ارتباط نامشروع باید فاقد تماس فیزیکی و جسمانی باشد. پنجم، هیچ قیدی مبنی بر اینکه طرفین باید مجرد باشند در ماده وجود ندارد، لذا رابطه نامشروع مشمول متأهلین نیز می‌شود.

از آنجاکه مقنن در ماده فوق در کنار رابطه نامشروع از عبارت عمل منافی عفت نیز بهره برده است، عمل منافی عفت غیر از زنا را می‌توان این‌گونه تعریف کرد: «هرگونه تماس فیزیکی مرد و زن نامحرم به‌جز نزدیکی و دخول.» طبق تعریف فوق، شرط اصلی و مهم برای تحقق عمل منافی عفت موضوع ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت، رابطه فیزیکی و جسمی است، مشروط بر آنکه به دخول نینجامد؛ زیرا در غیر این صورت مشمول فصل حدود خواهد بود. نکته دیگری که ذکر آن حائز اهمیت است، واژه «عفت و اکراه» است که مشخص نیست فقط عمل منافی عفت را در بر می‌گیرد یا شامل رابطه نامشروع هم است. همان‌طور که در ادامه خواهد آمد، نگارنده معتقد است که رابطه نامشروع اکراهی غیرممکن نیست؛ اما با توجه به مصادیق آن، به ندرت اتفاق می‌افتد. بر فرض تحقق، در اینکه مکره فاقد مسئولیت کیفری باشد، تردید وجود دارد؛ زیرا اکراه باید غیرقابل تحمل باشد و هر اکراهی رافع مسئولیت کیفری نیست.

### تمايز رابطه نامشروع و عمل منافی عفت ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت

پیش از این، در ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۲ فقط «عمل منافی عفت غیر از زنا» بیان شده بود و از «روابط نامشروع» ذکری به میان نیامده بود، اما در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ علاوه بر اعمال منافی عفت، روابط نامشروع نیز مورد توجه قانون گذار قرار گرفته است. البته دو ایراد اساسی در ماده فوق به چشم می خورد. ایراد نخست، مجازاتی است که برای این دو جرم پیش بینی شده است؛ زیرا مجازات تا ۹۹ ضربه شلاق برای هر دو عنوان مجرمانه فوق ناعادلانه به نظر می رسد. این امر سبب می شود قاضی رسیدگی کننده نسبت به رابطه نامشروعی نظیر مکالمه ساده و عمل منافی عفتی نظیر مضاجعه نگاه یکسانی داشته باشد و از آنجاکه مجازات شلاق در زمره مجازات سنگین به شمار می رود، عادلانه نیست مجازات فردی را که صرفاً مکالمه ای جنسی داشته است، با مجازات تقبیل و مضاجعه همسان فرض کنیم.

اشکال دوم آن است که ماده فوق به صورت مطلق به کار رفته است. این ایراد در رابطه با مضاجعه قابل حل است؛ زیرا در عمل مضاجعه، همان طور که در روایات بیان شده است، عریان و برهنه بودن موضوعیت دارد (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۲۴۰) و همین عریان و برهنه بودن بر التذاذ جنسی دلالت دارد؛ از این رو نیازی به احراز قصد التذاذ جنسی نیست. اما به نظر می رسد در رابطه با سایر مصادیق عمل منافی عفت مانند تقبیل و معانقه، که در عرف برخی از مناطق ایران امری طبیعی و عادی به شمار می رود، و تمام مصادیق رابطه نامشروع از قبیل مکالمه و مکاتبه، حتماً باید قصد التذاذ جنسی توسط محکمه اثبات شود؛ در غیر این صورت دادگاه باید رأی بر براءت متهم بدهد. در این رابطه، قرائن و امارات می تواند کمک شایانی در جهت اثبات قصد التذاذ جنسی بکند.

به گفته یکی از حقوق دانان: «عمل منافی عفت عبارت است از عملی که از نظر اکثریت افراد ملت با اصول اخلاقی منافات دارد. عمل منافی عفت یک امر نسبی است که با سطح افکار و عقاید، اعتقادات، آداب و رسوم و اخلاقیات مردم هر جامعه ای رابطه مستقیم دارد. در نتیجه، ممکن است ارتکاب اعمالی مانند بوسیدن یا در آغوش کشیدن زن و مردی که بین آنها علقه زوجیت قانونی موجود نیست، در بعضی نقاط مانند کشورهای اروپایی عمل منافی عفت تلقی نشود؛ در حالی که این اعمال در ایران عمل منافی عفت تلقی می شود.» (ولیدی، ۱۳۹۴، ص ۵۲)

بر اساس ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت و ۳۶۵ ق.آ.د.ک احتمال سه رابطه معنایی برای عمل منافی عفت و رابطه نامشروع وجود دارد:

احتمال اول: با توجه به حرف «یا»، عده ای معتقدند عبارت «از قبیل مضاجعه و تقبیل» هر دو به رابطه نامشروع و عمل منافی عفت بازمی گردد؛ زیرا حرف «یا» عطف بیان است. بنابراین، رابطه نامشروع و عمل منافی عفت مترادف یکدیگرند و هر دو بیانگر عمل جنسی و فیزیکی هستند؛ با این تفاوت که رابطه نامشروع به رابطه زن و مرد بالغ و عاقل بازمی گردد؛ اما عمل منافی عفت بیانگر روابط همجنس گرایان و تراجنسیتی ها است. (لطفی، ۱۳۸۷، ص ۶۷۲)

احتمال دوم: رابطه نامشروع و عمل منافی عفت همانند احتمال اول مترادف یکدیگرند، با این تفاوت که رابطه نامشروع نوعی از عمل منافی عفت است. بنابراین با عنایت به تبصره ماده ۳۰۶ ق.آ.د.ک می‌توان قائل شد که منظور از جرایم منافی عفت جرایمی هستند که در فصل حدود بیان شده‌اند؛ از قبیل زنا و لواط؛ و منظور از روابط نامشروع، جرایمی است که در ذیل ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت با عنوان تقبیل و مضاجعه آمده است (قیاسی و سقفی، ۱۴۰۰، ص. ۱۳۴). قبول این تفسیر اگرچه تفسیر مضیق به نفع متهم است و با قاعده ستر همپوشانی دارد؛ اما ما را با مشکل عدیده‌ای روبه‌رو می‌سازد و آن این است که اگر تقبیل و مضاجعه را صفت رابطه نامشروع بیان کنیم، باید مصادیق غیر فیزیکی، از قبیل مکالمه، مکاتبه و سایر روابط غیر فیزیکی که به قصد التذاذ جنسی صورت می‌گیرد، از شمول ماده خارج کنیم؛ امری که مورد منع شارع مقدس است.

احتمال سوم: برخلاف احتمال دوم که رابطه عمل منافی عفت و رابطه نامشروع را عموم و خصوص مطلق می‌داند، احتمال سومی نیز وجود دارد که قائل به عموم و خصوص من‌وجه است، نه عموم و خصوص مطلق. به عبارت بهتر، رابطه نامشروع و عمل منافی عفت در برخی مصادیق همپوشانی و اشتراک دارند؛ اما هرکدام دارای مصادیقی نیز هستند که اختصاص به خودشان دارد. از این‌رو، عبارت «از قبیل تقبیل و مضاجعه» صفت عمل منافی عفت است نه رابطه نامشروع. لذا مصادیق عمل منافی عفت مندرج در ماده فوق فیزیکی و جسمانی هستند و مصادیق رابطه نامشروع، غیر فیزیکی. اما مشکلی که در ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت وجود دارد، اطلاق این ماده است که ممکن است هر رابطه‌ای را، ولو اینکه به قصد التذاذ جنسی نباشد، رابطه نامشروع تلقی کند. این مشکل در عمل منافی عفت مضاجعه منتفی است؛ زیرا خود عمل مضاجعه بیانگر قصد التذاذ جنسی است. بهتر است قانون‌گذار ضمن تعریف این دو عنوان مجرمانه ذیل دو ماده مستقل، مصادیق و شرایط تحقق آن‌ها را بیان کند. با وجود این، از بین سه احتمال فوق، به عقیده نگارنده، احتمال سوم از استدلال قوی‌تری برخوردار است.

به عقیده نگارنده، ابتدا برای درک درست و تفکیک دقیق عمل منافی عفت و رابطه نامشروع مندرج در ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت، باید چند معیار مهم را مورد توجه قرار داد:

اولاً، ارتباط این دو عنوان عموم و خصوص من‌وجه است؛ یعنی از جهاتی وجه مشترک دارند و از جهاتی وجه افتراق؛ یا به عبارت دیگر، رابطه نامشروع از جهتی عام‌تر از عمل منافی عفت است و عمل منافی عفت هم از جهاتی عام‌تر از رابطه نامشروع است. به‌عنوان مثال، از حیث اراده و توافق طرفین، اعمال منافی عفت عام‌تر از رابطه نامشروع است؛ زیرا در عمل منافی عفت یک اراده هم برای تحقق جرم کافی است؛ به همین خاطر، اکراه و اجبار در آن سهل‌الوصول‌تر است؛ ولی در رابطه نامشروع غالباً اراده و رضایت دو طرف را می‌خواهد. پس محدودتر است. به همین جهت رابطه نامشروع از طریق اکراه و اجبار خارج از تصور و تفکر است. افزون بر این، از جهت نوع ارتباط می‌توان گفت که رابطه نامشروع عام‌تر از عمل منافی عفت است؛ زیرا در عمل منافی عفت یک عمل فیزیکی و یا تماس جنسی لحاظ شده است، در صورتی که در ارتباط نامشروع این عمل فیزیکی وجود ندارد و هر نوع ارتباطی را شامل می‌شود. به عبارت بهتر، برای عمل منافی عفت مصادیقی از جنس تقبیل و مضاجعه بیان شده است؛ به همین خاطر دامنه آن محدودتر است.

ثانیاً، رابطه نامشروع صرفاً تابع شرع است؛ چه بسا عملی در شرع منع شده باشد، ولی از لحاظ عرفی مورد قبول باشد. به عنوان مثال، در کشور ایران مکاتبه و یا خلوت کردن غیر ضروری دو نامحرم امری ناپسند است؛ زیرا شرع آن را مقبول نمی‌داند؛ اما چه بسا در عرف برخی از مناطق ایران یا جامعه دیگر امری عادی باشد. مثال دیگری که با جامعه فعلی ما در ارتباط است را می‌توان ورود زنان به استادیوم مسابقات ورزشی عنوان کرد. به نظر می‌رسد فقها، به دلیل تهییج و ممنوعیت اختلاط زنان و مردان، مخالف ورود زنان به استادیوم هستند. (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۸۰۵) در حالی که این امر در کشورهای دیگر از امور عادی و مقبول به شمار می‌رود. از این رو، چون در کشور ایران شارع آن را منع کرده است، این عمل رابطه نامشروع تلقی می‌شود. اما اگر هم شرع و هم عرف آن را مقبول ندانند، آن عمل منافی عفت خواهد باشد. بنابراین برای شمول ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت، یا باید عمل توسط شارع منع شده باشد (رابطه نامشروع) یا هم شرع و هم عرف آن را قبیح بدانند (عمل منافی عفت).

ثالثاً، جرم رابطه نامشروع در دسته جرایم مستمر قرار می‌گیرد و در یک لحظه صورت نمی‌گیرد؛ زیرا رفتار مجرمانه، از قبیل مکالمه و مکاتبه جنسی، تشکیل دهنده عنصر مادی مستمر در جریان وقوع است. (خالقی، ۱۴۰۰، ج ۲، ص ۲۳) بنابراین رابطه نامشروع در طول زمان استمرار می‌یابد؛ به این صورت که پسر و دختری که رابطه زوجیت بینشان برقرار نیست، اگر ساعت‌ها به قصد التذاذ جنسی با یکدیگر خلوت کنند یا مسافرت کنند، فعل مجرمانه، که همان برقراری ارتباط نامشروع است، در یک مدت طولانی در حال استمرار است. اما جرم منافی عفت جرمی آنی است؛ زیرا عنصر مادی آن در یک لحظه واقع می‌شود. (گلدوزیان، ۱۳۸۹، ص ۸۹) به عبارت بهتر، به سبب آنکه عنصر مادی جرم منافی عفت، یعنی بوسیدن و هم‌بستر شدن، در یک لحظه واقع می‌گردد، در دسته جرایم آنی قرار می‌گیرد و به محض آنکه تماس فیزیکی صورت پذیرفت، جرم محقق می‌شود.

رابعاً، برخلاف تصور برخی که رابطه نامشروع اکراهی را از اساس غیرممکن می‌دانند (پورزرین و قدسی، ۱۳۸۴، ص ۱۶۹)، پژوهشگر بر این باور است که رابطه نامشروع نیز همانند عمل منافی عفت با اکراه قابل تحقق است؛ با این تفاوت که عمل منافی عفت اکراهی در مقایسه با رابطه نامشروع اکراهی سهل الوصول تر است. در این رابطه، نگارنده معتقد است قید «عنف و اکراه» در پایان ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت بر عمل منافی عفت دلالت دارد و نه بر رابطه نامشروع؛ اگرچه رابطه نامشروع اکراهی غیرممکن نیست و می‌توان حالتی را بیان کرد که یکی از طرفین با وجود فقدان رضایت با دیگری رابطه نامشروع برقرار می‌کند؛ اما این مسئله به سهولت امکان پذیر نیست؛ زیرا نفس رابطه بر رضایت طرفین دلالت دارد و خیلی سخت است که بتوان حالتی را بیان کرد که در آن یکی از طرفین به اکراه با دیگری مکالمه یا مکاتبه جنسی انجام می‌دهد. به عنوان مثال، اگر دختری بنا به سفارش دوست صمیمی خود، با وجود عدم رضایت باطنی، در حال مکالمه و مکاتبه نامشروع با نامزد او باشد تا به خیال خود با این کار خیانت او را ثابت کند، شاید بتوان گفت که وی فاقد رضایت به انجام این رابطه بوده است. اما با وجود این، حتی اگر این واقعیت را بپذیریم که ارتباط نامشروع اکراهی قابل تحقق است، قبول اینکه بتوان مکره را به واسطه اکراه از مجازات معاف کرد، با تردید جدی روبه‌روست؛ زیرا بنابر اصول

فقهی و حقوقی، اکراه باید غیرقابل تحمل باشد و همان‌طور که فقها در آثار ارزنده خود آورده‌اند، صرفاً اکراه ملجی<sup>۱</sup> رافع مسئولیت کیفری است، نه هر اکراهی (شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ج. ۶، ص. ۲۳۷؛ محقق داماد، ۱۳۸۲، ج. ۴، ص. ۱۰۲). به عقیده نگارنده، به‌طور کلی اکراه در دو حالت قابل تصور است: حالت اول، یکی از طرفین با عتف و اکراه با دیگری عمل جنسی انجام دهد که به نظر می‌رسد این موضوع در رابطه با ارتباط نامشروع منتفی است. حالت دوم، شخص ثالثی، بدون اینکه در عمل جنسی دخالت داشته باشد، یکی از طرفین را اکراه به عمل جنسی کند. این حالت علاوه بر عمل منافی عفت، رابطه نامشروع را نیز در برمی‌گیرد، مشروط بر آنکه، همان‌طور که فقها خاطرنشان کرده‌اند، اکراه غیرقابل تحمل باشد. اما به نظر می‌رسد قانون‌گذار تفاوتی بین رابطه نامشروع اکراهی و عمل منافی عفت اکراهی قائل نبوده و درصدد تفکیک این دو حالت برنیامده است.

خامساً، این دو جرم ساده و مطلق هستند و در این زمینه وجه اشتراک دارند. به عبارت بهتر، این دو جرم از ترکیب چند فعل به وجود نمی‌آید؛ بنابراین مرکب نیستند. افزون بر این، نیاز به نتیجه خاصی ندارد؛ از این‌رو در دسته جرایم مقید به نتیجه قرار نمی‌گیرد.

بنابراین، همان‌طور که در بالا به این موضوع اشاره کردیم، این دو مصداق از یکدیگر قابل تفکیک هستند؛ به همین دلیل، قانون‌گذار از هر دو عنوان ذیل ماده ۶۳۷ بهره جسته است. در غیر این صورت، هیچ دلیلی نداشت که هر دو مورد را در ماده بگنجانند و از قانون‌گذار فهمیم این امر بعید به نظر می‌رسد که از ذکر دو عنوان، معنای واحدی را مدنظر داشته باشد.

### بررسی فقهی ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت

از مهم‌ترین و اصلی‌ترین منابع فقهی که در خصوص موضوع مورد بحث می‌توان به آن اشاره کرد، نص قرآن کریم و سنت ائمه اطهار است. در کنار این دو منبع مهم، فتاوی فقها نیز، که خود خروجی و مستنبط از آیات و روایات است، در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### قرآن کریم

قرآن کریم صراحتاً در رابطه با حرمت و منع رابطه نامشروع و اعمال منافی عفت مادون زنا سخنی به میان نیاورده است؛ اما به نظر می‌رسد به‌طور غیرمستقیم بتوان حرمت این دو عمل مجرمانه را از آیات کریمه قرآن مجید استخراج کرد. در این رابطه، آیه ۱۵۱ سوره انعام از اهمیت بسزایی برخوردار است.

«وَلَا تَقْرَبُوا الْقَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَ مَا بَطَّنَ وَ لَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» (انعام: ۱۵۱) «و به کارهای زشت آشکار و نهان نزدیک نشوید.»

۱. در این نوع اکراه، شخص به تلف نفس یا قطع و یا نقص عضو تهدید می‌شود، حتی تهدید به ایراد ضرب منتهی به مرگ یا حبس به مدت طولانی نیز موجب بروز اکراه ملجی می‌شود. در این فرض شدت و خطری که مکره را تهدید می‌کند آن‌قدر زیاد است که حالتی نظیر اضطرار ایجاد می‌کند (محقق داماد، ۱۳۸۲، ج. ۴، ص. ۱۰۳).

برخی از مفسران قرآن کریم خاطرنشان کرده‌اند که عبارت «فواحش» جمع فاحشه است و به معنای کار بسیار زشت و شنیع است و خداوند در کلام خود، زنا و نسبت زنا به مردان و زنان پاکدامن را از مصادیق فاحشه شمرده و از ظاهر کلام الله، این گونه استنباط می‌شود که منظور از فاحشه ظاهری، گناه علنی و منظور از فاحشه باطنی، گناه سری و ارتباط نامشروع در پنهان است. همچنین فواحش به معنای گناهانی است که تنفرآمیز و شنیع است. (طباطبایی، بی تا، ج. ۷، ص. ۳۷۵) همچنین در آیه ۳۲ سوره احزاب آمده است که: «یا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِنَ النِّسَاءِ اِنْ اَتَقَيْتُنَّ فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ وَقُلْنَ قَوْلًا مَعْرُوفًا» (احزاب: ۳۲) «ای زنان پیامبر، اگر خود را از خشم خدا حفظ کنید، مانند هیچ‌یک از زنان دیگر نخواهید بود. بنابراین، هنگام صحبت با نامحرم، با ناز و عشوه سخن مگویید که مردانی که در دل‌هایشان بیماری است، به شما طمع می‌کنند و شایسته سخن بگویید.»

بدون شک این یک حکم عام است و تکیه آیات بر زنان پیامبر (ص) به عنوان تأکید بیشتر است، درست مثل اینکه به شخص دانشمندی بگوییم: «تو که دانشمندی، دروغ مگو.» مفهومش این نیست که دروغ گفتن برای دیگران مجاز است؛ منظور این است که یک مرد عالم باید به صورت مؤکدتر و جدی‌تری از این کار پرهیز کند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج. ۱۷، ص. ۲۹۰).

### سنت

مراد از سنت در فقه امامیه، گفتار، کردار و تقریر پیامبر اسلام (ص) و امامان معصوم شیعه (علیهم‌السلام) است. (مظفر، ۱۳۷۰، ج. ۲، ص. ۵۷)

از جمله روایاتی که به عمل منافی عفت مادون زنا اشاره دارند، روایت عبدالله بن سنان است که از امام صادق نقل می‌کند: از ابوعبدالله (ع) شنیده‌ام که فرمودند: «حد صد ضربه تازیانه است، مختص مرد و زن و یا دو مردی که زیر یک لحاف هم‌بستر شوند»<sup>۱</sup> (حرعاملی، ۱۴۱۴، ج. ۲۸، ص. ۸۵). ابان بن عثمان نیز از امام صادق نقل می‌کند: ایشان فرمودند: «علی (ع) زن و مردی را زیر یک پوشش یافت، هرکدام را صد ضربه شلاق به جز یک ضربه مجازات کرد»<sup>۲</sup> (حرعاملی، ۱۴۱۴، ج. ۲۸، ص. ۸۹).

از جمله روایاتی که می‌توان برای منع روابط نامشروع به آن‌ها استناد کرد، روایات ذیل هستند: امام علی (ع) فرموده‌اند: «هرکس با زن نامحرمی شوخی کند، گرفتار زنا خواهد شد و زناکار نیز جایگاهش آتش جهنم خواهد بود» (محدث نوری، ۱۴۰۸، ج. ۱۴، ص. ۲۷۳). پیامبر (ص) سخن گفتن زن‌ها را با غیر شوهر و غیر محرم بیشتر از پنج کلمه ممنوع کردند، مگر در موارد ضروری (مجلسی، ۱۴۰۳، ج. ۱۰۰، ص. ۲۴۳؛ حرعاملی، ۱۴۱۴، ج. ۲۰، ص. ۱۹۷).

۱. وعنه، عن ابيه، عن ابن محبوب، عن عبدالله بن سنان، عن ابي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: حد الجلد في الزنا أن يوجد في لحاف واحد، والرجلان يوجدان في لحاف واحد، والمرأتان توجدان في لحاف واحد.

۲. وعنه، عن ابان بن عثمان، قال: قال ابو عبدالله عليه السلام: ان عليا عليه السلام وجد امرأة مع رجل في لحاف، فجلد كل واحد منهما مائة سوط غير سوط.

## فتاوی فقها

بسیاری از فقها، خلوت با نامحرم را حرام دانسته و قائل به نهی مولوی هستند.<sup>۱</sup> این دسته از فقها بر این باورند که اگر مرد و زنی با یکدیگر خلوت نمایند به طوری که جزء ایشان کس دیگری در آنجا نباشد، مستحق تعزیر از جانب حاکم شرع می‌باشند (حلی، ۱۴۰۵، ص. ۵۵۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج. ۹، ص. ۳۲۵). شیخ طوسی قائل است که اگر فردی نامحرمی را ببوسد، یا به هر نحو از او لذت جنسی ببرد، حاکم شرع اختیار دارد که ایشان را به مقداری که به حد زنا نرسد تعزیر نماید (طوسی، ۱۳۸۷، ج. ۸، ص. ۶۶). ابن زهره معتقد است، اگر کسی مقدمات زنا و لواط نظیر تقبیل و مضاجعه را مرتکب شود از ۱۰ الی ۹۹ ضربه شلاق تعزیر خواهد شد (ابن زهره، ۱۴۱۷، ص. ۴۳۵).

عده‌ای از فقهای معاصر، معتقدند نهی از خلوت با نامحرم، نهی ارشادی<sup>۲</sup> است نه نهی مولوی (موسوی خویی، ۱۳۷۷، ج. ۱، ص. ۲۱۵). صاحب جواهر خلوت با نامحرم را مکروه می‌داند و قائل به نهی تنزیهی<sup>۳</sup> است (نجفی، ۱۳۶۸، ج. ۳۲، ص. ۳۴۴). ایشان در رابطه با تقبیل و مضاجعه به دو دسته از روایت استناد می‌کند که دسته اول قائل به صد ضربه شلاق و دسته دوم قائل به مجازات کمتر از حد زنا می‌باشد. اگرچه در احادیث صرفاً به مضاجعه اشاره شده است، اما ایشان حکم مسئله را به تقبیل و معانقه و هر تماس جنسی تعمیم داده‌اند (نجفی، ۱۳۶۸، ج. ۴۱، ص. ۲۸۹).

در رابطه با عمل مضاجعه، برخی فقهای معاصر، صرف اجتماع زیر لحاف را قبول نداشته و بیان می‌دارند که باید زن و مرد عریان و برهنه باشند؛ زیرا روایاتی که در این رابطه وارد شده است، مقید به تجرد (برهنگی) زن و مرد هستند (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰، ج. ۱، صص. ۲۴۰، ۲۴۲). از جمله این روایات، روایتی است که از حضرت علی نقل شده است.<sup>۴</sup> حسن این تحلیل آن است که اگر قائل شویم که مجازات عمل منافی عفت مادون زنا به تعبیر برخی روایات صد ضربه و به تعبیر برخی دیگر کمتر از صد ضربه باشد، صرفاً در رابطه با مضاجعه و آن هم مضاجعه‌ای که با برهنگی کامل همراه باشد قابل اعمال است؛ زیرا چنین مجازات سنگینی برای یک مکالمه ساده یا یک معانقه منطقی به نظر نمی‌رسد. همان‌طور که آیت‌الله فاضل بیان می‌دارند، روایات وارده، صرفاً اجتماع دو نفر زیر لحاف را مورد بحث قرار داده‌اند و نمی‌توان مجازات سنگین صد ضربه شلاق را بر معانقه، تقبیل و غیره بار نمود (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰، ج. ۱، ص. ۲۴۳). به نظر نگارنده، به جز مضاجعه که صراحتاً در روایات از مجازات شلاق نام برده شده است و تعزیر منصوص شرعی است، بهتر است، برای جرایم خفیف‌تر از جمله تقبیل، معانقه، مکاتبه، از مجازات‌های دیگری بهره برد؛ زیرا با توجه به مقتضیات عصر امروز که زمینه و وسایل متنوع برای بازدارندگی وجود دارد چه بسا جنبه بازدارندگی و بازگشت به اجتماع از سوی فرد

۱. نهی مولوی: یعنی نهی شرعی که دلالت بر وجود مفسده نزد شارع مقدس است (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۶، ج. ۲، ص. ۱۸۸).

۲. نهی ارشادی: یعنی نهی که دلالت دارد بر حکم وضعی شرعی یا حکم عقلی (محمدی، ۱۳۸۷، ج. ۴، ص. ۸۱).

۳. نهی تنزیهی: یعنی نهی که دلالت دارد بر نقصان ثواب عبادت، و طلب ترک غیرالزامی (محمدی، ۱۳۸۷، ص. ۳۲۹).

۴. عن علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن ع وجده رجلین فی لحاف واحد مجردین جلدھما حد الزانی مائة جلدۃ کل واحد منھما- و كذلك المرأتان اذا وجدتا فی لحاف واحد مجردتین - جلدھما کل واحدۃ منھما مائة جلدۃ (حرعاملی، ۱۴۱۴، ج. ۲۸، ص. ۸۹).

خاطی به شیوه مدرن امروزی سهل الوصول تر باشد. کما اینکه از قاعده «التعزیر بما یراه الامام» این استنباط حاصل می‌شود که شارع اجازه داده است که حاکم شرع طبق مقتضیات جامعه خود به مجازات تعزیری حکم دهد و به عبارتی تناسب در مجازات باید رعایت شود؛ زیرا مجازات شدید در برابر جرم خفیف نه تنها جنبه بازدارندگی ندارد، بلکه به مراتب موجبات تنفیر از دین و غوطه‌ور شدن در هویت مجرمانه را در فرد به وجود می‌آورد. در کشف اللثام آمده است:

وجوب تعزیر در مورد انجام هر عمل حرام یا ترک هر عمل واجبی است که مجرم با وجود نهی و توبیخ متنه نگردد، اما اگر اقداماتی غیر از زدن در بزهدکار مؤثر باشد، مگر در موارد خاص که به وسیله شارع مقدس بدان تصریح شده، دلیلی بر مجازات بدنی وجود ندارد. (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج. ۱۰، ص. ۵۴۴)

در این رابطه باید افزود که رأی وحدت رویه ۷۷۰ مورخ ۹۷/۴/۲۶ به طرز عجیبی تمام مصادیق ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت را غیرمنصوص قلمداد می‌کند! لذا اعمال نهادهای مذکور در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ ق.م.ا. مانند کسر ایام بازداشت موقت قبلی از محکومیت (ماده ۲۷ ق.م.ا.) در مورد جرم مضاجعه نیز امکان‌پذیر است. به عقیده نگارنده، عمل مضاجعه، به دلیل روایات متعدد، در زمره جرایم منصوص شرعی قرار می‌گیرد و محاکم قضایی به سبب اینکه در تفکیک دو جرم رابطه نامشروع و عمل منافی عفت عاجز مانده‌اند، به جهت پاک کردن صورت مسئله، اساساً ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت را غیرمنصوص دانسته‌اند.

### مصادیق اعمال منافی عفت

جرائم منافی عفت را باید به دو نوع مهم تقسیم نمود:

۱. جرائم منافی عفت مستلزم حد
۲. جرائم منافی عفت مستلزم تعزیر و مجازات‌های بازدارنده.

### جرایم منافی عفت حدی

#### زنا

زنا در لغت به معنای عمل جنسی با زن نامحرم آمده است (طریحی، ۱۳۶۲، ج. ۱، ص. ۲۰۶). زنا عبارت است از اینکه مردی آلت تناسلی‌اش را در فرج زنی اعم از جلو یا عقب که ذاتاً بر او حرام می‌باشد، داخل نماید، مشروط بر اینکه در میان آن‌ها عقد نکاح، ملکیت و شبهه نباشد (نجفی، ۱۳۶۸، ج. ۴۱، ص. ۲۵۸). مشهور فقهای متقدم فرج را اعم از قُبُل و دُبُر می‌دانند (شیخ مفید، ۱۴۱۰، ص. ۷۷۶؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶، ج. ۲، ص. ۵۲۵). در این میان برخی از فقهای اهل سنت در توجیه نظریه شمولیت زنا به دبر و قُبُل قائل بر این هستند که نزدیکی در دبر، چون مورد قصد عرفی واقع می‌گردد، مستوجب مجازات حدی خواهد بود. به عبارت بهتر، اگر دخول در قُبُل که فی‌نفسه مباح است، مستوجب حد می‌شود، دخول در دبر به طریق اولی مستوجب حد خواهد بود، چراکه فی‌نفسه دخول در آن مباح شمرده نشده است (ابن‌قدمه، بی‌تا، ج. ۴، ص. ۸۵). اما برخی

از فقهای معاصر شیعه، زنا مستوجب حد را صرفاً نزدیکی در قبل دانسته‌اند. (منتظری، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۹) که به نظر می‌رسد با توجه به معنای عرفی زنا همین نظریه صحیح باشد (شاه ملک‌پور، ۱۳۹۴، ص. ۱۸).

### لواط

در متون فقهی، آمیزش جنسی مقعدی میان مردان را لواط گویند. در منابع فقهی، این واژه به عمل قوم لوط اطلاق شده است. صاحب جواهر رحمه الله می‌فرماید: «واشتقاقه من فعل قوم لوط» این کلمه از فعل قوم لوط مشتق شده است، و منشأ آن عمل آن قوم است. (نجفی، ۱۳۶۸، ج. ۴۱، ص. ۳۷۴) آیت‌الله فاضل لنکرانی در توضیح کلام صاحب جواهر، می‌فرماید: اگر منظور صاحب جواهر این باشد که لواط به معنای اصطلاحی مشتق از عمل قوم لوط است و ربطی به لغت ندارد و سابقه وضعی و لغوی برای آن نیست، کلام صاحب جواهر متین است (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰، ج. ۲، ص. ۷۶).

### تفخیز

این عنوان مجرمانه، واژه‌ای عربی است که از «فخذ» به معنای ران (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج. ۳، ص. ۵۰۱) و هم‌زانو شدن (سیاح، ۱۳۸۷، ص. ۱۲) گرفته شده است. تفخیز در اصطلاح فقهی رابطه جنسی بین دو مرد است، بدون اینکه دخولی واقع شده باشد. (شهید ثانی، بی‌تا، ج. ۹، ص. ۱۵۰) آنچه مشهور فقها بدان ملتزم هستند اجرای صد تازیانه بر طرفین جرم به عنوان حد می‌باشد. (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰، ج. ۲، ص. ۱۳۸) برخی از فقها معتقدند، اگر تفخیز بین زن و مرد ارتکاب یابد جرمی تعزیری و اگر بین دو مرد اتفاق بیفتد جرمی حدی خواهد بود. (نجفی، ۱۳۶۸، ج. ۴۱، ص. ۳۸۲؛ شهید ثانی، بی‌تا، ج. ۹، ص. ۱۶؛ گلپایگانی، ۱۴۰۹، ج. ۳، ص. ۲۰۵؛ استفتانات مکارم شیرازی، بی‌تا) بعضی از فقهای معاصر، هم‌بستر شدن زن و مرد، زیر یک لحاف را ذیل عنوان تفخیز آورده‌اند و قائل به مجازات تعزیری ۹۹ ضربه تازیانه می‌باشند. (موسوی خویی، ۱۴۲۸، ج. ۱، ص. ۲۹۵) نگارنده، معتقد است، منشأ این اختلاف به خاطر این است که برخی از فقها، هم‌بستر شدن مرد و زن و دو مرد را نیز تحت عنوان تفخیز آورده‌اند و از آنجا که برخی از فقها قائل به ۱۰۰ ضربه و برخی دیگر قائل به کمتر از ۱۰۰ ضربه می‌باشند، منجر به این شده است که برخی از فقها تفخیز را جرمی تعزیری بیندارند. اما باید خاطر نشان کرد که هم‌بستر شدن زیر یک لحاف چه زن و مرد و چه دو مرد از جرم تفخیز که در زمره جرایم حدی است، متفاوت می‌باشد. به همین خاطر است که آیت‌الله فاضل لنکرانی روایتی را که در رابطه با هم‌بستر شدن دو برهنه زیر یک لحاف نقل شده است را به تفخیز و لواط غیر ایقابی تسری نمی‌دهند. (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰، ج. ۲، ص. ۱۴۰)

### مساحقه

در متون فقهی هم‌جنس‌بازی دو جنس مؤنث «مساحقه» نامیده می‌شود. مساحقه برگرفته از ریشه «سَحَقَ» و در لغت به معنای کوبیدن، خرد کردن و هلاک کردن آمده است. (صاحب بن عباد، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۱۶۲) همچنین گفته می‌شود: «مُسک سحیق» مشک کوبیده شده (زمخشری، ۱۴۱۹، ج. ۱، ص. ۴۴۲) به لباس فرسوده نیز سحق گفته می‌شود. (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج. ۳، ص. ۳۷) وجه تسمیه آن به تعبیر زمخشری

در کتاب «الفاقی فی غریب الحدیث» آن است که به مرور زمان کوبیده و نازک و فرسوده می‌شود. «و سمی بذلك لأنه الذی سحقه مر الزمان سحقاً حتی رق و بلی» (زمخشری، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۱۶۰) در اصطلاح هم جنس‌بازی زنان از طریق مالیدن آلت تناسلی یکدیگر مساحقه نام دارد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، ج. ۵، ص. ۱۲۶۳۸؛ کاسانی، ۱۴۰۹، ج. ۳، ص. ۱۸۹)

### جرایم منافی عفت تعزیری

به‌طور کلی جرایم منافی عفت تعزیری دو نوع‌اند:

۱. جرایم منافی عفتی که مستقیماً به عمل جنسی ختم می‌شوند. مثل تقبیل و مضاجعه که احکام آن در مواد ۶۳۷ ق.م.ا.ت و ۲۳۷ ق.م.ا. بیان شده است.
۲. نوع دوم جرایم منافی عفتی است که غایت اصلی آن ارتباط جنسی نیست، اما ممکن است زمینه‌ساز ایجاد رابطه جنسی شود و از این حیث که عفت عمومی را لکه‌دار نموده‌اند، مسامحتاً جرایم منافی عفت و اخلاق حسنه نامیده می‌شوند؛ نظیر مصادیق ماده ۶۴۰ ق.م.ا.ت.

#### قانون تعزیرات و مجازات بازدارنده

برخی از مصادیق عمل منافی عفت تعزیری را می‌توان تقبیل و مضاجعه (ماده ۶۳۷)، تظاهر به عمل حرام (ماده ۶۳۸)، تظاهر به عملی که نفس آن دارای کیفر نیست، اما عفت عمومی را جریحه‌دار می‌کند (ماده ۶۳۸)، دایرکردن یا اداره مرکز فساد و فحشا (ماده ۶۳۹) و به نمایش گذاشتن نوشته یا طرحی که عفت و اخلاق عمومی را لکه‌دار می‌کند (ماده ۶۴۰)، برشمرد.

از بین مواد قانونی فوق، مصادیق ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت مستقیماً به رابطه جنسی منتهی می‌شود و سایر مصادیق را از باب مسامحه و به جهت اینکه در محوریت مسائل جنسی می‌باشند، می‌توان عمل منافی عفت قلمداد نمود.

#### هم‌جنس‌گرایی غیرحدی

قانون‌گذار در ماده ۲۳۷ ق.م.ا. در مورد این انحراف جنسی خاطرنشان می‌کند که «هم‌جنس‌گرایی انسان مذکر در غیر از لواط و تفخیز، از قبیل: تقبیل و ملامسه از روی شهوت موجب سی‌ویک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش است.» همچنین، در تبصره یک این ماده بیان شده است که: «حکم این ماده در مورد انسان مؤنث نیز جاری است» و تبصره دو ماده فوق، حکم این ماده را مضمحل جرایم حدی ندانسته است. افزون بر این، مصادیق ذکرشده در این ماده، از باب تمثیل بوده و شامل تمام ارتباط‌های جسمی که از روی شهوت بین دو هم‌جنس باشد، می‌شود.

### مصادیق رابطه نامشروع

همان‌طور که قبلاً بیان شد، مراد از رابطه نامشروع در این پژوهش رابطه نامشروع در معنای خاص است که مستلزم رابطه طرفینی زن و مرد نامحرم بدون علقه زوجیت می‌باشد. بنابراین معنای عام رابطه نامشروع؛ مانند

جاسوسی، اکل مال به باطل، ربا، قمار و غیره در این گفتمان منتفی است. افزون بر این، رابطه نامشروع برخلاف عمل منافی عفت مستلزم رابطه فیزیکی نیست. مجموعاً، رابطه نامشروع، همانند عمل منافی عفت به دو نوع تقسیم می‌شود: رابطه نامشروع مجازی و واقعی.

### رابطه نامشروع واقعی

منظور از رابطه نامشروع واقعی، رابطه‌ای است که نه در دنیای مجازی بلکه در دنیای واقعی محقق می‌گردد که در ذیل به آن اشاره می‌شود.

#### مفاهیم

مفاهیم، به معنای ارتباط نامشروع «رابطه نامشروع لفظی» است که از دیدگاه فقهی (با هم شوخی و مزاح کردن) نامیده می‌شود (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج. ۱۳، ص. ۵۲۴؛ معین، ۱۳۸۸، ج. ۴، ص. ۴۲۶۴) ارتکاب این رفتار بر پایه سخن و ارتباط کلامی استوار است و صرفاً از طریق گفتار صورت می‌گیرد. توصیه اسلام این است که اگر زن و مردی ناچار به معاشرت شدند، زمینه را برای ایجاد وسوسه و تحریک در همدیگر فراهم نکنند. به همین دلیل، در قرآن، سفارش شده است که زن در برابر مرد صدایش را نازک نکند یا از طریق سخن دلربایی نکند و به مرد دستور داده شده است که از طریق خوش‌مشربی‌ها نکوشد تا دل زن را به سوی خود جلب کند (احزاب: ۳۲).<sup>۱</sup> حر عاملی در کتاب وسائل الشیعه بیان می‌دارد که: «هرکس با زن نامحرم شوخی نماید، در مقابل هر کلمه‌ای که در دنیا به او گفته است، هزار سال حبس می‌شود» (حرعاملی، ۱۴۱۴، ج. ۲۰، ص. ۱۹۸).

#### مکالمه

مکالمه در فرهنگ معین به معنای سخن گفتن با یکدیگر آمده است (معین، ۱۳۸۸، ج. ۴، ص. ۴۳۱۱). در روایتی از امام علی نقل شده است: «بر هر انسانی لازم است از سه چیز دوری کند: نزدیک شدن به اشرار، هم‌سخن شدن با زنان، همنشینی با اهل بدعت.» (حرانی، ۱۴۰۴، ص. ۳۱۹) ارتباط کلامی از بارزترین شیوه‌های ارتباط نامشروع می‌باشد، اما باید این نکته را در نظر داشت که هر نوع مکالمه‌ای در شرع منع نشده است. امام خمینی (ره) مکالمه‌ای را که از جانب یک طرف ضروری بوده و از جانب یک طرف غیرضروری، مشروط به اینکه، هیچ‌گونه تهییجی را میان زن و مرد به دنبال نداشته باشد جایز می‌شمارد (موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ج. ۲، ص. ۲۴۵).

#### مکاتبه

مکاتبه در لغت همان نامه‌نگاری و نامه‌نوشتن به یکدیگر آمده است (معین، ۱۳۸۸، ج. ۴، ص. ۴۳۰۸). برخی مراجع تقلید، نامه‌نگاری با نامحرم را در صورتی که موجب انحراف و وقوع در حرام یا اینکه توأم با شهوت و به قصد التذاذ جنسی باشد، حرام دانسته‌اند (موسوی خمینی، ۱۳۹۱، ص. ۴۵۷). اداره حقوقی قوه قضاییه در

۱. یا نساء التّی لسنن کأخذ من النّساء ان اتقیئن فلا تحصن بالقول فیطمع الذی فی قلبه مرض و قلن قولاً معروفاً. ترجمه: ای زنان پیامبر، اگر خود را از خشم خدا حفظ نمایید، مانند هیچ‌یک از زنان دیگر نخواهید بود. بنابراین، هنگام صحبت با نامحرم با ناز و عشوّه سخن مگویید که مردانی که در دل‌هایشان بیماری است به شما طمع می‌کنند و شایسته سخن بگویند.

پاسخ به این پرسش که آیا فرستادن نامه‌های عاشقانه بین دختر و پسر جرم است، این گونه بیان می‌دارد: «مکاتبه‌ای که مبنی بر ابراز علاقه و به قصد ازدواج باشد، جرم تلقی نمی‌گردد» (نظریه شماره ۲/۷-۹۷۹۹/۳/۱۳۶۳).

### اختلاط

مسئله اختلاط بین مردان و زنان از جمله مسائل مورد بحث در جامعه کنونی است که با رشد روزافزون حضور زنان در عرصه‌های مختلف اجتماعی، بر اهمیت آن افزوده شده است. اختلاط در لغت یعنی آمیخته شدن و درهم شدن و در اصطلاح به معنای ارتباط زن و مرد بیگانه در سطح اجتماع است. (معین، ۱۳۸۸، ج. ۱، ص. ۱۶۸؛ طریحی، ۱۳۶۲، ج. ۴، ص. ۲۴۶)

نگاه ویژه اسلام به جایگاه زن و احترام به شخصیت وی، به قدری است که پیامبر (ص) از داخل شدن بدون اجازه مردان بر جمع زنانه، نهی فرموده‌اند: «نهی رسول الله صلی الله علیه و آله أن یدخل الرجال علی النساء الا باذنهن» (کلینی، ۱۴۰۷، ج. ۵، ص. ۵۲۸) اسلام برای هر نوع حضور اجتماعی زن و اختلاط و معاشرت او با مردان، احکام و دستورات اخلاقی را توصیه کرده است. درباره حضور اجتماعی زن این قید بیان شده است: «باید از هر آنچه منجر به فتنه و فساد می‌شود، اجتناب کرد.» (فلاح و بنایی، ۱۳۹۴، ص. ۷۳) بنابراین، فهم این نکته حائز اهمیت است که اختلاطی را می‌توان رابطه نامشروع قلمداد نمود که زمینه‌ساز تحریک جنسی و ایجاد مفسده باشد؛ همانند، اینکه جمعی از مردان و زنان در یک پارتی شبانه، همراه با تهییج و به‌صورت عریان و نیمه‌عریان شرکت نمایند. لذا، نمی‌توان سایر اختلاط‌ها که غالباً لازمه زندگی امروزی است و هیچ‌گونه تحریکات جنسی را به دنبال ندارد از مصادیق رابطه نامشروع برشمرد. (فلاح و بنایی، ۱۳۹۴، ص. ۶۸) در این زمینه یکی از مراجع بزرگ تقلید بیان می‌دارند که در صورتی که اختلاط زن و مرد منجر به فساد و از بین رفتن عفاف و پاکدامنی گردد جایز نیست. (موسوی خویی، ۱۳۹۱، ص. ۴۵۴) مرحوم آیت الله سید محمد کاظم طباطبایی یزدی در مسئله ۴۹ عروة الوثقی می‌فرمایند: «یکره اختلاط الرجال بالنساء آلا للعجائز» (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج. ۲، ص. ۸۰۵). مختلط شدن مردان و زنان کراهت دارد، مگر در مورد پیرزنان.

### خلوت کردن

در فرهنگ معین به معنای عزلت‌گزیدن و تنها نشستن آمده است (معین، ۱۳۸۸، ج. ۱، ص. ۱۴۳۷). خلوت کردن زن و مرد نامحرم، به‌خصوص در جایی که کسی حضور ندارد، غریزه جنسی آن‌ها را تحریک نموده و اثربخشی عوامل تحریکی دیگر را افزایش می‌دهد (نقی فقیهی، ۱۳۸۷، ص. ۱۵۷). روایت شده که شیطان گفته است: «در سه جا از بنده غایب نیستم؛ اول زمانی که می‌خواهد صدقه بدهد، دوم زمانی که با زنی خلوت کند و سوم هنگام مرگ.» (محدث نوری، ۱۴۰۸، ج. ۱۴، ص. ۲۶۵) در وصیت ابلیس به حضرت موسی (علیه السلام) آمده است که: «ای موسی با زن بیگانه خلوت مکن؛ زیرا هر که چنین کند، نه من خود یار او شوم، نه یاران من» (شیخ مفید، ۱۴۱۳، ج. ۱، ص. ۱۵۷). در کتاب حدیثی وسائل الشیعه، بابی تحت عنوان «عدم جواز خلوة الرجل بالمرأة الأجنبية واحتباء المرأة» وجود دارد که روایاتی را به منع خلوت کردن زن و مرد اختصاص داده است (حرعاملی، ۱۴۱۴، ج. ۲۰، ص. ۱۸۵).

### رابطه نامشروع در فضای مجازی

با توجه به پیشرفت تکنولوژی و ارتباطات گسترده از راه دور، بسیاری از روابط نامشروع از طریق فضای مجازی شکل می‌گیرد و اگر گفته شود زمینه‌ساز بسیاری از روابط نامشروع فضای مجازی است، بی‌راه نگفته‌ایم. سکس مجازی، موضوع جدیدی است که افراد می‌توانند همدیگر را در فضای اینترنت ببینند و بدون تماس جسمانی، رابطه عاشقانه و سکسی را تجربه کنند. بی‌شک شکل‌گیری چنین شرایطی در فضای مجازی اینترنت می‌تواند نقطه آغازی برای انقلاب دیگری در عرصه اخلاق جنسی باشد. اگرچه در فصل چهارم قانون جرایم رایانه‌ای از عبارت جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی استفاده شده است، که شامل هر عملی که عفت عمومی را لکه‌دار کند می‌شود، اما به عقیده پژوهشگر با توجه به تعاریف ارائه شده برای رابطه نامشروع در این پژوهش، فرضی را که طرفین اقدام به فرستادن عکس‌های مستهجن و مبتذل برای یکدیگر می‌نمایند باید رابطه نامشروع قلمداد نمود، نه عمل منافی عفت. به عبارت بهتر از آنجا که اعمال صورت گرفته در فضای مجازی می‌تواند در سطح گسترده و به شکل سازمان یافته صورت گیرد، قانون‌گذار از عبارت «عفت و اخلاق عمومی» استفاده کرده است.

هرکس، به وسیله سیستم‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده، محتویات مستهجن را تولید، ارسال، منتشر، توزیع یا معامله کند یا به قصد ارسال یا انتشار یا تجارت تولید یا ذخیره یا نگهداری کند، به حبس از نود و یک روز تا دو سال یا جزای نقدی از پنج تا چهل میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد. طبق ماده ۱۴ جرایم رایانه‌ای و با توجه به عبارت محتویات مستهجن و محتویات مبتذل، مصادیق رابطه نامشروع مجازی را می‌توان چت و گفت‌وگوی اینترنتی به صورت متن یا صوت و به قصد التذاذ جنسی (سکس چت) و فرستادن عکس و فیلم مبتذل و مستهجن که به تعبیر کشورهای غربی حق اظهار جنسی در فضای مجازی نامیده می‌شود، برشمرد.

### نتیجه‌گیری

رابطه نامشروع و عمل منافی عفت دو عنوان مجرمانه مستقل می‌باشند که رابطه بین این دو عنوان مجرمانه عموم و خصوص من وجه می‌باشد. برای جرم‌انگاری رابطه نامشروع باید قصد التذاذ جنسی توسط محکمه اثبات گردد؛ اما در رابطه با عمل منافی عفت باید قائل به تفکیک شد. در عمل مضاجعه، مشروط بر عریان بودن طرفین، قصد التذاذ جنسی در خود عمل نهفته است؛ بنابراین نفس این عمل بدون هیچ عذر و بهانه‌ای بیانگر این است که طرفین قصد التذاذ جنسی را دارا بوده‌اند. در رابطه با سایر مصادیق عمل منافی عفت از جمله تقبیل و معانقه، نگارنده معتقد است در برخی از موارد ممکن است به آسانی قصد التذاذ جنسی احراز نشود، چراکه در عرف بعضی از مناطق ایران، تقبیل و معانقه امری عادی به شمار می‌رود و این گونه نیست که این افراد لزوماً به قصد لذت بردن مبادرت به این اعمال می‌ورزند؛ بنابراین قضات باید قصد التذاذ جنسی را در این موارد نیز مورد توجه قرار دهند. این تفکیک کاملاً با روایات وارده در این باب هم‌خوانی دارد؛ زیرا در روایات وارده صرفاً مضاجعه و آن هم به صورت عریان مورد حکم قرار گرفته است که خود دلالت بر این دارد که تعزیر

منصوص شرعی و مجازات بدنی مورد حکم فقط در این مورد خاص قابلیت اجرایی دارد نه در تمام مصادیق. در فرض اثبات رابطه نامشروع، با توجه به اینکه این جرم خفیف‌تر از عمل منافی عفت می‌باشد باید تاجایی که ممکن است از مجازات جایگزین و ارفاقی از قبیل کانون اصلاح و تربیت و مطالعه آثار فقهی و حقوقی که در رابطه با عمل منافی عفت و رابطه نامشروع نگارش شده است استفاده نمود؛ زیرا همان‌طور که بیان شد، در روایات صرفاً از مضاجعه و آن هم به صورت برهنه و عریان سخن به میان آمده است و تفسیر مضیق به نفع متهم اقتضا دارد که صرفاً همین مصداق را تعزیر منصوص شرعی بدانیم و از نهادهای ارفاقی ممنوع نماییم. هرچند رأی وحدت رویه ۷۷۰ مورخ ۱۳۹۷/۴/۲۶ تمام مصادیق ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت را تعزیر غیرمنصوص قلمداد نموده است و مرتکب موضوع این ماده را مشمول نهادهای ارفاقی تبصره ۲ ماده ۱۱۵ ق.م.ا.د دانسته است! صدور این رأی وحدت رویه دلالت بر این موضوع دارد که کماکان محاکم قضایی در تشخیص و تبیین این دو عنوان دچار مشکل هستند. در اینکه آیا قید عفت و اکراه صرفاً به عمل منافی عفت بر می‌گردد یا به هر دو عنوان ابهام دیگری است که در ماده ۶۳۷ به چشم می‌خورد. اگرچه رابطه نامشروع اکراهی غیرممکن نیست و می‌توان حالاتی را بیان نمود که یکی از طرفین رابطه فاقد طیب نفس است، اما از آنجاکه اکراه باید غیرقابل تحمل باشد، و مصادیق رابطه نامشروع هم به‌گونه‌ای نیست که بتواند قصد را معیوب سازد، به نظر می‌رسد که عبارت عفت و اکراه در آخر ماده ۶۳۷ صرفاً در رابطه با عمل منافی عفت قابلیت اجرایی دارد.

### پیشنهادات

با توجه به مطالبی که در این مقاله مطرح شد، پیشنهادات زیر قابل ارائه می‌باشد:

۱. از آنجاکه طبق رأی وحدت رویه ۷۷۰ مورخ ۱۳۹۷/۴/۲۶ ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت از تعزیر منصوص شرعی خارج شد و به‌تبع آن از نهادهای ارفاقی مذکور در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ برخوردار گردید، لازم است این موضوع صراحتاً در قانون مجازات بیان شود و مجازات آن نیز تعدیل گردد.
۲. از آنجاکه مجازات شلاق برای تمام مصادیق ماده ۶۳۷ ق.م.ا.ت ناعادلانه به نظر می‌رسد، بهتر است، ضمن تصویب دو ماده جداگانه برای عمل منافی عفت و رابطه نامشروع، به‌جز مواردی که نص خاص موجود است، در نوع و میزان مجازات آن نیز تجدید نظر شود.
۳. تدوین برنامه و دروس آموزشی مرتبط با مسائل جنسی و آسیب‌های آن در تمام مقاطع تحصیلی و آموزش عالی. بسیاری از نوجوانانی که در سنین پایین مرتکب این اعمال شنیع می‌شوند هیچ‌آشنایی با این‌گونه جرایم ندارند، بنابراین لازم است علی‌الخصوص در مدارس با توجه به سنین حساس ۱۵ الی ۱۹ سال آموزش‌های لازم داده شود.
۴. ارائه خدمات مشاوره‌ای مستمر، به خانواده دانش‌آموزان آسیب‌پذیر و تأسیس نهاد تخصصی مشاوره جرائم منافی عفت و روابط نامشروع در دادگاه و دانشگاه‌ها در قالب کارگاه‌های آموزشی.
۵. برگزاری کارگاه‌های آموزشی ازدواج آسان برای نوجوانان و خانواده ایشان در مدارس و دانشگاه‌ها.

۶. برگزاری کلاس‌های آموزشی آیین دادرسی کیفری برای ضابطین دادگستری و ارائه روش و اسلوب صحیح در مواجهه با متهمان رابطه نامشروع و منافی عفت. بسیاری از ضابطین دادگستری، به دلیل ناآگاهی از اصول و قوانین آیین دادرسی علی‌الخصوص مواد ۴۳، ۴۴ و ۵۵ آیین دادرسی کیفری، آسیب‌های جبران‌ناپذیری را به متهمین جرایم جنسی وارد نموده‌اند، زیرا همان‌طور که در قانون آیین دادرسی کیفری آمده است، هیچ ضابط دادگستری حق ورود به منازل اشخاص و تفتیش آن‌ها را ندارد و در مورد بازرسی اشخاص در جرائم غیر مشهود، بدون اجازه موردی حق تحقیق و تفحص خودسرانه را ندارند. به نظر پژوهشگر، ضابطین دادگستری و نهادهای امر به معروف و گشت ارشاد در جرایم غیر مشهود تا زمانی که حکم موردی از ناحیه محکمه قضایی دریافت نکرده‌اند، حق اخذ شناسنامه، کارت ملی و سایر پرسش‌ها در این زمینه را ندارند.

## منابع

قرآن کریم

- ابن براج، عبدالعزیز. (۱۴۰۶). المهذب. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ابن زهره، حمزة بن علی حسینی. (۱۴۱۷). غنیة النزوع الی علمی الأصول و الفروع. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- ابن قدامه، ابومحمد عبدالله. (بی تا). الکافی فی فقه الامام احمد. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴). لسان العرب. بیروت: دار صادر.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین. (۱۴۱۱). المکاسب. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- انوری، حسن. (۱۳۸۸). فرهنگ فشرده سخن. تهران: سخن.
- بیگی، جمال؛ پورقهرمانی، بابک و لیلان دوست، یوسف. (۱۳۹۲). بررسی سیاست جنایی پیشگیرانه ناظر بر جرائم منافی عفت در ایران. مطالعات پیشگیری از جرم، ۸(۲۸)، ۹-۳۰.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۳). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
- حرانی، حسن بن علی. (۱۴۰۴). تحف العقول. قم: جامعه مدرسین.
- حرعاملی، محمد بن الحسن. (۱۴۱۴). وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه. بیروت: مؤسسه آل البیت (ع).
- حلی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵). الجامع للشرائح. قم: انتشارات سیدالشهداء.
- خالقی، علی. (۱۴۰۰). آیین دادرسی کیفری. تهران: شهر دانش.
- زراعت، عباس. (۱۳۸۸). شرح قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات). تهران: ققنوس.
- زمخشری، محمود بن عمر. (۱۴۱۷). الفائق فی غریب الحدیث. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- زمخشری، محمود بن عمر. (۱۴۱۹). اساس البلاغه. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- سیاح، احمد. (۱۳۸۷). فرهنگ بزرگ جامع نوین (ترجمه المتجدد). تهران: اسلام.
- شامیاتی، هوشنگ. (۱۳۸۵). حقوق کیفری اختصاصی. تهران: ژوبین.
- شاهملک پور، حسن. (۱۳۹۴). فقه جزای اهل سنت. تهران: میزان.
- صاحب بن عباد، اسماعیل. (بی تا). المحيط فی اللغة. بیروت: بی تا.
- صدری افشار، غلامحسین. (۱۳۸۲). فرهنگ گزیده فارسی. تهران: فرهنگ معاصر.
- طباطبایی، سید محمدحسین. (بی تا). تفسیر میزان. بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم. (۱۴۰۹). العروة الوثقی. بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
- طریحی، فخرالدین. (۱۳۶۲). مجمع البحرین. تهران: مرتضوی.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). المبسوط. تهران: المكتبة المرتضویه.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (بی تا). الروضة البهیة شرح اللمعة الدمشقیة. قم: مؤسسه معارف اسلامیه.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳). مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام. قم: مؤسسه معارف اسلامیه.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۹۰). آیین کیفری اسلام. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۸۱). اصول فقه شیعه. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶). کشف اللثام عن قواعد الأحكام. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰). کتاب العین. بیروت: دار و مكتبة الهلال.

- فقیهی، علی‌نقی. (۱۳۸۷). تربیت جنسی: مبانی، اصول و روش‌ها از منظر قرآن و حدیث. قم: دار الحدیث.
- فلاح، مصطفی و بنایی، سیدباقر. (۱۳۹۴). اختلاط زن و مرد نامحرم از دیدگاه مذاهب خمس و قانون مجازات اسلامی. فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۲۴(۸)، ۶۵-۹۰.
- قدسی، سید ابراهیم و پوزرین، علی. (۱۳۸۴). تقد و بررسی ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی. مطالعات اسلامی، ۶۷(۱)، ۱۵۱-۱۸۲.
- قیاسی، جلال‌الدین و سقفی، پریسا. (۱۴۰۰). نحوه عملکرد رویه قضایی در رویارویی با محتوای مجرمانه: با نگاهی به اصطلاح رابطه نامشروع مجازی. مدرس حقوق کیفری و جرم‌شناسی، ۲(۱)، ۱۳۱-۱۴۸.
- کسانی، ابوبکر بن مسعود. (۱۴۰۹). بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷). الکافی. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- گلیایگانی، سید محمد رضا. (۱۴۰۹). مجمع المسائل. قم: دار القرآن الکریم.
- گلدوزیان، ایرج. (۱۳۸۹). بایسته‌های حقوق جزای عمومی. تهران: میزان.
- لطفی، اسدالله. (۱۳۸۷). ترجمه مباحث حقوقی شرح لمعه. تهران: مجد.
- مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۳). بحار الانوار لدرر الاخبار. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نوری، حسین بن محمدتقی. (۱۴۰۸). مستدرک الوسائل. قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع).
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۲). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم انسانی.
- محمدی، علی. (۱۳۸۷). شرح اصول فقه. قم: دارالفکر.
- مظفر، محمد رضا. (۱۳۷۰). اصول فقه. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- معین، محمد. (۱۳۸۸). فرهنگ فارسی معین. تهران: امیرکبیر.
- مفید، محمد بن نعمان. (۱۴۱۰). المقتعه. قم: جامعه مدرسین.
- مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۳). الامالی. قم: کنگره شیخ مفید.
- مکارم شیرازی، ناصر. (بی‌تا). جامع المسائل. پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر آیت‌الله العظمی مکارم شیرازی.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۴). تفسیر نمونه. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- منتظری، حسین‌علی. (بی‌تا). کتاب الحدود. قم: دارالفکر.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۹۰). تحریر الوسیله. قم: دارالعلم.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (۱۳۷۷). مصباح الفقاهة (تقریر محمدعلی توحیدی). قم: انتشارات داوری.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (۱۳۹۱). احکام شرعی بانوان. قم: دار الصدیقة الشهیده (س).
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۸). مبانی تکملة منهاج. قم: مؤسسه احیاء آثار امام خویی.
- نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۸). جواهر الکلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ولیدی، محمد صالح. (۱۳۹۴). حقوق جزای اختصاصی (جرائم علیه عفت و اخلاق عمومی). تهران: امیرکبیر.

## Reference

The Holy Qur'an.

Ibn Barrāj, 'Abd al-'Azīz. (1406 AH [1985/1986 CE]). *al-Muhadhdhab* [The refined work]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.

Ibn Zuhra, Ḥamza b. 'Alī Ḥusaynī. (1417 AH [1996/1997 CE]). *Ghunyat al-nuzū' ilā 'ilmay al-uṣūl wa-l-furū'* [The sufficiency of aspiration toward the two sciences of legal theory and substantive law]. Qom: Mu'assasat Imām Ṣādiq.

- Ibn Qudāma, Abū Muḥammad ‘Abd Allāh. (n.d.). *al-Kāfi fī fiqh al-Imām Aḥmad* [The sufficient book in the jurisprudence of Imām Aḥmad]. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya.
- Ibn Manzūr, Muḥammad b. Mukarram. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Lisān al-‘Arab* [The tongue of the Arabs]. Beirut: Dār Ṣādir.
- Anṣārī, Murtaḍā b. Muḥammad Amīn. (1411 AH [1990/1991 CE]). *al-Makāsib* [Transactions]. Qom: World Congress Commemorating Shaykh al-A‘zam Anṣārī.
- Anwarī, Ḥasan. (1388 SH [2009/2010 CE]). *Farhang-i fishurda-yi Sukhan* [Concise Sukhan dictionary]. Tehran: Sukhan.
- Beygī, Jamāl, Pūrqaḥramānī, Bābak, & Leylāndūst, Yūsuf. (1392 SH [2013/2014 CE]). An examination of preventive criminal policy concerning offenses against chastity in Iran. *Muṭāla‘āt-i Pīshgīrī az Jurm* [Crime Prevention Studies], 8(28), 9–30.
- Ja‘farī Langarūdī, Muḥammad Ja‘far. (1393 SH [2014/2015 CE]). *Mabsūṭ dar terminuluzhī-yi ḥuqūq* [An extensive work on legal terminology]. Tehran: Ganj-i Dānish.
- Ḥarrānī, Ḥasan b. ‘Alī. (1404 AH [1983/1984 CE]). *Tuḥaf al-‘uqūl* [Gifts for intellectuals]. Qom: Society of Seminary Teachers.
- Ḥurr al-‘Āmilī, Muḥammad b. al-Ḥasan. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Wasā’il al-shī‘a ilā taḥṣīl masā’il al-sharī‘a* [The means of the Shi‘a for attaining the issues of the sharī‘a]. Beirut: Mu‘assasat Āl al-Bayt.
- Ḥillī, Yaḥyā b. Sa‘īd. (1405 AH [1984/1985 CE]). *al-Jāmi‘ li-l-sharā‘i* [The compendium of the laws]. Qom: Intishārāt-i Sayyid al-Shuhadā’.
- Khālīqī, ‘Alī. (1400 SH [2021/2022 CE]). *Ā’in-i dādrasī-yi kifārī* [Criminal procedure]. Tehran: Shahr-i Dānish.
- Zirā‘at, ‘Abbās. (1388 SH [2009/2010 CE]). *Sharḥ-i Qānūn-i mujāzāt-i Islāmī: Bakhsh-i ta‘zīrāt* [Commentary on the Islamic Penal Code: Discretionary punishments]. Tehran: Qaqnūs.
- Zamakhsharī, Maḥmūd b. ‘Umar. (1417 AH [1996/1997 CE]). *al-Fā‘iq fī gharīb al-ḥadīth* [The outstanding work on unusual terms in ḥadīth]. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya.
- Zamakhsharī, Maḥmūd b. ‘Umar. (1419 AH [1998/1999 CE]). *Asās al-balāgha* [The foundation of eloquence]. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya.
- Sayyāh, Aḥmad. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Farhang-i buzurg-i jāmi‘-i novīn: Tarjuma-yi al-Munjid* [The great comprehensive modern dictionary: Translation of *al-Munjid*]. Tehran: Islām.
- Shāmbayātī, Hūshang. (1385 SH [2006/2007 CE]). *Ḥuqūq-i kifārī-yi ikhtiṣāsī* [Special criminal law]. Tehran: Zhūbīn.
- Shāh-Malikpūr, Ḥasan. (1394 SH [2015/2016 CE]). *Fiqh-i jazā‘ī-yi Ahl-i Sunnat* [Sunni criminal jurisprudence]. Tehran: Mīzān.
- Şāhib b. ‘Abbād, Ismā‘īl. (n.d.). *al-Muḥīṭ fī al-lughā* [The comprehensive dictionary of language]. Beirut: n.p.
- Şadrī Afshār, Ghulām Ḥusayn. (1382 SH [2003/2004 CE]). *Farhang-i guzīda-yi Fārsī* [Selected Persian dictionary]. Tehran: Farhang-i Mu‘āshir.
- Ṭabāṭabā‘ī, Sayyid Muḥammad Ḥusayn. (n.d.). *Tafsīr al-Mīzān* [The balance in Qur’ānic exegesis]. Beirut: Mu‘assasat al-‘Alamī li-l-Maṭbū‘āt.

- Ṭabātabā'ī Yazdī, Muḥammad Kāzīm. (1409 AH [1988/1989 CE]). *al-'Urwa al-wuthqā* [The firmest handle]. Beirut: Mu'assasat al-A'lamī li-l-Maṭbū'āt.
- Ṭurayhī, Fakhr al-Dīn. (1362 SH [1983/1984 CE]). *Majma' al-baḥrayn* [The confluence of the two seas]. Tehran: Murtaḍawī.
- Ṭūsī, Muḥammad b. Ḥasan. (1387 SH [2008/2009 CE]). *al-Mabsūṭ* [The extensive work]. Tehran: al-Maktaba al-Murtaḍawiyya.
- al-Shahīd al-Thānī, Zayn al-Dīn b. 'Alī. (n.d.). *al-Rawḍa al-bahiyya sharḥ al-Lum'a al-Dimashqiyya* [The splendid garden: Commentary on *al-Lum'a al-Dimashqiyya*]. Qom: Mu'assasat-i Ma'ārif-i Islāmiyya.
- al-Shahīd al-Thānī, Zayn al-Dīn b. 'Alī. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Masālik al-aḥḥām ilā tanqīḥ Sharā'i' al-Islām* [Paths of understanding toward refining *Sharā'i' al-Islām*]. Qom: Mu'assasat-i Ma'ārif-i Islāmiyya.
- Fāḍil Lankarānī, Muḥammad. (1390 SH [2011/2012 CE]). *Ā'in-i kīfarī-yi Islām* [Islamic criminal procedure]. Qom: Jurisprudential Center of the Pure Imams.
- Fāḍil Lankarānī, Muḥammad. (1381 SH [2002/2003 CE]). *Uṣūl-i fiqh-i Shi'a* [Shi'i principles of jurisprudence]. Qom: Jurisprudential Center of the Pure Imams.
- Fāḍil Hindī, Muḥammad b. Ḥasan. (1416 AH [1995/1996 CE]). *Kashf al-lithām 'an qawā'id al-aḥkām* [Removing the veil from the principles of legal rulings]. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī.
- Farāhīdī, Khalīl b. Aḥmad. (1410 AH [1989/1990 CE]). *Kitāb al-'Ayn* [The book of 'Ayn]. Beirut: Dār wa-Maktabat al-Hilāl.
- Faqīhī, 'Alī Naqī. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Tarbiyat-i jinsī: Mabānī, uṣūl wa rawish-hā az manẓar-i Qur'ān wa ḥadīth* [Sexual education: Foundations, principles, and methods from the perspective of the Qur'ān and ḥadīth]. Qom: Dār al-Ḥadīth.
- Fallāḥ, Muṣṭafā, & Banā'ī, Sayyid Bāqir. (1394 SH [2015/2016 CE]). The mixing of non-maḥram men and women from the perspective of the five Islamic schools and the Islamic Penal Code. *Fiqh wa Mabānī-yi Ḥuqūq-i Islāmī* [Jurisprudence and Foundations of Islamic Law], 8(24), 65–90.
- Qudsī, Sayyid Ibrāhīm, & Pūr-Zarrīn, 'Alī. (1384 SH [2005/2006 CE]). A critique and examination of Article 637 of the Islamic Penal Code. *Muṭāla'āt-i Islāmī* [Islamic Studies], (67), 151–182.
- Qiyāsī, Jalāl al-Dīn, & Saqafī, Parīsā. (1400 SH [2021/2022 CE]). The functioning of judicial practice in dealing with criminal content, with a view to the term “virtual illicit relationship.” *Mudarris-i Huqūq-i Kīfarī wa Jurm-shināsī* [Modares Journal of Criminal Law and Criminology], 1(2), 131–148.
- Kāsānī, Abū Bakr b. Mas'ūd. (1409 AH [1988/1989 CE]). *Badā'i' al-ṣanā'i' fi tartīb al-sharā'i'* [The wonders of crafted legal analysis in the arrangement of the laws]. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya.
- Kulaynī, Muḥammad b. Ya'qūb. (1407 AH [1986/1987 CE]). *al-Kāfī* [The sufficient book]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- Gulpāyigānī, Sayyid Muḥammad Riḍā. (1409 AH [1988/1989 CE]). *Majma' al-masā'il* [Compendium of legal questions]. Qom: Dār al-Qur'ān al-Karīm.
- Guldūziyān, Īraj. (1389 SH [2010/2011 CE]). *Bāyista-hā-yi huqūq-i jazā-yi 'umūmī* [Essentials of general criminal law]. Tehran: Mīzān.

- Lutfi, Asad Allāh. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Tarjuma-yi mabāhith-i huqūqī-yi Sharḥ-i Lum 'a* [Translation of the legal discussions of *Sharḥ-i Lum 'a*]. Tehran: Majd.
- Majlisī, Muḥammad Bāqir. (1403 AH [1982/1983 CE]). *Biḥār al-anwār li-durar al-akḥbār* [Oceans of lights containing the pearls of reports]. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
- Nūrī, Ḥusayn b. Muḥammad Taqī. (1408 AH [1987/1988 CE]). *Mustadrak al-wasā'il* [Supplement to *Wasā'il*]. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt.
- Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. (1382 SH [2003/2004 CE]). *Qawā'id-i fiqh* [Jurisprudential maxims]. Tehran: Markaz-i Nashr-i 'Ulūm-i Insāni.
- Muḥammadī, 'Alī. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Sharḥ-i uṣūl-i fiqh* [Commentary on the principles of jurisprudence]. Qom: Dār al-Fikr.
- Muzaffar, Muḥammad Riḍā. (1370 SH [1991/1992 CE]). *Uṣūl-i fiqh* [Principles of jurisprudence]. Qom: Daftar-i Tabliḡhāt-i Islāmī.
- Mu'īn, Muḥammad. (1388 SH [2009/2010 CE]). *Farhang-i Fārsī-yi Mu'īn* [Mu'īn Persian dictionary]. Tehran: Amīr Kabīr.
- Mufīd, Muḥammad b. Nu'mān. (1410 AH [1989/1990 CE]). *al-Muqni'a* [The sufficient legal manual]. Qom: Society of Seminary Teachers.
- Mufīd, Muḥammad b. Muḥammad. (1413 AH [1992/1993 CE]). *al-Amālī* [The dictated lectures]. Qom: Shaykh Mufīd Congress.
- Makārim Shīrāzī, Nāṣir. (n.d.). *Jāmi' al-masā'il* [Comprehensive collection of legal rulings]. Website of the Office of the Grand Āyat Allāh Makārim Shīrāzī.
- Makārim Shīrāzī, Nāṣir. (1374 SH [1995/1996 CE]). *Tafsīr-i namūna* [The model exegesis]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- Muntaẓirī, Ḥusayn 'Alī. (n.d.). *Kitāb al-ḥudūd* [The book of prescribed punishments]. Qom: Dār al-Fikr.
- Mūsawī Khomeinī, Sayyid Rūḥ Allāh. (1390 SH [2011/2012 CE]). *Tahrīr al-wasīla* [The liberation of the means]. Qom: Dār al-'Ilm.
- Mūsawī Khū'ī, Sayyid Abū al-Qāsim. (1377 SH [1998/1999 CE]). *Miṣbāḥ al-fiqāha* [The lamp of jurisprudence] (Muḥammad 'Alī Tawḥīdī, Reporter). Qom: Intishārāt-i Dāvārī.
- Mūsawī Khū'ī, Sayyid Abū al-Qāsim. (1391 SH [2012/2013 CE]). *Aḥkām-i shar'ī-yi bānuwān* [Religious rulings for women]. Qom: Dār al-Ṣiddīqa al-Shahīda.
- Mūsawī Khū'ī, Sayyid Abū al-Qāsim. (1428 AH [2007/2008 CE]). *Mabānī takmilat Minhāj* [Foundations of the supplement to *Minhāj*]. Qom: Institute for the Revival of Imam al-Khū'ī's Works.
- Najafī, Muḥammad Ḥasan. (1368 SH [1989/1990 CE]). *Jawāhir al-kalām* [Jewels of discourse]. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
- Walīdī, Muḥammad Ṣāliḥ. (1394 SH [2015/2016 CE]). *Huqūq-i jazā-yi ikhtiṣāṣī: Jarā'im 'alayh-i iffāt wa akhlāq-i 'umūmī* [Special criminal law: Offenses against chastity and public morality]. Tehran: Amīr Kabīr.

## Revisiting the Fiqhi Foundations of the Marital Bond after the Death of One Spouse, with Reference to Imami Ijtihadi Evidence

Somayeh Hasani<sup>✉</sup> 

1. Professor, Department of Family Fiqh, Center for Management of Women's Seminaries of Tehran Province, Tehran, Iran. Email: [smyhhsny638@gmail.com](mailto:smyhhsny638@gmail.com)

Article Info	ABSTRACT
<b>Article type:</b> Research Article	The issue of the marital bond is a practical question in fiqh generally and in medical fiqh in particular. It concerns whether the spousal relationship continues or is dissolved upon the death of one of the spouses. This question can play an important role in ijtiḥād and the derivation of Shari'ah rulings across different areas of fiqh, and, because it is connected with preventing confusion of lineage and reproductive material, it may serve as a fiqhi framework in other chapters of jurisprudence. The central question of this article is whether death dissolves the marital bond. Using library-based data collection and analytical examination of the materials, the study identifies three views: dissolution of the marital bond upon death; continuation of the bond until the end of the waiting period of widowhood; and perpetual continuation of the marital bond. The arguments for each view are presented and the objections to them are answered. The article concludes that the third view, and the evidence supporting continuation of the marital bond after the death of one spouse, is stronger. At a minimum, if the ijtiḥadi evidence and texts are considered incomplete because of ambiguity or omission, the practical principles of bara'ah and istishab apply and again reinforce the third view.
<b>Article history:</b> Received 16 October 2025 Received in revised form 30 October 2025 Accepted 14 December 2025 Available online 22 December 2025	
<b>Keywords:</b> sperm of the deceased, marital bond, emerging issues, marital relationship, death of either spouse	

**Cite this article:** Hasani, S. (1404). Revisiting the Fiqhi Foundations of the Marital Bond after the Death of One Spouse, with Reference to Imami Ijtihadi Evidence. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 20(2), 179-204. <https://doi.org/10.22034/fvh.2026.23654.2282>



© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.  
DOI: <https://doi.org/10.22034/fvh.2026.23654.2282>

## **Introduction**

The question whether the marital bond continues or dissolves after the death of a spouse is a foundational issue in family fiqh, with effects in worship, civil law, criminal law, and medical jurisprudence. Although jurists have rarely treated the issue independently, they have addressed it in scattered discussions of maintenance, inheritance, the prohibition of certain forms of sexual enjoyment, washing and shrouding the deceased, and other rulings connected with marriage. The issue has acquired new importance in the contemporary period because of medical advances and the possibility of using the deceased husband's sperm in artificial insemination and posthumous reproduction. It has therefore become one of the pressing questions of medical fiqh.

The central question is whether death completely dissolves the spousal relationship, or whether a form of legally recognized continuation may be imagined - either until the end of the widow's waiting period or permanently. The answer directly affects the fiqhi assessment of artificial insemination after the husband's death. If the marital bond remains, such insemination may be examined within the framework of marriage; if the marriage is dissolved, the act faces serious Shari'ah obstacles. The same question also affects issues such as the wife's entitlement to maintenance, whether certain acts of enjoyment after death could fall under the title of zina, and other effects that depend on the continuing existence of marriage.

## **Methodology**

This article is a qualitative descriptive-analytical study. Its purpose is to examine and analyze the concept under discussion within its textual and theoretical context. The research focuses on collecting, interpreting, and analyzing non-numerical data, including textual, conceptual, and theoretical materials, most of which are drawn from library sources, scholarly documents, fiqhi texts, and the writings of jurists and other scholars. At the descriptive stage, the author gathers relevant views, concepts, and theories from authoritative sources and presents them in an ordered and coherent manner. At the analytical stage, these views are critically examined in order to clarify the strengths and weaknesses of their reasoning and claims. The qualitative approach emphasizes depth of understanding, analysis of the content of the arguments, and identification of the stronger theory among the competing views. Logical analysis, comparative examination, and critical interpretation are used to uncover the hidden and multilayered dimensions of the problem. The data are analyzed inferentially and argumentatively, with the aim of offering a clearer and more useful framework for the issue.

## **Literature Review**

Despite the practical and theoretical significance of the subject, only two articles have addressed it directly: one on the continuation of the marital bond

after the death of one spouse, and another on the marital bond after the husband's death for the purpose of artificial insemination of the wife. The main weakness of those studies lies in their method of data analysis, which leads to an incorrect conclusion in both works. First, the evidence is often raised in a dispersed manner within other discussions and is not examined independently and analytically. Second, their method and analysis lead them to treat death as dissolving the marital bond. By contrast, the evidence examined in the present study indicates the continuation of the marital bond after the death of one spouse. Practical principles such as *istishab* and *bara'ah* also support this conclusion. This inference is the turning point of the present article and was not reached by the previous studies. A systematic re-reading of the *ijtihadi* foundations of the issue and a careful evaluation of the evidence for each view are therefore necessary.

### **Findings**

The first finding is that the marital bond refers to the legal relation created and recognized between spouses by the conclusion of the marriage contract. Specific Shari'ah effects, such as the right of sexual access, procreation, maintenance, and inheritance, are attached to that relation.

Second, the issue can be examined by reference to *ijtihadi* evidence, including the Qur'an and reports, as well as practical principles. In this study, however, the focus is placed on *ijtihadi* evidence as the principal source for deriving Shari'ah rulings.

Third, the issue can function as a general principle and guiding *fiqhi* framework for many newly emerging medical questions.

Fourth, the relevant reports may be divided according to their meaning into three groups: reports indicating dissolution of the marital bond immediately upon death; reports indicating continuation of the bond until the end of the waiting period for the woman, and, if one accepts certain reports establishing a waiting period for the man, until the end of that period as well; and reports indicating the permanent continuation of the marital bond.

Fifth, the overall body of evidence suggests that the third view is stronger: the marital bond is not dissolved by the death of one spouse, but continues permanently. Even if the *ijtihadi* evidence is not regarded as complete because of ambiguity or omission, the practical principles of *istishab* and *bara'ah* support the same result.

### **Discussion**

Although some *fiqhi* studies have examined the marital bond after the death of one spouse, the present article is innovative in its comprehensive collection and enumeration of the evidence, its attention to details that clarify obscure aspects of the debate, and its method of data analysis and problem-solving.

These features lead to a new result on the issue and distinguish this study from previous works.

### **Conclusion**

The preferred conclusion is that the marital bond is not dissolved by the death of one of the spouses, but continues after death. Although reliance on the verse concerning guarding the private parts does not prove the claim and may even suggest interruption of the bond after death, and although the report of Umm Salamah is not conclusive for this issue, other indicators prevent the argument for continuation from being undermined. These include the true use of the term *zawjah* for a deceased spouse and the rebuttal of the alleged necessary implication between the condition of non-restoration of the deceased and the disclosure of severance of the marital bond. If the *ijtihadi* evidence is considered incomplete because of ambiguity or omission, one must turn to practical principles. In this context, *istishab* and *bara'ah* generally support the continuation of the marital bond.

### **Declarations**

***Author Contributions:*** All stages of data collection, report preparation, and article writing were carried out by Somayeh Hasani.

***Data Availability Statement:*** Not applicable.

***Acknowledgements:*** The author declared no acknowledgement of any natural or legal person.

***Ethical Considerations:*** The author observed the ethical principles governing the conduct and publication of scientific research and confirmed this matter.



***Funding:*** This research received no specific grant from public, commercial, or not-for-profit funding bodies.

***Conflict of Interest:*** The author declared no conflict of interest.

***Declaration on Generative AI and AI-assisted Technologies:*** The author declared that no artificial intelligence was used in any stage of writing the article.



## بازخوانی مبانى فقهی «علقه زوجیت» پس از مرگ یکی از طرفین، با تکیه بر ادله اجتهادی امامیه

سمیه حسنی  

۱. استاد، گروه فقه خانواده، مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه خواران استان تهران، تهران، ایران. رایانامه: smyhhsny638@gmail.com

### اطلاعات مقاله

### چکیده

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۷/۲۴

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۸/۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۹/۲۳

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۱۰/۰۱

### کلیدواژه‌ها:

اسپریم متوقی،

علقه زوجیت،

مسائل نوپدید،

رابطه زناشویی،

مرگ زوجین

مسئله «علقه زوجیت» (رابطه زوجیت) یکی از مسائل کاربردی در فقه به‌طور عام و در فقه پزشکی به‌طور خاص است که مفاد آن بررسی استمرار یا انحلال رابطه زوجیت با مرگ یکی از طرفین است. این مسئله می‌تواند نقش مهمی در اجتهاد و استنباط احکام شرعی در عرصه‌های مختلف فقه ایفا کند و به‌دلیل امتناع از اختلاط انساب و میاه، به‌عنوان یک چارچوب فقهی در سایر ابواب فقه، قابل تمسک باشد؛ در حقیقت در این مقاله به‌دنبال پاسخ‌گویی به این سوال اساسی هستیم که آیا مرگ موجب انحلال رابطه زوجیت می‌گردد یا خیر؟ در نهایت به روش گردآوری کتابخانه‌ای مطالب و تحلیل آن‌ها، به سه قول در مسئله دست آمد: اول، انحلال علقه زوجیت با مرگ؛ دوم، تداوم علقه تا انقضای عده وفات؛ سوم، استمرار علقه زوجیت تا ابد. در هر قول، استدلال‌ها آورده و اشکالات وارد شده به هر یک، پاسخ داده شده و نتیجه آنکه دلالت قول سوم و ادله دال بر تداوم علقه زوجیت پس از مرگ یکی از زوجین، قوی‌تر است. حداقل آنکه اگر به‌واسطه اجمال یا اهمال ادله اجتهادی و نصوص، دلالت آن‌ها تام نباشد، مجری اصل (اصل برائت و اصل استصحاب) است و باز هم قول سوم تقویت می‌شود؛ فهو المقصود.

**استناد:** حسنی، سمیه. (۱۴۰۴). بازخوانی مبانى فقهی «علقه زوجیت» پس از مرگ یکی از طرفین، با تکیه بر ادله اجتهادی امامیه. مطالعات فقه اسلامی و مبانى حقوق. ۲۰(۲)، ۱۷۹-۲۰۴.

<https://doi.org/10.22034/fvh.2026.23654.2282>



© نویسنده(گان).

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.

### مقدمه

مسئله تداوم یا انحلال علقه زوجیت پس از مرگ زوج از جمله مباحث بنیادین فقه خانواده است که آثار متعددی در حوزه‌های عبادی، حقوقی و کیفری بر آن مترتب می‌شود. گرچه این موضوع به صورت مستقل کمتر در کانون توجه فقیهان قرار گرفته، اما در ضمن مباحثی چون نفقه، ارث، حرمت استمتاع، غسل و کفن و دیگر احکام مرتبط با زوجیت، به طور پراکنده بدان پرداخته شده است. اهمیت این مسئله در روزگار معاصر، به ویژه با پیشرفت‌های پزشکی و امکان بهره‌گیری از اسپرم زوج پس از وفات وی در فرایند تلقیح مصنوعی و باروری‌های پسامرگ، ابعاد تازه‌ای یافته و آن را به یکی از مسائل مبتلابه فقه پزشکی تبدیل کرده است.

پرسش محوری آن است که آیا با مرگ زوج، رابطه زوجیت به طور کامل منحل می‌شود یا نوعی استمرار اعتباری - خواه تا انقضای عده وفات و خواه تا ابد - برای آن قابل تصور است؟ پاسخ به این پرسش، نقش تعیین‌کننده‌ای در تحلیل فقهی مشروعیت یا عدم مشروعیت تلقیح مصنوعی پس از وفات شوهر دارد؛ زیرا در فرض بقای علقه زوجیت، تلقیح می‌تواند در چارچوب رابطه زوجیت ارزیابی شود، اما در صورت انحلال نکاح، چنین اقدامی با موانع شرعی مواجه خواهد بود. افزون بر این، تعیین وضعیت علقه زوجیت در این فرض، در مسائلی نظیر استحقاق نفقه زوجه، صدق عنوان زنا بر برخی استمتاع خاص پس از مرگ و سایر آثار مترتب بر زوجیت نیز تأثیر مستقیم دارد.

با وجود اهمیت عملی و نظری موضوع، برخی از مقالات با این موضوع نگاهشده شده است مانند: «تداوم علقه زوجیت در فرض مرگ یکی از زوجین: از علقه زوجیت تا علقه احترام» نوشته محمدجعفر صادق پور و زهرا بازرگانی در مجله پژوهشی فقه سال ۱۴۰۱ و مقاله «بررسی علقه زوجیت پس از وفات مرد، جهت تلقیح مصنوعی به زوجه» نوشته مهدی موحدی محب و علی اسلامی‌فر در مجله پژوهشی پژوهش‌های فقهی سال ۱۴۰۱؛ که مهم‌ترین اشکال وارده بر مقالات مذکور، در «روش تحلیل داده‌ها» است که منتج به «نتیجه‌گیری» نادرست در هر دو مقاله می‌گردد؛ چراکه اولاً، ادله غالباً به صورت غیرمتمرکز و در خلال مباحث دیگر طرح شده و کمتر با رویکردی مستقل و تحلیلی مورد بررسی قرار گرفته است، و ثانیاً روشمندی و تحلیل ناصحیح، منتج به یافته‌هایی ناصواب شده به گونه‌ای که هر دوی این مقالات، «مرگ» را موجب انحلال «علقه زوجیت» می‌دانند، درحالی‌که بررسی‌های انجام‌شده در ادله اجتهادی،<sup>۱</sup> بیانگر «استمرار» و تداوم «علقه زوجیت» پس از مرگ یکی از طرفین است که البته «ادله فقهاتی» مانند اصل استصحاب و برائت نیز، مؤید همین معناست. و این «استنتاج» نقطه عطفی در مسئله بوده که هیچ‌یک از پژوهش‌های پیشین به آن دست نیافته‌اند. از این رو، بازخوانی مبانی اجتهادی مسئله و ارزیابی استنادات هر دیدگاه، ضروری است.

۱. ادله اجتهادی در مقابل ادله فقهاتی، به مجموعه‌ای از ادله از میان نصوص قرآن کریم و روایات معتبره معصومین علیهم‌السلام بیرون کشیده و اطلاق می‌گردد.

مقاله حاضر با رویکردی اجتهادی، درصدد است ضمن تبیین اقوال و ادله مربوط به انحلال یا استمرار عقله زوجیت پس از مرگ زوج، مبانی اجتهادی هر دیدگاه را بررسی و ارزیابی نماید، مبنایی که ریشه در نصوص و متون فقهی دارد.

### دسته‌بندی نصوص و ادله اجتهادی

در اینجا روایات مربوطه را برحسب مدلولشان، به سه بخش تقسیم می‌گردد:

- (۱) روایاتی که مدلولشان بیانگر انحلال عقله زوجیت به مجرد وفات است.
- (۲) روایاتی که مدلولشان بیانگر بقای عقله زوجیت تا پایان عده برای زن (و پایان عده مرد، در صورتی که عده را طبق برخی روایات برای مرد ثابت بدانیم).
- (۳) روایاتی که مدلولشان بیانگر بقای عقله زوجیت تا ابد است.

### ۱- انحلال عقله زوجیت به مجرد وفات

برخی فقیهان خصوصاً فقیهان معاصر، رابطه زوجیت را با وفات یکی از طرفین منحل می‌دانند، مانند آیت‌الله مهدی گنجی،<sup>۱</sup> حضرات آیات سید محمدرضا سیستانی، ناصر مکارم شیرازی، سید محمدحسین فضل‌الله، محسن طباطبایی حکیم (۱۳۷۴، ج. ۴، ص. ۱۶۴)، سید عبدالکریم اردبیلی (نقل شده در: حسینی، ۲۰۰۵، ص. ۱۷۱)، آیت‌الله یوسف بحرانی (۱۳۷۹، ج. ۴، ص. ۶۴)، آیت‌الله سبحانی (۱۳۹۶) و غیرهم.

#### ۱-۱- ادله انحلال عقله زوجیت به مجرد وفات

##### دلیل اول - زوجیت عقله‌ای بین دو انسان زنده است

بخش اول استدلال: ازدواج علاقه و ارتباط بین دو انسان زنده، یعنی مرد و زن، است. عنوان «انسان» از جسم و روح تشکیل شده است، اگر روح از جسم جدا شود، آنچه باقی می‌ماند جسم و جسد وی است. و در واقع یک جماد است مانند سایر جمادات. درحالی که زوجیت برای جمادات، معتبر نیست. و این همان چیزی است که مرحوم آیت‌الله خویی نیز در بعضی از کلماتشان به آن اشاره کرده‌اند: «ان عقله الزوجیه انما تنقطع بالموت عرفاً، لا بانقضاء عده. و العده انما هی حکم شرعی تعبدی انما جعلت تجلیلاً للمیت و احتراماً له، لا لبقاء عقله الزوجیه، اذ لا معنی لاعتبار الزوجیه للجماد و الذی منه المیت» (توحیدی، ۱۴۱۲، ج. ۶، ص. ۲۷۲).

بخش دوم استدلال با تقریب مرحوم خویی: همچنین می‌توانیم بگوییم همان‌گونه که مرحوم خویی طلاق را موجب محدودیت عقله زوجیت دانسته‌اند (توحیدی، ۱۴۱۲، ج. ۶، ص. ۲۲)، وفات نیز، مماثل طلاق است، و عقله زوجیت ایجاد شده به حساب اعتبار عقلایی، به ماقبل وفات محدود می‌شود و اساساً دلیلی بر استمرار عقله زوجیت به مابعد وفات وجود ندارد اگرچه فرض کنیم که عقلاً زوجیت برای میت، معتبر است (سیستانی، ۱۴۲۸، ص. ۵۰۹).

۱. زوجیت و هر آنچه مربوط به آن است، فقط در زمان حیات معنا پیدا می‌کند و اشکالی ندارد که شارع برای زنی که قبلاً همسر بوده، برخی از احکام را وضع کند (گنجی، ۱۳۹۴).

**دلیل دوم - عدم جواز استمتاعات زوجیت از میت**

الف - عدم جواز رابطه زناشویی و مقاربت با میت: در اینجا مسئله اختلافی است: برخی رابطه زناشویی با متوفی را مستوجب «حد» می‌دانند (خویی، ۱۴۱۶، ج. ۵۲، ص. ۱) و برخی آن را ساقط دانسته و زوج را بنا به علل مختلف، مستوجب «تعزیر» می‌دانند. آیت‌الله تبریزی در خلال درس خارج فقه خویش می‌فرماید: و طء و رابطه زناشویی با زوجه متوفی توسط زوج، حرام است و زوجیت مادامی که زنده هستند برقرار است و بعد از مرگ، علقه زوجیت قطع می‌شود. و اگرچه حد زنا نمی‌خورد لکن، تعزیر می‌شود زیرا او خیال می‌کند که زوجیت هنوز باقی است (تبریزی، بی‌تا، ذیل بحث وطی میت). «حد» به خاطر شبهه و بقای علقه زوجیت، ساقط می‌شود اما از آنجا که میت هتک حرمت شده، زوج تعزیر می‌شود (فاضل هندی، ۱۴۰۵، ص. ۴۱۰).

ب - عدم جواز لمس و نظر میت: مقتضای برخی از نصوص عدم جواز نظر به هیچ بخشی از بدن یا موی زوجه متوفی است، آن‌چنان‌که در صحیح حلی از اباعبدالله امام صادق علیه‌السلام آمده: «قال سیل عن الرجل یغسل امراته؟ قال: نعم، من وراء الثوب و لا ینظر الی شعرها و لا الی شیء منها.» (نوری، ۱۴۰۸، ج. ۲، ص. ۷۱۶، ح. ۱۱).

**دلیل سوم - عدم ثبوت نفقه**

نصوص معتبری بر عدم ثبوت نفقه برای زنی که شوهرش مرده، حتی در طول مدت عده، چه رسد به بعد از آن، دلالت دارند، از جمله: موثقه زراره از ابی‌عبدالله امام صادق: «فی المراه المتوفی عنها زوجها، هل لها نفقه؟ قال: لا» (نوری، ۱۴۰۸، ج. ۱۵، ص. ۲۳۵، ح. ۱۱).

**دلیل چهارم - جواز ازدواج زوج یا خواهر زن یا همسر پنجم، در طول مدت عده**

در برخی از اخبار، امکان تزویج در طول مدت عده با همسر پنجم و یا خواهر زن، وجود دارد که همین اخبار مستمسکی در جهت حکم به انقطاع علقه زوجیت با مرگ یکی از طرفین، قرار گرفته است. از جمله در دو خبر علی بن ابی‌حمزه عن ابی‌ابراهیم علیه‌السلام، «قال: سألته عن الرجل کانت له امرأه فهلکت. أتزوج أختها؟ قال: من ساعتها، ان أحب.» (نوری، ۱۴۰۸، ج. ۱۵، ص. ۴۸۱، ح. ۳) و خبر علی بن جعفر از برادرش موسی بن جعفر علیه‌السلام: «قال: سألته عن رجل کانت له أربع نسوة فماتت احداهن. هل یصلح أن یتزوج فی عدتها أخرى قبل أن تنقض عده الوفاة؟ قال: اذا ماتت فلیتزوج متی أحب.» (نوری، ۱۴۰۸، ج. ۱۴، ص. ۴۰۲، ح. ۷)، به این مطلب اشاره شده است.

**دلیل پنجم - جواز ازدواج مجدد زنی که شوهرش مرده، بعد از عده**

دلیل این جواز این است که احتمال نمی‌رود زن در عصمت دو شوهر در زمان واحد باشد. ولی عدم جواز ازدواجش در اثنا عده، به دلیل احترام به میت، حداد برای او، و... است، نه از این جهت که زوجه هنوز در عصمت شوهر متوفی هست. همان‌طور که شارع مقدس، عده را برای مطلقه بانته مدخوله، غیرصغیره و یائسه، بنابر علل دیگر، وضع کرده است.

**دلیل ششم - ارتکاز متشرعه مبنی بر عدم جواز تغسیل هر یک از زوجین توسط دیگری**

این ارتکاز برآمده از مدلول روایاتی است که دلالت بر تغسیل حضرت زهرا علیها السلام توسط امیرالمؤمنین علیه السلام دارند. هرچند که این ادله خاص بوده و قابل تعمیم در حکم، نیستند؛ اما از ارتکاز متشرعه در مدلول آن‌ها برای اثبات انقطاع علقه زوجیت با وفات، استدلال می‌کنیم. شیخ صدوق از مفضل بن حجر روایت کرده، که از امام صادق پرسیده: «چه کسی حضرت فاطمه علیها السلام را غسل داد؟ فرمود: امیرالمؤمنین. فرد سؤال‌کننده تعجب کرد، امام فرمود: مگر نمی‌دانی که حضرت زهرا صدیقه بود و صدیقه را غیر از صدیق، غسل نمی‌کند.» (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج. ۲، ص. ۵۳۰).

همچنین محقق بحرانی در استدلال به این غسل می‌گوید: «برخی دست‌خطی یافتند به خط شیخ محمدبن علی الجبعی که نقل می‌کرد از دست‌خط شهید (احتمالاً شهید ثانی) که نوشته بوده: زمانی که امیرالمؤمنین، فاطمه را غسل داد، ابن عباس با تعجب از ایشان پرسید: آیا فاطمه را غسل دادی؟ امیرالمؤمنین فرمود: آیا سخن پیامبر را نشنیده‌ای که فرمود: و فاطمه، همسر تو در دنیا و آخرت است. شهید می‌گوید: تعجب ابن عباس از تغسیل زهرای مرضیه توسط امیرالمؤمنین علیهما السلام و سؤال درباره آن، دلالت بر نوعی ارتکاز متشرعه، مبنی بر انقطاع علقه زوجیت با وفات می‌کند و برای زوج تغسیل جایز نیست» (بحرانی، ۱۳۷۹، ج. ۳، ص. ۴۰۰). همچنین در مصباح الفقیه نیز آمده: «بله، شاید از این روایت، منع تغسیل مستفاد شود؛ چراکه این تغسیل برخلاف متعارف بوده و کسی جز در موارد اضطراری این کار را نمی‌کند و به همین علت سینه سؤال‌کننده تنگ شده.» (همدانی نجفی، ۱۳۷۶، ج. ۷، ص. ۳۵۶).

همان‌گونه که در روایات بالا اشاره شد، شخص سؤال‌کننده از تغسیل حضرت زهرا توسط امیرالمؤمنین علیهما السلام تعجب می‌کند، یعنی علم به این داشته که غسل جایز نیست و همین مطلب، نشان‌دهنده ارتکاز عدم جواز تغسیل هر یک از زوجین دیگری را بعد از وفات، و نهایتاً انقطاع علقه زوجیت با وفات است.

**۲-۱. مناقشه در استدلال‌های شش‌گانه فوق‌الذکر****رد استدلال اول**

مناقشه در بخش اول استدلال: اینکه گفته شده «ازدواج» علاقه و رابطه میان دو «انسان» است و هر کس بمیرد، «جماد» می‌شود و زوجیت برای جماد، معنا ندارد، مخدوش است؛ به دو دلیل:

الف - عرف حیات را از عوارض انسان می‌داند: استدلال اولی از لحاظ علمی صحیح است، ولی از نظر عرفی، خیر. از نظر عرف، «حیات» از عوارض انسان است، نه از مقومات صدق این عنوان بر او. بنابراین «میت» نیز یک انسان شمرده می‌شود، اگرچه زنده نیست و مردم او را مانند سایر جمادات نمی‌بینند. بنابراین با مرگ زوج، شایسته نیست در انسانیت او شک کنیم. اگرچه شک در بقای زوجیت، از جهت اینکه احتمال دخالت حیات در بقای زوجیت وجود دارد، باقی است.

