مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق

دورهٔ ۲۰، شمارهٔ ۱، پیاپی ۵۳،
بهار و تابستان ۱۴۰۵

مدیر اجرایی
محمدحسین گلیاری

ویرایش و صفحه‌آرایی
پیرایش قلم

نشانی وبگاه
https://fvh.journals.miu.ac.ir

تیراژ: ۱۰۰ نسخه
قیمت: ۱،۰۰۰،۰۰۰ ریال
نشر: چاپخانه دیجیتال المصطفی

نشانی
مشهد، بولوار شهید مدرس،
نبش مدرس ۱، طبقه هفتم،
جامعة المصطفی العالمیة،
معاونت پژوهشی

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

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

هیئت تحریریه

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

زمینهٔ انتشار

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

تأییدیهٔ علمی

نشریهٔ مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق به‌استناد نامه۳/۱۸/۶۴۸۶۲ مورخ ۱۳۹۴/۰۴/۰۶ در جلسه کمیسیون وزارت علوم، تحقیقات و فناوری مورخ ۱۳۹۴/۰۳/۲۰ مطرح و از شماره ۲۸ حائز رتبه علمی گردید.

نشریهٔ مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق با انجمن علمی فقه و حقوق شهروندی همکاری دارد.

آراء و دیدگاه‌های مطرح‌شده در این نشریه لزوماً بیانگر رأی و دیدگاه نشریه نیست.
نشریه در ویرایش آثار ارسالی آزاد است.
نقل هرگونه مطلب از نشریهٔ مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق با ذکر منبع بلامانع است.

این مجله در پایگاه‌های زیر نمایه می‌شود:
پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (isc.ac)
پایگاه نشریات جامعة المصطفی العالمیة (journals.miu.ac.ir)
پایگاه اطلاعاتی بین‌المللی ابسکو (ebsco.com)
پایگاه نمایه‌سازی بین‌المللی سوندی دوآج (doaj.org)
پایگاه مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (sid.ir)
پایگاه مجلات تخصصی نور (noormags.ir)
بانک اطلاعات نشریات کشور (magiran.com)

فهرست مقالات

مسئولیت کیفری نقصان‌یافته در اثر اختلالات روانی نزدیک به جنون از منظر فقه امامیه و حنفیه با نگاهی به حقوق عرفی ۷

سید عبدالبصیر حسینی، عباس شیخ‌الاسلامی، و محمدباقر گرایلی

تحلیل رفع اختلاف مالکیت سابق با تصرف کنونی در فقه، حقوق و رویهٔ قضایی ۳۳

حامد خوبیاری، سید محمدصادق طباطبایی، و سید محسن آتشی‌پور

«بدنام‌سازی»؛ درون‌مایهٔ بزه افترا در حقوق کیفری ایران ۵۷

مجتبی ملک‌افضلی اردکانی، و بهاره کرمی

تحلیل انتقادی اثبات‌پذیری زنا با فیلم از منظر فقه و حقوق موضوعه؛ نقدی بر اطلاق مواد ۱۶۰، ۱۶۱، ۱۶۲، ۲۱۱ و ۲۱۲ ق.م.ا. ۷۷

محمدکاظم توکلی اسلامی، سید محمود هل‌اتایی، و محمدرضا رسولی

بررسی حکم پیوند رحم با اتکا به مبانی فقهی فریقین ۱۰۵

فتح‌الله قربانی، و محمدرضایی

نگاهی به ظرفیت‌های فقهی جامعهٔ اسلامی در پیشگیری جامعه‌مدار از زمینه‌های اقتصادی وقوع جرم ۱۳۵

داوود سعیدی، و کریم کوخایی‌زاده

انعکاس دموکراسی مشارکتی در رویه‌های زیست‌محیطی؛ در پرتو قواعد فقهی ۱۵۷

عطیه خاکشورنیا، و محمد جلالی

تأثیرپذیری قواعد استنباط فقهی اهل‌سنت از اهل‌بیت (ع) ۱۸۵

حبیب‌الله رضایی، مرتضی نوروزی، و حسنعلی اخلاقی امیری

نظریهٔ نوسازی در اندیشهٔ اسلامی و احیای جمعی؛ مطالعه‌ای از منظر فلسفه دین و فقه ۲۱۱

محمدخالد نبی‌نیا

تحلیل جامع نقش‌های عملیاتی وکلای دادگستری در فرایندهای اجرایی عدالت ترمیمی: رهیافتی برای سیاست جنایی ایران ۲۴۳

احمد خداشناس، و حسین ثانوی

واکاوی انتقادی مبانی فقهی مادهٔ ۱۸۹ قانون مجازات اسلامی ۲۶۷

فرامرز فخرمعانی، و مرتضی رحیمی

موضوع‌شناسی تشهیر به‌عنوان اقدام تأمینی-احتیاطی؛ از علت‌شناسی تا گسترهٔ آن در بستر زمان ۲۹۱

کاظم خسروی

قواعد فقهی ناظر بر همگرایی کشورهای اسلامی و غیراسلامی ۳۱۳

غلام‌سخی جوادی، حسین ارجینی، و سید عبدالقیوم سجادی

مبانی، گستره و سازوکارهای حمایت از مستضعفان جهان در نظام حقوقی ج.ا.ا. و فقه مذاهب اسلامی ۳۳۷

سید علی‌محمد حسینی‌نژاد، سید احمد حبیب‌نژاد، و حسین جوان‌آراسته

دوگانگی مالکیت؛ واکاوی تضاد مبانی فقهی با الزامات ثبت رسمی در انتقال اموال غیرمنقول ۳۶۷

ناصر نیکخو امیری، علی جهانیان، سیامک قیاسی سرکی، و محسن مهدیان

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

Diminished Criminal Responsibility Due to Mental Disorders Short of Insanity: An Imamī-Ḥanafī Jurisprudential Study with Reference to Positive Law

Sayyed Abdulbasir Hosseini[1], Abbas Sheikholeslami[2]✉, Muhammad Bagher Gerayeli[3]

1. PhD Graduate in Criminal Law and Criminology, Department of Law and Islamic Sciences, Al-Mustafa International University, Mashhad, Iran. Email: abhhosseini64@gmail.com
2. *Corresponding Author*, Associate Professor, Department of Law, Faculty of Law, Political Science and Foreign Languages, Islamic Azad University, Mashhad Branch, Mashhad, Iran. Email: abbassheikloleslami@iau.ac.ir
3. Assistant Professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: grayeli@razavi.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received
22 January 2024
Received in revised form
21 February 2024
Accepted
06 April 2024
Available online
22 June 2026

Keywords:
diminished criminal responsibility,
Imamī jurisprudence,
Ḥanafī jurisprudence,
cognition,
insanity,
mental disorders

ABSTRACT

"Diminished criminal responsibility," a doctrine rooted principally in Western and common-law systems, refers to a reduction in criminal responsibility where one of the constitutive elements of criminal capacity, namely cognition or volition, is impaired but not entirely extinguished. The doctrine is not confined to a particular offense. Yet because fixed ḥadd punishments, qiṣāṣ, and textually prescribed discretionary punishments are generally resistant to modification or suspension, the most difficult questions arise in relation to those categories. The factors capable of impairing criminal capacity are numerous; this study focuses specifically on mental disorders that fall short of insanity. Using a descriptive-analytical and comparative method and drawing on library sources, the article examines diminished responsibility from the perspectives of Imamī and Ḥanafī jurisprudence while also considering criminological research and positive law. The findings indicate that, despite the absence of a comprehensive and explicit doctrine in Islamic jurisprudence and in the legislation of many jurisdictions, strong and reassuring support for diminished responsibility can be derived from the principal sources of Islamic law, namely the Qurʾān, the Sunnah, and reason.

Cite this article: Hosseini, S. A., Sheikholeslami, A., & Gerayeli, M. B. (2026). Diminished criminal responsibility due to mental disorders short of insanity: An Imamī-Ḥanafī jurisprudential study with reference to positive law. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, *20*(1), 3-28. https://doi.org/10.22034/fvh.2024.17939.1912

© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: https://doi.org/10.22034/fvh.2024.17939.1912

Introduction

Human responsibility for conduct and its consequences presupposes both cognition and freedom of choice. When either condition is absent or impaired, the foundation of responsibility is correspondingly affected. The traditional binary model common to classical Islamic jurisprudence and criminal law treats a person as either fully responsible, where all elements of criminal capacity are present, or entirely exempt, where one of those elements has wholly disappeared. Modern criminal-law theory has increasingly questioned this all-or-nothing approach and has recognized intermediate conditions in which an offender's capacity is substantially impaired without being eliminated.

The principal challenge in Islamic legal systems is whether such an intermediate category can be reconciled with the rules of the Sharīʿa, particularly in legal systems grounded in Imamī or Ḥanafī jurisprudence and in offenses carrying ḥudūd, qiṣāṣ, or textually prescribed taʿzīr. The central question is therefore whether an offender suffering from a demonstrable mental disorder that does not meet the legal definition of insanity may receive reduced criminal responsibility, comparable in structure to the differentiated treatment contemplated for some mature but insufficiently discerning juveniles under Article 91 of Iran's 2013 Islamic Penal Code.

Methodology

The research employs a descriptive-analytical and comparative method. It undertakes linguistic, jurisprudential, and rational analysis of concepts central to criminal responsibility, including will, choice, cognition, fault, insanity, and mental disorder. Primary Islamic texts, authoritative juristic writings, relevant legislation, criminological research, and empirical scholarship were examined through library-based research. The analysis compares Imamī and Ḥanafī positions and evaluates them in light of contemporary understandings of mental impairment.

Literature Review

Diminished criminal responsibility arising from mental disorders short of insanity is a comparatively new and underdeveloped subject when treated independently from the recognized grounds excluding criminal responsibility. It has not acquired a clear and autonomous position in the criminal law of many jurisdictions, including several Muslim-majority states. Existing scholarship has generally addressed adjacent subjects such as minority, incomplete maturity, intellectual disability, or the psychology of criminal responsibility. The present study draws in particular on research concerning maturity and criminal responsibility, comparative studies of intellectual disability, and Stephen J. Morse's work on diminished rationality and

responsibility, but differs by reconstructing a jurisprudential basis for the doctrine within Imamī and Ḥanafī law.

Findings

The dominant position among Imamī and Ḥanafī jurists remains binary: mental disturbance either reaches the threshold of insanity and removes responsibility, or falls below that threshold and leaves full responsibility intact. Nevertheless, less prominent opinions and a number of juristic doctrines support differentiated responsibility where cognition or volition has been significantly weakened.

The study further finds that mental disorder is not the only possible source of diminished responsibility. Incomplete coercion or necessity, excessive self-defense, provocation, and comparable circumstances may also impair perception or freedom of choice without eliminating them. The analysis therefore supports recognizing a broader category of "factors diminishing criminal responsibility," distinct from factors that completely exclude it. Such a category should be legislatively defined, with precise conditions and evidentiary safeguards.

Discussion

The legal inquiry must focus on functional impairment rather than diagnostic labels alone. A disorder should affect responsibility only where it is medically ascertainable, substantially impairs the accused's ability to understand the nature or wrongfulness of the conduct or to control behavior, and has a meaningful causal connection with the offense. This approach protects the authority of revealed rules while avoiding the injustice of treating materially unequal mental conditions as legally identical.

The Qurʾānic emphasis on capacity, the Prophetic treatment of persons lacking discernment, and rational principles linking liability to meaningful choice collectively support proportionality between culpability and punishment. The doctrine does not require treating every psychiatric diagnosis as mitigating; rather, it requires a carefully supervised intermediate response when the conditions of responsibility remain present only in a materially reduced form.

Conclusion

The principal research question should be answered affirmatively. Islamic legal sources provide adequate grounds for acknowledging diminished criminal responsibility in cases of mental disorder short of insanity. The doctrine should apply where the disorder is reliably established, substantially impairs the offender's understanding of the act or its wrongfulness, or significantly weakens behavioral control, and materially contributes to the commission of the offense. A statutory chapter on factors diminishing

criminal responsibility would permit courts to distinguish full capacity, diminished capacity, and complete incapacity in a principled manner while preserving the special requirements governing ḥudūd, qiṣāṣ, and taʿzīr.

Declarations

Author Contributions: Data collection, analysis, and drafting were carried out by Sayyed Abdulbasir Hosseini. Abbas Sheikholeslami evaluated the manuscript, addressed scholarly deficiencies, and contributed to the research design.

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 of Generative AI and AI-assisted Technologies: The authors declared that no artificial intelligence was used in the writing process.

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

مسئولیت کیفری نقصان‌یافته در اثر اختلالات روانی نزدیک به جنون از منظر فقه امامیه و حنفیه با نگاهی به حقوق عرفی

سید عبدالبصیر حسینی[۱]، عباس شیخ‌الاسلامی[۲]✉، محمدباقر گرایلی[۳]

۱. دانش‌آموختهٔ دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، گروه حقوق و علوم اسلامی، جامعه المصطفی العالمیه، مشهد، ایران. رایانامه: abhhosseini64@gmail.com
۲. *نویسندهٔ مسئول*، استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق، علوم سیاسی و تاریخ، دانشگاه یزد، یزد، ایران. رایانامه: ac.ir.abbassheikloleslami@iau
۳. استادیار، گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: grayeli@razavi.ac.ir

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۰۲
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۲/۰۲
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۱/۱۸
تاریخ انتشار: ۱۴۰۵/۰۴/۰۱

کلیدواژه‌ها:
مسئولیت کیفری نقصان‌یافته،
فقه امامیه،
فقه حنفی،
ادراک،
جنون،
اختلالات روانی

چکیده

اصطلاح «مسئولیت کیفری نقصان‌یافته» که ریشه در حقوق غربی و کامن لا دارد، عبارت است از کاهش مسئولیت کیفری در همه مواردی که یکی از ارکان اهلیت کیفری، یعنی ادراک و اختیار، دچار اختلال و نه کاملاً سلب شود. قلمرو این نوع مسئولیت از منظر این پژوهش اختصاص به جرم خاصی ندارد، اما با توجه به تغییر و تعطیل‌ناپذیری مجازات‌های حدی، قصاص و تعزیرات منصوص شرعی عمده بحث‌ها در این نوشتار مربوط به این دسته از جرائم می‌شود. عوامل اختلال در ارکان مسئولیت کیفری متعدد است، اما در این پژوهش، تنها اختلالات روانی کمتر از جنون مورد بررسی قرار گرفته است. پژوهش حاضر به روش توصیفی - تحلیلی و با مراجعه به منابع کتابخانه‌ای، مسئولیت کیفری نقصان‌یافته در اثر اختلالات روانی را به‌صورت تطبیقی از دیدگاه فقه امامیة و حنفی و با نگاهی به داده‌های علوم جرم‌شناختی و حقوق عرفی مورد بررسی قرار داده است. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد، به‌رغم فقدان یک دیدگاه جامع و روشن در رابطه با نقصان مسئولیت کیفری در فقه اسلامی و البته حقوق موضوعه غالب کشورهای جهان، ادله محکم و اطمینان‌آوری در منابع اصلی شریعت اسلامی، یعنی کتاب، سنت و عقل در تأیید این نوع مسئولیت کیفری وجود دارد.

استناد: حسینی، سید عبدالبصیر؛ شیخ‌الاسلامی، عباس؛ و گرایلی، محمدباقر. (۱۴۰۵). «مسئولیت کیفری نقصان یافته در اثر اختلالات روانی نزدیک به جنون از منظر فقه امامیه و حنفیه با نگاهی به حقوق عرفی». مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ۲۰(۱)، ۲۸۳. https://doi.org/10.22034/fvh.2024.17939.1912

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

مقدمه

مسئولیت انسان در قبال عملکرد خویش و آثار آن، منوط به برخورداری از ادراک و آزادی اراده است و در صورت فقدان یا اختلال هریک از این شرایط، این مسئولیت دچار اختلال می‌شود. طبق دیدگاه رایج سنتی در فقه اسلامی و حقوق جزا، شخص اگر تمامی شرایط را دارا بود، مسئولیت تام و کامل دارد و اگر یکی از این شرایط به‌طور کامل از بین رفت، مسئولیت کیفری به‌کلی سلب می‌شود. اما این نوع نگرش به این مسئله مهم و حیاتی در حقوق جزا چندی است که در دنیا تغییر کرده و جوانب دیگری از حقوق کیفری نیز مورد توجه حقوق‌دانان و بعضی از نظام‌های حقوقی قرار گرفته است.

واقعیت این است که عوارض و ناهنجاری‌های جسمی و روانی انسان و همچنین احوال و شرایطی که تسلط او بر افکار و رفتار خویش و به‌تبع آن، مسئولیت کیفری‌اش را تحت تأثیر قرار می‌دهد، دارای مراتب و حالات مختلف است و نمی‌توان همه حالت‌ها یا نارسایی‌ها و بیماری‌های انسان را در دو نقطه صفر و صد یا هیچ و همه خلاصه کرد. در نتیجه، بسیاری بر این عقیده‌اند که مسئولیت کیفری نیز به‌تبع این حالات، باید دارای مراتب و درجات مختلف باشد. عقل و جنون (مانند سایر حالات روانی انسان) دارای مراتب تشکیکی بوده و در مواردی، یک شخص نه عاقل است و نه مجنون به‌معنای مصطلح آن. در چنین مواردی، بسیاری از نظام‌های حقوقی دنیا برحسب حالات شخص، برای او مسئولیت کیفری نسبی در نظر گرفته و در موارد اختلال جزئی (و نه فقدان) یکی از شروط مسئولیت کیفری از جمله عقل، مراتب ضعیف‌تری از مسئولیت کیفری که به آن «مسئولیت کیفری نقصان‌یافته» یا «کاهش‌یافته» گفته می‌شود را وارد قوانین و ادبیات حقوقی خویش کرده‌اند.

مسئلهٔ مسئولیت کیفری نقصان‌یافته اساساً بحث جدیدی در حوزه حقوق کیفری است که در اروپا و به‌خصوص انگلستان از نیمه قرن بیستم به بعد مطرح شده و به‌عنوان یکی از صورت‌های تخفیف و تبدیل مجازات، شناخته شده است. این مسئله هرچند به‌صورت جزئی و موردی به‌خصوص در باب سن مسئولیت کیفری، در فقه اسلامی نیز از ابتدا مطرح بوده است، اما به‌صورت مبنایی و فراگیر به‌عنوان یکی از مباحث اصلی مسئولیت کیفری، در فقه اسلامی بحثی کاملاً نو و کم‌سابقه است اگر نگوییم بی‌سابقه است و در حقوق بسیاری از کشورهای جهان و کشورهای اسلامی‌مانند جمهوری اسلامی ایران نیز تاکنون جایگاه مستقل و قابل‌توجهی در مباحث حقوق جزا نداشته است.

گذشته از چالش‌های حقوقی و اجرایی گریبان‌گیر این مسئله، چالش اصلی و عمده پیش روی آن در نظام‌های حقوقی اسلامی، انطباق با آن احکام شریعت اسلامی به‌خصوص فقه امامیه و حنفی به‌عنوان مذاهب فقهی رسمی و مبنای قانون‌گذاری در کشورهایی مانند جمهوری اسلامی ایران و افغانستان و بسیاری از کشورهای اسلامی دیگر در جرائم مستلزم حدود، قصاص و تعزیرات منصوص شرعی است. ازاین‌رو، پرسش اساسی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا از منظر فقه شیعه و حنفی می‌توان در جرائم مذکور برای بیمار روانی که در تعریف جنون قرار نمی‌گیرد، مسئولیت کیفری کاهش‌یافته‌ای شبیه آنچه در ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ایران برای نوجوانان بالغ غیررشید پیش‌بینی شده است، در نظر گرفت؟

پاسخ به پرسش فوق با توجه به اقتضائات تشکیکی بودن برخورداری انسان از ادراک و اختیار (عناصر اهلیت کیفری) از یک طرف و معیّن و ثابت بودن مجازات‌های مذکور در شریعت اسلامی و عدم امکان شخصی‌سازی این دسته از مجازات‌ها از طرف دیگر، ضرورتی انکارناپذیر داشته و مسئله اصلی این پژوهش را تشکیل می‌دهد.

همان‌طور که از توضیحات فوق بر می‌آید، قلمرو این پژوهش صرفاً مربوط به مجازات‌های معیّن و ثابت شرعی، یعنی حدود، قصاص و تعزیرات منصوص شرعی می‌شود، اما تعزیرات غیرمنصوص، با توجه به اینکه هم اصل اجرا و هم کمّیت و کیفیت آن به حاکم شرع واگذار شده و چالشی نسبت به مسئولیت کیفری نقصان‌یافته ایجاد نمی‌کند، در موضوع این پژوهش قرار نمی‌گیرد.

تعریف مسئولیت کیفری نقصان‌یافته

«مسئولیت» به لحاظ لغوی، واژه‌ای عربی و مصدر جعلی است از کلمه «مسئول» که اسم مفعول است از مادّه «سَأَلَ» به‌معنای طلب مال یا طلب آگاهی و معرفت (حسینی زبیدی واسطی، ۱۴۱۴، ج. ۱۴، ص. ۳۲۷). مسئولیت در اصطلاح حقوقی «رابطه‌ای حقوقی است که ناشی از فعل یا ترک زیان‌آور باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج. ۵، ص. ۳۳۲۵). در مورد «مسئولیت کیفری» یا «مسئولیت جزائی» شاید بتوان گفت بهترین تعریف چه در اصطلاح شرعی و چه حقوق کیفری عبارت است از: «ملزم بودن شخصی که دارای اهلیت کیفری است، به تحمل تبعات جزایی رفتار مجرمانه خویش».

اصطلاح «مسئولیت کیفری نقصان‌یافته»[1] که ریشه در حقوق غربی و به‌خصوص کامن لا دارد، به یک حالت نابهنجار ذهنی گفته می‌شود که به حد جنون نمی‌رسد، اما به‌عنوان یک دفاع خاص در جرم قتل عمد پذیرفته می‌شود (Oxford dictionary of law, 2003, p. 149). همان‌طور که از تعریف برمی‌آید، این دفاع در حقوق انگلستان و آمریکا اولاً فقط مربوط به اختلالات فکری و ذهنی کمتر از جنون می‌شود و ربطی به سایر عوارض اهلیت کیفری ندارد؛ ثانیاً فقط در جرم قتل عمد[2] قابل‌طرح است و در صورت پذیرش، قتل عمد را به قتل غیرعمد[3] تبدیل می‌کند. البته در حقوق آمریکا در غالب موارد، این دفاع فقط قتل عمد درجه‌یک را به درجه‌دو کاهش می‌دهد و در موارد کمی، آن را به قتل غیرعمد تبدیل می‌کند (Samaha, 2011, p. 190).

«مسئولیت کیفری نقصان‌یافته» در این پژوهش شامل همه مواردی است که یکی از ارکان اهلیت کیفری، یعنی ادراک و اختیار شخص مرتکب عمل مجرمانه، دچار اختلال شود و اختصاص به جرم خاصی نیز ندارد، هرچند تعزیرات غیرمنصوص به‌جهت اختیارات گسترده حاکم شرع در آن، در این پژوهش مورد بحث قرار نمی‌گیرد.

1. Diminished responsibility
2. Murder
3. Manslaughter

ملاک‌های جنون و اختلالات روانی کاهش‌دهندهٔ مسئولیت کیفری

۱. ملاک جنون

برای شناخت اختلالات روانی مؤثر بر کاهش مسئولیت کیفری، لازم است ابتدا مفهوم «جنون»[1] که مهم‌ترین عارضه عقل و ادراک بوده و به اتفاق فقهای اسلامی موجب اباحه عمل مجرمانه و نفی مسئولیت کیفری می‌شود و ملاک‌های تحقق آن از دیدگاه فقه اسلامی و حقوق جزا بررسی شود.

ملاک جنون از منظر فقه اسلامی، «زوال کامل عقل» یا «نقصان عقل به حدی است که عرف به آن مقدار عقل، اعتنایی نمی‌کند»؛ معمولاً فقها از این حالت تعبیر به «زوال عقل» یا «فساد عقل» می‌کنند (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج. ۵، ص. ۳۸۵؛ محسنی، ۱۳۸۲، ج. ۲، ص. ۷۲؛ عودة، ۱۳۹۰، ج. ۱، ص. ۵۳۴). نقطه مقابل جنون، «عقل» قرار دارد که از نظر فقهای اسلامی عبارت است از «توان درک حسن و قبح افعال» و همچنین «درک امور بدیهی و وجدانی»، اما اینکه حداقل میزان درک لازم برای اینکه شخص، عاقل محسوب شود چقدر است، به عرف واگذار شده است (محسنی، ۱۳۸۲، ج. ۲، ص. ۷۲؛ یاسین، ۱۴۲۲، ص. ۳۹).

نظام‌های حقوقی رومی-ژرمنی، ملاک جنون را «از بین رفتن ادراک یا توانایی کنترل رفتار» شخص می‌دانند (ر.ک. ماده ۱-۱۲۲ کد جزای فرانسه و ماده ۲۰ کد جزای آلمان). کشورهای اسلامی و عربی نیز غالباً مشابه آلمان و فرانسه، ملاک جنون را «فقدان ادراک یا اراده» معرفی کرده‌اند، چنان‌که ماده ۱۴۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ایران می‌گوید: «هرگاه مرتکب در زمان ارتکاب جرم دچار اختلال روانی بوده به‌نحوی‌که فاقد اراده یا قوه تمییز باشد مجنون محسوب می‌شود و مسئولیت کیفری ندارد» (همچنین ر.ک. م ۲۳۱ قانون عقوبات لبنان؛ م ۶۲ قانون عقوبات مصر؛ م ۸۹ کد جزای ۱۳۹۵ افغانستان).

در کامن لا، معمولاً سه معیار رایج برای تشخیص جنون مطرح و مورداستفاده است:

الف. ملاک مک‌ناتن:[2] این تست که در سال ۱۸۴۳ در پرونده دنیل مک‌ناتن توسط سیستم قضایی انگلستان مطرح شد، می‌گوید درصورتی‌که متهم در هنگام ارتکاب جرم، به‌گونه‌ای دچار نقصان عقلی ناشی از بیماری ذهنی شود که ماهیت و کیفیت عمل ارتکابی (یعنی پیامدهای مجرمانه آن) و نیز جرم بودن آن (به لحاظ قانونی و اخلاقی) را درک نکند، مجنون و فاقد مسئولیت کیفری محسوب می‌شود. این معیار، رایج‌ترین معیار در نظام‌های قضایی تابع کامن لا است.

ب. تکانش مقاومت‌ناپذیر:[3] این معیار، علاوه بر ملاک‌های مک‌ناتن، «تکانش‌های مقاومت‌ناپذیر» را نیز برای تشخیص جنون، کافی می‌داند؛ اگر متهم به‌علت بیماری ذهنی قادر به کنترل رفتار خویش نباشد، مجنون و فاقد مسئولیت کیفری محسوب می‌شود، حتی اگر ماهیت و نادرستی عمل خویش را بفهمد.

ج. ملاک کد جزای نمونه ایالات متحده آمریکا: طبق این معیار که تعداد اندکی از ایالات آمریکا از آن پیروی می‌کنند، متهم در صورتی می‌تواند از دفاع جنون استفاده کند که در هنگام ارتکاب جرم، به‌علت نقصان

1. Insanity
2. M'Naghten test
3. Irresistible Impulse

یا بیماری ذهنی، «به‌نحو اساسی» توانایی «تشخیص» مجرمانه بودن عمل خویش یا انطباق رفتار خویش با اقتضائات قانون را نداشته باشد. تفاوت این معیار با دو مورد قبلی در دو چیز است: یکی اینکه طبق این ملاک، بیماری ذهن باید به‌نحو اساسی[1] باشد؛ دوم اینکه توانایی «تشخیص»[2] را لازم دانسته است که فراتر و بالاتر از صرف «دانستن»[3] است که در معیارهای مک‌ناتن آمده است. این تست با این قیدها، اختلالات شخصیتی و احساسی را نیز در نظر می‌گیرد (Hall, 2009, pp. 226–228).

۲. ملاک‌های اختلالات روانی کاهش‌دهندهٔ مسئولیت کیفری

مفهوم «جنون» و اثر آن بر مسئولیت کیفری بزهکاران، هرچند همچنان در قوانین کیفری بسیاری از کشورها باقی است، اما در کنار آن با پیشرفت علوم روان‌شناختی و شناخت بیشتر و بهتر اختلالات و بیماری‌های روح و روان در دهه‌های اخیر، مفاهیم جدیدی وارد ادبیات حقوق جنایی شد به‌گونه‌ای که بسیاری از کشورها یا کلمه جنون را به‌کلی از قوانین کیفری خویش حذف کردند یا در کنار آن عباراتی نظیر «اختلالات روانی»، «ناهنجاری ذهنی» یا «نقصان ادراک و شعور» را به‌عنوان بخشی از عوامل مؤثر بر مسئولیت کیفری، اضافه کردند (به‌عنوان مثال، ر.ک. م ۱۴۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ایران؛ م ۹۰ کد جزای ۱۳۹۵ افغانستان؛ م ۲۳۳ قانون العقوبات لبنان؛ م ۲ قانون قتل عمد ۱۹۵۷ و م ۵۲ قانون بازپرسان و عدالت ۲۰۰۹ انگلستان؛ م ۱-۱۲۲ کد جزای فرانسه).

اکنون این سؤال پیش می‌آید که آیا تمام اختلالات روانی، موجب کاهش مسئولیت کیفری می‌شود؟ و اگر نه، از چه معیار یا معیارهایی برای تمایز اختلالات کاهش‌دهنده مسئولیت کیفری از اختلالات بی‌تأثیر در مسئولیت کیفری می‌توان استفاده کرد؟

یقیناً تمام اختلالات روانی و خُلقی نمی‌تواند عذر و کاهش‌دهنده مسئولیت کیفری تلقی گردد. بیماری‌های روانی به‌طور سنتی به دو دسته «روان‌نژندی» (یا روان‌رنجوری)[4] و «روان‌پریشی»[5] تقسیم می‌شده است که بته امروزه و در دسته‌بندی‌های جدیدتر، انواع بسیار متعددتری از بیماری‌های روانی معرفی شده است. معمولاً بیماری‌های دسته اول، موجب بی‌سازمانی اساسی در شخصیت، فقدان بینش و قطع ارتباط با واقعیت نمی‌شود، بلکه اضطراب و سایر علائم احساسی اضطرابی را به همراه دارد و امروزه اغلب این بیماری‌ها تحت عنوان «اختلالات اضطرابی» دسته‌بندی می‌شود، اما روان‌پریش‌ها، علائم روانی بسیار حادتری دارند که عمدتاً مربوط به ادراک و ارتباط با واقعیت است؛ این بیماران معمولاً در کارکردهای اساسی ذهن و عقل، مانند فهم، درک و پردازش مفاهیم و احساسات، ناتوان بوده و دچار توهم، هذیان و به‌هم‌ریختگی اساسی در گفتار هستند (Vanden Bos, 2015, p. 862). با توجه به همین تفاوت، در متون حقوقی و روان‌شناسی عربی معمولاً به دسته اول «الأمراض النفسية» (بیماری‌های روانی) و به دسته دوم «الأمراض العقلية» یا «العاهات العقلية»

1. Substantial
2. Appreciate
3. Know
4. Neurosis
5. Psychosis

(بیماری‌های عقلی) گفته می‌شود (یاسین، ۱۴۲۲، صص. ۲۳-۲۶). ازاین‌رو، بیماری‌های روانی که می‌تواند جنون محسوب شود عمدتاً در دسته دوم قرار دارد و در مقابل، بسیاری از اختلالات روانی دسته اول، به‌علت اینکه ارتباط شخص را با واقعیت قطع نمی‌کند و کنترل وی بر رفتارش را از بین نمی‌برد، اساساً تأثیری بر مسئولیت کیفری نمی‌تواند داشته باشد (غلامو، ۱۳۹۲، ص. ۱۶۵).

تنها واژه‌ای که در بعضی از روایات و متون فقهی اسلامی به‌معنای اختلالات روانی کمتر از جنون به کار رفته است، واژه «عُته» است که به عقیده برخی به‌معنای «آفتی ذاتی است که موجب اختلال در عقل می‌شود و صاحبش دارای عقلی مختلط است؛ به این صورت که بعضی از کلامش شبیه عقلا است و بعضی از آن شبیه مجانین است» (عبدالرحمن، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۴۷۳). بااین‌حال، همان‌طور که در ادامه بحث خواهیم دید، هم معنای این واژه به لحاظ لغوی و اصطلاحی چندان مشخص نیست و هم ملاک‌های تحقق آن بر فرضی که به‌معنای اختلال جزئی مشاعر تلقی شود، دچار ابهام است.

قوانین کیفری آلمان و فرانسه و کشورهای اسلامی و عربی نیز در این مورد دچار ابهام و کلی‌گویی است و معیار مشخصی به دست نمی‌دهد؛ تقریباً تمام این قوانین از «نقصان ادراک یا اراده» به‌عنوان عامل کاهش مسئولیت کیفری سخن گفته است، اما در مورد کم و کیف این نقصان و شرایط آن، چیزی به دست نمی‌دهد و تعیین و تشخیص جزئیات را به سیستم قضایی واگذار کرده است. اما ماده ۵۲ قانون بازپرسان و عدالت انگلستان، مصوب ۲۰۰۹ (Coroners and Justice Act 2009)، که برای اصلاح ماده ۲ قانون قتل عمد این کشور، مصوب ۱۹۵۷ (Homicide act 1957)، وضع شده است، براساس یافته‌های جدید روان‌شناسی تنظیم شده و مفصل‌ترین و کامل‌ترین توضیح را در مورد اختلالات روانی کاهش‌دهنده مسئولیت کیفری در میان قوانینی که نگارنده دیده، ارائه کرده است. معیار مذکور هرچند در حقوق انگلستان اختصاص به جرم قتل دارد، اما می‌توان به‌طورکلی و در همه جرائم از این الگو استفاده کرد. طبق این معیار، اختلالات روانی یا به تعبیر این قانون، «اختلال در عملکرد ذهن» در صورتی موجب کاهش مسئولیت کیفری می‌شود که شرایط ذیل را داشته باشد:

الف. ناشی از وضعیت پزشکی شناخته‌شده‌ای باشد: این شرط در هیچ‌کدام از قوانین کشورهای دیگر که نگارنده مطالعه کرده، مطرح نشده است. همان‌طور که گفته شد، ناهنجاری‌های ذهنی ممکن است ناشی از اختلالات روانی یا آسیب‌ها و عوارض جسمانی باشد که بر ذهن و روان انسان تأثیر گذاشته است؛ تعبیر «وضعیت پزشکی» به‌جای اختلالات روانی و امثال آن، ازآنجاکه شامل همه این موارد می‌شود، تعبیر مناسب‌تری است. از طرف دیگر، با مطالعات گسترده و عمیق به‌خصوص در چند دهه اخیر، تقریباً تمام اختلالات روانی مهم و دارای آثار قابل‌توجه بر ذهن و رفتار انسان، حداقل شناسایی و دسته‌بندی شده است، هرچند شناخت عوامل و زمینه‌های آن هنوز کار بسیار دارد. بنابراین، اگر مجرمی ادعای اختلال ذهنی و درخواست تخفیف مجازات دارد، باید وضعیت ذهنی و روانی وی در قالب یک یا چند مورد از اختلالات ذهنی شناسایی‌شده جای بگیرد تا بتوان هم نسبت به اصل اختلال ذهنی وی اطمینان حاصل کرد و جلوی نقش بازی کردن‌ها و تظاهرها را گرفت و هم درجه این اختلال و درنتیجه، میزان مسئولیت کیفری وی را تعیین نمود.

ب. توانایی متهم در درک ماهیت عمل خویش یا نادرست بودن آن یا کنترل بر رفتار خویش را مختل کند: این شرط، تقریباً همان ملاک رایج سنتی برای تشخیص جنون است که در تست مک‌ناتن و نیز قوانین تابع نظام رومی-ژرمنی و کشورهای اسلامی مطرح شده است، با این تفاوت که در این حالت، توانایی شخص نسبت به امور مذکور از بین نمی‌رود، بلکه به‌نحو اساسی مختل می‌شود. به نظر می‌رسد مقصود از «انجام قضاوت معقول» که در متن این ماده آمده، قضاوت و ارزیابی نسبت به نادرستی عمل خویش به لحاظ حقوقی و اخلاقی است.

ج. در ارتکاب جرم توسط متهم، سبب یا عاملی مهم محسوب شود: دو قید اخیر، در «راهنمای دستورالعمل‌های کمیسیون مجازات ایالات متحده» نیز آمده است (USSC Guidelines Manual, §5K2.13). در بسیاری مواقع وجود اختلال روانی در مجرم، هیچ نقشی در مجرمیت او ندارد. بسیاری از علائم بیماری‌های روانی مانند افسردگی، اضطراب و رفتارهای وسواسی گاهی در افراد سالم و عادی نیز مشاهده می‌شود (کیو، ۱۳۸۶، ص. ۷۹). گاهی یک اختلال روانی حتی ممکن است به انجام بهتر وظایف انسان کمک کند، مانند اینکه شخصی وسواسی برای یک وظیفه مستلزم دقت زیاد مانند حسابداری گماشته شود. آنچه در مسئله مسئولیت کیفری مهم است، وجود رابطه سببیت میان اختلال روانی و ارتکاب جرم است؛ به این معنی که بیماری روانی و ذهنی، سبب تامّ یا یکی از اسباب مهم ارتکاب جرم توسط شخص مبتلا به آن باشد.

تأثیر اختلالات روانی نزدیک به جنون بر نقصان مسئولیت کیفری

دیدگاه‌های فقهای شیعه و حنفی

دیدگاه مشهور

مشهور فقهای اسلامی با اینکه در امور مدنی به نظر می‌رسد نوعی اهلیت ناقص برای افراد ضعیف‌العقل در نظر گرفته‌اند، چنان‌که در باب حجر، فقهای حنفی شخص «مَعتوه» را هم‌رتبه صغیر ممیّز دانسته و صلاحیت‌هایی برای او قائل شده‌اند (ر.ک. مجلة الاحکام العدلیة، م ۹۷۸)، اما در امور کیفری براساس احکام رایج و دیدگاه مشهور در فقه اسلامی، بیماری‌های روانی که به حد جنون نمی‌رسد، حداقل در حدود و قصاص، تأثیری بر مسئولیت کیفری ندارد (عودة، ۱۳۹۰، ج. ۱، ص. ۵۳۵؛ توفیق رضا، ۱۹۷۶، ص. ۱۰۲) و فقهای اسلامی با وجود اذعان بر مراتب مختلف عقل و تنوع و درجات مختلف سفاهت و اختلالات عقلی و ضمن تأکید بر اهمیت و تأثیر این مراتب در حسابرسی اعمال و پاداش و عقاب اخروی (نراقی، ۱۴۱۷، ص. ۵۱۹)، در چنین مواردی مسئولیت کیفری را همچنان برقرار می‌دانند (محسنی، ۱۳۸۲، ج. ۲، ص. ۲۵۶؛ نراقی، ۱۴۱۷، صص. ۵۱۹-۵۲۳؛ یاسین، ۱۴۲۲، ص. ۶۲).

توجه به این نکته نیز لازم است که هرچند مجنون در شریعت اسلامی مسئولیت کیفری ندارد، اگر به میزانی ادراک داشته باشد که بتوان برای مجازات‌های تأدیبی در او اثری متصور شد، تأدیب وی مانند اطفال ممیّز، جایز خواهد بود، اما این حکم ارتباطی به مسئولیت کیفری نقصان‌یافته ندارد، زیرا این مجازات نه از باب مسئولیت کیفری ناقص برای افراد ناقص‌العقل، بلکه از باب تأدیب مجانین است (گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج. ۱، ص. ۲۹۸).

دیدگاه‌های مؤید مسئولیت کیفری نقصان‌یافته در اثر اختلالات روانی

با وجود آنچه در توضیح دیدگاه مشهور فقها گفته شد، در سخنان بعضی از فقها در خلال مباحث مختلف می‌توان مواردی جزئی از توجه به مراتب مختلف اختلالات روانی و تأثیر آن بر مسئولیت کیفری مشاهده کرد. در اینجا به دو مورد از این نوع دیدگاه‌ها در میان فقهای شیعه و حنفی اشاره می‌شود.

الف. تخفیف مجازات زانی دارای جنون خفیف

با اینکه بسیاری از فقهای قدیم و عموم فقهای متأخر امامیة و تمام فقهای اهل‌سنت، مجنون و مجنونة را به‌کلی فاقد مسئولیت کیفری در همه جرائم از جمله در جرم زنا دانسته‌اند (مؤمن قمی، ۱۴۲۲، ص. ۱۹؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷، ج. ۱، صص. ۱۸۴-۱۸۶)، بعضی از فقهای شیعه مانند ابوالصلاح حلبی، سید ابن‌زهره و ابن‌فهد حلّی قائل به نوعی مسئولیت نقصان‌یافته برای زانی مجنون شده‌اند؛ به این صورت که گفته‌اند درصورتی‌که جنون وی خفیف باشد به‌گونه‌ای که بتواند قصد زنا کند، حتی اگر محصَن باشد مجازاتش کاهش یافته و حد غیر محصن (صد ضربه شلاق) بر او جاری خواهد شد (ابوالصلاح حلبی، ۱۴۰۳، ص. ۴۰۶؛ ابن‌زهرهٔ حسینی حلبی، ۱۴۱۷، ص. ۴۲۴؛ ابن‌فهد حلّی اسدی، ۱۴۱۰، صص. ۳۹۸-۳۹۹).

اینکه چنین مجنونی بتواند قصد زنا کند، به این معنی است که اختلال روانی وی خفیف‌تر از حدی است که برای تحقق جنون مصطلح لازم است و به همین جهت، شاید اطلاق مجنون بر چنین افرادی از باب مسامحه در تعبیر باشد؛ زیرا هرچند توان عقلی چنین فردی به حدی نیست که بتواند قبح یا حرمت و جرم بودن این عمل را به خوبی افراد عاقل، درک کند، اما حداقل دو توانایی عقلی در وی وجود دارد که وی را از حد جنون با توجه به آنچه در تعریف آن گفته شد، خارج می‌کند:

۱. «اراده» وی به‌علت این اختلال روانی، زایل نمی‌شود و با قصد و اراده خویش، مرتکب جرم زنا می‌شود؛

۲. ماهیت عمل خویش را درک کرده و عمل «زنا» را از غیر آن تشخیص می‌دهد و به همین جهت، می‌تواند «قصد زنا» کند.

با اینکه فقهای مزبور به‌صراحت چنین فتوایی داده‌اند، اما منبع و دلیل این فتوا مشخص نیست و خود این فقها مستندی برای آن ذکر نکرده‌اند.

ب. قیاس «جنون و اختلالات روانی» به «صغر و مراتب رشد سنِی»

با توجه به اعتبار گسترده قیاس در مذهب حنفی، بعضی از نویسندگان اهل‌سنت معتقدند می‌شود جنون و مراتب مختلف اختلالات عقلی را با صغر و مراحل رشد سِنی قیاس کرده و به نوعی تخفیف در مجازات برای آن حتی در جرائم حدود و قصاص متصور شد؛ به این صورت که آن دسته از اختلالات عقلی که به‌کلی عقل و ادراک یا اختیار را زایل می‌کند یا به درجه‌ای از ضعف می‌رساند که در حکم جنون قرار می‌گیرد، مانند اطفال غیر ممیز فاقد مسئولیت کیفری و معاف از هرگونه مجازاتی دانسته شوند، اما انواعی از اختلالات روانی که فقط موجب ضعف ادراک یا اختیار انسان می‌شود، در حکم صغیر ممیّز دانسته شود که به‌خاطر جرائم ارتکابی، مجازات می‌شود، اما نه از باب مسئولیت کیفری (مسئولیت کیفری اخلاقی)، بلکه به‌جهت تأدیب و اصلاح

(مسئولیت کیفری مبتنی بر فایده و مصلحت) (صفو، ۲۰۰۵، ص. ۳۰۴). ماده ۹۷۸ مجلّة الاحکام العدلیة نیز «معتوه» را البته در امور مدنی در حکم صبیّ ممیز قرار داده است.

طبیعی است با این استدلال قیاسی که در فقه حنفی کاملاً موجه و پذیرفته شده است، حدود و قصاص به‌سبب اختلالات روانی کمتر از جنون عیناً مانند صغیر ممیّز، تبدیل به دیات و مجازات‌های تعزیری می‌شود.

ادلهٔ فقهی نقصان مسئولیت کیفری در اثر اختلالات روانی نزدیک به جنون

همان‌طور که از توضیحات گذشته روشن شد، دیدگاه غالب و رایج فقهای اسلامی، انحصار وضعیت روانی و عقلی انسان به جنون و عقل است؛ اگر معیارهای جنون در مجرمی وجود داشته باشد، به‌کلی مسئولیت کیفری از او ساقط است و در غیر این صورت، مسئولیت کیفری تامّ خواهد داشت. در این مبحث، به‌رغم دیدگاه مشهور، ادله‌ای محکم و غیرقابل اغماض از کتاب، سنت و عقل در تأیید نقصان مسئولیت کیفری در اثر اختلالات جزئی مشاعر، ارائه خواهیم کرد.

۱. قرآن کریم

دقت در آیات مبارکه قرآن کریم، حداقل دو اصل مهم به دست می‌دهد که می‌توان با تطبیق آن بر اشخاص ناقص‌العقل و بیماران روانی مادون جنون، مسئولیت کیفری نقصان‌یافته و متناسب با وضعیت و توانایی‌های فکری این‌گونه مجرمین را اثبات کرد.

الف. اصل تناسب توانایی و مسئولیت

عدالت از پایه‌های اساسی شریعت اسلامی بوده و به‌خصوص در مکتب عدلیه، عدل الهی جزو اصول دین نیز محسوب می‌شود. واضح است که تناسب مسئولیت کیفری و مجازات با توانایی فیزیکی و فکری شخص مجرم، از لوازم عدالت است و به همین جهت قرآن کریم در آیات متعدد بر این اصل تأکید ورزیده و می‌فرماید: «خداوند هیچ‌کس را، جز به اندازهٔ توانایی‌اش، تکلیف نمی‌کند» (بقرة: ۲۸۶). برخورداری انسان از عقل و شعور کافی برای اینکه ماهیت و آثار عمل خویش را به‌خوبی درک کند و نیز برخورداری از سلامت عقل و روان به‌اندازه‌ای که انسان را قادر سازد در موقعیت‌های جرم، بر هیجانات و تکانش‌های عصبی غلبه کرده و رفتار و گفتار خویش را هرچند با مشقت و تلاش زیاد در اختیار بگیرد و کنترل کند، بخشی از این توانایی است که قرآن کریم به آن اشاره می‌کند.

برخی استدلال کرده‌اند اختلالات روانی که قوه عاقله را به‌طور کامل درگیر نکرده و ارتباط انسان با واقعیت را قطع نمی‌کند و آثار واقعی بر ذهن و جسم انسان نیز ندارد، صرفاً تشدید و تهییج شهوات و هواهای نفسانی است که اثری بر مسئولیت کیفری مجرمین ندارد و نباید داشته باشد، زیرا وجود هواها و شهوات نفسانی در نوع انسان امری طبیعی است و نمی‌توان آن را عذری برای ارتکاب گناهان دانست، بلکه ایجاد و تقویت قوای معنوی در خویشتن برای کنترل و مقابله با آن، وظیفه هر انسانی است (یاسین، ۱۴۲۲، ص. ۶۴). اما همان‌طور که دانسته شد، بسیاری از اختلالات روانی صرفاً انحرافات خلقی و اضطرابات احساسی نیست، بلکه تأثیرات واقعی

و اساسی بر درک و فهم انسان و همچنین بر توانایی او در کنترل رفتار و گفتار خویش گذاشته و او را در وضعیت بسیار شکننده‌تر و عاجزتر نسبت به انسان‌های معمولی که دارای هواهای نفسانی و شهوات انسانی نیز هستند قرار می‌دهد. به نظر می‌رسد تحمیل مسئولیت کیفری تامّ و مجازات بر چنین اشخاصی همسان با انسان‌های سالم و معمولی، با آیه شریفه مذکور و با روح و منطق حاکم بر نظام عدالت کیفری اسلام در تعارض است.

ب. نفی تکلیف از مستضعفان فکری

قرآن کریم در آیه ۹۸ سوره نساء، پس از توبیخ و وعده عذاب به کسانی که به بهانه استضعاف، کفر و نافرمانی خویش را توجیه می‌کنند درحالی‌که می‌توانستند با مهاجرت از شرایط استضعاف خلاص شوند، می‌فرماید: «إِلَّا الْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَ النِّسَاءِ وَ الْوِلْدَانِ لَا يَسْتَطِيعُونَ حِيلَةً وَ لَا يَهْتَدُونَ سَبِيلاً؛ مگر آن گروه از مردان و زنان و کودکان که ناتوان بودند و گریز و چاره‌ای برایشان میسّر نبود و راهی (به نجات خود) نمی‌یافتند». شأن نزول و موضوع اصلی این آیه هرچند در مورد معذوریت کسانی است که توان هجرت ندارند، اما به گفته بعضی از مفسرین، مقصود از «لَا يَهْتَدُونَ سَبِيلاً» این است که راهی به‌سوی «حقیقت» نمی‌یابند و این نیافتن راه درست، ممکن است به‌خاطر ناتوانی از هجرت (و درنتیجه دوری از مراکز علم و تربیت و گرفتاری در جامعه آلوده و جهالت‌زده) باشد، همچنان‌که ممکن است به‌خاطر عدم درک و فهم یا به‌خاطر غفلت و عدم توجه باشد (طباطبائی، ۱۴۲۷، ج. ۳، ص. ۱۳۶). آلوسی در تفسیر این آیه می‌گوید مقصود از مردان و زنان مستضعف در این آیه، دو دسته از افراد هستند: یک: افرادی که به لحاظ درک و فهم، دارای استعداد بالایی هستند، اما به ازای قوت استعداد، قوای نفسانی و شهوانی و وهم و خیالاتشان نیز به قدری قوت یافته است که آن استعداد را تحت‌الشعاع قرار داده و قادر به درهم کوبیدن و کنترل این شهوات و خیالات در مسیر رسیدن به حقیقت نیستند و همچنان در اسارت عقاید باطل و قوای بدنی باقی می‌مانند (جمله «لَا يَسْتَطِيعُونَ حِيلَةً» به این دسته اشاره دارد)؛ دوم: افرادی که به‌خاطر ضعف استعداد، از درک کمالات علمی و فهم سلوک معنوی عاجزند (آلوسی، ۱۴۱۵، ج. ۳، ص. ۱۲۶).

براساس تعدادی از روایات نیز مقصود از زنان و مردان «مستضعف» در این آیه، افرادی هستند که به لحاظ ضعف عقلی، مانند کودکان‌اند که قلم از آن‌ها برداشته شده است (کلینی، ۱۳۶۷، ج. ۲، صص. ۴۰۴-۴۰۵). هرچند این آیه و روایات ذیل آن در اصل مربوط به ایمان و کفر است، اما ملاکی که در این روایات آمده است (هر مرد و زنی که عقل آن‌ها چون عقل کودکان است، قلم - تکلیف - از آنان برداشته شده است) عام است و شامل هر نوع قلم تکلیف چه نسبت به امور اعتقادی و چه تکالیف عملی می‌شود.

همان‌طور که دانستیم، در شریعت اسلامی کودکان به دو دسته ممیّز و غیر ممیّز تقسیم شده و ممیّز به کودکانی گفته می‌شود که فرق خوب و بد را اجمالاً متوجه می‌شوند (غدیری، ۱۴۱۸، ص. ۵۹۷) و ازاین‌رو، اجرای بعضی تعزیرات به‌عنوان تأدیب و تنبیه در مورد آن‌ها تجویز شده است، اما حدود و قصاص درهرصورت از همه کودکان ساقط است. اگر بخواهیم طبق مضمون روایات، مقایسه‌ای انجام دهیم، کودکان ممیز به لحاظ رشد عقلی شبیه مرتبه متوسط عقب‌ماندگان ذهنی هستند (صفو، ۲۰۰۵، ص. ۲۵۸).

با توجه به مطالب فوق، می‌توان چنین استدلال کرد:

(۱) طبق آیه ۹۸ سوره نساء و روایاتی که در تفسیر آن وارد شده است، مستضعفین که قلم تکلیف از آن‌ها برداشته شده و در حکم اطفال قرار داده شده‌اند، شامل افراد بزرگسالی می‌شود که به‌جهت ضعف عقلی، مانند اطفال‌اند؛

(۲) طبق احکام مسلم شریعت اسلامی، مسئولیت کیفری کامل (حدود و قصاص) از تمام اطفال ساقط است، اما بعضی از اطفال (اطفال ممیّز) دارای مراتب کاهش‌یافته‌ای از مسئولیت کیفری بوده و از باب تأدیب، قابل مجازات‌اند.

(۳) پس طبق آیه مذکور و روایات ذیل آن، مسئولیت کیفری کامل (حدود و قصاص) از تمام بیماران روانی که به‌جهت ضعف عقل، مانند اطفال‌اند (چه مجنون که در حکم اطفال غیر ممیّز است و چه کمتر از مجنون که در حکم اطفال ممیّز است) ساقط است، اما بیماران روانی و عقب‌ماندگان ذهنی کمتر از جنون، مانند اطفال ممیّز دارای مرتبه‌ای ناقص از مسئولیت کیفری بوده و از باب تأدیب، قابل مجازات‌اند.

۲. روایات

همان‌طور که گفتیم، فقها معیار تکلیف و ترتب مسئولیت کیفری را «کمال عقل» دانسته و مسئولیت کیفری را از مجنون منتفی دانسته‌اند، اما در مورد اختلالات عقلی کمتر از جنون، استثنائی قائل نشده‌اند. بااین‌حال اگر در روایات تفحص کنیم، می‌بینیم به‌غیر از جنون، حالت‌های دیگری نیز مطرح شده که در حکم جنون و رافع مسئولیت کیفری تامّ قلمداد شده است. ازجمله این حالت‌ها «عُته» است.

معنای «عُته» و «مَعتُوه» که اسم مفعول آن است هم در لغت، هم در لسان روایات و هم در اصطلاح فقها مجمل و مردد است. در کتب لغت، «معتوه» هم به کسی گفته می‌شود که دچار آشفتگی در عقل شده اما به حد جنون نرسیده است و هم معادل مجنون به کار رفته است (طریحی، ۱۴۱۶، ج. ۶، ص. ۳۵۲؛ ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج. ۱۳، ص. ۵۱۲). در روایات نیز درحالی‌که در بعضی از آن‌ها، معتوه به‌معنای مجنون و به‌جای آن استفاده شده (ر.ک. صدوق، ۱۴۱۳، ج. ۳، ص. ۵۰۵؛ کلینی، ۱۳۶۷، ج. ۶، ص. ۱۲۵؛ حرّ عاملی، ۱۴۱۴، ج. ۲۹، ص. ۹۰)، در بسیاری موارد نیز در کنار مجنون و به‌عنوان قسیم آن استعمال شده است (کلینی، ۱۳۶۷، ج. ۳، ص. ۵۶۷ و ج. ۶، ص. ۱۲۶). فقها نیز در استعمال این کلمه از الگوی واحدی پیروی نکرده و در هر دو معنی استعمال کرده‌اند (ر.ک. جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶، ج. ۳، ص. ۸۰؛ محسنی، ۱۳۸۲، ج. ۲، ص. ۷۲). به نظر می‌رسد در لغت و همچنین در اصطلاح متشرعه حداقل در عصر معصومین (ع)، معتوه در هر دو معنا استعمال می‌شده است و به همین جهت، در روایتی راوی از امام صادق (ع) در مورد صحت طلاق معتوه می‌پرسد، امام (ع) از او می‌پرسد معتوه چیست؟ و او می‌گوید معتوه انسان احمقی است که عقلش از بین رفته است (صدوق، ۱۴۱۳، ج. ۳، ص. ۵۰۵).

با توجه به مطالب فوق، برای اثبات نقصان مسئولیت کیفری اشخاص مختل‌المشاعر کمتر از جنون می‌توان به روایت معتبر ذیل استناد کرد که از امام باقر (ع) نقل شده است: «امیرالمؤمنین (ع) جنایت شخص معتوه را چه عمد و چه غیرعمد، بر عهده عاقله‌اش [یعنی مانند جنایات صبی و مجنون، در حکم خطای محض] قرار می‌داد» (صدوق، ۱۴۱۳، ج. ۴، ص. ۱۴۱؛ محسنی، ۱۴۳۷، ج. ۴، ص. ۸۲).

با در نظر گرفتن آنچه در تعریف عته و معتوه گفته شد، برای اثبات نقصان مسئولیت کیفری اشخاص مختل‌المشاعر کمتر از جنون با استناد به روایات فوق، می‌توان چنین استدلال کرد:

(۴) کلمه «معتوه» هم در لغت و هم در روایات و اصطلاح فقها، به دو معنی استعمال شده است؛ ۱. به‌معنای مجنون؛ ۲. به‌معنای کسی که دچار آشفتگی در عقل شده اما به حد جنون نرسیده است؛

(۵) در روایت فوق، شخص معتوه در حکم «صبیّ» دانسته شده است؛ همان‌طور که حدود و قصاص از صبیّ ساقط است، اما صبیّ ممیّز دارای نوعی مسئولیت کیفری ناقص و قابل تعزیر و تأدیب است، معتوه نیز براساس این روایت، همین حکم را دارد؛

(۶) معلوم نیست مقصود از معتوه در این روایت، کدام معنی است و قرینه‌ای نیز وجود ندارد؛

(۷) با توجه به ابهامی که در معنای «عته» و «معتوه» و شبهه‌ای که در مورد شمول این روایت نسبت به‌معنای دوم معتوه (افراد مختل‌المشاعر کمتر از جنون) وجود دارد، با تمسک به اصول و قواعد حاکم بر شریعت اسلامی در باب حدود و قصاص مانند قاعده «درء» و «احتیاط در دماء و نفوس» می‌توان چنین نتیجه گرفت که روایت مذکور شامل این دسته از بیماران روانی نیز می‌شود و به حکم این روایت، این نوع بیماران روانی مانند اطفال ممیّز، دارای مسئولیت کیفری ناقصه هستند.

عجیب است که صاحب جواهر، در کتاب طلاق، با استناد به اقوال لغویین و فقها اصرار دارد بر اینکه «معتوه» به‌معنای ناقص‌العقل و مانند سفیه است و با مجنون تفاوت دارد، اما در باب حدود و قصاص، بدون توجه به این تفاوت و روایات مربوط به معتوه، تنها مجنون را با استناد به اجماع و روایات ازجمله همین روایت فوق‌الذکر، مرفوع‌القلم و فاقد مسئولیت کیفری دانسته و متعرض معتوه به‌معنای ناقص‌العقل نشده و درواقع آن را تابع احکام افراد عاقل و عادی دانسته است (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۳۲، ص. ۷؛ ج. ۴۱، ص. ۲۷۴؛ ج. ۴۲، ص. ۱۷۷)، درحالی‌که هیچ دلیلی برای تفکیک میان ابواب مختلف فقهی در این خصوص وجود ندارد و هیچ کس نگفته است معنای معتوه در باب طلاق مثلاً متفاوت از ابواب حدود و قصاص است.

۳. قواعد عقلی و فقهی

الف. تنقیح مناط و قیاس اولویت نسبت به تصرفات مالی سفیه

تنقیح مناط یعنی «سرایت دادن حکم واقعه‌ای به واقعه‌ای دیگر به‌جهت یکی بودن مناط و ملاک آن» و قیاس اولویت عبارت است از «سرایت حکم از موضوعی به موضوع دیگر که مناط حکم در آن به‌نحو قوی‌تر وجود دارد» (جناتی شاهرودی، ۱۳۷۰، ص. ۳۰۰).

با استناد به صریح آیات قرآن کریم و روایات متعدد، تقریباً همه فقهای مذاهب اسلامی «رشد» را برای اهلیت تصرفات مالی که در آن احتمال سود و ضرر وجود دارد، لازم می‌دانند. فقهای شیعه و عموم فقهای حنفی (به‌جز شخص ابوحنیفه) معتقدند حجر شخص غیررشید از باب حمایت از وی به‌خاطر عدم رشد عقلی و احتمال ایراد ضرر مالی به وی در معاملات و تصرفات مالی است (سرخسی، ۱۴۰۶، ج. ۲۴، صص. ۱۵۷-۱۶۷). بنابراین، از طرفی از نظر فقهای شیعه و عموم فقهای حنفی به‌طورقطع و یقین، ملاک حکم مزبور حمایت از شخص غیررشید در برابر ضررهای مالی است و از طرف دیگر، تنقیح مناط را فقهای حنفی به‌طور مطلق و فقهای امامیة درصورتی‌که قطعی باشد، حجت دانسته‌اند (فاضلی بهسودی، ۱۳۸۲، ص. ۹۹؛ مکارم شیرازی، ۱۳۹۰، ج. ۲، ص. ۶۸). همچنین قیاس اولویت را فقهای شیعه درصورتی‌که اولویت به‌صورت قطعی ثابت شده باشد، حجت دانسته و در مسائل متعدد فقهی به آن استدلال کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۳۹۰، ج. ۲، ص. ۶۹).

اکنون این سؤال مطرح می‌شود که آیا حمایت از شخص غیررشید در برابر ضررهای جانی ناشی از مسئولیت کیفری کامل و تحمل مجازات‌های فوق‌العاده سنگین حدّی و قصاص، اهمیت و ضرورت کمتری دارد نسبت به ضررهای مالی ناشی از اهلیت مدنی چنین شخصی؟! به‌عبارت‌دیگر، اگر شخصی که به‌علت عدم رشد عقلی، قدرت تشخیص و رعایت مصلحت خویش در تصرفات مالی را ندارد، مورد حمایت شرع از طریق عدم اهلیت قرار می‌گیرد، چرا شخصی که به‌علت عدم رشد عقلی، به‌اندازه یک انسان رشید و معمولی توان درک و فهم ماهیت و آثار اعمال مجرمانه و غیر مشروع و نیز قابلیت و توان خویشتن‌داری در برابر چنین رفتارهایی را ندارد، از همان طریق عدم اهلیت کامل، مورد حمایت قرار نگیرد؟!

بنابراین، برای اثبات نقصان مسئولیت کیفری این دسته از بیماران روانی می‌توان چنین استدلال کرد:

(۱) تصرفات مالی اشخاص سفیه، به تصریح آیات قرآن کریم و به اتفاق فقهای اسلامی، اثری ندارد و از اعتبار ساقط است؛

(۲) مناط و ملاک عدم اعتبار تصرفات مالی سفیه، به اتفاق فقهای شیعه و از نظر جمهور فقهای حنفی به‌طور قطع و یقین، حمایت و محافظت از وی در برابر ضرر و زیان‌های مالی است؛

(۳) تنقیح مناط و قیاس اولویت از نظر فقهای حنفی به‌طور مطلق و از نظر فقهای شیعه درصورتی‌که مناط و اولویت، قطعی و یقینی باشد، حجت و معتبر است؛

(۴) همان‌گونه که شخص سفیه ممکن است در معاملات و تصرفات مالی به‌جهت عدم رشد عقلانی لازم، دچار اشتباه در تصمیم‌گیری، فریب و در نهایت، ضرر مالی شود، در ارتکاب جرم و گناه نیز ممکن است به همین جهت، دچار اشتباه، فریب و در نهایت ارتکاب جرم

شود که ضرری به‌مراتب مهم‌تر و شدیدتر از ضررهای مالی را متوجه خود مجرم، مجنی‌علیه و جامعه می‌کند.

بنابراین، اگر بیماری روانی به حدی باشد که بتوان آن را حداقل جزئی تأثیرگذار از علت ارتکاب جرم توسط شخص مبتلا به آن قلمداد کرد، با این تنقیح مناط و حتی به‌طریق‌اولی باید بتوان او را فاقد اهلیت کامل کیفری دانسته و رفتارهای مجرمانه او را حداقل برای مجازات‌های مرگبار و شدید حدّی و قصاص، بدون اثر دانسته و مجازاتی خفیف و متناسب با میزان تقصیر و درکش برای او تعیین کرد.

ب. قاعدهٔ درء

قاعده «دَرء» ازجمله قواعد مسلّم و مورد اتفاق فقهای مذاهب اسلامی است و به‌رغم مستند روایی نه‌چندان محکم آن، فقهای تقریباً همه مذاهب اسلامی (به‌جز فقهای ظاهری) بر پذیرش آن اتفاق‌نظر داشته و در ابواب حدود و بعضاً قصاص به آن استناد کرده‌اند (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج. ۱، صص. ۱۷۳-۱۷۶؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷، ج. ۱، ص. ۸۶). مفاد این قاعده اجمالاً این است که در مواردی که وقوع جرم یا انتساب آن به متهم یا اهلیت و مسئولیت کیفری وی مورد تردید باشد، مجازات ساقط است. این قاعده شبیه قاعده تفسیر قوانین کیفری به‌نفع متهم است (زحیلی، ۲۰۰۸، ص. ۳۱۶). محتوای این قاعده با عبارات مختلف که همگی معنای فوق را می‌رساند، در روایات مختلف عامه و خاصه بیان شده است (ر.ک. صدوق، ۱۴۱۳، ج. ۴، ص. ۷۴؛ همو، ۱۴۱۵، ص. ۴۳۷؛ ترمذی، ۱۴۰۳، ج. ۲، ص. ۴۳۹).

کلمه «دَرء» در لغت به‌معنای دفع (جوهری، ۱۴۱۰، ج. ۱، ص. ۴۸) و «شبهة» به‌معنای مشتبه شدن چیزی به چیز دیگر است (جوهری، ۱۴۱۰، ج. ۶، ص. ۲۲۳۷). فقها نیز شبهه را ناظر به همان معنای لغوی، به «أماره‌ای که مفید ظنّ اما خلاف واقع است» (احسایی، ۱۴۱۰، ص. ۱۴۱) یا «چیزی که به نظر می‌رسد وجود دارد ولی وجود ندارد» (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷، ج. ۱، ص. ۹۱) تعریف کرده‌اند.

برای روشن شدن استدلال به این قاعده، چند مسئله مهم در رابطه با آن مطرح است که باید به‌صورت خلاصه بررسی شود:

مقصود از شبهات

نخستین پرسشی که مطرح می‌شود این است که این قاعده شامل کدام دسته از شبهات می‌شود؛ شبهات موضوعیه یا حکمیه؟ شبهاتی که برای متهم ایجاد می‌شود یا برای قانون‌گذار، حاکم و قاضی؟

هرچند در مورد شمول این قاعده نسبت به جاهل مقصر، فقها اختلاف‌نظر دارند، اما در شبهات موضوعیه و نیز شبهات حکمیه بدون تقصیر، بالاتفاق این قاعده جاری می‌شود (موسوی خوئی، ۱۴۲۸، ج. ۴۱، ص. ۲۰۶؛ بجنوردی، ۱۳۷۷، ج. ۱، ص. ۱۷۹).

آنچه گفته شد مربوط به شبهه‌ای است که برای خود متهم ایجاد می‌شود. شبهاتی که برای حاکم و قانون‌گذار نسبت به جرم و متهم پیش می‌آید نیز به هر شکلی که باشد، مورد اجرای این قاعده است. بنابراین، اگر معلوم نشود که متهم از روی اختیار، مرتکب جرم حدّی شده است یا از روی اکراه یا اضطرار یا اگر برای

قاضی معلوم نشود که زنی که متهم با وی مرتکب زنا شده، اجنبیة است یا همسر وی، حد ساقط می‌شود (حسینی شیرازی، ۱۴۰۷، صص. ۹۶-۹۷؛ معرفت، بی‌تا، صص. ۳۹۰-۳۹۳). ازاین‌رو، اگر حاکم در اهلیت کیفری متهم مثلاً به‌جهت تردید در دخالت رشد کیفری در اهلیت وی، تردید و شبهه داشته باشد، این شبهه مشمول قاعده درء خواهد بود و حاکم یا قانون‌گذار، باید با استناد به این شبهه، حدود و قصاص را از مجرم ساقط و آن را با مجازات خفیف‌تر تعزیری و تأدیبی، جایگزین کند.

قلمرو قاعده

مسئله دوم این است که دامنه شمول این قاعده تا چه اندازه است و آیا اختصاص به حدود به‌معنای خاص آن دارد یا شامل سایر مجازات‌ها به‌خصوص قصاص هم می‌شود؟

هرچند برخی از فقها، قصاص را مجرای این قاعده ندانسته‌اند (معرفت، بی‌تا، ص. ۳۹۵؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷، ج. ۱، ص. ۹۶)، اما غالب فقها این قاعده را در قصاص نیز جاری دانسته‌اند، به این دلیل که کلمه حدّ شامل هر نوع مجازاتی می‌شود و هیچ دلیلی بر اختصاص آن به حدود به‌معنای خاص آن وجود ندارد و به همین جهت، فقهای شیعه در موارد مختلفی از باب قصاص، این قاعده را جاری کرده‌اند (ر.ک. بجنوردی، ۱۳۷۷، ج. ۱، ص. ۱۸۴؛ حلّی، ۱۴۱۲، ج. ۱۵، ص. ۱۹۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ج. ۳، ص. ۳۴۳؛ مرعشی نجفی، بی‌تا، ص. ۶۱).

فقهای حنفی نیز قاعده درء را علاوه بر حدود، در قصاص نیز جاری می‌دانند، به همین جهت، از دیدگاه ابوحنیفه قتل با اشیاء غیر بُرنده به‌علت وجود شبهه، قتل عمد محسوب نمی‌شود و قصاص ندارد (زحیلی، ۲۰۰۸، ص. ۳۱۶).

نتیجه و تقریب استدلال

با توجه به توضیحات فوق، برای اثبات نقصان مسئولیت کیفری در مورد اشخاص ضعیف‌العقل می‌توان به این شکل به قاعده درء استدلال کرد:

(۱) قاعده درء شامل مواردی که حاکم و قانون‌گذار در اهلیت و مسئولیت کیفری متهم به‌جهت اختلاف فتاوا، ابهام و اختلاف در ادله و مانند آن، شبهه و تردید دارد هم می‌شود؛

(۲) قاعده مذکور شامل حدود به‌اتفاق مذاهب اسلامی و شامل قصاص به‌اتفاق فقهای حنفی و به نظر غالب فقهای شیعه می‌شود؛

(۳) از ادله متعدد عقلی و نقلی نفی مسئولیت کیفری کامل از مجرمین ناقص‌العقل و بیماران روانی کمتر از جنون، حداقل تردید و شبهه نسبت به مشروعیت اجرای حدود و قصاص بر این دسته از مجرمین ایجاد می‌شود؛

(۴) هرچند محل نزاع در مسئله مسئولیت کیفری نقصان‌یافته، مقام ثبوت است و قاعده درء مربوط به مقام اثبات می‌شود، اما ما موظف به کشف حکم ظاهری هستیم و حکم ظاهری

در رابطه با مسئولیت کیفری افراد بالغ غیررشید، با توجه به نکات فوق، از همین قاعده قابل استنباط است.

بنابراین، حتی اگر سایر ادله مورد پذیرش قرار نگیرد، به حکم قاعده درء، مسئولیت کیفری تامّ (حدود و قصاص) از بیماران روانی کمتر از جنون درصورتی‌که این بیماری در ارتکاب جرم مؤثر بوده و شخص مبتلا به آن را به لحاظ توان ادراک و کنترل بر رفتار خویش، در حدّ ضعیف‌تر از نوع اشخاص عادی قرار می‌دهد، باید ساقط گردیده و با توجه به تأکید معصومین (ع) بر تعطیل نشدن حدود الهی به‌معنای عام آن و آنچه در مورد تأدیب و تعزیر اطفال و مجانین گفته شد، می‌توان برای این مجرمین نوعی مسئولیت کیفری نقصان‌یافته نظیر اطفال ممیّز قائل شد و در صورت ارتکاب جرائم مستوجب حدّ یا قصاص، آن‌ها را تعزیر و تأدیب کرد.

ج. احتیاط در دماء و نفوس

لزوم رعایت احتیاط در مواردی که با زندگی و جان انسان‌ها مرتبط است، یکی از اصول مسلم و قطعی در شریعت اسلامی است و فقها در موارد متعدد در چنین مسائلی، در مقام شک و تردید و تعارض یا ابهام ادله، جانب احتمالی را می‌گیرند که مطابق احتیاط بوده و جان‌های بیشتری را حفظ کند (ر.ک. محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج. ۱۳، ص. ۸۹).

از ادله عقلی و نقلی مذکور روشن شد که حداقل در مشروعیت اجرای حدود و قصاص بر بیماران روانی کمتر از جنون، شبهه وجود دارد. ازاین‌رو، در مسئله مورد بحث با توجه به شبهه و تردیدهای جدی موجود، باید حکم به عدم اجرای حدود و قصاص و تبدیل آن به مجازات‌های تعزیری کرد.

نتیجه‌گیری

بررسی‌های این پژوهش نشان می‌دهد هرچند دیدگاه مشهور قریب به اتفاق فقهای شیعه و حنفی در باب اختلالات روانی (مانند سایر عوارض اهلیت کیفری)، دائر بین مسئولیت کیفری کامل و نفی کامل مسئولیت کیفری بوده و تنها جنون را به‌عنوان آفت عقلی سالب مسئولیت کیفری به رسمیت شناخته و اختلالات عقلی کمتر از حد جنون را در این مورد مؤثر ندانسته‌اند، اما دیدگاه‌های غیر مشهوری (مانند آنچه از برخی فقهای شیعه در باب زنای مجنون و قیاس شخص ناقص‌العقل به صغیر ممیّز توسط بعضی از فقهای حنفی نقل شد) نیز وجود دارد که در مواردی، نوعی مسئولیت کیفری نقصان‌یافته را تأیید می‌کند.

ادلّه ارائه‌شده در این پژوهش هرچند همگی در یک درجه قرار ندارد؛ برخی ناظر به مقام ثبوت است و برخی مربوط به مقام اثبات؛ برخی مربوط به احکام اولیه واقعی است، برخی مربوط به احکام ظاهری و برخی مربوط به احکام ثانوی، اما آنچه مهم و هدف این پژوهش بوده، تعیین تکلیف قانون‌گذاران، قضات و مکلّفین در مقام عمل است، چه از باب احکام واقعی باشد، چه احکام ظاهری و چه حتی احکام ثانوی. از این منظر، نتایج این پژوهش نشان می‌دهد گذشته از دیدگاه‌های فقها، با عنایت به تأثیر غیرقابل‌انکار بسیاری از اختلالات و بیماری‌های روان و ذهن بر ادراک و نیز اراده مبتلایان، با توجه به ادله متعدد و محکم از منابع اصلی شریعت اسلامی، یعنی کتاب، سنت و عقل، پاسخ پرسش اصلی مطرح در مقدمه این پژوهش مثبت بوده و باید

«مسئولیت کیفری نقصان‌یافته» را در موارد اختلال روانی کمتر از جنون درصورتی‌که بیماری قابل احراز بوده و توانایی متهم بر درک ماهیت عمل خویش یا نادرست بودن آن یا کنترل بر رفتار خویش را مختل کند و در ارتکاب جرم توسط وی تأثیر اساسی داشته و سببی مهم محسوب شود، اثبات کرد.

علاوه بر اختلالات روانی که موضوع این پژوهش است و عدم رشد کیفری که در پژوهش‌های متعددی مورد بررسی قرار گرفته و وارد قانون مجازات اسلامی نیز شده است، عوامل دیگری مانند اکراه و اضطرار ناقص، دفاع مشروع غیر متناسب و تحریک نیز ممکن است ادراک یا اختیار انسان را دچار اختلال و نقصان کرده و مستلزم نقصان مسئولیت کیفری باشد. پیشنهاد می‌شود مسئله نقصان مسئولیت کیفری در موضوعات مذکور نیز در پژوهش یا پژوهش‌هایی مستقل، بررسی و مطالعه شود.

همچنین با توجه به نتایج این پژوهش، پیشنهاد می‌شود در قوانین کیفری در کنار عوامل رافع مسئولیت کیفری، بابی تحت عنوان «عوامل نقصان مسئولیت کیفری» نیز پیش‌بینی و تمام عوامل مؤثر در نقصان مسئولیت کیفری از جمله اختلالات روانی با شرایط مذکور در این تحقیق، در آن گنجانده شود.

منابع

قرآن کریم.

آلوسی، محمود بن عبدالله. (۱۴۱۵ق). روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم و السبع المثانی. بیروت: دار الکتب العلمیة.

ابن‌زهرة حسینی حلی، سید حمزه بن علی. (۱۴۱۷ق). غنیة النزوع إلی علمی الأصول و الفروع. قم: مؤسسة الامام الصادق.

ابن‌فهد حلی اسدی، جمال‌الدین احمد بن محمد. (۱۴۱۰ق). المقتصر فی شرح المختصر. مشهد: مجمع البحوث الاسلامیة.

ابن‌منظور، جمال‌الدین محمد بن مکرّم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (الطبعة الثالثة). بیروت: دارالفکر.

ابوالصلاح حلی، تقی‌الدین بن نجم‌الدین. (۱۴۰۳ق). الکافی فی الفقه. اصفهان: مکتبة الامام امیرالمؤمنین علی علیه‌السلام.

احسایی، محمد بن علی بن ابی‌جمهور. (۱۴۱۰ق). أقطاب فقهیة علی مذهب إمامیة. قم: مکتبة آیة الله المرعشی النجفی.

بجنوردی، سید محمدحسن. (۱۳۷۷). قواعد فقهیة. قم: الهادی.

ترمذی، ابو عیسی محمد بن عیسی سوره. (۱۴۰۳ق). جامع صحیح (سنن ترمذی) (الطبعة الثانیة). بیروت: دارالفکر.

توفیق‌رضا، حسین. (۱۹۷۶). المسئولیة الجنائیة بین الشریعة الاسلامیة و التشریعات الوضعیة. نشرة جنائیة قومیة، ۱۹(۱-۲).

جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق (چاپ اول). تهران: گنج دانش.

جمعی از پژوهشگران. (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل‌بیت علیهم‌السلام (چاپ اول). قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت علیهم‌السلام.

جناتی شاهرودی، محمدابراهیم. (۱۳۷۰). منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی (چاپ اول). تهران: کیان.

جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). صحاح: تاج اللغة و صحاح العربیة. بیروت: دارالعلم للملایین.

حر عاملی، محمد بن الحسن. (۱۴۱۴ق). وسائل الشیعة (الطبعة الثانیة). قم: مؤسسة آل البیت (ع) لإحیاء التراث.

حسینی زبیدی واسطی، سید محمد مرتضی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: دارالفکر.

حسینی شیرازی، سید محمد. (۱۴۰۷ق). فقه. قم: مؤسسة الفکر الاسلامی.

حلی، حسن بن یوسف بن مطهّر. (۱۴۱۲ق). منتهی المطلب فی تحقیق مذهب. مشهد: مجمع البحوث الاسلامیة.

سرخسی، شمس‌الدین. (۱۴۰۶ق). مبسوط. بیروت: دار المعرفة.

صدوق، ابو جعفر محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه (الطبعة الثانیة). قم: مؤسسة النشر الاسلامی.

صفو، نوفل علی عبدالله. (۲۰۰۵). التخلف العقلي وأثره في مسؤولية جنائية (دراسة مقارنة). رافدین للحقوق، ۱۰(۲۶).

طباطبایی، سید محمدحسین. (۱۴۲۷ق). تفسیر البیان فی الموافقة بین الحدیث و القرآن. بیروت: دار التعارف للمطبوعات.

طریحی، فخرالدین. (۱۴۱۶ق). مجمع البحرین (الطبعة الثالثة). طهران: مرتضوی.

عبدالرحمن، محمود. (بی‌تا). معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیة. بی‌جا: بی‌نا.

عودة، عبدالقادر. (۱۳۹۰). بررسی تطبیقی حقوق جزای اسلامی و قوانین عرفی (حسن فرهودی‌نیا، مترجم؛ چاپ اول). تهران: یادآوران.

غدیری، عبدالله عیسی ابراهیم. (۱۴۱۸ق). قاموس الجامع للمصطلحات الفقهیة. بیروت: دارالمحجة البیضاء.

غلاملو، جمشید. (۱۳۹۲). قاتل سریالی، بیمار روانی مسئول؛ جستاری در سیاست کیفری ناظر به قتل‌های سریالی. فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، ۲(۳).

فاضلی بهسودی، محمد باقر. (۱۳۸۲). قواعد و فروق. قم: دار التفسیر.

کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب. (۱۳۶۷). کافی (الطبعة الثالثة). طهران: دار الکتب الاسلامیة.

کیو، سوزان. (۱۳۸۶). طبقه‌بندی و تشخیص بیماری‌های روانی (محمد خدایاری‌فرد و غلامرضا جعفری کندوان، مترجمان؛ چاپ اول). تهران: دانشگاه تهران.
گلپایگانی، سید محمدرضا. (۱۴۱۲ق). در المنضود فی أحکام الحدود (تقریر علی الکریمی الجهرمی؛ الطبعة الاولی). قم: دار القرآن الکریم.
مجلة أحکام عدلیة. (بی‌تا). کراچی: کارخانه تجارت کتب.
محسنی، محمد آصف. (۱۳۸۲). فقه و مسائل طبیة. قم: بوستان کتاب.
محسنی، محمد آصف. (۱۴۳۷ق). معجم أحادیث معتبرة (الطبعة الثانیة). قم: دار النشر الأدیان.
محقق اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: جامعة المدرسین فی الحوزة العلمیة فی قم المقدسة.
مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین. (بی‌تا). سرقة علی ضوء القرآن و السنة. قم: مکتبة آیة الله العظمی المرعشی النجفی.
معرفت، محمد هادی. (بی‌تا). تعلیق و تحقیق عن أمهات مسائل قضاء. قم: بی‌جا.
مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۹۰). موسوعة فقه اسلامی مقارن. قم: دار النشر الإمام علی بن أبی طالب (علیه السلام).
مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). فتاوی جدیدة (الطبعة الثانیة). قم: مدرسة الامام علی بن أبی طالب علیه‌السلام.
موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۲۷ق). فقه حدود و تعزیرات (الطبعة الثانیة). قم: جامعة المفید.
موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۸ق). مبانی تکملة المنهاج (موسوعة الامام الخویی، ج ۴۱ و ۴۲) (الطبعة الثالثة). قم: مؤسسة إحیاء آثار الامام الخوئی.
مؤمن قمی، محمد. (۱۴۲۲ق). مبانی تحریر الوسیلة: کتاب الحدود. قم: مؤسسة تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی.
نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر کلام فی شرح شرائع الاسلام (الطبعة السابعة). بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۷ق). عوائد الأیام فی بیان قواعد الأحکام. قم: مکتب الإعلام الاسلامی.
هاشمی، سید حسین. (۱۳۸۳). دختران؛ سن رشد و مسئولیت کیفری. نشریه مطالعات راهبردی زنان، (۲۳).
یاسین، محمد نعیم. (۱۴۲۲ق). أثر الأمراض النفسیة و العقلیة علی المسئولیة الجنائیة. مجلة الشریعة و القانون، ۱۶.
قانون عقوبات مصری. (۱۹۳۷).
قانون عقوبات لبنانی. (۱۹۴۳).
قانون مجازات اسلامی جمهوری اسلامی ایران. (۱۳۹۲).
کد جزای افغانستان. (۱۳۹۵).