ب - زوجیت به‌نحو اعتباری باقی است:

ادعا شده عرف، زوجیت را با مرگ کاملاً زایل نمی‌داند، بلکه آن را مانند رابطه بنوت باقی می‌داند، با این تفاوت که بنوت تکوینی و زوجیت اعتباری است. آیت‌الله سید محمدرضا سیستانی در تأیید این مطلب اشکال تقضی مطرح می‌کند: اگر مرگ موجب زوال عنوان شود، چگونه نجاست سگ پس از مرگ باقی می‌ماند، با اینکه موضوع حکم عنوان «کلب» است؟ این امر نشان می‌دهد عنوان عرفی با مرگ زایل نمی‌شود (سیستانی، ۱۴۲۸، ص. ۵۱۰). همچنین در ادله نجاست میته نیز عنوان موت مربوط به اجزای دارای روح است، نه فاقد آن (یزدی، ۱۴۰۷، ج. ۱، ص. ۴۶۱). بنابراین استناد به زوال عنوان انسان برای اثبات انقطاع زوجیت ناتمام است (سیستانی، ۱۴۲۸، ص. ۵۱۱).

مناقشه در بخش دوم استدلال (تقریب مرحوم خویی): در مورد تقریب فوق‌الذکر در باب «وفات» که نظیر تقریب آیت‌الله خویی در باب طلاق، آورده شد، از آن‌چه بیان شد عدم تمامیت تقریب، در خصوص «ماقبل وفات» معلوم شد، و در مورد «مابعد وفات» نیز، این تقریب مبتنی بر عدم اطلاق عقلایی است که این همان اول کلام است.

#### رد/ استدلال دوم:

الف) مناقشه در استدلال به «عدم جواز نظر»:

دسته اول روایات - روایاتی که نهی از نظر می‌کنند، مانند صحیح‌ه حلبی عن ابی‌عبدالله علیه‌السلام: «قال سئل عن الرجل یغسل امرأته، قال: نعم، من وراء الثوب، لاینظر الی شعرها و لا الی شیء منها، وأمرأه تغسل زوجها لانه اذا ماتت كانت فی عده منه. و اذا ماتتهی فقد انقضت عدتها» (نوری، ۱۴۰۸، باب ۲۴ در ابواب غسل میت، ج. ۱۱؛ طوسی، ۱۳۶۴، ج. ۱، صص. ۴۴۰ و ۴۴۱؛ طوسی، ۱۳۶۳، ج. ۱، ص. ۲۰۰).

دسته دوم روایات - روایاتی که نظر را جایز می‌دانند: گروه دیگری از روایات، نظر زوج و زوجه بعد از فوت را به بدن دیگری، جایز می‌دانند، مانند دو روایت صحیح‌ه محمدبن مسلم «قال: سالت ابا جعفر، عن امرأه توفیت ایصلح لزوجها أن ینظر الی وجهها و راسها؟ قال: نعم» (نوری، ۱۴۰۸، ج. ۲، ص. ۷۱۵). و صحیح‌ه عبدالله بن سنان، «قال: سالت ابا عبدالله عن رجل: ایصلح انظر الی امرأه حین تموت أو یغسلها، ان لم یکن عندها من یغسلها؟ و عن امرأه هل تنظر الی مثل ذلک من زوجها، حین تموت؟ فقال: لا بأس بذلک. انما یفعل ذلک اهل المرأه کراهیه أن ینظر زوجها الی شیء یکرهنه منها» (نوری، ۱۴۰۸، ج. ۲، ص. ۷۱۳).

#### راه‌حل‌های سه‌گانه در حل تعارض روایات نظر:

راه‌حل اول - اخبار نهی از نظر را حمل بر کراهت می‌کنیم: دو روایت فوق‌الذکر را با هم جمع، و روایت «نهی از نظر» را حمل بر کراهت می‌کنیم؛ و قرینه این جمع نیز علتی است که در ذیل صحیح‌ه کنانی<sup>۱</sup> آمده

۱. در متن روایت کنانی آمده «لا نظری الی عورتها» که بعید نیست که جمله حشو باشد، زیرا بعد از تغسیل از روی لباس که ظاهراً به منظور پرهیز از نظر به مطلق بدن است، جایی برای این جمله نمی‌ماند و مؤید این سخن خبر ابن ابی‌نصر (نوری، ۱۴۰۸، ج. ۲، ص. ۷۱۵، ح. ۷) است که در الفاظ با روایت کنانی یکسان است، ولی این جمله فوق‌الذکر را ندارد (سیستانی، ۱۴۲۸، ص. ۵۱۰).

است: «و تغسله امراته اذا مات، و المرأه اذا ماتت لیست بمنزله رجل؛ المرأه أسوا منظرا اذا ماتت.» (نوری، ۱۴۰۸، ج. ۲، ص. ۷۱۶، ح. ۱۲). از این جا دانسته می‌شود که امر به تغسیل زوجه از روی لباس، تعدی نیست، بلکه مولوی بوده، زیرا زن بعد از مرگش تکویناً و طبیعتاً زشت می‌شود.

راه حل دوم - عدم جواز نظر باعث ایجاد اشکال نقضی می‌شود: حتی اگر فرض کنیم که نگاه و نظر شوهر به همسر متوفی خویش، حرام است، باز هم احتمال نمی‌رود که این حرمت به واسطه انقطاع علقه زوجیت بعد از مرگ یکی از زوجین باشد؛ چراکه این سخن، مقتضی عدم جواز لمس است. درحالی که «تغسیل» طبق ادله تا ابد جایز و عادتاً بر «لمس» استوار است. درحالی که در برخی از نصوص، از جمله صحیحه حلبی آمده: «ان المرأه اذا ماتت یدخل زوجها یده تحت فمیصها، فیغسلها» (نوری، ۱۴۰۸، ج. ۲، ص. ۷۱۴، ح. ۳ و ۵) بدون آنکه اشاره کند به لزوم استفاده از لیف یا چیزی شبیه آن، برای پرهیز از لمس زوجه متوفی. این روایت به وضوح، بر جواز لمس زوجه متوفی، دلالت می‌کند؛ بنابراین شایسته است که صحیحه کنانی را که ظاهر بر لزوم «پرهیز از لمس در حین تغسیل است»، حمل بر افضلیت کنیم.

راه حل سوم - التزام به این استدلال باعث تناقض در حکم، در زمان عده می‌شود: اگر صحیحه حلبی را به خاطر نهی از نظر و نگاه کردن زوج به زوجه دال بر انقطاع علقه زوجیت با فوت یکی از زوجین، بدانیم، با این استدلال، «جواز نظر زوجه به زوج» ذیل صحیحه حلبی را نمی‌توانیم توجیه کنیم؟ نمی‌توانیم طبق صدر صحیحه، بقای علقه زوجیت در زمان عده و طبق ذیل روایت، انحلال علقه زوجیت در زمان عده را توجیه کنیم و محال است که در یک بازه زمانی خاص - زمان بین وفات تا انقضای عده - هم علقه زوجیت باقی باشد و هم نباشد. حاصل آنکه در روایات چیزی که حاکی از عدم جواز نظر یا عدم جواز لمس بدون شهود باشد، نیافتیم؛ اطلاق دو صحیحه فوق‌الذکر یعنی صحیحه محمد بن مسلم و عبدالله بن سنان، نیز ظهور در «جواز نظر و لمس با شهود» دارد.

ب) مناقشه در استدلال به «حرمت و طء میت»: ظاهر آنکه جمعی از فقیهان آن را تحریم کرده و حتی ادعای اجماع بر آن شده است (نجفی، ۱۳۶۲، ص. ۶۶۱). حال آنکه اگر بر حرمت مقاربت، دلیل خاص نیز می‌داشتیم، باز هم امکان نداشت که از آن به عنوان حجت بر انتفای علقه زوجیت، استفاده کنیم، و اگر هم، حرمت مقاربت را مبتنی بر انقطاع علقه بدانیم، این خودش اول کلام است.

#### رد استدلال سوم:

الف) موضوع وجوب نفقه، تمکین زوجه است: سقوط نفقه به واسطه وفات زوج، دلالت بر انتفای علقه زوجیت نمی‌کند؛ همان‌گونه که سقوط آن با نشوز، بیانگر انقطاع علقه نیست. موضوع وجوب نفقه، «تمکین زوجه» است، فلذا با مرگ یا نشوز زوجه، «تمکین زوجه» و به تبع آن وجوب نفقه منتهی می‌شود.

ب) وجود برخی اخبار متعارض با اخبار دال بر ثبوت نفقه: برخی از نصوص دلالت بر عدم سقوط نفقه می‌کنند، مانند: معتبره محمد بن مسلم از یکی از دو امام علیهما السلام: «قال: المتوفی عنها زوجها، ینفق علیها من ماله.»

**رد استدلال چهارم:**

الف) حرمت جمع بین دو خواهر، مربوط به زمان حیات است: آن چه از اقتضای ادله به دست می آید، آن است که، جمع دو خواهر یا جمع پنج زوجه در نکاح، در «زمان حیات» ممنوع است، فلذا با فرض بقای زوجیت نیز، دلیلی بر منع نکاح با همسر پنجم یا خواهر زن، بعد از مرگ، وجود ندارد. عجیب آنکه برخی از افراد از این مطلب در استدلال انتقای علقه زوجیت بعد از مرگ یکی از زوجین استفاده می کنند؟

ب) وجود اخباری دال بر حرمت ازدواج با همسر عقدی پنجم تا قبل از انقضای عده: در استدلال چهارم اشکال می شود به این نحو که، در مقابل روایاتی که دلالت بر جواز ازدواج با همسر پنجم بلافاصله بعد از مرگ همسر چهارم دارند، برخی از نصوص بر عدم جواز ازدواج با همسر پنجم دلالت می کنند مگر بعد از انقضای عده: در مؤثقه عمار آمده: «قال ابا عبدالله علیه السلام: عن رجل یكون له أربع نسوة، فتموت احداهن. فهل یحل له أن یتزوج أخرى مکانها؟ قال: لا، حتی تأتی علیها أربعة أشهر وعشر.» (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج. ۱۴، ص. ۴۰۱، ح. ۵). این روایت به دو سند از امام صادق علیه السلام وجود دارد که یکی منقول از عمار است و دیگری منقول از ابو جعفر. در روایت عمار آمده که: ازدواج نکند تا پایان عده. ولی در روایت ابو جعفر آمده: ازدواج در اثنای عده جایز است. صاحب وسایل فرموده که شیخ طوسی، روایت عمار را حمل بر استحباب کرده، زیرا با فوت زوجه، زوج بلافاصله می تواند زوجه دیگری اختیار کند (الشمی، ۲۰۲۱، ص. ۸۰).

**رد استدلال پنجم (جواز ازدواج مجدد زن بیوه، با مرد دیگری بعد از انقضای عده):**

اگر ممنوعیت این مورد، ثابت نشود، مستلزم آن خواهد بود که، زن در عصمت زوجیت دو مرد زنده در زمان واحد (از عده به بعد) خواهد بود. و همان طور که از برخی روایات (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج. ۱۴، ص. ۳۹۸، ح. ۲) برمی آید، حکمتش، آن است که مشخص نمی شود که فرزند حاصله، متعلق به کدام شوهر است؛ چرا که دو شوهر مشترکاً در نکاح یک زن بوده اند. چگونه می توان برای اثبات انقطاع علقه زوجیت بعد از وفات، به این دلیل استناد کرد؟

**رد استدلال ششم، مبنی بر وجود ارتکاز متسرعه بر عدم جواز تغسیل:**

در این جا تعجب راوی، کاشف از علم راوی به حرمت تغسیل نیست، بلکه کاشف از عظمت مقام رفیع حضرت زهرا ی مرضیه علیها السلام است که عظمت ایشان تا چه حدی است که، تغسیل ایشان توسط امیرالمؤمنین انجام می گیرد (خوبی، ۱۴۰۷، ص. ۳۴۲). امیرالمؤمنین علیه السلام غسل نبوده اند و تغسیل ایشان، از باب «لایمسه الا المطهرون» بوده، نه به خاطر اضطرار (همدانی نجفی، ۱۳۷۶، ج. ۵، ص. ۳۵۶). بنابراین حتی دلالتی بر کراهت ندارد، چه رسد به حرمت (خوبی، ۱۴۰۷، ص. ۳۴۲). از طرفی در این جا با موردی ویژه و خاصی روبه رو هستیم که نمی توانیم از آن استنباط حکم عام داشته باشیم، چرا که طبق نظر مشهور فقیهان امامیه، تغسیل هر یک از زوجین دیگری را بعد از وفات، مطلقاً جایز است (خواه در دوران عده و خواه بعد از عده). حداکثر آن که، اگر فرضاً از این ارتکاز، حکم به ممنوعیت تغسیل متوفی توسط همسر کنیم،

باز هم دلیل انقطاع علقه زوجیت بعد مرگ نیست، بلکه ورود نص است که تعبداً باید آن را پذیرفت (محسنی، ۱۴۲۶، ج. ۱، ص. ۹۶؛ مصطفی اشرفی شاهرودی، درس خارج فقه به تاریخ ۹۲/۲/۲۰). نتیجه: همان‌گونه که به تفصیل بیان شد، برخی فقیهانی که مرگ را موجب انحلال علقه زوجیت می‌دانند، برای مدعای خویش از میان نصوص، ادله شش‌گانه‌ای آوردند که البته همگی قابل مناقشه بوده و هیچ‌کدام تمام نبودند؛ که پاسخ به هر کدام از آن‌ها به تفصیل گذشت.

## ۲- بقای علقه زوجیت تا انقضای عده زوجیه

برخی فقیهان، از جمله مرحوم صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۶۲، ج. ۱۴، ص. ۶۶۱)، انحلال علقه زوجیت بالمره و یکباره را رد کرده و آن را منوط به انقضای علقه زوجیت برای زن (و تا پایان انقضای عده مرد در صورت ثبوت) دانسته و در این راه به اخبار تمسک کرده‌اند. مرحوم همدانی این اخبار را مستفیض بلکه متواتر می‌داند (همدانی نجفی، ۱۳۷۶، ج. ۵، ص. ۳۵۶). علامه جعفری به اخباری که شروع عده وفات را از زمان وصول خبر فوت شوهر به زن می‌دانند، برای بقای علقه زوجیت تا انتهای انقضای عده تمسک کرده و این روایات را مستفیض می‌دانند (جعفری، ۱۳۷۷، استفتائات باروری‌های پسامرگ).

مرحوم محقق خوبی با توجه به تعلیل موجود در متن برخی روایات مربوط به جواز تغسیل زوجه توسط زوج و تمسک به عبارت «بأنها منه فی عده»، صراحتاً تداوم علقه زوجیت پس از وفات یک از زوجین را تأیید می‌فرماید (خوبی، ۱۴۰۷، ج. ۸، ص. ۱۲۲).<sup>۱</sup> البته ایشان در جایی دیگر، در جواب از اشکال - اطاله زمان، باعث انقطاع علقه زوجیت عرفاً می‌شود - علقه زوجیت را با مرگ یکی از زوجین، منحل می‌دانند که البته با سخن قبلی ایشان تعارض دارد (خوبی، ۱۴۰۷، ج. ۸، ص. ۱۲۷).<sup>۲</sup>

## ۱.۲- ادله بقای زوجیت تا انقضای عده وفات زوجه

### دلیل اول - وجود عبارت تعلیلی «أنها منه فی عده» در برخی اخبار

بخش اول استدلال: بررسی عبارت تعلیلیه در صحیحه حلبی: «صحیحه حلبی عن ابی عبدالله علیه السلام: قال: سیل عن الرجل یغسل امرأته، قال: نعم، من وراء الثوب، لاینظر الی شعرها و لا الی شیء منها، و المرأه تغسل زوجها لانه اذا ماتت، كانت فی عده منه، و اذا ماتت هی، فقد انقضت عدتها.» (حر عاملی، ۱۴۱۶، باب ۲۴، ابواب غسل میت، ج. ۱۱؛ طوسی، ۱۳۶۴، ج. ۱، ص. ۴۴۰؛ طوسی، ۱۳۶۳، ج. ۱، ص. ۲۰۰). برخی در مورد صحیحه حلبی می‌فرمایند: از جواز تغسیل از روی لباس، عدم انقطاع علقه زوجیت بالمره استفاده می‌شود زیرا اگر با مرگ، فوراً اجنبی می‌شد، مطلقاً غسل جایز نبود ولو از روی لباس (طوسی، ۱۳۶۳، ج. ۱، ص. ۲۰۰).

۱. «علی أن الاخبار الوارد فی جواز تغسیل الزوجه زوجها، معلله بأنها منه فی عده، صریحه الدلاله علی بقاء العلقه الزوجیه».

۲. «ان علقه الزوجیه انما تنقطع بالموت عرفاً، لا بانقضاء عده. و العده، انما هی حکم شرعی تعبدی، انما جعلت لتجلیلا للمیت و احتراماً له؛ لا لبقاء علقه الزوجیه. اذ لا معنی اعتبار الزوجیت للجماد الأدی منه المیت».

همچنین، ایشان در جای دیگر می‌فرمایند: در صحیحۀ حلبی، ظاهراً معلول «حرمت نظر» و «وجوب غسل از روی لباس» است درحالی‌که نصاً و اجماعاً تغسیل یکی از زوجین توسط دیگری، جایز است، و ناچار باید ظاهر حدیث را به تأویل ببریم و به اهلش بسپاریم. و آن‌چه اجمالاً از این صحیحۀ برداشت می‌شود، اینکه: به‌خاطر وجود علت - معتده بودن زن - حکم به بقای رابطۀ زوجیت برای زن می‌شود.

لکن این علت برای مرد وجود ندارد بنابراین حکم نیز برایش منتفی است؛ یعنی با مرگ زوجه، زوج به او نامحرم می‌شود، که تأویل این حدیث را باید به اهلش سپرد. «وَأَمَّا صَحِيحَةُ الْحَلْبِيِّ فَظَاهِرُهَا كَوْنُ الْمَعْلُولِ حَرَمَةَ النَّظَرِ وَوَجُوبُ كَوْنِ الْغَسْلِ مِنْ وَرَاءِ الثَّوْبِ، لَا حَرَمَةَ الْغَسْلِ مِنْ حَيْثُ هُوَ كَمَا عَرَفْتَ وَعَلِمْتَ أَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ ارْتِكَابِ التَّأْوِيلِ فِي هَذَا الظَّاهِرِ وَالْحَاصِلُ: أَنَّ هَذِهِ الْعِلَّةَ مِمَّا لَا يُمْكِنُنَا تَعَقُّلَهُ، بَلْ عَلَيْنَا رَدَّ عِلْمِهَا إِلَى أَهْلِهَا، لَكِنْ مَعَ ذَلِكَ يَسْتَفَادُ مِنْهَا إِجْمَالًا اسْتِفَادَةٌ غَيْرَ قَابِلَةٍ لِلتَّشْكِيكِ أَنَّ الْحُكْمَ الْمُثَبَّتَ لِلزَّوْجَةِ بِوُجُودِ الْعِلَّةِ عَيْنَ الْحُكْمِ الْمُنْفِيِّ مِنْ طَرَفِ الزَّوْجِ بِفَقْدِهَا» (همدانی نجفی، ۱۳۶۷، ج. ۵، ص. ۷۵).

از منظر مرحوم محقق خوبی: ایشان می‌فرمایند: اینکه حکم شده که شوهر بعد از فوت همسرش لازم نیست عده نگه دارد، به این معنا نیست که دفعتاً، علقۀ زوجیت بینشان مطلقاً منقطع شود. وگرنه، زوج و زوجه نسبت به هم اجنبی و غریبه محسوب می‌شدند و، جواز تغسیل زوجه از روی پیراهن و لباس را نداشت (همان‌طور که در روایات آمده است)؛ زیرا جایز نیست اجنبی، اجنبیۀ را حتی از روی لباس بشوید. از سوی دیگر، این روایات دلالت بر بقای علقۀ زوجیت از جهتی دیگر نیز می‌کند، که همان «جواز نظر» به بخش‌هایی از اندام زن است که برای غیر از شوهر و محارم زن، نظر به آن‌ها جایز نیست. چراکه «قمیص» و «درع» که در روایت آمده، از شانه تا زانو یا ساق پا را می‌پوشاند و سر و گردن، آرنج تا نوک انگشتان دست و همچنین ساق پا، همگی مکشوفه باقی می‌ماند، فلذا اگر زوج، محرم نباشد، چگونه جایز است به آن‌ها نگاه کند. «ان ما دل علی أن الزوج لیس فی عده من زوجته لابد من أن یحمل علی أنه لیس فی عده منها بمرتبه، لا أن العلقه الزوجیه منقطعۀ بینهما مطلقاً، و الا فلو كان الزوج أجنبیا عن زوجته بالمره فكیف ساع أن یغسلها من فوق الثیاب و الدرع - كما فی الاخبار - لأن الأجنبی لا یجوز أن یغسل الأجنبیة و لو من فوق الثیاب، بل ان هذه الأخبار دالة علی بقاء العلقه الزوجیه من جهة الأخری أيضا و هی دلالتها علی جواز النظر ألی ما لا یحل النظر الیه لغير الزوج و المحارم، لأن القمیص و الدرع أنما یستران من فوق المنكب الی الركبة أو الی الرجل و یبقی الرأس و الرقبه مكشوفین وكذا تبقى یدها من الذراع الی آخر كفها و كذا رجلاها مكشوفه، فكیف جاز له النظر ألیها لو لم تكن زوجة له.» (خوبی، ۱۴۰۷، ص. ۱۲۰ با اندکی تصرف).

با توجه به مطالب متقدم می‌توان گفت: تغسیل مشروط به «از روی لباس» (نعم، من وراء الثوب)، حمل بر استحباب می‌شود، زیرا ادله غسل اطلاق دارد (کتاب الطهاره، ص. ۲۳۸) و شرط «من وراء الثوب» شرط تعبدی نیست، بلکه شرط کمال غسل است، نه صحت غسل (درحالی‌که شیخ در الاستبصار و المسالك، ستر عورت در تغسیل را، شرط تعبدی دانسته [همدانی نجفی، ۱۳۷۶، ج. ۵، ص. ۳۵۶] و شیخ طوسی نیز، تغسیل زوجه را بدون لباس، جایز ندانسته‌اند [طوسی، ۱۳۶۳، ج. ۱، ص. ۱۹۸]). البته مرحوم خوبی فرموده: «و ان كان الأحوط، اقتصار علی صورة فقد مماثل و كونه من وراء الثیاب» (خوبی، ۱۴۰۷، ص. ۳۲۵). عبارت «لا

بنظر الی شعرها»، نهی تنزیهی است نه تحریمی و حمل بر کراهت می‌شود، زیرا در صحیح‌های منصور بن حازم (یلقی علی عورتها خرقه)، عبدالله بن سنان و محمد بن مسلم، جواز نظر داریم؛ بنابراین صحیح‌ه حلبی را حمل بر کراهت می‌کنیم، اگرچه مخالف مقتضای تعلیل در حلبی است (همدانی نجفی، ۱۳۷۶، ج. ۵، ص. ۳۵۶). بخش دوم استدلال: بررسی عبارت تعلیلیه در صحیح‌ه زراره: «صحیح‌ه زراره عن ابی عبدالله علیه السلام فی رجل یموت و لیس معه النساء، قال: تغسله امراته لانه منه فی عده، و اذا ماتت لم یغسلها لانه لیس منها فی عده.» (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج. ۲، ص. ۷۱۶) و امثالهم.

از منظر صاحب مصباح الفقیه: ایشان «معتده بودن» را علت برای «بقای علقه زوجیت (معلول / حکم)» می‌داند که با مرگ زن، حکم منتفی به انتفای علت می‌شود؛ به این معنا که با مرگ زوج، زوجه در عده وفات بوده و همین معتده بودن، علت بقای علقه زوجیت است و عبارت «تغسله امراته لانه منه فی عده» که مشعر به جواز تغسیل زوج توسط زوجه است، مؤید همین مطلب است. لکن از آن‌جایی که مرد به حسب روایات بعد از مرگ همسرش، لازم نیست عده نگه دارد، علقه زوجیت بین او و همسرش با مرگ همسرش، پاره می‌شود؛ یعنی با انتفای علت، معلول (علقه زوجیت) منتفی می‌شود. عبارت «و اذا ماتت لم یغسلها لانه لیس منها فی عده» مؤید همین معناست «انّ مفادهما - علی ما تقتضیه العله المنصوصه - انّما هو کون حکم المرأة عند انقضاء عدتها حکم الرجل عند موت زوجته، فانّهما صریحان فی انتفاء الحكم المعلق له عند موت الزوجة بانتفاء علته، وهی کونها معتده.» (همدانی نجفی، ۱۳۷۶، ج. ۵، ص. ۳۵۶).

از منظر صاحب کشف اللثام: فاضل هندی نیز همین نظر را تأیید کرده، که عده در این رابطه نقش موضوعی دارد و اگر در عده باشد حکم زوجیت ممکن است و اگر خارج از عده باشد اصلاً زمینه ندارد؛ مخصوصاً آمده که اگر از عده خارج شده باشد و شوهر جدیدی اختیار کند، اگر زوجیت باقی باشد، تعدد زوجیت برای زوجه می‌شود که خلاف ضرورت فقهی است (فاضل هندی، ۱۴۰۵).

از منظر مرحوم محقق خویی: ایشان می‌فرمایند در روایات، علت جواز تغسیل زوج توسط زوجه، حضور زوجه در اثنا عده، بیان شده است که این حضور، صراحتاً دلالت بر بقای علقه زوجیت پس از وفات دارد: «ان الأخبار الواردة فی جواز تغسیل الزوجه زوجها معلله بأنّها منه فی عده صریحه الدلالة علی بقاء العلقه الزوجیه بینهما» (خویی، ۱۴۰۷، ص. ۳۲۵). همچنین در جای دیگر در ذیل تعلیل صحیح‌ه زراره، می‌فرماید روایات زیادی وجود دارند که دلالت بر جواز تغسیل می‌کنند و بعضاً شامل این تعلیل «و اذا ماتت لم یغسلها، لانه لیس منها فی عده» و عبارت تعلیلیه «مما یکرهه اهل الزوجه» (خویی، ۱۴۰۷، ص. ۳۲۵)<sup>۱</sup> می‌شوند؛ بنابراین تعلیل در این روایت، تعلیل به امر خارجی است، نه عدم جواز تغسیل و دلالت بر عدم جواز شرعاً نمی‌کند. چگونه ممکن است نهی از تغسیل کند در حالی که زن و شوهر احق نسبت به یکدیگرند؟

بخش سوم استدلال: جمع میان دو روایت: با توجه به مطالب مذکور، و از آنجاکه سند روایت صحیح و معتبر است، جمع بین دو روایت می‌کنیم به این نحو که: ۱- نهی از تغسیل در عبارت «و اذا ماتت لم یغسلها»

۱. نهی ارشادی است و نه تبدیلی، زیرا نهی به خاطر یک امر تکوینی (زشت‌شدن صورت زن بعد از مرگ) است که امر خارجی است و تعلیل شرعی نیست.

بیانگر حرمت تغسیل، اختیاراً یا بدون لباس و پوشش است یا کراهت تغسیل. ۲- این روایت را حمل بر تقیه کنیم به خاطر موافقت آن با عامه و ابوحنیفه (همدانی نجفی، ۱۳۷۶، ج. ۵، ص. ۷۵). «فالمعلول فی صحیحة زرارة أما حرمة التغسیل اختیاراً أو مجرداً عن الثیاب لا مطلقاً؛ أو کراهته كما هو الأقوی علی ما عرفت تفصیله فیما سبق، أو أنّ الصحیحة - مع ما فیها من التعلیل - جاریة مجری التقیة حیث حکى القول بمضمونها عن أبی حنیفة» (سمرقندی، ۱۴۱۹، ج. ۱، ص. ۲۴۱؛ رافعی قزوینی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۴۰۳؛ نووی، بی تا، ج. ۵، ص. ۱۵۰؛ ابن قدامه مقدسی، بی تا، ج. ۲، ص. ۳۱۱).

نتیجه: حاصل آنکه با توجه به تعلیل وارد شده در هر دو روایت، بودن در عده، علت بقای رابطه زوجیت است. و با مرگ شوهر، زن در عده او باقی است تا ۴ ماه و ۱۰ روز، و در این مدت علقه زوجیت وجود دارد. اما اگر زن فوت کند از آن جایی که عده ندارد، پس مرد در علقه زوجیت نیست و بعد از انقضای عده نیز هر دو از علقه زوجیت یکدیگر کاملاً خارج می شوند. «فالصحیحان تدلان بالصرحة علی مشاركة الزوجة بعد انقضاء عدتها مع الزوج فی الحكم المسبب.» (همدانی نجفی، ۱۳۷۶، ج. ۵، ص. ۷۵).

#### دلیل دوم - تعارض دلای صحیحه حلبی با موثقه عمار

«صحیحه حلبی عن ابی عبدالله علیه السلام: قال: سیل عن الرجل یغسل امرأته، قال: نعم، من وراء الثوب، لا یُنظر الی شعرها و لا الی شیء منها، و المرأة تغسل زوجها لانه اذا ماتت، كانت فی عده منه، واذا ماتت هی، فقد انقضت عدتها.» (حر عاملی، ۱۴۱۶، باب ۲۴، ابواب غسل میت، ج. ۱۱؛ طوسی، ۱۳۶۴، ج. ۱، ص. ۴۴۰؛ طوسی، ۱۳۶۳، ج. ۱، ص. ۲۰۰). «صحیحه زراره عن ابی عبدالله علیه السلام فی رجل یموت و لیس معه الا نساء، قال: تغسله امراته لانه منه فی عده، واذا ماتت لم یغسلها لانه لیس منها فی عده.» (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج. ۲، ص. ۷۱۶) و امثالهم، مبنی بر عدم لزوم عده بر مرد هنگام فوت همسرش، با مضمون موثقه عمار، مبنی بر ثبوت عده بر مرد، تعارض می کنند، بنابراین هیچ کدام صلاحیت نفی علقه زوجیت پس از فوت را ندارند.

#### دلیل سوم - روایت محمد بن مسلم

از ابا الحسن علی بن موسی الرضا علیه السلام: «قال: المتوفی عنها زوجها، تعدد حین یبلغها؛ لانها ترید أن تحد له» (طوسی، ۱۳۶۴، ج. ۸، ص. ۲۴۷).

از امام رضا علیه السلام در مورد مردی سؤال شد که در غربت مرده و خبر مرگش را الان به خانواده اش می رسانند. از چه زمانی عده نگه دارد؟ امام فرمودند: زنی که شوهرش فوت کرده، از زمان وصول خبر مرگ، عده نگه دارد و رعایت حد لازم است.

از منظر علامه محمدتقی جعفری: ایشان از این روایت و روایت ابی بصیر در ذیل، عدم انقطاع علقه زوجیت بالمره را استنباط کرده و می فرماید: «زوجه تا پایان عده وفات، تنزیلاً در حکم زوجه واقعی متوفی است؛ زیرا مطابق برخی روایات، ابتدای عده وفات از زمان وصول خبر مرگ شوهر شروع می شود» (جعفری تبریزی، ۱۳۷۷، ص. ۳۰۷).

از منظر صاحب مصباح الفقیه: ایشان نیز در عدم انقطاع علقه بالمهره، به این روایت استناد کرده (همدانی نجفی، ۱۳۷۶، ج. ۵، ص. ۳۵۶).

#### دلیل چهارم - موقفه (یا حسنه) ابراهیم بن عبدالحمید عن ابی بصیر

از ابوبصیر و دیگران منقول است که: از امام صادق علیه السلام پرسیدم: دو شاهد نزد زنی شهادت می‌دهند که شوهرش او را طلاق داده یا از دنیا رفته است. زن نیز با مرد دیگری ازدواج می‌کند. سپس شوهر اول بازمی‌گردد. چه حکمی دارد؟ فرمود: دو شاهد حد زده می‌شوند و بدین جهت که شوهر دوم را فریب داده‌اند، ضامن پرداخت مهریه به او هستند. سپس زن عده نگه می‌دارد و نزد شوهر اولش بازمی‌گردد (کلینی، ۱۳۶۷، ج. ۷، ص. ۳۸۵). «عن ابی عبدالله علیه السلام: فی امرأة شهدها شاهدان بأن زوجها مات فتزوجت ثم جاء زوجها الأول. قال: لها المهر بما استحل من فرجها الأخير و يضرب الشاهدان الحد و یضمنان المهر بما غرا الرجل ثم تعتد و ترجع الی زوجها الأول» (ابن بابویه، ۱۳۶۳، ج. ۳، ص. ۵۹). اینکه حضرت امر به بازگشت زن به شوهر اول خویش می‌فرمایند، می‌تواند مشعر به این معنا باشد که اخبار فوت یا طلاق، منحل‌کننده علقه زوجیت نمی‌گردد.

و همین موقفه با سند دیگر: «محمد بن اسماعیل عن الفضل بن شاذان و علی بن ابراهیم عن ابیه جمیعاً عن ابن ابی عمیر عن ابراهیم بن عبدالحمید عن ابی بصیر و غیره عن ابی عبدالله علیه السلام أنه قال: فی شاهدین شهدا علی امرأة بأن زوجها طلقها أو مات فتزوجت ثم جاء زوجها قال: یضربان الحد و یضمنان الصداق للزوج بما غراه ثم تعتد و ترجع الی زوجها الأول» (کلینی، ۱۴۰۷، ج. ۶، ص. ۱۵۰).

#### ۲-۲- مناقشه در ادله چهارگانه بقای علقه زوجیت تا انقضای عده:

رد استدلال اول، موسوم به نظریه محقق خوبی: در مورد افاضات مرحوم خوبی قدس سره باید گفت که: ترخیص زوج در تغسیل، نظر و نگاه کردن و لمس کردن همسر متوفی‌اش، دلالت بر بقای علقه زوجیت بین زوجین پس از فوت یکی از زوجین نمی‌کند؛ و این قبیل روایات فقط بیانگر یک حکم «تعبدی» صرف هستند، نه در مقام بیان بقای علقه زوجیت یا عدم آن.

رد استدلال دوم، مبتنی بر عبارت تعلیلیه: تعلیلی که در روایت به آن اشاره شده است و در کلام مرحوم خوبی نیز به آن استدلال شده «بأنها فی عده منه»، اقتضای بقای زوجیت در عده را ندارد و تنها هدفش توجه دادن به جواز نظر زن به شوهرش هنگام تغسیل است و نه بالعکس (همچنین در این تعلیل تفاوت زن و مرد، از جهت ثبوت عده بر زن بالعکس مرد، لحاظ شده است).

### ۳- بقای علقه زوجیت تا ابد<sup>۱</sup>

#### ۳-۱- ادله بقای زوجیت تا ابد

دلیل اول - عموم آیه حفظ فرج

عموم آیه حفظ فرج «و قل للمؤمنات یغضن من ابصارهن و یحفظن فروجهن» (نور، آیه ۳۱) که توسط مخصص منفصل «و الذین هم لفروجهم حافظون الا علی أزواجهم أو ما ملکت ایمانهم» (مؤمنون، آیات ۵-۷) تخصیص می‌خورد، بیانگر تداوم علقه زوجیت است، به این تقریب که: دلیل عام وارد شده و دلیل منفصل دیگری آن را تخصیص می‌زند؛ در معنای دلیل خاص شک می‌کنیم که آیا مقصود از «زوج» به‌طور مطلق است (اعم از حی و متوفی)، یا منظور «حی» به‌طور خاص است؟

در جواب باید بگوییم که در مخصص منفصل (برخلاف متصل)، دلیل عام در عموم ظهور یافته و تا وقتی تخصیصی بر آن وارد نشده، در تمام افراد خود حجت دارد تا وقتی که دلیل خاص منفصل وارد شده و پرده از اراده اصلی متکلم بردارد؛ بنابراین به‌دلیل عدم حجیت مراد متکلم که مشکوک و غیرمعین است، اجمال به عام سرایت نمی‌کند و این یعنی: «جواز تمسک به عام در شبهه مفهومیه مردد بین اقل و اکثر».

در مانحن فیه نیز، اطراف علم اجمالی مردد بین اقل و اکثر است:

الف) اقل (حی): نسبت به اقل، چون شک در اصل تخصیص وجود دارد، اصالت عموم جاری شده و شبهه را دفع می‌کند و حکم عام جاری می‌شود؛ یعنی «عدم لزوم حفظ فرج نسبت به زوج حی».

ب) اکثر (متوفی): نسبت به اکثر، عام از حجیت ساقط می‌شود، زیرا علم به تخصیص وجود دارد و تخصیص به نص یا اظهاری بر ظهور عام، مقدم است؛ بنابراین حکم عام جاری نمی‌شود. مرجعمان در اینجا، یا اصالت اطلاق است یا اصالت براءة؛ ولی ناچاریم به اصالت اطلاق که اصل لفظی است و مقدم بر اصل عملی (اصالت براءة) است، رجوع کنیم. فلذا حفظ فرج نسبت به زوج متوفی لازم نیست.

#### دلیل دوم - روایت ام سلمه

شیخ صدوق در الخصال و الأمالی از ام سلمه روایت کرده در مورد زنی که دو شوهر داشته و هر دو از دنیا رفته‌اند؛ و در جهان آخرت مختار است که هر یک از آن‌ها را برگزیند. وجود لفظ «تخیر» در متن روایت مذکور، مشعر به تداوم هر دو علقه زوجیت تا بعد از وفات است. «به اسناده عن موسی بن جعفر عن أبائه علیهم السلام: أن أم السلمة قالت: یا رسول الله! بأبی أنت و أمی، المرأة یکون لها زوجان فیموتون و یدخلون الجنة، لأیهما تكون؟ فقال: یا أم السلمة! تخیر أحسنهما خلقا و خیرهما لأهله. یا أم السلمة ان حسن الخلق ذهب بخیر الدنیا و الآخرة» (مجلسی، ۱۴۰۳، ج. ۸، ص. ۱۱۹).

۱. شهید اول، علقه زوجیت را بعد از انقضای عده طلاق رجعی، در مطلقه رجعیه، باقی می‌دانند. «المطلقة الرجعیه زوجه... ولا فرق بین الزوجه الحره و الامه والمدخول بها و غیرها. لاعبره بانقضاء عده المراه عندنا» (مکی عاملی، ۱۴۱۹، ج. ۱، ص. ۳۱۱).

**دلیل سوم - اطلاق لفظ زوج بر مرد بعد از فوت همسرش - و بالعکس برای زوجه - به وجه حقیقت**

با بررسی برخی روایات همچون «الزوج أحق بامرأته حتی یضعها فی قبرها» (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۷۱۵، ح ۹)، «المرأة اذا ماتت یدخل زوجها یده تحت قمیصها الی المرافق فیغسلها» (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۷۱۴، ح ۲)، «علی الزوج کفن امرأته اذا ماتت» (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۷۵۹، ح ۲) و همچنین هنگام اقامه نماز میت: «الزوج أحق بها من الأب و الولد» (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۸۱۶، ح ۲) از یک سو، و با در نظر گرفتن نظر عرفی از سوی دیگر، درمی یابیم که اطلاق لفظ «زوج» در آن‌ها به نحو حقیقت است نه مجاز (در مورد لفظ «زوجه» نیز همین مطلب وجود دارد؛ زیرا عرف به زنی که شوهرش مرده نیز «زوجه فلانی» اطلاق می کند، همان طور که شهید ثانی در مسالک الأفهام می فرماید: «یصدق علیها، انهما زوجه») (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۶، ص ۳۰۹).

**دلیل چهارم - عدم ثبوت «حد» برای تجاوز به متوفی، کاشف از بقای علقه زوجیت است**

عدم ثبوت «حد»، کاشف از بقای علقه زوجیت بعد از مرگ است (فاضل هندی، ۱۴۰۵، ص ۴۱۰). به بیان دیگر، اگر زوجه فوت کند و سپس شوهرش با او مواجهه و وطء نماید، تعزیر می شود. فلذا اگر این زن نسبت به شوهرش اجنبی و بیگانه بود و شأنش مانند شأن میتة اجنبیه باشد، صدق عنوان «زنا» می کرد، اگرچه واطی و متجاوز، شوهر سابقش بوده باشد. درحالی که این گونه نیست و بر فعل او نه «از نظر لغت» و نه «عرفاً» عنوان «زنا» صدق نمی کند، لکن شوهر تعزیر می شود به خاطر هتک حرمت میت (سیستانی، ۱۴۲۸، ص ۵۱۰). از منظر مرحوم خویی: در میان فقیهان، حضرت آیت الله خویی برای مقاربت با زوجه متوفی، «حد» را ثابت دانسته اند که ما از میان نصوص، دلیلی بر آن نیافتیم؛ و نصوص حد در مورد «زنا» با میت است (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج ۱۸، ص ۵۷۳) که نه لغتاً و نه عرفاً بر «وطء زوجه متوفی» صادق نیست. آن چنان که صاحب جواهر نیز آن را بیان کرده (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۱۴، ص ۶۶۱) و حتی شیخ در التهذیب، «تعزیر» را برای آن ثابت دانسته، نه حد را (طوسی، ۱۳۶۴، ج ۱۰، ص ۶۶).

از منظر مشهور فقیهان: فاضل هندی در مبحث وطء اموات می گوید: «اگر موطوء زوجه باشد، تعزیر می شود و حد ساقط است، همان طور که اکثراً حکم کرده اند؛ اما تعزیر می شود زیرا میت هتک حرمت شده» (فاضل هندی، ۱۴۰۵، ص ۴۱۰). آیت الله سیدمحمد رضا سیستانی نیز «تعزیر» را ثابت دانسته اند (سیستانی، ۱۴۲۸، ص ۵۱۳). همچنین ابن ادریس می گوید: «فان كانت الموطوءة زوجة أو أمته وجب علیه التعزیر دون الحد، للشبهة الداخلة علیه فی ذلك» (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۶۷). آیت الله سبحانی می فرماید: «اما اگر این عمل قبیح و زشت را با همسر مرتکب شد، حد زنا به او جاری نمی شود، از این رو ناچاریم که تعزیر قائل بشویم، یعنی فرق بگذاریم بین اجنبیه و زوجه خودش؛ در اجنبیه، زنا واقعی محسوب می شود، ولی در اینجا با یک نوع تعدی از حدود الهی مواجه هستیم. پس اگر زوجه خودش باشد، زنا صدق نمی کند چون رابطه اش تا حدی محفوظ است، اما اگر زوجه نباشد، با زنا فرقی ندارد» (سبحانی، دروس خارج فقه، حدود و تعزیرات، ۱۳۹۰/۲/۱۴).

**دلیل پنجم - «عرف» نیازی به اعاده عقد نکاح، با فرض حیات مجدد نمی‌بیند**

یعنی اگر یکی از زوجین فوت کند و پس از گذشت مدتی، خداوند متعال او را دوباره زنده کند، عرف آن‌ها را همان همسران پیش از فوت می‌داند؛ یا مثلاً اگر دو نفر شهادت دهند که شخصی مرده، بعداً آن شخص پیدا شود، احدی از علما قائل به تجدید عقد نیستند (سیستانی، ۱۴۲۸، ص. ۵۱۰).

دلیل ششم - اخبار جواز تغسیل هر یک از زوجین پس از مرگ توسط دیگری، تا ابد: جواز تغسیل هر یک از زوجین توسط دیگری - بعد وفات - تا ابد، کاشف از بقای علقه زوجیت بین آن دو تا ابد است.

**۳-۲- مناقشه در ادله شش گانه بقای علقه زوجیت تا ابد****رد استدلال اول، مستند به آیه حفظ فرج**

این استدلال صحیح است، البته به شرطی که اطلاق آیه منعقد شده باشد؛ درحالی که انعقاد اطلاق واضح نیست، زیرا:

اولاً: «حفظ فرج» یک عبارت کنایی است و در کنایه، اطلاق وجود ندارد.

ثانیاً: برای «حفظ فرج» دو معنا متصور هست: الف) حفظ فرج از طء و زنا ب) حفظ فرج به معنای حفظ عفت و حفظ فرج از نگاه نامحرم (راغب اصفهانی، ۱۴۲۲، ذیل عنوان عفت).

در اینجا با توجه به سیاق آیه «بغضضن من أبصارهن و یحفظن فروجهن»، حفظ فرج را در معنای دوم می‌گیریم یا حداقل در آن شک می‌کنیم؛ بنابراین به قدر متیقن از آن اکتفا می‌کنیم که همان لزوم حفظ فرج از کشف عورت از دیگران است. لذا آیه اصلاً ارتباطی به بحث ندارد.

**رد استدلال دوم، مستند به روایت ام سلمه**

استفاده مذکور از روایت ام سلمه محل مناقشه و حتی ممنوع است (سیستانی، ۱۴۲۸، ص. ۵۱۵).

**رد استدلال سوم (اطلاق لفظ زوج بعد از مرگ، به مرد - و بالعکس - به نحو حقیقت است)**

اینکه در استدلال گفته شده لفظ «زوج» در معنای «حقیقت» خویش استعمال شده، صحیح است و ما نیز قبول می‌کنیم که لفظ زوج در معنای حقیقی خود استعمال شده، لکن نه به خاطر ظاهر لسان روایات و نظر عرفی؛ زیرا همان‌طور که واضح است، استعمال لفظ «زوج» در روایات «اعم» است، همچنین روشن نیست که آیا عرف هنگام استعمال آن، متوجه استناد به آن بوده است یا نه؟

**رد استدلال چهارم مبنی بر انحلال علقه زوجیت مشروط به عدم حیات**

زوال علقه زوجیت با وفات، مشروط (شرط متأخر) به عدم بازگشت حیات به متوفی است و اگر حیات به متوفی بازگردد، کشف از عدم زوال زوجیت از ابتدا می‌کند و این غیر از مانحن‌فیه است.

به بیان دیگر ما قائل به بقای علقه زوجیت هستیم، مشروط بر آنکه متوفی مجدداً زنده شود و مفهوم این سخن آن است که زوال علقه زوجیت، منوط به عدم حیات مجدد است (مانند آنکه اگر شخصی فوت کند و ترکه وی میان ورثه‌اش تقسیم شود، سپس میت مجدداً زنده شود، ممکن است گفته شود انتقال ملکیت اموال

با وفات، مشروط به عدم حیات مجدد متوفی است. پس اگر مجدداً زنده شد، کاشف از عدم انتقال اموالش به وراثت و بطلان تقسیم ترکه است (سیستانی، ۱۴۲۸، ص. ۵۱۰).

#### رد استدلال پنجم و تمسک به روایات جواز تغسیل تا ابد

این روایات دلیل بقای زوجیت نیست، بلکه به خاطر وجود نص است که تعبداً باید آن را پذیرفت (سیستانی، ۱۴۲۸، ص. ۵۱۰).

### نظریه مختار

با بررسی هر سه نظریه، به نظر می‌رسد قول سوم اقوی باشد؛ اگرچه استدلال به آیه حفظ فرج - نه تنها مثبت مدعا نیست، بلکه بالعکس مشعر به انقطاع علقه پس از مرگ است - و روایت «ام سلمه» - دلالت آن در مسئله تام نیست - با محذور مواجه است، لکن استعمال لفظ «زوجه» به متوفی به نحو «حقیقت» و حل نقضی مسئله (ملازمه اشراط عدم اعاده متوفی با کشف انقطاع علقه زوجیت)، غیرقابل چشم‌پوشی بوده و بر قوت این نظر می‌افزاید. فلذا رابطه زوجیت (علقه زوجیت) با وفات یکی از طرفین، «منحل» نشده و تا ابد مستمر خواهد بود و اگر دلالت «ادله اجتهادی» را به سبب «اجمال» یا «اهمال»، «تام» و تمام ندانیم، ناگزیر به «ادله فقهی» رجوع کرده که در این مقام، مجرای اصل «استصحاب» و «برائت» بوده و اجمالاً مؤید همین معناست.

### نتیجه‌گیری

۱. مفاد «علقه زوجیت» این است که با انشای عقد نکاح میان زوجین، نوعی رابطه میان طرفین عقد، جعل و اعتبار می‌گردد که آثار شرعی خاصی همچون حق هم‌بستری، توالد، نفقه، توارث و غیره بر آن مترتب می‌گردد.  
 ۲. جهت بررسی فقهی آن به ادله اجتهادی (قرآن و روایات) و ادله فقهی (اصول) می‌توان استناد کرد که در این تحقیق، تنها به ادله اجتهادی به عنوان اصلی‌ترین منبع استنباط احکام شرعی اشاره می‌گردد.  
 ۳. همچنین این مسئله در بسیاری از مسائل مستحدثه پزشکی می‌تواند به عنوان یک اصل و راهنما و چارچوب فقهی عمل کند.

۴. ادله اجتهادی و روایات مربوطه را برحسب مدلولشان به سه بخش تقسیم می‌کنیم:

(۱) روایاتی که مدلولشان بیانگر انحلال علقه زوجیت به مجرد وفات است.

(۲) روایاتی که مدلولشان بیانگر بقای علقه زوجیت تا پایان عده برای زن (و پایان عده مرد، در صورتی که عده را طبق برخی روایات برای مرد ثابت بدانیم).

(۳) روایاتی که مدلولشان بیانگر بقای علقه زوجیت تا ابد است.

۵. به نظر می‌رسد بر اساس مجموع ادله، قول سوم اقوی باشد و رابطه زوجیت (علقه زوجیت) با وفات یکی از طرفین، «منحل» نشده و تا ابد تداوم داشته باشد و اگر دلالت «ادله اجتهادی» را به سبب «اجمال» یا «اهمال»، «تام» و تمام ندانیم ناچار به سراغ «ادله فقهی» رفته که در این مقام، مجرای اصل «استصحاب» و «برائت» است که اجمالاً مؤید همین معناست.

## منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد. (۱۴۱۰). السرائر. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- ابن بابویه، محمد بن علی. (۱۳۶۳). من لا یحضره الفقیه (تصحیح علی اکبر غفاری). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- بحرانی، یوسف بن محمد. (۱۳۷۹). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة (تحقیق عبدالعزیز طباطبایی و عبدالرزاق مرقم). قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- الشمري، حیدر حسین کاظم. (۲۰۲۱). الاخصاب الصناعي اللاحق. کربلا: جامعة کربلاء.
- جعفری تبریزی، محمدتقی. (۱۳۷۷). رسائل فقهی. تهران: مؤسسه نشر کرامت.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶). تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة (تحقیق محمدرضا حسینی جلالی). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.
- حسینی، سید شهاب الدین. (۲۰۰۵). التلقیح الصناعي بین العلم و الشریعة. بیروت: دارالعلم.
- خویی، ابوالقاسم. (۱۴۱۲). مصباح الفقاهة فی المعاطاة (تقریر محمدعلی توحیدی). بیروت: دارالهادی.
- خویی، ابوالقاسم. (۱۴۱۶). المسائل الشریعة. بیروت: دارالزهراء.
- خویی، ابوالقاسم. (۱۴۰۷). التنقیح فی شرح العروة الوثقی (تقریر علی غروی تبریزی). قم: لطفی.
- رافعی قزوینی، عبدالکریم بن محمد. (۱۴۱۷). العزیز شرح الوجیز (تحقیق علی محمد معوض و عادل احمد عبدال موجود). بیروت: دارالکتب العلمیة.
- سمرقندی، محمد بن احمد. (۱۴۱۹). تحفة الفقهاء (تحقیق محمد زکی عبدالبر و علی خفیف). قاهره: مکتبة دارالتراث.
- سیستانی، محمدرضا. (۱۴۲۸). وسائل الانجاب الصناعي. بیروت: دارالمؤرخ العربی.
- طباطبایی حکیم، سید محسن. (۱۳۷۴). مستمسک العروة الوثقی. قم: دارالتفسیر.
- طوسی، محمد بن حسن بن علی بن حسن. (۱۳۶۴). التهذیب (تحقیق حسن خراسان، علی آخوندی و محمد آخوندی). تهران: دارالکتب الاسلامیة.
- طوسی، محمد بن حسن بن علی بن حسن. (۱۳۶۳). الاستبصار (تحقیق حسن خراسان، علی آخوندی و محمد آخوندی). تهران: دارالکتب الاسلامیة.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۲۲). المفردات فی غریب القرآن (تحقیق محمد خلیل عبتانی). بی جا: دارالمعرفة.
- عاملی جعی، زین الدین بن علی بن احمد. (۱۴۱۳). مسالک الألفهام الی تنقیح شرائع الاسلام. قم: بنیاد معارف اسلامی.
- عاملی نبطی جزینی، محمد بن مکی بن احمد. (۱۴۱۹). ذکر الشیعة فی أحكام الشریعة (تحقیق جمعی از پژوهشگران). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- فاضل هندی، محمد بن حسن بن محمد اصفهانی. (۱۴۰۵). كشف اللثام و الاجهاف عن قواعد الأحكام. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- کلینی رازی، محمد بن یعقوب بن اسحاق. (۱۴۰۷). الکافی (تصحیح علی اکبر غفاری و محمد آخوندی). تهران: دارالکتب الاسلامیة.
- کلینی رازی، محمد بن یعقوب بن اسحاق. (۱۳۶۷). فروع الکافی (تصحیح علی اکبر غفاری و محمد آخوندی). تهران: دارالکتب الاسلامیة.
- مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۳). بحار الأنوار (تحقیق هدايت الله مسترحمی و دیگران). بیروت: دار احیاء التراث العربی.

- محسنی، محمدآصف. (۱۴۲۶). الفقه و المسائل الطیبة قم: بوستان کتاب، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- مقدسی، عبدالرحمن بن محمد بن ابن قدامه. (بی تا). الشرح الکبیر. بی جا: دارالکتب العربی.
- نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۲). جواهر الکلام فی شرح شراعی الاسلام (تحقیق عباس قوچانی). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نوی، یحیی بن شرف. (بی تا). المجموع شرح المذهب (تحقیق احمد بن علی بن ابن حجر عسقلانی، ابراهیم بن علی ابواسحاق شیرازی و عبدالکریم بن محمد رافعی قزوینی). بیروت: دارالفکر.
- نوری، حسین. (۱۴۰۸). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. بیروت: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.
- همدانی نجفی، رضا. (۱۳۷۶). مصباح الفقیه. قم: مؤسسه الجعفریة لاحیاء التراث.
- اشرفی شاهرودی، مصطفی. (۱۳۹۲، ۲۰ اردیبهشت). درس خارج فقه. مدرسه فقهت. [www.eshia.ir](http://www.eshia.ir)
- تبریزی، آیت الله. (بی تا). درس خارج فقه با عنوان «وطی میت». مدرسه فقهت. [www.eshia.ir](http://www.eshia.ir)
- گنجی، مهدی. (۱۳۹۴، ۲۸ بهمن). درس خارج فقه. مدرسه فقهت. [www.eshia.ir](http://www.eshia.ir)
- سبحانی، جعفر. (۱۳۹۶، ۲۳ دی). درس خارج فقه. مدرسه فقهت. [www.eshia.ir](http://www.eshia.ir)

## Reference

- Ibn Idrīs, Muḥammad b. Aḥmad. (1410 AH [1989/1990 CE]). *al-Sarā'ir* [The secrets]. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī.
- Ibn Bābawayh, Muḥammad b. 'Alī. (1363 SH [1984/1985 CE]). *Man lā yahḍuruḥu al-faqīh* [For one who has no jurist present] ('Alī Akbar Ghaffārī, Ed.). Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Bahrānī, Yūsuf b. Muḥammad, & Īrāvānī, Muḥammad Taqī. (1379 SH [2000/2001 CE]). *al-Ḥadā'iq al-nādira fī aḥkām al-'itra al-yāhira* [The radiant gardens concerning the rulings of the pure household] ('Abd al-'Azīz Tabātabā'ī & 'Abd al-Razzāq Muqarram, Eds.). Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī.
- al-Shammarī, Ḥaydar Ḥusayn Kāzīm. (2021). *al-Ikḥṣāb al-ṣinā'ī al-lāhiq* [Subsequent artificial fertilization]. Karbala: University of Karbala.
- Ja'farī Tabrīzī, Muḥammad Taqī. (1377 SH [1998/1999 CE]). *Risā'il-i fiqhī* [Jurisprudential treatises]. Tehran: Mu'assasat-i Nashr-i Karāmat.
- Ḥurr al-'Āmilī, Muḥammad b. Ḥasan. (1416 AH [1995/1996 CE]). *Tafṣīl Wasā'il al-shi'a ilā taḥṣīl masā'il al-sharī'a* [A detailed presentation of the means of the Shi'a for attaining the issues of the sharī'a] (Muḥammad Riḍā Ḥusaynī Jalālī, Ed.). Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt 'alayhim al-salām li-Iḥyā' al-Turāth.
- Ḥusaynī, Sayyid Shihāb al-Dīn. (2005). *al-Talqīh al-ṣinā'ī bayn al-'ilm wa-l-sharī'a* [Artificial insemination between science and Islamic law]. Beirut: Dār al-'Ilm.
- al-Khū'ī, Abū al-Qāsim. (1412 AH [1991/1992 CE]). *Miṣbāh al-fiqāha fī al-mu'āḥāt* [The lamp of jurisprudence on informal exchange] (Muḥammad 'Alī Tawḥīdī, Ed.). Beirut: Dār al-Hādī.
- al-Khū'ī, Abū al-Qāsim. (1416 AH [1995/1996 CE]). *al-Masā'il al-shar'iyya* [Legal rulings]. Beirut: Dār al-Zahrā'.
- al-Khū'ī, Abū al-Qāsim. (1407 AH [1986/1987 CE]). *al-Tanqīh fī sharḥ al-'Urwa al-wuthqā* [The refinement: A commentary on al-'Urwa al-wuthqā] ('Alī Gharawī Tabrīzī, Ed.). Qom: Luṭfī.
- al-Rāfi'ī al-Qazwīnī, 'Abd al-Karīm b. Muḥammad. (1417 AH [1996/1997 CE]). *al-'Azīz sharḥ al-Wajīz* [The eminent commentary on al-Wajīz] ('Alī Muḥammad

- Mu'awwad & 'Adil Ahmad 'Abd al-Mawjūd, Eds.). Beirut: Dār al-Kutub al-Ilmiyya.
- Samarqandī, Muḥammad b. Aḥmad. (1419 AH [1998/1999 CE]). *Tuḥfat al-fuqahā'* [The gift of the jurists] (Muḥammad Zakī 'Abd al-Barr & 'Alī Khafīf, Eds.). Cairo: Maktabat Dār al-Turāth.
- Sīstānī, Muḥammad Riḍā. (1428 AH [2007/2008 CE]). *Wasā'il al-injāb al-ṣinā'i* [Methods of artificial reproduction]. Beirut: Dār al-Mu'arrikh al-'Arabī.
- Ṭabāṭabā'i Ḥakīm, Sayyid Muḥsin. (1374 SH [1995/1996 CE]). *Mustamsak al-'Urwa al-wuṭḥqā'* [Commentary on *al-'Urwa al-wuṭḥqā'*]. Qom: Dār al-Tafsīr.
- Ṭūsī, Muḥammad b. al-Ḥasan b. 'Alī b. al-Ḥasan, known as Shaykh al-Tā'ifa. (1364 SH [1985/1986 CE]). *al-Tahdhīb* [The refinement] (Ḥasan Kharsān, 'Alī Ākhūndī, & Muḥammad Ākhūndī, Eds.). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- Ṭūsī, Muḥammad b. al-Ḥasan b. 'Alī b. al-Ḥasan. (1363 SH [1984/1985 CE]). *al-Istibṣār* [Seeking insight] (Ḥasan Kharsān, 'Alī Ākhūndī, & Muḥammad Ākhūndī, Eds.). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- Rāghib al-Iṣfahānī, Ḥusayn b. Muḥammad. (1422 AH [2001/2002 CE]). *al-Mufradāt fī ḡharīb al-Qur'ān* [Vocabulary of unusual Qur'ānic terms] (Muḥammad Khalīl 'Aytānī, Ed.). n.p.: Dār al-Ma'rifa.
- 'Āmilī al-Jubā'i, Zayn al-Dīn b. 'Alī b. Aḥmad. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Masālik al-afḥām ilā tanqīḥ Sharā'i' al-Islām* [Paths of understanding toward refining *Sharā'i' al-Islām*]. Qom: Bunyād-i Ma'ārif-i Islāmī.
- 'Āmilī al-Nabaṭī al-Jizzīnī, Muḥammad b. Makkī b. Aḥmad. (1419 AH [1998/1999 CE]). *Dhikrā al-shī'a fī aḥkām al-sharī'a* [A Shi'i memorial on the rulings of the sharī'a] (Research Group, Ed.). Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt 'alayhim al-salām.
- Fāḍil Hindī, Muḥammad b. Ḥasan b. Muḥammad al-Iṣfahānī. (1405 AH [1984/1985 CE]). *Kaṣḥ al-lithām wa-l-ibhām 'an qawā'id al-aḥkām* [Removing the veil and ambiguity from the principles of legal rulings]. Qom: Kitābkhāna-yi Āyat Allāh Mar'ashī Najafī.
- Kulaynī Rāzī, Muḥammad b. Ya'qūb b. Ishāq. (1407 AH [1986/1987 CE]). *al-Kāfi* [The sufficient book] ('Alī Akbar Ghaffārī & Muḥammad Ākhūndī, Eds.). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- Kulaynī Rāzī, Muḥammad b. Ya'qūb b. Ishāq. (1367 SH [1988/1989 CE]). *Furū' al-Kāfi* [The branches of *al-Kāfi*] ('Alī Akbar Ghaffārī & Muḥammad Ākhūndī, Eds.). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- Majlisī, Muḥammad Bāqir b. Muḥammad Taqī. (1403 AH [1982/1983 CE]). *Bihār al-anwār* [Oceans of lights] (Hidāyat Allāh Mustarḥamī et al., Eds.). Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
- Muḥsinī, Muḥammad Āshif. (1426 AH [2005/2006 CE]). *al-Fiqh wa-l-masā'il al-ṭibbiyya* [Jurisprudence and medical issues]. Qom: Būstān-i Kitāb, Daftar-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawza-yi 'Ilmiyya-yi Qom.
- Maqdisī, 'Abd al-Raḥmān b. Muḥammad b. Ibn Qudāma. (n.d.). *al-Sharḥ al-kabīr* [The great commentary]. n.p.: Dār al-Kutub al-'Arabī.
- Najafī Jawāhirī, Muḥammad Ḥasan. (1362 SH [1983/1984 CE]). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ Sharā'i' al-Islām* [Jewels of discourse in commentary on *Sharā'i' al-Islām*] ('Abbās Qūchānī, Ed.). Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
- Nawawī, Yaḥyā b. Sharaf. (n.d.). *al-Majmū' sharḥ al-Muḥadhdhab* [The compendium: Commentary on *al-Muḥadhdhab*] (Aḥmad b. 'Alī b. Ibn Ḥajar al-

- ‘Asqalānī, Ibrāhīm b. ‘Alī Abū Ishāq al-Shīrāzī, & ‘Abd al-Karīm b. Muḥammad al-Rāfi‘ī al-Qazwīnī, Eds.). Beirut: Dār al-Fikr. [Translator’s note: The original entry lists these names after the title; their precise editorial role should be verified against the edition used.]
- Nūrī, Ḥusayn. (1408 AH [1987/1988 CE]). *Mustadrak al-wasā’il wa-mustanbaṭ al-masā’il* [Supplement to *Wasā’il* and extraction of legal issues]. Beirut: Mu’assasat Āl al-Bayt ‘alayhim al-salām li-Ihyā’ al-Turāth.
- Hamadānī Najafī, Ridā. (1376 SH [1997/1998 CE]). *Miṣbāḥ al-faqīh* [The lamp of the jurist]. Qom: Mu’assasat al-Ja’fariyya li-Ihyā’ al-Turāth.
- Ashrafī Shāhrūdī, Muṣṭafā. (1392 SH, Ordībehesht 20 [May 10, 2013 CE]). *Dars-i khārij-i fiqh* [Advanced jurisprudence lecture]. Website of the Library of the School of Jurisprudence. Retrieved from [www.eshia.ir](http://www.eshia.ir)
- Āyat Allāh Tabrīzī. (n.d.). *Waṭ’-i mayyit* [Intercourse with a corpse], advanced jurisprudence lecture. Website of the Library of the School of Jurisprudence. Retrieved from [www.eshia.ir](http://www.eshia.ir)
- Ganjī, Mahdī. (1394 SH, Bahman 28 [February 17, 2016 CE]). *Dars-i khārij-i fiqh* [Advanced jurisprudence lecture]. Website of the Library of the School of Jurisprudence. Retrieved from [www.eshia.ir](http://www.eshia.ir)
- Subḥānī, Ja’far. (1396 SH, Dey 23 [January 13, 2018 CE]). *Dars-i khārij-i fiqh* [Advanced jurisprudence lecture]. Website of the Library of the School of Jurisprudence. Retrieved from [www.eshia.ir](http://www.eshia.ir)

## The Relationship between Buying and Selling Coins and Foolish Transactions from the Perspective of Imami Fiqh

Javad Soltanifard<sup>1</sup> 

1. Department of Fiqh and Private Law, Shahid Mottahari University, Tehran, Iran. Email: [j.soltanifard@motahari.ac.ir](mailto:j.soltanifard@motahari.ac.ir)

---

### Article Info

**Article type:**  
Research Article

**Article history:**

Received  
17 September 2023  
Received in revised form  
21 November 2023  
Accepted  
16 December 2023  
Available online  
22 December 2025

**Keywords:**

safih,  
foolish transaction,  
transactions of the legally  
incompetent,  
coin,  
cryptocurrency

---

### ABSTRACT

A foolish transaction is a transaction made by a legally competent person but regarded by custom as lacking economic proportionality between the countervalues and lacking a rational purpose. It is therefore not a transaction ordinarily undertaken by rational people. The notion of a foolish transaction, distinct from a transaction by a legally incompetent person, is a relatively recent issue in fiqh and law and is disputed with respect to validity. Coins, as a new form of digital asset, have become important in global economic exchange but raise questions concerning their fiqhi and legal nature. One objection is that coin transactions are foolish and therefore void. This article, using a descriptive-analytical method, clarifies the concept of foolish transactions, distinguishes it from transactions by incompetent persons, and evaluates whether coin transactions fall under that category. The findings show that foolishness in a transaction is relative, that a personal rational purpose may remove the transaction from that category, and that the main criteria for foolishness - absence of property status, rational benefit, ownership, deliverability, or determinacy - are not established in coin transactions.

---

**Cite this article:** Soltanifard, J. (1404). The Relationship between Buying and Selling Coins and Foolish Transactions from the Perspective of Imami Fiqh. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 20(2), 205-240. <https://doi.org/10.22034/fvh.2024.16956.1834>



© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.  
DOI: <https://doi.org/10.22034/fvh.2024.16956.1834>

---

## **Introduction**

In Imami fiqh and Iranian civil law, foolishness is one ground of legal incapacity and refers to the lack of rational ability to manage property. Alongside transactions by legally incompetent persons, jurists have discussed foolish transactions carried out by competent persons but lacking rational economic purpose. The rise of digital assets such as coins has generated questions about their nature and the ruling on their exchange. Some have argued that buying and selling coins is foolish and therefore void. The study asks whether, even if foolish transactions are void, coin transactions can be classified as such.

## **Methodology**

The research is descriptive-analytical and library-based. It studies Imami fiqh sources from early and contemporary periods and relevant legal materials. It reconstructs the concepts of the legally incompetent transaction and the foolish transaction, identifies criteria for foolishness, and then compares those criteria with the features of coin transactions.

## **Literature Review**

Discussions of foolish transactions appear sporadically in Imami fiqh texts from the time of Shaykh Tusi and were developed more fully in later works. Research on cryptocurrencies has generally focused on property status, gharar, or related issues. The specific relationship between coin transactions and foolish transactions has received little independent analysis.

## **Findings**

A foolish transaction is one in which economic proportionality between the countervalues is customarily absent and no rational purpose exists, even if the parties are legally competent. Jurists differ over its validity. The study emphasizes that the description is relative. A rational personal purpose, or circumstances of time and place, may remove a transaction from the category of foolishness. Coin transactions do not lack property status or rational benefit: they have real supply and demand, exchange value, and economic functions such as secure and low-cost transfer. They can be owned through mining or purchase, transferred through blockchain systems and reputable exchanges, and specified by price and amount at the moment of exchange. Lack of conventional backing and price volatility do not by themselves prove foolishness.

## **Discussion**

Even if one accepts the invalidity of foolish transactions, applying that label to coin transactions is difficult. The principal criteria of foolishness are not present. This conclusion does not, however, prove the overall permissibility

of coin transactions, because other issues such as harm, risk, and regulatory concerns require separate analysis.

### **Conclusion**

Coin transactions cannot be categorized as foolish merely because coins lack conventional backing or fluctuate in price. Coins have property value, rational benefit, ownership structure, deliverability, and determinacy in major markets. Risks such as unreasonable purchase prices, hacking, wallet theft, lost passwords, or loss of private keys are largely managed through knowledge and security practices. Therefore, even if foolish transactions are deemed void, coin transactions do not fall within that title.

### **Declarations**

**Author Contributions:** Data collection, report preparation, and data analysis were carried out by Javad Soltanifard.

**Data Availability Statement:** Not applicable.

**Acknowledgements:** No acknowledgement was declared.

**Ethical Considerations:** The author observed the ethical principles governing the conduct and publication of scientific research.

**Funding:** This research received no specific grant from public, commercial, or not-for-profit funding bodies.

**Conflict of Interest:** The author declared no conflict of interest.

**Declaration on Generative AI and AI-assisted Technologies:** The author declared that no artificial intelligence was used in the writing process.



## تحلیل نسبت میان خرید و فروش کوبین‌ها و معامله سفیهانه از دیدگاه فقه امامیه

جواد سلطانی فرد

۱. گروه فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران، رایانامه: [j.soltanifard@motahari.ac.ir](mailto:j.soltanifard@motahari.ac.ir)

### چکیده

### اطلاعات مقاله

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۲۶

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۸/۳۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۲۵

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۱۰/۰۱

### کلیدواژه‌ها:

سفیه،

سفیهی،

معاملات سفیهانه،

کوبین،

رمزارز

معامله سفیهانه به معنای گفته می‌شود که هرچند توسط فرد غیرسفیه (رشید) انجام می‌پذیرد، به لحاظ عرفی فاقد تناسب اقتصادی میان عوض و معوض بوده و همچنین غرضی عقلائی و خردمندانه در پشت آن وجود ندارد. از این رو، چنین معامله‌ای عادتاً نزد عقلا واقع نمی‌شود. عنوان «معامله سفیهانه» و تفکیک آن از «معامله سفیه» از مباحث نه‌چندان متقدم است که هم در فقه و هم در حقوق، به‌عنوان نهاد معاملی مستقلی، مطرح شده و نسبت به صحت یا بطلان آن نیز در میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد. از سوی دیگر، نوع تازه‌ای از دارایی‌های دیجیتال که امروزه در عرصه مبادلات اقتصادی جهان مورد توجه قرار گرفته، «کوبین‌ها» هستند که به دلیل ماهیت نوپدید خود، ابهامات متعددی درباره حقیقت فقهی و حقوقی و نیز احکام مربوط به مبادله آن‌ها وجود دارد. همین امر موجب بروز تردید و سردرگمی در جامعه شده است. یکی از اشکالات مطرح در این زمینه، ادعای سفیهانه بودن این معاملات است که گاه در قالب قیاسی منطقی چنین بیان می‌شود: معاملات کوبین‌ها سفیهانه است (صغری)؛ معاملات سفیهانه باطل است (کبری)؛ پس معاملات کوبین‌ها باطل است (نتیجه). پرسش اصلی این پژوهش آن است که بر فرض قول به بطلان معاملات سفیهانه، آیا می‌توان معاملات کوبین‌ها را از زمره آن‌ها به شمار آورد یا نه؟ این مقاله با روش توصیفی-تحلیلی، ضمن بازشناسی دقیق مفهوم «معامله سفیهانه» و تمایز آن از «معامله سفیه»، معیارهای تشخیص سفیهانه بودن معامله و دیدگاه‌های فقهی در باب صحت یا بطلان آن را بررسی می‌کند. یافته‌ها نشان می‌دهد: نخست، سفیهانه بودن معامله، برخلاف سفیه بودن شخص، امری نسبی است و وجود غرض شخصی می‌تواند برای خروج از دایره سفیهانه بودن کفایت کند؛ بنابراین، برخی مصادیق مطرح‌شده ذیل این عنوان صغروباً قابل خدشه‌اند. دوم، تطبیق معاملات سفیهانه بر معاملات کوبین‌ها دشوار است؛ به‌ویژه آنکه مهم‌ترین عوامل مؤثر در سفیهانه شدن معامله‌ای، مانند «مالیت نداشتن»، «منفعت عقلائی نداشتن»، «مملوک نبودن»، «مقلورالتسلیم نبودن» و «معلوم نبودن» دست‌کم یکی از عوضین، در این معاملات قابل اثبات نیستند.

**استناد:** سلطانی فرد، جواد. (۱۴۰۴). تحلیل نسبت میان خرید و فروش کوبین‌ها و معامله سفیهانه از دیدگاه فقه امامیه. مطالعات فقه

اسلامی و مابانی حقوق، ۲۰(۲)، ۲۰۵-۲۴۰. <https://doi.org/10.22034/FVH.2023.17252.1855>



© نویسنده(گان).

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.

### مقدمه

یکی از اسباب حجر در فقه امامیه و همچنین قانون مدنی «سفاهت» (در مقابل رشد) است؛ به گونه‌ای که اگر یکی از طرفین عقد یا هر دوی آن‌ها «سفیه» باشند، با وجود تراضی صورت پذیرفته میان متعاقدان، عقد مزبور نافذ نبوده و متوقف بر اجازه ولی است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۳۶۷). «غیررشد» شخص عاقلی است که شعور اداره اموال خود را ندارد (محقق حلی، ۱۴۱۹، ج. ۲، ص. ۳۵۳؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج. ۲۶، ص. ۵۲؛ امامی، ۱۳۹۴، ج. ۵، ص. ۳۰۰). ماده ۱۲۰۸ قانون مدنی غیررشد را چنین تعریف کرده است: «غیررشد کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلایی نباشد.» در قانون مدنی «رشد» تحت عنوان کلی «اهلیت طرفین» به عنوان یکی از شرایط اساسی صحت معامله مطرح شده است (مواد ۱۹۰ و ۲۱۱)؛ زیرا پایبند نبودن به چنین شرطی منجر به از بین رفتن اموال شده و قوام اقتصادی جامعه را متزلزل می‌سازد. به همین سبب است که در متون فقهی سفاهت متعاملان به عنوان یکی از اسباب شش گانه حجر و ممنوعیت تصرف در اموال به شمار آمده است (محقق حلی، ۱۴۱۹، ج. ۲، صص. ۳۵۱-۳۵۳؛ شهیدثانی، ۱۳۹۸، ج. ۴، ص. ۱۰۱؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج. ۲۶، ص. ۴). بنابراین، از نظر فقها صحت معاملات سفیه با اشکال روبه‌روست.

برخی از فقهای امامیه نه تنها معاملات سفیه، بلکه حتی معاملات سفیهانه را - حتی در صورتی که طرفین معامله سفیه نباشند - صحیح ندانسته‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۳۶۶ و ۳۶۸). مقصود از معاملات سفیهانه، معامله‌ای غیرعقلانی است که افراد عاقل معمولاً حاضر به انجام دادن آن نیستند؛ مانند فروش خانه در برابر یک خودکار (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۳۶۶ و ۳۶۹). اگرچه به نظر می‌رسد نخستین فقیه امامی که به بررسی وضعیت «عمل سفیهانه» پرداخته و آن را جایز ندانسته، شیخ طوسی باشد (طوسی، ۱۳۸۷، ج. ۲، ص. ۳۴۴)، اما پیشرفت اصلی در تبیین این بحث را مراغی و به‌ویژه محقق خویی تحقق بخشیدند؛ آنان با تمایز نهادن بین «معامله سفیه» و «معامله سفیهانه»، گام نوینی در تبیین تفصیلی این بحث برداشته‌اند (نک: حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۳۶۷؛ موسوی خویی، ۱۳۶۸، ج. ۱، ص. ۶۷؛ ج. ۱، ص. ۳۱۴؛ ج. ۱، ص. ۷۰۸؛ ج. ۵، ص. ۲۶۶؛ ج. ۷، ص. ۳۱۰). مراغی تفاوت این دو معامله را این گونه بیان می‌کند که معامله سفیه باطل نیست، بلکه غیرنافذ بوده و ممکن است با اجازه ولی به طور صحیح واقع شود، در حالی که معامله سفیهانه از اساس باطل بوده و چیزی نمی‌تواند آن را صحیح گرداند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۳۶۷). بحث از معاملات سفیهانه به این شکلی که امروزه مدنظر است در میان فقهای اولیه از شیعه مطرح نبوده است؛ به نظر می‌رسد اولین اشاره‌ها را می‌توان در حدود قرن ششم و هفتم یافت. آنجا که ابن ادریس (قرن ششم) «سفه» را در کنار «ضرر» مطرح می‌کند (ابن ادریس، ۱۴۲۹، ج. ۱۱، ص. ۲۵). سپس علامه حلی (قرن هفتم و هشتم) در مواردی چند از مؤلفات خود به طور واضح‌تر به این مسئله اشاره می‌کند. او در کتاب منتهی المطلب افتناء و نگهداری آنچه منفعت ندارد را سفیهانه و ممنوع دانسته و می‌نویسد: «هر چیزی از اشیای نجس که منفعتی نداشته باشد، نگهداری آن حرام است؛ مانند خوک؛ زیرا سَفَه [و کاری نابخرده‌انه] است؛ بنابراین، جایز نیست.» (حلی، ۱۴۱۲، ج. ۱۵، ص. ۳۶۰)

ایشان در جای دیگر، در مورد حکم خرید چیزهایی که کمیاب نیستند و به راحتی در دسترس قرار دارند (مانند آب کنار رودخانه)، به تبع شافعی دو دیدگاه را مطرح می‌کند، هرچند که خود، چنین خریدی را به دلیل منفعت داشتن آن کالاها جایز می‌داند، اما اشاره می‌کند که دیدگاه مقابل، از این عمل به دلیل سفیهانه بودن نهی کرده است (حلی، ۱۴۱۴، ج. ۱۰، ص. ۳۸). این مطلب نشان می‌دهد که حتی اگر نتوان به طور قطع گفت مسئله «سفیهانه بودن معامله» از فقه اهل تسنن به فقه امامیه راه یافته، دست کم می‌توان پذیرفت که این بحث در آن دوره در میان فقهای اهل تسنن نیز مطرح بوده است. ابومظفر سمعانی (قرن پنجم)، که در ابتدا حنفی مذهب بود و سپس به مذهب شافعی گروید، «سفه» را در کنار «اضرار» (ضرر زدن) مورد اشاره قرار داده و می‌نویسد: «... الاضرار بمن لا يستحق الاضرار سفه...» (... ضرر رساندن به کسی که سزاوار آسیب رساندن نیست، کاری نابخردانه است.) (سمعانی، ۱۴۱۸، ج. ۲، ص. ۵۰)

با بررسی آثار فقهای متأخر اهل تسنن، می‌توان تبیین دقیق‌تری از مفهوم «سفه» در ارتباط با معاملات سفیهانه را مشاهده کرد. برای نمونه، ابن‌قُدّامه (قرن ششم و هفتم) در کتاب الکافی فی فقه الامام أحمد بن حنبل می‌نویسد: «بذل عوض در مقابل چیزی همچون خون که قیمتی ندارد از روی سفه بوده و اخذ آن از باب اکل مال به باطل است» (ابن‌قُدّامه، ۱۴۲۱، ج. ۲، ص. ۲۱۹). ابن‌رفعه (قرن هفتم و هشتم)، فقیه شافعی نیز بر آن است که بذل عوض در مقابل آنچه منفعتی ندارد، عملی سفیهانه است و تصرف در چنین مالی، اکل مال به باطل محسوب می‌شود (ابن‌رفعه، ۲۰۰۹، ج. ۹، ص. ۱۰).

به هر ترتیب، به نظر می‌رسد نخستین بار شهید ثانی از تعبیر «سفیهة» برای توصیف معامله استفاده کرده است (شهیدثانی، ۱۳۹۸، ج. ۳، ص. ۳۵۵). همچنین صاحب‌العناوین الفقهیة را می‌توان نخستین فقیه امامی دانست که با اختصاص بابی مستقل به مسئله معامله سفیهانه، ضمن تبیین مفهوم معامله موصوف، ادله بطلان آن را ذکر نموده است (حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۳۶۶). دیگر فقها عموماً تنها در ذیل مباحث مربوط به ارکان عقد و مکاسب محرّمه، به معاملات سفیهانه پرداخته‌اند.

شایان ذکر است سفه اختصاصی به بیع ندارد، بلکه می‌تواند در سایر معاوضات از جمله اجاره، نکاح، جعاله و حتی در غیر معاوضات همچون وکالت و اساساً در هر عقدی تحقق یابد (حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۳۶۶ و ۳۷۰)؛ زیرا ملاک سفیهانه بودن عقد، این است که نحوه انعقاد آن نزد عرف، غیرمتعارف و غیرقابل‌پذیرش باشد؛ امری که ممکن است در مورد هر عقد و حتی شروط آن محقق شود (حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۳۷۰).

از سوی دیگر، جامعه امروز با یکی از پدیده‌های نوظهور در تحولات اقتصادی، یعنی «کوین‌ها»<sup>۱</sup> - به‌عنوان نوعی از رمازرها - روبه‌روست که با استقبال چشمگیر مردم و دولت‌ها در سراسر جهان مواجه شده است. ورود

۱. کوین (Coin) نوعی رمازر (Cryptocurrency) است که به‌صورت دیجیتالی ایجاد شده و امنیت آن از طریق رمزنگاری، یعنی کدگذاری اطلاعات با استفاده از الگوریتم‌های پیچیده ریاضی، تأمین می‌شود. کوین‌ها معمولاً غیرمتمرکز هستند؛ بدین معنا که تحت کنترل هیچ دولت، سازمان یا نهاد مرکزی قرار ندارند و امکان دست‌کاری یا کنترل آن‌ها توسط فرد یا نهادی وجود ندارد. از شناخته‌شده‌ترین کوین‌ها می‌توان به بیت‌کوین (Bitcoin) اشاره کرد که بر پایه فناوری بلاک‌چین (Blockchain) یا زنجیره بلاکی ساخته شده است. هر رمازری که پس از بیت‌کوین ایجاد شود،

گسترده سرمایه به این بازار، موجب رشد فراتر از متعارف و تشکیل حباب قیمتی شده و در نتیجه، ریسک ورود به این عرصه را به طور قابل توجهی افزایش داده است. علاوه بر این، عواملی همچون احتمال هک و از دست رفتن دارایی، بر میزان خطرهای این معاملات می‌افزاید. در این میان، کاربران ایرانی با چالش‌های مضاعفی مانند انسداد حساب‌های کاربری به دلیل تحریم‌ها روبه‌رو هستند که ممکن است دارایی آن‌ها را به طور جدی در معرض تهدید قرار دهد.

هدف اصلی نوشتار حاضر آن است که ضمن کاوش در معیارهای سفیهانه بودن معامله که به طور پراکنده در کتب فقهی ذکر شده است، به تطبیق آن‌ها با معاملات مربوط به «کوبین‌ها» بپردازد. این پژوهش به دنبال آن است که نخست ماهیت «معامله سفیهانه» و تفاوت آن را با «معامله سفیه» روشن سازد و پس از ذکر آرای فقیهان نسبت به وضعیت صحت یا بطلان آن، به بررسی سفیهانه بودن یا نبودن معاملات «کوبین‌ها» بپردازد و به این دو پرسش پاسخ دهد: اولاً آیا معاملات رمزارزها را می‌توان در زمره معاملات سفیهانه دانست؟ ثانیاً، در صورت سفیهانه بودن، آیا چنین معاملاتی اساساً باطل محسوب می‌شوند؟ پرواضح است در دو صورت نمی‌توان معاملات کوبین‌ها را با استناد به سفیهی بودن شرعاً مخدوش اعلام کرد: یکی آنکه معاملات این دسته از ارزها سفیهانه نباشد؛ دیگر آنکه بفرض سفیهانه بودن، اساساً دلیلی معتبر برای بطلان معاملات سفیهانه وجود نداشته باشد.

به هر ترتیب، ابهام در مفهوم معاملات سفیهانه از سویی، و فراگیر شدن استخراج کوبین‌ها و استفاده روزافزون از آن‌ها در عرصه معاملات جهانی و تأثیرات آن بر اقتصاد ایران از سوی دیگر، انجام یافتن این پژوهش را برای رفع ابهامات شرعی فعالان اقتصادی ضروری می‌سازد.

### مفهوم معاملات سفیهانه

لغت‌شناسان «سَفَه» و «سَفَاهَت» را در مقابل حلم (فراهِیدی، ۱۴۰۹، ج. ۴، ص. ۹) و به معنای «خَفَّتْ حِلْم» (کم‌طاقتی) (نک: ابن منظور، ۱۴۱۴، ج. ۱۳، ص. ۴۹۷؛ ابن اثیر، ۱۳۶۷، ج. ۲، ص. ۳۷۶؛ طریحی، ۱۳۷۵، ج. ۶، ص. ۳۴۷) و «نقص در عقل» (فیومی، ۱۴۱۴، ج. ۲، ص. ۲۸۰) دانسته‌اند. اسم منسوب به سفه، «سفیهی» است که می‌توان آن را در فارسی به «سفیهانه» ترجمه کرد. با در نظر داشتن معنای لغوی این واژه، می‌توان گفت منظور از معاملات سفیهانه، معاملاتی غیرعقلایی است که برخلاف رفتار نوع مردم جامعه به حساب می‌آید، به طوری که چنین معامله‌ای بیشتر از جانب افراد سفیه صورت می‌گیرد و عقلاً معمولاً حاضر به انعقاد آن نیستند. بنابراین، معامله سفیهانه از جنس معاملات افراد سفیه است، حتی اگر خود معامله‌گر سفیه نباشد. مراغی در این زمینه می‌گوید: «مقصود از سفه در معاملات یا در مطلق عقد این نیست که دو طرف عقد

---

آلت کوبین (Altcoin) یا سکه جایگزین نامیده می‌شود. کوبین‌ها معمولاً از طریق فرآیند استخراج (Mining) ایجاد می‌شوند و هریک دارای بلاک‌چین مستقل و کیف پول اختصاصی با آدرس منحصر به فرد خود هستند. برای نمونه، کیف پول بیت کوبین و اتریوم (Ethereum) کاملاً از یکدیگر جدا بوده و نمی‌توان دارایی بیت کوبین را به آدرس اتریوم منتقل کرد. یکی از مشخصه‌های کلیدی کوبین‌ها این است که برای استفاده به عنوان وسیله مبادله طراحی شده‌اند و چه بسا در آینده جای پول‌های رایج را بگیرند. همچنین، کوبین‌ها در دسترس عموم مردم قرار دارند و استفاده از آن‌ها به گروه خاصی محدود نیست (حاجی‌ملا میرزایی، ۱۳۹۹، ص. ۴۸؛ مور، ۱۴۰۱، ص. ۲۱؛ جودمایر و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۴۳؛ فضلی و همکاران، ۱۳۹۸، ص. ۴۶).

با یکی از آن‌ها سفیه باشند؛ بلکه مقصود این است که معامله به‌گونه‌ای باشد که از سفیه صادر می‌گردد [هرچند دو طرف عقد سفیه نباشند]» (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۳۶۶ و ۳۶۸).

در فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم‌السلام در تعریف «معامله سفیهانه» آمده است:

فروختن کالا به بیشتر یا کمتر از بهای خرید آن، به صورت نقدی یا مدت‌دار جایز است و با آگاهی فروشنده و خریدار از این امر، معامله لازم می‌شود مگر آنکه زیادی یا کاهش به‌اندازه‌ای باشد که معامله نزد عقلا سفیهانه تلقی گردد، که در این صورت عقد باطل است و در فرض جهل به این امر، خیار غبن ثابت خواهد بود. (هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۹۵، ج. ۲، ص. ۱۶۷؛ نک: نجفی، ۱۳۶۲، ج. ۲۳، ص. ۱۲۰)

یکی از معاصران می‌گوید:

اگر در معامله‌ای، قیمت نامعقولی مورد توافق قرار گیرد، آن معامله سفیهی و باطل است؛ مثلاً اگر کسی خانه چندین میلیون تومانی خود را به چند تومان بفروشد، قطعاً چنین معامله‌ای سفیهی و باطل است... به تعبیر روشن‌تر، قیمت کالا تا حدی مجاز است که معقول باشد؛ بنابراین، اگر به حدی برسد که معقول نباشد و مردم، خریدار چنین کالایی را به قیمت مذکور، سفیه بدانند، چنین معامله‌ای سفیهانه و باطل خواهد بود. (مکارم‌شیرازی، ۱۳۸۵، ص. ۵۳)

ایشان در جای دیگر می‌نویسد:

[برخی از حیل‌ها] قصد جدی در آن وجود دارد، ولی عقلایی نیست؛ مانند ضمیمه‌های کوچکی که به ده برابر قیمت واقعی فروخته می‌شود. در کجای دنیا و کدام عاقل، به چنین معامله‌ای تن می‌دهد؟ چه کسی دستمالی کوچک را به بیست، یا صد هزار تومان خریداری می‌کند؟ بنابراین، چنین معامله‌ای عاقلانه و منطقی نیست، بلکه سفیهی می‌باشد؛ و روشن است که معامله سفیهی مشروع نیست. (مکارم‌شیرازی، ۱۳۸۳، ص. ۱۰۷)

### انواع معاملات سفیهانه

با توجه به تبیین ارائه‌شده از معاملات سفیهانه و مصادیق مطرح‌شده در متون فقهی، این معاملات را می‌توان به دو دسته اصلی تقسیم‌بندی نمود:

#### معاملات سفیهانه به معنای عام

این مفهوم با عبارت «هرچند دو طرف عقد سفیه نباشند» در تعریف مراغی به‌خوبی تبیین شده است. ملاک اصلی در این نگاه، غیرعقلایی بودن ذات معامله است. به‌گونه‌ای که انتظار نمی‌رود افراد رشید و عاقل چنین معامله‌ای را انجام دهند. برای مثال، فروش خانه در مقابل بهای ناچیز، معامله‌ای سفیهانه محسوب می‌شود، چه فروشنده سفیه باشد یا نباشد.

### معاملات سفیهانه به معنای خاص

در این تعریف محدودتر، معامله سفیهانه تنها به معاملاتی گفته می‌شود که معامل سفیه نباشد، اما معامله غیرعقلایی باشد؛ مانند موردی که شخصی عاقل و رشید تمام اموال خود را از طریق صلح به دیگری انتقال دهد و خود را در معرض فقر قرار دهد. این معنی همان چیزی است که برخی حقوق دانان نیز بدان اشاره کرده و معتقدند معامله سفیهانه، معامله غیرسفیه (عاقل، بالغ و رشید) است که با توجه به خصوصیات و طبع آن معامله برای تصرف معامل در مال خود به آن صورت که معامله کرده، وجه عقلایی تصور نشود (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰، ص. ۶۹۶). در این معامله تسامح نامعهود اعمال شده و به همین جهت به معاملات سفیهان مشابهت پیدا کرده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج. ۵، ص. ۳۴۱۸).

بر این اساس، تمایز کلیدی میان دو دسته را می‌توان چنین بیان کرد: در مواردی که معامله‌گر خود سفیه باشد، معامله می‌تواند از دو منظر (هم سفاقت خود معامله و هم سفاقت معامله‌گر) مورد خدشه قرار گیرد، حال آنکه در معامله سفیهانه به معنای خاص، صرفاً غیرعقلایی بودن خود معامله مورد توجه قرار می‌گیرد. مقصود این نوشتار از معامله سفیهانه، قسم دوم، یعنی معامله سفیهانه به معنای خاص آن است.

### بازشناسی «معامله سفیهانه» از «معامله سفیه»

همان‌طور که گفته شد، منظور از «معامله سفیهانه» به معنای خاص آن، فعلی است که متصرف به سفاقت می‌شود بدون آنکه فاعل آن متصرف به سفاقت باشد؛ بدین معنا که معامل که از نظر فقهی سفیه نیست، اما اقدام به معامله‌ای می‌کند که این معامله فاقد غرض عقلایی بوده و قابلیت و شأنت وقوع از سوی شخص سفیه را دارد. حال اگر معامله سفیهانه کراراً از سوی فردی صادر شود، معلوم می‌شود آن فرد قادر به اداره اموال خویش نبوده و به عبارت دیگر، تصرفات مالی او عاقلانه نیست. چنین فردی - که نوعاً معاملات سفیهانه انجام می‌دهد- از نظر فقه و حقوق مدنی «سفیه» شناخته شده و به معامله آن، «معامله سفیه» گویند (نک: حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۳۶۸). سفیه، شخصی است که روش عقلایی برای اداره اموال خود را ندانسته و آن‌ها را در غیر اغراض صحیح مصرف می‌کند، گرچه در امور دیگر عاقل باشد؛ چنین فردی ملکه یا حالتی در او وجود ندارد که موجب حفظ و نگهداری اموالش شده و مانع صرف آن‌ها در راه‌های غیرعقلایی گردد. صاحب شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام می‌نویسد: «و أما السفیه: فهو الذی یصرف أمواله فی غیر الأغراض الصحیحة» (سفیه کسی است که اموال خود را در راه‌های نادرست مصرف می‌کند) (محقق حلی، ۱۴۱۹، ج. ۲، ص. ۳۵۳؛ نک: نجفی، ۱۳۶۲، ج. ۲۶، ص. ۵۲).

پیش از این بیان شد که در متون فقهی، سفاقت متعاملان، یکی از اسباب ممنوعیت تصرف در اموال به شمار می‌رود (محقق حلی، ۱۴۰۹، ج. ۲، ص. ۳۵۱-۳۵۳؛ شهیدثانی، ۱۳۹۸، ج. ۴، ص. ۱۰۱؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج. ۲۶، ص. ۴). از دید فقها، معامله سفیه یا غیرنافذ است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۳۶۷) یا باطل (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۷، ج. ۱، ص. ۲۴۱)، حتی اگر خود معامله سفیهانه نباشد.

از آنجاکه سفاقت در مقابل رشد قرار دارد، در قانون نیز «غیررشدید» مترادف با «سفیه» دانسته شده است<sup>۱</sup> (نک: امامی، ۱۳۹۴، ج. ۵، ص. ۳۰۰؛ صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۱، ص. ۲۳۹).

با صرف‌نظر از تفاوت میان دو عنوان «معامله سفیهانه» و «معامله سفیه»، می‌توان گفت بر اساس نظر مشهور، معاملات سفیه - چه سفیهانه و چه غیرسفیهانه - غیرنافذ است و تنها با اذن ولی یا قیم محجور قابلیت تصحیح دارد. همچنین، ولی می‌تواند به سفیه در برخی تصرفات محدود در اموالش اذن بدهد. باین‌حال، معامله سفیهانه از دید کسانی که عقلایی بودن را شرط صحت عقد می‌دانند، از اساس باطل بوده و قابلیت تصحیح بعدی ندارد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۳۶۷).

### رابطه میان «معامله سفیهانه» و «معامله سفیه»

پس از تبیین تفاوت‌های میان دو عنوان یادشده، نوبت به بررسی رابطه میان آن‌ها می‌رسد؛ رابطه‌ای که از نوع عموم و خصوص من‌وجه و با وجهی اجتماع و دو وجه افتراق است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۳۶۸). به بیان دیگر، گاه معامله سفیه صادق است، اما سفیهانه به شمار نمی‌آید؛ مانند آنکه شخص سفیه، معامله‌ای را بر اساس روش عقلایی و بدون برهم‌خوردن تعادل ارزش میان عوضین انجام دهد. در مقابل، گاهی معامله سفیهانه تحقق می‌یابد، درحالی‌که عنوان سفیه بر شخص معامله‌کننده صادق نیست (مفهوم خاص معامله سفیهانه)؛ یعنی فردی غیرسفیه معامله‌ای انجام می‌دهد که از نظر عقلایی ناپسند و مشابه رفتار افراد سفیه است. درنهایت، ماده اجتماع جایی است که هر دو عنوان صادق باشند؛ یعنی معامله سفیهانه‌ای که از شخص سفیه صادر می‌شود (مفهوم عام معامله سفیهانه).

### معیار سفیهانه بودن معامله و شاخص‌های آن

همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، معیار معامله سفیهانه (به‌معنای خاص)، غیرعقلایی بودن آن و فقدان سفاقت در شخص منعقدکننده آن است. در اینجا این پرسش مطرح می‌شود که ضابطه و معیار تشخیص غرض غیرعقلایی در معامله چیست؟

فقیهان به‌طور مستقل تعریفی صریح از «معامله سفیهانه» ارائه نکرده‌اند، بلکه در ضمن طرح فروعات فقهی، به شاخص‌ها و نشانه‌های آن اشاره کرده‌اند. با بررسی موارد کاربرد این واژه در منابع فقهی می‌توان دریافت که گرچه بیشتر فقها درصدد ارائه تعریفی دقیق برنیامده‌اند، اما از مجموع فروعات مرتبط با عنصر «سفاقت در معامله» می‌توان چنین نتیجه گرفت که معامله سفیهانه، معامله‌ای است که نفع آن به معامله‌گر بازمی‌گردد (طباطبایی‌بروجردی، ۱۳۹۴، ج. ۱، ص. ۳۹۳)؛ به بیان دیگر، در پرداخت ثمن، غرض عقلایی صحیح - اعم از دینی یا دنیوی - وجود ندارد (موسوی‌بجنوردی، ۱۳۷۷، ج. ۷، ص. ۳۳۴؛ یزدی، ۱۳۷۶، ج. ۲، ص. ۴۶) و بذل مال به‌گونه‌ای صورت می‌گیرد که عقلا آن را معتبر نمی‌دانند (حلی، ۱۴۳۲، ص. ۵۷)؛ مانند

۱. شماری از حقوق‌دانان، غیررشدید را اعم از سفیه می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج. ۲، ص. ۴۴). هرچند که دسته‌ای دیگر برآنند چنین دیدگاهی با تعریف غیررشدید در ماده ۱۲۰۸ قانون مدنی و تعابیر فقهای امامیه سازگار نیست (نک: صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۱، ص. ۲۳۹).

آنکه معامله‌گر مال زیادی را در مقابل ثمن بخش به فروش برساند (میلانی، بی‌تا، ص. ۴۰۸ و ۴۰۹) یا آنکه در مقابل مبیع بذل زائد داشته باشد (اردبیلی، بی‌تا، ج. ۸، ص. ۱۶۷؛ انصاری، بی‌تا، ج. ۵، ص. ۴۰۷) و به‌طور کلی متبایعان خیلی زیادتر از قیمت عوضی که می‌گیرند بها بپردازند (شهیداول، بی‌تا، ص. ۱۱۱)، یا آنکه پرداخت بها در قبال چیزی که می‌دانند وجود ندارد یا بر فرض وجود داشتن، قابل تحویل نیست، صورت بگیرد (نک: اردبیلی، بی‌تا، ج. ۱۰، ص. ۵۸؛ حسینی‌عاملی، بی‌تا، ج. ۱۳، ص. ۱۸؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج. ۲۷، ص. ۳۰۸؛ انصاری، بی‌تا، ج. ۴، ص. ۱۸۶؛ موسوی‌بجنوردی، ۱۳۷۷، ج. ۷، ص. ۱۴۶؛ وحیدخراسانی، ۱۴۲۹، ج. ۵، ص. ۲۰۷). از دیگر مصادیق سفاقت در معامله می‌توان به پرداخت بها در قبال کالای فاقد ملکیت (اردبیلی، بی‌تا، ج. ۸، ص. ۱۶۷) یا فاقد منفعت عقلائی (نک: نجفی، ۱۳۶۲، ج. ۲۲، ص. ۳۸ و ۳۳۵؛ موسوی‌بجنوردی، ۱۳۷۷، ج. ۲، ص. ۱۵۸ و ج. ۷، ص. ۱۴۱) و درنهایت فاقد مالیت (حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۳۷۲؛ موسوی‌خمینی، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۸۹) اشاره کرد. همچنین برخی فقیهان بر این باورند که درج شروط غیرمقدور یا بی‌فایده نیز می‌تواند موجب تحقق سفاقت در معامله گردد (نک: غروی‌اصفهانی، ۱۴۱۹، ج. ۵، ص. ۲۱۸؛ خوبی، ۱۳۹۸، ج. ۱، ص. ۸۲).

در مجموع، به نظر می‌رسد دلیلی بر انحصار معاملات سفیهانه در مصادیق فوق وجود ندارد. به‌طور کلی، هر معامله‌ای که در آن تناسب عرفی<sup>۱</sup> میان ارزش اقتصادی عوض و معوض رعایت نشود و درعین حال غرض صحیح و خردمندانه‌ای در پس آن نباشد، سفیهانه محسوب می‌شود؛ حتی اگر در ظاهر در زمره مثال‌های پیش‌گفته نباشد. برای نمونه، می‌توان به پرداخت بهای کالای سالم در برابر کالای معیوب اشاره کرد که از نظر عرف، مصداق معامله سفیهانه به شمار می‌آید.

### دیدگاه فقیهان درباره معامله سفیهانه

بسیاری از فقهای شیعه بر این باورند که معاملات سفیهانه باطل است (نک: حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۳۷۰ و ۳۷۱؛ هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۹۵، ج. ۵، ص. ۶۹۵).<sup>۲</sup> شهید اول در این باره می‌نویسد: «منعی ندارد که مبیع به مقداری بیشتر یا کمتر از ثمن آن فروخته شود به شرط آنکه مشتری قیمت مبیع را بداند مگر آنکه به سفاقت [در بیع] منجر شود.» (شهیداول، بی‌تا، ص. ۱۱۱؛ همچنین نک: شهیدثانی، ۱۳۹۸، ج. ۳، ص. ۳۵۵ و ۵۲۱). مراغی نیز تصریح می‌کند: «معامله سفیهانه از اساس باطل است و هیچ وجهی برای صحت آن وجود ندارد» (حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۳۶۷). سید یزدی در پاسخ به این پرسش که «صلح جمیع مایملک صحیح است یا نه؟» می‌گوید: «ضرری ندارد، مگر آنکه معامله سفیهانه باشد.» (یزدی، ۱۳۷۶، ج. ۱، ص. ۲۴۵). امام خمینی (ره) نیز با این دسته از فقها همداستان است (نک: موسوی‌خمینی، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۱۶۳). در همین راستا یکی از معاصران می‌گوید: «از جمله محکومات این است که معاملات سفیهی باطل

۱. برخی از دانشمندان تصریح کرده‌اند که سفیهانه بودن معامله، به تشخیص عرف واگذار می‌شود (حائری، ۱۳۹۱، ص. ۲۶۷).

۲. در میان آثار حقوق‌دانان، بحث مستقلی پیرامون معاملات سفیهانه مشاهده نمی‌شود؛ تنها برخی آن‌هم به‌صورت گذرا و اجمالی وضعیت این معاملات را بررسی کرده‌اند (نک: جعفری‌لنگرودی، ۱۴۰۰، ص. ۶۹۶؛ جعفری‌لنگرودی، ۱۳۷۸، ج. ۵، ص. ۳۴۱۸).

است، خواه بیع باشد یا نکاح؛ و قاعده سفته منحصر به این مورد نیست بلکه در هبه و ابواب دیگر هم همین است.» (مکارم‌شیرازی، ۱۴۲۴، ج. ۱، ص. ۲۰). به همین ترتیب، دیگری نیز تصریح می‌کند: «هم معامله سفیه باطل است و هم معامله سفهی؛ این اختصاصی به بیع یا اجاره ندارد.» (جوادی‌آملی، ۱۳۹۷)

از جمله دلایلی که مشهور بر بطلان بیع سفیهانه اقامه کرده‌اند، صرف‌نظر از ادعای همداستانی فقها (حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۳۷۱)، آن است که ادله‌ای همچون آیه شریفه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (بقره، ۲۷۵)، امضای معاملات عقلایی متعارف بوده (نک: گرجی، ۱۳۸۵، ج. ۱، ص. ۳۱؛ مکارم‌شیرازی، ۱۳۸۳، ص. ۱۰۷) و اطلاقی ندارد که علاوه بر بیع غیرسفهی، شامل بیع سفهی نیز شود؛ زیرا این ادله از عقود سفهی منصرف بوده (وحیدخراسانی، ۱۴۲۹، ج. ۵، ص. ۲۰۷) و به عقود متعارف رایج نزد عقلا انصراف دارند (حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۳۷۲).

یکی دیگر از دلایلی که برای بطلان این معاملات مطرح شده، آن است که از أصالة الفساد در معامله‌ای تنها در صورتی می‌توان دست برداشت که آن معامله در زمان شارع رایج بوده و شارع نیز متعرض بطلان آن نشده باشد؛ حال آنکه آنچه در زمان شارع جریان داشته معاملات عقلایی بوده است نه سفهایی (نک: حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۳۷۱؛ علیدوست، ۱۳۹۷). بر فرض جریان داشتن معامله سفهایی، مثل آنچه امروزه در میان جهال و ارادل جریان دارد، معلوم نیست که معصوم نیز از آن اطلاع داشته باشند. بر فرض تمکن نیز نمی‌توان قائل به عدم ردع شد؛ چه، همداستانی فقها بر بطلان چنین معامله‌ای کاشف از صدور ردع و منع از چنین معامله‌ای خواهد بود (حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۳۷۱) و اساساً بسیار بعید است شارع به امری که طبع‌ها و عقل‌های سلیم از آن متنفرند رضایت دهد، درحالی که او مربی عقول و تمام‌کننده مکارم است (موسوی‌خمینی، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۱۶۳).

دلیل دیگر بر بطلان معاملات سفیهانه، عموم آیه شریفه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (نساء، ۲۹) است؛ زیرا از سویی منظور از «باطل» در اینجا، باطل عرفی است نه شرعی؛ و از سوی دیگر، در عرف، معامله‌ای باطل محسوب می‌شود که فاقد منفعت عقلایی باشد. از این رو، معاملات سفیهانه که فاقد منفعت عقلایی هستند، داخل در مصادیق «أكل مال به باطل» می‌گردند.

ممکن است گفته شود که بحث در فرض معاوضه است و در نتیجه، باید معامله سفیهانه را داخل در عنوان «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» دانست و صحیح شمرد. در پاسخ باید گفت:

اولاً، مقصود از «تجارة» در آیه، معامله‌ای است که متضمن تحصیل مال باشد؛ درحالی که معامله سفیهانه نه‌تنها به تحصیل مال نمی‌انجامد، بلکه در بیشتر موارد یکی از دو عوض، مطابق با دیدگاه متعارف در مالیت اشیاء، یا اصلاً مال به شمار نمی‌آید (مانند حشرات و اشیای بی‌ارزش) یا فاقد منفعت عقلایی است و صرفاً تزیین مال محسوب می‌شود. بنابراین، چنین معامله‌ای از عنوان «تجارة» خارج است.

ثانیاً، بر فرض آنکه واژه «تجارة» به‌حسب وضع لغوی خود، شامل مطلق معاوضه باشد، بازهم این لفظ شمول ندارد تا هر نوع معاوضه‌ای را در برگیرد، بلکه مطلقاً است که به افراد شایع و متعارف انصراف دارد؛ و بی‌تردید، معامله سفیهانه از افراد نادر و غیرمتعارف است.

بنابراین، این‌گونه معاملات تحت مستثنی (تَجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) قرار نمی‌گیرند، بلکه مشمول عموم نهی از اکل مال به باطل باقی می‌مانند، و لازمه آن، فساد معامله سفیهانه خواهد بود (حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۳۷۱ و ۳۷۲).

امام خمینی در بیان دلیل بطلان معامله‌ای که فاقد منفعت و غرض عقلایی است، به سفیهانه بودن آن استناد کرده و می‌نویسد:

زیرا این معامله، سفیهانه و غیرعقلایی است، و ادله عام مانند آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده، ۱)، «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (بقره، ۲۷۵) و «تَجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (نساء، ۲۹) چنین معاملاتی را در بر نمی‌گیرد؛ چراکه یا این عنوانین اساساً بر این‌گونه معاملات صدق نمی‌کند - و این احتمال چندان دور از ذهن نیست - و هنگام شک باید به أصالة الفساد رجوع کرد؛ یا آنکه این ادله از چنین مواردی منصرف است؛ زیرا این ادله امضای آن چیزی است که در نزد عقلا بوده و درصدد تأسیس چیزی بیشتر نسبت به آن نیست، به‌ویژه مانند این اعمال سفیهانه‌ای که مایه تمسخر عقلاست و طبع‌های سلیم از آن متنفرند. (موسوی‌خمینی، بی‌تا، ج. ۱، صص. ۱۶۲-۱۶۳)

در مقابل دیدگاه مشهور، دسته دیگری از فقها معاملات سفیهانه را صحیح دانسته و معتقدند دلیلی بر بطلان این معاملات وجود ندارد؛ بلکه آنچه باطل است، معامله سفیه است، نه معامله سفیهانه. محقق خوبی بر این باور است و در این باره می‌نویسد:

بارها گفته‌ایم که هیچ دلیلی بر بطلان بیع سفیهانه وجود ندارد، بلکه دلیل بر بطلان بیع شخص سفیه است؛ بنابراین، در بیع سفهی به عمومات تمسک کرده و حکم به صحت آن می‌کنیم. (موسوی‌خوبی، ۱۳۶۸، ج. ۵، ص. ۲۶۶؛ همچنین نک. ج. ۱، ص. ۶۷؛ ج. ۱، ص. ۳۱۴؛ ج. ۱، ص. ۷۰۸؛ ج. ۵، ص. ۲۶۶؛ ج. ۷، ص. ۳۱۰)

دیگری می‌گوید: «معامله سفهی که از شخص رشید صادر شود صحیح است و معامله شخص سفیه باطل است، حتی اگر سفهی نباشد» (هاشمی‌شاهرودی، ۱۴۳۷، ج. ۱، ص. ۲۴۱).

به نظر می‌رسد برخی از طرفداران این دیدگاه حتی معتقدند بطلان بیع سفیهانه نوعی اجتهاد در برابر نص است، زیرا نصوص شرعی، این دسته از معاملات را بی‌اشکال دانسته‌اند (روحانی، ۱۴۱۴، ص. ۷۲). آنان بر این باورند که نمی‌توان گفت منظور از «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» تنها بیع غیرسفیهانه است؛ زیرا به جهت وجود مقدمات حکمت و از آنجا که شارع در مقام بیان بوده و قیدی نیاروده است و از طرفی خود لفظ «البیع» نیز توانایی شمول را دارد، بیع سفیهانه را نیز می‌توان مشمول آیه دانست (علیدوست، ۱۳۹۹). به علاوه، این‌طور نیست که عقلا بنای عملی بر بیع سفیهانه نداشته باشند (علیدوست، ۱۳۹۷). یکی از معاصران در این زمینه می‌گوید: «چه دلیلی بر بطلان معامله سفهی وجود دارد؟ تمامی معاملات محاباتی، غیرعقلایی است، ولی آقایان آن‌ها را صحیح می‌دانند» (شبیروی‌زنجانی، ۱۳۸۰، ج. ۲۱، ص. ۶۸۰۷). دیگری می‌افزاید:

هرچند معامله سفهی باشد دلیلی بر بطلانش وجود ندارد؛ لذا، اگر کسی باینکه می‌داند مالش چقدر ارزش دارد به دیگری که دوستش دارد خیلی ارزان‌تر بفروشد، چنین معامله‌ای گرچه

سفهی است ولی باطل نیست و اگر عالماً اقدام کرده باشد حتی خیار غبن هم ندارد. (مدرسی، ۱۳۹۲، ص. ۹۱)

صرف‌نظر از مناقشه کبروی و اختلاف یادشده در میان فقیهان مبنی بر صحت یا عدم صحت معامله سفیهانه، به نظر می‌رسد همان‌گونه که شماری از آنان اشاره کرده‌اند، در برخی از مواردی که ظاهراً مصداق معامله سفیهانه شناخته می‌شود، می‌توان در صغرا مناقشه کرد و اساساً آن را سفیهانه ندانست.<sup>۱</sup> توضیح آنکه گاه انگیزه‌ها و اغراض شخصی در میان است؛ بدین معنا که ممکن است معامله‌ای برای فرد یا گروهی خاص، دارای غرض عقلایی باشد، هرچند در نظر عموم مردم بی‌فایده جلوه کند. برای نمونه، ممکن است کسی به خط پدر خود علاقه داشته باشد و حاضر شود مبلغ زیادی برای خرید آن بپردازد (موسوی‌خویی، ۱۴۲۲، ص. ۵۲۳)، یا فردی که محله‌ای خاص را دوست می‌دارد و حاضر است مثلاً مسکن دومیلیاردی واقع در آن محل را به ده میلیارد خریداری نماید. همچنین، ممکن است معامله‌ای در زمانی یا مکانی خاص سفیهانه به شمار آید، ولی در زمان یا مکان دیگر چنین نباشد؛ مانند خون که امروزه دارای منفعت عقلایی است، درحالی‌که در گذشته چنین نبوده است. روشن است که در چنین مواردی نمی‌توان وصف سفاهت را بر معامله اطلاق کرد (نک: حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۳۷۳). شهید ثانی نیز به همین نکته توجه داشته و می‌نویسد: «سفاقت [در بیع] با تعلق غرض صحیح [عقلایی] به زیادت و نقصان [ثمن نسبت به مقدار واقعی] از بین می‌رود... مانند صبر کردن برای دریافت طلبی که مدت آن فرارسیده است و مانند آن» (شهیدثانی، ۱۳۹۸، ج. ۳، ص. ۵۲۱).

محقق خویی نیز در این باره می‌نویسد:

معامله تنها زمانی سفهی می‌گردد که نه اغراض نوعی داشته باشد و نه اغراض شخصی... زیرا چه بسا اغراض شخصی به خریدن چیزی تعلق بگیرد که هیچ منفعتی ندارد، مانند حشرات و موارد مشابه؛ و همین [تعلق غرض شخصی] در خارج شدن آن معامله از سفیهانه بودن کافی است. (موسوی‌خویی، ۱۳۶۸، ج. ۱، ص. ۳۱۴)

یکی از معاصران می‌گوید: «خیال نشود که بیع محاباتی بیع سفهی است، چون لابد انگیزه‌هایی در آن وجود دارد که ما نمی‌دانیم.» (سبحانی‌تبریزی، ۱۳۹۶)

دانشمند معاصر دیگری توضیح می‌دهد:

یک‌وقت است [انسان] مجبور می‌شود کالای گران‌قیمتی را در اثر بیماری که پیدا کرده یا ضرورتی که پیدا کرده یا ناامنی که احساس کرده به قیمتی بخرس بفروشد، این سفهی نیست؛ نه معامله سفهی است نه این شخص سفیه است. اینکه می‌گویند «الضرورات تبيح المحذورات» و امثال ذلک، برای همین جهات است. (جوادی‌آملی، ۱۳۹۱)

۱. برخی از فقها چنین بیان کرده‌اند: «معامله سفیه، در صورتی که دارای غرض عقلایی باشد، صحیح است و اشکالی ندارد.» (مدنی‌تبریزی، ۱۴۳۳، ص. ۳۷) از دیدگاه آنان، چنین معامله‌ای سفیهانه است، اما صحیح تلقی می‌شود. باین حال، بر اساس آنچه پیش‌تر گفته شد، این نوع معاملات اساساً به سفاهت متصف نمی‌شوند.

دیگری نیز بیان می‌کند:

اقدام بر ضرر، کاری سفیهانه و غیرعقلایی است، اما اگر انگیزه عقلایی داشته باشد در این صورت آن ضرر را به‌منظور آن انگیزه عقلایی تحمل می‌کند؛ مثل هبه مال به اجنبی که وقتی این هبه مقدمه برای دفع ضرر از او یا مقدمه برای جلب منفعتی بزرگ به‌سوی او باشد، [در اینجا] تحمل ضرر قبیح نیست. (شب‌زنده‌دار، ۱۳۹۶)

بر این اساس، به نظر می‌رسد که سفیهانه بودن معامله - برخلاف سفیه بودن شخص - امری نسبی است.<sup>۱</sup> برای سفیهانه نبودن معامله‌ای، وجود غرض شخصی در آن کافی است و لزومی ندارد که غرض مزبور فراگیر باشد. به بیان دیگر، «رفتار عقلایی» با «رفتار فراگیر» متفاوت است؛ به این معنا که رفتار عقلایی لزوماً به معنای شیوع آن در میان عقلا نیست، بلکه اگر از نظر عقلا رفتاری سفیهانه نبوده و مورد تأیید آنان باشد، کافی است که به آن، رفتار عقلایی اطلاق شود، حتی اگر به‌ندرت در جامعه اتفاق بیفتد؛ زیرا در این صورت، عقلا آن غرض را - هرچند شخصی باشد - پسندیده و قابل قبول می‌دانند و در جایگاه فرد مزبور ممکن است همان رفتارها را انجام دهند. بنابراین، عقلایی بودن معامله لزوماً به معنای فراگیر بودن آن نیست (نک: سلطانی‌فرد و همکاران، ۱۴۰۴، ص. ۱۸۵). شاهد این مدعا آن است که اگر برای سفیهانه نبودن معامله، وجود غرض فراگیر ملاک باشد، باید مواردی مانند صدقه و قرض الحسنه را سفیهانه تلقی کرد؛ چه، در میان معمول عقلا در حوزه اقتصاد به‌ویژه با وجود وضعیت بی‌ثبات قیمت‌ها، این موارد عاقلانه به نظر نمی‌آید، حال آنکه در نگاه دینی مسئله این چنین نیست.

نتیجه این است که بسیاری از معاملاتی که ادعای سفیهانه بودن آن‌ها مطرح شده است، صغریاً دچار اشکال هستند؛ زیرا در آن‌ها غرض عقلایی وجود دارد و همین موجب خروج معامله از وصف سفیهانه می‌شود.

### انطباق سنجی معاملات کوبین‌ها با معاملات سفیهانه

پس از تبیین مفهوم معامله سفیهانه و بررسی دیدگاه‌های فقیهان درباره حکم آن، اکنون باید دید آیا معاملات مربوط به کوبین‌ها را می‌توان از مصادیق معاملات سفیهانه دانست یا نه؛ چنان که برخی این اشکال را وارد کرده‌اند (محبی‌پور و همکاران، ۱۴۰۱، ص. ۳۳۵۷؛ نک: نورمفیدی، ۱۴۰۲). همان‌گونه که پیش‌تر گفته شد، ضابطه اصلی در معامله سفیهانه آن است که دو طرف معامله اقدام به دادوستدی کنند که عرفاً میان ارزش اقتصادی ثمن و مثن تناسبی وجود نداشته باشد و از سوی دیگر، غرض صحیح و خردمندانه‌ای نیز در آن مشاهده نگردد. در چنین صورتی است که معامله به وصف «سفاهت» متصف می‌شود.

در ادامه، ضمن اشاره به مهم‌ترین مواردی که عدم تناسب یادشده را به دنبال دارد، به بررسی میزان انطباق معاملات کوبین‌ها با مفهوم معامله سفیهانه پرداخته می‌شود.

۱. برخی از پژوهشگران، علاوه بر دو نظریه «بطلان» و «صحت» در مورد عمل سفیهانه، نظریه جدیدی با عنوان «نسبیت در عمل سفیهی» را مطرح کرده‌اند (نک: سعادت‌مصطفوی و مطیعی، ۱۴۰۳: ۴۵۲).

### مالیت نداشتن عوضین

برخی فقیهان بر این باورند که خرید و فروش چیزی که فاقد مالیت است، سفیهانه به شمار می‌آید (موسوی خویی، ۱۴۲۹، ج. ۱، ص. ۱۹۷؛ منتظری، ۱۴۱۵، ج. ۲، ص. ۱۸۰؛ موسوی خلخالی، ۱۳۸۵، ص. ۸۷۳). محقق خویی، با آنکه خود بطلان معامله سفیهانه را نمی‌پذیرد، بر پایه نظر مشهور می‌نویسد:

مشهور فرموده‌اند در کلیه معاملات که به نحو معاوضه (دادوستد) باشد لازم است یکی از دو طرف معاوضه مالیت (قیمت و ارزش) داشته باشد، زیرا که اگر یکی از دو طرف مالیت نداشته باشد معامله سفیهی و باطل خواهد بود. (مثلاً) اگر کسی دانه‌ای جو را که مالیت ندارد به صد ریال بفروشد معامله باطل است. (موسوی خویی، ۱۴۲۲، ص. ۵۲۳)

### تقد و بررسی

«مالیت» از جمله عناوین انتزاعی است<sup>۱</sup> و ادراک صحیح آن مستلزم تحلیل رفتار عرف و عقلا در ارتباط با اشیای خارجی است. به بیان دیگر، برای شناخت عناوین انتزاعی همچون مالیت، باید رفتار عرفی انسان‌ها و ارتکازات ذهنی عقلا نسبت به اشیاء مورد توجه قرار گیرد.

بر این اساس، می‌توان گفت تحقق «مالیت» در گرو وجود دو عنصر «عرضه» و «تقاضا» و نیز جریان یافتن معاملات عرفی میان مردم است؛ چراکه ارزشمندی چیزی در مبادلات، از همین دو عنصر ناشی می‌شود. از این رو در تعریف «مال» می‌توان گفت: «آنچه نزد همه یا برخی از مردم دارای ارزش مبادلی باشد، مال نامیده می‌شود.» (سلطانی فرد و همکاران، ۱۴۰۴، ص. ۱۹۲)

طبیعی است که چنین ارزشی از تمایل و رغبت مردم نسبت به آن چیز سرچشمه می‌گیرد؛ هرچند این رغبت نیز معمولاً مبتنی بر وجود منفعت داشتن و کمیابی آن است.

با حفظ این نکته، باید دانست که امروزه تمایل و رغبت جمع زیادی از عقلا به پدیده نوظهور «رمزارها» و مشخصاً «بیت‌کوبین» با توجه به مزایای متعددی از جمله «هزینه عملیاتی پایین»، «سرعت بالا در انتقالات فرامرزی»، «ناتوانی دولت‌ها در مصادره و بلوکه کردن»، «عدم امکان جعل» و «تسهیل در جهانی شدن کسب و کارهای داخلی» انکارناپذیر است. گزارش‌های اخیر نشان می‌دهند که تعداد کاربران رمزارها در سطح جهان به صدها میلیون نفر رسیده است؛ برای مثال، در سال ۲۰۲۵ حدود ۵۶۲ میلیون نفر دارای رمزار هستند (Kemmerer, 2025). همچنین، ارزش کل بازار رمزارها نیز در حدود ۲ تریلیون دلار تخمین زده شده است (Howarth, 2025). بر این اساس، می‌توان ادعا کرد که اقبال دست‌کم بخشی از مردم به دارایی‌هایی مانند بیت‌کوبین، مصداق بارز «تسابق» عقلایی بوده و از این رو، به‌روشنی در زمره «اموال» قرار می‌گیرد.

۱. برخلاف نظر فقهای همچون حکیم که مال را امری «اعتباری» می‌داند (طباطبایی حکیم، بی‌تا: ۱/ ۳۲۵)، باید با امثال محقق خویی همداستان شد و مال را امری «انتزاعی» دانست؛ به همین دلیل است که هیچ معتری نمی‌تواند امری انتزاعی - که منشأ خارجی دارد - را ملغا نماید، نهایت آنکه می‌تواند برخی از آثار اعتباری امور انتزاعی را اعتبار نکند.

### منفعت عقلایی نداشتن عوضین

برای بطلان معاوضه نسبت به اشیایی که فاقد منفعت عقلایی هستند، به دلایلی چون عدم الخلاف بلکه اجماع (نک: طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۶۶؛ اردبیلی، بی تا، ج ۸، ص ۵۲)، آیه «أکل مال به باطل» (حلی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۴۰۱؛ موسوی خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۲۴۳)، و نیز حرمت اسراف و تضييع مال (اردبیلی، بی تا، ج ۸، ص ۵۲؛ حسینی عاملی، بی تا، ج ۱۲، ص ۱۳۳) استناد شده است؛ باین حال، برخی فقیهان، سفیهانه بودن را عامل بطلان چنین معاوضاتی دانسته‌اند (نک: موسوی خویی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۳۱۴؛ موسوی خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۱۶۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۱۵۸). بر این اساس، یکی از بارزترین مصادیق معامله سفیهانه، معامله‌ای است که مورد آن فاقد منفعت عقلایی باشد.

### تقد و بررسی

به نظر می‌رسد این بحث در واقع ذیل همان مسأله «مالیت» قرار می‌گیرد و برخلاف برداشت برخی از فقها (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۷۲)، عنوانی مستقل از آن محسوب نمی‌شود. توضیح آنکه یکی از مهم‌ترین عوامل ایجاد «ارزش مبادلی» (مالیت) برای چیزی، وجود منفعت عقلایی در آن است؛ یعنی منافعی که بتوانند غرض یا هدفی خردمندانه را تأمین کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ص ۴۲). البته باید توجه داشت که وجود چنین منفعتی شرط لازم برای تحقق مالیت است، نه شرط کافی؛ زیرا اشیایی مانند هوا هرچند دارای منافع حیاتی و عقلایی هستند، اما در عرف مال به شمار نمی‌آیند، چراکه در شرایط عادی در دسترس همگان‌اند و کسی حاضر نیست برای به دست آوردن آن هزینه‌ای بپردازد.

در مقابل، هرگاه منفعت عقلایی با عواملی چون کمیابی نسبی همراه شود، موجب رغبت و تمایل مردم به آن شیء می‌شود و همین رغبت عرفی است که مالیت و ارزش مبادلی آن را پدید می‌آورد. چه بسا از همین روست که گروهی از فقیهان، دلیل بطلان معاملات اشیای فاقد منفعت را نبود مالیت دانسته‌اند (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۳۵؛ نک: موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۶، ص ۲۵۶). در هر صورت، چنان‌که پیش‌تر اثبات شد، کوبین‌ها از منافع متعدد و روشنی برخوردارند که موجب گرایش روزافزون مردم و حتی دولت‌ها به آن‌ها شده است.

### مملوک نبودن عوضین

بسیاری از فقها مملوکیت را یکی از شروط عوضین می‌دانند. محقق حلی تصریح می‌کند که مبیع باید مملوک باشد (محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۲۷۰). صاحب جواهر الکلام نیز در شرح شرائع، اشتراط مملوکیت مبیع را امری اجماعی می‌داند (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۲، ص ۳۴۳). افزون بر این، برخی فقیهان شرط مملوکیت را در ثمن نیز لازم دانسته‌اند. چنان‌که شیخ انصاری می‌نویسد:

علما با شرط دانستن ملکیت در عوضین، از فروش چیزهایی که مردم در آن‌ها [از جهت عدم ملکیت] مشترک‌اند - مانند آب [در صورتی که عمومی باشد همچون آب‌های دریا]، علف [و چراگاه‌های عمومی]، ماهی‌ها [در صورتی که عمومی باشند همچون ماهی‌های در

رودخانه‌های عمومی] و حیوانات وحشی پیش از شکار آن‌ها - دوری جسته‌اند؛ زیرا همه این‌ها بالفعل مملوک کسی نیستند. (انصاری، بی‌تا، ج. ۴، ص. ۱۱)

بر همین اساس، برخی از دانشمندان، بذل مال در برابر چیزی که مملوک نیست را از مصادیق رفتار سفیهانه دانسته‌اند (اردبیلی، بی‌تا، ج. ۸، ص. ۱۶۷؛ غروی‌نایینی، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۳۴۰).

#### نقد و بررسی

در اینجا پرسش مهمی مطرح می‌شود که مراد از «اشتراک مملوکیت عوضین» چیست؟ در پاسخ به این پرسش، دو احتمال قابل طرح است:

الف) مقصود آن باشد که هریک از بایع و مشتری باید به ترتیب مالک مبیع و ثمن بوده یا از مالک آن‌ها اذن خرید یا فروش داشته باشند؛ در غیر این صورت، معامله فضولی خواهد بود. اگر این معنا مقصود باشد، شرط یادشده به طرفین معامله بازمی‌گردد. محقق حلی در بیان شروط متعاقدان در همین معنا می‌گوید: «...أن یکون البائع مالکاً، أو مَمَّن له أن یبیع عن المالك» (محقق حلی، ۱۴۰۹، ج. ۲، ص. ۲۶۸). محقق اردبیلی نیز فقدان این شرط را موجب سفیهانه شدن معامله می‌داند، آنجا که می‌نویسد: «منها ان یکونا مملوکین لمن له البیع و الشراء، و هو ظاهر، اذ لامعنی لبیع ما لایملک و لا الشراء به، و ان ذلک سفه» (اردبیلی، بی‌تا، ج. ۸، ص. ۱۶۷).

اگر این معنا مورد نظر باشد، آشکار است که معاملات کوبین‌ها با اشکال مواجه نیست؛ زیرا کسی که اقدام به فروش بیت‌کوبین می‌کند، یا آن را از دیگری خریده (در نتیجه، مالک آن است)، یا خود از طریق استخراج (ماینینگ) به دست آورده است. در حالت دوم، مالکیت فرد استخراج‌کننده نیز قابل اثبات خواهد بود؛ زیرا حتی با فرض عدم اعتبار عقود نامعین در شریعت و محدود دانستن عقد صلح به موارد تنازع، بازهم نزدیک‌ترین عقدی که با فرایند ماینینگ انطباق دارد، جعاله عام است (نک: محمدی و همکاران، ۱۴۰۱: ۷۳). بر این مبنای استخراج‌کننده شرعاً مالک رمزارز محسوب می‌شود.

ب) مقصود آن است که هریک از ثمن و مِثْمَن بالفعل مملوک کسی باشند - و به نظر می‌رسد همین معنا صحیح‌تر است. کلام شیخ انصاری نیز مؤید این برداشت است. در این فرض، شرط یادشده به عوضین بازمی‌گردد؛ همچنان که محقق حلی در بیان یکی از شروط مبیع می‌گوید: «... أن یکون [المبیع] مملوکاً؛ فالایصح بیع الحر» (محقق حلی، ۱۴۰۹، ج. ۲، ص. ۲۷۰). محقق نایینی نیز با همین برداشت، معتقد است بذل مال در برابر اشیایی که برای همه مردم یا مسلمانان مباح شده‌اند، سفیهانه است (غروی‌نایینی، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۳۴۰). بر پایه این شرط، بیع مواردی مانند ماهی در دریا - که مملوک کسی نیست - و نیز اراضی مفتوح‌العنوة - که اساساً قابلیت تملک ندارند - صحیح نخواهد بود.

باین حال، اگر از شرط مملوکیت معنای دوم اراده شود، بازهم معاملات کوبین‌ها با اشکالی مواجه نخواهد بود؛ زیرا همان‌طور که بیان شد، رمزارز مالک دارد و مالک آن یا استخراج‌کننده است یا خریدار بعدی. از این رو نمی‌توان آن را مانند ماهی در دریا دانست.

در مورد «غیرقابل تملک بودن رمزارزها» نیز باید گفت: چنانچه عدم امکان تملک به دلیل وجود مانع تکوینی باشد (مانند خورشید و نسیم که صرف نظر از قابل اختصاص نبودن (نک: کاتوزیان، ۱۴۰۰، ص. ۹؛ مطهری، بی تا، صص. ۶۲-۶۳)، قدرت بر تسلیم و تسلّم آن‌ها وجود ندارد)، این استدلال درباره رمزارزها صادق نیست، زیرا رمزارزها قابل تملک اند؛ مگر آنکه ادعا و اثبات شود که غیرقابل تملک بودن ناشی از وجود منع شرعی است، یعنی نهی شرعی متوجه این ارزها شده و آن‌ها را همچون خوک، شراب و زمین‌های مفتوح‌العنوة، غیرقابل تملک نموده است.

### نبود قدرت بر تسلیم عوضین

یکی دیگر از عواملی که می‌تواند موجب سفیهانه شدن معامله گردد، نداشتن قدرت بر تسلیم ثمن و مئمن - یا دست کم یکی از آن دو - است (نک: اردبیلی، بی تا، ج ۸، ص. ۱۷۲؛ بحرانی، بی تا، ج ۲۱، ص. ۵۵۴؛ حسینی عاملی، بی تا، ج ۱۳، ص. ۱۸؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۷، ص. ۳۰۸؛ انصاری، بی تا، ج ۴، ص. ۱۸۶؛ وحیدخراسانی، ۱۴۲۹، ج ۵، ص. ۲۰۷)؛ زیرا اگر به عنوان مثال، بایع نتواند مبیع را تحویل دهد، در واقع مشتری ثمن را بدون آنکه چیزی در برابر آن به دست آورد، به بایع تسلیم کرده است و چنین معاملاتی بی‌تردید سفیهانه محسوب می‌شوند.

### تقد و بررسی

به نظر می‌رسد اشکال یادشده نسبت به معاملات کوبین‌ها وارد نیست. این نکته در چند محور قابل تحلیل است: اولاً، اساساً در فقه معاملات، نه فیزیکی بودن عوضین از جمله شروط صحت بیع است و نه فیزیکی بودن قبض؛ زیرا تسلیم و تسلّم هر چیزی به حسب خود آن چیز است. برای نمونه، تسلیم نرم‌افزاری به ارسال فایل آن، و تسلیم پول الکترونیکی به انتقال آن در شبکه بانکی است. بر همین قیاس، تسلیم رمزارزها نیز با انتقال مالکیت دیجیتال آن‌ها در شبکه بلاک‌چین و ثبت تراکنش مربوطه صورت می‌گیرد. بنابراین، ماهیت غیرمادی کوبین‌ها، مانع تحقق تسلیم نیست و موجب سفیهانه شدن معامله نمی‌گردد (پورصدقی و همکاران، ۱۴۰۱، ص. ۲۵؛ حبیبیان‌نقیبی و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۱۳). در عرف اقتصادی نیز انتقال دارایی‌های غیرملموس امری رایج و پذیرفته شده است؛ چنان‌که بخش مهمی از مبادلات مالی امروز بر پایه دارایی‌های دیجیتال مانند سهام الکترونیکی و پول‌های الکترونیکی صورت می‌گیرد، بدون آنکه فقیهان یا قانون‌گذاران، فیزیکی نبودن آن را مانع تسلیم بدانند.

ثانیاً، با دقت در واقعیت‌های فنی بازار رمزارزها، ساختار صرافی‌های معتبر و متمرکز<sup>۱</sup> نیز به گونه‌ای طراحی شده که قدرت بر تسلیم عوضین در مقام تحقق معامله تضمین شود.<sup>۲</sup> توضیح آنکه در مکانیسم معاملات

1. CEX.

۲. در صرافی‌های غیرمتمرکز (DEX) که معاملات به صورت همتا به همتا و از طریق قرارداد هوشمند انجام می‌شود، اصل وجود و توانایی بر تسلیم تا حدی از طریق همان قرارداد و موجودی واقعی کاربر تأمین می‌گردد؛ با این حال، این اطمینان به قوت صرافی‌های متمرکز نیست و به سلامت قرارداد، وضعیت شبکه و همکاری طرفین وابسته است.

رمزارزی، فرآیند واریز پیشاپیش سرمایه<sup>۱</sup> به این صورت عمل می‌کند که کاربر پیش از انجام دادن هر معامله‌ای باید موجودی حساب خود را در صرافی تأمین کند. برای مثال، یک خریدار جهت خرید بیت‌کوین ابتدا باید مبلغ مورد نظر (مانند ریال) را به حساب کاربری خود در صرافی واریز نماید. تا زمان تأیید این واریزی، امکان ثبت سفارش خرید برای کاربر وجود ندارد. به‌طور متقابل، فروشنده نیز باید دارایی دیجیتال خود (مانند بیت‌کوین) را در کیف پول اختصاصی خود در همان صرافی نگهداری کند. این الزام اولیه موجب می‌شود صرافی از وجود واقعی هر دو عوض (پول و رمزارز) اطمینان حاصل نماید. پس از تکمیل مرحله پیش‌واریز، فرآیند تسویه نهایی<sup>۲</sup> آغاز می‌شود. به‌محض ثبت سفارش خرید در قیمت توافقی، سیستم صرافی به‌صورت کاملاً خودکار و در کسری از ثانیه عمل تسویه را انجام می‌دهد. در این فرآیند، مبلغ معامله بلافاصله از حساب خریدار کسر شده و مقدار رمزارز خریداری‌شده به کیف پول وی واریز می‌گردد. به‌دلیل خودکار بودن این سیستم و وابستگی آن به زیرساخت از پیش تأییدشده، هیچ‌یک از طرفین قادر به ایجاد اختلال در روند پرداخت یا متوقف کردن آن نیست. این سازوکار، امکان تقلب یا عدم تسلیم را به حداقل می‌رساند و اطمینان نسبت به «وجود» و «قدرت بر تسلیم» عوضین را فراهم می‌کند؛ زیرا هر دو دارایی از پیش نزد صرافی موجود است و معامله بر اساس موجودی قطعی طرفین انجام می‌پذیرد (نک: Singh, 2025). این عملیات شباهت ساختاری به فرآیند خرید در پلتفرم‌های خرید اینترنتی کالا دارد که نسبت به بسیاری از کالاها، بلافاصله پس از ثبت سفارش، مبلغ از حساب مشتری کسر شده و مراحل ارسال کالا آغاز می‌گردد.

بنابراین، به نظر می‌رسد اشکال واردشده قابل پذیرش نیست و معاملات رمزارزها از این جهت سفیهانه تلقی نمی‌شوند.

### معلوم نبودن عوضین

از منظر فقه، «معلوم بودن ثمن و مثن» یکی از شروط عوضین برای صحت بیع به شمار می‌رود (محقق‌حلی، ۱۴۰۹، ج. ۲، ص. ۲۷۱ و ۲۷۲) و دربارهٔ اعتبار آن، حتی ادعای اجماع شده است (انصاری، بی‌تا، ج. ۴، ص. ۲۱۰)؛ زیرا اگر دست‌کم یکی از عوضین مجهول باشد، ممکن است در برابر بهای پرداخت‌شده، عوضی متناسب از نظر ارزش اقتصادی قرار نگیرد؛ از همین رو که شماری از فقها بر این باورند که چنین معامله‌ای سفیهانه است (نک: قمی، ۱۳۹۹، ج. ۳، ص. ۲۶۷).

### نقد و بررسی

اگر گفته شود در معامله سفیهانه، طرفین آگاهانه اقدام به مبادلهٔ عوضینی می‌کنند که عرفاً از نظر ارزش اقتصادی نامتناسب‌اند، در این صورت، اشکال مطرح‌شده در حقیقت ناظر به مسألهٔ «غرر» خواهد بود، نه «سفه»؛ زیرا «غرر» در شریعت به‌معنای خطر ناشی از ابهام نسبت به دست‌کم یکی از عوضین در زمان معامله است؛ خطری که شایان توجه باشد (سلطانی‌فرد و محمدی، ۱۴۰۳، ص. ۸۵۴). از همین رو، شرط معلوم بودن

1. Pre-funding.

2. Settlement.

عوضین، برای پیشگیری از همین ضرر احتمالی در نظر گرفته شده است؛ چراکه در فرض مجهول بودن عوضین، تنها احتمال عدم تناسب ارزش اقتصادی وجود دارد، نه قطعیت آن؛ چه بسا اتفاقاً عوضین نامعلوم، از نظر ارزش متوازن باشند.

افزون بر این و صرف نظر از پاسخ پیشین، باید گفت سازوکار حاکم بر بازار رمزارزها، به‌ویژه در پروژه‌های معتبر و شناخته‌شده، بر پایه شفافیت اطلاعاتی است. قیمت و ارزش این دارایی‌ها در پلتفرم‌های معاملاتی به‌صورت عمومی و لحظه‌ای در دسترس است و معامله‌گران می‌توانند با اتکا بر این داده‌ها، در زمان مناسب و با مقدار مشخصی اقدام به معامله کنند. بدیهی است که این سطح از شفافیت، خود معیاری برای تشخیص و گزینش دارایی‌های معتبر از پروژه‌های غیرشفاف و پرریسک به شمار می‌رود. بنابراین، دست‌کم در مورد طیف گسترده‌ای از رمزارزها، شبهه معلوم نبودن عوضین منتفی است.

### بی‌پشتوانه بودن کوین‌ها و نبود تضمین در بازار آن

برخلاف پول‌های اعتباری که پشتوانه‌ای چون دولت‌ها و نظام‌های بانکی دارند، اعتبار رمزارزها صرفاً متکی به سازوکار شبکه غیرمتمرکز و اعتماد کاربران است. این ماهیت موجب می‌شود هیچ نهاد معتبری مسئولیت مستقیمی در قبال ارزش، پایداری یا جبران خسارت‌های ناشی از سرقت و کلاهبرداری بر عهده نگیرد؛ تاجایی که در برخی مقررات داخلی نیز تصریح شده استفاده از این دارایی‌ها مشمول حمایت و ضمانت دولت نیست.<sup>۱</sup> این بی‌پشتوانگی و نبود تضمین، احتمال از بین رفتن ناگهانی ارزش را برای این دارایی‌ها به وجود می‌آورد و امکان اقدامات حمایتی متعارف مانند مسدود کردن حساب‌های مسروقه را منتفی می‌سازد (نک: رضی‌الشمري، ۲۰۱۹، ص: ۷۳؛ به نقل از: مروی، ۱۴۰۱، ص: ۱۲۱). از این رو، برخی اقدام به معامله رمزارزها را با توجه به فقدان چتر حمایتی، مصداق رفتار سفیهانه دانسته‌اند (نک: نورمفیدی، ۱۴۰۲).

### نقد و بررسی

در تحلیل این اشکال، توجه به چند نکته اساسی ضروری است:

اولاً، این اشکال در صورتی قابل طرح است که رمزارزها به‌عنوان «پول» شناخته شوند؛ اما اگر به‌عنوان «کالا» تلقی شوند، شرط وجود پشتوانه موضوعیت ندارد. بسیاری از کالاهای متعارف بازار -از فلزات گران‌بها تا آثار هنری- فاقد پشتوانه‌اند، ولی این امر مانع صحت معاملات آن‌ها نیست. بنابراین، در فرض کالابودن کوین‌ها، استدلال مبتنی بر بی‌پشتوانگی و جاهت لازم را ندارد.

ثانیاً، با فرض پذیرش پول بودن کوین‌ها و همچنین پذیرش این دیدگاه که پشتوانه پول عبارت است از هرآنچه ثبات ارزش اقتصادی و قدرت خرید آن را تضمین می‌کند (نک: یوسفی، ۱۳۷۷، ص: ۱۳۸)، می‌توان گفت آنچه امروزه در عمل پشتوانه پول محسوب می‌شود، نه دارایی‌های مادی، بلکه اعتبار دولت‌های صادرکننده و پذیرش عمومی مردم است (نک: مکارم‌شیرازی، ۱۳۷۲؛ جوادی‌آملی، ۱۳۹۳؛ شهیدی، ۱۳۹۷؛

۱. در اولین بند «تصویب‌نامه هیئت‌وزیران» مورخ ۱۳۹۸/۰۵/۱۳ آمده است: «استفاده از رمزارزها صرفاً با قبول مسئولیت خطرپذیری (ریسک) از سوی متعاملین صورت می‌گیرد و مشمول حمایت و ضمانت دولت و نظام بانکی نبوده و استفاده از آن در مبادلات داخل کشور مجاز نیست».

عباسی خراسانی، ۱۳۹۹). به عبارت دیگر، ارزش پول‌های رایج غالباً از قدرت حکومت‌ها و اعتماد عمومی ناشی می‌شود، نه از پشتوانه‌های فیزیکی.

با این ملاحظه، در رمزارزهایی مانند بیت‌کوین نیز چه بسا بتوان گفت پشتوانه آن نه نهاد یا شخص خاص، بلکه مجموعه‌ای از عوامل غیرمتمرکز است؛ از جمله شبکه قدرتمند «بلاک‌چین» که ضامن امنیت و کارکرد آن است. در کنار اعتماد و اقبال روزافزون کاربران و مشارکت فعال مجموعه‌ای از استخراج‌کنندگان، توسعه‌دهندگان و سازمان‌های مرتبط. به بیان دیگر، اعتباردهنده کوین‌ها نه دولت‌ها یا اشخاص حقیقی، بلکه یک سیستم اجتماعی-فناورانه غیرمتمرکز است که بر پایه اعتماد جمعی و اجماع عرف خاص شکل گرفته است. از این رو، ممکن است بتوان این شبکه را نوعی پشتوانه غیرمتمرکز دانست که در جای خود ثبات نسبی و مقبولیت رمزارزها را تضمین می‌کند.

ثالثاً، هرچند نهادهای مالی رسمی هنوز رمزارزها را به‌طور گسترده معتبر نمی‌دانند، اما شواهدی از پذیرش تدریجی آن‌ها وجود دارد. برخی کشورها با به رسمیت شناختن رمزارزها، حتی مالیات بر معاملات آن وضع کرده و آن را به‌عنوان ثمن یا مثنی در مبادلات پذیرفته‌اند (نورمفیدی، ۱۴۰۲). به‌عنوان مثال، به‌تازگی در کشور قانون «مالیات بر سوداگری و سفته‌بازی» در تاریخ ۱۴/۰۵/۱۴۰۴ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که برای نخستین بار، مفاهیمی چون «رمزپول» و «رمزدارایی» در زمره دارایی‌های مشمول مقررات مالیاتی و الزام به صدور صورتحساب الکترونیکی و ثبت تراکنش‌ها قرار گرفته‌اند (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۴۰۳). این اقدام را می‌توان نشانه‌ای از حرکت تدریجی نظام حقوقی کشور به سوی تنظیم‌گری و شفاف‌سازی معاملات رمزارزی دانست؛ حرکتی که هرچند به‌معنای تأیید مطلق مشروعیت فقهی رمزارزها نیست، بیانگر آن است که با تدوین چارچوب‌های دقیق اقتصادی، فنی و حقوقی می‌توان زمینه را برای بررسی مجدد و رفع تدریجی موانع فقهی فراهم ساخت و مسیر تعامل قانون‌مند با این پدیده را هموارتر کرد.

از این رو، ادعای فقدان اعتبار مطلق از سوی تمامی نهادها و عقلاً صحیح به نظر نمی‌رسد. مؤید این مطلب آن است که شرکت‌های خصوصی نیز توانایی ایجاد رمزارز را دارند؛ نمونه بارز آن، رمزارز «تتر»<sup>۱</sup> است که در سال ۲۰۱۴ میلادی توسط شرکت خصوصی Tether Limited Inc راه‌اندازی شد (Cryptoslav, 2023). از این رو، لزومی ندارد پشتوانه رمزارزها حتماً حاکمیت‌های رسمی باشند.

رابعاً، اشکال مطرح‌شده - همانند اشکال پیشین - درباره احتمال ضرر بوده و در واقع بیش از آنکه به «سفه» بازگردد، به «غرر» مربوط است.

در مورد فقدان مسئولیت و ضمانت اجرایی در بازار رمزارزها نیز باید گفت:

اولاً، به چه دلیل برای صحت معامله‌ای، وجود تضمین نسبت به عوضین آن ضرورت دارد؟

ثانیاً، این ادعا که دولت‌ها مطلقاً نتوانند در بازار رمزارزها ورود کنند نیز صحیح به نظر نمی‌رسد؛ چراکه در عمل، برخی دولت‌ها با وضع مقرراتی، در جهت پیشگیری از مشکلات احتمالی و سامان‌دهی این بازار گام

برداشته‌اند؛ هرچند که اثربخشی و حدود این‌گونه مداخلات هنوز کاملاً روشن نیست و نمی‌توان با قاطعیت در مورد موفقیت‌آمیز بودن آن‌ها قضاوت کرد. ابلاغ «الزامات انتظامی سایبری تخصصی کارگزاران مبادله رمزارز»<sup>۱</sup> و همچنین تصویب کلیات طرح سامان‌دهی رمزارزها در کمیسیون اقتصادی مجلس در تاریخ ۱۳ آذر ۱۴۰۲ را می‌توان از جمله این اقدامات در کشور دانست.

### وجود نوسانات شدید و بدون محدودیت در بازار کوین‌ها

بازار کوین‌ها به دلیل حجم نسبتاً کوچک، نقدینگی محدود و حضور پررنگ سفته‌بازان، از نوسانات قیمتی شدیدی رنج می‌برد. برای نمونه، بر اساس پژوهشی در سال ۲۰۲۴، نوسان‌پذیری بیت‌کوین به‌طور تاریخی به‌طور متوسط ۴ تا ۵ برابر بیشتر از شاخص‌های اصلی بازار سهام (مانند S&P 500) بوده است (Nzokem & Maposa, 2024). این امر نشان می‌دهد که ریسک از دست دادن سرمایه در بیت‌کوین به مراتب بالاتر از سرمایه‌گذاری در بازار سهام است. این نوسانات می‌تواند برای سرمایه‌گذاران غیرحرفه‌ای که ممکن است تمام سرمایه خود را در یک افت ناگهانی از دست بدهند، بسیار آسیب‌زا باشد. برای نمونه، در سال ۲۰۲۲، قیمت بیت‌کوین از اوج حدود ۶۹,۰۰۰ دلار در نوامبر ۲۰۲۱ به زیر ۱۷,۰۰۰ دلار در نوامبر ۲۰۲۲ سقوط کرد. بسیاری از معامله‌گران خرد که در اوج قیمت خریداری کرده بودند، بیش از ۷۵٪ از سرمایه خود را از دست دادند. برای مثال، یک معامله‌گر خرد که ۱۰,۰۰۰ دلار در قیمت ۶۵,۰۰۰ دلار سرمایه‌گذاری کرده بود، ارزش دارایی او به حدود ۲,۵۰۰ دلار کاهش یافت.

نمودار زیر، نوسانات قیمتی بیت‌کوین را به‌عنوان یکی از اصلی‌ترین رمزارزها، در بازه زمانی تقریبی ده‌ساله (از سال ۲۰۱۵ تا ۲۰۲۵) نشان می‌دهد.

۱. در دی‌ماه سال ۱۴۰۱، پلیس فضای تولید و تبادل اطلاعات فراجا، مستندی را تحت عنوان «الزامات انتظامی سایبری تخصصی کارگزاران مبادله رمزارز» به تعدادی از مدیران سکویهای تبادل رمزارزها به‌صورت غیررسمی و در ضمن سیزده صفحه ابلاغ کرد. بر اساس یکی از این الزامات، مقرر شد شرکتی که صرافی دارد باید تضمینی باشد. همچنین ارائه خدمات در حوزه رمزارز به اتباع خارجی ممنوع گردید. در بند دیگر آمده که اگر پس از ارزیابی‌ها، بازرسی‌ها و تذکرات پلیس فتا، این نهاد به این نتیجه رسید که فعالیت صرافی‌ها سازگاری با روح این الزامات ندارند، از طریق شاپرک نسبت به مسدود شدن درگاه آن‌ها اقدام خواهد شد. در بخش فراهم کردن امنیت برای پلتفرم‌های فعال در حوزه رمزارز نشانه‌هایی از انحصار هم دیده می‌شد، چراکه اعلام شد شرکت‌های فعال در این بخش باید به‌صورت دوره‌ای و هر شش ماه یک‌بار نسبت به انجام تست امنیتی توسط یک شرکت ارزیاب «مورد تأیید پلیس فتا / مرکز افتا» اقدام کنند. از دیگر الزامات این بود که شرکت‌ها را ملزم می‌کرد کلیه اطلاعات مرتبط با سوابق معاملات و تراکنش‌های کاربران را حداقل به مدت ۱۰ سال و به‌صورت امن نگهداری کنند. بر اساس بندی دیگر، هرگونه تبلیغات فریبنده با هدف ترویج ارزهای رمزیایه، اعم از داخلی یا خارجی، تشویق و ترغیب مردم به سرمایه‌گذاری در رمزارزها یا سایت‌های مدعی پرداخت سودهای کلان و غیره ممنوع گشت (نک: آرزدیجیتال، ۱۴۰۲).



نمودار ۱. نوسانات قیمت بیت‌کوین در بازه ۲۰۱۵ تا ۲۰۲۵ (Bitbo, 2025)

نمودار فوق تأیید می‌کند که بیت‌کوین با وجود پتانسیل سود بالا، یک دارایی بی‌ثبات است. بر همین اساس، ممکن است ادعا شود معامله در این بازار به دلیل وجود ریسک بالای ناشی از نوسانات زیاد قیمتی و بی‌ثباتی آن‌ها سفیهانه تلقی می‌شود.

#### نقد و بررسی

اگرچه این اشکال به‌وضوح در مورد رمزارزهای پرنوسانی مانند بیت‌کوین صادق است، اما باید توجه داشت نوسانات شدید و دوره‌های ریزش قیمتی پدیده‌ای مختص به بازار رمزارزها نیست و بازارهای سنتی تحت نظارت نیز از آن مصون نیستند. به‌عنوان نمونه، بورس تهران در بازه زمانی ۱۳۹۹ تا ۱۴۰۲ شاهد کاهش قابل ملاحظه‌ی شاخص کل بود. بر اساس داده‌های منتشرشده توسط سازمان بورس و اوراق بهادار، ارزش پرتفوی تعداد قابل توجهی از سرمایه‌گذاران خرد در این بازه زمانی بیش از ۵۰ درصد کاهش یافت. این میزان کاهش برای برخی نمادهای خاص حتی به محدوده ۷۰ تا ۸۰ درصد نیز رسید.<sup>۱</sup> نمودار زیر نیز بیانگر وضعیت پرنوسان بازار سرمایه در بازه زمانی سال‌های ۱۳۹۹ تا ۱۴۰۳ است.



نمودار ۲. تحولات سالانه شاخص بورس تهران (شبکه اطلاع‌رسانی طلا، سکه و ارز، ۱۴۰۳)

۱. آمار یادشده در بخش «گزارش آماری وضعیت بازار سرمایه» در تارنمای رسمی «سازمان بورس و اوراق بهادار» به نشانی [www.seo.ir](http://www.seo.ir) قابل مشاهده و استناد است.

این واقعیت به خوبی نشان می‌دهد که نوسانات شدید، پدیده‌ای است که به درجات مختلف در دیگر بازارهای مالی نیز وجود دارد.

باین حال، نکته اساسی آن است که معاملات رمزارزها به دلیل حساسیت و پیچیدگی خود، طبیعتاً با سطح بالایی از ریسک همراهاند و انجام دادن آنها مستلزم فراگیری دانش و مهارت‌های تخصصی است؛ امری که در تبادلات متعارف چندان ضرورت ندارد. بر همین اساس، با وجود چنین آگاهی و مهارتی، نمی‌توان این معاملات را رفتار سفیهانه دانست. به بیان دیگر، در این بازار قدرت عرضه و تقاضا عامل اصلی نوسان قیمت‌هاست؛ نوسانی که معمولاً بر پایه تحلیل‌های تکنیکال و سطوح مقاومت و حمایت شکل می‌گیرد و از همین رو، برای اهل فن تا حدودی قابل پیش‌بینی است.

### خرید در قیمت‌های نامعقول

گاه معامله‌گران رمزارز، بدون توجه به روند رشد پیشین و در محدوده‌های مقاومتی - به‌ویژه پس از جهش‌های شدید قیمتی - اقدام به خرید می‌کنند. این رفتار از منظر فعالان باتجربه بازار منطقی به نظر نمی‌رسد و می‌تواند زمینه نسبت «سفه» به چنین معاملاتی را فراهم سازد. در واقع، خرید در چنین نقاطی ممکن است نشانه‌ای از تصمیم‌گیری احساسی و فقدان تحلیل عقلایی تلقی شود.

### تقد و بررسی

در تحلیل این اشکال، باید به دو جنبه متمایز ولی مرتبط توجه کرد:

اولاً، خرید در قیمت‌های غیرمنطقی از دیدگاه عقلای بازار رفتاری ناپسند و غیرحرفه‌ای است؛ زیرا معامله‌گران آگاه پیش از هر تصمیمی به داده‌های تحلیل تکنیکال، شاخص‌های آماری و روان‌شناسی بازار توجه می‌کنند. این ابزارها به آنان کمک می‌کند تا نقاط مناسب ورود و خروج را تشخیص داده، ریسک معاملات را کاهش دهند و از زیان‌های سنگین جلوگیری کنند. چنین رویکردی بیانگر وجود محاسبه و تدبیر عقلایی در تصمیم‌گیری‌های معاملاتی است.

ثانیاً، اگر صرف معامله در شرایط پرریسک، معیار سفاهت دانسته شود، باید بسیاری از معاملات در بازارهای سنتی - مانند بورس، طلا یا مسکن - نیز باطل تلقی گردد؛ زیرا در این بازارها نیز گاه خرید در قیمت‌های نادرست یا تحت تأثیر هیجانات موقتی رخ می‌دهد. بنابراین، ریسک‌پذیری کنترل‌شده و آگاهانه را نمی‌توان به‌خودی‌خود مصداق رفتار سفیهانه دانست.<sup>۱</sup>

۱. مواردی همچون «کلاهبرداری»، «مسدود شدن حساب به‌سبب تحریم»، «هک یا سرقت کیف پول»، و حتی «فراموشی رمز عبور» یا «گم کردن کلید خصوصی» نیز از جمله خطرهای محتمل در بازار رمزارزهاست؛ باین حال، آشنایی نسبی با سازوکارهای امنیتی، انتخاب صرافی‌های معتبر، به‌کارگیری گذرواژه‌های پیچیده و رعایت پروتکل‌های حفاظتی می‌تواند تا حدودی احتمال بروز این آسیب‌ها را کاهش دهد. از این رو، وجود چنین مخاطراتی را نمی‌توان به‌تنهایی دلیلی بر سفیهانه بودن معاملات رمزارزی دانست، بلکه باید آن را در چارچوب رفتار عقلایی همراه با آگاهی و احتیاط تحلیل کرد.

در پایان باید یادآور شد که نفی سفیهانه بودن معاملات کوبین‌ها، به معنای مشروعیت این معاملات نیست؛ چراکه مسائل و ابهامات دیگری همچون «ضرری بودن» خرید و فروش این ارزها همچنان محل بحث بوده و نیازمند تحلیل مستقل در پژوهش‌های دیگر است.<sup>۱</sup>

### نتیجه‌گیری

۱. «معامله سفیهانه» مفهومی مستقل از «معامله سفیه» و ناظر به معاملاتی غیر عقلایی است که معامله‌گر سفیه نباشد. در این‌گونه معاملات، رفتار مالی انجام‌شده از دید عرف و عقلا نامتعارف و فاقد غرض عقلایی است؛ مانند فروش خانه‌ای به بهای ناچیز یا خرید کالایی بی‌ارزش با قیمتی گزاف. مشهور فقهای امامیه، از جمله امام خمینی (ره)، با استناد به لزوم عقلایی بودن معامله، معاملات سفیهانه را باطل دانسته و تصحیح بعدی آن را نیز ممکن نمی‌دانند؛ زیرا در نظر ایشان، سفاقت در خود معامله نهفته است، نه صرفاً در شخصیت معامله‌گر. در مقابل، گروهی دیگر مانند محقق خوبی، دلیلی بر بطلان این‌گونه معاملات نیافته و معتقدند آنچه شرعاً بی‌اعتبار است، «معامله سفیه» است نه «سفیهانه».

۲. بیشتر فقها درصدد ارائه تعریف دقیق و تبیین ضوابط تحقق «معامله سفیهانه» برنیامده‌اند؛ اما با توجه به فروع فقهای ای که در آن‌ها به عنصر سفاقت در معامله استناد شده است، می‌توان گفت به‌طور کلی، هر معامله‌ای که در آن تناسب عرفی ارزش اقتصادی میان عوض و معوض رعایت نشود و در عین حال، غرض عقلایی و خردمندانه‌ای نیز بر آن مترتب نباشد، معامله‌ای سفیهانه محسوب می‌شود.

۳. سفیهانه بودن یک عمل - برخلاف سفیه بودن شخص - امری نسبی است. برای اینکه معامله‌ای سفیهانه محسوب نشود، وجود یک غرض شخصی عقلایی کافی است و لازم نیست این غرض، همگانی یا مورد پذیرش عموم باشد. به بیان دیگر، برخی انگیزه‌ها و اهداف شخصی وجود دارند که ممکن است از دید اکثر مردم بی‌ارزش تلقی شوند، اما برای فرد یا گروهی خاص، کاملاً عقلانی و منطقی باشند. برای نمونه، فردی که طالب خط پدرش است و حاضر است برای آن - با وجود ارزش مادی ناچیز - هزینه زیادی کند، یا کسی که به محله‌ای خاص علاقه‌مند است و می‌پذیرد خانه‌ای را به چند برابر قیمت در آنجا بخرد - درحالی که نوع خریداران دیگر حاضر به چنین خریدی نیستند -، در واقع بر اساس غرض شخصی خود عمل کرده است. افزون بر این، ممکن است عملی در یک زمان یا مکان خاص، سفیهانه به نظر برسد، اما در شرایطی دیگر کاملاً منطقی باشد. برای مثال، خون امروزه دارای ارزش و فایده است، درحالی که در گذشته این‌گونه نبوده است. بدیهی است که چنین مواردی را نمی‌توان سفیهانه دانست. بنابراین، در بسیاری از مواردی که به‌عنوان مصداق معامله سفیهانه مطرح می‌شوند، می‌توان مناقشه صغروی کرد و اساساً آن‌ها را سفیهانه ندانست.

۱. البته می‌توان از منظری دیگر چنین استدلال کرد که معاملات کوبین‌ها را تنها در صورتی می‌توان سفیهانه به شمار آورد که پیش‌تر، نهی شرعی نسبت به آن‌ها اثبات شده باشد؛ زیرا در فرض وجود چنین منعی، فرد متشرع با پرداخت پول و خرید دارایی‌ای مانند بیت کوبین - که از باب «حرمت اکل مال به باطل» تصرف در آن ممنوع است - عملاً نمی‌تواند از عوض به‌دست‌آمده بهره‌ای عقلایی ببرد و چنین رفتاری در حکم «دور ریختن مال» خواهد بود و عقلاً آن را رفتاری سفیهانه می‌دانند.

۴. با توجه به تحلیل‌های انجام‌شده درباره معیارهای تحقق معامله سفیهانه - از جمله «مالیت نداشتن»، «منفعت عقلایی نداشتن»، «مملوک نبودن»، «قدرت بر تسلیم نداشتن» و «معلوم نبودن» دست‌کم یکی از عوضین - می‌توان نتیجه گرفت که معاملات کوبین‌ها از هیچ‌یک از جهات یادشده، بر معامله سفیهانه منطبق نمی‌گردند. نخست آنکه رمزارزها بی‌تردید از منظر عرف عقلاً «مال» محسوب می‌شوند؛ زیرا رغبت قابل توجه کاربران، وجود عرضه و تقاضای واقعی، ارزش مبادلی روشن و کارکردهای متعدد اقتصادی، تحقق عنوان مالیت را قطعی می‌کند. طبیعی است که با برخورداری از چنین کارکردهایی، منفعت عقلایی نیز در آن‌ها مفروض است. ثانیاً رمزارزها مملوک‌اند و مالکیت آن‌ها به‌صورت روشن از طریق خریدوفروش یا استخراج تحقق می‌یابد. ثالثاً نبود قدرت بر تسلیم نیز در این معاملات به‌دلیل سازوکار فنی شبکه بلاک‌چین و ساختار نظارتی صرافی‌های معتبر که انتقال قطعی و لحظه‌ای را تضمین می‌کنند، منتفی است. رابعاً، اشکال معلوم نبودن عوضین نیز - دست‌کم در رمزارزهای اصلی و شناخته‌شده - وارد نیست؛ زیرا هم قیمت و هم مقدار رمزارزها در لحظه معامله به‌طور کامل شفاف و قابل محاسبه است. خامساً «بی‌پشتوانه بودن» و «نبودن پشتوانه» نیز نمی‌تواند موجب سفیهانه شدن این معاملات شود؛ زیرا صرفنظر از اینکه وجود پشتوانه و تضمین از شرایط صحت معاملات نیست، چه بسا بتوان پشتوانه رمزارزهایی مانند بیت‌کوبین را به‌شکل «سیستمی» و برخاسته از مجموعه‌ای از عوامل عقلایی همچون شبکه غیرمتمرکز بلاک‌چین، امنیت رمزنگاری‌شده، مشارکت استخراج‌کنندگان، توسعه‌دهندگان و اعتماد کاربران دانست. در نهایت، مدیریت ریسک‌هایی نظیر «خرید در قیمت‌های نامعقول»، «هک یا سرقت کیف پول»، «فراموشی رمز عبور» و «گم کردن کلید خصوصی» عمدتاً در گرو آگاهی و رعایت اصول امنیتی توسط کاربران است و با انتخاب بسترهای معتبر و به‌کارگیری راهکارهای حفاظتی مناسب می‌توان تا حد زیادی از وقوع آن‌ها پیشگیری کرد. بنابراین، حتی بر فرض پذیرش دیدگاه فقهی «بطالان معاملات سفیهانه»، نمی‌توان معاملات کوبین‌ها را داخل در این عنوان دانست.

گفتنی است نفی وصف سفاقت از معاملات کوبین‌ها، به‌منزله اثبات مشروعیت کامل آن‌ها نیست؛ زیرا مباحث دیگری از قبیل «ضرری بودن» این معاملات، کماکان مورد مناقشه بوده و نیازمند واکاوی مستقل است.

## منابع

## قرآن کریم

- ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد. (۱۳۶۷). النهایة فی غریب الحدیث والأثر. بیروت: المكتبة العلمية.
- ابن ادريس، محمد بن احمد. (۱۴۲۹). موسوعة ابن ادريس الحلبي. قم: دليل ما.
- ابن رفاعه، احمد بن محمد. (۲۰۰۹). كفاية النبيه في شرح التنبيه. بی‌جا: دار الكتب العلمية.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد. (۱۴۲۱). الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل. بیروت: دار الكتب العلمية.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴). لسان العرب. بیروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع و دار صادر.
- اردبیلی، احمد بن محمد. (بی‌تا). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
- امامی، سید حسن. (۱۳۹۴). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامیة.
- انصاری، مرتضی. (بی‌تا). کتاب مکاسب. بی‌جا: تراث الشيخ الأعظم.
- بحرانی، یوسف. (بی‌تا). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
- پورصدقی، رضا؛ فائزی، محمد و آذرین، سید صادق. (۱۴۰۱). واكوی فقهی غرری بودن معامله بیت کوبین. فقه و تاریخ تمدن، ۸(۳).
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۰). حقوق اموال. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۴۰۰). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
- جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۹۱، ۲ خرداد). تقریرات درس خارج فقه.
- جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۹۳، ۷ دی). تقریرات درس خارج فقه.
- جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۹۷، ۱ دی). تقریرات درس خارج فقه.
- جودمایر، الوشا؛ استیفر، نیکلاس؛ کرامهولز، کاترین و گارویپ، اد. (۱۳۹۹). بلاک چین (معرفی بیت کوبین، رمزارزها و مکانیزم توافق به وجود آمدن آن‌ها) (ترجمه مدیری و عظیم زادگان). تهران: پشتیبان.
- حاجی ملامیرزایی، حامد. (۱۳۹۹). بلاک چین. تهران: انتشارات دانشگاه و پژوهشگاه عالی دفاع ملی و تحقیقات راهبردی.
- حائری، عبدالکریم. (۱۳۹۱). استفتائات. قم: زائر.
- حبیبیان نقیبی، مجید؛ اسدیان لایمی، مرتضی و زحمتکش، محمدعلی. (۱۳۹۹). بررسی چالش غرر در معامله بارمزارزها (مورد مطالعه بیت کوبین). در کنفرانس بین المللی فقه، حقوق و پژوهش‌های دینی، (۲).
- حسینی عاملی، محمدجواد. (بی‌تا). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
- حسینی مراغی، سید میر عبد الفتاح. (۱۴۱۷). العناوین الفقهية. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
- حلی، جعفر بن الحسن (محقق). (۱۴۰۹). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. تهران: استقلال.
- حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۲). منتهی المطلب فی تحقیق المذهب. مشهد: مجمع البحوث الاسلامیة.
- حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴). تذکرة الفقهاء. قم: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث.
- حلی، حسین بن علی. (۱۴۳۲). بحوث فقهية من محاضرات آیت الله العظمی الشیخ حسین الحلبي. بیروت: دار الزهراء.
- حلی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: اسماعیلیان.
- خویی، سید محمد تقی. (۱۳۹۸). الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود. بیروت: دار المؤرخ العربی.
- روحانی، محمد صادق. (۱۴۱۴). فقه المسائل المستحدثة. قم: دار الكتاب.

- سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۳۹۶، ۲۵ بهمن). تقریرات درس خارج فقه. مدرسه فقهات. <https://www.eshia.ir>
- سعادت مصطفوی، سیدمصطفی و مطیعی، محمدجواد. (۱۴۰۳). وضعیت عمل سلفیه در فقه امامیه؛ نظریه نسبیّت. پژوهش نامه فقه اجتماعی، ۱۲(۲۴).
- سلطانی فرد، جواد و محمدی، احمد. (۱۴۰۳). کاوشی نو در گستره مفهومی قاعده نفی غرر و انطباق سنجی خرید و فروش ارزهای رمزیابه با آن از منظر فقه امامیه. پژوهش نامه حقوق اسلامی، ۲۵(۴).
- سلطانی فرد، جواد؛ یوسفی، احمدعلی و محمدی، احمد. (۱۴۰۴). بازپژوهی معناشناختی مال از منظر فقه امامیه. فقه و اصول، ۵۷(۱۴۱).
- سمعانی، منصوربن محمد. (۱۴۱۸). قواعد الأدلة فی الأصول. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- شب زنده دار، محمدمهدی. (۱۳۹۶، ۵ آذر). تقریرات درس خارج اصول فقه. مدرسه فقهات. <https://www.eshia.ir>
- شبیروی زنجانی، موسی. (۱۳۸۰). کتاب نکاح. قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
- شهیداول، محمدبن مکی. (بی تا). اللعة الدمشقیة. بی جا: دار الفکر.
- شهیدثانی، زین الدین بن علی. (۱۳۹۸). الروضة البهیة فی شرح اللعة الدمشقیة. بی نا، بی جا.
- شهیدی، محمدتقی. (۱۳۹۷، ۳ بهمن). تقریرات درس خارج فقه. مدرسه فقهات. <https://www.eshia.ir>
- صفائی، سیدحسین و قاسم زاده، مرتضی. (۱۳۸۱). حقوق مدنی: اشخاص و محجورین. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب دانشگاهی در علوم اسلامی و انسانی (سمت).
- طباطبایی بروجردی، سیدحسین. (۱۳۹۴). الرسائل الفقهیة. قم: مؤسسة آیت الله العظمی البروجردی.
- طباطبایی حکیم، سیدمحسن. (بی تا). نهج الفقاهة. قم: ۲۲ بهمن.
- طریحی، فخرالدین بن محمد. (۱۳۷۵). مجمع البحرین و مطلع النیرین. تهران: مرتضوی.
- طوسی، محمدبن حسن. (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیة. تهران: المكتبة المرتضویة.
- عباسی خراسانی، هادی. (۱۳۹۹، ۲۷ اسفند). تقریرات درس خارج فقه. مدرسه فقهات. <https://www.eshia.ir>
- علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۹۹، ۸ مهر). تقریرات درس خارج اصول فقه.
- علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۹۷، ۱۰ آذر). تقریرات درس خارج فقه.
- غروی اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۹). حاشیة کتاب المکاسب. بی جا: المحقق.
- غروی نایینی، محمدحسین. (بی تا). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب. بی جا: المكتبة المحمدیة.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۰۹). کتاب العین. قم: هجرت.
- فضلی، حسن؛ چمندار، مهدی و زمردی، هادی. (۱۳۹۸). بلاکچین و رمزارزها. تهران: ناقوس.
- فیومی، احمدبن محمد. (۱۴۱۴). المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر. قم: مؤسسه دارالهجرة.
- قمی، ابوالقاسم. (۱۳۹۹). جامع الشتات. قم: فقه الثقلین.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۴). قواعد عمومی قراردادها. تهران: نشر شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۴۰۰). اموال و مالکیت. تهران: میزان.
- گرچی، ابوالقاسم. (۱۳۸۵). مقالات حقوقی. تهران: دانشگاه تهران.
- محبی پور، نرجس خاتون؛ زارع، مهدی؛ رضانی، محمد و خسروی نیا، بابک. (۱۴۰۱). ارزهای دیجیتال از منظر فقه. با تأکید بر استخراج، معاملات و مشروعیت. جامعه‌شناسی سیاسی ایران، ۱۰(۵).

محمدی، احمد؛ سلطانی‌فرد، جواد؛ رنجبر، حسین و پهلوانی، محمداسماعیل. (۱۴۰۱). انطباق‌سنجی استخراج رمزارزها با جعاله. فقه، ۲۹(۱۱۱).

مدرسی، محمدرضا. (۱۳۹۲). مقالات فقهی: اجرت بر واجبات. قم: دار التفسیر.

مدنی‌تبریزی، یوسف. (۱۴۳۳). الفوائد القیمیة فی القرآن و الدعاء و الذکر و بعض المسائل المتفرقة. قم: دفتر سید یوسف مدنی‌تبریزی.

مروی، جواد. (۱۴۰۱). فقه رمزارزها. قم: مؤسسه انتشارات حوزه‌های علمیه.

مطهری، مرتضی. (بی‌تا). نظری به نظام اقتصادی اسلام. تهران: صدرا.

مکارم‌شیرازی، ناصر. (۱۳۸۵). بررسی طرق فرار از ربا. قم: مدرسه الامام علی بن‌ابی‌طالب (ع).

مکارم‌شیرازی، ناصر و همکاران. (۱۴۲۴). کتاب النکاح. قم: مدرسه الامام علی بن‌ابی‌طالب (ع).

مکارم‌شیرازی، ناصر. (۱۳۷۲، ۲۲ تیر). تقریرات درس خارج فقه. مدرسه فقهات. <https://www.eshia.ir>

مکارم‌شیرازی، ناصر و علیان‌نژادی، ابوالقاسم. (۱۳۸۳). حیل‌های شرعی و چاره‌جویی‌های صحیح. قم: مدرسه الامام علی بن‌ابی‌طالب (ع).

منتظری، حسینعلی. (۱۴۱۵). دراسات فی المکاسب المحرمة. قم: تفکر.

مور، وارن. (۱۴۰۱). ارز دیجیتال برای مبتدیان (ترجمه روحانی). مشهد: دیده‌بان قلم فرتاک.

موسوی‌بجنوردی، سیدحسن. (۱۳۷۷). القواعد الفقهیة. قم: الهادی.

۶۶. موسوی‌خلخالی، محمدمهدی. (۱۳۸۵). فقه الشیعة: الاجارة. تهران: مرکز فرهنگی انتشاراتی منیر.

موسوی‌خمینی، سیدروح‌الله. (بی‌تا). المکاسب المحرمة. قم: اسماعیلیان.

موسوی‌خویی، سیدابوالقاسم. (۱۳۶۸). مصباح الفقاهة (تقریر محمدعلی توحیدی). بی‌جا: بی‌نا.

موسوی‌خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۲۲). توضیح المسائل. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.

موسوی‌خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۲۹). محاضرات فی الفقه الجعفری. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.

میلانی، محمدهادی. (بی‌تا). محاضرات فی فقه الامامیة (کتاب الصلاة). مشهد: دانشگاه فردوسی.

نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۲). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

نورمفیدی، سیدمجتبی. (۱۴۰۲، ۲۷ اردیبهشت). تقریرات درس خارج فقه. پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر حضرت آیت‌الله

سیدمجتبی نورمفیدی. <https://www.m-noormofidi.com>

هاشمی‌شاهروودی، محمود. (۱۳۹۵). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل‌بیت علیهم‌السلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه

اسلامی بر مذهب اهل‌بیت (ع).

هاشمی‌شاهروودی، محمود. (۱۴۳۷). استفتانات. بی‌جا: بنیاد فقه و معارف اهل‌بیت (ع).

وحیدخراسانی، حسین. (۱۴۲۹). العقد النضید (تقریر محمدرضا انصاری‌قمی). قم: دار التفسیر.

یزدی، سیدمحمدکاظم. (۱۳۷۶). سؤال و جواب. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

یوسفی، احمدعلی. (۱۳۷۷). ماهیت پول و راهبردهای فقهی و اقتصادی آن. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

ارزدیجیتال. (۱۴۰۳). پایگاه خبری، تحلیلی و آموزشی ارزهای دیجیتال. قابل‌بازبایی در: <https://www.arzdigital.com>

سازمان بورس و اوراق بهادار. (۱۴۰۳). پورتال رسمی سازمان بورس و اوراق بهادار ایران. قابل‌بازبایی در: <https://www.seo.ir>

شبکه اطلاع‌رسانی طلا، سکه و ارز. (۱۴۰۳). نرخ‌های لحظه‌ای و اخبار بازار سرمایه. قابل‌بازبایی در: <https://www.tgju.org>

مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی. (۱۴۰۳). سامانه قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران. قابل‌بازبایی در:

<https://rc.majlis.ir>

## Reference

- The Holy Qur'ān.
- Ibn al-Athīr al-Jazarī, Mubārak b. Muḥammad. (1367 SH [1988/1989 CE]). *Al-Nihāya fī gharīb al-ḥadīth wa-l-athar* [The ultimate reference on unusual terms in ḥadīth and tradition]. Beirut: al-Maktaba al-'Ilmiyya.
- Ibn Idrīs, Muḥammad b. Aḥmad. (1429 AH [2008/2009 CE]). *Mawsū'at Ibn Idrīs al-Ḥillī* [The encyclopedia of Ibn Idrīs al-Ḥillī]. Qom: Dalīl-I Mā.
- Ibn Rif'a, Aḥmad b. Muḥammad. (2009). *Kifāyat al-nabīh fī sharḥ al-Tanbīh* [The sufficiency of the discerning scholar in commentary on al-Tanbīh]. N.p.: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya.
- Ibn Qudāma, 'Abd Allāh b. Aḥmad. (1421 AH [2000/2001 CE]). *Al-Kāfī fī fiqh al-Imām Aḥmad b. Ḥanbal* [The sufficient book in the jurisprudence of Imām Aḥmad b. Ḥanbal]. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya.
- Ibn Manzūr, Muḥammad b. Mukarram. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Lisān al-'Arab* [The tongue of the Arabs]. Beirut: Dār al-Fikr li-l-Ṭibā'a wa-l-Nashr wa-l-Tawzī' and Dār Ṣādir.
- Ardabīlī, Aḥmad b. Muḥammad. (n.d.). *Majma' al-fā'ida wa-l-burhān fī sharḥ Irshād al-adhhān* [The compendium of benefit and proof in commentary on Irshād al-adhhān]. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī.
- Imāmī, Sayyid Ḥasan. (1394 SH [2015/2016 CE]). *Ḥuqūq-I madanī* [Civil law]. Tehran: Intishārāt-I Islāmīyya.
- Anṣārī, Murtaḍā. (n.d.). *Kitāb al-makāsib* [The book of transactions]. N.p.: Turāth al-Shaykh al-A'zam.
- Baḥrānī, Yūsuf. (n.d.). *al-Ḥadā'iq al-nādira fī aḥkām al-'itra al-tāhira* [The radiant gardens concerning the rulings of the pure household]. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī.
- Pūrshidqī, Riḍā, Fā'izī, Muḥammad, & Ādhariyān, Sayyid Ṣādiq. (1401 SH [2022/2023 CE]). A jurisprudential analysis of the gharar-based nature of Bitcoin transactions. *Fiqh wa Tārīkh-I Tamaddun* [Jurisprudence and the History of Civilization], 8(3).
- Ja'farī Langarūdī, Muḥammad Ja'far. (1378 SH [1999/2000 CE]). *Mabsūt dar terminuluzhī-yi huqūq* [An extensive work on legal terminology]. Tehran: Ganj-I Dānish.
- Ja'farī Langarūdī, Muḥammad Ja'far. (1380 SH [2001/2002 CE]). *Huqūq-I amwāl* [Property law]. Tehran: Ganj-I Dānish.
- Ja'farī Langarūdī, Muḥammad Ja'far. (1400 SH [2021/2022 CE]). *Terminuluzhī-yi huqūq* [Legal terminology]. Tehran: Ganj-I Dānish.
- Jawādī Āmulī, 'Abd Allāh. (1391 SH, 2 Khordād [23 May 2012]). *Taqrīrāt-I dars-I khārij-I fiqh* [Advanced jurisprudence lecture notes].
- Jawādī Āmulī, 'Abd Allāh. (1393 SH, 7 Dey [28 December 2014]). *Taqrīrāt-I dars-I khārij-I fiqh* [Advanced jurisprudence lecture notes].
- Jawādī Āmulī, 'Abd Allāh. (1397 SH, 1 Dey [22 December 2018]). *Taqrīrāt-I dars-I khārij-I fiqh* [Advanced jurisprudence lecture notes].
- Judmayer, Aljoshia, Stifter, Nicholas, Krombholz, Katharina, & Weippl, Edgar. (1399 SH [2020/2021 CE]). *Blockchain: Mu'arriḥt-yi Bitcoin, ramz-arz-hā wa makānizm-I tawāfuq-I bih wujūd āmadan-I ān-hā* [Blockchain: Introducing Bitcoin, cryptocurrencies, and the consensus mechanism by which they arise] (Mudrīrī & 'Azīmzādagān, Trans.). Tehran: Pushtībān.

- Ḥājī Malāmīrā'ī, Ḥāmid. (1399 SH [2020/2021 CE]). *Blockchain* [Blockchain]. Tehran: Supreme National Defense University and Strategic Research Institute.
- Ḥā'irī, 'Abd al-Karīm. (1391 SH [2012/2013 CE]). *Istiftā'āt* [Legal inquiries]. Qom: Zā'ir. Ḥabībīyān Naqībī, Majīd, Asadiyān Lālimī, Murtaḍā, & Zahmatkash, Muḥammad 'Alī. (1399 SH [2020/2021 CE]). An examination of the challenge of gharar in cryptocurrency transactions: The case of Bitcoin. In *International Conference on Fiqh, Law, and Religious Research*, (2).
- Ḥusaynī 'Āmilī, Muḥammad Jawād. (n.d.). *Miftāḥ al-karāma fī sharḥ Qawā'id al-'allāma* [The key to nobility in commentary on al-'Allāma's Qawā'id]. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī.
- Ḥusaynī Marāghī, Sayyid Mir 'Abd al-Fattāḥ. (1417 AH [1996/1997 CE]). *Al-'Anāwīn al-fiqhiyya* [Jurisprudential headings]. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī.
- Ḥillī, Ja'far b. al-Ḥasan, known as al-Muḥaqqiq al-Ḥillī. (1409 AH [1988/1989 CE]). *Sharā'i' al-Islām fī masā'il al-ḥalāl wa-l-ḥarām* [The laws of Islam concerning lawful and unlawful matters]. Tehran: Istiqlāl.
- Ḥillī, Ḥasan b. Yūsuf. (1412 AH [1991/1992 CE]). *Muntahā al-maṭlab fī taḥqīq al-madhhab* [The ultimate objective in verifying the school]. Mashhad: Majma' al-Buḥūth al-Islāmiyya.
- Ḥillī, Ḥasan b. Yūsuf. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Tadhkirat al-fuqahā'* [The reminder of the jurists]. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt 'alayhim al-salām li-lḥyā' al-Turāth.
- Ḥillī, Ḥusayn b. 'Alī. (1432 AH [2010/2011 CE]). *Buḥūth fiqhiyya min muḥādarāt Āyat Allāh al-'Uzmā' al-Shaykh Ḥusayn al-Ḥillī* [Jurisprudential studies from the lectures of Grand Āyat Allāh Shaykh Ḥusayn al-Ḥillī]. Beirut: Dār al-Zahrā'.
- Ḥillī, Muḥammad b. Ḥasan. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Īdāḥ al-fawā'id fī sharḥ mushkilāt al-qawā'id* [Clarification of the benefits in commentary on the difficulties of the legal principles]. Qom: Ismā'iliyān.
- Khū'ī, Sayyid Muḥammad Taqī. (1398 SH [2019/2020 CE]). *Al-Shurūṭ aw al-iltizāmāt al-taba'iyya fī al-'uqūd* [Conditions or ancillary obligations in contracts]. Beirut: Dār al-Mu'arrikh al-'Arabī.
- Rūḥānī, Muḥammad Šādiq. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Fiqh al-masā'il al-mustahdatha* [Jurisprudence of newly arising issues]. Qom: Dār al-Kitāb.
- Subḥānī Tabrīzī, Ja'far. (1396 SH, 25 Bahman [14 February 2018]). *Taqrīrāt-I dars-I khārij-I fiqh* [Advanced jurisprudence lecture notes]. Retrieved from <https://www.eshia.ir>
- Sa'ādat Muṣṭafawī, Sayyid Muṣṭafā, & Muṭī'ī, Muḥammad Jawād. (1403 SH [2024/2025 CE]). The status of the prodigal act in Imāmī jurisprudence: The theory of relativity. *Pazhūhishnāma-yi Fiqh-I Ijtimā'ī* [Journal of Social Jurisprudence], 12(24).
- Sulṭānīfard, Jawād, & Muḥammadī, Aḥmad. (1403 SH [2024/2025 CE]). A new inquiry into the conceptual scope of the rule of negating gharar and the assessment of its application to cryptocurrency transactions from the perspective of Imāmī jurisprudence. *Pazhūhishnāma-yi Ḥuqūq-I Islāmī* [Journal of Islamic Law], 25(4).
- Sulṭānīfard, Jawād, Yūsufī, Aḥmad 'Alī, & Muḥammadī, Aḥmad. (1404 SH [2025/2026 CE]). A semantic reexamination of property from the perspective of Imāmī jurisprudence. *Fiqh wa Uṣūl* [Jurisprudence and Principles], 57(141).
- Sam'ānī, Mansūr b. Muḥammad. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Qawā'it al-adilla fī al-uṣūl* [Decisive proofs in legal theory]. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya.

- Shabzindadār, Muḥammad Maḥdī. (1396 SH, 5 Āzar [26 November 2017]). *Taqrīrāt-I dars-I khārij-I uṣūl-I fiqh* [Advanced lectures in legal theory]. Retrieved from <https://www.eshia.ir>
- Shubayrī Zanjanī, Mūsā. (1380 SH [2001/2002 CE]). *Kitāb-I nikāh* [The book of marriage]. Qom: Mu'assasa-yi Pazhūhishī-yi Rāy Pardāz.
- Al-Shahīd al-Awwal, Muḥammad b. Makkī. (n.d.). *al-Lum'a al-Dimashqiyya* [The Damascene gleam]. N.p.: Dār al-Fikr.
- Al-Shahīd al-Thānī, Zayn al-Dīn b. 'Alī. (1398 SH [2019/2020 CE]). *Al-Rawḍa al-bahiyya fī sharḥ al-Lum'a al-Dimashqiyya* [The splendid garden in commentary on al-Lum'a al-Dimashqiyya]. N.p.: n.p.
- Shahīdī, Muḥammad Taqī. (1397 SH, 3 Bahman [23 January 2019]). *Taqrīrāt-I dars-I khārij-I fiqh* [Advanced jurisprudence lecture notes]. Retrieved from <https://www.eshia.ir>
- Şafā'ī, Sayyid Ḥusayn, & Qāsimzāda, Murtaḍā. (1381 SH [2002/2003 CE]). *Huqūq-I madanī: Ashkhāṣ wa mahjūrīn* [Civil law: Persons and legally incapacitated persons]. Tehran: Organization for Researching and Composing University Textbooks in the Humanities.
- Ṭabāṭabā'ī Burūjirdī, Sayyid Ḥusayn. (1394 SH [2015/2016 CE]). *Al-Rasā'ul al-fiqhiyya* [Jurisprudential treatises]. Qom: Mu'assasat Āyat Allāh al-'Uzmā al-Burūjirdī.
- Ṭabāṭabā'ī Ḥakīm, Sayyid Muḥsin. (n.d.). *Nahj al-fiqāha* [The path of jurisprudence]. Qom: 22 Bahman.
- Ṭurayḥī, Fakhr al-Dīn b. Muḥammad. (1375 SH [1996/1997 CE]). *Majma' al-baḥrayn wa-maṭla' al-nayyirayn* [The confluence of the two seas and the rising point of the two luminaries]. Tehran: Murtaḍawī.
- Ṭūsī, Muḥammad b. Ḥasan. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Al-Mabsūt fī fiqh al-Imāmiyya* [The extensive work on Imāmī jurisprudence]. Tehran: al-Maktaba al-Murtaḍawiyya.
- 'Abbāsī Khurāsānī, Hādī. (1399 SH, 27 Isfand [18 March 2021]). *Taqrīrāt-I dars-I khārij-I fiqh* [Advanced jurisprudence lecture notes]. Retrieved from <https://www.eshia.ir>
- 'Alīdūst, Abū al-Qāsim. (1399 SH, 8 Mihr [30 September 2020]). *Taqrīrāt-I dars-I khārij-I uṣūl-I fiqh* [Advanced lectures in legal theory].
- 'Alīdūst, Abū al-Qāsim. (1397 SH, 10 Āzar [1 December 2018]). *Taqrīrāt-I dars-I khārij-I fiqh* [Advanced jurisprudence lecture notes].
- Gharawī Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn. (1419 AH [1998/1999 CE]). *Hāshiyat Kitāb al-makāsib* [Gloss on Kitāb al-makāsib]. N.p.: al-Muḥaqqiq.
- Gharawī Nā'īnī, Muḥammad Ḥusayn. (n.d.). *Munyat al-ṭālib fī ḥāshiyat al-Makāsib* [The seeker's desire: A gloss on al-Makāsib]. N.p.: al-Maktaba al-Muḥammadiyya.
- Farāhīdī, Khalīl b. Aḥmad. (1409 AH [1988/1989 CE]). *Kitāb al-'Ayn* [The book of 'Ayn]. Qom: Hijrat.
- Faḍlī, Ḥasan, Chamandār, Maḥdī, & Zomorrodī, Hādī. (1398 SH [2019/2020 CE]). *Blockchain wa ramz-arz-hā* [Blockchain and cryptocurrencies]. Tehran: Nāqūs.
- Fayyūmī, Aḥmad b. Muḥammad. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Al-Miṣbāḥ al-munīr fī gharīb al-sharḥ al-kabīr* [The illuminating lamp on unusual terms in the great commentary]. Qom: Mu'assasat Dār al-Hijra.
- Qummī, Abū al-Qāsim. (1399 SH [2020/2021 CE]). *Jāmi' al-shatāt* [The comprehensive collection of dispersed matters]. Qom: Fiqh al-Thaqalayn.
- Kātūziyān, Nāṣir. (1394 SH [2015/2016 CE]). *Qawā'id-I umūmī-yi qarārdād-hā* [General rules of contracts]. Tehran: Shirkat-I Sahāmī-yi Intishār.

- Kātūziyān, Nāšir. (1400 SH [2021/2022 CE]). *Amwāl wa mālikiyyat* [Property and ownership]. Tehran: Mīzān.
- Gurjī, Abū al-Qāsim. (1385 SH [2006/2007 CE]). *Maqālāt-I huqūqī* [Legal essays]. Tehran: University of Tehran.
- Muḥibbipūr, Narjis Khātūn, Zāri', Maḥdī, Ramaḍānī, Muḥammad, & Khusrawīniyā, Bābak. (1401 SH [2022/2023 CE]). Digital currencies from the perspective of jurisprudence, with emphasis on mining, transactions, and legitimacy. *Jāmi 'a-shināsī-yi Siyāsī-yi Īrān* [Political Sociology of Iran], 10(5).
- Muḥammadī, Aḥmad, Sulṭānifard, Jawād, Ranjbar, Ḥusayn, & Pahlavānī, Muḥammad Ismā'īl. (1401 SH [2022/2023 CE]). Assessing the conformity of cryptocurrency mining with ju'āla. *Fiqh*, 29(111).
- Mudarrisī, Muḥammad Ridā. (1392 SH [2013/2014 CE]). *Maqālāt-I fiqhī: Ujrat bar wājibāt* [Jurisprudential essays: Remuneration for obligatory acts]. Qom: Dār al-Tafsīr.
- Madanī Tabrīzī, Yūsuf. (1433 AH [2011/2012 CE]). *Al-Fawā'id al-Qummiyya fi al-Qur'an wa-l-du'ā' wa-l-dhikr wa-ba'd al-masā'il al-mutafarriqa* [Qom benefits concerning the Qur'an, supplication, remembrance, and some miscellaneous issues]. Qom: Office of Sayyid Yūsuf Madanī Tabrīzī.
- Marwī, Jawād. (1401 SH [2022/2023 CE]). *Fiqh-I ramz-arz-hā* [The jurisprudence of cryptocurrencies]. Qom: Seminary Publications Institute.
- Muṭahharī, Murtaḍā. (n.d.). *Naẓarī ba niẓām-I iqtisādī-yi Islām* [A look at the Islamic economic system]. Tehran: Šadrā.
- Makārim Shīrāzī, Nāšir. (1385 SH [2006/2007 CE]). *Barrasī-yi ṭuruq-I firār az ribā* [An examination of methods of avoiding usury]. Qom: Madrasa-yi al-Imām 'Alī b. Abī Ṭālib.
- Makārim Shīrāzī, Nāšir, et al. (1424 AH [2003/2004 CE]). *Kitāb al-nikāḥ* [The book of marriage]. Qom: Madrasa-yi al-Imām 'Alī b. Abī Ṭālib.
- Makārim Shīrāzī, Nāšir. (1372 SH, 22 Tīr [13 July 1993]). *Taqrīrāt-I dars-I khārij-I fiqh* [Advanced jurisprudence lecture notes]. Retrieved from <https://www.eshia.ir>
- Makārim Shīrāzī, Nāšir, & 'Aliyān-Nizhādī, Abū al-Qāsim. (1383 SH [2004/2005 CE]). *Hīla-hā-yi shar'ī wa chāra-jū'ī-hā-yi ṣaḥīḥ* [Legal stratagems and proper remedies]. Qom: Madrasa-yi al-Imām 'Alī b. Abī Ṭālib.
- Muntaẓirī, Ḥusayn 'Alī. (1415 AH [1994/1995 CE]). *Dīrāsāt ft al-makāsib al-muḥarrama* [Studies on forbidden transactions]. Qom: Tafakkur.
- Moore, Warren. (1401 SH [2022/2023 CE]). *Arz-I dījītāl barā-yi mubtadiyān* [Cryptocurrency for beginners] (Rūḥānī, Trans.). Mashhad: Dīdabān-I Qalam-I Fartāk.
- Mūsawī Bujnūrdī, Sayyid Ḥasan. (1377 SH [1998/1999 CE]). *Al-Qawā'id al-fiqhiyya* [Jurisprudential maxims]. Qom: al-Hādī.
- Mūsawī Khalkhālī, Muḥammad Maḥdī. (1385 SH [2006/2007 CE]). *Fiqh al-shī'a: al-ljāra* [Shi'i jurisprudence: Lease and hire]. Tehran: Markaz-I Farhangī-Intishārātī-yi Munīr.
- Mūsawī Khomeinī, Sayyid Rūḥ Allāh. (n.d.). *al-Makāsib al-muḥarrama* [Forbidden transactions]. Qom: Ismā'īliyān.
- Mūsawī Khū'ī, Sayyid Abū al-Qāsim. (1368 SH [1989/1990 CE]). *Miṣbāḥ al-fiqāha* [The lamp of jurisprudence] (Muḥammad 'Alī Tawḥīdī, Reporter). N.p.: n.p.
- Mūsawī Khū'ī, Sayyid Abū al-Qāsim. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Tawḍīḥ al-masā'il* [Manual of practical rulings]. Qom: Mu'assasat Ihyā' Āthār al-Imām al-Khū'ī.
- Mūsawī Khū'ī, Sayyid Abū al-Qāsim. (1429 AH [2008/2009 CE]). *Muḥāḍarāt fi al-fiqh al-Ja'farī* [Lectures in Ja'farī jurisprudence]. Qom: Encyclopedia Institute of Islamic Jurisprudence.

- Mīlānī, Muḥammad Hādī. (n.d.). *Muḥāḍarāt fī fiqh al-Imāmiyya: Kitāb al-ṣalāt* [Lectures in Imāmī jurisprudence: The book of prayer]. Mashhad: Ferdowsi University.
- Najāfī, Muḥammad Ḥasan. (1362 SH [1983/1984 CE]). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ Sharā'ī' al-Islām* [Jewels of discourse in commentary on Sharā'ī' al-Islām]. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
- Nūr Mufidī, Sayyid Muḥtabā. (1402 SH, 27 Ordibehesht [17 May 2023]). *Taqrīrāt-I dars-I khārij-I fiqh* [Advanced jurisprudence lecture notes]. Website of the Office of Āyat Allāh Sayyid Muḥtabā Nūr Mufidī. Retrieved from <https://www.m-noormofidi.com>
- Hāshimī Shāhrūdī, Maḥmūd. (1395 SH [2016/2017 CE]). *Farhang-I fiqh muṭābiq-I madhhab-I Ahl al-Bayt 'alayhim al-salām* [Dictionary of jurisprudence according to the school of the Ahl al-Bayt]. Qom: Encyclopedia Institute of Islamic Jurisprudence according to the School of the Ahl al-Bayt.
- Hāshimī Shāhrūdī, Maḥmūd. (1437 AH [2015/2016 CE]). *Istiftā'āt* [Legal inquiries]. N.p.: Foundation of Jurisprudence and Teachings of the Ahl al-Bayt.
- Waḥīd Khurāsānī, Ḥusayn. (1429 AH [2008/2009 CE]). *Al-'Iqd al-naḍīd* [The well-arranged necklace] (Muḥammad Ridā Anṣārī Qummī, Reporter). Qom: Dār al-Tafsīr.
- Yazdī, Sayyid Muḥammad Kāzim. (1376 SH [1997/1998 CE]). *Su'āl wa javāb* [Questions and answers]. Tehran: Markaz-I Nashr-I 'Ulūm-I Islāmī.
- Yūsufī, Aḥmad 'Alī. (1377 SH [1998/1999 CE]). *Māhiyyat-I pūl wa rāhburd-hā-yi fiqhī wa iqtisādī-yi ān* [The nature of money and its jurisprudential and economic strategies]. Tehran: Research Institute for Islamic Culture and Thought.
- ArzDigital. (1403 SH [2024/2025 CE]). *Pāyghāh-I khabarī, taḥlīlī wa āmūzishī-yi arz-hā-yi dījītāl* [News, analytical, and educational platform for cryptocurrencies]. Retrieved from <https://www.arzdigital.com>
- Securities and Exchange Organization of Iran. (1403 SH [2024/2025 CE]). *Pūrtāl-I rasmī-yi Sāzmān-I Būrs wa Awrāq-I Bahādār-I Īrān* [Official portal of the Securities and Exchange Organization of Iran]. Retrieved from <https://www.seo.ir>
- Gold, Coin, and Currency Information Network. (1403 SH [2024/2025 CE]). *Nirakh-hā-yi laḥẓa'ī wa akhbār-I bāzār-I sarmāya* [Real-time rates and capital-market news]. Retrieved from <https://www.tgju.org>
- Islamic Parliament Research Center. (1403 SH [2024/2025 CE]). *Sāmāna-yi qavānīn wa muqarrarāt-I Jumhūrī-yi Islāmī-yi Īrān* [Laws and regulations database of the Islamic Republic of Iran]. Retrieved from <https://rc.majlis.ir>
- Bitbo. (2025). *Bitcoin Real-Time Charts & Network Statistics*. Available at: <https://charts.bitbo.io>
- Cryptoslav, I. (2023). *What is Tether? The company behind USDT*. CoinMarketCap. <https://coinmarketcap.com/academy/article/what-is-tether>
- Howarth, J. (2025, October 15). *How many people use cryptocurrency? (2024)*. Exploding Topics. <https://explodingtopics.com/blog/cryptocurrency-stats>
- Kemmerer, D. (2025, June 10). *How many people own crypto in the world? – June 2025 data*. CoinLedger. <https://coinledger.io/research/how-many-people-own-crypto-in-the-world>
- Nzokem, A., & Maposa, D. (2024). Bitcoin versus S&P 500 index: Return and risk analysis. *Risks*, 29(3), Article 44. <https://doi.org/10.3390/risks29030044>
- Singh, D. (2025, March 4). *What is a Centralized Crypto Exchange? A Complete Guide*. Debut Infotech. <https://www.debutinfotech.com>

## Criteria of Maslahah in the Three Arenas of Inference, Legislation, and Implementation

Gholamreza Peyvandi<sup>1</sup> and Ali Zare Qaramaleki<sup>2</sup>

1. *Corresponding Author*, Assistant Professor of Fiqh and Law, Islamic Culture and Thought Research Institute, Qom, Iran. Email: [peyvandi@iict.ac.ir](mailto:peyvandi@iict.ac.ir)
2. Kharij-level Seminary Student & M.A. in Philosophy of Religion, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: [azq1378@gmail.com](mailto:azq1378@gmail.com)

Article Info	ABSTRACT
<b>Article type:</b> Research Article	Ambiguity in the concept of maslahah has allowed many actors to claim that they act in accordance with it. Clarifying criteria for identifying maslahah is therefore essential. Although various criteria have been proposed, they have often not been matched to the role of maslahah in different arenas. This descriptive-analytical study, based on library sources and the Islamic epistemic system, identifies five functions of maslahah: the criterion underlying the object of rulings, the subject of governmental rulings, a qualification of the object of a ruling or law, a secondary title, and a remover of conflict between duties. These functions are examined in the three arenas of inference, legislation, and implementation. In inference, maslahah is identified through revelation, reason, and rational custom. In legislation, criteria are divided into foundational, structural, and substantive categories. In implementation, foundational and substantive criteria apply where maslahah qualifies the object of a ruling or law; harm and necessity, hardship and difficulty, and the rule of more important and important govern secondary titles and conflicts.
<b>Article history:</b> Received 21 October 2023	
Received in revised form 27 December 2023	
Accepted 06 January 2024	
Available online 22 December 2025	
<b>Keywords:</b> maslahah, criteria of maslahah, inference, legislation, implementation of laws	

**Cite this article:** Peyvandi, G., & Zare Qaramaleki, A. (1404). Criteria of Maslahah in the Three Arenas of Inference, Legislation, and Implementation. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 20(2), 241-264. <https://doi.org/10.22034/fvh.2024.17145.1845>



© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.  
DOI: <https://doi.org/10.22034/fvh.2024.17145.1845>

## **Introduction**

Maslahah is a central concept in individual and social life and occupies a significant position in Shi'i fiqh. It is especially important in the Islamic Republic of Iran, where law and governance are grounded in Islamic norms. Yet ambiguity in the definition and diagnosis of maslahah has led to different and sometimes conflicting uses. Existing literature on criteria of maslahah has often failed to distinguish the different functions and arenas in which the concept is applied. This article seeks to identify the criteria of maslahah in the arenas of legal inference, legislation, and implementation.