References

The Holy Qurʾān.
Ālūsī, Maḥmūd ibn ʿAbd Allāh. (1415 AH [1994/1995 CE]). *Rūḥ al-maʿānī fī tafsīr al-Qurʾān al-ʿaẓīm wa-al-sabʿ al-mathānī*. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah. (in Arabic)
Ibn Zuhrah al-Ḥusaynī al-Ḥillī, Sayyid Ḥamzah ibn ʿAlī. (1417 AH [1996/1997 CE]). *Ghunyat al-nuzūʿ ilá ʿilmay al-uṣūl wa-al-furūʿ*. Qom: Muʾassasat al-Imām al-Ṣādiq. (in Arabic)
Ibn Fahd al-Ḥillī al-Asadī, Jamāl al-Dīn Aḥmad ibn Muḥammad. (1410 AH [1989/1990 CE]). *Al-Muqtaṣar fī sharḥ al-Mukhtaṣar*. Mashhad: Majmaʿ al-Buḥūth al-Islāmiyyah. (in Arabic)

Ibn Manẓūr, Jamāl al-Dīn Muḥammad ibn Mukarram. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Lisān al-ʿArab* (3rd ed.). Beirut: Dār al-Fikr. (in Arabic)

Abū al-Ṣalāḥ al-Ḥillī, Taqī al-Dīn ibn Najm al-Dīn. (1403 AH [1982/1983 CE]). *Al-Kāfī fī al-fiqh*. Isfahan: Maktabat al-Imām Amīr al-Muʾminīn ʿAlī (ʿa). (in Arabic)

Aḥsāʾī, Muḥammad ibn ʿAlī ibn Abī Jumhūr. (1410 AH [1989/1990 CE]). *Aqṭāb fiqhiyyah ʿalá madhhab al-Imāmiyyah*. Qom: Maktabat Āyat Allāh al-Marʿashī al-Najafī. (in Arabic)

Bujnūrdī, Sayyid Muḥammad Ḥasan. (1377 SH [1998/1999 CE]). *Qawāʿid-i fiqhiyyah*. Qom: Al-Hādī. (in Arabic)

Tirmidhī, Abū ʿĪsá Muḥammad ibn ʿĪsá Sawrah. (1403 AH [1982/1983 CE]). *Al-Jāmiʿ al-ṣaḥīḥ (Sunan al-Tirmidhī)* (2nd ed.). Beirut: Dār al-Fikr. (in Arabic)

Tawfīq Riḍā, Ḥusayn. (1976 CE). Al-Masʾūliyyah al-jināʾiyyah bayna al-sharīʿah al-Islāmiyyah wa-al-tashrīʿāt al-waḍʿiyyah. *Nashrah Jināʾiyyah Qawmiyyah*, 19(1–2). (in Arabic)

Jaʿfarī Langarūdī, Muḥammad Jaʿfar. (1378 SH [1999/2000 CE]). *Mabsūṭ dar tirmīnūlūzhī-yi ḥuqūq* [Extensive legal terminology] (1st ed.). Tehran: Ganj-i Dānish. (in Persian)

Jamʿī az Pizhūhishgarān. (1426 AH [2005/2006 CE]). *Farhang-i fiqh muṭābiq-i madhhab-i Ahl-i Bayt ʿalayhim al-salām* (1st ed.). Qom: Muʾassasah-ʾi Dāʾirat al-Maʿārif-i Fiqh-i Islāmī bar Madhhab-i Ahl-i Bayt (ʿa). (in Persian)

Jannātī Shāhrūdī, Muḥammad Ibrāhīm. (1370 SH [1991/1992 CE]). *Manābiʿ-i ijtihād az dīdgāh-i madhāhib-i Islāmī* (1st ed.). Tehran: Kiyān. (in Persian)

Jawharī, Ismāʿīl ibn Ḥammād. (1410 AH [1989/1990 CE]). *Al-Ṣiḥāḥ: Tāj al-lughah wa-ṣiḥāḥ al-ʿArabiyyah*. Beirut: Dār al-ʿIlm lil-Malāyīn. (in Arabic)

Ḥurr al-ʿĀmilī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Wasāʾil al-Shīʿah* (2nd ed.). Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt (ʿa) li-Iḥyāʾ al-Turāth. (in Arabic)

Ḥusaynī Zubaydī Wāsiṭī, Sayyid Muḥammad Murtaḍá. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Tāj al-ʿarūs min jawāhir al-qāmūs*. Beirut: Dār al-Fikr. (in Arabic)

Ḥusaynī Shīrāzī, Sayyid Muḥammad. (1407 AH [1986/1987 CE]). *Al-Fiqh*. Qom: Muʾassasat al-Fikr al-Islāmī. (in Arabic)

Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf ibn Muṭahhar. (1412 AH [1991/1992 CE]). *Muntahá al-maṭlab fī taḥqīq al-madhhab*. Mashhad: Majmaʿ al-Buḥūth al-Islāmiyyah. (in Arabic)

Sarakhsī, Shams al-Dīn. (1406 AH [1985/1986 CE]). *Al-Mabsūṭ*. Beirut: Dār al-Maʿrifah. (in Arabic)

Ṣadūq, Abū Jaʿfar Muḥammad ibn ʿAlī ibn Bābawayh. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Man lā yaḥḍuruhu al-faqīh* (2nd ed.). Qom: Muʾassasat al-Nashr al-Islāmī. (in Arabic)

Ṣafū, Nawfal ʿAlī ʿAbd Allāh. (2005 CE). Al-Takhalluf al-ʿaqlī wa-atharuhu fī al-masʾūliyyah al-jināʾiyyah (dirāsah muqāranah). *Rāfidayn lil-Ḥuqūq*, 10(26). (in Arabic)

Ṭabāṭabāʾī, Sayyid Muḥammad Ḥusayn. (1427 AH [2006/2007 CE]). *Tafsīr al-bayān fī al-muwāfaqah bayna al-ḥadīth wa-al-Qurʾān*. Beirut: Dār al-Taʿāruf lil-Maṭbūʿāt. (in Arabic)

Ṭurayḥī, Fakhr al-Dīn. (1416 AH [1995/1996 CE]). *Majmaʿ al-baḥrayn* (3rd ed.). Tehran: Murtaḍawī. (in Arabic)

ʿAbd al-Raḥmān, Maḥmūd. (n.d.). *Muʿjam al-muṣṭalaḥāt wa-al-alfāẓ al-fiqhiyyah*. n.p.: [n.p.]. (in Arabic)

ʿAwdah, ʿAbd al-Qādir. (1390 SH [2011/2012 CE]). *Barrasī-yi taṭbīqī-yi ḥuqūq-i jazā-yi Islāmī va qavānīn-i ʿurfī* [A comparative study of Islamic criminal law and secular laws] (Ḥ. Farhūdī-Niyā, Trans.; 1st ed.). Tehran: Yādāvarān. (in Persian)

Ghadīrī, ʿAbd Allāh ʿĪsá Ibrāhīm. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Al-Qāmūs al-jāmiʿ lil-muṣṭalaḥāt al-fiqhiyyah*. Beirut: Dār al-Maḥajjah al-Bayḍāʾ. (in Arabic)

Ghulāmlū, Jamshīd. (1392 SH [2013/2014 CE]). Qātil-i siryālī, bīmār-i ravānī-yi masʾūl; justārī dar siyāsat-i kayfarī-yi nāẓir bih qatl-hā-yi siryālī [Serial killer, responsible mentally ill patient: An essay on criminal policy regarding serial killings]. *Faṣlnāmah-ʾi Pizhūhish-i Ḥuqūq-i Kayfarī*, 2(3). (in Persian)

Fāḍilī Bihsūdī, Muḥammad Bāqir. (1382 SH [2003/2004 CE]). *Qawāʿid va furūq*. Qom: Dār al-Tafsīr. (in Persian)

Kulaynī, Abū Jaʿfar Muḥammad ibn Yaʿqūb. (1367 SH [1988/1989 CE]). *Al-Kāfī* (3rd ed.). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Arabic)

Kiyū, Sūzān [Cave, Susan]. (1386 SH [2007/2008 CE]). *Ṭabaqah-bandī va tashkhīṣ-i bīmārī-hā-yi ravānī* [Classification and diagnosis of psychological disorders] (M. Khudāyārī-Fard & Gh. Jaʿfarī Kandavān, Trans.; 1st ed.). Tehran: Dānishgāh-i Tihrān. (in Persian)

Gulpāyigānī, Sayyid Muḥammad Riḍā. (1412 AH [1991/1992 CE]). *Al-Durr al-manḍūd fī aḥkām al-ḥudūd* (ʿA. al-Karīmī al-Jahrumī, Ed.; 1st ed.). Qom: Dār al-Qurʾān al-Karīm. (in Arabic)

Majallat al-aḥkām al-ʿadlìyyah. (n.d.). Karachi: Kārkhānah-ʾi Tijārat-i Kutub. (in Arabic)

Muḥsinī, Muḥammad Āṣif. (1382 SH [2003/2004 CE]). *Al-Fiqh wa-al-masāʾil al-ṭibbiyyah*. Qom: Būstān-i Kitāb. (in Arabic)

Muḥsinī, Muḥammad Āṣif. (1437 AH [2015/2016 CE]). *Muʿjam al-aḥādīth al-muʿtabarah* (2nd ed.). Qom: Dār al-Nashr al-Adyān. (in Arabic)

Muḥaqqiq al-Ardabīlī, Aḥmad ibn Muḥammad. (1403 AH [1982/1983 CE]). *Majmaʿ al-fāʾidah wa-al-burhān fī sharḥ Irshād al-adhhān*. Qom: Jāmiʿat al-Mudarrisīn fī al-Ḥawzah al-ʿIlmiyyah fī Qum al-Muqaddasah. (in Arabic)

Marʿashī Najafī, Sayyid Shihāb al-Dīn. (n.d.). *Al-Sariqah ʿalá ḍawʾ al-Qurʾān wa-al-Sunnah*. Qom: Maktabat Āyat Allāh al-ʿUẓmá al-Marʿashī al-Najafī. (in Arabic)

Maʿrifat, Muḥammad Hādī. (n.d.). *Taʿlīq wa-taḥqīq ʿan ummahāt masāʾil al-qaḍāʾ*. Qom: n.p. (in Arabic)

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. (1390 SH [2011/2012 CE]). *Mawsūʿat al-fiqh al-Islāmī al-muqāran*. Qom: Dār al-Nashr al-Imām ʿAlī ibn Abī Ṭālib (ʿa). (in Arabic)

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. (1427 AH [2006/2007 CE]). *Fatāwá jadīdah* (2nd ed.). Qom: Madrasat al-Imām ʿAlī ibn Abī Ṭālib (ʿa). (in Arabic)

Mūsawī Ardabīlī, Sayyid ʿAbd al-Karīm. (1427 AH [2006/2007 CE]). *Fiqh al-ḥudūd wa-al-taʿzīrāt* (2nd ed.). Qom: Jāmiʿat al-Mufīd. (in Arabic)

Mūsawī Khūʾī, Sayyid Abū al-Qāsim. (1428 AH [2007/2008 CE]). *Mabānī takmilat al-minhāj (Mawsūʿat al-Imām al-Khūʾī, vols. 41–42)* (3rd ed.). Qom: Muʾassasat Iḥyāʾ Āthār al-Imām al-Khūʾī. (in Arabic)

Muʾmin Qumī, Muḥammad. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Mabānī Taḥrīr al-wasīlah: Kitāb al-ḥudūd*. Qom: Muʾassasat Tanẓīm wa-Nashr Āthār al-Imām al-Khumaynī. (in Arabic)

Najafī, Muḥammad Ḥasan. (1404 AH [1983/1984 CE]). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ Sharāʾiʿ al-Islām* (7th ed.). Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)

Narāqī, Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī. (1417 AH [1996/1997 CE]). *ʿAwāʾid al-ayyām fī bayān qawāʿid al-aḥkām*. Qom: Maktab al-Iʿlām al-Islāmī. (in Arabic)

Hāshimī, Sayyid Ḥusayn. (1383 SH [2004/2005 CE]). Dukhtarān; sinn-i rushd va masʾūliyyat-i kayfarī [Girls; the age of maturity and criminal responsibility]. *Nashriyyah-ʾi Muṭālaʿāt-i Rāhbardī-yi Zanān*, (23). (in Persian)

Yāsīn, Muḥammad Naʿīm. (1422 AH [2001/2002 CE]). Athar al-amrāḍ al-nafsiyyah wa-al-ʿaqliyyah ʿalá al-masʾūliyyah al-jināʾiyyah. *Majallat al-Sharīʿah wa-al-Qānūn*, 16. (in Arabic)

Qānūn al-ʿuqūbāt al-Miṣrī [Egyptian Penal Code]. (1937 CE). (in Arabic)

Qānūn al-ʿuqūbāt al-Lubnānī [Lebanese Penal Code]. (1943 CE). (in Arabic)

Qānūn-i mujāzāt-i Islāmī-yi Jumhūrī-yi Islāmī-yi Īrān [Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran]. (1392 SH [2013/2014 CE]). (in Persian)

Kud-i jazā-yi Afghānistān [Penal Code of Afghanistan]. (1395 SH [2016/2017 CE]). (in Persian)

Coroners and Justice Act 2009 (UK).

French Penal Code (English translated).

German Penal Code (English translated).

Hall, D. E. (2009). *Criminal law and procedure* (5th ed.). New York: Delmar Cengage Learning.

Homicide Act 1957 (UK).

Model Penal Code. (1962). USA.

Oxford dictionary of law (5th ed.). (2003). E. A. Martin (Ed.). Oxford: Oxford University Press.

Samaha, J. (2011). *Criminal law* (10th ed.). Wadsworth, Cengage Learning.

United States Sentencing Commission. (n.d.). *Guidelines manual*.

VandenBos, G. R. (Ed.). (2015). *APA dictionary of psychology* (2nd ed.). American Psychological Association. https://doi.org/10.1037/14646-000

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

Resolving the Conflict Between Prior Ownership and Present Possession in Jurisprudence, Law, and Judicial Practice

Hamed Khubyari[1], Seyyed Mohammad Sadeq Tabatabaei[2]✉, Seyyed Mohsen Atashipour[3]

1. PhD Graduate in Private Law, University of Isfahan, Isfahan, Iran. Email: h.khubyari@gmail.com
2. *Corresponding Author*, Associate Professor, Department of Law, University of Isfahan, Isfahan, Iran. Email: tabatabaei@ase.ui.ac.ir
3. Bachelor of Law, Islamic Azad University, Sirjan, Iran. Email: seyedmohsenatashipour@gmail.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received
11 February 2024
Received in revised form
07 March 2024
Accepted
21 March 2024
Available online
22 June 2026

Keywords:
ownership,
possession,
presumption of possession,
law of evidence,
Article 37 of the Civil Code

ABSTRACT

Possession, historically associated with labor and control, has long been regarded as an important basis for acquiring ownership. Many legal systems also treat possession as ownership as a presumption in favor of the possessor. Although the rule of possession generally privileges the current possessor over a former possessor, the more difficult question addressed here is whether prior ownership or present possession should prevail when they conflict. Some scholars prioritize prior ownership, while others give precedence to current possession because the evidentiary presumption arising from possession overrides the continuing presumption of former ownership. Although the latter view is more consistent with the internal logic of the Civil Code, its application, particularly to immovable property, creates practical difficulties. This study argues that present possession should ordinarily prevail over former ownership, except where transfer of the property legally depends on a constitutive formality. The relevant exception concerns formalities necessary for the formation of the transfer, not merely requirements affecting opposability or proof. This approach brings the law of evidence closer to its fiqhi foundations and to ordinary social understanding.

Cite this article: Khubyari, H., Tabatabaei, S. M. S., & Atashipour, S. M. (2026). Resolving the conflict between prior ownership and present possession in jurisprudence, law, and judicial practice. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, *20*(1), 29-52. https://doi.org/10.22034/fvh.2024.17742.1893

© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: https://doi.org/10.22034/fvh.2024.17742.1893

Introduction

Possession, or yad, denotes a person's effective power and authority over a thing or legally cognizable interest. Its scope may extend beyond tangible objects to situations in which control or guardianship is socially and legally recognized. One of the most difficult applications of the rule of possession arises when the current possessor confronts a person who proves former ownership. In that setting, the presumption of possession supports the current possessor, whereas istiṣḥāb supports continuation of the earlier ownership.

Iranian scholarship has proposed three broad solutions. Some regard possession as a rule or evidentiary presumption strong enough to defeat istiṣḥāb. Others consider that result incompatible with fairness and public order and require the possessor to prove a lawful transfer. A third approach distinguishes valuable assets, such as land and vehicles, from low-value movables. Article 35 of the Civil Code, however, expressly recognizes possession as evidence of ownership. The prima facie rule should therefore favor present possession unless the alleged transfer belongs to a class of transactions whose validity depends on specified formalities.

Methodology

The study uses critical content analysis. Jurisprudential writings, legal scholarship, statutes, and judicial decisions were examined through library and electronic research. Competing theories were reconstructed and evaluated, after which the authors developed a general account of the priority of present possession and the circumstances in which constitutive formalities justify an exception.

Literature Review

The rule of possession has extensive textual and rational foundations and is commonly treated in fiqhi works as an independent evidentiary rule. Existing legal literature generally discusses the issue in connection with Article 35 of the Civil Code. Important studies include works on the presumption of possession, conflicts between proofs of ownership, and the conflict between current possession and former ownership. Yet prior studies have not adequately considered the demands of contemporary transactions or distinguished constitutive formalities from formalities serving proof or opposability.

Findings

Possession under the Civil Code is a legally recognized presumption and therefore takes priority over former ownership established merely by istiṣḥāb. Article 92 of the Registration of Deeds and Property Act likewise indicates that, in relation to movables, the rights of a possessor claiming ownership may prevail over the apparent content of an official instrument. Where legislation does not expressly make the acquiring cause or legal transfer constitutively formal, current possession may therefore prevail even against evidence of former registered ownership.

Economic order may nevertheless require a broader legislative use of constitutive formalities, particularly for immovable transactions. Where ownership cannot pass without compliance with a legally prescribed form, possession alone cannot establish title. The acknowledgement contemplated in Article 37 should also reverse the parties' procedural positions only when accompanied by an allegation of a specific lawful cause of transfer. A bare acknowledgment of former ownership does not transform the possessor into the claimant.

Discussion

The proposed theory separates evidentiary priority from transaction policy. The rule of possession remains the default because it accords with fiqh, commercial reliance, and ordinary understanding. At the same time, the legislature may protect economic stability by defining selected transfers as formal and making compliance a condition of legal effect. This avoids the artificial distinction between high- and low-value property and provides a clearer criterion: whether the law makes a formality constitutive of the transfer.

Conclusion

Present possession should ordinarily prevail over former ownership because the law grants it evidentiary force superior to istiṣḥāb. The exception arises where transfer depends on a constitutive formality. Reform of Article 37 should clarify that an acknowledgment of former ownership changes the burden of proof only where the possessor also alleges a specific legal transfer. Such reform would reduce inconsistency in judicial practice, reinforce transactional order, and align positive law more closely with the fiqhi logic of the rule of possession.

Declarations

Author Contributions: Hamed Khubyari analyzed the data, prepared the research report, and drafted the article. Seyyed Mohammad Sadeq Tabatabaei supervised the analytical and drafting process. Seyyed Mohsen Atashipour collected data and prepared the sources.

Data Availability Statement: The study relied on openly accessible scholarly articles, books published in Iran, and the publicly accessible National Judicial Decisions System.

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 of Generative AI and AI-assisted Technologies: The authors declared that no artificial intelligence was used in the writing process.

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

تحلیل رفع اختلاف مالکیت سابق با تصرف کنونی در فقه، حقوق و رویهٔ قضایی

حامد خوبیاری[۱]، سید محمدصادق طباطبایی[۲]✉، سید محسن آتشی‌پور[۳]

۱. دانش‌آموخته دکتری، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران. رایانامه: h.khubyari@gmail.com
۲. *نویسندهٔ مسئول*، دانشیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران. رایانامه: tabatabaei@ase.ui.ac.ir
۳. کارشناس حقوق، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد سیرجان، سیرجان، ایران. رایانامه: seyedmohsenatashipour@gmail.com

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۲۲
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۲/۱۷
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۱/۰۲
تاریخ انتشار: ۱۴۰۵/۰۴/۰۱

کلیدواژه‌ها:
مالکیت،
تصرف،
اماره ید،
ادلهٔ اثبات،
ماده ۳۷ قانون مدنی

چکیده

تصرف ازآن‌رو که با کار توأم بوده، همواره به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مبانی ایجاد مالکیت مطرح شده است. علاوه بر آن، بسیاری از نظام‌های حقوقی، تصرف به‌عنوان مالکیت را اماره‌ای بر مالکیت متصرف دانسته‌اند. در اختلاف بین تصرف کنونی و تصرف سابق، اقتضای قاعده ید، ارجحیت متصرف کنونی بوده؛ اما آنچه در پژوهش حاضر مطمح نظر قرار گرفته، پاسخ به این پرسش است که در تعارض مالکیت سابق با تصرف فعلی کدام‌یک ارجح است. برخی مالکیت سابق را مقدم و بعضی تصرف کنونی را ارجح می‌دانند. دلیل آنان که به‌نفع متصرف رأی داده‌اند، اولویت اماره ید بر استصحاب مالکیت سابق است. این نظر هرچند با مبانی منطقی قانون مدنی سازگارتر است؛ اما در اجرای آن به‌ویژه دربارهٔ اموال غیرمنقول، موجب چالش‌های عملی بسیاری خواهد بود. فقیهان به نظر می‌رسد بتوان گفت که تصرف کنونی همواره بر مالکیت سابق تقدم دارد؛ جز در مواردی که انتقال مال مستلزم انعقاد عقد تشریفاتی باشد. البته منظور نگارندگان تنها تشریفاتی است که در وقوع عقد مؤثرند و نه تشریفاتی که مربوط به قابلیت استناد قرارداد بوده یا از جنس ادله اثبات قلمداد می‌گردند. فایده عملی پذیرش این نظریه آن است که مباحث مربوط به ادله اثبات دعوا به مبانی فقهی و البته فاهمه عرفی نزدیک‌تر خواهد شد.

استناد: خوبیاری، حامد؛ طباطبایی، سید محمدصادق؛ و آتشی‌پور، سید محسن. (۱۴۰۵). تحلیل رفع اختلاف مالکیت سابق با تصرف کنونی در فقه، حقوق و رویه قضایی. مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ۲۰(۱)، ۲۹-۵۲.
https://doi.org/10.22034/fvh.2024.17742.1893

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

مقدمه

منظور از تصرف یا ید، سلطه و اقتدار فرد بر شیء است، به‌نحوی که متمکن بر تصرف و تغییر در آن باشد (محقق داماد، ۱۳۸۸، ج. ۱، ص. ۲۷). چنانچه لفظ شیء را تنها منحصر به پدیده‌های مجسم بدانیم، بهتر است در تعریف فوق، واژه امر را جایگزین شیء کنیم. در این صورت، مصادیق مشمول ید به اموری از قبیل «قول مربی در مورد کودک» یا «قول ولی در محدوده ولایت بر مولی علیه» (عمید زنجانی، ۱۳۹۰، ج. ۱، ص. ۲۰۶) و حتی حق بر تألیف توسعه خواهد یافت. سلطه شخص، در اغلب موارد ظهور در ذی‌حقی او دارد. این مسئله مبنای قاعده ید یا اماره تصرف است. مراد از این قاعده آن است که استیلای شخص بر چیزی، دلالت بر مالکیت او دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج. ۱، ص. ۳۷۳). این معنی، مورد پذیرش قانون‌گذار مدنی نیز قرار گرفته است (ماده ۳۵ قانون مدنی).

یکی از مهم‌ترین چالش‌های قاعده ید، اختلاف متصرف فعلی با مالک سابق در مالکیت مورد تصرف است. در اینجا اماره ید، فرد مسلط را مالک می‌داند و اصل استصحاب، حکم به استمرار مالکیت سابق می‌دهد. برخی محققان با قاعده دانستن «تصرف»، حکم رجحان آن به اصل استصحاب داده و متصرف را مالک شمرده‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۸، ج. ۱، ص. ۳۹). عده‌ای دیگر اما این رجحان را مغایر با انصاف و نظم عمومی پنداشته و به همین دلیل مالکیت متصرف را منوط به اثبات وجود ناقل قانونی دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص. ۱۶۰). در این بین، بعضی با تفکیک اموال با ارزش و کم ارزش، درمورد اموال با ارزش (از قبیل خودرو و زمین)، مالکیت سابق و دربارهٔ اموال کم ارزش (مانند لباس و خودکار)، متصرف فعلی را ذی‌حق می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص. ۲۰۲). با توجه به آنکه قانون مدنی به اماره بودن ید در ماده ۳۵ قانون مدنی (ماده ۱۳۲۲ قانون مدنی) تصریح نموده، به نظر می‌رسد؛ حکم اولی در تعارض بین مالکیت سابق و تصرف کنونی، ارجحیت تصرف کنونی باشد. حکم اخیر تنها در مواردی با تخصیص روبه‌رو است که ناقل یا سبب مملک نیاز به انجام تشریفات به‌خصوصی داشته و انتقال قائم به وجود آن تشریفات باشد.

تحلیل مناسب چالش فوق، نیازمند آن است تا حکم اختلاف گفته شده در منابع مختلف حقوقی مطالعه و بررسی گردد. از همین‌رو نگارندگان پس از بررسی پیشینه بحث، در قسمت نخست این پژوهش به مرور و تحلیل رویکرد منابع حقوق به موضوع بحث پرداخته و در قسمت دوم، آثار عملی تحلیل‌های صورت گرفته تشریح خواهد شد. در تمامی مراحل، سعی می‌شود تا آرا صادره از دستگاه قضایی که در بسیاری موارد دچار اضطراب و تعارض است، به‌عنوان مصادیق و نمونه‌های عملی، در کنار سایر تحلیل‌ها عنوان شود.

پیشینه

الف. پیشینه موضوع: روایات بسیاری به‌عنوان مستندات قاعده ید آورده شده (ر. ک. محقق داماد، ۱۳۸۸، ج. ۱، صص. ۳۱-۳۳) و البته برخی محققان، قاعده ید را جدای از منبع سنت، قائم بر بنای عقلا می‌دانند (عمید زنجانی، ۱۳۹۰، ج. ۱، ص. ۲۱۱). علاوه بر آنچه گفته شد، ریشه‌های قاعده ید را در قواعدی از قبیل «من ادعی ما لا ید لاحد علیه قضی له به» و یا «من ادعی امراً و لا معارض له قبل قوله» می‌توان یافت. هرچند

جریان قواعد مذکور منحصر به مواردی است که معارضی وجود ندارد؛ اما می‌تواند موجب شناسایی ادعا و تصرف به‌عنوان دلیل ذی‌حقی در برخی موارد باشد. به همین دلیل بعضی محققان تصرف را مبنای مالکیت دانسته‌اند (پیلوار، ۱۳۹۳، ص. ۱۰۹). مبنا انگاشتن تصرف برای مالکیت در عالم ثبوت، می‌تواند توجیه‌کننده تصرف به‌عنوان دلیل مالکیت در عالم اثبات باشد.

ب. پیشینه تحقیق: هرچند معمولاً در کتاب قواعد فقه اغلب فقیهان، باب جداگانه‌ای به «قاعده ید» اختصاص داده و به مسئله تعارض مالکیت سابق و تصرف لاحق پرداخته‌اند؛ اما در هیچ یک از این آثار به اقتضائات زمان و جایگاه عقود تشریفاتی اشاره نشده است. در بین آثار حقوق‌دانان نیز اغلب به مناسبت تحلیل ماده ۳۵ قانون مدنی به این قاعده پرداخته شده و به‌صورت شاخص تنها می‌توان به کتاب‌های اماره تصرف، نوشته رضا ولویون (۱۳۸۷) و تعارض ادله مالکیت، اثر سید کمال خطیبی قمی (۱۳۹۳) اشاره کرد. در این آثار، نویسندگان به‌شکل مبسوط و مطلوب به مرور آرا مختلف پرداخته‌اند. با وجود این تلاش، کتاب‌های ایشان در آثار فوق درمورد تعیین مرز دقیقی بین مواردی که مالکیت سابق مقدم بر تصرف فعلی بوده و برعکس، ساکت مشخص نشده است. در بین مقالات مرتبط نیز می‌توان به مقاله «بررسی حقوقی تعارض تصرف کنونی و مالکیت سابق» اثر محمدرسول نصرتی اشاره کرد. نویسنده در مقاله مذکور به این نتیجه رسیده است که به‌طور کلی تصرف کنونی بر مالکیت سابق مقدم بوده و ماده ۳۷ قانون مدنی، حکمی استثنائی و غیرقابل تعمیم به سایر ادله اثبات دعوا است. آثار مذکور به‌رغم تلاش و بررسی آراء اندیشمندان، با اجمال همراه بوده و همان‌طور که گفته شد به بیان احکام کلی پرداخته‌اند. در مقاله حاضر با حفظ قاعده‌مندی فروعات اماره ید، سعی شده است به‌طور مفصل تنبیهات کاربردی این قاعده بررسی شود و مرز مشخصی بین مواردی که تصرف کنونی و یا مالکیت سابق ارجح است، ترسیم شود.

رویکرد حقوق به اختلاف مالکیت سابق و تصرف کنونی

در قسمت حاضر به بررسی نحوهٔ طرح اختلاف بین مالکیت سابق و تصرف کنونی و احکام گفته‌شده در منابع مختلف حقوقی (قوانین، آثار اندیشمندان و آرا قضایی) پرداخته خواهد شد.

جایگاه تصرف در قوانین

با مطالعه مواد قانون مدنی، تصرفِ مرتبط با مالکیت را می‌توان به دو نوع ثبوتی و اثباتی تقسیم کرد. در وجه ثبوتی، تصرف مبنای مالکیت است (مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون مدنی). در چنین مواردی، متصرف به‌جهت تصرف، واقعاً مالک شناخته می‌شود. این نگاه به تصرف در بین برخی فلاسفه غربی نیز پذیرفته شده است (کانت، ۱۳۸۰، ج. ۱، ص. ۱۰۶). در سوی دیگر اما تصرف می‌تواند دلیل یا نشانه‌ای برای مالکیت باشد. چنین استفاده‌ای از تصرف را می‌توان در ماده ۳۵ قانون مدنی به وضوح و در مواد ۱۵۸ تا ۱۷۷ قانون آیین دادرسی مدنی و همین‌طور قانون اصلاح قانون جلوگیری از تصرف عدوانی (مصوب ۱۳۵۲- که از این پس قانون اصلاح نامیده می‌شود)، تلویحاً مشاهده کرد.

در ماده ۳۵ قانون مدنی، تصرف به‌عنوان مالکیت، دلیل بر مالکیت است. قانون‌گذار مدنی در ماده ۱۳۲۲ جهت توضیح اماره یا دلیل بودنِ تصرف، با ذکر ماده ۳۵ مقرر داشته: «امارات قانونی اماراتی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده است». به این ترتیب، قانون‌گذار در اختلاف بین اصل یا اماره بودنِ تصرف، جانب مورد اخیر را گرفته است. مطابق با ماده ۵ قانون اصلاح نیز ارائه سند مالکیت، دلیل بر سبق تصرف و استفاده از موضوع حق است. هرچند به‌موجب ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی و به عقیده برخی حقوق‌دانان (مهاجری، ۱۳۹۷، ج. ۲، ص. ۱۷۲)، قانون اصلاح به‌موجب قانون اخیرالذکر در سال ۱۳۷۹ نسخ شده؛ اما نحوه نگاه قانون جدید به‌جایگاه سند در دعوای تصرف تغییری نکرده و در ماده ۱۶۲ قانون آیین دادرسی، عیناً کلمات ماده ۵ قانون اصلاح تکرار شده است.[۱]

به این ترتیب، تصرف به‌عنوان اماره مالکیت مورد پذیرش قانون‌گذار قرار گرفته؛ اما آنچه محل نزاع بوده، چگونگی رفع اختلاف بین مالکیت سابق و تصرف کنونی است. در قانون مدنی تصرف به‌عنوان مالکیت، مطلقاً دلیل بر مالکیت دانسته شده است؛ اما از ظاهر مواد قانون آیین دادرسی به نظر می‌رسد سند مالکیت، قابلیت تقابل با تصرف کنونی را دارد. علی‌رغم برداشت ابتدایی باید گفت در دادرسی، سند مالکیت دلیل بر مالکیت کنونی نبوده و تنها دلیل بر سبق تصرف است.[۲] البته می‌توان این پرسش را مطرح کرد که آیا موضوع ادله تنها امور موضوعی است یا امور حکمی؟ به بیان دیگر آیا سند تنها می‌تواند وقوع معامله را حکایت کند یا آنکه توان دلالت بر انتقال مالکیت و تداوم آن را هم دارد؟ به نظر می‌رسد سند تنها گزارشگر وقوع عقد است (غمامی و اشراقی آرانی، ۱۳۸۹، ص. ۲۷۹) و استمرار مالکیت ناشی از عقد به تأسیسات حقوقی دیگری احتیاج دارد. ازاین‌رو متصرف سابق همچنان باید رکن اصلی دعوای تصرف عدوانی، یعنی عدوانی بودنِ تصرف لاحق را ثابت نماید تا تحت حمایت قانون‌گذار قرار بگیرد (شمس، ۱۳۸۷، ج. ۱، ص. ۳۳۲). امری که موضوع حکم مواد ۱۷۴ قانون آیین دادرسی مدنی و ۳۶ قانون مدنی نیز قرار گرفته است.

بنابر مطالب فوق، می‌توان گفت قوانین جاری دربارهٔ اختلاف تصرف کنونی با مالکیت سابق، حکم صریحی نداشته و تلویحاً تصرف کنونی را مقدم می‌دارند. ممکن است چنین ایراد شود که دعوای تصرف عدوانی اساساً دعوای دو متصرف بوده و در صورت اثبات مالکیت باید آثار دعوای تصرف را متوقف دانست.[۳] در پاسخ به این ایراد باید گفت منظور قانون‌گذار اثبات مالکیت سابق نیست و بدیهی است در صورت اثبات مالکیت فعلی، مالکیت بر تصرف مقدم خواهد بود. ماده ۱۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی نیز وجود سند رسمی[۴] را دلیل بر تصرفِ

---

۱. لازم به ذکر است در ماده ۳۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی قدیم، دعاوی تصرفی که مغایر با سند رسمی بودند، پذیرفته نمی‌شد.

۲. از نحوه نگارش ماده ۱۶۲ پیداست که سند رسمی اماره بر تصرف است؛ در غیر این صورت، دلیلی برای ارجحیت سایر ادله تصرف بر سند وجود نداشته و قانونگذار باید بین تعارض دو دلیل جانب تساقط را می‌گرفت و نه جانب دلیل معارض با سند رسمی را.

۳. در محاکم نیز جهت طرح دعوای رفع تصرف عدوانی نیازی به اثبات مالکیت نبوده و اثبات سبق تصرف و عدوانی بودنِ تصرف لاحق کافی است (دادنامه‌های شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۲۰۰۰۴۲ و ۹۱۰۹۹۷۰۰۰۱۰۰۰۷۲۱ به‌ترتیب صادره از شعب ۳۲ و ۵۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران). همینطور ر.ک. به ماده ۴۰ قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۲۹۰ شمسی.

۴. به نظر می‌رسد منظور از واژه سند در ماده ۱۶۲ در اموال غیر منقول، تنها سند رسمی دلیل بر سبق تصرف و استفاده از حق است (مهاجری، ۱۳۹۷، ج. ۲، ص. ۱۸۷).

متصرف سابق می‌داند و دربارهٔ مالکیت فعلی ساکت است. ایراد دیگر، چگونگی توجیه نقش‌آفرینی سند رسمی مالکیت در اموال غیرمنقول است که در ادامه به آن پرداخته خواهد شد.

حکم اختلاف در آثار فقهی و حقوقی

همان‌طور که گفته شد، نص قانونی دربارهٔ اختلاف بین تصرف کنونی و مالکیت سابق وجود نداشته و تنها از اطلاق ماده ۳۵ قانون مدنی می‌توان تصرف کنونی را بر مالکیت سابق مقدم دانست. در فقه اغلب اختلافات، ریشه در اماره یا اصل بودنِ تصرف دارد.

۱. دیدگاه فقیهان

اختلاف عمده فقیهان در این بحث مربوط به اصل یا اماره دانستن قاعده ید است. مطابق با قاعده، اماره بر اصل تقدم دارد. به همین دلیل آنان که مالکیت سابق را مقدم می‌دانند، تقدم را مشروط به اصل دانستنِ اماره ید کرده‌اند (نراقی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۵۹۳) و آنان که معتقد به اماره بودنِ ید هستند، همگی تصرف کنونی را بر مالکیت سابق ترجیح می‌دهند (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج. ۱، ص. ۱۴۷). همان‌طور که پیش از این آمد، قانون مدنی ایران به تبعیت از مشهور فقیهانی امامیه تصرف را اماره انگاشته و بنابراین تقدم ید بر استصحاب مالکیت با مانع جدی روبه‌رو نخواهد بود.

از نظر بعضی فقیهان مالکیت سابق ممکن است در اثر اقرار، شهادت و علم قاضی ثابت شود و از آن رو که موضوع محل بحث مالکیت کنونی بوده و ادله بر مالکیت سابق دلالت دارند، تصرف تقدم دارد (نائینی، ۱۳۷۶، ج. ۴، ص. ۶۱۰). عدم تأثیر چگونگی اثبات مالکیت سابق ریشه در این امر دارد که هرچقدر استصحاب قوی باشد، باز اصل بوده و در برابر اماره حجیتی نخواهد داشت. البته همان‌طور که گفته شد چنانچه بتوان مالکیت کنونی را به هر طریقی ثابت کرد، اماره ید کارآیی خود را از دست خواهد داد. به همین دلیل، برخی فقیهان اماره ید را در مواردی که مالکیت کنونی به وسیله شهادت شهود به اثبات می‌رسد، در اثبات مالکیت ناکارآمد می‌دانند (انصاری، ۱۴۱۹، ج. ۳، ص. ۳۲۳). بعضی محققان البته از این مسئله در اثبات تقدم مالکیت سابق بر تصرف کنونی از منظر شیخ انصاری استفاده کرده‌اند (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۹، ج. ۸، ص. ۱۹۳) که با توجه به آنچه گفته شد، استفاده مذکور خلط بین مالکیت سابق و کنونی است.

با وجود این، باید پرسید منظور فقیهان از شهادت بر مالکیت چیست؟ مگر نه آنکه موضوع ادله تنها امور موضوعی است؟ برای توجیه این مسئله بعضی فقیهان بین مرحله تحمل و ادای شهادت قائل به تفکیک شده‌اند. ایشان علم ناشی از حس را تنها در زمان تحمل شهادت معتبر دانسته و به شاهد اجازه داده‌اند تا در زمان ادا، آنچه را تحمل کرده است، استصحاب کند (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج. ۳، ص. ۳۵۷). این توجیه همچنان با اشکال تقابل استصحاب و اماره ید روبه‌رو بوده و نقطه ضعف آن، به حساب آوردنِ امور حکمی به‌عنوان موضوع علم حسی است؛ زیرا نمی‌توان امر اعتباری مالکیت یا ضمانت را از طریق حواس فهم کرد. با توجه به آنچه گفته شد به نظر می‌رسد منظور فقیهان از شهادت بر مالکیت کنونی، شهادت بر اموری از قبیل وضع ید

غاصبانه یا اقرار متصرف بر عدوانی بودن تصرف خود است. برای تأیید این ادعا می‌توان به دادنامه شماره ۴۰۴۰ صادره از شعبه سوم دیوان عالی کشور، مورخ ۱۳۱۹/۱/۳۰ اشاره کرد (به نقل از ولویون، ۱۳۸۷، ص. ۱۶۵).

۲. دیدگاه حقوق‌دانان

برخلاف اغلب فقیهان که در چهارچوب منطقی خود و بر مبنای منطق صوری موضوع را تحلیل نموده و حکم داده‌اند؛ برخی حقوق‌دانان برای اظهار نظر به مصالح جامعه توجه کرده و بیشتر به منطق خطابی مایل شده‌اند (ر. ک. الشریف، ۱۳۹۲، صص. ۴۰۵-۴۷۹). برای مثال در مورد اموال منقولی که سند رسمی برای انتقال آن‌ها تنظیم نشده و حتی در برخی موارد ایجاب و قبول نیز معاطاتی است، تصرف را دلیل بر مالکیت و گاهی نشانه انتقال می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج. ۱، ص. ۱۲۱). به نظر می‌رسد نمی‌توان مبنای قواعد حقوقی را اهمیت موضوع نزاع بین طرفین دانست؛ زیرا اهمیت در بسیاری موارد امری شخصی است. نکته جالب توجه آنکه حتی مخالفان تقدم مالکیت سابق بر تصرف لاحق، علی‌رغم نظر خود، پذیرش ارجحیت مالکیت سابق با هر دلیلی از جمله اقرار را با ذوق سلیم و عدالت و البته مفاد قوانین مدنی هم‌سو دانسته و برای اثبات این ادعا ماده ۲۷۵ قانون آیین دادرسی مدنی را شاهد آورده‌اند (خطیبی قمی، ۱۳۹۳، ص. ۱۱۲).

با مطالعه آثار این حقوق‌دانان می‌توان گفت در نظر ایشان مالکیت سابق بر تصرف کنونی مقدم است و تقدم تصرف در اموال کم‌اهمیت، استثنای بر قاعده محسوب می‌شود. ایشان برای تقویت استدلال خود از سیاق مواد ۹۷ و ۱۲۴ قانون مدنی کمک گرفته و چنین استنباط کرده‌اند که تصرف زمانی دلیل مالکیت است که منشأ مالکیت مشخص نباشد (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص. ۲۰۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج. ۱، ص. ۱۲۱). ضعف قیاس مذکور آن است که در مواد گفته شده، تصرف مؤذن درصورتی‌که سابقه آن مشخص باشد تنها دلالت بر اذن و اختیار وی در گذاردن سرتیر یا تصرف در ملک آذن دارد. طبیعی است این تصرف دال بر مالکیت نبوده و از جوهر اذن نیز تنها نیابت برمی‌آید و تصرف مؤذن حتی در صورت اثبات نیابت و اجازه فعلی، حقی برای او ایجاد نمی‌کند (مواد ۱۰۸ و ۱۲۰ قانون مدنی). با توجه به تفاوت نیابت و مالکیت، برخی اندیشمندان صراحتاً بر این امر تأکید کرده‌اند که ید امانی قابلیت کارکرد اماره تصرف را نداشته و بنابراین استصحاب مالکیت ممکن خواهد بود (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج. ۱، ص. ۱۱۸).[۱]

بعضی حقوق‌دانان در تفسیر مواد ۳۵ و ۳۷ قانون مدنی، تفکیک بعیدی بین دو صورتی که در یکی دعوائی در مالکیت مال معین وجود ندارد و آنجا که دعوایی در مالکیت مال وجود دارد، ارائه کرده‌اند. از نظر ایشان در صورت نخست اماره ید بر مالکیت سابق مقدم بوده و در مورد دوم، مدعیِ مالکیت مستظهر به استصحاب بوده و ازاین‌رو مالکیت سابق به هر دلیلی که اثبات شود بر اماره ید ترجیح داده خواهد شد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص. ۱۶۰). گروهی دیگر نیز با توجه به تقدم دلیل بر اماره، اثبات مالکیت سابق به هر نحوی را بر اماره مقدم می‌دانند (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۹، ج. ۸، ص. ۱۸۲). حال‌آنکه پیش از این گفته شد موضوع منازعه مالکیت کنونی است و اثبات مالکیت سابق تنها مفاد استصحاب را تقویت می‌نماید که درمورد

۱. در واقع در این صورت، تصرف موذن همان تصرف آذن بوده و نمی‌تواند مستقلاً برای او حقی ایجاد کند.

تعیین مالک کنونی مؤثر نخواهد بود. در واقع برخلاف آنچه طرفداران این نظریه گفته‌اند که سند مالکیت، اعلام حق فرد بر مال بوده و اماره تصرف توان مقابله با آن را ندارد (ابهری و اکبری، ۱۳۹۰، ص. ۷۴)، باید گفت موضوع سند تنها امری موضوعی در گذشته بوده و سند بر استمرار آن دلالت نمی‌کند. برخی دیگر از حقوق‌دانان معتقدند «در مورد اموال غیرمنقول ثبت شده دیگر تصرف، اماره مالکیت نیست» (صالحی، ۱۳۹۷، ص. ۹۹) و به این ترتیب، تقدم مالکیت سابق را استثنا در اموال غیرمنقول ثبت شده می‌دانند. آنچه در استدلال طرفداران تقدم مالکیت سابق مشهود است، طریقیت داشتن اقرار در ماده ۳۷ قانون مدنی و پذیرش این مطلب است که مالکیت سابق به هر نحو که اثبات شود بر تصرف کنونی مقدم بوده و اقرار خصوصیتی در این زمینه نخواهد داشت (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص. ۱۶۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص. ۲۰۰). تحلیل این استدلال در بحث نقد ماده ۳۷ قانون مدنی صورت خواهد گرفت.

در مقابل این نظر، بسیاری از حقوق‌دانان مطابق با نظر فقیهان امامیه قائل به تقدم تصرفات لاحق شده‌اند. عمده دلیل ایشان استثنائی بودنِ حکم ماده ۳۷ است؛ زیرا اگر در نگاه قانون‌گذار هر مالکیت سابقی بر تصرف لاحق تقدم داشت، لزومی برای تصریح به نحوهٔ اثبات مالکیت سابق در ماده ۳۷ نبود (شهیدی، ۱۳۹۰، ص. ۷۱؛ نصرتی، ۱۳۹۷، ص. ۳۷۹؛ نهرینی، ۱۳۹۱، ص. ۷۶؛ ولویون، ۱۳۸۷، ص. ۱۶۱). حتی برخی حقوق‌دانان با نقد ماده ۳۷ قانون مدنی اقرار را هم برای انقلاب دعوا ناتوان دانسته‌اند (امامی، ۱۳۴۷، ج. ۱، ص. ۶۳) که شرح این نظر در مبحث مربوط به نقد ماده ۳۷ خواهد آمد. با مطالعه آرای حقوق‌دانان به نظر می‌رسد عمده ادله ایشان برای تقدم مالکیت سابقی که به‌ویژه با سند رسمی اثبات می‌شود، حفظ نظم اقتصادی و رعایت انصاف و عدالت است. همان‌طور که در ادامه خواهد آمد، رعایت جانب انصاف تداخلی با قواعد حقوقی و تقدم اماره بر استصحاب ندارد. راهکار رفع این اصطکاک، توسعه عقود تشریفاتی است.

۳. حکم تعارض در رویهٔ قضایی

رویه قضایی از تشتت موجود در آرای حقوق‌دانان ایمن نمانده و قریب به اتفاق مواردی که موضوع نزاع، مال غیرمنقول است؛ مالکیت سابق مستند به سند رسمی را مقدم می‌دانند (دادنامه‌های شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۳۹۶ صادره از شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران و ۹۳۰۹۹۷۰۲۷۰۲۰۰۴۳۶ صادره از شعبه ۵۷ دادگاه تجدیدنظر تهران[۱]). این در حالی است که در اغلب آرای قضایی اصل، صحت فعل مسلم بوده و تصرف متصرف صحیح قلمداد می‌شود (دادنامه‌های شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۶۹۷۰۰۴۳۵ صادره از شعبه ۶۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران) و به همین ترتیب تصرف به‌عنوان مالکیت را برای اثبات مالکیت در بعضی اموال از قبیل اسناد تجاری کافی دانسته‌اند.[۲] با مرور آرای قضایی مذکور می‌توان به این نتیجه رسید که

۱. لازم به ذکر است تمامی آرای مربوط به محاکم تجدیدنظر استان تهران برگرفته از سامانه ملی آرا قضایی به نشانی زیر است:
https://ara.jri.ac.ir/Judge/Index

۲. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۲۱۳۰۶۰۱۴۵۰ صادره از شعبه ۶۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

قضات در مورد اموال غیرمنقول با سند رسمی، مالکیت سابق را مقدم می‌دانند و در اموال منقول تصرف را ترجیح می‌دهند.

تقدم مالکیت سابق در مال غیرمنقول مستند به سند رسمی به‌وضوح در دادنامه شمارهٔ ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۱۱۷۱ صادره از شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر دیده می‌شود که مرقوم داشته: «صرف صورت‌جلسه احراز تصرف، دلیل بر مالکیت اموال غیرمنقول دارای سابقه ثبتی محسوب نمی‌شود. بنابراین در این حالت خواهان ذی نفع در طرح دعوا محسوب نمی گردد». در مقابل آنچه گفته شد، در یکی از آرا معروف دیوان عالی کشور که البته مربوط به سال‌های آغازین اجرای قانون ثبت اسناد و املاک می‌باشد، در تأیید تقدم تصرف لاحق آمده است: «ثبوت مالکیت سابق در مقابل تصرف فعلی تأثیری ندارد و مناط بی‌حقی متصرف نیست؛ مگر آنکه مطابق با ماده ۳۶ قانون مدنی معلوم شود که تصرف فعلی ناشی از سبب مملک و ناقل قانونی نبوده است»[۱] (به نقل از خطیبی قمی، ۱۳۹۳، ص. ۱۲۰). البته همان‌طور که گفته شد در سال‌های اخیر، اغلب آرای قضایی دلالت بر این دارند که «اماره تصرف در صورت تعارض با سند رسمی مالکیت، دلیل مالکیت نیست». گزاره اخیر پیام دادنامه ۵-۱۳۹۰/۶/۲۲ بوده که از هیئت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور در مقام فرجام‌خواهی صادر شده است (اداره کل وحدت رویه و نشر مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۹۳، ص. ۷). لازم به ذکر است علی‌رغم اطلاق گزاره مذکور، مدلول رأی، سند رسمی اموال غیرمنقول بوده و در مشروح مذاکرات نیز تصریحی بر تعمیم این حکم به اموال منقول دیده نمی‌شود.

در برابر آرای مربوط به اموال غیرمنقول در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۶۹۵۰۰۰۳۲ صادره از شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر آمده است: «چون تصرف به‌عنوان مالکیت دلیل مالکیت است، اصولاً اموالی (خودرو) که در تصرف غیر محکومٌ علیه است متعلق به متصرف است و نمی توان توقیف کرد» که آشکارا تصرف در مال منقول را بر مالکیت سابق مبتنی بر سند رسمی مقدم می‌داند. در دعوایی دیگر، دائن اموال منقول مدیون از جمله سه تخته فرش را که دارای سند رسمی بیع بودند، توقیف می‌کند؛ اما مادر مدیون با استناد به تصرفات خود مدعی مالکیت دو تخته از فرش‌ها می‌شود. هیئت تجدیدنظر توقیف هر سه تخته فرش به‌نفع دائن را صحیح دانست؛ اما شورای عالی ثبت در رأی شماره ۲۲ شورای عالی ثبت مورخ ۱۳۴۵/۷/۳ مقرر داشت: «رأی هیئت تجدیدنظر مخدوش است و مورد محتاج به اظهار نظر قضایی است». حقوق‌دانان این رأی را چنین تفسیر کرده‌اند که سند رسمی بیع که مقدم بر توقیف بوده است، تنها دلالت بر انتقال قالی‌ها دارد و بر استمرار مالکیت منقل‌الیه دلالت نمی‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ج. ۱، ص. ۳۴۸).

نکته جالب توجه آنکه برخی قضات، هم‌نظر با بعضی حقوق‌دانان تقدم مالکیت سابق را منحصر به اموال غیرمنقولی که دارای سند رسمی هستند، منحصر ندانسته و این حکم را درمورد هر مالی که مالکیت سابق آن به هر طریقی اثبات شود، تسری داده‌اند. برای مثال در یکی از احکام آمده است: «سبق تصرفِ مثبتِ قاعده ید نمی‌تواند در برابر بینه (مطلقاً) تقابل کند».[۲] به هررو صرف نظر از مورد اخیر، در آرای قضایی نیز اهمیت سند

۱. دادنامه‌های شماره ۴۰۳۵ مورخ ۱۳۱۹/۱۱/۳۰ از شعبه سوم و ۵۹۹ مورخ ۱۳۱۷/۳/۱۸ از شعبه نخست دیوان عالی کشور.

۲. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۱۰۰۳۰۹ صادره از شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور.

رسمی در اموال غیرمنقول به چشم می‌خورد. باید دید چرا سند رسمی مالکیت در اموال غیرمنقول توان غلبه بر اماره ید را دارد؛ ولی در اموال منقول یا مواردی که مالکیت سابق با سایر ادله (جز اقرار) به اثبات می‌رسد این غلبه وجود ندارد؟

۴. دیدگاه برگزیده

با توجه به آنچه گفته شد به نظر می‌رسد اصل بر آن است که اماره تصرف بر مالکیت سابق مقدم باشد. تنها استثنای این اصل عقودی است که انتقال مالکیت در آن‌ها مستلزم رعایت تشریفات قانونی است. مهم‌ترین شاهد برای اثبات این ادعا پذیرش تقدم وقفیت سابق بر تصرف لاحق بوده که مورد پذیرش قریب به اتفاق فقیهان و حقوق‌دانان قرار گرفته است (طباطبایی یزدی، ۱۳۴۲ق، ج. ۲، ص. ۲۷۰؛ محقق داماد، ۱۳۸۸، ج. ۱، ص. ۴۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج. ۱، ص. ۲۹۷). مسئله مهم رعایت تشریفات را می‌توان ارتکازاً در آرای حقوق‌دانانی دید که مایل به تقدم مالکیت سابق شده‌اند. همان‌طور که گفته شد ایشان به اهمیت مال یا قیمت آن‌ها اشاره کرده و به نوعی قائل به تنظیم سند برای انتقال اشیا با اهمیت شده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص. ۲۰۰). با دقت در این آرا می‌توان گفت مخالفان تقدم تصرف لاحق قائل به تقدم مالکیت سابق در اموالی هستند که برای انتقال آن‌ها تشریفات خاصی لازم است؛ هرچند حقوق‌دانان مذکور هیچ‌گاه به‌صراحت قائل به چنین تفکیکی نشده‌اند. با این تفسیر اقرار در ماده ۳۷ قانون مدنی، موضوعیت دارد؛ اما باید دید اساساً اقرار چه تفاوتی با سایر ادله داشته و آیا ماده ۳۷ مطلقاً هر صورتی از اقرار را موجب انقلاب دعوا می‌داند؟

فواید عملی بحث

مهم‌ترین فایده پذیرش نظر تقدم تصرف کنونی بر مالکیت سابق، توسعه عقود تشریفاتی است. در این بخش سعی خواهد شد تا در دو مبحث فواید پذیرش دیدگاه برگزیده بررسی و تحلیل گردد.

۱. لزوم توسعهٔ عقود تشریفاتی

همان‌طور که گفته شد دلیل تقدم وقفیت سابق بر تصرف کنونی، لزوم رعایت تشریفات جهت انتقال مال موقوفه به دیگری است. در واقع با شرط لزوم رعایت تشریفات، محملی برای اعمال اصل صحت فعل مسلم باقی نمانده و نمی‌توان ید را دلیل بر رعایت تشریفات مذکور دانست. برای تبیین بهتر این موضوع و لحاظ استثنائات وارده باید انواع تشریفات در انعقاد عقود و ضمانت اجرای تخلف از آن‌ها را مورد بررسی قرار داد.

۱ـ۱. انواع تشریفات با توجه به ضمانت اجرای آن

برخی محققان تشریفات را به تشریفات در وقوع و اثبات تقسیم کرده‌اند (اسمعیلی و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۶۳). بعضی دیگر تشریفات جهت قابلیت استناد را بر این دو افزوده‌اند (گلین‌مقدم، ۱۳۸۹، ص. ۱۱۲). در یکی از کامل‌ترین تقسیم‌بندی‌ها علاوه بر سه مورد گفته‌شده، به تشریفات جهت نفوذ، لزوم، تشریفات با ضمانت اجرای توصیف مجدد ماهیت و ضمانت اجرای مسئولیت مدنی و کیفری اشاره شده است (قاسمی، ۱۳۸۸، ص. ۲۵۱). برای روشن‌تر شدنِ موضوع، توضیح هر یک از انواع تشریفات مختصراً خواهد آمد:

الف) تشریفات در وقوع. برای تحقق بعضی از عقود، رعایت برخی تشریفات ضروری است. برای این دسته می‌توان به لزوم استفاده از لفظ در نکاح، بندهای ۱ و ۳ ماده ۱۳۶ قانون اجرای احکام مدنی دربارهٔ کیفیت مزایده اموال،[1] عقود عینی که قبض در آن‌ها شرط صحت است (از قبیل هبه و رهن)، معاملات راجع به عین کشتی و اقاله آن‌ها (ماده ۲۴ قانون دریایی ایران) و یا شرط کتبی بودنِ قرارداد بیمه (مواد ۲ و ۳ قانون بیمه)[2] اشاره کرد. اغلب حقوق‌دانان ضمانت اجرای عدم رعایت این نوعِ از تشریفات را بطلان عمل حقوقی صورت گرفته می‌دانند (امامی، ۱۳۴۷، ج. ۱، ص. ۱۷۴؛ امیری قائم مقامی، ۱۳۵۶، ج. ۲، ص. ۶۶؛ کاتوزیان، ۱۳۷۲، ج. ۱، ص. ۸۸). نمونه بارز این ضمانت اجرا در ماده ۲۷۰ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت آمده که مورد توجه رویه قضایی برای ابطال عمل در صورت عدم رعایت تشریفات، قرار گرفته است (بازگیر، ۱۳۸۶، ص. ۱۴۲). با وجود این به نظر می‌رسد در کنار این ضمانت اجرا باید ضمانت اجرای عدم پیدایش عقد را نیز در نظر گرفت. از مهم‌ترین آثار این تفکیک می‌توان به، به‌کارگیری اصل عدم و اصل صحت و در نتیجه بار اثبات دعوا و همین‌طور کیفیت اعمال خیاراتی همچون تبعض صفقه اشاره کرد (خوبیاری، رضی، ۱۴۰۰، ص. ۸۳؛ کریم‌پور آل‌هاشم و همکاران، ۱۳۹۸، ص. ۱۳۴).

تشریفاتی که عدم رعایت آن‌ها ماهیت عمل حقوقی انجام شده را تغییر می‌دهد نیز می‌توان ذیل تشریفات لازم جهت وقوع دانست. تشریفات لازم جهت صدور اسناد تجاری را می‌توان نمونه بارز این دسته دانست که عدم رعایت تشریفات، آن‌ها را به سند عادی مدنی تبدیل می‌کند (اسکینی، ۱۳۷۳، ص. ۱۷۲؛ ستوده تهرانی، ۱۳۷۴، ج. ۳، صص. ۹۳-۹۷). همین‌طور رسمی نبودن قرارداد پیش‌فروش ساختمان، سبب می‌شود تا این قرارداد از ذیل قانون پیش‌فروش ساختمان خارج و داخل در مقررات قانون مدنی به حساب آید (پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۷، ص. ۲۱۳). هرچند ممکن است این تبدیل با قاعده «تبعیت عقد از قصد» در تضاد به نظر برسد؛ اما این ایراد را می‌توان با استفاده از نظریه «اداره قرارداد» مرتفع نمود. مطابق با این نظر، عقد در شرایطی بسته می‌شود که با موازین مورد قبول قانون‌گذار تطابق ندارد؛ اما قانون‌گذار به هر دلیلی قصد اعلام بطلان عقد را ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج. ۱، ص. ۹۱). به بیان دیگر حاکمیت اراده طرفین در اینجا تعدیل شده و اراده قانون‌گذار در نقش مصحح عقد بروز می‌یابد (پیرعطایی، ۱۳۸۸، ص. ۱۹). از این نظریه در توجیه عدم بطلان بیع شرط و تبدیل آن به معامله با حق استرداد (ماده ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک) می‌توان استفاده کرد. مثال دیگر این نوع تشریفات، خروج قرارداد اجاره شفاهی از قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ و تبعیت آن از احکام قانون مدنی است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص. ۴۷).

ب) تشریفات در اثبات. همان‌طور که گفته شد اغلب محققان تشریفات در اثبات را در عرض سایر تشریفات آورده‌اند؛ اما به نظر می‌رسد چنانچه تشریفات برای قانون‌گذار موضوعیت داشته و شیوه منحصر اثبات عمل

---

۱. مطابق با بند ۱ «هرگاه فروش در غیر روز و ساعت معین یا در غیر محلی که به‌موجب آگهی تعیین گردیده به عمل آید» و طبق بند ۳ «درصورتی‌که مزایده بدون حضور نماینده دادسرا باشد» فروش از درجه اعتبار ساقط بوده و مزایده تجدید می‌شود.

۲. ماده ۲ قانون بیمه مقرر داشته: «عقد بیمه و شرایط آن باید به‌موجب سند کتبی باشد و سند مزبور موسوم به بیمه‌نامه خواهد بود» و در ماده ۳ نیز شرایط تحریر بیمه نامه مقرر شده است.

حقوقی باشد، باید آن را شکل دیگری از تشریفات مربوط به وقوع یا صحت عمل حقوقی دانست. مثال بارز این نوع از تشریفات، چگونگی اثبات وصیت با توجه به مواد ۲۷۶ تا ۲۸۹ و ماده ۲۹۱ قانون امور حسبی است. مطابق با این مواد وصیت‌نامه باید به اشکال خاصی تنظیم شود؛ وگرنه جز با اقرار ذی‌نفع در ترکه وصیت قابل پذیرش در مراجع رسمی نیست. حال چنانچه اشکال تنظیم وصیت و اقرار مذکور در ماده ۲۹۱ را واجد موضوعیت برای قانون‌گذار بدانیم، باید به عدم امکان اثبات وصیت به طرق دیگر رأی دهیم. به این ترتیب وصیتی که با شیوه‌های منحصر اثبات مطابقت نداشته باشد، کان‌لم‌یکن خواهد بود. این نتیجه منطقی مورد پذیرش بسیاری از محققان در این زمینه قرار گرفته است[1] (ارشدی، ۱۳۸۷، ص. ۲۵۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص. ۱۲۴).

چالش دیگر در حقوق ایران، تشریفات مربوط به انتقال املاکِ ثبت شده است (ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک). پرسش آن است که تنظیم سند رسمی تشریفات مربوط به وقوع بوده یا اثبات و اگر مربوط به اثبات است، دلیل منحصر قلمداد می‌شود یا خیر؟ هرچند بحث مذکور سابقه بسیاری در ادبیات حقوقی ایران دارد؛ اما با صدور رأی وحدت رویه شماره ۵۰۰ مورخ ۱۳۹۲/۸/۲۷ و تصویب قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور در سال ۱۳۹۵، تنظیم سند رسمی تنها یکی و البته مهم‌ترین شیوه اثبات انتقال ملک، به حساب آمده است. در حقیقت صدر ماده ۶۲ قانون اخیرالذکر و ماده ۲۲ قانون ثبت، فرضِ قانونی‌ای را مطرح کرده‌اند که احراز خلاف آن با ادله شرعی در دادگاه‌ها امکان‌پذیر است.

پ) تشریفات در نفوذ، لزوم و استناد. وجه مشترک سه نوع تشریفات گفته شده با یکدیگر و البته با تشریفاتی که ضمانت اجرای تخلف از آن‌ها، مسئولیت‌مدنی و کیفری بوده آن است که در وقوع عمل حقوقی بدون رعایت این تشریفات تردیدی نیست. در واقع در وقوع نکاح دختر باکره بدون اذن پدر، وقوع وصیت با قبول موصی‌له پس از فوت موصی بدون قبض موصی‌به، انتقال سهام با نام در شرکت‌های سهامی بدون رعایت تشریفات مقرر در ماده ۴۰ و تحقق نکاح بدون ثبت آن در دفاتر ازدواج تردیدی نبوده و ضمانت اجرای این اعمال حقوقی به‌ترتیب عدم نفوذ، جواز رجوع، عدم قابلیت استناد و مسئولیت کیفری است (ماده ۶۴۵ تعزیرات قانون مجازات اسلامی).

۱ـ۲. تشریفات لازم برای تقدم مالکیت سابق

از میان تشریفات گفته شده آنچه سبب تقدم مالکیت بر اماره ید می‌شود، تشریفات در وقوع عمل حقوقی است. به این ترتیب چنانچه عقدی مطابق با قانون برای تحقق نیاز به طی تشریفات خاصی داشته باشد که داخل در مفهوم تصرف نباشد، ذوالید نمی‌تواند به تصرف خود استناد نماید و باید مراتب رعایت تشریفات را اثبات کند. قید «تشریفات داخل در مفهوم تصرف» به آن دلیل آمده است که عقودی از جمله عقود عینی را از شمول استثنا خارج کند. توضیح آنکه اگر تشریفات لازم در وقوع عقدی مانند هبه، قبض و اقباض طرفین باشد، تسلط ذوالید بر مال در واقع به نوعی دلیل بر قبض و اقباض نیز قلمداد می‌شود؛ زیرا فرض مالکیت ذوالید با اقباض آن ملازمه دارد.

---

۱. هرچند شورای نگهبان در نظریه شماره ۲۶۳۹ مورخ ۶۷/۸/۴ ماده ۲۹۱ را خلاف موازین شرعی دانسته است؛ اما این نظر به تحلیل گفته شده به‌عنوان توجیه این¬همانی تشریفات منحصر برای اثبات و تشریفات وقوع خدشه¬ای وارد نمی¬کند.

آنچه گفته شد، دربارهٔ تشریفاتی که عدم رعایت آن‌ها موجب تغییر وصف عمل حقوقی می‌شود، هم جاری است. برای مثال، چنانچه شخصی قرارداد اجاره را کتباً منعقد نکند، مشمول قانون روابط موجر و مستأجر نبوده و مقررات قانون مدنی بر رابطه طرفین حاکم خواهد بود. در این صورت مستأجر برای اثبات مالکیت خود می‌تواند به تصرفات خود استناد کند و هرچند قرارداد مکتوبی بین آن‌ها نباشد؛ اما با توجه به رضایی بودنِ اجاره در قانون مدنی و حجیت ید، تصرف مستأجر به‌عنوان مالکیت منافع، دلیل بر این امر محسوب می‌شود. حکم تقدم مالکیت سابق دربارهٔ عقود تشریفاتی بر تصرف دربارهٔ تشریفات حاکم بر اثبات نیز جریان دارد. البته همان‌طور که پیش از این آمد، تقدم مالکیت سابق با استناد به سند رسمی در اموال غیرمنقول، به‌دلیل تشریفاتی بودن وقوع ِانتقال این اموال یا تشریفات در اثبات نبوده و به نوعی باید این تقدم را ناشی از فرض قانون‌گذار بر استمرار آثار سند رسمی پیش از احراز عدم اعتبار آن دانست.

پذیرش این رویکرد سبب می‌شود تا نظم اقتصادی مد نظر حقوق‌دانان تأمین شده و مهم‌تر آنکه قواعد مستحکم فقهی و حقوقی از انتقادات بی‌مورد مصون می‌ماند. علاوه بر این بسیاری از پرونده‌های جاری در دادگستری مربوط به احراز و اثبات اعمال حقوقی و همین‌طور اعلام بطلان قراردادهایی است که موضوع آن به‌طور رضایی سابقاً منتقل شده است؛ پذیرش این نظر تأثیر بسزایی در کاهش حجم این دست از پرونده‌ها خواهد داشت. ایرادات شورای نگهبان دربارهٔ شرعی نبودنِ عدم پذیرش شهادت شهود در ادله اثبات دعوا نیز مشمول این بحث نخواهد بود؛ زیرا منظور نگارندگان محدود کردن شیوه‌های اثبات عمل حقوقی نبوده؛ بلکه منظور تنقیح تشریفات مربوط به وقوع عقود، حداقل در موارد مهمی از قبیل خودرو، املاک، فلزات قیمتی، مواد معدنی و دستگاه‌های صنعتی گران‌قیمت است. پذیرش تشریفات در وقوع توسط شورای نگهبان پیش از این در قوانینی از جمله قانون روابط موجر و مستأجر، قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی و قوانین مربوط به بانکداری اسلامی سابقه داشته است.

۲. لزوم تقیید مادهٔ ۳۷ قانون مدنی

چنانچه اقرار را فاقد ویژگی خاص دانسته و حکم ماده به سایر طرق اثبات تسری داده شود، مالکیت سابق را باید صرف‌نظر از چگونگی اثبات، بر تصرف لاحق مقدم دانست. از سوی دیگر اگر اقرار دارای موضوعیت پنداشته شود، باید دید اقرار چه امتیازی از سایر ادله اثبات دارد.

۲ـ۱. موضوعیت یا طریقیت اقرار

همان‌طور که گفته شد برخی حقوق‌دانان معتقدند، هرچند قانون‌گذار در ماده ۳۷ صرفاً اقرار را در جهت دلیل اثبات نام برده؛ لکن اقرار در این زمینه هیچ خصوصیتی جز اثبات مالکیت نداشته و از جهت قدرت اثباتی با سایر ادله برابر است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج. ۱، صص. ۱۲۰-۱۲۱؛ لنگرودی، ۱۳۸۸، ص. ۱۶۱). از نظر ایشان، اقرار خصوصیتی جز اثبات مالکیت مدعی نداشته و سبق مالکیت مدعی با هر یک از ادله که اثبات شود ارجح خواهد بود و به این ترتیب اقرار در ماده ۳۷ از موارد تمثیلی محسوب می‌شود. در مقابل آنچه گفته شد به نظر می‌رسد مفاد ماده ۳۶ یک حکم مطلق بوده و ماده ۳۷ استثنائی بر آن است. از نظر برخی حقوق‌دانان حکم

ماده ۳۷ مبتنی بر نظریه فقیهان است که برای اقرار در ماده مذکور خصوصیت قائل بوده و احکام ذکر شده را مربوط به ماهیت اقرار می‌دانند (شهیدی، ۱۳۹۰، ص. ۷۱).

مواد ۳۵، ۳۶ و ۳۷ متخذ از فقه شیعه بوده و اغلب فقیهان تنها زمانی اماره تصرف را بی‌اعتبار می‌دانند که ذوالید اقرار به مالکیت پیشین مدعی کند (نائینی، ۱۳۷۶، ج. ۴، ص. ۲۲۸). نحوه تدوین ماده ۳۷ نشان از پیروی قانون‌گذار از نظر مشهور فقیهان و استثنا دانستنِ حکم راجع به اقرار دارد (درودیان، ۱۳۵۵، ص. ۱۹۵). چرایی انقلاب دعوا در صورت اقرار متصرف از نگاه فقیهان آن است که با اقرار متصرف به مالکیت پیشین مدعی، ذوالید به‌صورت ضمنی مدعی انتقال مال مزبور به خود خواهد بود و در این فرض باید ادعای خود را اثبات کند (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج. ۳، ص. ۳۵۰). پذیرش این استدلال مشکل است؛ زیرا طبیعتاً اغلب اموال، مالک سابق دارند و ادعای وجود ناقل قانونی از سوی متصرف تلویحاً در تمام مواردی که مالکیت سابق اثبات می‌شود، وجود دارد. به علاوه اماره بر مسبب، اماره بر سبب نیز محسوب می‌شود و همان‌گونه که ید دلالت بر ملکیت متصرف دارد؛ حجت وجود سبب شرعیِ ناقل هم قلمداد می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج. ۱، ص. ۳۱۹). بنابراین دلیلی وجود ندارد که با اقرار، دلالت تصرف بر وجود ناقل قانون از بین برود. به همین دلیل برخی حقوق‌دانان نص ماده ۳۷ را خلاف منطق حقوقی دانسته و حذف این استثنا را به مصلحت نزدیک‌تر می‌دانند (امامی، ۱۳۴۷، ج. ۱، ص. ۵۴؛ ولویون، ۱۳۸۷، ص. ۱۵۷). برخی محققان برای اثبات این ادعا به مالکیت متصرفِ سهام بی‌نام اشاره کرده و معتقدند مطابق با ماده ۳۹ لایحه اصلاحی قانون تجارت، متصرف چنین سهامی مالک قلمداد شده و دلیلی ندارد با اقرار وی به مالک بودن دیگری در گذشته، سهام را متعلق به مالک سابق بدانیم (خطیبی قمی، ۱۳۹۳، ص. ۱۲۲). با توجه به آنچه گفته شد، برای قرابت بیشتر ماده ۳۷ با منطق حقوق، باید با استفاده از راهکارهای حقوقی تا آنجا که می‌توان وسعت این حکم استثنائی را محدود ساخت.

۲ـ۲. قیدهای وارد بر مادهٔ ۳۷

قانون‌گذار به‌صورت مطلق در ماده ۳۷ مقرر داشته که اگر ذوالید به مالکیت سابق مدعی اقرار کند، اماره او زایل خواهد شد. برای تقیید این اطلاق باید اقرار را به دو شکل منقسم دانست. اقرار ممکن است ساده و بدون طرح ادعا باشد، مانند آنکه متصرف بگوید «ملک سابقاً به مدعی تعلق داشته» یا آنکه با طرح ادعای ناقل قانونی همراه است؛ مانند آنکه متصرف بگوید «این ملک سابقاً به مدعی تعلق داشته و با عقد بیع به من منتقل شده است». در این صورت متصرف ضمن اقرار به مالکیت سابق مدعی، ادعای انتقال مال به یکی از طرق معین قانونی را ضمیمه کرده است. به نظر می‌رسد تنها در صورت اخیر دعوا منقلب شده و ذوالید در مقام مدعی قرار خواهد گرفت. در پاسخ ممکن است ایراد شود، اقرار ساده به مالکیت مدعی تلویحاً ادعای وجود ناقل قانونی بوده و از این منظر تفاوتی بین ادعای صریح یا ضمنی وجود ندارد. برای رفع این ایراد باید دید مدعی چه کسی است؟ برای تشخیص مدعی معیارهای بسیاری ذکر شده است که در مشهورترین آن‌ها مدعی کسی است که اگر ادعای خود را ترک کند، دعوا نیز ترک می‌شود یا کسی است که حرفش خلاف اصل است (سبحانی، ۱۳۹۶، ص. ۶۵). مطابق با نظر اول که در بین حقوق‌دانان طرفدارانی دارد (جعفری لنگرودی،

۱۳۸۱، ج. ۲، ص. ۱۰۶۳)، در هیچ صورتی انقلاب دعوا اتفاق نمی‌افتد؛ زیرا در هر صورت مدعی مالکیت اگر ادعا را ترک کند، دعوا از بین رفته و مال در ید متصرف باقی می‌ماند.

مطابق با نظر دوم که تلویحاً مورد تأیید برخی حقوق‌دانان است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج. ۱، ص. ۶۶)، تنها در صورتی جایگاه مدعی تغییر می‌کند که اقرار متصرف همراه با ادعای وجود ناقل معین قانونی باشد. توضیح آنکه اگر اقرار متصرف با ادعای ناقل معین قانونی همراه نباشد، ادعای وی با توجه به اصل صحت فعل مسلم و همین‌طور حجیت تصرف بر وجود سبب قانونی، همچنان مطابق با اصل محسوب می‌شود؛ حال‌آنکه اگر وجودِ ناقل قانونی معین را ادعا کند، این ادعا مغایر با اصل عدم بوده و نیاز به اثبات دارد. به این ترتیب می‌توان گفت که تقیید اطلاق اقرار ماده ۳۷ قانون مدنی همراهی با ادعا، در تحکیم اماره ید و انطباق آن با منطق حقوق کمک خواهد کرد. علاوه بر این به عقیده برخی فقیهان هرگاه که اقرار توام با طرح ادعا باشد ممکن است با امارات و قرائنی همراه شود که در این صورت، قرائن می‌توانند موجبات علم قاضی را فراهم آورده و بر صراحت قانونی ارجح شوند. برای مثال می‌توان گفت سکوت طولانی‌مدت مدعیِ آگاه و عدم اعتراض او یا طول مدت ید متصرف، اماره‌ای در جهت تقویت تصرف لاحق، حتی با وجود اقرار توام با ادعای متصرف است (علیدوست، ۱۳۹۶، جلسه ۶۰).

نتیجه‌گیری

تصرف در بسیاری از سیستم‌های حقوقی به‌عنوان دلیل اثبات مالکیت یا حتی سبب ایجاد مالکیت پذیرفته شده است. در قانون مدنی نیز به‌تبع فقه امامیه، تصرف به‌عنوان مالکیت، دلیل مالکیت محسوب می‌شود. یکی از مهم‌ترین شئون قاعده ید، تعارض آن با مالکیت سابق است و مرور نظرات حقوق‌دانان و رویه قضایی نشان می‌دهد تشتت آراء جدی‌ای در این زمینه وجود دارد. نگارندگان با مطالعه منابع حقوقی به نتایج زیر دست یافتند:

۱. تصرف در قانون مدنی اماره‌ای است که قانون‌گذار به آن اعتبار دلیل اعطا کرده و به همین جهت اساساً بر مالکیت سابق که به‌وسیله استصحاب ثابت می‌شود، تقدم دارد. ماده ۹۲ قانون ثبت اسناد و املاک نیز حقوق متصرفِ مدعیِ مالکیتِ مال منقول را بر مدلول سند رسمی ارجح می‌داند[۱] و با توجه به روح حاکم بر قانون مزبور که انتقال اموال غیرمنقول را تشریفاتی دانسته، می‌توان نتیجه گرفت در صورت عدم تصریح قانون‌گذار به تشریفاتی بودنِ سبب مملک یا ناقل قانونی، تصرف کنونی حتی بر مالکیت سابقِ مستند به سند رسمی ارجحیت دارد.

۲. برای برقراری نظم اقتصادی و تقدم مالکیت سابق، باید اسباب مملک و ناقل‌های قانونی را به‌سمت تشریفاتی شدن سوق داد. به این ترتیب جز با رعایت تشریفات خاص، مالکیت انتقال پیدا نمی‌کند و متصرف نمی‌تواند به تصرف خود برای اثبات مالکیت استناد نماید. البته آنچه گفته شد محدود به تشریفات در وقوع و اثبات بوده و همین‌طور مربوط به تشریفاتی است که همچون قبض و اقباض داخل در مفهوم تصرف نباشد.

---

۱. ماده مذکور مقرر می‌دارد: «مدلول کلیه اسناد رسمی راجع به دیوان و سایر اموال منقول بدون احتیاج حکمی از محاکم عدلیه لازم‌الاجرا است مگر در مورد تسلیم‌عین منقولی که شخص ثالثی متصرف و مدعی مالکیت آن باشد».

این مسئله مورد توجه مجمع تشخیص مصلحت نظام قرار گرفته و در ماده ۱ «طرح الزام به ثبت معاملات غیرمنقول»[۱] در تاریخ ۱۴۰۲/۰۹/۱۵ مصوب شده است؛ هرچند طرح مزبور تا تاریخ نگارش این مقاله به‌عنوان قانون به تصویب نهایی نرسیده است. توسعه گستره عقود تشریفاتی می‌تواند در استحکام نظام اقتصادی و ساختار معاملات و در نتیجه کاستن از حجم پرونده‌های قضایی مؤثر باشد.

۳. اقرار مذکور در ماده ۳۷ مقید به اقرار توام با ادعای وجود سبب معین قانونی است و بدون این ادعا، دعوا منقلب نخواهد شد. در واقع بدون طرح این ادعا، اقرار تنها مثبت مالکیت سابق بوده و نمی‌تواند متصرف را در مقام مدعی قرار دهد؛ زیرا همچنان قول وی با اصل صحت فعل مسلم و حجیت ید بر وجود ناقل قانونی به‌تبع حجیت آن بر صحت تصرف، منطبق است.

توجه به نتایج گفته شده می‌تواند زمینه‌ساز تغییر و اصلاح ماده ۳۷ و رفع تعارض بین آراء حقوق‌دانان و رویه قضایی در مورد اختلاف مالکیت سابق و تصرف لاحق باشد. در صورت اصلاح، قوت نظرات فقیهان دربارهٔ تقدم تصرف لاحق آشکار شده و نظم اقتصادی مطلوب حقوق‌دانان و قضات تأمین خواهد شد.

۱. مطابق با قسمت اخیر این ماده: «یک سال پس از راه اندازی سامانه ثبت ادعاهای مربوط به اموال غیرمنقول توسط سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، کلیه اعمال حقوقی راجع به این اموال باید به ثبت رسمی برسد والا دعاوی مربوط به آن‌ها در مراجع قضایی مسموع نیست و فاقد اعتبار است».

منابع

ابهری، حمید، و اکبری، مریم. (۱۳۹۰). آیین دادرسی مربوط به دعوای تصرف عدوانی. حقوق خصوصی، ۸(۲).

اداره کل وحدت رویه و نشر مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی کشور. (۱۳۹۳). اماره تصرف و تعارض با سند رسمی مالکیت؛ فرجام‌خواهی از رأی اصراری شعبه ۲۶ دادگاه عمومی مشهد. تهران: دیوان عالی کشور.

ارشدی، علی‌یار. (۱۳۸۷). وصیت در حقوق ایران و مذاهب اسلامی (چاپ دوم). تهران: سازمان چاپ و انتشارات.

اسکینی، ربیعا. (۱۳۷۳). اسناد تجاری. تهران: سمت.

اسمعیلی، حمیدرضا، ابهری، حمید، دنکوب، ابوالفضل، و آقایی بجستانی، مریم. (۱۳۹۹). محدودیت‌های آزادی قراردادی از حیث نحوه تشکیل قراردادها. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۲(۲۲).

امامی، حسن. (۱۳۴۷). حقوق مدنی (چاپ سوم). تهران: مکتبة الاسلامیه.

امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید. (۱۳۵۶). حقوق تعهدات (چاپ اول). تهران: امیرکبیر.

انصاری، مرتضی. (۱۴۱۹ق). فرائد الاصول. قم: مجمع الفکر الإسلامي.

بازگیر، یدالله. (۱۳۸۶). موازین حقوق تجارت در آراء دیوان عالی کشور (چاپ دوم). تهران: بازگیر.

بجنوردی، حسن. (۱۳۷۷). القواعد الفقهیة. قم: هادی.

بحرالعلوم، سید محمد. (۱۴۰۳ق). بلغة الفقیه (چاپ چهارم). تهران: مکتبة الصادق (ع).

پژوهشگاه قوه قضاییه. (۱۳۹۷). تحلیل و آسیب‌شناسی قانون پیش‌فروش ساختمان (چاپ دوم). تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

پیرعطایی، علی. (۱۳۸۸). نظریه اداره قرارداد. تهران: ققنوس.

پیوار، رحیم. (۱۳۹۳). فلسفه حق مالکیت (چاپ سوم). تهران: شرکت سهامی انتشار.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۲). دانشنامه حقوقی. تهران: گنج دانش.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۱). دائرةالمعارف علوم اسلامی، قضایی (چاپ سوم). تهران: گنج دانش.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۸الف). حقوق اموال (چاپ ششم). تهران: گنج دانش.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۸ب). دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت. تهران: گنج دانش.

خطیبی قمی، کمال. (۱۳۹۳). تعارض ادله مالکیت. تهران: مجد.

خوبیاری، حامد، و رضی، پوریا. (۱۴۰۰). بازخوانی ماهیت عقد و تحلیل جایگاه عقد باطل در فقه امامیه و حقوق ایران. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۳(۲۴).

درودیان، حسنعلی. (۱۳۵۵). اماره تصرف. مؤسسه حقوق تطبیقی، (۱).

سبحانی، جعفر. (۱۳۹۶). خارج فقه آیت‌الله سبحانی. اصفهان: مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه.

ستوده تهرانی، حسن. (۱۳۷۴). حقوق تجارت. تهران: دادگستر.

الشریف، محمد مهدی. (۱۳۹۲). منطق حقوق (چاپ دوم). تهران: سهامی انتشار.

شمس، عبدالله. (۱۳۸۷). آیین دادرسی مدنی (چاپ نوزدهم). تهران: دراک.

شهیدی، مهدی. (۱۳۹۰). سقوط تعهدات (چاپ ششم). تهران: مجد.

صالحی، اسمعیل. (۱۳۹۷). مقایسه دعوای تصرف در حقوق ایران و فرانسه با نگرش بر رویه قضایی. تهران: مجد.

طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم. (۱۳۴۲ق). عروة الوثقی. نجف: حیدریه.

علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۹۶). درس خارج فقه، جلسه ۶۰. قابل دسترسی در: http://a-alidoost.ir/persian/lessons/27260/
عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۳۹۰). قواعد فقه: بخش حقوق خصوصی (چاپ سوم). تهران: سمت.
غمامی، مجید، و اشراقی آرانی، مجتبی. (۱۳۸۹). تفکیک امر حکمی از امر موضوعی در دادرسی مدنی: تبیین نظریه عمومی. مطالعات حقوق خصوصی، ۴۰(۲).
قاسمی، محسن. (۱۳۸۸). شکل‌گرایی در حقوق مدنی. تهران: میزان.
کانت، ایمانوئل. (۱۳۸۰). مابعدالطبیعه اخلاق: مبانی مابعدالطبیعی تعلیم حق (م. صانعی دره‌بیدی، مترجم؛ چاپ اول). تهران: نقش و نگار.
کاتوزیان، امیرناصر. (۱۳۷۲). قواعد عمومی قراردادها (چاپ دوم). تهران: میزان.
کاتوزیان، امیرناصر. (۱۳۸۰). نقد و نظر: نقدی تحلیلی بر قانون روابط مؤجر و مستأجر. وکالت، (۶).
کاتوزیان، امیرناصر. (۱۳۸۶). اموال و مالکیت (چاپ بیستم). تهران: میزان.
کاتوزیان، امیرناصر. (۱۳۸۷). اثبات و دلیل اثبات (چاپ پنجم). تهران: میزان.
کاتوزیان، امیرناصر. (۱۳۸۸). درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث (چاپ یازدهم). تهران: میزان.
کریم‌پور آل‌هاشم، سید محمدتقی، علوی، سید محمدتقی، مسعودی، ناصر، و مظهری، محمد. (۱۳۹۸). نظریه عدم پیدایش قرارداد در حقوق ایران و فرانسه. پژوهش حقوق خصوصی، ۷(۲۷).
گلین‌مقدم، عیسی. (۱۳۸۹). بررسی فقهی و حقوقی نقش تشریفات در اعمال حقوقی. پژوهشنامه حقوقی، ۱(۲).
معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه. (۱۳۸۹). سلسله پژوهش‌های فقهی و حقوقی: اعتبار سند و تعارض آن با ادله دیگر در حقوق ایران و فقه امامیه (محمدجواد ارسطا، محقق؛ چاپ دوم). تهران: جنگل.
محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۸). قواعد فقه: بخش مدنی (چاپ بیست‌وسوم). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۱ق). القواعد الفقهیة (چاپ سوم). قم: مدرسه امیرالمؤمنین (ع).
مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). دائرةالمعارف فقه مقارن. قم: مدرسه الامام علی بن ابی‌طالب (ع).
مهاجری، علی. (۱۳۹۷). دوره جدید مبسوط در آیین دادرسی مدنی. تهران: فکرسازان.
نائینی، میرزاحسین. (۱۳۷۶). فوائد الاصول. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
نراقی، ملا احمد. (بی‌تا). مستند الشیعة. قم: مؤسسة آل البیت علیهم‌السلام لإحیاء التراث.
نصرتی، محمد رسول. (۱۳۹۷). بررسی حقوقی تعارض تصرف کنونی و مالکیت سابق. قانون‌یار، ۲(۶).
نهرینی، فریدون. (۱۳۹۱). آیین اثبات و دادرسی (مجموعه مقالات حقوقی). تهران: گنج دانش.
ولویون، رضا. (۱۳۸۷). اماره تصرف. تهران: جاودانه.