## **Methodology**

The research uses a descriptive-analytical method and draws on library sources, including fiqhi, usuli, legal, and philosophical texts. It extracts and evaluates different views on maslahah and organizes the criteria within a systematic framework.

## **Literature Review**

Previous works include studies on criteria of maslahah in Shi'i fiqh, social maslahah in Imami fiqh, maslahah in criminal policy, and the book *Fiqh and Maslahah*. However, these works have not examined the criteria separately across the three arenas of inference, legislation, and implementation. The present article offers a new structure for the discussion.

## **Findings**

Maslahah linguistically denotes soundness and the opposite of corruption; it refers to what brings benefit or prevents harm. In the Islamic fiqhi-legal system it has five functions: criterion of the object of a Shari'ah ruling, subject of governmental rulings, qualification of the object of a ruling or law, secondary title, and remover of conflict. In inference, maslahah is reached from the effects to the cause because rulings disclose real interests. Revelation, reason, and rational custom are the sources for identifying it, subject to conditions. Rational custom is relevant where sound reason has no independent perception, the Shari'ah has not directly intervened, and religion has referred the matter to customary rationality or approved an existing practice.

## **Discussion**

In legislation, maslahah as the subject of governmental rulings must satisfy foundational, structural, and substantive criteria. Foundational criteria include conformity with Shari'ah, rationality, rights-orientation, justice, anthropological principles, and human dignity. Structural criteria concern the nature and function of law, including generality, attention to the public, attention to Muslims and believers, coherence, proportionality, and

practicability. Substantive criteria examine the subject itself and factors affecting it, especially time and place. In implementation, maslahah may qualify the object of a ruling or law, operate as a secondary title through harm, necessity, hardship, or difficulty, or resolve conflicts through the rule of the more important and the important.

### **Conclusion**

The article concludes that maslahah must be evaluated according to its function and arena. In inference, it is the real criterion of Shari'ah rulings and is identified through revelation, reason, and rational custom. In legislation, it is the subject of governmental rulings and requires foundational, structural, and substantive criteria. In implementation, it appears as a qualification of the object of a ruling or law, as a secondary title, and as a means of resolving conflicts. This classification reduces conceptual confusion and provides a more precise framework for jurists, legislators, and officials.

### **Declarations**

**Author Contributions:** Data collection and report preparation were carried out by Gholamreza Peyvandi and Ali Zare Qaramaleki.

**Data Availability Statement:** Not applicable.

**Acknowledgements:** No acknowledgement was declared.

**Ethical Considerations:** The authors observed the ethical principles governing the conduct and publication of scientific research.

**Funding:** This research received no specific grant from public, commercial, or not-for-profit funding bodies.

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

**Declaration on Generative AI and AI-assisted Technologies:** The authors declared that no artificial intelligence was used in the writing process.



## ضوابط مصلحت در سه ساحت استنباط، تقنین و اجرا

غلامرضا پیوندی<sup>۱</sup> و علی زارع قراملکی<sup>۲</sup>

۱. نویسنده مسئول، استادیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، ایران. رایانامه: [peyvandi@iict.ac.ir](mailto:peyvandi@iict.ac.ir)

۲. طلبه درس خارج حوزه علمیه و کارشناسی ارشد فلسفه دین دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: [azq1378@gmail.com](mailto:azq1378@gmail.com)

### چکیده

### اطلاعات مقاله

ابهام در مفهوم مصلحت باعث شده هرکس ادعای رعایت آن را داشته باشد. بنابراین تشریح ضوابط تشخیص مصلحت امری مهم است. علی‌رغم بیان ضوابط متفاوت، متأسفانه تناسب آن‌ها با جایگاه مصلحت در ساحت‌های مختلف رعایت نشده است؛ مقاله حاضر، با هدف ترمیم، این مسئله را به روش توصیفی-تحلیلی از منابع کتابخانه‌ای به بررسی گذاشته است. با تکیه بر نظام معرفتی اسلام، برای مصلحت پنج کارکرد («ملاک متعلق احکام»، «موضوع احکام ولایی»، «قید موضوع حکم یا قانون»، «عنوان ثانوی» و «رافع تراجم») وجود دارد که در سه ساحت استنباط، تقنین و اجرا بررسی و ضوابط هر یک تبیین شده است. تشخیص مصلحت در ساحت استنباط به منابع وحی، عقل و عقلا برمی‌گردد که در صورت قطعی بودن ملاک، به‌عنوان مصلحت واقعی شمرده می‌شود. در تقنین قوانین، ضوابط به سه دسته پایه، ساختاری و محتوایی تقسیم می‌شود که هر یک ضوابط جزئی‌تری دارند. در ساحت اجرا، ضوابط پایه و محتوایی برای مصلحت به‌مثابه قید موضوع حکم یا قانون نیز مطرح است. «ضرر و اضطرار» و «عسر و حرج» دو عنوان صادقی بر مصلحت به‌مثابه عنوان ثانوی هستند. رعایت قاعده «اهم و مهم» نیز اصلی‌ترین ضابطه برای رفع تراجم است.

### نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۷/۲۹

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۰/۰۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۱۶

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۱۰/۰۱

### کلیدواژه‌ها:

مصلحت،

ضوابط مصلحت،

استنباط،

تقنین،

اجرای قوانین

**استناد:** پیوندی، غلامرضا؛ و زارع قراملکی، علی. (۱۴۰۴). ضوابط مصلحت در سه ساحت استنباط، تقنین و اجرا. مطالعات فقه

اسلامی و مباحی حقوق، ۲۰(۲)، ۲۴۱-۲۶۴. <https://doi.org/10.22034/FVH.2023.17327.1863>



### مقدمه

مصلحت، مؤلفه مهم در زندگی فردی و اجتماعی انسان بوده؛ از این رو در فقه شیعه نیز از جایگاه خاصی برخوردار است که بحث از آن خود مجال دیگری می‌طلبد.<sup>۱</sup> منتها مشکل از آنجا آغاز می‌شود که ابهام ناشی از بی‌ثباتی و تغییر موجود در مفهوم مصلحت همراه با دامنه تفسیری بالا که منجر به ابهام در مصداق‌ها می‌شود، راه را برای ادعای تشخیص مصلحت برای هر شخصی هموار می‌سازد. از این رو تبیین ضوابط موجود در تشخیص مصلحت ضرورت می‌یابد.

جایگاه مصلحت چنان ایجاب می‌کند که با وجود ادعای پاسخ‌گویی اسلام به تمام مسائل زندگی انسان در عرصه‌های گوناگون فردی، اجتماعی و نیز تشکیل حکومت اسلامی در ایران و اجرای احکام الهی، ضوابط مصلحت بیش از این‌ها مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد؛ لیکن به‌رغم نوشته‌های بسیار در موضوع مصلحت، ضوابط مصلحت از نظر اسلام در ساحت‌های گوناگون زندگی به‌خوبی از یکدیگر تفکیک، بررسی و تبیین نشده است.

همان‌گونه که در تحقیق «جایگاه مصلحت در سه ساحت استنباط، تقنین و اجرا» گفته شد، فرض بر این است که مصلحت با نظر به کارکردهای موجود در سه ساحت استنباط احکام، تقنین قوانین و اجرای آن‌ها باید به‌صورت مستقل از یکدیگر بررسی شود؛ زیرا هریک از این سه ساحت متمایز از دیگری بوده و مصلحت در هرکدام جایگاه متفاوتی از دیگری دارد؛ پس بالتبع، ضوابط متفاوتی را هم در پی خواهد داشت. در نتیجه، مسئله ما در مقاله پیشرو بررسی ضوابط مصلحت در هریک از این سه ساحت به‌طور مستقل است. در مقاله پیش رو ابتدا اجمالی از مفهوم مصلحت تشریح شده و بعد، با عنوان ساحت‌ها و کارکردهای مختلف مصلحت، ضوابط مصلحت را در سه ساحت استنباط، تقنین و اجرا مستقل از یکدیگر با روش توصیفی-تحلیلی و رجوع به منابع کتابخانه‌ای بررسی می‌کنیم.

### پیشینه

پیرامون مسئله ضوابط مصلحت پژوهش‌هایی صورت گرفته است؛ از جمله: مقاله «ضوابط مصلحت در فقه شیعه» نوشته سید سجاد ایزدهی (۱۳۹۲)؛ مقاله «مصلحت اجتماعی در فقه امامیه؛ از مفهوم تا ضابطه» نوشته حسین عزیزی و علی محمد فلاح‌زاده (۱۴۰۰)؛ مقاله «ضوابط حاکم بر کاربرد مصلحت دینی در سیاست‌گذاری‌های جنایی» نوشته محمد میرزایی و محسن رضایی (۱۳۹۹)؛ کتاب فقه و مصلحت نوشته ابوالقاسم علیدوست (۱۳۹۶). همچنین نوشته‌های دیگری که پیرامون مسئله ضوابط مصلحت بحث و بررسی انجام شده است، لیکن تاکنون این موضوع به تفکیک در سه ساحت استنباط، تقنین و اجرا بررسی نشده است که خود طرحی نو در پاسخ به مسئله است. بنابراین در مقاله حاضر با این رویکرد سراغ ضوابط مصلحت رفته و آن‌ها را در قالبی جدید برمی‌شماریم.

۱. در مقاله «جایگاه مصلحت در سه ساحت استنباط، تقنین و اجرا» به نگارش علی زارع قراملکی و علی محمدی جورکوبه، از این مسئله به‌تفصیل بحث شده است.

### مفهوم مصلحت، ساحت‌های کاربست و کارکردهای آن

بررسی مفهوم مصلحت تنها برای شناخت معنای موضوع له این واژه نیست؛ بلکه خود ضابطه‌ای برای تشخیص مصلحت است؛ چراکه در وهله نخست، صدق مفهوم مصلحت برای تشخیص آن اهمیت دارد؛ از این رو می‌توان این مسئله را ضابطه اول تحت‌عنوان «ضابطه مفهومی» بیان کرد.

مصلحت از ریشه صلح و صلاح، مخالف با فساد و مفسده (جوهری، ۱۳۷۶، ج. ۳، ص. ۳۸۳؛ ابن فارس، ۱۴۰۴، ج. ۳، ص. ۳۰۳؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج. ۲، ص. ۵۱۶؛ فیومی، ۱۴۱۴، ص. ۲۴۵) و با واژگانی مانند خیر، حُسن و نفع همراه است (فراهیدی، ۱۴۰۹، ج. ۳، ص. ۱۱۷؛ ازهری، ۱۴۲۱، ج. ۴، ص. ۱۴۲). با توجه به اینکه مفسده را به خروج از اعتدال معنا کرده‌اند، صلاح به معنای بر خط اعتدال و به دور از افراط و تفریط بودن معنا خواهد داشت (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ج. ۱، ص. ۶۳۶؛ مصطفوی، ۱۴۳۰، ج. ۹، ص. ۹۲). از این رو صلاح به مقتضای حکمت که عمل بر اساس شرایط و به دور از افراط و تفریط است، معرفی شده است (عسکری، ۱۴۰۰، ص. ۲۰۴).

روشن شدن رابطه میان مصلحت و منفعت و مصلحت و اضطرار کمک شایانی در بررسی مفهوم مصلحت است. نفع نقیض ضرر عنوان شده (ازهری، ۱۴۲۱، ج. ۳، ص. ۶) و این لزوماً به همراه جذب سود نیست. از طرف دیگر، اینکه انسان فطرتاً کمال‌گرا و در کوشش برای رسیدن به بهترین‌هاست، موجب می‌شود نه تنها در موقعیت‌های مختلف در پی فرار از ضرر که به دنبال کسب بهره‌های بیشتر در تصمیم‌هایش باشد. با وجود این، حتی در فرودهای زندگی یعنی آنجاکه شرایط خلاف خواست و میل اوست و شرایط به اضطرار می‌رسد، همچنان در پی بهترین تصمیم‌ها است که به معنای همان عمل کردن به مقتضای مصلحت است. در برابر، مصلحت در اصطلاح، معنایی غیر از معنای لغوی نداشته و چیزی بر آن نیفزوده‌اند؛ در نتیجه، مصلحت به «هرگونه امر همراه منفعت یا دفع ضرر به حسب شرایط موجود» شناخته می‌شود (زارع قراملکی و محمدی جورکویه، ۱۴۰۲، ص. ۴).

گاه اختلاف در مصداق‌های مصلحت، به این معنا که هرکس مصلحت را در چیزی غیر از نظر دیگری می‌داند، ناشی از اختلاف در مبانی نظری است که منجر به تفاوت در مفاهیم و نیز مصداق‌های ذیل مفاهیم می‌شود. از این رو غیر از مفهوم اصطلاحی مصلحت، آنچه در صدق مفهوم مصلحت مؤثر است، مبانی نظری اشخاص خواهد بود؛ چنان‌که کسی در مبانی هستی‌شناسانه، هستی را صرفاً مادی ببیند، منافع را منحصر در مسائل مادی خواهد دید. در برابر، کسی که هستی را متشکل از امور مادی و معنوی بداند، در تلاش برای کسب هم‌زمان هر دو دسته منفعت است (ایزدهی، ۱۳۹۲، صص. ۳۲-۳۳). همچنین کسی که در مبانی انسان‌شناسی نفس انسان را محور بداند، با آنکه بر اساس باور توحیدی انسان متأله را محور می‌داند، در تأمین نوع منافع انسان به اختلاف خواهد خورد (پارساپور و نوربخش، ۱۳۹۴، صص. ۵-۶).

برای تبیین بهتر از ضوابط مصلحت، توجه به کاربرد آن در ساحت‌های گوناگونی که هریک متمایز از دیگری و دارای ویژگی‌های مختلف است، امری ضروری است؛ بر این اساس، ضوابط مصلحت را در سه ساحت زیر بررسی خواهیم کرد:

(۱) ساحت استنباط احکام شرعی؛

(۲) ساحت تقنین قوانین؛

(۳) ساحت اجرای احکام شرعی و قوانین حکومتی.

میان هریک از ساحت‌های فوق تفاوت‌هایی است که نگارنده در تحقیق «جایگاه مصلحت در سه ساحت استنباط، تقنین و اجرا» به تفصیل بدان اشاره کرده است؛ لیکن پیش از بررسی ضوابط مصلحت در هریک از ساحت‌های سه‌گانه، لازم است کارکردهای مصلحت معلوم شود.

مصلحت در هریک از ساحت‌های سه‌گانه کارکردهای گوناگونی از روی استقرا دارد که عبارت‌اند از:

۱. مصلحت به‌مثابه ملاک متعلق حکم: احکام اولیه شارع بر اساس مصالح و مفاسد واقعی جعل شده و هر حکم یا مجموعه احکام تابع مصالحی است که امثال آن‌ها، استیفای مصالح خواهد بود.

۲. مصلحت به‌مثابه موضوع احکام ولایی: به این معنا که ولی جامعه و حکومت مصلحت را در نظر گرفته و به آن حکم و طبق آن قوانین و مقرراتی را وضع کنند.

۳. مصلحت به‌مثابه قید متعلق حکم یا قانون: هر حکم و قانونی مفادی دارد که رعایت مصلحت می‌تواند بخشی از این مفاد باشد، مانند تأمین مصالح موکل به‌وسیله وکیل (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۲۷، ص. ۳۷۴).

۴. مصلحت به‌مثابه عنوان ثانوی: در شرایط غیرعادی و طبیعی که انجام احکام و قوانین اولی ممکن نیست، مقتضای مصلحت وی در این شرایط، عنوان ثانوی نام دارد.

۵. مصلحت به‌مثابه رافع تراحم: درگیری چند حکم شرعی یا قانون حکومتی به‌صورتی که فقط عمل به یکی از آن‌ها ممکن است، تراحم نام دارد (ایزدهی، ۱۳۹۳، ص. ۶۱-۷۸).

«مصلحت به‌مثابه ملاک متعلق حکم»، مبین جایگاه مصلحت در ساحت استنباط است. در برابر، کارکرد «مصلحت به‌مثابه موضوع احکام ولایی»، جایگاه مصلحت در ساحت تقنین را روشن می‌سازد؛ به این معنا که در دیدگاه سیاسی اسلام، با مشروعیت نظام اسلامی به‌واسطه حاکمیت ولی فقیه، وضع قوانین و مقررات نیز به‌منزله احکام حکومتی خواهند بود (حسینی حائری، ۱۳۹۹، ص. ۱۸۸-۱۸۷؛ مؤمن قمی، ۱۴۲۵، ج. ۱، ص. ۳۱۶؛ مصباح یزدی، ۱۳۸۲، ج. ۱، ص. ۱۸۶-۱۸۳). در نتیجه، مصلحتی که در تصویب قوانین دنبال می‌شود، به‌عنوان موضوع احکام ولایی شمرده می‌شود.

همچنین سه کارکرد «مصلحت به‌مثابه قید متعلق حکم یا قانون»، «مصلحت به‌مثابه عنوان ثانوی» و «مصلحت به‌مثابه رافع تراحم»، بیانگر جایگاه مصلحت در ساحت اجرا هستند که اولی مربوط به اجرای مصلحت و دو مورد آخر ناظر به مصلحت اجرا هستند.

با توجه به مطالب گذشته، ضوابط تشخیص مصلحت در هریک از ساحت‌های استنباط احکام شرعی، تقنین قوانین و اجرا به‌صورت مستقل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ضوابط مصلحت در ساحت استنباط احکام شرعی

تبعیت احکام از مصالح و مفاسد از امور مسلم فقیهان شیعه است (بدری، ۱۴۲۸، ص. ۱۰۱)؛ اما پرسش از چگونگی تشخیص مصالح و مفاسد است.

منابع استنباط احکام می‌توانند در تشخیص مصالح و مفاسد واقعی اثرگذار باشند؛ از این رو باید دید کیفیت تشخیص مصلحت در هریک به چه صورت است:

الف) وحی (کتاب و سنت): مصلحت به‌عنوان ملاک حکم شرعی، مستلزم توجه ویژه به احکام صادره از سوی شارع است؛ در نتیجه، منبع اصلی در تشخیص مصالح، وحی خواهد بود. احکام به اعتبار بیان و عدم بیان ملاک به دو دسته منصوص و غیرمنصوص العلة تقسیم می‌شوند؛ اما پرسش اینکه ملاک بیان شده علت تامه برای جعل حکم شرعی است یا جزء العلة و حکمت شمرده می‌شود؟ زیرا در فرض دوم، نمی‌توان ملاک را نسبت به مسائل دیگر تعمیم داد. از سوی دیگر، نگاه فقه مقاصدی از گلوگاه‌های استنباط احکام است که خود بحثی پردامنه و خارج از ظرف گفتار ما دارد.

ب) عقل: چنان‌که مراد از عقل، ادراک‌های قطعی عقل نظری و عملی باشد، به جهت قطعی بودن و حجیت ذاتی قطع، صرف‌نظر از پذیرش قاعده ملازمه میان حکم عقل و شرع، احکام عقل مبنای ما برای تشخیص مصالح خواهند بود. اما چنان‌که مراد از عقل، عقلانیتی باشد که انسان از آن در زندگی خود بهره می‌برد، در موضوع عرف و عقلا پرداخته می‌شود.

ج) عرف و عقلا: مسئله اصلی در این‌باره دایره حجیت سیره و ارتکازات عقلاست. به تعبیر دیگر، اساساً موضوع حجیت سیره عقلا و ارتکازات چیست؟ عقلی که انسان‌ها در تنظیم روابط روزمره خویش برای گذران امور زندگی به‌عنوان عقل معاش به کار می‌برند، به چه میزان در نظر شارع حجت است؟ زیرا در برخی سیره‌ها صرف حکم عقلاست که بر اساس مصالحی امضا می‌شود که از این رو نمی‌توان به مصالح دست یافت. اما در برخی موارد، تشخیص عقلایی که سیره را تشکیل داده‌اند، موضوع جعل حکم شارع بوده است و با درک ملاک تشخیص آنان می‌توان به مصالح واقعی رسید. در تعریف سیره عقلا آمده است: «منش عقلا و تبانی عملی آنان بر انجام یا ترک فعل خاصی که در سلوک خارجی آنان است» که می‌تواند ناشی از عادت‌ها، سلیقه‌ها یا امور دیگر باشد (لجنة فقه معاصر، ۱۴۴۱، ص. ۱۰). در برابر، به آنچه در ذهن عقلا وجود دارد صرف‌نظر از اینکه به‌صورت کامل در اعمال خارجی آنان بروز پیدا می‌کند یا خیر ارتکاز گفته می‌شود که به‌طور عمده سرچشمه آن، امور عقلایی مانند فطرت، عقل عملی و آموزه‌های پیامبران و اوصیاست (لجنة فقه معاصر، ۱۴۴۱، ص. ۱۰-۱۱).

بنابراین در موضوع عرف و عقلا، مهم بررسی مناشی موجود در پس این سیره‌ها و ارتکازات است که حجیت دارد یا خیر؟

محوریت احکام شرعی در این ساحت، باعث می‌شود ضوابط تشخیص مصلحت به‌معنای چگونگی رسیدن به ملاک احکام که مطابق با مصالح و مفاسد واقعی هستند، باشد تا به این وسیله به احکام جدیدی رسید یا نظام احکام شرعی را معین کرد. با این اوصاف، کیفیت تشخیص مصلحت در ساحت استنباط به‌صورت اِتی (از

معلول به علت) خواهد باشد؛ زیرا ما از احکام به مصالح واقعی می‌رسیم، برخلاف ساحت تقنین که به صورت لمّی (از علت به معلول) است؛ چراکه در قانون‌گذاری بعد از تشخیص مصلحت، تقنین صورت می‌گیرد. با این اساس، به سراغ منابع احکام رفته و بر اساس حجیت قلمرو ادله شرعی، به ضابطه تشخیص مصلحت در هریک از منابع می‌پردازیم:

۱. ضوابط مربوط به وحی: عمده ادله وحیانی، الفاظ قرآن کریم و روایت است؛ از این رو در احکام منصوص العلة چنان که اثبات شود علت بیان شده، علت تامه است، راه برای تشخیص مصلحت واقعی هموار و تنقیح مناطق سهل خواهد بود. لازمه این امر، تأسیس اصل عقلایی در بحث‌های الفاظ علم اصول فقه است و باید در آنجا بررسی شود (علیدوست، ۱۳۹۶، ص. ۵۱۰-۵۱۳). درباره احکام غیر منصوص العلة چنان که مقاصد شارع به واسطه عقل و عقلا شناخته شود، مسئله به وسیله این دو منبع پیگیری خواهد شد؛ اما چنان که دست‌یابی به مقاصد امکان‌پذیر نباشد، بر تعبد به حکم واصل بسنده می‌شود.

گفتنی است بر اساس نگرش نظام‌مند به دین، چنان که حکم مدنظر به اخلال در نظام احکام الهی انجامد، کنار گذاشته می‌شود که به معنای عدم مطابقت حکم منظور با مصالح است (واسطی، ۱۴۲۴، صص. ۲۱۱-۲۰۱). البته ناگفته نماند، این رویکرد در صورتی صحیح است که نسبت به صحت نظام کشف شده میان احکام قطع داشته باشیم؛ وگرنه امکان دارد این اختلال، به علت درک ناقص ما باشد.

۲. ضوابط مربوط به عقل: برای مصالح مستنبط از منبع عقل به معنای مدرکات قطعی عقل عملی و نظری، نیازی به تعیین ضوابط نیست؛ چراکه مدرکات عقل سلیم به دور از اختلاف و مورد اتفاق همگان است. هر چند دست‌یابی به عقل سلیم متوقف بر شرایط و موانعی است (آهنچی، ۱۳۹۷، ص. ۶۲-۶۸). در این صورت، مدرکات عقل بسیار اندک خواهد بود؛ اما این به معنای بی‌ثمر بودن منبع‌انگاری عقل نیست؛ چراکه ادراک‌های عقل به دلیل اینکه پایه دیگر ادراک‌های بشری محسوب می‌شود، از اهمیت بالایی برخوردار است.

۳. ضوابط مربوط به عرف و عقلا: برای تعیین ضوابط منبع عرف و عقلا، بیان دو نکته لازم است:

الف) ارجاع تشخیص مصلحت به عرف و عقلا فقط در صورت رعایت شرایط زیر صحیح است:

۱. عقل سلیم ادراکی نداشته باشد؛ چراکه در این فرض، در حقیقت حکم عقل است که تعمیم پیدا می‌کند.

۲. شریعت به صورت مستقیم ورود پیدا نکرده و در آن موضوع، حکمی نداشته باشد.

۳. دین با احاله تشخیص یا به واسطه امضای رویه سابق، تشخیص را بر عهده عرف و عقلا گذاشته باشد.

۴. مناشی سیره و ارتکازات ملاک باشد نه صرف سلوک خارجی؛ در نتیجه، مناشی‌ای بیانگر مصالح خواهند بود که حجیتشان مسلم باشد، مانند ارتکازی که سرچشمه آن عقل عملی یا آموزه‌های پیامبران است.

ب) در نظر دین هر عرف و عقلایی، منبع تشخیص‌دهنده مصالح و مفسد نخواهند بود؛ بلکه عرف و عقلای رشدیافته در فضای دین که با روح کلی و مذاق شریعت آشنایی دارد، منبع ادراک مصالح و مفسد واقعی خواهند بود. به عبارت دیگر، مصالحی، مصالح واقعی تلقی می‌شود که با اسلام مخالفت نداشته باشد؛ از این رو تشخیص این نوع از مصالح کار هر طیفی از عرف و عقلا نیست و لازمه آن درک حقیقت دین است که فقط به وسیله ارتباط با حجت ظاهری یعنی پیامبران و اولیای الهی ممکن است (زنگنه، ۱۳۹۵).

گفتار پیشین غیر از چیزی است که در سیره متشرعه مطرح است؛ زیرا مقصود از سیره متشرعه، سیره‌ای فاقد از هرگونه سرچشمه و فقط از روی تشریح و تدبیر افراد است (لجنة فقه معاصر، ۱۴۴۱، صص. ۱۲۹-۱۳۰). از این رو اصل در این سیره، احکامی است که به وسیله شارع جعل شده و متشرعه از روی تقلید عمل کرده‌اند.

### ضوابط مصلحت در ساحت تقنین قوانین

همان‌طور که پیش‌تر عنوان شد، دامنه تفسیرپذیری مصلحت، مسئله‌ای است که ضرورت بیان ضوابط تشخیص مصلحت را در پی دارد تا پایانی بر آشفتگی میان مدعیان تشخیص مصلحت و سوءاستفاده سودجویان باشد. مصلحت در ساحت تقنین از جایگاهی تحت‌عنوان «موضوع احکام ولایی» برخوردار است؛ به این معنا که حاکم اسلامی در وضع قوانین و مقررات، آنچه را که به مصلحت جامعه است، هدف می‌گیرد. بنابراین ضوابط تشخیص مصلحت در این ساحت به معنای چگونگی وضع قوانین در راستای تحقق هدف از آن، یعنی مقتضای مصلحت جامعه، است.

قانون‌گذاری، فرایندی مشتمل بر مراحل شناخت نیاز جامعه، تشخیص مصالح همراه با لحاظ اقتضانات مربوط به اجرای قوانین و عوامل دیگر تا تصویب قوانین است؛ از این رو ضروری است به جهت پیچیدگی موجود در امر تقنین و عدم نقض فلسفه قانون‌گذاری، هم‌فکری با متخصصان صورت گیرد؛ به این دلیل در بسیاری از متون دینی، امر به مشورت شده تا درصد احتمال خطا کمتر شود (آل عمران: ۱۵۹؛ شوری: ۳۸). بنابراین مشورت ابزاری برای بازدهی بیشتر قوانین تصویبی است نه اینکه ضابطی برای تشخیص مصالح شمرده شود (بیگدلی و فرج‌پور، ۱۳۹۲، صص. ۹۱-۹۲).

ضوابط تشخیص مصلحت در ساحت تقنین را می‌توان به سه دسته ضوابط پایه، ساختاری و محتوایی تقسیم کرد. اهمیت ضوابط پایه به جهت مبنایی و غیر قابل تغییر بودن به حسب مقتضیات زمان و مکان است. در برابر، ضوابطی بیان خواهد شد که دو جهت دارند: الف) ضوابط مرتبط با ماهیت قانون؛ ب) ضوابط مرتبط با محتوا و موضوع آن. نوع اول، ضوابطی هستند که عدم رعایتشان نقض فلسفه تقنین به عنوان نظام بخش جامعه مدنی خواهد باشد. در برابر، نوع دوم، ضوابط مربوط به متغیرهای اثرگذار در تشخیص مصلحت موضوع قوانین هستند.

### ضوابط پایه

اگر مصلحت درختی باشد که احکام و قوانین شاخسار آن هستند، این درخت بر ریشه‌هایی استوار است که پایه‌های استحکام این درخت هستند. بنابراین با نابودی این پایه‌ها، اصل درخت سقوط خواهد کرد. در نتیجه، ابتدا باید به پایه‌های تشخیص مصلحت اشاره کرد که عدم رعایت این ضوابط به معنای منتهی بودن مصلحت خواهد بود. با این اساس از ضوابط پایه به اصول تعبیر می‌کنیم که عبارت هستند از:

۱. اصل مطابقت با شرع: نخستین اصل در تشخیص مصلحت، مطابقت آن با شرع و مصالح شرعی است (عزیزی و فلاح‌زاده، ۱۴۰۰، صص. ۹۴-۹۵)؛ زیرا مصلحت زائیده شریعت بوده و در راستای تأمین اهداف شرع و جامعه اسلامی است. از این رو هیچ‌گاه در تقابل با آن قرار نمی‌گیرد. از طرفی، به جهت صدور احکام

شرع بر ملاک رعایت مصالح و مفاسد، مطابقت مصالح ادعایی با شرع است که بایستی صورت گیرد و با این بیان، اساساً مقید ساختن شرع به مصلحت امکان‌پذیر نیست (ایزدهی، ۱۳۹۲، ص. ۳۹). البته در اینکه مطابقت با شرع لازم است یا صرف عدم مخالفت کفایت می‌کند، اختلاف است (میرزایی و رضایی، ۱۳۹۹، ص. ۱۶۲).

البته مراد از شرع در اینجا صرف احکام و دستورهای الهی نیست؛ بلکه به معنای لحاظ تمام جوانب دین ام از هدف‌ها و غایت‌های بر معارف دینی استوار است (ایزدهی، ۱۳۹۲، ص. ۳۹). هرچند در قالب وضع احکام درصدد رسیدن به هدف‌ها و غایت‌های شارع هستیم؛ اما در مواردی که شارع به‌طور مستقیم حکمی ندارد، این هدف‌ها و غایت‌های الهی است که راهنمای ما در رسیدن به مصالح واقعی هستند.

گفتنی است با وجود اینکه اصول دیگر مورد تأیید دین هستند؛ اما به‌علت گرفتن این اصول از عقل و فطرت، در عرض با این اصل بیان می‌شوند.

۲. اصل ابتناء بر عقلانیت: عقل سلیم و عرف عقلا به‌عنوان منابع تشخیص مصالح احکام شرعی در تقنین قوانین نیز به کار می‌آیند؛ از این رو ابتناء بر عقلانیت، به معنای ابتناء بر عقل سلیم و عقل معاشی که عقلا در امور خود به کار می‌برند به شرط آنکه در فضای دین رشد کرده باشد، دومین اصلی است که باید رعایت شود (میرزایی و رضایی، ۱۳۹۹، ص. ۱۶۴). ذیل این عقلانیت، همه‌جانبه‌نگری، دوراندیشی و غایت‌مداری (ایزدهی، ۱۳۹۲، ص. ۴۸-۴۷) در قوانین نیز مطرح است؛ چراکه این‌ها مؤلفه‌هایی هستند که شرط توجه به عقلانیت هستند.

۳. اصل حق‌مداری: حق در لغت تقیض باطل (فراهیدی، ۱۴۰۹، ج. ۳، ص. ۶؛ ازهری، ۱۴۲۱، ج. ۳، ص. ۲۴۱؛ جوهری، ۱۳۷۶، ج. ۴، ص. ۱۴۶۰) عنوان شده و بر اصل واحدی که استحکام شیء و صحت آن است، دلالت دارد (ابن فارس، ۱۴۰۴، ج. ۲، ص. ۱۵) که در تحلیل دقیق‌تر می‌توان آن را به معنای ثبوت به همراه مطابقت با واقعیت معنا کرد (مصطفوی، ۱۴۳۰، ج. ۲، ص. ۳۰۶).

برای حق دو معنا متصور است: الف) معنای لغوی مطابقت با واقع؛ ب) اصطلاحی که حق را به امور اعتباری مطرح در علم حقوق مانند حقوق کودک، حقوق زن و... معنا می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص. ۱۴).

بنابراین، اصل حق‌مداری به معنای نخست رعایت مقتضای حقیقت و واقعیت است و به معنای دوم، رعایت همین حقوق اعتباری است. اما نکته مهم در سرچشمه این حقوق و دایره آن است که بررسی آن بر عهده دانش حقوق است (مصباح یزدی، ۱۳۹۶، ص. ۷۷-۸۵).

۴. اصل عدالت‌محوری: با توجه به ذاتی بودن حسن عدل و قبح ظلم، اصل دیگری که باید در تشخیص مصلحت در نظر داشت، محوریت عدالت در امر قانون‌گذاری است (میرزایی و رضایی، ۱۳۹۹، ص. ۱۵۸).

عدل واژه‌ای است که به دو معنای متضاد به کار برده شده و منظور ما در اینجا دلالت آن بر استوا (ابن فارس، ۱۴۰۴، ج. ۴، ص. ۲۴۶) و مقتضای مساوات است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ج. ۱، ص. ۵۵۱) که در حقیقت به معنای میانه افراط و تفریط و به دور از زیاده و نقصان است (مصطفوی، ۱۴۳۰، ج. ۸، ص. ۶۴). به همین صورت، رعایت عدالت نیازمند درک حدود تمام امور است که گاهی این حقوق معین شده و دایره عمل به عدالت را معلوم می‌سازند. در نتیجه، این اصل به نوعی متوقف بر اصل حق‌مداری است.

۵. اصول بر پایهٔ انسان‌شناسی: مصالح و مفاسدی که به‌ویژه در تقنین قوانین در پی کشف آن هستیم، در وهله نخست برای شخص انسان است. به همین سبب انسان‌شناسی صحیح باعث کشف دقیق‌تر مصالح و مفاسد مربوط به وی می‌شود. اینکه انسان از دو بُعد مادی و معنوی تشکیل شده و نیز حیاتش فقط به این دنیا ختم نمی‌شود، از ویژگی‌هایی است که در تشخیص مصالح وی مهم خواهد بود.

۶. اصل کرامت انسانی: یکی از ویژگی‌های فطری انسان حفظ شئون و حقوق وی و عدم حقارتش است؛ در نتیجه، شئون انسانی وی در نظر گرفته شود (جوادی آملی، ۱۳۸۱، ص. ۷۶-۷۸).

البته این فقط به ساحت فردی انسان اختصاص نداشته و نسبت به ساحت اجتماعی وی اعم از کرامت اجتماعی و جامعه نیز مربوط می‌شود.

کرامت انسانی می‌تواند شامل مواردی چون عزت نفس، استقلال افراد و اختیار ایشان در قالب کرامت فردی و نیز افتخار ملی و استقلال نظام در قالب کرامت اجتماعی باشد (میرزایی و رضایی، ۱۳۹۹، ص. ۱۵۸).

### ضوابط ساختاری

همان‌طور که گذشت، ضوابط ساختاری، ضوابطی هستند که عدم رعایت آن‌ها نقض فلسفهٔ تقنین خواهد بود؛ بنابراین معیار در ضابطه بودن موارد زیر، حفظ جایگاه قانون به‌عنوان نظام بخش جامعه مدنی است.

۱. عمومیت: قانونی طبق مصالح انسان‌ها و جامعه است که شمول مطلوبی داشته باشد و پیش از ابلاغ، تخصیص و تبصره‌های بسیار نداشته باشد؛ زیرا عدم عمومیت می‌تواند اصولی از قبیل عدالت‌مداری را زیر پا گذارد، مضاف بر اینکه دایرهٔ نفوذ و عمل به آن‌ها کاهش یافته و به مرور قدرت خود را در جلوگیری از هر چه مروج از دست خواهد داد (میرزایی و رضایی، ۱۳۹۹، ص. ۱۵۹-۱۶۰).

۲. لحاظ عموم مردم: در نظر داشتن مصلحت عموم مردم و تقدم آن در برابر قشرهای خاص از ضوابطی است که می‌توان برای قانون‌گذار اسلامی لازم دانست (ایزدهی، ۱۳۹۲، ص. ۴۸-۴۹). از آنجاکه ضوابط ساختاری یعنی ضوابط مرتبط با ماهیت قانون، قانونی به مصلحت است که عموم مردم و جامعه در آن در نظر گرفته شوند؛ چراکه رعایت تک‌تک افراد به واقع امکان‌پذیر نیست. در برابر، رعایت مصلحت حکومت اسلامی چیزی غیر از عموم مردم است که ارتباطی به ضوابط مرتبط با ماهیت قانون ندارد؛ بلکه به‌عنوان قید متعلق حکم است؛ همان‌گونه که گفته می‌شود بایستی مطابق مصلحت کودک عمل کرد.

۳. لحاظ عموم مسلمانان و مؤمنان: لحاظ مصالح مسلمانان و مؤمنان و تقدم آن بر دیگر اقشار، از ضوابطی است که باید در تقنین قوانین مطابق دستورهای اسلامی مدنظر گرفت.

۴. هماهنگی و تناسب: به این معنا که باید مجموعه قوانین در کنار یکدیگر و به‌صورت نظام‌مند تأمین‌کنندهٔ هدف اصلی از قانون‌گذاری باشند تا قدرت اجرایی قانون در جامعه بالا رود (عزیزی و فلاح‌زاده، ۱۴۰۰، ص. ۹۸).

۵. قابلیت اجرایی و عملیاتی بودن: زیرا قانونی در جامعه نافذ و بازدهی بیشتری دارد که ضریب اجرایی بالایی داشته باشد؛ از این رو می‌توان نگاه به ساحت اجرا را قرینه‌ای در تقنین قوانین عنوان کرد تا چنان که قانونی فاقد قدرت اجرایی است، در صورت عدم پدید آمدن مفسده، تصویب نشود؛ چراکه اصلاً مصلحتی را در پی

ندارد. البته منظور از نگاه به ساحت اجرا در اینجا با آنچه تحت عنوان جایگاه و ضوابط مصلحت در ساحت اجرا خواهد آمد، تفاوت دارد؛ زیرا در اینجا سخن از ضریب اجرایی یک قانون وابسته به شرایط گوناگون است؛ اما در آنجا روی سخن با مصلحتی است که ذیل سه کاربست متفاوت مربوط به ساحت اجرا مطرح است.

### ضوابط محتوایی

مراد از ضوابط محتوایی، ضوابطی است که مربوط به موضوع و محتوای قوانین است. اینکه موضوع و محتوا به صلاح است یا خیر، از دو منظر قابل بررسی است: الف) نفس موضوع؛ ب) عوامل مؤثر در موضوع. الف) نفس موضوع: به این معنا که نفس موضوع دارای مصلحت باشد؛ همانا اینکه موضوع دارای مصلحت است یا خیر، به آگاهی بیشتر نسبت به عوامل مؤثر در شناخت موضوع برمی‌گردد؛ از این رو هر مقدار موضوع از ابعاد متفاوت مورد بررسی قرار گیرد، مصلحت آن نیز بهتر تشخیص داده می‌شود. به عنوان مثال، چنانچه به دنبال وضع قوانینی در راستای تأمین مصلحت کودکان باشیم، عواملی چون اقتضات سن و سال کودک، تفاوت جنسیت و حقوق و شئون اجتماعی کودکان از مواردی است که در شناخت بهتر موضوع مؤثر است (نک: پارساپور و نوربخش، ۱۳۹۴، صص. ۱۱-۲۴).

مصلحتی که در پس موضوعات ادعا می‌شود، برخاسته از ارزش‌هایی است که ریشه در مبانی نظری دارد؛ بنابراین در یک جامعه مسلمان هرچه در دین به عنوان ارزش شمرده شود، مصلحت خواهد داشت. به عنوان مثال، چنانچه در اسلام حیا برای زن فضیلت محسوب شود، تصویب قوانین و مقرراتی که به دنبال ارتقا و بهبود این مؤلفه در بانوان جامعه باشد، مصلحت خواهد داشت.

ب) عوامل مؤثر در موضوع: عوامل مختلفی می‌توانند مانع از تحقق مصلحت نفس موضوع شوند که خارج از موضوع هستند؛ اما برای تشخیص مصلحت نهایی ضروری است که در نظر گرفته و بررسی شوند. مهم‌ترین متغیر اثرگذار در این زمینه، عنصر زمان و مکان است؛ به طوری که با تغییر زمان و مکان، موضوع مصلحت تغییر کرده و بالتبع حکم نیز متفاوت خواهد شد (میرزایی و رضایی، ۱۳۹۹، ص. ۱۶۴).

عنصر زمان و مکان در حوزه‌های مختلفی اثرگذار است (برای مطالعه بیشتر، نک: مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، صص. ۲۸۲-۲۷۴)؛ اما آنچه در ساحت تقنین برای تشخیص مصلحت به مثابه موضوع احکام ولایی مؤثر است، تبیین تأثیر زمان و مکان در حوزه تغییر ملاک و موضوعات است؛ چراکه از طرفی ملاک مؤلفه‌های مهمی در جعل احکام و وضع قوانین است و از طرف دیگر، این صدق موضوع است که ملاک آن را به دنبال خواهد داشت. بررسی‌ها نشان می‌دهد عنصر زمان و مکان می‌تواند نتایج زیر را در پی داشته باشد؛ از این رو بایستی در اجتهاد احکام ولایی و تقنین قوانین به این موارد توجه کرد:

۱. موقت بودن ملاک: ملاک حکم ولایی تنها مختص به برهه خاصی از زمان یا بخش خاصی از مکان باشد؛ همان‌گونه که به بیان حضرت امیرمؤمنان (ع) لزوم حنا گذاشتن بر محاسن به فرموده پیامبر (ص) برای

زمانی بود که مسلمین از نظر تعداد کم بودند (سیدرضی، ۱۴۱۴، حکمت ۱۷)<sup>۱</sup> و یا نهی پیامبر (ص) از خوردن گوشت قاطر به این دلیل بود که قاطر در آن زمان وسیله حمل مردم بوده است (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۶، صص. ۲۴۶-۲۴۵).<sup>۲</sup>

۲. از بین رفتن ملاک یا پدید آمدن ملاک جدید: گاه حکم بر اساس ملاکی وضع شده است که بعدها از بین می‌رود؛ مانند حکم حلیت ازدواج با کنیز که ملاک آن سنگین بودن مهریه زن آزاده بوده است و بعدها به دلیل از بین رفتن ملاک از آن نهی شده است (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص. ۳۶۰)<sup>۳</sup> و یا اینکه زمانی خرید و فروش خون به جهت نداشتن منفعت حلال حرام بود؛ ولی این زمان به دلیل پیدا کردن چنین منفعتی جاز است (خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص. ۵۷). نیز حرمت بریدن اعضا بدن مسلمان به دلیل بی‌احترامی به او در زمان حاضر با اهدای عضو به جهت حیات بخشیدن به انسان دیگری تبدیل به حکم به جواز می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۹، ص. ۱۱۹).

۳. توسعه و تمیم مصداق به جهت وسعت ملاک: ملاکی که در پس احکام وجود دارد می‌تواند از وسعتی برخوردار باشد که با تغییر در زمان و مکان موجب توسعه در مصداق گردد. به‌عنوان مثال، حرمت احتکار بر چند قلم کالای مشخص عنوان شده است (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص. ۱۶۴؛ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص. ۲۶۵؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص. ۱۵۹).<sup>۴</sup> اما با در نظر گرفتن ملاک حرمت احتکار می‌توان آن را به اقلام ضروری دیگر نیز تعمیم داد (خویی، ۱۴۳۴، ج ۳، ص. ۶۹۶-۶۹۴) و یا به فرموده امیرمؤمنان (ع) پرداخت دیه نفس از چیزی که ارزشمند است امکان‌پذیر است؛ از این رو شخصی که دینار و درهم دارد به دینار و درهم و شخصی که حیواناتی چون گاو و گوسفند دارد با اعطای آن‌ها می‌تواند دیه را پرداخت کند (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص. ۳۳۰-۳۲۹).<sup>۵</sup>

۱. و سئل (ع) عَنْ قَوْلِ الرَّسُولِ (ص): «غَبِرُوا الشَّيْبَ وَلَا تَشْبَهُوا بِالْيَهُودِ»؛ فَقَالَ (ع): «إِنَّمَا قَالَ (ص) ذَلِكَ وَالَّذِينَ قُلُّ، فَأَمَّا الْآنَ وَ قَدْ اتَّسَعَ نِطَاقُهُ وَ ضَرَبَ بِحِرَانِهِ، فَأَمْرٌ وَ مَا اخْتَارَ».

۲. عَلِيُّ بْنُ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ، عَنْ أَبِي عَمِيرٍ، عَنْ عَمْرِ بْنِ أُذَيْنَةَ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ وَ زُرَّارَةَ، عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) أَنَّهُمَا سَأَلَاهُ عَنْ أَكْلِ لَحْمِ الْحُمْرِ الْأَكْهَلِيَّةِ؛ قَالَ: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ (ص) عَنْهَا وَ عَنْ أَكْلِهَا يَوْمَ خَيْبَرَ، وَ إِنَّمَا نَهَى عَنْ أَكْلِهَا فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ لِأَنَّهَا كَانَتْ حَمُولَةَ النَّاسِ، وَ إِنَّمَا الْحَرَامُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ -عَزَّوَجَلَّ- فِي الْقُرْآنِ».

۳. مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى، عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ ابْنِ فَضَّالٍ، عَنْ ابْنِ بُكَيْرٍ، عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: «لَا يَنْبَغِي أَنْ يَتَزَوَّجَ الرَّجُلُ الْحُرُّ الْمَمْلُوكَةَ الْيَوْمَ؛ إِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ حَبِثُ قَالَ اللَّهُ -عَزَّ وَ جَلَّ-: وَ مَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا، وَ الطَّوْلُ الْمَهْرُ، وَ مَهْرُ الْحَرَّةِ الْيَوْمَ مَهْرُ الْأُمَةِ أَوْ أَقْلٍ».

۴. در کتاب کافی و تهذیب‌الاحکام چنین آمده است: «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى، عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى، عَنْ غِيَاثِ بْنِ ابْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: لَيْسَ الْحَكْرَةُ إِلَّا فِي الْجَنْطِ وَ الشَّعِيرِ وَ التَّمْرِ وَ الزَّيْبِ وَ السَّمْنِ».

۵. مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى، عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَ عَلِيِّ بْنِ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ، عَنْ أَبِيهِ جَمِيعًا، عَنْ ابْنِ مَخْبُوبٍ، عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ، عَنْ زِيَادِ بْنِ سَوْقَةَ عَنْ الْحَكَمِ بْنِ عَتَبَةَ قَالَ: ... قَالَ فَقَالَ الْحَكَمُ، فَقُلْتُ: «إِنَّ الدِّيَاتِ إِنَّمَا كَانَتْ تُؤَخَذُ قَبْلَ الْيَوْمِ مِنَ الْإِبِلِ وَ الْبَقَرِ وَ الْغَنَمِ». قَالَ فَقَالَ: «إِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ فِي الْبُيُودِيِّ قَبْلَ الْأَنْسِلَامِ؛ فَلَمَّا ظَهَرَ الْأَنْسِلَامُ وَ كَثُرَتْ الْوَرَقُ فِي النَّاسِ، قَسَمَهَا أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع) عَلَى الْوَرَقِ». قَالَ الْحَكَمُ: فَقُلْتُ لَهُ: «أَرَأَيْتَ مَنْ كَانَ الْيَوْمَ مِنَ أَهْلِ الْبُيُودِيِّ، مَا الَّذِي يُؤَخَذُ مِنْهُمْ فِي الدِّيَةِ الْيَوْمَ، إِبِلٌ أَوْ وَرَقٌ؟» قَالَ فَقَالَ: «الْإِبِلُ الْيَوْمَ مِثْلُ الْوَرَقِ، بَلْ هِيَ أَفْضَلُ مِنَ الْوَرَقِ فِي الدِّيَةِ؛ إِنَّهُمْ كَانُوا يَأْخُذُونَ مِنْهُمْ فِي الدِّيَةِ الْخَطَا مِائَةَ مِنَ الْإِبِلِ، يُحْسَبُ بِكُلِّ بَعِيرٍ مِائَةُ دَرَاهِمٍ، فَذَلِكَ عَشْرَةَ آلَافٍ دَرَاهِمٍ». قُلْتُ لَهُ: «فَمَا أَسْنَانُ الْمِائَةِ بَعِيرٍ؟» قَالَ فَقَالَ: «مَا خَالَ عَلَيْهِ الْخَوْلُ ذُكْرَانُ كُلِّهَا».

۴. تضییق و تخصیص مصادیق به جهت ضیق ملاک: چنانچه ملاک حکم محدود به حدودی باشد، در این صورت شرایط موجود در بستر زمان و مکان می‌تواند مصادیق حکم را مضیق و تخصیص زند؛ به‌عنوان مثال، با وجود اینکه طبق اطلاق روایات،<sup>۱</sup> زمینی که احیا شود به ملکیت احیاکننده در می‌آید لیکن با گذشت زمان و پیشرفت ابزار می‌تواند محدود به مواردی شود که احیا در صورتی که موجب سلطه اقتصادی و اختلاف طبقاتی نشود چنین حکمی دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ص. ۲۷۶).

۵. تغییر مصداق: استطاعت، شرطی که برای وجوب حج ضروری است؛ از این رو امکان دارد در زمان یا مکان خاص مقدار توانایی که موجب صدق عرفی استطاعت می‌شود با زمان یا مکان دیگر متفاوت باشد. همچنین تردیدی در حرمت بازی با ابزار قمار نیست لیکن در خصوص مصادیق آن می‌توان گفت که زمان و مکان مؤثر است کما اینکه در مورد شطرنج چنانچه در نظر عرف خروج از آلت قمار صورت گیرد دیگر حرمتی به دنبال نخواهد داشت (خمینی، ۱۳۸۹، ج. ۲۱، صص. ۱۲۹، ۱۵۱-۱۵۰).

۶. تبدیل مصداق: موضوع احکام می‌تواند در طول زمان و یا تغییر مکان تبدیل به موضوع دیگری شود کما اینکه حکم نجاست سگ چیزی است که با استحاله آن از بین می‌رود؛ چراکه از نظر عرفی دیگر موضوع سگ تبدیل به موضوع دیگری شده است.

۷. پیدایش مصادیق جدید: زمان و مکان می‌تواند عاملی برای به وجود آمدن مصادیق جدید باشد؛ به‌عنوان مثال، در روایات مربوط به مسابقه، تنها حکم به جواز مسابقه در سه عرصه شده است (کلینی، ۱۴۰۷، ج. ۵، صص. ۴۹-۴۸)<sup>۲</sup> و حال آنکه با گذر زمان می‌توان مصادیق جدیدی را یافت و حکم به داخل بودن چنین مصادیقی کرد.<sup>۳</sup> همچنین عقود جدیدی چون بیمه از مواردی است که می‌تواند مصداق جدیدی برای عمومات «أوفوا بالعقود» باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ص. ۲۷۶).

### ضوابط مصلحت در اجرای احکام شرعی و قوانین

از آنجاکه سه کاربست انتهایی کارکردهای متفاوت مصلحت در ساحت اجرا هستند، از این رو ضوابط هریک به‌صورت جداگانه بررسی خواهد شد. در ساحت اجرا دو رویکرد نسبت به مصلحت وجود دارد: الف) اجرای مصلحت؛ ب) مصلحت اجرا؛ منظور از اجرای مصلحت، مصلحت به‌مثابه قید متعلق حکم شرعی یا قانون و مراد از مصلحت اجرا، دو کاربست دیگر یعنی مصلحت به‌مثابه عنوان ثانوی و مصلحت به‌مثابه رافع تراحمات است (زارع قراملکی و محمدی جورکویه، ۱۴۰۲، ص. ۱۶-۱۵).

۱. از قبیل روایت: «عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ حَمَّادٍ، عَنْ حَرِيزٍ، عَنْ زُرَّارَةَ وَ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ وَ أَبُو بَصِيرٍ وَ فَضَيْلٌ وَ بَكَيْرٌ وَ حُمْرَانٌ وَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ وَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص): مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا فَهِيَ لَهُ» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج. ۷، ص. ۱۵۲).

۲. الْحُسَيْنُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْأَسَدِيُّ، عَنْ مُعَلَّى بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ الْوَشَّاءِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَتَانَ، عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ: «لَا سَبَقَ الْآ فِي حُفٍّ أَوْ حَافِرٍ أَوْ نَصْلٍ»، يَعْنِي النَّصَالَ.

۳. شهید صدر در تعلیقات خود بر حاشیه آیت‌الله حکیم بر کتاب منهاج‌الصالحین، چنین عنوان می‌کند: «الصححة محتملة فيما يستجد من أدوات الحرب و التحرك العسكري بالبنديقية و السيارة و نحوهما، و القول بذلك ليس ببعيد» (حکیم، ۱۴۱۰ق، ج. ۲، ص. ۱۵۴).

### ضوابط کاربست اول: مصلحت به مثابه قید متعلق حکم شرعی یا قانون

وانهادن تشخیص و عمل به مصلحت بر عهده مکلف و شهروند به عنوان قید متعلق حکم و قانون، توجیهی بر امکان تشخیص مصلحت به دور از ضوابط نیست؛ بلکه باید ضوابط پایه و محتوایی مطرح در گفتار پیشین رعایت شود؛ بنابراین در حکم و قانون رعایت مصلحت کودک به وسیله سرپرست وی، ولی کودک باید با در نظر گرفتن ضوابطی که عنوان شد، مصلحت کودک را تشخیص داده و طبق آن عمل کند، در غیر این صورت خلاف حکم و قانون عمل کرده است.

### ضوابط کاربست دوم: مصلحت به مثابه عنوان ثانوی

شارع و قانون‌گذار با در نظر گرفتن شرایط عادی، احکام و قوانینی را نسبت به موضوع‌های گوناگون وضع می‌کند؛ بنابراین حکم و قانون اولی مطلق و فقط نفس موضوعات در آن‌ها مورد توجه است. این احکام و قوانین در مرحله اجرا به شرایطی برای مکلف و شهروند روبرو می‌شوند که قدرت بر انجام احکام و قوانین اولیه نیست. در نتیجه، مصلحت اجرای آن‌ها موضوعاً منتفی است؛ هرچند در این شرایط هم به احکام و قوانین متناسب با وضعیت موجود نیاز است؛ اما چون این شرایط مختص مرحله اجرا هستند نه نفس موضوعات، از آن‌ها تعبیر به احکام و قوانین ثانوی می‌شود؛ زیرا در حقیقت مقصود اصلی همان احکام و قوانین ابتدایی هستند.

از این رو مصلحت اجرا در این باره وابسته به صدق عناوینی است که انسان به انجام احکام و قوانین اولیه توانا نبوده و برای شرایط جدید تدبیرهای دیگری باید اندیشید. در فقه اسلامی، عناوین ثانوی ذیل مواردی مانند اضطرار و ضرورت، ضرر، عسرو حرج، تقیه و... بیان می‌شود؛ اما تمام این‌ها به دو مورد ضرر و اضطرار و عسرو حرج برمی‌گردد؛ بنابراین مصلحت ذیل این دو عنوان صادق خواهد بود:

۱. ضرر و اضطرار: «ضرر» نقیض «نفع» (ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۳۶۰) و «اضطرار» به معنای «اختیار ضرر» است (مصطفوی، ۱۴۳۰، ج ۷، صص ۲۶-۲۵)؛ یعنی اینکه شرایط برای شخص به صورتی رقم می‌خورد که ناچار به قبول ضرر است. از آنجاکه مستند این عنوان روایت «لاضرر و لاضرار» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، صص ۲۸۰، ۲۹۲) است، در آغاز باید دید مراد روایت بر چه مصداق‌هایی از ضررها منطبق است و آیا مضاف بر ضررهای نوعی، شامل ضررهای شخصی هم می‌شود؟ (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۱، صص ۲۱۳-۲۲۵، ۲۳۸-۲۳۷). سرانجام این قاعده، بر دوری از ضررهای قابل اعتنا نسبت به جان، عرض، مال و هرگونه شئونی که برای مکلف بوده و عرفاً از بین رفتن آن‌ها ضرر خواهد بود، دلالت دارد؛ بنابراین تشخیص صدق ضرر بر عهده عرف است (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۲۱۴).

۲. عسرو حرج: قاعده نفی عسرو حرج، از قواعدی است که تطبیق‌های بسیاری داشته و حاکم بر احکام اولیه است؛ اما پرسش از قلمرو عسرو حرج منتفی است. از آنجاکه این قاعده از قواعد امتنانی شمرده می‌شود، با وجود اطلاقی که در مستندهای این قاعده است (برای مطالعه بیشتر، نک: حج: ۷۸؛ مائده: ۶؛ بقره: ۱۸۵؛ کلینی، ۱۴۰۷، ج ۳، صص ۴، ۳۳؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱، صص ۱۴۹، ۳۶۳)، در نظر فقیهان ناظر بر احکام الزامی که شارع راضی به ترک آن‌ها نیست، لسان حکومت ندارد. در نتیجه، اصلی‌ترین ضابطه تشخیص

صدق عسر و حرج، میزان اهمیتی است که در جعل احکام دریافت می‌شود و این بیشتر در خود احکامی که از سوی شارع صادر می‌شود فهم می‌شود (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص. ۲۶۶-۲۶۴).

موارد پیش گفته فقط عنوان‌هایی است که مصلحت به مثابه عنوان ثانوی در آن‌ها صدق می‌کند؛ اما اینکه مقتضای مصلحت مطابق شرایط جدید چیست متوقف بر تشخیص دوباره است که گاه به ترک حکم مانند عدم وجوب روزه در صورت احتمال بیماری و گاه صدور حکم جدیدی مانند وجوب تیمم در صورت فقدان آب می‌انجامد؛ در نتیجه، برای تشخیص مصلحت جدید نیاز است بر اساس ضوابط پایه و محتوایی مطرح ذیل «ضوابط مصلحت در ساحت تقنین قوانین» اقدام شود.

### ضوابط کاربردست سوم: مصلحت به مثابه رافع تراحمات

مقام تراحم، مقامی است که در آن دو حکم شرعی و یا قانون حکومتی در مقام امتثال امکان جمع نداشته و به ناچار باید یکی از آن دو انجام شده و دیگری کنار گذاشته شود (مظفر، ۱۳۸۷، ص. ۵۴۸)؛ از این رو چنان که دو حکم یا قانون از تمام جهت‌ها برابر بوده و یکی بر دیگری ترجیح نداشته باشد، به حکم عقل عملی، انسان مخیر است که یکی از طرفین را انتخاب کند (مظفر، ۱۳۸۷، ص. ۵۴۹). اما در حالت وجود ترجیح، مهم‌ترین قاعده، اجرای قاعده عقلی «اهم و مهم» است که تقدم اهم باعث حل این مشکل و در نظر عقلا مقتضای مصلحت شمرده می‌شود (صدر، ۱۴۱۸، ج ۲، ص. ۲۱۶). برای انضباط این قاعده مواردی را اشاره کرده‌اند که به شرح زیر است:

۱. مصالح اقوی: در نظر شارع، یکی از ملاک‌ها بر دیگری مقدم است؛ بنابراین مرحله نخست در ترجیح، تشخیص ملاک عالی در یک حکم نسبت به حکم دیگر است که برای آن راه‌هایی مانند شناخت ملاک‌ها از لسان دلیل و تناسب حکم و موضوع عنوان شده است (مظفر، ۱۳۸۷، ص. ۵۵۲). هرچند در برخی منابع به ملاک‌های پنج‌گانه «دین، نفس، عقل، نسل و مال» اشاره می‌شود (میرزایی و رضایی، ۱۳۹۹، ص. ۱۵۹؛ پارساپور و نوربخش، ۱۳۹۴، ص. ۱۰) اما فقط این ملاک‌ها نبوده و برای رتبه‌بندی ملاک‌ها از عالی به دانی سلسله زیر بر اساس نظریه فقهی مترتب شده است (بیگدلی و فرج‌پور، ۱۳۹۲، ص. ۹۷):

حفظ دین، حفظ شیعه، حفظ نظام اسلامی، حفظ عزت و استقلال، حفظ جان شیعیان و مسلمانان. حفظ ناموس، حفظ احکام شرعی و فروع دینی، حفظ مال.

۲. مصالح ضروری، حرجی و تحسینی: مصالحی که از روی ضرورت انسان باشد، بر مصالحی که فقدان آن‌ها باعث عسر و حرج است مقدم بوده و مجموع این‌ها بر مصالح تحسینی که مصالحی در جهت تأمین رفاه بیشتر هستند تقدم دارند (پارساپور و نوربخش، ۱۳۹۴، ص. ۱۰).

۳. مصلحت عام بر خاص: تقدم حکمی که مصالحش عمومیت بیشتری نسبت به حکم دیگر دارد (پارساپور و نوربخش، ۱۳۹۴، ص. ۱۰).

۴. مصلحت فاقد بدل بر دارای بدل: در صورتی که حکمی بدلی از خود نداشته باشد، از اهمیت بیشتری نسبت به حکمی که بدل برای آن تصویر شده است حکایت دارد (نائینی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۳۲۹-۳۲۷؛ مظفر، ۱۳۸۷، ص. ۵۵۰).

۵. مصلحت مضیق فوری بر موسع: احکامی که از نظر زمانی مضیق و باید در سریع‌ترین زمان ممکن انجام شوند، اهمیت بیشتری نسبت به احکام دارای مدت‌زمان بیشتر، دارد (نائینی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۳۲۲؛ مظفر، ۱۳۸۷، ص. ۵۵۰).

۶. مصلحت متغیر بر ثابت: مصلحتی که متغیر است به جهت اینکه گذرا و مدت‌دار است از مصلحتی که در زمان‌های گوناگون ثابت است اهمیت بیشتری دارد (مظفر، ۱۳۸۷، ص. ۵۵۰).

۷. مصلحت غیرمشروط به قدرت شرعی بر مشروط به آن: زمانی که لسان دلیل حکم یا قانون مشروط به قدرت شود، در اصطلاح علم اصول به آن قدرت شرعی گفته می‌شود؛ با توجه به اینکه تمام احکام مشروط به قدرت عقلی هستند، چنین شرطی از اشتراط قدرت اثرگذار در وجوب حکم حکایت دارد که فقدان آن مانع از فعلیت وجوب تکلیف می‌شود؛ از این‌رو ملاک حکم فقط به افراد توانا تعلق گرفته و برای افراد عاجز هیچ ملاکی نیست برخلاف تکالیف مشروط به قدرت عقلی فقط که تکلیف نسبت به توانا و عاجز ملاک دارد (صدر، ۱۴۱۸، ج ۲، ص. ۲۲۲-۲۲۱)؛ بنابراین در حجتی که مشروط به استطاعت است فعلیت آن به عدم فعلیت واجب دیگر منوط است (نائینی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۳۲۲؛ مظفر، ۱۳۸۷، ص. ۵۵۱).

### نتیجه‌گیری

با عنایت به اینکه رعایت مصلحت نیازمند به ضوابطی است که در تشخیص مورد استفاده قرار گیرد، اما تفکیک ساحت‌های گوناگون استنباط احکام، تقنین قوانین و اجرا برای شناخت بهتر از ضوابط مصلحت مربوط انجام نگرفته بود. از این‌رو با تفکیک پیش‌گفته در قالب کارکردهایی که برای مصلحت در هر ساحتی متصور است ضوابط مصلحت بررسی شد.

۱. در ساحت استنباط حکم شرعی، مصلحت به‌مثابه ملاک متعلق حکم شرعی از آموزه‌های مسلم شیعه تلقی شد، به این معنا که تمام احکام شرع تابع مصالح و مفاسد واقعی هستند؛ از این‌رو تشخیص مصلحت در پی بررسی منابع احکام (وحی، عقل و عقلا) خواهد بود. به این معنا که اگر در منابع احکام به ملاک احکام اشاره‌ای شده باشد همان مصالح واقعی است.

۲. در ساحت تقنین قوانین، مصلحت به‌مثابه موضوع احکام ولایی بوده و رعایت آن برای تنظیم نظام جامعه در قالب قوانین و مقررات لازم عنوان شد. از این‌رو برای تشخیص مصلحت ضوابط سه‌گانه ضوابط پایه، ساختاری و محتوایی ترسیم شد که ذیل هر یک موارد جزئی عنوان شدند.

۳. در ساحت اجرا، به جهت وجود دو رویکرد گوناگون اجرای مصلحت و مصلحت اجرا، سه کاربست مصلحت به‌مثابه قید متعلق حکم یا قانون، مصلحت به‌مثابه عنوان ثانوی و مصلحت به‌مثابه رافع تراجم‌ها در نظر گرفته شد. از این‌رو در کاربست اول از ضوابط پایه و محتوایی به‌عنوان ضوابط تشخیص مصلحت در این

عرضه یاد شد. در کاربست دوم بیشتر به دو مورد ضرر و اضطرار و عسرو حرج که به صدق عنوان ثانوی می‌انجامد پرداخته شد و در کاربست سوم هم سخن از قاعده اهم و مهم برای حل تراحم‌های میان احکام و قوانین بود که برای آن نیز ملاک‌های هفت‌گانه شمرده شدند.

## منابع

- آهنچی، امید. (۱۳۹۷). واکای معنای «عقل سلیم» از منظر علامه طباطبایی. معرفت، ۲۹(۱)، ۵۷-۶۹.
- ابن فارس، احمد بن فارس. (۱۴۰۴). معجم مقاییس اللغة. قم: مکتب الأعلام الاسلامی.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴). لسان العرب. بیروت: دار صادر.
- ازهری، محمد بن احمد. (۱۴۲۱). تهذیب اللغة. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ایزدهی، سید سجاد. (۱۳۹۲). ضوابط مصلحت در فقه شیعه. سیاست متعالیه، ۱(۱)، ۵۸-۲۹.
- ایزدهی، سید سجاد. (۱۳۹۳). مصلحت در فقه سیاسی شیعه. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- بجنوردی، حسن. (۱۳۷۷). القواعد الفقهیة. قم: الهادی.
- بدری، تحسین. (۱۴۲۸). معجم مفردات أصول الفقه المقارن. تهران: المشرق للثقافة و النشر.
- بیگدلی، عطاء الله و فرج پور، علی اصغر. (۱۳۹۲). رهیافتی نو به ضوابط تشخیص مصلحت. از ضابطه تا فرایند. سیاست‌های راهبردی و کلان، ۱(۲)، ۱۱۹-۱۶۰.
- پارساپور، محمدباقر و نوربخش، سوسن. (۱۳۹۴). معیارهای ارزیابی مصلحت کودک در فقه امامیه، حقوق ایران و کنوانسیون حقوق کودک. حقوق اسلام و غرب، ۲(۳)، ۱-۲۷.
- جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۸۱). صورت و سیرت انسان در قرآن. قم: اسراء.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۳۷۶). الصحاح. بیروت: دار العلم للملایین.
- حسینی حائری، سید کاظم. (۱۳۹۹). أساس الحکومة الاسلامیة. بیروت: مطبعة النیل.
- خمینی، روح‌الله. (۱۳۸۹). صحیفه امام: مجموعه آثار امام خمینی (س). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خمینی، روح‌الله. (۱۴۱۵). المکاسب المحرمة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۳۳۴). مصباح الفقاهة. قم: مؤسسه نشر الفقاهة.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲). مفردات ألفاظ القرآن. بیروت: دار القلم.
- زارع قراملکی، علی و محمدی جورکویه، علی. (۱۴۰۲). جایگاه مصلحت در سه ساحت استنباط، تقنین و اجرا. حقوق اسلامی، (در صف انتشار).
- زنگنه، احمد. (۱۳۹۵). بررسی اجمالی منزلت عقل از دیدگاه آیت‌الله میرباقری. وبگاه خبرگزاری مهر.
- سبحانی، جعفر. (۱۳۸۴). نقش زمان و مکان در استنباط. فقه اهل بیت علیهم السلام، ۴(۴۳).
- سیدرضی، محمد بن حسین. (۱۴۱۴). نهج البلاغه. قم: مؤسسه نهج البلاغه.
- صدر، سید محمدباقر. (۱۴۱۸). دروس فی علم الأصول. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- صدوق، محمد بن علی. (۱۴۱۳). من لایحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷). تهذیب الأحکام. تهران: دارالکتب الاسلامیة.
- عزیزی، حسین و فلاح‌زاده، علی محمد. (۱۴۰۰). مصلحت اجتماعی در فقه امامیه: از مفهوم تا ضابطه. دانش حقوق عمومی، ۱۰(۳۲)، ۸۵-۱۰۴.
- عسکری، حسن بن عبدالله. (۱۴۰۰). الفروق فی اللغة. بیروت: دارالافتاح الجدیدة.
- علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۹۶). فقه و مصلحت. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

- فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۰۹). کتاب العین. قم: هجرت.
- فیومی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴). المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی. قم: مؤسسه دار الهجرت.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۴). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷). الکافی. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- لجنة فقه معاصر. (۱۴۴۱). الفائق فی الأصول. قم: مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه.
- مصباح یزدی، محمدتقی. (۱۳۹۶). نظریه حقوقی اسلام. قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره).
- مصباح یزدی، محمدتقی. (۱۳۸۲). نظریه سیاسی اسلام. قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره).
- مصطفوی، حسن. (۱۴۳۰). التحقيق فی کلمات القرآن الکریم. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- مظفر، محمدرضا. (۱۳۸۷). اصول الفقه. قم: بوستان کتاب.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۹). احکام پزشکی. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷). دایرةالمعارف فقه معارف. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
- مؤمن قمی، محمد. (۱۴۲۵). الولاية الالهية الاسلامیة أو الحكومة الاسلامیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- میرزایی، محمد و رضایی، محسن. (۱۳۹۹). ضوابط حاکم بر کاربرد مصلحت دینی در سیاست‌گذاری‌های جنایی. پژوهش حقوق کیفری، ۸(۳۱)، ۱۴۹-۱۷۵.
- نائینی، محمدحسین. (۱۳۷۶). فوائد الأصول. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- واسطی، عبدالحمید. (۱۴۲۴). نگرش سیستمی به دین (بررسی هویت استراتژیک دین). مشهد: مؤسسه تحقیقاتی آموزشی اندیشه نور.

## Reference

- Āhanchī, Omīd. (1397 SH [2018/2019 CE]). An inquiry into the meaning of “sound reason” from the perspective of ‘Allāma Ṭabāṭabā’ī. *Ma‘rifat [Knowledge]*, 29(1), 57–69.
- Ibn Fāris, Aḥmad b. Fāris. (1404 AH [1983/1984 CE]). *Mu‘jam maqāyīs al-lughā* [Dictionary of the measures of language]. Qom: Maktab al-A‘lām al-Islāmī.
- Ibn Manzūr, Muḥammad b. Mukarram. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Lisān al-‘Arab* [The tongue of the Arabs]. Beirut: Dār Ṣādir.
- Azhārī, Muḥammad b. Aḥmad. (1421 AH [2000/2001 CE]). *Tahdhīb al-lughā* [Refinement of the language]. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī.
- Īzādīhī, Sayyid Sajjād. (1392 SH [2013/2014 CE]). Criteria of public interest in Shi‘i jurisprudence. *Siyāsāt-i Muta‘āliya* [Transcendent Politics], 1(1), 29–58.
- Īzādīhī, Sayyid Sajjād. (1393 SH [2014/2015 CE]). *Maṣlaḥat dar fiqh-i siyāsī-yi Shi‘a* [Public interest in Shi‘i political jurisprudence]. Tehran: Research Institute for Islamic Culture and Thought.
- Bujnūrdī, Ḥasan. (1377 SH [1998/1999 CE]). *al-Qawā‘id al-fiqhiyya* [Jurisprudential maxims]. Qom: al-Hādī.

- Badrī, Taḥsīn. (1428 AH [2007/2008 CE]). *Mu'jam mufradāt uṣūl al-fiqh al-muqāran* [Dictionary of terms in comparative legal theory]. Tehran: al-Mashriq li-l-Thaqāfa wa-l-Nashr.
- Bīgdilī, 'Atā' Allāh, & Farajpūr, 'Alī Aṣghar. (1392 SH [2013/2014 CE]). A new approach to the criteria for identifying public interest: From criterion to process. *Siyāsāt-hā-yi Rāhburdī wa Kalān* [Strategic and Macro Policies], 1(2), 119–160.
- Pārsāpūr, Muḥammad Bāqir, & Nūrbakhsh, Susan. (1394 SH [2015/2016 CE]). Criteria for assessing the best interests of the child in Imāmī jurisprudence, Iranian law, and the Convention on the Rights of the Child. *Huquq-i Islām wa Gharb* [Islamic and Western Law], 2(3), 1–27.
- Jawādī Āmulī, 'Abd Allāh. (1381 SH [2002/2003 CE]). *Ṣūrat wa sīrat-i insān dar Qur'ān* [The form and inner character of the human being in the Qur'ān]. Qom: Isrā'.
- Jawharī, Ismā'īl b. Ḥammād. (1376 SH [1997/1998 CE]). *al-Ṣiḥāḥ* [The authentic lexicon]. Beirut: Dār al-'Ilm li-l-Malāyīn.
- Ḥusaynī Ḥā'irī, Sayyid Kāzīm. (1399 SH [2020/2021 CE]). *Asās al-ḥukūma al-Islāmiyya* [The foundation of Islamic government]. Beirut: Maṭba'at al-Nīl.
- Khomeinī, Rūḥ Allāh. (1389 SH [2010/2011 CE]). *Ṣaḥīfa-yi Imām: Majmū'a-yi āthār-i Imām Khomeinī* [The Imam's collected works]. Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
- Khomeinī, Rūḥ Allāh. (1415 AH [1994/1995 CE]). *al-Makāsib al-muḥarrama* [Forbidden transactions]. Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
- al-Khū'ī, Sayyid Abū al-Qāsim. (1434 AH [2012/2013 CE]). *Miṣbāḥ al-fiqāha* [The lamp of jurisprudence]. Qom: Mu'assasat Nashr al-Fiqāha.
- Rāghib al-Iṣfahānī, Ḥusayn b. Muḥammad. (1412 AH [1991/1992 CE]). *Mufradāt alfāz al-Qur'ān* [Vocabulary of Qur'ānic expressions]. Beirut: Dār al-Qalam.
- Zāri' Qarāmalikī, 'Alī, & Muḥammadī Jūrūkūya, 'Alī. (1402 SH [2023/2024 CE]). The place of public interest in the three domains of derivation, legislation, and implementation. *Huquq-i Islāmī* [Islamic Law], in press.
- Zanganeh, Aḥmad. (1395 SH [2016/2017 CE]). A brief examination of the status of reason from the perspective of Āyat Allāh Mīrbāqirī. Mehr News Agency website.
- Subḥānī, Ja'far. (1384 SH [2005/2006 CE]). The role of time and place in legal derivation. *Fiqh-i Ahl-i Bayt 'alayhim al-salām* [Jurisprudence of the Ahl al-Bayt], (43).
- Sayyid Raḏī, Muḥammad b. Ḥusayn. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Nahj al-balāgha* [The path of eloquence]. Qom: Nahj al-Balāgha Institute.
- Ṣadr, Sayyid Muḥammad Bāqir. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Durūs fī 'ilm al-uṣūl* [Lessons in the science of legal theory]. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī.
- Ṣadūq, Muḥammad b. 'Alī. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Man lā yaḥḍuruḥu al-faqīh* [For one who has no jurist present]. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom.
- Ṭūsī, Muḥammad b. Ḥasan. (1407 AH [1986/1987 CE]). *Tahdhīb al-aḥkām* [The refinement of legal rulings]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- 'Azīzī, Ḥusayn, & Falāḥzāda, 'Alī Muḥammad. (1400 SH [2021/2022 CE]). Social public interest in Imāmī jurisprudence: From concept to criterion. *Dānish-i Huquq-i 'Umūmī* [Public Law Knowledge], 10(32), 85–104.
- 'Askarī, Ḥasan b. 'Abd Allāh. (1400 AH [1979/1980 CE]). *al-Furūq fī al-lughā* [Linguistic distinctions]. Beirut: Dār al-Āfāq al-Jadīda.

- ‘Alīdūst, Abū al-Qāsim. (1396 SH [2017/2018 CE]). *Fiqh wa maṣlahat* [Jurisprudence and public interest]. Tehran: Research Institute for Islamic Culture and Thought.
- Farāhīdī, Khalīl b. Aḥmad. (1409 AH [1988/1989 CE]). *Kitāb al-‘Ayn* [The book of ‘Ayn]. Qom: Hijrat.
- Fayyūmī, Aḥmad b. Muḥammad. (1414 AH [1993/1994 CE]). *al-Miṣbāḥ al-munīr fī gharīb al-sharḥ al-kabīr li-l-Rāfi‘ī* [The illuminating lamp on unusual terms in al-Rāfi‘ī’s great commentary]. Qom: Mu’assasat Dār al-Hijra.
- Kātūziyān, Nāṣir. (1374 SH [1995/1996 CE]). *Muqaddama-yi ‘ilm-i ḥuqūq wa muṭāla‘a dar nizām-i ḥuqūqī-yi Īrān* [Introduction to legal science and a study of the Iranian legal system]. Tehran: Shirkat-i Sahāmī-yi Intishār.
- Kulaynī, Muḥammad b. Ya‘qūb. (1407 AH [1986/1987 CE]). *al-Kāfi* [The sufficient book]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- Lajnat-i Fiqh-i Mu‘āṣir. (1441 AH [2019/2020 CE]). *al-Fā‘iq fī al-uṣūl* [The eminent work in legal theory]. Qom: Center for the Management of Seminaries.
- Miṣbāḥ Yazdī, Muḥammad Taqī. (1396 SH [2017/2018 CE]). *Nazariyya-yi ḥuqūqī-yi Islām* [The legal theory of Islam]. Qom: Imam Khomeini Educational and Research Institute.
- Miṣbāḥ Yazdī, Muḥammad Taqī. (1382 SH [2003/2004 CE]). *Nazariyya-yi siyāsī-yi Islām* [The political theory of Islam]. Qom: Imam Khomeini Educational and Research Institute.
- Muṣṭafawī, Ḥasan. (1430 AH [2008/2009 CE]). *al-Taḥqīq fī kalimāt al-Qur‘ān al-karīm* [Research on the words of the noble Qur‘ān]. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya.
- Muzaffar, Muḥammad Ridā. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Uṣūl al-fiqh* [Principles of jurisprudence]. Qom: Būstān-i Kitāb.
- Makārim Shīrāzī, Nāṣir. (1429 AH [2008/2009 CE]). *Aḥkām-i pizishkī* [Medical rulings]. Qom: Publications of Madrasa-yi al-Imām ‘Alī b. Abī Ṭālib.
- Makārim Shīrāzī, Nāṣir. (1427 AH [2006/2007 CE]). *Dā‘irat al-ma‘ārif-i fiqh-i ma‘ārif* [Encyclopedia of jurisprudence and Islamic knowledge]. Qom: Publications of Madrasa-yi al-Imām ‘Alī b. Abī Ṭālib.
- Mu‘min Qummī, Muḥammad. (1425 AH [2004/2005 CE]). *al-Wilāya al-ilāhiyya al-Islāmiyya aw al-ḥukūma al-Islāmiyya* [Islamic divine authority, or Islamic government]. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom.
- Mīrzā‘ī, Muḥammad, & Ridā‘ī, Muḥsin. (1399 SH [2020/2021 CE]). Criteria governing the use of religious public interest in criminal policymaking. *Pazhūhish-i Huqūq-i Kīfarī* [Criminal Law Research], 8(31), 149–175.
- Nā‘īnī, Muḥammad Ḥusayn. (1376 SH [1997/1998 CE]). *Fawā‘id al-uṣūl* [Benefits in legal theory]. Qom: Society of Seminary Teachers of Qom.
- Najafī, Muḥammad Ḥasan. (1404 AH [1983/1984 CE]). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ Sharā‘i‘ al-Islām* [Jewels of discourse in commentary on *Sharā‘i‘ al-Islām*]. Beirut: Dār Iḥyā‘ al-Turāth al-‘Arabī.
- Wāsiṭī, ‘Abd al-Ḥamīd. (1424 AH [2003/2004 CE]). *Nigarish-i sīstāmī ba dīn: Barrasī-yi huviyyat-i istirātizhīk-i dīn* [A systemic approach to religion: An examination of the strategic identity of religion]. Mashhad: Andīsha Nūr Research and Educational Institute.



## Exchange Riba in Cryptocurrency Transactions

Sajjad Salehi<sup>1</sup>, Seyed Abdolvahab Razavi Tabar<sup>2</sup>, Mojtaba Alinejad<sup>3</sup>,  
Ali Akbar Jahanbakhshi<sup>4</sup>, and Amirhossein Adibi Sedeh<sup>5</sup>

1. PhD Student in Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Imam Khomeini Research Institute, Tehran, Iran. Email: [ss.salehi1996@gmail.com](mailto:ss.salehi1996@gmail.com)
2. PhD Student in Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Imam Khomeini Research Institute, Tehran, Iran. Email: [Razavi.vahab1500@gmail.com](mailto:Razavi.vahab1500@gmail.com)
3. *Corresponding Author*, PhD Student in Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Imam Khomeini Research Institute, Tehran, Iran. Email: [alinejad.mojtaba@gmail.com](mailto:alinejad.mojtaba@gmail.com)
4. Associate Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, University of Tabriz, Tabriz, Iran. Email: [jahanbakhshi@tabrizu.ac.ir](mailto:jahanbakhshi@tabrizu.ac.ir)
5. M.A. Graduate in Intellectual Property Law, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: [adibi.amirhossein@ut.ac.ir](mailto:adibi.amirhossein@ut.ac.ir)

---

### Article Info

**Article type:**  
Research Article

**Article history:**  
Received  
03 November 2023  
Received in revised form  
12 January 2024  
Accepted  
28 January 2024  
Available online  
22 December 2025

**Keywords:**  
exchange riba,  
countable goods,  
unity of genus,  
cryptocurrencies,  
digital currencies,  
monetary functions,  
property status

---

### ABSTRACT

Cryptocurrencies have acquired an important place in contemporary economic exchange among people and states. Because exchange riba may occur in these transactions, research is needed to prevent Muslims from entering usurious dealings. The core question is how exchange riba applies to cryptocurrencies, which are countable goods. Using a descriptive-analytical method and library sources, the article reaches two main conclusions. First, riba applies to countable goods as well. Only if a solitary report can qualify the general prohibition of riba may the sale of one garment for two garments, and not all goods traded by inspection, be exempted. Second, cryptocurrencies are countable goods; equality must therefore be observed in their exchange. Accordingly, tokens may not be exchanged for more tokens of the same kind, nor coins for more coins of the same kind.

---

**Cite this article:** Adibi Sedeh, A., Salehi, S., Razavi Tabar, S. A., Alinejad, M., & Jahanbakhshi, A. K. (1404). Exchange Riba in Cryptocurrency Transactions. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 20(2), 265-290. <https://doi.org/10.22034/fvh.2024.17327.1863>



© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.  
DOI: <https://doi.org/10.22034/fvh.2024.17327.1863>

---

## **Introduction**

In recent years cryptocurrencies have raised new questions concerning their nature and the Shari'ah ruling on their exchange. One of the most important challenges is whether exchange riba can occur in cryptocurrency transactions. Riba is prohibited by all jurists and is commonly connected with sameness of genus and with goods measured by volume or weight. Disagreement persists, however, both over the meaning of sameness of genus and over whether riba is limited to measured and weighed goods. If riba applies to countable goods and cryptocurrencies are countable, the ruling may extend to cryptocurrency exchange. The study asks how riba operates in buying and selling cryptocurrencies.

## **Methodology**

The article uses critical content analysis based on library and electronic sources. The authors identify primary sources, extract the elements relevant to the issue, analyze them, and then develop a comprehensive theory. A significant part of the research consists of critiques directed at competing theories and their underlying assumptions.

## **Literature Review**

Because cryptocurrencies are new, no independent work has directly answered the questions of exchange riba in this field. Related studies have examined the condition of sameness of genus in exchange riba or the conceptual ambiguity of measured, weighed, and countable goods. These works do not answer the present article's central questions about the operation of riba in countable goods and then in cryptocurrencies.

## **Findings**

The reports commonly used to deny riba in countable goods are not sufficiently reliable in chain of transmission and cannot establish that exclusion. The examples in the reports concern goods sold by inspection and cannot be generalized to all countable goods. Limiting riba to measured and weighed goods would allow usurers to use countable goods to circumvent the prohibition, defeating the purpose of the lawgiver. Historical evidence also shows that gold and silver coins were treated as countable in practice, while riba was nevertheless prohibited in them. Therefore exchange riba applies to countable goods, except in narrow cases expressly supported by proof.

## **Discussion**

On this basis, cryptocurrencies are countable goods and the rules of exchange riba apply to them. The authors conclude that exchanges involving an excess between cryptocurrencies of the same kind are prohibited and void. The analysis does not deny the broader complexity of cryptocurrency transactions,

but it establishes that the countable character of cryptocurrencies is not a reason to exclude them from riba.

### Conclusion

The narrations on exchange riba do not prove non-application of riba to countable goods. Their chains are weak and their examples are limited to inspected goods. If riba were restricted to measured and weighed items, usurers could continue through countable goods, which would contradict the objective of prohibition. Since all cryptocurrencies are countable, excess in exchange between items of the same kind must be avoided. Where such excess occurs, the conduct is prohibited and the transaction is void.

### Declarations

**Author Contributions:** Data collection: Amirhossein Adibi Sedeh, Sajjad Salehi, Seyed Abdolvahab Razavi Tabar, and Mojtaba Alinejad. Report preparation: Seyed Abdolvahab Razavi Tabar. Data analysis: Amirhossein Adibi Sedeh, Sajjad Salehi, Seyed Abdolvahab Razavi Tabar, Mojtaba Alinejad, and Ali Akbar Jahanbakhshi.

**Data Availability Statement:** Not applicable.

**Acknowledgements:** No acknowledgement was declared.

**Ethical Considerations:** The authors observed the ethical principles governing the conduct and publication of scientific research.

**Funding:** This research received no specific grant from public, commercial, or not-for-profit funding bodies.

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

**Declaration on Generative AI and AI-assisted Technologies:** The authors declared that no artificial intelligence was used in the writing process.



## ربای معاملی در مبادله رمزارزها

امیرحسین ادیبی سده<sup>۱</sup>، سجاد صالحی<sup>۲</sup>، سید عبدالوهاب رضوی تبار<sup>۳</sup>، مجتبی علی نژاد<sup>۴</sup>،  
و علی اکبر جهانبخشی<sup>۵</sup>

۱. فارغ التحصیل کارشناسی ارشد حقوق مالکیت فکری، دانشگاه تهران، دانشکده‌گان فارابی، قم، ایران. رایانامه: [Amirhossein.adib76@gmail.com](mailto:Amirhossein.adib76@gmail.com)
۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانى حقوق اسلامی، پژوهشکده امام خمینی، تهران، ایران. رایانامه: [ss.salehi1996@gmail.com](mailto:ss.salehi1996@gmail.com)
۳. نویسنده مسؤل، دانشجوی دکتری فقه و مبانى حقوق اسلامی، پژوهشکده امام خمینی، تهران، ایران. رایانامه: [Razavitabar@gmail.com](mailto:Razavitabar@gmail.com)
۴. دانشجوی دکتری فقه و مبانى حقوق اسلامی، پژوهشکده امام خمینی، تهران، ایران. رایانامه: [alinejad.mojtaba@gmail.com](mailto:alinejad.mojtaba@gmail.com)
۵. دانشیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و علوم اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران. رایانامه: [ajjahanbakhshi@gmail.com](mailto:ajjahanbakhshi@gmail.com)

### چکیده

### اطلاعات مقاله

امروزه پدیده نوظهور ارزهای رمزیایه، جایگاه ویژه‌ای در میان مبادلات و روابط اقتصادی مردم و دولت‌ها پیدا کرده است. با توجه به امکان تحقق ربای معاملی در مبادلات یادشده، لازم و ضروری است که به‌منظور گرفتار نشدن مردم در دام معاملات ربوی پژوهشی در این زمینه صورت گیرد تا بتوان به این سؤال پاسخ داد که در رمزارزها که از معدودات به شمار می‌آیند، جریان ربای معاملی چگونه است؟ این مقاله با بررسی این مسئله به روش توصیفی-تحلیلی و مراجعه به منابع کتابخانه‌ای به این نتایج دست یافته است که نخست، ربا در معدودات نیز جریان دارد و تنها در صورتی که بتوان با خبر واحد، عموم تحریم ربا را تخصیص زد، خرید و فروش یک لباس در مقابل دو لباس - و نه تمامی کالاهایی که با مشاهده خرید و فروش می‌شوند- از ربای معاملی استثناء می‌شود. دوم، رمزارزها از معدودات شمرده می‌شوند، لذا رعایت تساوی در معامله آن‌ها لازم و ضروری است. لذا نمی‌توان، به‌طور مثال، توکن در برابر توکن و کوین در برابر کوین را به زیاده در برابر هم دادوستد نمود.

### نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۱۲

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۰/۲۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۰۸

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۱۰/۰۱

### کلیدواژه‌ها:

ربای معاملی،

معدود،

اتحاد جنس،

ارزهای رمزی،

رمزارزها،

ارزهای دیجیتال،

کارکردهای پول،

مالیت

**استناد:** ادیبی سده، امیرحسین؛ صالحی، سجاد؛ رضوی تبار، سید عبدالوهاب؛ علی نژاد، مجتبی؛ و جهانبخشی، علی اکبر. (۱۴۰۴). ربای معاملی در مبادله رمزارزها. مطالعات فقه اسلامی و مبانى حقوق، (۲۳۰)، ۲۶۵-۲۹۰.

<https://doi.org/10.22034/FVH.2023.17325.1861>



### مقدمه

ظهور رمزارزها، چالش‌های جدیدی را نسبت به شناخت موضوع این پدیده و همچنین حکم شرعی مبادله آن ایجاد کرده است. یکی از چالش‌های مهمی که در زمینه خرید و فروش رمزارزها وجود دارد، تحقق ربای معاملی است. ربا بنا بر نظر فقیهان حرام بوده و شارع مقدس از این عمل به شدت نهی فرموده و با رباخواران اعلام جنگ نموده است. (بقره: ۲۷۹-۲۷۸) برای تحقق ربای معاملی اکثر فقیهان وجود دو شرط «هم‌جنس بودن» و «مکیل و موزون بودن» را لازم دانسته‌اند، اما نخست، در معنای هم‌جنس بودن اختلاف نظر دارند و دوم، در مورد منحصر بودن جریان ربا در مکیل و موزون و عدم تعدی آن به معدودات اختلاف نظر دیده می‌شود. طبق این دو شرط اگر بتوان تحقق ربا در معدودات را ثابت کرد، با اثبات چند مقدمه دیگر می‌توان حکم به جریان ربا در معامله رمزارزها با یکدیگر داد و بعد از مشخص شدن معنای هم‌جنس بودن می‌توان تحقق ربا در معامله رمزارزهای هم‌نام و... را مورد بررسی قرار داد. پس ضروری است برای جلوگیری از ارتکاب ربا توسط مسلمانان، درگیری اقتصاد کشور با این مسئله و خط مشی دادن به قانون‌گذاران این حوزه \_ با فرض حل دیگر چالش‌های شرعی رمزارزها \_ پیش از گسترش و رواج خرید و فروش رمزارزها، چالش تحقق ربای معاملی در این حوزه بررسی شود.

به صورت مشخص این جستار در پی پاسخ‌دادن به این مسئله است که جریان ربا در خرید و فروش رمزارزها چگونه است؟ به نظر می‌رسد برخلاف نظر مشهور، ربا در معدودات نیز جریان داشته باشد و لذا بتوان جریان ربا در رمزارزها را اثبات نمود ولی برای پاسخ به این مسئله محوری و اصلی، ابتدا باید به چند سؤال دیگر که برای پاسخ به این سؤال اصلی مورد نیاز است، پرداخته شود؛ ربا در معدودات جریان دارد؟ اگر جریان دارد، رمزارزها معدود هستند؟ در ادامه برای رسیدن به پاسخ مسئله اصلی، به بررسی موارد مورد نیاز پرداخته خواهد شد.

### پیشینه پژوهش

با توجه به نو بودن مسئله رمزارزها، در پاسخ به پرسش‌های فوق، مطلبی نگاشته نشده است ولی مقالاتی در حوزه ربای معاملی که مرتبط با مسئله حاضر هستند، به رشته تحریر درآمده‌اند؛

۱. تأملی بر انگاره فقیهان در باب اشتراط «اتحاد جنس» در تحقق ربای معاملی (علی اکبری بابوکانی و همکاران، ۱۳۹۸، صص. ۱۰۰-۷۷) نگارندگان معتقدند بررسی روایات این باب اتحاد جنس عوضین، لزوم هم‌جنس بودن را با تعبیری که فقیهان دارند، نمی‌رساند و می‌توان معیار «هم ارزش بودن» را جایگزین هم‌جنس بودن نمود. بدین ترتیب اگر ارزش دو کالا مشابه نبود، نه تنها گرفتن زیاده جایز است، بلکه نگرفتن زیاده عین ربا خواهد بود.

۲. ابهام‌زدایی فقهی از ربای معاملی در معدودات مثلی و آثار آن در نظام پولی و مالی (یوسفی و مادرشاهی، ۱۳۹۹، صص. ۱۳۰-۱۰۶) نگارندگان معتقدند: ابهامی در بحث مفهومی مکیل، موزون و معدود به وجود آمده و همین امر منشأ اشتباه در حکم فقهی ربا در معدودات مثلی شده است.

بررسی پیشینه این مسئله نشان می‌دهد، هیچ‌یک از دو مقاله فوق، به پرسش‌های پیش روی این جستار پاسخ نداده‌اند و یا به نتیجه‌ای مغایر با یافته‌های این پژوهش رسیده‌اند؛ بنابراین برای پاسخ به این پرسش‌ها، بعد از تبیین مفاهیم، به جریان یا عدم جریان ربای معاملی در معدودات و سپس رمزارزها پرداخته خواهد شد.

### مفاهیم

قبل از ورود به مسئله تحقیق ابتدا لازم است مفاهیم کاربردی را تعریف کنیم.

#### ربا

راغب اصفهانی و ابن فارس واژه ربا را به معنای «زیادی، علو و برتری» (راغب اصفهانی، ۱۴۴۰، ص. ۳۴۰؛ ابن فارس، ۱۴۱۲، ج ۲، ص. ۴۸۳) ابن منظور آن را به معنای «زیاده» و «نمو» (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۴، ص. ۳۰۴) و مصطفوی ربا را به معنای «انتفاخ با زیاده» (مصطفوی، ۱۳۸۲، ج ۴، ص. ۳۵) آورده‌اند. فقیهان نیز معنای لغوی را مبنای تعریف اصطلاحی خود از ربا قرار داده‌اند.

ابن‌ادریس، علامه حلی، شهید ثانی و طباطبایی در تعریف ربا آورده‌اند: «ربا شرعاً بیع یک مثل به مثل دیگر است با شرایط دیگر»<sup>۱</sup> (ابن‌ادریس، ۱۳۷۲، ج ۲، ص. ۲۵۴-۲۵۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۲، ج ۲، ص. ۳۰۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص. ۳۱۶؛ طباطبایی، ۱۳۶۹، ج ۸، ص. ۲۷۹)؛ با این تفاوت که صاحب مسالک شرایط دیگر را در تعریف خود ذکر کرده است: «مبادله یکی از متمائلی که با کیل و وزن در زمان صاحب شرع یا عادت، به دیگری همراه با زیادی حقیقی یا حکمی در یکی از آن‌ها»<sup>۲</sup> (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص. ۳۱۶).

مهم‌ترین ویژگی این تعریف، محدود بودن ربا به بیع است. فاضل مقداد و محقق کرکی ربا را در بیع منحصر نکرده‌اند (فاضل مقداد، ۱۴۱۴، ج ۲، ص. ۳۶؛ محقق کرکی، ۱۳۷۰، ج ۴، ص. ۲۶۵) راوندی در کتاب فقه القرآن ربا را این‌گونه تعریف می‌کند: «ربا در اصل به معنای زیادی است و پس ربا همان زیادی هم‌جنس یا مماثل بر رأس مال است»<sup>۳</sup> (راوندی، ۱۳۶۹، ج ۲، ص. ۴۵). مقدس اردبیلی در کتاب زبده البیان در تعریف ربا آورده است: «أنه عبارة عن المعاوضة عن المكيل أو الوزن...» (مقدس اردبیلی، ۱۳۷۷، ص. ۴۳۲) بدین ترتیب وی با آوردن واژه «معاوضه»، ربا را محدود به بیع نکرده و آن را در دیگر معاوضات نیز جاری می‌داند. ربا دو قسم است: ربای معاملی و ربای قرضی (خمینی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص. ۴۰۹)؛

#### ربای معاملی

در معاملات پایاپای هرگونه زیادی در معامله هم‌جنس یا معامله‌ای که مشتمل بر زیادی یکی از عوضین باشد، با فرض تحقق شرایط خاص، ربای معاملی نامیده می‌شود. در ربای معاملی شخص (حقیقی یا حقوقی)

۱. «أنه شرعاً بیع أحد المتماثلین بالآخر مع شرائط اخر».

۲. «بیع أحد المتماثلین المقدرین بالکیل أو الوزن فی عهد صاحب الشرع علیه الصلاه والسلام، أو فی العاده بالآخر مع زیاده فی أحدهما حقیقه أو حکماً، أو اقتراض أحدهما مع الزیاده و ان لم یكونا مقدرین بهما اذا لم یکن باذل الزیاده حریباً و لم یکن المتعاقدان والداً مع ولده و لا زوجاً مع زوجته، انتهى».

۳. «أصل الربا الزیاده، و الربا هو الزیاده علی رأس المال من جنسه أو مماثله».

به شخص دیگر کالایی می‌دهد و در مقابل مقدار بیشتری از همان کالا از وی می‌گیرد. مقدار اضافه شده را ربای معمولی می‌گویند (انصاری، ۱۴۰۱، ج. ۱، ص. ۲۴۸).

ربای معمولی با دو شرط تحقق می‌یابد:

الف) هر دو عوض از یک جنس باشند. معیار همجنس بودن، صدق یک اسم بر هر دو است، مانند گندم مرغوب و نامرغوب که هر دو را گندم می‌گویند. (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۲۳، ص. ۳۳۸) البته در مورد معنای اتحاد جنس اختلاف نظر وجود دارد که در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

ب) دو عوض، پیمانه‌ای یا وزنی معامله شوند. بنابر مشهور، ربا در معامله اجناس غیر پیمانه‌ای و وزنی مانند اجناسی که با شمارش یا متر یا مشاهده معامله می‌شوند، جریان ندارد (طوسی، ۱۴۱۱، ج. ۵، ص. ۲۶۹).

### ربای قرضی

در ربای قرضی، روند کار به این شکل است که شخص به شخص دیگر پولی را به صورت قرض می‌دهد که پس از زمان معین آن را به همراه مبلغی اضافی برگرداند. آن مبلغ اضافی که قرض دهنده (مقرض) هنگام دادن وام شرط می‌کند از قرض گیرنده (مقترض) علاوه بر اصل وام دریافت کند، ربای قرضی نامیده می‌شود. در تحقق ربای قرضی فرق نمی‌کند مال قرض داده شده پیمانه‌ای باشد یا وزنی یا غیر آن (یزدی، ۱۳۹۸، ج. ۱، ص. ۱۲)

این قسم از ربا شرایط ربای معاوضه را ندارد؛ به همین جهت در ربای قرضی فرقی بین مکیل و موزون و معدود نیست. تنها رکن آن، شرط مقدار اضافی است که شرط شود، به هنگام بازگرداندن، چیزی اضافه بدهد خواه چیز اضافه از همان جنس باشد، یا جنس دیگر یا حتی خدمتی از خدمات باشد (مکارم شیرازی، ۱۳۹۵، صص. ۴۹-۵۰).

### ارز رمزنگاری شده

ارزهای رمزی نوعی ارز مجازی هستند که از فناوری رمزنگاری در طراحی آن‌ها استفاده شده است (اخوان، ۱۳۹۸، ص. ۶۷). در واژه‌نامهٔ مریم-وبستر رمز ارز به «هرگونه ارزی که تنها به صورت دیجیتالی وجود دارد، معمولاً صادرکننده یا تنظیم‌کننده مرکزی ندارد، اما از سامانه توزیع شده برای ذخیره تراکنش‌ها و مدیریت انتشار واحدهای جدید استفاده می‌کند و برای ممانعت از جعل و تراکنش‌های متقابلانه بر رمزنگاری تکیه دارد» تعریف شده است (Merriam-Webster, 2019).

عملیات رمزنگاری در این ارزها با کد کردن اطلاعات از طریق الگوریتم‌های پیچیده ریاضی انجام می‌شود، رمزنگاری اطلاعات به افزایش امنیت ارزهای رمزی کمک می‌کند. ارزهای رمزی، برخلاف ارزهای دیجیتال و مجازی، غیرمتمرکز هستند؛ توسط هیچ حکومت، سازمان یا ارگان خاصی کنترل نمی‌شوند و هیچ شخص یا نهادی توان کنترل یا دست‌کاری در آن‌ها را ندارد (اخوان، ۱۳۹۸، ص. ۶۷).

رمزارزها به صورت کلی بر دو قسم تقسیم می‌شوند؛

**کوین**

کوین‌ها (Coin) نوعی پول دیجیتال هستند که با استفاده از روش‌های رمزنگاری خلق می‌شوند. از معروفترین آن‌ها می‌توان به بیت‌کوین اشاره کرد که بر اساس فناوری بلاک‌چین ساخته شده است. بلاک‌چین یک سامانه عمومی و توزیع‌شده است که تمام معاملات کوین‌ها را به صورت شفاف ثبت و نگهداری می‌کند. داده‌های بلاک‌چین توسط شرکت‌کنندگان در شبکه به اشتراک گذاشته می‌شوند و از امنیت و صحت آن‌ها اطمینان حاصل می‌شود. بلاک‌چین جلوی تقلب و دست‌کاری داده‌ها را می‌گیرد. برخی از کوین‌ها مانند لایت‌کوین و بیت‌کوین‌کش از پروتکل بیت‌کوین که توسط ساتوشی ناکاموتو طراحی شده است نشئت گرفته‌اند و برخی دیگر مانند اتریوم، ریپل و مونرو بلاک‌چین منحصر به فرد خود را دارند. قابل تبادل، تقسیم، پذیرفته شدن، حمل، ماندگار و محدود بودن، راه‌حلی برای انجام پرداخت، خرید و فروش، قابل شرکت در شبکه بلاک‌چین آن‌ها، قابل فرستادن و گرفتن یا استخراج کردن، از جمله ویژگی‌های کوین هستند. این پول‌ها دارای زنجیره بلاک خودشان و به عنوان ارز آن زنجیره شناسایی می‌شوند، این پول‌ها در صورت استفاده از فناوری بلاک‌چین، قابل استخراج هستند و قصد دارند در آینده جایگزین پول فیات شوند و همه می‌توانند از آن‌ها استفاده کنند و محصور به گروه خاصی نیستند. (ملا میرزایی، ۱۳۹۸، ص. ۴۸)

بیت‌کوین، آلت‌کوین‌ها، بیت‌کوین‌کش و لایت‌کوین از انواع کوین‌ها هستند (زندی حقیقی، بی‌تا، ص. ۲۶؛ ملا میرزایی و همکاران، ۱۳۹۶، ص. ۴۸)

**توکن**

توکن‌ها (Token) نوعی دارایی دیجیتال هستند که برای یک پروژه خاص، به عنوان یک روش پرداخت یا یک حق مشارکت، صادر می‌شوند. توکن‌ها مانند کوین‌ها، قابل تبادل و تراکنش هستند، اما فقط در اکوسیستم پروژه خود ارزش دارند. توکن‌ها ممکن است برای اهداف مختلفی طراحی شوند، مانند نشان دادن یک دارایی دیجیتال، یک واحد ارزش، یک سهم شرکت، یک دسترسی به کارکردهای پروژه و غیره. برای مثال، بلیت استخراج یک توکن در دنیای واقعی است که فقط در زمان و محل مشخص قابل استفاده است و نمی‌توان آن را مثلاً برای خرید لباس استفاده کرد. توکن‌های دیجیتال هم همین‌طور هستند، فقط در پروژه خود قابل استفاده و معامله هستند. (بامبارا و آلن، ۱۳۹۹، ص. ۸۱؛ ملا میرزایی، ۱۳۹۸، ص. ۴۸) کاربردهای گسترده‌تر نسبت به کوین، عدم قابلیت استخراج، استفاده از کوین برای خرید آن‌ها، از ویژگی‌های توکن‌ها هستند. توکن‌های سهام یا توکن‌های سرمایه‌ای، توکن‌های خدماتی، توکن سرمایه‌ای و توکن پاداش از انواع توکن‌ها به شمار می‌آیند. (هالاکویی، ۱۳۹۹، ص. ۸۱)

در جستار حاضر به بررسی جریان ربای معاملی در مبادله آن‌ها پرداخته خواهد شد.

**دیدگاه‌ها در خصوص جریان ربا در شمردنی‌ها (معدودات) و ارزهای رمزپایه**

همان‌طور که گذشت، اگر عوضین مماثل عرفی باشند و هنگام معامله یکی از آن‌ها از دیگری بیشتر باشد ربا تحقق خواهد یافت. عوضین با مقیاس‌های متفاوتی سنجیده می‌شوند؛ پیمان، وزن، عدد، زرع و مشاهده از

جمله مقیاس‌هایی هستند که برای سنجش اجناس مورد استفاده قرار می‌گیرد. مطابق روایات (حر عاملی، ۱۴۱۱، ج. ۱۲، ص. ۴۳۴)، تحقق ربای معاملی در صورت تفاضل، در مورد کالاهایی که به‌طور وزنی یا پیمانه‌ای معامله می‌شوند، مسلم است. ولی فقیهان در انحصار ربای معاملی در مکیل و موزون و تعدی حکم آن به معدودات یا مشاهدات با یکدیگر اختلاف دارند:

### جواز ربا در معامله شمردنی‌ها

مشهور فقیهان این قول را پذیرفته‌اند (طوسی، ۱۴۰۷، ج. ۵، ص. ۲۶۹؛ کرکی، ۱۴۰۴، ج. ۴، ص. ۲۶۹؛ شهید ثانی، ج. ۳، ص. ۳۲۲؛ خمینی، ج. ۱، ص. ۵۳۷؛ خوبی، ص. ۳۵۷؛ حکیم، ۱۳۸۷، ج. ۲، ص. ۷۱) و معتقدند ربا تنها در مکیل و موزون جریان دارد و شامل اجناسی نمی‌شود که غیر از این دو صورت سنجش می‌شوند. این گروه برای این ادعای خود به روایاتی که در این خصوص وارد شده استناد می‌کنند، لذا باید این دسته از روایات مورد بررسی سندی و دلالتی قرار گیرند:

#### روایت اول

در روایات وارد شده است که منصور از معصوم علیه السلام می‌پرسد: معامله گوسفند با دو گوسفند و تخم مرغ با دو تخم مرغ چه حکمی دارد؟ ایشان فرمودند: «اگر مکیل و موزون نباشد مشکلی ندارد.» شیخ مثل این روایت را نقل کرده ولی در انتها می‌آورد که در صورتی در عوضیت چیز مکیل و موزون نباشد.<sup>۱</sup>

#### روایت دوم

محمد بن حسن با اسناد خود از حضرت صادق علیه السلام نقل می‌کند که از ایشان در خصوص معامله یک تخم مرغ در برابر دو تخم مرغ پرسیدم و ایشان فرمودند: «مشکلی ندارد.» معامله یک بالش با یک لباس چطور؟ فرمودند: «مشکلی ندارد.» اسب در برابر دو اسب چطور؟ ایشان فرمودند: «مشکلی ندارد» و سپس فرمودند: «هرچیزی که مکیل یا موزون باشد، معامله دو با یک چیز که مثل هم و از جنس واحد هستند، صحیح نیست ولی در صورتی که مکیل یا موزون نباشند مشکلی ندارد که دو در برابر یک معامله شود.»<sup>۲</sup> در روایتی دیگر از ایشان نقل شده است که فرمودند: «معامله دو لباس با یک لباس مشکلی ندارد.» (طوسی، ۱۴۰۷، ج. ۳، ص. ۱۰۱).

۱. «و مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى وَ غَيْرِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ عَنِ الْيُوبِ بْنِ نُوحٍ عَنِ الْعَاسِمِ بْنِ غَامِرٍ عَنِ دَاوُدَ بْنِ الْخَضِيِّنِ عَنْ مَنْصُورٍ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الشَّاهِ بِالشَّاهِتَيْنِ وَ الْبَيْضِ بِالْبَيْضَتَيْنِ قَالَ لَا بَأْسَ مَا لَمْ يَكُنْ كَيْلًا أَوْ وَزْنًا. وَ زَوَّاهُ الشَّيْخُ بِاسْتِثْنَاءِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ بِنِ سَمَاعَةَ عَنِ ابْنِ رِبَاطٍ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَارِثٍ مِثْلَهُ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ مَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ كَيْلٌ وَ لَا وَزْنٌ».

۲. «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِاسْتِثْنَاءِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنِ ابْنِ رِبَاطٍ عَنِ ابْنِ مُسْكَانَ عَنِ مَنْصُورِ بْنِ حَارِثٍ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الْبَيْضِ بِالْبَيْضَتَيْنِ قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ وَ النَّوْبِ بِالنُّوبَيْنِ قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ وَ الْفَرَسِ بِالْفَرَسَيْنِ فَقَالَ لَا بَأْسَ بِهِ ثُمَّ قَالَ كُلُّ شَيْءٍ يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ فَلَا يَضِلُّ مِثْلَيْنِ بِمِثْلِ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فَإِذَا كَانَ لَا يُكَالُ وَ لَا يُوزَنُ فَلَا بَأْسَ بِهِ اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ. وَ عَنْهُ عَنِ ابْنِ رِبَاطٍ عَنِ جَمِيلِ عَنِ زُرَّارَةَ عَنِ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ: لَا بَأْسَ بِالنُّوبِ بِالنُّوبَيْنِ».

## روایت سوم

محمد بن از حضرت امیر مؤمنان علیه السلام نقل می‌کند که ایشان مردم عراق را می‌پوشاند. در میان لباس‌ها حله‌ای خوب وجود داشت، امام حسین علیه السلام آن حله را خواست. پس ایشان امتناع کردند. حضرت ابی عبدالله علیه السلام فرمودند به‌جای آن دو حله می‌دهم. ایشان امتناع کردند تا اینکه پنج حله رسید و سپس حله را به ایشان دادند و پنج حله را از ایشان گرفتند و در حجره قرار دادند و فرمودند پنج تا در برابر یکی گرفتیم<sup>۱</sup> (حر عاملی، ج. ۱۸، ص. ۱۵۴).

## عدم جواز ربا در معاملهٔ معدودات

شیخ مفید، سارر، بحرانی و شهید مطهری، موضوع ربای معاملی را شامل معدودات هم می‌دانند (شیخ مفید، ص. ۶۰۵؛ سارر دیلمی، ۱۴۰۴، ص. ۱۷۹؛ بحرانی، ج. ۱۹، ص. ۲۵۱؛ مطهری، ۱۳۷۲، ص. ۷۸). شیخ مفید می‌گوید: حکم اشیایی که به‌صورت عددی معامله می‌شوند، حکم اشیای مکمل و موزون است و اگر از یک جنس باشند، خرید و فروش با تفاضل، جایز نیست و اگر جنسشان مختلف باشد، معاملهٔ آن به‌صورت نسبیه جایز نیست (شیخ مفید، ۱۴۱۰، ص. ۶۰۵). این گروه نیز برای ادعای خود، ادله‌ای ذکر نموده‌اند:

الف. اطلاق لفظ ربا: لفظ ربا از نظر لغت که به‌معنای زیادی است (ابن فارس، ۱۳۸۵، ج. ۲، ص. ۴۸۳) اطلاق داشته و دلالت بر تحقق ربا در معدودات دارد (علامهٔ حلی، ۱۴۱۲، ج. ۵، ص. ۸۵).

ب. ملاک حرمت ربا: ملاک حرمت ربا ظلم بودن آن است. همچنین، روایت: «لاربا الا فی ما یکال او یوزنه» دربارهٔ کالاهایی است که به هیچ نحو قابل توزین و کیل نبوده و با مشاهده معامله می‌گردند؛ بنابراین، شامل معدودات نمی‌شود، زیرا معدودات قابل کیل و توزین هستند. بر این اساس، ربا در معدودات محقق است و در کالاهای قابل مشاهده راه ندارد (مطهری، ص. ۱۹۰؛ طباطبایی حکیم، ۱۳۸۴، ج. ۲، ص. ۷۱).

ج. روایات: طرفداران دیدگاه مذکور جهت اثبات نظر خود به روایات محمد بن مسلم (حر عاملی، ۱۴۱۲، ج. ۱۸، ص. ۱۵۴)، و ابن مسکان (حر عاملی، ۱۴۱۲، ج. ۱۸، ص. ۱۶۰) استناد نموده‌اند. روایات مذکور بر ممنوعیت فروش دو لباس یا دو حیوان به یک لباس یا یک حیوان دلالت دارند.

## روایت اول

محمد بن مسلم می‌گوید از امام صادق علیه السلام سؤال کردم: آیا می‌توان دو لباس کم کیفیت را با یک لباس خوب و یک شتر را با دو شتر و یک دابه یا دو دابه را معاوضه کرد؟ ایشان در جواب فرمودند: حضرت علی علیه السلام از این کار کراهت داشتند و ما نیز از انجام این کار کراهت داریم مگر اینکه صنف آن‌ها

۱. «حسن محمد بن الحسن [بازسازی] باسناده عن الحسن بن سعید [بازسازی] عن فضاله عن أبان عن سلمه عن أبي عبد الله ع عن أبيه ع عن علي ع قال: أَنَّهُ كَسَا النَّاسَ بِالْعِرَاقِ وَكَانَ فِي الْكُشُوفِ خَلَّةٌ جَيِّدَةٌ قَالَ فَسَأَلَهَا إِيَّاهُ الْحُسَيْنُ عَلَيْهِ السَّلَامُ فَأَبَى فَقَالَ الْحُسَيْنُ أَنَا أُعْطِيكَ مَكَانَهَا خَلَّتَيْنِ فَأَبَى فَلَمْ يَبْزَلْ يُعْطِيهِ حَتَّى بَلَغَ خُمْسًا فَأَخَذَهَا مِنْهُ ثُمَّ أَعْطَاهُ الْخَلَّةَ وَجَعَلَ الْخَلَّةَ فِي جِجْرِهِ وَ قَالَ لِأَخِي خُمْسُهُ بِوَاجِدِهِ».

متفاوت باشد. راوی می‌گوید در مورد شتر و گاو و گوسفند یا یکی از آنها نیز پرسیدم. ایشان فرمودند: ما نسبت به این‌ها نیز کراهت داریم<sup>۱</sup> (حر عاملی، ۱۴۱۱، ج. ۱۸، ص. ۱۵۴).

### روایت دوم

حسین بن سعید با اسناد خود از حضرت صادق علیه السلام روایت می‌کند که در مورد مردی که می‌گفت: «اسب خود را با اسب من تعویض کن من چیزی بیشتر به تو می‌دهم.» ایشان جواب دادند: «این کار درست نیست.»<sup>۲</sup> ولی اگر بگوید: «اسب خود را به فلان قیمت به من بده و من اسب خود را به فلان قیمت می‌دهم.» معامله بدون اشکال می‌شود (طوسی، ۱۴۰۷، ج. ۳، ص. ۱۰۱).

### عدم جواز ربا در معامله نسبیّه معدودات

شیخ طوسی در نهاییه (۱۴۰۷، ص. ۳۷۷) و ابن حمزه (۱۳۹۰، ص. ۲۵۴) قائل به تفصیل شده‌اند و معتقدند: مبادله غیرمکمل و موزون همراه با زیادی در معاملات نقد، جایز و در معاملات نسبیّه ممنوع است. این گروه برای ادعای خود به برخی روایات استناد نموده‌اند:

#### دلیل اول: روایت حلبی

حسین بن محمد از حضرت صادق علیه السلام روایت می‌کند که اگر غذا، اجناس یا چیز دیگری متفاوت باشند، فروش دو در برابر یک آن، به صورت دست به دست (نقدی)، اشکالی ندارد ولی نسبیّه آن درست نیست<sup>۳</sup> (کلینی، ج. ۵، ص. ۱۹۱؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج. ۷، ص. ۹۳؛ حر عاملی، ۱۴۱۱، ج. ۱۸، ص. ۱۵۷). این روایت چنین بر می‌آورد که بیع نسبیّه‌ای مشتمل بر زیاده در دو مورد جایز نیست: بیع مکمل و موزون به غیرهمجنس (مثل ده کیلو برنج در قبال بیست کیلو گندم شش ماهه که در این مورد اگر معامله نقد باشد صحیح است، زیرا ربا در معامله مکمل و موزون مشروط به همجنس بودن است اما در مورد نسبیّه حتی در غیرهمجنس مکمل هم معامله باطل است) و بیع غیر مکمل و موزون به همجنس خود (مثل بیع یک میلیون در قبال یک میلیون و نیم شش ماهه).

۱. «و عَنْهُ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عَيْسَى عَنْ حَرِيزِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ النَّوْثَيْنِ الرَّذِيئَيْنِ بِالنَّوْبِ الْمُرْتَفِعِ وَ النَّبْعِ بِالْبَعْزَيْنِ وَ الدَّائِبِ بِالدَّائِبَيْنِ فَقَالَ كَرِهَ ذَلِكَ عَلَيَّ ع فَتَحْنُ نَكَرَهُهُ إِلَّا أَنْ يَخْتَلِفَ الصُّفْنَانِ قَالَ وَ سَأَلْتُهُ عَنِ الْإِبِلِ وَ الْبَقَرِ وَ النَّعَمِ أَوْ أَحَدِهِمْ فِي هَذَا الْبَابِ قَالَ نَعَمْ نَكَرَهُهُ».

۲. «عَنْهُ [الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ] عَنْ صَفْوَانَ عَنِ ابْنِ مُسْكَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يَقُولُ غَاوِضِي بِفَرَسِي فَرَسَكَ وَ أَرِيذَكَ قَالَ لَا يَصْلُحُ وَ لَكِنْ يَقُولُ أُعْطِي بِفَرَسِكَ بِكَذَا وَ كَذَا وَ أُعْطِيكَ فَرَسِي بِكَذَا وَ كَذَا».

۳. «الْحُسَيْنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ مُعَلَّى بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ دَكْرَةَ عَنْ أَبَانَ عَنْ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: مَا كَانَ مِنْ طَعَامٍ مُخْتَلِفٍ أَوْ مَتَاعٍ أَوْ شَيْءٍ مِنْ الْأَشْيَاءِ يَتَفَاضَلُ فَلَا بَأْسَ بِبَيْعِهِ مِثْلَيْنِ بِمِثْلِ بَدَأَ يَبْدُ فَأَمَّا نَظْرَةٌ فَلَا تَصْلُحُ».

**دلیل دوم: روایت زراره**

علی بن ابراهیم از حضرت صادق علیه السلام نقل می‌کند که ایشان فرمودند: «یک شتر در برابر دو شتر و یک حیوان در برابر دو حیوان اگر دست به دست (نقدی باشد)، مشکلی ندارد»<sup>۱</sup> (کلینی، ۱۳۸۷، ج. ۵، ص. ۱۹۰). استناد به روایت بدین شکل است که قید «بدا بید» در این روایت، احتراز از بیع نسیه‌ای بوده و بنابراین مفاد روایت چنین خواهد بود که بیع نسیه‌ای مشتمل بر زیاده در امثال شتر و اسب و... که مکیل و موزون نیستند، ممنوع است.

**دلیل سوم: روایت عبدالرحمن بن ابی‌عبدالله**

محمد بن یحیی نقل می‌کند ابی بن عبدالله می‌گوید از حضرت صادق (ع) از حکم خرید و فروش یک غلام در برابر دو غلام، و یک برده در برابر یک برده و پول سؤال کردند، ایشان فرمودند: «خرید و فروش این چنینی همه حیوان‌ها به صورت دست به دست (نقدی) هیچ اشکالی ندارد»<sup>۲</sup> (کلینی، ۱۳۸۵، ج. ۵، ص. ۱۹۱). منطوق این روایت تجویز تفاضل در بیع نقدی حیوان به حیوان - که از معدودات است - است و مفهوم آن - با توجه به احترازی بودن قید «بدا بید» - عدم جواز بیع نسیه‌ای مشتمل بر زیاده حیوان به حیوان است.

**جواز ربا در معامله در کالاهای مشاهدی**

برخی با استناد به روایات، ربای معاوضی را مختص کالاهایی می‌دانند که به وسیله مشاهده خرید و فروش می‌شوند (سبحانی، ۱۳۹۶) وی درصدد توجیه روایاتی که در آن عبارت «لَا يَكُونُ الرَّبَا إِلَّا فِيمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ» به کار رفته است برآمده و معتقد است: ممکن است این روایات در رد عامه وارد شده‌اند، زیرا آن‌ها معتقدند ربای معاوضی که تفاضل و زیادی‌اش حرام است، در شش چیز جریان دارد به بیان دیگر: این روایات مفهوم ندارند که اگر گفتیم ربا در مکیل و موزون جریان دارد تا معنایش این باشد که پس در معدود و مذروع ربا نیست، این روایات مفهوم ندارند و نظر به این قسمت هم ندارند، بلکه نظر به دیدگاه اهل سنت دارند و می‌خواهند آن‌ها را رد کنند که ربا منحصر به شش چیزی که شما می‌گویید نیست، بلکه امام علیه السلام می‌فرماید این شش تا از قبیل مثال‌اند و الا میزان مطلق مکیل و مطلق موزون است، اتفاقاً همان شش چیزی که آن‌ها گفته‌اند یا از قبیل مکیل هستند یا از قبیل موزون یا اینکه باید گفت برخلاف عبارت «لا ربا فی المعدود» که قابل توجیه نیست، این عبارت قابل توجیه است و می‌توان مراد از آن اخراج آنچه باشد که با مشاهده خرید و فروش می‌شود، زیرا تمامی مثال‌هایی که در روایات مورد بحث وجود دارند، همگی از قبیل کالاهایی هستند که با مشاهده خرید و فروش می‌شوند مانند حیوانات و تخم مرغ و لباس (کلینی، ۱۳۸۵، ج. ۵، ص. ۱۹۱).

۱. «عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ، وَ مُحَمَّدُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ، عَنِ الْفَضْلِ بْنِ شاذَانَ، عَنِ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى وَ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ، عَنْ جَمِيلِ، عَنْ زُرَّارَةَ: عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ، قَالَ: «الْبَيْعُ بِالْبَيْعَيْنِ، وَ الدَّابَّةُ بِالْذَاتَيْنِ، يَدَأُ يَدًا، لَيْسَ بِهِ بَأْسٌ».

۲. «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ، عَنْ أَبَانَ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الْعَبْدِ بِالْعَبْدَيْنِ، وَ الْعَبْدِ بِالذَّرَاهِمِ؟ قَالَ: «لَا بَأْسَ بِالْحَيَوَانَ كُلِّهِ يَدَأُ يَدًا» (کلینی، وسائل الشیعه ج. ۵، ص. ۱۹۱). در برخی اسناد عبارت «لا بأس بالحیوان کلها» به جای «لا بأس بالحیوان کلِّه» به کار برده شده است (القیه، ج. ۳، ص. ۲۸۰؛ طوسی، التهذیب، ج. ۷، ص. ۱۱۸؛ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج. ۱۸، ص. ۱۵۶).

البته روایتی وجود دارد که ابتدائاً این قول را تأیید می‌کنند ولی باید مورد بررسی قرار گیرد: جمیل از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که ایشان فرمودند اگر یک لباس در برابر دو لباس فروخته شود مشکلی ندارد و در سندی دیگر این روایت آمده است و در ادامه «زمانی که طول و عرض در آن وصف شود» آورده شده است<sup>۱</sup> (حر عاملی، ۱۴۱۱، ج. ۱۸، ص. ۱۵۳)

### نقد و بررسی ادله دیدگاهها

#### بررسی سندی

روایات دال بر جواز ربا در معدودات علاوه بر اینکه خلاف اصل مسلم حرمت و بطلان ربای معاملی است، تماماً مشکل سندی دارند؛ در روایت اول داود بن الحصین حضور دارد که در مورد اعتماد بودن وی اشکال وجود دارد: برخلاف نجاشی که وی را ثقة می‌داند (نجاشی، ۱۳۸۹، ص. ۱۵۹)، طوسی او را واقعی معرفی کرده (طوسی، ۱۲۷۳، ص. ۳۳۶) و حلی نیز با استناد به این قول طوسی در رابطه با روایات وارد شده از او، توقف را قوی‌تر می‌داند (علامه حلی، ۱۴۱۱، ص. ۲۲۱).

حسن بن محمد بن سماعه در روایت دوم غیرامامی است. در صورتی قول قابل اعتماد بودن راوی غیرامامی درست باشد، نباید روایتی برخلاف آن از راویان امامیه نقل شده باشد، حال آنکه در مسئله حاضر از راویان امامیه روایتی برخلاف محتوای این روایت نقل شده است پس نمی‌توان به روایت حسن بن محمد بن سماعه عمل نمود. اسمی از سلمه ابوحفص که یکی از راویان روایت سوم است نیز در منابع رجالی نیامده است و لذا مجهول بوده و روایت‌های این شخص ضعیف تلقی می‌گردند.

یکی از روایات دال بر عدم جواز ربا در معدودات صحیح است. بنا به نقل‌های مختلف، مورد اعتماد بودن حریر بن عبد الله سجستانی در روایت اول مورد تردید است، زیرا وی بر امام شمشیر کشیده است (کشی، ۱۳۹۰، ص. ۶۸۰؛ نجاشی، ۱۳۸۳، ص. ۱۴۴). لذا با وجود مطابقت اصل بودن این روایت نمی‌توان آن را مبنای عمل قرار داد. ولی راویان روایت دوم همگی مورد اعتماد هستند. (علامه حلی، ۱۴۱۲، ص. ۴۹؛ نجاشی، ۱۳۸۳، ص. ۱۹۷؛ ۱۳۸۳، ص. ۲۱۴).

روایات دال بر عدم جواز ربا در نسیه معدودات نیز همگی مشکل سندی دارند؛ در روایت اول، معلی بن محمد البصری أبو الحسن «مضطرب الحدیث و المذهب» است (نجاشی، ۱۳۸۳، ص. ۴۱۸) در روایت دوم محمد بن اسماعیل مجهول و ابراهیم بن هاشم القمی مهمل است (نجاشی، ۱۳۸۳، ص. ۱۶) در روایت سوم نیز عبدالله بن محمد بن عیسی الأشعری مجهول است.

روایت دال بر عدم جریان ربا در معامله مشاهدات صحیح است. (طوسی، ۱۴۰۹، ص. ۳۵۵؛ علامه حلی، ۱۴۰۴، ص. ۴۹؛ نجاشی، ۱۳۹۳، ص. ۴۰۳).

۱. «وَعَنْهُ عَنِ ابْنِ رِبَاعٍ عَنْ جَمِيلٍ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ: لَا بَأْسَ بِالرُّبُوبِ بِالنُّوْبِينِ. وَ بِإِسْنَادِهِ [محمد بن الحسن] عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ حَمَزَةَ بْنِ حُمْرَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع مِثْلَ ذَلِكَ وَ قَالَ: إِذَا وَصَفْتَ الطُّوْلَ فِيهِ وَ الْعَرْضَ.»

### بررسی دلالتی روایات

با توجه به بررسی‌های سندى، دو روایت صحیح و قابل اعتماد هستند و دلالت آن‌ها بدین‌گونه است که روایت اول مطابق با عموم حرمت ربای معاوضی بوده و هیچ استثنایی مطرح نمی‌کند، ولی در روایت دوم خرید و فروش یک لباس در برابر دو لباس، در صورتی که ویژگی‌های آن‌ها وصف شود، بلامانع است و این نشان می‌دهد ربا در مشاهدات بلامانع است و مطلبی در خصوص جریان یا عدم جریان ربا در معدودات، بیان نمی‌کند. علاوه بر اینکه روایات معدودات را نیز مشمول حرمت ربا می‌دانند چند دلیل دیگر نیز وجود دارد که نشان می‌دهد ربا در معدودات نیز جریان دارد؛

#### دلیل اول

بررسی روایات نشان می‌دهد که تمام مثال‌هایی که در روایات برای ما لایکال او یوزن آمده است مشاهدات است، از قبیل: «الشاة بالشاتین» و «الثوب بالثوبین و الفرس» بالفرسین» و «الحلة بالحلّتين» و البعیر بالبعیرین» و «الدابة بالدابّتين و العبد» بالعبدین» و «الحيوان بالحيوان» می‌باشد. همه آن‌ها قیمی و مشاهد هستند و در روایات بین مثال‌های قیمی با مکیل و موزون مقابله داده شده است و از قرینة مقابله می‌فهمیم که مراد از مکیل و موزون در احادیث مطلق مثلی می‌باشد. مثلاً در موثقه منصور می‌فرماید: «سألته عن الشاة بالشاتین و البيضة بالبيضتين، قال: لا بأس، ما لم يكن كَيْلاً أو موزوناً» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج. ۱۸، ص. ۱۳۴). یا در موثقه منصور بن حازم از امام صادق (ع) سخن از «البيضة»، «الثوب» «الفرس» آمده است (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج. ۱۸، ص. ۱۵۳).

بنابر آنچه گفته شد، حتی اگر لا ربا فی ما لایکال او یوزن را تخصیص ادله ربا تلقی شود، قطعاً معدودات را شامل نمی‌شود و حتی اگر در مفهوم ما لایکال او یوزن شک کنیم که آیا وزن و کیل فعلی است یا آنچه امکان وزن و کیل کردن آن وجود دارد مطلق امور مثلی باز باید به ادله حرمت ربا و عمومات در این زمینه تمسک کنیم زیرا تمسک به عام در شبهه مفهومیه مخصص خواهد بود.

#### دلیل دوم

اگر واقعاً ربای معاوضی منحصر باشد به مکیل و موزون، رباخواران از این جریان سوءاستفاده می‌کنند؛ زیرا یک ربا خوار به جای اینکه صد تخم مرغ را به کسی قرض بدهد و بعد از چند ماه صد و بیست تخم مرغ بگیرد، می‌گوید من صد تخم مرغ نقد را صد و بیست تخم مرغ نسیمه می‌فروشم، معنی ندارد که شرع مقدس چیزی را تحریم کند، اما راهش را در جای دیگر باز کند، این نقض غرض است.

#### دلیل سوم

اگر گفته شود در ربای معاوضی، فقط بیع مکیل و موزون با تفاضل و زیادی حرام است، رباخواران از راه دیگری وارد می‌شوند: اسکناس که از قبیل معدودات است و مثلاً ربا خوار به طرف مقابلش می‌گوید من یک میلیون تومان نقد را به شما می‌فروشم در مقابل یک میلیون و پانصد هزار تومان نسیمه، ولذا این اشکال نیز لاینحل باقی خواهد ماند.

### دلیل چهارم

تحقق ربا در دینار و درهم قدر متیقن از ثبوت ربای معاملی است و همه مسلمانان بر آن اتفاق نظر دارند و در برخی روایات دیگر در مقام تعریف ربا به درهم بدرهم تعریف شده است، مانند صحیحہ عُمَرُ بْنُ یَزِيدَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي حَدِيثٍ أَنَّهُ قَالَ: يَا عُمَرُ قَدْ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا بَيْعَ وَارِثٍ وَلَا تَرْبٍ - قُلْتُ وَمَا الرِّبَا قَالَ ذَرَاهِمٌ بِذَرَاهِمٍ مِثْلَيْنِ بِمِثْلٍ - الحدیث (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۷، ص ۴۴۷).

ای عمر خداوند بیع را حلال و ربا را حرام کرده است بفروش و سود ببر ولی ربا نگیر! پرسیدم ربا چیست؟ فرمود چند درهم به چند درهم دو مثل در مقابل یک مثل درحالی که معاملات درهم و دینار به دو صورت انجام می شده است؛ هم وزنی و هم عددی اگرچه محقق خوبی معتقد است همه معاملات درهم و دینار به صورت عددی بوده است و هیچ کدام از آن ها وزنی نمی باشد. ایشان می فرماید: سیره قطعیه بر این امر استوار شده است که با نقدهای مسکوک معامله معدودات می کنند و هیچ کسی در این مطلب شک نمی کند، بلکه اصلاً به آن التفاتی ندارد و اینکه آیا این ها مکیل هستند یا موزون هستند بلکه اصلاً هیچ یک از مردم یا اکثر آن ها مقدار درهم مسکوک رایج را نمی داند مگر اینکه می داند به حسب اصل خود بر یک میزان خاص بوده است و مشهور بین مردم شده باشد مثل قرآن هایی که قبلاً در ایران بوده است. خلاصه ما احتمال نمی دهیم که کسی شک کند که درهم و دنانیر رایج از قبیل معدودات باشند و این امر بر این مطلبی که ما گفتیم که نقود از معدودات هستند دلالت می کند (خوبی، بی تا، ج ۵، ص ۳۳۰).

اگر این فرمایش محقق خوبی صحیح باشد دلیل واضحی بر جریان ربا در معدودات مثلی خواهد بود، چون ثبوت ربا در درهم و دنانیر از قطعیات و مسلمات است و اگر این ها معدود باشند تخصیص وارد در لا ربا الا فی ما یکال او یوزن به معنای مشاهدات قیمیات خواهد بود، نه به معنای مطلق غیر مکیل و موزون بالفعل و معدودات مثلی را شامل نمی شود.

اما به نظر می رسد نمی توان به صورت کامل با فرمایش محقق خوبی همراهی نمود و نمی توان قبول کرد که همه دنانیر و درهم به صورت معدود در معاملات به کار گرفته می شده است؛ بلکه باید پذیرفت که درهم و دنانیر به دو گونه در معاملات مورد استفاده قرار می گرفته است؛ گاهی به صورت عددی و گاهی به صورت وزنی معاملات با درهم و دینار گاهی در معاملات جاری مردم بوده است که درهم و دینار واسطه معامله و تنها به عنوان ثمن و قیمت کالاها محسوب می شده است و گاهی در صرافی ها به عنوان طرفین معامله و دو کالا با همدیگر معامله می شده است.

در معاملات در صرافی ها وزنی معامله می شده است و با دقت وزن کرده و عیار آن را تشخیص می داده و مغشوش بودن یا غیر مغشوش بودن آن را واضح می نمودند لکن در معاملات جاری، مردم عددی معامله می شده است و قدرت خرید آن ها معیار قرار می گرفته است.

اگرچه مردم به اعتماد اینکه سکه صحیح است معامله می کردند ولی با توجه به قدرت خرید آن معامله را انجام می دادند نه وزن آن و همان طور که محقق خوبی فرموده اند اصلاً از وزن آن نیز خبر نداشته اند و احدی از فقیهان نگفته است که شرط است در معاملات با دینار و درهم که همه افراد وزن آن را بدانند درحالی که در

معاملات اشیای موزون شرط است که وزن آن دانسته شود و بسیاری از فقیهان به وجود این دو نوع معامله دربارهٔ درهم و دینار اشاره کرده‌اند و تفاوت برخی روایات را با توجه به آن توجیه نموده‌اند که می‌تواند دلیل مناسبی بر وجود چنین امری باشد؛ مثلاً جناب شیخ طوسی (طوسی، ۱۳۹۰، ج. ۳، ص. ۱۰۰) و شیخ صدوق قمی (صدوق، ۱۴۱۳، ج. ۳، ص. ۱۹۱) ذیل حدیثی می‌فرمایند که این روایت با روایات دیگر تنافی ندارد چون درهم به دو گونه معامله می‌شده است؛ گاهی درهم وزنی بوده است، درهم غیررایج چنین بوده است و گاهی درهم مرسوم و رایج بوده است که به صورت غیروزنی و با قدرت خریدش معامله می‌شده است و اختلاف این روایت با روایات دیگر به خاطر این دو نوع معامله با درهم می‌باشد.

بنابراین می‌توان گفت تعریف ربا به درهم بدرهم و تطبیق ربا بر آن دلالت می‌کند که در معدودات مثلی نیز ربا جریان دارد، چون اگر در این درهم که عددی بوده است ربا جریان نداشته باشد باید حضرت تفصیل می‌داد و با توجه به اینکه درهم عددی بیشتر کاربرد داشته است عدم تذکر به این مطلب که مقصود از درهم و داننیر آن قسم اندک است که وزنی معامله می‌شود همانند نص در وجود ربا در همهٔ درهم و داننیر که عددی هستند خواهد بود و دلیل بر اینکه درهمی که نزد معصومان علیهم السلام رایج بوده است به صورت عددی معامله می‌شده، صحیحهٔ ابن‌عبدالرحمن است: به امام صادق عرض کردم: چیزی با درهم می‌خرم و درهمی می‌دهم که یک یا دو حبه کم دارد. حضرت فرمود: نه، تا بیان کنی؛ سپس فرمود مگر مانند این درهم اوضاحیه باشد که نزد ما به صورت عددی معامله می‌شود<sup>۱</sup> (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج. ۱۸، ص. ۱۸۷).

پس آنچه از بررسی روایات بر می‌آورد این است که ربا در معدودات نیز جریان دارد و بدین طریق کبرای استدلال به جریان ربا در رمزارزها نیز ثابت می‌شود.

استدلال برای جریان ربا در رمزارزها بدین صورت است:

صغری: رمزارزها از معدودات به حساب می‌آیند.

کبری: در معدودات ربا جریان دارد.

نتیجه: در رمزارزها ربا جریان دارد.

همان‌طور که در تعاریف رمزارزها گذشت، رمزارزها در دو نوع کوین و توکن، موجود هستند که هرکدام از این دو رمزارز انواع مختلفی دارند، از آنجاکه تمامی این نوع از رمزارزها، به عدد خرید و فروش می‌شوند، معدود به حساب می‌آیند.

صغرای این استدلال را که همان معدود بودن رمزارزهاست، می‌توان با نگاهی به واحدهای اندازه‌گیری رمزارزها، اثبات کرد: برخی از ارزهای دیجیتال برای سهولت در معامله، قابلیت تبدیل شدن به واحدهای کوچک‌تر را نیز دارند. بیت‌کوین به‌عنوان بزرگ‌ترین و گران‌ترین ارز دیجیتال بی‌شک از این قاعده مستثنی نخواهد بود. به دلیل بالا بودن قیمت بیت‌کوین، گاهی اوقات معاملات آن با پیچیدگی‌ها و مشکلاتی نظیر اعشار خوردن مواجه

۱. «قَالَ: قُلْتُ لَأَيِّ عَبْدِ اللَّهِ (ع) أَشْتَرَى الشَّيْءَ بِالدَّرَاهِمِ فَأَعْطَى النَّاقِصَ الْحَبَّةَ وَ الْحَبَّتَيْنِ قَالَ لَا حَتَّى تَبْتِئَهُ ثُمَّ قَالَ أَلَا أَنْ يَكُونَ نَحْوَ هَذِهِ الدَّرَاهِمِ الْأَوْضَاحِيَّةِ الَّتِي تَكُونُ عِنْدَنَا عَدْدًا».

می‌شد که همین موضوع نرخ استفاده از عبارت ساتوشی را بسیار بالا برد. از زمان ابداع بیت‌کوین تنها دو واحد رسمی برای آن معرفی شد که این دو واحد بیت‌کوین و ساتوشی بودند. در سال ۲۰۱۵، بیت‌کوین تحت استاندارد ISO4217 قرار گرفت که مجبور شد برای واحدهای پولی، استانداردسازی جدیدی انجام دهد. از زمان بود که واحدهای بیشتری به بیت‌کوین اضافه شد. علاوه بر ساتوشی واحدهای دیگری برای بیت‌کوین هستند که «میلی بیت‌کوین» (mBTC) و «میکرو بیت‌کوین» ( $\mu$ BTC) هستند. هر میلی بیت‌کوین برابر با ۱۰۰ هزار ساتوشی است که یعنی هر یک بیت‌کوین معادل ۱۰۰۰ میلی بیت‌کوین است. هر میکرو بیت‌کوین برابر با ۱۰۰ ساتوشی است که یعنی هر یک بیت‌کوین معادل یک میلیون میکرو بیت‌کوین است (منصوری، ۱۴۰۲).

با اثبات صغرای استدلال می‌توان به این نتیجه رسید که تمامی احکام معدود در رمزارزها جاری خواهد بود. از آنجاکه در این پژوهش ثابت شد ربا در معدودات نیز جریان دارد، به همین جهت هر گونه زیاده‌ی در خرید و فروش رمزارزها ربا محسوب می‌شود و حرام خواهد بود پس هیچ فردی نمی‌تواند، به‌عنوان مثال، دو بیت‌کوین را در برابر یک بیت‌کوین معاوضه نماید. و همین‌طور تمامی توکن‌های سرمایه‌ای یا خدماتی نیز چنین حکمی خواهند داشت.

### نتیجه‌گیری

پژوهش‌ها در این جستار نشان می‌دهند:

اخبار وارد در ربای معاملی، نمی‌تواند عدم جریان ربا در معدودات را ثابت نماید زیرا از نظر سندی ضعیف به حساب می‌آیند و لذا تنها مشاهدات هستند که می‌توانند استثنایی برای حرمت ربا تلقی شوند؛ زیرا اولاً مثال‌هایی که در روایات وارد شده‌اند، تماماً مصداق مشاهدات هستند و لذا نمی‌توان برای عدم جریان ربا در معدودات به آن‌ها استناد نمود. ثانیاً در صورتی که ربا تنها در مکیل و موزون جریان داشته باشد، رباخواران به معدودات متوسل شده و از این طریق به رباخواری می‌پردازند که نقض غرض به حساب می‌آید. ثالثاً بررسی تاریخی استفاده از نقدین نشان می‌دهد، این نوع از پول‌ها به‌عنوان معدود در نظر گرفته می‌شدند و از آنجاکه در این دو ربا حرام است، می‌تواند دلیلی بر حرمت ربا در معدودات باشد.

بنابراین ربای معاملی در معدودات نیز جریان دارد و تنها می‌توان خرید و فروش یک لباس در برابر دو لباس در صورتی که ویژگی‌های آن‌ها وصف شود - و نه تمامی کالاهایی که بر مبنای مشاهده خرید و فروش می‌شوند - را در صورتی که خبر واحد بتواند عموم حرمت ربا را تخصیص بزند، از این قاعده استثنا کرد.

از آنجاکه تمامی رمزارزها از معدودات به حساب می‌آیند، باید همچون دیگر معدودات احکام ربا در آن‌ها جریان یافته و از گرفتن زیاده در مبادلات آن‌ها پرهیز نمود. بنابراین ربای معاملی در خرید و فروش رمزارزها نیز جریان دارد، لذا در صورتی که در خرید و فروش آن‌ها زیاده‌ی اتفاق افتد، فعل آن‌ها حرام و معامله باطل خواهد بود.

## منابع

- ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد. (۱۳۶۷). النهاية فی غریب الحدیث و الأثر. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- ابن حمزه، محمد بن علی. (بی تا). الوسيلة الی نیل الفضيلة. قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
- ابن فارس، ابوالحسین احمد. (۱۴۰۴). معجم مقاییس اللغة. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
- انصاری، محمدعلی. (۱۴۱۵). الموسوعة الفقهية المیسرة. قم: مجمع الفكر الاسلامی.
- بامبارا، جوزف جی. و آلن، پل آر. (۱۳۹۹). بلاکچین، یک راهنمای کاربرد برای توسعه راه حل های تجاری، قانونی و تکنولوژی (ترجمه مهدی عینی). تهران: دانشگاه عالی دفاع ملی.
- بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۹). القواعد الفقهية. قم: الهادی.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹). وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۳). وسائل الشیعة. تهران: المكتبة الاسلامية.
- حکیم، سید محسن. (۱۴۰۰). منهاج الصالحین. بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
- حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۰۲). رجال العلامة الحلی. قم: الشریف الرضی.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۴). تذکرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۳). قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- خمینی، روح الله. (۱۴۰۱). تحریر الوسيلة. بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
- خویی، سید ابوالقاسم. (بی تا). المستند فی شرح العروة الوثقی (تقریر مرتضی بروجردی). بی جا: بی نا.
- روحانی قمی، سید صادق حسینی. (۱۴۱۲). فقه الصادق (علیه السلام). قم: دار الکتب.
- روحانی قمی، سید صادق حسینی. (۱۴۲۹). منهاج الفقاهة. قم: انوار الهدی.
- زارع قراملکی، علی و محمدی جورکویه. علی. (۱۴۰۲). جایگاه مصلحت در سه ساحت استنباط، تقنین و اجرا. حقوق اسلامی، (در صف انتشار).
- سبزواری، محمدباقر. (۱۴۳۳). کفایة الأحکام. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- سیمی مازندرانی، علی اکبر. (۱۴۲۹). دلیل تحریر الوسيلة: أحکام الأسرة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۰). اللمعة الدمشقية فی فقه الامامية. بیروت: دار التراث.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۴). مسالک الأفهام. قم: مؤسسه معارف اسلامی.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (بی تا). الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية. قم: مرکز النشر التابع لمکتب اعلام الاسلامی.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰). الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية (با تعلیقه کلانتر). قم: کتابفروشی داوری.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳). مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.
- شیخ مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۰). المقنعة. قم: انتشارات جامعه مدرسین.
- صدر، سید محمدباقر. (۱۴۱۷). اقتصادنا. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- صدر، محمدباقر. (۱۳۸۲). الاسلام یقود الحياة. بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
- صدوق، محمد بن علی. (۱۳۶۳). من لایحضره الفقیه. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طباطبای حکیم، سید محسن. (۱۴۱۰). منهاج الصالحین (المحشى). بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.

- طریحی، فخرالدین بن محمد. (۱۳۷۵). مجمع البحرین. تهران: مرتضوی.
- طوسی، محمد بن حسن. (بی تا). المبسوط فی فقه الامامیه. بی جا: المرتضویه.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۳). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۵). تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- عراقی، آقا ضیاءالدین. (۱۴۱۸). قاعدة لا ضرر. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- عمیدی، سید عمیدالدین بن محمد. (۱۴۱۶). کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- فخرالمحققین حلی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- فراهیدی، خلیل بن أحمد. (۱۴۰۹). کتاب العین. قم: هجرت.
- فرزان جم، احمدرضا و ناطق الاسلام، سید مصطفی. (۱۳۹۵). جویندگان بیت کوبین: روند به تکامل رسیدن پول مدرن. تهران: ماهنامه شبکه.
- فضلی، حسن، چمندار، مهدی و زمردی منور، هادی. (۱۳۹۸). بلاکچین و رمزرها. تهران: ناقوس.
- فیومی، أحمد بن محمد. (۱۴۱۴). المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر. قم: مؤسسه دار الهجرة.
- قرشی بنای، علی اکبر. (۱۴۱۲). قاموس قرآن. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۶). اموال و مالکیت. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاشف الغطاء، حسن بن جعفر. (۱۴۲۲). أنوار الفقاهة (کتاب البیع). نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
- کاشف الغطاء، محمدحسین. (۱۳۵۹). تحریر المجلة. نجف: المكتبة المرتضویه.
- کرکی، علی بن الحسین. (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- کشی، محمد بن عمر. (۱۴۰۴). اختیار معرفة الرجال. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- کلاتری، علی اکبر. (۱۳۸۷). حکم ثانوی در تشریح اسلامی. تهران: مرکز انتشارات تبلیغات اسلامی.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۸۷). الکافی. قم: مؤسسه علمی فرهنگی دار الحدیث.
- گلپایگانی، سید محمدرضا. (۱۴۰۹). مجمع المسائل. قم: دارالقرآن الکریم.
- لنکرانی، محمدفاضل. (۱۴۲۶). رساله توضیح المسائل. قم: دارالفکر.
- مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۳). بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- محقق ثانی، علی بن حسین. (۱۴۰۹). رسائل المحقق الکرکی. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره).
- محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعیلیان.
- محقق داماد یزدی، سید مصطفی. (۱۴۰۶). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدی خراسانی، علی. (بی تا). شرح تبصرة المتعلمین. بی جا: بی نا.
- مصطفوی، حسن. (۱۳۶۸). التحقيق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- مصطفوی، سید محمدکاظم. (۱۴۲۱). مائة قاعدة فقهية. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- مصطفوی، سید محمدکاظم. (۱۴۲۳). فقه المعاملات. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- مطهری، مرتضی. (۱۳۷۲). مسئله ربا. تهران: صدرا.
- مطهری، مرتضی. (۱۳۶۸). نظری به نظام اقتصاد اسلامی. تهران: صدرا.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۲). بحوث فقهية هامة. قم: انتشارات مدرسة الامام علی بن ابی طالب (ع).
- ملا میرزایی، حامد حاجی. (۱۳۹۸). بلاکچین. تهران: دانشگاه و پژوهشگاه عالی دفاع ملی.

- ملکزاده ییائی، ملکه. (۱۳۷۰). تاریخ سکه. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- منصوری، یاسمین. (۱۴۰۲). ساتوشی چیست؟ قابل بازیابی در: <https://hoseinifinance.com/blog/satoshi-crypto>
- منتظرظهور، محمود. (۱۳۵۳). اقتصاد خرد و کلان. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- منتظری، حسین علی. (۱۳۸۴). رساله استفتانات. تهران: سایه.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۶). صراط النجاة. قم: مکتب نشر المنتخب.
- موسویان، سید عباس و علیزاده اصل، محمد. (۱۳۹۴). بررسی ضابطه غرر در معاملات جدید. تحقیقات مالی اسلامی، ۹(۳)، ۷۳-۹۸.
- مؤمن قمی، محمد. (۱۳۷۵). تزامم کارهای حکومت اسلامی و حقوق اشخاص. فقه اهل بیت (ع)، (۵ و ۶)، ۸۵-۱۰۹.
- میرزای قمی، ابوالقاسم. (۱۴۱۳). جامع الشتات فی أجوبة السؤالات. تهران: کیهان.
- میرزای قمی، ابوالقاسم. (۱۴۲۷). رسائل الميرزا القمی. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- ناطق الاسلام، سید مصطفی؛ ابهری، باتیس و فرزانه جم، احمد رضا. (۱۳۹۶). همه چیز درباره بیت کوین. تهران: ماهنامه شبکه.
- نائینی، میرزا محمدحسین. (۱۴۱۳). المکاسب و البیع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- نائینی، میرزا محمدحسین. (۱۴۲۴). تنبیه الأمة و تنزیه الملة. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- نجاشی، احمد بن علی. (۱۳۶۵). رجال النجاشی. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴). جواهر الكلام فی شرح شرائع الاسلام (تحقیق علی آخوندی). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- هالاکویی، محمد و محمدی، شبنم. (۱۳۹۹). امپراتوری بلاکچین. اصفهان: زهنج.
- ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین. (۱۴۰۵). عوالی اللئالی العزیزية فی الأحادیث الدینیة. قم: دار سید الشهداء (ع).

## Reference

- Ibn al-Athīr al-Jazarī, Muḥammad b. Muḥammad. (1367 SH [1988/1989 CE]). *al-Nihāya fī gharīb al-ḥadīth wa-l-athar* [The ultimate reference on unusual terms in ḥadīth and tradition]. Qom: Mu'assasa-yi Maṭbū'ātī-yi Ismā'īliyyān.
- Ibn Ḥamza, Muḥammad b. 'Alī. (n.d.). *al-Wasīla ilā nāyl al-faḍīla* [The means to attaining virtue]. Qom: Public Library of Grand Āyat Allāh Mar'ashī Najafī.
- Ibn Fāris, Abū al-Ḥusayn Aḥmad. (1404 AH [1983/1984 CE]). *Mu'jam maqāyīs al-lughā* [Dictionary of the measures of language]. Qom: Daftar-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawza-yi 'Ilmiyya.
- Anṣārī, Muḥammad 'Alī. (1415 AH [1994/1995 CE]). *al-Mawsū'a al-fiqhiyya al-muyassara* [The facilitated encyclopedia of jurisprudence]. Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī.
- Bambara, Joseph J., & Allen, Paul R. (1399 SH [2020/2021 CE]). *Blockchain: A practical guide to developing business, law, and technology solutions* (Mahdī 'Aynī, Trans.). Tehran: Supreme National Defense University.
- Bujnūrdī, Sayyid Ḥasan. (1419 AH [1998/1999 CE]). *al-Qawā'id al-fiqhiyya* [Jurisprudential maxims]. Qom: al-Hādī.
- Ḥurr al-'Āmilī, Muḥammad b. Ḥasan. (1409 AH [1988/1989 CE]). *Wasā'il al-shī'a* [The means of the Shi'a]. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt.
- Ḥurr al-'Āmilī, Muḥammad b. Ḥasan. (1403 AH [1982/1983 CE]). *Wasā'il al-shī'a* [The means of the Shi'a]. Tehran: al-Maktaba al-Islāmiyya.

- Hakīm, Sayyid Muḥsin. (1400 AH [1979/1980 CE]). *Minhāj al-ṣāliḥīn* [The path of the righteous]. Beirut: Dār al-Ta'āruf li-l-Maṭbū'āt.
- Hillī, Ḥasan b. Yūsuf. (1402 AH [1981/1982 CE]). *Rijāl al-'Allāma al-Hillī* [The biographical dictionary of al-'Allāma al-Hillī]. Qom: al-Sharīf al-Raḍī.
- Hillī, Ḥasan b. Yūsuf b. Muṭahhar. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Tadhkirat al-fuqahā'* [The reminder of the jurists]. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt.
- Hillī, Ḥasan b. Yūsuf b. Muṭahhar. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Qawā'id al-aḥkām fī ma'rifat al-ḥalāl wa-l-ḥarām* [Principles of legal rulings concerning knowledge of the lawful and unlawful]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Khomeinī, Rūḥ Allāh. (1401 AH [1980/1981 CE]). *Tahrīr al-wasīla* [The liberation of the means]. Beirut: Dār al-Ta'āruf li-l-Maṭbū'āt.
- al-Khū'ī, Sayyid Abū al-Qāsim. (n.d.). *al-Mustanad fī sharḥ al-'Urwa al-wuthqā'* [The evidentiary foundation in commentary on *al-'Urwa al-wuthqā'*] (Murtaḍā Burūjirdī, Reporter). n.p.: n.p.
- Rūḥānī Qummī, Sayyid Ṣādiq Ḥusaynī. (1412 AH [1991/1992 CE]). *Fiqh al-Ṣādiq 'alayhi al-salām* [The jurisprudence of Imam al-Ṣādiq]. Qom: Dār al-Kitāb.
- Rūḥānī Qummī, Sayyid Ṣādiq Ḥusaynī. (1429 AH [2008/2009 CE]). *Minhāj al-fiqāha* [The path of jurisprudence]. Qom: Anwār al-Hudā.
- Zārī 'Qarāmalikī, 'Alī, & Muḥammadī Jürküya, 'Alī. (1402 SH [2023/2024 CE]). The place of public interest in the three domains of derivation, legislation, and implementation. *Ḥuqūq-i Islāmī* [Islamic Law], in press.
- Sabzavārī, Muḥammad Bāqir. (1433 AH [2011/2012 CE]). *Kifāyat al-aḥkām* [The sufficiency of legal rulings]. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī.
- Sayfī Māzandarānī, 'Alī Akbar. (1429 AH [2008/2009 CE]). *Dalīl-i Tahrīr al-wasīla: Aḥkām al-usra* [Guide to *Tahrīr al-wasīla*: Family rulings]. Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
- al-Shahīd al-Awwal, Muḥammad b. Makkī. (1410 AH [1989/1990 CE]). *al-Lum'a al-Dimashqiyya fī fiqh al-Imāmiyya* [The Damascene gleam in Imāmī jurisprudence]. Beirut: Dār al-Turāth.
- al-Shahīd al-Thānī, Zayn al-Dīn b. 'Alī. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Masālik al-aḥām* [Paths of understanding]. Qom: Mu'assasat-i Ma'ārif-i Islāmī.
- al-Shahīd al-Thānī, Zayn al-Dīn b. 'Alī. (n.d.). *al-Rawḍa al-bahiyya fī sharḥ al-Lum'a al-Dimashqiyya* [The splendid garden in commentary on *al-Lum'a al-Dimashqiyya*]. Qom: Markaz al-Nashr al-Tābi' li-Maktab I'lām Islāmī.
- al-Shahīd al-Thānī, Zayn al-Dīn b. 'Alī. (1410 AH [1989/1990 CE]). *al-Rawḍa al-bahiyya fī sharḥ al-Lum'a al-Dimashqiyya* [The splendid garden in commentary on *al-Lum'a al-Dimashqiyya*] (with Kalāntar's annotations). Qom: Kitāb-furūshī-yi Dāvarī.
- al-Shahīd al-Thānī, Zayn al-Dīn b. 'Alī. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Masālik al-aḥām ilā tanqīḥ Sharā'i' al-Islām* [Paths of understanding toward refining *Sharā'i' al-Islām*]. Qom: Mu'assasat al-Ma'ārif al-Islāmiyya.
- Shaykh Muḥīd, Muḥammad b. Muḥammad. (1410 AH [1989/1990 CE]). *al-Muqni'a* [The sufficient legal manual]. Qom: Publications of the Society of Seminary Teachers.
- Ṣadr, Sayyid Muḥammad Bāqir. (1417 AH [1996/1997 CE]). *Iqtisādunā* [Our economics]. Qom: Daftar-i Tabliḡāt-i Islāmī.

- Şadr, Muḥammad Bāqir. (1382 SH [2003/2004 CE]). *al-Islām yaqūd al-ḥayāt* [Islam leads life]. Beirut: Dār al-Ta'āruf li-l-Maṭbū'āt.
- Şadūq, Muḥammad b. 'Alī. (1363 SH [1984/1985 CE]). *Man lā yaḥḍuruḥu al-faqīh* [For one who has no jurist present]. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī.
- Ṭabātabā'ī Ḥakīm, Sayyid Muḥsin. (1410 AH [1989/1990 CE]). *Minḥāj al-ṣāliḥīn: al-Muḥaṣṣhā* [The path of the righteous: Annotated edition]. Beirut: Dār al-Ta'āruf li-l-Maṭbū'āt.
- Ṭurayḥī, Fakhr al-Dīn b. Muḥammad. (1375 SH [1996/1997 CE]). *Majma' al-baḥrayn* [The confluence of the two seas]. Tehran: Murtaḍawī.
- Ṭūsī, Muḥammad b. Ḥasan. (n.d.). *al-Mabsūt fī fiqh al-Imāmiyya* [The extensive work on Imāmī jurisprudence]. n.p.: al-Murtaḍawīyya.
- Ṭūsī, Muḥammad b. Ḥasan. (1363 SH [1984/1985 CE]). *al-Istibṣār fī-mā ikhtalaḥa min al-akḥbār* [Seeking insight into divergent reports]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- Ṭūsī, Muḥammad b. Ḥasan. (1365 SH [1986/1987 CE]). *Tahdhīb al-aḥkām* [The refinement of legal rulings]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- 'Irāqī, Āqā Diyā' al-Dīn. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Qā'idat lā ḍarar* [The no-harm principle]. Qom: Daftar-i Tabliḡhāt-i Islāmī.
- 'Amīdī, Sayyid 'Amīd al-Dīn b. Muḥammad. (1416 AH [1995/1996 CE]). *Kanz al-fawā'id fī ḥall muṣḥkilāt al-qawā'id* [Treasury of benefits in resolving the difficulties of the legal principles]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Fakhr al-Muḥaqqiqīn al-Ḥillī, Muḥammad b. Ḥasan. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Īḍāḥ al-fawā'id fī sharḥ muṣḥkilāt al-qawā'id* [Clarification of the benefits in commentary on the difficulties of the legal principles]. Qom: Mu'assasa-yi Ismā'iliyān.
- Farāḥīdī, Khalīl b. Aḥmad. (1409 AH [1988/1989 CE]). *Kitāb al-'Ayn* [The book of 'Ayn]. Qom: Hijrat.
- Farzān-Jam, Aḥmad Riḍā, & Nāṭiq al-Islām, Sayyid Muṣṭafā. (1395 SH [2016/2017 CE]). *Jūyandagān-i Bitcoin: Rawand-i bi-takāmul rasīdan-i pūl-i mudirrn* [Seekers of Bitcoin: The evolution of modern money]. Tehran: *Māhnāma-yi Shabaka*.
- Faḍlī, Ḥasan, Chamandār, Mahdī, & Zomorrodī Munawwar, Hādī. (1398 SH [2019/2020 CE]). *Blockchain wa ramz-arz-hā* [Blockchain and cryptocurrencies]. Tehran: Nāqūs.
- Fayyūmī, Aḥmad b. Muḥammad. (1414 AH [1993/1994 CE]). *al-Miṣbāḥ al-munīr fī gharīb al-sharḥ al-kabīr* [The illuminating lamp on unusual terms in the great commentary]. Qom: Mu'assasat Dār al-Hijra.
- Qurashī Banā'ī, 'Alī Akbar. (1412 AH [1991/1992 CE]). *Qāmūs-i Qur'ān* [Qur'ānic dictionary]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- Kātūziyān, Nāṣir. (1386 SH [2007/2008 CE]). *Anwāl wa mālikiyyat* [Property and ownership]. Tehran: Shirkat-i Sahāmī-yi Intishār.
- Kāshif al-Ghiṭā', Ḥasan b. Ja'far. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Anwār al-fiqāha: Kitāb al-bay'* [Lights of jurisprudence: The book of sale]. Najaf: Mu'assasat Kāshif al-Ghiṭā'.
- Kāshif al-Ghiṭā', Muḥammad Ḥusayn. (1359 AH [1940/1941 CE]). *Tahrīr al-majalla* [Refinement of the *Majalla*]. Najaf: al-Maktaba al-Murtaḍawīyya.
- Karakī, 'Alī b. al-Ḥusayn. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Jāmi' al-maqāṣid fī sharḥ al-qawā'id* [The compendium of objectives in commentary on the legal principles]. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt.

- Kashshī, Muḥammad b. ‘Umar. (1404 AH [1983/1984 CE]). *Ikhtiyār ma‘rifat al-rijāl* [Selections from the knowledge of transmitters]. Qom: Mu‘assasat Āl al-Bayt.
- Kalāntarī, ‘Alī Akbar. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Hukm-i thānawī dar tashrī‘-i Islāmī* [Secondary rulings in Islamic legislation]. Tehran: Markaz-i Intishārāt-i Tablīghāt-i Islāmī.
- Kulaynī, Muḥammad b. Ya‘qūb. (1387 SH [2008/2009 CE]). *al-Kāfi* [The sufficient book]. Qom: Mu‘assasa-yi ‘Ilmī-Farhangī-yi Dār al-Ḥadīth.
- Gulpāyigānī, Sayyid Muḥammad Riḍā. (1409 AH [1988/1989 CE]). *Majma‘ al-masā‘il* [Compendium of legal questions]. Qom: Dār al-Qur‘ān al-Karīm.
- Lankarānī, Muḥammad Fāḍil. (1426 AH [2005/2006 CE]). *Risāla-yi tawḍīḥ al-masā‘il* [Manual of practical rulings]. Qom: Dār al-Fikr.
- Majlisī, Muḥammad Bāqir. (1403 AH [1982/1983 CE]). *Bihār al-anwār al-jāmi‘a li-durar akhbār al-‘imma al-aḥḥār* [Oceans of lights, collecting the pearls of reports from the pure Imams]. Beirut: Dār Iḥyā‘ al-Turāth al-‘Arabī.
- Muḥaqqiq al-Thānī, ‘Alī b. Ḥusayn. (1409 AH [1988/1989 CE]). *Rasā‘il al-Muḥaqqiq al-Karakī* [Treatises of al-Muḥaqqiq al-Karakī]. Qom: Library of Āyat Allāh Mar‘ashī Najafī.
- Muḥaqqiq al-Ḥillī, Ja‘far b. Ḥasan. (1408 AH [1987/1988 CE]). *Sharā‘i‘ al-Islām fī masā‘il al-ḥalāl wa-l-ḥarām* [The laws of Islam concerning lawful and unlawful matters]. Qom: Ismā‘īliyan.
- Muḥaqqiq Dāmād Yazdī, Sayyid Muḥammad Muṣṭafā. (1406 AH [1985/1986 CE]). *Qawā‘id-i fiqh* [Principles of jurisprudence]. Tehran: Markaz-i Nashr-i ‘Ulūm-i Islāmī.
- Muḥammadī Khurāsānī, ‘Alī. (n.d.). *Sharḥ-i Tabṣirat al-muta‘allimīn* [Commentary on *Tabṣirat al-muta‘allimīn*]. n.p.: n.p.
- Muṣṭafawī, Ḥasan. (1368 SH [1989/1990 CE]). *al-Taḥqīq fī kalimāt al-Qur‘ān al-karīm* [Research on the words of the noble Qur‘ān]. Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance.
- Muṣṭafawī, Sayyid Muḥammad Kāzīm. (1421 AH [2000/2001 CE]). *Mi‘at qā‘ida fiqhiyya* [One hundred jurisprudential maxims]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Muṣṭafawī, Sayyid Muḥammad Kāzīm. (1423 AH [2002/2003 CE]). *Fiqh al-mu‘āmalāt* [The jurisprudence of transactions]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Muṭahharī, Murtaḍā. (1372 SH [1993/1994 CE]). *Mas‘ala-yi ribā* [The problem of usury]. Tehran: Ṣadrā.
- Muṭahharī, Murtaḍā. (1368 SH [1989/1990 CE]). *Nazarī ba niẓām-i iqtisād-i Islāmī* [A look at the Islamic economic system]. Tehran: Ṣadrā.
- Makārim Shīrāzī, Nāṣir. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Buḥūth fiqhiyya hāmma* [Important jurisprudential studies]. Qom: Publications of Madrasa-yi al-Imām ‘Alī b. Abī Ṭālib.
- Malāmīrẓā‘ī, Ḥāmid Ḥājī. (1398 SH [2019/2020 CE]). *Blockchain* [Blockchain]. Tehran: Supreme National Defense University and Research Institute.
- Malikẓāda Bayā‘ī, Malika. (1370 SH [1991/1992 CE]). *Tārīkh-i sikka* [History of coinage]. Tehran: University of Tehran Press.
- Manṣūrī, Yāsmīn. (1402 SH [2023/2024 CE]). *Sātūshī chīst?* [What is Satoshi?]. Retrieved from <https://hoseinifinance.com/blog/satoshi-crypto>
- Muntazirẓuhūr, Maḥmūd. (1353 SH [1974/1975 CE]). *Iqtisād-i khurd wa kalān* [Microeconomics and macroeconomics]. Tehran: Institute for Publishing and Printing, University of Tehran.

- Muntazirī, Ḥusayn ‘Alī. (1384 SH [2005/2006 CE]). *Risāla-yi istiḥṣān* [Collection of legal inquiries]. Tehran: Sāya.
- Mūsawī Khū‘ī, Sayyid Abū al-Qāsim. (1416 AH [1995/1996 CE]). *Ṣirāṭ al-najāt* [The path of salvation]. Qom: Maktab-i Nashr al-Muntakhab.
- Mūsawiyān, Sayyid ‘Abbās, & ‘Alīzāda Aṣl, Muḥammad. (1394 SH [2015/2016 CE]). An examination of the criterion of gharar in new transactions. *Tahqīqāt-i Mālī-yi Islāmī* [Islamic Finance Research], 3(9), 73–98.
- Mu‘min Qummī, Muḥammad. (1375 SH [1996/1997 CE]). Conflict between the actions of Islamic government and the rights of individuals. *Fiqh-i Ahl-i Bayt* [Jurisprudence of the Ahl al-Bayt], (5–6), 85–109.
- Mīrzā-yi Qummī, Abū al-Qāsim. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Jāmi‘ al-shatāt fī ajwibat al-su‘ālāt* [The comprehensive collection of dispersed matters in answers to questions]. Tehran: Kayhān.
- Mīrzā-yi Qummī, Abū al-Qāsim. (1427 AH [2006/2007 CE]). *Rasā’il al-Mīrzā al-Qummī* [The treatises of Mīrzā al-Qummī]. Qom: Daftar-i Tabliḡhāt-i Islāmī.
- Nāṭiq al-Islām, Sayyid Muṣṭafā, Abharī, Bātīs, & Farzān-Jam, Aḥmad Riḍā. (1396 SH [2017/2018 CE]). *Hama chīz darbāra-yi Bitcoin* [Everything about Bitcoin]. Tehran: *Māhnāma-yi Shabaka*.
- Nā‘inī, Mīrzā Muḥammad Ḥusayn Gharawī. (1413 AH [1992/1993 CE]). *al-Makāsib wa-l-bay‘* [Transactions and sale]. Qom: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī.
- Nā‘inī, Mīrzā Muḥammad Ḥusayn. (1424 AH [2003/2004 CE]). *Tanbīh al-umma wa-tanzīh al-milla* [Admonition of the nation and purification of the community]. Qom: Daftar-i Tabliḡhāt-i Islāmī.
- Najāshī, Aḥmad b. ‘Alī. (1365 SH [1986/1987 CE]). *Rijāl al-Najāshī* [The biographical dictionary of al-Najāshī]. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī.
- Najafī, Muḥammad Ḥasan. (1404 AH [1983/1984 CE]). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ Sharā‘i‘ al-Islām* [Jewels of discourse in commentary on *Sharā‘i‘ al-Islām*]. Beirut: Dār Iḥyā‘ al-Turāth al-‘Arabī.
- Najafī, Muḥammad Ḥasan. (1981). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ Sharā‘i‘ al-Islām* [Jewels of discourse in commentary on *Sharā‘i‘ al-Islām*] (‘Alī Ākhūndī, Ed.). Beirut: Dār Iḥyā‘ al-Turāth al-‘Arabī.
- Halākū‘ī, Muḥammad, & Muḥammadī, Shabnam. (1399 SH [2020/2021 CE]). *Imparātūrī-yi blockchain* [The blockchain empire]. Isfahan: Zhihanj.
- Ibn Abī Jumhūr, Muḥammad b. Zayn al-Dīn. (1405 AH [1984/1985 CE]). *‘Awālī al-la‘ālī al-‘azīziyya fī al-aḥādīth al-dīniyya* [The exalted precious pearls in religious hadīths]. Qom: Dār Sayyid al-Shuhadā’.

## A Fiqhi Assessment of Assigning Humanoid Robots the Performance of Tawassuli Commands

Mostafa Masoudian<sup>1</sup>  and Alireza Kazemi<sup>2</sup> 

1. Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Shahed University, Tehran, Iran. Email: [m.masoudian@shahed.ac.ir](mailto:m.masoudian@shahed.ac.ir)

2. Corresponding Author, M.A. Student in Public Law, University of Qom, Qom, Iran. Email: [kazemi.alireza@gmail.com](mailto:kazemi.alireza@gmail.com)

Article Info	ABSTRACT
<b>Article type:</b> Research Article	The use of humanoid robots to facilitate and accelerate human affairs has become increasingly necessary. Their precision and capacity in performing various tasks sometimes make them appear comparable to humans.
<b>Article history:</b> Received 05 March 2024 Received in revised form 02 May 2024 Accepted 15 May 2024 Available online 22 December 2025	This development raises the fiqhi question whether humanoid robots can be charged with performing tawassuli commands, especially collective obligations.
<b>Keywords:</b> intelligent robot, addressee of the ruling, obligation of humanoid robots, tawassuli commands, ta'abbudi commands	The study uses an analytical approach grounded in ijthadi and fiqhi proofs and draws on theories of usul al-fiqh. It distinguishes between the issuance of a ruling and the performance of an act commanded by the lawgiver. The findings show that humanoid robots may be considered capable performers in the domain of tawassuli collective commands, provided the conditions of performance and supervision are met. This conclusion also has implications for criminalization and responsibility in the legal treatment of robotic conduct.

**Cite this article:** Masoudian, M., & Kazemi, A. (1404). A Fiqhi Assessment of Assigning Humanoid Robots the Performance of Tawassuli Commands. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 20(2), 291-311. <https://doi.org/10.22034/fvh.2024.18197.1923>



© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.  
DOI: <https://doi.org/10.22034/fvh.2024.18197.1923>

## **Introduction**

The development of humanoid robots and modern technologies has made it possible to use robots in performing certain human tasks. It is therefore necessary to examine whether robots can perform acts connected with legal and religious commands. The distinction between tawassuli commands, whose validity does not depend on devotional intention, and ta'abbudi commands, which require intention of worship, is central to the issue.

## **Methodology**

The study adopts an analytical approach based on ijthadi and fiqhi evidence, using theories from *usul al-fiqh*. It proceeds in two stages: first, by examining the theory of legal address and the possibility of including non-human agents within the performance of a command; and second, by evaluating the objections to assigning robots such tasks.

## **Findings**

Analysis of the stages of the lawgiver's address shows a difference between being the legal addressee of a ruling and being the performer through whom the object of a command is achieved. Humanoid robots can be relevant at the level of performance of tawassuli collective commands. Usuli principles such as absolute and conditional obligation, sufficiency of realization of the commanded act, and the absence of a devotional intention requirement support this possibility. Objections based on the philosophy of creation or human interests are not decisive, provided human supervision and the required conditions of performance are preserved.

## **Legal Implications**

From a legal perspective, recognizing the permissibility of robotic performance may help develop models for criminalization and criminal responsibility regarding robotic conduct. Responsibility may not rest only on the manufacturer or operator; in some cases the robot's functional role in the act may become legally relevant within a broader regulatory framework.

## **Conclusion**

Based on the analysis of legal address and fiqhi proofs, the preferred view is that humanoid robots may perform tawassuli collective commands. The realization of conditions, the ability to perform the act, and the observance of relevant human interests are essential. This conclusion is confined to tawassuli commands and does not extend to devotional commands that require worshipful intention.

### **Declarations**

**Author Contributions:** All authors contributed to research design, analysis of evidence, writing, and review of the article.

**Data Availability Statement:** Not specified in the source file.

**Acknowledgements:** No acknowledgement was declared.

**Ethical Considerations:** The authors observed the ethical principles governing the conduct and publication of scientific research.

**Funding:** No specific financial support was declared.

**Conflict of Interest:** No conflict of interest was declared.

**Declaration on Generative AI and AI-assisted Technologies:** Not specified in the source file.



## امکان سنجی فقهی تکلیف ربات‌های انسان‌نما نسبت به اتیان اوامر توصلی

مصطفی مسعودیان<sup>۱</sup> و علیرضا کاظمی<sup>۲</sup>

۱. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه شاهد، تهران، ایران. رایانامه: [m.masoudian@shahed.ac.ir](mailto:m.masoudian@shahed.ac.ir)

۲. نویسنده مسئول، دانشجوی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه قم، قم، ایران. رایانامه: [kazemi.alireza@gmail.com](mailto:kazemi.alireza@gmail.com)

### اطلاعات مقاله

### چکیده

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۱۵

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۲/۱۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۲۶

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۱۰/۰۱

### کلیدواژه‌ها:

ربات هوشمند،

مخاطب حکم،

تکلیف ربات،

اوامر توصلی،

اوامر تعیدی

امروزه استفاده از ربات‌های انسان‌نما در جهت تسهیل و سرعت‌بخشی به امور زندگی انسان، امری ضروری تلقی می‌شود. دقت و توانمندی این ربات‌ها در انجام امور مختلف به حدی است که گویی یک انسان بدان اقدام کرده است؛ بنابراین یکی از مسائل جدید در محافل علمی فقیهان، صحت یا عدم صحت مبادرت این‌گونه از ربات‌ها به اتیان اوامر توصلی شارع مقدس است. به همین جهت، سؤال اصلی این پژوهش آن است که اقتضای ادله شرعی در خصوص تکلیف ربات‌های انسان‌نما بر اتیان اوامر توصلی چیست؟ این پژوهش پس از بررسی مسئله به روش توصیفی-تحلیلی، بدین نتیجه دست یافته است که با تمسک به ادله‌ای همچون تعلق تکالیف به اراده و شمول خطاب شارع به غایبان، می‌توان جواز تکلیف ربات‌های انسان‌نما به اتیان اوامر توصلی را استنباط نمود. با این حال، حتی در فرض عدم پذیرش این موضوع بر مبنای ادله اجتهادی، می‌توان از منظر ادله فقاهتی و به‌طور مشخص، اصل برائت، به جواز تکلیف شرعی و در نتیجه، مبادرت ربات‌ها به اتیان اوامر توصلی حکم داد.

**استناد:** مسعودیان، مصطفی؛ و کاظمی، علیرضا. (۱۴۰۴). امکان‌سنجی فقهی تکلیف ربات‌های انسان‌نما نسبت به

اتیان اوامر توصلی. مطالعات فقه اسلامی و مباحث حقوق. ۲۰(۲)، ۲۹۱-۳۱۱.

<https://doi.org/10.22034/FVH.2023.17293.1858>



© نویسنده(گان).

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.

### مقدمه

توسعه شتابان فناوری و گسترش همه‌جانبه دستاوردهای حوزه فناوری‌های نوظهور، از جمله هوش مصنوعی، به ظهور نسل جدیدی از ماشین‌ها و ربات‌های انسان‌نما انجامیده است که توانایی اشتغال به فعالیت‌های انسانی را دارند. همان‌گونه که برای انسان شارع مقدس در جهت هدایت و سامان‌دهی زندگی توحیدی، ضوابط و احکام خاصی در باب انجام و ترک افعال وضع و جعل کرده است، بهره‌گیری از این‌گونه فناوری‌ها نیز نمی‌تواند خارج از قلمرو قواعد و ضوابط شرعی باشد. در واقع، ربات‌های انسان‌نما با برخورداری از سطحی از خودکارسازی و شبه‌اراده، گاه مبادرت به انجام افعالی می‌نمایند که در ماهیت با ایقاعات و حتی عبادات مشابهت دارند.

در تبیین نوع مسئله مورد بررسی در این پژوهش، باید گفت: موضوع عبارت است از «انجام تکلیف به‌وسیله مکلف در دو صورت انسان و آنچه در حکم انسان است» و متعلق آن «اتیان اوامر توحیدی به‌نحو کفایی» است. دلیل انحصار بحث در حوزه اوامر توحیدی کفایی و احتراز از واجبات عینی آن است که در تکالیف کفایی، غرض شارع تحقق مأموریه در خارج است، نه مباشرت همه مکلفان در انجام آن؛ بنابراین با تحقق مأموریه از سوی برخی، تکلیف از سایرین ساقط می‌شود و در واجبات عینی، امتثال مأموریه توسط هر مکلف به‌طور مستقل موضوعیت دارد و سقوط تکلیف دیگران را به‌دنبال ندارد.

از سوی دیگر، مسئله حاضر در قلمرو احکام تکلیفی مطرح می‌شود؛ زیرا انسان و ربات انسان‌نما هر دو در فعلیت یافتن حکم نقش دارند و فرض بر وجود فعل اختیاری (ولو به‌نحو صناعی) است. بدین ترتیب، هر حکمی که به افعال فاعل مختار تعلق گیرد، در زمره احکام تکلیفی قرار می‌گیرد. نکته مهم آن است که بحث حاضر از شمول احکام و اوامر تعبدی خارج است؛ زیرا حقیقت عبادت مبتنی بر «قصد قربت» است و ربات فاقد توانایی درک و تحقق قصد قربت می‌باشد. بنابراین، مسئله اصلی این پژوهش صرفاً در قلمرو اوامر توحیدی، امکان یا عدم امکان تکلیف ربات‌های انسان‌نما به انجام مأموریه توحیدی را مورد تحلیل و بررسی فقهی قرار می‌دهد. بررسی مبادرت ربات‌های انسان‌نما به انجام اوامر توحیدی و امکان اثبات جواز آن بر پایه ادله شرعی و تحلیل‌های مستند اصولی از اهمیتی بنیادین برخوردار است؛ زیرا چنین تلاشی می‌تواند به تکوین مبنایی روشن و منسجم در فقه فناوری بینجامد و زمینه نظریه‌پردازی فقهی در راستای حکمرانی فراگیر نظام اسلامی در عرصه فناوری‌های نوظهور را فراهم آورد. تبیین مبنای فقهی رفتار ربات‌های انسان‌نما، نه تنها در حوزه فقه‌العبادات و فقه‌المعاملات تأثیرگذار است، بلکه می‌تواند چارچوبی نظری برای فقه کیفری و جرم‌انگاری رفتارهای منتسب به ربات‌ها نیز ارائه دهد. چراکه در صورت پذیرش «ربات انسان‌نما» به‌عنوان موجودی در حکم انسان در انجام افعال توحیدی، مباحث مسئولیت، ضمان و قابلیت انتساب جرم نیز در دایره تحلیل فقهی قرار می‌گیرد.

باین حال، چالش اساسی در تحلیل فقهی این مسئله آن است که ربات انسان‌نما در زمان صدور احکام از سوی شارع مقدس وجود خارجی نداشته است و به‌ظاهر نمی‌توان عنوان «مکلف» را بر آن حمل کرد. لیکن با تأمل در ساختار تخاطب شارع و ساحت‌های آن، می‌توان میان دو مقام تفکیک نمود: مقام صدور حکم و مقام

اتیان و امتثال. شارع مقدس در مقام صدور، خطاب خود را متوجه انسان نموده است، اما در مقام اتیان، ممکن است تحقق مأمور به به وسیله موجودی غیرانسانی که در حکم انسان است، کفایت کند. بر این اساس، پرسش محوری این پژوهش آن است که با لحاظ قدرت و توانایی ربات‌های انسان‌نما در انجام افعال توصیلی، اقتضای ادله شرعی در خصوص جواز اتیان اوامر توصیلی توسط این‌گونه ربات‌ها چیست؟

در این نوشتار، به‌منظور دستیابی به نظریه‌ای اجتهادی و مقبول در عرصه حکمرانی فقه اسلامی و بنیان‌گذاری مبانی فقهی در حوزه فناوری‌های هوشمند، از روش تحلیلی با اتکا به نظریه‌ها و قواعد علم اصول فقه استفاده شده است. بر این مبنا، ساختار مقاله در دو بخش تنظیم گردیده است: در بخش نخست، دیدگاه‌ها و ادله مرتبط با مشروعیت یا عدم مشروعیت مبادرت ربات انسان‌نما به اتیان اوامر توصیلی طرح و تحلیل می‌شود؛ و در بخش دوم، ضمن ارزیابی و مقایسه مبانی هریک از دو دیدگاه، نظر مختار پژوهش بر اساس ادله معتبر اجتهادی ارائه خواهد شد.

### پیشینه پژوهش

موضوع ربات‌های هوشمند از جمله مسائل نوپدید در عرصه فناوری به شمار می‌رود. هرچند در سال‌های اخیر پژوهش‌هایی در این زمینه انجام شده است، اما بخش عمده‌ای از آن‌ها با رویکرد فنی و مهندسی، نظیر مقاله «طراحی، ساخت و راه‌اندازی یک ربات متحرک همه‌جهته» منتشرشده در کنفرانس بین‌المللی انجمن مهندسان مکانیک ایران، به بررسی ابعاد تکنیکی این پدیده پرداخته‌اند. در مقابل، بخشی دیگر از تحقیقات موجود با رویکرد حقوقی و عمدتاً پیرامون شرایط مسئولیت حقوقی و کیفری ربات‌ها نگاشته شده‌اند؛ از جمله مقاله «درآمدی بر مسئولیت کیفری رباتیک از منظر قواعد فناوری و حقوق اسلامی» منتشرشده در فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب. با این حال، این آثار غالباً واجد صبغه حقوقی صرف بوده و کمتر به مبانی اجتهادی و اصولی فقه اسلامی در باب امکان یا عدم امکان تکلیف ربات‌های هوشمند پرداخته‌اند. این در حالی است که نخست، بحث از مسئولیت حقوقی ربات‌های هوشمند، فرع بر اثبات شمول خطاب اوامر توصیلی شارع مقدس بر این دسته از ربات‌ها در مقام اتیان مأمور به است؛ و دوم، اثبات تکلیف شرعی برای ربات انسان‌نما می‌تواند پیامدهای فقهی و حقوقی گسترده‌تری نظیر سقوط تکلیف از سایر مکلفان در واجبات کفایی به‌دنبال داشته باشد و صرفاً محدود به حوزه مسئولیت حقوقی نباشد. بر این اساس، پژوهش حاضر با رویکردی بنیادین و اجتهادی به بررسی شمول یا عدم شمول ربات‌های انسان‌نما در خطابات شارع مقدس از منظر ادله اجتهادی و اصولی می‌پردازد.

### دیدگاه‌ها پیرامون تکلیف ربات‌های انسان‌نما به اتیان اوامر توصیلی و ادله آن

مقام مخاطب به وضعیت و موقعیتی اطلاق می‌شود که از خطاب قرار دادن شخص یا اشخاصی از سوی متکلم پدید می‌آید. در این حالت، گوینده را «مخاطب» و طرف خطاب را «مخاطب» می‌نامند. طرف خطاب ممکن است شخصی معین یا مجموعه‌ای از افراد باشد. اصل در مقام مخاطب آن است که متکلم عالم به وضع بوده، در مقام بیان تمام مراد خویش است، قصد جدی در افاده معنا دارد و قرینه‌ای برخلاف مراد خود اقامه نکرده

است؛ مگر آنکه خلاف این اصول ثابت شود (صدر، ۱۳۹۹، ص. ۴۱۷؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۶، ص. ۶۰۱). در ادامه، دیدگاه‌های موجود درباره مشروعیت مبادرت ربات انسان‌نما به اتیان اوامر توصلی و ادله استنادی آن مورد بررسی و تحلیل قرار خواهد گرفت.

### دیدگاه عدم جواز و ادله آن

بر اساس این دیدگاه، خطابات شارع مقدس و اوامر و نواهی شرعی را نمی‌توان شامل موجودات فاقد اراده و اختیار دانست. در حقیقت طرف‌داران این نظریه بر آن‌اند که شمول خطاب شارع نسبت به ربات‌های انسان‌نما حتی در محدوده اوامر توصلی از نظر مفهومی و مبنایی امکان‌پذیر نیست؛ زیرا خطاب ناظر به موجودی است که توان درک، قصد و اراده فعل را داشته باشد. در این بخش، به‌منظور تبیین دیدگاه مخالفان، ادله و مبنای این نظریه به‌صورت مستند و تحلیلی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

#### فلسفه خلقت انسان

بر اساس فلسفه وجودی، انسان موجودی است که برای نیل به کمال نهایی نیازمند عمل به برنامه‌های الهی و هدفمند است؛ برنامه‌ای که مسیر حرکت او را به‌سوی تکامل ترسیم می‌کند. هدف از خلقت انسان، دستیابی به کمال از رهگذر بندگی حق تعالی است؛ و از این رو، هرآنچه از مسیر اعتدال خارج گردد با غایت خلقت انسان در تعارض است. بر همین اساس، صدور احکام از سوی شارع مقدس نیز بر پایه فلسفه وجودی انسان و در جهت تأمین نیاز او به برنامه‌های الهی برای وصول به کمال توحیدی جامع صورت گرفته است. این حقیقت، اختصاص خطابات شارع به انسان را تبیین می‌کند و محدوده شمول تکالیف شرعی را به اعتبار غایت خلقت منحصر در نوع انسانی می‌داند (طباطبایی، ۱۳۶۰، ص. ۱۹۲-۱۷۳).

مطلوبات شارع و صدور احکام الهی بر مبنای مصلحت غایی هدایت انسان است؛ زیرا فلسفه اوامر و نواهی شرعی آن است که شارع مقدس بنابر حفظ و بقای مصالح انسانی موجود در افعال، بدان‌ها امر یا از آن‌ها نهی نموده است. اسلام با هدف تربیت، رشد و تعالی انسان، احکام خود را بر اساس مصالح و مقتضیات فطری و وجودی بشر جعل کرده است. بنابر فلسفه خلقت و غایت تشریح، هیچ وجهی برای تعمیم شمول خطابات شارع به موجوداتی غیرانسانی همچون ربات‌های انسان‌نما باقی نمی‌ماند. علت غایی صدور احکام از سوی شارع هدایت انسان است.

بنابراین، هرچند ربات‌های انسان‌نما از قدرت انجام فعل و تحقق ظاهری تکلیف برخوردار باشند، این امر موجب شمول خطاب در مقام صدور احکام بر آنان نخواهد شد. مقام صدور احکام جایگاهی اختصاصی است که توجه و خطاب شارع در آن صرفاً متوجه انسان به‌عنوان مخاطب اصلی و هدف تشریح می‌باشد.

#### تعلق موضوع علم فقه به انسان

هر عملی که صدور آن از انسان مبتنی بر اراده و اختیار باشد، می‌تواند متعلق اوامر و نواهی شارع و در نتیجه، موضوع تکلیف قرار گیرد. عمل ارادی ماهیتی انسانی دارد؛ و از این رو، تنها از فاعل مختار، یعنی انسان، صادر می‌شود. از همین منظر، غایت علم فقه عبارت است از تبیین نظم شرعی ساخت‌های ارادی انسان

به‌اندازهٔ وسع و توان بشری؛ هدف نهایی (غایت اخروی) فقه، رشد و نیل به رضایت الهی است. اما کارکرد دنیوی آن، تنظیم و سامان‌دهی نظام شرعی افعال و رفتارهای ارادی انسان در زندگی اجتماعی و فردی است. بر این اساس و با توجه به محتوای فقه، نوع مسائل مطروحه و دغدغه‌های فقیهان، می‌توان دریافت که علم فقه به‌منظور تبیین و تنظیم نظم شرعی اراده انسان از گهواره تا گور تأسیس شده است (موسوی خمینی، ۱۳۸۶، ص. ۲۸۹). فقه در حقیقت مجموعه‌ای از نظریه‌ها و قواعد دربارهٔ افعال ارادی انسان است، از آن حیث که انسان مورد خطاب شارع مقدس قرار گرفته و در برابر آن خطاب، مکلف و مسئول است.

بدین ترتیب، غیرانسان از جمله ربات‌های انسان‌نما به‌دلیل فقدان اراده و اختیار حقیقی، موضوع خطاب شارع و متعلق احکام شرعی قرار نمی‌گیرند و از قلمرو علم فقه خارج‌اند. بنابراین صدور اوامر توصیلی از سوی ربات‌های انسان‌نما از حیث فقهی فاقد جواز و اعتبار است. چراکه مبنای تعلق تکلیف و صدور امر، وجود اراده انسانی و قابلیت مسئولیت‌پذیری در برابر شارع است.

#### مصلحت نوعی

خطابات شارع بنابر مصلحت نوعی عاملی‌اند که رعایت آن‌ها بهبود زندگی انسان را در پی دارد. در واقع، شارع مقدس به‌منظور حفظ و بقای مصلحت نوعی انسانی به آن امر نموده و از مواردی که موجب زوال این مصلحت می‌گردد، نهی کرده است. بنابراین، خطابات شارع با لحاظ مصالح انسانی صادر شده و هیچ مصلحتی غیر از آن مورد نظر نیست (نائینی، ۱۳۸۷، ص. ۹۳). بر اساس فلسفهٔ وجودی انسان و چیستی فقه اسلامی و با توجه به سایر مصالح انسانی، می‌توان گفت مخاطب شارع در مقام صدور احکام منحصر در انسان است و ربات‌های انسان‌نما و هر موجود غیرانسانی، موضوع خطاب شارع و محل صدور احکام از سوی او قرار نمی‌گیرند.

#### دیدگاه جواز و ادلهٔ آن

شارع در مقام «صدور» با در نظر داشتن مصالح و مفاسد انسان، مطلوبات خود را پایه‌گذاری کرده و مخاطب آن را تنها انسان دانسته است. بدین نحو که تمامی انسان‌ها مخاطب صدور مطلوبات شارع هستند؛ اما در مقام «اتیان» مخاطب شارع در وجهی تمامی انسان‌ها و در وجهی دیگر بعضی از مکلفان و دایره‌ای محدود را شامل می‌شود.

گاهی شارع در مقام اتیان، مطلوب خود را با وجود قصد قربت، امتثال شخصی بما هو الانسان خواسته است؛ و در جایگاهی دیگر بدون لحاظ قصد قربت، عدم اشتراط امتثال شخصی انسان در تمام اجزای حکم را مدنظر قرار داده است. به بیان دیگر شارع مقدس در مقام اتیان مطلوبات خود دو وجه تعبدی و توصیلی را بنیاد نهاده است. به‌گونه‌ای که در وجه اتیان تعبدی، مواردی همچون واجبات عینی و واجبات مباحثی با شرایط اختصاصی هریک مورد نظر است؛ و در وجه اتیان توصیلی، مواردی مانند واجبات کفایی و واجبات غیرمباحثی (غیرتسبیبی) مدنظر قرار گرفته‌اند.

با بررسی وجوه مکمل و تجمیع شرایط، روشن می‌شود که شارع در برخی مقامات، عمل را از تمامی انسان‌ها به‌نحو امتثال شخصی خواسته؛ و در مقامی دیگر از بعضی انسان‌ها خواسته است و آن نیز نه به قصد و نه با اشتراط امتثال شخصی. بدین ترتیب، مخاطب اتیان احکام بر اساس نوع شمول حکم شارع، گاهی تعبداً و عیناً از انسان خواسته شده و گاهی توصلی و به‌نحو کفایت مطالبه گردیده است. در واقع، مخاطبان اتیان احکام به دو وجه تقسیم می‌شوند: اتیان تمامی انسان‌ها و اتیان کمتر و بری بودن اکثر.

در واجبات کفایی، گروهی از مکلفان اتیان امر و رساندن فعل به حالت مطلوب شارع را بر عهده دارند؛ و سایر مکلفان از آن بری خواهند شد. بر همین اساس، در واجب کفایی، عده‌ای به‌سبب اتیان مکفی دیگران، عملی را انجام نخواهند داد (محمدی، ۱۳۹۸، ص. ۲۰۲؛ مظفر، ۱۳۹۹، ص. ۹۶-۹۵؛ مشکینی، ۱۳۹۸، ص. ۵۹؛ علامه حلی، ۱۳۸۲، ص. ۱۰۵؛ آخوند خراسانی، ۱۳۸۶، ص. ۱۷۷؛ ولایی، ۱۳۹۸، ص. ۳۶۸).

بنابراین، اگر ربات‌های انسان‌نما به‌جای گروه اقل انسانی، مشغول اتیان امر کفایی شوند، می‌توانند دیگر مکلفان را از انجام آن عمل بری کنند. هرچند «بری‌الذمه» شدن دیگر مکلفان از مبادرت ربات‌های انسان‌نما در اوامر توصلی مستلزم تشریح و تحقق شرایط «حدالکفایه» توسط ربات انسان‌نما است. در ادامه، ضمن تبیین ادله جواز مشروعیت مبادرت ربات‌های انسان‌نما صرفاً در خصوص اوامر توصلی و به‌صورت کفایی، شرایط «حدالکفایه» نیز توسط ربات انسان‌نما بررسی و تشریح خواهد شد.

### شمول خطابات شارع به غایبان

بر اساس شمول خطاب شارع به غایبان، می‌توان از مطرح نمودن سؤالاتی بدین شرح تبیین و تحلیل نمود: چطور می‌توان مخاطب اتیان شارع به‌واسطه حضور انسان در مجلس تخطاب را شامل «ربات انسان‌نما» که غایب از مجلس تخطاب است، دانست؟ در واقع، آیا خطابات شفاهی شارع در مقام اتیان شامل غایبان از مجلس تخطاب نیز می‌باشد؟

در پاسخ به این سؤال باید گفت: صرف انشا طلب بدون فعلیت بعث و زجر، تعلق آن به معدومان ممکن است؛ زیرا انشا قلیل المؤمنه است و خداوند متعال می‌تواند انشا طلب صادر کند تا در صورت وجود شرایط دیگر، انشای فوق به مرحله فعلیت برسد. در صورتی که معدومان موجود گشته و شرایط انجام فعل در آنان موجود باشد، مانند ربات‌های انسان‌نما که غایب از محل خطاب بوده‌اند، اما قادر بر فعلیت تکلیف هستند، انشای فوق به مرحله فعلیت می‌رسد و شامل غایبان نیز بنابر جایگاه اتیان برای خطاب شارع می‌گردد.