References

Abharī, Ḥamīd, & Maryam Akbarī. (1390 SH [2011/2012 CE]). Āyīn-i dādrasī-yi marbūṭ bih daʿvā-yi taṣarruf-i ʿudvānī [Rules of procedure concerning actions of wrongful possession]. *Ḥuqūq-i Khuṣūṣī*, 8(2). (in Persian)

Idārah-ʾi Kull-i Vaḥdat-i Ravīyyah va Nashr-i Muzākarāt-i Hayʾat-i ʿUmūmī-yi Dīvān-i ʿĀlī-yi Kishvar. (1393 SH [2014/2015 CE]). *Amārah-ʾi taṣarruf va taʿāruḍ bā sanad-i rasmī-yi mālikiyyat; farjām-khvāhī az raʾy-i iṣrārī-yi Shuʿbah-ʾi 26 Dādgāh-i ʿUmūmī-yi Mashhad* [Presumption of possession and conflict with official deed of ownership]. Tehran: Dīvān-i ʿĀlī-yi Kishvar. (in Persian)

Arshadī, ʿAlī-Yār. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Vaṣiyyat dar ḥuqūq-i Īrān va madhāhib-i Islāmī* [Wills in Iranian law and Islamic schools of jurisprudence] (2nd ed.). Tehran: Sāzmān-i Chāp va Intishārāt. (in Persian)

Uskaynī, Rabīʿā. (1373 SH [1994/1995 CE]). *Asnād-i tijārī* [Commercial papers]. Tehran: SAMT. (in Persian)

Ismāʿīlī, Ḥamīd-Riḍā, Ḥamīd Abharī, Abū al-Faḍl Dankūb, & Maryam Āqāʾī Bajistānī. (1399 SH [2020/2021 CE]). Maḥdūdiyyat-hā-yi āzādī-yi qarārdādī az ḥayth-i naḥvah-ʾi tashkīl-i qarārdād-hā [Limitations on contractual freedom regarding the formation of contracts]. *Muṭālaʿāt-i Fiqh va Ḥuqūq-i Islāmī*, 12(22). (in Persian)

Imāmī, Ḥasan. (1347 SH [1968/1969 CE]). *Ḥuqūq-i madanī* [Civil law] (3rd ed.). Tehran: Maktabat al-Islāmiyyah. (in Persian)

Amīrī Qāʾim-Maqāmī, ʿAbd al-Majīd. (1356 SH [1977/1978 CE]). *Ḥuqūq-i taʿahhudāt* [Law of obligations] (1st ed.). Tehran: Amīr Kabīr. (in Persian)

Anṣārī, Murtaḍá. (1419 AH [1998/1999 CE]). *Farāʾid al-uṣūl*. Qom: Majmaʿ al-Fikr al-Islāmī. (in Arabic)

Bāzgīr, Yad Allāh. (1386 SH [2007/2008 CE]). *Mavāzīn-i ḥuqūq-i tijārat dar ārāʾ-i Dīvān-i ʿĀlī-yi Kishvar* [Commercial law standards in the rulings of the Supreme Court] (2nd ed.). Tehran: Bāzgīr. (in Persian)

Bujnūrdī, Ḥasan. (1377 SH [1998/1999 CE]). *Al-Qawāʿid al-fiqhiyyah*. Qom: Al-Hādī. (in Arabic)

Baḥr al-ʿUlūm, Sayyid Muḥammad. (1403 AH [1982/1983 CE]). *Bulghat al-faqīh* (4th ed.). Tehran: Maktabat al-Ṣādiq (ʿa). (in Arabic)

Pizhūhishgāh-i Quvvah-ʾi Qaḍāʾiyyah. (1397 SH [2018/2019 CE]). *Taḥlīl va āsīb-shināsī-yi qānūn-i pīsh-furūsh-i sākhktamān* [Analysis and pathology of the building pre-sale law] (2nd ed.). Tehran: Markaz-i Maṭbūʿāt va Intishārāt-i Quvvah-ʾi Qaḍāʾiyyah. (in Persian)

Pīrʿaṭāʾī, ʿAlī. (1388 SH [2009/2010 CE]). *Naẓariyyah-ʾi idārah-ʾi qarārdād* [Contract administration theory]. Tehran: Quqnūs. (in Persian)

Payvār, Raḥīm. (1393 SH [2014/2015 CE]). *Falsafah-ʾi ḥaqq-i mālikiyyat* [Philosophy of property right] (3rd ed.). Tehran: Shirkat-i Sahāmī-yi Intishār. (in Persian)

Jaʿfarī Langarūdī, Muḥammad Jaʿfar. (1372 SH [1993/1994 CE]). *Dānishnāmah-ʾi ḥuqūqī* [Legal encyclopedia]. Tehran: Ganj-i Dānish. (in Persian)

Jaʿfarī Langarūdī, Muḥammad Jaʿfar. (1381 SH [2002/2003 CE]). *Dāʾirat al-maʿārif-i ʿulūm-i Islāmī, qaḍāʾī* [Encyclopedia of Islamic, judicial sciences] (3rd ed.). Tehran: Ganj-i Dānish. (in Persian)

Jaʿfarī Langarūdī, Muḥammad Jaʿfar. (1388a SH [2009/2010 CE]). *Ḥuqūq-i amvāl* [Property law] (6th ed.). Tehran: Ganj-i Dānish. (in Persian)

Jaʿfarī Langarūdī, Muḥammad Jaʿfar. (1388b SH [2009/2010 CE]). *Dāʾirat al-maʿārif-i ḥuqūq-i madanī va tijārat* [Encyclopedia of civil and commercial law]. Tehran: Ganj-i Dānish. (in Persian)

Khaṭībī Qumī, Kamāl. (1393 SH [2014/2015 CE]). *Taʿāruḍ-i adillah-ʾi mālikiyyat* [Conflict of proofs of ownership]. Tehran: Majd. (in Persian)

Khūbyārī, Ḥāmid, & Pūryā Raḍī. (1400 SH [2021/2022 CE]). Bāzkhvānī-yi māhiyyat-i ʿaqd va taḥlīl-i jāygāh-i ʿaqd-i bāṭil dar fiqh-i Imāmiyyah va ḥuqūq-i Īrān [Rereading the nature of contract and analyzing the status of void contracts in Imami jurisprudence and Iranian law]. *Muṭālaʿāt-i Fiqh va Ḥuqūq-i Islāmī*, 13(24). (in Persian)

Durūdiyān, Ḥasan-ʿAlī. (1355 SH [1976/1977 CE]). Amārah-ʾi taṣarruf [Presumption of possession]. *Muʾassasah-ʾi Ḥuqūq-i Taṭbīqī*, (1). (in Persian)

Subḥānī, Jaʿfar. (1396 SH [2017/2018 CE]). *Khārij-i fiqh-i Āyat Allāh Subḥānī* [Advanced jurisprudence lectures of Ayatollah Sobhani]. Isfahan: Markaz-i Taḥqīqāt-i Rāyānahʾī-yi Qāʾimiyyah. (in Persian)

Sutūdah Tihrānī, Ḥasan. (1374 SH [1995/1996 CE]). *Ḥuqūq-i tijārat* [Commercial law]. Tehran: Dādgustar. (in Persian)

Al-Sharīf, Muḥammad Mahdī. (1392 SH [2013/2014 CE]). *Manṭiq-i ḥuqūq* [The logic of law] (2nd ed.). Tehran: Shirkat-i Sahāmī-yi Intishār. (in Persian)

Shams, ʿAbd Allāh. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Āyīn-i dādrasī-yi madanī* [Civil procedure] (19th ed.). Tehran: Dirāk. (in Persian)

Shahīdī, Mahdī. (1390 SH [2011/2012 CE]). *Suqūṭ-i taʿahhudāt* [Extinction of obligations] (6th ed.). Tehran: Majd. (in Persian)

Ṣāliḥī, Ismāʿīl. (1397 SH [2018/2019 CE]). *Muqāyasah-ʾi daʿvā-yi taṣarruf dar ḥuqūq-i Īrān va Farānsah bā nigarish bar ravīyyah-ʾi qaḍāʾī* [Comparison of possessory actions in Iranian and French law with an approach to judicial precedent]. Tehran: Majd. (in Persian)

Ṭabāṭabāʾī Yazdī, Sayyid Muḥammad Kāẓim. (1342 AH [1923/1924 CE]). *Al-ʿUrwah al-wuthqá*. Najaf: Ḥaydariyyah. (in Arabic)

Alīdūst, Abū al-Qāsim. (1396 SH [2017 CE]). *Dars-i khārij-i fiqh, jalsa-yi 60* [External jurisprudence lesson, session 60]. Retrieved from http://a-alidoost.ir/persian/lessons/27260/ (in Persian)

ʿAmīd Zanjānī, ʿAbbās-ʿAlī. (1390 SH [2011/2012 CE]). *Qavāʿid-i fiqh: Bakhsh-i ḥuqūq-i khuṣūṣī* [Jurisprudential maxims: Private law section] (3rd ed.). Tehran: SAMT. (in Persian)

Ghamāmī, Majīd, & Mujtabá Ishrāqī Ārānī. (1389 SH [2010/2011 CE]). Tafkīk-i amr-i ḥukmī az amr-i mawḍūʿī dar dādrasī-yi madanī: Tabyīn-i naẓariyyah-ʾi ʿumūmī [Distinction between matters of law and matters of fact in civil procedure: Explanation of general theory]. *Muṭālaʿāt-i Ḥuqūq-i Khuṣūṣī*, 40(2). (in Persian)

Qāsimī, Muḥsin. (1388 SH [2009/2010 CE]). *Shakl-girāʾī dar ḥuqūq-i madanī* [Formalism in civil law]. Tehran: Mīzān. (in Persian)

Kānt, Īmānūʾil [Kant, Immanuel]. (1380 SH [2001/2002 CE]). *Mā baʿd al-ṭabīʿah-ʾi akhlāq: Mabānī-yi mā baʿd al-ṭabīʿī-yi taʿlīm-i ḥaqq* [The metaphysics of morals: Metaphysical elements of the doctrine of right] (M. Ṣāniʿī Darrah-Bīdī, Trans.; 1st ed.). Tehran: Naqsh va Nigār. (in Persian)

Kātūziyān, Amīr Nāṣir. (1372 SH [1993/1994 CE]). *Qavāʿid-i ʿumūmī-yi qarārdād-hā* [General principles of contracts] (2nd ed.). Tehran: Mīzān. (in Persian)

Kātūziyān, Amīr Nāṣir. (1380 SH [2001/2002 CE]). Naqd va naẓar: Naqdī taḥlīlī bar qānūn-i ravābiṭ-i muʾjir va mustaʾjir [Critique and review: An analytical review of the landlord-tenant relations law]. *Vikālat*, (6). (in Persian)

Kātūziyān, Amīr Nāṣir. (1386 SH [2007/2008 CE]). *Amvāl va mālikiyyat* [Property and ownership] (20th ed.). Tehran: Mīzān. (in Persian)

Kātūziyān, Amīr Nāṣir. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Isbāt va dalīl-i isbāt* [Evidence and proof] (5th ed.). Tehran: Mīzān. (in Persian)

Kātūziyān, Amīr Nāṣir. (1388 SH [2009/2010 CE]). *Dars-hāyī az shufʿah, vaṣiyyat, irs* [Lessons on pre-emption, wills, and inheritance] (11th ed.). Tehran: Mīzān. (in Persian)

Karīmpūr Āl-i Hāshim, Sayyid Muḥammad Taqī, Sayyid Muḥammad Taqī ʿAlavī, Nāṣir Masʿūdī, & Muḥammad Maẓharī. (1398 SH [2019/2020 CE]). Naẓariyyah-ʾi ʿadam-i paydāyish-i qarārdād dar ḥuqūq-i Īrān va Farānsah [The theory of non-formation of contracts in Iranian and French law]. *Pizhūhish-i Ḥuqūq-i Khuṣūṣī*, 7(27). (in Persian)

Galīn-Muqaddam, ʿĪsá. (1389 SH [2010/2011 CE]). Barrasī-yi fiqhī va ḥuqūqī-yi naqsh-i tashrīfāt dar aʿmāl-i ḥuqūqī [Jurisprudential and legal study of the role of formalities in juridical acts]. *Pizhūhishnāmah-ʾi Ḥuqūqī*, 1(2). (in Persian)

Muʿāvanat-i Āmūzish va Taḥqīqāt-i Quvvah-ʾi Qaḍāʾiyyah. (1389 SH [2010/2011 CE]). *Silsilah-ʾi pizhūhish-hā-yi fiqhī va ḥuqūqī: Iʿtibār-i sanad va taʿāruḍ-i ān bā adillah-ʾi dīgar dar ḥuqūq-i Īrān va fiqh-i Imāmiyyah* [Series of jurisprudential and legal studies: Validity of deeds and their conflict with other evidence in Iranian law and Imami jurisprudence] (M. J. Arasṭā, Researcher; 2nd ed.). Tehran: Jangal. (in Persian)

Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafá. (1388 SH [2009/2010 CE]). *Qavāʿid-i fiqh: Bakhsh-i madanī* [Jurisprudential maxims: Civil section] (23rd ed.). Tehran: Markaz-i Nashr-i ʿUlūm-i Islāmī. (in Persian)

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. (1411 AH [1990/1991 CE]). *Al-Qawāʿid al-fiqhiyyah* (3rd ed.). Qom: Madrasat Amīr al-Muʾminīn (ʿa). (in Arabic)

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. (1427 AH [2006/2007 CE]). *Dāʾirat al-maʿārif-i fiqh-i muqāran* [Encyclopedia of comparative jurisprudence]. Qom: Madrasat al-Imām ʿAlī ibn Abī Ṭālib (ʿa). (in Persian)

Muhājirī, ʿAlī. (1397 SH [2018/2019 CE]). *Dawrah-ʾi jadīd-i mabsūṭ dar āyīn-i dādrasī-yi madanī* [New extensive course in civil procedure]. Tehran: Fikrsāzān. (in Persian)

Nāʾīnī, Mīrzā Ḥusayn. (1376 SH [1997/1998 CE]). *Fawāʾid al-uṣūl*. Qom: Jāmiʿah-ʾi Mudarrisīn-i Ḥawzah-ʾi ʿIlmiyyah-ʾi Qum. (in Arabic)

Narāqī, Mullā Aḥmad. (n.d.). *Mustanad al-Shīʿah*. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt (ʿa) li-Iḥyāʾ al-Turāth. (in Arabic)

Nuṣratī, Muḥammad Rasūl. (1397 SH [2018/2019 CE]). Barrasī-yi ḥuqūqī-yi taʿāruḍ-i taṣarruf-i kunūnī va mālikiyyat-i sābiq [Legal analysis of conflict between present possession and prior ownership]. *Qānūnyār*, 2(6). (in Persian)

Nahrīnī, Farīdūn. (1391 SH [2012/2013 CE]). *Āyīn-i isbāt va dādrasī (majmūʿah-ʾi maqālāt-i ḥuqūqī)* [Rules of proof and procedure (collection of legal essays)]. Tehran: Ganj-i Dānish. (in Persian)

Valaviyūn, Riḍā. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Amārah-ʾi taṣarruf* [Presumption of possession]. Tehran: Jāvdānah. (in Persian)

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

"Reputational Harm" as the Core of Criminal Defamation in Iranian Criminal Law

Mojtabi Malekafzali Ardakani[1]✉, **Bahare Karami**[2]

1. *Corresponding Author*, Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law, Political Science and History, Yazd University, Yazd, Iran. Email: malekafzali@yazd.ac.ir
2. PhD in Jurisprudence and Criminal Law, Department of Jurisprudence and Criminal Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Meybod University, Meybod, Iran. Email: b_karami90@yahoo.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received
03 September 2023
Received in revised form
09 October 2023
Accepted
22 November 2023
Available online
22 June 2026

Keywords:
criminal defamation,
social reputation,
reputational harm,
dissemination

ABSTRACT

Criminal defamation is an offense against a person's moral and social personality and has long been recognized in Iranian criminal legislation. Its current statutory basis is Article 697 of Book Five of the Islamic Penal Code. Judicial decisions reveal substantial disagreement over the elements of the offense. Some courts require that the attribution of a crime be disseminated in a manner capable of damaging the victim's social reputation, while others consider a direct accusation communicated only to the person concerned sufficient. The same disagreement appears in criminal-law doctrine. Using a descriptive-analytical method and drawing on legislative studies, principles of jurisprudence, interpretation, and ethics, this article examines whether dissemination is a constitutive condition of criminal defamation. It concludes that the true object of the prohibition in Article 697 is not the bare attribution of an offense, but the reputational harm caused by attributing criminal conduct to another. The article accordingly proposes amendments that would state the dissemination requirement more clearly.

Cite this article: Malekafzali Ardakani, M., & Karami, B. (2026). "Reputational Harm" as the core of criminal defamation in Iranian criminal law. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, *20*(1), 53-72. https://doi.org/10.22034/fvh.2024.16900.1829

© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: https://doi.org/10.22034/fvh.2024.16900.1829

Introduction

Article 697 criminalizes the explicit attribution or publication of conduct that constitutes an offense where the accuser cannot prove the allegation, subject to the statutory exception for matters carrying a fixed punishment. The addition in 1996 of the phrase "or by any other means" generated conflicting readings. One interpretation treats every means of communication as sufficient, even where no one except the accused person learns of the allegation. The competing interpretation reads "any other means" ejusdem generis with printed papers, newspapers, and public speeches and therefore requires a means capable of disseminating the accusation.

The relevant factual possibilities range from an accusation known to no one, to an accusation communicated only to its target, to limited circulation among a few persons, and finally to broad public circulation. The first situation cannot amount to a completed communicative offense, while the fourth plainly can. The real controversy concerns the second and third situations. The article asks whether a criminal attribution becomes defamation without dissemination or whether dissemination, and thus the risk of public reputational injury, is indispensable.

Methodology

The study is descriptive-analytical and adopts a foundational approach. It combines methods from legislative studies with principles of Islamic legal theory, interpretation, and ethics. Statutory language, legislative history, judicial decisions, and doctrinal writings are assessed to identify the legal interest protected by Article 697 and to determine whether dissemination is implicit in its structure.

Literature Review

Despite the practical importance of the issue, prior scholarship has not supplied a sufficiently comprehensive argument either for or against the dissemination requirement. As a result, judges, lawyers, and other users of the criminal statute continue to reach divergent conclusions, producing inconsistent judgments. Existing commentary generally relies on the phrase "by any other means" without reconstructing the protected legal interest or the historical development of the offense.

Findings

The protected interest and true object of Article 697 is another person's social reputation. The offense is therefore best understood as causing reputational harm through the attribution of criminal conduct. Dissemination is not an incidental circumstance but the mechanism by which the protected social standing is endangered or impaired. Where the allegation is communicated

only to the person accused, the conduct may constitute insult under Articles 608 or 609, but it should not automatically be treated as criminal defamation.

Discussion

Three considerations support this conclusion. First, the specific means listed in Article 697 are all ordinarily capable of public communication; extracting their common rationale indicates that reputational damage, not private confrontation, is the statutory target. Second, the historical development of the provision shows increasing emphasis on the public and discrediting dimension of the attributed conduct. Third, coherence between the main clause and its note, which addresses publication amounting to dissemination of indecency, supports a unified understanding of publication as an element of the offense.

This interpretation also accords with caution in criminalization, the rule of dar', and the principle that criminal statutes should be construed in favor of the accused. It preserves the distinction between defamation and insult and prevents an expansive reading that would turn every private accusation into the more serious offense of defamation.

Conclusion

Criminal defamation under Article 697 requires the attribution of an offense in a manner that disseminates the allegation and damages or endangers the victim's social reputation. Although the statute does not state the requirement in express terms, its language, legislative history, protected interest, and internal logic support that conclusion. Legislative amendment should clarify that "reputational harm through dissemination of a criminal attribution" is the core of the offense, thereby reducing inconsistent judicial practice.

Declarations

Author Contributions: Mojtabi Malekafzali Ardakani and Bahare Karami jointly collected and analyzed the data and prepared the research report.

Data Availability Statement: Not applicable.

Acknowledgements: The authors expressed their appreciation to the Professor Najafi Abrandabadi Library of Law and Criminal Sciences for assistance in obtaining research and bibliographic sources.

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 of Generative AI and AI-assisted Technologies: The authors declared that no artificial intelligence was used in the writing process.

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

«بدنام‌سازی»؛ درون‌مایهٔ بزه افترا در حقوق کیفری ایران

مجتبی ملک‌افضلی اردکانی[۱]، بهاره کرمی[۲]

۱. *نویسندهٔ مسئول*، استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق، علوم سیاسی و تاریخ، دانشگاه یزد، یزد، ایران. رایانامه: malekafzali@yazd.ac.ir
۲. دانش‌آموخته دکتری، گروه فقه و حقوق جزا، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه میبد، میبد، ایران. رایانامه: b_karami90@yahoo.com

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۱۲
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۷/۱۷
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۳۰
تاریخ انتشار: ۱۴۰۵/۰۴/۰۱

کلیدواژه‌ها:
افترا،
حرمت اجتماعی،
بدنام‌سازی،
اشاعه

چکیده

افترا از جمله جرایم علیه شخصیت معنوی اشخاص است که از دیرباز در سیاهه جرایم کشورمان وجود داشته است. در حال حاضر مستند قانونی این جرم، ماده ۶۹۷ از کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی می‌باشد. بررسی آراء محاکم کیفری در مورد بزه افترا از اختلاف‌نظر قضات در خصوص شرایط تحقق این بزه حکایت دارد؛ به‌گونه‌ای که برخی از ایشان برخلاف برخی دیگر، بدنام‌سازی و هتک حرمت اجتماعی بزه‌دیده از طریق «اشاعه انتساب جرم» به وی را شرط تحقق افترا می‌دانند. اختلاف‌نظر مذکور در دکترین حقوق کیفری نیز قابل مشاهده است؛ ازاین‌رو نویسندگان این پژوهش جایگاه شرط مذکور در تحقق افترا را به‌عنوان سؤال اصلی تحقیق در نظر گرفته‌اند. مقاله با روش توصیفی- تحلیلی و بهره‌گیری از آموزه‌های علوم مختلف و نگاهی بنیادین، قرائن و اماراتی در شرطیت اشاعه ارائه نموده و به این نتیجه نائل آمده است که متعلق حقیقی حکم در ماده ۶۹۷ تعزیرات، «بدنام‌سازی دیگری از طریق انتساب جرم به وی» است. در نهایت، در جهت اصلاح ماده قانونی مورد بحث، پیشنهادهایی ارائه گردیده است.

استناد: ملک‌افضلی اردکانی، مجتبی؛ و کرمی، بهاره. (۱۴۰۵). «بدنام‌سازی»؛ درون‌مایه بزه افترا در حقوق کیفری ایران. مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ۲۰(۱)، ۵۳-۷۲. https://doi.org/10.22034/fvh.2024.16900.1829

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

مقدمه

یکی از جرایم علیه شخصیت معنوی اشخاص که از دیرباز در سیاهه جرایم کشورمان وجود داشته، افترا می‌باشد. ماده ۶۹۷ از کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی در خصوص این بزه چنین مقرر نموده است:

«ماده ۶۹۷ - هرکس به وسیله اوراق چاپی یا خطی یا به وسیله درج در روزنامه و جرائد یا نطق در مجامع یا به هر وسیله دیگر به کسی امری راصریحاً نسبت دهد یا آن‌ها را منتشر نماید که مطابق قانون آن امر جرم محسوب می‌شود و نتواند صحت آن اسناد را ثابت نماید جز در مواردی که‌موجب حد است به جزای نقدی درجه شش محکوم خواهد شد.

تبصره - در مواردی که نشر آن امر اشاعه فحشا محسوب گردد هرچند بتواند صحت اسناد را ثابت نماید مرتکب به مجازات مذکور محکوم خواهد شد.»[۱]

عبارت «یا به هر وسیله دیگر» مهمترین تغییری است که قانون‌گذار سال ۱۳۷۵ آن را به نسخه پیشین مستند قانونی بزه افترا یعنی ماده ۱۴۰ از کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی - مصوب ۱۳۶۲ -[۲] اضافه نموده است. افزوده شدن این عبارت به متن قانون، منشأ اختلاف‌نظرات محاکم گردیده است؛ عده‌ای از قضات با تفسیری عام از عبارت مذکور، آن را شامل هر طریق و وسیله‌ای می‌دانند ولو اینکه به جز شخص منتسب‌الیه هیچ شخص دیگری از انتساب، مطلع نشده باشد و برخی دیگر «وسیله دیگر» را از جنس وسایل و طرق بیان شده در متن ماده دانسته و بر آنند که این «وسیله» لازم است همچون سایر مثال‌های ذکر شده در ماده، تأمین کننده شرط «اشاعه انتساب» باشد.

دکترین حقوق کیفری نیز در این خصوص رویه واحدی نداشته است؛ برخی هم‌صدا با موافقان شرطیت و برخی همراه با مخالفان شرطیت اشاعه انتساب بوده‌اند. می‌توان گفت مهمترین علت مغلوبه نشدن این نزاع، ضعف مبانی استدلالی هریک از طرفین دعوا بوده است؛ به‌گونه‌ای که در این سال‌ها نتوانسته‌اند یکدیگر را قانع نمایند.

برای تبیین دقیق موضوع و با یک حصر عقلی می‌توان افراد مطلع از انتساب جرم به دیگری (منتسب‌الیه) را در حالات ذیل دسته‌بندی نمود:

حالت اول: انتساب دهنده، هیچکس - حتی منتسب‌الیه - را از آن انتساب مطلع نمی‌کند؛ مانند آنکه انتساب‌دهنده آن را در دفترچه خاطرات خویش - که قرار نیست کسی به جز خودش آن را بخواند - بنویسد.

حالت دوم: انتساب دهنده فقط خود منتسب‌الیه را از آن مطلع می‌کند؛ مانند آنکه انتساب‌دهنده با یک تماس تلفنی یا ارسال ایمیل یا پیامک به تلفن شخصی مخاطب، امر مجرمانه‌ای را به او نسبت دهد.

حالت سوم: انتساب دهنده تعداد اندکی از اشخاص را مطلع می‌کند؛ مانند آنکه شخصی در حضور خانواده منتسب‌الیه، امر مجرمانه‌ای را به وی منتسب کند.

---

۱. روزنامه رسمی، ش. ۱۴۹۴۳، ۰۴/۰۴/۱۳۷۵.

۲. «ماده ۱۴۰- هرکس به‌وسیله اوراق چاپی یا خطی یا انتشار آن‌ها یا به‌وسیله درج در روزنامه و جرائد یا نطق در مجامع به کسی امری را صریحاًنسبت دهد که مطابق قانون آن امر جرم محسوب می‌شود، نسبت دهنده مفتری خواهد بود؛ مشروط بر اینکه نتواند صحت آن اسناد را ثابت نماید.مجازات مفتری جز در مواردی که حد تعیین شده تا ۷۴ ضربه شلاق است.» (روزنامه رسمی، ش. ۱۱۲۷۸، ۱۳۶۲/۸/۲۳)

حالت چهارم: انتساب دهنده تعداد قابل توجهی از اشخاص را مطلع می‌کند.

حالت اول را نمی‌توان مشمول ماده ۶۹۷ دانست؛ از این جهت که مرتکب، رفتار مجرمانه خویش را به منصه ظهور نرسانده است؛ انتسابی که روی کاغذی نوشته می‌شود و در گنجه‌ای نگهداری می‌شود همچون فکری است که در گنجینه ذهن باقی مانده و از عالم ذهنیت به فعلیت نرسیده است؛ در واقع، می‌توان گفت «نسبت دادن» از سنخ رفتارهایی است که برای فعلیت یافتن نیازمند اطلاع حداقل یک انسان دیگر است. در نقطه مقابل، برخی از رفتارهای انسانی هم هستند که نیازی به مواجه با مخاطب ندارند؛ به‌عنوان مثال سرقت یا مصرف مسکر چنین هستند. برخی از نویسندگان عدم شمول ماده مذکور بر این حالت را ناشی از طبع عمدی افترا دانسته‌اند (زراعت، ۱۳۹۲، ص. ۳۶۹)؛ درحالی‌که این عدم شمول، چنان‌که گفته شد ناشی از فعلیت نیافتن «نسبت دادن» است. آری؛ اگر در چنین حالتی بدون اراده شخص نسبت‌دهنده، منتسب‌الیه یا اشخاصی دیگر به‌صورت تصادفی از آن انتساب مطلع شوند، می‌توان عدم شمول ماده بر آن را معلول ماهیت عمدی جرم افترا دانست.

برخی دیگر، علت عدم شمول ماده بر حالت اول را لزوم علنی بودن افترا دانسته‌اند (شامبیاتی، ۱۳۹۳، ص. ۴۵۱). با توجه به آنچه گفته شد، نادرستی این استدلال نیز آشکار است؛ زیرا اولاً اطلاع یافتن منتسب‌الیه از انتساب برای اتصاف آن به وصف «علنی» کافی نیست. «در حقوق کیفری علنی محسوب شدن یک جرم، به حصول یکی از این دو شرط منوط است: ارتکاب جرم در حضور شخص ثالث یا معد بودن محل ارتکاب جرم برای حضور اشخاصی دیگر ولو اینکه در آن لحظه هیچ‌کس آنجا حضور نداشته باشد.» (میرمحمد صادقی، ۱۴۰۱، ص. ۴۶) ثانیاً صرف علنی بودن انتساب نیز برای شمول ماده بر رفتار کفایت نمی‌کند؛ چراکه ممکن است کسی غیر از منتسب‌الیه از انتساب مطلع نشود.

در تحقق بزه افترا در حالت چهارم نیز تردید و اختلافی نیست. محل بحث این نوشتار، در واقع، حالت‌های دوم و سوم است؛ هنگامی‌که جرمی انتساب داده شده اما اشاعه نیافته و افراد زیادی از آن مطلع نشده‌اند. سؤال این است که آیا اشاعه انتساب، شرط تحقق افتراست یا اینکه اشاعه بلاشرط است و افترا در فرض منتفی بودن آن نیز محقق می‌شود؟ به‌عنوان فرضیه، شرطیت «اشاعه انتساب جرم به دیگری» قابل تصور است.

بررسی آراء محاکم نشان می‌دهد دادنامه‌های زیادی مبتنی بر دیدگاهی است که قائل به بلاشرط بودن «انتشار» در تحقق بزه افترا می‌باشد؛[1]

---

۱. به‌عنوان نمونه می‌توان به آراء زیر اشاره نمود:

دادنامه شماره ۹۰۰۸۸۸ مورخ ۹۲/۹/۲۴ شعبه ۱۰۴۴ تهران، دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۴۰۱۱۸۵ مورخ ۰۲/۰۹/۱۳۹۳ شعبه ۱۴ دادگاه تجدیدنظراستان تهران در تأیید دادنامه شماره ۵۳۱ مورخ ۹۳/۷/۹ صادر شده از شعبه ۱۱۴۵ دادگاه جزایی تهران و دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۱۰۱۱۳۰ مورخ ۲۸/۰۸/۱۳۹۲ شعبه ۴۲ دادگاه تجدیدنظراستان تهران در تأیید دادنامه ۷۰۰۶۱۳–۹۲/۷/۸ شعبه ۱۱۷۷ دادگاه عمومی جزایی تهران (در خصوص تحقق بزه افترا از طریق ارسال پیامک به تلفن همراه شخص منتسب‌الیه) و دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۲۰۱۱۳۸ مورخ ۱۷/۰۸/۱۳۹۳ شعبه ۲۲ دادگاه تجدیدنظراستان تهران در تأیید دادنامه شماره ۷۰۰۴۰۷ مورخ ۹۳/۰۵/۱۵ صادره از شعبه ۱۰۴۲ (در خصوص تحقق بزه افترا از طریق ارسال نامه به شخص منتسب‌الیه).

در عین حال، نمونه‌های نادری از دادنامه‌ها را نیز می‌توان یافت که اشاعه را شرط تحقق این بزه می‌دانند.[۱]

تنها دلیل دیدگاه دوم، عبارت «یا به هر وسیله دیگر» است که با تصویب کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی در مورخ ۱۳۷۵/۳/۲ به متن ماده ۶۹۷ افزوده شده است؛ چنان‌که اقلیت قضات حاضر در نشست قضایی شماره ۷۱۳۳-۱۳۹۹ مورخ ۱۳۹۸/۰۵/۱۰ به آن تصریح نموده‌اند: «با توجه به عبارت «یا» مقرر در ماده ۶۹۷ قانون مجازات اسلامی... (به هر وسیله دیگر به کسی امری را صریحاً نسبت دهد یا آن‌ها را منتشر نماید) عدم نشر و یا عدم حضور ثالث در نسبت دادن عمل مجرمانه مانع صدق بزه افتراء نمی‌گردد.» عجیب آنکه هیئت عالی این نشست قضایی نیز نظر اقلیت را پذیرفته است: «انتساب صریح عنوان مجرمانه بدون نشر، کافی برای تحقق رکن مادی افتراء می‌باشد» (نشست قضایی چالوس، ۱۳۹۸). لازم به ذکر است این دیدگاه در میان نویسندگان حقوق کیفری نیز طرفدارانی دارد (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۱، ص. ۷۱).

ناگفته نماند در این رویکرد، با انتفاء تحقق افترا، رفتار مرتکب مصداقی از بزه توهین (موضوع مواد ۶۰۸ یا ۶۰۹ از کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی) خواهد بود.

با وجود اهمیت بسزای شرطیت یا عدم شرطیت «اشاعه انتساب جرم به دیگری»، تاکنون هیچ پژوهشی به تدارک ادله کافی و قانع کننده برای اثبات یا عدم اثبات شرطیت مذکور به رشته نگارش در نیامده است؛ به‌گونه‌ای که اختلاف میان کاربران متون قانونی اعم از قضات و وکلا و غیر ایشان همچنان وجود داشته و این امر موجب صدور آرای متفاوت از محاکم قضایی می‌شود.

این پژوهش تلاش دارد با به کار بستن آموزه‌های مختلفی از دانش «مطالعات قانون‌گذاری» و برخی از علوم اسلامی همچون «اصول فقه»، «تفسیر» و «اخلاق» قرائن و اماراتی جدید برای شرطیت اشاعه انتساب ارائه نماید. قبل از آن، مفهوم کلیدواژگان تحقیق را مرور می‌نماییم.

چهارچوب مفهومی پژوهش

حرمت اجتماعی

حرمت، واژه‌ای عربی از ماده «ح-ر-م» است که در معانی مختلفی همچون ذمّه، احترام، هیبت (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج. ۱۲، ص. ۱۲۴) و آنچه هتکش حلال نیست (حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴، ج. ۱۶، ص. ۱۳۸) آمده است. در زبان فارسی حرمت در دو معنا به کار رفته است؛ یکی ناروایی و ناروا شدن و دیگری بزرگداشت، احترام، آزرم (دهخدا، ۱۳۷۷، ج. ۶، ص. ۸۸۶۸). از نظر اصطلاحی، حرمت عنوان عامی است که در ادبیات حقوقی ما با تعابیر مختلفی نظیر حیثیت، شرف، آبرو، تمامیت، کرامت، اعتبار، اسم و رسم و احترام مورد توجه

---

۱. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۳۰۱۷۳۷ مورخ ۱۲/۱۲/۱۳۹۳ شعبه ۲۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در رد قسمت مرتبط از دادنامه شماره ۳۰۱۴۰۴–۹۲ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۶ صادره از شعبه ۱۱۳۲ دادگاه عمومی نیز نمونه‌ای از اعتقاد دادگاه به شرطیت اشاعه در تحقق بزه افترا می‌باشد. در این دادنامه دادرس تأکید دارد که «تحقق جرم افترا با توجه به طرق و وسایل و ابزار ارتکاب آن لزوماً با تعداد و شمارگان بالا است و در مانحن فیه مفقود است؛ زیرا تجدیدنظرخواه از طریق مرجع قانونی شکایت نموده و این انتساب در ملأعام و در میان افراد صورت نگرفته است.»

واقع شده است. وجه مشترک همه تعابیر مذکور آن است که دلالت بر مصون بودن از تعرض می‌کنند (انصاری، ۱۳۹۲، ص. ۳۲).

حرمت دارای وجوه مختلفی است: حرمت ذاتی (کرامت ذاتی که انسان بماهو انسان آن را داراست)، حرمت ذهن یا شخصی[1] (ارزشی که هر فرد برای خود نزد دیگران قائل است)، حرمت عینی[2] یا اجتماعی[3] (اعتبار، احترام و ارزشی که شخص در نتیجه حضور و فعالیت در جامعه، نزد دیگران به دست می‌آورد) و حرمت قانونی (حرمتی که قانون برای برخی از اشخاص یا مفاهیم یا اشیاء در نظر می‌گیرد و از آن حمایت می‌کند) (انصاری، ۱۳۹۲، صص. ۳۲-۳۳). در این نوشتار معنای دوم لغوی و وجه عینی یا اجتماعی آن مد نظر است.

افترا

افتراء مصدر مشتق از ماده «ف- ر- ی»، به‌معنای ساختگی (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج. ۱۵، ص. ۱۵۴)، بهتان زدن (حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴، ج. ۳، ص. ۲۰)، دروغ بستن (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج. ۱۵، ص. ۱۵۲)، قذف کردن (تهمت زنا یا لواط به کسی زدن) (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج. ۸، ص. ۲۸۰) و إفک (کذب) آمده است.[4]

در کلام فقها، واژه‌های افترا و فریه برای مطلق نسبت دادن کذب به دیگری استعمال شده است؛ خواه آنچه نسبت داده شده قابل مجازات باشد خواه نباشد (حلی، ۱۴۱۳، ج. ۹، ص. ۳۹۰) و خواه مجازات آن حد باشد (نسبت دادن زنا یا لواط به غیر) (عاملی، ۱۴۱۰، صص. ۲۵۳ و ۲۵۶) خواه نباشد (نسبت دادن هر عمل قابل مجازات دیگر به جز زنا و لواط به غیر) (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۱، ص. ۴۱۶).

دکترین حقوق کیفری، افترا را اسناد کاذبانه یک جرم (غیر از زنا یا لواط) به دیگری می‌داند (میرمحمد صادقی، ۱۴۰۱، صص. ۶۹ و ۷۹؛ آقایی‌نیا، ۱۳۹۹، ص. ۱۰۵؛ شامبیاتی، ۱۳۹۳، ص. ۴۵۶). بدین ترتیب، باید گفت افترا بیان‌های از نوع «اظهار واقع»[5] را در بر می‌گیرد (مانند انتساب سرقت به دیگری) نه بیان‌های از نوع «اظهار نظر» (مانند انتساب حماقت به دیگری).[6] (اظهار واقع برخلاف اظهار نظر، قابل اثبات یا رد است.)

مقصود ما از «بزه افترا» بزه موضوع ماده ۶۹۷ از کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی، مصوب دوم خرداد ماه ۱۳۷۵ است که زین پس در این نوشتار به اختصار آن را «ماده ۶۹۷» می‌گوییم.

---

1. Subjective honour (en), L honour (fr)
2. Objective honour (en), la consideration (fr)
3. Social honour

۴. اهل لغت برای ماده «ف- ر- ی» معانی دیگری را نیز ذکر کرده‌اند؛ از جمله «قطع کردن و شکافتن» چنان‌که گفته شده «فَرَی الشَّیْءَ فَرْیاً» یعنی «قَطَعَهُ وَ شَقَّهُ»، خواه در جهت افساد باشد، خواه برای اصلاح (شرتونی، ۱۳۷۴، ج. ۴، ص. ۱۵۹؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴، ج. ۱۰، ص. ۲۵۷). همین ماده در معنای عجیب (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج. ۱۰، ص. ۳۱۱؛ نجار، مصطفی و زیات، ۱۹۸۹، ج. ۲، ص. ۶۸۷) و عظیم (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج. ۸، ص. ۲۸۱) نیز به کار رفته است؛ چنان‌که خداوند متعال در آیه ۲۷ سوره مبارکه مریم می‌فرماید: «...یا مَرْیَمُ لَقَدْ جِئْتِ شَیْئاً فَرِیًّا». به نظر نمی‌رسد معانی مذکور ارتباطی با افترا داشته باشند؛ چنان‌که ماده «ف- ر- ی» در این معانی به باب افتعال نرفته است.

5. Statement of fact
6. Statement of opinion

قرائن و امارات دال بر شرطیت اشاعهٔ انتساب در تحقق بزه افترا

ترکیب مجلس قانون‌گذاری در هر دوره، متفاوت از دوره قبل است و دسترسی به جمع نمایندگانی که قانونی را تصویب نموده‌اند، عملاً مقدور نمی‌باشد. در این شرایط بهترین منبع و مأخذ برای تفسیر نص قانونی، مشروح مذاکرات قانون‌گذار است اما هم ماده ۶۹۷ هم اسلاف آن در قانون مجازات اسلامی ۱۳۶۲ و ماده ۲۶۹ قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ همگی مصوب کمیسیون تخصصی مجلس هستند و شوربختانه مشروح مذاکرات این کمیسیون‌ها ثبت و ضبط نشده و در دسترس نیست. با لحاظ مراتب فوق و انسدادی[1] که در مسیر کسب علم و یقین در صورت واقعی موضوع وجود دارد، چاره‌ای جز تمسک به قرائن و امارات مختلف به‌منظور دستیابی به «ظن مطلق»[2] نیست. برای شرطیت انتشار انتساب می‌توان به قرائن و امارات زیر استناد نمود:

۱. تنقیح مناط وسایل مذکور در ماده

«تنقیح مناط» از اصطلاحات رایج در متون فقهی و لسان فقیهان است و عبارت است از راه‌یابی به متعلق حقیقی حکم و تبیین و استخراج آن از درون نصوص و تعبیرات ظاهری به کمک قرائن (کلانتری، ۱۳۸۲، ص. ۱۳۷). «تنقیح مناط در جایی است که قانون‌گذار، حکم را به ملاک و سبب نسبت داده ولی مناسبات و اوصاف و حالاتی پیرامون آن را فراگرفته که دخالتی در ثبوت حکم ندارند؛ به همین جهت، فقیه حکم را از آن حالات و اوصاف، منقح می‌گرداند و آن‌ها را از ارتباط داشتن نسبت به حکم و از اعتبار می‌اندازد تا حکم، عمومیت و گستردگی خود را پیدا کند و فقیه بتواند در موارد مشابه به آن استناد و از آن استنباط کند.» (قلی‌زاده، ۱۳۷۹، ص. ۸۲؛ فیض، ۱۳۹۱، ص. ۲۰۴)

با لحاظ شرایط فوق و مداقه در وسایل و طرق مذکور در ماده ۶۹۷ یعنی «اوراق چاپی یا خطی یا به‌وسیله درج در روزنامه و جرائد یا نطق در مجامع» می‌توان گفت متعلق حقیقی حکم در این ماده «بدنام‌سازی دیگری» است؛ چیزی که جز با اطلاع‌رسانی عمومی میسور نمی‌باشد. به عبارت دیگر، این وسایل و طرق به‌روشنی مثبت این نظر است که رفتار مورد نظر قانون‌گذار نه یک انتساب ساده بلکه انتسابی است که بالقوه امکان ایراد

---

۱. «انسداد» در لغت به‌معنای بسته بودن در مقابل انفتاح به‌معنای باز بودن است. در اصطلاح علم اصول فقه، انسداد، حالتی است که برای مکلّف راه علم به احکام بسته باشد. علما در مسائل اعتقادی یعنی اصول عقاید همانند وجوب شناخت خداوند، صفات او و ضرورت شناخت پیامبران و ائمه (ع) و معاد و ... انفتاحی‌اند؛ یعنی دلایل زیادی از عقل و نقل وجود دارد که انسان را به احکام اعتقادی می‌رساند و برای انسان قطع و یقین حاصل می‌شود، پس بحث انسداد یا انفتاح تنها در احکام شرعی فرعی (اعم از تکلیفی یا وضعی، واقعی یا ظاهری) مطرح است نه در احکام اعتقادی. قائلان به انسداد معتقدند هنگام شک در تکالیف واقعی عقل می‌گوید باید به هر ظنی عمل کرد که از این دلیل عقلی به «انسداد» تعبیر می‌شود. تمامیت دلیل انسداد مبتنی بر تمامیت «مقدمات انسداد» است؛ مانند آنکه احتیاط کلی در اطراف آن حکم نه واجب باشد و نه جایز. در آن صورت حجیت «ظن مطلق» اثبات می‌گردد. در واقع در این موارد، امر دایر است بین اینکه به ظن مطلق عمل کرده و مشکوک و موهوم را کنار بگذاریم یا برعکس مظنون را کنار گذاشته و مشکوک و موهوم را اخذ کنیم. ازآنجاکه ترجیح مرجوح قبیح است پس باید عمل به ظن مطلق کرد (ولایی، ۱۳۸۷، صص. ۱۲۴–۱۲۵؛ فیض، ۱۳۹۱، صص. ۱۹۱–۱۹۲).

۲. ظنی که دلیل خاصی بر حجیّت آن اقامه نشده باشد، «ظنّ مطلق» نام دارد؛ مانند ظنّی که به‌وسیله دلیل انسداد حجیّت آن اثبات شود (ولایی، ۱۳۸۷، ص. ۲۱۱؛ فیض، ۱۳۹۱، ص. ۲۲۸).

آسیب به وجهه اجتماعی بزه‌دیده را داشته باشد؛ چنین انتسابی لزوماً با اطلاع یافتن تعداد قابل توجهی از مردم تحقق می‌یابد (آقایی‌نیا، ۱۳۹۲، ص. ۷۰).

تبارشناسی ماده ۶۹۷ تعزیرات نیز مؤید همین رویکرد می‌باشد. ماده ۲۶۹ در فصل چهاردهم از باب سوم قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴/۱۰/۲۳ در «افترا، توهین و هتک حرمت» نیز وسایل و طرق تحقق افترا را «اوراق چاپی یا خطی یا به‌وسیله انتشار اعلان یا اوراق مزبوره یا به‌وسیله نطق در مجامع» می‌دانست.[۱] وسایل و طرق انتساب بزه در اولین ویرایش این ماده یعنی ماده ۱۴۰ از کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی – مصوب ۱۳۶۲/۵/۱۸ – به «اوراق چاپی یا خطی یا انتشار آن‌ها یا به‌وسیله درج در روزنامه و جرائد یا نطق در مجامع» تغییر یافت.[۲] پیداست که تنها تفاوت اصلی در وسایل انتساب بزه، افزوده شدن «روزنامه و جرائد» به وسایل قبلی است. گرچه تا قبل از تصویب قانون تعزیرات سال ۱۳۶۲ نیز انتساب بزه به دیگری در روزنامه‌ها و جراید مصداقی از انتساب از طریق «اوراق چاپی» و وفق ماده ۱۴۰ پیش‌گفته قابل تعقیب بود، قانون‌گذار خواسته ادبیات خود را نیز متناسب با تحولات حوزه رسانه‌های عمومی روزآمد نماید.

از سوی دیگر، می‌توان گفت اصولاً کارکرد «بیان مصادیق»، ارائه «مناط حکم» به کاربران قانون است. قانون‌گذار سال ۱۳۰۴ می‌توانست به‌سادگی بگوید «هرکس صریحاً جرمی را به دیگری نسبت دهد و نتواند صحت اسناد آن را اثبات کند، مفتری محسوب می‌شود.» اما چنین نکرده و برای بیان مقصود خویش به ذکر چندین مصداق مختلف متمسک شده است. قانون‌گذار با آنکه می‌دانسته که «خیر الکلام ما قلّ و دلّ» و حکمت‌هایی چون «کم گوی و گزیده گوی» نصب‌العین او بوده، چنین اطاله‌ای را لازم دانسته و حتی در سال ۱۳۶۲ یک مصداق دیگر نیز به مصادیق قبلی افزوده و «درج در روزنامه و جرائد» را نیز در کنار وسایل قبلی ذکر نموده است.

مشابه این عملکرد را در مواد و قوانین دیگری نیز می‌توان یافت؛ به‌عنوان نمونه می‌توان از ماده ۶۲۱ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی یاد کرد که حکم آدم‌ربایی را به ربودن شخص دیگر «با قصد مطالبه وجه یا مال یا به قصد انتقام یا به هر منظور دیگری»[۳] اختصاص داده است. اداره‌کل حقوقی قوه قضائیه طی یک نظریه مشورتی چنین بیان داشته است: «مصادیق «به هر منظور دیگر» به شرح مذکور در ماده ۶۲۱ قانون

---

۱. «ماده ۲۶۹ هرکس به‌وسیله اوراق چاپی یا خطی یا به‌وسیله انتشار اعلان یا اوراق مزبوره یا به‌وسیله نطق در مجامع به یک یا چند نفر امری راصریحاً نسبت دهد که مطابق قانون مجازات آن امر جنحه یا جنایت محسوب شود، مفتری محسوب خواهد شد؛ مشروط بر اینکه نتواند صحت آن‌اسناد را ثابت نماید.»

۲. «ماده ۱۴۰– هرکس به‌وسیله اوراق چاپی یا خطی یا انتشار آن‌ها یا به‌وسیله درج در روزنامه و جرائد یا نطق در مجامع به کسی امری را صریحاًنسبت دهد که مطابق قانون آن امر جرم محسوب می‌شود، نسبت دهنده مفتری خواهد بود؛ مشروط بر اینکه نتواند صحت آن اسناد را ثابت نماید.مجازات مفتری جز در مواردی که حد تعیین شده تا ۷۴ ضربه شلاق است.» (روزنامه رسمی، ش. ۱۱۲۷۸، ۲۳/۰۸/۱۳۶۲)

۳. «ماده ۶۲۱– هرکس به قصد مطالبه وجه یا مال یا به قصد انتقام یا به هر منظور دیگری به عنف یا تهدید یا حیله یا به هر نحو دیگر شخصاً یا توسطدیگری شخصی را برباید یا مخفی کند درصورتی‌که ارتکاب جرم به عنف یا تهدید باشد به حبس درجه چهار و در غیر این صورت به حبس درجه پنج محکوم خواهد شد درصورتی‌که سن مجنی‌علیه کمتر از پانزده سال تمام باشد یاربودن توسط وسایل نقلیه انجام پذیرد یا به مجنی علیه آسیب جسمی یا حیثیتی وارد شود، مرتکب به حداکثر مجازات تعیین شده محکوم خواهد شدو در صورت ارتکاب جرایم دیگر به مجازات آن جرم نیز محکوم می‌گردد.»

تعزیرات ۱۳۷۵ باید پس از احراز مماثلت با مثال‌های ذکر شده در آن ماده باشد تا جرم آدم‌ربایی تحقق یابد.»[۱] به تعبیر یکی از نویسندگان صاحب‌نام «در ماده ۶۲۱ تعزیرات منظور مقنن از عبارت «یا به هر منظور دیگر» «خارج ساختن انگیزه از مصادیق حصری صدر ماده و تمثیلی نمودن آن در وصف سوء بودن است.» (آقایی‌نیا، ۱۳۹۹، ص. ۲۰۶)

۲. سیر تحولات قانونی «رفتار انتسابی»

رفتار انتسابی در قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ امری بود که «مطابق قانون مجازات، آن امر جنحه یا جنایت محسوب شود.»[۲] درحالی‌که «خلاف» نیز نوعی «جرم» بود، قانون‌گذار از ذکر آن در کنار جنحه و جنایت ابا نمود. علت این امر چیزی جز تأکید وی بر جنبه «بدنام‌سازی» این بزه نبوده است؛ انتساب «جرایم خلافی» چندان واجد این خصیصه نبودند. از سوی دیگر باید گفت ذکر مطلق واژه «جرم» در قوانین تعزیرات پس از انقلاب اسلامی در شرایطی بوده است که با حذف تقسیم ثلاثی جرایم در نخستین سال‌های پس از پیروزی انقلاب اسلامی و نبود نظام درجه‌بندی شدت و ضعف جرایم، دست قانون‌گذار برای انتخاب جایگزین «جنحه و جنایت» بسته بوده است.[۳]

۳. اقتضای وحدت موضوع تبصره و صدر ماده

تاریخ قانون‌گذاری در ایران نشان از کاربردهای متنوع «تبصره»[۴] دارد اما به یقین بهترین کاربرد تبصره، بیان مستثنیات یک حکم است (ملک‌افضلی اردکانی، ۱۴۰۱-۱۴۰۲، ص. ۱۹) که طبعاً موضوع آن باید با موضوع حکم صدر ماده وحدت داشته باشد. تبصره ماده ۶۹۷ مقرر می‌دارد: «در مواردی که نشر آن امر اشاعه فحشا محسوب گردد هرچند بتواند صحت اسناد را ثابت نماید مرتکب به مجازات مذکور محکوم خواهد شد.» موضوع این تبصره «اشاعه فحشا» می‌باشد و بنا به آنچه گفته شد، منطقی‌ترین تفسیر برای حکم قانون‌گذار در صدر ماده نیز اشاعه انتسابی کذب به دیگران خواهد بود. به عبارت دیگر، تعیین مجازات برای اشاعه فحشا در تبصره ماده - که در فضای صدر ماده قابل تفسیر و تبیین است - بر پذیرش اصل «اشاعه» در صدر ماده دلالت دارد.

پس از ذکر ادله فوق، به‌عنوان مؤید نیز می‌توان به نظریه مشورتی ۷/۳۸۹۱ مورخ ۱۳۸۳/۰۵/۲۰ اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز اشاره نمود که در تأیید این دیدگاه چنین می‌گوید: «فلسفه وضع مواد ۶۹۷ و ۶۹۸

---

۱. نظریه مشورتی، ش. ۷/۹۶/۱۵۴۱، ۱۳۹۶/۵/۷.

۲. در قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ و اصلاحی ۱۳۵۲ جرایم از حیث شدت و ضعف مجازات به: جنایت، جنحه و خلاف تقسیم شده بود. در ماده ۷ قانون – اصلاحی ۱۳۵۲ – آمده بود: «جرم از حیث شدت و ضعف مجازات بر سه نوع است: ۱. جنایت، ۲. جنحه، ۳. خلاف» (روزنامه رسمی، ش. ۸۲۸۱، ۱۳۵۲/۳/۷) بر این اساس جرایم، به اعتبار نوع و میزان مجازاتی که برای آن‌ها مقرر شده بود قابل تشخیص بودند. این تقسیم‌بندی از جهت ماهوی بر شروع به جرم، تعدد و تکرار، آزادی مشروط، تعلیق تعقیب و اعاده حیثیت و از جهت شکلی بر صلاحیت دادگاه، تحقیقات مقدماتی، مرور زمان و اخذ تأمین از متهم تأثیرگذار بود.

۳. درجه‌بندی شدت و ضعف جرایم تعزیری در سال ۱۳۹۲ می‌تواند نقطه آغاز مناسبی برای نیل به تعیین یک نظام دقیق در این راستا باشد.

۴. واژه تبصره از مصادر باب تفعیل (تفعله) است به‌معنای بینا کردن؛ در مفهوم حقوقی ساخته قانون‌گذار ایرانی است (پیش از استفاده از واژه «تبصره» در قوانینی از کلمات «تنبیه» یا «توضیح» استفاده شده است.) (بیگ‌زاده، ۱۳۸۲، صص. ۶۰–۷۰).

قانون مجازات اسلامی جلوگیری از دادن نسبت‌های ناروا و انتشار اکاذیب و نتیجتاً لطمه زدن به حیثیت اشخاص است. طرق و وسایلی که به‌عنوان وسیله و ابزار ارتکاب جرم تعیین شده (روزنامه، نطق در مجامع، توزیع اوراق چاپی و خطی و...) معمولاً با تعداد و شمارگان بالا، نشر و توزیع می‌شود و در هر دو ماده آنچه که حایز اهمیت بوده و در واقع عنصر مادی جرایم فوق تلقی می‌شود، انتشار و توزیع است.»

نظر به قرائن و امارات پیش‌گفته می‌توان به این نتیجه نائل آمد که - بنا به ظن قوی - اشاعه انتساب جرم به دیگری، شرط تحقق بزه افترا می‌باشد. به تعبیر یکی از نویسندگان «از نظر قانون‌گذار، انتشار انتساب یک الزام است و لذا اگر کسی صریحاً جرمی را به کسی نسبت دهد ولی آن را به‌طور مستقیم به‌طرف برساند به‌گونه‌ای که دیگران مطلع نشوند، نمی‌توان جرم افترا را محقق دانست.» (آقایی‌نیا، ۱۳۹۹، ص. ۱۰۰) در نهایت، باید گفت با عنایت به دگرگونی‌های پیاپی در صنعت رسانه و ظهور و بروز وسایل متنوع ارتباط جمعی، ذکر عبارت «یا به هر وسیله دیگر» نشان از دوراندیشی قانون‌گذار داشته تا قانونی پاسخگوی اقتضاءات ازمنه مختلف داشته باشد. النهایه لازم بود به‌منظور اجتناب از اختلافات مورد اشاره در این نوشتار، عبارت پیش‌گفته، به‌صورت «یا به هر وسیله دیگر از این جنس» یا «یا با هر وسیله ارتباط جمعی دیگر» تدوین می‌شد.

محاسن دیدگاه شرطیت اشاعهٔ انتساب

در کنار ادله‌ای که برای دیدگاه قائل به شرطیت اشاعه انتساب ذکر شد، می‌توان محاسنی را برای اتخاذ این رویکرد برشمرد. این رویکرد هم با درون‌مایه افترا در اسلام یعنی «بدنام‌سازی» سازگاری بیشتری دارد، هم با احتیاط و قاعده درأ منطبق است، هم اینکه با اصل تفسیر قوانین کیفری به‌نفع متهم هم‌خوانی بیشتری دارد. ذیلاً به تبیین هریک از این محاسن پرداخته می‌شود.

۱. انطباق با درون‌مایهٔ افترا در اسلام

به یقین اصل چهارم قانون اساسی دربردارنده مهمترین سنجه قانون‌گذاری در جمهوری اسلامی ایران است که همانا اسلامی بودن قوانین می‌باشد.[۱] قرآن کریم به‌عنوان منبع اصلی احکام اسلام آنگاه که به بیان سرگذشت پیشینیان یا نقد تحولات اجتماعی عصر نزول می‌پردازد، پرونده‌های متعددی از افترا را پیش روی مخاطبان می‌گشاید. تأمل و تدبر در آیات مرتبط با بهتان و افترا در قرآن کریم ما را به آنجا رهنمون می‌شود که افترا رفتاری علیه حرمت و حیثیت اجتماعی افراد است؛ به‌گونه‌ای که جبران آن جز با تبرئه فرد از آن اتهام میسر نخواهد بود.

خداوند متعال در خصوص حضرت موسی (ع) می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ آذَوْا مُوسَى فَبَرَّأَهُ اللَّهُ مِمَّا قَالُوا» (احزاب: ۶۹)؛ یعنی «ای کسانی که ایمان آورده‌اید مانند کسانی نباشید که موسی را اذیت کردند پس خداوند او را از آنچه گفتند تبرئه نمود.» مفسران در مورد چیستی آن «اذیت» اتفاق نظر دارند که از

۱. به‌موجب اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.»

نوع بهتان و افترا بوده است؛ به‌عنوان مثال صاحب تفسیر المیزان تصریح دارد: «مراد از این اذیت، مطلق آزارهای زبانی و یا عملی نیست. گرچه مطلق آزار پیامبران حرام و مورد نهی است، ولی در خصوص آیه به قرینه جمله «فَبَرَّأَهُ اللَّهُ- خدا تبرئه‌اش کرد» مراد آزار از ناحیه تهمت و افتراء است، چون این اذیت است که رفع آن محتاج به تبرئه خدایی است.» (طباطبایی، ۱۴۱۷، ج. ۱۶، ص. ۳۷۴)

نمونه دیگر، ماجرای معروف به «حدیث افک» است که به‌روشنی بر تخریب شخصیت اجتماعی شخص قربانی بهتان دلالت دارد. خداوند متعال می‌فرماید: «وَلَوْلَا إِذْ سَمِعْتُمُوهُ قُلْتُمْ مَا يَكُونُ لَنَا أَنْ نَتَكَلَّمَ بِهَذَا سُبْحَانَكَ هَذَا بُهْتَانٌ عَظِيمٌ» (نور: ۱۶)؛ یعنی «چرا هنگامی‌که آن را شنیدید نگفتید: «ما حق نداریم که به این سخن تکلّم کنیم؛ خداوندا منزهی تو، این بهتان بزرگی است»؟! تا جایی که این رفتار را به‌صراحت مصداقی از «اشاعه زشتی در میان اهل ایمان» معرفی کرده می‌فرماید: «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ»؛ یعنی «کسانی که دوست دارند زشتی در میان کسانی که ایمان آورده‌اند، شیوع یابد، عذاب دردناکی در دنیا و آخرت دارند و خداوند می‌داند و شما نمی‌دانید.»

نمونه سوم به داستان حضرت یوسف (ع) مربوط است؛ آنجا که فرعون وقتی تعبیر خواب خویش را نزد یک زندانی به نام یوسف یافت، گفت: «ائْتُونِي بِهِ فَلَمَّا جَاءَهُ الرَّسُولُ قَالَ ارْجِعْ إِلَى رَبِّكَ فَاسْأَلْهُ مَا بَالُ النِّسْوَةِ اللَّاتِي قَطَّعْنَ أَيْدِيَهُنَّ إِنَّ رَبِّي بِكَيْدِهِنَّ عَلِيمٌ» (یوسف: ۵۰)؛ یعنی «او را نزد من آورید! پس هنگامی‌که فرستاده او نزد وی آمد گفت: به‌سوی صاحبت باز گرد، و از او بپرس ماجرای زنانی که دست‌های خود را بریدند چه بود؟ همانا خدای من به نیرنگ آن‌ها آگاه است.» مفسران دربارهٔ این رفتار یوسف گفته‌اند: «او می‌خواست نخست دربارهٔ علت زندانی شدنش تحقیق شود و بی‌گناهی و پاکدامنی‌اش کاملاً به ثبوت رسد و پس از تبرئه سر بلند آزاد گردد... آری؛ او به شرف و حیثیت خود بیش از آزادی اهمیت می‌داد.» (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج. ۹، صص. ۴۳۰-۴۳۱)

۲. انطباق با احتیاط و قاعدهٔ درأ

زیربنای قاعده درأ، احتیاط است. اهمیت احتیاط در زندگی مسلمانان چنان است که امیر مؤمنان، علی (ع) فرموده‌اند: «أخوكَ دِينُكَ، فاحْتَطْ لدِينِكَ بِمَا شِئت» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج. ۲۷، ص. ۱۶۷)؛ یعنی «برادر تو دین توست پس تا می‌توانی در مورد دینت احتیاط کن» و از امام صادق (ع) مروی است که فرموده‌اند: «خذْ بالاحْتياطِ فی جَميعِ ما تَجِدُ إلَيهِ سبيلاً» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج. ۲۷، ص. ۱۷۲)؛ یعنی «در همه کارهایی که برایت پیش می‌آید، احتیاط کن.» و چه کاری خطیرتر از قضاوت که در روایت است: «لِسَانُ الْقَاضِي بَيْنَ جَمْرَتَيْنِ مِنْ نَارٍ حَتَّى يَقْضِيَ بَيْنَ النَّاسِ فَإِمَّا إِلَى الْجَنَّةِ وَ إِمَّا إِلَى النَّارِ»؛ یعنی «زبان قاضی در میان دو پاره از آتش است تا اینکه میان مردم قضاوت می‌کند پس یا در بهشت است یا در آتش» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج. ۲۷، ص. ۲۱۴).

درأ در لغت به‌معنای دفع کردن (حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴، ج. ۱، ص. ۱۵۰؛ ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج. ۱، ص. ۷۱)، ساقط کردن و تعطیل کردن (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج. ۸، ص. ۶۰) آمده است و در اصطلاح فقه جزایی نیز در همین معنا به کار رفته است؛ نفی مجازات، به‌دلیل وجود شبهه در جرم بودن رفتار ارتکابی

(عمیدزنجانی و خاوری، ۱۳۸۴، ص. ۱۵۷)؛ چنان‌که در آیه ۸ سوره مبارکه نور آمده است: «وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ»؛ آن زن نیز می‌تواند کیفر (زنا) را از خود دور کند، به این طریق که چهار بار خدا را به شهادت طلبد که آن مرد (در این نسبتی که به او می‌دهد) از دروغگویان است و در روایت نبوی است که فرموده‌اند: «ادرئوا الحدود بالشبهات»؛ یعنی مجازات‌ها را با شبهات دفع نما». رویکرد قانون‌گذار به واژه حد در روایت مذکور، تسری آن به همه اقسام جرایم چه جرایم مستوجب حد چه سایر جرایم بوده است. ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی در این خصوص مقرر می‌دارد: «ماده ۱۲۰ - هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هریک از شرایط مسئولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود.»

اگر قرار است خطا و اشتباهی در امر قضاوت رخ دهد، بهتر آنکه این خطا در گستره شفقت و سماحت باشد نه در غلظت و سخت‌گیری. در روایات متعددی خطای حاکم در عدم عقاب مردم، افضل بر خطای او در مجازات کردن ایشان دانسته شده است؛ به‌عنوان نمونه روایت نبوی است که فرموده‌اند: «إنَّ الإمامَ لَأنْ يُخْطِئَ فی العَفوِ خَيرٌ مِن أنْ يُخْطئَ فی العُقوبَةِ» (متقی، ۱۴۰۱، ج. ۵، ص. ۳۰۹)؛ یعنی اگر حاکم از روی خطا عفو کند، بهتر از آن است که به خطا کیفر و عقوبت دهد یا از امام باقر (ع) است که فرموده‌اند: «اَلنّدامَةُ علیَ العَفوِ أفضَلُ وَ أيسَرُ مِنَ النَّدامَةِ عَلَى العُقوبَةِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج. ۱۲، ص. ۱۷۰)؛ یعنی پشیمانی از عفو و گذشت بهتر از پشیمانی از عقوبت است.

نیز در روایات فراوانی است که صاحبان قدرت را به اتخاذ رویکردهای ارفاقی و شفقت‌محور توصیه می‌کنند؛ به‌عنوان نمونه امام حسین (ع) فرموده‌اند: «إنَّ اَعفَی النّاسِ مَن عَفی عَن قُدرَةٍ.» (مجلسی، ۱۴۰۳، ج. ۷۴، ص. ۴۰۰)؛ یعنی باگذشت‌ترین مردم آن کسی است که با تکیه بر مسند قدرت، عفو داشته باشد یا از امام صادق (ع) است که فرموده‌اند: «اَلعَفوُ عِندَ القُدْرَةِ مِن سُنَنِ المُرسَلین و المُتّقین» (مجلسی، ۱۴۰۳، ج. ۷۱، ص. ۴۲۳)؛ یعنی عفو و گذشت در عین قدرت، روش پیامبران مرسل و متقیان پرهیزکار است.

با توجه به آنچه گذشت، رعایت احتیاط و پاسداشت قاعده درأ اقتضا دارد در مواردی که حرمت اجتماعی شاکی به‌واسطهٔ انتساب جرم به وی مخدوش نشده، بزه افترا را ثابت ندانیم.

۳. انطباق با اصل تفسیر قوانین کیفری به‌نفع متهم

از جمله نتایج اصل قانونی بودن جرم، اصل تفسیر قوانین کیفری به‌نفع متهم است. به‌موجب این اصل در مواردی که ماده‌ای از مواد قانون کیفری مبهم و مجمل و نیازمند تفسیر قضایی است، بر قاضی لازم است آن را به‌گونه‌ای تفسیر کند که به‌نفع متهمان باشد؛ به این بیان که افراد کمتری در دایره مجرمیت قرار بگیرند. در این بین گاه تفسیر مضیق قانون کیفری به‌نفع متهم است و گاهی به‌عکس، تفسیر موسع به‌نفع وی است (اردبیلی، ۱۳۹۹، ج. ۱، صص. ۵۲-۵۳).

قانون‌گذار در آخرین تغییرات ماده ۶۹۷، به نادرستی، مجازات افترا را هم‌اندازه مجازات توهین یعنی جزای نقدی درجه شش قرار داده است،[۱] درحالی‌که در نگاه عرف و قضاوت مردم، سرزنش‌پذیری افترا به‌مراتب بیشتر از توهین است؛ اگر بزه توهین غالباً نشان از شدت غضب و ناتوانی فرد بر مهار هیجانات خویش دارد، بزه افترا، در نظر عرف، نشان‌دهنده بی‌تقوایی و نامردمی شدید مرتکب است. در این شرایط یقیناً محکومیت متهم به توهین بازتاب‌های منفی کمتری نسبت به محکومیت وی به افترا دارد و بعید نیز نمی‌باشد که در بازنگری بعدی در مبحث توهین و افترا فاصله معناداری میان مجازات این دو بزه برقرار شود. بنا به آنچه گفته شد، تفسیر قانون به‌نفع متهم اقتضا دارد با شرط دانستن اشاعه انتساب، مصادیق فاقد این وصف را از ذیل عنوان افترا خارج و در دایره توهین قرار دهیم.

نتیجه‌گیری

برای تحقق بزه افترا وجود شرایطی لازم است که یکی از آن‌ها بدنام‌سازی بزه‌دیده و هتک حرمت اجتماعی بزه‌دیده از طریق «اشاعه انتساب ارتکاب جرم» به او می‌باشد. قانون‌گذار در مستند قانونی بزه افترا یعنی ماده ۶۹۷ از کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی این شرط را به‌صراحت ذکر نکرده اما با توجه به ادله، امارات و مؤیدات زیر می‌توان به شرطیت اشاعه نائل آمد:

اولاً با تنقیح مناط وسایل و طرق مذکور در ماده ۶۹۷ یعنی «اوراق چاپی یا خطی یا به‌وسیله درج در روزنامه و جرائد یا نطق در مجامع» می‌توان گفت متعلق حقیقی حکم در این ماده «بدنام‌سازی دیگری» است؛ چیزی که جز با اطلاع‌رسانی عمومی میسور نمی‌باشد. ثانیاً سیر تحولات «رفتار انتسابی» در نسخه‌های مختلف مستند قانونی بزه افترا بر تأکید قانون‌گذار بر جنبه «بدنام‌سازی» این بزه دلالت دارد. ثالثاً اقتضای وحدت حکم تبصره و صدر ماده در منطق قانون‌گذاری، مثبت لزوم وجود شرط اشاعه برای صدر ماده است.

باورمندی به شرطیت «اشاعه انتساب ارتکاب جرم» محاسن متعددی دارد: از سویی این دیدگاه با درون‌مایه افترا در اسلام یعنی «بدنام‌سازی» انطباق دارد و از سوی دیگر با بایسته‌هایی همچون احتیاط، قاعده درأ و اصل تفسیر قوانین کیفری به‌نفع متهم منطبق می‌باشد.

به‌عنوان الگویی مناسب برای تقنین در این موضوع می‌توان به ماده ۱۸۷ از مجموعه قوانین و مقررات کیفری آلمان مصوب ۱۵ مه ۱۸۷۱ با اصلاحات بعدی[۲] اشاره نمود که علاوه بر تصریح به شرط «ورود آسیب به وجهه قربانی جرم در افکار عمومی» یا همان «بدنام‌سازی بزه‌دیده»، دو حالت اشاعه و عدم اشاعه انتساب را با قید «ارتکاب در ملأ عام یا در جلسه عمومی یا از طریق انتشار مطالب مکتوب» از یکدیگر تفکیک نموده و برای فرض اشاعه، مجازات شدیدتری در نظر گرفته است.

---

۱. ر.ک. بند «ج» ماده ۱ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، مصوب ۱۳۹۹/۲/۲۳ (روزنامه رسمی، ش. ۲۱۹۱۶، ۱۳۹۹/۳/۲۶).

۲. «ماده ۱۸۷– هرکس به‌رغم اطلاع کافی‌اش، مطلب خلاف واقعی را در ارتباط با شخص دیگری اظهار یا منتشر نماید که احتمال دارد او را در افکار عمومی خوار و حقیر سازد یا اعتبار او را به مخاطره اندازد، به مجازات حبسی که بیشتر از دو سال نخواهد بود یا جریمه مالی محکوم خواهد شد و درصورتی‌که جرم مذکور در ملاء عام، در جلسه عمومی یا از طریق انتشار مطالب مکتوب (بند ۳ ماده ۱۱) ارتکاب یابد، مجرم به مجازات حبسی که بیشتر از پنج سال نخواهد بود یا جریمه مالی محکوم خواهد شد.»

منابع

قرآن کریم.

آقایی‌نیا، حسین. (۱۳۹۲). حقوق کیفری اختصاصی: جرایم علیه اشخاص (شخصیت معنوی). تهران: میزان.

آقایی‌نیا، حسین. (۱۳۹۹). جرایم علیه اشخاص (شخصیت معنوی). تهران: میزان.

ابن‌منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دار الفکر للطباعه و النشر و التوزیع - دار صادر.

اردبیلی، محمدعلی. (۱۳۹۹). حقوق جزای عمومی. تهران: میزان.

انصاری، باقر. (۱۳۹۲). «حمایت از حرمت اشخاص در برابر آزادی بیان». فصلنامه رسانه، (۹۳).

بیگ‌زاده، رجب. (۱۳۸۲). شیوه¬ نامه نگارش قانون. تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام.

حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعه فی أحکام الشریعه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

دهخدا، علی‌اکبر. (۱۳۷۷). لغت‌نامه دهخدا. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

روزنامه رسمی کشور. (۲۳/۰۸/۱۳۶۲، ۰۷/۰۳/۱۳۵۲، ۰۴/۰۴/۱۳۷۵، ۲۶/۰۳/۱۳۹۹). روزنامه رسمی کشور.

زراعت، عباس. (۱۳۹۲). حقوق جزای اختصاصی (۱): جرایم علیه اشخاص. تهران: جاودانه، جنگل.

سامانه اداره‌کل حقوقی قوه قضاییه. (بی‌تا). سامانه اداره کل حقوقی قوه قضاییه. بازیابی از www.edarehoquqy.eadl.ir

سامانه روزنامه رسمی کشور. (بی‌تا). سامانه روزنامه رسمی کشور. بازیابی از www.rrk.ir

سامانه قوانین جمهوری آلمان. (بی‌تا). سامانه قوانین جمهوری آلمان. بازیابی از www.gesetze-im-internet.de

سامانه ملی آراء قضایی. (بی‌تا). سامانه ملی آراء قضایی. بازیابی از www.ara.jri.ac.ir

سامانه نشست‌های قضایی. (بی‌تا). سامانه نشست‌های قضایی. بازیابی از www.neshast.org

شامبیاتی، هوشنگ. (۱۳۹۳). حقوق جزای اختصاصی (۱) (جرایم علیه اشخاص). تهران: مجد.

شرتونی، سعید. (۱۳۷۴). أقرب الموارد فی فصح العربیه و الشوارد. تهران: اداره اوقاف و امور خیریه - دار الأسوه.

صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد. (۱۴۱۴ق). المحیط فی اللغه. بیروت: عالم الکتب.

طباطبایی، محمدحسین. (۱۴۱۷ق). المیزان فی تفسیر القرآن. قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

عاملی، محمد بن مکی. (۱۴۱۰ق). اللمعه الدمشقیه فی فقه الإمامیه. بیروت: دار التراث - الدار الاسلامیه.

عمید زنجانی، عباسعلی؛ خاوری، یعقوب. (۱۳۸۴). واژه‌نامه تفصیلی فقه جزا. مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). کتاب العین. قم: نشر هجرت.

فیض، علیرضا. (۱۳۹۱). مبادی فقه و اصول. تهران: دانشگاه تهران.

قلی‌زاده، احمد. (۱۳۷۹). واژه‌شناسی اصطلاحات اصول فقه. تهران: بنیاد پژوهش‌های علمی – فرهنگی نور الاصفیاء.

کلانتری، علی‌اکبر. (۱۳۸۲). «تنقیح مناط». فقه، ۱۰(۳۵).

متقی، علی بن حسام‌الدین. (۱۴۰۱ق). کنز العمال فی سنن الأقوال و الأفعال. بیروت: مؤسسه الرساله.

مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی. (۱۴۰۳ق). بحار الانوار. قم: مؤسسه الوفاء.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۴). تفسیر نمونه. تهران: دارالکتب الاسلامیه.

ملک‌افضلی اردکانی، مجتبی. (۱۴۰۱-۱۴۰۲). تقریرات درس اصول و فنون قانونگذاری. یزد: دانشگاه یزد.

میرمحمدصادقی، حسین. (۱۴۰۱). حقوق جزای اختصاصی (۴)، جرایم علیه شخصیت معنوی اشخاص. تهران: میزان.
نجار، محمدعلی؛ مصطفی، ابراهیم؛ زیات، احمدحسن. (۱۹۸۹). المعجم الوسیط. استانبول: دارالدعوه.
نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
واسطی، زبیدی؛ حنفی، محب‌الدین؛ حسینی، محمد مرتضی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: دار الفکر للطباعه و النشر و التوزیع.
ولایی، عیسی. (۱۳۸۷). فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول. تهران: نشر نی.

References

The Holy Qur'an.

Āqāyī-Niyā, Ḥusayn. (1392 SH [2013/2014 CE]). *Ḥuqūq-i kayfarī-yi ikhtiṣāṣī: Jarāyim ʿalayh-i ashkhāṣ (shakhṣiyyat-i maʿnavī)* [Specific criminal law: Crimes against persons (moral personality)]. Tehran: Mīzān. (in Persian)

Āqāyī-Niyā, Ḥusayn. (1399 SH [2020/2021 CE]). *Jarāyim ʿalayh-i ashkhāṣ (shakhṣiyyat-i maʿnavī)* [Crimes against persons (moral personality)]. Tehran: Mīzān. (in Persian)

Ibn Manẓūr, Abū al-Faḍl Jamāl al-Dīn Muḥammad ibn Mukarram. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Lisān al-ʿArab*. Beirut: Dār al-Fikr lil-Ṭibāʿah wa-al-Nashr wa-al-Tawzīʿ – Dār Ṣādir. (in Arabic)

Ardabīlī, Muḥammad ʿAlī. (1399 SH [2020/2021 CE]). *Ḥuqūq-i jazā-yi ʿumūmī* [General criminal law]. Tehran: Mīzān. (in Persian)

Anṣārī, Bāqir. (1392 SH [2013/2014 CE]). Ḥimāyat az ḥurmat-i ashkhāṣ dar barābar-i āzādī-yi bayān [Protection of personal dignity against freedom of expression]. *Faṣlnāmah-ʾi Rasānah*, (93). (in Persian)

Bīg-Zādah, Rajab. (1382 SH [2003/2004 CE]). *Shīvah-nāmah-ʾi nigārish-i qānūn* [Style manual for drafting legislation]. Tehran: Markaz-i Pizhūhish-hā-yi Majlis-i Shūrā-yi Islāmī. (in Persian)

Ḥurr al-ʿĀmilī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. (1409 AH [1988/1989 CE]). *Wasāʾil al-Shīʿah*. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt (ʿa). (in Arabic)

Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf ibn Muṭahhar. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Mukhtalif al-Shīʿah fī aḥkām al-sharīʿah*. Qom: Daftār-i Intishārāt-i Islāmī Vābastah bih Jāmiʿah-ʾi Mudarrisīn-i Ḥawzah-ʾi ʿIlmiyyah-ʾi Qum. (in Arabic)

Dihkhudā, ʿAlī-Akbar. (1377 SH [1998/1999 CE]). *Lughat-nāmah-ʾi Dihkhudā* [Dehkhoda dictionary]. Tehran: Muʾassasah-ʾi Intishārāt va Chāp-i Dānishgāh-i Tihrān. (in Persian)

Rūznāmah-ʾi Rasmī-yi Kishvar. (1352/03/07, 1362/08/23, 1375/04/04, 1399/03/26 SH [1973, 1983, 1996, 2020 CE]). *Rūznāmah-ʾi Rasmī-yi Kishvar* [The Official Gazette of the Country]. (in Persian)

Zirāʿat, ʿAbbās. (1392 SH [2013/2014 CE]). *Ḥuqūq-i jazā-yi ikhtiṣāṣī (1): Jarāyim ʿalayh-i ashkhāṣ* [Specific criminal law (1): Crimes against persons]. Tehran: Jāvdānah, Jangal. (in Persian)

Sāmānah-ʾi Idārah-ʾi Kull-i Ḥuqūqī-yi Quvvah-ʾi Qaḍāʾiyyah. (n.d.). *Sāmānah-ʾi Idārah-ʾi Kull-i Ḥuqūqī-yi Quvvah-ʾi Qaḍāʾiyyah* [Portal of the General Legal Bureau of the Judiciary]. Retrieved from www.edarehoquqy.eadl.ir (in Persian)

Sāmānah-ʾi Rūznāmah-ʾi Rasmī-yi Kishvar. (n.d.). *Sāmānah-ʾi Rūznāmah-ʾi Rasmī-yi Kishvar* [Portal of the Official Gazette of the Country]. Retrieved from www.rrk.ir (in Persian)

Sāmānah-ʾi Qavānīn-i Jumhūrī-yi Ālmān. (n.d.). *Sāmānah-ʾi Qavānīn-i Jumhūrī-yi Ālmān* [Portal of German Federal Laws]. Retrieved from www.gesetze-im-internet.de (in Persian)

Sāmānah-ʾi Millī-yi Ārāʾ-i Qaḍāʾī. (n.d.). *Sāmānah-ʾi Millī-yi Ārāʾ-i Qaḍāʾī* [National database of judicial decisions]. Retrieved from www.ara.jri.ac.ir (in Persian)

Sāmānah-ʾi Nishast-hā-yi Qaḍāʾī. (n.d.). *Sāmānah-ʾi Nishast-hā-yi Qaḍāʾī* [Judicial meetings database]. Retrieved from www.neshast.org (in Persian)

Shāmbayātī, Hūshang. (1393 SH [2014/2015 CE]). *Ḥuqūq-i jazā-yi ikhtiṣāṣī (1) (jarāyim ʿalayh-i ashkhāṣ)* [Specific criminal law (1) (crimes against persons)]. Tehran: Majd. (in Persian)

Shartūnī, Saʿīd. (1374 SH [1995/1996 CE]). *Aqrab al-mawārid fī fuṣaḥ al-ʿArabiyyah wa-al-shawārid*. Tehran: Idārah-ʾi Awqāf va Umūr-i Khayriyyah – Dār al-Uswah. (in Arabic)

Ṣāḥib ibn ʿAbbād, Ismāʿīl ibn ʿAbbād. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Al-Muḥīṭ fī al-lughah*. Beirut: ʿĀlam al-Kutub. (in Arabic)

Ṭabāṭabāʾī, Muḥammad Ḥusayn. (1417 AH [1996/1997 CE]). *Al-Mīzān fī tafsīr al-Qurʾān*. Qom: Daftār-i Intishārāt-i Islāmī Jāmiʿah-ʾi Mudarrisīn-i Ḥawzah-ʾi ʿIlmiyyah-ʾi Qum. (in Arabic)

ʿĀmilī, Muḥammad ibn Makkī. (1410 AH [1989/1990 CE]). *Al-Lumʿah al-Dimashqiyyah fī fiqh al-Imāmiyyah*. Beirut: Dār al-Turāth – Al-Dār al-Islāmiyyah. (in Arabic)

ʿAmīd Zanjānī, ʿAbbās-ʿAlī, & Yaʿqūb Khāvarī. (1384 SH [2005/2006 CE]). *Vāzhah-nāmah-ʾi taſṣīlī-yi fiqh-i jazā* [Detailed glossary of criminal jurisprudence]. Mashhad: Dānishgāh-i ʿUlūm-i Islāmī-yi Raḍavī. (in Persian)

Farāhīdī, Khalīl ibn Aḥmad. (1410 AH [1989/1990 CE]). *Kitāb al-ʿAyn*. Qom: Nashr-i Hijrat. (in Arabic)

Fayḍ, ʿAlī-Riḍā. (1391 SH [2012/2013 CE]). *Mabādī-yi fiqh va uṣūl* [Principles of Islamic jurisprudence and legal theory]. Tehran: Dānishgāh-i Tihrān. (in Persian)

Qulī-Zādah, Aḥmad. (1379 SH [2000/2001 CE]). *Vāzhah-shināsī-yi iṣṭilāḥāt-i uṣūl-i fiqh* [Terminology of principles of Islamic jurisprudence]. Tehran: Bunyād-i Pizhūhish-hā-yi ʿIlmī-Farhangī-yi Nūr al-Aṣfiyāʾ. (in Persian)

Kalāntarī, ʿAlī-Akbar. (1382 SH [2003/2004 CE]). Tanqīḥ-i manāṭ [Extraction of ratio decidendi]. *Fiqh*, 10(35). (in Persian)

Muttaqī, ʿAlī ibn Ḥusām al-Dīn. (1401 AH [1980/1981 CE]). *Kanz al-ʿummāl fī sunan al-aqwāl wa-al-afʿāl*. Beirut: Muʾassasat al-Risālah. (in Arabic)

Majlisī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī. (1403 AH [1982/1983 CE]). *Biḥār al-anwār*. Qom: Muʾassasat al-Wafāʾ. (in Arabic)

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. (1374 SH [1995/1996 CE]). *Tafsīr-i nimūnah*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Persian)

Malik-Afḍalī Ardakānī, Mujtabá. (1401–1402 SH [2022–2024 CE]). *Taqrīrāt-i dars-i uṣūl va funūn-i qānūngudharī* [Lecture notes on principles and techniques of legislation]. Yazd: Dānishgāh-i Yazd. (in Persian)

Mīr-Muḥammad-Ṣādiqī, Ḥusayn. (1401 SH [2022/2023 CE]). *Ḥuqūq-i jazā-yi ikhtiṣāṣī (4), jarāyim ʿalayh-i shakhṣiyyat-i maʿnavī-yi ashkhāṣ* [Specific criminal law (4), crimes against the moral personality of persons]. Tehran: Mīzān. (in Persian)

Najjār, Muḥammad ʿAlī, Ibrāhīm Muṣṭafá, & Aḥmad Ḥasan Zayyāt. (1989 CE). *Al-Muʿjam al-wasīṭ*. Istanbul: Dār al-Daʿwah. (in Arabic)

Najafī, Muḥammad Ḥasan. (1404 AH [1983/1984 CE]). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ Sharāʾiʿ al-Islām*. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)

Nishast-i Qażāʾī. (1398 SH [2019 CE]). *Ṣūratjalsah-yi nishast-i qażāʾī: Nashr yā ʿadam-i nashr dar iftirāʾ* [Minutes of the judicial meeting: Publication or non-publication in defamation] (Meeting Code: 1399-7133). Judiciary of the Islamic Republic of Iran, Mazandaran, Chalus. (in Persian)

Wāsiṭī, Zubaydī, Muḥibb al-Dīn Ḥanafī, & Sayyid Muḥammad Murtaḍá Ḥusaynī. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Tāj al-ʿarūs min jawāhir al-qāmūs*. Beirut: Dār al-Fikr lil-Ṭibāʿah wa-al-Nashr wa-al-Tawzīʿ. (in Arabic)

Valāʾī, ʿĪsá. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Farhang-i tashrīḥī-yi iṣṭilāḥāt-i uṣūl* [Descriptive dictionary of legal theory terms]. Tehran: Nashr-i Ney. (in Persian)

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

Critical Analysis of Proving Zinā by Video Evidence in Islamic Jurisprudence and Positive Law: Reconsidering Articles 160, 161, 162, 211, and 212 of the Islamic Penal Code

Muhammad Kazem Tavakkoli Eslami[1]✉, Seyed Mahmoud Halataee[2], Muhammad Reza Rasouli[3]

1. *Corresponding Author*, PhD Student in Jurisprudence and Islamic Law, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: m.k.tavakkoli@ut.ac.ir
2. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Islamic Law, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: smhalataee@ut.ac.ir
3. MA Student in Jurisprudence and Islamic Law, Farabi Campus, University of Tehran, Qom, Iran. Email: rasouli.reza.moh@ut.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received
06 January 2024
Received in revised form
12 March 2024
Accepted
24 March 2024
Available online
22 June 2026

Keywords:
proof of zinā by video,
Islamic Penal Code,
judicial knowledge,
rational proof

ABSTRACT

Iran's Islamic Penal Code recognizes judicial knowledge as an independent and exceptionally powerful means of proof. One consequence is the apparent possibility of proving zinā through video evidence where the recording generates certainty for the judge. This article examines the fiqhi validity of that result through a descriptive-critical analysis of the evidentiary foundations of judicial knowledge. It argues, first, that contrary to the dominant juristic view, a judge's personal knowledge is not universally valid and that zinā cannot, in the domain of rights belonging purely to God, be established solely by video. Second, where a case implicates private rights, the validity of judicial knowledge may arise not from a specific transmitted proof but from a rational argument based on the correlation between reason and revealed law. Reason condemns a rule that would disregard clear video evidence where doing so destroys a victim's right, emboldens offenders, and facilitates crime. Such rational validation applies only where the matter concerns private rights and the evidentiary basis is manifest and generally persuasive. The scope of any resulting punishment depends on the scope of the rational condemnation. Articles 160, 161, 162, 211, and 212 therefore require substantial revision.

Cite this article: Tavakkoli Eslami, M. K., Halataee, S. M., & Rasouli, M. R. (2026). Critical analysis of proving zinā by video evidence in Islamic jurisprudence and positive law: Reconsidering Articles 160, 161, 162, 211, and 212 of the Islamic Penal Code. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, *20*(1), 73-100. https://doi.org/10.22034/fvh.2024.17798.1898

© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: https://doi.org/10.22034/fvh.2024.17798.1898

Introduction

Articles 160, 161, 162, 211, and 212 of the Islamic Penal Code give judicial knowledge a prominent position among criminal proofs. Article 211 limits such knowledge to certainty arising from manifest evidentiary grounds, while Articles 161 and 212 allow it, in appropriate circumstances, to prevail over other legal proofs. Article 162 also permits evidence lacking complete formal conditions to operate as a judicial indication where, together with other circumstances, it produces judicial knowledge.

This structure makes the proof of zinā through video legally conceivable and has supported severe judgments in practice. The fiqhi question, however, is whether the judge may act on such knowledge at all and, even if the general authority exists, whether the special evidentiary rules of zinā displace it. The article accordingly examines both the existence of a general basis for adjudication by knowledge and the possible operation of specific restrictions governing zinā.

Methodology

The study uses critical analysis of primary fiqhi documentation. Library sources and electronic databases were systematically examined to collect juristic arguments and first-hand texts. The relevant doctrines were then evaluated through principles of law and uṣūl al-fiqh, with particular attention to the distinction between ḥuqūq Allāh and ḥuqūq al-nās, the evidentiary status of certainty, and the rational rule correlating sound reason with revealed law.

Literature Review

No prior study has addressed the precise problem in the same form. Existing writings generally discuss judicial knowledge in broad terms and often accept the dominant opinion without sustained criticism. Some merely list the traditional proofs and conclude by reproducing the view permitting adjudication on the basis of personal knowledge. The present article differs by testing both the textual foundations and the special evidentiary structure of zinā, and by proposing a limited rational basis for judicial knowledge in matters involving private rights.

Findings

The transmitted evidence does not establish universal authority for a judge's personal or typical knowledge. In matters belonging purely to God, including ordinary cases of zinā that do not directly violate an individual right, even clear video evidence cannot by itself establish the offense under the Sharīʿa. Texts relied upon for adjudication by knowledge either concern exceptional cases, relate to the infallible Imam, or are restricted by other evidence.

A rational specification may nevertheless validate manifest judicial knowledge in matters of private right. Where disregarding clear evidence would

destroy an individual's right and foster serious injustice, independent reason condemns non-recognition, and the rational–legal correlation supplies legal authority. The evidence must be clear, generally persuasive, and free from a substantial risk of fabrication or corruption. Even then, the legal consequence extends only as far as the rational condemnation. In rape, for example, the private-right dimension may justify proving both the violation and its penal consequences; where the private right is merely collateral, such as a contractual consequence triggered by adultery, the conduct and the private-law consequence may be proved without necessarily establishing the ḥadd.