### اصل عدم غفلت

اصل عدم غفلت از اصول لفظی است و به این معناست که هرگاه متکلم کلامی را بیان کند که در معنایی ظهور داشته باشد، گرچه ممکن است به‌دلیل احتمال غفلت وی یا ناقل کلام، قرینه‌ای برای خلاف آن ارائه نشده باشد، عقل در چنین مواردی با تمسک به اصالت عدم غفلت به ظاهر کلام تمسک می‌کند. همچنین، هرگاه احتمال غفلت متکلم در آوردن مخصص، ناسخ یا امثال آن داده شود، این اصل جاری خواهد شد (حکیم، ۱۳۹۸، ص. ۱۶۷؛ مظفر، ۱۳۹۹، ص. ۱۸۰). نمی‌توان شارع مقدس را نسبت به عدم تعیین حکم

برای ربات هوشمندی که قابلیت به فعلیت رساندن کامل و صحیح احکام توصیلی به‌نحو کفایی را دارد، غافل دانست. بنابراین، می‌توان از اصل عدم غفلت شارع در مواجهه با مسائل نوظهور برای مورد خطاب قرار گرفتن ربات انسان‌نما بهره برد. باین‌حال، شمول خطاب شارع بر ربات‌های انسان‌نما به‌خودی‌خود دلیلی بر جواز مبادرت آن‌ها به اوامر توصیلی نیست. اثبات این جواز تنها در کنار دیگر دلایلی که در ادامه بیان خواهد شد، ممکن است. این اصل صرفاً برای نشان دادن مورد خطاب قرار گرفتن ربات انسان‌نما مورد استناد است.

#### هدف صدور مطلوب کفایی

مطلوب شارع در واجبات کفایی، امتثال آن امر و رساندن آن به حد مقرر و تعیین شده از سوی شارع است. این‌گونه تکالیف مانند واجبات عینی، صرفاً برای رشد و تربیت شخص انسان نیست؛ بلکه به‌دلیل مصالح جمعی و نیازمندی‌هایی مانند قضاوت و تحکم، حکم کفایی یافته‌اند. در واجبات عینی، شارع مقدس لزوم امتثال شخصی انسان و رساندن فعل به حد مورد نظر را قصد کرده است (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۰، ص. ۵۰۷؛ مطهری، ۱۳۷۷، ص. ۷۲؛ صدر، ۱۳۹۹، ص. ۴۲۳؛ زحیلی، ۱۳۸۸، ص. ۶۲؛ محمدی، ۱۳۹۸، ص. ۴۷). با توجه به اینکه ربات‌های انسان‌نما توانایی ایتیان و رساندن فعل به «حد الکفایه» را دارا هستند، می‌توان از این دلیل برای اثبات جواز مشروعیت مبادرت آن‌ها به اوامر توصیلی کفایی بهره گرفت.

#### اصل جواز و اصل صحت

بنابر اصل جواز، چون هدف شارع از صدور واجبات کفایی، فعلیت آن بنابر شرایطی است که تعیین شده است، این امر موجب صدور حکم بر جواز امتثال به غیر از انسان (ربات‌های انسان‌نما) شده است؛ زیرا هدف شارع، امتثال امر از سوی مطلق مکلفان و نیز رساندن مطلوب شارع به آن حدی می‌باشد که تعیین نموده است. لذا جواز مبادرت ربات‌های انسان‌نما بنابر قدرت بر امتثال مکفی و مورد اقبال شارع اثبات می‌گردد. بنابر اصل صحت، ترتب احکام صحت بر فعل شخص و نفی احتمال فساد فعل و افعال انشا شده از ربات‌های انسان‌نما اگر مطابق با مطلوب شارع باشد، مقبول واقع می‌شود؛ زیرا آنچه شارع مد نظر داشته است، امتثال شده و فعلیت یافته است (آشتیانی، ۱۳۸۷، ص. ۳؛ زنجانی، ۱۳۹۶، ص. ۱۱۳؛ نائینی، ۱۳۸۷، ص. ۳۸۲؛ آخوند خراسانی، ۱۳۸۶، ص. ۴۹۲؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۶، ص. ۱۱۵؛ صدر، ۱۳۹۹، ص. ۲۳۳).

#### مصلحت العموم

با توجه به شمول خطابات شارع در مقام صدور به تمامی انسان‌ها به‌نحو عام، می‌توان مصالح موجود در آن خطاب را نیز برای تمامی افراد جامعه یا تمامی انسان‌های مکلف دانست. مصالح عام مقابل مصالح شخصی بوده و به مصالحی گفته می‌شود که مربوط به عموم یا اکثر افراد جامعه باشد نه مربوط به شخص یا گروهی خاص. برخی عام بودن مصلحت را از شرایط حجیت مصالح مرسله دانسته‌اند (نمله، ۱۳۹۸، ص. ۳۹۸؛ زحیلی، ۱۳۸۸، ص. ۷۷۳). لذا می‌توان گفت بر مبنای مصلحت العموم، احکام حاصل از خطاب شارع در مطلوبات توصیلی و به‌نحو کفایی، شامل ربات‌های انسان‌نما نیز به‌دلیل قدرت بر انجام و فعلیت آن می‌گردد. چراکه

مبادرت ربات انسان‌نما تأمین‌کننده مصلحت موجود در خطاب شارع است و هدف فعلیت یافتن آن مطلوب توصلی به‌نحو کفایی نیز گسترانیدن مصلحت برای اکثر مکلفین مورد خطاب است.

#### کیفیت صدور مطلوبات توصلی

در مطلوباتی که جنبه توصلی و غیر مباشری دارند، از آن جنبه‌ای که نیازمند به قصد قربت نمی‌باشد و الزامی هم بر انجام مستقیم آن از انسان نیست؛ لذا، امتثال و مبادرت ربات انسان‌نما بر انجام آن بدون اشکال است. اما در هریک از مطلوبات تبعیدی و مباشری شارع و حتی مقدمات آن‌ها و اتیان بر حصول آن نیز توسط ربات انسان‌نما شرعی نیست؛ و انسان به‌شخصه الزام بر امتثال آن از سوی شارع و به‌نوعی مخاطب اتیان شارع است (موسوی خمینی، ۱۳۸۶، ص. ۱۶۵؛ فاضل لنگرانی، ۱۳۹۰، صص. ۴۴۲، ۳۷-۳۶؛ محمدی، ۱۳۹۰، ص. ۱۵۳؛ مظفر، ۱۳۹۹، ص. ۷۶؛ نائینی، ۱۳۸۷، ص. ۱۳۸؛ ولایی، ۱۳۹۸، ص. ۳۶۷؛ عراقی، ۱۳۶۳، ص. ۱۸۳).

#### قدرت بر فعلیت تکلیف در مطلوبات کفایی

مقتضای خطاب، اعتبار داشتن قدرت در مخاطب است. حتی اگر فرض شود عقل تکلیف کردن به عاجز و ناتوان را قبیح نداند، در موضوع تکلیف وجود توان و قدرت برای مکلف معتبر شمرده می‌شود؛ زیرا حقیقت خطاب، همان بعث و به حرکت درآوردن اراده مکلف به‌سوی یکی از دو گزینه انجام یا ترک فعل است و این دو گزینه تنها در محدوده قدرت مکلف معنا دارند و انتخاب یکی از آن‌ها ترجیحی است بر دیگری (حسینی زیدی، ۱۳۹۸، ص. ۱۰۵-۱۰۲). بر این اساس، می‌توان گفت که وجود قدرت، شرط ورود به دایره شمول خطاب شارع است. بنابراین، موجوداتی که «من لدیه القوه لتکلیف» هستند، که یکی از مصادیق آن ربات‌های انسان‌نما می‌باشد، نیز می‌توانند مخاطب شارع قرار گیرند.

#### نظریه خطابات قانونیه

به‌دلیل عمومی و کلی بودن دستورات و خطابات شرعی، ربات انسان‌نما نیز مشمول خطاب شارع است؛ زیرا خطاب کلی و عمومی برای مکلف بدون آنکه مقید به افراد قادر و توانا شود، صحیح است و تمام مکلفان را در بر می‌گیرد. اگرچه افراد ناتوان و عاجز و همچنین کفار و خصوصاً غیر ملتفت، نسبت به مخالفت با دستور شرعی معذور هستند. بنابراین، سرپیچی و مخالفت با حکمی که به مرتبه فعلیت رسیده است و فعلی است، گاهی با عذر و گاهی بدون عذر صورت می‌گیرد (موسوی خمینی، ۱۳۷۶، ص. ۳۱۶). بنابر نظریه خطابات قانونیه، خطاب شرعی متناظر با تمام افراد می‌باشد؛ اما مکلف واقع شدن و شمول خطاب شرعی نیازمند اهلیت است که این اهلیت بر دو قسم است: اهلیت وجوب «مقام صدور» و اهلیت اداء «مقام اتیان» (راغبی و صدوقی، ۱۴۰۱، ص. ۱۰۸).

منظور از اهلیت وجوب این است که شخص صلاحیت داشته باشد تکلیف و حکمی بر عهده او قرار گیرد؛ بنابراین هرکسی به وجهی اهلیت برای عهده‌دار شدن حکم وجوب داشته باشد، اهلیت برای وجوب دارد؛ و اگر به‌طور مطلق اهلیت نداشته باشد، وجوب و تکلیف به عهده او نمی‌آید. پس از به عهده آمدن تکلیف یا

به‌طور کامل صلاحیت ادای تکلیف را دارد و یا قاصر است. بنا بر قدرت بر اتیان تکالیف کفایی از رهگذر نظریهٔ خطابات قانونیه امتثال مشروعیت ربات‌های انسان‌نما قابل اثبات است.

### ارزیابی دیدگاه‌ها

در این قسمت، به‌منظور ارائهٔ دیدگاه مختار، ادلهٔ هریک از دیدگاه‌های مطرح‌شده بررسی خواهد شد.

#### ارزیابی دیدگاه جواز

از جمله ادلهٔ طرف‌داران دیدگاه جواز این است که قدرت، شرط ورود به دایرهٔ شمول خطاب شارع است؛ و موجوداتی که «من لدیه القوه لتکلیف» هستند، از جمله ربات‌های انسان‌نما، می‌توانند مخاطب شارع قرار گیرند. ممکن است گفته شود که فعلیت مطلوبات شارع نه بر اساس دلیل شرعی، مقید به قدرت است و نه بر اساس دلایل عقلی؛ و مسئلهٔ حاضر یعنی اثبات جواز از طریق احراز قدرت در ربات انسان‌نما با آیهٔ «لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا أَلًا وَشِعْرًا» مطابقت ندارد.

با این حال، به نظر می‌رسد ظهور این آیه در مقام مولویت است و دلالتی بر ارشاد و تکلیف ندارد؛ یعنی شارع به‌عنوان مولی می‌فرماید: «لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا أَلًا وَشِعْرًا». ضمن آنکه این آیه ظهور در تکلیف دارد، نه در امتثال خارجی؛ بنابراین، همان‌گونه که مشهور فقیهان قدرت را یکی از شرایط عامهٔ تکلیف می‌دانند، می‌توان گفت قدرت شرط تکلیف است نه شرط امتثال. بر این اساس، برای ربات‌های انسان‌نما به‌دلیل احراز قدرت در فعلیت و امتثال برخی از مطلوبات شرعی، می‌توان عنوان مکلف را نیز نسبت داد.

ممکن است همچنین گفته شود که اگر قدرت شرط تکلیف است، مکلف باید بتواند خود را عاجز کند؛ همان‌گونه که در باب حج بیان شده است: استطاعت شرط وجوب تکلیف و حج است؛ زیرا فقیهان معتقدند مکلف می‌تواند با کاری، امکان استیعاب خود را از بین ببرد و در نتیجه، عدم اتیان مطلوب شارع یا ترک حج رخ دهد. با این حال، مسئلهٔ تعجیز مربوط به مقام امتثال تکلیف و امری عقلانی است. عقل هرچا که مسئله تقویت غرض مولا باشد، آن را قبیح می‌داند. در مسئلهٔ حاضر نیز، تقویت غرض مولا مطرح است و هیچ ارتباطی به تکلیف ندارد تا گفته شود بحث أصالة البراءة مطرح می‌گردد. بنابراین، از رهگذر ادلهٔ اجتهادی، می‌توان مشروعیت مبادرت ربات‌های انسان‌نما به اتیان اوامر توصیلی و کفایی را اثبات نمود.

در ادامه، مهم‌ترین ایرادات و اشکالات ناظر به دیدگاه جواز مورد بررسی و ارزیابی قرار خواهد گرفت.

#### الف) عدم خطاب به افراد

از جمله اشکالات اصلی مطرح در نقد دیدگاه جواز مبادرت، عدم خطاب افراد در نظر شارع است. بر اساس این نظریه، افراد به‌طور مستقیم مورد خطاب قرار نمی‌گیرند؛ از این رو باید پذیرفت که عناوین کلی مانند عنوان عام «مکلف» بدون لحاظ افراد، موضوع تکلیف واقع می‌شوند. در این صورت، امر صادرشده به‌صورت امر ذهنی محض درمی‌آید و امر ذهنی نمی‌تواند موضوع تکلیف قرار گیرد. به عبارت دیگر، اگر گفته شود عنوان عام به‌لحاظ اشاره به افراد است، ناگزیر باید انحلال به افراد را پذیرفت و گریزی از آن نیست. در هر دو صورت،

از آنجاکه خطاب شارع اساساً متوجه افراد نیست، شمول ربات‌های انسان‌نما در مقام اتیان نیز به‌عنوان مورد خطاب شارع، قابل تصور نخواهد بود.

در پاسخ به این اشکال باید دانست، همان‌گونه که در نظر شارع متعلق حکم «الخمر حرام» عبارت است از «ما یصدق علیه الخمر»، متعلق حکم طبیعت خمر است و افراد خمر نه به‌صورت اجمالی و نه تفصیلی در نظر گرفته نمی‌شوند. به بیان دیگر، وقتی شارع می‌فرماید «یا ایها الناس»، افراد خاص مدنظر نیستند؛ و یا در خطاب «یا ایها الذین آمنوا» عنوان کلی «مؤمن» منظور است. در این خطاب‌ها، شارع عنوان کلی مستطیع را در نظر می‌گیرد؛ اما موجودیت یا عدم موجودیت افراد مستطیع مورد لحاظ نیست. باین‌حال، افراد واقعی به‌عنوان مستطیع تطبیق پیدا می‌کنند.

#### ب) قصد فعل در مطلوبات توصیلی

باید توجه داشت که در برخی از افعال ربات‌های انسان‌نما به‌صورت توصیلی، لزوم قصد عنوان فعل مطرح شده است. هرچند مطلوبات تبعیدی از موضوع این مقاله خارج دانسته شده‌اند؛ اما عناوین قصیدیه موجود در مطلوبات توصیلی شارع، نیازمند تعلق قصد فعل به انسان به‌عنوان کاربر و یا خود ربات هستند. آنچه روشن است، عدم پذیرش تعلق قصد فعل توسط ربات‌ها است. باین‌حال، این امر به‌معنای نفی جواز یا خدشه بر مشروعیت مبادرت آن‌ها نیست.

در باب قصد امر، هیچ‌گاه گفته نمی‌شود مکلف باید امر متوجه به خود را قصد کند. بلکه هنگام معنا کردن واجب تبعیدی گفته می‌شود: واجب تبعیدی آن است که به قصد امتثال امر آورده شود و کسی الزام به قصد امتثال امری که به خود فرد تعلق دارد، قائل نیست؛ بلکه قصد عمومی امتثال امر کفایت می‌کند.

بر این اساس، در متعلقات توصیلی، قصد فعل به طریق اولویت برای خود فرد موضوعیت ندارد. بلکه اگر برای ربات انسان‌نما توسط کاربر انسان قصد شود، مبادرت ربات به افعال توصیلی که عناوین قصیدیه در آن‌ها لازم است، مشروعیت پیدا می‌کند.

نکته اساسی آن است که مبادرت ربات‌های انسان‌نما به افعال توصیلی که در آن‌ها عناوین قصیدیه لازم نیست، به‌صورت استقلال‌ی و مستقیم صورت می‌گیرد؛ و آن دسته از افعالی که لزوم قصد فعل در آن‌ها مطرح است، ربات نقش ابزاری برای مکلف در فعلیت تکلیف خواهد داشت.

در هر دو حالت، به‌دلیل رعایت شرایط مورد نظر شارع و تحقق حد‌الکفایه، جواز مبادرت این‌گونه ربات‌ها اثبات می‌گردد.

#### پ) قصد امر در مطلوبات توصیلی

اهلیت انجام امر شارع و شایستگی در اطاعت در مقام اتیان به‌معنای حصول شرایط مورد نظر و به فعلیت رساندن اجزای تشکیل‌دهنده مطلوب توصیلی است. در واجبات کفایی، ربات‌های انسان‌نما قدرت فعلیت مطلوب شارع را دارند، به‌گونه‌ای که تمامی شرایط و اجزای کامل تشکیل‌دهنده آن مطلوب صادر شده توسط شارع را دارا می‌باشند.

بنابراین، قصد اطاعت امر شارع هنگام اقدام و فعلیت توسط ربات‌های انسان‌نما تحقق یافته است؛ زیرا اقدام به امر، به معنای التفات به امر مولا و انجام عمل به انگیزه امتثال است (موسوی خمینی، ۱۳۶۸، ص. ۲۶۰). با توجه به اینکه التفات به امر شارع در اینجا در فعلیت حکم و اقدام به انجام عمل مصداق پیدا کرده است، می‌توان گفت که منظور از قصد امر، همان اهلیت امتثال و فعلیت مطلوب شارع همراه با تمامی شرایط و اجزای تشکیل دهنده آن است.

در نهایت، قصد امر در امتثال ربات انسان‌نما به دلیل حصول کامل شرایط و انجام تمامی اجزای تشکیل دهنده حکم، تحقق می‌یابد؛ و بدین وسیله اهلیت این ربات‌ها در حصول قصد امر و امتثال مطلوب توصیلی نیز به اثبات می‌رسد.

#### ت) پذیرش دیدگاه در متعلقات تکلیف و عدم پذیرش در موضوع تکلیف

می‌توان گفت که دیدگاه جواز در متعلقات تکلیف مورد پذیرش است؛ اما در موضوع تکالیف ممکن است دچار تالی فاسد شود. برای مثال، در حکم «الخمیر حرام»، حرمت، حکم شارع است و خمر متعلق متعلق یا همان موضوع حکم به شمار می‌رود. شارع می‌تواند کلیت و طبیعت خمر را به عنوان متعلق قرار دهد حتی اگر برخی از افراد خمر خارج از محل ابتلای مکلف باشند؛ زیرا مورد ابتلا بودن یا نبودن مصادیق خمر مورد نظر شارع نیست. بر این اساس، می‌توان گفت که جواز مبادرت ربات‌های انسان‌نما نهایتاً در فعلیت تکلیف مورد پذیرش است. در این معنا، متعلق تکلیف، همان فعلی است که شارع خواسته است. برای نمونه، در حرمت شرب خمر، تکلیف بر حرمت و عدم شرب مربوط به همان متعلق است.

این اشکال را می‌توان از طریق انطباق عنوان بر افراد پاسخ داد؛ به این معنا که قانون به نحوی جعل شده است که اگر فردی اقدام کند، قانون به طور کلی از بین نمی‌رود. اما در واجب کفایی، اگر عده‌ای عمل را انجام دهند، موضوع برای دیگران ساقط می‌شود و دیگر موضوع برای اتیان وجود ندارد.

#### ث) عدم اشتراط قدرت در فعلیت تکلیف

یکی دیگر از اشکالات مطرح بر دیدگاه جواز این است که شارع قدرت را به عنوان یکی از شرایط تکلیف قرار نداده است؛ و از سوی دیگر، عقل نیز نمی‌تواند چنین شرطی برای تکلیف شارع وضع کند؛ زیرا عقل، یک قوه مستقل است و نمی‌تواند در احکامی که شارع جعل کرده، تصرف نماید. به عبارت دیگر، عقل نمی‌تواند بگوید: «من قدرت را در حکمی که شارع برای شما قرار داده شرط می‌دانم.» زیرا حکم در اختیار حاکم است و حاکم خداوند می‌باشد و هر آنچه که برای تکلیف شرط باشد، توسط او ذکر می‌شود. همچنین، بر اساس ظاهر ادله شرعی، شارع قدرت را شرط قرار نداده است. بنابراین، طبق این نظریه، احکام شرعی نه بر اساس عقل و نه بر اساس شرع مقید به قدرت نیست.

باید توجه داشت که بین توجه خطاب و شمول خطاب تفاوت وجود دارد. قیبح آن است که امر خطاب خود را مستقیماً متوجه عاجز کند. اما اگر امر یک قانون کلی جعل کند که همان‌طور شامل قادر، عالم و مؤمن

است، شامل عاجز، جاهل و کافر نیز بشود، دیگر قبحی وجود ندارد. بر این اساس، شمول خطاب شارع بر ربات‌های انسان‌نما قابل اثبات است.

### ارزیابی دیدگاه عدم جواز

یکی از ادله مطرح در دیدگاه عدم جواز، مربوط به هدف صدور احکام شرعی بر اساس فلسفه خلقت و مصالح انسانی است. در وهله نخست، آنچه واضح است این است که مبادرت ربات‌های انسان‌نما مشکلی در تعارض با مصالح و مقتضیات انسانی ایجاد نخواهد کرد، بلکه می‌تواند تضمین‌کننده و بهبوددهنده آن نیز باشد. امری که از سوی شارع نیز مورد تأیید و استقبال قرار گرفته است.

باید دانست که تنها به‌منظور تعالی و رشد انسان و مصالح اختصاصی او، مبادرت تکلیف به‌طور خاص در اوامر تعبدی از شخص انسان خواسته شده است. اما در اوامر توصلی به‌ویژه در واجبات کفایی با وجود این مصالح، تکلیف به‌نحو خاص از شخص انسان مطالبه نشده است؛ زیرا مطلق مکلفان بر اتیان آن مبادرت دارند. این امر خود نشانگر جواز ارتکاب ربات انسان‌نما حتی در مقام صدور و بر اساس ادله دیدگاه عدم جواز می‌باشد. علاوه بر این، به نظر می‌رسد که اساساً ادله دیدگاه عدم جواز مربوط به مقام صدور خطاب شارع برای ربات‌های انسان‌نما است. بنابراین، حکم صادر شده در این ادله مبنی بر عدم جواز مبادرت ربات انسان‌نما در مقام اتیان قابل پذیرش نیست.

### بحث

تحلیل و ارزیابی ادله دیدگاه‌ها و وجوه قابل ذکر در مسئله، اتقان دیدگاه جواز تکلیف ربات‌های انسان‌نما نسبت به اتیان اوامر توصلی را نشان می‌دهد. بر این اساس، با اتکا به ادله اجتهادی مانند تعلق تکالیف به اراده و شمول خطاب شارع به غایبان، نظر مختار پژوهش حاضر، جواز مبادرت ربات انسان‌نما نسبت به اتیان اوامر توصلی است. با این حال، اگر به هر دلیلی این دیدگاه و ادله اجتهادی آن مورد پذیرش واقع نشود، می‌توان با ورود به ساحت ادله فقهی نیز جواز را استنباط نمود. همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، بحث از مبادرت ربات‌های انسان‌نما به اوامر توصلی صرفاً ناظر به مرحله اتیان حکم است و نه صدور حکم، زیرا شارع مقدس در مقام صدور احکام، تنها انسان را در نظر گرفته است. با این توضیح، برای اتیان مطلوبات توصلی توسط ربات‌های انسان‌نما می‌توان دو جایگاه را در نظر گرفت:

۱. جایگاه اتیان استقلالی

۲. جایگاه اتیان اشتراکی

در تحلیل مسئله، بنابر جایگاه اتیان استقلالی، می‌توان با استفاده از اصل برائت بیان داشت که پس از مبادرت ربات انسان‌نما به مطلوبات توصلی که عناوین قصیده در آن لازم نیست، اتیان تحقق یافته و تکلیف از دیگر مکلفان ساقط می‌شود و دیگر نیازی به امتثال دیگر مکلفان نیست. با توجه به قدرت ربات در اتیان کامل مطلوبات شارع و عدم نهی شارع از مبادرت آن و نیز تحقق تمامی شرایط فعلیت و رساندن آن به حد کفایت

حکم از نظر شارع، این مسئله قابل استناد به اصل براهت بوده و می‌توان قائل به مقبولیت تکلیف از مبادرت ربات انسان‌نما شد به طوری که سایر مکلفان از آن بری می‌شوند.

در جایگاه دوم یا اتیان اشتراکی که به معنای انجام قصد مطلوبیت توسط مکلف در عناوین توصیلی است که قصد و نیت لازم دارد و فعلیت آن توسط ربات انسان‌نما انجام می‌شود، می‌توان همانند تحلیل جایگاه استقلالی، جواز مبادرت ربات انسان‌نما را پذیرفت. باید دانست که قدرت اتیان کامل شرایط مطلوب توصیلی توسط ربات انسان‌نما، بنابر آنکه موجب تحقق شرایط تکلیف می‌شود ابتدا فعلیت تکلیف و در مرحله بعد وجوب تحصیل قیود را به دنبال دارد.

مراحل گام‌به‌گام بررسی فعلیت به این صورت است:

۱. هرگاه شرایط تکلیف تحقق یابد، تکلیف فعلی می‌شود.

۲. در صورتی که مکلف قدرت داشته باشد، تحصیل قیود واجب شده و به عبارتی تکلیف واجب می‌گردد. بنابراین با تحقق شرایط تکلیف و قدرت بر اتیان توسط ربات انسان‌نما می‌توان قائل به فعلیت تکلیف و مسئولیت آن در برابر خطاب شارع بود.

### نتیجه‌گیری

در این پژوهش با ارائه نظریه دوساحتی عنوان مقامات خطاب شارع بر مقام اتیان و مقام صدور توانسته است در رهگذر از ادله اجتهادی و فقهاتی حکم بر جواز مبادرت ربات‌های انسان‌نما صادر کند و اثبات نماید که در نظر شارع بنابر مقام اتیان، امتثال ربات‌های انسان‌نما بر اوامر توصیلی کفایتی موجب رفع تکلیف از دیگر مکلفان خواهد شد.

اثبات ربات انسان‌نما در عنوان مکلف به سبب خطاب شارع، مقتضی جواز بررسی آن در مراتب حکم در دستیابی بر صحت و یا عدم صحت مبادرت آن بر احکام کفایتی است. تحقیق مسئله در نخستین مرتبه از فرآیند استنباط حکم شرعی یعنی مرحله اقتضا به دلیل وجود دو شرط اتیان امر شارع و کفایت از امتثال دیگران و رساندن واجب کفایتی به فعل مد نظر و مکفی شارع، صحت مبادرت ربات انسان‌نما بر احکام کفایتی را در پی داشته است. تحقیق مسئله در مرحله دیگر استنباط حکم شرعی یعنی مرتبه فعلیت نیز قدرت اتیان کامل شرایط مطلوب کفایتی توسط (آنچه که در حکم انسان است) بنابر آنکه تحقق تکلیف و در وهله بعد وجوب تحصیل قیود را در پی دارد، حکم بر صحت مبادرت می‌گردد. این مسئله در اصول عملیه نیز مورد بررسی قرار گرفت. با توجه به امر شارع مبنی بر اتیان مطلوب کفایتی توسط انسان و عدم نهی از مبادرت کسی که قدرت انجام فعل با قیود لازم را دارد و با تحقق شرایط امتثال مکفی، مبادرت ربات انسان‌نما مکفی بوده و لازمه اتیان دیگری را در پی ندارد. چراکه بنابر تعیین نوع شک، براهت جاری کرده و حکم بر جواز مبادرت ربات انسان‌نما خواهد شد. فارغ از ثمرات فقهی بیان شده، اثبات مشروعیت اتیان اوامر توصیلی توسط ربات‌های انسان‌نما می‌تواند از منظر حقوقی مثبت ارائه الگویی مشخص برای جرم‌انگاری ارتکاب رفتارهای مجرمانه و اثبات مسئولیت کیفری برای این‌گونه ربات‌ها باشد. بر این اساس، گرچه امروزه در قوانین کیفری در صورت ارتکاب رفتارهای مجرمانه

از طریق ربات‌های هوشمند صرفاً سازنده یا کاربر آن از باب تسبیب تحت تعقیب قرار گرفته و مجازات می‌شود، مطابق با نتایج حاصل از پژوهش حاضر می‌توان ضمانت‌اجراهایی همچون ممنوعیت فعالیت و استفاده از ربات متخلف به‌طور دائم یا موقت یا انعدام یا الزام به تغییر کاربری این‌گونه ربات‌ها را به قانون‌گذار پیشنهاد نمود.

## منابع

- خراسانی، محمدکاظم بن حسین (آخوند). (۱۳۸۴). درر الفوائد فی الحاشیة علی الفرائد. قم: مؤسسه توسعه فرهنگ قرآنی.
- خراسانی، محمدکاظم بن حسین (آخوند). (۱۳۸۶). کفایة الأصول. قم: دارالفکر.
- آشتیانی، محمدحسن بن جعفر. (۱۳۸۷). بحر الفوائد. قم: ذوی القربی.
- بروجردی، سید حسین. (۱۳۷۰). نہایة الأصول. قم: تفکر.
- بروجردی، محمد. (۱۳۹۴). مبانی حقوق اسلامی (مختلف الأصول). تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- حسینی زیدی، سید ابوالقاسم. (۱۳۹۸). قدرت تامه شرط انشاء، فعلیت یا تنجز؟. فقه و اصول، ۵۱ (۱).
- حکیم، سید محمدسعید. (۱۳۹۸). المحکم فی أصول الفقه. قم: دارالهلال.
- حلی، حسن بن یوسف. (۱۳۸۲). مبادئ الوصول الی علم الأصول. قم: دارالأضواء.
- راغبی، محمدعلی و صدوقی امین، محمد. (۱۴۰۱). درآمدی تحلیلی به نظریه خطابات قانونی امام خمینی (ره) و پیامدهای آن در فقه عبادات. فقه و اصول، ۵۴ (۱)، ۱۰۸-۱۱۰.
- زحیلی، وهبه. (۱۳۸۸). أصول الفقه الاسلامی. قم: احسان.
- زنجانی، میرزا باقر. (۱۳۹۶). تحریر الأصول. نجف: مطبعة النعمان.
- شهابی، محمود. (۱۳۹۷). تقریرات الأصول. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- صدر، سید محمدباقر. (۱۳۹۹). بحوث فی علم الأصول. قم: دائرة المعارف الفقه الاسلامی.
- طباطبایی، سید محمدحسین. (۱۳۶۰). تفسیر المیزان. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- عراقی، ضیاءالدین. (۱۳۶۳). منهج الأصول. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۹۰). سیری کامل در اصول فقه. قم: فیضیه.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۹۰). کفایة الأصول. قم: فیضیه.
- محمدی، ابوالحسن. (۱۳۹۸). مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- مشکینی، علی. (۱۳۹۸). اصطلاحات الأصول. قم: الهادی.
- مشکینی، علی. (۱۳۹۸). تحریر المعالم. قم: الهادی.
- مطهری، مرتضی. (۱۳۷۷). آشنایی با علوم اسلامی. تهران: صدرا.
- مظفر، محمدرضا. (۱۳۹۹). أصول الفقه. قم: دارالفکر.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۶). القواعد الفقهیة. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۶). أنوار الأصول. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
- موسوی خمینی، روح‌الله. (۱۳۸۶). الرسائل. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- موسوی خمینی، سید مصطفی. (۱۳۸۶). تحریرات فی الأصول. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- موسوی خمینی، روح‌الله. (۱۳۷۶). جواهر الأصول. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- نائینی، میرزا محمدحسین. (۱۳۸۷). أجود التقریرات. قم: صاحب الأمر.
- نائینی، میرزا محمدحسین. (۱۳۸۷). فوائد الأصول. قم: صاحب الأمر.
- نملة، عبدالکریم بن علی بن محمد. (۱۳۹۸). الجامع لمسائل أصول الفقه. ریاض: مكتبة الرشد.
- ولایی، عیسی. (۱۳۹۸). فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول. تهران: نی.

## Reference

- Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm b. Ḥusayn, known as Ākhūnd Khurāsānī. (1384 SH [2005/2006 CE]). *Durar al-fawā'id fi al-ḥāshiya 'alā al-Farā'id* [Pearls of benefits: A gloss on *al-Farā'id*]. Qom: Institute for the Development of Qur'anic Culture.
- Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm b. Ḥusayn, known as Ākhūnd Khurāsānī. (1386 SH [2007/2008 CE]). *Kifāyat al-uṣūl* [The sufficiency of the principles]. Qom: Dār al-Fikr.
- Āshtiyānī, Muḥammad Hasan b. Ja'far. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Baḥr al-fawā'id* [The sea of benefits]. Qom: Dhawī al-Qurbā.
- Burūjirdī, Sayyid Ḥusayn. (1370 SH [1991/1992 CE]). *Nihāyat al-uṣūl* [The culmination of the principles]. Qom: Tafakkur.
- Burūjirdī, Muḥammad. (1394 SH [2015/2016 CE]). *Mabānī-yi ḥuqūq-i Islāmī: Mukhtalif al-uṣūl* [Foundations of Islamic law: *Mukhtalif al-uṣūl*]. Tehran: Institute for Publishing and Printing, University of Tehran.
- Ḥusaynī Zaydī, Sayyid Abū al-Qāsim. (1398 SH [2019/2020 CE]). Is complete capacity a condition of issuance, actuality, or enforceability? *Fiqh wa Uṣūl* [Jurisprudence and Principles], 51(1).
- Ḥakīm, Sayyid Muḥammad Sa'īd. (1398 SH [2019/2020 CE]). *al-Muḥkam fi uṣūl al-fiqh* [The precise treatise in the principles of jurisprudence]. Qom: Dār al-Hilāl.
- Ḥillī, Hasan b. Yūsuf. (1382 SH [2003/2004 CE]). *Mabādi' al-wuṣūl ilā 'ilm al-uṣūl* [Preliminaries for attaining the science of legal theory]. Qom: Dār al-Adwā'.
- Rāghibī, Muḥammad 'Alī, & Ṣadūqī Amīn, Muḥammad. (1401 SH [2022/2023 CE]). An analytical introduction to Imam Khomeini's theory of legal addresses and its implications for the jurisprudence of worship. *Fiqh wa Uṣūl* [Jurisprudence and Principles], 54(1), 108–110.
- Zuhaylī, Wahba. (1388 SH [2009/2010 CE]). *Uṣūl al-fiqh al-Islāmī* [The principles of Islamic jurisprudence]. Qom: Iḥsān.
- Zanjānī, Mīrzā Bāqir. (1396 SH [2017/2018 CE]). *Tahrīr al-uṣūl* [Refinement of the principles]. Najaf: Maṭba'at al-Nu'mān.
- Shahābī, Maḥmūd. (1397 SH [2018/2019 CE]). *Taqrīrāt al-uṣūl* [Lecture notes on legal theory]. Tehran: Institute for Publishing and Printing, University of Tehran.
- Ṣadr, Sayyid Muḥammad Bāqir. (1399 SH [2020/2021 CE]). *Buḥūth fi 'ilm al-uṣūl* [Studies in the science of legal theory]. Qom: Dā'irat al-Ma'ārif al-Fiqh al-Islāmī.
- Ṭabāṭabā'ī, Sayyid Muḥammad Ḥusayn. (1360 SH [1981/1982 CE]). *Tafsīr al-Mizān* [The balance in Qur'anic exegesis]. Qom: Society of Seminary Teachers of Qom.
- 'Irāqī, Ḍiyā' al-Dīn. (1363 SH [1984/1985 CE]). *Minḥāj al-uṣūl* [The path of legal theory]. Qom: Society of Seminary Teachers of Qom.
- Fāḍil Lankarānī, Muḥammad. (1390 SH [2011/2012 CE]). *Sīrī kāmil dar uṣūl-i fiqh* [A complete survey of the principles of jurisprudence]. Qom: Fayḍiyya.
- Fāḍil Lankarānī, Muḥammad. (1390 SH [2011/2012 CE]). *Kifāyat al-uṣūl* [The sufficiency of the principles]. Qom: Fayḍiyya.
- Muḥammadī, Abū al-Ḥasan. (1398 SH [2019/2020 CE]). *Mabānī-yi istinbāt-i ḥuqūq-i Islāmī yā uṣūl-i fiqh* [Foundations of deriving Islamic law, or principles of jurisprudence]. Tehran: Institute for Publishing and Printing, University of Tehran.
- Mishkīnī, 'Alī. (1398 SH [2019/2020 CE]). *Iṣṭilāḥāt al-uṣūl* [Terminology of legal theory]. Qom: al-Hādī.

- Mishkīnī, 'Alī. (1398 SH [2019/2020 CE]). *Tahrīr al-ma'ālim* [Refinement of *al-Ma'ālim*]. Qom: al-Hādī.
- Muṭahharī, Murtaḍā. (1377 SH [1998/1999 CE]). *Āshnā'ī bā 'ulūm-i Islāmī* [Introduction to the Islamic sciences]. Tehran: Šadrā.
- Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. (1399 SH [2020/2021 CE]). *Uṣūl al-fiqh* [Principles of jurisprudence]. Qom: Dār al-Fikr.
- Makārim Shīrāzī, Nāšir. (1386 SH [2007/2008 CE]). *al-Qawā'id al-fiqhiyya* [Jurisprudential maxims]. Qom: Publications of Madrasa-yi al-Imām 'Alī b. Abī Ṭālib.
- Makārim Shīrāzī, Nāšir. (1386 SH [2007/2008 CE]). *Anwār al-uṣūl* [Lights of legal theory]. Qom: Publications of Madrasa-yi al-Imām 'Alī b. Abī Ṭālib.
- Mūsawī Khomeinī, Rūḥ Allāh. (1386 SH [2007/2008 CE]). *al-Rasā'il* [The treatises]. Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
- Mūsawī Khomeinī, Sayyid Muṣṭafā. (1386 SH [2007/2008 CE]). *Tahrīrāt fī al-uṣūl* [Writings on legal theory]. Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
- Mūsawī Khomeinī, Rūḥ Allāh. (1376 SH [1997/1998 CE]). *Jawāhir al-uṣūl* [Jewels of legal theory]. Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
- Nā'īnī, Mīrzā Muḥammad Ḥusayn. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Ajwad al-taqrīrāt* [The finest lecture notes]. Qom: Šāhib al-Amr.
- Nā'īnī, Mīrzā Muḥammad Ḥusayn. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Fawā'id al-uṣūl* [Benefits in legal theory]. Qom: Šāhib al-Amr.
- Namla, 'Abd al-Karīm b. 'Alī b. Muḥammad. (1398 AH [1978/1979 CE]). *al-Jāmi' li-masā'il uṣūl al-fiqh* [The compendium of issues in the principles of jurisprudence]. Riyadh: Maktabat al-Rushd. [Translator's note: The calendar system of the year is not explicit in the original entry; AH has been inferred from the Arabic publication context.]
- Walā'ī, 'Isā. (1398 SH [2019/2020 CE]). *Farhang-i tashrīḥī-yi iṣṭilāḥāt-i uṣūl* [Explanatory dictionary of legal-theoretical terminology]. Tehran: Nay.



## Establishing and Assessing Mistake Preventing Consent on the Basis of Apparent and Internal Will in English and Iranian Law

Seyed Mohammad Asadinejad<sup>1✉</sup>  and Seyed Hossein Safaei Moafi<sup>2</sup> 

1. *Corresponding Author*, Associate Professor, Department of Law, University of Guilan, Rasht, Iran. Email: [asadinejad@guilan.ac.ir](mailto:asadinejad@guilan.ac.ir)

2. PhD Student in Private Law, University of Guilan, Rasht, Iran. Email: [safaei.m@gmail.com](mailto:safaei.m@gmail.com)

---

---

### Article Info

**Article type:**  
Research Article

**Article history:**

Received  
31 August 2023  
Received in revised form  
04 November 2023  
Accepted  
23 November 2023  
Available online  
22 December 2025

**Keywords:**

will,  
apparent will,  
internal will,  
contract,  
mistake

---

---

### ABSTRACT

In contract interpretation, if the court relies on the parties' apparent intention to identify mistake, only a mistake in the expressed words prevents formation of the contract. If the parties' internal intention is treated as the basis of contract formation, then a mistake in each party's mental conception may also prevent agreement. This study compares English and Iranian law to determine whether apparent or internal will is the criterion for identifying mistake that prevents consent. The authors hypothesize that legal systems generally rely on apparent will and the content of the contract at the stage of proof, while exceptions arise where one party knows or should know that the other is mistaken. The findings show that English law primarily applies an objective standard based on apparent will, whereas Iranian law gives greater theoretical weight to internal will but, in practice and in proof, often relies on external manifestations.

---

---

**Cite this article:** Asadinejad, S. M., & Safaei Moafi, S. H. (1404). Establishing and Assessing Mistake Preventing Consent on the Basis of Apparent and Internal Will in English and Iranian Law. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 20(2), 313-337. <https://doi.org/10.22034/fvh.2024.16860.1827>



© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.  
DOI: <https://doi.org/10.22034/fvh.2024.16860.1827>

---

---

## **Introduction**

A contract is formed through the parties' agreement and their operative intention as manifested outwardly. Yet the parties may misunderstand one another's intended subject matter in such a way that the contract does not arise in the legal realm. The central question is which criterion English and Iranian law use to determine a mistake preventing consent: the parties' apparent will or their internal will. The study also asks how each system treats exceptional cases where one party is aware of the other's mistake.

## **Methodology**

The research is descriptive-analytical. It uses library and electronic sources and extracts the central principles from primary materials and contemporary legal studies. The analysis compares the two legal systems by focusing on contract interpretation and mistake.

## **Literature Review**

Many studies have examined mistake and criteria for interpreting contracts, including works on contract formation in Imami fiqh, Iranian law, and comparative law. However, a focused comparison of apparent and internal will in the specific context of mistake preventing consent remains necessary.

## **Findings**

In English law, which is based on objective interpretation and apparent will, mistake prevents contract formation only where it appears in the parties' outward expressions and prevents objective agreement. Internal mistake alone is generally insufficient. Iranian law, influenced by the doctrine of internal will, recognizes the importance of the parties' real intention, but in evidentiary practice courts often rely on external manifestations and the text of the contract. With respect to mistake as to the identity of the counterparty, both systems may depart from their primary approach under special conditions. English law distinguishes face-to-face contracts from correspondence contracts, while Iranian law evaluates the essentiality of the counterparty's identity and the role of mistake in consent.

## **Conclusion**

Both English and Iranian law rely significantly on apparent will in proving contracts, though their theoretical foundations differ. English law is more firmly objective, while Iranian law gives greater doctrinal importance to internal intention. Nevertheless, where one party knows or should know of the other's mistake, the legal system may protect the mistaken party and deny formation or effect. The practical result is a balanced approach that preserves transactional security while preventing exploitation of known mistake.

### **Declarations**

**Author Contributions:** Data collection, report preparation, and analysis were carried out by Seyed Mohammad Asadinejad and Seyed Hossein Safaei.

**Data Availability Statement:** Not specified in the source file.

**Acknowledgements:** The authors thanked the respected reviewers whose guidance improved the article.

**Ethical Considerations:** The authors observed ethical principles in conducting and publishing the article.

**Funding:** No specific financial support was received.

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

**Declaration on Generative AI and AI-assisted Technologies:** Not specified in the source file.



## احراز و تأثیر اشتباه مانع ترازی بر اساس اراده ظاهری و باطنی در حقوق انگلستان و ایران

سید محمد اسدی نژاد<sup>۱</sup> و سید حسین صفایی معافی<sup>۲</sup>

۱. نویسنده مسؤل، دانشیار گروه حقوق، دانشگاه گیلان، رشت، ایران. رایانامه: [asadinejad@guilan.ac.ir](mailto:asadinejad@guilan.ac.ir)

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران. رایانامه: [safaei.m@gmail.com](mailto:safaei.m@gmail.com)

### اطلاعات مقاله

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۰۹

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۸/۱۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۰۲

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۱۰/۰۱

### چکیده

در تفسیر قراردادهای، اگر دادگاه قصد ظاهری طرفین را معیار احراز اشتباه قرار دهد، اشتباه طرفین تنها در الفاظ ابرازی آنان مانع تشکیل عقد است. اما اگر قصد درونی طرفین ملاک انعقاد عقد قرار گیرد، اشتباه درونی طرفین نیز مؤثر خواهد بود، هرچند ظاهر الفاظ آنان موافق باشد. در این مقاله تلاش شده است تا به این پرسش پاسخ داده شود که با توجه به رویکرد نظام‌های حقوقی انگلستان و ایران در تفسیر قرارداد، اشتباه در چه صورتی می‌تواند مانع ترازی گردد؟ در این پژوهش از روش توصیفی-تحلیلی در بررسی دیدگاه فقها، قوانین و رویه قضایی استفاده شده و از منابع کتابخانه‌ای بهره‌برداری شده است. نتایج حاصل از این تحقیق نشان می‌دهد که در نظام حقوقی انگلستان قصد ابرازی طرفین، در مقام اثبات اشتباه، به‌عنوان ملاک تفسیر توافق طرفین به کارگرفته می‌شود و اشتباه در اراده باطنی طرفین و عدم مطابقت آن مانع تشکیل عقد نخواهد گشت. در خصوص اشتباه در شخص طرف معامله نیز حقوق انگلستان در قراردادهای حضوری، قصد ظاهری و در قراردادهای نوشته، قصد درونی طرفین را ملاک تفسیر قرار داده است. در حقوق ایران هم قصد ظاهری و هم باطنی طرفین که در واقع ترکیبی از هر دو نظریه نوعی و شخصی است، ملاک عمل قرار می‌گیرد، هرچند سعی می‌شود بین اشتباه در شخص طرف معامله و سایر موارد، از جمله ماهیت مورد عقد، تفاوت گذاشته شود.

### کلیدواژه‌ها:

اراده،

ظاهری،

باطنی،

قرارداد،

اشتباه

**استناد:** اسدی نژاد، سید محمد؛ و صفایی معافی، سید حسین. (۱۴۰۴). احراز و تأثیر اشتباه مانع ترازی بر اساس اراده ظاهری و باطنی در حقوق انگلستان و ایران. مطالعات فقه اسلامی و مباحث حقوق، ۲۰(۲)، ۳۳۷-۳۱۳. <https://doi.org/10.22034/FVH.2023.17277.1856>



### مقدمه

هنگام انعقاد قرارداد ممکن است طرفین معامله در مفاد مذاکرات پیش از قرارداد یکدیگر و فهم آن دچار اشتباه گردند. این قسم اشتباه در ایجاب و قبول طرفین روی داده و سبب عدم مطابقت آن می‌گردد که از ضروریات تشکیل قراردادی است (مکارم، ۱۴۲۵، ص. ۱۳۴؛ بهجت، ۱۳۸۵، ج. ۳، ص. ۵۰۲؛ مراغی، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۱۸۱)؛ چراکه در صورت عدم تطابق ایجاب و قبول، التزام طرفین به مورد واحدی تعلق نگرفته، این دو التزام با هم ارتباط ندارند و در صورت عدم ربط، عقدی نیز صدق نخواهد کرد (روحانی، ۱۴۲۹، ج. ۳، ص. ۲۴۲). همین نکته از ماده ۱۹۴ قانون مدنی ایران<sup>۱</sup> نیز قابل استنباط بوده و رویه قضایی انگلیس نیز بر آن صحنه گذاشته است.<sup>۲</sup> بدیهی است چنین اشتباهی می‌تواند هم در اراده ابرازی طرفین و هم در اراده درونی آنان اتفاق افتد<sup>۳</sup> و بدین ترتیب، ملاک قرار گرفتن هرکدام از این دو قسم اراده بر شرایط تأثیر اشتباه مانع تراضی مؤثر است؛ چراکه اگر اراده ظاهری را سازنده عقد بدانیم، اشتباه در قصد درونی طرفین تأثیری در شکل‌گیری عقد نخواهد گذاشت و تنها اشتباه در اظهار اراده، انعقاد عقد را ناممکن می‌سازد، زیرا مطابق این دیدگاه، قصد درونی هیچ نقشی در انعقاد قرارداد ندارد. در مقابل، اگر اراده باطنی به وجود آورنده عقد باشد، اشتباه در قصد درونی می‌تواند مانع تشکیل عقد شود؛ هرچند طرفین در ظاهر بر امر واحدی توافق کرده باشند.

لیکن اعمال خشک و بدون انعطاف هرکدام از این دو رویکرد مشکلاتی را به همراه دارد؛ چراکه اگر همیشه اراده ظاهری متعاملین سازنده عقد باشد، بسیار ناعادلانه خواهد بود تا شخص را به قراردادی ملزم بدانیم که واقعاً قصد انعقاد آن را نداشته و نمی‌خواسته خود را بدان پایبند کند. از آن سو، در صورتی که همواره قصد درونی و ذهنی اشخاص حاکم بر قرارداد باشد، منصفانه نیست تا طرف بدون اشتباه معامله در معرض بطلان قرارداد و خسارات ناشی از آن قرار گیرد؛ ضمن آنکه اقامه دعوا برای جبران غرور حاصل از اشتباه طرف دیگر، سبب صرف هزینه برای طرف بی‌تقصیر خواهد شد و سیل پرونده‌های بسیاری را روانه دادگاه خواهد کرد. از این جهت، ضروری است تا نظام‌های حقوقی در کنار رویکرد اصلی خود، رویکرد استثنائی را به‌کارگیرند تا از بروز بی‌عدالتی و سوء استفاده طرفین معامله اجتناب کنند.

بر این اساس، سؤال اصلی پژوهش حاضر این است که دو نظام حقوقی انگلستان و ایران، برای تشخیص اشتباه مانع تراضی، کدام یک از اراده ظاهری و باطنی طرفین را ملاک تشکیل قرارداد تلقی کرده‌اند؟ علاوه بر این، پژوهش حاضر در پی پاسخ‌گویی به این پرسش‌های فرعی است که به‌کارگیری هرکدام از این نظریه‌ها، چه نقشی در شرایط تأثیر اشتباه مانع تراضی داشته است؟ آیا این نظام‌ها همواره از یک رویکرد تفسیری بهره می‌گیرند یا در برخی موارد از رویکرد اصلی خود عدول می‌کنند؟

۱. مطابق ماده ۱۹۴ قانون مدنی: «الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین به‌وسیله آن، انشاء معامله می‌نمایند باید موافق باشد بنحوی که احد طرفین. همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشاء آن را داشته است والا معامله باطل خواهد بود».

2. Great Peace Shipping Ltd v Tsavlis Salvage (International) Ltd [2002] EWCA Civ 1407, [2003] QB 679, by Lord Phillips.

۳. قصدی که درون ذهن متعاملین شکل می‌گیرد و قصد واقعی آنان است، اراده باطنی نام دارد. به قصد اظهار شده توسط طرفین قرارداد، در مقام عقد آن، اراده ظاهری اطلاق کرده‌اند (صفایی، ۱۳۹۶، ص. ۷۳).

فرضیه نگارندگان بر این است که اصولاً در نظام‌های حقوقی، در مقام اثبات قرارداد، اراده ظاهری طرفین و آنچه را در متن قرارداد بیان کرده‌اند ملاک تشخیص اشتباه است؛ با وجود این، اگر طرفین قرارداد بتوانند وقوع اشتباه را در اراده درونی خویش ثابت کنند، در این صورت، نمی‌توان چنین قراردادی را با وجود اشتباه صحیح تلقی کرد.

بنابراین، هدف اصلی نوشتار حاضر این است تا ضمن تبیین، تحلیل و نقد رویکرد نظام‌های حقوقی انگلستان و ایران نسبت به تفسیر قرارداد و عملکرد آن بر شرایط احراز و تأثیر اشتباه، راه حل مناسب را به این نظام‌ها پیشنهاد دهد تا با بهره‌گیری از آن، گامی در جهت ایجاد نظم تجاری و ثبات قراردادی بردارند. در ارتباط با شرایط اشتباه مؤثر در قرارداد و نقش آن بر سرنوشت قرارداد و همچنین در خصوص معیارهای تفسیر عقد، پژوهش‌های فراوانی انجام شده است؛ به‌عنوان نمونه، در کتاب حقوق قراردادها در فقه امامیه (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۳، ج. ۲، ص. ۱۳۴) و کتاب تشکیل قراردادها و تعهدات (شهیدی، ۱۳۹۶، ج. ۱، ص. ۲۲۲) یا مقاله «مفهوم اشتباه در شخص طرف قرارداد و تأثیر آن بر قرارداد» (محسنی و شفیع‌زاده خولنجانی، ۱۳۹۳: صص. ۱۱۷-۱۱۸)، تعریف و توضیحی از این قسم اشتباه ارائه نموده‌اند، اما قسمت جداگانه‌ای را به این موضوع اختصاص نداده‌اند. باین‌حال، تاکنون هیچ پژوهشی در ارتباط با نقش تفسیر قرارداد در اشتباهی که منجر به عدم مطابقت ایجاد و قبول طرفین معامله می‌شود، نپرداخته است. بنابراین، نوآوری پژوهش پیش‌رو با موارد پیشین در این نکته است که اشتباه مانع تراضی و شیوه رویکرد نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان در تشخیص آن و تعیین سرنوشت قرارداد به‌طور مستقل مورد مطالعه قرار گرفته است. این پژوهش از نوع بنیادی نظری است که اطلاعات، منابع و مواد اولیه آن از طریق کتابخانه‌ای جمع‌آوری می‌گردد. روش تحقیق در این پژوهش نیز به روش توصیفی، تحلیلی و تطبیقی بوده است که از منابع فقهی، دکترین حقوقی، قوانین و آرای قضایی استفاده شده است.

با توجه به تمایز ساختاری اشتباه در شخص طرف معامله و موضوع آن، این نوشتار به دو مبحث تقسیم شده است. در مبحث نخست، شیوه اعمال معیارهای دوگانه تفسیر قرارداد نسبت به اشتباه در موضوع، مورد مطالعه قرار می‌گیرد و در بخش دوم، جایگاه و تأثیر این رویکردها در ارتباط با اشتباه نسبت به شخصیت طرف معامله، مطابق با نگرش نظام‌های حقوقی انگلستان و ایران، بررسی خواهد شد.

### تبیین مفاهیم

در مبحث حاضر، «تعریف اشتباه و اقسام آن» و همچنین مفهوم «اراده» و «رویکردهای تفسیری» اشتباه و اراده طرفین روشن خواهد شد.

#### اشتباه و اقسام آن

در لغت، اشتباه را به‌معنای «مانند شدن چیزی به چیز دیگر در نظر انسان، یکی را به‌جای دیگری گرفتن، کاری به غلط انجام دادن، سهو یا خطا» دانسته‌اند (عمید، ۱۳۸۳، ص. ۱۸۶). در اصطلاح حقوقی اشتباه به‌معنای پندار نادرستی است که انسان از واقعیت پیدا می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج. ۱، ص. ۳۹۵) یا به عبارت بهتر، اشتباه

«تصور نادرست معامله‌کننده درباره یکی از ارکان یا عناصر عقد» است (صفایی، ۱۳۹۶، ص. ۹۹). در حقوق انگلستان نیز تعریف مشابهی را از اشتباه بدین عبارت ارائه داده‌اند که اشتباه «یک سوءتفاهم یا پندار نادرست درباره یک واقعیت» است (Martin, 2011, p. 355).

اشتباه را به روش‌های گوناگونی دسته‌بندی نموده‌اند. از سویی، اشتباه را برحسب تأثیر آن بر عقد می‌توان به سه دسته تقسیم کرد:

(۱) جایی که طرفین نسبت به عناصر مهم قرارداد چنان در اشتباه‌اند که هیچ‌گونه تراضی شکل نمی‌گیرد. چنین اشتباهی را، در برخی نظام‌های حقوقی، «اشتباه مانع تراضی»<sup>۱</sup> نام نهاده‌اند<sup>۲</sup> (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج. ۱، ص. ۴۷۰؛ Stone and Halson, 2012, p. 232؛ Devenney, 2015, p. 315).

(۲) اشتباهاتی که با وجود آن، توافق کلی شکل می‌گیرد، اما به علت عیب اراده مؤثر از اشتباه، بی‌اعتبار می‌گردد.

(۳) اشتباهاتی که نه تنها مانع تحقق عقد نیستند، بلکه اراده طرفین را نیز معیوب نساخته و هیچ‌گونه تأثیری بر عقد ندارند (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۳، ج. ۲، ص. ۱۳۴).

وجه تمایز بین اشتباه نوع اول و دوم آن است که در اولی هیچ‌گونه قراردادی شکل نمی‌گیرد و استعمال بطلان در خصوص این قسم قراردادها اشتباه است.<sup>۳</sup>

اشتباهی که مدنظر این نوشتار است، نوع اول بوده و این خود می‌تواند برحسب قلمرو، در سه عنوان جای گیرد: (۱) اشتباه در نوع و ماهیت عقد، به طوری که یکی از طرفین قصد انعقاد بیع را دارد و طرف دیگر به عنوان اجاره وارد معامله می‌گردد؛ (۲) اشتباه نسبت به مورد معامله و ویژگی‌های آن؛ و (۳) اشتباه یکی از طرفین در خصوص طرف دیگر معامله.

البته در حقوق انگلستان تقسیم‌بندی دیگری نیز از اشتباه صورت گرفته است که بر اساس آن دو نوع اشتباه مشترک<sup>۴</sup> و اشتباه یکجانبه<sup>۵</sup> را از یکدیگر تمایز داده‌اند. اشتباه مشترک یا همسان<sup>۶</sup> اشتباهی است که در آن طرفین عقد دارای پندار نادرست مشترکی در خصوص عقد هستند؛ به عنوان مثال، در صورتی که هر دو طرف معامله گمان برند که مورد معامله عتیقه بوده و دارای ارزش اقتصادی بسیار است، اما در واقعیت چنین نباشد، اشتباه آنان مشترک خواهد بود. در مقابل، اگر هر کدام از طرفین تصور مختلفی از مفاد قرارداد داشته باشد، اشتباه آنان یکجانبه نامیده شده است (Martin, 2011, p. 355).

#### 1. Mistake negating consent

۲. از چنین اشتباهی «اشتباه متقابل (Cross-purposes mistake)» و «اشتباه غیر همسان (non-identical mistake)» نیز یاد شده است (Elliott and Quinn, 2017: p. 224).

۳. بنابراین، سخن از بطلان یا صحت قرارداد درست نبوده و اطلاق «باطل» به چنین عقدی از روی تسامح می‌باشد (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۳، ج. ۲، ص. ۱۳۶). در این پژوهش نیز بنا به تسامح گاهی از لفظ «باطل» استفاده شده است.

4. Common mistake
5. Unilateral mistake
6. identical mistake

### مفهوم اراده

در زبان فارسی، اراده را برابر با «خواستن، طلب کردن، دوست داشتن، میل، قصد و آهنگ و همچنین دلبستگی و اعتقاد و اخلاص و دوستی بی‌ریا» (عمید، ۱۳۶۲، ص. ۱۳۷) دانسته‌اند. بنابراین، وقتی گفته می‌شود که شخصی اراده انجام امری را دارد، یعنی وی قصد یا میل انجام آن امر را دارد یا انجام آن امر را می‌خواهد. مفهوم حقوقی اراده در مباحث قراردادها نیز چندان دور از معنای لغوی آن نیست؛ چنان که برخی در تبیین مفهوم آن بیان داشته‌اند:

اراده اخطار قلبی است که قهراً بعد از تصور و تصدیق حاصل می‌شود و مقرون به عمل عضوی از اعضای بدن است. اخطار مزبور تا وقتی که منتهی به عمل خارجی نشده است... آن را اراده داخلی نامند. وقتی که منتهی به عمل خارجی شد، آن را اراده خارجی گویند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ص. ۴۱)

یا عده‌ای دیگر مفهوم اراده را «فعالیت درونی که هدف از آن انتخاب و تصمیم در میان مجموعه‌ای از تمایلات متعدد است که هرکدام شخص را به‌سویی می‌کشاند» (هرمزی، ۱۳۷۶: صص. ۵-۶) تلقی کرده‌اند. بنابراین، اصطلاح اراده را در حقوق نیز می‌توان به مفهوم خواستن یا طلب کردن تعبیر کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۱، ص. ۲۱۸)؛ به‌طوری که اراده انعقاد قراردادی را باید به مفهوم قصد انعقاد قرارداد دانست. لیکن به مفهوم خاص و دقیق‌تر، اراده را می‌توان برابر با «قصد انشا» دانست (شهیدی، ۱۳۹۶، ج ۱، ص. ۵۶) که به‌معنای قصد ایجاد رابطه حقوقی قراردادی است (صفایی، ۱۳۹۶، ص. ۷۳). بدین ترتیب، در صورتی که شخصی بخواهد قراردادی را با دیگری ایجاد کند، باید اراده آن را داشته باشد و این اراده چیزی است که منجر به تشکیل عقد گردیده و بدون وجود آن، هیچ‌گاه قرارداد شکل نخواهد گرفت.

### رویکردهای تفسیر اشتباه

حقوق قراردادها در پی اجرای تعهداتی است که طرفین معامله به‌طور ارادی آن را تقبل کرده‌اند. در جهت اجرای تعهدات قراردادی ضروری است تا قصد و اراده طرفین برای شکل‌گیری توافقی به‌روشنی مشخص گردد. لیکن قصد و منظور طرفین که بر اساس آن وارد عقدی شده‌اند، همواره آشکار نیست و در صورت بروز اختلاف بین طرفین، دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوا با مشکل مواجه خواهد شد. این امر در مواردی که اشتباه طرفین سبب این سردرگمی شده باشد، چالش‌های بیشتری را به همراه خواهد داشت.

بدین ترتیب، اصولاً دو ملاک و رویکرد جهت کشف اشتباه طرفین و تبیین منظور آنان در انعقاد قرارداد استفاده می‌گردد: نخست، رویکرد نوعی<sup>۱</sup> یا نظریه اراده ظاهری که به‌موجب آن مدلول ایجاب و قبول طرفین مأخذ تشخیص اشتباه است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ص. ۱۸۸) و آنچه را طرفین قرارداد «اظهار» داشته‌اند، ملاک تفسیر قرارداد می‌داند و آنچه در درون ذهن اشخاص می‌گذرد، در این معیار اهمیتی ندارد (McKendrick, 2016, p. 17). دوم، رویکرد شخصی<sup>۲</sup> یا نظریه اراده باطنی که مطابق آن، عامل اساسی

1. objective approach

2. subjective approach

در ایجاد آثار حقوقی قصد طرفین بوده و مدلول ایجاب و قبول طرفین تنها کاشف از قصد است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ص. ۱۸۸). بر این اساس، رویکرد شخصی سعی دارد تا قصد «درونی» طرفین قرارداد را تعیین کرده و مطابق آن نسبت به وجود و مفاد توافق تصمیم‌گیری کند (McKendrick, 2016, p. 17). بدیهی است که به‌کارگیری هرکدام از این رویکردها در شرایط تأثیر اشتباه مؤثر واقع خواهد شد.

### اشتباه نسبت به مورد معامله

گاهی طرفین معامله نسبت به مورد معامله دچار اشتباه می‌شوند، به طوری که هرکدام قصد انجام معامله بر چیزی را دارد که طرف دیگر دارای آن قصد نیست؛ در این صورت، مطابقت ایجاب و قبول طرفین از بین می‌رود و توافقی شکل نمی‌گیرد (انصاری، ۱۴۱۱، ج. ۱، ص. ۳۸۴). به‌عنوان مثال، اگر یکی از طرفین قصد خرید تابلوی نقاشی را داشته باشد که گمان می‌برد نسخه اصلی آن است، درحالی‌که در واقعیت تنها نسخه بدل تابلوی اصلی باشد، نمی‌توان هیچ‌گونه توافقی را به طرفین نسبت داد. اما رویکردهای تفسیری چه نقشی در شرایط تأثیر این‌گونه اشتباه دارند؟ نظام‌های حقوقی مورد مطالعه چگونه از این رویکردهای تفسیری برای احراز اشتباه بهره‌جسته‌اند؟

در این مبحث، نخست جایگاه رویکرد نوعی تفسیر قرارداد برای احراز اشتباه در موضوع مورد مطالعه قرار می‌گیرد و در بخش دوم، جایگاه رویکرد شخصی تفسیر قرارداد در این رابطه مطالعه خواهد شد.

### جایگاه رویکرد نوعی

نظام حقوقی انگلستان در مقام تفسیر قرارداد و برای تشخیص انعقاد یا عدم انعقاد آن، از معیار نوعی استفاده نموده و اراده ظاهری طرفین را ملاک قرار داده است. قاضی بلکبرن<sup>۱</sup> در دعوی *Smith v Hughes* (۱۸۷۱)، در رابطه با اعمال این رویکرد و شیوه آن بیان داشت:

اگر شخصی، [فارغ از] هرآنچه قصد واقعی‌اش باشد، طوری رفتار کند که انسان متعارفی گمان برد که او با مفاد پیشنهادی طرف دیگر موافق بوده و طرف دیگر [نیز] بر اساس همان گمان با او وارد معامله شود، آن شخص به همان اندازه ملزم خواهد بود که گویی قصد دارد با مفاد طرف دیگر توافق کند [نه مفاد توافق خودش] (Burrows, 2020, p. 691).

همین رویکرد در دعوی متأخر انگلیسی نیز اتخاذ گشته است؛ چنان‌که دادگاه عالی انگلستان در پرونده *RTS Flexible Systems v Molkerei Alois Müller* (۲۰۱۰)، همین دیدگاه را تأیید نمود و وجود قرارداد و مفاد آن را تنها بسته به فهم نوعی الفاظ ابرازی طرفین دانست، نه به وضعیت درونی ذهن آن‌ها (Richards, 2017: pp. 37-39). بر این اساس، باید گفت که در نظام حقوقی انگلستان، ظاهر اراده طرفین، سازنده قرارداد بوده و آنچه را «فرد متعارفی» از ظاهر الفاظ و افعال طرف قرارداد می‌فهمد، معیار تفسیر عقد خواهد بود.

بدین ترتیب، در صورتی که قصد درونی شخص چیز دیگری جز آنچه بیان کرده، باشد یا آنکه از ظاهر الفاظ و اعمال وی به طور متعارف غیر از قصد درونی او فهمیده شود، اراده باطنی او ملاک نیست و آن شخص نمی‌تواند به اشتباه در قصد درونی خویش توسل جوید (Beatson et al., 2010: pp. 252-254). به‌عنوان نمونه، در پرونده Wood v Scarth (۱۸۵۵)، خواننده قصد اجاره ملک خویش به خواهان را برای سالانه ۶۳ پوند داشت و گمان می‌برد منشی او این نکته را برای خواهان تصریح کند که پرداخت یکبارۀ ۵۰۰ پوند هم علاوه بر آن وجود دارد. لیکن منشی این توضیح را نداد. دادگاه قرارداد را صحیح تلقی نمود؛ زیرا تا آنجا که برای هر شخص متعارفی قابل فهم است، خواننده ايجاب دقیق و غیرمبهمی را صادر کرده و خواهان نیز آن را پذیرفته است. در چنین وضعیتی، اشتباه، تراضی را از بین نمی‌برد (Elliott and Quinn, 2017, p. 224). در نتیجه، با استفاده از این رویکرد تفسیری قرارداد، اشتباهی که در قصد درونی اشخاص روی دهد و موافق با مقصود ظاهری طرف دیگر معامله نباشد، لزوماً سبب بطلان یا مانع تشکیل قرارداد نخواهد شد.

در حقوق ایران، مطابق نظر عده‌ای، اراده باطنی طرفین قرارداد حاکم بر آن بوده و قصد ابرازی تنها جنبه کاشفیت از اراده درونی را داشته و در واقع، شرط تأثیر آن خواهد بود (شهیدی، ۱۳۹۶، ج. ۱، صص. ۱۴۲-۱۴۳؛ کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج. ۱، ص. ۲۳۱). چنان که برخی پیش‌تر رفته و معتقدند که تردیدی بر ترجیح اراده باطنی، در حقوق ایران، وجود ندارد (بیگدلی و مالکی، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۹). مطابق این دیدگاه، در تفسیر قرارداد، ابتدا باید به الفاظ عقد توجه نمود و سپس اگر اراده واقعی آنان غیر از اراده ابرازی آنان باشد، آن‌گاه اراده باطنی حاکم بر عقد خواهد گشت (موسوی بجنوردی و ملیحی، ۱۳۹۴، ص. ۱۵). بدین ترتیب، در تفسیر توافق طرفین نیز رویکرد شخصی باید به‌کارگرفته شود؛ زیرا تفسیر نوعی، تا آنجا کارایی دارد که اراده باطنی طرفین با اراده ابرازی آنان یکسان باشد؛ در غیر این صورت، الفاظ عقود هیچ اعتباری ندارد.

لیکن به نظر می‌رسد، این عقیده صحیح نیست و در حقوق ایران نیز معیار نوعی تفسیر قرارداد، رویکرد اصلی باشد. هرچند ممکن است تردید شود که بر اساس عبارت «قصد انشا» مذکور در ماده ۱۹۱ قانون مدنی، اراده درونی طرفین سازنده عقد است؛ لیکن لفظ «به شرط» استعمال شده در قسمت آخر ماده مزبور در معنای اصولی یا فلسفی بوده (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۷، ج. ۱، ص. ۱۰۰) که مطابق مفهوم ماده، از فقدان «مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند»، عقدی نیز پدید نمی‌آید. از این رو، اراده باطنی به‌تنهایی عاجز از ایجاد ماهیت اعتباری عقد است. برخی از حقوق‌دانان نیز توجیه مشابهی را پذیرفته‌اند و معتقدند که عقد از اجتماع اراده ظاهری و باطنی پدید می‌آید (امامی، ۱۳۹۸: صص. ۹۷-۹۸؛ امیری قائم‌مقامی، ۱۳۹۲، ج. ۲، ص. ۱۹۱؛ صفایی، ۱۳۹۶، ص. ۷۴). بنابراین، اظهار قصد انشاء ضرورت دارد و بدون چنین وسیله‌ای، ماهیت اعتباری عقد شکل نمی‌گیرد و این‌گونه نیست که مبرز قصد انشاء تنها جنبه کاشفیت داشته یا «شرط تأثیر» انشا درونی باشد؛ بلکه این مبرز، بسان آلتی است که قصد انشاء با استفاده از آن ماهیت اعتباری قرارداد را در عالم اعتبار می‌سازد.

در مقام تفسیر قرارداد نیز قانون مدنی ایران، در ماده ۲۲۴، قاعده نوعی تفسیر را پذیرفته است. در نتیجه، مستفاد از اطلاق این ماده، وقتی شخصی عقدی را با ابراز الفاظی منعقد می‌کند، الفاظ او همان معانی را

خواهد داشت که شخص متعارفی آن را می‌فهمد. مقصود قانون‌گذار از تقنین چنین مقرره‌ای، پایبند نمودن طرفین عقد به مفاد ابرازی یکدیگر مطابق با فهم متعارف است. حال اگر برای یکی از طرفین ممکن باشد که هر زمان ادعای عدم مطابقت الفاظ عقود با قصد درونی خویش را نماید، وضع این ماده بی‌فایده بود؛ زیرا مطابق با ظاهر نص ماده، قانون‌گذار به قرینه لفظ «محمول است»، در مقام وضع قاعده‌ای در مرحله اثبات است، نه ثبوت. در فقه امامیه نیز نظریه ترجیح اراده ظاهری در مقام اثبات و تفسیر قرارداد پذیرفته شده است و ادعای خلاف مفهوم عرفی ایجاب و قبول که به روشنی و صراحت در معنای خود به کار رفته، پذیرفته نمی‌گردد (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۷، ج ۱، ص ۲۹۷). در نتیجه، دادگاه‌ها باید، در مقام تفسیر قرارداد، به مقتضای معنای عرفی الفاظ طرفین توجه کنند و بر اساس فهم عرفی در خصوص اشتباه طرفین اظهارنظر نمایند،<sup>۱</sup> به طوری که اشتباه درونی طرف معامله علی‌الاصول فاقد تأثیر بوده و نتواند مانع تشکیل عقد گردد. البته این نظریه به معنای عدم پذیرش مطلق تفسیر شخصی قرارداد نیست.

با ملاحظه رویکرد دو نظام حقوقی انگلستان و ایران در تفسیر قرارداد و ملاک قرار دادن اراده ظاهری طرفین در انعقاد عقد، شاید گفته شود که اعمال این رویکرد همواره مانع از اثرگذاری اشتباه درونی شخص می‌گردد و هیچ‌گاه مانع تراضی نخواهد شد. با وجود این، در موقعیت‌هایی حتی قصد ظاهری طرفین با یکدیگر موافق نیست و از ظاهر الفاظ طرفین نیز نمی‌توان انعقاد قراردادی را استنباط نمود.<sup>۲</sup> به‌عنوان مثال، در دعوی *Falck v Williams* (۱۹۰۰)، طرفین دعوا درباره دو قرارداد چارتر<sup>۳</sup> کشتی مذاکره کردند که مطابق یکی از آن‌ها، کالایی از سیدنا به بارسلونا برده می‌شد و مطابق دیگری کالایی از فیجی به بارسلونا حمل می‌گردید. نماینده یکی از طرفین تلگرام کدگذاری شده‌ای را به طرف دیگر ارسال نمود که قصد نفوذ قرارداد دومی را داشت. اما تلگرام برای طرف دیگر مبهم بود و وی گمان برد، منظور قرارداد چارتر اول است. دادگاه معتقد بود، قراردادی وجود ندارد؛ زیرا در مفاد ایجاب ابهامی نهفته بود که دادگاه نیز نمی‌توانست قصد ایجاب‌دهنده را به‌وضوح دریابد (Williston, 1903: pp. 64-66). در این پرونده، به‌علت انعقاد قرارداد از طریق تلگراف و اشکال در شیوه نگارش و ارسال آن، حتی قصد ظاهری طرفین نیز با یکدیگر مطابق نبود و معیار نوعی تفسیر قرارداد نیز منجر به تأثیر اشتباه گردید.

همچنین، در *Raffles v Wichelhaus* (۱۸۶۴)، خواننده محموله کتانی را که با کشتی‌ای به نام «پیرلس» از بمبئی می‌آید، از خواهان خرید. لیکن بدون آنکه طرفین بدانند، دو کشتی به نام پیرلس وجود داشت که هر دوی آنان از بمبئی حرکت می‌کردند. منظور خواننده، آن کشتی بود که در ماه اکتبر سفر می‌کرد و منظور خواهان آن

۱. ماده ۱۹۴ قانون مدنی نیز می‌تواند مؤید همین نگرش باشد. چراکه این ماده مقرر می‌دارد، «الفاظ و اشارات و اعمال دیگر» طرفین قرارداد که «به‌وسیله آن» معامله را انشا می‌کنند، باید موافق باشد؛ وگرنه عقد باطل است. در این ماده، قانون‌گذار علاوه بر اینکه اراده ظاهری را «وسیله» انشا می‌داند که بدون آن، انشا غیرممکن خواهد بود، لزوم توافق طرفین را تنها در الفاظ و دیگر اعمال متعاملین، یعنی اراده ابرازی آنان، معیار تشخیص توافق دانسته است؛ نه آنچه را که در ضمیر درونی خویش داشته‌اند. همین نکته از ماده ۱۹۲ و ۱۹۳ قانون مدنی نیز قابل فهم است که اراده ظاهری طرفین را آلت انشا عقد دانسته است؛ به‌طوری‌که انشا بدون آن ممکن نخواهد بود و قصد درونی عاجز ایجاد عقدی در عالم اعتبار است.

۲. در حقوق انگلستان چنین عدم موافقتی را «اشتباه دوجانبه» (Mutual Mistake) «نامیده‌اند» (Elliott and Quinn, 2017: p. 224).  
3. charterparty

کشتی که در ماه دسامبر بود. زمانی که بار کتان به مقصد رسید، خواننده از دریافت کالا خودداری نمود؛ زیرا مدعی بود که خواهان تعهد کرده، کتان کشتی ماه اکتبر را تسلیم کند. از همین رو، خواهان برای دریافت قیمت آن طرح دعوا کرد. دادگاه حق را به خواننده داد (Poole, 2016, p. 84). اما دلیلی برای رای خویش ارائه نکرد. لیکن حقوق دانان انگلیسی از این رأی چنین استنباط کردند که ابهام و عدم مطابقت در مفاد ایجاب و قبول طرفین می‌تواند موجب از بین رفتن ترازی گردد، هرچند رویکرد نوعی تفسیر قرارداد به کارگرفته شود (McKendrick, 2016, p. 53; Stone and Devenney, 2015, p. 323). به نظر می‌رسد، به واسطه نقصان در بیان کامل مفاد ایجاب و قبول توسط طرفین مبنی بر اینکه دقیقاً کدام کشتی را قصد کرده بودند، دادگاه اراده باطنی طرفین را ملاک قرار داده و خود رأساً به تفسیر و تکمیل قرارداد اقدام ننموده است.

در توجیه اقتصادی برای به‌کارگیری رویکرد نوعی تفسیر قرارداد گفته شده که اگر اراده باطنی اشخاص ملاک قرار گیرد، اشخاص به سادگی می‌توانند با ادعای اشتباه در قصد درونی خود، از مسئولیت قراردادی خویش بگریزند و این امر سبب ایجاد بی‌نظمی در معاملات خواهد شد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ص. ۱۸۸؛ McKendrick, 2016, p. 17). لیکن با ملاحظه دو پرونده اخیر مشخص می‌گردد که این توجیه در بسیاری از موارد نتوانسته نظم معاملاتی را ایجاب کند و طرف قرارداد همچنان در معرض ادعای اشتباه قرار دارد، چراکه در زمان انعقاد قرارداد، به‌طور معمول، طرفین مفاد ایجاب و قبول ظاهری خویش را کامل و بدون ابهام می‌بینند، اما در زمان اجرای قرارداد دچار اختلاف گشته و هرکدام مفاد قصد درونی خویش را حاکم بر قرارداد تلقی می‌کند.

### جایگاه رویکرد شخصی

اعمال رویکرد نوعی تفسیر قرارداد در پاره‌ای از موقعیت‌ها آثار نامطلوبی را در پی خواهد داشت و از این رو، نظام‌های حقوقی ناگزیر به عدول از اعمال این رویکرد در چنین موقعیت‌هایی هستند. از مهم‌ترین شرایطی که در آن رویکرد شخصی تفسیر قرارداد را باید جایگزین رویکرد نوعی نمود، اشتباهات یکجانبه است. منظور از اشتباه یکجانبه، اشتباهی است که در آن طرف معامله‌ای نسبت به مفاد آن در اشتباه بوده و طرف دیگر عالم به اشتباه او است (Martin, 2011, p. 355). در این وضعیت، اگر طرف عالم، طرف دیگر را از اشتباه خودش آگاه نسازد و سعی نماید تا از اشتباه او استفاده کند، خلاف عدالت است که طرف اشتباه را پایبند به چنین قراردادی بدانیم؛ چراکه از این طریق، هم مسیر تقلب هموار خواهد شد و هم طرف عالم تشویق به سوء استفاده از اشتباه طرف مقابل می‌گردد. در نتیجه، ضروری است تا با اعمال اراده درونی طرف در اشتباه و به‌وسیلهٔ بطلان قرارداد، از او حمایت شود.

در نظام حقوقی انگلستان، هرچند رویکرد نوعی تفسیر قرارداد به‌عنوان معیار اصلی تفسیر قرار گرفته است، این بدین معنا نیست که رویکرد شخصی تفسیر هیچ‌گونه جایگاهی در این نظام حقوقی ندارد، بلکه در مواردی دادگاه‌های انگلیسی از قاعده کلی تفسیر قرارداد عدول کرده و رویکرد شخصی تفسیر قرارداد را نیز به کار گرفته‌اند. بدین ترتیب، دادگاه‌های انگلستان در دو موقعیت، رویکرد نوعی تفسیر را اعمال نمی‌کنند و اشتباه

حتی در اراده درونی طرف معامله می‌تواند مؤثر واقع شود (McKendrick, 2016, p. 19); هرچند اراده ظاهری آنان موافق باشد.

۱. در جایی که ایجاب‌گیرنده می‌داند یا منطقاً می‌بایست بداند که ایجاب‌دهنده نسبت به مفاد ایجاب در اشتباه است، رویکرد شخصی تفسیر توافق طرفین اعمال می‌شود (McKendrick, 2016, p. 19). در چنین حالتی، ایجاب‌گیرنده نمی‌تواند با قبول ایجاب اشتباه، قرارداد الزام‌آوری ایجاد کند، زیرا در این صورت شخص عالم از اشتباه طرف دیگر استفاده می‌برد و از این جهت نمی‌بایست از او حمایت شود (Monaghan and Hartog v Colln and Shelds, 1939)، خواننده دعوا قصد داشت تا مبلغ معینی پوست حیوان را «به ازای هر دانه» بفروشد. به اشتباه، پیشنهاد فروش آن‌ها را به همان مبلغ، اما «به ازای هر پوند» به مشتری داد. هر پوند حدود سه عدد بود که بسیار ارزان‌تر می‌شد. خریداران باخبر از اشتباه طرف مقابل، فرصت را غنیمت شمرده و پیشنهاد فروش را می‌پذیرند. وقتی که فروشنده از اشتباه خویش آگاه گشت، از تسلیم مبیع خودداری نمود و خریداران نیز برای نقض قرارداد بر ضد او طرح دعوا کردند. دادگاه معتقد بود، هیچ‌گونه قراردادی وجود ندارد؛ چراکه خریداران، آگاه به اشتباه فروشنده بودند یا منطقاً می‌بایست مطلع می‌بودند (Stone and Devenney, 2015, p. 326). بدیهی است، اثبات آگاهی یا عدم آگاهی اشخاص در مواردی بسیار دشوار خواهد بود و از این جهت، دادگاه احتمال آگاهی متعارف به اشتباه طرف دیگر را نیز کافی تلقی کرده است.

۲. جایی است که تقصیر و سهل‌انگاری یکی از طرفین در ایجاد اشتباه طرف دیگر مؤثر باشد (McKendrick, 2016, p. 20). به قول قاضی لارنس<sup>۱</sup>: «قرارداد نمی‌تواند تشکیل شود، وقتی شخصی که می‌خواهد آن را اجرا کند [و الزامی سازد]، با سهل‌انگاری خودش یا کسانی که مسئولیت آن‌ها را بر عهده دارد، باعث یا مشارکت‌کننده در ایجاد این اشتباه باشد» (Richards, 2017, p. 369). بنابراین، اگر یکی از طرفین خودش سبب ایجاد اشتباه طرف دیگر باشد، نمی‌تواند به اراده ظاهری طرفین استناد کند و اراده باطنی آنان حاکم بر قرارداد بوده و چون اراده باطنی آنان با یکدیگر موافق نیست، قرارداد نیز بر اثر اشتباه باطل می‌گردد. در دعوی Smith v Hughes (۱۸۷۱)، فردی مقداری جو می‌خرید؛ بدین گمان که کهنه است. اما در واقع، جو تازه بود و مناسب منظور خریدار نبود. خریدار وقتی اشتباه خویش را دریافت، از قبول مبیع خودداری نمود و فروشنده نیز برای گرفتن قیمت شکایت کرد. دادگاه معتقد بود که باید بین دو مورد مختلف فرق قائل شد. اول، جایی که خریدار به‌درستی می‌داند که ایجاب فروشنده به فروش «جو» است، اما خریدار به اشتباه گمان می‌برد که آن جوها کهنه است و فروشنده نیز عالم به آن باشد. در چنین موردی، فروشنده متعهد نیست تا خریدار را از اشتباهش آگاه سازد. بلکه مسئولیت متوجه خریدار است تا از اوصاف مبیع مطمئن گردد. خریدار نمی‌تواند تنها بدین استدلال که فروشنده وظیفه داشت تا او را از اشتباهش آگاه سازد، از معامله بد خویش بگریزد. لیکن در مورد دوم، فروشنده می‌داند که خریدار اشتباه کرده، اما خریدار به‌علت مفاد ایجاب فروشنده

دچار اشتباه گشته است. خریدار به اشتباه گمان می‌برد که پیشنهاد فروشنده، فروش «جوهای کهنه» است و فروشنده می‌داند که خریدار مفاد ایجاب وی را متوجه نشده یا بد فهمیده است. در مورد دوم، با اشتباه مانع تراضی مواجه هستیم و فروشنده متعهد است تا خریدار را از ماهیت صحیح ایجاب خویش مطلع سازد (McKendrick, 2016, p. 53).

به‌طور مشابه، در دعوی *Scriven Bros & Co v Hindley & Co* (۱۹۱۳)، بسته‌هایی از کنف<sup>۱</sup> و الیاف کتان<sup>۲</sup> برای حراج گذاشته شد. هر دوی اینان نخ‌هایی هستند که برای ساخت طناب استفاده می‌شوند؛ اما الیاف کتان بسیار کم‌کیفیت‌تر از کنف است. کالاهای در دو بسته قرار داده شده بودند که در یکی ۱۷۶ عدل کنف و در دیگر ۱۷۶ عدل کتان وجود داشت. لیکن هر دو بسته علامت مشابهی داشتند. وقتی بسته کتان برای فروش عرضه شد، خواهان پنداشت که بسته کنف است و قیمتی را پیشنهاد داد که مناسب کنف بود. این پیشنهاد بلافاصله قبول شد. لذا قراردادی شکل گرفت که یک طرف گمان می‌برد در حال فروش الیاف کتان است و دیگری، به اشتباه، فکر می‌کرد که در حال خرید کناف می‌باشد. دادگاه معتقد بود، قراردادی شکل نگرفته است؛ زیرا بین ایجاب و قبول طرفین موافقت وجود نداشت (Burrows, 2020: pp. 693-694). به نظر می‌رسد، در این پرونده نیز تقصیر خواننده، یعنی قرار دادن اجناس در بسته‌های یک‌شکل، سبب اشتباه طرف دیگر معامله شده و به همین جهت معامله باطل تلقی گردیده است.

در حقوق ایران نیز از برخی مواد قانون مدنی می‌توان استثنایی را بر رویکرد نوعی تفسیر قرارداد مشاهده کرد که قانون‌گذار از نظریه تفسیر شخصی پیروی کرده است. مستفاد از ماده ۱۹۶ قانون مدنی، هرگاه وکیل مالی را در ذمه دیگری بخرد اما در زمان عقد، به نمایندگی خودش تصریح نکند، آن عقد منسوب به خود او خواهد شد (معیار نوعی تفسیر قرارداد)؛ لیکن اگر خلاف آن ثابت گردد، عقد منسوب به اصیل می‌شود (معیار شخصی تفسیر قرارداد) (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ص. ۱۹۱). بنابراین، در این ماده هرچند قانون‌گذار ظاهر الفاظ وکیل و فهم عرفی آن را معیار قرار داده و عقد را منتسب به او دانسته است، ولی وقتی که نمایندگی وکیل ثابت گردید، قصد درونی او مبنی بر نمایندگی طرف اصیل ملاک قرار می‌گیرد. بدین ترتیب، مستفاد از ملاک ماده مزبور، هرگاه یکی از طرفین آگاه به اشتباه یا جهل طرف دیگر باشد و با رفتار خویش موجب چنین جهلی گردد، مانند نماینده مذکور در ماده یادشده که نمایندگی خود را پنهان داشت و بدین طریق موجب جهل به واقع طرف دیگر شد، دادگاه می‌تواند با به‌کارگیری معیار شخصی تفسیر قرارداد و احراز قصد درونی طرفین و عدم مطابقت آن، نسبت به تأثیر اشتباه اظهارنظر کند.

### اشتباه نسبت به طرف معامله

چنان‌که اشتباه و عدم مطابقت ایجاب و قبول طرفین در موضوع معامله مانع تشکیل عقد می‌گردد، اشتباه در طرف معامله نیز می‌تواند به‌سبب از بین بردن تطابق ایجاب و قبول طرفین، مانع تشکیل قرارداد شود؛ چراکه

1. hemp

2. tow

ایجاب قرارداد را کسی قبول می‌کند که مقصود ایجاب‌دهنده نیست (انصاری، ۱۴۱۱، ج. ۱، ص. ۳۸۴؛ نائینی، ۱۳۷۳، ج. ۱، ص. ۱۱۴؛ خوبی، بی‌تا، ج. ۳، ص. ۷۲). برخی از حقوق‌دانان نیز همین توجیه را پذیرفته‌اند<sup>۱</sup> (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج. ۱، ص. ۴۴۶؛ صفایی، ۱۳۹۶، ص. ۱۰۷). همچنین، استدلال‌های مشابهی را می‌توان در آرای انگلیسی (Cundy v Lindsay (1878) (Burrows, 2020: pp. 696-697) و Shogun Finance Ltd v Hudson (2003) (Poole, 2016: pp. 97-98)) مشاهده کرد.

به نظر می‌رسد، رویکردهای تفسیر قرارداد در ارتباط با اشتباه در شخص طرف معامله نیز کارایی داشته باشد. چنان‌که اگر رویکرد نوعی تفسیر قرارداد در این باره اعمال گردد، اصل بر صحت قرارداد بوده و ادعای اشتباه پذیرفته نخواهد شد. از سوی دیگر، در صورتی که رویکرد شخصی تفسیر قرارداد به کار گرفته شود، اشتباه درونی اشخاص می‌تواند منجر به بطلان قرار گردد. اما به کارگیری همواره هر کدام از این دو رویکرد نمی‌تواند نتیجه مطلوبی داشته باشد؛ زیرا عدم توجه به اراده و اشتباه درونی طرف معامله، وی را ملزم به ایفای تعهد در مقابل کسی می‌نماید که قصد سودرسانی به وی را نداشته است. این وضعیت در جایی که اشتباه نه در اوصاف فرعی و بی‌اهمیت طرف مقابل، بلکه در اوصاف اساسی و تأثیرگذار باشد، بسیار مشکل‌ساز است. از طرف دیگر، اگر اشتباه و قصد درونی شخص به راحتی پذیرش شود، انگیزه‌های بی‌اهمیت اشخاص می‌تواند موجب خلل و بی‌ثباتی معاملات گردد. لیکن این پرسش را می‌توان طرح کرد که آیا نظام‌های حقوقی موضوع پژوهش در خصوص این‌گونه اشتباه هر دو رویکرد تفسیری را اعمال می‌کنند یا یکی را به کار می‌برند؟ دادگاه‌های این نظام‌های حقوقی برای تشخیص چنین اشتباهی چگونه می‌توانند از رویکردهای تفسیر قرارداد بهره ببرند؟ در مبحث حاضر، ابتدا نقش معیار نوعی تفسیر قرارداد نسبت به شرایط تأثیر اشتباه مانع، در شخصیت طرف معامله ملاحظه می‌گردد و در بخش دوم، جایگاه رویکرد شخصی تفسیر قرارداد در چنین موقعیت‌هایی بررسی خواهد شد.

### جایگاه رویکرد نوعی

رویکرد نوعی تفسیر قرارداد برای احراز اشتباه در طرف معامله در هر دو نظام حقوقی انگلستان و ایران به کار گرفته می‌شود. در نظام حقوقی انگلستان، نمود کاربرد تفسیر نوعی قرارداد را می‌توان در ضابطه ویژه‌ای

۱. پذیرش این توجیه خصوصاً در حقوق انگلستان اهمیت بسیاری دارد. زیرا در بیشتر موارد، اشتباه در شخصیت طرف معامله به صورت تقلب است که در حقوق انگلستان از موجبات قابلیت ابطال معامله می‌باشد؛ یعنی قرارداد صحیح می‌ماند و می‌تواند مالکیت کالا را مادامی که ابطال شود، انتقال دهد (Halson, 2012: p. 27; O'Sullivan and Hilliard, 2012: p. 56). اما خریدار اول مجال ابطال معامله را به مالک اصلی نخواهد داد و زودتر مال را می‌فروشد. اما اگر قرارداد به علت اشتباه در طرف معامله تشکیل نشود، مالکیتی از همان ابتدا به خریدار اول نمی‌رسد. زیرا در حقوق انگلستان مطابق اصلی تحت عنوان «nemo dat quoad non habet»، یعنی «چیزی را که نداری، نمی‌توانی به دیگری بدهی» (Beatson et al., 2010: p. 675)، منقلب چون هیچگاه مالک مال نمی‌گردد، نمی‌تواند آن را به دیگری بفروشد.

تحت عنوان «اصل چهره به چهره»<sup>۱</sup> مشاهده کرد.<sup>۲</sup> مطابق این اصل، جایی که ارتباط رودررو<sup>۳</sup> بین طرفین قرارداد وجود دارد، چنین فرض می‌شود که هر طرف قصد انعقاد قرارداد با همان شخصی را دارد که در پیش روی او نشسته و وی را با دیدن ظاهر او و شنیدن صدایش، شناسایی می‌کند و ادعای اشتباه در چنین حالتی مورد پذیرش قرار نمی‌گیرد (O'Sullivan and Hilliard, 2012, p. 58). بدین ترتیب، در قراردادهایی که به صورت حضوری است و طرفین در زمان انعقاد آن با یکدیگر مراوده دارند، معیار نوعی تفسیر قرارداد اعمال می‌گردد و دادگاه ملزم به جست‌وجوی قصد درونی طرف معامله و متابعت از آن نیست.

این موضوع به خوبی از دعوی Phillips v Brooks Ltd (۱۹۱۹) قابل فهم است. در این پرونده، شخصی به مغازه طلافروشی رفت و چند طلا را امتحان کرد. وی گفت که نامش «سیر جورج بالو»<sup>۴</sup> است و آدرس خویش را در میدان «سنت جیمز»<sup>۵</sup> داد. بعد از آنکه خواهان دریافت چنین شخصی در همان آدرس زندگی می‌کند، به خریدار اجازه داد تا حلقه‌ای را به صورت اعتباری بدون پرداخت مبلغ آن با خویش ببرد. خریدار حلقه را به شخص دیگری فروخت و مبلغ آن را به فروشنده اولی نداد. از این رو، خواهان دعوایی را در دادگاه مطرح کرد تا شاید بتواند حلقه را از خریدار دوم، به علت اشتباه در شخص طرف معامله، پس بگیرد. لیکن دادگاه دعوای او را رد کرد و ابراز داشت: «خریدار نمی‌بایست گمان می‌برد که [جواهرات] را به کس دیگری [غیر از فردی که در مقابلش است] می‌فروشد؛ قصد وی فروش [حلقه] به شخص حاضر [در کنار وی] بوده و او را به وسیله دیدن [ظاهرش] و شنیدن [صدایش]، شناسایی نموده است» (O'Sullivan and Hilliard, 2012, p. 56). بنابراین، هر چند فروشنده در ذهن خود قصد فروش مال به سیر جورج بالو حقیقی را داشت، اما می‌توان گفت که دادگاه با اعمال رویکرد نوعی تفسیر قرارداد، اراده ظاهری فروشنده مبنی بر فروش حلقه به سیر جورج بالو تقلبی را سبب انعقاد توافق تلقی کرد و خود را مکلف به تبعیت از اراده درونی فروشنده ندید.

به نظر می‌رسد، در نظام حقوقی ایران نیز محاکم باید معیار نوعی تفسیر قرارداد را در مورد تشخیص اشتباه در طرف معامله به کار گیرند و این معیار رویکرد اصلی تفسیر در این زمینه باشد. این عقیده به خوبی از ماده ۲۰۱ قانون مدنی ایران قابل استنباط است. مطابق ماده مزبور: «اشتباه در شخص طرف به صحت معامله خللی وارد نمی‌آورد مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمده عقد باشد». به موجب قسمت ابتدایی ماده، به عنوان اصلی، اشتباه در طرف عقد نمی‌تواند مانع تشکیل عقد شود. البته مبنای آن عدم رکن بودن متعاملین است (اسدی‌نژاد، ۱۳۹۳، ص. ۷۳). بدیهی است که قانون‌گذار وقوع اشتباه را فرض گرفته و با لحاظ این فرض، اصل را بر صحت قرارداد دانسته است. بر این اساس، مشخص می‌گردد که حتی اگر شخص طرف معامله در

1. Face-to-face principle

۲. لازم به ذکر است، محاکم گاهی از اصل چهره به چهره عدول کرده‌اند؛ از جمله در دعوی Ingram v Little (1961) البته برخی معتقدند، این رأی یا بر اساس حقایق پرونده و یا به اشتباه حکم شده و آرای صادره اخیر خلاف آن است (Turner, 2014: p. 211)، چنانکه مجلس اعیان در Shogun Finance v Hudson (2003) از این رأی پیروی نکرد.

۳. محاکم انگلیسی به چنین قراردادی «inter praesentes» اطلاق می‌کنند (Stone and Devenney, 2015: p. 328).

4. Sir George Bullough

5. St James

قصد درونی خود نیز دچار اشتباه شده باشد، کافی برای بطلان قرارداد نیست و رویکرد نوعی تفسیر قرارداد مبنی بر توجه به گفتار و رفتار ظاهری ملاک عمل قرار می‌گیرد.

### جایگاه رویکرد شخصی

در دو نظام حقوقی انگلستان و ایران، علاوه بر رویکرد تفسیر نوعی قرارداد، در برخی موارد رویکرد شخصی نیز قابل اعمال است. در حقوق انگلستان، برخلاف قراردادهای حضوری، در قراردادهای نوشته یا قراردادهایی که از طریق نماینده منعقد می‌گردند<sup>۱</sup>، محاکم انگلیسی رغبت بیشتری جهت پذیرش ادعای اشتباه نسبت به طرف معامله دارند (Stone and Devenney, 2015, p. 327)؛ زیرا وقتی فرد قصد انعقاد معامله با شخص روبه‌روی خویش را دارد، هم هویت فیزیکی و هم هویت ادعایی وی در مقصود ارادی ایجاب‌دهنده قرار می‌گیرد، لکن در قرارداد نوشته، فرد هیچ‌گونه تصویری نسبت به هویت فیزیکی طرف دیگر ندارد و صرفاً با نام او معامله می‌کند (Elliott and Quinn, 2017, p. 228؛ McKendrick, 2016, p. 56). پس اگر شخص نام خود را اشتباه ابراز نماید یا طرف دیگر در تشخیص وی اشتباه کند، چون هویت فیزیکی او در مقصود ارادی طرف مقابل قرار نمی‌گیرد، همین اشتباه در نام می‌تواند مانع تشکیل عقد گردد. بدین ترتیب، در صورت بروز اختلاف، دادگاه می‌بایست با جست‌وجوی قصد درونی طرف در اشتباه، اقدام به تفسیر معامله و اظهار نظر در خصوص تشکیل یا عدم تشکیل قرارداد کند.<sup>۲</sup>

در دعوی Shogun Finance v Hudson (۲۰۰۳) فردی به نمایشگاه ماشینی رفت و با دلال نمایشگاه توافق نمود تا مبلغ ۲۲۲۵۰ پوند برای اجاره به شرط تملیک<sup>۳</sup> اتوموبیل پرداخت کند. وی قرارداد را به نام Durlabh Patel امضا کرد و گواهینامه‌ای دزدیده شده را جهت احراز هویت خویش ارائه نمود. دلال مستندات امضا شده و گواهینامه را به شرکت (خواهان) فرستاد. شرکت نیز با تأیید اعتبار Durlabh Patel نسبت به قرارداد فروش موافقت کرد. با توجه به مقررات شرکت، دلال ابتدا ماشین را به شرکت می‌فروخت، سپس، شرکت آن را مطابق توافق اجاره به شرط تملیک به خریدار کرایه می‌داد. لیکن کلاهبردار، بدون آنکه پولی پرداخت کند، ماشین را به خریدار با حسن نیت دوم فروخت و ناپدید شد (Poole, 2016, p. 97). مجلس اعیان معتقد بود، در چنین مواردی، صرفاً باید به متن نوشته قرارداد توجه شود و مشخص گردد که مطابق آن، آیا قرارداد صحیحی تشکیل شده است یا خیر<sup>۴</sup>. بر این مبنا، مجلس اعیان تشخیص داد که توافقی بین شرکت و متقلب صورت نگرفته است؛ چراکه ایجاب تنها به آقای Durlabh Patel حقیقی داده شده و چون او هیچ‌گونه آگاهی نسبت به

۱. به چنین قراردادهایی «inter absentes» اطلاق می‌شود (Charman, 2007: p. 192).