Discussion

The analysis requires a disciplined separation between the proof of conduct, the protection of private rights, and the imposition of a fixed punishment. Treating video as automatically sufficient because it persuades the judge collapses these distinct questions. Conversely, a categorical refusal to consider manifest evidence in every private-right case may produce consequences that reason and justice cannot accept.

A workable statutory approach should therefore define who may rely on personal knowledge, what forms of evidence are sufficiently manifest, and what procedural safeguards are required. Institutional review, disclosure of the evidentiary basis, and reasoned explanation of any conflict with formal proofs are necessary to reduce suspicion and prevent abuse.

Conclusion

Judicial knowledge lacks absolute validity in proving zinā, and video evidence alone cannot establish the offense in the domain of pure divine rights. A limited exception may be justified in matters of private right through a rational argument grounded in the correlation between reason and revelation, provided that the evidentiary basis is clear and generally persuasive. The scope of the legal consequence must correspond to the scope of the private right and the rational condemnation. The broad language of Articles 160, 161, 162, 211, and 212 should therefore be consolidated and qualified to reflect these distinctions.

Declarations

Author Contributions: Muhammad Kazem Tavakkoli Eslami collected the data, analyzed and criticized the competing views, and drafted the article. Seyed Mahmoud Halataee provided scholarly consultation. Muhammad Reza Rasouli proposed the initial research idea.

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 financial support from public, commercial, or not-for-profit funding bodies.

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

Declaration of Generative AI and AI-assisted Technologies: The authors declared that no artificial intelligence, including paraphrasing tools, was used in the writing process.

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

تحلیل انتقادی اثبات‌پذیری زنا با فیلم از منظر فقه و حقوق موضوعه؛ نقدی بر اطلاق مواد ۱۶۰، ۱۶۱، ۱۶۲، ۲۱۱ و ۲۱۲ قانون مجازات اسلامی

محمدکاظم توکلی اسلامی[۱]✉، سید محمود هل‌اتایی[۲]، محمدرضا رسولی[۳]

۱. *نویسندهٔ مسئول*، دانشجوی دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: m.k.tavakkoli@ut.ac.ir
۲. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: smhalataee@ut.ac.ir
۳. دانشجوی کارشناسی ارشد، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران. رایانامه: rasouli.reza.moh@ut.ac.ir

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۱۶
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۲/۲۲
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۱/۰۵
تاریخ انتشار: ۱۴۰۵/۰۴/۰۱

کلیدواژه‌ها:
اثبات پذیری زنا با فیلم،
قانون مجازات اسلامی،
علم قاضی،
دلیل عقلی

چکیده

قانون مجازات اسلامی نه‌تنها اعتبار علم قاضی را پذیرفته، که آن را نیرومندترین دلیل در میان ادلهٔ اثبات دعاوی می‌داند. پیامد آشکار این رویکرد، اثبات‌پذیری زنا با فیلم به‌عنوان یکی از اسباب ایجاد علم در محاکم قضایی ایران است. آنچه دغدغهٔ نگارندگان را سبب شده است، جنبهٔ فقهی این چالش است. نگارندگان این مقاله با روش توصیفی- انتقادی، به اعتبارسنجی علم دادرس در اثبات زنا پرداخته‌اند. پژوهش‌ها نشان می‌دهد که اولاً براساس تحلیل مستندات فقهی، علم دادرس، برخلاف عقیدهٔ مشهور فقیهان، مطلقاً معتبر نبوده و زنا با فیلم قابل اثبات نیست. ثانیاً درصورتی‌که پدیدهٔ حقوقی، جنبهٔ حق‌الناسی داشته باشد، نه دلیل شرعی، که تنها دلیل عقلیِ مبتنی بر ملازمه میان عقل و شرع می‌تواند علم قاضی را اعتبار بخشد؛ زیرا عقل مستقلاً درمی‌یابد که منع اعتبار علم حاصل از فیلم در واقعه‌ای که شخصی در آن بزه‌دیده است، موجب از بین رفتن حق او و نیز جری شدن مجرمان و گسترش جرایم در جامعه خواهد بود. تقبیح مستقل عقل، صغرای قاعدهٔ ملازمه میان حکم عقل و شرع را تشکیل می‌دهد و حکم شرع را نیز همگام با خود می‌کند. بنابراین عقل با دو شرط، عمل قاضی به علم شخصی را از حیّز منع خارج می‌سازد: یکی آنکه در حقوق‌الناس باشد و دیگری اینکه مستند علم مانند فیلم، بیّن و سبب اقناع نفسی همگان باشد. همچنین جواز استناد دادرس به علم شخصی، بستگی کامل به قلمروی تقبیح عقلی دارد؛ گاهی عقل افزون بر تقبیح عدم اثبات اصل زنا با فیلم، عدم اثبات حد را نیز تقبیح می‌کند. گاهی نیز عقل تنها به تقبیح اصل عدم اثبات زنا بسنده می‌کند به‌گونه‌ای که مجازات حدی قابل اثبات نیست. ازاین‌رو، اطلاق مواد ۱۶۰، ۱۶۱، ۱۶۲، ۲۱۱ و ۲۱۲ قانون مجازات اسلامی که پیرامون علم قاضی است، نیازمند اصلاحات جدی می‌باشد.

استناد: توکلی اسلامی، محمدکاظم؛ هل‌اتایی، سید محمود؛ و رسولی، محمدرضا. (۱۴۰۵). تحلیل انتقادی اثبات‌پذیری زنا با فیلم از منظر فقه و حقوق موضوعه (نقدی بر اطلاق مواد ۱۶۰، ۱۶۱، ۱۶۲، ۲۱۱ و ۲۱۲ قانون مجازات اسلامی). مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ۲۰(۱)، ۷۳-۱۰۰. https://doi.org/10.22034/fvh.2024.17798.1898

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

مقدمه

اگرچه ممکن است زنایی که به‌وسیلهٔ فیلم اثبات شده، در دیوان عالی یا در جریان اعادهٔ دادرسی، به‌سبب رخداد شبهاتی نقض شود، اما به‌هرروی، با توجه به‌اینکه قانون کنونی علم قاضی را به‌عنوان یکی از ادلهٔ اثبات دعاوی کیفری پذیرفته است، اثبات زنا با فیلم ثبوتاً ممکن است و در موارد قابل توجهی نیز حکم تازیانه و اعدام (متناسب با نوع زنا) با استناد به فیلم (به‌عنوان یکی از اسباب متعارف علم) در دیوان عالی تأیید شده است (شماره دادنامه قطعی: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۸۴۰۰۹۷۸). ماده ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی علم قاضی را یکی از ادلهٔ اثبات جرم برمی‌شمارد: «ادله اثبات جرم عبارت از اقرار، شهادت، قسامه و سوگند در موارد مقرر قانونی و علم قاضی است». بدواً، مستفاد از اطلاق این ماده، طریقیت علم قاضی است اما به‌زودی قانون‌گذار در ماده ۲۱۱، با تقیید علم دادرس به‌یقین حاصل از مستندات بیّن، اولاً اعلام می‌دارد که علم دادرس در آیین کیفری ایران به‌شکل طریقی موضوعی اخذ شده است نه طریقی و ثانیاً نشان می‌دهد که دادرس قانوناً حق ندارد برپایهٔ مطلق یقین حکم صادر نماید بلکه لازم است ریشهٔ علم او، امارات متعارفی باشد که نوعاً سبب پیدایش یقین است. قانون مجازات نه‌تنها اعتبار علم قاضی را با آغوشی باز پذیرفته، بلکه بیشترین وزن را در میان ادلهٔ اثباتی، برای علم قاضی قائل شده است به‌گونه‌ای که نیروی اثباتی سایر ادله را منوط به عدم تعارض با علم قاضی می‌داند. ماده ۱۶۱ قانون مجازات اعلام می‌دارد: «در مواردی که دعوای کیفری با ادله شرعی از قبیل اقرار و شهادت که موضوعیت دارد، اثبات می‌شود، قاضی به استناد آن‌ها رأی صادر می‌کند مگر اینکه علم به‌خلاف آن داشته باشد». نیز ماده ۲۱۲ بیان می‌کند: «درصورتی‌که علم قاضی با ادله قانونی دیگر در تعارض باشد، اگر علم، بیّن باقی بماند، آن ادله برای قاضی معتبر نیست و قاضی با ذکر مستندات علم خود و جهات رد ادله دیگر، رأی صادر می‌کند. چنانچه برای قاضی علم حاصل نشود، ادله قانونی معتبر است و براساس آن‌ها رأی صادر می‌شود». این دو ماده هم‌سو با فتوای امام خمینی (ره) در علم قاضی می‌باشد: «قاضی جایز است که به علمش – بدون بیّنه یا اقرار یا قسم – در حقوق مردم، بلکه در حقوق خدای متعال حکم نماید. بلکه اگر بیّنه، مخالف علم او بود حکم براساس بیّنه جایز نیست». جایگاه فربه علم قاضی در قانون مجازات، نقش ترمیمی نیز ایفا می‌کند و به عقیدهٔ قانون‌گذار می‌تواند اماره‌ای را که از لحاظ کمی یا کیفی فاقد شرایط لازم است، معتبر سازد، مشروط به اینکه برآیند جمع آن با سایر امارات، علم قاضی باشد. ماده ۱۶۲ قانون مجازات چنین ابراز می‌کند: «هرگاه ادله‌ای که موضوعیت دارد فاقد شرایط شرعی و قانونی لازم باشد، می‌تواند به‌عنوان اماره قضائی مورد استناد قرار گیرد مشروط بر اینکه همراه با قرائن و امارات دیگر، موجب علم قاضی شود».

روی‌هم‌رفته، فرادید داشتن مواد قانونی پنج‌گانه نشان می‌دهد که تحقق زنا به‌وسیلهٔ فیلم قانوناً اثبات‌پذیر است. برخی از نویسندگان حقوقی با دست‌آویز قرار دادن این نکته که قانون‌گذار در شمار ادلهٔ مثبت زنا، به‌علم قاضی اشاره نکرده است، عدم نفوذ علم قاضی در اثبات زنا را نتیجه گرفته‌اند (کلانتری، ۱۳۸۶، ص. ۳۱۴). گو ایشان، عدم اشارهٔ قانون‌گذار را به منزلهٔ مخصصی بر عمومات حجیت علم قاضی تلقی کرده‌اند. جدای از اینکه شمارش ادلهٔ اثبات زنا در قانون کنونی وجود ندارد، نقدی که بر این خوانش وارد می‌باشد، این است که از لحاظ اصولی، تقیید اطلاق در خطابات قانونی، زمانی ممکن است که مطلق/مقید و عام/خاص از لحاظ سلب

و ایجاب متفاوت باشند اما اگر که هر دو ایجابی باشند، عام به وسیلهٔ خاص تخصیص نمی‌خورد (آشتیانی، ۱۴۳۰، ج. ۷، ص. ۴۶۱؛ انصاری، ۱۴۲۶، ج. ۳، ص. ۳۶۷؛ هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۹۵، ج. ۱، ص. ۳۶۷؛ اعتمادی، ۱۴۱۸، ج. ۱، ص. ۲۸۶). لذا از منظر حقوق جنایی ایران، زنا با فیلم قابل اثبات است و همین سبب دغدغه شده است؛ پرسش این است که بر چه اساس و چگونه ممکن است هم‌سو با قانون مجازات و نظریهٔ مشهور فقیهان، زنا را به‌پشتوانهٔ فیلم، شرعاً محقق دانست؟ هم‌سویی با قانون مجازات و نظریهٔ مشهور وابسته به توافر دو شرط است؛ یکی اینکه مستفاد از ادله، جواز عمل قاضی به علم خود باشد (وجود مقتضی) و دیگری آنکه روایات پیرامون زنا با لسان حکومت، اعتبار قطع قاضی را در این مقوله سلب نکرده باشند (عدم مانع). نگارندگان با رویکردی تحلیلی-انتقادی و با پیش‌فرض گریزی حداکثری به واکاوی فقهی هر دو شرط می‌پردازند. در صورت انتفای هر یک از این دو، حکم به تحقق زنا براساس فیلم نامشروع بوده و قانون مجازات به جد نیازمند اصلاحات خواهد بود.

اما در پیوند با پیشینهٔ پژوهش، تاکنون مقاله‌ای با این عنوان منتشر نشده است. هرچند به‌صورت کلی‌تر پیرامون علم قاضی مقالاتی نگاشته شده است ولی افزون بر اینکه نتیجه‌گیری‌ها همپوش با دیدگاه‌های پژوهش پیش‌رو نیست، این مقالات از فقدان حیثیت استدلالی، اجمال، فقدان نقد و سرسپردگی در برابر نظریات مشهور رنج می‌برند. یکی از نویسندگان تنها به یادکرد اجمالی ادله پرداخته و در پایان با پیش نهادن دیدگاه امام خمینی (ره) به کار خود خاتمه داده است (یثربی، ۱۳۸۵، ص. ۶۵). برخی با جانبداری از نگرش مشهور، نفوذ علم قاضی را مطلقاً پذیرفته‌اند (احمری، ۱۴۰۲، ص. ۶۹؛ مؤمن، ۱۳۷۸، ص. ۴۹). نویسندهٔ دیگری نیز - همان‌طور که اشاره شد - با تقیید علم قاضی تلاش کرده بود تا از لحاظ حقوقی عدم اعتبار علم دادرس در باب زنا را نتیجه بگیرد (کلانتری، ۱۳۸۶، ص. ۳۱۴) که نقد آن پیش‌تر گذشت.

تأسیس اصل

پیش از وارسی ادله نیازمند اصلی هستیم تا هنگام شک بتوان به آن رجوع نمود. اصل حاکم در بحث قضاوت عدم نفوذ حکم قاضی است (اردبیلی، ۱۳۸۱، ج. ۱، ص. ۱۸؛ گلپایگانی، ۱۴۲۶، ج. ۱، ص. ۲۳؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ص. ۳۷)؛ زیرا قضا به‌معنای چیرگی بر الزام شخص به چیزی است که تکلیف اقتضای آن را ندارد و اصل، عدم الزام در حکم وضعی تکلیفی است (رشتی، ۱۴۰۱، ج. ۱، ص. ۱۰۴). بنابراین، اگر شک کنیم که آیا حکم صادر شده براساس علم شخصی نافذ است یا خیر، اصل، عدم نفوذ می‌باشد. باید توجه داشت که اینجا مانند شک در شرطیت نیست تا بتوان برائت جاری ساخت بلکه مسئله حجیت مطرح است که نیازمند جعل است و تا زمانی که در جعل حجیت شک داشته باشیم اصل عدم آن می‌باشد. تذکار این نکته نیز لازم است که عدم حجیت قضا بر پایهٔ علم، با حجیت ذاتی قطع ناسازگاری ندارد زیرا حجیت ذاتی قطع نسبت به شخص قاطع است ولی اعتبار آن در حق دیگران نیازمند جعل اعتبار از سوی شارع است. امام خمینی در بیان عدم ملازمه میان علم و نفوذ حکم می‌گوید: «بی‌اشکال، اصل، عدم نفوذ حکم است چه در مقام قضا و چه غیر

آن. و چه حاکم پیامبر باشد یا وصی یا غیر ایندو؛ زیرا مجرد نبوت، رسالت و علم - در هر درجه‌ای- موجب پذیرش حکم نیست» (خمینی، ۱۴۳۴، ج. ۲، ص. ۱۳).

واکاوی ادلهٔ اعتبار علم دادرس

بررسی اثبات‌پذیری زنا با فیلم نیازمند تحلیل و واکاوی ادله‌ای است که فقیهان در اعتبار و عدم اعتبار علم قاضی ارائه داده‌اند. ازاین‌رو نویسندگان به یادکرد و تحلیل انتقادی ادله می‌پردازند:

۱. اجماع

در نگاشته‌های فقهی پیشینیان از جمله الانتصار (سیدمرتضی، ۱۴۱۵، ص. ۴۸۷)، الغنیة (ابن‌زهره، ۱۳۷۵، ص. ۴۳۶) و الخلاف (طوسی، ۱۴۰۷، ج. ۶، ص. ۱۴۴) ادعای اجماع بر اعتبار علم قاضی به‌شکل مطلق (در حقوق الناس و حقوق الله) دیده می‌شود. محقق طباطبایی (طباطبایی، ۱۴۰۴، ج. ۲، ص. ۳۸۹) و صاحب جواهر الکلام (نجفی، ۱۳۶۲، ج. ۴، ص. ۸۸) نیز اجماع را در این مسئله حجت دانسته‌اند.

سنجش: این اجماع از نظر صغروی (تحقق) و کبروی (اعتبار) مخدوش به نظر می‌رسد:

الف) ابن‌جنید، علم قاضی را مطلقاً بی‌اعتبار دانسته است. براساس مسلک رایج در حجیت اجماع که حدس ملازم با رأی معصوم (ع) است، با توجه به اینکه ابن‌جنید از قدما محسوب می‌شود مخالفت او «حدس ملازم» را از بین می‌برد و لذا ممکن است مخل به اجماع باشد. سید مرتضی برای موجه‌سازی گفته است اولاً ابن‌جنید متقدم بر اجماع بوده؛ ثانیاً دیدگاه او مبتنی بر رأی و اجتهاد است لذا نگرش ناهمسان او نمی‌تواند آسیبی به اجماع وارد آورد. اما این توجیه پذیرفتنی نیست زیرا «تقدم بر اجماع» یا کنایه از این است که او هنگام اجماع سنی بوده یا بدین معناست که فتوای وی پیش از انعقاد اجماع صادر شده است. ولی هیچ بعید نیست که فتوای او در زمان استبصارش باشد همان‌طور که ممکن است پس از استبصار و در زمان اجماع باشد. به دیگر سخن، اماره‌ای بر تقدم یا تأخر هیچ یک بر دیگری وجود ندارد. اصول عملیه نیز در اینجا کارا نمی‌افتد زیرا تاریخ فتوای او نمایان نیست تا مثلاً با استناد به اصالت تأخر حادث، انعقاد اجماع و روی‌آوری او به تشیع را به پس از فتوای او نسبت داده و نتیجه بگیریم که او پیش از تحقق اجماع یا زمانی که سنی‌مذهب بوده علم قاضی را انکار نموده است. توجیه دوم هم سودبخش نیست زیرا از سویی خود سید مرتضی نیز در اثبات حجیت علم قاضی به اجتهاد تکیه کرده است و از دگر سو، از کجا معلوم که فتاوای فقیهان آن زمان که سید براساس آن‌ها ادعای اجماع کرده، مبتنی بر رأی و اجتهاد نبوده باشد؟!

جدا از این اشکالات، ملاک حجیت اجماع نزد سید مرتضی، دخول معصوم در مجمعین است (سیدمرتضی، ۱۳۷۶، ج. ۲، ص. ۱۲۹) اما بنا به نگرش درست‌تر، اعتبار اجماع در حدس ملازم با رأی معصوم (ع) بنیاد می‌گیرد. افزون بر این، اجماع دخولی - بر فرض اعتبار - به گاه عصر حضور ثمربخش است نه در روزگار غیبت که ورود امام (ع) میان مجمعین ممتنع است (جوادی‌آملی، ۱۴۳۹، ج. ۳، ص. ۱۴۲).

ب) به نظر می‌رسد اجماعات ادعاشده مدرکی یا محتمل‌المدرکیه هستند و از آن روی که اجماع مدرکی تهی از ارزش است (ایروانی، ۲۰۰۷، ج. ۲، ص. ۵۴؛ روحانی، ۱۴۳۵، ج. ۲، ص. ۱۶۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج. ۵،

ص. ۳۵۳)، نمی‌توان اعتبار علم را بر پایهٔ آن پذیرفت. همچنین صرف احتمال مدرکیت در سقوط اجماع کافی است (طباطبایی، ۱۴۱۳، ج. ۱، ص. ۱۱؛ حائری، ۱۴۳۰، ج. ۲، ص. ۲۶۲).

پ) اجماع شیخ طوسی شایستگی استناد ندارد؛ همان‌گونه که محقق بروجردی می‌نماید، اجماعاتی که شیخ در الخلاف ادعا کرده یا همان سخن معصوم است یا از برای اسکات اهل تسنن بوده نه اجماع راستین (منتظری، ۱۴۱۵، ص. ۵۳۶). وانگهی، خود شیخ در کتاب دیگرش با اجماع مذکور مخالفت ورزیده و گسترهٔ اعتبار علم دادرس را به حقوق الله محصور کرده است. افزون بر اینکه تحصیل مخالفین در این مسئله اجماع را ساقط می‌کند.

۲. آیات

برای اثبات اعتبار علم قاضی به دو آیه استناد شده است: الف) «وَ إِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (نساء: ۵۸). با این تقریب که حکم قاضی به حقیقتی که بدان علم یافته مصداق عدالت است و اطلاق آیه، آن را دربرمی‌گیرد (تبریزی، بی‌تا، ص. ۷۷؛ خوئی، ۱۴۲۸، ج. ۱، ص. ۴۰؛ کاشف‌الغطاء، ۱۳۸۱، ج. ۱، ص. ۵۸۱). ب) «السَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» (مائده: ۳۸). تقریب استدلال: از سویی، روی سخن حکم در این آیه، دادگران‌اند و موضوع حکم، وصف «سارق» معرفی شده است و از سویی دیگر، احراز وصف با علم صورت می‌گیرد و آیه به عنصر دیگری به‌عنوان شرط تحقق موضوع اشاره نمی‌کند. لذا به مجرد علم قاضی به سرقت، حکم منجز می‌شود (نجفی، ۱۳۶۲، ج. ۴۰، ص. ۸۸؛ سبحانی، ۱۴۱۸، ج. ۱، ص. ۲۰۲).

سنجش: هستهٔ کانونی هر دو استدلال اطلاق آیه می‌باشد اما به نظر نگارندگان وجود اطلاق محل تردید است. چنان‌که می‌دانیم مهم‌ترین شرط دست‌یازی به اطلاقات، احراز این است که شارع در مقام بیان بوده باشد و قصد اهمال یا مجمل‌گویی نکرده باشد. بی‌تردید این شرط درستی است اما با صرف وجود شرط (در مقام بیان بودن)، نمی‌توان مشروط (اطلاق) را منسلخ از گسترهٔ شرط به جریان انداخت. گنجایش مشروط در فراگیری، وابسته به شرط خویش است لذا باید دید شارع تا چه حد در مقام بیان بوده است؛ آیا تنها به اصل قضاوت عادلانه و مجازات سرقت اشاره دارد یا درصدد بیان راه‌های اثبات دعوی نیز بوده؟! می‌نماید اصولیان نفس «در مقام بیان بودن» را هم از پیش مطلق در نظر گرفته‌اند و بر این اساس، گزاره را از هر جهت مطلق می‌گیرند. اما این صحیح نیست زیرا مبنای حجیت اطلاق و ظهورات، عُقلا هستند؛ اگر عقلا در شک نسبت به «در مقام بیان بودن گوینده» اصالت در مقام بیان بودن را پیاده می‌کنند، دیگر در «میزانی که گوینده در مقام بیان است» اصلی را جاری نمی‌دانند. اگر عقلا دریافتند که گوینده از هر جهت در مقام بیان است، طبیعتاً حکم را نیز از هر سو مطلق خواهند دید. اما اگر نتوانند احراز کنند، به قدر متیقن اکتفا می‌ورزند. در واقع عُقلا در شک نخست ممکن است اصل را جای احراز بنشانند اما در شک دوم، هیچ اصلی را جایگزین عنصر احراز نمی‌دانند. لذا مستفاد از آیه، لزوم دادرسی عادلانه و اصل مشروعیت کیفر در سرقت می‌باشد نه کیفیت اثبات موضوع.

نقد دیگر آنکه مصداق آیه قرار دادن «قضا بر پایهٔ علم» مصادره است زیرا باید از پیش محرز شده باشد که چنین قضاوتی مصداق عدالت است تا اطلاق آیه آن را فراگیرد درحالی‌که دلیلی بر این مدعا وجود ندارد. گو،

طرفداران اعتبار علم قاضی با استناد به اطلاق، عدالت را بر این مصداق بار کرده‌اند. این رویکرد، تمسک به‌دلیل در شبههٔ مصداقیهٔ خود دلیل است که طبق دیدگاه اصولیان هرگز پذیرفتنی نیست (عاملی، ۱۴۲۶، ج. ۳، ص. ۶۴۱؛ فیروزآبادی، ۱۴۰۰، ج. ۴، ص. ۱۵۵؛ هاشمی‌شاهرودی، ۱۴۱۷، ج. ۵، ص. ۲۹۷). برای نمونه، اگر در دانش زید شک داشته باشیم نمی‌توانیم با استناد به اطلاق «اکرم العلماء»، عالم بودن را برای زید اثبات کنیم و پسان‌تر، وجوب اکرام او را نتیجه بگیریم. بلکه تنها زمانی زید مشمول خطاب می‌شود که علمیت او از پیش ثابت باشد. گذشته از این، حتی اگر قضا بر پایهٔ علم مصداق عدالت باشد باز مستلزم نفوذ حکم نیست؛ این آیه و آیاتی که متضمن لزوم دادرسی بر مدار حق‌اند، تنها وجوب حکم به حق را اثبات می‌کنند نه وجوب پذیرش هر حکم حقی را. وزان این آیه وزان آیات صدق کلام است که متضمن لزوم راستگویی‌اند اما پذیرش هر قول صادقی را ثابت نمی‌کنند.

با چشم‌پوشی از مشکلات اطلاق، از آیهٔ سرقت نهایتاً اعتبار علم قاضی در همان سرقت برداشت می‌شود و دلیلی بر تسری آن به سایر دعاوی وجود ندارد.

۳. استدلال محقق رشتی

موازین شرعی همچون بینه، اقرار و قسم اماراتی به‌سوی واقع هستند. ویژگی سرشتین اماره اختصاص آن به جاهل است و در مورد قاطع کارا نیست (رشتی، ۱۴۰۱، ص. ۱۰۵). در واقع، وی به این نکته اشاره دارد که عدم اعتبار علم قاضی مستلزم این است که او هنگام قطع به واقع نیز برطبق امارات عمل کند حال‌آنکه در موضوع اماره جهل به واقع مأخوذ است (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج. ۳، ص. ۳۵۵) و در صورت علم، اماره دیگر برای عالم معتبر نیست.

سنجش: این استدلال هنگامی صادق می‌افتد که علم شخصی قاضی از پیش توسط شارع الغا نشده باشد. وگرنه گیری ندارد که شارع با تصرف در اسباب قطع، یگانه حجت معتبر را امارات مخصوصه قرار داده باشد. بنابراین استدلال محقق رشتی متوقف بر شرطی است که پیش از استدلال، وجود آن احراز نشده است.

۴. استدلال محقق عراقی

وی برای اعتباربخشی به قضاوت بر مبنای علم شخصی به تالی فاسد استناد نموده است: باورمندی به عدم اعتبار علم مستلزم سقوط اعتبار بینه است زیرا بینه سبب علم قاضی است و مفروض عدم اعتبار علم است (عراقی، ۱۳۷۹، ص. ۱۰۵).

سنجش: از پاسخی که به رشتی داده شد، سستی این استدلال نمایان می‌شود؛ شارع با تصرف در قطع به سادگی می‌تواند علم حاصل از بینه را حجت و علم شخصی قاضی را نامعتبر قرار دهد. همچنین، به عقیدهٔ رشتی و عراقی علم قاضی درصورتی‌که برآمده از اسبابی همچون جفر و الهام باشد نامعتبر است. پرسش این است که شارعی که یک‌بار در قطع قاضی تصرف نموده، ثبوتاً چه اشکالی دارد که به‌کلی قطع او را بی‌ارج قرار دهد؟! می‌نماید همان‌طور که نامعتبر کردن قطع حاصل از اسباب غیر متعارف باعث بی‌اعتبار شدن قطع

متعارف نیست، نامعتبر قرار دادن علم شخصی نیز موجب بی‌اعتبار شدن قطع حاصل از بینه نخواهد بود. افزون بر این، بینه بیشتر افادهٔ ظن می‌کند تا علم.

۵. نیرومندتر بودن علم از بینه

بینه با اینکه کشف ظنی از واقع می‌کند معتبر است بنابراین علم که عبارت است از انکشاف قطعی واقع در نزد قاطع، باید به طریق اولی معتبر باشد (ترحینی، ۱۳۸۵، ج. ۹، ص. ۵۱۰؛ سبحانی، ۱۴۲۹، ج. ۲، ص. ۶۳۹؛ مکارم، ۱۳۷۷، ص. ۴۵۰؛ عاملی، ۱۴۱۱، ج. ۶، ص. ۱۷۱). باید توجه داشت که وجه اولویت – برخلاف پندار آیت‌الله‌جوادی آملی (جوادی، ۱۳۶۳، ص. ۸۵) –، در حجیت ذاتی قطع مأوی نمی‌گیرد (زیرا حیث اعتبار، اولویت‌بخش نیست) بلکه مستفاد از فحوای حجیت بینه و اقرار می‌باشد.

سنجش: نخست اینکه نیرومندتر بودن علم از بینه گمان‌پذیر است؛ حکم قاضی براساس علم خودش نهایتاً مثل شهادت یک نفر است درحالی‌که بینه شهادت دو نفر می‌باشد. باری، علم برای خود قاضی اولی از بینه است اما گفتمان ما در حجیت حکم او برای دیگران است. ثانیاً اقوی بودن کاشفیت علم برای عالم به این معنا نیست که کاشفیت واقعی آن هم اقوی است تا لازمهٔ آن اولویت آن برای دیگران باشد. ثالثاً معلوم نیست که مناط اعتبار بینه کاشفیت آن باشد؛ چه بسا امور دیگری نیز در آن دخیل باشند. رابعاً به نظر می‌رسد علم قاضی مستلزم حکم براساس علم نیست؛ وقتی علم قاضی در حق دیگران اعتبار نداشته باشد، قاضی می‌تواند/باید براساس آنچه در حق دیگران حجت است برای آن‌ها حکم کند آن‌چنان که اگر فقیه بداند لباس فردی متنجس است اما خود مکلف شاک به نجاست باشد، می‌تواند با حکم به عدم لزوم تطهیر لباس، برخلاف علم خودش فتوا بدهد.

۶. ناپارسایی قاضی و توقف حکم

عدم قضا بر پایهٔ علم مستلزم این است که قاضی با حکم برخلاف آنچه می‌داند، فاسق شود. و اگر هم از صدور رأی بازایستد، توقف قضاوت و بقای خصومت را در پی دارد (شیرازی، ۱۴۲۵، ص. ۱۱۶؛ آشتیانی، ۱۳۸۳، ج. ۱، ص. ۱۶۸؛ مکارم، ۱۳۸۰، ص. ۱۷۴؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶، ج. ۲، ص. ۵۸۷).

سنجش: فسق وابسته به تحقق گناه است و گناه زمانی صدق می‌کند که وظیفهٔ قاضی عمل به علم شخص خویش باشد و او تخطی نماید درحالی‌که چنین وجوبی هنوز ثابت نگردیده تا تخطی از آن موجب فسق قلمداد شود. همچنین توقف حکم پیش نمی‌آید چون قاضی می‌تواند پرونده را به دیگری واگذارد. ضرورت ختم نزاع به این معنا نیست که هر دادرسی شایستگی پایان‌بخشیدن به نزاع را داشته باشد.

۷. روایات

۷ـ۱. کشمکش پیامبر (ص) و اعرابی

در روایاتی چنین آمده که پیامبر شتری را از یک اعرابی خریداری نمود اما اعرابی پس از دریافت ثمن، منکر معامله شد و شتر و قیمت را پیش خود نگاه داشت. پیامبر امام علی (ع) را قاضی قرار داد تا میانشان حکم کند.

وقتی امام (ع) انکار اعرابی را مشاهده نمود با شمشیر گردن او را زد (احسائی، ۱۴۰۳، ج. ۱، ص. ۲۴۲؛ ابن‌بابویه، ۱۴۱۳، ج. ۳، ص. ۱۰۶). طرفداران نفوذ علم قاضی، این روایت را مستند خود قرار داده‌اند زیرا علیرغم اینکه پیامبر بینه‌ای نداشت، امام علی (ع) براساس علم خود عمل نمود (علامه‌حلی، ۱۳۷۴، ج. ۸، ص. ۴۰۲؛ منتظری، بی‌تا، ص. ۱۲۵). محقق اعرجی می‌گوید کسی که این روایت را دیده باشد چگونه ممکن است در اعتبار علم قاضی تردید روا بدارد؟! (اعرجی، ۱۴۱۶، ج. ۳، ص. ۴۶۲).

سنجش: جدا از ضعف سندی روایت، به عقیدهٔ نگارندگان قرائن داخلی و خارجی حاکی از اساطیری بودن این قصه است:

الف) طبق روایات، پیامبر (ص) پیش از حَکَم قرار دادن امام علی (ع)، دیگری را با رضایت اعرابی حَکَم قرار دادند ولی با توجه به اینکه پیامبر (ص) بینه‌ای نداشت، محکوم شد و سپس حکم را ابطال کردند و نفر بعدی را حکم قرار دادند. باز پیامبر (ص) محکوم شدند تا اینکه حضرت علی (ع) حَکَم شد. نکته این است که پس از صدور رأی حَکَم توافقی، ابطال آن ممکن نیست (آل‌عصفور، بی‌تا، ج. ۱۴، ص. ۷۶) درحالی‌که پیامبر (ص) دو بار حکم را ابطال کردند.

ب) پذیرش این روایت مستلزم اعتبار علم حدسی قاضی است زیرا طبق این روایت، امام علی (ع) شاهد معامله نبوده است و تنها براساس کبرای کلی «عصمت پیامبر» انکار اعرابی را مخالف با واقع برشمرده است. این در حالی است که طرفداران حجیت علم، تنها علم حسی را می‌پذیرند و قضا بر پایهٔ حدس را نامشروع می‌دانند.

ت) اولاً تکذیب رسالت پیامبر اسلام (ص) اعدام را در پی ندارد وگرنه لازم می‌آید هر غیر مسلمانی واجب‌القتل باشد که با هیچ خرد پاک‌نهادی سازگار نیست. ثانیاً انکار معامله مستلزم تکذیب رسالت نیست به‌ویژه بر مبنای جواز سهو النبی. پس ممکن است انکار اعرابی به ادعای سهو پیامبر (ص) در وقوع معامله بازگردد نه تکذیب او.

ث) این روایت با شیوهٔ رفتاری امام علی (ع) در داستان ستیزی که میان او و یهودی بر سر زره رخ داد (مجلسی، ۱۴۰۴، ج. ۳۴، ص. ۳۱۶؛ ثقفی، ۱۴۱۰، ج. ۱، ص. ۷۵)، کاملاً متعارض است؛ طبق آن روایت، اولاً امام علی (ع) علیرغم اینکه خلیفه مسلمین بود و همچنین حق هم با او بود، حکم قاضی بر ضد خویش را پذیرفت و آن را ابطال نکرد. ثانیاً با اینکه عالم به ماجرا بود، براساس علم شخصی کاری نکرد و ثالثاً مرد یهودی را بهانهٔ تکذیب امامت به قتل نرساند.

۲ـ۷. روایت حسین بن خالد

«الواجب علی الإمام إذا نظر إلی رجل یزنی أو یشرب الخمر أن یقیم علیه الحدّ ولایحتاج إلی بیّنة مع نظره؛ لأنّه أمین اللّه فی خلقه...» (کلینی، ۱۴۰۷، ج. ۷، ص. ۲۶۲). سند روایت صحیح است و دلالت بر آن دارد که قاضی می‌تواند با مشاهده و علم خود، بدون نیاز به بینه، حکم نماید (فاضل‌لنکرانی، ۱۳۹۰، ج. ۲۲، ص. ۴۴؛ قمشه‌ای، ۱۴۲۱، ج. ۱، ص. ۱۵۰).

سنجش: به نظر نگارندگان این نوشتار، به دو قرینه این حکم اختصاص به معصوم (ع) دارد:

الف) تعلیل روایت («لأنه أمین الله») تنها بر معصوم (ع) قابل انطباق است نه غیر او.

ب) «ولا یحتاج إلی بینة مع نظره»؛ این فراز دارای مفهوم است (= غیر الإمام یحتاج إلی بینة مع نظره) و ثابت می‌کند که غیر از امام (ع) نمی‌تواند به علم شخصی عمل نماید. دلیل وجود مفهوم در این فراز این است که انکار مفهوم در اینجا مستلزم لغویت حدیث می‌شود زیرا از سویی اصل اقامهٔ حدود که در فراز نخست روایت اشاره شده، بر امام و غیر او بایسته است و مختص به امام (ع) نیست و از طرفی هم اگر جواز عمل قُضات به علم ثابت بود دیگر نیازی به «ولا یحتاج...» نبود. به دیگر سخن، روایت در مقام بیان دوگانگی میان امام و سایر دادرسان است و سلب مفهوم از فراز اخیر، فرق را به عدم فرق تبدیل کرده و انتساب سخن لغو به معصوم (ع) را به دنبال دارد. ازاین‌رو، روایت ابن‌خالد نه‌تنها اعتبار علم قاضی را ثابت نمی‌کند که دلالت بر نامشروعیت عمل قضات غیر معصوم به علم شخصی دارد.

گذشته از این، اقتضای اصل تأسیسی که پیش‌تر یاد شد، عدم نفوذ حکم است. لذا اگر شک شود که قاضی غیر معصوم می‌تواند با علم و بدون بینه صدور حکم کند اصل عدم نفوذ جاری خواهد شد.

۷ـ۳. روایت سلیمان بن خالد

«فی کتاب علی (ع) أن نبیاً شکا إلی ربه فقال: کیف اقضی فیما لم أر ولم أشهد؟ قال: فأوحی اللّه إلیه: احکم بینهم بکتابی و أضفهم إلی اسمی فحلّفهم به. و قال: هذا لمن لم تقم له بینة». مفهوم روایت نشان می‌دهد که جواز قضا براساس علم شخصی، پیش‌فرض بوده است (ایروانی، ۱۳۸۵، ج. ۳، ص. ۳۶).

سنجش: برخی بر این باورند که محور درخواست آن پیامبر تعیین تکلیف در فرض عدم علم به همپوشی قضا با واقع است نه جواز قضای بالفعل بر پایهٔ شهود شخصی. ازاین‌رو، منافاتی با این ندارد که شهود شخصی قاضی بسنده نبوده و نفوذ حکم وابسته به‌دلیل اثباتی دیگری باشد (هاشمی، ۱۴۲۳، ج. ۱، ص. ۳۱۶). ولی این پاسخ خلاف ظاهر به نظر می‌رسد. مفهوم حدیث این است که قاضی (در صورت الغای خصوصیت از فرد پیامبر) می‌تواند در صورت رؤیت واقعه مطابق با علم خودش حکم نماید چه معصوم باشد چه نباشد. اما باز برای طرفداران اعتبار علم سودبخش نیست زیرا مفهوم روایت پیشین اخص از مفهوم این روایت است و بیان می‌دارد که غیر معصوم برای قضا نیازمند بینه است. بر این اساس، روایت پیشین، اطلاق روایت سلیمان بن خالد را تقیید می‌زند و جواز قضا بر پایهٔ علم را مخصوص معصوم (ع) قرار می‌دهد.

واکاوی ادلهٔ عدم اعتبار علم دادرس

در برابر ادلهٔ اعتبار علم، مستنداتی بر ضد این نگرش به چشم می‌خورد. هرچند برخی فقیهان به نقد این مستندات پرداخته‌اند اما باریک‌بینی و درنگ بیشتر، از سستی نقدها و قوت مستندات پرده برمی‌گیرد که ذیلاً به آن‌ها می‌پردازیم:

۱. روایت ابن‌حکم

«قال رسول اللّه (ص) إنما أقضی بینکم بالبینات والأیمان وبعضکم ألحن بحجته من بعض فأیما رجل قطعت له من مال أخیه شیئا فإنما قطعت له به قطعةً من النار». پیامبر (ص) با استفاده از ادات حصر، راه‌های قضایی را به بینه و قسم محصور کرده است. لذا قضاوت براساس علم روا نیست.

نقد:

۱) حصری که مفاد این روایت می‌باشد، اضافی است نه حقیقی؛ وگرنه با توجه به اینکه به اقرار اشاره نشده است، لازم می‌آید قضاوت بر مبنای اقرار نیز نافذ نباشد درحالی‌که بی‌تردید نافذ است (فاضل‌لنکرانی، ۱۴۲۷، ص. ۲۷۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج. ۲۷، ص. ۴۶).

ارزیابی: ادله‌ای که اقرار را مشروع می‌شمارد، اطلاق مفهوم حصر را تقیید می‌زند اما علم در حیّز منع باقی می‌ماند زیرا دلیلی بر مشروعیت عمل قاضی به علم ارائه نشده است. در واقع، اضافی بودن حصر دلیل بر اعتبار علم نیست؛ اگر مولا بگوید: «هیچ‌کس را ستایش نکن مگر زید»، می‌تواند با جملهٔ «بکر را ستایش کن» دایرهٔ حصر را فراخ‌تر کند اما به این معنا نیست که مکلف بتواند شخص دیگری غیر از آن دو را ستایش نماید. افزون بر این، اقرار را با توجه به اینکه شهادت فرد بر خودش هست - و در برخی احادیث شهادت بر اقرار اطلاق شده است (حرعاملی، ۱۳۹۲، ج. ۱۸، ص. ۱۶۹) - می‌توان تحت همان بینه جای داد.

۲) مقصود این است که پیامبر (ص) با علم الهی خود قضاوت نمی‌کند نه اینکه قضا بر پایهٔ علم نامعتبر باشد (صالحی، ۱۳۷۶، ج. ۱، ص. ۳۸۹). بنابراین نهایتاً علم حدسی نامعتبر می‌شود نه علم حسی (حائری، ۱۴۲۳، ص. ۲۸۶).

ارزیابی: به عقیدهٔ طرفداران علم شخصی، هدف از دادرسی احقاق حق است و علم و بینه راه‌هایی به‌سوی واقع هستند. بنابراین وقتی علم الهی معصوم (ع) که قوی‌ترین طریق به واقع تلقی می‌شود و در مقایسه با علم حسی خطاناپذیر است، عنصر اثبات معرفی نشده است، به طریق اولی علم حسی که احتمال خطا در آن وجود دارد دلیل اثباتی نخواهد بود.

۳) چه بسا بینه در این حدیث به‌معنای لغوی (مطلق حجت) به کار رفته باشد که شامل علم قاضی نیز می‌شود (تبریزی، بی‌تا، ص. ۷۸).

ارزیابی: اولاً گواه عادل به‌عنوان ادلهٔ اثبات در آیین‌های قضایی پیش از اسلام نیز سابقهٔ طولانی دارد و لذا بینه منصرف به آن است به‌ویژه وقتی در فضای قضایی به کار می‌رود. ثانیاً یمین که یکی از حجج است در برابر بینه قرار داده شده است و از قرینهٔ مقابله نمایان می‌شود که بینه در اینجا به‌معنای حجت نمی‌تواند باشد بلکه معنای اصطلاحی؛ یعنی دو شاهد عادل مقصود است.

۲. روایت ابن‌عباس

پیامبر (ص) در مورد زنی بدکاره می‌فرماید: «لو کنت راجماً بغیر بیّنة رجمتها» (مقدسی، ۱۴۲۲، ج. ۵، ص. ۴۴۳). روایت گویای این است که علم به‌تنهایی کافی نیست و نمی‌توان آن را در شمار راه‌های اثبات آورد (اتیوبی،

۱۴۲۴، ج. ۳۹، ص. ۲۸۶). برخی به‌دلیل عامی بودن سند، حدیث را کنار گذاشته‌اند (یزدی، ۱۴۲۳، ج. ۶، ص. ۴۵۷؛ فاضل‌هندی، ۱۴۰۵، ج. ۲، ص. ۳۳۰) اما به نظر می‌رسد عامی بودن به‌تنهایی سبب وانهادن روایت نمی‌باشد به‌ویژه هنگامی‌که روایت دربردارندهٔ مسئله‌ای نیست که انگیزه برای تحریف آن وجود داشته باشد.

نقد: آقای مکارم می‌گوید ازآنجایی‌که موضوع، رجم است نهایتاً در همین مسئله می‌توان علم قاضی را بی‌اعتبار دانست (مکارم، ۱۳۷۷، ص. ۴۵۷).

ارزیابی: اگرچه این روایت پیرامون سنگسار است، اما چه بسا در دیگر مسائل نیز علم قاضی بسنده نباشد. صرف احتمال این، عرصه را برای طرفداران اعتبار علم تنگ می‌کند، زیرا چنان‌که پیش‌تر گفته شد، حجیت علم قاضی در حق دیگران نیازمند جعل است و مادامی که جعل ثابت نشود، اصالت عدم نفوذ جاری است. همچنین باید توجه داشت که این روایت اعتبار علم نوعی قاضی در زنا را نفی می‌کند زیرا شیاع یکی از اسباب متعارفی است که اولاً سبب علم نوعی است و ثانیاً استناد بدان تهمتی را به دنبال ندارد به این جهت که بسیاری از باورهای رایج میان مردم بر پایهٔ شیاع و تواتر شکل می‌گیرد و یکدیگر را از این جهت متهم نمی‌سازند. ولی بااین‌حال، پیامبر (ص) از اجرای حد براساس شیاع خودداری کرده‌اند.

۳. تهی بودن مستندات از علم قاضی

در روایاتی که به یادکرد ادلهٔ اثبات دعاوی می‌پردازد، از علم قاضی یادی نشده است:

۳ـ۱. روایت امام علی(ع)

«جمیع أحکام المسلمین علی ثلاثة: شهادة عادلة، أو یمین قاطعة، أو سنّة ماضیة من (جاریة مع) أئمّة الهدی (ع)». با اینکه امام (ع) در مقام بیان کلیهٔ راه‌های اثبات بودند یادی از علم قاضی نمی‌کنند که نشان می‌دهد علم قاضی مُثبت نیست.

نقد: علم قاضی در قسم سوم جای می‌گیرد زیرا در یکی از سنت‌های ائمه هدی (ع) قضاوت بر پایهٔ علمشان بوده است. بنابراین، راه‌های اثباتی که در روایت یاد شده، علم دادرس را هم فرامی‌گیرد (مؤمن، ۱۳۸۹، ج. ۱، ص. ۹۴؛ فاضل‌لنکرانی، ۱۳۹۰، ج. ۲، ص. ۵۰).

ارزیابی: اولاً چنان‌که پیش‌تر به اثبات رسید، عمل بر پایهٔ علم مختص به معصومین (ع) است و براساس روایت حسین بن خالد یکی از وجوه افتراق میان آنان و عموم مردم می‌باشد. ثانیاً ممکن است هم‌سو با خوانش امین استرآبادی، مقصود از سنت ماضیه حکمی باشد که نزاع به‌دلیل جهل بدان شکل گرفته است و قاضی باید با بیان حکم، شبههٔ حکمیه را پایان بخشد (استرآبادی، ۱۴۲۶، ص. ۲۴۱). در این صورت، فراز اخیر، علم قاضی به موضوعات را دربر نخواهد گرفت.

۳ـ۲. روایت یونس

«استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلین عدلین، فإن لم‌یکونا رجلین فرجل وامرأتان، فإن لم تکن امرأتان فرجل ویمین المدّعي، فإن لم یکن شاهد فالیمین علی المدّعی علیه، فإن لم یحلف وردّ الیمین علی المدّعي - فهی واجبة - علیه أن یحلف، ویأخذ حقّه، فإن أبی أن یحلف فلا شیء له». با اینکه امام (ع) در مقام

حصر راه‌های اثبات دعوا هستند، اشاره‌ای به علم قاضی نکرده‌اند. بنابراین علم قاضی نمی‌تواند در اثبات واقعه یا عمل حقوقی نافذ باشد.

نقد: این روایت صرفاً در مقام تشریح کیفیت استناد به بینه و قسم می‌باشد نه بیان کلیهٔ راه‌های اثبات دعوا. بنابراین عدم اشاره به علم قاضی به‌معنای عدم نفوذ حکم بر مبنای علم قاضی نیست (مقتدایی، ۱۳۷۶، ص. ۱۸۴).

ارزیابی: برخی گفته‌اند انصراف روایت از علم قاضی قابل پذیرش نیست (هاشمی، ۱۴۲۳، ج. ۱، ص. ۳۲۵)، ولی هیچ دلیلی بر این مدعا ارائه نداده‌اند. به نظر نگارندگان، نقد طرفداران علم وارد می‌باشد و این روایت دلالتی بر عدم نفوذ علم قاضی ندارد هرچند با توضیحاتی که گذشت، عدم دلیل بر نفوذ علم قاضی، دلیل بر عدم اعتبار علم قاضی است.

۴. استدلال ابن‌جنید

پیامبر (ص) در بار کردن آثار اسلام به صرف ظاهر مثل اقرار اکتفا می‌نمود و از علم خویش استفاده نمی‌کرد. او همین روش را در قضاوت میان مردم داشت و به همان راه‌های شناخته‌شده همچون اقرار و بینه تکیه می‌کرد.

نقد: برخی این استدلال را سست‌ترین ادله بر عدم اعتبار علم قاضی می‌دانند زیرا ممکن است بین قضا و ترتیب آثار اسلام مثل طهارت و مصونیت جان و مال تفاوت وجود داشته باشد به‌گونه‌ای که در دومی حکم براساس ظاهر کفایت کند. همچنین ممکن است عدم حکم براساس علم به‌دلیل نبود علم بالفعل نزد معصوم باشد هرچند که اگر بخواهد می‌تواند بر حقیقت ماجرا واقف گردد (هاشمی، ۱۴۲۳، ج. ۱، ص. ۳۲۵).

ارزیابی: به نظر نمی‌رسد میان ترتیب آثار اسلامی و قضا از جهت عمل به علم و عدم عمل، تفاوتی وجود داشته باشد به‌ویژه اینکه ترتیب آثار اتفاقاً اهمیت بیشتری دارد و اگر علم معتبر باشد باید در این مسائل به طریق اولی معتبر باشد؛ زیرا بحث میراث و ازدواج و فرزندآوری به این مسئله گره خورده است. بنابراین چه بسا بتوان گفت اگر پیامبر در این مسئله به ظواهر بسنده می‌کرده در باب قضا نیز می‌توان به ظاهر اکتفا نمود.

۵. اقرار

یکی از دلایلی که می‌تواند از نظریهٔ عدم اعتبار علم دادرس پشتیبانی نماید، تعیین شمار اقرار از سوی شارع در بزه‌های گوناگون است. در بعضی جرایم یک اقرار کافی است، در بعضی دیگر دو اقرار و در برخی هم چهار اقرار. اگر علم ملاک باشد چه بسا با اقرار نخست برای دادرس علم حاصل شود ولی با این وجود، شارع، شمار معینی را طریق اثبات قرار داده است. مثلاً کسی که مرتکب زنا شده است و تنها طرفین از این معصیت خبر دارند و می‌داند که گناه او مجازات سنگینی دارد ولی بااین‌حال نزد حاکم شرع می‌رود و برای پاک شدن از گناه اقرار می‌کند، این نوع اقرار در همان مرحلهٔ نخست علم‌آور است چون از نظر عرف و عقلا انگیزه بر اینکه خلاف واقع را بگوید، وجود ندارد؛ کسی که می‌داند اعتراف او دارای تبعات سنگینی است ولی بااین‌حال اقدام به اقرار می‌نماید، سخنش غالباً علم‌آور می‌باشد.

۶. دلیل عقلی

جواز عمل قاضی به علم شخصی و نفوذپذیری آن در حق دیگران، اتهام و بدبینی مردم به دستگاه عدالتی را در پی دارد. بنابراین نباید مجاز شمرده شود (نراقی، ۱۴۱۵، ج. ۱۷، ص. ۹۳؛ عثیمین، ۱۴۲۸، ج. ۱۵، ص. ۳۱۶).

نقد: این استدلال استحسانی است وگرنه درصورتی‌که قاضی مورد وثوق باشد، عمل او به علم شخصی آسیبی به همراه ندارد. همچنین اگر بنا به تهمت باشد، لازم است قاضی در تزکیهٔ شهود نیز دست نگاه دارد زیرا احتمال تهمت در آنجا نیز پابرجاست (تبریزی، بی‌تا، ص. ۷۷).

ارزیابی:

۱) هرچند ممکن است بعضی دادرسان به عدالت چهره باشند اما احراز وثاقت در بیشتر قضاة امکان‌پذیر نیست و تجویز قانونی عمل به علم شخصی سبب فسادهای جبران‌ناپذیر خواهد بود. ابن‌قیم می‌گوید اگر این در گشوده شود به‌ویژه برای قاضیان این زمانه، هر قاضی که دشمنی داشته باشد راهی پیدا می‌کند برای قتل دشمن خود یا رجم او، تفسیق او و جدایی انداختن بین او و همسرش. سپس می‌گوید بین صحابه هیچ کسی با عدم جواز علم شخصی، مخالفتی نورزیده است (ابن‌قاسم، ۱۳۹۷، ج. ۷، ص. ۵۴۲).

۲) به نظر نویسندگان چنانچه استحسان به قاعدهٔ تلازم میان عقل و شرع ارجاع داده شود، قابل پذیرش است. نزد امامیه، عقل به‌عنوان یکی از سه ضلع ستبر استنباط معرفی شده است و در نگاشته‌های اصول فقه جنبهٔ تئوریک مسئله به تفصیل بحث می‌شود ولی با این وجود، کمترین کاربرد را در میان خاستگاه‌های استنباط دارد. اصولیان امامیه، هرچند دلیل عقلی بر پایهٔ ملازمه میان حکم عقل و شرع را پذیرفته و اخباریان را به‌خاطر انکار این ملازمه به تندباد انتقادات گرفته‌اند، اما در عمل، با اخباریان همداستان‌اند. این ادعا که اصولیان تا به حال در هیچ‌جای فقه از دلیل عقل بهره نگرفته‌اند گزافه به نظر نمی‌رسد و به دیدگاه نگارندگان، ریشه‌شناسی این مسئله نشان می‌دهد که آنچه فقیهان را از کاربست درست دلیل عقلی در چرخه استنباط باز داشته، آشفتگی ملاک تحسین و تقبیح، و عدم توانایی در احراز صغریات قاعدهٔ ملازمه است که حتی در مواردی آنان را به دام تناقضات فاجعه‌آمیزی سپرده است. منطقاً برای بهره‌وری از دلیل عقلی باید از دو مرحله عبور کرد که مرحلهٔ نخست مقدمهٔ دومین مرحله است؛ مرحله اول: بررسی اتصاف موضوع به یکی از دوگانهٔ حسن و قبح، و مرحلهٔ دوم: اثبات قضیهٔ «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع». اصولیان قضیهٔ دوم را با این استدلال که شارع رئیس العقلاء است و ممکن نیست که حکمی گسیخته از عقلا صادر نماید، اثبات می‌کنند (فیاض، ۱۴۲۷، ج. ۸، ص. ۶۷). اثبات این قضیه چالش خاصی ندارد. مهم مرحلهٔ نخست است زیرا تا وقتی تحسین و تقبیح ملاک‌شناسی نشوند حکم عقلی قابل اعتمادی به دست نمی‌آید تا با داخل کردن آن در قضیهٔ دوم، به حکم شرعی دست یابیم. اصولیان ضابطه‌هایی را برای تحسین و تقبیح معرفی کرده‌اند و در آخر تطابق آرای عقلاء را ملاک قرار داده‌اند. تطابق آرای عقلا بر درک مصلحت و مفسدهٔ نوعی استوار است مثل مصلحت حفظ اجتماع و بقای نوع انسانی یا مفسدهٔ جهل و ظلم (مظفر، ۱۴۳۹، ص. ۲۴۶). به نظر نگارندگان، فقیهان در رویکرد تئوریک و عملی مسئله دچار تناقضات هولناکی شده‌اند:

الف) تشخیص مصلحت و مفسدت نوعی به همان انفعالات و خلقیات بازگشت دارد که عقلا براساس این دو استحسان یا تقبیح می‌کنند. مثلاً بقای نوع انسانی که به‌عنوان مثالی برای تطابق آرای عقلا یاد شد، از مقولهٔ احساسات بشری است که اصولیان از پذیرش حسن و قبح بر مبنای آن سربازمی‌زنند.

ب) فقیهان گزاره‌های فقهی که تطابق آرای عقلا برخلاف آن‌هاست را پذیرفته‌اند. مثلاً عقلا اتفاق نظر بر قبح قتل مرتد دارند ولی فقیهان این را می‌پذیرند. این پذیرش یا با انکار اصل تطابق آراست یا تطابق آرا را به جنبهٔ انفعالات نفسانی عقلا نسبت می‌دهند و حکم فقهی را با احتمال وجود مصالح و مفاسدی که بشر بدان علم ندارد توجیه می‌کنند تا تقبیح عقلا را بی‌ارج کنند. صورت اول تکذیب حس شهودی است. و صورت دوم هم بنیان دینی را درهم خواهد شکست زیرا امامیه در مقدمهٔ نخست از برهان نبوت، با استناد به «قبح خلقت بی‌غایت» و تنافی آن با حکمت الهی، لزوم جهان آخرت و در نتیجه «لزوم بعث انبیا جهت رهنمونی» را نتیجه می‌گیرند. در اینجا نیز تطابق آرای عقلا بر قبح، برپایهٔ انفعالیات نفسانی است. ازآنجایی‌که انسان میل به بقاء دارد عدم خود را منافی با سرشت خود می‌یابد و آن را تقبیح می‌کند و حیات روحانی را نتیجه می‌گیرد وگرنه از لحاظ عقل محض، عدم انسان مستلزم بی‌غایتی جهان خلقت نیست. افزون بر این همان‌طور که طبق دیدگاه فقیهان مصالح و مفاسد احتمالی در برابر قبح قتل مرتد می‌ایستد و آن را موجه می‌کند در اینجا نیز احتمال مصالحی در تناهی بشر که خداوند از آن آگاه است، می‌تواند مانع قبح شود. پس فقیهان بر چه اساسی در مثل قتل مرتد قبح را نپذیرفته‌اند ولی در این مقدمه قبح را پذیرفته‌اند درحالی‌که اولاً هر دو به انفعالات نفسانی بازگشت دارند و ثانیاً در هر دو وجود مصالح مانع از قبح محتمل است؟

پ) محذور دیگری که رویکرد اصولیان در پی دارد، انکار ناخودآگاه دلیل عقلی ملازمه و بازگشت به دیدگاه اخباری‌گری است؛ زیرا همواره در کنار ادراکات عقلایی ممکن است حاشیه‌ای از مصالح و مفاسد وجود داشته باشد. پس، استدلالی که برای اثبات ملازمه میان حکم عقل و شرع بیان شد نیز ویران می‌شود زیرا اگر بنا به مصالح و مفاسد احتمالی باشد، می‌توان گفت درست است که شارع رئیس العقلاست اما چه بسا مصالحی وجود دارد که حکم او را از هم‌سویی با حکم عقلا بازمی‌دارد و این همان دیدگاه اخباریان است.

برای رهایی از این تناقضات باید پذیرفت که نمی‌توان دلایل عقلی را با برچسب استحسان و مصالح مرسله از کار انداخت. به نظر نگارندگان اگر استحسان عقلایی باشد، در کبرای ملازمه داخل می‌شود و حکم شرعی را می‌توان براساس آن استنتاج نمود. ازاین‌رو، تهمت و بروز فساد به دستگاه قضایی نیز با توجه به اینکه عقلا بی‌اشکال بر قبح این دو اتفاق نظر دارند، دو دلیل عقلی معتبری هستند که بر شالودهٔ ملازمه میان تقبیح عقلی و حرمت شرعی، اعتبار علم قاضی را سلب می‌کنند. شایان ذکر است که تهمت در نظام حقوقی سایر کشورها نیز حساسیت فوق‌العاده‌ای داشته و تأثیر مستقیم در قانون‌گذاری‌ها دارد. در این کشورها نهایت تلاش اعمال شده است تا رویه‌های حقوقی به‌گونه‌ای سامان یابند که دستگاه قضایی را در سوءظن و گمانه‌زنی‌ها قرار ندهند. محض نمونه، نظام‌های حقوقی لیبرالیسم به منع «تحصیل دلیل برای متهم» رأی داده‌اند زیرا تحصیل دلیل، اعتبار دستگاه قضاوتی را در نزد هماورد مخدوش می‌کند و این حس را به او القا می‌کند که قضاوت از حالت بی‌طرفی خارج شده است (شمس، ۱۴۰۲، ص. ۵۳). به همین شکل، عمل قاضی به علم شخصی نیز با توجه

به اینکه سبب اتهام دستگاه قضایی به خروج از بی‌طرفی است و گمانه‌زنی‌های فراوانی را به دنبال دارد و همچنین باعث فسادهای بزرگی خواهد بود، عقلاً و شرعاً ممنوع به نظر می‌رسد. مؤید این استنباط، روایاتی است که به پرهیز از مواضع تهمت فرامی‌خواند. حتی در روایتی دربارهٔ داوود پیامبر آمده است: وقتی او براساس علم شخصی شروع به قضاوت کرد تهمت‌ها بالا گرفت و باعث شد او قضاوت بر مبنای علم را رها کند. افزون بر این شیخ طوسی روایت مرسلی را نقل می‌کند که قاضی را از عمل به علم شخصی به‌دلیل تهمت بازمی‌دارد: «وقد روی فی بعضها أنه لیس له أن یحکم بعلمه لما فیه من التهمه» (طوسی، ۱۳۸۷، ج. ۸، ص. ۱۶۶).

در آخر، ملاحظهٔ این نکته ضروری است که کارکرد دلیل عقلی ارائه‌شده لزوماً در بستر تهمت و فساد است؛ لذا اگر عمل قاضی به علم خود فساد و تهمتی را سبب نشود، دلیل عقلی مزبور نمی‌تواند از علم قاضی بازدارد. مثلاً اگر مستند علم قاضی فیلم معتبری بود، دلیل عقلی از اعتبار چنین علمی جلوگیری نمی‌کند؛ زیرا استناد علم به فیلم نه جای تهمت باقی می‌گذارد و نه فسادی به دنبال دارد. برعکس، اگر مستند علم قاضی دیدن یا شنیدن باشد، دلیل عقلی سالب اعتبار این علم است؛ زیرا با تجویز چنین علمی تهمت و فساد نیز قهراً به‌وجود خواهند آمد. در پایان باید توجه داشت که در فرض اول، هرچند دلیل عقلی مانع از اعتبار علم قاضی نمی‌شود، ولی آن را معتبر هم نمی‌کند؛ لذا باید به سایر ادله نگریست. می‌نماید حتی علم مبتنی بر مستندات بیّن همانند فیلم و شیاع نیز شرعاً اعتباری ندارد؛ زیرا نه‌تنها دلیل شرعی بر اعتبار علم قاضی به‌شکل مطلق (علم ناشی از مستندات بیّن و غیربیّن) وجود ندارد، بلکه دلیل بر منع داشتیم. مثلاً در روایت رجم، آن زن به بدکارگی شهرت داشته است و سنگسار او براساس شیاع تهمتی به باور نمی‌آورد، ولی با این وجود، پیامبر (ص) به علم شخصی عمل نکرد. همچنین مقتضای اصل تأسیسی که گذشت، عدم اعتبار علم قاضی است، چه مستند علم او بیّن باشد چه نباشد.

مخصص عقلی

به همان اندازه که تهمت و بروز فساد در دستگاه قضایی می‌تواند اعتبار علم قاضی را سلب نماید، هدر رفتن حقوق‌الناس نیز می‌تواند اعتبار علم قاضی را جعل کند. اگرچه مستفاد از ادلهٔ فقهی عدم اعتبار علم دادرس در حقوق‌الله و حقوق‌الناس است، ولی با این وجود، عقل با حکم به قبح تضییع حقوق‌الناس، علم قاضی را معتبر می‌کند؛ زیرا عقل مستقلاً درمی‌یابد منع از اعتبار علم حاصل از فیلم در واقعه‌ای که شخصی در آن بزه‌دیده شده است، باعث از بین رفتن حق او می‌شود و همچنین سبب جری شدن مجرمان و گسترش جرایم در جامعه خواهد بود. تقبیح بی‌واسطهٔ عقل در این موارد، صغرای قاعدهٔ ملازمه را تشکیل می‌دهد و حکم شرع را نیز همگام با خود می‌کند. البته این به‌معنای چشم‌پوشی از دو عنصر تهمت و فساد نیست؛ لازم است به نتیجهٔ کسر و انکسار این دو دلیل عقلی توجه کرد؛ اگر مستندی که سبب علم قاضی شده است، نظام قضا را در معرض تهمت قرار دهد یا به‌گونه‌ای باشد که از آن سوءاستفاده شود، علم برآمده از آن اعتباری نخواهد داشت؛ مثل دیدن یا شنیدن قاضی. ولی درصورتی‌که علم به پشتوانهٔ فیلم باشد، عمل به آن مجاز بلکه ضروری است؛ زیرا اولاً تهمت‌زا نیست و ثانیاً چشم‌پوشی از آن سبب می‌شود حق‌الناسی از میان برود. بنابراین می‌توان پذیرفت

که عقل با دو شرط، عمل قاضی به علم شخصی را از حیّز منع بیرون می‌کشد: یکی آنکه در حقوق‌الناس باشد و دیگری اینکه مستند علم موجب تهمت و فساد نباشد؛ یعنی ارائهٔ مستند به دیگران سبب اقناع نفسی همگان باشد، مثل فیلم.

تخصیص قطع موضوعی در زنا

واکاوی‌های فقهی-عقلی نشان داد که علم قاضی معتبر نیست مگر در حقوق‌الناس، مشروط به عدم وجود تهمت و فساد. لذا بزه زنا با توجه به اینکه حق‌الناس محسوب نمی‌شود، حتی با فیلم نیز اثبات‌پذیر نبوده و محقق دانستن آن بر پایهٔ فیلم نامشروع است. ولی در این مرحله، فرض را بر اعتبار علم قاضی در مطلق حقوق قرار می‌دهیم. آیا با این وجود، در جرایمی مثل زنا هم علم قاضی را می‌توان نافذ قلمداد نمود یا علم قاضی در قلمروی زنا تخصیص خورده است؟ برخی از جمله صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۶۲، ج. ۲۰، ص. ۵۴۴)، محقق طباطبایی (طباطبایی، ۱۴۰۴، ج. ۱۳، ص. ۵۹) و تبریزی گمان کرده‌اند که روایات پیرامون حدود و آسان‌گیری شارع در این امر، تنها این نکته را ثابت می‌کند که نباید در این حیطه کاوش کرد، اما به‌معنای عدم اعتبار علم قاضی نیست؛ درصورتی‌که جرم با علم قاضی ثابت گردد، چیزی نمی‌تواند از اجرای مجازات جلوگیری نماید. ولی به عقیدهٔ نگارندگان، روایات پیرامون زنا و اثبات‌پذیری آن نشان از تخصیص علم قاضی در این مقوله دارد به‌گونه‌ای که علم قطعی قاضی به تحقق زنا نافذ نبوده و موجب مجازات نیست. ذیلاً به این روایات اشاره می‌بریم:

الف) «لا یرجم الزانی حتی یقر أربع مرات إذا لم یکن شهود فإن رجع ترک ولم یرجم» (طوسی، ۱۳۶۳، ج. ۴، ص. ۲۵۵). مفهوم روایت نشان می‌دهد که اگر زناکار چهار بار اقرار نکرد، سنگسار نمی‌شود، چه قاضی علم داشته باشد چه نداشته باشد و چه مستند علم او آشکار باشد چه نباشد. فراز پایانی روایت نیز به خوبی ثابت می‌کند که نفوذ علم قاضی در باب زنا تخصیص خورده است؛ زیرا با چهار مرتبه اقرار علم به زنا بی‌شک برای دادرس حاصل می‌شود، ولی بااین‌حال روایت می‌گوید اگر از اقرار خود بازگشت رجم نمی‌شود. اگر علم قاضی از طرق اثبات زنا بود، بازگشت از اقرار در لغو رجم اثری نمی‌داشت.

ب) در روایاتی شاهد هستیم که معصومین (ع)، زناکاری که اقرار می‌کرد را به تردید می‌اندازند و تلاش می‌کنند تا از اقرار او جلوگیری کنند. این در حالی است که معمولاً با همان اقرار بار اول برای قاضی علم به وقوع زنا حاصل می‌شود.

ج) ابن‌فرقد در روایتی از امام صادق (ع) نقل می‌کند که: «یاران پیامبر (ص) به سعد بن عباده گفتند اگر مردی را در حال زنا با همسر خود بیابی با او چه خواهی کرد؟ او پاسخ داد: با شمشیر او را می‌زنم. [در همان حال] پیامبر (ص) بیرون آمد و فرمود: چه خبر شده است یا سعد؟ او گفت: از من پرسیدند که اگر مردی را در حال ارتکاب زنا با همسر خود بیابم چه می‌کنم. من نیز پاسخ دادم که او را با شمشیر از پای درمی‌آورم. سپس پیامبر فرمود: پس چهار شاهد چه می‌شود؟ سعد گفت: آیا پس از آنکه با چشم خود دیدم و خدا نیز آگاه شده است [نیاز به چهار شاهد است]؟ پیامبر فرمود: به خدا قسم چنین است. خداوند برای هرچیزی حدی قرار داده است و برای هرکس که از حد تجاوز کند هم حدی قرار داده است» (حرعاملی، ۱۳۹۲، ج. ۱۸، ص. ۳۰۹).

ظاهر این روایت نفی علم شخصی است اما به نظر نگارندگان از دو جهت علم نوعی قاضی را نیز نفی می‌کند:

۱) پیامبر (ص) به قید چهار شاهد اشاره می‌کنند که نشان می‌دهد زنا تنها با چهار شاهد اثبات می‌شود؛ لذا هر زنایی که فاقد این قید باشد اثبات‌پذیر نیست. بنابراین علم چه شخصی و چه نوعی با توجه به اینکه تحت چهار شاهد مندرج نمی‌گردد، مطلقاً راه اثباتی زنا نیست. باری روایات دیگر در مورد اقرار باعث توسیع راه اثباتی زنا می‌شوند و در کنار چهار شاهد، اقرار را نیز راه اثبات قرار می‌دهند، ولی با توجه به حصری که در این روایات وجود دارد، راه دیگری از جمله علم نمی‌تواند زنا را اثبات نماید.

۲) نفی علم نوعی از راه اولویت قابل استنباط است؛ زیرا وقتی علم شخصی که وجود آن بالفعل است حجت نباشد، علم نوعی با توجه به اینکه در بیشتر موارد علم شأنی است و دارای وجود بالفعل نیست، به طریق اولی از حجیت ساقط می‌گردد. در این میان مسئله احتمال تهمت در علم شخصی نمی‌تواند نافی قیاس اولویت باشد؛ زیرا پیامبر (ص) اثبات‌ناپذیری زنا با علم شخصی را به نبود چهار شاهد معلل کرده‌اند نه اینکه علم شخصی سبب تهمت است؛ به‌ویژه اینکه در فرض روایت تهمتی نیز وجود ندارد؛ زیرا اگر شوهر، مردی را در صحنهٔ ارتکاب معصیت به قتل برساند، وجود آن شخص در خانهٔ او و حضور شاهدان پس از قتل جایی برای تهمت باقی نمی‌گذارد.

نتیجه‌گیری

یافته‌های جستار پیش‌رو نشان می‌دهد:

۱) تحلیل مستندات فقهی نمایان‌گر آن است که برخلاف قانون مجازات اسلامی و نیز برخلاف دیدگاه فقیهانی از جمله امام خمینی (ره)، علم قاضی مطلقاً نامعتبر است؛ یعنی حتی در صورتی هم که مستند علم قاضی آشکار و بیّن باشد، علم قاضی در حقوق‌الله معتبر نخواهد بود. لذا در مسئله زنا، مادامی که از جنبهٔ حق الهی، به حق‌الناس تجاوز نکرده باشد، حتی با فیلم (که سبب علم نوعی است و تهمتی را هم به دنبال ندارد) شرعاً قابل اثبات نیست. هم ازاین‌رو، تاکنون اعدام زناکاران در مواردی که بر پایهٔ فیلم و علم قاضی اجرا شده است، از مصادیق قتل شبه‌عمد می‌باشد و دولت وقت موظف است دیهٔ مقتولان را از بیت‌المال به اولیاء دم پرداخت نماید. در مواردی هم که بر پایهٔ علم قاضی تازیانه جاری شده است، مضروب می‌تواند فراخور با نوع جراحات وارده، خواهان دیه شود.

۲) اگرچه مقتضای ادله، عدم اعتبار علم شخصی و نوعی قاضی در حقوق‌الله و حقوق‌الناس است، اما مخصص عقلی که برآمده از ملازمه میان حکم عقل و شرع است می‌تواند علم قاضی را در حقوق‌الناس معتبر سازد، مشروط به اینکه مستند علم او بیّن باشد به‌گونه‌ای که احتمال تهمت و بروز فساد منتفی باشند.

۳) صرف اینکه بزه زنا دارای جنبهٔ حق‌الناسی باشد، سبب نمی‌شود که بتوان حد را نیز به پشتوانهٔ علم بیّن قاضی ثابت دانست؛ زیرا ازآنجایی‌که اعتبار علم دادرس در حقوق‌الناس با عقل ثابت می‌شود، باید دید عقل تا چه اندازه از جرم ارتکابی را با علم قاضی قابل اثبات می‌داند و این بستگی کامل به قلمروی تقبیح عقلی دارد؛ گاهی عقل افزون بر تقبیح نسبت به عدم اثبات اصل زنا با فیلم (که نتیجهٔ آن، اثبات شرعی زنا بر پایهٔ ملازمه

است)، عدم اثبات حد را نیز تقبیح می‌کند. گاهی هم عقل تنها به تقبیح اصل عدم اثبات زنا بسنده می‌کند، به‌گونه‌ای که مجازات حدی با عقل قابل اثبات نیست. در مواردی مثل زنای به عنف که جنبهٔ حق‌الناسی تجاوز مستقیماً از ذات زنا نشئت دارد، عقل به اثبات حد بر پایهٔ فیلم حکم می‌کند؛ زیرا الغای حد هم سبب تضییع حق‌الناس است و هم سبب گستاخی بیشتر بزه‌کاران. ولی در مواردی که جنبهٔ حق‌الناسی زنا اثر غیرمستقیم عمل باشد، مثل نقض تعهد و وفاداری، تنها اصل زنا به همراه آثار مترتب بر نقض تعهد ثابت می‌شود نه مجازات. محض نمونه، ممکن است زنی برای شوهر خود شرط طلاق در صورت ارتکاب زنا را قرار دهد. در این مورد اگرچه اصل زنا از حقوق‌الناس نیست، ولی با توجه به اینکه ارتکاب آن حق‌الناسی را از میان برمی‌دارد، به حکم عقل، قاضی می‌تواند بر مبنای فیلم زنا را ثابت و حق طلاق را برای زوجه ثابت بداند، ولی حد قابل اثبات نیست.

۴) پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار محترم برای عمل قاضی به علم شخصی ضابطه‌هایی را از پیش قرار دهد؛ به‌عنوان مثال شورایی از پیش تصمیم بگیرد که چه قضاتی می‌توانند در اعمال و وقایع حقوقی به علم خود عمل نمایند. لازم است این تصمیم بر پایهٔ ارزیابی احتمال تهمت، میزان عدالت و محبوبیت قاضی باشد تا از احتمال هرگونه بدگمانی و بروز فساد در دستگاه قضایی پیشگیری کند.

۵) اطلاق مواد مرتبط با علم دادرس در قانون مجازات نیازمند تقیید و اصلاحات جدی است. پیشنهاد می‌شود مواد ۱۶۰، ۱۶۱، ۱۶۲، ۲۱۱ و ۲۱۲ قانون مجازات اسلامی پیرامون علم قاضی در یک ماده، به‌شکل زیر اصلاح شود:

> چنانچه مستند علم بیّن و آشکار باشد، علم دادرس در حقوق‌الناس، بسته به محدودهٔ تقبیح عقلی نافذ است؛ اما در غیر از حقوق‌الناس به‌ویژه مسئله زنا، علم قاضی چه برآمده از مستندات بیّنی باشد که مفید علم نوعی است و چه غیربیّن، نامعتبر است و قاضی قانوناً نمی‌تواند زنا را بر پایهٔ علم محقق بداند.

منابع

قرآن کریم.
آشتیانی، محمدحسن. (۱۳۸۳). کتاب القضاء (تصحیح علی‌اکبر زمانی‌نژاد). قم: زهیر.
آشتیانی، محمدحسن. (۱۴۳۰ق). بحر الفوائد (تحقیق سید حسن موسوی). قم: ذوی القربی.
آل عصفور، حسین بن محمد. (بی‌تا). الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع. قم: انتشارات آل عصفور.
ابن ابی‌جمهور احسائی. (۱۴۰۳ق). عوالی اللآلی العزیزیه فی الأحادیث الدینیه. قم: مؤسسه سید الشهدا (ع).
ابن بابویه، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
ابن براج، عبدالعزیز. (۱۴۰۶ق). المهذب. قم: جامعه مدرسین.
ابن قاسم، عبدالرحمن. (۱۳۹۷ق). حاشیه الروض المربع شرح زاد المستقنع. بی‌جا: بی‌نا.
اتیوبی، محمدآدم. (۱۴۲۴ق). ذخیره العقبی. بی‌جا: دار المعراج.
احمری، حسین. (۱۴۰۲). «بررسی علم قاضی از منظر فقهی و حقوقی». مطالعات میان‌رشته‌ای فقه، ۳(۱۰)، ۵۵-۷۱.
اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۳۸۱). فقه القضاء. قم: دانشگاه مفید.
استرآبادی، امین. (۱۴۲۶ق). الفوائد المدنیه. قم: جامعه مدرسین.
اعتمادی تبریزی، مصطفی. (۱۴۱۸ق). الهدایه إلی أسرار الکفایه. قم: بی‌نا.
أعرجی، عبد المطلب. (۱۴۱۶ق). کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد. قم: جامعه مدرسین.
امام خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۳۴ق). التعادل و الترجیح. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی.
انصاری، مرتضی. (۱۴۲۶ق). حاشیه فرائد الأصول. قم: انتشارات دار الهدی.
ایروانی، باقر. (۲۰۰۷). الحلقه الثالثه فی أسلوبها الثانی. قم: محبین.
ایروانی، محمدباقر. (۱۳۸۵). دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی. قم: مؤسسه الفقه.
بحرالعلوم، محمدتقی. (۱۳۶۲). بلغه الفقیه. تهران: مکتبه الصادق (ع).
تبریزی، میرزاجواد. (بی‌تا). أسس القضاء و الشهاده. قم: دفتر آیت‌الله تبریزی.
ترحینی، محمدحسن. (۱۳۸۵). الزبده الفقهیه فی شرح الروضه البهیه. بی‌جا: دار الفقه.
ثقفی، ابراهیم بن محمد. (۱۴۱۰ق). الغارات. قم: مؤسسه دار الکتب.
جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۶۳). خمس رسائل. قم: جامعه مدرسین.
جوادی آملی، عبدالله. (۱۴۳۹ق). تحریر الأصول. قم: دار الإسراء للنشر.
حائری، سید کاظم. (۱۴۳۰ق). مباحث الأصول. قم: دار البشیر.
حائری، کاظم. (۱۴۲۳ق). القضاء فی الفقه الإسلامی. قم: مجمع الفکر.
حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۳۹۲). وسائل الشیعه. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
حلبی، ابن‌زهره. (۱۳۷۵). غنیه النزوع (تحقیق ابراهیم بهادری). قم: مؤسسه امام صادق (ع).
خوانساری، سید احمد. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح المختصر النافع (تصحیح علی‌اکبر غفاری). تهران: صدوق.
خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۸ق). القضاء و الشهادات. قم: مکتبه الإمام الخوئی.
رشتی، حبیب‌الله. (۱۴۰۱). کتاب القضاء (تحقیق احمد حسینی اشکوری). قم: خیام.
روحانی، سید محمدصادق. (۱۴۳۵ق). فقه الصادق. قم: آیین دانش.

سبحانی، جعفر. (۱۴۱۸ق). نظام القضاء فی الشریعه الإسلامیه. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
سبحانی، جعفر. (۱۴۲۹ق). رسائل فقهیه. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
سبزواری، سید عبدالأعلی. (۱۴۱۸ق). مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: سبزواری.
سید مرتضی، علی بن حسین. (۱۳۷۶). الذریعه. تهران: دانشگاه تهران.
سید مرتضی، علی بن حسین. (۱۴۱۵ق). الانتصار فی انفرادات الإمامیه. قم: جامعه مدرسین.
شمس، عبدالله. (۱۴۰۲). ادله اثبات دعوا. تهران: دراک.
شیرازی، عبدالله. (۱۴۲۵ق). کتاب القضاء. مشهد: مؤسسه امیرالمؤمنین (ع).
صالحی مازندرانی، اسماعیل. (۱۳۷۶). مفتاح البصیره. قم: دفتر آیت‌الله صالحی مازندرانی.
طباطبایی قمی، سید تقی. (۱۴۱۳ق). عمده المطالب فی التعلیق علی المکاسب. قم: محلاتی.
طباطبایی، سیدعلی. (۱۴۰۴ق). ریاض المسائل. قم: مؤسسه آل البیت.
طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۳). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار (تصحیح محمد آخوندی). تهران: دار الکتب الإسلامیه.
طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیه (تحقیق محمدباقر بهبودی). تهران: المکتبه المرتضویه.
طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). کتاب الخلاف. قم: جامعه مدرسین.
عاملی، محمدحسین. (۱۴۲۶ق). إرشاد العقول إلی مباحث الأصول. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
عثیمین، محمد بن صالح. (۱۴۲۸ق). الشرح الممتع علی زاد المستقنع. بی‌جا: دار الجوزی.
عراقی، ضیاءالدین. (۱۳۷۹). کتاب القضاء. قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا (ع).
علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۳۷۴). مختلف الشیعه فی أحکام الشریعه. قم: جامعه مدرسین.
فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۹۰). آیین کیفری اسلام. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۷ق). تفصیل الشریعه (کتاب الحدود). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۰۵ق). کشف اللثام. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی.
فیاض، محمداسحاق. (۱۴۲۷ق). المباحث الأصولیه. قم: دفتر آیت‌الله فیاض.
فیروزآبادی، مرتضی. (۱۴۰۰ق). البراهین الواضحات. بی‌جا: المطبعه العلمیه.
قمشه‌ای، محمدعلی. (۱۴۲۱ق). البراهین الواضحات. بی‌جا: المطبعه العلمیه.
کاشف‌الغطاء، حسن. (۱۴۲۲ق). أنوار الفقاهه (کتاب القضاء). نجف: مؤسسه کاشف‌الغطاء.
کاشف‌الغطاء، علی. (۱۳۸۱ق). النور الساطع فی الفقه النافع. نجف: مطبعه الآداب.
کلانتری، کیومرث. (۱۳۸۸). «تحلیل علمی از یک پرونده کیفری (زنای محصنه و اثبات آن)». پژوهش حقوق عمومی، ۱۱(۲۶)، ۳۱۹-۲۹۵.
کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (تصحیح علی‌اکبر غفاری). تهران: دار الکتب الإسلامیه.
گلپایگانی، سید محمدرضا. (۱۴۲۶ق). القضاء و الشهادات (تحقیق سید علی میلانی). قم: حقایق.
مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۴ق). بحار الأنوار. بیروت: مؤسسه الوفاء.
مظفر، محمدرضا. (۱۴۳۹ق). أصول الفقه. قم: مرکز مدیریت.
مقتدایی، مرتضی. (بی‌تا). مفتاح الهدایه فی شرح تحریر الوسیله. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی (ره).
مقدسی، ضیاءالدین. (۱۴۲۲ق). السنن و الأحکام عن المصطفی. جده: دار عسیری.
مکارم، ناصر. (۱۳۷۷). أنوار الفقاهه (کتاب القضاء). قم: مدرسه امام علی (ع).

مکارم، ناصر. (۱۳۸۰). بحوث فقهیه. قم: مدرسه امام علی (ع).
مؤمن، محمد. (۱۳۷۸). «اعتبار علم قاضی در دعاوی». پژوهش‌های فلسفی کلامی، ۱(۲)، ۳۵-۶۷.
مؤمن، محمد. (۱۳۸۹). مبانی تحریر الوسیله. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی (ره).
منتظری، حسینعلی. (۱۴۱۵ق). نهایه الأصول. تهران: انتشارات تفکر.
منتظری، حسینعلی. (بی‌تا). کتاب الحدود. قم: دار الفکر.
موسوی عاملی، محمد. (۱۴۱۱ق). مدارک الأحکام فی شرح شرائع الإسلام. مشهد: مؤسسه آل‌البیت (ع).
نجفی، محمد حسن. (۱۳۶۲). جواهر الکلام (تحقیق محمد قوچانی). بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
نراقی، احمد. (۱۴۱۵ق). مستند الشیعه. قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).
هاشمی، سید محمود. (۱۳۹۵). أضواء و آراء. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
هاشمی، سید محمود. (۱۴۱۷ق). بحوث فی علم الأصول. قم: مرکز الغدیر للدراسات الإسلامیه.
هاشمی، سید محمود. (۱۴۲۳ق). قراءات فقهیه. قم: مؤسسه دائره معارف الفقه الإسلامی.
یثربی، سید علی‌محمد. (۱۳۸۵). «بررسی علم قاضی در فقه و قانون». اندیشه‌های حقوقی، ۴(۱۱)، ۶۳-۷۰.
یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۳ق). العروه الوثقی. قم: جامعه مدرسین.

References

The Holy Qur'an.
Āshtiyānī, Muḥammad Ḥasan. (1383 SH [2004/2005 CE]). *Kitāb al-qaḍāʾ* (ʿA. Zamānī-Nizhād, Ed.). Qom: Zuhayr. (in Arabic)
Āshtiyānī, Muḥammad Ḥasan. (1430 AH [2008/2009 CE]). *Baḥr al-fawāʾid* (Sayyid Ḥ. Mūsawī, Ed.). Qom: Dhawī al-Qurbá. (in Arabic)
Āl ʿUṣfūr, Ḥusayn ibn Muḥammad. (n.d.). *Al-Anwār al-lawāmiʿ fī sharḥ Mafātīḥ al-sharāʾiʿ*. Qom: Intishārāt-i Āl ʿUṣfūr. (in Arabic)
Ibn Abī Jumhūr al-Aḥsāʾī. (1403 AH [1982/1983 CE]). *ʿAwālī al-laʾālī al-ʿazīziyyah fī al-aḥādīth al-dīniyyah*. Qom: Muʾassasat Sayyid al-Shuhadāʾ (ʿa). (in Arabic)
Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ʿAlī. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Man lā yaḥḍuruhu al-faqīh*. Qom: Daftār-i Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)
Ibn Barrāj, ʿAbd al-ʿAzīz. (1406 AH [1985/1986 CE]). *Al-Muhadhdhab*. Qom: Jāmiʿah-ʾi Mudarrisīn. (in Arabic)
Ibn Qāsim, ʿAbd al-Raḥmān. (1397 AH [1976/1977 CE]). *Ḥāshiyat al-Rawḍ al-murbaʿ sharḥ Zād al-mustaqniʿ*. n.p.: n.p. (in Arabic)
Utyūbī, Muḥammad Ādam. (1424 AH [2003/2004 CE]). *Dhakhīrat al-ʿuqbá*. n.p.: Dār al-Miʿrāj. (in Arabic)
Aḥmarī, Ḥusayn. (1402 SH [2023/2024 CE]). Barrasī-yi ʿilm-i qāḍī az manẓar-i fiqhī va ḥuqūqī [An investigation of the judge's personal knowledge from jurisprudential and legal perspectives]. *Muṭālaʿāt-i Miyān-rishtahʾī-yi Fiqh*, 3(10), 55–71. (in Persian)
Ardabīlī, Sayyid ʿAbd al-Karīm. (1381 SH [2002/2003 CE]). *Fiqh al-qaḍāʾ*. Qom: Dānishgāh-i Mufīd. (in Arabic)
Astarābādī, Amīn. (1426 AH [2005/2006 CE]). *Al-Fawāʾid al-Madaniyyah*. Qom: Jāmiʿah-ʾi Mudarrisīn. (in Arabic)
Iʿtimādī Tabrīzī, Muṣṭafá. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Al-Hidāyah ilá asrār al-Kifāyah*. Qom: n.p. (in Arabic)

Aʿrajī, ʿAbd al-Muṭṭalib. (1416 AH [1995/1996 CE]). *Kanz al-fawāʾid fī ḥall mushkilāt al-Qawāʿid*. Qom: Jāmiʿah-ʾi Mudarrisīn. (in Arabic)
Imām Khumaynī, Sayyid Rūḥ Allāh. (1434 AH [2012/2013 CE]). *Al-Taʿādul wa-al-tarjīḥ*. Tehran: Muʾassasah-ʾi Nashr-i Āthār-i Imām Khumaynī. (in Arabic)
Anṣārī, Murtaḍá. (1426 AH [2005/2006 CE]). *Ḥāshiyat Farāʾid al-uṣūl*. Qom: Intishārāt-i Dār al-Hudá. (in Arabic)
Īravānī, Bāqir. (2007 CE). *Al-Ḥalaqah al-thālithah fī uslūbihā al-thānī*. Qom: Muḥibbīn. (in Arabic)
Īravānī, Muḥammad Bāqir. (1385 SH [2006/2007 CE]). *Durūs tamhīdiyyah fī al-fiqh al-istidlālī*. Qom: Muʾassasat al-Fiqh. (in Arabic)
Baḥr al-ʿUlūm, Muḥammad Taqī. (1362 SH [1983/1984 CE]). *Bulghat al-faqīh*. Tehran: Maktabat al-Ṣādiq (ʿa). (in Arabic)
Tabrīzī, Mīrzā Jawād. (n.d.). *Usus al-qaḍāʾ wa-al-shahādah*. Qom: Daftār-i Āyat Allāh Tabrīzī. (in Arabic)
Tarḥīnī, Muḥammad Ḥasan. (1385 SH [2006/2007 CE]). *Al-Zubdah al-fiqhiyyah fī sharḥ al-Rawḍah al-bahiyyah*. n.p.: Dār al-Fiqh. (in Arabic)
Thaqafī, Ibrāhīm ibn Muḥammad. (1410 AH [1989/1990 CE]). *Al-Ghārāt*. Qom: Muʾassasat Dār al-Kutub. (in Arabic)
Javādī Āmulī, ʿAbd Allāh. (1363 SH [1984/1985 CE]). *Khams rasāʾil*. Qom: Jāmiʿah-ʾi Mudarrisīn. (in Arabic)
Javādī Āmulī, ʿAbd Allāh. (1439 AH [2017/2018 CE]). *Taḥrīr al-uṣūl*. Qom: Dār al-Isrāʾ lil-Nashr. (in Arabic)
Ḥāʾirī, Sayyid Kāẓim. (1430 AH [2008/2009 CE]). *Mabāḥith al-uṣūl*. Qom: Dār al-Bashīr. (in Arabic)
Ḥāʾirī, Kāẓim. (1423 AH [2002/2003 CE]). *Al-Qaḍāʾ fī al-fiqh al-Islāmī*. Qom: Majmaʿ al-Fikr. (in Arabic)
Ḥurr al-ʿĀmilī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. (1392 SH [2013/2014 CE]). *Wasāʾil al-Shīʿah*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Arabic)
Ḥalabī, Ibn Zuhrah. (1375 SH [1996/1997 CE]). *Ghunyat al-nuzūʿ* (I. Bahādurī, Ed.). Qom: Muʾassasah-ʾi Imām Ṣādiq (ʿa). (in Arabic)
Khvānsārī, Sayyid Aḥmad. (1405 AH [1984/1985 CE]). *Jāmiʿ al-madārik fī sharḥ al-Mukhtaṣar al-nāfiʿ* (ʿA. Ghaffārī, Ed.). Tehran: Ṣadūq. (in Arabic)
Khūʾī, Sayyid Abū al-Qāsim. (1428 AH [2007/2008 CE]). *Al-Qaḍāʾ wa-al-shahādāt*. Qom: Maktabat al-Imām al-Khūʾī. (in Arabic)
Rashtī, Ḥabīb Allāh. (1401 AH [1980/1981 CE]). *Kitāb al-qaḍāʾ* (A. Ḥusaynī Ashkavarī, Ed.). Qom: Khayyām. (in Arabic)
Rūḥānī, Sayyid Muḥammad Ṣādiq. (1435 AH [2013/2014 CE]). *Fiqh al-Ṣādiq*. Qom: Āyīn-i Dānish. (in Arabic)
Subḥānī, Jaʿfar. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Niẓām al-qaḍāʾ fī al-sharīʿah al-Islāmiyyah*. Qom: Muʾassasah-ʾi Imām Ṣādiq (ʿa). (in Arabic)
Subḥānī, Jaʿfar. (1429 AH [2008/2009 CE]). *Rasāʾil fiqhiyyah*. Qom: Muʾassasah-ʾi Imām Ṣādiq (ʿa). (in Arabic)
Sabzavārī, Sayyid ʿAbd al-Aʿlá. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Muhadhdhab al-aḥkām fī bayān al-ḥalāl wa-al-ḥarām*. Qom: Sabzavārī. (in Arabic)
Sayyid Murtaḍá, ʿAlī ibn al-Ḥusayn. (1376 SH [1997/1998 CE]). *Al-Dharīʿah*. Tehran: Dānishgāh-i Tihrān. (in Arabic)

Sayyid Murtaḍá, ʿAlī ibn al-Ḥusayn. (1415 AH [1994/1995 CE]). *Al-Intiṣār fī infirādāt al-Imāmiyyah*. Qom: Jāmiʿah-ʾi Mudarrisīn. (in Arabic)

Shams, ʿAbd Allāh. (1402 SH [2023/2024 CE]). *Adillah-ʾi isbāt-i daʿvā* [Evidence and proof in legal actions]. Tehran: Dirāk. (in Persian)

Shīrāzī, ʿAbd Allāh. (1425 AH [2004/2005 CE]). *Kitāb al-qaḍāʾ*. Mashhad: Muʾassasah-ʾi Amīr al-Muʾminīn (ʿa). (in Arabic)

Ṣāliḥī Māzandarānī, Ismāʿīl. (1376 SH [1997/1998 CE]). *Miftāḥ al-baṣīrah*. Qom: Daftār-i Āyat Allāh Ṣāliḥī Māzandarānī. (in Arabic)

Ṭabāṭabāʾī Qumī, Sayyid Taqī. (1413 AH [1992/1993 CE]). *ʿUmdat al-maṭālib fī al-taʿlīq ʿalá al-Makāsib*. Qom: Maḥallātī. (in Arabic)

Ṭabāṭabāʾī, Sayyid ʿAlī. (1404 AH [1983/1984 CE]). *Riyāḍ al-masāʾil*. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt. (in Arabic)

Ṭūsī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. (1363 SH [1984/1985 CE]). *Al-Istibṣār fīmā ukhtulifa min al-akhbār* (M. Ākhūndī, Ed.). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Arabic)

Ṭūsī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. (1387 AH [1967/1968 CE]). *Al-Mabsūṭ fī fiqh al-Imāmiyyah* (M. B. Bahbūdī, Ed.). Tehran: Al-Maktabah al-Murtaḍawiyyah. (in Arabic)

Ṭūsī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. (1407 AH [1986/1987 CE]). *Kitāb al-khilāf*. Qom: Jāmiʿah-ʾi Mudarrisīn. (in Arabic)

ʿĀmilī, Muḥammad Ḥusayn. (1426 AH [2005/2006 CE]). *Irshād al-ʿuqūl ilá mabāḥith al-uṣūl*. Qom: Muʾassasah-ʾi Imām Ṣādiq (ʿa). (in Arabic)

ʿUthaymīn, Muḥammad ibn Ṣāliḥ. (1428 AH [2007/2008 CE]). *Al-Sharḥ al-mumtiʿ ʿalá Zād al-mustaqniʿ*. n.p.: Dār Ibn al-Jawzī. (in Arabic)

ʿIrāqī, Ḍiyāʾ al-Dīn. (1379 SH [2000/2001 CE]). *Kitāb al-qaḍāʾ*. Qom: Muʾassasah-ʾi Maʿārif-i Islāmī-yi Imām Riḍā (ʿa). (in Arabic)

ʿAllāmah al-Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. (1374 SH [1995/1996 CE]). *Mukhtalif al-Shīʿah fī aḥkām al-sharīʿah*. Qom: Jāmiʿah-ʾi Mudarrisīn. (in Arabic)

Fāḍil Lankarānī, Muḥammad. (1390 SH [2011/2012 CE]). *Āyīn-i kayfarī-yi Islām* [Islamic criminal procedure]. Qom: Markaz-i Fiqhī-yi Aʾimmah-ʾi Aṭhār (ʿa). (in Persian)

Fāḍil Lankarānī, Muḥammad. (1427 AH [2006/2007 CE]). *Tafṣīl al-sharīʿah (Kitāb al-ḥudūd)*. Qom: Markaz-i Fiqhī-yi Aʾimmah-ʾi Aṭhār (ʿa). (in Arabic)

Fāḍil al-Hindī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. (1405 AH [1984/1985 CE]). *Kashf al-lithām*. Qom: Kitābkhānah-ʾi Āyat Allāh Marʿashī. (in Arabic)

Fayyāḍ, Muḥammad Isḥāq. (1427 AH [2006/2007 CE]). *Al-Mabāḥith al-uṣūliyyah*. Qom: Daftār-i Āyat Allāh Fayyāḍ. (in Arabic)

Fīrūzābādī, Murtaḍá. (1400 AH [1979/1980 CE]). *Al-Barāhīn al-wāḍiḥāt*. n.p.: Al-Maṭbaʿah al-ʿIlmiyyah. (in Arabic)

Qumshaʾī, Muḥammad ʿAlī. (1421 AH [2000/2001 CE]). *Al-Barāhīn al-wāḍiḥāt*. n.p.: Al-Maṭbaʿah al-ʿIlmiyyah. (in Arabic)

Kāshif al-Ghiṭāʾ, Ḥasan. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Anwār al-faqāhah (Kitāb al-qaḍāʾ)*. Najaf: Muʾassasat Kāshif al-Ghiṭāʾ. (in Arabic)

Kāshif al-Ghiṭāʾ, ʿAlī. (1381 AH [1961/1962 CE]). *Al-Nūr al-sāṭiʿ fī al-fiqh al-nāfiʿ*. Najaf: Maṭbaʿat al-Ādāb. (in Arabic)

Kalāntarī, Kayūmars. (1388 SH [2009/2010 CE]). Taḥlīl-i ʿilmī az yak parvandah-ʾi kayfarī (zinā-yi muḥṣanah va isbāt-i ān) [Scientific analysis of a criminal case (adultery and its proof)]. *Pizhūhish-i Ḥuqūq-i ʿUmūmī*, 11(26), 295–319. (in Persian)

Kulaynī, Muḥammad ibn Yaʿqūb. (1407 AH [1986/1987 CE]). *Al-Kāfī* (ʿA. Ghaffārī, Ed.). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Arabic)

Gulpāyigānī, Sayyid Muḥammad Riḍā. (1426 AH [2005/2006 CE]). *Al-Qaḍāʾ wa-al-shahādāt* (Sayyid ʿA. Mīlānī, Ed.). Qom: Ḥaqāʾiq. (in Arabic)

Majlisī, Muḥammad Bāqir. (1404 AH [1983/1984 CE]). *Biḥār al-anwār*. Beirut: Muʾassasat al-Wafāʾ. (in Arabic)

Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. (1439 AH [2017/2018 CE]). *Uṣūl al-fiqh*. Qom: Markaz-i Mudīriyyat. (in Arabic)

Muqtadāʾī, Murtaḍá. (n.d.). *Miftāḥ al-hidāyah fī sharḥ Taḥrīr al-wasīlah*. Tehran: Muʾassasah-ʾi Nashr-i Āthār-i Imām Khumaynī. (in Arabic)

Maqdisī, Ḍiyāʾ al-Dīn. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Al-Sunan wa-al-aḥkām ʿan al-Muṣṭafá*. Jeddah: Dār ʿUsayrī. (in Arabic)

Makārim, Nāṣir. (1377 SH [1998/1999 CE]). *Anwār al-faqāhah (Kitāb al-qaḍāʾ)*. Qom: Madrasah-ʾi Imām ʿAlī (ʿa). (in Arabic)

Makārim, Nāṣir. (1380 SH [2001/2002 CE]). *Buḥūth fiqhiyyah*. Qom: Madrasah-ʾi Imām ʿAlī (ʿa). (in Arabic)

Muʾmin, Muḥammad. (1378 SH [1999/2000 CE]). Iʿtibār-i ʿilm-i qāḍī dar daʿāvī [Validity of the judge's personal knowledge in legal claims]. *Pizhūhish-hā-yi Falsafī Kalāmī*, 1(2), 35–67. (in Persian)

Muʾmin, Muḥammad. (1389 SH [2010/2011 CE]). *Mabānī Taḥrīr al-wasīlah*. Tehran: Muʾassasah-ʾi Nashr-i Āthār-i Imām Khumaynī. (in Arabic)

Muntaẓirī, Ḥusayn-ʿAlī. (1415 AH [1994/1995 CE]). *Nihāyat al-uṣūl*. Tehran: Intishārāt-i Tafakkur. (in Arabic)

Muntaẓirī, Ḥusayn-ʿAlī. (n.d.). *Kitāb al-ḥudūd*. Qom: Dār al-Fikr. (in Arabic)

Mūsawī ʿĀmilī, Muḥammad. (1411 AH [1990/1991 CE]). *Madārik al-aḥkām fī sharḥ Sharāʾiʿ al-Islām*. Mashhad: Muʾassasat Āl al-Bayt (ʿa). (in Arabic)

Najafī, Muḥammad Ḥasan. (1362 SH [1983/1984 CE]). *Jawāhir al-kalām* (M. Qūchānī, Ed.). Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)

Narāqī, Aḥmad. (1415 AH [1994/1995 CE]). *Mustanad al-Shīʿah*. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt (ʿa). (in Arabic)

Hāshimī, Sayyid Maḥmūd. (1395 SH [2016/2017 CE]). *Aḍwāʾ wa-ārāʾ*. Qom: Markaz-i Fiqhī-yi Aʾimmah-ʾi Aṭhār (ʿa). (in Arabic)

Hāshimī, Sayyid Maḥmūd. (1417 AH [1996/1997 CE]). *Buḥūth fī ʿilm al-uṣūl*. Qom: Markaz al-Ghadīr lil-Dirāsāt al-Islāmiyyah. (in Arabic)

Hāshimī, Sayyid Maḥmūd. (1423 AH [2002/2003 CE]). *Qirāʾāt fiqhiyyah*. Qom: Muʾassasat Dāʾirat Maʿārif al-Fiqh al-Islāmī. (in Arabic)

Yathribī, Sayyid ʿAlī-Muḥammad. (1385 SH [2006/2007 CE]). Barrasī-yi ʿilm-i qāḍī dar fiqh va qānūn [An investigation of the judge's knowledge in jurisprudence and law]. *Andīshah-hā-yi Ḥuqūqī*, 4(11), 63–70. (in Persian)

Yazdī, Sayyid Muḥammad Kāẓim. (1423 AH [2002/2003 CE]). *Al-ʿUrwah al-wuthqá*. Qom: Jāmiʿah-ʾi Mudarrisīn. (in Arabic)

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

The Jurisprudential Ruling on Uterus Transplantation in the Foundations of the Two Major Islamic Traditions

Fathollah Ghorbani[1], Mohammad Rezaei[2]✉

1. PhD Student in Jurisprudence and Islamic Law, Faculty of Humanities, Bu-Ali Sina University, Hamedan, Iran. Email: f.ghorbani@ltr.basu.ac.ir
2. *Corresponding Author*, Assistant Professor, Department of Theology, Faculty of Humanities, Bu-Ali Sina University, Hamedan, Iran. Email: mrezaei@basu.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received
05 March 2024
Received in revised form
02 April 2024
Accepted
17 May 2024
Available online
22 June 2026

Keywords:
absolute uterine-factor infertility,
uterus transplantation,
fertility,
legitimacy,
comparative Islamic jurisprudence

ABSTRACT

Uterus transplantation is an emerging and innovative medical technique developed specifically to treat women with absolute uterine-factor infertility. It gives a recipient a functional uterus and, potentially, the capacity to carry a pregnancy. Unlike gamete donation or gestational surrogacy, the procedure can avoid many legal and religious difficulties because the embryo may be formed from the spouses' own gametes and develops naturally in the wife's transplanted uterus. The intervention nevertheless raises serious risks for the donor, recipient, and fetus and presents novel questions for Islamic jurisprudence: Does it constitute impermissible interference with divine creation? Is it rationally justified despite possible harm? Using a descriptive-analytical and critical method, and examining the primary sources and contemporary opinions of Muslim jurists, the study concludes that uterus transplantation possesses, in principle, conditional therapeutic legitimacy. Accordingly, its permissibility depends, among other requirements, on the embryo being formed from the spouses' gametes, appropriate medical assessment, informed consent, and a favorable balance of benefit over harm. The procedure ultimately does not contradict divine will or thereby amount to prohibited alteration of creation.

Cite this article: Ghorbani, F., & Rezaei, M. (2026). The jurisprudential ruling on uterus transplantation in the foundations of the two major Islamic traditions. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, *20*(1), 101-129. https://doi.org/10.22034/fvh.2025.18236.1924

© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: https://doi.org/10.22034/fvh.2025.18236.1924

Introduction

Absolute uterine-factor infertility affects women who lack a uterus or whose uterus cannot sustain pregnancy because of congenital absence, genetic conditions such as Mayer–Rokitansky–Küster–Hauser syndrome, severe intrauterine adhesions, or hysterectomy. Assisted reproductive technologies and surrogacy have offered partial solutions, but each presents distinctive questions of lineage, parentage, bodily autonomy, contractual validity, and ethics.

Uterus transplantation has emerged as an alternative that allows an embryo created from the spouses' gametes to develop in the wife's body. This biological continuity and the avoidance of a gestational carrier give the procedure significant advantages. Yet its novelty, surgical risks, temporary immunosuppression, donor burdens, and possible fetal effects require a careful fiqhi assessment rather than an uncritical analogy to ordinary organ transplantation.

Methodology

The research is descriptive-analytical with a critical orientation. Primary Imamī and Sunni sources, contemporary fatwas, medical-ethics studies, and legal scholarship were collected through library and electronic research. The authors identified the central arguments for prohibition and permission, reconstructed their underlying principles, and evaluated them through general jurisprudential rules concerning treatment, necessity, harm, bodily authority, reproductive lineage, and public interest.

Literature Review

Existing scholarship includes studies of the ethical and legal dimensions of uterus transplantation, its legitimacy in Imamī jurisprudence, the essential conditions of transplantation contracts, and the legal effects of the procedure, as well as Arabic works on uterus transplantation and a woman's right to receive a transplanted uterus. The present article differs by comparing the arguments of both major Islamic jurisprudential traditions and by subjecting the opposing and supporting evidence to focused fiqhi analysis.

Findings

Both Imamī and Sunni jurists can recognize conditional permissibility. Because the uterus does not transmit genetic characteristics, many Sunni analyses permit its transplantation under necessity and therapeutic need. The procedure is not, in itself, an interference with divine will or an alteration of creation; medical treatment operates within the created order and employs capacities made available by it.

Permissibility requires that the resulting embryo be formed from the married couple's gametes, thereby preserving lineage and avoiding third-party genetic contribution. Potential sources include living or brain-dead donors and, prospectively, artificial or stem-cell-derived uterine tissue, each of which requires separate assessment. The possibility of harm does not establish

categorical prohibition. Rather, the magnitude and probability of harm must be weighed against the serious and enduring harm of infertility and the benefits of gestation, family formation, and reproductive autonomy.

Discussion

The rational rule requiring avoidance of probable harm cannot be applied in isolation. Surgery always carries risk, and the relevant inquiry is whether medically managed risk is disproportionate to therapeutic benefit. A prohibition may itself produce serious harms, including marital breakdown, psychological injury, and permanent loss of reproductive opportunity. The principles of autonomy and beneficence in bioethics, alongside fiqhi doctrines permitting treatment and removing hardship, support access where informed consent and rigorous clinical criteria are satisfied.

Uterus transplantation also differs from surrogacy because the wife herself carries the embryo and the child is genetically attributable to the spouses. Consequently, many concerns about maternal status and contractual control over gestation are substantially reduced, though the procedure still requires regulation of donor consent, compensation, post-operative care, and allocation of scarce medical resources.

Conclusion

Uterus transplantation is a conditionally legitimate therapeutic intervention in Islamic jurisprudence. It is permissible where the embryo derives from the spouses' gametes, medical indications are established, consent is valid, and the expected benefits reasonably outweigh the harms to donor, recipient, and fetus. The procedure neither opposes divine will nor constitutes prohibited alteration of creation. Islamic legal systems should therefore regulate, rather than categorically prohibit, this form of treatment.

Declarations

Author Contributions: Fathollah Ghorbani collected the raw data and prepared the initial draft. Mohammad Rezaei and Fathollah Ghorbani selected and analyzed the relevant data. Mohammad Rezaei conducted the final scholarly review, corrected scientific deficiencies, edited the manuscript, and rechecked the sources.

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 of Generative AI and AI-assisted Technologies: The authors declared that no artificial intelligence was used in the writing process.

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

بررسی حکم پیوند رحم با اتکا به مبانی فقهی فریقین

فتح‌اله قربانی[۱]، محمدرضائی[۲]✉

۱. دانشجوی دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران. رایانامه: f.ghorbani@ltr.basu.ac.ir
۲. *نویسندهٔ مسئول*، استادیار، گروه الهیات، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران. رایانامه: mrezaei@basu.ac.ir

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۱۵
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۱/۱۴
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۲۸
تاریخ انتشار: ۱۴۰۵/۰۴/۰۱

کلیدواژه‌ها:
نازایی رحمی،
پیوند رحم،
باروری،
مشروعیّت،
فقه فریقین

چکیده

پیوند رحم یک پدیدهٔ نوظهور پزشکی است که در دههٔ اخیر، برای درمان ناباروری رحمی زنان فاقد رحم ابداع گردیده است و توسط آن، این طیف نابارور، دارای رحم شده و قابلیت باروری و بعضی از ویژگی‌های زنانه را پیدا کرده‌اند. این روش درمانی، با محدودیت‌های شرعی و قانونی باروری‌های آزمایشگاهی (IVF) و به‌ویژه باروری از طریق رحم جایگزین، مواجه نیست و هرچند ممکن است عوارضی برای اهداکنندهٔ رحم، دریافت‌کنندهٔ آن و جنین داشته باشد، اما چون جنین از گامت‌های زوجین حاصل می‌شود و از حیث بیولوژیک به زوجین منتسب است و در رحم مادر رشد می‌کند، باروری پرمزیّتی محسوب می‌شود. پژوهش پیش رو به روش توصیفی و تحلیلی با مراجعه به منابع فقهی مذاهب اسلامی، در پی واکاوی حکم موضوعی مستحدث است که سؤال‌های جدیدی را فراروی فقه نهاده است، از جمله: آیا پیوند رحم دخالت در خلقت و ارادهٔ الهی محسوب می‌شود؟ با وجود خطرات احتمالی پیوند رحم، آیا انجام آن عقلایی است؟ در نوشتار حاضر ضمن بررسی نظرات جدید فقهای مذاهب اسلامی و مداقه در دیدگاه‌های مخالفان و موافقان، به اثبات رسیده است که اولاً پیوند رحم مشروعیت درمانی دارد و استفاده از آن، علاوه بر سایر شروط، منوط به آن است که جنین، ناشی از گامت‌های زوجین باشد؛ ثانیاً پیوند رحم هیچ منافاتی با ارادهٔ الهی در نظام خلقت ندارد.

استناد: قربانی، فتح‌اله؛ و رضائی، محمد. (۱۴۰۵). بررسی حکم پیوند رحم با اتکاء به مبانی فقهی فریقین. مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ۲۰(۱)، ۱۰۱-۱۲۹. https://doi.org/10.22034/fvh.2025.18236.1924

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

مقدمه

ناباروری و راه‌های درمان آن، از موضوعاتی است که همواره چالش‌هایی را با خود همراه داشته است؛ به‌نحوی که گاه با روش جدیدی برای درمان ناباروری مواجه می‌شویم. امروزه متخصصان پزشکی با مجموعه‌ای از باروری‌های آزمایشگاهی موسوم به (IVF)[1] با ناباروری مقابله می‌نمایند.

علم پزشکی فرزندآوری طبیعی را مرهون سلامت گامت‌های زوجین و سلامت رحم زوجه می‌داند؛ بااین‌حال ممکن است ناباروری زوجین به‌علت اشکال در سلامت گامت باشد که راه درمان آن اهداء گامت توسط شخص بیگانه است. اما گاهی ناباروری زوجین به‌سبب ناباروری رحمی (Aufi)[2] است. در حال حاضر این نوع ناباروری حدود پنج درصد از زنان دنیا را به عللی چون فقدان رحم مادرزادی، نقص ژنتیکی سندروم راکی‌تانسکی،[3] چسبندگی داخلی رحم ناشی از نقص فیزیولوژی و هیسترکتومی (برداشت رحم) به‌دلیل ابتلا به امراض (سرطان) با مشکل مواجه نموده است (برونو، ۲۰۱۸، ص. ۱۴).

در مقطعی علم پزشکی برای حل مشکل ناباروری رحمی، باروری به روش مادراجاره‌ای را پیشنهاد نمود، اما به‌دلیل در پی داشتن محذوریت‌های قانونی و اخلاقی، درصدد جایگزین بهتری برای آن برآمد. لذا طی دههٔ اخیر از تکنیکی موسوم به پیوند رحم رونمایی شد تا زوجه‌ای که مبتلا به ناباروری رحمی است، دوباره قابلیت باروری پیدا کند. روشی که ممنوعیت‌های اخلاقی و قانونی مادر اجاره‌ای را نداشته باشد و در عین حال به نیاز کسانی که به باروری‌های آزمایشگاهی صرف به‌سبب عدم انتساب بیولوژیک نوزاد به والدین، رغبت چندانی ندارند، جامهٔ عمل بپوشاند؛ زیرا در پیوند رحم فرزند از حیث بیولوژیک به والدین منتسب است و جنین در رحم زوجه رشد می‌کند.

پیوند رحم اگرچه از منظر محققان و عالمان اخلاق مغفول نمانده و از سوی دانشمندان دیدگاه‌هایی در مورد آن ارائه شده است، اما حکم فقهی مسئله، به‌علت مستحدث بودن آن هنوز به خوبی منقح نشده است و خلأ تبیین فقهی در این مسئله مشهود است؛ بنابراین بایسته است این ابداع علمی مورد بررسی فقهی قرار گیرد و دیدگاه موافقان و مخالفان مورد بررسی قرار گیرد تا روشن گردد کدام یک با موازین فقهی سازگار است.

پیشینهٔ پژوهش

آثار مکتوب کمی در خصوص این موضوع وجود دارد و همان منابع معدود نیز عمدتاً بیشتر رویکرد پزشکی یا اخلاق زیستی و اخلاق پزشکی دارند. در هر صورت می‌توان منابع زیر را در این خصوص نام برد:

(۵) «ابعاد اخلاقی و حقوقی پیوند رحم» (۱۴۰۱) منتشرشده در شمارهٔ ۵۷ مجلهٔ حقوق پزشکی و «مشروعیت پیوند رحم در فقه امامیه» (۱۴۰۱) چاپ‌شده در شمارهٔ ۴۴ مجلهٔ فقه پزشکی، هر دو به قلم نازیلا نقوی، حمید ابهری و رضا عمانی سامانی.

---

1. In vitro fertilization
2. Absolute uterine factor infertility
۳. نوعی ناهنجاری مادرزادی است که سبب عدم رشد و تکامل واژن و رحم می‌شود.

(۶) «شرایط اساسی صحت قرارداد پیوند رحم با نگاهی به حقوق اسلام» اثر نازیلا نقوی، حمید ابهری و رضا عمانی سامانی منتشرشده در نشریهٔ علمی مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، سال سیزدهم، شمارهٔ ۲۷، تابستان ۱۴۰۱، صفحات ۳۵ تا ۷۰.

(۷) «بررسی حقوقی پیوند رحم و آثار آن» که به‌عنوان رسالهٔ دکتری نازیلا تقوی در سال ۱۴۰۰ در دانشگاه مازندران انجام شده است.

(۸) زراعة الرحم فی الشریعة الاسلامیة نوشتهٔ جمال‌الدین عنان (۲۰۱۸).

(۹) پژوهشی با نام حق المرأة فی نقل الرحم، اثر عجیل جاسم النشمی، (۲۰۱۶) ارائه‌شده در کنفرانس حقوق و تعهدات سلامت بیماران از دیدگاه اسلام که توسط سازمان اسلامی علوم پزشکی در ربیع‌الاول ۱۴۳۸ق (دسامبر ۲۰۱۶) در کویت برگزار شده است.

آنچه نوشتار حاضر را از اندک آثار منتشرشده متمایز می‌نماید، مداقّهٔ فقهی در نظرات و ادلهٔ مخالفان و موافقان پیوند رحم است که با استناد به ادلهٔ فقهی مذاهب اسلامی و سپس تقویت دیدگاهی که مطابق با موازین فقهی است، انجام می‌پذیرد.

مفاهیم

رحم:[1] رحم یا زهدان، عضوی با عضلات ضخیم، گلابی‌شکل، توخالی، مابین مثانهٔ ناحیهٔ لگن و رکتوم (راست‌روده)، بخشی از اندام تناسلی زنان است که نقش مهمی در قاعدگی، باروری و بارداری دارد؛ در رحم تخمک بارورشده در دوران بارداری (لانه‌گزینی) می‌شود و جنین تا تولد در آن رشد می‌یابد (لفکوئیتز، ۲۰۱۲، ص. ۴۴۷).

نازایی رحمی: به نازایی که نشئت‌گرفته از ناتوانی‌های آناتومی یا فیزیولوژی رحم می‌باشد گفته می‌شود (لفکوئیتز، ۲۰۱۲، ص. ۴۴۵).

پیوند رحم: جراحی نوآورانه و پیچیده برای درمان ناباروری رحمی زنانی که به عللی چون اختلال ژنتیکی از بدو تولد یا فاقد رحم هستند، یا به‌علت سندروم راکی‌تانسکی دچار رحم غیرعملکردی شده‌اند، یا اینکه بعدها به‌علت ابتلا به امراض مجبور به هیسترکتومی (برداشت رحم) شده‌اند (صالح جمال، ۲۰۱۶، ص. ۱۰).

ضرورت پیوند رحم و چگونگی ابداع آن

تا چند دهه پیش تنها راه مادر شدن زنان مبتلا به ناباروری رحمی، استفاده از رحم اجاره‌ای و فرزندخواندگی بود، اما چون در باروری به شیوهٔ رحم اجاره‌ای در خصوص انتساب نوزاد اختلاف‌نظرات جدی قانونی به وجود آمد و از جهت اخلاقی نیز موجبات استثمار از جسم زنان را پدید آورد (لاوو، ۲۰۱۷، ج. ۲، ص. ۲۶۹) و فرزندخواندگی نیز با چالش‌های اخلاقی همراه بود، لذا متخصصین به پیوند رحم رو آوردند (فاور، ۲۰۱۸، ج. ۶، ص. ۲۱۹).

اولین پیوند رحم موفق، سال ۱۹۶۰ در موش‌ها و سپس در سال ۱۹۹۶ در حیوان بزرگ‌تری مثل سگ انجام پذیرفت (لفکوئیتز، ۲۰۱۳، ص. ۹۲۵)، اما شروع پیوند رحم در انسان به سال ۲۰۰۰ برمی‌گردد که در

1. Uterus or Womb

شهر جدهٔ عربستان انجام شد ولی به‌دلیل منجر شدن به سقط، موفقیت‌آمیز نبود (طاهرخانی، ۱۳۹۹، ص. ۷۸). اما در سال ۲۰۱۲ یک تیم پزشکی در سوئد موفق به تولد نوزادی حاصل از پیوند رحم شدند و این موفقیت را در سپتامبر ۲۰۱۴ گزارش دادند (نشمی، ۲۰۱۶، ص. ۴). براساس ادعای یک پژوهش، تا سال ۲۰۱۸، هفده گزارش منتشرشده از پیوند رحم انسان در جهان وجود داشته است (فلیکت، ۲۰۱۸، ص. ۸۶) و مطابق با گزارش پژوهشی مروری، تا سال ۲۰۲۱ تعداد پیوند رحم در جهان حدود ۶۰ مورد بوده است که تنها حدود ۱۹ مورد به تولد نوزاد ختم شده است (طاهرخانی، ۱۳۹۹، ص. ۷۸).

پیوند رحم علاوه بر رفع ناباروری رحمی، ماهیت هویت‌بخشی نیز دارد؛ از جمله در زنانی که مبتلا به سندروم راکی‌تانسکی هستند، پیوند رحم علاوه بر بازسازی عملکردهای زنانه سبب احیای برخی از ویژگی‌های مهم زنانه نظیر قاعدگی می‌شود.

پیوند رحم موضوعی است که علوم مختلفی چون پزشکی، اخلاق، فقه و حقوق را به خود درگیر نموده است و با توجه به اینکه به نظر می‌رسد این روش در آیندهٔ نزدیک در اکثر کشورها از جمله ایران به روش مرسوم درمان ناباروری رحمی تبدیل می‌شود، ضروری است مورد بررسی فقهی قرار گیرد.

منابع پیوند رحم

منابع پیوند رحم به دو بخش منابع اصلی و منابع فرعی تقسیم می‌شود:

الف- منابع اصلی: اهدا از اشخاص زنده و مبتلایان به مرگ مغزی.

ب- منابع فرعی: رحم مصنوعی و ایجاد رحم از سلول‌های بنیادی (صالح جمال، ۲۰۱۶، ص. ۱۰؛ نشمی، ۲۰۱۶، ص. ۵؛ عنان، ۲۰۱۸، صص. ۳۰۵-۳۰۶).

مراحل پیوند رحم

قبل از پیوند

الف- قبل از پیوند، از زوجه تخمک اخذ می‌گردد و سپس با اسپرم شوهر در محیط آزمایشگاه به روش (IVF) تلقیح صورت می‌گیرد. جنین حاصله باید ۶ الی ۱۲ ماه قبل از پیوند رحم به وجود آید و تا سپری شدن این مدت با تکنیک کرایوژنیک منجمد می‌شود (عنان، ۲۰۱۸، ص. ۳۰۵).

ب- انتخاب اهداکننده، دریافت رحم و انتقال آن به‌صورت هم‌زمان به لگن زن نازا توسط تکنیک‌های (آناستوموز، ژنیکولوژی، آلوگرفت و...).

ج- لانه‌گزینی: گیرنده تحت یک عمل جراحی پیچیده برای کاشت رحم پیوندی قرار می‌گیرد و رحم به رگ‌های خونی و دستگاه تناسلی وی متصل می‌شود.

بعد از پیوند

الف- ایمونولوژی: پس از پیوند تا برداشت رحم، گیرنده داروهای سرکوب‌کنندهٔ سیستم ایمنی را برای جلوگیری از پس زدن عضو و ابقای آن دریافت می‌کند (فارل، ۲۰۱۴، ص. ۲۳۹).

ب- نظارت و باروری: بررسی سازگاری رحم پیوندی با بیمار و پس از تحقق این مهم و با سپری شدن ۶ الی ۱۲ ماه از کاشت رحم، جنین به رحم منتقل می‌شود.

ج- زایمان به‌شکل سزارین.

د- برداشت رحم پس از دو بار زایمان (پترز، ۲۰۲۰، ص. ۳۰).

قدمت بهره‌وری از رحم غیر

مطابق نظر برخی نویسندگان (زارعی، ۱۳۸۸، ص. ۶۱)، پیشینهٔ بهره‌وری از رحم غیر به عهد قدیم می‌رسد؛ آن‌گونه که در فصل نخست کتاب انجیل در بیان خلقت آمده است: سارا همسر حضرت ابراهیم (ع) به‌سبب نازایی رحم از ایشان می‌خواهد با ملازمش (هاجر) همبستری نماید و به تعبیری از رحم وی جهت فرزندآوری استفاده شود. از نگاه این نویسنده گرچه استفاده از رحم دیگری (جایگزین) در آن دوران جز با همبستری طبیعی ممکن نبود، لکن بهره‌وری از رحم غیر جهت فرزندآوری از این قضیه نشئت می‌گیرد (زارعی، ۱۳۸۸، ص. ۶۱). لکن به نظر می‌رسد قرار دادن ماجرای مزبور به‌عنوان سابقه‌ای برای بهره‌وری از رحم غیر، نوعی تحمیل است و ماجرای همسر حضرت ابراهیم (ع) ربطی به محل بحث حاضر ندارد.

نقاط اشتراک و افتراق باروری توسط پیوند رحم و رحم اجاره‌ای

باروری به روش رحم اجاره‌ای که به آن رحم جایگزین نیز اطلاق می‌گردد، این‌گونه است که زوجین عمدتاً به‌علت نازایی رحمی زوجه تصمیم می‌گیرند با زنی صاحب رحم جهت باروری قراردادی منعقد نمایند؛ به این صورت که فرزند به دنیا آمده پس از زایمان به آنان تحویل داده شود. در این روش، زن صاحب رحم، مادر جانشین و زوج درخواست‌کننده، والدین حکمی نام‌گذاری می‌شوند (الخوری، ۲۰۱۱، ج. ۲۷، ص. ۲۷)؛ این نوع باروری دو شکل کلی دارد:

(۱۰) جایگزینی تقریبی: به‌سبب نازایی رحمی و فقدان گامت زوجه، جنین در نتیجهٔ لقاح تخمک مادر جانشین و اسپرم شوهر زن مبتلا به ناباروری رحمی به وجود می‌آید. در این حالت زن صاحب رحم از حیث ژنتیکی مادر نوزاد است.

(۱۱) جایگزینی کامل: تخمک و اسپرم والدین در محیط آزمایشگاه به جنین تبدیل می‌شود و آنگاه وارد رحم مادراجاره‌ای می‌شود (رحمانی منشادی، ۱۳۸۷، ص. ۱۶۰). در این صورت مادر اجاره‌ای هیچ ارتباط ژنتیکی با فرزند متولدشده ندارد.

با وجود دو شکل کلی باروری توسط رحم اجاره‌ای، احتمالات ممکن‌الوقوعی در آن به‌دلیل نازایی رحمی زوجه و فقدان گامت یک یا هر دو زوج رخ می‌دهد که نقطهٔ اشتراک آن‌ها نازایی رحمی است و بدین قرارند: الف- فقط زوجه مشکل نازایی رحمی دارد. ب- زوجه علاوه بر مشکل نازایی رحمی عاری از تخمدان و گامت است، اما زوج دارای اسپرم سالم است. ج- نازایی رحمی به علاوهٔ مشکل فقدان اسپرم زوج. د- نازایی رحمی و فقدان گامت سالم زوجین (نشمی، ۲۰۱۶، ص. ۴)؛ با این توضیح، نقاط اشتراک و افتراق باروری به شیوهٔ پیوند رحم و رحم اجاره‌ای بدین قرار است:

اشتراکات

الف- به وجود آمدن جنین توسط باروری آزمایشگاهی اصطلاحاً خارج رحمی (IVF).

ب- بهره‌گیری از رحم غیر.

ج- عدم قابلیت رحم برای نگه‌داشت جنین. د- در باروری توسط رحم اجاره‌ای، گروهی موافق و گروهی دیگر غیر از حالت اضطرار آن را حرام می‌دانند (رضانیا معلم، ۱۳۸۳، ص. ۴۳۳)؛ در باروری توسط پیوند رحم نیز تشتت آراء وجود دارد.

تفاوت‌ها

الف- در پیوند رحم، جنین در رحم مادری که از حیث ژنتیکی به وی منتسب است رشد می‌کند؛ برخلاف رحم اجاره‌ای که جنین در رحم زن بیگانه رشد می‌کند.

ب- در باروری توسط پیوند رحم نیازی به مادر جایگزین نمی‌باشد، همچنین گامت‌های زوجین نیز سالم هستند؛ اما در باروری به‌شکل رحم جایگزین علاوه بر ناباروری رحمی، مشکلات دیگری نظیر معیوب بودن گامت یک یا هر دو زوج نیز وجود دارد.

ج- باروری به‌شکل رحم اجاره‌ای به حسب صور متصورهٔ آن، باروری پیچیده‌ای است، درحالی‌که پیوند رحم این‌گونه نیست.

تفاوت پیوند رحم و پیوند سایر اعضا

الف- پیوند رحم در راستای بهبود کیفیت زندگی انجام می‌گیرد و برخلاف سایر پیوندها ضروری نیست، زیرا فقدان رحم حیات شخص را تهدید نمی‌کند (فلیکت، ۲۰۱۸، ص. ۹۰)؛ برخلاف اعضایی چون کلیه و کبد که نبود آن‌ها مخاطره‌آمیز است (لاوو، ۲۰۱۷، ص. ۱۷۰).

ب- پیوند رحم، موقتی محسوب می‌شود، به‌گونه‌ای که پس از دو بار زایمان باید برداشته شود؛ اما سایر پیوندها با ملاحظهٔ دائمی بودن انجام می‌شوند (تقوی، ۱۴۰۱، ص. ۳۷).

ج- در پیوند سایر اعضای بدن یک هدف دنبال می‌شود و آن جانشینی عضو از بین رفتهٔ قبلی است، اما در پیوند رحم با دو هدف جانشینی و ایجاد قابلیت باروری مجدد انجام می‌گیرد (فلیکت، ۲۰۱۸، ص. ۹۰).

حکم فقهی پیوند رحم

پیوند رحم که در فقه مذاهب اسلامی از آن به‌عنوان زرع‌الرحم و نقل‌الرحم تعبیر شده است، موضوعی مستحدث است که حکم صریح آن در هیچ اثر فقهی نیامده است؛ اما اندیشمندان اخلاق و حقوق در خصوص آن نظراتی ارائه نموده‌اند و دارای مخالفان و موافقانی است. لذا لازم است ادلهٔ آنان مورد مداقّهٔ فقهی قرار گیرد تا مشخص گردد پیوند رحم از منظر فقه مشروعیت دارد یا محکوم به حرمت است. بنابراین ابتدا ادلهٔ مخالفان و سپس ادلهٔ موافقان بررسی می‌گردد.

ادلهٔ مخالفان

مخالفان پیوند رحم با اتکا به ادله‌ای که در پی می‌آید، عمدتاً بر این نظرند که این روش درمانی حیات اهداکننده، گیرندهٔ رحم و جنین را تهدید می‌نماید و حداقل برای آنان مضراتی به همراه دارد؛ بنابراین محکوم به حرمت است.

۱. ادلهٔ فقهی

۱ـ۱. اصالةالحظر

ممکن است در مقام استدلال بر حرمت پیوند رحم، به اصالةالحظر استناد شود و گفته شود اصل بر آن است که هیچ فردی حق تصرف در هیچ امری را ندارد، مگر آنکه از سوی شارع اجازهٔ آن تصرف صادر شده باشد؛ انسان و اعمال او همگی مخلوق و مملوک خداوند است و تصرف انسان در ملک خداوند بدون اجازهٔ وی ممنوع است (سیدمرتضی، ۱۳۹۹ق، ج. ۲، ص. ۸۲۱). لذا بهره‌وری از پیوند رحم نیز چون اجازهٔ آن از سوی شرع صادر نشده است، محکوم به حرمت است.

اما استدلال به اصالةالحظر برای اثبات حرمت پیوند رحم قابل قبول نیست؛ زیرا بسیاری از دانشمندان اصول به‌ویژه معظم متأخرین معتقدند اصل بر اباحه است نه حظر (خراسانی، ۱۴۱۴ق، ج. ۲، ص. ۲۲۱). سیدمرتضی نیز در مقام سؤال می‌نویسد: چه کسی گفته است تصرف انسان در ملک خداوند بدون اذن ایشان قبیح است؟ (سیدمرتضی، ۱۳۹۹ق، ج. ۲، ص. ۸۲۱).

از سوی دیگر آیاتی نظیر: «هُوَ الَّذِی خَلَقَ لَکُمْ مَا فِی الْأَرْضِ جَمِیعاً» (بقره/۲۹) و روایاتی نظیر: «کل شیء مطلق حتی یرد فیه نهی» (ابن‌بابویه، ۱۴۱۳ق، ج. ۱، ص. ۳۶) و نیز روایت «والأشیاء کلّها علی هذا حتّی یستبین لک غیر ذلک، أو تقوم به البیّنة» (حرعاملی، ۱۴۱۲ق، ج. ۱۷، ص. ۸۹) همگی دلالت بر تقدم اصل اباحه دارند، بنابراین پیوند رحم نیز مباح است.

۱ـ۲. قاعدهٔ وجوب دفع ضرر محتمل

قاعدهٔ مزبور قاعده‌ای عقلی است که مبنای برخی از مباحث اصولی نظیر اصل احتیاط می‌باشد؛ زیرا اصولیان برای وجوب احتیاط به قاعدهٔ مذکور استناد نموده‌اند و به‌طور کلی مضمون قاعده حاکی از آن است که عقل دستور به دفع ضرر مظنون و محتمل دنیوی یا اخروی می‌دهد (خراسانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۳۱۲).

در پیوند رحم نیز چون احتمال خطر برای اهداکننده و گیرندهٔ رحم وجود دارد، از نظر عقلی اقدام بدان ممنوع است (نشمی، ۲۰۱۶، ص. ۱۹)؛ چنان‌که فدراسیون بین‌المللی زنان و مامایی (FIGO)[1] در سال ۲۰۰۸ پیوند رحم را به‌سبب خطراتی که به دنبال داشت، غیراخلاقی تلقی نمود (فاور، ۲۰۱۸، ص. ۲۲۰).

دو اشکال بر این استدلال وارد است:

اولاً مفسدهٔ متارکهٔ زوجین به‌سبب نازایی زوجه، نیز باید مورد لحاظ قرار گیرد. درمان ناباروری زوجه با پیوند رحم و فرزندآوری ناشی از آن، نسبت به عدم اقدام به پیوند رحم با هدف پرهیز از خطرات احتمالی آن، ترجیح دارد.

1. International Federation of Gynecology and Obstetrics

ثانیاً پس از موفقیت‌های روش پیوند رحم در سال‌های اخیر و همچنین رعایت دستورالعمل‌های نحوهٔ اجرای صحیح فرآیند و اخذ تأییدیه‌های لازم از کمیتهٔ اخلاق ملی (فارل، ۲۰۱۴، ص. ۱۲۴۵)، در نهایت «FIGO» با تجویز آن موافقت نمود (لفکوئیتز، ۲۰۱۳، ص. ۹۲۵).

۱ـ۳. قاعدهٔ «اولویت دفع مفسده بر جلب مصلحت» و قاعدهٔ «ما غلب ضرره فهو ضرر محض»

قاعدهٔ اولویت دفع مفسده بر جلب مصلحت، مورد قبول فقهای اهل تسنن قرار گرفته است. ایشان آن را قاعده‌ای متفرع بر قاعدهٔ لاضرر می‌دانند، لکن فقهای شیعه آن را قبول ندارند. مطابق این قاعده، در دوران امر بین جلب مصلحت و دفع مفسده، دفع مفسده، مهم‌تر و اولی است (کمالی، ۱۴۰۲، ج. ۶، ص. ۶۲). بنابراین پیوند رحم گرچه دارای منافعی است، اما چون رواج آن خطرات و مفاسدی (بازار سیاه خرید و فروش رحم) به دنبال دارد، بهره‌وری از آن مجاز نیست (دمشقی، ۱۴۱۴ق، ص. ۴۳۹). به استناد قاعدهٔ دوم نیز که بیان می‌دارد: هر آنچه که ضررش بر سودش چیرگی داشته باشد به‌مثابهٔ ضرر محض تلقی می‌شود و منافع اندک به منزلهٔ عدم محسوب می‌شوند (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ج. ۱، ص. ۱۵۵)؛ فقیهان اهل‌سنت در مجمع سازمان اسلامی علوم پزشکی سال ۲۰۱۶ در کشور کویت براساس ادلهٔ مذکور معتقدند چون پیوند رحم با خطرات و ضررهایی همراه است که بر منافعش غلبه دارد، بنابراین مشروعیت ندارد (نشمی، ۲۰۱۶، ص. ۱۲).

جواب ادعاهای مذکور: نخست اینکه خود قاعدهٔ اولویت دفع مفسده، به لحاظ کبری محل اشکال است و مورد انتقاد برخی از علمای اصول قرار گرفته است. دوم اینکه موضوع قاعده - بر فرض پذیرفته شدن - مصلحت و مفسدهٔ معلوم است (حکیم، ۱۹۷۹، ج. ۱، ص. ۵۴۴) و به استناد خطرات احتمالی پیوند رحم نمی‌توان به‌طور قطع قائل شد که ضرر آن بر نفعش چیرگی دارد و چه بسا منافع آن بر خطرهای محتمل غلبه داشته باشد؛ زیرا پیوند رحم سبب مداوای بیماری طاقت‌فرسای ناباروری رحمی و منتج به فرزندآوری می‌شود (کیلانی، ۲۰۰۸، ص. ۱۳).

سوم اینکه پیوند رحم امروزه توسط تکنولوژی‌های دقیقی انجام می‌پذیرد که می‌توان تقریباً سلامت اهداکننده و گیرندهٔ رحم را تضمین نمود (منصورعلی، ۲۰۱۳، ص. ۲۱).

چهارم اینکه به استناد برخی از یافته‌های متخصصین پزشکی، ماهیت پیوند رحم به‌گونه‌ای است که اگر به‌نحو مطلوب مدیریت شود، می‌توان از آن بدون اضرار به غیر بهره برد (فاور، ۲۰۱۸، ص. ۲۱۹).

۱ـ۴. قاعدهٔ الضرر لا یزال بالضرر

طبق نظر فقهای امامیه، این قاعده از مدلولات و متفرعات قاعدهٔ لاضرر است و قاعدهٔ مستقلی نیست. مطابق قاعدهٔ «الضرر لا یزال بالضرر» هیچ شخصی اجازه ندارد جهت دفع ضرر از خویش به دیگری ضرر وارد سازد؛ مثلاً مالک در تعمیر خانه مجاز نیست به‌نحوی بازسازی کند که به همسایه ضرری وارد شود یا مثلاً گرفتن غذای شخص گرسنه جهت رفع اضطرار از خود به‌سبب اینکه موجبات اضرار وی را فراهم می‌آورد مشروعیت ندارد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج. ۱، ص. ۱۳۳). سید محمدتقی حکیم قاعده را عقلی می‌داند و معتقد است نیاز به نص شرعی ندارد (حکیم، ۱۴۲۹ق، ص. ۱۴۲).

فقهای اهل‌سنت با استناد به قاعدهٔ فوق با انتقال اعضای واحد بدن مخالفت نموده‌اند؛ رحم نیز چون عضو واحد است، ممکن است فقدانش مشکلاتی برای شخص انتقال‌دهنده به وجود آورد، بنابراین با انتقال رحم ضررهای متعددی به شخص وارد می‌شود و براساس قاعده‌ای که می‌گوید: «ضرر با ضرر ادامه دارد»، پیوند رحم مشروعیت ندارد (عنان، ۲۰۱۸، ص. ۱۶).

در استدلالی دیگر آمده است: چون ناباروری خطر جانی برای نابارور به دنبال ندارد، لذا شایسته نیست با انتقال رحم که عضو واحد حیاتی است، خود را وارد ضررهای یکی پس از دیگری نمود (صهیود، ۲۰۱۱، ص. ۳۰۲).

در پاسخ به استناد به این قاعده می‌توان گفت براساس آنچه پیشتر ذکر شد، ناباروری نوعی بیماری محسوب می‌شود و با آنکه خطر جانی در پی ندارد، اما اقدامات درمانی برای رفع و درمان آن ضرورت دارد. لذا پیوند رحم ازالهٔ ضرر با ضرر دیگر محسوب نمی‌شود.

۱ـ۵. انتقال رحم نوعی تغریر به نفس است

تغریر نفس از نظر لغوی در معرض مخاطره نهادن نفس است که جز در موارد اضطراری مثل جهاد، محکوم به حرمت است (نجفی، ۱۴۰۱ق، ج. ۴۲، ص. ۳۵۴) و حرمت آن به حدی است که اگر قصاص عضو، سبب هلاکت قصاص‌شونده را فراهم آورد، قصاص ساقط شده و تبدیل به دیه می‌شود (نجفی، ۱۴۰۱ق، ج. ۴۲، ص. ۳۵۵).

فقیهان اهل‌سنت در مجمع سازمان اسلامی علوم پزشکی سال ۲۰۱۶ در کشور کویت بر این مطلب صحه نهاده‌اند که رحم جزء اندام تناسلی است و اندام‌های تناسلی نیز حساس می‌باشند که نبود آن‌ها خطرات سوء به همراه دارد؛ برداشت و انتقال رحم در پیوند رحم چون سبب از بین رفتن عملکردهای زنانه و یائسگی زودرس و از همه مهم‌تر ناباروری دائمی شخص می‌شود، مشمول حرمت تغریر به نفس می‌باشد (نشمی، ۲۰۱۶، ص. ۱۲). خدای تعالی نیز در آیات متعدد انسان را از قرار گرفتن در معرض اموری که وی را به‌سمت هلاکت می‌کشاند نهی نموده است؛ نظیر: «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ: با دستان خویش خود را به هلاکت میندازید» (بقره/۱۹۵) و «وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ: خودتان را نکشید» (نساء/۲۹).

۱ـ۶. دخالت در ارادهٔ الهی

شیخ عجیل نشمی (۲۰۱۶، ص. ۱۷) استاد معارف دانشگاه کویت بیان نموده است برخی از فقیهان اهل‌سنت در مجمع سازمان اسلامی علوم پزشکی سال ۲۰۱۶ در کشور کویت بر این نظرند که پیوند رحم نوعی دخالت در ارادهٔ الهی محسوب می‌شود؛ درحالی‌که آیات متعددی این نوع دخالت را تقبیح می‌کنند، نظیر: «خدا از جنین‌هایی که هر (انسان یا حیوان) ماده‌ای حمل می‌کند آگاه است؛ و نیز از آنچه رحم‌ها کم می‌کنند (و پیش از موعد مقرّر به دنیا می‌آورند)، و هم از آنچه افزون می‌کنند (و بعد از موقع به دنیا می‌آورند)؛ و هرچیز نزد او مقدار معیّنی دارد» (رعد/۸)، «آنچه را مشیّت ما تعلق گیرد در رحم‌ها قرار می‌بخشیم» (حج/۵) و آیهٔ «و هرکس را بخواهد عقیم می‌گذارد» (شوری/۵۰).

مستدلین با استناد به آیات فوق ابراز داشته‌اند ممکن است خداوند زنی را بدون رحم آفریده باشد یا اراده نماید به‌واسطهٔ عارضه‌ای وی فاقد رحم شود، بنابراین اقدام وی برای کاشت مجدد رحم، خلاف فحوای آیات کریمه و مخالفت با ارادهٔ الهی است.

جواب ادعای فوق: اولاً این پیشرفت علم پزشکی و امکان چنین عملی، خود تحت اراده و قدرت الهی است و انسان این توان را از قوه و ارادهٔ الهی گرفته است. ثانیاً اگر پیوند رحم دخالت در ارادهٔ الهی باشد، پس هرگونه اقدام درمانی یا پیشگیرانه نیز باید دخالت در ارادهٔ الهی باشد. فرض کنید نوزادی با انگشتان به هم چسبیده به دنیا آمده است. آیا می‌توان پذیرفت که جدا کردن انگشتان او از یکدیگر با عمل جراحی، دخالت در ارادهٔ الهی و حرام است؟! قطعاً خیر؛ حکم عقل و بنای عقلا جواز اقدامات درمانی است. بنابراین پیوند رحم از این حیث هیچ اشکالی ندارد.

۱ـ۷. انتقال رحم موجب تغییر شخصیت است

مخالفان پیوند می‌گویند با برداشت، انتقال و پیوند رحم، تغییر در خلقت خدا محقق می‌گردد؛ زیرا تولید مثل از مسیر اصلی خود خارج می‌شود، از آن حیث که لقاح بین گامت‌ها و بارورسازی تخمک توسط تکنیک (IVF)، انجماد جنین و انتقال آن پس از یک سال در رحم کاشته‌شده، خلاف مسیر خلقت خدا است. چنان‌که شیطان نیز تغییر در خلقت خدا را می‌خواهد و می‌گوید: «وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا: و آن‌ها را گمراه می‌کنم، و به آرزوها سرگرم می‌سازم، و به آنان دستور می‌دهم که (اعمال خرافی انجام دهند، و) گوش چهارپایان را بشکافند، و آفرینش (پاک) خدائی را تغییر دهند (و فطرت توحید را به شرک بیالایند)» (نساء/۱۱۹).

نووی در روضة الطالبین ابراز داشته است کاشت رحم موجب تغییر در شخصیت نیز می‌شود؛ زیرا شخصی که اقدام به اهدای رحم می‌کند در واقع شخصیت خود را از مؤنث به مذکر تبدیل می‌کند و شخصی که اقدام به کاشت رحم می‌نماید صاحب رحمی شده است که به جسم وی تعلق ندارد (نووی، ۱۴۱۲ق، ج. ۲، ص. ۹۷).

جواب ادعای تغییر در خلقت: براساس تعبیر «خلق‌الله» در آیهٔ قرآن، ملاک در حرمت تغییر خلق‌الله، معارضه با خلقت خداوند است به‌نحوی که خلق جدیدی ایجاد شود. بنابراین در جایی که خلق جدید ایجاد نشود مشمول حرمت نیست (موسوی سبزواری، بی‌تا، ج. ۹، ص. ۳۰۵). برخی از نویسندگان در بحث مشابهی (تغییر در جنین) تغییر را به پنج قسم تقسیم می‌کنند و برخی را جایز می‌دانند. یک قسم جایز نظیر: تغییری که موجب زیبایی جسم، بلند یا کوتاه شدن قد، چاق یا لاغر شدن، سفید شدن چهره و... بشود (محسنی، ۱۴۲۶ق، صص. ۱۲۸-۱۳۰).

جواب ادعای تغییر در شخصیت: با برداشتن رحم، مؤنث، مذکر نمی‌شود و با ایجاد رحم نیز قرار نیست مذکری مؤنث شود؛ بنابراین هیچ تغییری در شخصیت دهنده و گیرندهٔ رحم به وجود نمی‌آید، نهایت دخالتی که در این زمینه روی می‌دهد باروری توسط (IVF) است که حسب ضرورت انجام می‌پذیرد (قره‌داغی، ۲۰۱۱، ص. ۹۴).

جمع‌بندی این بخش: با توجه به اینکه پیوند رحم دخالت در تقدیر الهی و تغییر در خلقت خداوند نیست، بلکه در راستای مقاصد شریعت در حفظ نفس و نسل است و نوعی درمان مشروع و موجب تحقق مصالح ضروری یا حاجی یا تحسینی است، جایز و مشروع است (نشمی، ۲۰۱۶، صص. ۷-۸، ۲۹).

۱ـ۸. قاعدهٔ عدالت

قاعدهٔ عدالت از قواعد مهجور فقهی است که کمتر بدان پرداخته شده است، آن‌گونه که آیت‌الله سیستانی در معرفی آن ابراز داشته‌اند: «قاعدهٔ عدالت از بزرگ‌ترین قواعد فقهی است هرچند مانند سایر قواعد فقهی بابی در قواعد فقهی به آن اختصاص نیافته است» (سیستانی، ۱۳۹۶، ص. ۳۲۵)؛ اما برخی نیز قاعده نامیدن آن را محل تردید دانسته‌اند؛ اما با وجود آیات متعدد قرآنی که بر وجوب عدالت دلالت دارند، قاعده نامیدن آن دور از تصور نیست (سیستانی، ۱۳۹۶، ص. ۳۲۵): «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَ الْإِحْسانِ» (نحل/۹۰)، «وَ إِذا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (نساء/۵۸) و... بنابراین اشکال در خصوص اصل قاعده روا نیست (سیستانی، ۱۳۹۶، ص. ۳۲۵).

قائلان به قاعده بودن عدالت معتقدند فقیه با استناد به قاعدهٔ مذکور پس از تشخیص عدالت و ظلم در یک موضوع می‌تواند فتوا به وجوب و حرمت دهد.

با استناد به قاعدهٔ فوق، درمان ناباروری رحمی توسط پیوند رحم با توجه به هنگفت بودن هزینه‌های آن به‌گونه‌ای است که بیشتر اغنیاء موضوع این نوع درمان هستند و این مسئله برقراری عدالت را در خصوص این روش درمانی زیر سؤال می‌برد؛ بنابراین مشروعیت آن مورد تردید است (انگاگ،[1] ۲۰۲۰، ص. ۲۶۵).

۲. دلایل پزشکی

برخی از اصول اخلاق زیستی که ذیلاً اشاره می‌شود، به همراه ادلهٔ دیگر ناظر به ممنوعیت پیوند رحم می‌باشند.

۲ـ۱. فقدان اولویت

برخی از متخصصین پزشکی مخالف به‌کارگیری پیوند رحم معتقدند درمان ناباروری رحمی توسط پیوند رحم هزینه‌های گزافی را به دنبال دارد، درحالی‌که می‌توان با چنین هزینه‌هایی اقدام به ریشه‌کن کردن امراضی چون سرطان نمود که درمان آن‌ها جنبهٔ عمومی دارد و از اولویت برخوردار است، اما درمان ناباروری رحمی جنبهٔ شخصی دارد؛ بنابراین با مبنا قرار دادن اولویت‌ها، درمان ناباروری رحمی به‌واسطهٔ پیوند رحم از اولویت برخوردار نیست (بالایلا، ۲۰۱۶، ص. ۱۴۳۵).

در جواب ادعای فوق نیز باید بیان نمود اگر شخصی توان مالی پرداخت هزینه‌های پیوند رحم را داشته باشد، انجام آن با منعی مواجه نخواهد بود، همچنین اینکه اولویت‌سنجی در خصوص درمان بیماری‌ها خصوصاً ناباروری نیز وجاهتی ندارد.

۲ـ۲. اصل عدم اضرار به غیر

اصل مذکور که از جمله اصول اخلاق زیستی است، حاکی از آن است که اشخاص نباید به‌واسطهٔ حقوقی که دارند یا به‌دلیل منافعی که کسب می‌کنند، به دیگران ضرر وارد نمایند؛ در فقه نیز چنین سوءاستفاده‌ای از حق، محکوم به حرمت است (صفائی، ۱۳۹۴، ش. ۵ (۱۷)، صص. ۳۳-۴۳).

بنابراین پیوند رحم گرچه منافعی برای گیرندهٔ رحم دارد، اما به‌دلیل مضراتی که برای اهداکننده، نوزاد و حتی گیرنده دارد و سلامت آنان را تهدید می‌کند، ممنوعیت پزشکی دارد.

1. LM Ngaage

۲ـ۳. خطرات برای اهداکننده

عوارض حین عمل: برداشت رحم و ساقه‌های عروقی بلند علاوه بر احتمال عفونت، می‌تواند منجر به خونریزی شدید شود (کیسو، ۲۰۱۳، ص. ۲۹۰).

عوارض پس از عمل: عفونت شدید، التهاب، خونریزی، آسیب وارد شدن به حالب، ایجاد حالت فیستول (ارتباط و اتصال غیرطبیعی بین دو ارگان یا بافت بدن)، آسیب رسیدن به مثانه، عروق ایلیاک (سرخرگ تهیگاهی درونی)، آسیب به روده، از هم پاشیدگی بخش فوقانی واژن، عفونت دستگاه ادرار، هموروئید، شب‌ادراری، درد ناحیهٔ بیرونی ران (فارل، ۲۰۱۴، ص. ۵۸۲).

عوارض جسمی و روانی: یائسگی زودرس، تغییر فرم بدن (خصوصاً از ناحیهٔ شکم)، از بین رفتن نشانه‌های زنانه و خدشه وارد شدن به هویت جنسی زن، ایجاد اختلال جنسی و افت رضایت جنسی (تستا، ۲۰۱۷، ص. ۹۱۳)، بروز عوارض متعدد روانی و جسمی پس از برداشت رحم.

۲ـ۴. خطرات برای گیرنده

عوارض حین عمل: جراحی‌های پی در پی و تجمع غیرطبیعی خون در دیوارهٔ رحم، ابتلا به عفونت‌های داخل رحم.

عوارض پس از عمل: پس زدن رحم به‌سبب آبسهٔ رحم، التهاب سراسر بدن (سپتی‌سمی)، خونریزی، آمبولی ریه، عوارض استفاده از داروهای سرکوب‌گر ایمنی نظیر دیابت بارداری، افزایش قند خون (هیپرگلیسمی)، اختلال کلیوی و مهم‌تر کاهش عمر و دیابت ملیتوس (قند خون).

عوارض ناشی از بارداری: اختلالات هنگام بارداری مثل فشار خون بالا (هیپرتانسیون) و اختلال کبدی (کلستاز کبدی)، پره‌اکلامپسی (مسمومیت حاملگی)، زایمان زودرس، اجبار استفاده از سزارین و تن دادن به عوارض آن.

عوارض جسمی و روانی: عوارض منفی بهره‌وری از تکنیک (IVF)، ایجاد استرس‌های حاد به‌دلیل نوع واکنش بدن نسبت به پذیرش یا رد رحم پیوندی (تستا، ۲۰۱۷، ص. ۹۱۶؛ پترینی، ۲۰۱۷، ص. ۷۰۹).

۲ـ۵. خطر برای فرزند

نارس متولد شدن نوزاد،[1] ضررهای استفاده از داروهای سرکوب‌کنندهٔ ایمنی برای سلامت جنین و تغییر منبع در خون‌رسانی به‌واسطهٔ پیوند رحم، حیات جنین را در معرض خطر قرار می‌دهد (برانستوم، ۲۰۱۰، ص. ۳۴۰).

در جواب این دلیل باید اشاره داشت: این شیوهٔ درمان هرچند ممکن است عوارضی برای اهداکنندهٔ رحم، دریافت‌کنندهٔ آن و جنین داشته باشد، اما چون جنین حاصله ناشی از گامت‌های زوجین می‌باشد و مهم‌تر اینکه از حیث بیولوژیک به آن‌ها منتسب است و در رحم مادر رشد می‌کند، باروری پرمزیّتی محسوب می‌شود.

1. small for gestational age

۲ـ۶. هتک انسانیت

از ادلهٔ غیرپزشکی مخالفین پیوند رحم، گسترش تجارت سیاه فروش رحم است، خصوصاً در کشورهایی که قاچاق اعضا شایع است؛ چون این تجارت بیشتر زنان و دختران فقیر را مورد هدف قرار می‌دهد و مجبور می‌شوند جهت تأمین هزینه‌های زندگی تن به چنین عملی بزنند و به نوعی هویت خود را بفروشند (الطویل،[1] ۲۰۱۶، ص. ۹۵).

جواب ادعای فوق: می‌توان با تدابیری از این پدیده جلوگیری نمود؛ از جمله واکاوی گردد تا حد امکان اهدای رحم از سوی خویشاوندان انجام پذیرد و یا اگر اهدا از سوی افراد غیرخویشاوند است، محرز گردد خرید و فروش صورت نگرفته است (فاور، ۲۰۱۸، ص. ۲۲۰).

ادلهٔ موافقان

موافقان درمان نازایی رحمی توسط پیوند رحم با استناد به ادلهٔ متعدد معتقدند این روش از بسیاری محظورات شرعی و اخلاقی سایر روش‌های کمک‌باروری، به‌خصوص باروری به‌شکل مادر اجاره‌ای مبرا می‌باشد و میزان خطرات ناشی از آن در مقایسه با سایر اعمال جراحی پرخطر (جراحی‌های زیبایی) بسیار کم و قابل توجیه است.

۱. ادلهٔ فقهی

۱ـ۱. اصل اباحه

اصل اباحه حسب نظر اندیشمندان اصول، اصلی عقلی و از حیث رتبه مقدم بر اصالةالحظر است و مجرای آن شبهات حکمیه است (فاضل تونی، ۱۳۹۹ق، ص. ۱۸۶). طبق این اصل هرگاه در حلال یا حرام بودن چیزی تردید شود، به عدم حرمت رجوع می‌شود (سید مرتضی، ۱۳۹۹ق، ج. ۲، ص. ۸۱۱). همچنین روایات مهمی مستند اصل اباحه هستند؛ نظیر «کل شیء لک حلال حتی تعلم انه حرام بعینه» (حر عاملی، ۱۴۱۲ق، ج. ۱۷، ص. ۸۸).

غزالی در المستصفی می‌نویسد: شماری از معتزله بر این نظرند که افعال قبل از بیان و اظهار نظر شرع مباح‌اند (غزالی، ۱۴۱۳ق، ج. ۱، ص. ۶۳).

به استناد اصل عقلی فوق و مستندات آن می‌توان ابراز نمود چون در خصوص حکم پیوند رحم تصریحی از جانب شرع نرسیده است، بهره‌وری از آن بی‌اشکال است.

۱ـ۲. قاعدهٔ اضطرار (الضرورات تبیح المحذورات)

این قاعده از قواعد مربوط به احکام ثانویه است و مستندات فراوان قرآنی و روایی دارد. حسب عبارت «الضرورات تبیح المحذورات»، هر آنچه که ممنوع و حرام باشد، هنگام ضرورت مباح می‌گردد؛ آن‌گونه که خوردن مردار در حالت ضرورت مباح است: «إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ» (بقره/۱۷۳). در بعضی آیات به‌طور صریح در حالت اضطرار، حرام، حلال می‌شود: «مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ» (انعام/۱۱۹). در برخی روایات، عدم رفع اضطرار توسط

1. Altawil Z.

حرام به‌مثابهٔ کفر تلقی شده است: «مَن إضطّرَ اِلی المیتةِ والدمِ ولحمِ الخنزیرِ فَلم یَاکُل شَیئَاً مِن ذالکَ حَتی یَموتَ فَهو کافرٌ» (حر عاملی، ۱۴۱۲ق، ج. ۱۸، ص. ۵۲۰).

با اتکا به مبانی فوق، علم پزشکی نازایی را نوعی بیماری و اضطرار تلقی می‌کند (بالایلا، ۲۰۱۶، ص. ۹۵۹) و به فرض، حکم پیوند رحم به‌واسطهٔ خطرات محتمل با حرمت مواجه باشد؛ اما زوجهٔ مبتلا به ناباروری رحمی در اضطرار واقع است؛ زیرا از ناحیهٔ اطرافیان و حتی جامعه به‌دلیل ناباروری تحت فشار است و هویتش را متزلزل می‌بیند، لذا درمان ناباروری رحمی برای وی ضروری است (بهنس، ۲۰۱۶، ص. ۲۴؛ نوجوان، ۱۳۸۹، صص. ۷۰-۷۱).

آیت‌الله مکارم شیرازی از مراجع تقلید شیعه در این خصوص بیان نموده‌اند: درصورتی‌که پیوند رحم آمیخته با حرام یا ضرر مهمی نباشد، ذاتاً اشکالی ندارد؛ ولی چنانچه مستلزم حرامی باشد (مانند لمس و نظر حرام)، تنها در صورت ضرورت جایز است (مکارم شیرازی، استفتاء، ش. ۷۰۰۱۹).

آیت‌الله کریمی جهرمی جواز پیوند رحم را منوط به وقوع ضرورت قطعیه دانسته‌اند و در غیر این صورت مبادرت بدان را حرام دانسته‌اند (کریمی جهرمی، استفتاء، ش. ۷۰۹).

آیت‌الله سیستانی نیز در خصوص حکم پیوند رحم اشاره داشته‌اند: پیوند رحم فی‌حدذاته اشکال ندارد؛ ولی تا ضرورت نباشد، اگر عمل مستلزم نگاه یا لمس نامشروع باشد جایز نیست (سیستانی، استفتاء، ش. ۱۵۴۵۳۶۰).

برخی صدق اضطرار در این مسئله را مورد تردید دانسته‌اند و معتقدند چون ناباروری خطر جانی در پی ندارد، می‌توان مشکل را با مادر اجاره‌ای که هزینهٔ کمتری دارد رفع نمود (نشمی، ۲۰۱۶، ص. ۱۴).

قائلین به صدق اضطرار در پاسخ ابراز داشته‌اند: باروری توسط مادر اجاره‌ای به‌دلیل در پی داشتن عواقب سوء قانونی و اخلاقی، نسبت به پیوند رحم اولویت ندارد؛ همچنین در تضاد با تجربهٔ بارداری نیز است (بالایلا، ۲۰۱۶، ص. ۹۵۸).

۱ـ۳. قاعدهٔ نفی عسر و حرج

نفی عسر و حرج قاعده‌ای فقهی و از احکام ثانویه است و مطابق آن، هرگاه تکلیفی دارای مشقت و دشواری شدیدی باشد که تحمل آن عادتاً برای شخص ممکن نباشد، آن تکلیف ساقط می‌گردد؛ همچنان که خدای تعالی در آیاتی به این حکم تصریح فرموده است: «مَا یُرِیدُ اللَّهُ لِیَجْعَلَ عَلَیْکُمْ مِنْ حَرَجٍ: خداوند نمی‌خواهد که بر شما حرج قرار دهد» (مائده/۶) و «یُرِیدُ اللَّهُ بِکُمُ الْیُسْرَ وَلَا یُرِیدُ بِکُمُ الْعُسْرَ: خداوند برای شما آسانی خواسته و برایتان سختی نخواسته است» (بقره/۱۸۵).

نازایی رحمی زوجه حالتی از عسر و حرج را برای وی پدید می‌آورد؛ بدین شکل که چون ناباروری از سوی وی است و نزدیکان به‌دلیل عدم رغبت به باروری آزمایشگاهی از وی انتظار فرزندآوری دارند، وی در عسر و حرج قرار می‌گیرد که چه اقدامی کند، بنابراین کاشت رحم بهترین گزینه برای برون‌رفت از حالت عسر و حرج است (دانووان، ۲۰۱۸، ص. ۴۹۲).

۱ـ۴. قاعدهٔ حاجت

در فقه اهل‌سنت، از جمله مذهب حنفیه، حاجت به‌معنای نیاز به اموری تلقی گردیده است که عدم رفع آن‌ها می‌تواند خدشه به جسم و روح انسان وارد نماید (شاطبی، ۱۴۱۷ق، ج. ۲، ص. ۲۱). قاعدهٔ فوق از قواعدی است که بیشتر در فقه اهل‌سنت به‌عنوان قاعده مطرح شده است و با قواعدی چون اضطرار و نفی عسر و حرج رابطهٔ نزدیک دارد؛ با این تفاوت که در قاعدهٔ اضطرار آنچه رفع می‌شود ضررهای عقلایی است، اما در قاعدهٔ حاجت ملاک رفع نیازهای اجتماعی است، اعم از آنکه برطرف نکردن آن‌ها سبب حرج شود یا نشود؛ اما رابطهٔ قاعدهٔ نفی عسر و حرج و قاعدهٔ حاجت، عموم و خصوص مطلق است، آن‌گونه که هر حرجی انسان را دچار مشقت می‌کند، اما هر حاجتی برای انسان مشقت‌آفرین نیست.

یکی از شرایط اجرای قاعدهٔ فوق آن است که عمل وفق حاجت، مخالف مقاصد شارع نباشد. بنابراین اقدام زوجه برای رفع ناباروری رحمی گامی در جهت رفع یک نیاز اجتماعی است؛ زیرا وی خود را مقصر اصلی فقدان فرزند می‌داند، از سویی به خانوادهٔ خود می‌نگرد که انتظار فرزندی دارند که ناشی از باروری آزمایشگاهی صرف نباشد و از حیث بیولوژیک بدان‌ها منتسب باشد و در رحم خودش رشد کند، لذا ضروری است این حاجت و نیاز توسط پیوند رحم برطرف شود (باحسین، ۱۹۸۷، ص. ۲۲). همچنین فرزندآوری ناشی از پیوند رحم موافق مقاصد شارع نیز می‌باشد (رشید، ۱۴۲۹ق، ج. ۱، ص. ۱۹۳).

۱ـ۵. قاعدهٔ تسلیط

از قواعد مشهور و کاربردی در حوزهٔ معاملات، قاعدهٔ تسلیط است که برگرفته از روایت معروف نبوی است: «الناس مسلطون علی اموالهم» (ابن‌ابی‌جمهور، ۱۳۶۲ق، ج. ۱، ص. ۲۲۲)؛ یعنی انسان‌ها بر اموال خویش تسلط دارند. این قاعده در نگاه نخست دلالت بر این دارد که انسان می‌تواند هر تصرف مشروعی در مال خویش داشته باشد. اما با توجه به اینکه پیوند رحم نوعی تصرف در نفس محسوب می‌شود، در اینکه آیا می‌توان با استناد به قاعدهٔ فوق آن را مجاز دانست، باید اشاره نمود با وجود آنکه برخی از فقیهان معتقدند چون تصرف انسان در نفس خویش موجب اضرار به نفس می‌شود، محکوم به حرمت است (ایروانی، ۱۳۸۷ق، ج. ۲، ص. ۱۰۷)، اما برخی دیگر تصرف انسان در نفس خود را مشروع دانسته و در این خصوص به بنای عقلا اشاره داشته‌اند (خمینی، ۱۳۹۰ق، ج. ۱، ص. ۴۲)؛ پس چنانچه تصرف در نفس عقلایی باشد، بی‌اشکال است (حکیم، ۱۴۲۳ق، ج. ۴، ص. ۲۵۴). بر این اساس پیوند رحم اولاً نظر به اینکه از تصرفاتی نیست که مرگ شخص را قطعاً در پی داشته باشد، ثانیاً انجام آن برای رفع ناباروری توجیه عقلانی و پزشکی دارد، مشروعیت دارد.

۱ـ۶. اصل تزاحم

تزاحم از حیث لغوی مشتق از مادهٔ زحمت و اصطلاحاً هرگاه دو حکم در مقام امتثال برای یکدیگر ایجاد مزاحمت نمایند، به‌شکلی که انجام آن‌ها به‌صورت همزمان ممکن نباشد، تزاحم رخ می‌دهد (خراسانی، ۱۴۱۴ق، ج. ۲، ص. ۳۸۵)؛ مثال معروف آن عدم توانایی نجات‌غریق برای نجات دو غرق‌شده به‌صورت همزمان است.

دانشمندان اصول بیان داشته‌اند در صورت تزاحم بین دو حکم و اهمیت یکی بر دیگری، باید اهم را بر مهم مقدم داشت که این ترجیح، عقلی است (نائینی، ۱۳۷۷ق، ص. ۲۸۱). در خصوص درمان ناباروری رحمی توسط پیوند رحم، بین «وجوب درمان ناباروری توسط پیوند رحم» و «وجوب دفع ضررهای احتمالی پیوند رحم»، تزاحم به وجود می‌آید، به‌گونه‌ای که از نظر عملی امتثال هر دو ناممکن است. اما همان‌طور که اشاره شد، در این‌گونه تزاحمات عقل انجام اهم را ترجیح می‌دهد؛ چراکه دارای مصلحت بیشتری است (نائینی، ۱۳۷۷ق، ص. ۲۱۷). لذا مطابق قاعده، آنچه اهم است وجوب درمان ناباروری توسط پیوند رحم است و چون منتج به فرزندآوری نیز می‌شود، دارای مصلحت است.

۱ـ۷. ضرورت حفاظت از مقاصد شرع

غزالی در المستصفی ابراز داشته است: محافظت از مقاصد شرع که عبارت‌اند از: دین، نفس، عقل، نسل و مال، لازم و ضروری است؛ بنابراین هر آنچه از این مقاصد حفاظت کند، پسندیده است و برعکس هر آنچه مخالف آن‌ها باشد، مفسده است (غزالی طوسی، ۱۴۱۳ق، ج. ۱، ص. ۱۷۴؛ ابن‌قیم، ۱۴۱۱ق، ج. ۳، ص. ۱۱).

با این استناد، شماری از محققین اهل‌سنت بیان داشته‌اند: پیوند رحم چون در جهت حفظ یکی از مقاصد شریعت (ازدیاد نسل) انجام می‌پذیرد، انجام آن مباح است (ابن‌قیم، ۱۴۱۰ق، ج. ۲، ص. ۲۲).

۱ـ۸. پیوند رحم از زمرهٔ آیهٔ استباق و مطابق قاعدهٔ «الأمور بمقاصدها»

فهمی، حقوق‌دان مصری، بیان داشته است چون پیوند رحم با انگیزه‌های خیرخواهانه انجام می‌گیرد، اقدام زوجه جهت درمان ناباروری رحمی مشروع است (فهمی، ۲۰۱۲، ص. ۱۲۶) و اهداکننده نیز مشمول آیهٔ استباق است: «فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا» (مائده/۴۸). در آیهٔ شریفه فعل امر «اسْتَبِقُوا» با توجه به کلمهٔ «الْخَيْرَاتِ» دلالت بر استحباب دارد، اما انجام فوری مستحبات، الزامی نیست، بلکه فوریت در انجام آن‌ها مستحب است. بنابراین شتافتن به‌سوی انجام چنین امور خیری (انتقال رحم به نابارور رحمی) پسندیده است.

براساس قاعدهٔ «الأمور بمقاصدها» که از قواعد مطرح نزد اهل‌سنت است، چون اهداکننده، رحم خود را با نیت برطرف نمودن ناباروری دیگری انتقال می‌دهد و گیرندهٔ رحم نیز با هدف فرزندآوری اقدام به این عمل می‌نماید، اگر فرضاً حکم اولیهٔ پیوند رحم جواز نباشد، اما به استناد نیات خیرخواهانهٔ موجود مشروع می‌گردد؛ چنان‌که اگر فردی مال گم‌شده‌ای را به نیت محافظت از آن نگه دارد، اما آن مال بدون افراط یا تفریط تلف شود، وی مشمول حکم ضمان نمی‌شود (دسوقی، ۱۳۴۵ق، ج. ۳، ص. ۴۲۳).

۱ـ۹. مشروعیت درمان

برخی از فقهای مذاهب اسلامی در خصوص درمان ناباروری توسط پیوند رحم ابراز داشته‌اند انتقال و کشت رحم به منزلهٔ دارویی برای درمان ناباروری رحمی است و درمان نیز در شریعت اسلام و روایات، امری مشروع قلمداد شده است:

الف- پیامبر (ص) فرموده‌اند: برای تمام بیماری‌ها دارو وجود دارد مگر مرگ که دارو ندارد (ترمذی، ۱۴۲۰ق، ج. ۴، ص. ۳۸۳).

ب- عَن اَبِی الدَّرداءِ قالَ، قالَ رَسولُ الله صَلَّی اللهُ عَلَیهِ وَ آلِهِ: مَن اَصبَحَ مُعافًی فی جَسَدِهِ آمِناً فی سَربِهِ عِندَهُ قوتُ یَومِهِ فَکَأَنَّما حیزَت لَهُ الدُّنیا: پیامبر اکرم (ص) فرمود: کسی که این سه خصوصیت را داشته باشد وقتی که روز را آغاز می‌کند، مثل کسی است که همهٔ دنیا را دارد: ۱- اینکه در جسم خود بیماری‌ای نداشته باشد، سالم باشد، جسمش سالم باشد؛ ۲- در مسیر زندگی و رفت و آمدهایش هم امنیت داشته باشد؛ ۳- خوراک روزش را هم داشته باشد (ابن‌حبان، ۱۴۱۴ق، ص. ۶۷۱).

در آیات قرآن نیز خدای تعالی در شمار کثیری از نعمات خود شفا قرار داده است؛ از جمله شفابخشی عسل در آیهٔ ۶۹ سورهٔ نحل (ازهری مالکی، ۱۴۱۵ق، ج. ۲، ص. ۴۴۰).

در برخی از مذاهب فقهی (حنفیه) حتی تداوی به حرام نیز مجاز دانسته شده است (ابن‌عابدین، ۱۴۲۳ق، ج. ۵، ص. ۲۴۹) و در برخی دیگر (شافعیه) در صورت افاقه‌بخش بودن درمان، نسبت به وجوب آن ادعای اجماع شده است (نووی، ۱۴۱۲ق، ج. ۲، ص. ۹۶).

مجمع فقه اسلامی سال ۱۴۱۰ در کشور عربستان، مشروعیت درمان ناباروری توسط پیوند رحم را مشروط به آن دانست که نوزاد حاصله متکون از گامت‌های زوجین باشد (نشمی، ۲۰۱۶، ص. ۱۳).

۱ـ۱۰. مشروعیت فرزندآوری

آیات قرآن یکی از اهداف مهم ازدواج را فرزندآوری اعلام می‌نماید: «وَ اللَّهُ جَعَلَ لَکُمْ مِنْ أَنْفُسِکُمْ أَزْواجاً وَ جَعَلَ لَکُمْ مِنْ أَزْواجِکُمْ بَنِینَ وَ حَفَدَةً» (نحل/۷۲). در منابع شیعی و اهل‌سنت، نبی گرامی اسلام (ص) سفارش مؤکدی نسبت به ازدیاد نسل و فرزندآوری داشته‌اند: «با زن زایا و دوست‌داشتنی ازدواج کنید که من به کثرت شما بر امت‌های دیگر مباهات می‌کنم» (نسائی، ۱۴۰۶ق، ج. ۶، ص. ۶)؛ درحالی‌که ایشان از ازدواج با زن نابارور به‌شدت جلوگیری می‌نمودند. در سنن نسائی از پیامبر (ص) بابی تحت عنوان «النهی عن تزویج من لم تلد من النساء» آمده است؛ در این باب پیامبر (ص) از ازدواج با زن نابارور نهی نموده‌اند (نسائی، ۲۰۰۱، ص. ۱۶۰).

چنان‌که در مکارم الأخلاق نیز آمده است: «أُطلُبُوا الوَلَدَ وَ التَمِسوهُ؛ فَإِنَّهُ قُرَّةُ العَینِ، و رَیحانَةُ القَلبِ»: پیامبر (ص) فرموده‌اند: فرزند بخواهید و آن را طلب کنید؛ چراکه مایهٔ روشنی چشم و شادیِ قلب است (طبرسی، ۱۳۷۰، ج. ۱، ص. ۴۸۰، ح. ۱۶۶۵).

با استناد به مدح فرزندآوری در آیات و روایات، پیوند رحم چون ناباروری را درمان و سبب فرزندآوری می‌شود، اگر انجامش واجب نباشد، حداقل امری مباح است.

۲. ادلهٔ پزشکی

برخی از اصول اخلاق زیستی، مشروعیت درمان ناباروری رحمی توسط پیوند رحم را اثبات می‌کنند.

۲ـ۱. اصل استقلال

بنا به اصل فوق، تا زمانی که اختیار و استقلال شخصی برای دیگران ایجاد مزاحمت نکند، محترم است و شخص می‌تواند با استناد بدان مبادرت به انجام اموری نماید که برایش منفعت دارد؛ بنابراین زوجه‌ای که

مبتلا به نازایی رحمی است، این اختیار را دارد توسط پیوند رحم، ناباروری خویش را درمان کند، مشروط به اینکه احراز گردد محاسن آن از مضراتش بیشتر است (گاتسنوز، ۲۰۱۳، ص. ۶۷؛ طاهرخانی، ۱۳۹۹، ص. ۸۴).