۲. البته در جایی که فرد از یک «نام مستعار ساده» (simple alias) استفاده می‌کند تا هویت اصلی خویش را پنهان نماید، به‌جای آنکه وانمود کند که یک فرد موجود دیگری است، در توافق کتبی نیز اشتباه مانع عقد نخواهد شد (Stone and Devenney, 2015: p. 328).

3. hire-purchase

۴. چون طرفین قرارداد مطابق مستندات قراردادی شناسایی شده‌اند، سایر ادله معارض با مفاد قرارداد نوشته، برای اثبات اینکه طرف دیگر معامله آن فرد ادعا شده نیست، قابل پذیرش نخواهد بود (McKendrick, 2016: p. 149). به این قاعده اصطلاحاً «The parol evidence rule» می‌گویند (Halsol, 2012: p. 286).

ایجاب نداشته است تا بخواهد آن را قبول کند، قراردادی وجود نخواهد داشت (Burrows, 2020: pp. 704-712). مستفاد از این رأی مجلس اعیان به‌وضوح مشخص می‌گردد که اشتباه در طرف معامله و در قراردادهای غیابی، از اعمال رویکرد نوعی تفسیر و حاکمیت اراده ظاهری بر قرارداد عدول شده و دادگاه قصد درونی طرفین را ملاک قرار داده است.

در حقوق ایران نیز رویکرد شخصی تفسیر قرارداد به کلی کنار نهاده نشده است. قسمت اخیر ماده ۲۰۱ قانون مدنی ایران، استثنایی را پیش‌بینی کرده است که مطابق آن اگر «شخصیت طرف علت عمده عقد باشد»، اشتباه در طرف معامله موجب بطلان آن می‌گردد. بدین ترتیب، اگر اشتباه در شخصیت طرف معامله علت عمده انعقاد قرارداد بوده باشد، قاضی پرونده ملزم است تا با بررسی قصد درونی طرف معامله و احراز عمد بودن شخصیت طرف دیگر نسبت به تفسیر قرارداد و حکم به صحت یا بطلان آن اقدام کند. لیکن دادگاه در چه صورتی باید عمد بودن اشتباه در شخص معامله را مفروض بداند تا اقدام به کنکاش قصد درونی طرفین نماید؟ برخلاف نظام حقوقی انگلستان که با اعمال تمایز بین قراردادهای نوشته و قراردادهای حضوری سعی در تسهیل امر برای دادگاه کرده‌اند، در حقوق ایران ضابطه خاصی در این موضوع مقرر نشده است؛ بلکه ترکیبی از نظریه نوعی و شخصی قابل استفاده است. اما بررسی مقررات طراحی شده برای برخی از عقود معین در حقوق ایران می‌توان ضابطه‌ای را تحت شرایطی ارائه کرد. بر این مبنا، می‌توان اذعان داشت که اصولاً، شخصیت طرف معامله در عقود غیرمعوض علت عمده عقد بوده و حتی اگر «هویت» شخص هم برای طرف دیگر مهم نباشد، وصف خاصی در او دارای اهمیت است (صفایی، ۱۳۹۶، ص. ۱۰۶). مثلاً اگر کسی بخواهد اموال خویش را به تهیدستان صدقه دهد، مالدار نبودن آنان اهمیت دارد. بنابراین، شخصیت طرف معامله زمانی علت عمده عقد است که موجب انعقاد عقد گردیده باشد و اگر فرد می‌دانست که طرف معامله دارای شخصیت مزبور نیست، وارد قرارداد نمی‌شد (امامی، ۱۳۹۵، ج. ۱، ص. ۲۴۴). از این جهت، در غالب قراردادهای خرید و فروش شخصیت طرف معامله نمی‌تواند علت عمده عقد باشد؛ زیرا در بیع، معاوضه بین عوضین انجام می‌گیرد و خصوصیتی برای مالک آن وجود ندارد. برخلاف عقد نکاح که علاقه آن بین زوجین روی می‌دهد که گویی به‌منزله عوضین می‌باشند (نائینی، ۱۳۷۳، ج. ۱، ص. ۱۱۴؛ خوبی، بی‌تا، ج. ۳، ص. ۷۲). بدین ترتیب، در قراردادهای غیرمعوض باید اراده باطنی و غرض درونی طرفین در انعقاد چنین معامله‌ای را در تفسیر اشتباه ملاک قرار داد. لیکن در عقود معوض همان اراده ظاهری طرفین حاکم بر قرارداد است. باین حال، با توجه به اطلاق قسمت اخیر ماده ۲۰۱ قانون مدنی، ضابطه ارائه‌شده نمی‌تواند همواره به کار گرفته شود و ادعای خلاف آن برای مدعی اشتباه ممکن خواهد بود.

باین حال، باید این نکته را مد نظر قرار داد که اشتباه طرفین همیشه دارای اهمیت نیست و بطلان قرارداد به‌علت اشتباه در مسائل بی‌اهمیت در طرف مقابل منجر به تزلزل و عدم ثبات قراردادها می‌گردد. بنابراین، صرف وضع ضوابط ویژه برای تشخیص اشتباه درونی طرفین نسبت به شخص طرف مقابل کافی نیست. از همین جهت، نظام‌های حقوقی موضوع پژوهش به این ملاحظه توجه داشته‌اند و شرایطی را در این باره مقرر نموده‌اند. مطابق رویکرد سنتی حقوق انگلستان، برای اینکه اشتباه نسبت به طرف معامله مانع ایجاد عقد گردد،

این اشتباه باید در «هویت»<sup>۱</sup> طرف معامله رخ دهد، نه «شهرت» یا «صفات»<sup>۲</sup> وی (Chen-Wishart, 2012, p. 265). ضمن آنکه اشتباه اساسی نیز باید باشد (Beatson et al., 2010, p. 268). در حقوق ایران نیز اگر اشتباه در «هویت» طرف معامله صورت گیرد، مشمول ماده ۲۰۱ است و عقد باطل خواهد بود. همچنین، با تکیه بر اطلاق ماده ۷۶۲ قانون مدنی، روح قانون و مستفاد از ملاک حکم ماده ۲۰۱ قانون مدنی، اشتباه در برخی از «اوصاف» شخصی طرف معامله، اگر اساسی و علت عمده عقد باشند، موجب بطلان معامله می‌گردند؛ اما اشتباه در اوصاف فرعی طرف معامله مانع عقد نیست (شهیدی، ۱۳۹۶، ج ۱، صص. ۱۶۷-۱۶۸؛ کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۱، صص. ۴۴۶-۴۴۷). بنابراین، قضات ایرانی تنها زمانی می‌توانند با استفاده از رویکرد شخصی تفسیر قرارداد حکم به بطلان آن بدهند که اشتباه در هویت و اوصاف اساسی طرف معامله باشد و اگر اشتباه نسبت به این امور نباشد، قاضی پرونده ملزم به احراز اشتباه در قصد درونی طرفین معامله نیست؛ درحالی‌که مطابق حقوق انگلستان اشتباه تنها در هویت شخص منجر به بطلان عقد می‌گردد.

به نظر می‌رسد، رویکرد نظام حقوقی ایران از قوت تحلیلی بیشتری برخوردار باشد؛ زیرا اعمال تمایز حقوقی بین اشتباه در هویت طرف معامله و اوصاف وی، مخصوصاً در مواردی که طرف معامله‌ای با تمسک به رفتار و وسایل متقلبانه سبب بروز اشتباه می‌شود، چندان منطقی نیست. درحالی‌که در بسیاری از موارد، اوصاف اساسی شخصی نسبت به هویت او با اهمیت‌تر است. موافق با این نظر، لرد نیکلز<sup>۳</sup> بیان می‌دارد:

کامن‌لا بین موردی که کلاهبرداری، به‌طور متقلبانه ادعا می‌کند، پولدار است (اشتباه نسبت به اوصاف) و موردی که کلاهبرداری به‌طور جعلی اظهار می‌دارد، شخصی [موجود و معین] دیگری است که توانگر می‌باشد (اشتباه نسبت به هویت). تفاوت قائل شده است. اما می‌توان تصور کرد که هیچ‌گونه تفاوتی در ماهیت این دو مورد وجود ندارد. این‌ها تنها دو روشی است که کلاهبرداری می‌تواند ادعا نماید که فردی توانگر قلابی است (O'Sullivan and Hilliard, 2012, p. 59).

بنابراین، چه تفاوتی دارد که طرف معامله خودش را فرد توانگر معین دیگری معرفی کند یا صرفاً بگوید توانگر است.

این مسئله با بررسی و تحلیل حقایق دعوی Lewis v Averay (۱۹۷۲) روشن می‌گردد. خواهان این پرونده خودروی خویش را برای فروش تبلیغ نمود. خریداری آمد و خود را به دروغ، ریچارد گرین<sup>۴</sup>، به‌عنوان بازیگری که در زمان خود برای بازی در نقش رایین هود<sup>۵</sup> شهرت یافته بود، معرفی نمود. خریدار چکی را به نام R. A. Green امضا کرد. وقتی که فروشنده مدارکی را برای اثبات هویت او خواست، خریدار کارت استودیو پاپینود<sup>۶</sup> را با نام و عکس خودش روی آن به خواهان ارائه داد. از این رو، فروشنده که گمان برده بود آن فرد همان ریچارد گرین است، ماشین را به وی تحویل داد. اما چند روز بعد متوجه شد، حساب چک خالی است. در عین

1. identity  
2. attribute  
3. Lords Nicholls  
4. Richard Green  
5. Robin Hood  
6. Pinewood Studios

حال، ریچارد گرین تقلبی بعد از فروختن آن خودرو به ثالث با حسن نیت دوم فروخت و ناپدید شد (Beatson et al., 2010, p. 275). دادگاه تجدیدنظر اعتقاد داشت، قرارداد موجود و لازم‌الاجرا است و طرفین ملزم به مفاد آن هستند. در این پرونده، خواهان تنها گمان می‌برد که بازیگری معروف سینمایی باید پولدار و ثروتمند باشد و چنین اشتباهی در وصف طرف معامله بوده و مطابق حقوق انگلستان، برای باطل ساختن قراردادی کافی نیست. هرچند حکم نهایی دادگاه قابل دفاع است، لیکن مطابق حقایق این پرونده، هیچ تفاوتی وجود نداشت اگر کلاهبردار خود را به جای آنکه بازیگر معروفی معرفی نماید، شخصی پولدار نشان می‌داد؛ زیرا رغبت فروشنده تنها به فروش مال خود به خریدار پولداری بود که بتواند ثمن معامله را به موقع بپردازد یا آنکه بازیگر مشهوری از مغازه وی خرید کند تا از شهرت او برای رونق کسب خویش بهره برد. اما اینکه خریدار کلاهبردار با معرفی خود به عنوان بازیگری وی را ترغیب به معامله کند یا آنکه خود را پولدار و دارای شهرت بنمایاند، تفاوتی در رغبت فروشنده به انعقاد قرارداد نداشت و تأثیر آن در هر دو مورد یکسان بود.

### نتیجه‌گیری

مطابق مطالعه انجام‌گرفته، مشخص شد، در حقوق انگلستان با توجه به آنکه معیار نوعی تفسیر قرارداد اصولاً به کار گرفته می‌شود و اراده ظاهری طرفین ملاک انعقاد عقد قرار می‌گیرد، اشتباه تنها در صورتی مانع عقد می‌گردد که در اراده ظاهری طرفین واقع شده باشد. در حقوق ایران نیز هرچند به موجب ماده ۱۹۱ قانون مدنی هم اراده ظاهری و هم اراده باطنی طرفین برای انشای عقد ضروری است، لیکن در مقام اثبات و تفسیر، مطابق ماده ۱۹۴ و ۲۲۴ قانون مدنی، موافقت اراده ظاهری طرفین برای انعقاد عقد کافی است و تنها اراده ظاهری آنان ملاک قرار خواهد گرفت. بدین ترتیب، در هر دو نظام حقوقی یادشده، تنها اگر ایجاب و قبول ابرازی طرفین مطابقت نداشته باشد، عقد باطل می‌شود. همچنین، چنانچه مفاد توافق ابرازی طرفین موافق بوده، ولی ابهام یا نقصانی داشته باشد که دادگاه نتواند مطابقتی بین ایجاب و قبول آنان احراز نماید، عقدی شکل نمی‌گیرد. اعمال رویکرد نوعی تفسیر قرارداد، در برخی مواقع توجیه منطقی و عادلانه‌ای ندارد و از این رو، نظام‌های حقوقی می‌بایست از رویکرد اصلی خویش عدول کنند. بر این اساس، در حقوق انگلستان و ایران، در جایی که یکی از طرفین نسبت به مفاد قصد ابرازی خود یا طرف دیگر اشتباه کرده و طرف دیگر عالم به اشتباه او باشد یا به طور متعارف می‌بایست آگاه می‌بود، اراده درونی طرفین معیار قرار گرفته و اشتباه مؤثر می‌افتد و مانع ترازی می‌گردد. همین حکم را نیز می‌توان به مواردی که یکی از طرفین با اهمال و تقصیر خود باعث ایجاد اشتباه طرف دیگر شده تسری داد. به نظر می‌رسد، عدول از رویکرد اصلی تفسیر قرارداد در موارد یادشده، ملاحظات سیاسی و با لحاظ نظم عمومی و عدالت باشد تا ارائه راه حل حقوقی و منطقی. بدین ترتیب، پیشنهاد می‌گردد، قانون‌گذاران با امعان نظر به نظم تجاری و عدالت قراردادی، به دادگاه‌ها اختیار دهند تا مطابق صلاحدید خویش، رویکرد استثنائی تفسیر قرارداد را با توجه به حقایق هر دعوا به کار گیرند. بنابراین در تفسیر قراردادها باید ترکیبی از هر دو نظریه نوعی و شخصی مورد نظر قرار گیرد.

در خصوص اشتباه در طرف معامله نیز هر دو نظام حقوقی ایران و انگلستان با وجود شرایطی خاص از رویکرد اصلی خود عدول کرده و رویکرد دیگری را جایگزین نموده‌اند. در حقوق انگلستان، بین قرارداد حضوری و غیرحضوری تمایز قائل شده‌اند؛ به‌گونه‌ای که در قراردادهای نوشته یا غیرحضوری، معیار شخصی تفسیر قرارداد به کار گرفته شده و در صورتی که اشتباه دارای اهمیت و نسبت به هویت طرف مقابل باشد، مانع عقد می‌گردد. لیکن در قراردادهای حضوری، حقوق انگلستان از رویکرد نوعی تفسیر قرارداد پیروی کرده و اراده ظاهری طرفین را ملاک احراز اشتباه تلقی نموده است. بدین ترتیب، چون در قرارداد حضوری، طرفین با یکدیگر مصاحبت دارند، قصد ظاهری انجام معامله با طرف مقابل کافی برای صحت عقد است. نظام حقوقی ایران نیز ترکیبی از هر دو نظریه را در نظر گرفته است. اگر ادعایی وجود داشته باشد، معیار نوعی تفسیر قرارداد را به‌عنوان اصلی کلی در تفسیر قرارداد اعمال می‌نماید و دادگاه ایرانی موظف است برای احراز اشتباه طرفین قصد ظاهری آنان را بررسی کند. بدین ترتیب، صرف اشتباه در قصد درونی نسبت به شخصیت طرف مقابل برای بطلان عقد کافی نیست. با این حال، حقوق ایران نیز به مانند حقوق انگلستان، در برخی موارد از این قاعده کلی عدول کرده و معیار شخصی تفسیر قرارداد را نیز نسبت به اشتباه در شخص طرف معامله به کار برده است. لیکن حقوق ایران برخلاف انگلستان، ضابطه حقوقی خاصی را برای دادگاه‌های ایرانی ارائه ننموده است تا موارد اعمال رویکرد شخصی تفسیر قرارداد احصا گردد، بلکه قاضی پرونده را مکلف نموده تا با توجه به حقایق دعوا، هرگاه ادعای اشتباه در شخصیت طرف معامله را علت عمده آن تلقی کند، با اعمال رویکرد شخصی تفسیر قرارداد، نسبت به ادعای اشتباه اظهار نظر نماید. برخلاف نظام حقوقی انگلستان که شرایط تأثیر اشتباه را با اعمال قاعده‌ای خشک و غیرقابل انعطاف محدود کرده‌اند، رویکرد نظام حقوقی ایران که احراز اشتباه را با توجه به حقایق پرونده به قاضی رسیدگی‌کننده واگذار کرده، قابل دفاع است. لیکن به نظر می‌رسد، چنین نگرشی از قطعیت برخوردار نیست و قانونگذاران ایرانی موارد تأثیر اشتباه در شخصیت طرف معامله را تبیین نکرده‌اند. با توجه به این ملاحظه، پیشنهاد می‌شود تا قانون‌گذار ایرانی یا ربه قضایی عوامل و معیارهایی را به دادگاه‌ها ارائه نمایند تا به‌وسیله آن موارد علت عمده بودن شخصیت طرف معامله را مشخص گردد. بدین ترتیب، هم قضات رسیدگی‌کننده به دعوا به راحتی می‌توانند دریابند که چه زمانی باید با اعمال رویکرد شخصی تفسیر قرارداد، اشتباه طرفین را تشخیص دهند و هم اصحاب دعوا قادرند تا نتیجه دعوا را پیش‌بینی کنند.

## منابع

- امامی، میرسید حسن. (۱۳۹۵). حقوق مدنی (جلد ۱). تهران: اسلامیه.
- امامی، اسدالله. (۱۳۹۸). کلیات حقوق تعهدات: بررسی تاریخی، تحلیلی و تطبیقی تعهدات. تهران: میزان.
- انصاری، مرتضی. (۱۴۱۱). المکاسب (جلد ۱). قم: منشورات دارالذخائر.
- امیری قائم مقامی، عبدالحمید. (۱۳۹۲). حقوق تعهدات (جلد ۲). تهران: میزان.
- بهجت، محمدتقی. (۱۳۸۵). جامع المسائل (جلد ۵). قم: دفتر حضرت آیت الله العظمی بهجت.
- بیگدلی، سعید و مالکی، اعظم. (۱۳۹۱). جایگاه اراده ظاهری و باطنی در فقه و حقوق موضوعه. مجله حقوقی دادگستری، (۸۰)، ۸۷-۱۱۷.
- حسینی روحانی، سید صادق. (۱۴۲۹). منهج الفقاهة (جلد ۳). قم: انوار الهدی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۸). تأثیر اراده در حقوق مدنی. تهران: گنج دانش.
- خویی، سید ابوالقاسم موسوی. (بی تا). مصباح الفقاهة (جلد ۲ و ۳). بی جا: بی تا.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۹۵). تشکیل قراردادها و تعهدات (جلد ۱). تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- صفایی، سید حسین. (۱۳۹۶). دوره مقدماتی حقوق مدنی (جلد ۲). تهران: میزان.
- عمید، حسن. (۱۳۸۵). فرهنگ عمید. تهران: امیرکبیر.
- کانونیان، ناصر. (۱۳۹۵). دوره حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها (جلد ۱). تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محقق داماد، سید مصطفی؛ قنوتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سید حسن و عبدی پور، ابراهیم. (۱۳۹۳). حقوق قراردادها در فقه امامیه (جلد ۲). تهران: سمت.
- مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی حسینی. (۱۴۱۷). العناوین الفقهیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۵). أنوار الفقاهة (کتاب البيع). قم: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۲). بحوث فقهیة هامة. قم: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
- موسوی بجنوردی، سید محمد و ملیحی، سید مصطفی. (۱۳۹۴). بررسی تطبیقی ماهیت اراده و آثار آن در نظام حقوقی ایران، فرانسه و آلمان با تکیه بر آرای امام خمینی. پژوهشنامه متین، (۶۸)، ۱-۲۲.
- نائینی، محمدحسین غروی. (۱۳۷۳). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب (جلد ۱). تهران: المكتبة المحمدية.
- هرمزی، خیراله. (۱۳۷۶). اراده ظاهری و اراده باطنی و نقش آن در تفسیر و آثار قرارداد (پایان نامه کارشناسی ارشد). به راهنمایی حسینی درودیان. تهران: دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی.

## Reference

- Imāmī, Mīr Sayyid Ḥasan. (1395 SH [2016/2017 CE]). *Huqūq-i madanī* [Civil law] (Vol. 1). Tehran: Islāmīyya.
- Imāmī, Asad Allāh. (1398 SH [2019/2020 CE]). *Kullīyyāt-i huqūq-i ta'ahhudāt: Barrasī-yi tārkīhī, taḥlīlī wa taṭbīqī-yi ta'ahhudāt* [General principles of the law of obligations: A historical, analytical, and comparative study of obligations]. Tehran: Mīzān.
- Anṣārī, Murtaḍā. (1411 AH [1990/1991 CE]). *al-Makāsib* [Transactions] (Vol. 1). Qom: Manshūrāt Dār al-Dhakhā'ir.

- Amīrī Qā'im-Maqāmī, 'Abd al-Ḥamīd. (1392 SH [2013/2014 CE]). *Huqūq-i ta'ahhudāt* [Law of obligations] (Vol. 2). Tehran: Mīzān.
- Bahjat, Muḥammad Taqī. (1385 SH [2006/2007 CE]). *Jāmi' al-masā'il* [Comprehensive collection of legal rulings] (Vol. 5). Qom: Office of Grand Āyat Allāh Bahjat.
- Bīgdilī, Sa'īd, & Mālīkī, A'zam. (1391 SH [2012/2013 CE]). The place of apparent and inward intention in fiqh and positive law. *Majalla-yi Huqūqī-yi Dādgustarī* [Judiciary Law Journal], (80), 87–117.
- Ḥusaynī Rūhānī, Sayyid Šādiq. (1429 AH [2008/2009 CE]). *Minhāj al-fiqāha* [The path of jurisprudence] (Vol. 3). Qom: Anwār al-Hudā.
- Ja'farī Langarūdī, Muḥammad Ja'far. (1398 SH [2019/2020 CE]). *Ta'thīr-i irāda dar huqūq-i madanī* [The effect of intention in civil law]. Tehran: Ganj-i Dānish.
- al-Khū'ī, Sayyid Abū al-Qāsim Mūsawī. (n.d.). *Miṣbāḥ al-fiqāha* [The lamp of jurisprudence] (Vols. 2–3). n.p.: n.p.
- Shahīdī, Maḥdī. (1395 SH [2016/2017 CE]). *Tashkīl-i qarārdād-hā wa ta'ahhudāt* [Formation of contracts and obligations] (Vol. 1). Tehran: Majd Scientific and Cultural Association.
- Šafā'ī, Sayyid Ḥusayn. (1396 SH [2017/2018 CE]). *Dawra-yi muqaddamātī-yi huqūq-i madanī* [Introductory course in civil law] (Vol. 2). Tehran: Mīzān.
- 'Amīd, Ḥasan. (1385 SH [2006/2007 CE]). *Farhang-i 'Amīd* ['Amīd dictionary]. Tehran: Amīr Kabīr.
- Kātūziyān, Nāšir. (1395 SH [2016/2017 CE]). *Dawra-yi huqūq-i madanī: Qawā'id-i 'umūmī-yi qarārdād-hā* [Course in civil law: General rules of contracts] (Vol. 1). Tehran: Shirkat-i Sahāmī-yi Intishār.
- Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā, Qanavātī, Jalīl, Waḥdatī Shabīrī, Sayyid Ḥasan, & 'Abdīpūr, Ibrāhīm. (1393 SH [2014/2015 CE]). *Huqūq-i qarārdād-hā dar fiqh-i Imāmīyya* [Contract law in Imāmī jurisprudence] (Vol. 2). Tehran: SAMT.
- Marāghī, Sayyid Mīr 'Abd al-Fattāḥ b. 'Alī Ḥusaynī. (1417 AH [1996/1997 CE]). *al-'Anāwīn al-fiqhiyya* [Jurisprudential headings]. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom.
- Makārim Shīrāzī, Nāšir. (1425 AH [2004/2005 CE]). *Anwār al-fiqāha: Kitāb al-bay'* [Lights of jurisprudence: The book of sale]. Qom: Publications of Madrasa-yi al-Imām 'Alī b. Abī Ṭālib.
- Makārim Shīrāzī, Nāšir. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Buḥūth fiqhiyya hāmma* [Important jurisprudential studies]. Qom: Publications of Madrasa-yi al-Imām 'Alī b. Abī Ṭālib.
- Mūsawī Bujnūrdī, Sayyid Muḥammad, & Malīhī, Sayyid Muṣṭafā. (1394 SH [2015/2016 CE]). A comparative study of the nature of intention and its effects in the legal systems of Iran, France, and Germany with reference to Imam Khomeini's views. *Pazhūhishnāma-yi Matīn* [Matin Research Journal], (68), 1–22.
- Nā'īnī, Muḥammad Ḥusayn Gharawī. (1373 SH [1994/1995 CE]). *Munyat al-tālib fī ḥāshiyat al-Makāsib* [The seeker's desire: A gloss on *al-Makāsib*] (Vol. 1). Tehran: al-Maktaba al-Muḥammadiyya.
- Hormozī, Khayr Allāh. (1376 SH [1997/1998 CE]). *Irāda-yi zahīrī wa irāda-yi bāṭinī wa naqsh-i ān dar tafsīr wa āthār-i qarārdād* [Apparent intention and inward intention and their role in the interpretation and effects of contracts] (Master's

- thesis, supervised by Ḥasan ‘Alī Durūdiyān). University of Tehran, Faculty of Law and Political Science, Tehran.
- Beatson, J., Burrows, A., & Cartwright, J. (2010). *Anson’s Law of Contract*. Oxford: Oxford University Press.
- Burrows, A. (2020). *A Casebook on Contract*. Oxford: Hart Publishing.
- Charman, M. (2007). *Contract Law*. Devon: Willan Publishing.
- Chen-Wishart, M. (2012). *Contract Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Elliott, C., & Quinn, F. (2017). *Contract Law*. Harlow: Pearson Education Limited.
- Halson, R. (2012). *Contract Law*. Harlow: Pearson Education Limited.
- McKendrick, E. (2016). *Contract Law*. London: Palgrave.
- O’Sullivan, J., & Hilliard, J. (2012). *The Law of Contract*. Oxford: Oxford University Press.
- Martin, E. (2011). *Oxford Dictionary of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Monaghan, C., & Monaghan, N. (2013). *Beginning Contract Law*. Oxon: Routledge.
- Peel, E. (2015). *The Law of Contract*. London: Sweet & Maxwell.
- Poole, J. (2016). *Casebook on Contract Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Richards, P. (2017). *Law of Contract*. Harlow: Pearson Education Limited.
- Stone, R., & Devenney, J. (2015). *The Modern Law of Contract*. Oxon: Routledge.
- Turner, C. (2014). *Unlocking Contract Law*. Oxon: Routledge.
- Williston, S. (1903). *A Selection of Cases on the Law of Contracts*. Boston: Little, Brown and Company.

## The Possibility of Attributing a Child Born of Zina to the Mother in Islamic Fiqh

Abbasali Salehi<sup>1</sup> 

1. Assistant Professor, Department of Fiqh and Law, Shahrekord University, Shahrekord, Iran.  
Email: [abbasalisalehi@sku.ac.ir](mailto:abbasalisalehi@sku.ac.ir)

---

### Article Info

**Article type:**  
Research Article

**Article history:**  
Received  
30 October 2023  
Received in revised form  
24 December 2023  
Accepted  
17 January 2024  
Available online  
22 December 2025

**Keywords:**

lineage,  
child born of zina,  
child,  
inheritance,  
firash

---

### ABSTRACT

According to some Islamic narrations, the effects of legitimate lineage arise through a valid marriage, and lineage is recognized as the first right of the child after birth. The attribution of a child born of zina to the mother is disputed: the majority of Sunni and some Imami jurists, relying on certain narrations and rational proofs, affirm attachment, thereby acknowledging the child's inheritance from the mother and her relatives while negating any connection with the adulterer and analogizing them to children of li'ān. In contrast, the majority of Imami jurists and some Sunnis deny attachment, invoking the hadith of firāsh, authentic narrations, rational arguments, and the principle of caution, holding that although combining lineage with sin is not impossible, cases of zina are excluded from the subject of lineage for the above reasons. The main objective of this article is to examine jurists' views on attaching the lineage of a child of zina to the mother. The core disagreement is whether birth and the applicability of the term "walad" establish attachment, or whether the lack of a religiously valid marriage negates it. The research question is: What is the stance of jurists of both schools on this matter? Using a library method and a descriptive-analytical, comparative approach, the study concludes that "walad" linguistically applies to a child of zina, there is no specific proof negating filiation between mother and child, and the effects of lineage consequently apply due to this attachment.

---

**Cite this article:** Salehi, A. (1404). The Possibility of Attributing a Child Born of Zina to the Mother in Islamic Fiqh. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 20(2), 339-363. <https://doi.org/10.22034/fvh.2023.17320.1862>



© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.  
DOI: <https://doi.org/10.22034/fvh.2023.17320.1862>

---

## **Introduction**

Legitimate lineage is described in the Qur'an as one of God's favors and in Islamic reports as the first right of the human being after birth. It affects many areas of fiqh, including inheritance, maintenance, guardianship, marriage prohibitions, and civil identity. The issue of attributing a child born of zina to the mother has divided Islamic jurists. The study examines whether such attribution is possible and what legal effects follow.

## **Methodology**

The research is descriptive-analytical and relies on fiqhi sources and prior studies. Data were collected through books, articles, and reports, then analyzed through comparative content analysis of the views of Islamic schools.

## **Literature Review**

Previous research has mainly addressed the legal and fiqhi effects of illegitimate children, including testimony, judgment, maintenance, inheritance, custody, and identity. A comprehensive comparative and analytical study devoted specifically to the possibility of attributing a child born of zina to the mother across Islamic schools has not been found.

## **Findings**

Two main views exist. The first, held by many Imami jurists and most Sunni jurists, accepts attribution of the child to the mother. Its arguments rely on reports, the sign of firash, the causal role of the mother in birth, and the apparent meaning of certain Qur'anic verses. The second view, held by a famous group of Imami jurists and some Hanafi and Shafi'i jurists, denies attribution. It relies on reports negating lineage and inheritance, including the hadith of firash and other narrations.

## **Discussion**

Analysis of the evidence shows that the first view is stronger in the linguistic and semantic meaning of the word child. Reports such as those transmitted from Ishaq b. Ammar and Yunus b. Abd al-Rahman support attribution to the mother. The second view's reports mainly concern inheritance, not absolute lineage, and some of them suffer from weaknesses in chain or scope. The denial of attribution because of the unlawful relationship is not persuasive, since ordinary language and textual usage attribute the child to the mother.

## **Conclusion**

The view accepting attribution of a child born of zina to the mother is stronger linguistically, textually, and rationally. Denial based on reports concerning inheritance cannot be extended to all effects of lineage. Attribution to the

mother should establish lineage-related effects such as maintenance and certain civil rights, while the connection to the adulterer remains negated. The study proposes that Iranian civil law, including Article 1167 of the Civil Code, be supplemented to expressly recognize attribution of the child to the mother and thereby fill a legal gap.

### **Declarations**

**Author Contributions:** Data collection, research, and data analysis were carried out by Abbasali Salehi.

**Data Availability Statement:** Not applicable.

**Acknowledgements:** No acknowledgement was declared.

**Ethical Considerations:** The author observed the ethical principles governing the conduct and publication of scientific research.

**Funding:** This research received no specific grant from public, commercial, or not-for-profit funding bodies.

**Conflict of Interest:** The author declared no conflict of interest.

**Declaration on Generative AI and AI-assisted Technologies:** The author declared that no artificial intelligence was used in the writing process.



## امکان سنجی انتساب ولدالزنا به مادر در فقه اسلامی

عباسعلی صالحی<sup>۱</sup>

۱. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده هنر و علوم انسانی، دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران. رایانامه: [abbasalisalehi@sku.ac.ir](mailto:abbasalisalehi@sku.ac.ir)

### اطلاعات مقاله

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۰۸

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۰/۰۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۲۷

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۱۰/۰۱

### چکیده

آثار نسب مشروع مطابق برخی روایات اسلامی، به واسطه نکاح صحیح به وجود می‌آید. شناسایی نسب افراد به قدری اهمیت دارد که در روایات اسلامی به‌عنوان نخستین حق طفل پس از تولد، مورد تأکید قرار گرفته است. مسئله انتساب ولدالزنا به مادر، از موضوعات مورد اختلاف در مذاهب فقهی است. مشهور فقیهان اهل سنت و برخی فقیهان امامیه معتقد به الحاق نسب ولدالزنا به مادر شده‌اند. مستند اصلی این دیدگاه، پاره‌ای از روایات و ادله عقلی است. بدین جهت، با تمسک به نصوص، معتقد به ارث ولدالزنا از جانب مادر و خویشاوندان وی شده‌اند و هرگونه ارتباط ولدالزنا با زانی را نفی نموده‌اند و آنان را در احکام به کودکان ناشی از لعان قیاس کرده‌اند. در مقابل، مشهور فقیهان امامیه و برخی اهل سنت معتقد به عدم الحاق شده‌اند. قائلین به این نظریه، به حدیث فراش، برخی روایات صحیح، ادله عقلی و اصل احتیاط تمسک کرده‌اند. از منظر ایشان، جمع بین نسب با معصیت، امکان‌ناپذیر نیست؛ به عبارت دیگر، موارد زنا به دلایل ذکرشده از موضوع نسب خارج می‌گردد. هدف اصلی مقاله پیش رو، بررسی دیدگاه فقیهان اسلامی نسبت به امکان الحاق نسب ولد زنا به مادر است. منشأ اصلی اختلاف این است که عده‌ای دلیل اصلی الحاق طفل به مادر را ولادت و صدق عنوان «ولد» ذکر کرده‌اند و از سوی دیگر، برخی جهت نفی انتساب ولدالزنا به مادر، به شرعی نبودن رابطه آن‌ها و عدم زوجیت تمسک جسته‌اند. در این پژوهش، سؤال اصلی این است که دیدگاه فقیهان فریقین در موضوع انتساب ولدالزنا به مادر چیست؟ این پژوهش با روش کتابخانه‌ای و رویکرد توصیفی-تحلیلی به صورت تطبیقی نگاشته شده است. پس از تحلیل و ارزیابی ادله هر دیدگاه، نتایج ذیل حاصل می‌گردد: عنوان واژه «ولد» در لغت بر ولدالزنا صدق کرده، هیچ‌گونه دلیل خاصی بر انتفای بنوت بین فرزند و مادر طفل وجود نداشته، و آثار نسب به دلیل الحاق نسب بین مادر و طفل، جاری می‌گردد.

### کلیدواژه‌ها:

نسب،

ولدالزنا،

ولد،

ارث،

فراش

استناد: صالحی، عباسعلی. (۱۴۰۴). امکان‌سنجی انتساب ولدالزنا به مادر در فقه اسلامی. مطالعات فقه اسلامی و مباحث حقوق، ۲۰(۲)، ۲۳۹-۳۶۳. <https://doi.org/10.22034/FVH.2023.17247.1854>



### مقدمه

نسب مشروع در قرآن کریم به‌عنوان یکی از تفضلات خداوند بر بندگان معرفی شده است (نحل، ۷۲). در روایات اسلامی از آن به‌عنوان نخستین حق فرد پس از تولد، نام برده شده است. این موضوع در مباحث فقهی مختلفی مانند نفقه، ارث و حضانت مطرح شده است؛ چراکه این آثار به‌واسطه نکاح صحیح به وجود می‌آید (حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۵۰۶). بنابراین احکام مذکور در روابط نامشروع، جاری نبوده و در صورت ارتکاب، ضمن حرمت عمل برای شخص مرتکب، مجازات‌هایی توسط شارع مقرر شده و در قرآن کریم، روابط مذکور، شدیداً مورد مذمت قرار گرفته است (نور، ۲). در منابع فقهی فریقین، راه‌هایی برای اثبات نسب معین شده (بدران، ۱۹۶۷م، ص ۵۱۶) که مهم‌ترین آن‌ها، رابطه زوجیت است (حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۴۹۱؛ بخاری، ۱۴۲۲ق، ج ۵، ص ۳۹). علاوه بر این طرق، نسب به‌سبب ادله ظنی - مانند رجوع به کارشناس قیافه - اثبات گردیده است (بخاری، ۱۴۲۲ق، ج ۸، ص ۱۵۷) لکن نفی نسب بایستی با رجوع به ادله یقینی انجام شود (ابن‌قدمه، ۱۳۸۹ق، ج ۸، ص ۱۵۷). در مورد انتساب ولدالزنا به مادر بین فقیهان مذاهب اسلامی دو دیدگاه متمایز وجود دارد. اکثریت فقیهان اهل سنت (قنوجی، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص ۳۲۸) و برخی امامیه با استناد به ادله مختلف، معتقد به الحاق نسب ولدالزنا به مادر شده‌اند. در مقابل، برخی فقیهان حنبلی و مشهور امامیه، نظریه عدم الحاق را برگزیده‌اند. قائلان هر نظریه به ادله مختلفی مانند روایات جهت اثبات دیدگاه خویش استناد جسته‌اند؛ بنابراین، بررسی و تحلیل ادله و مستندات هر دیدگاه جهت گزینش قول صحیح، ضروری است.

در باره الحاق نسب ولدالزنا به زانی، پژوهش‌هایی صورت گرفته و محققان این موضوع را از ابعاد مختلف بررسی کرده‌اند که می‌توان به مواردی اشاره کرد:

۱. مقاله «بررسی احکام حقوقی فرزندان نامشروع از منظر فقه امامیه» نوشته حمید کایوانی و مریم سهل‌آبادی. در این پژوهش، ضمن تعریف لغوی و اصطلاحی فرزندان نامشروع، به آثار حقوقی این موضوع مانند شهادت، قضاوت و نفقه پرداخته شده است.

۲. مقاله «نسب ناشی از زنا و آثار مدنی آن با رویکردی بر دیدگاه امام خمینی (ره)» نوشته الهام شریعتی نیز از دیگر پژوهش‌های صورت‌گرفته است. در این پژوهش ضمن تعریف نسب، به ملاک‌های انتساب ولد به والدین پرداخته و سپس آثار حقوقی آن را مورد بررسی قرار داده است.

۳. مقاله «وضعیت فقهی-حقوقی نسب ولد نامشروع» نوشته عبدالله علیزاده. در این تحقیق، مؤلف به دیدگاه‌های مختلف فقهی در موضوع ارث ولدالزنا پرداخته و آن را با مباحث حقوق مدنی تطبیق داده است.

۴. مقاله «بررسی فقهی وضعیت نسب در فرزند طبیعی» نوشته فاطمه ناصری و محمد مهدی زارعی. در این پژوهش، نویسندگان، اصل نسب فرزند طبیعی را مورد بررسی قرار داده و درصدد پاسخ به این سؤال بوده‌اند که آیا آثار نسب مشروع بر این فرزندان تطبیق داده می‌شود؟ و در نهایت به این نتیجه رسیده‌اند که فرزند طبیعی، ولدالزنا نیست؛ اما به‌دلیل عدم زوجیت از برخی حقوق نسب مشروع برخوردار نیستند.

با وجود همه این تلاش‌ها، پژوهش مستقل و جامعی که موضوع امکان سنجی نسب ولد الزنا به مادر را به گونه مقارنه‌ای میان مذاهب اسلامی بررسی کرده باشد، یافت نمی‌شود و نوشتار حاضر از نظر موضوع و تحلیل و بررسی مستندات نظریه‌ها با مقالات انجام شده کاملاً متمایز است. با توجه به اهمیت موضوع و نظر به عدم وجود پژوهشی تطبیقی - تحلیلی، انجام چنین پژوهشی ضرورت دارد؛ بنابراین در این نوشتار ابتدا دیدگاه‌های مختلف گزارش می‌شود، سپس به نقد و ارزیابی اقوال و نظریات ایشان پرداخته می‌شود. این پژوهش درصدد پاسخ دادن به این پرسش است: «آیا با توجه به مبانی فقهی فریقین، انتساب ولد الزنا به مادر امکان‌پذیر است؟» نویسنده این مقاله درصدد اثبات این فرضیه است که انتساب طفل متولد از زنا به دلیل عدم ثبوت حقیقت شرعیه لفظ «ولد» و روایات معتبر، امکان دارد و هیچ تعارضی با ادله دیگر ندارد.

### مفاهیم اساسی

#### مفهوم نسب

نسب در لغت به معنای وابستگی و ارتباط بین دو شیء است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ج. ۱، ص. ۸۰۱). در اصطلاح به منتهی شدن ولادت شخصی به شخص دیگر یا منتهی شدن به شخص دیگر به شرط صدق عرفی تعریف شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۲۹، ص. ۲۳۸). حنفی‌ها معتقد به انتقال نسب از جانب پدر بوده (رومی، ۱۳۸۹ق، ج. ۱، ص. ۴۷۹) و سبب ایجاد نسب را اماره فراش دانسته‌اند (غیتایی، ۱۳۸۹ق، ج. ۵، ص. ۲۶). مالکیه در تعریف نسب، وجود رابطه شرعی را معتبر دانسته و با استناد به آیات قرآن کریم (احزاب، ۵) انتقال نسب را از جانب پدر پذیرفته‌اند (تمیمی، ۱۴۳۴ق، ج. ۲۱، ص. ۶۰۵). فقیهان شافعی با استناد به حدیث فراش، انتقال نسب را از طریق پدر امکان‌پذیر دانسته‌اند (شافعی، ۱۴۲۷ق، ج. ۴، ص. ۱۳۶). فقیهان حنبلی نسبت به انتقال نسب از جانب مادر در موارد زنا و لعان زوج، تصریح کرده‌اند (حنبلی، ۱۴۱۸ق، ج. ۴، ص. ۲۷۴).

#### فراش

فراش در لغت به معنای آماده کردن و توسعه دادن چیزی بوده و معنای حقیقی آن، زوجه است (ابن فارس، ۱۳۹۹ق، ج. ۴، ص. ۴۸۶). در برخی منابع علم لغت در معنای فراش زوج و وطی نیز به کار رفته است (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج. ۹، ص. ۱۶۰)؛ همان طوری که در مورد ولادت طفل به سبب مادر، واژه فراش استعمال می‌گردد (جرجانی، ۱۷۲م، ص. ۱۹۸۵). تعبیر فراش در برخی منابع در مورد زوجه صاحب فرزند نیز استعمال شده است (زیلعی، ۱۳۱۳ق، ج. ۳، ص. ۴۳). همچنین این واژه به صورت کنایی در معنی زن شوهردار استعمال می‌شود (قرشی، ۱۴۱۲ق، ج. ۵، ص. ۱۶۱). بدین جهت از آن به افتراش تعبیر آورده شده است (ابن حجر، ۱۴۰۶ق، ج. ۱۲، ص. ۳۶). در تعابیر فقهی این واژه به معنای وطی استعمال شده است (جرجانی، ۱۹۸۵م، ص. ۱۷۲). از این عبارات استفاده می‌شود که یکی از معانی رایج فراش، زوجه است.

## زنا

لفظ زنا در علم لغت به معنای نزدیکی مرد با زنی بدون عقد شرعی است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۳۸۴) و در اصطلاح فقیهان، موجب آن را نزدیکی مرد و زنی بدون عقد شرعی به شرط آنکه این عمل در فرج باشد، دانسته‌اند (مفید، ۱۴۱۰ق، ص. ۷۷۴). برخی حقوق دانان آن را نزدیکی غیرقانونی مرد بالغ و عاقل و مختار با زنی که بین آن‌ها رابطه زوجیت وجود ندارد، تعریف کرده‌اند (امامی، ۱۳۹۴ش، ص. ۲۴۱). حنفی‌ها نسبت به این تعریف، عدم زوجیت، ملکیت و یا شبهه را اضافه کرده‌اند (موصلی، ۱۴۱۹ق، ج. ۱، ص. ۴۴). مالکیه علاوه بر قیود مذکور، عمدی بودن عمل را نیز معتبر دانسته‌اند (حصری، ۱۴۱۳ق، ج. ۲، ص. ۳۱).

## دیدگاه الحاق نسب طفل به مادر و ادله ایشان

دیدگاه فوق در دو مبحث تقریر نظریه و مستندات آن قابل بررسی است:

## تقریر نظریه الحاق نسب فرزند به مادر

برخی فقیهان امامیه با تمسک به نصوص، معتقد به ارث ولدالزنا از جانب مادر و خویشاوندان وی شده‌اند و هرگونه ارتباط ولدالزنا با زانی را نفی نموده و با استناد به روایاتی، معتقد به ارث ولدالزنا از مادر شده‌اند (طوسی، ۱۳۶۷ش، ج. ۴، ص. ۱۸۴). مشهور فقهای حنفی (ابن نجیم، بی‌تا، ج. ۴، ص. ۲۵۱)، مالکیه (ابن عبدالبر، ۱۴۲۱ق، ج. ۱۷، ص. ۲۳۱)، شافعی (نووی، ۱۴۱۳ق، ج. ۱۹، ص. ۱۹۹)، حنبلی (ابن مفلح، ۱۴۱۸ق، ج. ۷، ص. ۶۰) و ظاهری (ابن حزم، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۳۳۳)، معتقد به انتساب ولدالزنا به مادر شده و نسبت به آن، ادعای اجماع کرده‌اند (قنوجی، ۱۴۲۰ق، ج. ۲، ص. ۳۲۸). دلیل حکم مذکور، الحاق طفل به مادر در موارد لعان و اقرار زوج به زنا است؛ بنابر استدلال ذکرشده در الحاق فرزند طبیعی به مادر نیازی به عقد نکاح نیست؛ زیرا انتساب ولدالزنا یقینی بوده است. بدین جهت، قبل از ولادت، طفل از نظر حسی و حکمی، جزئی از بدن مادر بوده است (ابن نجیم، بی‌تا، ج. ۴، ص. ۲۵۱). عمده دلیل قائلان این دیدگاه، روایات اسلامی، اماره فراش (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج. ۲۹، ص. ۱۹۹) و شرعی بودن نسب طفل نسبت به مادر است. شافعی‌ها معتقد به الحاق نسب ولدالزنا به مادر شده‌اند و آثار نسب مانند توارث، نفقه و تحریم نکاح را جاری دانسته‌اند (ابن حزم، بی‌تا، ج. ۸، ص. ۳۳۴). مهم‌ترین دلیل بر ارتباط نسبی آن‌ها، ظاهر برخی از آیات قرآن کریم (اسراء، ۳۲) و اجماع فقها است. برخی دیگر، دلیل عقلی الحاق ولدالزنا به مادر را عدم اجتماع نسب با معصیت ذکر کرده‌اند (شافعی، ۱۴۰۰ق، ج. ۲، ص. ۱۸۹).

فقهای حنفی در ابتدا نسبت جریان آثار نسب بین مادر و ولدالزنا، ادعای اجماع نموده‌اند (ابن عابدین، ۱۹۹۶م، ج. ۶، ص. ۸۰۰)؛ سپس جهت تأیید به حدیث فراش استناد کرده‌اند (طیار، ۱۴۳۲ق، ج. ۵، ص. ۱۵۴) و به دلیل ولادت از طریق غیرشرعی به زانی ملحق نمی‌شود (ابوبلال، ۱۴۳۱ق، ج. ۲، ص. ۳۱۷). عمده‌ترین دلیل بر انتساب، ولادت طفل توسط مادر است (ابن نجیم، ۱۴۳۱ق، ج. ۴، ص. ۲۵۱). شرط الحاق ولدالزنا به مادر به سبب ولادت، عدم وجود پدر و خویشاوندان پدری است و در صورت عدم وجود زوج، ولدالزنا از مادر و خویشاوندان مادری خود ارث می‌برد (سعدی، ۱۴۰۴ق، ج. ۲، ص. ۸۵۲).

فقه‌های حنبلی نیز با استدلال به ظاهر برخی آیات قرآن کریم، انتساب ولدالزنا به مادر را قطعی دانسته‌اند (کرجی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۲۳۷) و آنان را در احکام میراث، شبیه فرزندان متولد از لعان دانسته‌اند (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج ۸، ص. ۴۳۱). مالکیه ضمن الحاق ولدالزنا به مادر، آنان را با فرزندان متولد از لعان قیاس کرده‌اند (مالکی، بی‌تا، ص. ۱۶۵۵) و احکام آن‌ها را با یکدیگر یکسان دانسته‌اند (ثعلبی، بی‌تا، ص. ۱۶۵۵) و معتقد به عدم انفکاک مطلق نسب ولدالزنا از مادر شده‌اند (ابن عبدالبر، ۱۴۲۱ق، ج ۶، ص. ۱۰۱).

### بیان ادله نظریه الحاق نسب فرزند به مادر

#### روایات

قائلین به انتساب طفل متولد از زنا به ادله مختلفی مانند روایات و سببیت مادر در ولادت، استناد کرده‌اند؛ لذا در ابتدا، این ادله مورد تحلیل و ارزیابی قرار خواهند گرفت.

الف. در برخی منابع حدیثی فریقین، روایاتی در موضوع توارث بین ولدالزنا و زانیه وجود دارد که می‌توان از این روایات، وجود ارتباط نسبی بین آن‌ها را نتیجه‌گیری کرد. جهت تبیین موضوع به برخی روایات اشاره می‌کنیم.

#### ۱. روایت عمرو بن شعیب

عمرو بن شعیب روایتی را از پیامبر اکرم (ص) بدین مضمون نقل کرده است: «در صورت ادعای پدر نسبت به فرزندی، طفل به پدر ملحق گشته و از او ارث می‌برد و در صورت انکار، نسب و میراث هم منتفی می‌شود. سپس حضرت فرمودند: در صورت وقوع زنا، فرزند متولد شده، ولدالزنا بوده و به مادر منتسب می‌شود.» (احمد بن حنبل، ۱۴۲۱ق، ج ۱۱، ص. ۳۰۱). البانی از محدثان اهل سنت، حدیث فوق را حسن دانسته است (دارمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص. ۱۰۰۶). ذیل روایت اشاره به عدم انتساب ولدالزنا به زانی دارد حتی اگر اقرار نماید. چنین اقراری مورد اتفاق فقها است، اما نسبت به الحاق طفل به مادر منعی وجود ندارد. بدین جهت، پیامبر اسلام (ص) نسبت به امر تصریح نمودند (هرری، ۱۴۳۹ق، ج ۱۶، ص. ۱۱۰).

#### ۲. روایت اسحاق بن عمار

اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) چنین روایت کرده است: «انَّ عَلِيًّا (ع) كَانَ يَقُولُ: وَلَدُ الزَّانَا وَابْنُ الْمَلَاعِنَةِ تَرْتَهُ أُمُّهُ وَ اخُوْتَهُ لِأُمِّهِ أَوْ عَصْبَتِهَا» (طوسی، ۱۳۶۷ش، ج ۴، ص. ۱۸۴). «ولدالزنا و فرزند متولد از لعان از مادر و برادران و خویشاوندان مادری ارث می‌برند.» روایت دیگری بدین مضمون از طریق یونس بن عبدالرحمن «میراث ولدالزنا لقراباته من قبل أمه» نقل شده است (جرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۶، ص. ۲۷۶). برخی دلیل حکم توارث بین مادر و ولدالزنا را صدق تولد طفل به واسطه مادر و عمومات ادله ارث دانسته‌اند (کاشف الغطاء، بی‌تا، ج ۱، ص. ۱۵۴).

ب. روایاتی که دلالت بر اشتراک ولدالزنا و فرزند متولد از لعان در احکام دارد.

در منابع فقهی امامیه روایاتی وجود دارد که دلالت بر اشتراک احکام آن‌ها دارد که به یک نمونه اشاره می‌کنیم. «عن عَلِيِّ بْنِ ابْنِ أَبِيهِمْ قَالَ: مِيرَاثُ وُلْدِ الزَّانَا لِقَرَابَاتِهِ مِنْ قَبْلِ أُمِّهِ عَلَى نَحْوِ مِيرَاثِ ابْنِ الْمَلَاعِنَةِ» (حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص. ۱۶۴۴). فقیهان اهل سنت ضمن تأیید، آن را منسوب به صحابه و همه فقها کرده‌اند

(سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج. ۲۹، ص. ۱۸۹). برخی حکم این دو موضوع را یکسان دانسته و مطلب خویش را مستند به روایتی از طریق محمد بن سالم کرده است (دارمی، ۱۴۱۲ق، ج. ۴، ص. ۱۹۹۶).

حدیث دیگری، شبیه به مضمون حدیث مذکور، به واسطه ابراهیم بن موسی از طریق عمرو وجود دارد که فرزند متولد از لعان و ولدالزنا به مادر خویش منتسب می‌شوند و بین آنها توارث وجود دارد (دارمی، ۱۴۱۲ق، ج. ۱۴، ص. ۱۹۹۷). برخی دیگر نیز با استناد به کلام برخی محدثین، آنها را در عدم میراث مشترک دانسته‌اند (نیشابوری، ۱۴۲۵ق، ج. ۴، ص. ۳۵۴). مشهور مذاهب چهارگانه اهل سنت و ظاهری در ابتدا نسب ولدالزنا را به مادر منتسب کرده، سپس احکام آنها را با کودکان متولد از لعان قیاس نموده‌اند (موسوعه الفقه الاسلامی، ۱۴۲۲ق، ص. ۳۴۷).

فقه‌های حنفی، فرزند متولد از زنا را از نظر احکام تابع مادر دانسته و آن را با فرزند ناشی از لعان قیاس کرده‌اند. ایشان دلیل نظریه خود را ولادت طفل به واسطه مادر ذکر کرده، و جهت تأیید، به احکام شرعی بهائم (جواز اکل) اشاره کرده‌اند. آنها معتقدند در این موارد بایستی احکام جانب مادر ترجیح داده شود (ابن نجیم، بی‌تا، ج. ۴، ص. ۲۵۱). فقیهان شافعی، حکم ولدالزنا و فرزند متولد از لعان در عدم انتساب به زانی و الحاق به مادر را یکسان دانسته‌اند. در صورت وجود فرارش زوجه به دلیل وجود اماره فرارش، طفل به او ملحق می‌گردد و در صورت فقدان فرارش، طفل فقط به مادر منتسب می‌شود (ماوردی، ۱۴۱۹ق، ج. ۸، ص. ۱۶۲). فقیهان حنبلی، ضمن قیاس ولدالزنا به فرزند متولد از لعان، آنها را در احکام شبیه یکدیگر دانسته، سپس آنها را به مادر ملحق کرده‌اند و این حکم را به مشهور نسبت داده‌اند (ابن قدامه، ۱۳۸۹ق، ج. ۷، ص. ۱۲۱). و ضمن مقایسه آنها سبب انتساب ولدالزنا به مادر را نسبت به لعان، محکم‌تر دانسته‌اند (ابن حزم، بی‌تا، ج. ۱۰، ص. ۱۴۲). مالکیه نیز روایاتی را جهت انتساب ولدالزنا به مادر ذکر کرده‌اند و آنها را در احکام مشترک دانسته‌اند (مالک بن انس، ۱۴۱۲ق، ج. ۲، ص. ۵۳۷). مالک بن انس روایتی در موضوع لعان زوجین چنین نقل کرده است: «در زمان پیامبر اسلام (ص)، مردی همسر خویش را لعان کرد. سپس پیامبر اسلام (ص) پس از ایجاد جدایی بین زوجین، فرزند را به مادر ملحق نمودند.» (ابن قدامه، ۱۳۸۹ق، ۱۴۱۲ق، ج. ۲، ص. ۲۶۰).

#### سببیت مادر در ولادت

یکی دیگر از ادله قائلان به الحاق ولدالزنا به مادر، ظاهر برخی آیات قرآن کریم است. فقیهان شافعی با اشاره به برخی آیات قرآن کریم (مجادله، ۲) و حدیث فرارش، ولدالزنا را به مادر نسبت داده‌اند. از نظر ایشان، عمومیت این ادله موارد نامشروع (زنا) را نیز شامل می‌شود (شافعی، ۱۴۰۰ق، ج. ۱، ص. ۱۷۰). برخی دیگر به آیات دیگر نیز (نجم، ۳۲؛ مریم، ۲۰) استناد کرده‌اند. برخی از این آیات (مجادله، ۲)، ظهور در ایجاد نسب به واسطه ولادت دارند، بدون آنکه شرط دیگری برای انتساب وجود داشته باشد؛ فرقی ندارد ولادت طفل به سبب نکاح، زنا یا شبهه باشد (صادقی‌تهرانی، ۱۴۰۶ق، ج. ۶، ص. ۳۸۰؛ جوینی، ۱۴۲۸ق، ج. ۹، ص. ۱۶۸). استناد به آیات مذکور ما را از رجوع به ادله دیگر [مانند قیاس] مستغنی می‌کند (کرجی، ۱۴۱۴ق، ج. ۲، ص. ۲۳۷). اطلاق آیات مذکور سبب تطبیق احکام آنها را بر موضوع ولدالزنا می‌کند (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج. ۱، ص. ۳۷۵). علاوه بر ظاهر آیات، تبادل عرفی لفظ ولادت سبب انتساب طفل به مادر می‌شود (اردبیلی،

۱۴۰۳ق، ج. ۱۳، ص. ۱۳۴). بدین جهت فقیهان حنفیه، مالکیه، شافعی و حنبلی، ولادت طفل را به‌عنوان عمده‌ترین دلیل انتساب ولدالزنا به مادر ذکر کرده‌اند؛ زیرا طفل قبل از ولادت به‌عنوان جزئی از اعضای مادر بوده است. حنفی‌ها نیز استناد به این دلیل را در موارد عدم فراش زوجه، موجه دانسته و برای آن، گذشت شش ماه یا بیشتر پس از تولد را شرط کرده‌اند (کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج. ۵، ص. ۳۶۴). فقهای مالکی علاوه بر تأیید الحاق نسب ولدالزنا به مادر (ابن عبدالبر، ۱۴۲۲ق، ج. ۶، ص. ۱۰۱) معتقد به حرمت نکاح آن‌ها شده‌اند (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۲۰۶). دلیل حکم مزبور را ورع [احتیاط] دانسته‌اند (دمیری، ۱۴۲۵ق، ج. ۷، ص. ۱۵۴). در قوانین برخی کشورهای اسلامی مانند یمن (قانون الاحوال الشخصیه الیمنی، ۱۹۹۲، ماده ۱۲۲) و اندونزی (*Undang-undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan*) چنین دیدگاهی مورد پذیرش قرار گرفته است.

### ارزیابی دیدگاه

مستندات نظریه فوق، از جهات مختلف قابل تأمل و بررسی است.

#### الف: بررسی اتفاق نظر در عدم تأثیر اقرار در نسب

چنین اجماعی به‌دلیل مخالفت فقیهان دیگر محقق نیست؛ بدین جهت، بسیاری دیگر اقرار ورثه به وجود رابطه بنوت را مؤثر دانسته‌اند و به‌واسطه چنین اقراری، نسب ایجادشده حتی اگر اقرارکننده، فقط یک نفر باشد (ماوردی، ۱۴۰۹ق، ج. ۷، ص. ۹۲).

#### ب) بررسی ادله نفی توارث بین ولدالزنا و زانی

ادله مذکور به ادله ذیل قابل پذیرش نیستند؛ زیرا در روایات ناظر به موضوع توارث، دو اشکال عمده وجود دارد و با در نظر گرفتن این اشکالات، این ادله نمی‌تواند درصدد نفی نسب ولدالزنا باشد. نخست، در برخی موارد بین نسب و توارث ملازمه برقرار نیست (فضل الله، ۱۴۲۱ق، ج. ۲، ص. ۳۳۰). به عبارت دیگر، در این موارد – همانند قتل و کفر – نسب محقق بوده، اما توارث به‌دلیل وجود موانعی منتفی است. دلیل دوم اینکه روایات مذکور نسبت به موضوع توارث، دچار تخصیص شده باشد و موضوع نسب تخصصاً از این ادله خارج باشد (فاضل لنگرانی، ۱۳۸۹ق، ج. ۱، ص. ۱۵۰).

دوم، استناد به برخی آیات قرآن کریم (مجادله، ۲) جهت استدلال به دو دلیل ناتمام و قابل مناقشه است؛ دلیل نخست: آیه شریفه در مقام توییح عادت اعراب جاهلیت است که مطابق ذیل آیه شریفه «وَأَنَّهُمْ لَيَقُولُنَّ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ» احکام شرعی را انکار نموده و از حق رویگردان شدند و زن را در حالت بلا تکلیفی مطلق قرار می‌دادند و با گفتن لفظی بی‌معنی – بدون طلاق – رابطه زناشویی را بر خود تحریم کرده، و می‌پنداشتند زوجه به‌سبب ظهار زوج، حرام ابدی می‌شود؛ درحالی‌که از نظر اسلام، همسران در ظهار، احکام مادران را ندارند (نسفی، ۱۴۱۹ق، ج. ۴، ص. ۳۴۱). و ظهار زوج، آنان را برای ابد حرام نمی‌سازد. آن‌گاه برای تأکید این معنا فرموده: «إِنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ» یعنی همسرانشان مادران ایشان نمی‌شوند، بلکه

مادران تنها همان زنانی هستند که ایشان را زاییده‌اند و عملظهار، افاده طلاق نمی‌کند و این با وجوب دادن کفاره منافات ندارد (طباطبایی، ۱۳۶۰، ج. ۱۹، ص. ۳۱۴).

دلیل دوم: آیه شریفه به‌عنوان کلام مستأنفه و مستقل در مقام بیان احکامظهار است (درویش، ۱۴۱۵ق، ج. ۱۰، ص. ۷) و در مورد عدم نسب زید بن حارثه به پیامبر اسلام (ص) نازل شده است (ابن‌کثیر، ۱۴۱۹ق، ج. ۶، ص. ۳۶۶) و دلالتی بر نفی نسب ندارد.

#### ج: بررسی روایات اسحاق بن عمار و یونس بن عبدالرحمن.

استناد به روایت اسحاق بن عمار و یونس بن عبدالرحمن جهت الحاق نسب به ادله ذیل صحیح نیست؛ زیرا چنین دیدگاهی در بین امامیه شاذ و نادر است. حتی برخی مانند شیخ طوسی، این نظریه را به‌راوی نسبت داده که پشتوانه روایی ندارد (غروی، ۱۴۱۷ق، ج. ۱، ص. ۳۴۲). محدثان امامیه، حدیث مزبور را موقوفه دانسته‌اند و آن را ناشی از وهم راوی دانسته‌اند که در نظر ایشان حکم ولدالزنا با فرزند متولد از لعان مشترک است (حلی، ۱۳۶۳ش، ج. ۴، ص. ۲۴۸). علاوه بر موقوفه بودن، سند حدیث به دلیل ضعف راوی آن (غیث بن کلوب) ضعیف است (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۲، ص. ۶۲۶). بدین جهت برخی فقهای امامیه آن را به دلیل ضعف و مخالفت با قواعد، نپذیرفته‌اند (وجدانی فخر، ۱۴۳۱ق، ج. ۱۵، ص. ۳۴۷) و انتساب ولدالزنا به مادر را نپذیرفته‌اند (یزدی، ۱۴۱۵ق، ج. ۲، ص. ۴۹). همچنین، روایت یونس بن عبدالرحمن نیز به دلیل مرسله بودن و موافقت با دیدگاه اهل سنت اعتباری ندارد (کاشف‌الغطاء، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۱۵۴). لذا برخی روایات مذکور را حمل بر تقیه یا عدم زانیه بودن (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۲، ص. ۶۲۶)، یا حمل بر موارد شبهه از طرف مادر کرده‌اند (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۱۷، ص. ۵۶۹). همچنین استناد به اصل احتیاط جهت حرمت نکاح به‌علت فقدان دلیل قابل پذیرش نیست. ضمن اینکه قرآن کریم، موارد حرمت نکاح را بیان نموده است (نساء، ۲۳)؛ یکی از آن موارد حرمت، نکاح با عنوان مادر است (خرشی، ۱۴۱۷ق، ج. ۳، ص. ۲۰۷). مسلماً موارد دیگر از شمول این حکم، خارج است.

#### د: بررسی روایات دلالت‌کننده بر اشتراک ولدالزنا با طفل متولد از لعان در احکام

این روایات به دلیل ضعف راوی و اختلاف آن‌ها به دو دلیل، قابل پذیرش نیست؛ در روایت نخست، اسناد روایت صنعانی به محمد بن سالم به دلیل ضعف راوی، قابل پذیرش نیست (دارمی، ۱۴۱۲ق، ج. ۴، ص. ۱۹۹۶). همچنین روایت دیگر «ابن‌عبید» تضعیف شده است (دارمی، ۱۴۱۲ق، ج. ۱۴، ص. ۱۹۹۷). همچنین ادعای اجماع فقها نسبت به اشتراک احکام آن‌ها در ولدالزنا و طفل متولد از لعان به دلیل دیدگاه مخالف، صحیح نیست؛ لذا برخی - حسن بن صالح - چنین قیاسی را ناصواب دانسته و ولدالزنا را به سایر مسلمانات منتسب کرده‌اند، درحالی‌که طفل متولد از لعان را به مادر خویش نسبت داده‌اند (ابن‌قدامه، ۱۴۳۳ق، ج. ۷، ص. ۳۶). به عبارتی دیگر، مقایسه این دو موضوع به دلیل اختلاف آن‌ها در ماهیت و احکام، صحیح نیست (لخمی‌مالکی، ۱۴۳۲ق، ج. ۹، ص. ۴۰۸۱).

## دیدگاه عدم الحاق نسب طفل به مادر و ادله ایشان

دیدگاه فوق در دو مبحث تقریر نظریه و مستندات آن قابل بررسی است:

### تقریر نظریه عدم الحاق نسب طفل به مادر

مشهور فقیهان امامیه معتقد به عدم انتساب مطلق ولدالزنا به زانی و زانیه (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۱، ص. ۳۹۸) و عدم ارتباط بین آنها شده‌اند (طوسی، ۱۳۶۵ش، ج. ۸، ص. ۱۸۳). دلیل این حکم، عدم زوجیت و اماره فراش است (حلبی، ۱۴۰۷ق، ج. ۵، ص. ۴۹۱؛ بخاری، ۱۴۲۲ق، ج. ۵، ص. ۳۹) و در صورت وجود فرزندان دیگر، هیچ‌گونه رابطه نسبی (اخوت) بین آنها برقرار نمی‌شود (حسینی‌عاملی، ۱۳۹۰ق، ج. ۸، ص. ۱۰۵). بلکه میراث ولدالزنا به اولاد او می‌رسد و مطابق دیدگاه فقیهان امامیه در صورت فقدان فرزندان، میراث به امام (ع) می‌رسد (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج. ۱۳، ص. ۲۳۸). برخی از فقهای حنفی، منکر نسبت ولدالزنا و مادر شده‌اند؛ اما نسبت به نکاح آنها قائل به تحریم شده‌اند (قدوری، ۱۴۲۷ق، ج. ۹، ص. ۴۴۹۵). برخی فقهای شافعی، الحاق ولدالزنا به مادر را مطلقاً نپذیرفته‌اند (رملی، ۱۳۸۶ق، ج. ۵، ص. ۱۰۸). مهم‌ترین دلیل بر نفی الحاق نسب، جنس بودن الف و لام در واژه «ولد» و «الفراش» است (جصاص، ۱۴۱۵ق، ج. ۵، ص. ۱۶۰). برخی مانند شیخ عبداللطیف حمزه - مفتی مصر - دلیل عدم انتساب ولدالزنا به مادر را غیرشرعی بودن آن دانسته‌اند (زیاد احمد، ۱۹۹۶م، ص. ۱۸۹).

### بیان ادله نظریه عدم الحاق نسب طفل به مادر

#### روایات

الف: روایات دلالت‌کننده بر نفی مطلق نسب ولدالزنا

در برخی روایات به صورت غیرمستقیم، وجود هرگونه ارتباط بین ولدالزنا و والدین او نفی شده است که جهت تبیین موضوع به برخی اشاره می‌کنیم.

#### ۱. حدیث فراش

نخستین روایتی که مورد استناد قرار گرفته، روایت «الولد للفراش وللعاهر الحجر» است (بخاری، ۱۴۲۲ق، ج. ۳، ص. ۷۰). برخی از فقهای حنفی، ضمن استدلال به این حدیث، ادعای اجماع نموده‌اند (ابن عابدین، ۱۹۹۶م، ج. ۶، ص. ۸۰۰). حدیث مذکور، دارای دو معنا است: مطابق معنای نخست، اثبات نسب برای صاحب فراش و عدم بهره برای زانی اثبات می‌شود؛ اما بنابر معنای دوم آن، کلمه «ولد»، جنس است و نسبی برای او مطلقاً (از جانب زانی و زانیه) ثابت نمی‌شود (ابن عربی، بی‌تا، ج. ۵، ص. ۱۶۰). به عبارتی دیگر، اثبات نسب به واسطه فراش تحقق می‌یابد (جصاص، ۱۴۱۵ق، ج. ۵، ص. ۱۶۰).

#### ۲. روایت عبدالله بن عمر

عبدالله بن عمرو بن عاص روایت کرده است که وقتی مکه در عهد پیامبر اکرم (ص) فتح شد، مردی بلند شد و گفت: «فلانی پسر من است که من در زمان جاهلیت با مادرش زنا کردم.» پیامبر اسلام (ص) فرمودند:

«انگیزه‌ای در اسلام نیست جز از بین بردن امر جاهلی و طفل متولد شده برای صاحب فراش است و برای زانی سنگ است.» (ابی‌داود، ۱۴۱۹ق، ج. ۲، ص. ۲۸۳). پیامبر اسلام (ص) در این روایت، از انتساب ولدالزنا به زانی خودداری کردند و الحاق ولدالزنا را امری جاهلی دانستند و نسبت به کیفیت ولادت طفل - در فراش بودن زوجه یا عدم آن - پرسشی مطرح نکردند و حکم مسئله را تفصیل ندادند.

ب: روایات دلالت‌کننده بر نفی مطلق ارث ولدالزنا

۱. روایت نخست: صحیح‌ه عبدالله بن سنان

ایشان در روایتی صحیح‌ه در این باره چنین نقل کرده‌اند: «کم دیه ولدالزنا؟ قال (ع): «یبعطى الذی أنفق علیه ما أنفق علیه» قلت: فأنه مات و له مال من یرثه؟ قال (ع): الامام» (طوسی، ۱۳۶۵ش، ج. ۹، ص. ۳۴۳). به امام صادق (ع) عرض کردم: دیه زنازاده چقدر است؟ فرمودند: به کسی که در مورد او مخارجی کرده، هزینه مخارج پرداخته می‌شود. گفتم: اگر زنازاده بمیرد و از او مالی بر جای ماند، چه کسی وارث اوست؟ فرمودند: امام (ع).

ذیل روایت به جهت ترک تفصیل امام (ع) - بین موردی که ولدالزنا وارثی داشته باشد و وارثی غیر امام (ع) نداشته باشد - دلالت بر نفی مطلق ارث ولدالزنا دارد (سیفی‌مازندرانی، ۱۴۲۲ق، ج. ۱، ص. ۸۴).

۲. روایت دوم: مکاتبه نقل شده از اشعری قمی

ایشان در روایتی مبنی بر عدم ارث ولدالزنا از زانی آورده‌اند که مضمون آن چنین است: «یسألہ عن رجل فجر بامرأه ثم أنه تزوّجها بعد الحمل فجاءت بولد هو أشبه خلق الله به فکتب (ع) بخطه وخاتمه: «الولد لعیه لایورث» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۲۶، ص. ۲۷۴). «در مورد مردی که با زنی زنا کرد. سپس پس از باردارشدن زن، با وی ازدواج نمود؛ سپس فرزندی متولد شد که شباهت به زانی داشت. امام (ع) با خط خویش نوشت: «فرزند بیهوده است و ارث نمی‌برد.»

در این روایت از ولدالزنا به «لغیه» تعبیر شده است که به معنای باطل بودن و محرومیت است (بجنوردی، ۱۴۱۰ق، ج. ۴، ص. ۴۷). این محرومیت از میراث، اطلاق دارد و شامل زانی و زانیه نیز می‌شود؛ اما برخی فقها با توجه به ابهام در تعابیر «بعض أصحابنا» در سند روایت خدشه وارد کرده‌اند و معتقد به کاربرد حدیث در موارد تأیید حکم شرعی شده‌اند؛ بنابراین استناد به روایت جهت اثبات نفی نسب ولدالزنا صحیح نیست (خویی، ۱۴۱۸ق، ج. ۲، ص. ۲۲۵).

۳. روایت عمرو بن شعیب

در برخی روایات، ولدالزنا از هرگونه میراث و نسب ممنوع دانسته شده است. عمرو بن شعیب از پدرش از پیامبر اسلام (ص) این روایت را نقل نموده است: «ایما رجل عاهر بحره او امه فالولد ولدالزنا لایورث و لایورث» (ترمذی، ۱۳۹۵ق، ج. ۴، ص. ۴۲۸). «هر مردی به زن آزاد یا کنیز مرتکب زنا شود [و فرزندی متولد گردد] فرزند آن‌ها ولدالزنا بوده و چنین فرزندی نه ارث می‌برد و نه ارث به‌جای می‌گذارد.» ترک تفصیل بین بودن زوجه در فراش یا عدم فراش، دلالت بر عمومیت حکم دارد (احمد عبدالحمید، ۲۰۰۸م، ص. ۶۸). بنابراین، حدیث

مذکور در نفی نسب ولدالزنا صراحت دارد؛ بدیهی است ارث از لوازم نسب است و با یکدیگر ملازمه دارند و در صورت نفی میراث، نسب نیز منتفی می‌شود.

#### ۴. صحیح‌ه حلبی

حلبی از امام صادق (ع) چنین نقل می‌کند: «ایما رجل وقع علی ولیده قوم حراماً ثم اشتراها فادعی ولدها فأنه لایورث منه شیء» (حرعالمی، ۱۴۰۹ق، ج. ۲۶، ص. ۲۷۵).

هرکه به‌طور نامشروع با کنیز دیگران آمیزش کند، سپس آن را بخرد [و پس از اینکه فرزندی آورد] ادعا کند که فرزند از آن اوست، از آن فرزند ارث دریافت نمی‌کند. پس پیامبر اسلام (ص) فرمودند: فرزند از آن فراش است و برای زناکار بهره‌ای نیست و از زنازاده کسی ارث نمی‌برد، مگر مردی که ادعا کند مادر این ولد در خانه او بوده است.

نحوه استدلال: این روایت اگرچه در مورد نفی ارث پدر زانی از طفل است؛ اما امام (ع) در مقام تعلیل چنین فرمودند: «فأنه لایورث منه شیء» و مضمون روایت را با حدیث نبوی «الولد للفراش و للعاهر الحجر» تعلیل آوردند. چنین اطلاقی به‌دلیل عمومیت، دلالت بر نفی ارث ولدالزنا به‌صورت مطلق دارد (سیفی‌مازندرانی، ۱۴۲۲ق، ج. ۱، ص. ۸۸).

#### دلیل عقلی

برخی فقهای اهل سنت، نسب را نعمتی می‌دانند که خداوند متعال به‌دلیل طاعت بر بندگان عرضه داشته است و نعمت با معصیت جمع نمی‌شود. به عبارتی دیگر، موارد زنا از موضوع نسب خارج می‌شود (شافعی، ۱۴۰۰ق، ج. ۲، ص. ۱۸۹). دلیل حکم مزبور، عدم ارتکاب مجدد زانی و عدم اشاعه فحشا (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۲۰۷) و اصل احتیاط (سغناقی، ۱۴۲۲ق، ج. ۴، ص. ۱۷۱۸) است.

#### ارزیابی دیدگاه

مستندات نظریه فوق، از جهات مختلف قابل تأمل و بررسی است.

#### الف: استدلال به حدیث فراش

برخی با استناد به حدیث فراش نسبت به عدم انتساب ولدالزنا به زانی ادعای اجماع نموده‌اند و جهت عدم انتساب ولدالزنا به مادر، بدان استدلال کرده‌اند؛ چنین اتفاق نظری قابل پذیرش نیست؛ زیرا فقیهان مالکیه، الحاق ولدالزنا را در صورت علم زانی پذیرفته‌اند و دلیل محرومیت میراث را عدم آگاهی نسبت به فرزند (لخمی‌مالکی، ۱۴۳۲ق، ج. ۹، ص. ۴۰۸۱) و عدم ادعای زانی نسبت به فرزند مبنی بر وجود نسبت ابوت مطرح کرده‌اند؛ بنابراین، در صورت عدم ادعای زانی نسبت به فرزند، همانند عدم فراش مادر و اجرای حد، نسب نیز منتفی می‌شود (طیار، ۱۴۳۲ق، ج. ۵، ص. ۱۴۵). و ادعای شرعی نبودن روابط بر نفی نسب به‌دلیل مخالفت با اجماع فقها قابل پذیرش نیست (زیاد احمد، ۱۹۹۶م، ص. ۱۸۹).

## ب: تحلیل و بررسی روایات

برخی فقها نسبت به سند روایت عبدالله بن عمر از پیامبر اسلام (ص) خدشه وارد کرده‌اند (خوبی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۲۵).

چنین استدلالی به ادله ذیل صحیح نیست.

۱. روایت فوق معتبر بوده و عبارت «بعض أصحابنا» آن را در حکم مرسل قرار نمی‌دهد بلکه بایستی آن را مستند دانست. دلیل آن، وجود عبارات «معى يسأله» و «فکتب بخطه و خاتمه» در روایت است (سیفی‌مازندرانی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۸۷).

۲. راوی حدیث معتبر بوده و با تتبع در کتب رجالی، وثاقت و عدالت راوی اثبات می‌شود. به‌طوری که ایشان را جزء اصحاب امام رضا (ع) و وصی سعد بن سعد الاشعری دانسته‌اند و این امور را دلیل بر وثاقت، اعتماد و عدالت راوی ذکر کرده‌اند (یزدی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۱۴۵). ضمن اینکه اطلاق روایات مذکور به‌ویژه تعلیل ذیل روایت «الولد لعیه لایورث» شامل مادر نیز می‌شود (روحانی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۱۲). همچنین روایت نقل شده توسط ابن عباس در مورد جاهلی بودن مساعات (زنا) و نفی هرگونه ادعا نسبت به طفل متولد از زنا (ابی‌داود، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۲۷۹) به‌دلیل ابهام در راوی آن – سعید بن جبیر – قابل خدشه بوده و قابل استناد نیست (احمد بن حنبل، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۴۳۷).

۳. روایت عمرو بن شعیب نیز به‌دلیل ضعف راوی «ابن لهیعه» معتبر نیست. محدثان اهل سنت در مورد او این عبارت را به کار برده‌اند: «خلط بعد احتراق کتبه» (ابن حجر، ۱۴۰۶ق، ص ۲۲۶). علاوه بر ضعف سند، از نظر دلالتی نیز به‌دلیل وجود احتمالات دیگر قابل استدلال نیست؛ زیرا ممکن است زانیه در فراش بوده باشد (فوزان، ۱۴۰۷ق، ص ۱۷۳). بنابراین، روایت مورد استدلال، اطلاق ندارد.

۴. استناد به روایت صحیح حلی از امام صادق (ع) از دو جهت دارای اشکال است:

۱. نخست، حدیث مورد استدلال جزو اخبار واحد بوده که مطابق نظر برخی فقیهان، حجیت ندارد. افزون بر این، حدیث فوق به جهت مجهول بودن راوی، قابل استناد نیست (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۵، ص ۳۴۶).

۲. دوم اینکه مورد روایت، اختصاص به موارد وجود اماره فراش و شک در نسب طفل دارد درحالی که موضوع نسب ولد الزنا ناظر به موارد عدم وجود اماره فراش است (محسنی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۹۹).

پس از بیان مستندات و ادله هر دو دیدگاه و تحلیل آن‌ها به نظر می‌رسد قول به الحاق ولد الزنا به مادر به ادله ذیل از اتقان بیشتری برخوردار است:

۱. عنوان واژه «ولد» در لغت بر ولد الزنا صدق می‌کند و هیچ‌گونه دلیل خاصی بر انتفای بنوت آن‌ها وجود ندارد (خوبی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۱۲۵) و آثار نسب جاری می‌گردد (صانعی، ۱۳۶۸ش، ج ۳، ص ۹).

۲. و لفظ «ولد» به‌دلیل عدم حقیقت شرعی بر همان معنای لغوی خود حمل می‌شود (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۶، ص ۲۲۱) و قدر متیقن از ادله مطروحه در نفی نسب ولد الزنا – به‌دلیل نص خاص – ناظر به موضوع توارث است، چنان که برخی فقها دلیل محرومیت از ارث ولد الزنا را دلیل خاص دانسته‌اند و عنوان «ولد» را بر

- آن، صحیح می‌داند؛ بدین سبب، والدین عرفی را مکلف به پرداخت نفقه طفل کرده‌اند (خویی، ۱۴۱۸ق، ج. ۳، ص. ۶۴).
۳. روایات مذکور با موضوع توارث نسبت به ارتباط بین ولدالزنا و مادر صراحت دارد و جهت اجرای این حکم، نیاز به مرجحات و اصل عدم نیست (کاشف‌الغطاء، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۱۵۴). ضمن اینکه می‌توان به عموماً ادله و حکم عرف نیز مراجعه کرد.
۴. روایات نقل شده توسط اسحاق بن عمار دلالت بر وجود نسبت بین ولدالزنا و مادر دارد و اشکالات مطروحه نسبت به راوی احادیث اسحاق بن عمار و یونس بن عبدالرحمن (غیاث بن کلوب) به دلیل وثاقت راوی، مردود است. با توجه به دلیل مذکور، فقها به روایات نقل شده از طریق ایشان استناد کرده‌اند و شاذ بودن این احادیث نزد فقها ثابت نگردیده است (طوسی، ۱۴۰۳ق، ج. ۱، ص. ۳۸۰). ضمن اینکه حمل آن‌ها بر تقیه به دلیل عدم تعارض، قابل پذیرش نیست.
۵. برخی از قائلان به نظریه عدم الحاق به حدیث فراش استناد کرده‌اند و با تمسک به جنس بودن واژگان «الولد» و «الفراش»، معتقد به نفی مطلق نسب ولدالزنا شده‌اند؛ لکن روایت مذکور دلالت بر حصر نسب به واسطه فراش ندارد. ضمن اینکه سیاق حدیث آن را تأیید می‌کند (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج. ۱۷، ص. ۱۵۴).
۶. ادعای اجماع از سوی برخی اهل سنت، نسبت به عدم انتساب ولدالزنا به مادر به دلیل وجود دیدگاه مخالف، قابل نقض است؛ بدین جهت اجرای حکم مزبور را مقید به عدم وجود اماره فراش کرده‌اند و اطلاق آن را نپذیرفته‌اند (ابن عبدالبر، ۱۴۲۱ق، ج. ۷، ص. ۱۶۴).

### نتیجه‌گیری

۱. درباره انتساب ولدالزنا به مادر، دو دیدگاه مطرح گردید؛ برخی فقها با استناد به روایات به‌ویژه حدیث فراش و ادله عقلی قائل به الحاق طفل به مادر شده‌اند. برخی مستندات این نظریه پذیرفتنی نیست؛ زیرا اولاً استناد به اجماع فقها به دلیل وجود دیدگاه‌های مخالف قابل پذیرش نیست. ثانیاً: تمسک به قاعده فراش جهت اثبات حصر با سیاق روایت مخالفت دارد.
۲. استناد به غیرشرعی بودن روابط زانی و زانیه جهت عدم الحاق ولدالزنا به مادر به دو دلیل قابل پذیرش نیست؛ اولاً حقیقت شرعیه واژه «ولد» ثابت نگردیده و بر همان معنای لغوی حمل می‌گردد و روایات نافی نسب بر موضوع توارث حمل می‌شود. ثانیاً: چنین دیدگاهی با اجماع فقها مخالفت دارد.
۳. مقایسه روایات ناظر به احکام ولدالزنا و فرزندان متولد از لعان، دلالت بر تمایز آن‌ها و عدم انطباق احکام آن‌ها بر یکدیگر دارد و روایات مورد استدلال به دلیل ضعف راویان آن، قابل استناد نیست.
۴. استدلال به نعمت بودن نسب جهت الحاق ولدالزنا به مادر و سلب نسب از زانی صحیح نیست؛ لازمه چنین استدلالی ترجیح بلامرجح است.

۵. یکی از مهم‌ترین ادله قائلین به عدم انتساب، روایات مطروحه در موضوع توارث بین ولدالزنا و مادر است که ظهور در عدم جریان توارث و ارتباط بین آن‌ها دارد؛ لکن روایات مذکور به دلیل عدم ملازمه قابل پذیرش نبوده ضمن اینکه ادله ناظر بر انتساب ولدالزنا نسبت به توارث، خروج موضوعی دارد.

۶. استناد به ظاهر برخی آیات قرآن کریم جهت اثبات الحاق ولدالزنا به مادر به دلیل مخالفت با سیاق و شأن نزول آیه شریفه، قابل پذیرش نیست.

نظر به خلاء قانونی، در ذیل ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی به عنوان یک تبصره، اضافه گردد که طفل متولد از زنا به مادر منتسب می‌شود.

## منابع

قرآن كريم

- ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم. (بى تا). البحر الرائق شرح كنز الدقائق. بيروت: دارالمعرفة.
- ابن حزم، على بن محمد. (بى تا). المحلى بالآثار. بيروت: دارالفكر.
- امامى، اسدالله. (۱۳۹۴). مطالعه تطبيقي نسب در حقوق ايران و فرانسه. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- احمد بن حنبل، ابوعبدالله. (۱۴۲۱). المسند للإمام احمد بن حنبل. بى جا: بى نا.
- اردبيلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳). مجمع الفائدة و البرهان. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابى داود، سليمان بن اشعث. (۱۴۱۹). السنن. بيروت: دارالقبلة للثقافة الاسلامية.
- ابن ابى داود، عبدالله بن سليمان. (۱۴۰۵). مسند عائشة. الكويت: مكتبة الأقصى.
- ابن حزم، ابومحمد على بن احمد. (بى تا). المحلى بالآثار. بيروت: دارالفكر.
- ابوبلال، احمد بن محمد. (۱۴۳۱). النهاية فى غريب الحديث و الأثر. رياض: مجمع الملك فهد للطباعة.
- ابن عابدين، محمدامين بن عمر. (۱۹۹۶). رد المحتار على الدر المختار. بيروت: دارالفكر.
- ابن قدامه، ابومحمد عبدالله بن احمد. (۱۳۸۹). المغنى. مصر: مكتبة القاهرة.
- ابن قدامه، ابومحمد عبدالله بن احمد. (۱۴۳۳). الشرح الكبير. بيروت: دارالفكر.
- ابن قيم، محمد بن ابى بكر. (۱۴۱۵). زاد المعاد فى هدى خير العباد. بيروت: مكتبة المنار.
- ابن عبدالبر، يوسف بن عبدالله. (۱۴۲۱). الاستذكار. بيروت: دار الكتب العلمية.
- ابن كثير، اسماعيل بن عمر. (۱۴۱۹). تفسير القرآن العظيم. بيروت: دار الكتب العلمية.
- ابن مفلح، ابراهيم بن محمد. (۱۴۱۸). المبدع شرح المقنع. بيروت: دار الكتب العلمية.
- ابن حجر، احمد بن على. (۱۴۰۶). تقريب التهذيب. سورية: دار الرشيد.
- احمد عبدالحميد. (۲۰۰۸). احكام ولد الزنا فى الفقه الاسلامى. فلسطين: جامعة النجاح الوطنية فى نابلس.
- بجنوردى، سيد محمد بن حسن. (۱۴۱۰). القواعد الفقهية. تهران: مؤسسه عروج.
- بخارى، احمد بن اسماعيل. (۱۴۲۲). صحيح البخارى. مصر: المجلس الأعلى للشئون الاسلامية.
- ترمذى، محمد بن عيسى. (۱۳۹۵). السنن. مصر: مطبعة مصطفى البابى الحلبي.
- تميمي، ابوبكر بن محمد. (۱۴۳۴). الجامع لمسائل المدونة. بيروت: معهد البحوث العلمية.
- ثعلبى، عبدالوهاب بن على. (بى تا). المعونة على مذهب عالم المدينة الامام مالك بن أنس. مكة المكرمة: المكتبة التجارية.
- جوينى، عبدالملك بن عبدالله. (۱۴۲۸). نهاية المطلب فى دراية المذهب. بى جا: دار المنهاج.
- حلى، جعفر بن حسن. (۱۴۰۹). شرائع الاسلام فى مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعيليان.
- حلى، محمد بن حسن. (۱۳۶۳). ايضاح الفوائد. قم: اسماعيليان.
- حلبى، ابوالصلاح. (۱۴۰۷). الكافي فى الفقه. اصفهان: كتابخانه اميرالمؤمنين (ع).
- حنبلی، محمد بن احمد. (۱۴۱۸). تنقيح التحقيق فى احاديث التعليق. رياض: أضواء السلف.
- حسينى عاملی، سيد جواد. (۱۳۹۰). مفتاح الكرامة فى شرح القواعد العلامة. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹). وسائل الشيعة فى تحصيل مسائل الشرعية. مشهد: مجمع البحوث الاسلامية.
- خويى، سيد ابوالقاسم موسوى. (۱۴۱۸). المباني فى شرح العروة الوثقى. قم: مؤسسه احياء آثار الامام الخوئى.

- خویی، سید ابوالقاسم موسوی. (١٤١٧). التنقیح فی شرح العروة الوثقی. قم: انصاریان.
- لخمی مالکی، علی بن محمد. (١٤٣٢). التبصرة. قطر: وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية.
- خرشی، محمد بن عبدالله. (١٤١٧). حاشیة الخرشی. بیروت: دار الکتب العلمیة.
- دارمی، عبدالله بن عبدالرحمن. (١٤١٢). السنن. ریاض: دار المعنی.
- درویش، محی الدین. (١٤١٥). اعراب القرآن الکریم و بیانه. سوریه: الارشاد.
- دمیری، محمد بن موسی. (١٤٢٥). النجم الوهاج فی شرح المنهاج. ریاض: دار المنهاج.
- رملی، محمد بن ابی عباس. (١٣٨٦). نهاية المحتاج الی شرح المنهاج. مصر: مكتبة المصطفى البابی.
- رومی، محمد بن محمد. (١٣٨٩). فتح القدير للكمال ابن الهمام. مصر: مطبعة مصطفى البابی.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (١٤١٢). المفردات فی الفاظ القرآن الکریم. بیروت: دار العلم.
- زیلعی، عثمان بن علی. (١٣١٣). تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق. قاهره: المطبعة الکبری.
- زحیلی، وهبه. (١٤٠٩). الفقه الاسلامی و أدلته. دمشق: دار الفکر.
- زیاد احمد، عبدالنبي سلامه. (١٩٩٦). الأطفال الأنایب بین العلم و الشریعة. عمان: الدار العربیة.
- زبیدی، محمد بن یعقوب. (١٤١٤). تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: دار الفکر.
- سیفی مازندرانی، علی اکبر. (١٤٢٢). کتاب الموارث. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- سعدی، علی بن حسین. (١٤٠٤). التنف فی الفتاوی. بیروت: دار الفرقان.
- سیدقطب، ابراهیم حسین الشاربی. (١٤١٢). فی ضلال القرآن. بیروت: دار الشروق.
- سرخسی، محمد بن احمد. (١٤١٤). المبسوط. بیروت: دار المعرفة.
- شافعی، محمد بن ادريس. (١٤٢٧). تفسير الامام الشافعی. ریاض: دار التدمریة.
- شافعی، محمد بن ادريس. (١٤٠٠). احکام القرآن. بیروت: دار الکتب العلمیة.
- صانعی، یوسف. (١٣٦٨). فقه الثقلین فی شرح تحریر الوسيلة. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- طیار، عبدالله بن محمد. (١٤٣٢). الفقه المیسر. ریاض: مدار الوطن للنشر.
- طوسی، محمد بن حسن. (١٣٦٥). تهذیب الاحکام. تهران: دار الکتب الاسلامیة.
- طوسی، محمد بن حسن. (١٣٦٧). الاستبصار. تهران: دار الکتب الاسلامیة.
- طوسی، محمد بن حسن. (١٤٠٣). العدة فی أصول الفقه. بیروت: مؤسسه آل البيت (ع).
- طباطبایی، سید محمدحسین. (١٣٦٩). المیزان فی تفسیر القرآن. تهران: دار الکتب الاسلامیة.
- طباطبایی، سید علی بن محمد. (١٤١٨). ریاض المسائل فی بیان الاحکام. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- عاملی، زین الدین بن علی. (١٤١٣). مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.
- غروی تبریزی، علی. (١٤١٧). التنقیح فی شرح العروة الوثقی. قم: انصاریان.
- غیتابی، محمود بن احمد. (١٣٨٩). البناية شرح الهدایة. بیروت: دار الکتب العلمیة.
- فضل الله، محمدحسین. (١٤٢١). فقه الموارث و الفرائض. بیروت: دار الملائک للطباعة.
- فاضل لنکرانی، محمد. (١٣٨٩). تلقیح مصنوعی انسان. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- فوزان، عبدالعزيز بن فوزان. (١٤٠٧). حکم استبراء الزانیة و استلحاق ولد الزنا. مجله العدل، (٣٠). وزارت العدل السعودیة.
- قدوری، احمد بن محمد. (١٤٢٧). التجريد. قاهره: دار السلام.
- قنوجی، محمدصديق بن حسن. (١٢٩٠). الروضة النذیة شرح الدرر البهیة. هند: دار المعرفة.

- كرجى، احمد محمد بن على. (۱۴۱۴). نكت الدالة على البيان فى أنواع العلوم و الأحكام. مصر: دار ابن عفان.  
 كاشف الغطاء، عباس بن حسن. (بى تا). الفوائد الجعفرية. قم: مؤسسه كاشف الغطاء.  
 كاشانى، ابوبكر بن مسعود. (۱۴۰۶). بدائع الصنائع. بيروت: دار الكتب العلمية.  
 موسوعة الفقه الاسلامى. (۱۴۲۲). مصر: المجلس الأعلى للشئون الاسلامية.  
 مالكى، عبدالوهاب بن على. (بى تا). المعونة على مذهب عالم المدينة (الامام مالك بن أنس). مكة المكرمة: المكتبة التجارية.  
 مالك بن انس. (۱۴۱۲). الموطأ. امارات: مؤسسه الرسالة.  
 موصلى، ابن مودود. (۱۴۱۹). الاختيار لتعليل المختار. دمشق: دار الخير.  
 ماوردى، على بن محمد. (۱۴۱۹). الحاوى الكبير فى فقه مذهب الامام الشافعى. بيروت: دار الكتب العلمية.  
 مجلسى، محمدباقر. (۱۴۰۶). ملاذ الأخيار فى فهم تهذيب الأخبار. قم: كتابخانه آيت الله العظمى مرعشى نجفى (ه).  
 محسنى، محمدآصف. (۱۴۱۳). الفقه و المسائل الطيبة. قم: بوستان كتاب.  
 مفيد، محمد بن محمد. (۱۴۱۰). المقنعة. قم: مؤسسه النشر الاسلامى.  
 نيشابورى، محمد بن ابراهيم. (۱۴۲۵). الاشراف على مذاهب العلماء. امارات متحده عربى: مكتبة مكة الثقافية.  
 نجفى، محمدحسن. (۱۴۰۴). جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام. بيروت: دار احياء التراث العربى.  
 نسفى، عبدالله بن احمد. (۱۴۱۹). مدارك التنزيل و حقائق التأويل. بيروت: دار الكلم الطيب.  
 نراقى، محمد مهدي. (۱۴۱۵). مستند الشيعة. قم: مؤسسه آل البيت (ع).  
 وجدانى فخر، قدرت الله. (۱۴۳۱). الجواهر الفخرية فى شرح الروضة البهية. بيروت: الاميرة للطباعة و النشر.  
 هررى، محمدامين بن عبدالله. (۱۴۳۹). مرشد ذوى الحجا و الحاجة الى سنن ابن ماجه. عربستان سعودى: دار المنهاج.  
 يزدى، سيد محمدكاظم. (۱۴۱۵). العروة الوثقى. قم: صحفى.

## Reference

- The Holy Qur'ān.  
 Ibn Nujaym, Zayn al-Dīn b. Ibrāhīm. (n.d.). *al-Baḥr al-rā'iq sharḥ Kanz al-daqa'iq* [The clear sea: Commentary on *Kanz al-daqa'iq*]. Beirut: Dār al-Ma'rifa.  
 Ibn Ḥazm, 'Alī b. Muḥammad. (n.d.). *al-Muḥallā bi-l-āthār* [The adorned treatise based on traditions]. Beirut: Dār al-Fikr.  
 Imāmī, Asad Allāh. (1394 SH [2015/2016 CE]). *Muṭāla'a-yi taṭbīqī-yi nasab dar ḥuqūq-i Īrān wa Farānsa* [A comparative study of filiation in Iranian and French law]. Tehran: Institute for Publishing and Printing, University of Tehran.  
 Aḥmad b. Ḥanbal, Abū 'Abd Allāh. (1421 AH [2000/2001 CE]). *al-Musnad li-l-Imām Aḥmad b. Ḥanbal* [The *Musnad* of Imām Aḥmad b. Ḥanbal]. n.p.: n.p.  
 Ardabīlī, Aḥmad b. Muḥammad. (1403 AH [1982/1983 CE]). *Majma' al-fā'ida wa-l-burhān* [The compendium of benefit and proof]. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī.  
 Abū Dāwūd, Sulaymān b. al-Ash'ath. (1419 AH [1998/1999 CE]). *al-Sunan* [The traditions]. Beirut: Dār al-Qibla li-l-Thaqāfa al-Islāmiyya.  
 Ibn Abī Dāwūd, 'Abd Allāh b. Sulaymān. (1405 AH [1984/1985 CE]). *Musnad 'Ā'isha* [The *Musnad* of 'Ā'isha]. Kuwait: Maktabat al-Aqṣā.  
 Ibn Ḥazm, Abū Muḥammad 'Alī b. Aḥmad. (n.d.). *al-Muḥallā bi-l-āthār* [The adorned treatise based on traditions]. Beirut: Dār al-Fikr.