۲ـ۲. رضایت آگاهانه

در خصوص پیوند رحم، اگر آگاهی‌های لازم اعم از خطرات احتمالی و شرایط پیوند رحم به اهداکننده و گیرندهٔ رحم داده شود و اهداکننده و گیرنده با توجه به ضوابط و به دور از هر گونه اجبار اقدام به انتقال و کشت رحم نمایند، مشروع است (طاهرخانی، ۱۳۹۹، ص. ۸۴).

۲ـ۳. اصل سودرسانی

اصل مذکور حاکی از آن است که نفع رساندن به دیگران یک اصل مورد تقدیر است؛ این اصل بیشتر در راستای کمک به بیمار است. ضرورت برداشت رحم مبتلایان مرگ مغزی با استناد به اصل سودرسانی قابل توجیه است.

پیوند رحم دارای محاسن زیادی است که بهترین نفع آن به ارمغان آوردن نوزاد برای زوجه‌ای است که به‌علت ناباروری زندگی پرچالشی داشته است؛ با وجود این منفعت کثیر، خطرات احتمالی آن قابل اغماض است (فاور، ۲۰۱۸، ص. ۲۲۰). از سویی در قبال این نفع‌رسانی، به اهداکنندهٔ رحم نیز نفع می‌رسد؛ از آن جهت که برداشتن رحم نه‌تنها آسیب بیولوژیکی به جسم وارد نمی‌کند، بلکه به محافظت بیشتر بدن در برابر برخی تومورهای سرطانی نیز کمک می‌کند.

نتیجه‌گیری

۱- انتقال رحم و پیوند آن به دیگری یکی از موفقیت‌های علم پزشکی در درمان ناباروری رحمی در دههٔ اخیر می‌باشد که هنوز زوایای فقهی آن مکشوف نگردیده است.

۲- پیوند رحم از حیث حکم فقهی، براساس نظرات فقیهان امامیه و اهل‌سنت، مشروعیّتی مشروط دارد.

۳- براساس فتاوای فقهای مذاهب اسلامی، مشروعیت بهره‌گیری از پیوند رحم منوط به آن است که جنین حاصله متکون از گامت‌های زوجین باشد.

۴- منابع دریافت رحم برای پیوند عبارت است از: اهدای از سوی زندگان یا مبتلایان به مرگ مغزی، رحم مصنوعی، ایجاد رحم با سلول‌های بنیادی.

۵- از دیدگاه فقه اهل‌سنت، پیوند برخی از اندام‌های دستگاه تناسلی نظیر رحم که ویژگی‌های ژنتیکی را منتقل نمی‌کند، بنا بر قاعدهٔ اضطرار جایز است.

۶- انتقال رحم و پیوند آن به مبتلایان نازایی رحمی، نه دخالت در ارادهٔ الهی است و نه تغییر در خلقت الهی.

۷- با اینکه پیوند رحم با خطرات و ضررهای احتمالی همراه است، اما به استناد ادلهٔ فقهی و اصولی، خصوصاً با توجه به اینکه موجب فرزندآوری می‌شود، بهره‌وری از آن مشروع است.

۸- پیوند رحم با محظورات شرعی و قانونی باروری‌های آزمایشگاهی (IVF) و به‌ویژه باروری توسط رحم جایگزین مواجه نیست.

۹- پیوند رحم براساس اصول اخلاق زیستی (خودمختاری، سودرسانی)، اقدام درمانی مشروعی می‌باشد و زوجهٔ مبتلا به ناباروری رحمی با استناد بدان‌ها این حق را دارد تا توسط پیوند رحم، نسبت به درمان نازایی اقدام کند.

۱۰- قاعدهٔ عقلی وجوب دفع ضرر محتمل، به‌عنوان یکی از مبانی قائلین به حرمت پیوند رحم، یارای معارضه با ادلهٔ مشروعیت درمان و اولویت فرزندآوری را ندارد؛ از سویی با تقدم قاعدهٔ فوق، ضرر قطعی‌تر یعنی متارکهٔ زوجین محقق می‌شود.

پیشنهادات

- با توجه به اینکه ممکن است پیوند رحم به‌عنوان درمان مرسوم ناباروری رحمی تبدیل شود، لازم است شرایط پیوند رحم و خطرات احتمالی آن تبیین و آگاهی‌های لازم به اهداکنندگان و گیرندگان رحم داده شود.
- قوانین بازدارنده وضع شود تا از خرید و فروش غیرمجاز رحم جلوگیری شود.
- پیوند رحم با توجه به هزینه‌های بالایی که دارد، چون در راستای فرزندآوری است، باید به‌گونه‌ای مورد حمایت دولت و حکومت قرار گیرد تا از تبعیض‌های بهره‌وری جلوگیری نماید.

منابع

قرآن کریم.

ابن‌ابی‌جمهور، محمد بن زین‌الدین. (۱۳۶۲). عوالی اللئالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیه (چاپ دوم). قم: مطبعه سیدالشهدا.

ابن‌بابویه، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

ابن‌حبان، محمد بن حبان بن احمد. (۱۴۱۴ق). صحیح ابن‌حبان (چاپ اول). بیروت: مؤسسه الرسالة.

ابن‌عابدین، محمد امین. (۱۴۲۳ق). رد المحتار علی الدر المختار (چاپ اول). بیروت: دار عالم الکتب.

ابن‌قیم، محمد بن ابی‌بکر. (۱۴۱۰ق). مفتاح دار السعادة و منشور ولایة العلم و الإرادة (چاپ اول). بیروت: دار الکتب العلمیة.

ابن‌قیم، محمد بن ابی‌بکر. (۱۴۱۱ق). إعلام الموقعین عن رب العالمین (چاپ اول). بیروت: دار الکتب العلمیة.

آخوند خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۱۴ق). کفایه الأصول (چاپ دوم). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

أزهری مالکی، شهاب‌الدین نفراوی. (۱۴۱۵ق). الفواکه الدوانی (چاپ اول). بیروت: دار الفکر.

آصفی، محمدمحسن. (بی‌تا). الفقه و المسائل الطبیة.

باحسین، یعقوب عبدالوهاب. (۱۹۸۷). رفع الحرج فی الشریعة الإسلامیة (چاپ اول). بصره: مطبعة جامعة البصرة.

بهنس، یاسر حسین. (۲۰۱۶). زراعة الأعضاء البشریة بین التجریم و الإباحة (چاپ اول). کویت: مرکز الدراسات العربیة للنشر.

ترمذی، محمد بن عیسی. (۱۴۲۰ق). صحیح سنن الترمذی (چاپ اول). بیروت: مکتبة المعارف للنشر و التوزیع.

تقوی، نازیلا، ابهری، حمید، و عمانی سامانی، رضا. (۱۴۰۱). شرایط اساسی صحت قرارداد پیوند رحم با نگاهی به حقوق اسلام. مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ۱۳(۲۷)، ۳۵-۷۰.

تقوی، نازیلا، ابهری، حمید، و عمانی سامانی، رضا. (۲۰۲۲). مشروعیت پیوند رحم در فقه امامیه. فقه پزشکی، ۱۴(۴۴)، ۱-۲۰.

حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۲ق). وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة (چاپ اول). بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

حسینی سیستانی، سیدعلی. (۱۳۹۶). قاعده لاضرر و لاضرار (تقریرات) (چاپ اول). تهران: انتشارات خرسندی.

حکیم، سید محمدتقی. (۱۴۲۹ق). القواعد العامة فی الفقه المقارن. تهران: المجمع العالمی للتقریب بین المذاهب الإسلامیة.

حکیم، سید محمدتقی. (۱۹۷۹). الأصول العامة للفقه المقارن. بیروت: مؤسسه آل البیت.

حکیم، سیدمحسن. (۱۴۲۳ق). مستمسک العروة الوثقی (چاپ اول). قم: انتشارات آیت‌الله مرعشی نجفی.

خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۹۰). البیع (چاپ دوم). قم: انتشارات اسماعیلیان.

الخوری، هند. (۲۰۱۱). تأجیر الأرحام فی الفقه الإسلامی. مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادیة و القانونیة.

دسوقی، محمد بن احمد. (۱۳۴۵ق). حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر (چاپ اول). مصر: المطبعة الأزهریة.

دمشقی، عزالدین بن عبدالسلام. (۱۴۱۴ق). قواعد الأحکام فی مصالح الأنام (چاپ اول). قاهره: مکتبة الکلیات الأزهریة.

رحمانی منشادی، حمید. (۱۳۸۷). مشروعیت رحم جایگزین در اندیشه فقهی. فصلنامه اخلاق پزشکی، ۲(۳).

رشید، احمد بن عبدالرحمن. (۱۴۲۹ق). الحاجة و أثرها فی الأحکام (چاپ اول). ریاض: دار کنوز اشبیلیا.

رضانیا معلم، محمدرضا. (۱۳۸۳). باروری‌های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق (چاپ اول). قم: بوستان کتاب.

زارعی شریف، وحید. (۱۳۸۸). بررسی نظریه‌های حرمت و حلیت استفاده از رحم جایگزین در فقه امامیه. پژوهش‌نامه فقه و حقوق اسلامی، (۳)، ۵۹-۱۰۱.

سید مرتضی، علی بن حسین. (۱۳۹۹). الذریعة إلی أصول الشریعة (چاپ اول). مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی.

صالح جمال، حسن. (۲۰۱۶). حق المرأة فی زراعة الرحم (چاپ اول). کویت: المنظمة الإسلامیة للعلوم الطبیة.
صفائی، سهیلا، و عباسی محمود. (۱۳۹۴). اصل آسیب‌نرساندن در فقه و حقوق اسلامی و کاربرد آن در فقه زیست‌پزشکی. مجله اخلاق زیستی، (۱۷)، ۳۳-۶۴.
صه‌یود، ایاد مطشر. (۲۰۱۱). مدی مشروعیة التطویع العلاجی للجینات الوراثیة البشریة (چاپ اول). بغداد: مکتبة السنهوری.
طاهرخانی، سکینه. (۱۳۹۹). پیوند رحم از منظر اصول اخلاق زیستی. مجله زنان، مامایی و نازایی ایران، ۲۳(۱۱).
عنان، جمال‌الدین. (۲۰۱۸). زراعة الرحم فی الشریعة الإسلامیة: دراسة مقارنة مع قانون الصحة الجزائری (چاپ اول). الجزائر: جامعة الوادی.
غزالی طوسی، ابوحامد محمد بن محمد. (۱۴۱۳ق). المستصفی من علم الأصول (چاپ اول). بیروت: دار الکتب العلمیة.
فاضل تونی، محمدحسین. (۱۳۹۹). الوافیه فی أصول الفقه (چاپ اول). قم: مجمع الفکر الاسلامی.
فهمی، خالد مصطفی. (۲۰۱۲). النظام القانونی لزرع الأعضاء البشریة و مکافحة جرائم التجار بالأعضاء البشریة (چاپ اول). مصر: دار الفکر الجامعی.
قره‌داغی، عارف علی. (۲۰۱۱). قضایا فقهیة فی نقل الأعضاء البشریة (چاپ اول). مالزی: سلسلة بحوث فقهیة فی قضایا معاصرة، الجامعة الإسلامیة العالمیة بمالیزیا.
کاشف‌الغطاء، محمدحسین. (۱۴۲۲ق). تحریر المجلة (تحقیق محمد ساعدی؛ چاپ اول). قم: سرور.
کمالی، علی، صابری، حسین، و عابدی سرآسیا، علیرضا. (۱۴۰۲). بررسی دلایل روایی اهل سنت در اثبات اولویت دفع مفسده بر جلب مصلحت. مطالعات تطبیقی مذاهب فقهی، ۳(۶)، ۶۱-۸۸.
کیلانی، حمید صالح. (۲۰۰۸). مقاصد الشریعة عند الإمام أبی حامد الغزالی (چاپ اول). بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
محقق داماد، مصطفی. (۱۳۹۷). قواعد فقه (چاپ ششم). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
مصطفوی، سیدمحمدکاظم. (۱۴۲۱ق). مائة قاعدة فقهیة (چاپ اول). قم: جامعه المدرسین حوزه علمیه قم.
منصورعلی، عبدالحلیم محمد. (۲۰۱۳). تأجیر الأرحام فی ضوء قواعد الحلال و الحرام (چاپ اول). مصر: المکتب الجامعی الحدیث.
موسوی سبزواری، سید عبدالأعلی. (بی‌تا). مواهب الرحمن فی تفسیر القرآن. مندرج در قناة مکتبة مدرسة الفقاهة.
نائینی، محمدحسین. (۱۳۷۷). أجود التقریرات (چاپ سوم). قم: انتشارات صاحب الامر (عج).
نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۱ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (چاپ اول). بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
نسائی، ابوعبدالرحمن. (۱۴۰۶ق). السنن الصغری للنسائی (چاپ اول). حلب: مکتب المطبوعات الإسلامیة.
نشمی، عجیل. (۲۰۱۶). حق المرأة فی نقل الرحم (چاپ اول). کویت: المنظمة الإسلامیة للعلوم الطبیة.
نوجوان، داوود. (۱۳۸۹). جایگاه قاعده اضطرار در بررسی فقهی درمان ناباروری. فصلنامه فقه پزشکی، ۲(۲)، ۵۹-۸۰.
نووی، ابوزکریا محیی‌الدین. (۱۴۱۲ق). روضة الطالبین و عمدة المفتین (چاپ اول). بیروت: المکتب الإسلامی.

References

The Holy Qur'an.
Ibn Abī Jumhūr, Muḥammad ibn Zayn al-Dīn. (1362 SH [1983/1984 CE]). *ʿAwālī al-laʾālī al-ʿazīziyyah fī al-aḥādīth al-dīniyyah* (2nd ed.). Qom: Maṭbaʿat Sayyid al-Shuhadāʾ. (in Arabic)

Ibn Bābawayh, Muḥammad ibn ʿAlī. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Man lā yaḥḍuruhu al-faqīh* (1st ed.). Qom: Daftār-i Intishārāt-i Islāmī Vābastah bih Jāmiʿah-ʾi Mudarrisīn-i Ḥawzah-ʾi ʿIlmiyyah-ʾi Qum. (in Arabic)

Ibn Ḥibbān, Muḥammad ibn Ḥibbān ibn Aḥmad. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Ṣaḥīḥ Ibn Ḥibbān* (1st ed.). Beirut: Muʾassasat al-Risālah. (in Arabic)

Ibn ʿĀbidīn, Muḥammad Amīn. (1423 AH [2002/2003 CE]). *Radd al-muḥtār ʿalá al-Durr al-mukhtār* (1st ed.). Beirut: Dār ʿĀlam al-Kutub. (in Arabic)

Ibn Qayyim, Muḥammad ibn Abī Bakr. (1410 AH [1989/1990 CE]). *Miftāḥ dār al-saʿādah wa-manshūr wilāyat al-ʿilm wa-al-irādah* (1st ed.). Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah. (in Arabic)

Ibn Qayyim, Muḥammad ibn Abī Bakr. (1411 AH [1990/1991 CE]). *Iʿlām al-muwaqqiʿīn ʿan Rabb al-ʿālamīn* (1st ed.). Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah. (in Arabic)

Ākhūnd Khurāsānī, Muḥammad Kāẓim. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Kifāyat al-uṣūl* (2nd ed.). Qom: Muʾassasat al-Nashr al-Islāmī. (in Arabic)

Azharī Mālikī, Shihāb al-Dīn Nafrāwī. (1415 AH [1994/1995 CE]). *Al-Fawākih al-dawānī* (1st ed.). Beirut: Dār al-Fikr. (in Arabic)

Āṣafī, Muḥammad Muḥsin. (n.d.). *Al-Fiqh wa-al-masāʾil al-ṭibbiyyah*. (in Arabic)

Bāḥusayn, Yaʿqūb ʿAbd al-Wahhāb. (1987 CE). *Rafʿ al-ḥaraj fī al-sharīʿah al-Islāmiyyah* (1st ed.). Basra: Maṭbaʿat Jāmiʿat al-Baṣrah. (in Arabic)

Bahnas, Yāsir Ḥusayn. (2016 CE). *Zirāʿat al-aʿḍāʾ al-bashariyyah bayna al-tajrīm wa-al-ibāḥah* (1st ed.). Kuwait: Markaz al-Dirāsāt al-ʿArabiyyah lil-Nashr. (in Arabic)

Tirmidhī, Muḥammad ibn ʿĪsá. (1420 AH [1999/2000 CE]). *Ṣaḥīḥ Sunan al-Tirmidhī* (1st ed.). Beirut: Maktabat al-Maʿārif lil-Nashr wa-al-Tawzīʿ. (in Arabic)

Taqavī, Nāzīlā, Ḥamīd Abharī, & Riḍā ʿUmānī Sāmānī. (1401 SH [2022/2023 CE]). Sharāyiṭ-i asāsī-yi ṣiḥḥat-i qarārdād-i payvand-i raḥim bā nigāhī bih ḥuqūq-i Islām [Essential conditions for the validity of uterine transplantation contracts from the perspective of Islamic law]. *Muṭālaʿāt-i Ḥuqūq-i Taṭbīqī-yi Muʿāṣir*, 13(27), 35–70. (in Persian)

Taqavī, Nāzīlā, Ḥamīd Abharī, & Riḍā ʿUmānī Sāmānī. (2022 CE). Mashrūʿiyyat-i payvand-i raḥim dar fiqh-i Imāmiyyah [The legitimacy of uterine transplantation in Imami jurisprudence]. *Fiqh-i Pizishkī*, 14(44), 1–20. (in Persian)

Ḥurr al-ʿĀmilī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. (1412 AH [1991/1992 CE]). *Wasāʾil al-Shīʿah ilá taḥṣīl masāʾil al-sharīʿah* (1st ed.). Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)

Ḥusaynī Sīstānī, Sayyid ʿAlī. (1396 SH [2017/2018 CE]). *Qāʿidah-ʾi lā ḍarar va lā ḍirār (taqrīrāt)* (1st ed.). Tehran: Intishārāt-i Khursandī. (in Persian)

Ḥakīm, Sayyid Muḥammad Taqī. (1429 AH [2008/2009 CE]). *Al-Qawāʿid al-ʿāmmah fī al-fiqh al-muqāran*. Tehran: Al-Majmaʿ al-ʿĀlamī lil-Taqrīb bayna al-Madhāhib al-Islāmiyyah. (in Arabic)

Ḥakīm, Sayyid Muḥammad Taqī. (1979 CE). *Al-Uṣūl al-ʿāmmah lil-fiqh al-muqāran*. Beirut: Muʾassasat Āl al-Bayt. (in Arabic)

Ḥakīm, Sayyid Muḥsin. (1423 AH [2002/2003 CE]). *Mustamsak al-ʿUrwah al-wuthqá* (1st ed.). Qom: Intishārāt-i Āyat Allāh Marʿashī Najafī. (in Arabic)

Khumaynī, Sayyid Rūḥ Allāh. (1390 SH [2011/2012 CE]). *Kitāb al-bayʿ* (2nd ed.). Qom: Intishārāt-i Ismāʿīliyān. (in Arabic)

Al-Khūrī, Hind. (2011 CE). Taʾjīr al-arḥām fī al-fiqh al-Islāmī. *Majallat Jāmiʿat Dimashq lil-ʿUlūm al-Iqtiṣādiyyah wa-al-Qānūniyyah*. (in Arabic)

Dasūqī, Muḥammad ibn Aḥmad. (1345 AH [1926/1927 CE]). *Ḥāshiyat al-Dasūqī ʿalá al-Sharḥ al-kabīr* (1st ed.). Egypt: Al-Maṭbaʿah al-Azhariyyah. (in Arabic)

Dimashqī, ʿIzz al-Dīn ibn ʿAbd al-Salām. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Qawāʿid al-aḥkām fī maṣāliḥ al-anām* (1st ed.). Cairo: Maktabat al-Kulliyyāt al-Azhariyyah. (in Arabic)

Raḥmānī Manshādī, Ḥamīd. (1387 SH [2008/2009 CE]). Mashrūʿiyyat-i raḥim-i jāyguzīn dar andīshah-ʾi fiqhī [Legitimacy of surrogacy in jurisprudential thought]. *Faṣlnāmah-ʾi Akhlāq-i Pizishkī*, 2(3). (in Persian)

Rashīd, Aḥmad ibn ʿAbd al-Raḥmān. (1429 AH [2008/2009 CE]). *Al-Ḥājah wa-atharuhā fī al-aḥkām* (1st ed.). Riyadh: Dār Kunūz Ishbīlyā. (in Arabic)

Riḍāniyā Muʿallim, Muḥammad-Riḍā. (1383 SH [2004/2005 CE]). *Bāvarī-hā-yi pizishkī az dīdgāh-i fiqh va ḥuqūq* [Medical assisted reproduction from the perspective of jurisprudence and law] (1st ed.). Qom: Būstān-i Kitāb. (in Persian)

Zāriʿī Sharīf, Vaḥīd. (1388 SH [2009/2010 CE]). Barrasī-yi naẓariyyah-hā-yi ḥurmat va ḥilliyyat-i istifādah az raḥim-i jāyguzīn dar fiqh-i Imāmiyyah [A review of theories on the prohibition and permissibility of using surrogacy in Imami jurisprudence]. *Pizhūhishnāmah-ʾi Fiqh va Ḥuqūq-i Islāmī*, (3), 59–101. (in Persian)

Sayyid Murtaḍá, ʿAlī ibn al-Ḥusayn. (1399 SH [2020/2021 CE]). *Al-Dharīʿah ilá uṣūl al-sharīʿah* (1st ed.). Mashhad: Āstān-i Quds-i Raḍavī, Bunyād-i Pizhūhish-hā-yi Islāmī. (in Arabic)

Ṣāliḥ Jamāl, Ḥasan. (2016 CE). *Ḥaqq al-marʾah fī zirāʿat al-raḥim* (1st ed.). Kuwait: Al-Munaẓẓamah al-Islāmiyyah lil-ʿUlūm al-Ṭibbiyyah. (in Arabic)

Ṣafāʾī, Suhaylā, & Maḥmūd ʿAbbāsī. (1394 SH [2015/2016 CE]). Aṣl-i āsīb-narisāndan dar fiqh va ḥuqūq-i Islāmī va kārburd-i ān dar fiqh-i zīst-pizishkī [The principle of non-maleficence in Islamic jurisprudence and law and its application in biomedical ethics]. *Majallah-ʾi Akhlāq-i Zīstī*, (17), 33–64. (in Persian)

Sayyūd, Iyād Muṭashshar. (2011 CE). *Madá mashrūʿiyyat al-taṭwīʿ al-ʿilājī lil-jīnāt al-wirāthiyyah al-bashariyyah* (1st ed.). Baghdad: Maktabat al-Sanhūrī. (in Arabic)

Ṭāhirkhānī, Sakīnah. (1399 SH [2020/2021 CE]). Payvand-i raḥim az manẓar-i uṣūl-i akhlāq-i zīstī [Uterine transplantation from the perspective of bioethical principles]. *Majallah-ʾi Zanān, Māmāyī va Nāzāyī-yi Īrān*, 23(11). (in Persian)

ʿAnān, Jamāl al-Dīn. (2018 CE). *Zirāʿat al-raḥim fī al-sharīʿah al-Islāmiyyah: Dirāsah muqāranah maʿa qānūn al-ṣiḥḥah al-Jazāʾirī* (1st ed.). Algeria: Jāmiʿat al-Wādī. (in Arabic)

Ghazzālī Ṭūsī, Abū Ḥāmid Muḥammad ibn Muḥammad. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Al-Mustaṣfá min ʿilm al-uṣūl* (1st ed.). Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah. (in Arabic)

Fāḍil-i Tūnī, Muḥammad Ḥusayn. (1399 SH [2020/2021 CE]). *Al-Wāfiyah fī uṣūl al-fiqh* (1st ed.). Qom: Majmaʿ al-Fikr al-Islāmī. (in Arabic)

Fahmī, Khālid Muṣṭafá. (2012 CE). *Al-Niẓām al-qānūnī li-zarʿ al-aʿḍāʾ al-bashariyyah wa-mukāfaḥat jarāʾim al-ittijār bi-al-aʿḍāʾ al-bashariyyah* (1st ed.). Egypt: Dār al-Fikr al-Jāmiʿī. (in Arabic)

Qarrah-Dāghī, ʿĀrif ʿAlī. (2011 CE). *Qaḍāyā fiqhiyyah fī naql al-aʿḍāʾ al-bashariyyah* (1st ed.). Malaysia: Silsilat Buḥūth Fiqhiyyah fī Qaḍāyā Muʿāṣirah, Al-Jāmiʿah al-Islāmiyyah al-ʿĀlamiyyah bi-Mālīziyā. (in Arabic)

Kāshif al-Ghiṭāʾ, Muḥammad Ḥusayn. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Taḥrīr al-Majallah* (M. Sāʿidī, Ed.; 1st ed.). Qom: Surūr. (in Arabic)

Kamālī, ʿAlī, Ḥusayn Ṣābirī, & ʿAlī-Riḍā ʿĀbidī Sarāsiyā. (1402 SH [2023/2024 CE]). Barrasī-yi dalāyil-i ravāyī-yi Ahl-i Sunnat dar isbāt-i avlaviyyat-i dafʿ-i mafsadah

bar jalb-i maṣlaḥat [An examination of Sunni narrative arguments in proving the priority of repelling harm over acquiring benefit]. *Muṭālaʿāt-i Taṭbīqī-yi Madhāhib-i Fiqhī*, 3(6), 61–88. (in Persian)

Kaylānī, Ḥamīd Ṣāliḥ. (2008 CE). *Maqāṣid al-sharīʿah ʿinda al-Imām Abī Ḥāmid al-Ghazzālī* (1st ed.). Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)

Muḥaqqiq Dāmād, Muṣṭafá. (1397 SH [2018/2019 CE]). *Qavāʿid-i fiqh* [Jurisprudential maxims] (6th ed.). Tehran: Markaz-i Nashr-i ʿUlūm-i Islāmī. (in Persian)

Muṣṭafawī, Sayyid Muḥammad Kāẓim. (1421 AH [2000/2001 CE]). *Miʾat qāʿidah fiqhiyyah* (1st ed.). Qom: Jāmiʿah-ʾi Mudarrisīn-i Ḥawzah-ʾi ʿIlmiyyah-ʾi Qum. (in Arabic)

Manṣūr-ʿAlī, ʿAbd al-Ḥalīm Muḥammad. (2013 CE). *Taʾjīr al-arḥām fī ḍawʾ qawāʿid al-ḥalāl wa-al-ḥarām* (1st ed.). Egypt: Al-Maktab al-Jāmiʿī al-Ḥadīth. (in Arabic)

Mūsawī Sabzavārī, Sayyid ʿAbd al-Aʿlá. (n.d.). *Mawāhib al-Raḥmān fī tafsīr al-Qurʾān*. Retrieved from Qanāt Maktabat Madrasat al-Fiqāhah. (in Arabic)

Nāʾīnī, Muḥammad Ḥusayn. (1377 SH [1998/1999 CE]). *Ajwad al-taqrīrāt* (3rd ed.). Qom: Intishārāt-i Ṣāḥib al-Amr (ʿaj). (in Arabic)

Najafī, Muḥammad Ḥasan. (1401 AH [1980/1981 CE]). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ Sharāʾiʿ al-Islām* (1st ed.). Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)

Nasāʾī, Abū ʿAbd al-Raḥmān. (1406 AH [1985/1986 CE]). *Al-Sunan al-ṣughrá lil-Nasāʾī* (1st ed.). Aleppo: Maktab al-Maṭbūʿāt al-Islāmiyyah. (in Arabic)

Nashmī, ʿUjayl. (2016 CE). *Ḥaqq al-marʾah fī naql al-raḥim* (1st ed.). Kuwait: Al-Munaẓẓamah al-Islāmiyyah lil-ʿUlūm al-Ṭibbiyyah. (in Arabic)

Nawjavān, Dāvūd. (1389 SH [2010/2011 CE]). Jāygāh-i qāʿidah-ʾi iḍtirār dar barrasī-yi fiqhī-yi darmān-i nābāvarī [The position of the rule of necessity in jurisprudential examination of infertility treatment]. *Faṣlnāmah-ʾi Fiqh-i Pizishkī*, 2(2), 59–80. (in Persian)

Nawawī, Abū Zakariyyā Muḥyī al-Dīn. (1412 AH [1991/1992 CE]). *Rawḍat al-ṭālibīn wa-ʿumdat al-muftīn* (1st ed.). Beirut: Al-Maktab al-Islāmī. (in Arabic)

Altawil, Z., & Arawi, T. (2016). Uterine transplantation: Ethical considerations within Middle Eastern perspectives. *Developing World Bioethics*, 16(2), 91–97.

Balayla, J., & Dahdouh, E. M. (2016). Uterine transplantation is not a good use of limited resources: Case of distributive justice and burden of disease. *BJOG*, 123(9), 1439.

Brännström, M., Wranning, C. A., & Altchek, A. (2010). Experimental uterus transplantation. *Human Reproduction Update*, 16(3), 329–345.

Bruno, B., & Arora, K. S. (2018). Uterus transplantation: The ethics of using deceased versus living donors. *The American Journal of Bioethics*, 18(7), 6–15.

Catsanos, R., Rogers, W., & Lotz, M. (2013). The ethics of uterus transplantation. *Bioethics*, 27(2), 65–73.

Farrell, R. M., & Falcone, T. (2014). Uterine transplant: New medical and ethical considerations. *Lancet*, 385(9968), 581–582.

Favre-Inhofer, A., Rafii, A., Carbonnel, M., Revaux, A., & Ayoubi, J. M. (2018). Uterine transplantation: Review in human research. *Journal of Gynecology Obstetrics and Human Reproduction*, 47(6), 213–221.

Flyckt, R., Davis, A., Farrell, R., Zimberg, S., Tzakis, A., & Falcone, T. (2018). Uterine transplantation: Surgical innovation in the treatment of uterine factor infertility. *Journal of Obstetrics and Gynaecology Canada*, 40(1), 86–93.

Kisu, I., Banno, K., Mihara, M., Suganuma, N., & Aoki, D. (2013). Current status of uterus transplantation in primates and issues for clinical application. *Fertility and Sterility*, 100(1), 280–294.

Lavoué, V., Vigneau, C., Duros, S., Boudjema, K., Levêque, J., Piver, P., et al. (2017). Which donor for uterus transplants: Brain-dead donor or living donor? A systematic review. *Transplantation*, 101(2), 267–273.

Lefkowitz, A., Edwards, M., & Balayla, J. (2012). The Montreal criteria for the ethical feasibility of uterine transplantation. *Transplant International*, 25(4), 439–447.

Lefkowitz, A., Edwards, M., & Balayla, J. (2013). Ethical considerations in the era of the uterine transplant: The ethical feasibility of uterine transplantation. *Fertility and Sterility*, 100(4), 924–926.

Ngaage, L. M., Ike, S., Elegbede, A., Vercler, C. J., Gebran, S., Liang, F., et al. (2020). The changing paradigm of ethics in uterus transplantation: A systematic review. *Transplant International*, 33(3), 260–269.

O'Donovan, L. (2018). Pushing the boundaries: Uterine transplantation and the limits of reproductive autonomy. *Bioethics*, 32(8), 489–498.

Peters, H. E., Juffermans, L. J., Lambalk, C. B., Dekker, J. J., Fernhout, T., Groenman, F. A., et al. (2020). Feasibility study for performing uterus transplantation in the Netherlands. *Human Reproduction Open*, 2020(2), hoz032.

Petrini, C., Gainotti, S., Morresi, A., & Costa, A. N. (2017). Ethical issues in uterine transplantation. In *Transplantation Proceedings*, 49(4), 707–710.

Testa, G., Koon, E. C., & Johannesson, L. (2017). Living donor uterus transplant and surrogacy. *American Journal of Transplantation*, 17(4), 912–916.

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

Fiqhi Capacities of Islamic Society for Community-Based Prevention of the Economic Preconditions of Crime

Davood Saeedi[1], Karim Kokhaizadeh[2]✉

1. Department of Islamic Studies, Faculty of Literature and Humanities, Islamic Azad University, Bandar Abbas Branch, Bandar Abbas, Iran. Email: d.saeedi@yahoo.com
2. *Corresponding Author*, Associate Professor, Department of Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ilam University, Ilam, Iran. Email: k.kokhaizadeh@ilam.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received
05 July 2023
Received in revised form
06 August 2023
Accepted
24 August 2023
Available online
22 June 2026

Keywords:
fiqh,
crime prevention,
costs of crime,
Islamic contracts,
Islamic banking system

ABSTRACT

A substantial body of research indicates a clear link between crime and economic conditions. The role of economic factors—poverty, unemployment, income inequality, and unequal access to economic opportunity—in property offenses and in certain crimes such as homicide is undeniable. The present study offers a brief examination of the most important jurisprudential capacities of Islamic society, from acts of worship to transactions, for community-based prevention of some economic grounds of crime. In financial-economic jurisprudential teachings, Islam places its greatest emphasis on social prevention aimed at eliminating or reducing the criminal population. This does not mean that situational or punitive prevention is rejected in fiqh; rather, the principle and foundation of Islamic teachings is cultivating human beings who are inherently good and, so to speak, resilient in criminal situations. Using a descriptive-analytical method and relying on library and internet sources, this article shows that some community-oriented jurisprudential capacities have remained neglected. Based on its findings, the unmanaged capacities of khums and zakat, the non-profit qard al-hasana contract, and participatory contracts such as partnership and mudaraba—for preventing criminogenic grounds like poverty, unemployment, and economic inequality—are recommended as the most important results of the study. By contrast, exchange contracts such as lease-to-own, installment sale, debt purchase, salam, guarantee, and ju'alah, since they themselves prepare the ground for some economic contexts of crime, should be policy-designed only in a limited and minor manner in Islamic banking.

Cite this article: Saeedi, D., & Kokhaizadeh, K. (2026). Fiqhi capacities of Islamic society for community-based prevention of the economic preconditions of crime. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, *20*(1), 131-152. https://doi.org/10.22034/fvh.2023.16359.1796

© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: https://doi.org/10.22034/fvh.2023.16359.1796

Introduction

Macroeconomic variables do not mechanically cause crime, but poverty, unemployment, inequality, and concentrated wealth can become important elements in a broader criminogenic environment. Crime also imposes substantial public and private costs, including imprisonment, victim trauma, family disruption, and lost economic productivity. It is therefore necessary to examine whether Islamic jurisprudence contains institutions capable of preventing crime indirectly by reducing the economic conditions in which it is more likely to occur.

The relevant capacities are distributed across devotional and transactional law. Financial obligations and voluntary giving can support social protection; endowments can fund education, welfare, and community infrastructure; benevolent lending can prevent exploitative indebtedness; and participatory contracts can distribute opportunity and risk more fairly. The article considers these mechanisms as forms of community-based social prevention rather than as substitutes for criminal justice.

Methodology

The research uses descriptive-analytical content analysis based on library and electronic sources. It reviews criminological research on economic conditions and offending, then examines Islamic financial duties, charitable institutions, and banking contracts to determine their preventive potential. The study distinguishes indirect economic prevention from punitive sanctions and from situational crime-prevention measures.

Literature Review

Prior research has considered the preventive role of waqf, financial worship, and religious institutions. Studies have linked endowments to social security, education, cultural development, and stronger community relations, and have examined zakāt, khums, vows, expiations, charitable gifts, and qarḍ al-ḥasana as means of reducing vulnerability. The present article broadens the inquiry by comparing these institutions with participatory and exchange-based banking contracts and by evaluating their contribution to reducing poverty, unemployment, and inequality.

Findings

Fiqhi-economic measures generally prevent crime indirectly. They target conditions such as poverty, lack of employment, unequal distribution, and excessive concentration of wealth rather than the criminal act itself. Khums and zakāt can supplement public welfare where collection and allocation are professionally administered. Waqf can finance enduring social goods. Qarḍ al-ḥasana offers access to credit without compounding debt. Partnership, muḍāraba, muzāraʿa, and musāqāt can create productive employment and distribute profits through shared enterprise.

These capacities remain underused or are often implemented only formally. In Islamic banking, participatory contracts and genuine benevolent lending should be expanded, while contracts such as lease-to-own, installment sale, debt purchase, salam, guarantee, and juʿāla should be regulated carefully where their design can intensify indebtedness, inequality, or economic insecurity.

Discussion

Voluntary charity alone cannot solve structural inequality because private actors may free-ride and lack sufficient incentives to secure distributive justice. Effective prevention therefore requires institutional management, legal oversight, reliable collection, transparent allocation, and integration with public social policy. The state and civil society should convert dispersed religious duties into coordinated systems capable of producing measurable reductions in deprivation.

The proposal does not claim that economic reform eliminates crime or that poverty is its sole cause. Rather, it treats economic institutions as one layer of a comprehensive preventive strategy. Their success should be evaluated through employment creation, reduction of harmful debt, access to basic needs, and fairer distribution of opportunity.

Conclusion

Islamic jurisprudence contains significant but insufficiently managed capacities for reducing the economic conditions associated with crime. Khums, zakāt, waqf, qarḍ al-ḥasana, partnership, muḍāraba, muzāraʿa, and musāqāt can support poverty reduction, employment, and distributive balance. Islamic banking should implement participatory and benevolent instruments in substance rather than merely in form, and effective sanctions should address institutions that disguise interest-bearing arrangements. Exchange-based contracts should be used cautiously where they aggravate criminogenic economic pressures.

Declarations

Author Contributions: Davood Saeedi and Karim Kokhaizadeh jointly collected the data.

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 of Generative AI and AI-assisted Technologies: The authors declared that no artificial intelligence was used in the writing process.

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

نگاهی به ظرفیت‌های فقهی جامعهٔ اسلامی در پیشگیری جامعه‌مدار از زمینه‌های اقتصادی وقوع جرم

داوود سعیدی[۱]، کریم کوخایی‌زاده[۲]✉

۱. مدرس، گروه معارف اسلامی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد بندرعباس، بندرعباس، ایران. رایانامه: d.saeedi@yahoo.com
۲. *نویسندهٔ مسئول*، دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران. رایانامه: k.kokhaizadeh@ilam.ac.ir

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۱۴
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۵/۱۵
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۰۲
تاریخ انتشار: ۱۴۰۵/۰۴/۰۱

کلیدواژه‌ها:
فقه،
پیشگیری از جرم،
هزینه‌های جرم،
عقود اسلامی،
نظام بانکداری اسلامی

چکیده

پژوهش‌های بی‌شماری در مورد ارتباط میان جرم و شرایط اقتصادی وجود دارد. نقش عامل‌های اقتصادی از جمله فقر، بیکاری، نابرابری درآمدی و اقتصادی در وقوع جرایم علیه اموال و برخی جرایم همچون قتل، غیرقابل انکار است. هدف پژوهش حاضر نگاهی اجمالی و مختصر به مهم‌ترین ظرفیت‌های فقهی جامعهٔ اسلامی، از عبادات گرفته تا معاملات، برای پیشگیری جامعه‌مدار از برخی بسترهای اقتصادی وقوع جرایم است. در آموزه‌های فقهی با مبنای مالی و اقتصادی، بیشترین تأکید اسلام برای زدودن یا تقلیل جمعیت کیفری در حوزهٔ پیشگیری اجتماعی متمرکز است. البته این سخن بدین معنا نیست که در فقه، رویکرد پیشگیری وضعی یا تنبیهی نفی شود، بلکه اصل و اساس آموزه‌های اسلام، تربیت انسان‌هایی ذاتاً خوب و به اصطلاح تاب‌آور در موقعیت‌های مجرمانه است. نوشتار حاضر که به روش توصیفی-تحلیلی و با استناد به منابع کتابخانه‌ای و اینترنتی انجام گرفته، نشان‌دهندهٔ مغفول ماندن برخی از ظرفیت‌های فقهی جامعه‌مدار است. مبتنی بر یافته‌های این نوشتار، ظرفیّت‌های مدیریت‌نشدهٔ خمس و زکات و عقد غیرانتفاعی قرض‌الحسنه و عقود مشارکتی همانند شرکت و مضاربه برای پیشگیری از بسترهای جرم‌زایی همچون فقر، بیکاری و نابرابری اقتصادی، به‌عنوان اهم نتایج پژوهش حاضر توصیه می‌گردد. سهم عقود مبادله‌ای همانند اجاره به شرط تملیک، فروش اقساطی، خرید دین، سلف، ضمان و جعاله، چون خود زمینه‌ساز برخی بسترهای اقتصادی وقوع جرم هستند، می‌بایست در بانکداری اسلامی به‌صورت محدود و اندک سیاست‌گذاری شود.

استناد: سعیدی، داوود؛ و کوخایی‌زاده، کریم. (۱۴۰۵). نگاهی به ظرفیت‌های فقهی جامعه اسلامی در پیشگیری جامعه‌مدار از زمینه‌های اقتصادی وقوع جرم. مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ۲۰(۱)، ۱۳۱-۱۵۲.
https://doi.org/10.22034/fvh.2023.16359.1796

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

مقدمه

پیشگیری از جرم که مجموعه اقدامات و تکنیک‌های اتخاذی توسط جامعه و دولت با هدف کاهش میزان وقوع تعریف می‌شود، دارای رویکردهای متنوعی است. با توجه به رویکردهای متنوعی که در حوزهٔ پیشگیری از جرایم وجود دارد، می‌توان پرسید که ظرفیت‌های فقهی در حوزهٔ پیشگیری از جرایم چیست. نقش متغیرهای کلان اقتصادی از جمله فقر، بیکاری، نابرابری درآمدی و اقتصادی، در وقوع جرایم علیه اموال و برخی جرایم همچون قتل، غیرقابل انکار است. از همین رو اهمیت پرداختن به ظرفیت‌های مدیریت‌نشدهٔ ابواب فقهی در جامعهٔ اسلامی برای از بین بردن همین بسترهای جرم‌زا از اولویت ویژه‌ای برخوردار است. آنچه ضرورت بحث را علاوه بر افزایش نرخ برخی جرایم ایجاب می‌کند، هزینه‌های وقوع این جرایم‌اند. هزینه‌های مادی و معنوی مانند هزینه‌های هتلینگ (اسکان) زندانیان و هزینه‌های روحی و روانی قربانیان جرایم، تنها بخش اندکی از این هزینه‌ها هستند. بیان جایگاه رویکردهای فقهی در میان انواع شیوه‌های پیشگیری از جرم به روش توصیفی-تحلیلی و ابزار کتابخانه‌ای می‌تواند افق‌های تازه و نوینی را به‌سوی رهیافت‌های پیشگیری بگشاید.

رویکردهای موجود در حوزهٔ پیشگیری جرم از سه رویکرد مکانیکی، اصلاحی و تنبیهی خارج نیستند. رویکردهای مکانیکی، تحلیلی مکانیکی، وضعیت‌محور و فرصت‌مدارانه از ارتکاب جرم دارند. در این رویکرد، ارتکاب جرم، معلول یک «فرصت» است. این رویکردها، تحلیلی مکانیکی از وقوع جرم ارائه می‌دهند و جرم را «بهترین انتخاب» مجرم و معادلهٔ ناشی از «هزینه و سود» ارتکاب جرم می‌دانند. در رویکرد مکانیکی، مجرم فردی عقلانی تلقی می‌شود که حساب‌گر است و هنگامی دست به ارتکاب جرم می‌زند که سود حاصل از ارتکاب جرم از هزینهٔ آن بیشتر باشد. این رویکرد اعتقاد دارد که می‌توان با تغییر در شرایط و اوضاع و احوال در مسیر ارتکاب جرم، از وقوع آن پیشگیری نمود. بنابراین باید خطر دستگیری، رسیدن به آماج و خطر تلاش برای ارتکاب جرم را افزایش داده و در عین حال، سود حاصل از ارتکاب جرم را کم کرد. تجزیه و تحلیل اقتصادی جرم در مبحث کلی اقتصاد خرد قرار می‌گیرد که فعالیت اقتصادی را قبل از هرچیز به‌عنوان فعالیت نقش‌آفرینان فردی تلقی می‌کند. به این ترتیب می‌بینیم که مفاهیم قیمت، سود، مفید بودن، مؤثر بودن و بالاترین درجهٔ مطلوبیت، مفاهیم بنیادی این نوع رویکرد را تشکیل می‌دهند که متضمن رهیافت اقتصادی به رفتار فردی و رهیافت اقتصادی به واکنش اجتماعی علیه جرم است (گسن، ۱۹۹۸، ص. ۱۸۴).

رویکرد دوم، رویکرد اصلاحی است که سعی دارد با حذف علل ریشه‌ای و اجتماعی جرم، از وقوع جرم پیشگیری نماید. رویکرد اصلاحی شامل رویکرد پیشگیری اجتماعی (که خود به دو شاخهٔ رویکرد رشدمدار و جامعه‌مدار تقسیم می‌شود) و پیشگیری اولیه، ثانویه و ثالث است. راهبردهای پیشگیری‌های اجتماعی، راهبردهای طولانی‌مدت بوده که به دنبال مبارزه با علل ریشه‌ای جرم، از قبیل تبعیض، فقر، بیکاری، ناکارآمدی اقتصادی، نقص در سیستم رفاه اجتماعی و سایر عوامل اجتماعی هستند. آخرین رویکرد، رویکرد تنبیهی است؛ رویکردی که سعی دارد تا از طریق مجازات و بازدارندگی ناشی از آن به پیشگیری از جرم بپردازد (البته رویکرد تنبیهی در مفهوم خاص پیشگیری از جرم نمی‌گنجد) (گروه پژوهشی حقوق جزا و جرم‌شناسی اداره کل پژوهش و اطلاع‌رسانی، ۱۳۸۷، ص. ۲۲۴).

هدف از طرح این مسئله، واکاوی ظرفیت‌های فقهی جوامع اسلامی برای پیشگیری از جرایم و جنایات و هزینه‌های ناشی از آن‌هاست. با توجه به مطالب گفته‌شده، سؤالات ذیل مطرح می‌شوند که آیا دیدگاه فقهی قابلیت ارائهٔ راهکاری جامعه‌مدارانه از جرم را داراست؛ این قابلیت‌ها و راهکارها کدامند و چگونه فرآیند کاهش جرم را در پی خواهند داشت.

مروری بر ادبیات موضوع

در حوزهٔ مطالعات پیشگیری از جرم، حاجی‌ده‌آبادی به خوبی نقش وقف و آثار آن در پیشگیری از بزهکاری و بزه دیدگی را تبیین کرده است. از اهداف نهاد مترقی وقف می‌توان به تأمین اجتماعی نیازهای طبقات فقیر جامعه، تهیه و تأمین بسترهای رشد علمی و فرهنگی جامعه، افزایش سطح معرفت دینی و نهادینه ساختن دینداری و... اشاره کرد (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۸، صص. ۴۲-۶۰). محمدمهدی کمالی نیز در پایان‌نامهٔ «نقش عبادات مالی در پیشگیری از جرم» به‌جایگاه آن‌ها نظر داشته و عبادات مالی را به دو قسم واجب و مستحب تقسیم نموده است. در عبادات مالی واجب، زکات، زکات فطره، خمس، نذر، کفارات و قربانی را بررسی نموده و در عبادات مالی مستحب، وقف، وصیت، عطایا، قرض‌الحسنه و زکات مستحب را به‌عنوان عواملی در پیشگیری از جرم تحلیل نموده است و از باور به اصول دین به‌عنوان نقش پیشگیرانهٔ آن یاد می‌کند (کمالی، ۱۳۹۴). مطالعهٔ حاجی‌تبار فیروزجانی نیز به‌صورت کلی به‌جایگاه نهادهای مذهبی از جمله وقف در اصلاح شرایط فیزیکی و اجتماعی بزهکاری و سوزاندن ریشه‌های آن و سالم‌سازی جامعه اشاره دارد و از کارکردهای تأمین امنیت و عدالت فردی و اجتماعی آن، ایجاد فضای محیطی مناسب و تقویت روابط اجتماعی برای این نهاد نام می‌برد (حاجی‌تبار فیروزجانی، ۱۳۹۸، ص. ۵۴). نوشتار حاضر ضمن اشاره به یافته‌های این حوزه، به تحلیل وسیع‌تری از جایگاه اقتصادی برخی ابواب عبادی همانند خمس و زکات، قرض‌الحسنه؛ همچنین جایگاه عقود مشارکتی بانکی و آثار برخی دیگر، در زمینهٔ پیشگیری یا تقلیل روند کیفری پرونده‌ها پرداخته است.

مفهوم‌شناسی

پیشگیری جامعه‌مدار

یکی از شاخصه‌های پیشگیری اجتماعی، توجه عمده به طراحی محیط و ساماندهی محیط‌های نامناسب و بهبود شرایط اقتصادی است. پیشگیری جامعه‌مدار تلاشی است برای کاهش عوامل جرم‌زا، به‌ویژه عواملی که از نظر اقتصادی بر ارتکاب جرم مؤثر هستند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۳، ص. ۵۷۰).

عناصر مرتبط با پیشگیری جامعه‌مدار

۱. فقر

فقر در دو حالت بیان می‌شود: فقر مطلق که از طریق خط فقری که به‌عنوان تأمین حداقل هزینه‌های لازم در زندگی برای کسب رضایت در تأمین سلامت و بهداشت تعریف می‌شود. فقر نسبی که در این حالت، فرد حداقل‌ها را دارد، لکن نسبت به سایر گروه‌های درآمدی جامعه، فقیر محسوب می‌گردد (صادقی و

همکاران، ۱۳۸۹، ص. ۵۷). تبیین رابطهٔ فقر و محرومیت با بزهکاری همواره مورد توجه جرم‌شناسان و آسیب‌شناسان اجتماعی بوده است. واقعیت این است که فقر و محرومیت، زمینهٔ برخی رفتارهای ناهنجار اجتماعی را فراهم می‌کند و در کنار سایر شرایط و زمینه‌های فردی و اجتماعی می‌تواند موجب انحراف و کجروی شود. به همین دلیل همواره رفع فقر و محرومیت یکی از راه‌های کاهش جرم معرفی شده است. دولت‌ها نیز یکی از اهداف توسعهٔ همه‌جانبه را توزیع عادلانهٔ ثروت و رفع فقر و محرومیت می‌دانند و در این راستا برنامه‌هایی را به مورد اجرا می‌گذارند (خسروشاهی، ۱۳۸۸، ص. ۲۴۸). از منظر حقوق جزا و جرم‌شناسی، فقر یکی از عوامل مهم و تأثیرگذار در ارتکاب جرم، به‌ویژه جرایم علیه اموال مثل سرقت و علیه اشخاص مانند قتل و حتی وقوع انقلاب‌ها می‌باشد. مکاتب حقوقی سوسیالیستی و تحققی بر این مسئله تأکید داشته‌اند. از نظر مکتب سوسیالیسم، جرم خصیصهٔ نظم دنیای سرمایه‌داری است و از این جهت امری محتوم در جامعهٔ سرمایه‌داری می‌باشد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۷، ص. ۲۵۳). انریکو فری، یکی از مؤسسان مکتب تحققی، معتقد است که هنگام بروز هر بزه خاص، یکی از عوامل بر عوامل دیگر فزونی و برتری دارد، ولی امتزاج و ترکیب چند عامل از جمله عامل اجتماعی و اقتصادی همچون فقر برای وقوع بزه ضروری است (صانعی، ۱۳۸۲، ص. ۱۱۵).

۲. نابرابری اقتصادی و درآمدی

علاوه بر فقر، یکی از مهم‌ترین عوامل اقتصادی جرم‌زا، نابرابری اقتصادی و درآمدی است. نابرابری اقتصادی عمدتاً از طریق نابرابری درآمدی مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. نابرابری درآمدی نیز همانند فقر براساس تعداد افراد ثروتمند به تعداد افراد فقیر تعریف می‌شود. تفاوت بین نابرابری درآمدی و اقتصادی با فقر در این است که نابرابری مربوط به روش توزیع ثروت در جامعه است، درحالی‌که فقر، مقدار کل ثروت را براساس تعداد افرادی که درآمدشان کمتر از خط فقر است نشان می‌دهد (صادقی و شقاقی شهری، ۱۳۸۴، ص. ۶۷). مارکس پدیدهٔ جرم را ناشی از ناهنجاری اقتصادی و در یک کلام بی‌عدالتی اقتصادی می‌دانست. مکتب حقوقی سوسیالیست او، جامعهٔ اشتراکی را به‌عنوان جامعه‌ای ایده‌آل معرفی کرد، لکن باید توجه داشت که از نظر محققان جرم‌شناس، در بروز جرم، مجموعه‌ای از عوامل پیچیدهٔ زیستی-روانی-اجتماعی دخالت دارند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱، ص. ۴۷۳).

۳. بیکاری

بیکار کسی است که توانایی و تمایل به کار کردن را داشته باشد، اما قادر به یافتن کار و شغل نمی‌شود (فرجی، ۱۳۸۸، ص. ۲۳۹). به نظر می‌رسد یکی از مهم‌ترین و اثرگذارترین عوامل ایجاد جرم، پدیدهٔ بیکاری (و وضعیت نامناسب بازار کار) باشد؛ زیرا بیکاری سبب فقر، نابرابری درآمدی، مهاجرت، اختلاف خانوادگی و... می‌شود. بدیهی است افراد هویت خود را در موقعیت کاری که دارند جست‌وجو می‌کنند و هرگاه برای تمام افراد جویای کار، شغلی یافت شود، آنگاه انگیزه برای بروز جرم و جنایت کاهش می‌یابد. از نظر دورکیم، در شرایطی که جامعه دچار بحران بیکاری است و به‌واسطهٔ ضعف معیارهای اخلاقی ناشی از فشار این پدیده، حالت آنومی

پدید می‌آید و باعث از بین رفتن امنیت و نظم موجود و فردگرایی افراطی می‌گردد. در بحران ناشی از بیکاری، افرادی که دچار محرومیت شده‌اند، به‌سوی ناامیدی سوق پیدا می‌کنند و در نومیدی دست به شورش، ضرب و جرح و اهانت به حاکمیت می‌زنند. فقدان همبستگی و وفاق در چنین جامعه‌ای، بروز کشمکش و ستیزهای اجتماعی را تسهیل می‌کنند (ولد و همکاران، ۱۳۸۸، صص. ۱۵۶-۱۵۷). براساس تحقیقاتی که بین دو جنگ جهانی اول و دوم در آلمان انجام شد، رابطهٔ بین سرقت و بیکاری به خوبی آشکار شد. گزارش‌های مشابه هم از هلند و ایالات متحدهٔ آمریکا این نظر را تأیید می‌کند (کی‌نیا، ۱۳۹۸، ج. ۲، ص. ۱۸۶).

مفهوم‌شناسی نهادهای فقهی مرتبط با پیشگیری جامعه‌مدار

خمس و زکات

زکات از مادهٔ «زکی»، در لغت به‌معنای «افزون شد» و «پاکیزه گردید» آمده است. در اسلام، از آن نظر به مالیات مخصوص، زکات گفته شده که وسیلهٔ افزون شدن و رشد یافتن اموال آنان است (سیاح، ۱۳۸۷، ج. ۱، ص. ۶۴۰). از پاک شدن اموال و افزایش اموال فردی که بگذریم، می‌توان گفت که زکات و کلاً مالیات‌ها و شبه‌مالیات‌ها سبب پاکی و پیشگیری از جرایم در سطح جامعه هم خواهند گردید و همین نکته نقش پیشگیرانهٔ این نهادها را بیان می‌کند. خمس در لغت به‌معنای یک‌پنجم است و در اصطلاح شرعی، مالیاتی معادل یک‌پنجم می‌باشد که شریعت، آن را در مواردی تعیین کرده است.

وقف

در لغت به‌معنای ایستادن، ماندن و آرام گرفتن است (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج. ۹، ص. ۳۵۹). در اصطلاح فقهی و حقوقی، وقف «تحبیس عین و تسبیل منفعت» تعریف شده است. منظور از حبس نمودن عین مال، نگهداشتن عین مال از نقل و انتقال و همچنین از تصرفاتی است که موجب تلف عین می‌گردد، زیرا مقصود از وقف، انتفاع همیشگی موقوف‌علیهم از مال موقوفه است و بدین جهت هم آن را وقف گفته‌اند. منظور از تسبیل منافع نیز واگذاری منافع در راه خداوند و امور خیریهٔ اجتماعی می‌باشد (امامی، ۱۳۹۳، ج. ۲، ص. ۶۸).

قرض

در لغت به‌معنای قطع کردن است و زمانی گفته می‌شود فرد به دیگری قرض داده، که مالش را از خود جدا کرده و به او داده باشد (ابن‌منظور، ۱۳۸۹، ج. ۷، ص. ۲۱۶؛ حلی، ۱۴۰۳ق، ج. ۲، ص. ۶۱). در اصطلاح فقهی و حقوقی، قرض عبارت است از «تملیک مال به دیگری، به شرطی که قرض‌گیرنده ادای خودِ آن مال یا مثلِ آن و یا قیمت آن را ضامن شود و تعهد کند.» در عقد قرض شرطِ زیاده، جایز نیست، بنابراین بدون ربا بودن شرط اساسی جواز عقد قرض است (ابراهیمی و باغستانی میبدی، ۱۳۹۰، ص. ۸۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج. ۴، ص. ۱۶).

عقود مشارکتی

به مجموعه عقودی همچون مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، مضاربه، مزارعه و مساقات در سیستم بانکداری و اقتصادی، عقود مشارکتی اطلاق می‌شود (جندقی میبدی، ۱۳۸۷، صص. ۹-۱۰).

آثار و هزینه‌های جرم

بدیهی است که بروز و گسترش جرم در یک جامعه، اثرهای زیانباری را به‌ویژه به لحاظ اجتماعی خواهد داشت. آثار جرم منجر به تقبل هزینه‌هایی از سوی اجتماع می‌گردد که به‌طور کلی می‌توان آن را در یک تقسیم‌بندی، به سه گروه کلی تقسیم کرد:

۱. هزینه‌هایی که قبل از بروز جرایم ایجاد می‌شوند.

۲. هزینه‌هایی که به هنگام بروز جرایم حاصل می‌شوند.

۳. هزینه‌هایی که پس از بروز جرم به وجود می‌آیند.

برای بهتر نشان دادن این هزینه‌ها از شکل زیر کمک می‌گیریم که در آن فلوچارت روابطی که منجر به ایجاد هزینه‌های جرم می‌گردد، مشخص شده است.

همان‌طور که از این فلوچارت مشخص است، جامعه برای کاهش میزان جرم و جنایت، ناچار به تحمل هزینه‌های متعددی توسط بخش خصوصی و بخش عمومی است. بخش خصوصی با هدف تأمین امنیت خود، در تلاش است با به‌کارگیری سیستم‌های جدید و پیشرفتهٔ امنیتی و نیروی کار (مانند محافظان)، خود را از گزند آسیب‌های احتمالی در امان نگاه دارد. علاوه بر هزینه‌های مستقیم مذکور، بخش خصوصی باید هزینه‌های غیرمستقیمی نیز بپردازد که اهم آن‌ها عبارت‌اند از:

الف) نقل مکان به مکان‌های امن‌تر که می‌تواند هزینه‌بر باشد.

ب) پرهیز از سپری نمودن اوقات فراغت در خارج از خانه.

ج) افزایش تمایل به بیمه‌های خاصی مانند بیمهٔ سرقت.

د) کاهش قیمت منازل در محل‌هایی که جرم‌خیزترند.

ه) کاهش سرمایه‌گذاری به‌خاطر تأثیر جرم بر افزایش ریسک (خطر).

و) کاهش کیفیت زندگی به‌خاطر ایجاد رعب و وحشت.

از سوی دیگر، دولت یا بخش عمومی با توجه به وظیفهٔ تأمین امنیت جامعه، ناچار است از طریق صرف هزینه در اموری مانند پلیس، بازآموزی و حتی آموزش و غیره در جهت کاهش جرم در جامعه تلاش کند. در این میان، بدیهی است که صرف هزینه در امور جنایی از سوی دولت موجب می‌شود که سهم هزینه‌های دیگری مانند آموزش، بهداشت و یا عمران کاهش یابد که این امر خود نشان‌دهندهٔ هزینهٔ فرصت از دست‌رفتهٔ هزینه‌های انتظامی است. از طرف دیگر، ارتکاب هر جرمی مستلزم صرف هزینهٔ نیروی کار و سرمایه‌ای است که به‌سمت آن سوق داده می‌شود. بنابراین بخش دوم هزینه‌های جرم به هنگام وقوع آن به وجود می‌آید و سرانجام پس از وقوع جرم نیز هزینه‌های متعددی حاصل می‌شود که برخی از آن مربوط به قربانیان است (مانند از بین رفتن سرمایه‌های فیزیکی و انسانی)، و بخش بسیار مهم آن به هنگام دستگیری مجرمان ایجاد می‌شود (مانند هزینه‌های مربوط به دادگاه‌ها و زندان‌ها). همچنین می‌توان هزینه‌های بلندمدت دیگری نیز برای خانواده‌های قربانیان و مجرمان به لحاظ آثار احتمالی آن در آینده برشمرد. بدین ترتیب می‌توان هزینه‌های بالقوهٔ ناشی از جرم را به‌صورت زیر خلاصه نمود:

۱. تمامی هزینه‌های فرصت ناشی از زمان‌های اختصاص‌یافته به جرم (توسط مجرمان، قربانیان و یا سیستم‌های نظارت و نگهداری)؛
۲. هزینه‌های مستقیم امنیتی، پلیسی؛
۳. هزینه‌های مستقیم بخش خصوصی؛
۴. تأثیر بر سایر بازارها از جمله بر بازار کار؛
۵. تأثیر بر کیفیت زندگی خانوارها؛
۶. از دست دادن یا از بین رفتن اموال و افراد؛
۷. از دست دادن قربانیان و منافع آتی آن‌ها؛
۸. هزینه‌هایی که سیستم نگهداری از مجرمان (زندان‌ها) متحمل می‌شوند؛
۹. تأثیر بلندمدت و آتی بر خانواده‌های مجرمان و قربانیان (حسینی‌نژاد، ۱۳۸۴، صص. ۳۸-۴۰).

پیشگیری در فقه

گرچه در متون فقهی بخش خاصی تحت عنوان پیشگیری از جرم و جنایت وجود ندارد، لکن با استنباط و دسته‌بندی کلیه مطالب مرتبط با این حوزه، می‌توان گفت که دین مبین اسلام در زمینهٔ پیشگیری از جرم شامل دو مرحله است: مرحلهٔ نخست به معرفی و پیشگیری از عوامل عمومی همهٔ جرایم می‌پردازد که این مرحله را «پیشگیری اولیه» نیز نام نهاده‌اند و مترادف پیشگیری ابتدایی می‌باشد. در مرحلهٔ بعد به تبیین عوامل خصوصی جرم پرداخته و متعاقباً راهکارهای پیشگیری از همان دسته از جرایم را بیان کرده، که این مرحله را «پیشگیری ثانویه» یا اختصاصی می‌نامند (کی‌نیا، ۱۳۹۸، ص. ۱۳۴).

اسلام با اینکه پیشگیری وضعی را نفی نمی‌کند، تأکید اصلی را بر پیشگیری اجتماعی قرار می‌دهد. جوهر تعالیم انبیاء، پرورش انسان‌هایی است که ذاتاً خوب و شایسته باشند، نه اینکه به‌دلیل موانع خارجی مرتکب جرم و گناه نشوند (توسلی و صادقی، ۱۳۹۴، ص. ۴۹). پیشگیری اجتماعی به دو قسمت «پیشگیری اجتماعی رشدمدار» و «پیشگیری اجتماعی جامعه‌مدار» تقسیم می‌شود. پیشگیری اجتماعی جامعه‌مدار در تلاش است تا با اتخاذ تدابیر و اقدامات مناسب برای از بین بردن یا کاهش عوامل جرم در محیط اجتماعی (مثل ایجاد مسکن، فرصت‌های شغلی، از بین بردن فقر، ایجاد مکان‌های تفریحی یا احداث فضای سبز و نظایر این‌ها) در پیشگیری از بروز بسترهای جرم و جنایت گام بردارد؛ اما پیشگیری اجتماعی رشدمدار به دنبال آن است تا با شناسایی عوامل خطر، تقویت حمایتی و مداخلهٔ زودرس، به‌ویژه در مورد اطفال و نوجوانان، از ارتکاب بزهکاری پیشگیری نماید (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۱، ص. ۵۴).

پیشگیری در فقه و حقوق

حقوق به‌دلیل جنبه الزام‌آور بودن اجتماعی آن، دیگر سخن از مستحبات و مکروهات و همچنین مباحات ندارد یا به‌ندرت از آن‌ها سخن به میان می‌آورد (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ص. ۵۲). با توجه به همین مسئله؛ عقود اعم از معین

و غیرمعین هم در حوزه فقه و هم در حیطه حقوق، دارای جایگاه مشترکی است. در اینجا سخن از عقودی است که ظرفیت‌های قابل توجهی را در زمینه زدودن بسترهای اجتماعی و اقتصادی جرم ایجاد می‌کنند.

وقف

وقف دارای آثار اجتماعی و اقتصادی فراوانی است. با مطالعه دقیق نهاد وقف در اسلام، می‌توان اهداف گوناگونی مانند: تأمین اجتماعی نیازهای طبقات فقیر جامعه و نسل‌های آینده، کمک به بهداشت جامعه، تهیه و تأمین بسترهای رشد علمی و فرهنگی جامعه، افزایش سطح معرفت دینی جامعه و نهادینه ساختن دینداری و... را از تأسیس این نهاد مهم دریافت. در اینجا ما به تناسب بحث فقط به گوشه‌ای از نقش وقف یعنی تأمین عدالت اجتماعی که از نوع پیشگیری اولیه از جرم می‌باشد، می‌پردازیم. ناگفته نماند این نهاد می‌تواند پیشگیری‌های دیگری، هم در زمینه ارتکاب جرم، داشته باشد؛ چراکه در یک تقسیم‌بندی که براساس مدل پزشکی وارد جرم‌شناسی شده، وقف می‌تواند در سه سطح مثل پیشگیری از بیماری‌ها، از جرایم پیشگیری نماید. سطح نخست به همه افراد جامعه تعلق دارد؛ و می‌تواند افزایش امنیت عمومی جامعه، ایجاد فضای محیطی و شهری مناسب برای پیشگیری از جرم، گسترش و تقویت فرهنگ تعامل و وفاق اجتماعی، تأمین عدالت اجتماعی و گسترش شعائر و تعالیم اسلامی را پوشش دهد. از جمله کارکردها و البته بیشترین کارکرد وقف در جامعه اسلامی، کمک به ترویج فرهنگ اسلامی و ارتقای شعائر دینی و افزایش سطح معرفت و باورهای آحاد جامعه اسلامی است. تحقیقات نشان داده، در مجموع ۵/۷۳ درصد بزهکاران، در ایران شناخت ابتدایی و ساده نسبت به مذهب نداشتند (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۸، صص. ۵۲-۵۳). سطح دوم به افراد در معرض خطر بیماری اختصاص دارد؛ چراکه اقدامات نوع اول، به‌دلیل تفاوت‌های فردی و نیز تفاوت‌های اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی معناداری که در جامعه وجود دارد و نیز زمان قابل توجهی که می‌طلبد تا تأثیر خویش را در جامعه گذارد برای کاهش نرخ جرم در جامعه کفایت نمی‌کنند. بیماران روانی نظیر پارانویا، سیکلوتیمی‌ها، دختران فراری و کودکان پرخاشگر و سرکش و کسانی که در اوج بلوغ جنسی به سر می‌برند از این دسته‌اند. تأمین امنیت لازم برای زنان مطلقه یا فراری از خانه، وقف برای تأمین امنیت و آسایش غریبان و مهاجران در این سطح قرار می‌گیرند. در نهایت، سطح سوم به مصون‌سازی بیماران در قبال ابتلای مجدد به بیماری می‌پردازد. پیشگیری نوع سوم شامل اقدامات و تدابیری است که مخاطب آن‌ها کسانی است که با وجود اقدامات پیشگیرانه نوع اول و دوم به ورطه بزهکاری کشیده شده‌اند. امروزه دانش بزه‌دیده‌شناسی، افزون بر اقدامات پزشکی، بر ضرورت کمک‌های قضایی، خدمات مشاوره‌ای و روان‌پزشکی به بزه‌دیدگان تأکید می‌کند. پذیرش بزه‌دیده، آگاه ساختن او به حقوق خود در طرح دعوای کیفری، ارائه وکیل تسخیری و فراهم کردن امنیت وی در فرآیند دادرسی از جمله حقوق بزه‌دیدگان است که در قوانین و مقررات باید به رسمیت شناخته شود؛ بنابراین کمک به بزه‌دیدگان در طرح شکایت کیفری، نقش وقف در اصلاح و درمان مجرمان و همچنین نقش آن در کاهش جمعیت زندان و اثرات ناشی از زندان بر زندانی و خانواده‌اش از جمله کارکردهای این نهاد مترقی در پیشگیری نوع سوم‌اند. همچنین برای پیشگیری سطح دوم می‌توان از موقوفات جهت ازدواج جوانان

و برای سطح سوم، می‌توان از موقوفات جهت پرداخت بدهی بدهکارانی که به زندان افتاده‌اند، نام برد. وقف وسیله‌ای برای تکافل مادی اعضای جامعه اسلامی و ایجاد توازن و از جمله تنظیم‌کننده حیات اجتماعی است. برخی از محققان با اشاره به کارکردهای اقتصادی وقف، نقش آن را در تأمین اجتماعی جامعه و برطرف ساختن مفاسد اجتماعی تبیین کرده‌اند حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۸، صص. ۵۲-۵۳). نکته‌ای که ذکر آن در پایان این بحث خالی از فایده نیست؛ تأکید بر جایگاه وقف در پیشگیری رشدمدار است که با مطالعه وقف‌نامه‌های گوناگون می‌توان موارد فراوانی را از این نوع را تبیین کرد. چنان‌که گفته شد پیشگیری رشدمدار هم یکی از زیرشاخه‌های پیشگیری اجتماعی است که متمرکز بر کودکان و نوجوانان در معرض خطر بوده و هدف از آن مداخله در دوره‌های مختلف رشد اطفال و نوجوانان بزهکار، منحرف یا در معرض بزهکاری به‌منظور پیشگیری از مزمن شدن و تکرار شدن بزهکاری آن‌ها در آینده (دوران بزرگسالی) است (بیرانوند و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۹۹).

جایگاه قرض‌الحسنه و عقود بانکی

در قرآن کریم آیاتی چند به موضوع دین یا قرض حسن اشاره دارد و آن را در ردیف ارزش‌هایی چون صدقه، انفاق، نماز و زکات مطرح کرده است. مثلاً آیه «اقیموا الصلاه و آتوا الزکاه و اقرضوا الله قرضاً حسناً» (مزمل/۲۰) همین امر را می‌رساند. همان‌گونه که نماز عامل مهم و تأثیرگذاری بر تعالی روح و تقرب بنده به خدای خویش و در بُعد اجتماعی، ریشه‌کن شدن زشتی و فحشا از سطح جامعه است، قرض و صدقه و انفاق نیز در کارکرد اقتصادی همین آثار را دارند و ضمن آنکه موجب تقرب به خداوند متعال می‌گردند، در ریشه‌کن کردن فقر، تعدیل ثروت و توازن اقتصادی در سطح جامعه، همچنین رفع نیاز افراد بسیار مؤثرند (رفیعی، ۱۳۸۵، ص. ۶۱). در قرض‌الحسنه، ثروتمندان بخشی از درآمد قابل تصرف خود را جدا می‌کنند و در یک دوره زمانی معین به فقیران اختصاص می‌دهند. با چنین نگرشی می‌توان گفت: در قرض‌الحسنه، نوعی انتقال واقعی قدرت خرید به گروه‌های کم‌درآمد و خرج کردن آن در اقتصاد ملی وجود دارد. البته این روند زمانی در تحقق عدالت اجتماعی، آثار مثبت از خود بر جای می‌نهد که باید با کشش‌پذیری عرضه و قابلیت ظرفیت تولیدی آزاد، در زمینه کالاهای ضروری همراه باشد؛ وگرنه با بالا رفتن تقاضا برای این کالاها، سطح قیمت‌ها فزونی می‌یابد و آثار توزیعی قرض خنثی می‌شود (هادوی‌نیا، ۱۳۸۲، ص. ۳۸۶). با توجه به اهداف دولت اسلامی در زمینه عدالت اجتماعی، دولت موظف است چنین قابلیت‌هایی را پدید آورد. قرض‌الحسنه یکی از راه‌های تحقق هدف‌های بندهای ۲ و ۹ اصل ۴۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است که می‌تواند از راه رفع احتیاجهای اشخاص حقیقی مانند اشتغال‌زایی برای بیکاران جویای کار، هزینه‌های ازدواج، تهیه جهیزیه، درمان بیماری، تعمیرات مسکن، کمک‌هزینه تحصیل فرزندان، کمک برای ساختن مسکن و دیگر نیازهای ضروری زندگی، مفید واقع شود (ابونوری و قاسمی تازه‌آبادی، ۱۳۸۶، ص. ۱۴۹). قرض برخلاف مالیات، سبب انتقال اختیارات درآمد افراد به دولت نمی‌شود. نتایج حاکی از آن است که فعالیت صندوق‌های قرض‌الحسنه، با فرض ثابت ماندن دیگر عامل‌ها، در اکثر استان‌های کشور اثر کاهشی بر نابرابری توزیع درآمد داشته است (ابونوری و قاسمی تازه‌آبادی، ۱۳۸۶،

صص. ۱۳۹ و ۱۵۸). بنابراین نقش عقد قرض در پیشگیری از جرایم با واسطه و با اثرگذاری بر متغیرهایی همچون فقر، رفع معضل بیکاری، کاهش نابرابری در توزیع درآمد و تعدیل ثروت اغنیاء، صورت می‌گیرد.

نقش قرض علاوه بر صورت مجزا و خارج از نظام بانکداری می‌بایست در داخل نظام بانکداری همراه دیگر عقود، به‌جهت تأثیر مضاعفش مورد بررسی قرار گیرد. جایگاه عقود قرض‌الحسنه، شرکت، مضاربه، مزارعه، مساقات، در نظام بانکداری اسلامی یکی از مسائلی است که در حوزه پیشگیری از جرم به‌ندرت بدان توجه می‌شود درحالی‌که کارکردهای گستردهٔ این نظام به‌مراتب عالی‌تر و اثرات مضاعفی در خشکاندن بسترهای اجتماعی و اقتصادی جرایم خواهد گذاشت. گزافه نیست اگر گفته شود بخش مهمی از حیات و دوام اقتصادی هر کشوری در گرو نظام بانکداری و همچنین ارتباط با بانک‌های دیگر کشورهاست. عقد قرض‌الحسنه و دیگر عقود در نظام بانکداری، به‌دلیل انسجام این نظام و تصدی آن از طرف دولت و در حال حاضر بانک‌های خصوصی، بسیار پررنگ و قوی‌تر از نقش آن عقود در خارج حوزه بانکداری اسلامی و به‌صورت فردی و شخصی است. طبق مصوبه جلسه شورای پول و اعتبار، نوزدهم فروردین سال ۱۳۶۳ بانک‌ها در موارد زیر می‌توانند قرض‌الحسنه پرداخت کنند: الف) شرکت‌های تعاونی به‌منظور ایجاد کار؛ ب) کارگاه‌ها و واحدهای تولید متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی به‌منظور کمک به افزایش تولید؛ ج) رفع نیازهای اشخاص حقیقی (هزینه‌های ازدواج، تهیه جهیزیه، درمان بیماری، تعمیرات مسکن، کمک‌هزینه تحصیلی و ایجاد مسکن در روستاها) (رفیعی، ۱۳۸۵، ص. ۶۶). با تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا در سال ۱۳۶۲ و اجرایی شدن آن از سال ۱۳۶۳، گرچه شکل ظاهری قانون در عمل حفظ شده و چهارچوب قانون در قراردادهای منعقده بین بانکی و مشتری نیز، کمابیش رعایت گردید؛ اما تعیین نرخ سود علی‌الحساب، که در واقع حداقل نرخ تضمینی از قبل تعیین‌شده برای سپرده‌های مدت‌دار بود، از یک سو، و نرخ ثابت تعیین‌شده در ارائه تسهیلات برای متقاضیان و صوری شدن قراردادهای منعقده فروش اقساطی، مشارکت مدنی، سلف و سایر عقود، در عمل موجب شد تا قانون به‌درستی اجرا نشود. در حقیقت نظام بانکی فعلی، که از ادغام ۳۶ بانک ربوی دوران قبل از انقلاب ایجاد شده، مناسب اجرای معاملات مصرح در قانون نیست و در اجرا شکل ربوی به خود گرفته است. ربوی شدن نظام بانکی و انحراف از اجرای قانون عملیات بانکی بدون ربا را، می‌توان یکی از دلایل رشد شدید معوقات بانکی دانست. وجود ربا در نظام بانکی، همچنین یکی از عوامل اصلی بحران‌های اقتصادی در جهان، افزایش بیکاری و کاهش رشد اقتصادی کشورها بوده است (صمصامی، ۱۳۸۸، صص. ۱۳۷ و ۱۳۸). ربا که همان بهره یا سود ثابت است، عامل عمده وجود فقر و شکاف طبقاتی در جامعه به شمار می‌آید. نظام‌های بانکی که آلوده به ربا (جرم) هستند، موجب ورشکستگی واحدهای تولیدی می‌شوند و از آنجا بیکاری و فقر گسترش پیدا می‌کند؛ به علاوه سبب گران‌شدن و ایجاد تورم نیز می‌شوند که به گسترش فقر و شکاف طبقاتی می‌انجامد. یکی از مبانی عقیدتی اسلام و نظام اقتصادی مبتنی بر اصول اسلام، تحریم بلاشرط دریافت و پرداخت بهره است. بنابراین، عملیات بانکداری و مالی باید بدون بهره صورت گیرد، و اسلام روش‌هایی را برای جایگزین کردن بهره و نهادهای اقتصادی مبتنی بر آن پیشنهاد می‌کند، که از آن جمله می‌توان به عقود اسلامی به‌عنوان ابزاری کارآمد اشاره کرد. تحقق رفاه عمومی و برقراری عدالت و حمایت از حقوق اقتصادی

ملت، از اهداف نظام اقتصادی اسلام است و بدون تردید، ترسیم اجرای این نظام موجب زدودن پدیده شوم فقر (و تبعات مجرمانه آن) از سطح جامعه می‌شود. یکی از گام‌های اساسی برای تحقق این مقصود، تغییر نظام بانکی و حذف بهره از پیکره آن و استفاده از عقود اسلامی قابل تطبیق با نظام بانکداری است. به‌طور کلی عقود اسلامی در نظام بانکی به چهار گروه تقسیم می‌شوند که عبارت‌اند از: قرض‌الحسنه، عقود مبادله‌ای (فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیک، سلف، خرید دین، جعاله و ضمان)، عقود مشارکتی (مشارکت مدنی (شرکت مدنی)، مشارکت حقوقی (خرید سهام شرکت‌های سهامی عام یا خاص)، مضاربه، مزارعه و مساقات) و سرمایه‌گذاری مستقیم.

سرمایه‌گذاری مستقیم از نظر آثار و نتایج، شبیه قراردادهای مشارکتی است و گاهی جزو این دسته قرار می‌گیرد. گاهی نیز دسته‌بندی این عقود به این صورت است: عقد غیرانتفاعی (قرض‌الحسنه)، عقود انتفاعی با سود معین (عقود مبادله‌ای) و عقود انتفاعی با سود انتظاری (عقود مشارکتی) و سرمایه‌گذاری مستقیم. تنها قرض‌الحسنه و عقود مشارکتی می‌توانند به کاهش فقر در جامعه کمک کنند و عقود مبادله‌ای به‌دلیل بازدهی ثابت و تعیین‌شده، عملاً سیستم بانکی را ربوی می‌کنند؛ بنابراین نمی‌توانند به ما در رسیدن به عدالت اجتماعی و اقتصادی کمک نمایند. عقودی مانند قرض‌الحسنه و عقود مشارکتی با داشتن ویژگی‌هایی چون مستمر بودن قراردادها، مشارکت در نتایج سود و زیان، متغیر بودن سود، اذنی بودن قرارداد و نیاز به نظارت و کنترل، باعث کاهش فقر و نابرابری‌ها شده، زمینه اشتغال و تولید را فراهم می‌آورند. در مقابل، عقود مبادله‌ای با داشتن ویژگی‌هایی همچون مقطعی بودن معاهدات، رابطه بدهکار و بستانکار، قابلیت برای نرخ‌های ثابت و از قبل تعیین‌شده، تملیکی بودن قراردادها و عدم نیاز به کنترل و نظارت، ربا و بهره و به‌تبع آن فقر، بیکاری، تورم و فاصله طبقاتی را پدید خواهند آورد. با مطالعه آمار و ارقام منتشرشده از طرف بانک مرکزی، می‌توان دریافت که با گذشت زمان، جهت‌گیری فعالیت‌های بانک‌ها در کشور ما به‌سمت به‌کارگیری عقود با بازدهی ثابت است و در این میان، فروش اقساطی که ضعیف‌ترین نوع عقود در نظام بانکی است، بیشترین رشد را داشته است. از طرفی ارائه تسهیلات از طریق عقود مشارکتی مرتب کاهش یافته و می‌توان گفت بانک‌ها عقود با بازدهی ثابت را جایگزین عقود مشارکتی کرده‌اند. علاوه بر این، عقود مشارکتی عملاً تغییر ماهیت داده‌اند و تبدیل به عقود با بازدهی ثابت شده‌اند؛ مثلاً در مشارکت مدنی بدون توجه به نتایج واقعی معامله، حداقل سود پیش‌بینی‌شده را مطالبه می‌کنند (جندقی‌میبدی، ۱۳۸۷، صص. ۲۱ و ۴). ایجاد این شرایط در واقع همان بسترسازی وقوع جرم با استفاده از سازوکارهای قانونی عملیات بانکداری بدون رباست که در عمل به روندی معکوس برای بازتولید فقر، بیکاری و نابرابری و جرایم ناشی از آن، به‌کار گرفته شده است.

اشکال اساسی و پاسخ به آن

یک اشکال اساسی و مهم به جبران محدودیت منابع عمومی دولت از طریق خمس، زکات و انفاق‌های مستحب و حتی وقف، در کاهش فقر و نابرابری، بیکاری و تعدیل ثروت و به‌تبع آن، کاهش نرخ جرایم این عوامل، این مسئله است که تأثیر همه این راهکارها، به‌دلیل اختیاری بودن و استحباب برخی از آن‌ها، کم و

ناچیز بوده، لذا هدف که در نهایت تقلیل جرایم ناشی از این جریان است، ناچیز بوده و لذا این روند کاهشی اتفاق نخواهد افتاد. بدین بیان که معروف است که بخش خصوصی با استفاده از مکانیسم بازار می‌تواند کارایی اقتصادی را تحقق بخشد، اما انگیزه کافی برای رساندن جامعه برای رساندن جامعه به یک وضعیت توزیع عادلانه درآمد را ندارد. کمک‌های اختیاری ثروتمندان به فقراء، خیرات، صدقات و امثال آن‌ها نیز به‌گونه‌ای نیست که بتواند مشکل نابرابری و توزیع غیرعادلانه را حل کند؛ زیرا در این نوع اقدامات بخش خصوصی، در چهارچوب بازار به نوعی ارتباط «سواری مجانی» وجود دارد؛ یعنی بخش خصوصی و بازار، خود را موظف به اقدام در راستای رسیدن به یک وضع توزیع عادلانه نمی‌دانند و امکان شانه خالی کردن از این موضوع برای آن‌ها وجود دارد. با توجه به شرایط توزیع درآمد در کشورهای در حال توسعه از جمله ایران، این مقوله از اهمیت بسیاری برخوردار است. در حقیقت علت نهایی چنین توزیع نابرابری در درآمدهای شخصی، در بیشتر کشورهای جهان سوم، توزیع بسیار نابرابر و الگوی بسیار متمرکز دارایی‌ها، در داخل این کشورهاست (تودارو، ۱۳۷۰، ص. ۲۵۰). در پاسخ به این اشکال مهم و اساسی باید گفت که در اسلام، خمس و زکات به‌عنوان وجوهات شرعی واجب و انفاق‌های دیگر به‌عنوان مستحب، ذکر شده‌اند. اضافه بر این، دولت و حاکم اسلامی می‌توانند، پرداخت زکات را قانونی و الزامی نمایند. در جهان اسلام شش کشور وجود دارد که زکات را براساس قانون جمع‌آوری می‌کنند: یمن، عربستان سعودی، لیبی، سودان، پاکستان و مالزی، این شش کشورند؛ درحالی‌که هفت کشور دیگر، یعنی مصر، اردن، کویت، ایران، بنگلادش، بحرین و عراق، مؤسسات خاصی برای جمع‌آوری زکات، به‌صورت داوطلبانه ایجاد کرده‌اند. تقریباً در هر کشوری که در آن تعداد زیادی از مسلمانان وجود دارند، برخی مساجد یا سازمان‌ها یا افراد، مسئولیت جمع‌آوری و توزیع زکات را بر عهده دارند (زین‌الدین، ۱۳۷۷، ص. ۶۵). اگر اشکال شود که موارد نه‌گانه، کفایت از بین بردن فقر و نابرابری را نخواهد کرد، در پاسخ باید گفت که در این رابطه دو نظر وجود دارد: یکی از آن‌ها، دیدگاه اکثر فقهای شیعه است که زکات را منحصر در موارد نه‌گانه به‌دلیل انحصار روایات باب زکات در موارد نه‌گانه، دانسته‌اند؛ اما به نظر می‌رسد زکات منحصر در موارد نه‌گانه نباشد. دلیل این نظر دوم، حدود ۲۰ آیه در قرآن است که کمیت و کیفیت زکات در آن‌ها معین نشده است. اضافه بر اینکه در سیزده روایت کتاب وسایل‌الشیعه در باب زکات، به دنبال موارد نه‌گانه، ذکر شده است که پیامبر وجوب زکات را در سایر موارد، عفو کرده‌اند. در واقع اگر زکات منحصر در موارد نه‌گانه بود، عفو در بقیه موارد معنا پیدا نمی‌کرد (حر عاملی، ۱۴۱۳، ج. ۶، ص. ۳۳). و اگر اشکال شود که مالیات‌های اسلامی مثلاً زکات چه منحصر در موارد نه‌گانه و چه غیر منحصر در آن موارد نباشد، باز هم کفاف رفع فقر و نابرابری‌ها را نخواهند کرد، در پاسخ باید گفت، مالیاتی که دولت اسلامی برای تأمین هزینه‌ها، از افراد اخذ می‌کند، دو نوع است: مالیات‌های اولی، یعنی مالیاتی که در احکام اولیه اسلام معین شده و ثابت است؛ مثل خمس و زکات و مالیات‌های ثانوی یا حکومتی، که در صورت کافی نبودن مالیات‌های اولی، تعیین و اخذ می‌شود. حضرت علی (ع) به این اصل حقوقی اعتقاد داشتند که مشمولان زکات تا آنجا که فقیران مانند بقیه مردم بی‌نیاز شوند، باید زکات بپردازند. این اصل به حاکمان امکان می‌دهد که در صورت کافی نبودن مالیات‌های ثابت، با استفاده از اختیارات خود در منطقه‌الفراغ، مالیات‌های بیشتری وضع کنند. این مالیات‌ها را در اصطلاح

امروزی، مالیات حکومتی می‌نامند (صدر، ۱۳۸۲، ص. ۳۵۰). در پایان این اشکال و پاسخ باید متذکر شد که اقتصاد اسلام؛ فقه الاقتصاد، در فرآیند رفع معضل فقر و نابرابری، و به‌تبع آن پیشگیری از جرایم و ناهنجاری‌های اجتماعی ناشی از آن، تنها به خمس، زکات و یا انفاق‌های واجب و مستحب و حتی وقف، متکی نیست. برخی از اشکالات وارده به مالیات‌های اسلامی در نظام‌های مالیاتی دیگر، به‌دلیل فرارهای مالیاتی امری شایع است.

نتیجه‌گیری

بر مبنای نوشتار حاضر، علاوه بر وقف، عقودی همچون قرض‌الحسنه، عقود مشارکتی مانند شرکت، مضاربه و... از ظرفیت‌های بالا و مدیریت‌نشده‌ای برای زدودن بسترهای جرم‌زای فقر، نابرابری‌های اقتصادی و درآمدی و تعدیل ثروت ثروتمندان در جوامع اسلامی برخوردار هستند. به نظر می‌رسد این ظرفیت‌ها در کشورها به‌شیوهٔ صحیحی مدیریت نمی‌شود. این نهادها از عبادات (زکات و خمس) تا باب عقود اسلامی (وقف، قرض، شرکت، مضاربه، مزارعه و مساقات) گسترده شده است. عقودی همچون قرض‌الحسنه هم در داخل و هم در خارج از نظام بانکداری اسلامی واجد این قابلیت گسترده برای مبارزه با فقر و نابرابری، تعدیل ثروت و معضل بیکاری‌اند. پیشنهاد می‌شود که عقود مشارکتی و قرض‌الحسنه در نظام بانکداری اسلامی در عمل و نه در ظاهر از حالت صوری و ربوی بیرون آمده؛ ضمانت اجراهای کیفری برای بانک‌های متخلف پیش‌بینی شود. عقود مبادله‌ای همانند اجاره به شرط تملیک، فروش اقساطی، خرید دین، سلف، ضمان، جعاله چون خود زمینه‌ساز برخی بسترهای اقتصادی وقوع جرم هستند، می‌بایست در بانکداری اسلامی به‌صورت محدود و اندک سیاست‌گذاری شود و از خلأها و زوائد قانونی جلوگیری نمود.

منابع

قرآن کریم.

ابراهیمی، سجّاد، و باغستانی میبدی، مسعود. (۱۳۹۰). مقایسهٔ بانک تجاری و نهاد قرض‌الحسنه در حوزهٔ تأمین مالی. ماهنامهٔ بررسی مسائل و سیاست‌های اقتصادی، ۱۱(۱۱)، ۷۳-۸۸.

ابن‌منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (چاپ سوم). بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر.

ابونوری، اسماعیل، و قاسمی تازه‌آبادی، افسانه. (۱۳۸۶). ارزیابی اثر ارزش افزوده قرض‌الحسنه بر توزیع درآمد (با استفاده از داده‌های پانل بین استان‌ها). فصلنامهٔ علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، ۷(۲۸)، ۱۳۹-۱۶۴.

امامی، سید حسن. (۱۳۹۳). حقوق مدنی (چاپ سی‌وپنجم، ج. ۱). تهران: انتشارات اسلامیه.

بیرانوند، رضا، یاراحمدی، حسین، و میلانی، علیرضا. (۱۳۹۹). تحلیل پیشگیری رشدمدار از جرم در نظام حقوقی ایران. فصلنامه پژوهش‌های دانش انتظامی، ۲(۲۲)، ۱۰۰-۱۲۳.

پژوهشگاه حوزه و دانشگاه. (۱۳۸۸). مبانی اقتصاد اسلامی. تهران: سمت.

توسلی، محمد اسماعیل. (۱۳۸۸). زکات و اثر آن بر رشد و توسعهٔ اقتصادی. در دومین همایش مالیات‌های اسلامی (صص ۱-۱۵). قم: دانشگاه مفید.

توسلی، محمد حسن، و صادقی، محمد امین. (۱۳۹۴). آموزه‌های اسلامی پیشگیری از جرم. فصلنامه بصیرت و تربیت اسلامی، ۱۲(۳۲)، ۴۳-۷۳.

تودارو، مایکل. (۱۳۷۰). توسعهٔ اقتصادی کشورهای جهان سوم (ترجمهٔ غلامعلی فرجادی). تهران: کوهسار.

جندقی میبدی، فرشته. (۱۳۸۷). رابطهٔ عقود اسلامی در سیستم بانکی با کاهش فقر. در همایش اقتصاد اسلامی (صص ۱-۲۲). مشهد: دانشگاه فردوسی مشهد، دانشکدهٔ علوم اداری و اقتصاد.

حاجی‌تبار، فیروزجانی، حسن. (۱۳۹۸). نقش نهادهای مذهبی در پیشگیری از جرم؛ چالش‌ها و راهکارهای مقابله با آن. فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۱۵(۵۶)، ۴۷-۶۸.

حاجی ده‌آبادی، محمدعلی. (۱۳۸۸). نقش وقف در پیشگیری از بزهکاری و بزه‌دیدگی. فصلنامهٔ حقوق اسلامی، ۶(۲۲)، ۳۷-۶۴.

حر عاملی، محمد بن حسین. (۱۴۱۳ق). وسائل الشیعه. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

حسینی‌نژاد، مرتضی. (۱۳۸۴). بررسی علل اقتصادی جرم در ایران با استفاده از یک مدل تلفیقی؛ مورد سرقت. مجله برنامه و بودجه، (۹۵)، ۳۵-۸۱.

حلی (محقق)، جعفر بن شیخ حسن. (۱۴۰۳ق). شرایع الإسلام (چاپ سوم). قم: مؤسسهٔ آل البیت لإحیاء التراث.

خسروشاهی، قدرت‌اله. (۱۳۸۸). پیشگیری ثانویه از جرم و انحراف در آموزه‌های قرآن. فصلنامه علمی پژوهشی رفاه اجتماعی، ۹(۳۴)، ۲۴۵-۲۷۴.

رفیعی، رمضانعلی. (۱۳۸۵). قرض‌الحسنه در فقه اسلامی و نظام بانکی. ماهنامهٔ مربیان، ۶(۲۱)، ۵۸-۷۶.

زراعت، عباس، و حاجی‌زاده، حمیدرضا. (۱۳۸۸). آشنایی با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: دانش‌پذیر.

زین‌الدین، طیب. (۱۳۷۷). زکات و کاهش فقر در جهان اسلام (ترجمهٔ محمد عباس‌پور). مجلهٔ مشکوه، (۵۸)، ۵۱-۸۸.

سبحانی، حسن، و مهربانی، وحید. (۱۳۸۶). بررسی تأثیر انفاق بر نابرابری درآمدها در ایران. فصلنامهٔ علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، ۷(۲۷)، ۲۳-۴۴.
سیّاح، احمد. (۱۳۸۷). فرهنگ بزرگ جامع نوین (چاپ هفتم). تهران: انتشارات اسلام.
شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضه البهیّه فی شرح اللمعه. قم: المکتبة الداوری.
صادقی، حسین، و همکاران. (۱۳۸۴). تحلیل عوامل اقتصادی اثرگذار بر جرم در ایران. مجله تحقیقات اقتصادی، (۶۸).
صادقی، حسین، و همکاران. (۱۳۸۹). اقتصاد جرم و جنایت. تهران: نور العلم.
صانعی، پرویز. (۱۳۸۲). حقوق جزای عمومی. تهران: طرح نو.
صدر، سید محمدباقر. (۱۳۸۲). اقتصادنا (چاپ دوم). قم: مؤسسهٔ بوستان کتاب.
صمصامی، حسین. (۱۳۸۹). ربا و مشکلات اقتصاد ایران. مجلهٔ معرفت اقتصادی، ۱(۱)، ۱۱۳-۱۴۰.
عسگری، محمدمهدی، و کاشیان، عبدالمحمد. (۱۳۸۹). آزمون بسندگی زکات و خمس در تأمین حداقل معیشت خانوارهای نیازمند در اقتصاد ایران طی سال‌های ۱۳۸۰-۱۳۸۷. مجلهٔ معرفت اقتصادی، ۱(۲)، ۵-۳۴.
فرجی، یوسف. (۱۳۸۴). کلیّات علم اقتصاد. تهران: نشر بازرگانی.
کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۹). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظم حقوقی ایران. تهران: انتشارات گنج دانش.
کمالی، محمدمهدی. (۱۳۹۴). نقش عبادات مالی در پیشگیری از جرم [پایان‌نامه حوزوی]. قم: مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، جامعه المصطفی العالمیه.
کمیجانی، اکبر، و عسکری، محمدمهدی. (۱۳۸۳). تحلیل نظری آثار اقتصادی زکات و مقایسهٔ آن با مالیهٔ تورمی. مجلهٔ تحقیقات اقتصادی، ۳۹(۶۴)، ۷۳-۱۰۲.
کی‌نیا، مهدی. (۱۳۹۸). مبانی جرم‌شناسی. تهران: دانشگاه تهران.
گسن، ریموند. (۱۹۸۸). مقدمه‌ای بر جرم‌شناسی (ترجمهٔ مهدی کی‌نیا). تهران: چاپخانه علامه طباطبائی.
گروه پژوهشی حقوق جزا و جرم‌شناسی ادارهٔ کل پژوهش اطلاع‌رسانی. (۱۳۸۷). نقد و بررسی لایحهٔ پیشگیری از جرم. فصلنامهٔ اطلاع‌رسانی حقوقی، (۱۵-۱۶)، ۲۱۹-۲۴۵.
موسایی، میثم، و کرمی، یوسف. (۱۳۸۷). نقش وجوهات شرعی در تأمین اجتماعی. مطالعات فرهنگ - ارتباطات، ۲(۹)، ۱۹۹-۲۳۳.
نجفی ابرندآبادی، علی حسین. (۱۳۸۱). تقریرات جرم‌شناسی. قم: مجتمع آموزش عالی قم.
نجفی ابرندآبادی، علی حسین. (۱۳۸۳). پیشگیری عادلانه از جرم. در علوم جنایی: مجموعه مقالات در تجلیل از دکتر محمد آشوری. تهران.
نجفی ابرندآبادی، علی حسین. (۱۳۸۷). مختصر جرم‌شناسی (تدوین مجتبی جعفری). تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
نجفی ابرندآبادی، علی حسین. (۱۳۹۱). تقریرات درس جامعه‌شناسی جرم. تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
وُلد، جرج، برنارد، توماس، و اسنیپس، توماس. (۱۳۸۸). جرم‌شناسی نظری: گذری بر نظریه‌های جرم‌شناسی (ترجمه علی شجاعی). تهران: انتشارات سمت.
هادوی‌نیا، علی‌اصغر. (۱۳۸۲). ارزیابی عملکرد صندوق‌های قرض‌الحسنه در ایران. در مجموعه مقالات سومین همایش دوسالانهٔ اقتصاد اسلامی. دانشگاه تربیت مدرس.

References

The Holy Qur'an.

Ibrāhīmī, Sajjād, & Masʿūd Bāghistānī Maybudī. (1390 SH [2011/2012 CE]). Muqāyasah-ʾi bānk-i tijārī va nihād-i qarḍ al-ḥasanah dar ḥawzah-ʾi taʾmīn-i mālī [Comparison between commercial banks and Qard al-Hasan institutions in financing]. *Māhnāmah-ʾi Barrasī-yi Masāʾil va Siyāsat-hā-yi Iqtiṣādī*, 11(11), 73–88. (in Persian)

Ibn Manẓūr, Muḥammad ibn Mukarram. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Lisān al-ʿArab* (3rd ed.). Beirut: Dār al-Fikr lil-Ṭibāʿah wa-al-Nashr wa-al-Tawzīʿ – Dār Ṣādir. (in Arabic)

Abūnūrī, Ismāʿīl, & Afsānah Qāsimī Tāzah-Ābādī. (1386 SH [2007/2008 CE]). Arzyābī-yi athar-i arzish-i afzūdah-ʾi qarḍ al-ḥasanah bar tawzīʿ-i darāmad (bā istifādah az dādah-hā-yi pānil bayn-i ustān-hā) [Evaluation of the effect of Qard al-Hasan value added on income distribution (using inter-provincial panel data)]. *Faṣlnāmah-ʾi ʿIlmī Pizhūhishī-yi Iqtiṣād-i Islāmī*, 7(28), 139–164. (in Persian)

Imāmī, Sayyid Ḥasan. (1393 SH [2014/2015 CE]). *Ḥuqūq-i madanī* [Civil law] (35th ed., vol. 1). Tehran: Intishārāt-i Islāmiyyah. (in Persian)

Bayrānvand, Riḍā, Ḥusayn Yāraḥmadī, & ʿAlī-Riḍā Mīlānī. (1399 SH [2020/2021 CE]). Taḥlīl-i pīshgīrī-yi rushd-madār az jurm dar niẓām-i ḥuqūqī-yi Īrān [Analysis of developmental crime prevention in the Iranian legal system]. *Faṣlnāmah-ʾi Pizhūhish-hā-yi Dānish-i Intiẓāmī*, 2(22), 100–123. (in Persian)

Pizhūhishgāh-i Ḥawzah va Dānishgāh. (1388 SH [2009/2010 CE]). *Mabānī-yi iqtiṣād-i Islāmī* [Foundations of Islamic economics]. Tehran: SAMT. (in Persian)

Tavassulī, Muḥammad Ismāʿīl. (1388 SH [2009/2010 CE]). Zakāt va athar-i ān bar rushd va tawsiʿah-ʾi iqtiṣādī [Zakat and its effect on economic growth and development]. In *Duvvumīn Hamāyish-i Māliyāt-hā-yi Islāmī* (pp. 1–15). Qom: Dānishgāh-i Mufīd. (in Persian)

Tavassulī, Muḥammad Ḥasan, & Muḥammad Amīn Ṣādiqī. (1394 SH [2015/2016 CE]). Āmūzah-hā-yi Islāmī-yi pīshgīrī az jurm [Islamic teachings on crime prevention]. *Faṣlnāmah-ʾi Baṣīrat va Tarbiyat-i Islāmī*, 12(32), 43–73. (in Persian)

Tūdārū, Māykl [Todaro, Michael P.]. (1370 SH [1991/1992 CE]). *Tawsiʿah-ʾi iqtiṣādī-yi kishvar-hā-yi jahān-i sevvom* [Economic development in the Third World] (Gh. Farjādī, Trans.). Tehran: Kūhsār. (in Persian)

Jandaqī Maybudī, Firishtah. (1387 SH [2008/2009 CE]). Rābiṭah-ʾi ʿuqūd-i Islāmī dar sīstim-i bānkī bā kāhish-i faqr [The relationship between Islamic contracts in the banking system and poverty reduction]. In *Hamāyish-i Iqtiṣād-i Islāmī* (pp. 1–22). Mashhad: Dānishgāh-i Firdawsī-yi Mashhad, Dānishkadah-ʾi ʿUlūm-i Idārī va Iqtiṣād. (in Persian)

Ḥājī-Tabār Fīrūzjāyī, Ḥasan. (1398 SH [2019/2020 CE]). Naqsh-i nihād-hā-yi madhhabī dar pīshgīrī az jurm; chālish-hā va rāhkār-hā-yi muqābalah bā ān [The role of religious institutions in crime prevention; challenges and counter-strategies]. *Faṣlnāmah-ʾi Pizhūhish-hā-yi Fiqh va Ḥuqūq-i Islāmī*, 15(56), 47–68. (in Persian)

Ḥājī Dih-Ābādī, Muḥammad ʿAlī. (1388 SH [2009/2010 CE]). Naqsh-i vaqf dar pīshgīrī az bizahkārī va bizah-dīdagī [The role of endowment (waqf) in preventing delinquency and victimization]. *Faṣlnāmah-ʾi Ḥuqūq-i Islāmī*, 6(22), 37–64. (in Persian)

Ḥurr al-ʿĀmilī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Wasāʾil al-Shīʿah*. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)

Ḥusaynī-Nizhād, Murtaḍá. (1384 SH [2005/2006 CE]). Barrasī-yi ʿilal-i iqtiṣādī-yi jurm dar Īrān bā istifādah az yak mudil-i talfīqī; mawrid-i sariqat [An examination of economic causes of crime in Iran using a combined model; the case of theft]. *Majallah-ʾi Barnāmah va Būdjah*, (95), 35–81. (in Persian)

Ḥillī (al-Muḥaqqiq), Jaʿfar ibn al-Shaykh Ḥasan. (1403 AH [1982/1983 CE]). *Sharāʾiʿ al-Islām* (3rd ed.). Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt li-Iḥyāʾ al-Turāth. (in Arabic)

Khusrawshāhī, Qudrat Allāh. (1388 SH [2009/2010 CE]). Pīshgīrī-yi thānaviyyah az jurm va inḥirāf dar āmūzah-hā-yi Qurʾān [Secondary prevention of crime and deviance in Quranic teachings]. *Faṣlnāmah-ʾi ʿIlmī Pizhūhishī-yi Rifāh-i Ijtimāʿī*, 9(34), 245–274. (in Persian)

Rafīʿī, Ramaḍān-ʿAlī. (1385 SH [2006/2007 CE]). Qarḍ al-ḥasanah dar fiqh-i Islāmī va niẓām-i bānkī [Qard al-Hasan in Islamic jurisprudence and the banking system]. *Māhnāmah-ʾi Murabbiyān*, 6(21), 58–76. (in Persian)

Zirāʿat, ʿAbbās, & Ḥamīd-Riḍā Ḥājīzādah. (1388 SH [2009/2010 CE]). *Āshnāyī bā qānūn-i asāsī-yi Jumhūrī-yi Islāmī-yi Īrān* [An introduction to the Constitution of the Islamic Republic of Iran]. Tehran: Dānishpazhīr. (in Persian)

Zayn al-Dīn, Ṭayyib. (1377 SH [1998/1999 CE]). Zakāt va kāhish-i faqr dar jahān-i Islām [Zakat and poverty alleviation in the Islamic world] (M. ʿAbbāspūr, Trans.). *Majallah-ʾi Mishkāt*, (58), 51–88. (in Persian)

Subḥānī, Ḥasan, & Vaḥīd Mihrabānī. (1386 SH [2007/2008 CE]). Barrasī-yi taʾthīr-i infāq bar nābarābarī-yi darāmad-hā dar Īrān [An investigation of the effect of infaq on income inequality in Iran]. *Faṣlnāmah-ʾi ʿIlmī Pizhūhishī-yi Iqtiṣād-i Islāmī*, 7(27), 23–44. (in Persian)

Sayyāḥ, Aḥmad. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Farhang-i buzurg-i jāmiʿ-i nuvīn* [The great modern comprehensive dictionary] (7th ed.). Tehran: Intishārāt-i Islām. (in Persian)

Shahīd-i Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. (1410 AH [1989/1990 CE]). *Al-Rawḍah al-bahiyyah fī sharḥ al-Lumʿah*. Qom: Al-Maktabah al-Dāwarī. (in Arabic)

Ṣādiqī, Ḥusayn, et al. (1384 SH [2005/2006 CE]). Taḥlīl-i ʿavāmil-i iqtiṣādī-yi athargudhar bar jurm dar Īrān [Analysis of economic factors affecting crime in Iran]. *Majallah-ʾi Taḥqīqāt-i Iqtiṣādī*, (68). (in Persian)

Ṣādiqī, Ḥusayn, et al. (1389 SH [2010/2011 CE]). *Iqtiṣād-i jurm va jināyat* [Economics of crime]. Tehran: Nūr al-ʿIlm. (in Persian)

Ṣāniʿī, Parvīz. (1382 SH [2003/2004 CE]). *Ḥuqūq-i jazā-yi ʿumūmī* [General criminal law]. Tehran: Ṭarḥ-i Naw. (in Persian)

Ṣadr, Sayyid Muḥammad Bāqir. (1382 SH [2003/2004 CE]). *Iqtiṣādunā* (2nd ed.). Qom: Muʾassasah-ʾi Būstān-i Kitāb. (in Arabic)

Ṣamṣāmī, Ḥusayn. (1389 SH [2010/2011 CE]). Ribā va mushkilāt-i iqtiṣād-i Īrān [Riba and the problems of Iran's economy]. *Majallah-ʾi Maʿrifat-i Iqtiṣādī*, 1(1), 113–140. (in Persian)

ʿAsgarī, Muḥammad-Mahdī, & ʿAbd al-Muḥammad Kāshiyān. (1389 SH [2010/2011 CE]). Āzmūn-i basandagī-yi zakāt va khums dar taʾmīn-i ḥadd-i aqall-i maʿīshat-i khānavār-hā-yi niyāzmand dar iqtiṣād-i Īrān ṭayy-i sāl-hā-yi 1380–1387 [Testing the adequacy of Zakat and Khums in providing minimum subsistence for needy households in Iran's economy during 2001–2008]. *Majallah-ʾi Maʿrifat-i Iqtiṣādī*, 1(2), 5–34. (in Persian)

Farajī, Yūsuf. (1384 SH [2005/2006 CE]). *Kulliyyāt-i ʿilm-i iqtiṣād* [Principles of economics]. Tehran: Nashr-i Bāzargānī. (in Persian)

Kātūziyān, Nāṣir. (1399 SH [2020/2021 CE]). *Muqaddimah-ʾi ʿilm-i ḥuqūq va muṭālaʿah dar naẓm-i ḥuqūqī-yi Īrān* [Introduction to the science of law and study of the Iranian legal order]. Tehran: Intishārāt-i Ganj-i Dānish. (in Persian)

Kamālī, Muḥammad-Mahdī. (1394 SH [2015/2016 CE]). *Naqsh-i ʿibādāt-i mālī dar pīshgīrī az jurm* [The role of financial acts of worship in crime prevention] [Seminary thesis]. Qom: Markaz-i Iṭṭilāʿāt va Madārik-i Islāmī, Jāmiʿat al-Muṣṭafá al-ʿĀlamiyyah. (in Persian)

Kumījānī, Akbar, & Muḥammad-Mahdī ʿAskarī. (1383 SH [2004/2005 CE]). Taḥlīl-i naẓarī-yi āthār-i iqtiṣādī-yi zakāt va muqāyasah-ʾi ān bā māliyyah-ʾi tavarramī [Theoretical analysis of economic effects of Zakat and its comparison with inflationary finance]. *Majallah-ʾi Taḥqīqāt-i Iqtiṣādī*, 39(64), 73–102. (in Persian)

Kay-Niyā, Mahdī. (1398 SH [2019/2020 CE]). *Mabānī-yi jurm-shināsī* [Foundations of criminology]. Tehran: Dānishgāh-i Tihrān. (in Persian)

Gassin, Raymond [Gasān, Raymūnd]. (1988 CE). *Muqaddamahʾī bar jurm-shināsī* [Introduction to criminology] (M. Kay-Niyā, Trans.). Tehran: Chāpkhānah-ʾi ʿAllāmah Ṭabāṭabāʾī. (in Persian)

Gurūh-i Pizhūhishī-yi Ḥuqūq-i Jazā va Jurm-shināsī-yi Idārah-ʾi Kull-i Pizhūhish-i Iṭṭilāʿ-Rasānī. (1387 SH [2008/2009 CE]). Naqd va barrasī-yi lāyiḥah-ʾi pīshgīrī az jurm [Critique and review of the crime prevention bill]. *Faṣlnāmah-ʾi Iṭṭilāʿ-Rasānī-yi Ḥuqūqī*, (15–16), 219–245. (in Persian)

Mūsāyī, Maysam, & Yūsuf Karamī. (1387 SH [2008/2009 CE]). Naqsh-i vujūhāt-i sharʿī dar taʾmīn-i ijtimāʿī [The role of Sharia dues in social security]. *Muṭālaʿāt-i Farhang – Irtibāṭāt*, 2(9), 199–233. (in Persian)

Najafī Abrandābādī, ʿAlī Ḥusayn. (1381 SH [2002/2003 CE]). *Taqrīrāt-i jurm-shināsī* [Lectures on criminology]. Qom: Mujtamaʿ-i Āmūzish-i ʿĀlī-yi Qum. (in Persian)

Najafī Abrandābādī, ʿAlī Ḥusayn. (1383 SH [2004/2005 CE]). Pīshgīrī-yi ʿādilānah az jurm [Fair crime prevention]. In *ʿUlūm-i jināʾī: Majmūʿah-ʾi maqālāt dar tajlīl az Duktur Muḥammad Āshūrī*. Tehran. (in Persian)

Najafī Abrandābādī, ʿAlī Ḥusayn. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Mukhtaṣar-i jurm-shināsī* [A concise criminology] (M. Jaʿfarī, Comp.). Tehran: Dānishkadah-ʾi Ḥuqūq-i Dānishgāh-i Shahīd Bihishtī. (in Persian)

Najafī Abrandābādī, ʿAlī Ḥusayn. (1391 SH [2012/2013 CE]). *Taqrīrāt-i dars-i jāmiʿah-shināsī-yi jurm* [Lectures on sociology of crime]. Tehran: Dānishkadah-ʾi Ḥuqūq-i Dānishgāh-i Shahīd Bihishtī. (in Persian)

Vold, George, Thomas Bernard, & Jeffrey Snipes [Vuld, Jūrj, Tūmās Birnārd, & Jifrī Isnāyps]. (1388 SH [2009/2010 CE]). *Jurm-shināsī-yi naẓarī: Guzarī bar naẓariyyah-hā-yi jurm-shināsī* [Theoretical criminology] (ʿA. Shujāʿī, Trans.). Tehran: Intishārāt-i SAMT. (in Persian)

Hādavī-Niyā, ʿAlī-Aṣghar. (1382 SH [2003/2004 CE]). Arzyābī-yi ʿamalkard-i ṣandūq-hā-yi qarḍ al-ḥasanah dar Īrān [Performance evaluation of Qard al-Hasan funds in Iran]. In *Majmūʿah-ʾi Maqālāt-i Sivvumīn Hamāyish-i Dū-sālānah-ʾi Iqtiṣād-i Islāmī*. Tehran: Dānishgāh-i Tarbiyat Mudarris. (in Persian)

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

Participatory Democracy in Environmental Practice in Light of Fiqhi Maxims

Atieh Khakshour-Nia[1], Mohammad Jalali[2]

1. Department of Public Law, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. Email: a.khakshoorniya@iau.ir
2. *Corresponding Author*, Associate Professor, Department of Public Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. Email: m_jalali@sbu.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received
04 January 2026
Received in revised form
09 February 2026
Accepted
09 March 2026
Available online
22 June 2026

Keywords:
participatory democracy,
citizen participation,
right to participate,
environmental law,
access to information,
sustainable development,
fundamental rights,
human rights

ABSTRACT

The right to a healthy environment clearly reflects fundamental values such as life, health, and an adequate standard of living, and it is closely connected with sustainable development and with the interests of present and future generations. Contemporary environmental governance therefore requires informed, structured, and participatory public involvement. Citizen engagement and the activity of environmental non-governmental organizations together provide comparatively low-cost, comprehensive, and socially legitimate means of developing environmental culture and improving environmental protection. Using a descriptive-analytical method, this article accordingly examines participatory democracy as the foundation of environmental rights and analyzes the capacity of citizens and civil-society organizations as non-state actors. It further argues that the growing complexity of environmental problems obliges public authorities to share environmental information and to enable collective knowledge. Participation becomes truly effective through access to information, environmental education, meaningful involvement in decision-making, and access to justice, including remedies and compensation. These modern procedural rights also accord well with fiqhi maxims such as no harm, destruction, causation, and respect for property.

Cite this article: Khakshour-Nia, A., & Jalali, M. (2026). Participatory democracy in environmental practice in light of fiqhi maxims. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, *20*(1), 153-180. https://doi.org/10.22034/fvh.2026.23568.2277

© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: https://doi.org/10.22034/fvh.2026.23568.2277

Introduction

Industrial development, population growth, and transboundary environmental crises increasingly exceed the capacity of centralized administration. The right to a healthy environment, often described as a third-generation human right, cannot be realized solely through commands issued by the state. It requires a transition from a model in which citizens merely receive public services to one in which they participate as informed actors in the formation, implementation, and review of environmental decisions.

The central question is how participatory democracy can protect fundamental rights and sustainable development by incorporating citizens and civil-society organizations into environmental governance. The issue is particularly important in Iran, where Article 50 of the Constitution recognizes environmental protection as a public duty, and where the legitimacy of participatory mechanisms can also be evaluated through established fiqhi principles.

Methodology

The study uses critical content analysis based on primary library and electronic sources. It first clarifies the concepts of environmental rights, human rights, and participatory democracy. It then examines international instruments, including the Rio Declaration and the Aarhus Convention, together with Iranian constitutional law. Finally, modern environmental procedures are compared with fiqhi maxims to identify common ethical and legal foundations.

Literature Review

Existing scholarship has separately addressed decentralization, local democracy, environmental rights, access to environmental information, public-interest litigation, and the role of non-governmental organizations. Comparative studies of Iran and France have also analyzed the constitutional status of the right to a healthy environment. The present research adds an integrated account of participatory environmental rights and connects them with fiqhi rules governing harm, liability, causation, and respect for protected interests.

Findings

Environmental citizenship has three principal procedural dimensions. The first is access to information, without which public knowledge and preventive action cannot develop. The second is environmental education, which supports cultural change and responsible patterns of production and consumption. The third is access to justice, including standing, public-interest litigation, punishment of violations, and compensation for environmental damage. Environmental NGOs can serve as expert intermediaries, represent diffuse interests, and help monitor public authorities and private actors.

The fiqhi rule of no harm prohibits activities that inflict public environmental injury. The rule of destruction establishes liability for the loss

of natural resources and environmental assets. The rule of causation extends responsibility to indirect conduct and culpable omissions that contribute to environmental degradation. The rule respecting property supports protection of environmental elements as legally valuable interests, including those held collectively or for future generations.

Discussion

Participatory democracy narrows the gap between government and society by distributing information, voice, and oversight. It does not remove the state's regulatory responsibility; rather, it improves the legitimacy and quality of public decisions. The right to participate must therefore be institutionalized through timely disclosure, consultation before irreversible decisions, reasoned responses to public objections, and judicial mechanisms capable of reviewing environmental action or inaction.

The fiqhi foundations demonstrate that participation is not merely an imported administrative technique. It can be understood as a means of fulfilling public duties to prevent harm, protect common resources, and secure accountability for direct and indirect injury.

Conclusion

Realization of the right to a healthy environment requires a shift from the image of the human being as conqueror of the earth to that of an environmental citizen. Public authorities should recognize the capacities of citizens and NGOs, facilitate access to environmental information, expand environmental education, and strengthen standing and remedies for public-interest litigation. Such reforms would deepen participatory democracy, advance environmental justice, and protect the rights of both present and future generations in a manner consistent with foundational fiqhi maxims.

Declarations

Author Contributions: The article was prepared jointly by both authors.

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 of Generative AI and AI-assisted Technologies: The authors declared that no artificial intelligence was used in the writing process.

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

انعکاس دموکراسی مشارکتی در رویه‌های زیست‌محیطی؛ در پرتو قواعد فقهی

عطیه خاکشورنیا[۱]، محمد جلالی[۲]✉

۱. گروه حقوق عمومی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. رایانامه: a.khakshoorniya@iau.ir
۲. *نویسندهٔ مسئول*، دانشیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. رایانامه: m_jalali@sbu.ac.ir

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۱۰/۱۴
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۱۱/۲۰
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۲/۱۸
تاریخ انتشار: ۱۴۰۵/۰۴/۰۱

کلیدواژه‌ها:
دموکراسی مشارکتی،
مشارکت شهروندان،
حق مشارکت،
حقوق محیط‌زیست،
حق دسترسی به اطلاعات،
توسعهٔ پایدار،
حقوق بنیادین،
حقوق بشر

چکیده

حق به محیط‌زیست سالم، هم منعکس‌کنندهٔ ارزش‌های متعالی همانند حق به حیات، حق سلامتی، حق به زندگی با استاندارد است و هم با پیش‌نیازهای تداوم حیات نسل حاضر و نسل‌های آینده مانند توسعهٔ پایدار ارتباط تنگاتنگ دارد. امروزه، دموکراسی مشارکتی و مشارکت آگاهانه‌و ساختارمند مردم در تصمیم‌گیری‌های زیست‌محیطی اهمیت دارد و در این‌میان توسعهٔ فرهنگ زیست‌محیطی از طریق مشارکت شهروندان و سازمان‌های مردم‌نهاد، یک روش کم‌هزینه، جامع و با پذیرش اجتماعی بالا است که می‌تواند با حمایت گسترده دولت، زمینه مناسبی برای حفاظت از محیط‌زیست کشور فراهم آورد. در این مقاله با روش توصیفی-تحلیلی بر این امر متمرکز می‌شویم که با تکیه بر دموکراسی و مدیریت مشارکتی، ضمن بررسی ظرفیت‌های شهروندان که در قالب «تکلیف عمومی»، بر نقش بازیگران غیردولتی به‌عنوان حق بنیادین بار شده است؛ به این موضوع خواهیم پرداخت که پیچیدگی مسائل زیست‌محیطی مقامات دولتی را واداشته است که شهروندان را در اطلاعات زیست‌محیطی به‌منظور شکل‌دهی دانش جمعی در خصوص چالش‌های زیست‌محیطی سهیم نمایند. مهم‌ترین یافتهٔ این پژوهش، ابتنای نظام حق‌های زیست‌محیطی بر دموکراسی مشارکتی است. لذا در این راستا، با توسل به راهکار مشارکت شهروندان در تصمیم‌گیری‌های زیست‌محیطی می‌توان از مشارکت همگانی بهره‌مند گردید و با توسل به‌شیوه‌هایی از قبیل حق دسترسی به اطلاعات زیست‌محیطی، حق بر آموزش مسائل زیست‌محیطی و حق دادخواهی از جمله مجازات و جبران خسارات زیست‌محیطی استفاده کنند تا به اهداف خود به‌نحو مطلوب برسند و از جهات گوناگون به اصول و پایه‌های دموکراسی مشارکتی در حفاظت از محیط‌زیست دست یابند.

استناد: خاکشورنیا، عطیه؛ و جلالی، محمد. (۱۴۰۵). انعکاس دموکراسی مشارکتی در رویه‌های زیست محیطی؛ در پرتو قواعد فقهی. مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ۲۰(۱)، ۱۵۳-۱۸۰. https://doi.org/10.22034/fvh.2026.23568.2277

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

مقدمه

حفاظت از محیط‌زیست به‌عنوان یکی از دغدغه‌های اساسی جامعه جهانی در سال‌های اخیر، به‌ویژه در قالب «حق بر محیط‌زیست سالم»[1] مورد توجه و پذیرش بسیاری از کشورها قرار گرفته است. این حق نه‌تنها به‌عنوان یک اصل بنیادین در حقوق بشر شناخته می‌شود، بلکه به‌طور مستقیم با حقوقی همچون «حق حیات»[2] و «حق بر سلامتی»[3] ارتباط دارد؛ به‌نحوی که در قانون اساسی بالغ بر ۱۱۰ کشور، حق بر محیط‌زیست سالم و یا ضرورت حفاظت از محیط‌زیست مورد تأکید قرار گرفته است (مشهدی، ۱۳۹۲، صص. ۷۶-۷۷) و بازتاب این موضوع در بیش از هزار سند بین‌المللی مختلف نیز شاهدی بر این ادعا است (شیلتون و کیس، ۱۳۸۹، ص. ۶۲). موضوع حفاظت از محیط‌زیست به‌عنوان یک اصل مهم در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به وضوح در اصل ۵۰ این قانون بیان شده است. این اصل به تصویب اعضای خبرگان قانون اساسی رسیده و تأکید می‌کند که حفاظت از محیط‌زیست، وظیفه‌ای عمومی است که نسل‌های کنونی و آینده باید در آن حیات اجتماعی رو به رشدی داشته باشند. بنابراین، هرگونه فعالیت اقتصادی یا غیراقتصادی که منجر به آلودگی یا تخریب غیرقابل جبران محیط‌زیست شود، ممنوع اعلام شده است (اداره کل قوانین مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۱، ص. ۱۲۱۱). شهروندان در قالب سازمان‌های مردم‌نهاد (سمن‌ها) به‌عنوان نهادهای واسط برای ایجاد عزم عمومی در پیگیری موضوعات زیست‌محیطی، ظرفیت‌های بی‌نظیری دارند. این سازمان‌ها با انگیزه‌های مردمی و سرمایه‌های خود به فعالیت می‌پردازند. برای ایفای مؤثر این نقش، لازم است موانع موجود بر سر راه فعالیت سمن‌ها، به‌ویژه عدم مقبولیت و باور دولت به این نهادها، برطرف شود (Chackawarika, 2011, p. 27). در خصوص موضوع انتخابی، مسلماً تاکنون کتاب‌ها، مقاله‌ها و پایان‌نامه‌ها و رساله‌های متعددی به‌طور مجزا در زمینهٔ تمرکززدایی و محیط‌زیست نگاشته شده، اما در همین ابتدا با در نظر گرفتن حدی از احتیاط، می‌توان ادعا نمود که به‌صورت جامع و کامل به‌کلیت موضوع یعنی «انعکاس دموکراسی مشارکتی در رویه‌های زیست محیطی؛ بستری برای حقوق بنیادین بشری» پرداخته نشده است. در این راستا، پژوهش حاضر ابتدا به تبیین مفاهیم، و سپس به کارکرد حق بر محیط‌زیست به‌مثابهٔ حق شهروندی در پرتو آموزه‌های حقوق بشری و در ضمن به بررسی رابطهٔ انسان و حق بر محیط‌زیست و نیز جایگاه شهروندان در اتخاذ تصمیمات زیست‌محیطی می‌پردازد؛ امید است واکاوی این مبانی گامی در جهت فرهنگ حمایت و رعایت حقوق زیست‌محیطی باشد.

تبیین مفاهیم

«حقوق محیط‌زیست» و «حقوق بنیادین بشر» دو مفهوم و پدیداری هستند که مبانی و پایه‌های پژوهش حاضر را تشکیل می‌دهند. به‌همین جهت، آشنایی با مبانی سازندهٔ این دو مفهوم، برای ایجاد پیش‌زمینه و درک بهتر، امری ضروری است. براین اساس، ابتدا به بررسی «حقوق محیط‌زیست» خواهیم پرداخت و تلاش می‌کنیم تا

1. Right to Healthy Environment
2. Right to Life
3. Right to Health

به ذهنیتی روشن و منسجم نسبت به معنا و مبنای این حق رسیده، و سپس به بررسی آن در حقوق بشر به‌عنوان بستر تجلی‌بخش و زمینهٔ بروز و ظهور این حق، خواهیم پرداخت.

۱. مفهوم حق

مفهوم حق، به‌دلیل ورود به حقوق عمومی، حقوق بشر، علوم سیاسی و اخیراً فقه و الهیات، اهمیت یافته است. اما، متأسفانه این مفهوم آن‌چنان که باید مورد مداقهٔ نظری و تحلیل‌های عمیق قرار نگرفته است و بیشتر به‌مثابهٔ ابزار و وسیلهٔ تبلیغ ایدئولوژی خود یا اسکات رقیب استفاده می‌شود. حق در دنیای امروز بسیار به‌کار می‌رود و افزون بر آنکه حق مفهوم مشترک و مهمی می‌نماید، در دنیای امروز عالم‌گیر شده است و از همین روی، قرن بیست و یکم میلادی را قرن حق، محیط‌زیست و اطلاعات نامیده‌اند (راسخ، ۱۳۹۴، ص. ۹). در تبیین مفهوم حق و تحلیل آن بحث‌های کافی و دقیقی در زمینهٔ مطالعات حقوقی انجام گردیده است. در اینجا نیز قصد نگارندگان، بررسی تفصیلی و تحلیلی مفهوم حق نیست.[۱] اما آنچه که در ارتباط با موضوع حق بر محیط‌زیست مهم است، در این زمینه موضوع «حق» بودن این گزاره است (مشهدی، ۱۳۸۹، ص. ۱۱).

۱ـ۱. حقوق محیط‌زیست

محیط‌زیست در کنوانسیون مسئولیت مدنی خسارات ناشی از اعمال خطرناک در محیط‌زیست که در تاریخ ۲۱ ژوئن ۱۹۹۳ در لوگانوی سوئیس تصویب شده، به این شکل تعریف شده است: «از نظر این کنوانسیون، محیط‌زیست شامل بخش‌های زیر می‌باشد:

منابع طبیعی: شامل منابع تجدیدپذیر و تجدیدناپذیر نظیر هوا، آب، خاک و تمامی جانوران و گیاهان، به همراه تأثیرات متقابل این عوامل بر یکدیگر.

اموال و دارایی‌های فرهنگی: آن دسته از اموالی که جزء میراث فرهنگی محسوب می‌شوند.

مناظر و چشم‌اندازهای خاص: شامل مناظر طبیعی و ویژگی‌های بصری خاص که اهمیت زیست‌محیطی دارند. این تعریف به وضوح نشان‌دهندهٔ تنوع عناصر محیط‌زیست و ارتباط آن‌ها با یکدیگر است و تأکید دارد بر اهمیت حفاظت از این منابع برای حفظ تعادل اکولوژیکی و فرهنگی» (الکساندر، ۱۳۹۸، ص. ۷).

تخریب محیط‌زیست در گذشته عمدتاً ناشی از حوادث طبیعی و غیرمترقبه مانند زلزله، سیل، آتش‌سوزی و... بود. اما با صنعتی شدن جوامع و افزایش جمعیت، وقوع جنگ جهانی، فعالیت‌های انسان منجر به آسیب، تخریب، آلودگی محیط‌زیست، تخریب لایهٔ اوزون، گرم شدن زمین و انقراض برخی حیوانات گردید که با گذشته

---

۱. «تعریف حق به‌عنوان یک مفهوم اساسی در مطالعات حقوقی همواره با چالش‌های نظری و عملی روبه‌رو بوده است. این اصطلاح به‌طور طبیعی با تفسیرهای متعدد اخلاقی، مذهبی، سیاسی و ادبی ترکیب شده است. در زمینه «حقوق بشر»، تحلیل‌های مفهومی از حق به‌سمت تفسیرهای سیاسی و اخلاقی گرایش یافته‌اند. به‌طور خاص، مفهوم حق برای نخستین‌بار به‌طور مشخص توسط ویلیام اوکامی در قرن چهاردهم میلادی تعریف شد و تا پایان قرن شانزدهم به‌وضوح و شفافیت کامل رسید و تبدیل به یکی از اصطلاحات کلیدی در گفتمان‌های اخلاقی و سیاسی گردید. در سده‌های هفدهم و هجدهم، «حق» به یک شعار انقلابی تبدیل شد و امروزه قدرت سیاسی و شعاری این مفهوم، عاملی مهم در هر دو عرصه داخلی و بین‌المللی است. بااین‌حال، نمی‌توان انکار کرد که مفهوم حق در تاریخ خود ابتدا به‌معنای «حقوق انتخابی» و حقوق مرتبط با آزادی‌های فردی و حاکمیت اشاره داشته است که این کاربرد تاریخی نسبت به «حقوق رفاهی» تقدم دارد.» (گلدینگ، بی‌تا، صص. ۱۹۶–۱۹۸).

اصلاً قابل مقایسه نیست (عباسی لاهیجی، ۱۴۰۱، ص. ۳۲). تخریب جنگل‌ها، آلودگی هوا، افزایش گازهای گلخانه‌ای از عوامل کلیدی تغییرات آب و هوایی هستند که به‌شدت بر زندگی انسان‌ها و اکوسیستم‌ها تأثیر می‌گذارند و افزایش موج گرما در جهان، آب شدن یخ‌های قطبی و در نتیجه بالا آمدن سطح آب دریاها، زیرآب رفتن و ناایمن شدن سواحل و ویرانی محل سکونت بخش عمده‌ای از مردم جهان از جمله در اقیانوس آرام و هند شده است (شیلتون و کیس، ۱۳۹۶، ص. ۲۰۲). باران‌های اسیدی که به‌علت رها شدن دی‌اکسید سولفور و دی‌اکسید نیتروژن در هوا به‌وجود آمده و حاوی فلزات خطرناک است تهدید بزرگی برای بهداشت و سلامت انسان است (موسوی، ۱۳۸۰، ص. ۳۰) و سبب تخریب خاک و جنگل‌ها و آلودگی آب‌ها و تأثیر نامطلوب بر شرایط زندگی گونه‌هایی که در آن‌ها زندگی می‌کنند، می‌شود (الکساندر و دیگران، ۱۳۹۲، ص. ۲۱۴).

۱ـ۲. حق بر محیط‌زیست

با توجه به وجود تنوع دیدگاه‌ها در مورد این حق، بسیاری از کارشناسان از ارائه تعریف جامع خودداری کرده‌اند یا در این زمینه با دشواری‌هایی روبه‌رو شده‌اند. علاوه بر این، اسناد فراملی و بین‌المللی نیز تعریفی واضح از این حق ارائه نکرده‌اند و تعاریف موجود با برخی چالش‌های نظری مواجه هستند (پارسا، ۱۳۷۷، صص. ۱۳۲-۱۳۶). با این وجود مواد ۱۴ و ۱۵ پیش‌نویس سومین میثاق بین‌المللی حقوق همبستگی (IUCN & ICEL, 2015) تا حدودی حق بر محیط‌زیست را تبیین نموده است. این پیش‌نویس در ماده ۱۴ خود تصریح می‌کند که «هر فرد و تمامی انسان‌ها به‌طور جمعی حق دارند از یک محیط‌زیست سالم و متعادل از نظر زیست‌محیطی بهره‌مند شوند، که برای توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و حقوقی مناسب باشد». همچنین، در ماده ۱۵ این پیش‌نویس آمده است که «دولت‌های عضو متعهد می‌شوند که شرایط طبیعی حیات را به‌گونه‌ای تغییر ندهند که به سلامت انسان و همزیستی اجتماعی آسیب برساند. آسیب‌هایی که برای توسعه جمعی ضروری هستند و راهی برای اجتناب از آن‌ها وجود ندارد، قابل قبول تلقی می‌شوند». بنابراین، لازم است بررسی شود که مفهوم حق بر محیط‌زیست چیست و محتوای آن شامل چه ویژگی‌هایی از محیط‌زیست می‌شود.

۱ـ۳. حق بر میراث مشترک بشریت

مفهوم میراث مشترک بشریت برای اولین بار در سال ۱۹۶۷ و در بیست و دومین اجلاس سالانهٔ مجمع عمومی سازمان ملل متحد توسط آقای آروید پاردو، سفیر و نماینده کشور مالت، مطرح شد. این مفهوم به دنبال پیشنهاداتی برای تعیین وضعیت حقوقی بستر و زیر بستر دریاها و اقیانوس‌ها شکل گرفت و هدف آن این بود که این مناطق به‌عنوان میراث مشترک بشریت شناخته شوند تا از منافع آن برای تمامی انسان‌ها بهره‌برداری شود و به حفظ صلح جهانی کمک گردد (ضیائی بیگدلی، ۱۳۹۷، ص. ۳۶۴).

۲. دموکراسی مشارکتی

مشارکت یکی از حقوق بنیادین بشر و از محوری‌ترین پایه‌های دموکراسی است و مشارکت مردمی در زمره ارزش‌های بنیادین در مردم‌سالاری واقعی و کارآمد است. دموکراسی مشارکتی معتقد است که برای تحول دموکراسی‌های معاصر به دموکراسی واقعی یعنی حاکمیت مردم باید نقش شهروندان در تصمیم‌گیری‌های

عمومی افزایش یابد. براساس این دیدگاه تکامل افراد فقط در یک جامعهٔ مشارکتی به دست می‌آید، جامعه‌ای که توجه به مسائل عمومی را تقویت نماید و به‌شکل‌گیری شهروندان آگاه که بتوانند دلبستگی مستمری به فرایندهای حکومت کردن داشته باشد، کمک نماید (هلد، ۱۳۶۹، ص. ۳۹۷). از اصول برنامه‌ریزی دموکراتیک، دادن قدرت و اختیار به شهروندان است تا بتوانند در محیط پیرامون خود تأثیرگذار باشند. اغلب جوامع دموکراتیک این حق را برای شهروندان قائل هستند که آگاه شوند، مورد مشورت قرار گیرند و در شرایطی که برای آنان فراهم شده است عقاید خود را دربارهٔ موضوعاتی که زندگی آن‌ها را تحت تأثیر قرار می‌دهد، بیان کنند. عموماً دو نوع تفکر در مورد چگونگی مشارکت مردمی در فرآیندهای دموکراتیک وجود دارد (Brooks, 1996, p. 20). نوع اول دموکراسی مشارکتی[1] است که از مشارکت شهروندان فعال و آگاه در بالاترین سطح حمایت می‌کند و این امر از طریق تفویض قدرت و اختیار به شهروندان و فراهم ساختن فرصت مشارکت در بازآفرینی و مدیریت محیط محقق می‌گردد. نوع دوم دموکراسی نمایندگی[2] است که بر نقش محدود شهروندان تأکید دارد. در این سطح، شهروندان از طریق انتخاب رهبران و نمایندگان‌شان قادر به مشارکت خواهند بود. موضوع مشارکت در سال‌های اخیر هم از جنبه نظری و هم از بعد عملی بسیار مورد توجه بوده است. امروزه بر همگان روشن گردیده که اداره امور کشور به‌صورت یک کل به‌هم‌پیوسته و بدون توجه به ویژگی‌های هر منطقه یا ناحیه با الزامات دنیای مدرن و با کارآیی و اثربخشی سنخیت ندارد. لذا از یک‌سو با پذیرفتن این موضوع که تمرکززدایی در اداره امور کشورها به توسعهٔ پایدار کشورها کمک می‌نماید و از سوی دیگر باتوجه به اینکه در دموکراسی صرف انتخابات و مواردی از این دست دارای ارزش نیست بلکه مشارکت فعال و آگاهانه مردم نیز از جمله پایه‌های اساسی است. امروزه صرف داشتن ظواهر دموکراتیک از قبیل انتخابات، احزاب و سایر ویژگی‌های دموکراسی که بدون توجه به مشارکت آگاهانه و فعال مردم شکل گرفته باشد مبنای دموکراتیک بودن یک کشور نیست. مباحث مربوط به دموکراسی و حکومت محلی در موضوع تمرکززدایی باهم تلاقی دارند، از این نظر تحقق دموکراسی بدون تمرکززدایی امکان‌پذیر نیست و می‌توان دموکراسی متمرکز را نوعی استبداد اجتماعی شده نامید (دشتی، ۱۳۹۱، ص. ۲). دموکراسی واقعی یعنی حاکمیت مردم باید نقش شهروندان در تصمیم‌گیری‌های عمومی افزایش یابد، توجه به مسائل عمومی تقویت گردد و شهروندان بتوانند دلبستگی مستمری به فرآیندهای حکومت کردن داشته باشند.

حقوق محیط‌زیست و انسان‌مداری

در ادامهٔ فرآیند تبیین معنایی، دومین موضوعی که به آن خواهیم پرداخت، بررسی و تحلیل مرزهای معنایی میان حقوق محیط‌زیست و حقوق بشر است. حقوق به‌عنوان یک علم شناخته می‌شود که به مطالعه روابط میان انسان‌ها، تعاملات بین انسان‌ها و دولت‌ها، و همچنین روابط میان دولت‌ها می‌پردازد. در واقع، حقوق علمی است که بر روابط اجتماعی حاکم است. از سوی دیگر، در طول سال‌ها، نقش اخلاق و علوم اجتماعی

1. Participatory Democracy
2. Representative Democracy

عمدتاً محدود به تحلیل روابط انسان با انسان، انسان با خدا و انسان با دولت و جامعه بوده است. هرچند این تحلیل‌ها تا کنون بخش بزرگی از اندیشه‌ها در حوزه مطالعات کلان علوم انسانی و به‌ویژه حقوق عمومی را شکل داده‌اند، اما در سال‌های اخیر حوزه‌ای جدید در مطالعات حقوق و اخلاق محیط‌زیست شکل گرفته است که به بررسی روابط میان «انسان و محیط‌زیست» و نظام حقوقی مرتبط با آن می‌پردازد.[۱]

۱. حقوق شهروندی و محیط‌زیست

در ادامهٔ توضیح این موضوع، به بررسی رابطهٔ حقوق شهروندی و محیط‌زیست پرداخته می‌شود. نکتهٔ کلیدی در این زمینه این است که مسئولیت‌ها و وظایف مرتبط با حقوق شهروندی، به‌ویژه در حوزه حفاظت از محیط‌زیست، نیازمند همکاری و تعامل متقابل میان شهروندان و دولت است. این همکاری نه‌تنها به تحقق حقوق قانونی شهروندان کمک می‌کند، بلکه به بهبود کیفیت زندگی و ارتقاء سلامت عمومی نیز منجر می‌شود. از این منظر، همکاری‌های مشترک بین شهروندان و دولت و همچنین بین خود شهروندان برای دستیابی به حقوق خود امری ضروری است. علاوه بر این، شناخت دقیق مفهوم شهر، شهروند، حقوق شهروندی و حق داشتن محیط‌زیست سالم نیز از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است؛ زیرا محیط‌زیست سالم به‌عنوان یکی از حقوق اساسی شهروندان شناخته می‌شود و در غیاب آن، احقاق حقوق شهروندی ممکن نیست. آلودگی محیط‌زیست می‌تواند سلامت روحی، روانی و جسمی شهروندان را تهدید کند و حق اساسی زندگی را زیر سؤال ببرد (کیا، ۱۳۹۷، ص. ۱۵). حقوق شهروندی به‌عنوان یک مفهوم کلیدی در جوامع مدرن، به مجموعه‌ای از حقوق و امتیازاتی اشاره دارد که افراد به اعتبار شهروندی خود از آن برخوردارند. این حقوق شامل حقوق مدنی، سیاسی و اجتماعی است و براساس اصول انسانی و اخلاقی شکل می‌گیرد. اگر بپذیریم که با وجود موانع فراوان، گفتمان غالب در بسیاری از کشورهای در حال توسعه و دارای جمعیت جوان، از جمله ایران، گفتمان «حقوق» است، آنگاه حقوق شهروندی به‌عنوان یکی از مفاهیم کلیدی در نظام‌های حقوقی مدرن، مجموعه‌ای از حقوق، اختیارات و امتیازات است که به افراد براساس موقعیت شهروندی آن‌ها تعلق می‌گیرد. این حقوق فراتر از تابعیت بوده و شامل تمامی افراد جامعه می‌شود، بدون توجه به ویژگی‌های فردی مانند نژاد، دین یا جنسیت. بنابراین، درک مفهوم واقعی شهروندی و آشنایی با حقوق و وظایفی که این مفهوم بر عهده افراد قرار می‌دهد، برای تمامی اعضای جامعه اهمیت دارد (حبیبی، ۱۳۸۲، صص. ۸۲-۸۳).

---

۱. در حوزهٔ مطالعات فلسفی و اخلاقی نیز وضع به همین شکل است. در حوزهٔ فلسفی «فلسفه محیط‌زیست» در کنار «اخلاق محیط‌زیست» مکتبی است در فلسفه که راجع به ارزش‌ها و چرایی مسئله حمایت و حفاظت از محیط‌زیست و از جمله و به‌خصوص راجع به حق اشیاء و ارزش سیستم‌های غیرانسانی محیط و تعهد اخلاقی انسان‌ها نسبت به حفاظت از آن بحث می‌نماید. کانون توجه این رشته، تحلیلی اکولوژی از فلسفه یا تحلیلی فلسفی از مسائل اکولوژیکی است. این فلسفه‌ها و اخلاق‌های جدید، در نقطه مقابل مطالعات سنتی اخلاق و فلسفه که معمولاً به رابطه بین «انسان‌ها با هم» می‌پردازند قرار دارد. (فیلوسوفی) در این حوزه رابطه جدیدی شکل می‌گیرد، به نام «رابطه انسان با محیط‌زیست» و عناصر آن که در میان فلاسفه محیط‌زیست و اخلاق محیط‌زیست بعد از اهمیت یافتن مسائل زیست‌محیطی به‌مثابهٔ یک «اندیشه» بحث‌ها و نظریه‌های فراوانی را به همراه داشته و حتی نمود عینی‌ای نیز در برخی از قوانین یافته است (برای بررسی بیشتر، ر.ک. فهیمی و مشهدی، ۱۳۸۸).

۱ـ۱. نقش دولت در تضمین محیط‌زیست سالم

بخش قابل توجهی از اجرای سیاست‌های حق بر محیط‌زیست برعهدهٔ دولت‌ها قرار دارد. آنجا که صحبت از تکلیف قوه مجریه در حفاظت از محیط‌زیست و نیز جلوگیری از تخریب آن می‌شود؛ به این معنا است که افراد به‌تنهایی نمی‌توانند بر دسترسی مستقیم خودشان به محیط‌زیست سالم سازمان‌دهی شوند یا تهدیدات را پیش‌بینی کنند. به عبارت بهتر مردم نیاز به سازمان‌هایی دارند که به آن‌ها بگویند چه هوایی را می‌توانند تنفس کنند یا چه آبی را بنوشند. این رویکرد تأکید می‌کند که اقدامات مورد نیاز برای تأمین معیشت یک نفر که امری انفرادی است امروزه تنها با اقدامی دست‌جمعی حاصل می‌شود. ازاین‌رو ضرورت دارد تا دولت‌ها با هماهنگی افراد در اجرای سیاست‌های تضمین حق بر محیط‌زیست مداخله نمایند.

۱ـ۲. لزوم همکاری دولت و شهروند

اصولاً حمایت از محیط‌زیست در فضایی خنثی قرار ندارد. در این جریان، رابطهٔ بین دولت و شهروندان باید به‌سوی اعتماد، شفافیت و مشارکت هرچه بیشتر توسعه یابد. دولت‌ها به‌منظور انجام وظایف و دستورات مربوط به حمایت از حیات شهروندان و سکنه نیازمند همیاری افراد هستند. پیچیدگی مسائل زیست‌محیطی مقامات دولتی را واداشته است که شهروندان را در تحقق دموکراسی مشارکتی و دست‌یابی به اطلاعات زیست‌محیطی به‌منظور شکل‌دهی یک دانش جمعی درخصوص چالش‌های زیست‌محیطی سهیم نمایند.

۲. حقوق شهروند بر دولت

در فرآیند فهم حقوق شهروندان نسبت به دولت، باید به این نکته توجه کرد که یکی از حقوق اساسی شهروندان، الزام دولت به تلاش در زمینه تدوین و اجرای مقررات زیست‌محیطی است. این مقررات باید براساس برنامه‌ریزی منظم و نه صرفاً در واکنش به حوادث زیست‌محیطی وضع شوند. دولت همچنین موظف است با بهره‌گیری از امکانات موجود، از جمله رسانه‌های عمومی و تخصیص بودجه برای آموزش و فرهنگ‌سازی در زمینه محیط‌زیست، آگاهی شهروندان را ارتقاء دهد. علاوه بر این، یکی دیگر از وظایف دولت در قبال شهروندان، حمایت از نقش فعال آن‌ها در سازمان‌های غیردولتی (NGO) زیست‌محیطی و نهادهای محلی است که به‌عنوان نهادهای ناظر و تصمیم‌گیرنده عمل می‌کنند. در این راستا، حمایت از مشارکت تمامی افراد براساس حق برابری شهروندی در فرآیند تصمیم‌گیری، تصمیم‌سازی و مدیریت اجرایی کشور، در ماده ۱۱۹ قانون برنامه چهارم توسعه تأکید شده است (افتخاری‌زاده، ۱۳۸۲، ص. ۱۲۵). مهدی هداوند در گفت‌وگویی با همشهری آنلاین بیان می‌کند که «در نظام حقوقی و قانون اساسی کشور ما، زمینه‌های لازم برای گذر از «حکومت کردن» به‌سمت «حکمرانی» وجود دارد. طبق اصل ۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، «امور کشور باید براساس آرای عمومی اداره شود، چه از طریق انتخابات (انتخاب رئیس‌جمهور، نمایندگان مجلس شورای اسلامی، اعضای شوراها و موارد مشابه) و چه از طریق همه‌پرسی در موارد مشخص شده در اصول دیگر این قانون». این اصل به وضوح بر اهمیت آرای عمومی در مدیریت کشور تأکید دارد. همچنین، بند ۸ اصل ۳ قانون اساسی بر «مشارکت عمومی مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خود»

تأکید می‌کند و اصل ۱۰۰ نیز به‌صراحت به موضوع شوراها اشاره دارد. این موارد به‌طور مثبت به مشارکت مردم در فرآیند تصمیم‌گیری اشاره دارند. از سوی دیگر، مفهوم مشارکت مردم به‌شکل منفی نیز در قانون اساسی وجود دارد؛ به‌طوری که بند ۶ اصل ۳ بر محو خودکامگی و انحصارطلبی تأکید می‌کند. گام بعدی برای تقویت تبیین معنایی حقوق محیط‌زیست، سنجش این حق نسبت به آموزه‌های حقوق بشر است. بنابراین، در ادامه به بررسی حق بر محیط‌زیست و ارتباط آن با حقوق بشر خواهیم پرداخت.

محیط‌زیست، بستر تجلی‌بخش حقوق بنیادین شهروندان

نهاد حقوق بشر وظیفه دارد که بر این موضوع نظارت کند که آیا دولت‌ها به تعهدات خود در زمینه فراهم کردن و بهبود شرایط زندگی انسانی پایبند هستند یا خیر. این شرایط باید به‌گونه‌ای طراحی شوند که افراد بتوانند توانایی‌ها و استعدادهای خود را بدون موانع دولتی و مزاحمت‌های دیگران، در یک محیط حمایتی به نمایش بگذارند. به‌طور کلی، «حقوق بشر به مجموعه‌ای از حقوق اشاره دارد که هر فرد به‌واسطهٔ انسان بودن خود از آن‌ها برخوردار می‌شود. این حقوق می‌توانند فردی، جمعی، نسلی و جهانی باشند و به همین دلیل لزوماً به شرایط خاص زمانی و مکانی فرد وابسته نیستند» (اسلامی، ۱۳۹۳، صص. ۴۱-۴۲). بااین‌حال، فضای غالب در گفتمان حقوق بشر، فضایی است که حق‌های افراد را در برابر دولت تضمین می‌کند؛ فضایی که دولت را موظف به تأمین این حقوق می‌داند» (قاری سیدفاطمی، ۱۳۸۸، ص. ۴۱). براساس آنچه بیان شد، تضمین و حفاظت از محیط‌زیست می‌تواند حق بهره‌مندی شهروندان از این حقوق بنیادی را برای نسل‌های حاضر و آینده تقویت کند؛ موضوعی که در ادامه بیشتر به آن خواهیم پرداخت.

۱. توسعهٔ پایدار، حقوق نسل‌های حاضر و آینده

توسعه پایدار به‌معنای ایجاد توازن میان انسان‌محوری و زیست‌محوری است. در رویکرد انسان‌محوری، حفاظت از محیط‌زیست به‌دلیل منافع انسانی اهمیت دارد و نه به‌خاطر ارزش ذاتی طبیعت. در مقابل، نظریات زیست‌محوری بر این نکته تأکید دارند که انسان بخشی از طبیعت است و نمی‌تواند عناصر طبیعی را نابود کند. مفهوم توسعه به وضوح مطرح می‌شود و پایداری به‌معنای ثبات و دوام در این فرآیند در نظر گرفته می‌شود. اصول ۳ و ۴ اعلامیه ریو به دنبال ارائه تعریفی از توسعه پایدار هستند. توسعه پایدار از منظر حقوق بین‌الملل به‌عنوان «قاعده‌ای میانجی عمل می‌کند که هماهنگی بین اصول متعارض زیست‌محیطی، اقتصادی و اجتماعی را تضمین می‌نماید». همچنین، توسعه پایدار باید حقوق نسل حاضر را تأمین کند بدون اینکه تهدیدی برای توانایی نسل‌های آینده در برآورده کردن نیازهایشان باشد. بنابراین، توسعه پایدار نقطه اتصال سه حوزه حقوق بشر، محیط‌زیست و اقتصاد است. برای رسیدن به توسعه پایدار، فرآیند توسعه باید به حفظ محیط‌زیست توجه داشته باشد. اصل ۲۵ اعلامیه ریو نیز بر ارتباط دوسویه میان صلح، توسعه و محیط‌زیست تأکید دارد.

۲. حق بر محیط‌زیست سالم به‌مثابهٔ حقوق بشر

حق بر محیط‌زیست سالم در جوامع انسانی دارای مفهوم و اهمیت خاصی است. این حق براساس مفهوم «منفعت عمومی» شکل می‌گیرد، جایی که افراد به‌طور جمعی از یک محیط‌زیست سالم بهره‌مند می‌شوند. در این راستا، «جمعی بودن» این حق در تضاد با حقوق فردی نسل اول قرار دارد که بر منافع شخصی تأکید دارد (مشهدی، ۱۳۹۲، ص. ۲۸). ارتباط و همبستگی حق دسترسی به محیط‌زیست سالم با حقوق بشر نشان‌دهنده توجه جهانی به مسائل زیست‌محیطی و ورود آن به عرصه بین‌المللی است. امروزه، موضوع محیط‌زیست به‌عنوان یک حق بشری در سطح جهانی مطرح شده است (Rivera, 2001, p. 12). حق بر محیط‌زیست سالم با حقوق بشر و حق شهروندی ارتباط نزدیکی دارد. شهروندان به‌عنوان افرادی که از حقوق بنیادی برخوردارند، جزئی از جامعه سیاسی یا دولت خود محسوب می‌شوند و این موضوع آن‌ها را از بیگانگان متمایز می‌کند (فلاح‌زاده، ۱۳۸۶، ص. ۵۳). بنابراین، حفاظت از محیط‌زیست بخشی از وظایف دولت‌ها و حق‌های شهروندان است و دولت‌ها باید در تحقق این حق نهایت تلاش خود را انجام دهند (رضایی و رضوانی‌فر، ۱۳۹۸، صص. ۱۰۲-۱۰۳). لوئیس آویلس در مقاله‌ای تحت عنوان «توسعه پایدار و حقوق حفاظت از محیط‌زیست در اروپا» اشاره می‌کند که باید اصول و هنجارهای اساسی به‌صورت معاهدات، قوانین خاص یا سیاست‌های اجرایی برای حفاظت از ارزش‌های توسعه پایدار تدوین شوند (Aviles, 2012, p. 33). حق بر محیط‌زیست سالم نیز از این قاعده مستثنی نیست. به‌عنوان نمونه، دادگاه‌های اداری فرانسه در سال‌های اخیر برای همگامی با تحولات اجتماعی، اصول کلی حقوقی برای حمایت از محیط‌زیست را تدوین کرده‌اند که با تصویب منشور اساسی محیط‌زیست و اصلاح قانون اساسی فرانسه در سال ۲۰۰۵ تکمیل شده است (هداوند و مشهدی، ۱۳۹۱، ص. ۲۹۱). در نهایت، علاوه بر تضمین این حق توسط دولت، نیاز به مشارکت فعال شهروندان در تصمیم‌گیری‌های زیست‌محیطی نیز ضروری است. بنابراین، در ادامه باید به‌جایگاه شهروندان در حق دسترسی به اطلاعات زیست‌محیطی، حق آموزش مسائل زیست‌محیطی و حق دادخواهی زیست‌محیطی پرداخته شود.

۳. حق مشارکت شهروندان در اتخاذ تصمیمات زیست‌محیطی

مشارکت، واژه‌ای با تاریخچه‌ای طولانی در زندگی بشر است که در هر جامعه‌ای به‌شکل مفاهیمی مانند همبستگی، اتحاد و همکاری گروه‌ها تجلی می‌یابد. به‌طور کلی، مشارکت شهروندی به‌عنوان یک عنصر کلیدی در توسعه دموکراسی و فرآیند تصمیم‌گیری‌های دموکراتیک شناخته می‌شود (تنکبانی و همکاران، ۱۴۰۱، صص. ۲۵۷-۲۸۴). مشارکت شهروندان در حفاظت از محیط‌زیست به‌دلیل تنوع شخصیت‌ها و دیدگاه‌ها به شیوه‌های مختلفی انجام می‌شود. این مشارکت می‌تواند منجر به اقداماتی مانند کاهش مصرف، بهینه‌سازی منابع، تفکیک زباله‌ها و کنترل آلاینده‌ها در صنایع، منازل و سایر مکان‌ها گردد (محمودی و ویسی، ۱۳۸۴، ص. ۶۴). بنابراین، آگاه‌سازی و آموزش اصول زیست‌محیطی به شهروندان و ترویج فرهنگ حفاظت از محیط‌زیست در میان گروه‌های مختلف جامعه، همراه با حساس کردن افکار عمومی نسبت به آسیب‌هایی که انسان به طبیعت وارد می‌کند، یکی از

مؤثرترین روش‌ها برای پیشگیری از تخریب محیط‌زیست محسوب می‌شود. تغییر نگرش و سبک زندگی افراد و همچنین رفتار ما با محیط‌زیست می‌تواند به کاهش روند تخریب فزاینده آن کمک کند (ناصری، ۱۳۹۲، ص. ۱۰۶). اصل دهم بیانیه ریو نیز بر اهمیت مشارکت عمومی در تصمیم‌گیری‌ها و اجرای هنجارهای زیست‌محیطی تأکید دارد. به تعبیر این اصل، بهترین راه بررسی مسائل محیط‌زیست آن است که این امر شامل حال همه شهروندانی شود که در یک سیستم از آن متأثر شوند (United Nations, 1992, Principle 10). در ادامه، باید اشاره کرد که حق بر محیط‌زیست دارای اجزایی است که تشکیل‌دهنده و قوام‌دهندهٔ حق مزبور هستند (امامی قشلاق و همکاران، ۱۳۹۷، صص. ۱۴۳-۱۵۷). این اجزا عبارت‌اند از:

۱. حق دسترسی به اطلاعات زیست‌محیطی

۲. حق بر آموزش مسائل زیست‌محیطی

۳. حق دادخواهی از جمله مجازات و جبران خسارات زیست‌محیطی (افتخار جهرمی، ۱۳۸۲، ص. ۵۱).

۳ـ۱. حق دسترسی به اطلاعات زیست‌محیطی

اولین ویژگی که در این بخش برای مشارکت شهروندان در تصمیم‌گیری‌های زیست‌محیطی مطرح می‌شود، حق دسترسی به اطلاعات زیست‌محیطی است. این اصل بیانگر این است که تمامی نهادهای عمومی موظف هستند اطلاعات مربوط به حفاظت از محیط‌زیست و اقداماتی که بر آن تأثیر دارد را در اختیار شهروندان قرار دهند (گروه صلح کرسی حقوق بشر، ۱۳۸۹، ص. ۲۹۷). دلیل منطقی برای شناسایی این حق این است که دسترسی شهروندان به اطلاعات مربوط به وضعیت محیط‌زیست، عوامل تخریب و خطرات احتمالی می‌تواند به پیشگیری از مخاطرات و کاهش عواقب حوادث آلودگی کمک کند (مشهدی، ۱۳۹۷، ص. ۲۵۰). به عبارت دیگر، هر فرد باید به‌طور مستقل از دولت در حفاظت از محیط‌زیست نقش داشته باشد (ویژه، ۱۳۸۵، ص. ۷۹). با داشتن اطلاعات کافی، افراد می‌توانند برای سلامتی خود بهتر برنامه‌ریزی کنند. بنابراین، ضروری است که اطلاعات مربوط به وضعیت محیط‌زیست و پروژه‌های خطرناک برای عموم قابل دسترسی باشد (ویژه، ۱۳۸۵، صص. ۷۹-۸۰). در سطح بین‌المللی، ماده ۱۹ اعلامیه حقوق بشر سال ۱۹۴۸ به آزادی تبادل اطلاعات اشاره دارد. همچنین در سال ۱۹۶۰ طرح معاهده‌ای تحت عنوان «آزادی اطلاعات، حق بنیادین انسان» تهیه شد. این موضوع در ماده ۱۰ اعلامیه ریودوژانیرو دربارهٔ محیط‌زیست و اسناد مربوط به اصول راهبردی صوفیا بلغارستان و کنوانسیون بین‌المللی در مورد حق بر اطلاعات و مشارکت عمومی در زمینه محیط‌زیست مصوب ۱۹۸۸ دانمارک نیز تأکید شده است (فیروزی، ۱۳۸۴، ص. ۵۹).

۳ـ۲. حق آموزش‌های محیط‌زیستی

به‌موجب این حق، دولت موظف است اقداماتی برای ارتقاء فرهنگ دوستی با طبیعت، حفاظت از آن و بهره‌برداری از فناوری‌های پاک انجام دهد. این فرآیند آموزش و فرهنگ‌سازی باید در تمامی سطوح، اعم از رسمی و غیررسمی، صورت گیرد (افتخار جهرمی، ۱۳۸۲، ص. ۵۲). اصل نوزدهم اعلامیه ریو ۱۹۹۲ بر لزوم تلاش برای آموزش در مسائل زیست‌محیطی، به‌ویژه برای نسل‌های جوان و بزرگسالان، تأکید دارد. این اقدامات

به‌منظور ایجاد یک پایه آگاهانه از دیدگاه‌ها و رفتارهای مسئولانه در میان افراد، نهادها و جوامع برای حفاظت و بهبود محیط‌زیست از جنبه‌های انسانی آن ضروری است. همچنین، رسانه‌ها باید از ترویج رفتارهای مخرب نسبت به محیط‌زیست خودداری کرده و به‌جای آن، اطلاعات آموزشی دربارهٔ نیاز به حمایت و بهبود محیط‌زیست ارائه دهند تا انسان‌ها بتوانند در هر زمینه‌ای پیشرفت کنند (United Nations, 1992, Principle 19).

۳ـ۳. حق دادخواهی و عدالت زیست‌محیطی

حق دادخواهی زیست‌محیطی به‌عنوان یکی از اصول اساسی حقوق محیط‌زیست شناخته می‌شود. این حق به افراد این امکان را می‌دهد که در صورت تهدید یا نقض حقوق و آزادی‌های بنیادین خود، از مراجع قانونی ذی‌صلاح درخواست جبران خسارت کنند. مراجع قانونی موظف‌اند به‌طور بی‌طرف و مستقل در یک فرآیند دادرسی عادلانه به ادعای افراد رسیدگی کنند و در صورت اثبات حقانیت، رأی به جبران خسارت صادر نمایند. حق بر محیط‌زیست سالم برای تحقق عینی خود باید از ضمانت اجرای مؤثر برخوردار باشد و قابل دادخواهی باشد. افراد و سازمان‌های غیردولتی باید بتوانند در موارد نقض حق محیط‌زیست سالم، شکایت کنند. در زمینه مکانیزم‌های عدالت زیست‌محیطی، اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای مهمی به‌طور نسبی تهیه و تنظیم شده‌اند. برای مثال، ماده ۲۱ منشور آفریقایی حقوق بشر و مردم بر حق استفاده برابر از ثروت و منابع طبیعی هر کشور تأکید دارد. همچنین، ماده ۲۶ از دولت‌ها می‌خواهد که با تضمین استقلال دادگاه‌ها، نهادهایی را برای کمک به مردم و پیگیری حقوق پایمال‌شده آنان تشکیل دهند. این موضوع در اعلامیه‌های استکهلم و ریو نیز مورد اشاره قرار گرفته است. کنوانسیون آرهوس به‌عنوان جامع‌ترین سند بین‌المللی در زمینه حقوق محیط‌زیست شناخته می‌شود که در ماده ۹ آن به‌طور دقیق حق دسترسی به مراجع اداری و قضائی را توضیح داده است. نکته کلیدی در استفاده از سازوکارهای قضائی برای تحقق عدالت زیست‌محیطی، موضوع ذینفع بودن و داشتن سمت در طرح دعاوی است.[۱] مطابق این قاعده، رسیدگی به دعاوی در دادگاه به این شرط است که خواهان بتواند نفع شخصی خود را به دادگاه اثبات کند و نشان دهد که آسیب مشخص و قابل انتسابی از رفتار خوانده به او وارد شده است (جم، ۱۳۸۷، ص. ۸۷). در بسیاری از دعاوی زیست‌محیطی، یک حادثه می‌تواند به محیط‌زیست و تعداد زیادی از افراد آسیب بزند. در چنین شرایطی، آسیب‌دیدگان ممکن است به دلایل مختلف نتوانند اقدام به طرح دعوا کنند. این مسئله سوالی را مطرح می‌کند: آیا باید آسیب‌های زیست‌محیطی نادیده گرفته شوند؟ به همین دلیل، یکی از نگرانی‌های عمده جامعه جهانی تعیین دایره اشخاص ذی‌نفع برای اقامه دعوا در خصوص آسیب‌های زیست‌محیطی است (مشهدی و لسانی، ۱۳۹۷، ص. ۱۳۶). بنابراین، دسترسی شهروندان و سازمان‌های فعال در حوزه محیط‌زیست به مراجع قضایی ناشی از تعهد اجتماعی جمعی برای حفاظت از محیط‌زیست ضروری است. این سازمان‌ها با داشتن تخصص و به‌عنوان پل ارتباطی میان شهروندان و نهادهای دولتی، می‌توانند در پیگیری‌های قضایی نقش مهمی ایفا کنند

۱. سمت یا locus standi عبارت است از حق اقامه دعوا در دادگاه برای بازنگری قضایی یک تصمیم، فعل یا ترک فعل یا ادعای جبران خسارت یا درخواست اجرای قانون.

(رمضانی قوام‌آبادی، ۱۳۹۵، صص. ۹۷۸-۹۸۱). امروزه، سازمان‌های غیردولتی به‌عنوان نمایندگان جامعه در پیشبرد مسائل فرهنگی و اجتماعی نقش بسزایی دارند. این سازمان‌ها با تأمین مشارکت عمومی می‌توانند بر سیاست‌های کشور تأثیرگذار باشند. لذا، تمرکززدایی و ایجاد قوانین مشخص برای حضور دولت در فعالیت‌های اقتصادی، سیاسی و اجتماعی و همچنین تقویت مشارکت عمومی در نظام اجتماعی از جمله شرایط کلیدی برای بهره‌مندی از ایده‌ها و نظرات مردمی محسوب می‌شود (کوشکی، ۱۳۹۲، ص. ۶۶). پس از آشنایی با ویژگی‌های حق مشارکت شهروندان در تصمیمات زیست‌محیطی، بررسی ارتباط منافع عمومی بشر و حق بر محیط‌زیست سالم موضوع بعدی خواهد بود.

۳ـ۴. جایگاه سازمان‌های مردم‌نهاد در دادخواهی

تجربه نشان می‌دهد که بهره‌گیری از ظرفیت‌های مردمی پاسخی کارآمد به انواع مشکلات در عرصه‌های گوناگون از جمله چالش‌های زیست‌محیطی می‌دهد. بنابراین حضور مؤثر بومیان به‌عنوان زیان‌دیدگان نهایی و اصلی در دعاوی زیست‌محیطی می‌تواند چاره‌ساز باشد. در این راستا اعطای سمت به بومیان و به‌ویژه سازمان‌ها و انجمن‌های غیردولتی متعلق به آنان در طرح دعاوی منفعت عمومی یکی از کارآمدترین شیوه‌های مشارکت مردمی در سطوح مختلف تصمیم‌گیری و اجرای کارآمد حقوق محیط‌زیست می‌تواند بسیار چاره‌ساز باشد که خود حاکی از گونه‌ای تلاش برای رفع نابرابری است (جم، ۱۳۸۷، ص. ۸۴). امروزه ارتباط مردم با دولت‌ها و جلب مشارکت هرچه بیشتر مردم در امور مختلف از طریق همین سازمان‌های غیردولتی انجام می‌گیرد که می‌تواند مکمل بخش دولتی در تأمین اهداف آن باشد. ازاین‌رو کشورها در قوانین و برنامه‌های توسعه‌ای خود بر این امر صحه می‌گذارند. امروزه سازمان‌های غیردولتی در زمینه‌های مختلف اجتماعی و در سطوح ملی، منطقه‌ای و جهانی و البته در گستره‌های متفاوت از جمله حمایت از حقوق مردمان بومی مشغول به فعالیت هستند. در این راستا همواره می‌کوشند تمهیداتی را طراحی و برنامه‌ریزی نمایند تا در حوزه حفاظت از حقوق بومیان کمبودها، نارسائی‌ها و به‌طور کلی نیازهای آنان را شناسایی و ارزیابی نموده و نتایج آن را به نهادهای قدرت و سیاست‌گذار دولتی اطلاع‌رسانی می‌کنند. اما غالباً دولت‌ها به‌ویژه در حکومت‌های غیردموکرات در تعامل با نهادهای غیردولتی از جمله سازمان‌های مردم‌نهاد بومی دچار مشکل هستند؛ گاه با پیچیده‌سازی، ابزار پیدایش و شکل‌گیری این نهادها، مانع از ظهور و فعالیت مستمرشان می‌گردند (امینی و بحرینی، ۱۳۷۹، ص. ۱۱). نقش برجسته سازمان‌های مردم‌نهاد در اسناد مختلف پیش‌بینی شده است از جمله دستور کار ۲۱ ضمن به رسمیت شناختن نقش سازمان‌های مردم‌نهاد و غیردولتی، در فصل ۲۷ خود به موضوع سازمان‌های غیردولتی پرداخته است و ضمن تأکید بر تأثیر دموکراسی مشارکت‌جویانه سازمان‌های غیردولتی، آن را دلیلی بر اعتبار تأسیس ارگان‌ها و نهادهای حفاظت از محیط‌زیست قلمداد نموده و اضافه می‌کند که به موازات فرآیند تقویت سازمان‌های غیردولتی حفاظت از محیط‌زیست در کشورهای پیشرفته، امر توسعه نیز باید در دستور کار این سازمان‌ها قرار بگیرد. در ماده ۲ کنوانسیون آرهوس نیز به تعاریف و واژگان پرداخته شده است. کنوانسیون در تعریف عموم آن را شامل اشخاص حقیقی، حقوقی، سازمان‌ها، مؤسسات و گروه‌ها می‌داند که به‌منظور اجرای این کنوانسیون سازمان‌های مردم‌نهاد به‌عنوان بخشی از افراد و گروه‌های ذی‌نفع

لحاظ شده‌اند. کمااین‌که وفق بند ۴ همین ماده سازمان‌ها به‌عنوان یکی از دارندگان حقوق نقض شده، در نظر گرفته می‌شوند.

موضوع حضور و مشارکت سازمان‌های مردم‌نهاد در اصل ۱۰ اعلامیه ریو و دستور کار ۲۱، بند ط ماده ۴۱ کنوانسیون تغییرات آب و هوایی، بند الف ماده ۱۴ کنوانسیون تنوع زیستی نیز مدنظر قرار گرفته است. در دستور کار ۲۱ اقدام به احصای گروه‌های فعال برای مشارکت شده و با تأکید به ضرورت شیوه‌های نوین مشارکت، در عین حال بر مشارکت و همراهی افراد، گروه‌ها و سازمان‌ها در ارزیابی آثار زیست‌محیطی صحه نیز گذارده است. اهمیت این گروه‌ها و بازیگران در فرآیند تصمیم‌گیری و تصمیم‌سازی از آن است که این تصمیمات، محیط کار و زندگی بازیگران را متأثر می‌سازد. منظور از مشارکت اشخاص مواردی نظیر سازمان‌های غیردولتی، سندیکاها، انجمن‌ها، افراد می‌باشد که با توسل به ابزارهایی که در اختیار دارند در فرایند تصمیم‌سازی مشارکت کنند. به همین دلیل در اسناد چندجانبه زیست‌محیطی به نقش آن‌ها توجه ویژه شده است. مثلاً سازمان‌های غیردولتی فعال در زمینه محیط‌زیست قادر به گردآوری و ارزیابی داده‌ها و اطلاعات حوزه فعالیت خویشند و ازاین‌رو می‌توانند به منزله کارشناسی خبره در فرآیند تصمیم‌گیری مورد وثوق باشند. سازمان‌های مردم‌نهاد متعددی در سرتاسر جهان در حوزه حمایت از حقوق مردمان بومی فعالیت دارند که برخی در سطح داخلی و برخی دیگر در سطح منطقه‌ای و بین‌المللی به فعالیت می‌پردازند. برای نمونه می‌توان به بنیاد پیمان مردمان بومی آسیا اشاره کرد که سازمانی منطقه‌ای است در سال ۱۹۸۱ توسط مجموعه‌ای از سایر سازمان‌های مردم‌نهاد بومی به‌منظور تقویت همکاری و اقدامات داوطلبانه میان بومیان آسیا طراحی و پایه‌گذاری شده است. حوزه فعالیت این سازمان ناظر به احیا و حمایت از نظام‌های بومی و نهادهای مرتبط به آنان و کنترل سرزمین‌های اجدادی و نیز توسعهٔ آنان است. یا مرکز توسعه حقوق اقلیت[1] یک سازمان غیردولتی است که در جمهوری کنیا به ثبت رسیده است و هدف آن تأمین حقوق اقلیت‌ها و جوامع بومی است و عمدتاً در منطقه شمال قاره آفریقا در زمینه‌هایی نظیر تحقیق در سیاست عمومی و مداخلات حقوقی فعالیت می‌کند. گروه حقوق بین‌الملل اقلیت[2] نیز سازمان بین‌المللی غیردولتی است که در حوزه حقوق قومی، مذهبی، زبان اقلیت‌ها و مردمان بومی در سرتاسر جهان فعالیت دارد و در جهت ارتقاء و برجسته‌سازی همکاری و تفاهم میان جوامع فعال است و رکن مشورتی در شورای اقتصادی، اجتماعی سازمان ملل متحد به شمار می‌رود. این سازمان مردم‌نهاد در کنار همکاری قضایی، به انجام سایر اقدامات حمایتی نیز مبادرت می‌نماید از جمله تبیین زنجیره‌ای از استانداردهای لازم برای حفاظت از محیط‌زیست بومیان که از طریق آن قادر به استرداد زمین‌های خود باشند، نقشه‌برداری از زمین‌های مردمان بومی، ترغیب مجامع حمایتی ملی و بین‌المللی در حمایت از بومیان و تهیه و ارائه گزارش به نهادهایی نظیر شورای حقوق بشر و ظرفیت‌سازی برای آموزش به‌ویژه آموزه‌های حقوقی برای مردمان اوجیک.

1. Centre for Minority Rights Development (CEMIRIDE)
2. Minority Rights Group International (MRG)

رابطهٔ منافع عمومی بشر و حق بر محیط‌زیست سالم

محیط‌زیست متعلق به تمامی انسان‌ها است و ازاین‌رو، حفاظت از آن در سطح جهانی به‌عنوان یک منبع مشترک و عمومی برای نسل‌های کنونی و آینده محسوب می‌شود. بی‌توجهی به نیازهای زیست‌محیطی می‌تواند بقای نسل‌های فعلی و آینده را تهدید کند. در این زمینه، نه‌تنها حق زندگی، بلکه سایر حقوق بشر نسل‌های آینده نیز به حفظ محیط‌زیست در حال حاضر وابسته است (تیلا، ۱۳۸۴، ص. ۳۴). به‌طور کلی، مفهوم منافع عمومی بشری بر پایه دو اصل «میراث مشترک بشریت» و «حق نسل‌های آینده» شکل گرفته و به‌عنوان یکی از ابزارهای کلیدی در حقوق بین‌الملل عمل می‌کند. این اصول باعث تقویت ارتباط میان کشورها می‌شوند و موجب می‌گردند که کشورها قوانین و مقرراتی را برای حفظ منافع عمومی تدوین کرده و رعایت آن‌ها را برای یکدیگر الزامی بدانند (پورهاشمی، ۱۳۹۲، ص. ۱۶۷). در حقوق بین‌الملل سنتی، تنها دولت آسیب‌دیده می‌توانست از دولت مسئول در نقض حقوق بین‌الملل شکایت کند. اما در حقوق بین‌الملل جدید، موضوع منافع عمومی بشر به‌عنوان یک تعهد عام‌الشمول[1] و فراگیر مطرح شده است و هدف از قواعد حقوق بین‌الملل محیط‌زیست، حفظ منافع عمومی بشریت است (سنجری، ۱۳۹۵، ص. ۵۹). جایی که یکی از مصادیق منافع عمومی بشر نادیده گرفته شود، به نوعی به تمام دولت‌های جهان از نظر قانونی آسیب وارد می‌شود. بنابراین، تمامی اعضای جامعه بین‌الملل موظف هستند به منافع عمومی بشر احترام بگذارند و در عین حال حق دارند از سایر اعضای این جامعه انتظار داشته باشند که به این منافع توجه کنند (Shelton, 2007, p. 15).