- Abū Bilāl, Aḥmad b. Muḥammad. (1431 AH [2010/2011 CE]). *al-Nihāya fī gharīb al-ḥadīth wa-l-athar* [The ultimate reference on unusual terms in ḥadīth and tradition]. Riyadh: King Fahd Complex for Printing.
- Ibn ‘Ābidīn, Muḥammad Amīn b. ‘Umar. (1996). *Radd al-muḥtār ‘alā al-Durr al-mukhtār* [The response of the perplexed to *al-Durr al-mukhtār*]. Beirut: Dār al-Fikr.
- Ibn Qudāma, Abū Muḥammad ‘Abd Allāh b. Aḥmad. (1389 AH [1969/1970 CE]). *al-Mughnī* [The sufficient work]. Egypt: Maktabat al-Qāhira.
- Ibn Qudāma, Abū Muḥammad ‘Abd Allāh b. Aḥmad. (1433 AH [2011/2012 CE]). *al-Sharḥ al-kabīr* [The great commentary]. Beirut: Dār al-Fikr.
- Ibn Qayyim, Muḥammad b. Abī Bakr. (1415 AH [1994/1995 CE]). *Zād al-ma‘ād fī hady khayr al-‘ibād* [Provisions for the hereafter in the guidance of the best of servants]. Beirut: Maktabat al-Manār.
- Ibn ‘Abd al-Barr, Yūsuf b. ‘Abd Allāh. (1421 AH [2000/2001 CE]). *al-Istidhkār* [The recollection]. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya.
- Ibn Kathīr, Ismā‘īl b. ‘Umar. (1419 AH [1998/1999 CE]). *Tafsīr al-Qur‘ān al-‘aẓīm* [Exegesis of the magnificent Qur‘ān]. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya.
- Ibn Muflīḥ, Ibrāhīm b. Muḥammad. (1418 AH [1997/1998 CE]). *al-Mubdī‘ sharḥ al-Muqni‘* [The creative commentary on *al-Muqni‘*]. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya.
- Ibn Ḥajar, Aḥmad b. ‘Alī. (1406 AH [1985/1986 CE]). *Taqrīb al-tahdhīb* [A concise approximation of *al-Tahdhīb*]. Syria: Dār al-Rashīd.
- Aḥmad ‘Abd al-Ḥamīd. (2008). *Aḥkām walad al-zinā fī al-fiqh al-Islāmī* [The rulings concerning the child of fornication in Islamic jurisprudence]. Palestine: An-Najah National University, Nablus.
- Bujnūrdī, Sayyid Muḥammad b. Ḥasan. (1410 AH [1989/1990 CE]). *al-Qawā‘id al-fiqhiyya* [Jurisprudential maxims]. Tehran: Mu‘assasat ‘Urūj.
- Bukhārī, Aḥmad b. Ismā‘īl. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Ṣaḥīḥ al-Bukhārī* [The authentic collection of al-Bukhārī]. Egypt: al-Majlis al-‘Alā li-l-Shu‘ūn al-Islāmiyya.
- Tirmidhī, Muḥammad b. ‘Īsā. (1395 AH [1975/1976 CE]). *al-Sunan* [The traditions]. Egypt: Maṭba‘at Muṣṭafā al-Bābī al-Ḥalabī.
- Tamīmī, Abū Bakr b. Muḥammad. (1434 AH [2012/2013 CE]). *al-Jāmi‘ li-masā‘il al-Mudawwana* [The compendium of the issues of *al-Mudawwana*]. Beirut: Ma‘had al-Buḥūth al-‘Ilmiyya.
- Tha‘labī, ‘Abd al-Wahhāb b. ‘Alī. (n.d.). *al-Ma‘ūna ‘alā madhhab ‘ālim al-Madīna: al-Imām Mālik b. Anas* [Assistance according to the school of the scholar of Medina: Imām Mālik b. Anas]. Mecca: al-Maktaba al-Tijāriyya.
- Juwaynī, ‘Abd al-Malik b. ‘Abd Allāh. (1428 AH [2007/2008 CE]). *Nihāyat al-maṭlab fī dirāyat al-madhhab* [The ultimate objective in understanding the school]. n.p.: Dār al-Minhāj.
- Ḥillī, Ja‘far b. Ḥasan. (1409 AH [1988/1989 CE]). *Sharā‘i‘ al-Islām fī masā‘il al-ḥalāl wa-l-ḥarām* [The laws of Islam concerning lawful and unlawful matters]. Qom: Ismā‘īliyyān.
- Ḥillī, Muḥammad b. Ḥasan. (1363 SH [1984/1985 CE]). *Īdāḥ al-fawā‘id* [Clarification of the benefits]. Qom: Ismā‘īliyyān.
- Ḥalabī, Abū al-Ṣalāḥ. (1407 AH [1986/1987 CE]). *al-Kāfi fī al-fiqh* [The sufficient book in jurisprudence]. Isfahan: Library of Amīr al-Mu‘minīn.

- Ḥanbalī, Muḥammad b. Aḥmad. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Tanqīh al-tahqīq fī aḥādīth al-ta'liq* [Refinement of the verification of the suspended ḥadīths]. Riyadh: Aḍwā' al-Salaf.
- Ḥusaynī 'Āmilī, Sayyid Jawād. (1390 SH [2011/2012 CE]). *Miftāh al-karāma fī sharḥ Qawā'id al-'allāma* [The key to nobility in commentary on al-'Allāma's *Qawā'id*]. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī.
- Hurr al-'Āmilī, Muḥammad b. Ḥasan. (1409 AH [1988/1989 CE]). *Wasā'il al-shī'a fī taḥṣīl masā'il al-sharī'a* [The means of the Shi'a for attaining the issues of the sharī'a]. Mashhad: Majma' al-Buḥūth al-Islāmiyya.
- al-Khū'ī, Sayyid Abū al-Qāsim Mūsawī. (1418 AH [1997/1998 CE]). *al-Mabānī fī sharḥ al-'Urwa al-wuṭḥā* [The foundations in commentary on *al-'Urwa al-wuṭḥā*]. Qom: Mu'assasat Iḥyā' Āthār al-Imām al-Khū'ī.
- al-Khū'ī, Sayyid Abū al-Qāsim Mūsawī. (1417 AH [1996/1997 CE]). *al-Tanqīh fī sharḥ al-'Urwa al-wuṭḥā* [The refinement in commentary on *al-'Urwa al-wuṭḥā*]. Qom: Anṣāriyān.
- Lakhmī Mālikī, 'Alī b. Muḥammad. (1432 AH [2010/2011 CE]). *al-Tabṣira* [The clarification]. Qatar: Ministry of Endowments and Islamic Affairs.
- Kharashī, Muḥammad b. 'Abd Allāh. (1417 AH [1996/1997 CE]). *Hāshiyat al-Kharashī* [The gloss of al-Kharashī]. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya.
- Dārimī, 'Abd Allāh b. 'Abd al-Raḥmān. (1412 AH [1991/1992 CE]). *al-Sunan* [The traditions]. Riyadh: Dār al-Mughnī.
- Darwīsh, Muḥyī al-Dīn. (1415 AH [1994/1995 CE]). *I'rāb al-Qur'ān al-karīm wa-bayānuhu* [The grammatical analysis and exposition of the noble Qur'ān]. Syria: al-Irshād.
- Damīrī, Muḥammad b. Mūsā. (1425 AH [2004/2005 CE]). *al-Najm al-wahḥāj fī sharḥ al-Minhāj* [The shining star in commentary on *al-Minhāj*]. Riyadh: Dār al-Minhāj.
- Ramlī, Muḥammad b. Abī al-'Abbās. (1386 AH [1966/1967 CE]). *Nihāyat al-muḥtāj ilā sharḥ al-Minhāj* [The utmost need for commentary on *al-Minhāj*]. Egypt: Maktabat Muṣṭafā al-Bābī.
- Rūmī, Muḥammad b. Muḥammad. (1389 AH [1969/1970 CE]). *Faṭḥ al-qadīr li-l-Kamāl Ibn al-Humām* [Opening of the omnipotent by al-Kamāl Ibn al-Humām]. Egypt: Maṭba'at Muṣṭafā al-Bābī.
- Rāghib al-Iṣfahānī, Ḥusayn b. Muḥammad. (1412 AH [1991/1992 CE]). *al-Mufradāt fī al-fāz al-Qur'ān al-karīm* [Vocabulary of the noble Qur'ān]. Beirut: Dār al-'Ilm.
- Zayla'ī, 'Uthmān b. 'Alī. (1313 AH [1895/1896 CE]). *Tabyīn al-ḥaqā'iq sharḥ Kanz al-daqa'iq* [Clarification of the truths: Commentary on *Kanz al-daqa'iq*]. Cairo: al-Maṭba'at al-Kubrā.
- Zuḥaylī, Wahba. (1409 AH [1988/1989 CE]). *al-Fiqh al-Islāmī wa-adillatuhu* [Islamic jurisprudence and its proofs]. Damascus: Dār al-Fikr.
- Ziyād Aḥmad, 'Abd al-Nabī Salāma. (1996). *al-Aḥfāl al-anābīb bayn al-'ilm wa-l-sharī'a* [Test-tube babies between science and Islamic law]. Amman: al-Dār al-'Arabiyya.
- Zabīdī, Muḥammad b. Ya'qūb. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Tāj al-'arūs min jawāhir al-Qāmūs* [The bride's crown from the jewels of *al-Qāmūs*]. Beirut: Dār al-Fikr.
- Sayfī Māzandarānī, 'Alī Akbar. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Kitāb al-mawārīth* [The book of inheritance]. Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.

- Sughdī, ‘Alī b. Ḥusayn. (1404 AH [1983/1984 CE]). *al-Nutafḥi al-fatāwā* [Selections in legal opinions]. Beirut: Dār al-Furqān.
- Sayyid Quṭb, Ibrāhīm Ḥusayn al-Shāribī. (1412 AH [1991/1992 CE]). *Fī zilāl al-Qur’ān* [In the shade of the Qur’ān]. Beirut: Dār al-Shurūq.
- Sarakhsī, Muḥammad b. Aḥmad. (1414 AH [1993/1994 CE]). *al-Mabsūṭ* [The extensive work]. Beirut: Dār al-Ma’rifa.
- Shāfi‘ī, Muḥammad b. Idrīs. (1427 AH [2006/2007 CE]). *Tafsīr al-Imām al-Shāfi‘ī* [The exegesis of Imām al-Shāfi‘ī]. Riyadh: Dār al-Tadmuriyya.
- Shāfi‘ī, Muḥammad b. Idrīs. (1400 AH [1979/1980 CE]). *Ahkām al-Qur’ān* [Qur’ānic legal rulings]. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya.
- Ṣāni‘ī, Yūsuf. (1368 SH [1989/1990 CE]). *Fiqh al-thaqalayn fī sharḥ Tahrīr al-wasīla* [The jurisprudence of the two weighty things in commentary on *Tahrīr al-wasīla*]. Qom: Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini’s Works.
- Ṭayyār, ‘Abd Allāh b. Muḥammad. (1432 AH [2010/2011 CE]). *al-Fiqh al-muyassar* [Facilitated jurisprudence]. Riyadh: Madār al-Waṭan li-l-Nashr.
- Ṭūsī, Muḥammad b. Ḥasan. (1365 SH [1986/1987 CE]). *Tahdhīb al-ahkām* [The refinement of legal rulings]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- Ṭūsī, Muḥammad b. Ḥasan. (1367 SH [1988/1989 CE]). *al-Istibṣār* [Seeking insight]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- Ṭūsī, Muḥammad b. Ḥasan. (1403 AH [1982/1983 CE]). *al-‘Udda fī uṣūl al-fiqh* [The preparation in the principles of jurisprudence]. Beirut: Mu’assasat Āl al-Bayt.
- Ṭabāṭabā‘ī, Sayyid Muḥammad Ḥusayn. (1369 SH [1990/1991 CE]). *al-Mīzān fī tafsīr al-Qur’ān* [The balance in Qur’ānic exegesis]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- Ṭabāṭabā‘ī, Sayyid ‘Alī b. Muḥammad. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Riyāḍ al-masā’il fī bayān al-ahkām* [The gardens of legal issues in exposition of rulings]. Qom: Mu’assasat Āl al-Bayt.
- ‘Āmilī, Zayn al-Dīn b. ‘Alī. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Masālik al-afhām ilā tanqīḥ Sharā’i‘ al-Islām* [Paths of understanding toward refining *Sharā’i‘ al-Islām*]. Qom: Mu’assasat al-Ma‘ārif al-Islāmiyya.
- Gharawī Tabrīzī, ‘Alī. (1417 AH [1996/1997 CE]). *al-Tanqīḥ fī sharḥ al-‘Urwa al-wuthqā* [The refinement in commentary on *al-‘Urwa al-wuthqā*]. Qom: Anṣāriyān.
- Ghayṭābī, Maḥmūd b. Aḥmad. (1389 AH [1969/1970 CE]). *al-Bināya sharḥ al-Hidāya* [The edifice: Commentary on *al-Hidāya*]. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya.
- Faḍl Allāh, Muḥammad Ḥusayn. (1421 AH [2000/2001 CE]). *Fiqh al-mawārith wa-l-farā’id* [The jurisprudence of inheritance and obligatory shares]. Beirut: Dār al-Malāk li-l-Ṭibā‘a.
- Fāḍil Lankarānī, Muḥammad. (1389 SH [2010/2011 CE]). *Talqīḥ-i maṣnū‘i-yi insān* [Human artificial insemination]. Qom: Jurisprudential Center of the Pure Imams.
- Fawzān, ‘Abd al-‘Azīz b. Fawzān. (1407 AH [1986/1987 CE]). The ruling on determining the non-pregnancy of a female fornicator and attributing a child of fornication. *Majallat al-‘Adl* [Journal of Justice], (30). Saudi Ministry of Justice.
- Qudūrī, Aḥmad b. Muḥammad. (1427 AH [2006/2007 CE]). *al-Tajrīd* [The abstraction]. Cairo: Dār al-Salām.
- Qannūjī, Muḥammad Ṣiddīq b. Ḥasan. (1290 AH [1873/1874 CE]). *al-Rawḍa al-nadiyya sharḥ al-Durar al-bahiyya* [The fresh garden: Commentary on *al-Durar al-bahiyya*]. India: Dār al-Ma’rifa.

- Karajī, Aḥmad Muḥammad b. ‘Alī. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Nukat al-dālla ‘alā al-bayān fī anwā’ al-‘ulūm wa-l-aḥkām* [Indicative points on exposition in the types of sciences and rulings]. Egypt: Dār Ibn ‘Affān.
- Kāshif al-Ghiṭā’, ‘Abbās b. Ḥasan. (n.d.). *al-Fawā’id al-Ja’fariyya* [Ja’farī benefits]. Qom: Mu’assasat Kāshif al-Ghiṭā’.
- Kāsānī, Abū Bakr b. Mas’ūd. (1406 AH [1985/1986 CE]). *Badā’i’ al-ṣanā’i’* [The wonders of crafted legal analysis]. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya.
- Mawsū’at al-fiqh al-Islāmī* [Encyclopedia of Islamic jurisprudence]. (1422 AH [2001/2002 CE]). Egypt: al-Majlis al-‘Alā li-l-Shu’ūn al-Islāmiyya.
- Mālikī, ‘Abd al-Wahhāb b. ‘Alī. (n.d.). *al-Ma’ūna ‘alā madhhab ‘ālim al-Madīna: al-Imām Mālik b. Anas* [Assistance according to the school of the scholar of Medina: Imām Mālik b. Anas]. Mecca: al-Maktaba al-Tijāriyya.
- Mālik b. Anas. (1412 AH [1991/1992 CE]). *al-Muwaṭṭa’* [The well-trodden path]. United Arab Emirates: Mu’assasat al-Risāla.
- Mawṣilī, Ibn Mawdūd. (1419 AH [1998/1999 CE]). *al-Ikhtiyār li-ta’līl al-Mukhtār* [The choice for explaining *al-Mukhtār*]. Damascus: Dār al-Khayr.
- Māwardī, ‘Alī b. Muḥammad. (1419 AH [1998/1999 CE]). *al-Ḥāwī al-kabīr fī fiqh madhhab al-Imām al-Shāfi’ī* [The great comprehensive work on the jurisprudence of the school of Imām al-Shāfi’ī]. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyya.
- Majlisī, Muḥammad Bāqir. (1406 AH [1985/1986 CE]). *Malādh al-akhyār fī fahm Tahdhīb al-akhbār* [The refuge of the righteous in understanding *Tahdhīb al-akhbār*]. Qom: Library of Āyat Allāh Mar’ashī Najafī.
- Muḥsinī, Muḥammad Āṣif. (1413 AH [1992/1993 CE]). *al-Fiqh wa-l-masā’il al-ṭibbiyya* [Jurisprudence and medical issues]. Qom: Būstān-i Kitāb.
- Mufid, Muḥammad b. Muḥammad. (1410 AH [1989/1990 CE]). *al-Muqni’a* [The sufficient legal manual]. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī.
- Nīshābūrī, Muḥammad b. Ibrāhīm. (1425 AH [2004/2005 CE]). *al-Ishrāf ‘alā madhāhib al-‘ulamā’* [Survey of the schools of the scholars]. United Arab Emirates: Maktabat Makka al-Thaqāfiyya.
- Najafī, Muḥammad Ḥasan. (n.d.). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ Sharā’i’ al-Islām* [Jewels of discourse in commentary on *Sharā’i’ al-Islām*]. Beirut: Dār Ihyā’ al-Turāth al-‘Arabī.
- Nasafī, ‘Abd Allāh b. Aḥmad. (1419 AH [1998/1999 CE]). *Madārik al-tanzīl wa-ḥaqā’iq al-ta’wīl* [Perceptions of revelation and realities of interpretation]. Beirut: Dār al-Kalim al-Ṭayyib.
- Narāqī, Muḥammad Mahdī. (1415 AH [1994/1995 CE]). *Mustanad al-shī’a* [The evidentiary foundation of the Shi’a]. Qom: Mu’assasat Āl al-Bayt.
- Wijḍānī Fakhr, Qudrat Allāh. (1431 AH [2010/2011 CE]). *al-Jawāhir al-fakhriyya fī sharḥ al-Rawḍa al-bahiyya* [The noble jewels in commentary on *al-Rawḍa al-bahiyya*]. Beirut: al-Amīra li-l-Ṭībā’a wa-l-Nashr.
- Hararī, Muḥammad Amīn b. ‘Abd Allāh. (1439 AH [2017/2018 CE]). *Murshid dhawī al-hijā wa-l-hāja ilā Sunan Ibn Māja* [A guide for people of intellect and need to the *Sunan* of Ibn Māja]. Saudi Arabia: Dār al-Minhāj.
- Yazdī, Sayyid Muḥammad Kāzīm. (1415 AH [1994/1995 CE]). *al-‘Urwa al-wuṭṭiqā* [The firmest handle]. Qom: Ṣahāfi.

## Extradition of Shi'i Offenders to Non-Shi'i Islamic Countries from the Perspective of Imami Fiqh and Iranian Law

Sayyid Muhammad Mousavi<sup>1</sup> , Muhammad Baqer Gerayeli<sup>2✉</sup> ,  
and Abdulreza Asghari<sup>3</sup> 

1. PhD in Criminal Law and Criminology, Al-Mustafa International University, Mashhad, Iran. Email: [mousavi.sm@gmail.com](mailto:mousavi.sm@gmail.com)
2. Corresponding Author, Assistant Professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: [grayeli@razavi.ac.ir](mailto:grayeli@razavi.ac.ir)
3. Assistant Professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: [asghari@razavi.ac.ir](mailto:asghari@razavi.ac.ir)

---

### Article Info

**Article type:**  
Research Article

**Article history:**

Received  
21 February 2024  
Received in revised form  
07 May 2024  
Accepted  
22 May 2024  
Available online  
22 December 2025

**Keywords:**

extradition of offenders,  
Shi'i Muslim,  
Imami fiqh,  
non-Shi'i

---

### ABSTRACT

Extradition is one of the most important forms of legal and judicial cooperation among states: it consists of measures by which states return offenders who have fled to another country to the state of prosecution or enforcement. States use extradition to preserve security and punish offenders. The question becomes more complex where the requested person is a Shi'i Muslim and the requesting country is an Islamic but non-Shi'i state. Imami fiqh, with its emphasis on justice, human dignity, and protection of the believer's life and religion, does not permit extradition where there is fear of death, torture, religious coercion, or unfair trial. Iranian law, under the Constitution and the Extradition of Offenders Act of 1960, contains conditions such as treaty basis, dual criminality, and respect for minimum guarantees, but lacks a systematic mechanism for assessing sectarian risk. This study argues that extradition should be refused absent credible assurances of fair trial and protection of religious rights.

---

**Cite this article:** Mousavi, S. M., Gerayeli, M. B., & Asghari, A. (1404). Extradition of Shi'i Offenders to Non-Shi'i Islamic Countries from the Perspective of Imami Fiqh and Iranian Law. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 20(2), 365-388. <https://doi.org/10.22034/fvh.2024.18124.1917>



© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.  
DOI: <https://doi.org/10.22034/fvh.2024.18124.1917>

---

## **Introduction**

Extradition is a major instrument of international judicial cooperation. States return persons who have fled across borders in order to protect security and enforce criminal justice. However, when the person sought is a Shi'i Muslim and the requesting state is an Islamic but non-Shi'i country, fiqhi and human rights concerns arise. Imami fiqh emphasizes justice, human dignity, and the sanctity of the believer's life and religion. The relevant bases include the rule of negating domination, the prohibition of cooperation in sin and aggression, and the requirement of justice in judgment. Iranian constitutional principles and the Extradition of Offenders Act of 1960 also impose legal conditions on extradition. The study examines whether and when such extradition is permissible.

## **Methodology**

The research is library-based and uses fiqhi sources, including works of Imami jurists, Qur'anic verses, and reports, as well as legal sources such as the Constitution, the Extradition of Offenders Act, bilateral and multilateral treaties, and judicial practice. It employs comparative analysis between Imami fiqh and Iranian law.

## **Findings**

First, contemporary extradition procedures have become faster through removal of unnecessary formalities and new channels of information exchange, shortening time limits for detention and transfer. Second, in Imami fiqh extradition is conditional on confidence that justice will be observed. If the requesting state has a judicial system that is unjust, discriminatory, or hostile toward Shi'ism, extradition is impermissible. Third, Iranian law implicitly reflects fiqhi concerns but does not expressly prohibit extradition where adequate assurances are absent. Fourth, Iranian judicial practice appears cautious in extradition to non-Shi'i Islamic states, yet the absence of a regular mechanism for assessing sectarian risk and violations of defendants' rights remains a significant weakness.

## **Discussion**

The most sensitive issue is the interaction between international cooperation and the duty to protect life, dignity, religion, and due process. The fiqhi objection is not merely political; it rests on the illegitimacy of delivering a believer to a forum where judicial authority may not meet Imami standards or where the person faces sectarian harm. Iranian law can accommodate these concerns through treaty interpretation, constitutional principles, human rights guarantees, and the requirement of credible assurances.

## Conclusion

From the perspective of Imami fiqh, extraditing Shi'i offenders to Muslim countries not governed according to the doctrine of wilayat al-faqih is, according to the reasoning attributed to many jurists and the Guardian Council, impermissible where judges lack the required qualifications or the person faces danger to life, religion, dignity, or fair trial. More generally, extradition of a Shi'i Muslim to a non-Shi'i Islamic country is impermissible when reports prohibiting recourse to unjust judges or the protection of believers' religious security apply by rationale. Iranian authorities should therefore evaluate fiqhi and human rights concerns together and refuse extradition in the absence of reliable assurances.

## Declarations

**Author Contributions:** The first author extracted the article from the dissertation and prepared the main draft. The corresponding author reviewed the article twice and provided comments that were incorporated. The third author reviewed and approved the article.

**Data Availability Statement:** Not specified in the source file.

**Acknowledgements:** The authors thanked Al-Mustafa International University, especially its research staff, and the Astan Quds Razavi Libraries Organization, particularly the Researchers' Hall.

**Ethical Considerations:** The author(s) observed the ethical principles governing the conduct and publication of scientific research, where specified in the source file.

**Funding:** The article received no financial support.

**Conflict of Interest:** No conflict of interest was specified in the source file.

**Declaration on Generative AI and AI-assisted Technologies:** Artificial intelligence was used only for translating some words and technical terms.



## استرداد مجرم شیعی به کشورهای اسلامی غیر شیعی از منظر فقه امامیه و حقوق ایران

سید محمد موسوی<sup>۱</sup>، محمدباقر گرایلی<sup>۲</sup>، و عبدالرضا اصغری<sup>۳</sup>

۱. دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، جامعه المصطفی العالمیه، مشهد، ایران. رایانامه: [mousavi.sm@gmail.com](mailto:mousavi.sm@gmail.com)

۲. نویسنده مسئول، استادیار گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: [grayeli@razavi.ac.ir](mailto:grayeli@razavi.ac.ir)

۳. استادیار گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: [asghari@razavi.ac.ir](mailto:asghari@razavi.ac.ir)

### اطلاعات مقاله

### چکیده

#### نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۰۲

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۲/۱۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۰۲

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۱۰/۰۱

#### کلیدواژه‌ها:

استرداد مجرمان،

مسلمان شیعه،

فقه امامیه،

غیرشیعی

یکی از مهم‌ترین همکاری‌های حقوقی و قضایی بین کشورها، استرداد مجرمان است؛ یعنی سلسله اقداماتی که به‌موجب آن دولت‌ها مجرمانی را که به کشور دیگری گریخته‌اند، به کشور محل تعقیب یا اجرای حکم بازمی‌گردانند. دولت‌ها برای حفظ امنیت کشورشان و مجازات مجرمان، با یکدیگر قرارداد استرداد مجرمان امضا می‌کنند. در این تحقیق، استرداد مجرمان شیعه از کشوری اسلامی که بر اساس ولایت فقیه اداره می‌شود، به کشورهای اسلامی که بر این اساس اداره نمی‌شوند، مورد بررسی قرار می‌گیرد. یافته‌ها حاکی از آن است که از نظر حقوق موضوعه، استرداد مجرمان پذیرفته‌شده است. اما از نظر فقهی، استرداد مجرمان با چالش روبه‌رو است و سؤال این است که دولت اسلامی که در رأس آن ولی فقیه قرار دارد، چگونه می‌تواند چنین قراردادی را با کشورهای اسلامی غیرشیعی منعقد کند؟ در صورت جواز، عمل کردن به آن بر دولت اسلامی لازم است و در صورت عدم جواز، انعقاد آن، عقد قرارداد برای عمل حرام محسوب شده و صحیح نیست. نتیجه تحقیق نشان می‌دهد که از نظر فقهی، استرداد مجرم شیعه به کشورهای اسلامی که قضات آن‌ها منصوب از سوی امام (ع) یا نایب او نباشد، جایز نیست، اما از نظر حقوق موضوعه، تابع قرارداد بین کشورهاست.

**استناد:** موسوی، سید محمد؛ گرایلی، محمدباقر؛ و اصغری، عبدالرضا. (۱۴۰۴). استرداد مجرم شیعی به کشورهای اسلامی

غیرشیعی از منظر فقه امامیه و حقوق ایران. مطالعات فقه اسلامی و مابنی حقوق، (۲)۲۰، ۳۸۸-۳۶۵.

<https://doi.org/10.22034/FVH.2023.17326.1862>



### مقدمه

عدالت و همکاری قضایی ایجاب می‌کند که متهمان و بزهکاران فراری در کشورها احساس آرامش و امنیت ننمایند. اگر همکاری بین کشورها وجود نداشته باشد و بزهکاران بتوانند پس از ارتکاب جرم به طور آزاد در کشور دیگری زندگی نموده و مورد تعقیب قرار نگیرند، عدالت مورد تهدید قرار می‌گیرد و جامعه دستخوش هرج و مرج خواهد شد. همچنین اهمیت استرداد مجرمان در این است که دولت‌های درخواست‌کننده که بر اثر جرم، نظم عمومی و امنیت کشور آن‌ها در معرض خطر قرار گرفته‌اند، امکان استرداد مجرمان را به کشور خویش و مجازات آن‌ها را داشته باشند تا از تکرار جرم در جامعه جلوگیری کرده و عدالت را در مورد مجرمان فراری اجرا کنند. از طرفی، استرداد مجرمان برای کشورهای درخواست‌شونده نیز فوایدی دارد، از جمله آنکه با طرد افراد مجرم و بزهکار از کشور خود و تحویل آن‌ها به کشور متبوعشان، اسباب تأمین امنیت داخلی خود را فراهم کرده و اجازه نمی‌دهند کشورشان پناهگاه مجرمان و تبهکاران جوامع دیگر شود؛ زیرا تضمینی وجود ندارد مجرمانی که نظم و امنیت کشور خود را به هم زده و قوانین و مقررات کشور خود را نقض کرده‌اند، در کشوری که به آنجا پناه برده‌اند مرتکب جرم نشوند و نظم، امنیت و قوانین آن کشور را رعایت کنند. بنابراین استرداد مجرمان نتیجه همکاری‌های قضایی و بین‌المللی در مبارزه با بزهکاری است. این تحقیق به بررسی استرداد مجرم یا متهم شیعه به کشورهای اسلامی غیرشیعی از منظر فقه امامیه و حقوق ایران می‌پردازد. طرح بحث به این صورت است که اگر یک طرف استرداد دارای حاکمیت مشروع و مبتنی بر ولایت فقیه باشد و طرف دیگر آن کشورهایی باشد که حاکمیت آن‌ها بر اساس ولایت فقیه اداره نمی‌شود، در این صورت سؤالی که مطرح می‌شود این است که حکم استرداد شیعیان به این‌گونه کشورها چیست؟ به نظر می‌رسد از نظر منابع فقهی شیعه، مراجعه به محاکم غیرامامی ممنوع است؛ همچنین احکام صادره از محاکم آن‌ها قابل قبول نیست.

با این اوصاف، سؤال اصلی این تحقیق این است که حکم استرداد مجرم شیعی به کشورهای اسلامی غیرشیعی از منظر فقه و حقوق ایران چیست؟

در راستای پاسخ‌گویی به سؤال، مقاله در دو بخش تنظیم شده است؛ بخش اول به تعاریف برخی از اصطلاحات و مباحث کلی آن اختصاص دارد و بخش دوم نیز به بررسی استرداد مجرمان یا متهمان شیعه به کشورهای اسلامی غیرشیعه از دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران می‌پردازد.

### پیشینه تحقیق

با توجه به بررسی انجام‌شده، تاکنون مقاله، کتاب و پایان‌نامه‌ای در مورد استرداد مجرم شیعه از کشور اسلامی که بر مبنای ولایت فقیه اداره می‌شود، با کشورهای اسلامی که با این روش اداره نمی‌شود، یافت نشده است. تنها در فقه، فقهای عظام مطالبی را در خصوص روایت عمر بن حنظله و روایت ابی خدیجه بیان فرموده‌اند.

### تعریف استرداد مجرمان

هر موضوعی دارای مباحث کلی و نظری است و موضوع استرداد مجرمان نیز از این قاعده مستثنی نیست. در این مبحث به تعریف لغوی و اصطلاحی آن پرداخته می‌شود.

استرداد یک واژه عربی است که از ماده «رد» گرفته شده و بر وزن استفعال است و در کتب لغت، به معنای بازپس گرفتن و پس گرفتن (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ص. ۳۲۰)، بازدهی و پس فرستادگی و تسلیم مجرم به دولت متبوع وی بر اثر تقاضا آمده است (نفیسی، ۱۳۱۸، ج. ۱، ص. ۳۱۶).

اصطلاح استرداد مجرمان به معنای مرسوم آن، در قوانین ایران تعریف نشده است، اما در مباحث حقوقی این کشور مطرح شده است و در کتب و آثار فقهی به طور روشن چنین اصطلاحی یافت نمی‌شود؛ زیرا استرداد قرارداد جدیدی است که به معنای امروزی آن در کتاب‌های فقهی بررسی نشده است.

بنابراین در تعریف آن، ناگزیر هستیم به منابع حقوقی و آثار حقوق‌دانان مراجعه کنیم. البته باید این نکته را یادآوری کرد که این حرف به این معنا نیست که آثار فقهی و اسلامی به طور کلی خالی از طرح این مبحث باشد، بلکه می‌توان از لابه‌لای مباحثی چون مهاده، صلح حدیبیه، قواعد فقهی و... مطالبی را درباره استرداد مجرمان استخراج نمود.

اما در اصطلاح حقوقی، تعاریف مختلفی برای استرداد مجرمان ارائه شده است. به عنوان نمونه، به یکی از آن تعاریف اشاره می‌کنیم: در اصطلاح حقوقی، استرداد مجرمان عبارت است از: آیینی که به موجب آن، کشور درخواست‌کننده (که غالباً در قلمرو آن انجام می‌شود) از کشور دیگری که کشور مورد درخواست‌شونده نامیده می‌شود، تسلیم مجرم یا متهمی را که در قلمرو آن سکونت دارد، خواستار شود (اردبیلی، ۱۴۰۰، ص. ۱۰۳). به عبارت دیگر، اقداماتی که به موجب آن دولت‌ها متقابلاً افرادی را که به دلیل ارتکاب جرم تحت تعقیب مقامات قضایی قرار گرفته‌اند و متهم یا محکوم شده‌اند و به قلمرو حکومت دیگری گریخته‌اند، طبق شرایط و قوانین خاصی به یکدیگر باز می‌گردانند. کشوری که درخواست استرداد می‌کند، کشور درخواست‌کننده و کشوری که از آن درخواست استرداد می‌شود، کشور درخواست‌شونده نامیده می‌شود.

### استرداد مجرم شیعی به کشورهای اسلامی غیر شیعی از منظر فقهی

در این قسمت، جواز یا عدم استرداد مجرم شیعه به کشورهای اسلامی غیر شیعی از منظر فقه امامیه مورد بررسی قرار می‌گیرد. از منظر فقهی، در مورد استرداد مجرمان شیعه به کشورهای اسلامی غیر شیعی می‌توان دو دیدگاه مطرح کرد: یکی آنکه استرداد مجرم شیعه به کشورهای اسلامی غیر شیعی جایز نیست و دیدگاه دیگر آنکه این نوع استرداد جایز است که هر کدام مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### عدم جواز استرداد

از جمله مواردی که در معاهدات استرداد مجرمان مورد ایراد شورای نگهبان قرار گرفته است، عدم پذیرش حکم قاضی غیر منصوب و فاقد صلاحیت است.

به عنوان مثال، در متن نظرات استدلالی شورا در خصوص لایحه موافقت‌نامه استرداد مجرمان بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری عراق، نظر برخی از اعضای شورای نگهبان (دیدگاه مخالفت) چنین آمده است:

با توجه به اینکه قضات دادگاه‌های عراق توسط شخصی که شرعاً حق نصب قاضی و اجازه قضا را دارد، نصب نشده‌اند و چه بسا شرایط قضا را نیز نداشته و احکامی را که ملاک عمل قرار می‌دهد، موافق با موازین شرع نباشد، لایحه مزبور از جمله ماده (۱) آن از این حیث که برای این دادگاه‌ها اعتبار قضایی قائل می‌شود، خلاف موازین شرع است. (مصطفی‌زاده، ۱۳۹۳، ص. ۵)

دسته اول که استرداد را جایز نمی‌دانند، با استناد به آیات قرآن کریم، روایات معصومان (ع) و نظر فقیهان بر مدعای خود استدلال کرده‌اند.

### آیات

قرآن کریم در مورد نهی از «تسلط طاغوت» می‌فرماید:

ای کسانی را که به آنچه بر تو نازل شده و بر پیامبران پیش از تو نازل شده، ایمان آورده‌اند، نمی‌بینی که می‌خواهند داوری را به‌سوی (حاکمان باطل) ببرند؟ درحالی‌که مأمورند که به طاغوت کفر ورزند و شیطان می‌خواهد آن‌ها را گمراه کند (نساء/ ۶۰).<sup>۱</sup>

منظور از طاغوت در این آیه شریفه چیست؟ در پاسخ می‌توان گفت که طاغوت از ماده «طغیان» است و این کلمه با تمام مشتقاتش به‌معنای طغیان و شکستن حدود و قیود است یا هر امری که وسیله طغیان یا سرکشی باشد. به عبارت دیگر، طاغوت به‌معنای بسیار سرکش و مقصود از آن شیطان است و قضات ناحقی که از طرف حکومت جور منصوب می‌شوند، طاغوت نامیده می‌شوند. بنابراین، کسانی که به بطلان حکم می‌کنند، طاغوت هستند؛ زیرا مرزهای خدا و حقیقت و عدالت را شکسته‌اند.

آیه فوق مانند آیات دیگر قرآن، حکمی همگانی و ابدی را برای همه مسلمانان در طول اعصار و قرون بیان می‌کند و به آن‌ها هشدار می‌دهد: رجوع به حاکمان باطل و درخواست قضاوت از طاغوت، با ایمان به خدا و کتب آسمانی با هم سازگار نیست. به‌علاوه، انسان را از راه حق به بیراه‌های می‌اندازد که از حقیقت بسیار دور است. مفاسد چنین داوری‌ها، در به هم ریختن ساختار اجتماعی، بر کسی پوشیده نیست و یکی از عوامل عقب‌گرد تجمعات است.

بنابراین، این آیه اطلاق دارد و به پذیرش امور سیاسی، نظامی، اقتصادی، تشریحی و قضایی از قبیل قضاوت، محاکمه، حکم و مجازات اشاره دارد. توضیح آنکه، استرداد شیعیان به کشورهای اسلامی یا برای محاکمه است یا مجازات؛ که هر دو از امور قضایی است و از آنجا که قضات کشورهای اسلامی، نه منصوب امام (ع) است و نه نایب اوست؛ به همین دلیل، قاضی جور محسوب می‌شوند و احکام صادره آن‌ها از نظر شیعه امامیه معتبر نیست.

در نتیجه، استرداد مجرم یا متهم شیعه به کشورهای اسلامی برای محاکمه و مجازات، تحاکم به طاغوت تلقی شده و جایز نیست و به قسمت آخر آیه مذکور (و قد أمرُوا أَنْ یُکْفَرُوا بِهِ) که می‌گوید همه موظف هستند به

۱. أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أَنْزَلَ إِلَيْكَ وَمَا أَنْزَلَ مِنْ قَبْلِكَ يَرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا.

طاغوت کفر ورزند، می‌توان برای عدم جواز استرداد با کشورهای اسلامی غیر شیعه استناد کرد؛ زیرا استرداد مجرمان یا متهمان به کشورهای اسلامی غیر شیعه با کفر به طاغوت در تضاد است.

### روایات

همچنین روایاتی وجود دارد که مراجعه به قاضی واجد شرایط و مأذون را امر کرده‌اند و از رجوع به غیر او نهی می‌کنند. در همین راستا، بر اساس دو روایت معروف، استدلال می‌شود.

### روایت اول

معتبره ابی خدیجه از امام صادق (ع) است که ایشان بیان داشته‌اند:

برای حلّ و فصل دعاوی خود، از رجوع به حکام جور بپرهیزید، بلکه به شخصی از میان خود که چیزی از احکام ما را می‌داند رجوع کنید و او را قاضی در بین خود قرار دهید؛ زیرا من او را قاضی قرار داده‌ام. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج. ۲۷، صص. ۱۴-۱۳).<sup>۱</sup>

گروهی بر این باورند که این حدیث برای نهی شیعیان از رجوع به قضات حکومت جور است و لازم است فقط به قضات عادل و مؤمن رجوع کنند، اما ویژگی‌های قاضی مؤمن و عادل را بیان نمی‌کند. اکثر علمای شیعه تنها در مورد مجاز بودن رجوع شیعیان به حاکمان مؤمن به این حدیث استناد کرده‌اند و در خصوص مشخصات این حاکمان سکوت کرده‌اند.

هرچند برخی متأخران از این روایت، شرایط حاکم و از جمله اجتهاد او را توسط متخاصمین استنباط کرده‌اند، اما بیشتر در مورد شرایط حاکم به مقبوله عمر بن حنظله استناد نموده‌اند.

گروهی دیگر از فقیهان امامیه، حدیث ابی خدیجه را به حاکم و قاضی منصوب شده از طرف امام مربوط ندانسته، بلکه آن را مخصوص قاضی تحکیم می‌دانند.

به نظر این عده، امام فرمان نصب قاضی را پس از فرض انتخاب وی توسط اصحاب دعوا صادر نموده‌اند؛ یعنی فرموده‌اند: «چنین قاضی را من هم تأیید می‌کنم.» لذا طبق این روایت، فرمایش «من او را به‌عنوان قاضی منصوب کردم» متفرع بر عبارت «او را بین خود قاضی قرار دهید» شده و بدین ترتیب نصب امام، متفرع بر انتخاب قبلی وی توسط اصحاب دعوا است.

از نظر این عده، از متن حدیث، وجود اجتهاد در قاضی نیز به دست نمی‌آید؛ زیرا عبارت «یعلم شیئا من قضایانا» که شرط حاکم قرار داده شده است، دلالت بر لزوم اجتهاد قاضی ندارد و علم اعم از اجتهادی و تقلیدی است و اگر کسی به مسائل قضایی آگاه باشد (ولو از طریق تقلید) عالم بودن به بخشی از علوم اهل بیت بر او صادق است. لذا نتیجه می‌گیرند که مراد امام صادق (ع) از نصب حاکم در این روایت، قاضی تحکیم است (هادوی تهرانی، ۱۳۸۵، ج. ۱، صص. ۴۸-۴۶).

۱. عَنْ أَبِي خَدِيجَةَ سَالِمِ بْنِ مُكَرَمِ الْجَمَّالِ قَالَ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ الصَّادِقُ (ع) إِيَّاكُمْ أَنْ يَخَاكُمْ بَعْضُكُمْ بَعْضًا إِلَى أَهْلِ الْجُورِ - وَ لَكِنْ انظُرُوا إِلَى رَجُلٍ مِنْكُمْ يَعْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائِنَا فَاجْعَلُوهُ بَيْنَكُمْ قَاضِيًا فَإِنَّهُ قَدْ جَعَلْتُهُ قَاضِيًا فَتَخَاكُمُوا إِلَيْهِ.

به عنوان جمع بندی می توان گفت که روایت ابی خدیجه دو گونه نقل شده است؛ در یک نقل، جمله «رجلاً ممن عرف حلالنا و حرامنا» آمده و در نقل دیگر، جمله «رجل منکم شیئاً من قضایانا (قضائنا)» ذکر شده است. بر اساس دیدگاه اول، از مشهوره ابی خدیجه نصب مجتهد مطلق امامی به عنوان قاضی فهمیده می شود و احتمال دارد نصب مجتهد متجزی نیز از آن استفاده شود، اما دیدگاه دوم بر اساس توضیحات فوق الذکر، این برداشت را نادرست شمرده است.

به نظر می رسد دیدگاه دوم با ظاهر روایت سازگاری ندارد؛ زیرا امام (ع) فرض نکردند که آن ها به چنین شخصی مراجعه کنند و سپس امام (ع) او را منصوب نموده اند، بلکه امام (ع) امر به رجوع کردند و دلیل آن را نصب این شخص از سوی خود دانستند.

به عبارت دیگر، عبارت «فأنتی قد جعلته علیکم قاضیاً» در مقام علت بیان شده است، نه آنکه متفرع بر رجوع باشد و نصب در فرض مراجعه را بیان کند. در اینکه این روایت صلاحیت استناد را دارد یا خیر، در ظاهر شامل استرداد مجرمان نمی شود؛ مگر اینکه بگوییم علت نهی از مراجعه به قضات جور، واجد شرایط نبودن آن ها است که این علت در استرداد مجرمان به کشورهای اسلامی غیر شیعی وجود دارد.

#### روایت دوم

دومین روایت مقبوله عمر بن حنظله از امام صادق (ع) است که فرمود:

از امام صادق (ع) پرسیدم: دو نفر از ما بر سر قرض یا ارضی اختلاف دارند و نزد سلطان و قضات وقت برای محاکمه می روند. آیا این عمل جایز است؟ فرمود: کسی که در موضوعی حق یا باطل نزد آن ها به محاکمه رود، گویی نزد طاغوت به محاکمه رفته است و آنچه طاغوت بر او حکم می کند، هر چند حق مسلم او باشد، مانند گرفتن مال حرام است؛ زیرا آن را طبق حکم طاغوت گرفته است. در صورتی که خداوند به او امر به کفر طاغوت کرده است. خدای سبحان می فرماید: می خواهید نزد طاغوت محاکمه ببرند در صورتی که مأمور بودند به او کافر شوند. گفتم: پس چه کنند؟ فرمود: از شما فردی را در نظر بگیرند که حدیث ما را نقل می کند و در حلال و حرام ما نظر می دهد و احکم ما را می فهمد. باید به حکمیت او راضی باشند. همانا من او را حاکم شما قرار دادم. (کلینی، ۱۴۰۷، ج. ۱، ص. ۶۷)<sup>۱</sup>

در اینکه روایت مقبوله عمر بن حنظله مانند روایت ابی خدیجه، صلاحیت استناد را دارد یا خیر، به نظر برخی این دو روایت شامل استرداد مجرمان نمی شود. با توجه به توضیحاتی که در روایات ابی خدیجه ذکر شد، به نظر می رسد می توان گفت که علت نهی از مراجعه به قضات جور، واجد شرایط نبودن آن ها است و این علت در استرداد مجرمان به کشورهای اسلامی غیر شیعی وجود دارد؛ زیرا قضات این کشورها نه منصوب امام (ع)

۱. عَنْ عُمَرَ بْنِ حَنْظَلَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع- عَنْ رَجُلَيْنِ مِنْ أَصْحَابِنَا بَيْنَهُمَا مُنَازَعَةٌ فِي دِينٍ أَوْ مِيرَاثٍ فَتَحَاكَمَا إِلَى السُّلْطَانِ وَ إِلَى الْقَضَاةِ أَوْ يَجُلُّ ذَلِكَ قَالَ مَنْ تَحَاكَمَ إِلَيْهِمْ فِي حَقٍّ أَوْ بَاطِلٍ فَأَتَا تَحَاكَمَ إِلَى الطَّاعُوتِ وَ مَا يَحْكُمُ لَهُ فَأَتَا بِأَخْذٍ سُخْتًا وَ إِنْ كَانَ حَقًّا تَابِتًا لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِحُكْمِ الطَّاعُوتِ وَ قَدْ أَمَرَ اللَّهُ أَنْ يَكْفَرَ بِهَذَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى يَرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاعُوتِ وَ قَدْ أَمَرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهَذَا فَكَيْفَ يَضَعَانِ قَالَ يَنْظُرَانِ إِلَى مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى خَبِيرَتَنَا وَ نَظَرَ فِي حَلَالِنَا وَ حَرَامِنَا وَ عَرَفَ أَحْكَامَنَا فَلْيَرْضَوْا بِهَذَا حُكْمًا فَإِنَّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا.

است و نه نایب عام اوست. از این جهت می‌توان به این روایات برای عدم جواز استرداد مجرمان شیعه به کشورهای اسلامی غیر شیعی استناد نمود.

این روایت مفصل است که بخشی از آن را نقل کردیم.

از این حدیث به دست می‌آید که:

اول: تحاکم به قضات جور ممنوع است.

دوم: نصب قاضی از طرف امام معصوم (ع) صورت می‌گیرد.

سوم: این نصب، عام است و شخص خاصی را مورد نظر نداشته، بلکه هر کسی که واجد شرایط و فهم و درک حدیث و عالم به احکام شریعت باشد، حق قضاوت و حاکمیت دارد.

چهارم: غیر از این افراد، دیگران حق حاکمیت ندارند و حکمشان نافذ نیست.

پنجم: بعد از صدور حکم توسط چنین افرادی، کسی حق رد آن را ندارد. اگر چنین کند، گویی حکم امام معصوم را رد کرده و در نتیجه، در حکم رد حکم خداست و این نوعی شرک به خدا خواهد بود.

ظاهراً این روایت دلالت بر این دارد که شیعیان برای رسیدگی به امور قضایی خود، حق رجوع به دستگاه قضایی غیر مشروع را ندارند.

از ذیل روایت عمر بن حنظله استنباط می‌شود که رجوع به قضات غیر امامی با توجه به ابتدای روایت، ترافع به طاغوت بوده و جایز نیست و در نتیجه، حکم آن‌ها معتبر نیست.

لذا می‌گوید: اگر با حکم این نوع قضات حق خود را گرفته است، در واقع آن را به حرام گرفته است؛ زیرا خداوند مکلف کرده است که به او کفر بورزد، یعنی اگر قاضی است، به او رجوع نکنند و اگر حاکم ظالم است، پست او را نپذیرند.

هم در مورد قاضی جور و هم حاکم جور است. منظور از حاکم در این روایت، یا قاضی است که در این صورت دلالت بر اثبات مقام قضاوت برای فقیه دارد و یا بر ولی و رهبر جامعه اسلامی که در این صورت این روایت یکی از ادله ولایت فقیه شمرده می‌شود (هادوی تهرانی، ۱۳۸۵، ج. ۱، صص. ۵۱-۳).

#### معنای جور

منظور از کلمات «جور» و «قضات» که در دو روایت‌های فوق‌الذکر آمده است، چیست؟ «جور» در معنا مخالف عدل و عدالت است (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج. ۴، ص. ۱۵۴). برای قضات جور در کتاب‌های فقیهان، چهار تعریف دیده می‌شود:

الف) عدم احراز شرایط قاضی: یکی از معانی قاضی جور، واجد شرایط نبودن قاضی است. در فرض عدم حضور امام معصوم، قضاوت فقیه‌ای از فقیهان اهل بیت (ع) در صورتی نافذ و صحیح خواهد بود که دارای تمام شرایط و صفات لازم در فتوا باشد؛ این به خاطر روایتی از امام صادق (ع) است که فرمود: «پس او را بین خود قاضی قرار دهید، زیرا او را به قضاوت گماشتم. پس اگر از این گونه قضات روی برگرداند و نزد قضات جور برود، اشتباه کرده است.» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج. ۴، ص. ۶۰).

بنابراین، تعریف قاضی جور از نظر محقق حلی، قاضی ای است که در مقام رفع عداوت قرار می‌گیرد یا به او مراجعه می‌شود، ولی شرایط مندرج در فتوا را ندارد. کلام محقق حلی با اشاره به روایت معروف ابی خدیجه که از واژه‌های «رجل» (مرد بودن) و «منکم» (یعنی از شیعیان باشد) استفاده کرده است، نشان می‌دهد که همه شرایط فتوا بدون کم و بیش مقصودشان بوده است.

از طرفداران این تعریف، ضیاء‌الدین عراقی در این باره می‌گوید: «کسی که فاقد صفات است، گاهی به‌خاطر عامی و غیرشيعه بودن اوست و گاهی با اینکه امامی است، ولی دارای صفاتی مانند عدالت، اجتهاد، عقل و غیره نیست» (عراقی، ۱۴۲۱، صص. ۷۶-۷۵).

ب) عامی بودن: معنای دوم قاضی جور این است که قاضی از اهل سنت باشد. نجم‌آبادی در تقریرات خود در کتاب القضاء آقا ضیاء عراقی، می‌گوید: «مقصود از قضاوت جور، قضاوت عامه و مخالفان شیعه است.» (عراقی، ۱۴۲۱، ص. ۱۰۵).

ج) صدور احکام غیر حق: معنای سوم قاضی جور این است که رأی برخلاف حق صادر کند. صاحب جواهر می‌گوید: «روایات ظاهر بلکه صریح هستند در اینکه اجازه قضاوت فقط برای قضاوت حق و عدل بوده است. معیارهای چنین حکمی نزد ائمه (ع) است؛ پس همه شیعیان از طرف آن‌ها نیابت دارند تا حق و عدالت را محقق سازند؛ زیرا ملاک حکم بین مردم، حکم آن‌هاست.» (نجفی، ۱۹۸۱، ج. ۴۰، ص. ۳۰).

در توضیح کلام صاحب جواهر می‌توان گفت که هر قضاوتی از دو عنصر تشکیل شده است: یکی شخص قاضی و دیگری حکم صادره. در انتساب صفت جور می‌توان به هریک از این دو توجه کرد. در مورد اول، ما درباره شخصیت و ویژگی‌های فردی قاضی صحبت می‌کنیم، اما در مورد دوم از این مرحله عبور می‌کنیم و به محتوای احکام صادره در دادگاه توجه می‌کنیم. به همین دلیل، باید از صفات شخصی قاضی به دیگر ویژگی‌ها و عناصر دیگر منتقل شویم. طبق این مورد فرقی نمی‌کند که چه کسی حکم می‌کند، ملاکی که حکم را ناعادلانه می‌کند و سپس برای تعیین شخصیت حاکم به کار می‌رود، محتوا و کیفیت حکم است؛ بنابراین ممکن است مجتهد جامع‌الشرایطی - که طبق صورت اول هیچ نقصی ندارد - احکامی خلاف عدل و عدالت صادر کند و در نتیجه، ظالم شمرده شود.

بنابراین، تعریف جور کلی است، آن دسته از قضاوت شیعه را نیز شامل می‌شود که جامع‌الشرایط هستند، اما در عمل به این اندوخته‌ها توجهی ندارند؛ یعنی بر اساس شواهد و مسلک غیرصحيح قضاوت می‌کنند یا تحت تأثیر قدرت برتر و منیت و غیره قرار می‌گیرند. در این صورت نیز، قاضی ظالم خواهند بود.

بر این اساس، تعریف صاحب جواهر و پیروان او - برخلاف محقق، شیخ انصاری و دیگران که صرفاً شخص محور هستند - بر کیفیت و محتوای حکم متمرکز است. بر مبنای خبر ابی خدیجه، صاحب جواهر استدلال می‌کند که باید نزد کسی بروی که حقایق ما را بداند؛ یعنی قاضی عدل کسی است که از علم ما اهل بیت (ع) بهره برده باشد (نجفی، ۱۹۸۱، ج. ۴۰، ص. ۳۰).

د) منصوب از جانب سلطان ظالم: تعریف دیگری که بیشتر در بین متأخران و معاصران رایج است، تفسیر چهارم از جور است. اگر سلطان جامعه‌ای ظالم باشد، در سطوح مختلف و به طرق مختلف اقتدار خود را بر مردم نشان می‌دهد.

یکی از جنبه‌های اجرایی هر حکومتی، نظام قضایی آن است. از جمله طرفداران این تعریف، دو تن از شاگردان امام خمینی (ره) هستند که در توضیح موضوع مورد بحث از تحریر الوسیله، برخلاف استاد خود، جور را صفت خاصی از نوکران سلطان جائر و امتداد حکومت او می‌دانند. فاضل لنکرانی می‌نویسد:

اصرار و تأکید ائمه طاهرین (ع) بر عدم جواز مرافعه نزد قضات جور، نه به‌خاطر فسق و گناه آنان و آنکه احکام آن‌ها غالباً خلاف عدل و حق است؛ بلکه به این دلیل بوده است که مراجعه به چنین دستگاهی مؤید و تقویت‌کننده آنان است و عدم پذیرش قضاوت آنان از سوی مردم در تضعیف آنان و حکومت مؤثر خواهد بود. (لنکرانی، ۱۴۲۷، ص. ۵۱)

همچنین مؤمن قمی - از فقیهان شورای نگهبان - در ذیل مسئله ۴ تحریر الوسیله، موضوع نهی ائمه معصومان، قضات موجود در عصر ائمه صادقین (ع) بوده است که تنها ویژگی این قضات، منصوب شدن آن‌ها توسط سلطان و حکومت جور بوده است.

#### ملاک جور

با توجه به آنچه تا اینجا در مورد تعاریف لغوی و اصطلاحی جور بیان شد، می‌توان گفت که در فقه شیعه، ملاک جائرانه یا عادلانه بودن هر حکمی ممکن است به یکی از این سه عنصر بستگی داشته باشد:

- الف. فقط به شخصیت و خصوصیات فردی قاضی توجه دارد.
- ب. نظام و حکومتی را که در آن قضاوت می‌کند، مهم می‌داند.
- ج - فقط ناظر به محتوای احکام صادره از وی است.

به نظر نگارنده، با توجه به دو روایت که قبلاً ذکر شد و روایت‌های دیگر، عنصر محتوا - گزینه سوم - ملاک نظر است. البته می‌توان بین این سه عنصر جمع کرد به این صورت که حکمی که از طرف قاضی صادر شده است، هم بستگی به شخصیت قاضی، هم به حکومتی که در آن قضاوت می‌کند و هم به محتوای احکام صادره داشته باشد.

#### دیدگاه‌های فقیهان

فقیهان علاوه بر آیات و روایات، اوصافی را نیز برای قاضی بر اساس ادله و قرائن نقلی برشمرده‌اند که برخی از آن‌ها نافی صلاحیت قضایی قاضی غیرامامی است؛ چنان‌که محقق حلی در این باره می‌گوید: «در قاضی، بلوغ، کمال عقل، ایمان، عدالت، طهارت مولد، علم و مرد بودن شرط است» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج. ۴، ص. ۵۹).

ظاهر عبارت وی این است که مسلمان غیرامامی نیز صلاحیت قضاوت ندارد. همچنین برخی می‌فرمایند: شرایط و صفات قاضی منصوب از سوی شارع که در کلام محقق و دیگران ذکر شده است، عبارت‌اند از: الف. بلوغ؛ ب. عقل؛ ج. اسلام؛ د. ایمان؛ ه. عدالت؛ و. طهارت؛ ز. مرد بودن؛ ح. مجتهد بودن؛ ی. حافظه طبیعی؛ ک. قدرت نوشتن؛ ل. بینایی؛ م. قدرت خواندن؛ س. شنوایی؛ ع. آزاد بودن (سبحانی، ۱۴۱۸، ج. ۱، ص. ۳۲).

از بین این صفات، «ایمان» را توضیح می‌دهیم.

ایمان دو معنی دارد: یکی معنای عام که در مقابل کفر است و دیگری معنی خاص که به معنای شیعه دوازده امامی است؛ در این معنای دوم بین فقیهان اختلاف نظر وجود دارد. بعضی معتقدند که ایمان به این معنا در قاضی شرط است و بعضی قائل‌اند که شرط نیست.

شیخ طوسی فرموده است: قضاوت بین دو شخص شیعه که با هم اختلاف دارند برای غیرفقیهان شیعه جایز نیست. ابن‌ادریس نیز فرموده است: برای غیرفقیهان شیعه که منصوب از جانب اهل بیت (ع) نیستند، قضاوت جایز نیست؛ چون آن‌ها گمراه و فاقد اذن از طرف امام هستند.

همچنین قضاوت برای کسی جایز است که علم و آگاهی به حکم [حلال و حرام ائمه طاهرين (ع)] داشته باشد و عامی عرفاً علم به حکم ائمه (ع) ندارد، بلکه عالم به فتوا است و فتوا معلوم نیست قضای ائمه (ع) باشد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج. ۲، صص. ۳۲-۳۱).

بنابراین مراد از «ایمان» در اصطلاح فقهی، اعتقاد به ولایت امامان معصوم (ع) و پیروی از مکتب اهل بیت (ع) و شیعه اثنا عشری است. دلیل بر اعتبار آن در قاضی، تعابیر وارد در روایات فوق‌الذکر از قبیل «کسی که از شما باشد» که در مقبوله عمر بن حنظله آمده بود، یا «مردی از شما» که در روایت ابی‌خدیجه آمده بود، است و چون این عبارات اشاره‌کننده به صفت ایمان است و در مقام تحدید صادر شده است، همگی مفهوم دارد و ثبوت منصب قضا را از شخص غیر واجد این صفت، نفی می‌کند و همین روایات مقید مطلقاً خواهد بود.

از طرفی استرداد شیعه مسلمان، به کشورهای اسلامی که حکومت‌شان بر مبنای ولایت فقیه اداره نمی‌شود، یا برای محاکمه است یا مجازات که هر دو از امور قضایی است. از سویی دیگر، قضات کشورهای اسلامی غیرشیعی منصوب از جانب امام زمان (عج) نیستند؛ زیرا فقیه نمی‌باشند و از طرف ولی فقیه هم منصوب نشده‌اند.

به همین دلیل، قضات جور شمرده می‌شوند و احکام آن‌ها از نظر فقه امامیه معتبر نیست. بنابراین، بر اساس این دیدگاه، استرداد شیعیان به کشورهای اسلامی غیرشیعی برای محاکمه یا اجرای مجازات، نوعی تحاکم به طاغوت محسوب می‌شود که جایز نیست.

#### نقد دیدگاه عدم جواز استرداد

استدلال فوق ناتمام است؛ زیرا درست است که تحاکم به طاغوت جایز نیست، اما باید دید تحاکم به چه معناست؟ آیا تحاکم شامل استرداد متهمان و بزه‌کاران به معنای امروزی آن است؟ می‌توان گفت که استرداد مشمول هیچ‌یک از دو روایت عمر بن حنظله و ابی‌خدیجه نیست؛ چون تحاکم به معنای مرافعه پیش قاضی و درخواست حکم از قاضی است؛ اما در استرداد مجرمان، تحاکم نه بر خود مجرم

صدق می‌کند و نه بر حاکم و حکومت. توضیح مطلب اینکه بر خود مجرم صدق نمی‌کند؛ زیرا او نمی‌خواهد با رضایت خود به دستگاه قضایی کشور دیگر مراجعه کند؛ زیرا استرداد وقتی است که شخص را برخلاف میلش به کشور دیگر تحویل دهند؛ اما بر حاکم و حکومت اسلامی نیز تحاکم صدق نمی‌کند؛ زیرا هدف حکومت از موافقت‌نامه استرداد، تحاکم به دستگاه قضایی کشور دیگر نمی‌باشد و اصلاً از آن‌ها نمی‌خواهند که حکم صادر کنند؛ بلکه طبق قرارداد صرفاً فردی را به آن‌ها مسترد می‌کند؛ در نتیجه، دو روایت مذکور تخصصاً از موضوع خارج هستند و استرداد مجرمان مشمول آن دو نمی‌باشند.

به نظر می‌رسد این نقد محل اشکال است زیرا درست است که این دو روایت شامل استرداد مجرمان به معنای امروزی نمی‌شود، اما می‌شود از این دو روایت استنباط نمود که مراجعه به قاضی غیر واجد شرایط ممنوع است و علت اینکه امام (ع) نهی فرموده‌اند که به قضات جور مراجعه نکنید به این دلیل است که قضات آن‌ها واجد شرایط نیستند.

### جواز استرداد

اما دیدگاه دوم (دیدگاه عدم مخالفت) که نظر برخی دیگر از اعضای شورای نگهبان است، این است که با توجه به اینکه کشور عراق دارای حکومت اسلامی و دولت آن نیز دولت شیعی است، احکام صادره از دادگاه‌های آن، احکام غیر شرعی محسوب نمی‌شود. بنابراین ماده (۱) این موافقت‌نامه و سایر مواد مربوطه ایراد شرعی ندارد.

با توجه به نظر مقام معظم رهبری در مورد اختیارات حکومت اسلامی در انعقاد قرارداد با سایر دولت‌ها و نیز مشروعیت به رسمیت شناختن حکومت و یک سری قوانین و مقررات بین‌المللی توسط حکومت اسلامی به منظور اداره امور کشور. از آنجاکه لایحه مذکور در راستای همکاری متقابل برای استرداد متهمان و محکومان از سوی دادگاه‌های طرفین منعقد گردیده است، لذا اعتراضی به این لایحه و ماده (۱) آن وجود ندارد (مصطفی‌زاده، ۱۳۹۳، ص. ۵).

طرفداران این دیدگاه، از جمله منتقدان استدلال‌های شورای نگهبان در رد قراردادهای استرداد مجرمان هستند. یکی از اشکالات اساسی این شورا در رد معاهدات استرداد مجرمان، استناد به عدم مشروعیت حکم قضایی غیر واجد شرایط و غیرمنصوب می‌باشد.

این گروه معتقدند قبول نکردن این‌گونه از مصوّبات مجلس شورای اسلامی، توسط شورای نگهبان و برگشت آن به مجلس و در نهایت تصویب مصلحتی آن توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام و تکرار این رویه، اولاً باعث طولانی شدن و هدررفت زمان و ثانیاً موجب تنزّل جایگاه یک کشور و تخریب چهره بین‌المللی آن می‌شود؛ زیرا تصویب قراردادهای بین‌المللی نتیجه اراده دولت‌های طرف قرارداد هستند و برخلاف قوانین داخلی با اراده یک‌جانبه یک دولت ساخته نمی‌شوند. بنابراین، هرگاه نمایندگان دو دولت برای انعقاد موافقت‌نامه به توافق برسند و متن موافقت‌نامه‌ها را به مقامات صلاحیت‌دار کشور خود که معمولاً مجالس قانون‌گذاری هستند، برای تصویب ارائه نمایند، احتمال دارد موافقت‌نامه در یکی از دو کشور تصویب و نهایی شود و در کشور

دیگر مورد تصویب قرار نگیرد. وقوع چنین وضعیتی در کشوری که موافقت‌نامه در آن تصویب نشده است این معنا را متبادر می‌کند که یا مقامات مذاکره‌کننده از قوانین و مقررات کشور متبوع خود بی‌خبر بوده‌اند و بدون توجه به اصول اساسی و قوانین بنیادین در مورد موضوعاتی با کشور دیگر توافق کرده‌اند یا اینکه نظام تصویب معاهده در آن کشور غیرقابل پیش‌بینی است که حتی کارشناسان و مقامات مذاکره‌کننده نیز نمی‌توانند بدانند که در مورد چه اموری باید توافق کنند. که این امر منجر به خدشه‌دار شدن وجهه بین‌المللی آن کشور می‌شود (شریعت‌باقری، ۱۳۹۳، صص. ۶۶-۴۳).

### قاعده مصلحت

یکی از ادله که می‌توان به‌عنوان دلیل به آن استدلال نمود، قاعده مصلحت است، همان‌طوری که در حال حاضر در بعضی موارد چنین است. البته تشخیص وجود مصلحت در انعقاد معاهده استرداد لازم و ضروری است و اگر از جهات دیگر مشکلی نباشد، استرداد در صورتی جایز است که برای جامعه اسلامی مصلحت داشته باشد. دو سؤال در اینجا مطرح می‌شود: یکی این مصلحت چیست؟ دوم اینکه مرجع تشخیص مصلحت چه کسی است؟

در مورد سؤال اول، مصلحت در لغت و اصطلاح را به‌طور خلاصه بیان می‌کنیم.

اهل لغت «مصلحت» را مخالف «مفسده» دانسته‌اند و به‌معنای صلاح و شایستگی و منفعتی دانسته‌اند که در اثر انجام کاری به انسان می‌رسد. بر این اساس مصلحت نظام نیز صلاح و منفعتی است که جامعه به دست می‌آورد. ابن‌منظور در کتاب لسان العرب ذیل این کلمه می‌نویسد: «صلاح در مقابل فساد است». برخی مصلحت را در مقابل کلمه مفسده قرار داده‌اند (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج. ۲، صص. ۵۱۷-۵۱۶).

مصلحت که در کلمات فقیهان بسیار مورد استفاده قرار گرفته و احکام بسیاری از امور، به وجود یا عدم آن مستند شده است، در عبارات فقهی تعریف نشده است؛ شاید به‌خاطر روشن بودن معنای آن نزد فقیهان، نیاز به تعریف آن نمی‌دیدند. اما فقیهان مصادیق متعددی برای مصلحت بیان نموده‌اند. به‌عنوان نمونه، شیخ طوسی چند تا از این مصادیق را بیان فرمودند: تقویت اسلام، اقامه دین، گونه‌های جهاد و موارد دیگری که در آن مصلحت عموم مردم وجود دارد (شیخ مفید، ۱۴۱۳، ص. ۲۸۸).

در میان فقیهان شیعه، امام خمینی (ره) شخصیت برجسته‌ای است که به فقه المصلحه صبغه اجتماعی و حکومتی بخشید و آن را بیش از دیگران گسترش داد. مصادیق احکام مصلحتی از ایشان وجود دارد که یکی از آن‌ها را بیان می‌کنیم: ایشان در مورد جریان مصلحت در روابط بین‌الملل می‌فرمایند: «روابط ما با همه خارجی‌ها بر اساس اصل احترام متقابل خواهد بود. در این راستا نه تسلیم ظلم می‌شویم و نه به کسی ظلم می‌کنیم و در زمینه همه قراردادهای بر اساس مصالح سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ملت خود عمل می‌کنیم» (موسوی خمینی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۲۹۵).

مصلحت در اصل، عبارت از جلب منفعت و دفع ضرر است. ما قصد نداشتیم که تعریف نظام‌الدین را از مصالح مرسله ارائه دهیم، زیرا کسب منفعت و دفع ضرر هدف مردم است و خیر مردم در رسیدن به اهدافشان است. اما مقصود ما از مصلحت محافظت بر مقصود شارع است و مقصود شارع از مردم پنج چیز است که حفظ

دین، نفس، عقل، نسل و مال است. هر امری که شامل این پنج اصل باشد، مصلحت است و هر چیزی که شامل این پنج اصل نباشد، مفسده است و دفع آن مصلحت است. (خسروپناه، ۱۳۸۹، صص. ۷۳-۲۴).

اما سؤال دوم که مرجع تشخیص مصلحت کیست؟

مرجع تشخیص مصلحت در مسائل فقه سیاسی در دو حوزه قابل انجام است: یکی در امور فردی و دیگری در امور عمومی و اجتماعی. در حوزه فردی و شخصی مرجع تشخیص مصلحت تکلیف به عهده خود مکلف است؛ مثلاً در مورد تقیه، تشخیص موضوع و مصلحت‌هایی که منجر به حکم تقیه در امور شخصی و فردی می‌شود، برعهده مکلف بوده و وی باید بر اساس معیارها و ملاک‌ها در فرآیند مصلحت‌اندیشی و اولویت‌بندی، بهترین اقدام را بر اساس مصلحت انجام دهد. ولی در گستره عمومی و اجتماعی در صورت وجود فقیه جامع‌الشرایط در رأس نظام اسلامی، تشخیص مصلحت در اختیار فقیه و حاکم اسلامی خواهد بود، زیرا فقیه به دلیل قدرت نداشتن برای اطلاع از تمامی مسائل و موضوعات، لازم است با کارشناسان متخصص مشورت کند. کارشناسان با آگاهی از مصالح والای نظام اسلامی، آن را با معارف شرعی ارائه کردند و در جریان تعامل شرع و مصلحت، احکام اولیه و ثانویه و اعتبار و عملی بودن، بهترین تصمیم برای اداره مطلوب نظام سیاسی اتخاذ می‌کند. مثلاً در مورد جنگ یا صلح، روابط با یک کشور خاص و غیره، ولی فقیه بر اساس مصلحت تصمیم می‌گیرد (ایزدهی، ۱۳۹۳، ص. ۲۶۷).

اما مرجع تشخیص مصلحت در احکام، هم در احکام فردی و هم در احکام مربوط به حکومت ذکر شده است. در احکام فردی، تعیین مصلحت به عهده مکلف است؛ اما در احکام مربوط به حکومت، تشخیص و اجرای مصادیق مصلحت، به‌ویژه میزان اهمیت مصلحت و اینکه کدام مقدم است، کاری تخصصی و دشوار است؛ به همین دلیل، در اسلام تصمیم‌گیری در این امور به عهده ائمه و منصوبان آن‌ها گذاشته شده است. مانند وضع زکات بر اسب توسط امام علی (ع) یا تحریم تنباکو توسط میرزای شیرازی در زمان ما. بنابراین تعیین مصلحت استرداد مجرمان مربوط به حکومت و حاکم اسلامی (امام یا منصوبان او) می‌شود. برخی نویسندگان می‌گویند که مصلحت در فقه در سه بخش مطرح می‌شود که هرکدام مرجع تشخیص جداگانه و مستقلی دارند؛ یکی مصلحت در استنباط و فتوای محض است که فقیه آن را تشخیص می‌دهد.

دوم مصلحت در استنباط و اجرا که مرجع تشخیص آن فقیه حاکم است و سوم مصلحت در اجرای محض که مرجع تشخیص آن عرف و مکلف است (علیدوست، ۱۳۸۸، صص. ۵۸۰-۵۵۴).

صرف‌نظر از مسائل و نکات مربوط به سه قسم مذکور، استرداد مجرمان در قسمت دوم از سه قسم مذکور مطرح شده است و مرجع تشخیص آن حاکم اسلامی است.

سؤالی که مطرح می‌شود این است که مرجع تشخیص وجود مصلحت یا عدم آن در بحث استرداد مجرمان چه کسی است؟ شخص حاکم یا کارشناسان خبره حاکم که مرجع نهایی تشخیص مصلحت باشند؟ به بیان دیگر، نظر کارشناسان در این مورد موضوعیت دارد یا طریقت؟

این یک سؤال کاملاً فقهی است؛ زیرا تعیین مرجع نهایی تشخیص مصلحت برای امور حکومتی از جمله معاهده استرداد مجرمان، کاملاً فقهی است؛ اما پاسخ به این سؤال روشن می‌کند که از نظر فقهی دیدگاه‌های

مجمع تشخیص مصلحت نظام درباره جواز انعقاد معاهده استرداد مجرمان با کشورهای مختلف دنیا از باب مشاوره به مقام رهبری است و از باب طریقت است، یا واگذاری اختیار به کارشناسان است و نظر آن‌ها از باب موضوعیت است؟ در پاسخ به سؤال فوق می‌توان گفت در این باره بین عقلا دو روش وجود داشته است: روش اول واگذاری قانون‌مند همه یا قسمتی از تشخیص مصالح و نیازها همراه با مسئولیت‌ها و اختیارات متناسب به کارشناس؛ بدون آنکه خود حاکم نقشی در آن ایفا کند و تنها نظارت بر حسن اجرای آن داشته باشد. در این روش نظر کارشناس موضوعیت دارد.

روش دوم تدبیر و مشورت حاکم با متخصصان مورد اطمینان و استفاده از نظرات آن‌ها؛ هرچند در این شیوه مسئولیت‌ها برعهده خود حاکم است. در روش دوم نظر کارشناس برای حاکم در تشخیص مصالح، مفاسد و صدور حکم بر اساس مصلحت، طریقت دارد و گر نه آنچه معتبر است، نظر حاکم است (علیدوست، ۱۳۸۸، صص. ۵۶۷-۵۶۶).

در متون دینی باید بررسی نمود که کدامیک از دو روش مورد تأیید قرار گرفته است. آنچه از متون فقهی استنباط می‌شود این است که مرجع اصلی تشخیص مصالح شخص حاکم است. به علت اینکه تشخیص اهمیت مصالح و اینکه کدامیک مقدم است کار مشکل و تخصصی است، به همین جهت در اسلام تشخیص این امور به عهده امام معصوم و منصوبان خاص یا عام او که با ویژگی‌های خاصی انتخاب می‌شود، گذاشته شده است (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج. ۱، ص. ۵۱۶).

### استرداد مجرم شیعی به کشورهای اسلامی غیر شیعی از منظر حقوقی

در این گفتار، استرداد مجرم شیعه به دولت‌های اسلامی غیر شیعی را از نظر حقوقی بررسی می‌کنیم؛ در این باره می‌توان دو دیدگاه را مطرح نمود؛ یکی جواز استرداد و دیگری عدم جواز. البته قانونی در این باره وجود ندارد؛ بلکه با استفاده از برخی قواعد فقه سیاسی می‌توان این مسئله را مورد بررسی قرار داد.

#### جواز استرداد

برای جواز استرداد مجرم شیعه می‌توان به حفظ نظام و مصالح عمومی جامعه اسلامی استدلال نمود.

#### حفظ نظام و مصالح عمومی

نظام اسلامی موظف است بر اساس منافع و مصالح عمومی جامعه اسلامی و مسلمانان، زیر نظر ولی فقیه و حاکم جامعه اسلامی، وارد مذاکره و معاهده استرداد مجرمان با دیگر دولت‌ها به خصوص دولت‌های اسلامی شود.

امام خمینی (ره) در بحث ولایت فقیه، دلیل واگذاری اختیارات وسیع به ولی فقیه را که تحت عنوان ولایت مطلقه فقیه مطرح می‌کنند، مصلحت عمومی جامعه و مصلحت دولت اسلامی می‌دانند. ایشان می‌نویسد: حاکم جوامع اسلامی می‌تواند در امور به مصلحت عمومی مسلمانان یا به صلاح مردم حوزه حکومتی خود عمل کند و این اختیار هرگز ظلم و استبداد به رأی نیست، بلکه در این امر

مصلحت اسلام و مسلمانان منظور است. همچنین در خصوص حفظ نظام اسلامی می‌گوید:  
 «حفظ نظام از واجبات شرعی و عقلی است.» (دلفانی، ۱۳۹۴، ص. ۸۶).

به همین منظور جمهوری اسلامی در این زمینه نیز اقدام به برقراری روابط قضایی بین‌المللی نموده است که می‌توان به موافقت‌نامه استرداد مجرمان بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دیگر دولت‌ها اشاره نمود که نمونه آن قانون موافقت‌نامه استرداد مجرمان میان دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری عراق مصوب ۱۳۹۱ است که مورد موافقت مجمع تشخیص مصلحت نظام قرار گرفت و در ماده ۱ آن قانون بیان می‌دارد: «هریک از طرف‌های متعاقد متعهد می‌شود حسب درخواست طرف متعاقد دیگر، اشخاص متهم یا محکوم‌شده از سوی مراجع صلاحیت‌دار طرف متعاقد دیگر که در قلمرو آن یافت می‌شوند را به سبب ارتکاب جرم یا اجرای مجازات، به طرف متعاقد دیگر مسترد دارند.» (شریعت‌باقری، ۱۳۹۷، ج. ۲، ص. ۲۶۷).

بنابراین جمهوری اسلامی ایران به منظور حفظ نظام اسلامی و حاکمیت خود و مصالح عمومی با برخی از دولت‌های مسلمان و حتی غیر مسلمان موافقت‌نامه‌های استرداد مجرمان منعقد می‌نماید. اگر استرداد مجرمان با دولت‌های مختلف نداشته باشد، این امر موجب می‌شود که مجرمانی که در قلمرو جمهوری اسلامی ایران مرتکب جنایت شده‌اند پس از متواری شدن به کشورهای دیگر بدون مجازات باقی بمانند که این امر در بلندمدت به امنیت جمهوری اسلامی ایران لطمه وارد خواهد ساخت و از طرفی قلمرو جمهوری اسلامی نیز نمی‌تواند پناهگاه مجرمان کشورهای دیگر باشد (عباسی، ۱۳۷۳، ص. ۷۵) که با انعقاد موافقت‌نامه‌های استرداد مجرمان این معضلات رفع خواهد شد. بنابراین حفظ نظام و منافع و مصالح عمومی اقتضا می‌کند که استرداد مسلمان شیعه به کشورهای اسلامی غیر شیعی جایز باشد.

### عدم جواز استرداد

اما در مقابل دیدگاه فوق، دیدگاه دیگری وجود دارد که معتقدند استرداد مسلمان شیعه به کشورهایی که حاکمان آن‌ها منصوب عام از طرف امام معصوم نیستند، جایز نیست؛ در این باره ماده قانونی نداریم و در حقوق موضوعه این بحث مطرح نشده است، بلکه از دیدگاه حقوق اسلامی باید این مسئله را مورد بررسی قرار داد که در بالا از بحث عدم جواز رجوع به قضات جور، این دیدگاه را به طور مفصل بحث کردیم.

استرداد مجرم یا متهم مسلمان شیعه به کشورهای اسلامی که حکومت آن‌ها بر مبنای ولایت فقیه نیست، از باب حکم اولیه، مشکل است؛ زیرا درست است که در کشورهای اسلامی غیر شیعی نظام قانون‌گذاری و قضا در نگاه اول ممکن است از اسلام الگو برداری شده باشد، ولی شیوه جذب قاضی و قانون‌گذاری آن کشورها بر اساس مذهب آن‌ها صورت می‌گیرد. به عنوان نمونه، در نظام پادشاهی عربستان سعودی، ماده ۵۵ قانون اساسی آن کشور مقرر می‌دارد: «پادشاه خط‌مشی امت را که خط‌مشی مشروع و مطابق با مقررات اسلام است، به مرحله عمل درآورده و بر اجرای شریعت اسلامی، نظام حکومتی، سیاست‌های کلی دولت و حفظ و دفاع از کشور حفاظت می‌کند.» این ماده پادشاه را موظف به قانون‌گذاری بر مبنای شریعت اسلامی می‌داند که این

موضوع را می‌توان از طریق پارلمان این کشور که غالباً جنبه مشورتی برای پادشاه دارد، اعمال بکند و بر اساس ماده ۴۵ قانون اساسی آن کشور، وضع قانون باید بر اساس قرآن و سنت صورت پذیرد.

در پادشاهی عربستان، کتاب خدا و سنت پیامبر خدا منشأ صدور فتوا می‌باشند. ترکیب علمای اعلام، انجام پژوهش‌های علمی، صدور فتوا و وظایف علمای اعلام را قانون معین می‌کند. فقه اسلامی اصلی‌ترین منبع قانون‌گذاری در عربستان است لیکن این فقه بر اساس مذهب حنبلی و با قرائت وهابی است (بهادری و آجرلو، ۱۳۹۶، ص. ۱۹). بدین ترتیب، در کشور عربستان سعودی همچنان که اسلام به‌عنوان منبع قانون‌گذاری است، اما قانون‌گذاری بر اساس مذهب حنبلی است.

بنابراین در این کشور اسلامی، قضات بر اساس قوانین داخلی خود، مجرم شیعه را که در قلمرو آن کشور یا کشور دیگر، مرتکب جرم شده و به کشور دیگر فرار کرده است در صورتی که به آن کشور استرداد شود محاکمه و مجازات می‌کند و قضات آن کشور هرچند ممکن است منصف باشند و اصول دادرسی عادلانه را در رسیدگی‌ها رعایت نمایند، ولی حکم آن‌ها از دو جهت دارای ایراد از نظر شورای نگهبان است: یکی اینکه حکم از جانب قاضی غیر واجد شرایط قضا صادر شده است و دیگری همواره احتمال غیرشرعی بودن قوانین آن کشور وجود دارد. با وجود این نمی‌توان مجرم یا متهم مسلمان شیعه را به این‌گونه کشورها استرداد نمود.

به نظر می‌رسد در دو صورت می‌شود مجرم یا متهم مسلمان شیعه را به کشورهای مسلمان غیرشیعی استرداد نمود: یکی بر اساس مصالح و منافع عمومی و دیگری بر اساس معامله به مثل؛ مصلحت را قبلاً توضیح دادیم و معامله متقابل را که در قانون ایران ذکر شده است، مورد بررسی قرار می‌دهیم.

استرداد مجرمان بر اساس معامله متقابل امری است که مورد قبول بیشتر کشورها به‌ویژه کشورهای دارای حقوق مدون قرار گرفته است. منظور از معامله متقابل در استرداد مجرمان این است که اگر کشوری از کشوری که مجرم یا متهم در آنجا اقامت دارد و بین این دو کشور هم موافقت‌نامه استرداد مجرمان منعقد نشده باشد، درخواست کند که فرد مورد نظر را مسترد کند، کشور درخواست‌شونده در صورتی درخواست استرداد را قبول می‌کند که اگر مجرم یا متهمی از این کشور به کشور درخواست‌کننده فعلی فرار کند، آن کشور هم متهم فراری را متقابلاً استرداد نماید، به این شرط، شرط معامله متقابل گفته می‌شود. بنابراین تا زمانی که بین دو دولت معاهده استرداد وجود داشته باشد، دولت‌های متعاقد در اجرای مفاد آن ملزم هستند و استرداد اجباری است تنها در صورت فقدان قرارداد استرداد، دولت‌ها استرداد را موکول به شرط معامله متقابل می‌نمایند (حبیبی قراخیلی، ۱۳۷۷، صص. ۲۱-۲۲).

قانون‌گذار ایرانی این شرط را مورد توجه قرار داده است و در قسمت اخیر ماده ۱ قانون استرداد مجرمان مصوب ۱۳۳۹، می‌گوید: «... و چنانچه قراردادی منعقد نشده یا اگر منعقد گردیده باشد حاوی تمام نکات لازم نباشد، استرداد طبق مقررات این قانون به شرط معامله متقابل به عمل خواهد آمد.»

بدین ترتیب، قاضی رسیدگی‌کننده در هر مورد باید تلاش نماید تا حکم مسئله را در موافقت‌نامه‌های موجود پیدا کند و مطابق آن عمل کند و در صورتی که بین دولت ایران و کشور متقابل قراردادی امضا نشده

باشد یا جهات لازم در قرارداد لحاظ نشده باشد، بر اساس مقررات استرداد مجرمان و بر اساس معامله به مثل عمل نماید.

### نتیجه‌گیری

از دیدگاه فقه امامیه می‌توان دریافت که استرداد مجرمان شیعه به کشورهای مسلمانی که بر اساس ولایت فقیه اداره نمی‌شوند، طبق نظر اکثر فقیهان شورای نگهبان جایز نیست، زیرا قضات این کشورها نه شرایط و صفات قاضی منصوب از سوی شارع را دارند و نه شرایط و صفات قاضی منصوب از سوی فقیه؛ اما بر اساس مصلحت عمومی، ضرورت، معامله به مثل و غیره استرداد جایز است. بر اساس نظریه اقلیت فقیهان استرداد جایز است. از نظر حقوق موضوعه استرداد شیعیان مانند سایر مذاهب مشمول توافق و معاهده بین کشورهاست. به‌طور کلی از نظر فقه امامیه می‌توان نتیجه گرفت که استرداد مسلمان شیعه به کشورهای اسلامی غیر شیعه به دو دلیل جایز نیست. یکی نهی روایات از مراجعه به قضات جور، درست است که این روایات شامل استرداد مجرمان نمی‌شود اما به دلیل ملاکی که در این روایات وجود دارد و آن واجد شرایط نبودن قضات این کشورها و در نتیجه، صلاحیت نداشتن آن‌ها است، این ملاک در استرداد شیعیان به کشورهای اسلامی غیر شیعی قابل سرایت است و دیگری عدم پذیرش احکام صادره از دادگاه‌های خارجی است که یکی از دلایل فقیهان شورای نگهبان برای عدم استرداد مجرم مسلمان است. البته اگر مبانی قراردادی بودن استرداد مجرمان و شرایط اعمال آن مورد نظر قرار گیرد شاید شورای نگهبان بتواند موافقت‌نامه‌های استرداد مجرمان را مورد تأیید قرار بدهد.

### پیشنهاد

در زمینه همکاری‌های قضایی بین‌المللی در جمهوری اسلامی ایران هرچند قوانین داخلی از جمله قانون راجع به استرداد مجرمین مصوب ۱۳۳۹ وجود دارد، ولی این قوانین نیاز به اصلاح و بازنگری جدی دارند و خوشبختانه در جمهوری اسلامی ایران پیشنهاد تقنینی، در قالب لایحه همکاری قضایی بین‌المللی، از طرف وزارت دادگستری به مجلس شورای اسلامی ارائه شده است، که در صورت تصویب شدن آن بسیاری از مشکلات و ناهماهنگی‌ها درباره استرداد مجرمین برطرف خواهد شد. همچنین به قوه قضائیه ایران، پیشنهاد می‌شود که از کارشناسان و متخصصان حوزه و دانشگاه در خصوص مغایرت‌های موجود در فقه و قوانین جمهوری اسلامی ایران با سایر کشورها استفاده نماید تا راهکار و راه‌حلی درباره این مشکل ارائه نمایند.

## منابع

- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴). لسان العرب. بیروت: دار الفکر.
- اردبیلی، محمدعلی. (۱۴۰۰). همکاری‌های قضایی بین‌المللی. تهران: میزان.
- ایزدهی، سید سجاد. (۱۳۹۳). مصلحت در فقه سیاسی شیعه. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- بهادری، علی و آجرلو، اسماعیل. (۱۳۹۶). مطالعه تطبیقی الگوهای دادرسی شرعی در کشورهای اسلامی. مجله حقوقی دادگستری، (۱۰۰).
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۹). مبسوط در ترمینولوژی حقوق (جلد ۱). تهران: گنج دانش.
- حبیبی قراخیلی، اکبر. (۱۳۷۷). اصول جدید استرداد مجرمان (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه قم، قم.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹). تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة. قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).
- حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعیلیان.
- خسروپناه، عبدالحسین. (۱۳۸۹). گفت‌مان مصلحت. تهران: کانون اندیشه جوان.
- دلفانی، علی. (۱۳۹۴). بررسی مبانی روابط بین‌الملل دولت اسلامی از منظر فقه فریقین (رساله دکتری). دانشگاه قم، قم.
- سبحانی، جعفر. (۱۴۱۸). نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الاسلامیة الغراء. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- شریعت‌باقری، محمدجواد. (۱۳۹۳). تصویب موافقت‌نامه‌های همکاری‌های قضایی بین‌المللی؛ مشکلات و راه‌حل‌ها. دیدگاه‌های حقوق قضایی، (۶۶).
- شریعت‌باقری، محمدجواد. (۱۳۹۷). موافقت‌نامه همکاری حقوقی و قضایی میان جمهوری اسلامی ایران و دیگر دولت‌ها (جلد ۲). تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.
- عباسی، محمود. (۱۳۷۳). استرداد مجرمین. تهران: گنج دانش.
- عراقی، ضیاء‌الدین. (۱۴۲۱). کتاب القضاء (مقرر: نجم‌آبادی). قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا (ع).
- علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۸۸). فقه و مصلحت. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۸). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة (القضاء و الشهادات). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۴). الکافی. تهران: دار الکتب الاسلامیة.
- مصطفی‌زاده، فهیم. (۱۳۹۳). نظرات استدلالی شورای نگهبان در خصوص لایحه موافقت‌نامه استرداد مجرمان بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری عراق. [nazarat.shora-rc.ir](http://nazarat.shora-rc.ir)
- مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۳). المقنعة. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۲۳). فقه القضاء. قم: جامعة المفید.
- موسوی خمینی، روح‌الله. (۱۴۱۸). الاجتهاد و التقليد. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- موسوی خمینی، روح‌الله. (بی‌تا). صحیفه نور. تهران: سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی.
- مؤمن قمی، محمد. (۱۳۸۹). مبانی تحریر الوسیلة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- نجفی، محمدحسن. (۱۹۸۱). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نفیسی، علی‌اکبر. (۱۳۱۸). فرهنگ نفیسی (جلد ۱). تهران: چاپ رنگین.
- هادوی تهرانی، مهدی. (۱۳۸۵). قضاوت و قاضی (قضاوت در اسلام) (جلد ۱). قم: خانه خرد.

## Reference

- Ibn Manzūr, Muḥammad b. Mukarram. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Lisān al-‘Arab* [The tongue of the Arabs]. Beirut: Dār al-Fikr.
- Ardabīlī, Muḥammad ‘Alī. (1400 SH [2021/2022 CE]). *Hamkāri-hā-yi qaḍā’ī-yi bayn al-milālī* [International judicial cooperation]. Tehran: Mīzān.
- Īzādihī, Sayyid Sajjād. (1393 SH [2014/2015 CE]). *Maṣlaḥat dar fiqh-i siyāsī-yi Shī‘a* [Public interest in Shi‘i political jurisprudence]. Tehran: Research Institute for Islamic Culture and Thought.
- Bahādorī, ‘Alī, & Ājarlū, Ismā‘īl. (1396 SH [2017/2018 CE]). A comparative study of models of sharī‘a-based adjudication in Islamic countries. *Majalla-yi Huquqī-yi Dādgustarī* [Judiciary Law Journal], (100).
- Ja‘farī Langarūdī, Muḥammad Ja‘far. (1389 SH [2010/2011 CE]). *Mabsūt dar terminuluzhī-yi huquq* [An extensive work on legal terminology] (Vol. 1). Tehran: Ganj-i Dānish.
- Ḥabībī Qarākhīlī, Akbar. (1377 SH [1998/1999 CE]). *Uṣūl-i jadīd-i istirdād-i mujrimān* [New principles of extradition] (Master’s thesis). Qom: University of Qom.
- Ḥurr al-‘Āmilī, Muḥammad b. Ḥasan. (1409 AH [1988/1989 CE]). *Tafṣīl Wasā’il al-shī‘a ilā taḥṣīl masā’il al-sharī‘a* [A detailed presentation of the means of the Shi‘a for attaining the issues of the sharī‘a]. Qom: Mu’assasat Āl al-Bayt.
- Ḥillī, Ja‘far b. Ḥasan. (1408 AH [1987/1988 CE]). *Sharā‘i‘ al-Islām fī masā’il al-ḥalāl wa-l-ḥarām* [The laws of Islam concerning lawful and unlawful matters]. Qom: Ismā‘īliyyān.
- Khusrawpanāh, ‘Abd al-Ḥusayn. (1389 SH [2010/2011 CE]). *Guftimān-i maṣlaḥat* [The discourse of public interest]. Tehran: Kānūn-i Andīsha-yi Javān.
- Dalfānī, ‘Alī. (1394 SH [2015/2016 CE]). *Barrāsī-yi mabānī-yi ravābi‘-i bayn al-milal-i dawlat-i Islāmī az manẓar-i fiqh-i farīqayn* [An examination of the foundations of the international relations of the Islamic state from the perspective of the jurisprudence of the two schools] (Doctoral dissertation). Qom: University of Qom.
- Subḥānī, Ja‘far. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Nizām al-qaḍā’ wa-l-shahāda fī al-sharī‘a al-Islāmiyya al-gharrā’* [The system of adjudication and testimony in the radiant Islamic sharī‘a]. Qom: Mu’assasat Imām Šādīq.
- Sharī‘at Bāqirī, Muḥammad Javād. (1393 SH [2014/2015 CE]). Ratification of international judicial cooperation agreements: Problems and solutions. *Dīdgāh-hā-yi Huquq-i Qaḍā’ī* [Judicial Law Perspectives], (66).
- Sharī‘at Bāqirī, Muḥammad Javād. (1397 SH [2018/2019 CE]). *Muwāfaqat-nāma-yi hamkāri-yi huquqī wa qaḍā’ī miyān-i Jumhūrī-yi Islāmī-yi Īrān wa dīgar dawlat-hā* [Agreements on legal and judicial cooperation between the Islamic Republic of Iran and other states] (Vol. 2). Tehran: University of Judicial Sciences and Administrative Services.
- ‘Abbāsī, Maḥmūd. (1373 SH [1994/1995 CE]). *Istirdād-i mujrimīn* [Extradition of criminals]. Tehran: Ganj-i Dānish.
- ‘Irāqī, Diyā’ al-Dīn. (1421 AH [2000/2001 CE]). *Kitāb al-qaḍā’* [The book of adjudication] (Najmābādī, Reporter). Qom: Mu’assasat-i Ma‘ārif-i Islāmī-yi Imām Riḍā.

- ‘Alīdūst, Abū al-Qāsim. (1388 SH [2009/2010 CE]). *Fiqh wa maṣlaḥat* [Jurisprudence and public interest]. Tehran: Research Institute for Islamic Culture and Thought.
- Fāḍil Lankarānī, Muḥammad. (1428 AH [2007/2008 CE]). *Tafṣīl al-sharī‘a fī sharḥ Tahrīr al-wasīla: al-Qaḍā’ wa-l-shahādāt* [A detailed exposition of the sharī‘a in commentary on *Tahrīr al-wasīla: Adjudication and testimonies*]. Qom: Jurisprudential Center of the Pure Imams.
- Kulaynī, Muḥammad b. Ya‘qūb. (1404 AH [1983/1984 CE]). *al-Kāfi* [The sufficient book]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya.
- Muṣṭafāzāda, Fahīm. (1393 SH [2014/2015 CE]). Reasoned opinions of the Guardian Council concerning the bill on the extradition agreement between the Government of the Islamic Republic of Iran and the Government of the Republic of Iraq. Retrieved from [nazarat.shora-rc.ir](http://nazarat.shora-rc.ir).
- Mufīd, Muḥammad b. Muḥammad. (1413 AH [1992/1993 CE]). *al-Muqni‘a* [The sufficient legal manual]. Qom: World Congress for the Millennium of Shaykh Mufīd.
- Mūsawī Ardabīlī, Sayyid ‘Abd al-Karīm. (1423 AH [2002/2003 CE]). *Fiqh al-qaḍā’* [The jurisprudence of adjudication]. Qom: Jāmi‘at al-Mufīd.
- Mūsawī Khomeinī, Rūḥ Allāh. (1418 AH [1997/1998 CE]). *al-Ijtihād wa-l-taqlīd* [Independent legal reasoning and emulation]. Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini’s Works.
- Mūsawī Khomeinī, Rūḥ Allāh. (n.d.). *Ṣahīfa-yi nūr* [The scroll of light]. Tehran: Organization for Cultural Documents of the Islamic Revolution.
- Mu‘min Qummī, Muḥammad. (1389 SH [2010/2011 CE]). *Mabānī-yi Tahrīr al-wasīla* [The foundations of *Tahrīr al-wasīla*]. Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini’s Works.
- Najafī, Muḥammad Ḥasan. (1981). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ Sharā‘i‘ al-Islām* [Jewels of discourse in commentary on *Sharā‘i‘ al-Islām*]. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī.
- Nafīsī, ‘Alī Akbar. (1318 SH [1939/1940 CE]). *Farhang-i Nafīsī* [Nafīsī dictionary] (Vol. 1). Tehran: Chāp-i Rangīn.
- Hādawī Tīhrānī, Mahdī. (1385 SH [2006/2007 CE]). *Qaḍāwat wa qāḍī: Qaḍāwat dar Islām* [Judgment and the judge: Adjudication in Islam] (Vol. 1). Qom: Khāna-yi Khīrad.

## Table of Contents

- The Entitlement or Non-entitlement of a Refusing Co-claimant to Property Recovered through a Supplementary Oath / 3**  
Sedigheh Hatami
- Legal and Fiqhi Foundations for Criminalizing Genetic Discrimination / 29**  
Naib Ali Akhtari, Muhammad Bagher Gerayeli & Sayyid Mohsen Mortazavi
- The Operation of the Rule of Ilzam and Generic Set-off in Iran's Financial and Legal Interactions / 53**  
Yaser Takfallah
- Recognizing the Agent's Authority to Engage in Self-Dealing as the Rule in Iranian Law and Islamic Fiqh / 75**  
Hamid Abhari, Seyed Mehdi Hosseini Moghadam & Seyed Hassan Hosseini Moghadam
- A New Reading of the Condition of Judicial Ijtihad in Legislation: From Legislative Function to Purely Judicial Function / 101**  
Kazem Khosravi & Mostafa Ahmadifar
- Stipulating the Option of Defect Despite Knowledge of the Defect: A New Approach to Balancing Contractual Power / 121**  
Farzaneh Karami, Mahdi Miri & Farhad Rohani
- Criteria for Distinguishing Illicit Relationship from Acts Contrary to Chastity in Islamic Fiqh and Law / 151**  
Mohammad Hassani & Hassan Shahmalekpour
- Revisiting the Fiqhi Foundations of the Marital Bond after the Death of One Spouse, with Reference to Imami Ijtihadi Evidence / 179**  
Somayeh Hasani
- The Relationship between Buying and Selling Coins and Foolish Transactions from the Perspective of Imami Fiqh / 205**  
Javad Soltanifard
- Criteria of Maslahah in the Three Arenas of Inference, Legislation, and Implementation / 241**  
Gholamreza Peyvandi & Ali Zare Qaramaleki
- Exchange Riba in Cryptocurrency Transactions / 265**  
Sajjad Salehi, Seyed Abdolvahab Razavi Tabar, Mojtaba Alinejad, Ali Akbar Jahanbakhshi & Amirhossein Adibi Sedeh
- A Fiqhi Assessment of Assigning Humanoid Robots the Performance of Tawassuli Commands / 291**  
Mostafa Masoudian & Alireza Kazemi
- Establishing and Assessing Mistake Preventing Consent on the Basis of Apparent and Internal Will in English and Iranian Law / 313**  
Seyed Mohammad Asadinejad & Seyed Hossein Safaei Moafi
- The Possibility of Attributing a Child Born of Zina to the Mother in Islamic Fiqh / 339**  
Abbasali Salehi
- Extradition of Shi'i Offenders to Non-Shi'i Islamic Countries from the Perspective of Imami Fiqh and Iranian Law / 365**  
Sayyid Muhammad Mousavi, Muhammad Baqer Gerayeli & Abdulreza Asghari

**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, Tejjart 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 Jihad-e-Daneshgahi (SID)** (*sid.ir*)

**Magiran (Iranian Journal Database)** (*magiran.com*)

**Google Scholar** (*scholar.google.com*)



***Studies of Islamic  
Jurisprudence and  
Basis of Law***

Vol. 19, No. 2, Issue 52,  
Fall & Winter 2025

**Executive Manager**  
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, 7<sup>th</sup> Floor,  
Shahid Modarres Blvd.,  
Mashhad, Iran

Phone: (+98)51-32211821

Fax: (+98)51-32217167

Postal Code: 9133936316