حق بر محیط‌زیست سالم و ضمانت‌های اجرای آن بر مبنای قواعد فقهی

۱. قاعدهٔ لاضرر

یکی از قاعده‌های فقهی که در سراسر فقه به آن استناد می‌شود و در بسیاری از مسائل مختلف سیاسی و اجتماعی کاربرد دارد، قاعدهٔ لاضرر است که نقش آن کنترل و تعدیل قوانین دیگر است. در حقیقت اسلام برای این قاعده نسبت به سایر قوانین و مقررات خود «حق وتو» قائل شده است (مطهری، ۱۳۵۷، صص. ۱۳۵-۱۳۶). براساس این قاعده، احکام موضوعه نباید به ضرر و ضرار منجر گردد و هیچ کس حق ندارد فعالیتی انجام دهد که به زیان دیگری بینجامد، و درصورتی‌که هرگونه ضرر و زیانی از جانب او به دیگری وارد شود، هرچند این کار او به‌منظور اعمال حق خویش باشد، ضامن جبران خسارت وارده است. بر این اساس ضرر زدن به دیگران جایز نیست. لذا آلوده ساختن محیط‌زیست و نابود ساختن طبیعت از نمونه‌های زیان زدن به دیگران است که اسلام با قاطعیت آن را مردود شمرده است. از نظر مرحوم مراغی لاضرر یک حکم دستوری بیان کرده و دلالت بر نهی می‌کند؛ بنابراین اگر ضرری واقع شود تنها حکم به صرف اضرار کفایت نمی‌کند و باید راه‌حلی برای دفع ضرر داد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ص. ۱۱۳). در صحاح ضرر چنین معنا شده است: «إنّه خلاف النفع» ضرر مقابل نفع است و در مجمع البحرین آمده: ضرر عبارت است از نقص در حق (الطریحی، ۱۹۸۵، ص. ۱۵۲). در

1. erga omnes

خصوص بحث حقوق محیط‌زیست، بدون هیچ تردیدی تخریب محیط‌زیست و آسیب رساندن به زندگی فردی و اجتماعی انسان‌ها از موارد ضرر است. خاستگاه این قاعده فقهی، عقل و سیره عقلا است و در کتاب و سنت بر آن تأکید شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج. ۱۱، ص. ۲۹). اضرار وارد بر محیط‌زیست، از سنخ ضررهای عمومی است که حیات نوع بشر را در معرض آسیب جدی قرار می‌دهند.

۲. قاعدهٔ اتلاف

مراد از قاعده اتلاف این است که اگر کسی مالی را به‌سببی از بین ببرد، عالم باشد یا جاهل، مکلف است مثل یا قیمت آن را بپردازد. البته درصورتی‌که بدون اذن و اجازه صاحب مال چنین کاری را انجام داده باشد (مشایخی، ۱۳۹۳، ص. ۳). معمولاً افراد و بنگاه‌های اقتصادی با فعالیت‌های خود باعث تخریب و آلودگی محیط‌زیست می‌شوند. دریاها و رودخانه‌ها، فعالیت‌های تأثیرگذار بر لایه ازن از مصادیق تخریب طبیعت هستند و در پی آن پیامدهای دیگری مانند کوتاه شدن عمر انسان، شیوع بیماری‌ها به‌ویژه بیماری‌های پوستی و از بین رفتن برخی گونه‌های گیاهی و حیوانی را به دنبال خواهد داشت و طبق قاعده لاضرر، قاعده اتلاف و تسبیب؛ مسبب این پیامدها گناهکار بوده، از نظر حکم وضعی نیز ضامن است (فراهانی‌فرد، ۱۳۸۵، ص. ۱۰۵). مستند قاعده اتلاف هم کتاب و هم سنت، و هم اجماع و بنای عقلاست (محقق داماد، ۱۳۷۸، ص. ۱۰۹). در هر صورت نظریه اتلاف می‌تواند در مصادیق زیست‌محیطی و جبران خسارات وارده بر آن نقشی مناسب و پررنگ ایفا کند. بر این اساس هرکس محیط‌زیست را تخریب کند در برابر آن ضامن است؛ و اگرچه حق بر محیط‌زیست، یک حق بشری محسوب می‌شود ولی به این معنا نیست حق اتلاف و تخریب محیط‌زیست را هم داشته باشد بلکه باید از محیط‌زیست به‌عنوان امانت الهی، محافظت نماید. هرکس محیط‌زیست را تخریب نماید در برابر آن ضامن است، از جمله در مواردی که محیط‌زیست متعلق به مردم باشد (مشترکات عمومی و انفال)؛ چون در اتلاف، قصد شرط نیست، بر این اساس مبنای ساده‌تری برای عاملین خسارت به محیط‌زیست می‌باشد (فهیمی و مشهدی، ۱۳۹۳، ص. ۸۹).

۳. قاعدهٔ تسبیب

این قاعده مبتنی بر مدارک روایی چندی همچون «کل شیءٍ یضر بطریق المسلمین فصاحبه ضامن لما یصیبه» (کلینی، ۱۳۸۸، ص. ۳۵) بوده و اجماع فقیهان بر اعتبار آن قائم شده است. تفاوت این قاعده با قاعده اتلاف در آن است که اولی شامل تلف بالمباشره و دومی شامل تلف بالواسطه می‌شود. براساس این قاعده هر اقدامی که به‌طور غیرمباشر موجب تخریب، آلودگی و از حیز انتفاع خارج شدن عناصر محیط‌زیست گردد ضمان‌آور خواهد بود. نکته درخور توجه آنکه این قاعده نقش‌های تسبیبی ناشی از ترک فعل را هم در بر می‌گیرد (محقق داماد، ص. ۱۲۰). به‌طور مثال، اگر عدم اقدام به موقع اشخاص یا نهادهای مسئول سبب خسارت‌های زیست‌محیطی و از بین رفتن ذخایر محیط‌زیست شود، مسئولیت جبران خسارت به حکم این قاعده بر عهده سبب خواهد بود. در تعالیم اسلامی، براساس قاعده تسبیب، شخصی که از طبیعت به‌عنوان حق انسانی بهره‌مند می‌گردد، حق ندارد واسطه فعل یا ترک فعل خود سبب خسارت به طبیعت شود. این نظریه برای جبران

سریع و مناسب خسارات محیط‌زیست کارآمد نیست، چراکه در اغلب موارد مرتبط با خسارات زیست‌محیطی اثبات رابطه سببیت با دشواری‌هایی روبه‌رو خواهد بود (فهیمی و مشهدی، ۱۳۹۳، ص. ۸۹).

۴. قاعدهٔ احترام اموال و ممنوعیت ظلم

این نظریه که ریشه در آموزه‌های فقهی دارد، برآمده از روایت مشهور «حرمة مال المسلم کحرمة دمه» است. رسول خدا در روایتی فرمودند: «سباب المومن فسوق و قتاله کفر و اکل لحمه معصیه لله و حرمه مال کحرمه دمه»؛ ناسزاگویی به مؤمن گناه، کشتن وی کفر و غیبت او از معاصی و احترام مال او چون احترام خون اوست (قبله‌ای خوئی، ۱۳۷۷، ص. ۹۰). لازمه احترام اموال این است که اولاً خسارتی وارد نشود و ثانیاً نباید مال به هدر رود. طبق این قاعده، مواهب زیست‌محیطی و تمامی عناصر آن «مال» محسوب می‌شوند و باید احترام آن‌ها در مفهوم حقوقی آن رعایت شود. نظریه احترام اموال که جامع دو نظریه اتلاف و لاضرر است از طرف بعضی از بزرگان و فقها مورد قبول واقع گردیده است (نجفی، ج. ۳۷، ص. ۵۴ و ج. ۴۳، ص. ۱۲۱).

نتیجه‌گیری

حق داشتن محیط‌زیست سالم به‌عنوان یک حق اساسی و بنیادی، به‌طور فزاینده‌ای در مجموعه حقوق بشر مورد توجه قرار گرفته است. با توجه به افزایش روزافزون جمعیت و محدودیت منابع طبیعی موجود، حفاظت از محیط‌زیست به یکی از مهم‌ترین چالش‌های جوامع بشری تبدیل شده است. ورود حق بر محیط‌زیست سالم به‌عنوان یکی از مصادیق نسل سوم حقوق بشر، نشان‌دهنده توسعه و پویایی حقوق بشر در نظام‌های حقوقی مختلف است. در نوشتار حاضر به این نتیجه رسیدیم که در بین مقوله‌های حقوق بشری، پیش‌فرض تحقق و عینیت یافتن تمام حق‌های بشری این است که محیط زندگی بشر و عناصر زیست‌محیطی برای بقای این موجودات خردمندانه وجود داشته باشد؛ چراکه در محیط‌زیست نامساعد، حق‌ها و اعتبارها کارآمدی خود را از دست می‌دهند. حق بر محیط‌زیست سالم شامل مفاهیمی نظیر حقوق نسل‌های کنونی و آینده، میراث مشترک بشریت، توسعه پایدار و حق مشارکت شهروندان در تصمیم‌گیری‌های زیست‌محیطی و عدالت زیست‌محیطی است. امروزه آگاهی جامعه نسبت به رابطه انسان با محیط‌زیست بیشتر شده و آلودگی و تخریب محیط می‌تواند تهدید جدی برای حیات انسان باشد. وابستگی انسان به کیفیت محیط‌زیست امری بدیهی است و به همین دلیل، محیط‌زیست به‌عنوان یکی از ابعاد حقوق بشر شناخته می‌شود. بدون شک، برخورداری از محیط‌زیست سالم حق مسلم بشریت است، حقی که نه‌تنها مرزهای جغرافیایی را درنوردیده بلکه به نسل‌های آینده نیز مربوط می‌شود. این حق نیازمند اقداماتی از سوی دولت‌ها برای تأمین و تحقق آن است، چه به‌عنوان یک حق بنیادین مستقل و چه به‌عنوان بخشی از حقوق بنیادین بشر.

در حال حاضر، تخریب محیط‌زیست به یک بحران جهانی تبدیل شده که هر روز بر شدت آن افزوده می‌شود. به همین دلیل، حفاظت از محیط‌زیست به یک ارزش اخلاقی تبدیل شده و حمایت از آن امری ضروری است. بنابراین، داشتن یک محیط‌زیست سالم برای هر فرد از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. از سوی دیگر، دستیابی به توسعه پایدار نیز نیازمند وجود محیط‌زیستی سالم با منابع کافی است. هدف توسعه پایدار، ایجاد

تعادل میان جنبه‌های مختلف توسعه و حفاظت از محیط‌زیست است. با توجه به اینکه توسعه پایدار شامل اصول اساسی است که یکی از آن‌ها احترام به حق داشتن محیط‌زیست سالم می‌باشد، به نظر می‌رسد که این دو هدف در واقع یکسان هستند. این اهداف به‌سمت تضمین و تثبیت حق توسعه و حفظ محیط‌زیست برای نسل حاضر و همچنین رعایت حقوق و نیازهای نسل‌های آینده حرکت می‌کنند. این روند منجر به ظهور مفهوم جدیدی در حقوق بین‌الملل محیط‌زیست به نام «حق نسل‌های آینده» شده است. با توجه به آنچه گفته شد، بی‌تردید، محیط‌زیست اساس حیات فردی و اجتماعی انسان‌هاست و باید توجه داشت که برای داشتن یک محیط‌زیست سالم، که حق همه انسان‌ها و موجودات زنده است، مشارکت تمامی افراد در حفاظت از آن ضروری و اجتناب‌ناپذیر است. در زمینه حقوق، به‌ویژه حقوق موضوعه، محیط‌زیست به‌عنوان زمینه‌ای شناخته می‌شود که تمامی رفتارهای انسانی و حقوق و تعهدات مرتبط با آن تنها در این بستر قابل تحقق است. بنابراین، آنچه در حوزه حقوق محیط‌زیست اهمیت دارد، تغییر «انسان فاتح زمین» به «شهروند زیستی» است؛ به‌گونه‌ای که علاوه بر بیان «حقوق» انسان، «تکالیف» او در قبال محیط‌زیست و حفاظت از آن نیز مورد تأکید قرار گیرد. یکی از اصلی‌ترین ویژگی‌های برخورداری از حق بر محیط‌زیست، مسئولیت و تعهد ما در حفاظت و مراقبت از آن و تعامل با محیط‌زیست است. نکته‌ای که باید به آن توجه کرد این است که حقوق عمومی داخلی، برخلاف نظریه‌های بین‌المللی دربارهٔ حق بر محیط‌زیست، به‌سمت شناسایی این حق به‌عنوان یک حق شهروندی پیش رفته است. متأسفانه، وضعیت حق بر محیط‌زیست در تحولات حقوقی چندان مطلوب نیست. در حال حاضر، شهروندان در زندگی روزمره خود نیاز به هوای پاک، آب سالم، محیطی آرام و عاری از آلودگی و همچنین ایمن در برابر آثار منفی برخی فناوری‌های به ظاهر مفید را احساس می‌کنند. آیا زمان آن نرسیده که بیشتر به‌شیوهٔ زندگی، تغذیه، بهداشت و تعهدات حقوقی و اخلاقی خود نسبت به محیط اطراف و دیگران فکر کنیم؟

منابع

احمدی تنکبانی، مهدی، شیخ‌الاسلامی کندلوسی، نادر و احمدی، مسعود. (۱۴۰۱). تحلیل محتوای کیفی عوامل موثر بر خط‌مشی‌گذاری عمومی در حوزه محیط‌زیست. مجلس و راهبرد، ۲۹(۱۱۱).

اسلامی، رضا. (۱۳۹۳). آموزش حقوق بشر (چاپ اول). تهران: مجد.

افتخار جهرمی، گودرز. (۱۳۸۲). حق بر محیط‌زیست با تاکید بر حق دسترسی بر اطلاعات زیست‌محیطی. در نخستین همایش حقوق محیط‌زیست ایران، تهران.

افتخار جهرمی، گودرز. (۱۳۸۸). حقوق بشر، محیط‌زیست و توسعه پایدار. تحقیقات حقوقی، (۵۰).

افتخاری‌زاده، فرهاد. (۱۳۸۲). ارائه مدلی جهت تربیت شهروندمداری در نظام آموزشی در هزاره سوم (رساله دکتری). دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، تهران.

امامی قشلاق، محسن، هاشمی، سید محمد، محبی، محسن و رستمی، ولی. (۱۳۹۷). حق بر محیط‌زیست سالم در پرتو اصول فقهی و اخلاقی. *پژوهش‌های اخلاقی*، ۸(۳)، ۱۴۳-۱۵۷.

امیرارجمند، اردشیر. (۱۳۸۵). تقریرات درس حقوق بشر و محیط‌زیست (دوره کارشناسی ارشد حقوق محیط‌زیست، دانشگاه شهید بهشتی، دست‌نویس).

امینی، فرهاد و بحرینی، سید حسین. (۱۳۷۹). نقش سازمان‌های غیردولتی زیست محیطی در دست یابی به مشارکت مردمی به‌منظور حفاظت از محیط‌زیست در ایران. محیط‌شناسی، (۲۶).

انصاری، باقر. (۱۳۹۱). مبانی حقوق همبستگی. فصلنامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی)، ۴۱(۴).

پارسا، علیرضا. (۱۳۷۷). محیط‌زیست و حقوق بشر. اطلاعات سیاسی و اقتصادی، (۱۴).

پورهاشمی، سید عباس و ارغند، بهاره. (۱۳۹۲). حقوق بین‌الملل محیط‌زیست (چاپ اول). تهران: دادگستر.

تیلا، پروانه. (۱۳۸۴). بسیج و محیط‌زیست: زمینه‌های قانونی حضور موثر در ارتقای امنیت اجتماعی. مطالعات بسیج، (۳۴).

جلالی، محمد و یاوری، اسدالله. (۱۳۹۹). درآمدی بر حقوق اساسی (چاپ اول). تهران: بنیاد حقوقی میزان.

جم، فرهاد. (۱۳۸۷). دسترسی به عدالت زیست محیطی: کاوشی در نظریه سمت و طرح دعاوی منفعت عمومی در ایالات متحده آمریکا. حقوق اساسی، ۷(۹).

حبیبی، محمدحسن. (۱۳۸۲الف). بررسی حق آگاهی مردم به عنوان یک حق اساسی. حقوق اساسی، ۱(۱)، ۶۵-۸۳.

حبیبی، محمدحسن. (۱۳۸۲ب). حق برخورداری از محیط‌زیست سالم به عنوان حق بشریت. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، (۶۰).

الحسینی المراغی، میرعبدالفتاح. (۱۴۱۷). العناوین الفقهیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

دانشگاه هاروارد. (۱۳۸۰). حقوق بین‌الملل محیط‌زیست (ترجمه سید فضل‌الله موسوی). تهران: میزان.

دشتی، علی. (۱۳۹۱). مدل مطلوب دموکراسی محلی در ایران در پرتو نظریه دموکراسی مشارکتی (رساله دکتری). دانشگاه شهید بهشتی، تهران.

رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین و جوادمنش، جواد. (۱۳۹۵). مطالعه تطبیقی گسترده مفهوم ذی‌نفع در اقامه‌ی دعوای زیست محیطی در حقوق ایران و اتحادیه اروپا. مطالعات حقوق عمومی، ۴۶(۴).

رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین و شفیق‌فرد، حسن. (۱۳۹۵). توسعه پایدار و حق بر محیط‌زیست سالم: چشم‌انداز نسل‌های آینده. سیاست جهانی، ۵(۱).

رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین. (۱۳۸۸). مشارکت و نقش زنان در حقوق بین‌الملل محیط‌زیست. مطالعات اجتماعی روانشناختی زنان، ۷(۳).
رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین. (۱۳۹۲). از ریو تا ریو در تکاپوی توسعه پایدار. تحقیقات حقوقی، (۶۲).
شمسایی، محمد. (۱۳۸۵). حقوق بین‌الملل اقتصادی. پژوهش حقوق و سیاست، (شماره مشخص نشده).
شهبازی، آرامش. (۱۳۸۹). توسعه‌ی پایدار یا پایداری توسعه در حقوق بین‌الملل. حقوق بین‌المللی بشر، ۲۷(۴۲).
شیلتون، دینا و کیس، الکساندر. (۱۳۹۶). کتابچه قضایی حقوق محیط‌زیست (ترجمه محسن عبداللهی، چاپ دوم). تهران: خرسندی.
صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. (۱۳۶۴). (ج. ۳، چاپ اول). تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
ضیائی بیگدلی، محمدرضا. (۱۳۹۷). حقوق بین‌الملل عمومی. تهران: میزان.
طریحی، فخرالدین. (۱۹۸۵). مجمع البحرین. بیروت: دار و مکتبه الهلال.
غمامی، سید محمدمهدی، کدخدا مرادی، کمال و درخشان، داور. (۱۳۹۷). تعهدات حمایتی دولت در قبال سازمان‌های مردم‌نهاد زیست محیطی در نظام حقوقی ایران. پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۱۹(۲).
فلاح‌زاده، علی‌محمد. (۱۳۸۶). نسبت حقوق شهروندی و حقوق بشر. مجله حقوقی دادگستری، (۵۸).
فهیمی، عزیزالله و مشهدی، علی. (۱۳۸۸). ارزش ذاتی و ارزش ابزاری در فلسفه محیط‌زیست؛ از رویکردهای فلسفی تا راهبردهای حقوقی. *پژوهش‌های فلسفی کلامی*، (۴۱)، ۱۹۵-۲۱۶.
فهیمی، عزیزالله و مشهدی، علی. (۱۳۹۳). اندیشه‌های حقوق محیط‌زیست (چاپ اول). قم: دانشگاه قم.
فیروزی، مهدی. (۱۳۸۴الف). حق بر محیط‌زیست. تهران: جهاد دانشگاهی.
فیروزی، مهدی. (۱۳۸۴ب). حق بر محیط‌زیست (پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بشر). دانشگاه مفید، قم (منتشرشده توسط جهاد دانشگاهی).
قاری سید فاطمی، سید محمد. (۱۳۸۸). حقوق بشر در جهان معاصر (دفتر اول، چاپ دوم). تهران: شهر دانش.
قرشی، محمد بن احمد. (۱۳۶۷). آیین شهرداری (معلم القربه فی الامور الحسبه) (ترجمه جعفر شعار، چاپ سوم). تهران: علمی و فرهنگی.
کوشکی، غلامحسین. (۱۳۹۲). سازمان‌های غیردولتی از انفعال تا مشارکت رو به فعال در تعقیب دعوای عمومی (با نگاهی به قانون آیین دادرسی کیفری). پژوهش حقوق کیفری، (۴).
کیس، الکساندر و دیگران. (۱۳۹۲). حقوق محیط‌زیست (ترجمه محمدحسن حبیبی، ج. ۳). تهران: دانشگاه تهران.
کیس، الکساندر و دیگران. (۱۳۹۸). حقوق محیط‌زیست (ترجمه محمدحسن حبیبی، ج. ۱). تهران: دانشگاه تهران.
گروه صلح کرسی حقوق بشر، صلح و دموکراسی یونسکو دانشگاه شهید بهشتی. (۱۳۸۹). حقوق زیست‌محیطی بشر (چاپ اول). تهران: دادگستر.
گلدینگ، مارتین پی. (بی‌تا). مفهوم حق (۱): درآمدی تاریخی (ترجمه محمد راسخ). *تحقیقات حقوقی*، (۲۵–۲۶)، ۱۹۶–۱۹۸.
لسانی، بهزاد و مشهدی، علی. (۱۳۹۷). حفاظت از محیط‌زیست توسط شهروندان و سازمان‌های مردم نهاد در چارچوب اصول هشتم (امر به معروف و نهی از منکر) و سی و چهارم قانون اساسی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران. دانش حقوق عمومی، ۸(۲۱).
محسن‌زاده، احمد، ساعد، نادر و سمیعی، علی. (۱۳۸۸). حقوق محیط‌زیست: نظریه‌ها و رویه‌ها (چاپ اول). تهران: خرسندی.

مشهدی، علی. (۱۳۸۹). ترمینولوژی حقوق محیط‌زیست. تهران: خرسندی.
مشهدی، علی. (۱۳۹۰). تحول حق بر محیط‌زیست در حقوق عمومی مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه (رساله دکتری). دانشگاه شهید بهشتی، تهران.
مشهدی، علی. (۱۳۹۲). حق بر محیط‌زیست سالم، الگوی ایرانی، فرانسوی. تهران: میزان.
مطهری، مرتضی. (۱۳۵۷). نظام حقوقی زن در اسلام (چاپ هشتم). تهران: خرسندی.
مظفریان، یلدا. (۱۳۹۹). تعامل حقوق بشر و حقوق محیط‌زیست در حمایت از حقوق مردمان بومی (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه شهید بهشتی، تهران.
مولایی، یوسف. (۱۳۸۱). حق توسعه و جهان‌شمولی حقوق بشر. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، (۵۶).
مؤذن‌زادگان، حسن‌علی. (۱۳۷۷). حقوق دادخواهی و دفاع در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. دیدگاه‌های حقوق قضایی، (۹).
ناصری، هادی. (۱۳۹۲). نقش شهروندان در حفاظت از محیط‌زیست. روزنامه دنیای اقتصاد، (۳۰۶۷).
نجفی، محمدحسن. (بی‌تا). جواهر الکلام فی مسائل الحلال و الحرام (تحقیق شیخ عباس قمی قوچانی، ج.۳۷ و ۴۳، چاپ هفتم). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
ویژه، محمدرضا. (۱۳۸۵). حق دسترسی به اطلاعات محیط‌زیست: بررسی حقوق بشر اروپایی. محیط‌شناسی، ۳۲(۴۰).
هداوند، مهدی و مشهدی، علی. (۱۳۹۱). اصول حقوق اداری در پرتو آراء دیوان عدالت اداری (چاپ دوم). تهران: خرسندی.
هلد، دیوید. (۱۳۶۹). مدل‌های دموکراسی (ترجمه عباس مخبر). تهران: روشنگران.

References

Aḥmadī Tunukābunī, Mahdī, Nādir Shaykh al-Islāmī Kandalūsī, & Masʿūd Aḥmadī. (1401 SH [2022/2023 CE]). Taḥlīl-i muḥtavā-yi kayfī-yi ʿavāmil-i muʾaththir bar khaṭṭ-i mashy-gudhārī-yi ʿumūmī dar ḥawzah-ʾi muḥīṭ-i zīst [Qualitative content analysis of factors influencing public policymaking in the environmental domain]. *Majlis va Rāhbard, 29*(111). (in Persian)

Islāmī, Riḍā. (1393 SH [2014/2015 CE]). *Āmūzish-i ḥuqūq-i bashar* [Human rights education] (1st ed.). Tehran: Majd. (in Persian)

Iftikhār Jahrumī, Gūdarz. (1382 SH [2003/2004 CE]). Ḥaqq bar muḥīṭ-i zīst bā taʾkīd bar ḥaqq-i dastrasī bar iṭṭilāʿāt-i zīst-muḥīṭī [The right to the environment with emphasis on the right of access to environmental information]. In *Nukhustīn Hamāyish-i Ḥuqūq-i Muḥīṭ-i Zīst-i Īrān*. Tehran. (in Persian)

Iftikhār Jahrumī, Gūdarz. (1388 SH [2009/2010 CE]). Ḥuqūq-i bashar, muḥīṭ-i zīst va tawsiʿah-ʾi pāydār [Human rights, environment, and sustainable development]. *Taḥqīqāt-i Ḥuqūqī*, (50). (in Persian)

Iftikhārī-Zādah, Farhād. (1382 SH [2003/2004 CE]). *Irāʾah-ʾi mudilī jihat-i tarbiyat-i shahrvand-madārī dar niẓām-i āmūzishī dar hizārah-ʾi sevvum* [Providing a model for civic education in the educational system in the third millennium] (Doctoral dissertation). Dānishgāh-i Āzād-i Islāmī Vāḥid-i ʿUlūm va Taḥqīqāt, Tehran. (in Persian)

Imāmī Qishlāq, Muḥsin, Sayyid Muḥammad Hāshimī, Muḥsin Muḥibbī, & Valī Rustamī. (1397 SH [2018/2019 CE]). Ḥaqq bar muḥīṭ-i zīst-i sālim dar partaw-i uṣūl-i fiqhī va akhlāqī [The right to a healthy environment in light of jurisprudential and ethical principles]. *Pizhūhish-hā-yi Akhlāqī, 8*(3), 143–157. (in Persian)

Amīr Arjmand, Ardashīr. (1385 SH [2006/2007 CE]). *Taqrīrāt-i dars-i ḥuqūq-i bashar va muḥīṭ-i zīst* [Lectures on human rights and environmental law] (Master's course in environmental law, Shahīd Beheshtī University, unpublished manuscript). (in Persian)

Amīnī, Farhād, & Sayyid Ḥusayn Baḥraynī. (1379 SH [2000/2001 CE]). Naqsh-i sāzmān-hā-yi ghayr-i dawlatī-yi zīst-muḥīṭī dar dast-yābī bih mushārakat-i mardumī bih manẓūr-i ḥifāẓat az muḥīṭ-i zīst dar Īrān [The role of environmental non-governmental organizations in achieving public participation to protect the environment in Iran]. *Muḥīṭ-shināsī*, (26). (in Persian)

Anṣārī, Bāqir. (1391 SH [2012/2013 CE]). Mabānī-yi ḥuqūq-i hambastagī [Foundations of solidarity rights]. *Faṣlnāmah-ʾi Ḥuqūq (Majallah-ʾi Dānishkadah-ʾi Ḥuqūq va ʿUlūm-i Siyāsī), 41*(4). (in Persian)

Pārsā, ʿAlī-Riḍā. (1377 SH [1998/1999 CE]). Muḥīṭ-i zīst va ḥuqūq-i bashar [Environment and human rights]. *Iṭṭilāʿāt-i Siyāsī va Iqtiṣādī*, (14). (in Persian)

Pūrhāshimī, Sayyid ʿAbbās, & Bahārah Arghand. (1392 SH [2013/2014 CE]). *Ḥuqūq-i bayn al-milal-i muḥīṭ-i zīst* [International environmental law] (1st ed.). Tehran: Dādgustar. (in Persian)

Tīlā, Parvānah. (1384 SH [2005/2006 CE]). Basīj va muḥīṭ-i zīst: Zamīnah-hā-yi qānūnī-yi ḥuḍūr-i muʾaththir dar irtiqāʾ-i amniyyat-i ijtimāʿī [Basij and the environment: Legal grounds for effective presence in promoting social security]. *Muṭālaʿāt-i Basīj*, (34). (in Persian)

Jalālī, Muḥammad, & Asad Allāh Yāvarī. (1399 SH [2020/2021 CE]). *Darāmadī bar ḥuqūq-i asāsī* [An introduction to constitutional law] (1st ed.). Tehran: Bunyād-i Ḥuqūqī-yi Mīzān. (in Persian)

Jam, Farhād. (1387 SH [2008/2009 CE]). Dastrasī bih ʿadālat-i zīst-muḥīṭī: Kāvushī dar naẓariyyah-ʾi samt va ṭarḥ-i daʿāvī-yi manfaʿat-i ʿumūmī dar Iyālāt-i Muttaḥidah-ʾi Āmrīkā [Access to environmental justice: An exploration of standing and public interest litigation in the United States]. *Ḥuqūq-i Asāsī, 7*(9). (in Persian)

Ḥabībī, Muḥammad-Ḥasan. (1382a SH [2003/2004 CE]). Barrasī-yi ḥaqq-i āgāhī-yi mardum bih ʿunvān-i yak ḥaqq-i asāsī [An examination of the public's right to know as a fundamental right]. *Ḥuqūq-i Asāsī, 1*(1), 65–83. (in Persian)

Ḥabībī, Muḥammad-Ḥasan. (1382b SH [2003/2004 CE]). Ḥaqq-i barkhūrdārī az muḥīṭ-i zīst-i sālim bih ʿunvān-i ḥaqq-i bashariyyat [The right to a healthy environment as a right of humanity]. *Majallah-ʾi Dānishkadah-ʾi Ḥuqūq va ʿUlūm-i Siyāsī-yi Dānishgāh-i Tihrān*, (60). (in Persian)

Al-Ḥusaynī al-Marāghī, Mīr ʿAbd al-Fattāḥ. (1417 AH [1996/1997 CE]). *Al-ʿAnāwīn al-fiqhiyyah*. Qom: Daftār-i Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)

Dānishgāh-i Hārvārd [Harvard University]. (1380 SH [2001/2002 CE]). *Ḥuqūq-i bayn al-milal-i muḥīṭ-i zīst* [International environmental law] (Sayyid F. Mūsawī, Trans.). Tehran: Mīzān. (in Persian)

Dashtī, ʿAlī. (1391 SH [2012/2013 CE]). *Mudil-i maṭlūb-i dimūkrāsī-yi maḥallī dar Īrān dar partaw-i naẓariyyah-ʾi dimūkrāsī-yi mushārakatī* [The optimal model of local democracy in Iran in light of participatory democracy theory] (Doctoral dissertation). Dānishgāh-i Shahīd Bihishtī, Tehran. (in Persian)

Ramaḍānī Qavām-Ābādī, Muḥammad-Ḥusayn, & Javād Javādmanish. (1395 SH [2016/2017 CE]). Muṭālaʿah-ʾi taṭbīqī-yi gustardah-ʾi mafhūm-i dhīnafaʿ dar iqāmah-ʾi daʿvā-yi zīst-muḥīṭī dar ḥuqūq-i Īrān va Ittiḥādiyyah-ʾi Urūpā [A comprehensive comparative study of

the concept of beneficiary in filing environmental lawsuits in Iranian and European Union law]. *Muṭālaʿāt-i Ḥuqūq-i ʿUmūmī, 46*(4). (in Persian)

Ramaḍānī Qavām-Ābādī, Muḥammad-Ḥusayn, & Ḥasan Shafīqfard. (1395 SH [2016/2017 CE]). Tawsiʿah-ʾi pāydār va ḥaqq bar muḥīṭ-i zīst-i sālim: Chashm-andāz-i nasl-hā-yi āyandah [Sustainable development and the right to a healthy environment: The perspective of future generations]. *Siyāsat-i Jahānī, 5*(1). (in Persian)

Ramaḍānī Qavām-Ābādī, Muḥammad-Ḥusayn. (1388 SH [2009/2010 CE]). Mushārakat va naqsh-i zanān dar ḥuqūq-i bayn al-milal-i muḥīṭ-i zīst [Participation and the role of women in international environmental law]. *Muṭālaʿāt-i Ijtimāʿī Ravān-shinākhtī-yi Zanān, 7*(3). (in Persian)

Ramaḍānī Qavām-Ābādī, Muḥammad-Ḥusayn. (1392 SH [2013/2014 CE]). Az Rīyū tā Rīyū dar takāpū-yi tawsiʿah-ʾi pāydār [From Rio to Rio in pursuit of sustainable development]. *Taḥqīqāt-i Ḥuqūqī*, (62). (in Persian)

Shamsāʾī, Muḥammad. (1385 SH [2006/2007 CE]). Ḥuqūq-i bayn al-milal-i iqtiṣādī [International economic law]. *Pizhūhish-i Ḥuqūq va Siyāsat*. (in Persian)

Shahbāzī, Ārāmish. (1389 SH [2010/2011 CE]). Tawsiʿah-ʾi pāydār yā pāydārī-yi tawsiʿah dar ḥuqūq-i bayn al-milal [Sustainable development or sustainability of development in international law]. *Ḥuqūq-i Bayn al-Milalī-yi Bashar, 27*(42). (in Persian)

Shīltūn, Dīnā, & Aliksāndir Kīs [Shelton, Dinah, & Alexandre Kiss]. (1396 SH [2017/2018 CE]). *Kitābchah-ʾi qaḍāʾī-yi ḥuqūq-i muḥīṭ-i zīst* [Judicial handbook on environmental law] (M. ʿAbd Allāhī, Trans.; 2nd ed.). Tehran: Khursandī. (in Persian)

Ṣūrat-i mashrūḥ-i muzākarāt-i Majlis-i Barrasī-yi Nihāyī-yi Qānūn-i Asāsī-yi Jumhūrī-yi Islāmī-yi Īrān [Detailed proceedings of the Council for the Final Review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran]. (1364 SH [1985/1986 CE]). (Vol. 3, 1st ed.). Tehran: Idārah-ʾi Kull-i Umūr-i Farhangī va Ravābiṭ-i ʿUmūmī-yi Majlis-i Shūrā-yi Islāmī. (in Persian)

Ẓiyāʾī Bīgdilī, Muḥammad-Riḍā. (1397 SH [2018/2019 CE]). *Ḥuqūq-i bayn al-milal-i ʿumūmī* [Public international law]. Tehran: Mīzān. (in Persian)

Al-Ṭurayḥī, Fakhr al-Dīn. (1985 CE). *Majmaʿ al-baḥrayn*. Beirut: Dār wa-Maktabat al-Hilāl. (in Arabic)

Ghamāmī, Sayyid Muḥammad-Mahdī, Kamāl Kadkhudā Murādī, & Dāvar Dirakhshān. (1397 SH [2018/2019 CE]). Taʿahhudāt-i ḥimāyatī-yi dawlat dar qibāl-i sāzmān-hā-yi mardum-nihād-i zīst-muḥīṭī dar niẓām-i ḥuqūqī-yi Īrān [State protective obligations towards environmental NGOs in the Iranian legal system]. *Pizhūhishnāmah-ʾi Ḥuqūq-i Islāmī, 19*(2). (in Persian)

Fallāḥ-Zādah, ʿAlī-Muḥammad. (1386 SH [2007/2008 CE]). Nisbat-i ḥuqūq-i shahrvandī va ḥuqūq-i bashar [The relationship between citizenship rights and human rights]. *Majallah-ʾi Ḥuqūqī-yi Dādgustarī*, (58). (in Persian)

Fahīmī, ʿAzīz Allāh, & ʿAlī Mashhadī. (1388 SH [2009/2010 CE]). Arzish-i dhātī va arzish-i abzārī dar falsafah-ʾi muḥīṭ-i zīst; az rūykard-hā-yi falsafī tā rāhbard-hā-yi ḥuqūqī [Intrinsic and instrumental value in environmental philosophy: From philosophical approaches to legal strategies]. *Pizhūhish-hā-yi Falsafī–Kalāmī*, (41), 195–216. (in Persian)

Fahīmī, ʿAzīz Allāh, & ʿAlī Mashhadī. (1393 SH [2014/2015 CE]). *Andīshah-hā-yi ḥuqūq-i muḥīṭ-i zīst* [Thoughts on environmental law] (1st ed.). Qom: Dānishgāh-i Qum. (in Persian)

Fīrūzī, Mahdī. (1384a SH [2005/2006 CE]). *Ḥaqq bar muḥīṭ-i zīst* [The right to the environment]. Tehran: Jihād-i Dānishgāhī. (in Persian)

Fīrūzī, Mahdī. (1384b SH [2005/2006 CE]). *Ḥaqq bar muḥīṭ-i zīst* [The right to the environment] (Master's thesis in human rights). Dānishgāh-i Mufīd, Qom. (in Persian)

Qārī Sayyid Fāṭimī, Sayyid Muḥammad. (1388 SH [2009/2010 CE]). *Ḥuqūq-i bashar dar jahān-i muʿāṣir* [Human rights in the contemporary world] (Vol. 1, 2nd ed.). Tehran: Shahr-i Dānish. (in Persian)

Qurashī, Muḥammad ibn Aḥmad. (1367 SH [1988/1989 CE]). *Āyīn-i shahrdārī (Maʿālim al-qurbah fī aḥkām al-ḥisbah)* (J. Shiʿār, Trans.; 3rd ed.). Tehran: ʿIlmī va Farhangī. (in Persian)

Kūshkī, Ghulām-Ḥusayn. (1392 SH [2013/2014 CE]). Sāzmān-hā-yi ghayr-i dawlatī az infiʿāl tā mushārakat-i rū bih faʿʿāl dar taʿqīb-i daʿvā-yi ʿumūmī (bā nigāhī bih qānūn-i āyīn-i dādrasī-yi kayfarī) [Non-governmental organizations from passivity to active participation in prosecuting public actions (with a view to the criminal procedure code)]. *Pizhūhish-i Ḥuqūq-i Kayfarī*, (4). (in Persian)

Kīs, Aliksāndir, et al. [Kiss, Alexandre, et al.]. (1392 SH [2013/2014 CE]). *Ḥuqūq-i muḥīṭ-i zīst* [Environmental law] (M. Ḥabībī, Trans.; Vol. 3). Tehran: Dānishgāh-i Tihrān. (in Persian)

Kīs, Aliksāndir, et al. [Kiss, Alexandre, et al.]. (1398 SH [2019/2020 CE]). *Ḥuqūq-i muḥīṭ-i zīst* [Environmental law] (M. Ḥabībī, Trans.; Vol. 1). Tehran: Dānishgāh-i Tihrān. (in Persian)

Gurūh-i Ṣulḥ-i Kursī-yi Ḥuqūq-i Bashar, Ṣulḥ va Dimūkrāsī-yi Yūniskū-yi Dānishgāh-i Shahīd Bihishtī. (1389 SH [2010/2011 CE]). *Ḥuqūq-i zīst-muḥīṭī-yi bashar* [Environmental human rights] (1st ed.). Tehran: Dādgustar. (in Persian)

Guldīng, Mārtīn Pī. (n.d.). Mafhūm-i ḥaqq (1): Darāmadī tārīkhī [The concept of right (1): A historical introduction] (M. Rāsikh, Trans.). *Taḥqīqāt-i Ḥuqūqī*, (25–26), 196–198. (in Persian)

Lisānī, Bihzād, & ʿAlī Mashhadī. (1397 SH [2018/2019 CE]). Ḥifāẓat az muḥīṭ-i zīst tavassaṭ-i shahrvandān va sāzmān-hā-yi mardum-nihād dar chārhūb-i uṣūl-i hashtum (amr bih maʿrūf va nahy az munkar) va sī va chahārum-i qānūn-i asāsī dar niẓām-i ḥuqūqī-yi Jumhūrī-yi Islāmī-yi Īrān [Environmental protection by citizens and NGOs within the framework of Articles 8 and 34 of the Constitution in the legal system of the Islamic Republic of Iran]. *Dānish-i Ḥuqūq-i ʿUmūmī, 8*(21). (in Persian)

Muḥsin-Zādah, Aḥmad, Nādir Sāʿid, & ʿAlī Samīʿī. (1388 SH [2009/2010 CE]). *Ḥuqūq-i muḥīṭ-i zīst: Naẓariyyah-hā va ravīyyah-hā* [Environmental law: Theories and precedents] (1st ed.). Tehran: Khursandī. (in Persian)

Mashhadī, ʿAlī. (1389 SH [2010/2011 CE]). *Tirmīnūlūzhī-yi ḥuqūq-i muḥīṭ-i zīst* [Terminology of environmental law]. Tehran: Khursandī. (in Persian)

Mashhadī, ʿAlī. (1390 SH [2011/2012 CE]). *Taḥavvul-i ḥaqq bar muḥīṭ-i zīst dar ḥuqūq-i ʿumūmī: Muṭālaʿah-ʾi taṭbīqī-yi ḥuqūq-i Īrān va Farānsah* [Evolution of the right to the environment in public law: A comparative study of Iranian and French law] (Doctoral dissertation). Dānishgāh-i Shahīd Bihishtī, Tehran. (in Persian)

Mashhadī, ʿAlī. (1392 SH [2013/2014 CE]). *Ḥaqq bar muḥīṭ-i zīst-i sālim, algū-yi Īrānī, Farānsavī* [The right to a healthy environment: Iranian and French model]. Tehran: Mīzān. (in Persian)

Muṭahharī, Murtaḍá. (1357 SH [1978/1979 CE]). *Niẓām-i ḥuqūqī-yi zan dar Islām* [The system of women's rights in Islam] (8th ed.). Tehran: Khursandī. (in Persian)

Muẓaffariyān, Yaldā. (1399 SH [2020/2021 CE]). *Taʿāmul-i ḥuqūq-i bashar va ḥuqūq-i muḥīṭ-i zīst dar ḥimāyat az ḥuqūq-i mardumān-i būmī* [Interaction of human rights and environmental law in protecting indigenous peoples' rights] (Master's thesis). Dānishgāh-i Shahīd Bihishtī, Tehran. (in Persian)

Mavlāyī, Yūsuf. (1381 SH [2002/2003 CE]). Ḥaqq-i tawsiʿah va jahān-shumūlī-yi ḥuqūq-i bashar [The right to development and the universality of human rights]. *Majallah-ʾi Dānishkadah-ʾi Ḥuqūq va ʿUlūm-i Siyāsī*, (56). (in Persian)

Muʾadhdhin-Zādagān, Ḥasan-ʿAlī. (1377 SH [1998/1999 CE]). Ḥuqūq-i dādkhvāhī va difāʿ dar qānūn-i asāsī-yi Jumhūrī-yi Islāmī-yi Īrān [The rights of litigation and defense in the Constitution of the Islamic Republic of Iran]. *Dīdgāh-hā-yi Ḥuqūq-i Qaḍāʾī*, (9). (in Persian)

Nāṣirī, Hādī. (1392 SH [2013/2014 CE]). Naqsh-i shahrvandān dar ḥifāẓat az muḥīṭ-i zīst [The role of citizens in environmental protection]. *Rūznāmah-ʾi Dunyā-yi Iqtiṣād*, (3067). (in Persian)

Najafī, Muḥammad Ḥasan. (n.d.). *Jawāhir al-kalām fī masāʾil al-ḥalāl wa-al-ḥarām* (ʿA. Qūchānī, Ed.; vols. 37 & 43, 7th ed.). Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)

Vīzhah, Muḥammad-Riḍā. (1385 SH [2006/2007 CE]). Ḥaqq-i dastrasī bih iṭṭilāʿāt-i muḥīṭ-i zīst: Barrasī-yi ḥuqūq-i bashar-i Urūpāyī [The right of access to environmental information: An analysis of European human rights]. *Muḥīṭ-shināsī, 32*(40). (in Persian)

Hadāvand, Mahdī, & ʿAlī Mashhadī. (1391 SH [2012/2013 CE]). *Uṣūl-i ḥuqūq-i idārī dar partaw-i ārāʾ-i Dīvān-i ʿAdālat-i Idārī* [Principles of administrative law in light of the rulings of the Court of Administrative Justice] (2nd ed.). Tehran: Khursandī. (in Persian)

Huld, Dīvīd [Held, David]. (1369 SH [1990/1991 CE]). *Mudil-hā-yi dimūkrāsī* [Models of democracy] (ʿA. Mukhbir, Trans.). Tehran: Rawshangarān. (in Persian)

Aviles, L. (2012). Sustainable development and legal protection of the environment in the European Union. *Sustainable Development Law & Policy, 12*(3).

Brooks, T. (1996). *Public participation & consultation within the RMA*. Department of Planning, University of Auckland.

Chackawarika, B. (2011). *Challenges faced by NGOs in the political harsh climate of Zimbabwe: Analysing the effects on sustainability and promotion of human rights* (Doctoral dissertation / Research Paper).

International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, & International Council of Environmental Law. (2015). *Draft international covenant on environment and development: Implementing sustainability – Updated text* (5th ed.). https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/EPLP-031-rev4.pdf

Rodriguez-Rivera, L. E. (2001). Is the human right to environment recognized under international law? It depends on the source. *International Journal of Environmental Law & Policy, 12*.

Shelton, D. (1992). Human rights, environmental rights, and the right to environment. *Stanford Journal of International Law, 28*, 103–138.

SustainAbility. (2003). *The 21st century NGO: In the market for change*. SustainAbility. Retrieved December 28, 2007, from http://www.sustainability.com/insight/research/article.asp?id=51

United Nations. (1992). *Rio Declaration on Environment and Development*. ©https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf

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

The Influence of the Ahl al-Bayt on Sunni Rules of Juristic Inference

Habibullah Rezaei[1]✉, Morteza Norouzi[2], Hassan Ali Akhlaghi Amiri[3]

1. *Corresponding Author*, Student of Islamic Legal Theory, Al-Mustafa International University, Khorasan, Mashhad, Iran. Email: razai5@yahoo.com
2. Director, Higher School of Fiqh and Uṣūl, Al-Mustafa International University, Khorasan, Mashhad, Iran. Email: mortezanorouzi70@yahoo.com
3. Faculty Member and Director, Higher School of Fiqh and Uṣūl, Al-Mustafa International University, Khorasan, Mashhad, Iran. Email: hasanali.akhlaghi@gmail.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received
31 January 2024
Received in revised form
09 March 2024
Accepted
12 April 2024
Available online
22 June 2026

Keywords:
juristic inference,
Ahl al-Bayt,
Sunni jurisprudence,
four Sunni schools,
legal theory

ABSTRACT

The Ahl al-Bayt possessed a distinctive command of the methods by which subsidiary legal rulings are derived from revealed sources, and their teachings circulated among the Companions, Successors, and the formative jurists of the Sunni schools. This study asks how the Ahl al-Bayt influenced Sunni rules of juristic inference. Using a descriptive-analytical and source-based method, it examines reports transmitted from the Ahl al-Bayt alongside representative Sunni works of uṣūl al-fiqh. The findings identify three principal channels of influence. First, the Ahl al-Bayt articulated linguistic rules concerning textual indication, general and particular expressions, absolute and qualified terms, and the use of grammatical conventions in deriving legal rulings. Second, their teachings shaped methods of reasoning, including rational inference, the treatment of conflicting proofs, and practical principles for cases of uncertainty. Third, prominent Sunni jurists acknowledged the superior learning of members of the Ahl al-Bayt, studied with them, or relied on traditions transmitted through them. The study concludes that the methodological relationship between the Ahl al-Bayt and Sunni jurisprudence was substantive rather than merely biographical, and that recovering this shared intellectual heritage can deepen comparative Islamic legal studies.

Cite this article: Rezaei, H., Norouzi, M., & Akhlaghi Amiri, H. A. (2026). The influence of the Ahl al-Bayt on Sunni rules of juristic inference. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, *20*(1), 181-205. https://doi.org/10.22034/fvh.2024.17950.1914

© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: https://doi.org/10.22034/fvh.2024.17950.1914

Introduction

The formation of Islamic legal theory was not the work of isolated schools developing behind impermeable doctrinal boundaries. The first centuries of Islam were marked by intellectual exchange among the Companions, the Successors, the descendants of the Prophet, and the jurists who later became associated with the recognized schools. Within this setting, the Ahl al-Bayt occupied a singular position because of their proximity to the Prophetic household, their sustained engagement with the Qurʾān and Sunna, and the breadth of legal instruction attributed to them. The central question is therefore not whether Sunni scholars encountered the teachings of the Ahl al-Bayt, but how those teachings entered and influenced the rules used to infer legal judgments.

Methodology

The research employs a descriptive-analytical method based on library sources. It first identifies methodological statements in reports attributed to the Ahl al-Bayt and then compares them with discussions in foundational Sunni works of legal theory. The analysis is thematic rather than merely chronological. It groups the evidence under linguistic principles, rational and evidentiary methods, rules governing conflict and uncertainty, and patterns of scholarly transmission. Claims of influence are accepted only where doctrinal similarity is supported by historical contact, transmission, or explicit acknowledgment.

Literature Review

Previous studies have examined the sources of ijtihād, the historical development of uṣūl al-fiqh, and the relationships between individual Sunni imams and members of the Ahl al-Bayt. Much of this literature, however, remains biographical or confessional. It either lists teachers and pupils without analyzing legal method, or presents methodological parallels without considering channels of transmission. A focused account of the influence of the Ahl al-Bayt on concrete Sunni rules of inference has remained comparatively underdeveloped. The present study addresses that gap by connecting historical reception with identifiable legal-theoretical doctrines.

Findings

The evidence reveals influence in three interrelated areas. The first concerns the semantics of revelation: indications of commands and prohibitions, the relation between general and particular language, the operation of absolute and qualified expressions, and the evidentiary role of Arabic usage. The second concerns inferential technique, including reliance on disciplined reason, the reconciliation and preference of apparently conflicting proofs, and the use of practical principles when decisive evidence is unavailable. The third concerns institutional transmission. Leading Sunni jurists recognized the learning of the Ahl al-Bayt, attended their circles, transmitted their reports, and incorporated

those reports into legal argument. These patterns show that the influence extended beyond isolated rulings to the architecture of juristic reasoning.

Discussion

Doctrinal influence in premodern Islamic law rarely took the form of a modern citation trail. It was transmitted through teaching circles, oral reports, common technical vocabularies, and the circulation of legal problems. Accordingly, similarity alone cannot prove dependence, but similarity combined with historical contact and acknowledgment provides persuasive evidence. The findings also challenge sectarian narratives that describe Sunni and Imami legal theory as wholly separate creations. Their differences remain significant, yet a shared methodological inheritance is equally real and deserves analytical rather than polemical treatment.

Conclusion

The Ahl al-Bayt contributed materially to the development of rules later used within Sunni juristic inference. Their influence is visible in linguistic principles, rational and evidentiary methods, doctrines concerning conflicting proofs and practical principles, and the education and transmission networks of formative Sunni jurists. Recognizing this contribution does not erase the distinct identities of the schools. It provides a more accurate history of Islamic legal thought and offers a constructive basis for comparative scholarship and intra-Muslim intellectual rapprochement.

Declarations

Author Contributions: The authors jointly contributed to source collection, legal-theoretical analysis, drafting, and revision.

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 of Generative AI and AI-assisted Technologies: The authors declared that no artificial intelligence was used in the writing process.

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

تأثیرپذیری قواعد استنباط فقهی اهل‌سنت از اهل‌بیت (ع)

حبیب‌الله رضایی[۱]، مرتضی نوروزی[۲]، حسنعلی اخلاقی امیری[۳]

۱. *نویسندهٔ مسئول*، دانش‌پژوه، گروه اصول فقه اسلامی، مدرسه عالی فقه و اصول، جامعه المصطفی العالمیه، مشهد، ایران. رایانامه: razai5@yahoo.com
۲. استادیار، گروه فقه و اصول، مدرسه عالی فقه و اصول، جامعه المصطفی العالمیه، مشهد، ایران. رایانامه: mortezanorouzi70@yahoo.com
۳. استادیار، گروه فقه و اصول، مدرسه عالی فقه و اصول، جامعه المصطفی العالمیه، مشهد، ایران. رایانامه: hasanali.akhlaghi@gmail.com

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۱۱
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۲/۱۹
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۱/۲۴
تاریخ انتشار: ۱۴۰۵/۰۴/۰۱

کلیدواژه‌ها:
استنباط فقهی،
اهل‌بیت (ع)،
اهل‌سنت،
مذاهب اربعه،
تأثیرپذیری عامه

چکیده

بدون تردید اهل‌بیت (ع) در زمینهٔ استنباط فروعات فقهی از حقایق برخوردار بودند که صحابه و تابعان معاصر، از آن‌ها محروم بودند؛ ازاین‌رو اهل‌سنت در قواعد استنباط فقهی از اهل‌بیت (ع) تأثیرپذیری داشتند. سؤال اصلی پژوهش این است که تأثیر اهل‌بیت (ع) در قواعد استنباط فقهی اهل‌سنت چگونه است؟ ازآنجاکه اهل‌بیت (ع) علمشان در همهٔ زمینه‌ها بالأخص در شیوهٔ استنباط احکام سرآمد همه، و منشأ تأثیر بوده است، نوشتار حاضر درصدد آن است که با روش توصیف و تحلیل مسئلهٔ فوق را پاسخ گفته، از این‌جهت در قلمرو روایات اهل‌بیت (ع) جست‌وجو کرده و آن را تبیین نموده و نتیجه گرفته است که اهل‌بیت (ع) نسبت به دانش استنباط فقهی اهل‌سنت تأثیرگذار بوده، یافته‌های موجود دلیل بر این مدعاست: الف) القای قواعد استنباط فقهی و تأثیر آن در فرایند استنباط پیشوایان مذاهب مثل قاعدهٔ دلالت الفاظ بر معانی، قاعدهٔ مطلق و مقید، به‌کارگیری قواعد ادبی و ادات عموم در استنباط فروعات فقهی و... ب) تأثیرپذیری فراوان در طرق شیوهٔ استنباط همچون استنباط با تکیه بر درک عقلی، قواعد تعارض ادله، مباحث اصول عملیه. ج) اقرار بر اعلمیت علمی اهل‌بیت (ع) و شاگردی که منجر به استنادات فقهی اهل‌سنت به روایات اهل‌بیت (ع) شده است.

استناد: رضایی، حبیب‌الله؛ نوروزی، مرتضی؛ و اخلاقی امیری، حسنعلی. (۱۴۰۵). تأثیرپذیری قواعد استنباط فقهی اهل‌سنت از اهل‌بیت (ع). مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ۲۰(۱)، ۱۸۱-۲۰۵. https://doi.org/10.22034/fvh.2024.17950.1914

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

مقدمه

قواعد استنباط از پویاترین قواعدی است که از اهل‌بیت (ع) به شیعه و سایر مذاهب به یادگار مانده است؛ اجتهاد و استخراج احکام از ادلهٔ شرعیه، بدون آن، امکان‌پذیر و معتبر نخواهد بود. اهل‌بیت (ع) عناصر عمومی استنباط، تبیین قواعد مهم اصولی، فقهی و زمینهٔ تفکر و اندیشهٔ اصولی را بذرافشانی کرده‌اند و به اصحاب و شاگردان مکتب خویش القا و املا نمودند؛ آن‌ها در این زمینه تأثیرگذار و پیشگام بودند (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۸، ج. ۱، ص. ۱۸؛ جواهری، ۱۳۸۱، ص. ۳۲۵).

یکی از مباحث بسیار مهم و کلیدی که متأسفانه مورد غفلت واقع شده و در این زمینه پژوهش صورت نگرفته، موضوع «تأثیرپذیری قواعد استنباط فقهی عامه از اهل‌بیت (ع)» است؛ براساس شواهد تاریخی، مذاهب اربعهٔ اهل‌سنت، از اهل‌بیت (ع) پیامبر (ص) در احکام و مسائل علمی کمک می‌گرفتند و به اعلمیت علمی اهل‌بیت (ع) اعتراف می‌نمودند و بسیاری از ائمهٔ مذاهب اهل‌سنت و فقهای آن‌ها نزد اهل‌بیت (ع) درس خوانده و شاگردی کرده بودند و سخن امام ابوحنیفه که گفته است: «لَولاَ‌السّنَتان لَهَلَکَ النُعمان.»[1] (آلوسی، ۱۳۰۱، ج. ۱، ص. ۹) اگر آن دو سال شاگردی نبود، نعمان هلاک شده بود که اشاره به دو سال شاگردی خود در محضر اهل‌بیت (ع) دارد، یا امام مالک گفته است: «اِختَلَفتُ اِلَیه زَمانا... مارَاَت عَینُ وَلاسَمِعَت اُذُنُ... اَفضَل مِن جَعفَربنَ مُحَمّدِ الّصادِق (ع) عِلما...» (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۸، ج. ۱، ص. ۱۹) یعنی مدتی در حضور جعفر بن محمد (ع) رفت‌وآمد می‌کردم و هیچ چشمی ندیده و هیچ گوشی نشنیده کسی در علم و تقوا بالاتر از جعفر فرزند محمد (ع) باشد.[2]

این‌گونه سخن‌ها بیانگر این است که پیشوایان اهل‌سنت از علم و دانش اهل‌بیت (ع) در زمینهٔ استنباط فقهی تأثیر پذیرفته‌اند.

با توجه به اهمیت و ضرورت مسئله، در این پژوهش سعی می‌شود که با روش توصیف و تحلیل، به این پرسش پاسخ داده شود که تأثیرپذیری اهل‌سنت از اهل‌بیت (ع) در قواعد استنباط فقهی چگونه است؟ و در ضمن این فرضیه رد خواهد شد که اهل‌سنت بعد از رحلت نبی اکرم (ص) به فکر تدوین قواعد کلی استنباطی برآمدند، آن‌ها دارای اصول و قواعد مدون و اولین کسانی بوده‌اند که قواعد استنباطی را تدوین نموده‌اند و شیعه از آن‌ها تأثیر پذیرفته است.

---

۱. آلوسی در ذیل کلام ابوحنیفه می‌گوید: این امام اعظم ابوحنیفه است که افتخار می‌کند و با زبان فصیح می‌گوید: اگر آن دو سال شاگردی در خدمت امام جعفر صادق (ع) نبود، نعمان بن ثابت هلاک شده بود (آلوسی، ۱۳۰۱، ج. ۱، ص. ۹). و نقل شده است که هر وقت ابوحنیفه به مکه سفر می‌کرده است، هر طوری که شده به امام جعفر صادق (ع) سر بزند و از ایشان احوالی بپرسد و گفتگوهای علمی بین آن‌ها صورت می‌گرفته است (عزیزی، ۱۳۹۰، ص. ۱۰۲).

۲. استاد ربانی بیرجندی در کتاب تبارشناسی خود آورده است که فقیهی از مذهب مالک یکی از اصحاب امام باقر (ع) – شاید زراره – را دید و از او سؤال کرد که ابوجعفر (ع) دربارهٔ فلان فرع فقهی چه می‌گوید؟ او در جواب گفت: هرچه فکر می‌کنم دربارهٔ این فرع خاص روایتی به ذهنم نمی‌رسد، ولی یک قاعدهٔ کلی از امام شنیدم که حضرت این‌گونه فرموده است و بعد آن فقیه اهل سنت گفت: مرا بس است که به من یک قاعده دادی (ربانی بیرجندی، ۱۳۹۴، ص. ۱۳).

این مقاله درصدد اثبات این است که اهل‌بیت (ع)، خصوصاً امام علی (ع)، امام باقر (ع) و امام صادق (ع) با املای قواعد و کلیات قواعد استنباطی و شیوه‌های بهره‌بری و فرع فقهی از قرآن و سنت را به اصحاب و شاگردان خود تعلیم دادند و فقهای مذاهب اربعه طبق اقرار خودشان و براساس قرائن و شواهدی که بعداً خواهد آمد، از اهل‌بیت (ع) تأثیر پذیرفته‌اند.

سیر بحث و ترتیب منطقی این مقاله به این صورت است که ابتدا بعضی از مباحث و قواعد استنباطی مطرح در روایات اهل‌بیت (ع) را در چهار بحث اصلی و مهم همچون مباحث الفاظ، مباحث عقلیه، اصول عملیه، قواعد تعارض ادله قرار داده؛ و سپس به نمونه‌های عینی از طریقه و شیوهٔ تأثیرپذیری پیشوایان مذاهب در هر بحث اشاره می‌کند. در اینجا اعتراف می‌شود که این مقاله، گام اولیه و بسیار کوچک است، با کاستی‌ها و موانع زیاد همراه بوده است و امید است که در آینده با همت علما و اساتید محترم و بزرگوار تکمیل گردد.

در این مقاله، به برخی قواعد علم اصول اشاره می‌کنیم که اهل‌بیت (ع) بنیان آن را نهاده‌اند و پیشوایان مذاهب اهل‌سنت نیز به‌جهت قرب زمانی و مکانی و امکان مشافهه با اهل‌بیت (ع) و قرائن حالیه و مقالیه ــ همچون اقرار به مرجعیت علمی اهل‌بیت (ع) و افتخار به شاگردی آنان ــ از آن قواعد، و اسلوب و شیوهٔ مطرح در لسان ائمه (ع) تأثیر پذیرفته‌اند و از آن‌ها به‌عنوان منبع و معلومات علمی اولیهٔ خود بهره برده‌اند. روایات اهل‌بیت (ع) که در ابواب و موضوعات مختلف متضمن قواعد استنباطی و اصولی باشند، فراوان‌اند؛ حتی خود معصومان (ع) فرموده‌اند: «بر ماست که قواعد اصولی را القا کنیم و شما به‌وسیلهٔ آن، فروعات را استخراج کنید.»

روی همین جهت در اینجا مباحث و قواعد استنباطی مطرح در روایات اهل‌بیت (ع) را در چهار بحث اصلی و مهم قرار می‌دهیم و سپس تأثیرپذیری پیشوایان مذاهب را در هر بحث اشاره می‌کنیم.

۱. مباحث الفاظ

مقصود از مباحث الفاظ، دلالات الفاظ بر معانی‌شان است که در فقه مورد استناد قرار می‌گیرد و ضابطهٔ مسئلهٔ استنباطی و اصولی بر آن منطبق است و سیال است، مثل مبحث اوامر، نواهی، عام و خاص، مشتق، مطلق و مقید، مجمل و مبین، محکم و متشابه و... (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۸، ج. ۱، ص. ۲۳).

۱ـ۱. قاعدهٔ دلالت الفاظ بر معانی

یکی از قواعد مطرح در روایات، قاعدهٔ دلالت لفظ بر معنایشان است. اهل‌بیت (ع) جدا از تشویق اصحاب به تفقه در دین، و تفریع فروع بر اصول، یا تدوین اصول فهم دین در رساله‌های مستقل، گاهی خودشان شیوهٔ استنباط را به اصحاب و شاگردان خود می‌آموختند و عملاً به آن‌ها یاد می‌دادند و ابی‌جارود از امام باقر (ع) نقل کرده است: «هرگاه مطلبی یا فرعی را برای شما گفتم دلیل قرآنی آن را از من بپرسید» (کلینی، ۱۴۰۷، ج. ۷، ص. ۳۰۰؛ جواهری، ۱۳۸۱، ص. ۱۷۶).

یعنی حضرت می‌خواهد که اصحابشان و دوستداران علم را با شیوهٔ استنباط احکام شرعی از قرآن و سنت نبی اکرم (ص) که مهم‌ترین مدرک و دلیل اجتهاد است، آشنا کنند.

در ذیل، روایتی از امام علی (ع) و امام صادق (ع) است که دلالت بر قاعدهٔ معروف اصولی که همان «دلالت الفاظ بر معانی» باشد می‌کند و از آن روایت این قاعده برداشت می‌شود:

۱. رَوَى أَبُو الْأَسْوَدِ: قَالَ عَلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ، الْكَلَامُ كُلُّهُ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ، اسْمٌ وَ فِعْلٌ وَ حَرْفٌ فَالاسْمُ مَا أَنْبَأَ عَنِ الْمُسَمَّى... ابوالاسود دوئلی از امام علی (ع) روایت کرده که امام علی فرمود: «تمام کلام و الفاظ عرب سه قسم است؛ یعنی اسم و فعل و حرف است؛ و اسم لفظی است که از مسمی خبر می‌دهد و دلالت بر معنا می‌کند.

مرحوم مجلسی و دیگر جوامع حدیثی، چند تا روایات را مبنی بر اینکه واضع و مؤسس علم نحو و قاعدهٔ ادبی امام علی (ع) است، نقل می‌کنند؛ و حضرت در ضمن بیان و قواعد کلی کلام عرب به دلالت لفظ و اسم بر معنی اشاره می‌کند و از کلام حضرت برداشت می‌شود؛ و در ادامه حضرت، بعد از طرح قواعد کلی، به ابوالاسود دوئلی دستور می‌دهد که این قواعد کلی را بسط و توسعه بدهد و هرچه را که در خاطره و ذهنش می‌آید، به آن قواعد اضافه کند» (مجلسی، ۱۴۰۳، ج. ۱، ص. ۱۶۱؛ عاملی، ۱۴۱۸، ج. ۱، ص. ۶۸۲).

این روایت درست است که در مورد علم نحو است ولی مورد، موجب تخصیص حکم نیست، اما می‌شود از آن یک قاعدهٔ اصولی را که همان دلالت لفظ بر معنی است، استفاده کرد، چون حضرت فرموده: «اسم لفظی است خبر از مسمی می‌دهد و دلالت بر شخص و معنا می‌کند، این خودش دلالت لفظ بر معنی است و نیاز به توضیح ندارد و در علم اصول از دلالت الفاظ بر معانی و استعمالات آن مثل حقیقت وضع، وضع تعیینی و تعینی و اقسام وضع بحث شده است؛ و عالم و فقیه برجسته مرحوم ملا صالح مازندرانی از مناظرهٔ امام صادق (ع) با دیصانی که در جوامع حدیثی آمده است، همین قاعده را استفاده نموده است (کلینی، ۱۴۰۷، ج. ۲، ص. ۸۰).

پیشوایان اهل‌سنت با توجه به الهام‌گیری از این قاعدهٔ دلالت لفظ بر معانی و کاربردش در مقام استدلال و تأثیرپذیری از این روش، این قاعده را توسعه داده و آثار فقهی آن را ذکر کردند و نمونه‌هایی را از پیشوایان مذاهب اشاره می‌کنیم:

الف) احمد بن علی رازی معروف به جصاص متوفای (۳۷۰) که از علمای مذهب حنفی است، مبحث دلالت لفظ بر معنی را مفروغ‌عنه گرفته و وارد بحث دلالت لفظ بر دو معنی شده است، یعنی دلالت لفظ بر یک معنی روشن است، حالا اگر لفظ دلالت بر دو معنی کرد و شامل دو معنی شد در این صورت حمل بر معنای حقیقی می‌شود؟ و معنای حقیقی نسبت به‌معنای مجازی تقدم دارد؟ مثلاً لفظ «قرء» که حقیقت در حیض دارد و مجاز در طهر است و نمی‌شود که در آنِ واحد از آن دو معنای مختلف اراده کرد و در ذیل آیهٔ شریفهٔ: «لَامَسْتُمْ النِّسَا» حدیث از امیرالمؤمنین (ع) که اولین فرد از اهل‌بیت پیامبر (ص) است نقل می‌کند که مراد از این آیه معنای مجازی و کنایی آنکه همان جماع باشد است، نه معنای حقیقی آنکه لمس با دست باشد: «لَامَسْتُمْ النِّسَا»... وَذَلِكَ أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَلِيًّا وَابْنَ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - فالَا الْمُرَادُ الْجِمَاعُ، وَكَانَ عِنْدَهُمَا أَنَّ اللَّمْسَ بِالْيَدِ غَيْرُ مُرَادٍ.

و در این مبحث مذهب حنفی با الهام‌گیری از اهل‌بیت (ع) و به‌طور صریح استناد به روایت اهل‌بیت (ع) کردند (جصاص، ۲۰۰۰، ج. ۱، ص. ۴۹).

ب) در مبحث دلوک شمس و غسق الیل، مالک در این زمینه روایتی را از نافع نقل می‌کند که عبدالله بن عمر می‌گوید معنای «دلوک الشمس» همان میل است به‌معنای زوال شمس می‌باشد و بعد شخصی به نام مجاهد از قیس بن سائب که از تابعان و از اهل‌سنت می‌باشد این معنا و تفسیر را به امام محمد باقر (ع) استناد می‌دهد و می‌گوید: «وهو قول أبی جعفر محمد بن علی (ع)» و در ادامه این معنا را هم استناد به امام علی (ع) می‌دهند و می‌گویند: «هو قول علی بن ابیطالب (ع) وابی وائل و طائفه... (قرطبی، ۲۰۱۶، ج. ۲، ص. ۲۴۷).

ج) مذهب حنبلی اقسام دلالت لفظ بر معانی را ذکر می‌کند و نتیجهٔ فقهی آن را متذکر می‌شود؛ مثلاً اگر کسی داخل در محدودهٔ طواف بشود و طواف را انجام دهد، ولی حجر الاسود را طواف نکند، در واقع چنین شخصی طواف را انجام نداده و می‌بایست طواف را اعاده کند و چون لفظ طواف به‌نحو دلالت مطابقی بر کل معنای خود دارد و حجر الاسود هم جزو طواف و بیت است، یعنی لفظ طواف یا بیت‌الله به دلالت مطابقی بر تمام معنای خود دلالت می‌کند که یکی از آن حجر الاسود است (صویغ، ۱۴۲۵، ج. ۱، ص. ۴۷). درحالی‌که این قاعدهٔ دلالت لفظ بر معانی و کاربردش در مقام استدلال و استنباط قبل از حنبلی‌ها بوده و مورد استعمال قرار می‌گرفته است.

در اینجا تأثیر به‌معنای لغوی که همان پیروی نمودن از طریقه و شیوهٔ متقدمان باشد صدق می‌کند و یکی از معانی تأثیر، طریقه و شیوه است. خداوند در قرآن از قول بت‌پرست‌ها نقل می‌کند که می‌گفتند: «إِنَّا وَجَدْنا آباءَنا عَلی أُمَّةٍ وَ إِنَّا عَلی آثارِهِمْ مُهْتَدُونَ.» یعنی ما بر آثار و طریقه و شیوهٔ اجدادمان هدایت شدیم (زخرف: ۲۲). و خیلی واضح است که اندیشه‌های متقدمان تأثیرگذار بر افکار متأخران می‌باشد و عالم برجستهٔ اهل‌سنت، ابن‌ابی‌الحدید شارح نهج‌البلاغه، امام علی (ع) را مؤسس دانش فقه می‌داند و می‌گوید او پایه‌ها و روش‌های فقه را بنا کرد و هر فقیهی که در اسلام ظهور پیدا کرده از او بهره برده است، باید فقه را به او نسبت داد (ابن‌ابی‌الحدید، ۱۳۷۴، ج. ۱، ص. ۳۴). یا محمد ابوزهره استاد دانشگاه الازهر در ذیل حدیث شریف ثقلین گفته است که این حدیث بر مرجعیت فقهی و علمی اهل‌بیت (ع) دلالت دارد (شیرازی، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۲۳).

۱ـ۲. قاعدهٔ حجیت ظهور امر در وجوب

یکی دیگر از قواعدی که در روایات اهل‌بیت (ع) آمده، ظهور صیغهٔ امر است و اهل‌بیت (ع) برای کشف و استنباط حکم شرعی به ظهورات تمسک می‌کردند و کیفیت استناد به ظواهر را به اصحاب خود به‌نحو صحیح تعلیم می‌دادند و بعد این طریقه مبنای بسیاری از اکتشافات حکم شرعی قرار گرفت و علمای اصول شیعه و اهل‌سنت هم به‌تبع روایات، این بحث را مفصل مطرح کردند و از روایات الهام گرفتند و در ذیل به یک نمونهٔ آن اشاره می‌کنیم:

۱. «عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: ... أَ مَا تَسْمَعُ قَوْلَ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَ فَإِذا قُضِیَتِ الصَّلاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَ ابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ. أَ رَأَیْتَ لَوْ أَنَّ رَجُلًا دَخَلَ بَیْتاً وَ طَیَّنَ عَلَیْهِ بَابَهُ وَ قَالَ رِزْقِي یَنْزِلُ عَلَیَّ كَانَ یَكُونُ هَذَا أَمَا إِنَّهُ یَكُونُ أَحَدَ الثَّلَاثَةِ الَّذِینَ لَا یُسْتَجَابُ لَهُمْ...» (عاملی، ۱۴۰۹، ج. ۱۷، ص. ۲۷)

امام صادق (ع) می‌فرماید: آیا کلام خدای متعال را نشنیدی که فرموده است: «وقتی نماز انجام دادید، در زمین خدا پراکنده شوید، از فضل خدا روزی حلال‌طلب کنید، حال اگر مردی دنبال و جستجوی رزق حلال نشود و در بیت خود نشسته باشد، بعد بگوید خداوند روزی مرا از آسمان نازل می‌کند، در واقع این مرد یکی از آن افرادی است که دعای او به اجابت نمی‌رسد.

در این روایت، امام صادق (ع) از صیغهٔ امر در «ابتغوا» وجوب کار و سعی و کوشش برای به دست آوردن روزی حلال از جانب خداوند استنباط شده است، یعنی صیغهٔ امر ظهور در وجوب دارد، و ظهور آن حجت است و حجیت و اعتبار ظهور آیات نزد اهل‌بیت (ع) پیش‌فرض بوده و در موارد بسیاری به ظاهر آیه استناد نموده و طریقهٔ به دست آوردن حکم شرعی را به اصحاب تعلیم دادند.

در مراجعه به کتاب‌های اصولی مذاهب، اقتباس از این روش در مقام استدلال و استنباط احکام ملموس و روشن است؛ اهل لغت یکی از معانی «تأثیر» را در طریق قرار گرفتن دانسته‌اند: «عَلَى آثارِهِمْ مُهْتَدُونَ»؛ یعنی بر طریقه و راه آن‌ها هدایت شدیم. پیشوایان مذاهب هم در مقام استنباط فروعات فقهی از طریقه و روش اهل‌بیت (ع) استفاده کردند و در این روش و طریقه قرار گرفتند؛ پس آن‌ها تأثیر پذیرفتند؛ مثلاً امام مالک که می‌گفت من فقیه‌تر از امام صادق (ع) ندیدم، در مورد استدلال بر صیغهٔ امر از طریقه و روش اهل‌بیت (ع) تأثیر پذیرفته است، زیرا قائل است که اگر صیغهٔ امر مجرد از قرائن باشد، ظهور در وجوب دارد و اوامر صادره از کسانی که اطاعت آن‌ها واجب است، دلالت بر وجوب می‌کند. وی برای صحت این ادعا چند فرع فقهی را به‌شیوهٔ اهل‌بیت (ع) از آیات استنباط نموده است:

الف) تمام نمودن اعمالی مثل نماز، روزه، حج و عمره بر مکلف و عبد واجب است، یعنی وقتی که مکلف وارد این اعمال می‌شود، باید آن‌ها را به آخر و پایان برساند، چون خداوند فرموده: «أَتِمُّوا الصِّيامَ إِلَى اللَّيْلِ...» (بقره: ۱۸۷) روزه را تا شب به پایان رسانید و تا شب ادامه دهید.

ب) مردی که زنش را طلاق بائن داده، بر او واجب است که در زمان عده سکنای زن مطلقه را فراهم کند و استدلال نموده به قوله تعالی:

«أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَ لا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَ إِنْ كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» (طلاق: ۶) یعنی زنان طلاق داده شده را در دورهٔ عده در همان محل سکونت خودتان و به اندازهٔ امکاناتتان اسکان دهید، و با کم گذاشتن از مخارج و محل زندگی در فشارشان نگذارید و اگر حامله‌اند هزینهٔ زندگی‌شان را تا وقت زایمانشان بپردازید.

در این آیه «أَسْكِنُوهُنَّ» فعل امر است، دلالت بر وجوب سکونت برای زن مطلقه دارد، چون فعل امر ظهور در وجوب دارد (شعلان، ۲۰۰۳، ج. ۱، ص. ۴۰۸).

ج) مذهب امام شافعی - که وقتی مالک از حاضرجوابی شافعی متعجب بود، سؤال کرد که تو هرگز این‌چنین نبودی و بگو پیش چه کسی درس خواندی؟ در جواب گفت عمدهٔ درس‌های من نزد تلامذه و اصحاب جعفر بن محمد الصادق (ع) بوده است - این است که اگر صیغهٔ امر قرینه نداشته باشد و بدون قرینه باشد، باید آن را بر وجوب حمل کرد، چون خداوند فرموده: «أَقِيمُوا الصَّلاةَ» (حج: ۷۸) در این آیهٔ شریفه هیچ قرینه

و دلیلی نیست که امر در آن را به‌معنای دیگری در نظر بگیریم، لذا صیغهٔ امر در این آیهٔ شریفه دلالت بر وجوب می‌کند (سبکی، بی‌تا، ص. ۴۱).

د) مذهب امام حنبل در مورد نفقهٔ زن مطلقهٔ حامله گفته است: «نفقه و خرج چنین زنی بر زوج و شوهرش تا وضع حمل آن واجب است، چون خداوند در قرآن نفقه را بر مرد واجب کرده و فرموده: «وَ إِنْ كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» (طلاق: ۶) اگر زنان مطلقه باردار باشند، هزینهٔ آنان را تا زمانی که وضع حمل می‌کنند بپردازید؛ در این آیهٔ شریفه خداوند نفقه و هزینهٔ زن مطلقهٔ باردار را بر زوج واجب کرده است، چون کلمهٔ «أَنْفِقُوا» امر است و امر ظهور در وجوب دارد. پس مذهب حنبلی هم در روش استنباط در مقام استدلال از اهل‌بیت (ع) تأثیر پذیرفته است (صویغ، ۱۴۲۵، ج. ۱، ص. ۱۴۲). احمد بن حنبل پیشوای مذهب حنابله کتابی را به نام المسند تألیف نموده، در آن کتاب روایات فقهی و قاعده‌های فقهی زیادی را از امام حسن (ع) و سایر ائمه (ع) نقل کرده است (احمد بن حنبل، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۱۹۹). ایشان با حضرت امام موسی بن جعفر (ع) رابطهٔ خاصی داشته و رفت‌وآمد می‌کرده است و از علم و دانش حضرت بهره می‌برده است (خوانساری، ۱۳۹۰، ج. ۱، ص. ۳۵۱). امام حنبل در موضوعاتی همچون مصرف زکات، حرمت نکاح دختر برادر و خواهر رضاعی، اجرت حجامت، به روایات امام محمد باقر (ع) استناد جسته است (ابن‌قدامه مقدسی، ۱۴۱۷، ج. ۴، ص. ۱۳۳). این‌ها قرائن و شواهدی است که پیشوایان مذاهب در استنباط فرع فقهی از اهل‌بیت (ع) تأثیر می‌گرفتند. شاید کسی اشکال کند بر اینکه استفادهٔ علمای اهل‌سنت از ظهور امر در وجوب یا ظهور نهی در حرمت و تطبیقات آن، مدعای شما را که تأثیرپذیری مذاهب اربعه باشد ثابت نمی‌کند، و در چنین مواردی از علامات دیگر مثل قول لغوی، ظهور عرفی، در مسئلهٔ حقیقت و مجاز از علامت تبادر و صحت حمل و... استفاده می‌کنند، نه از کلام معصوم و روایت آن.

در جواب می‌گوییم: در اینجا دو بحث مطرح است، یکی بحث صغروی است، یعنی بحث در اصل ظهور کلمه است، و اصل ظهور معلوم و روشن نیست؛ در این صورت برای تعیین اصل ظهور کلمه، به علاماتی مثل قول لغوی، ظهور عرفی، تبادر می‌بایست مراجعه کرد، و اصل ظهور با این علامات محقق می‌شود؛ و بحث ما هم راجع به شناسایی اصل ظهور نمی‌باشد، تا کسی اشکال کند که ظهور امر در وجوب با ظهور عرفی و تبادر تعیین می‌شود، نه با کلام معصوم و روایات. بلکه کلام در این است که اهل‌بیت (ع) اولین افراد بودند، و به‌خاطر دست‌یابی به احکام شرع، به اصحاب و شاگردان خود آموزش می‌دادند، و به این قواعد و اسلوب آن اشاره کردند، و پیشوایان مذاهب هم از این طریقه و شیوه برای رسیدن به احکام شرع از اهل‌بیت (ع) تأثیر گرفتند، و طبق نظر لغت‌شناسان تأثیر در اینجا صدق می‌کند، و اهل‌بیت (ع) طبق فرموده‌شان: «علینا القاء الاصول وعلیکم التفریع» مؤسس قواعد اصولی بودند، و آن‌ها شاخصه‌های تأثیرگذاری را در حوزهٔ استنباط دارا بودند؛ و مذاهب اربعه از شاگردان اهل‌بیت (ع) محسوب می‌شوند، و تأثیر اندیشه‌های متقدم و استاد بر شاگردان خود امر طبیعی و روشنی است.

یکی دیگر بحث کبروی است، و اصل ظهور کلمه ثابت است، و در اصل ظهور کلمه مشکل نداریم، بلکه بحث در این است که این کلمه که اصل ظهور آن ثابت و مسلم است، آیا ظهورش حجیت دارد یا خیر؟ نظر

مشهور این است که ظواهر مطلقاً حجیت دارند، آن هم از باب ظن خاص، یعنی دلیل خاص بر حجیت آن قائم شده باشد که همان قول و فعل معصوم باشد و امام معصوم به ظهور امر در وجوب و ظهور نهی در حرمت استناد نموده است، و این نشان‌گر حجیت و تأیید آن ظهور می‌باشد که این شیوه چه در زمان خودشان و چه در زمان‌های متأخر، معیار بسیاری از اکتشافات و استنباط فرع فقهی قرار گرفت، و دیگران از آن اسلوب اهل‌بیت (ع) الهام گرفتند.

۱ـ۳. قاعدهٔ مطلق و مقید و تأثیر آن در پیشوایان مذاهب

یکی دیگر از قواعد استنباطی و اصولی که اهل‌بیت (ع) القا نموده و به شاگردان خود تعلیم نموده‌اند، قاعدهٔ مطلق و مقید است.

۱. «کِتَابَ رَبِّکُمْ فِیکُمْ مُبَیِّناً حَلَالَهُ وَ حَرَامَهُ... وَ نَاسِخَهُ وَ مَنْسُوخَهُ... وَ خَاصَّهُ وَ عَامَّهُ... وَ مُرْسَلَهُ وَ مَحْدُودَهُ وَ مُحْکَمَهُ وَ مُتَشَابِهَهُ مُفَسِّراً [جُمَلَهُ] مُجْمَلَهُ وَ مُبَیِّناً» (نهج‌البلاغه، خطبهٔ ۱)

امام علی (ع) در نهج‌البلاغه در ضمن بیان ویژگی‌های قرآن، به یک دورهٔ اجمالی اصول فقه اشاره نموده و توجه همگان را به‌سوی آن معطوف نموده است، از جمله مبحث مطلق و مقید که در کتاب‌های اصولی امروزی شیعه و اهل‌سنت از آن بحث گسترده نموده‌اند، و حضرت در آنجا اشاره فرموده است: «مُرْسَلَهُ وَ مَحْدُودَهُ» یعنی پیامبر (ص) مطلق و مقید قرآن را بیان کرده، مطلق آن احکامی که قید و شرط نداشته و بدون قید آمده است، مثل آیهٔ شریفهٔ: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَیْعَ» خداوند خرید و فروش را جایز کرده است و مانند کفارهٔ قسم که فرمودند: «أَوْ تَحْرِیرُ رَقَبَةٍ» یعنی آزاد کردن یک برده. مقید آن احکامی است که با قید و شرط آمده است، مثل آیهٔ شریفهٔ: «تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْکُمْ» معامله و خرید و فروشی که با رضایت همراه باشد، یا مانند کفارهٔ قتل خطا که فرمودند: «فَتَحْرِیرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ» آزاد کردن یک بندهٔ باایمان.

در مراجعه به کتب اهل‌سنت، این طریقه و شیوه در مقام استنباط آن‌ها به چشم می‌خورد و آن‌ها از اهل‌بیت (ع) تأثیر گرفتند و در این زمینه اهل‌سنت بحث گسترده‌ای کردند؛ مثلاً حدیثی را امام جعفر صادق (ع) از جدش نبی اکرم (ص) نقل می‌کند که حضرت فرموده است: «لا نکاح الا بولی ...» یعنی نکاح جز با اجازهٔ ولی صحیح نمی‌باشد (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج. ۱۴، ص. ۳۱۷). ابوحنیفه با توجه به این حدیث گفته است فاسق می‌تواند به‌واسطهٔ قرابت ولایت، ازدواج را به عهده بگیرد، چون در اینجا نص (ولی) مطلق است و باید به اطلاق آن عمل شود (زلمی، ۱۳۷۵، ص. ۱۳۵). [۱] شاگرد ابوحنیفه یعنی ابویوسف، احادیث زیادی را در مبحث صلات

---

۱. ...امْرَأَةٌ فَقَالَتْ: ... جِئْتُ إِلَى أَبِی حَنِیفَةَ صَاحِبِ الرَّأْیِ فَقَالَ مَا عِنْدِی فِیهَا شَیْءٌ، وَ لَکِنْ عَلَیْکَ بِمُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ الثَّقَفِیِّ فَإِنَّهُ یُخْبِرُ، فَمَهْمَا أَفْتَاکَ بِهِ مِنْ شَیْءٍ فَعُودِی إِلَیَّ فَأَعْلِمِینِیهِ! فَقُلْتُ لَهَا امْضِی بِسَلَامٍ فَلَمَّا کَانَ الْغَدُ خَرَجْتُ إِلَى الْمَسْجِدِ وَ أَبُو حَنِیفَةَ یَسْأَلُ عَنْهَا أَصْحَابَهُ فَتَنَحْنَحْتُ فَقَالَ اللَّهُمَّ غَفْراً دَعْنَا نَعِیشُ.

روایتی در رجال کشی مربوط به احوالات جناب محمد بن مسلم است که یک زن در شب ایشان را صدا می‌زند، خواسته مسئله از ایشان بپرسد مثل اینکه عروسش حامله بوده و بچه‌اش در شکمش مرده و حکم شرعی آن را می‌پرسیده است، محمد بن مسلم در جواب آن زن می‌گوید: من که یک آدم ناشناس هستم، تو را کی به اینجا رسانده و کی گفته است بیا در خانه؟ آن زن جواب داد ابوحنیفه درب خانه فرستاده، ابوحنیفه که صاحب‌نظر است رفتم، سؤال را بلد نبود، مرا اینجا آدرس داده است که از شما بپرسم و بعد ابوحنیفه گفت: اگر آنجا رفتی جواب سؤال را گرفتی بعد بیا به ما خبر بده. محمد بن مسلم جواب مسئله را به آن زن از امام صادق (ع) نقل می‌کند و بعد فردا که محمد بن مسلم به مسجد

از طریق ابوحنیفه از پیامبر (ص) نقل می‌کند و از جمله روایتی را از امام باقر (ع) در مورد نماز شب پیامبر (ص) چنین می‌آورد: «یوسف عن ابیه عن ابی حنیفة عن ابی جعفر محمد بن علی (ع) عن النبی صلی الله علیه وسلم انه کان یصلی بعد العشاء الآخرة الی الفجر فیما بین ذلک ثمانی رکعات ویوتر بثلاث ویصلی رکعتی الفجر.» (ابویوسف، بی‌تا، ص. ۱۱۹). البته داب و روش پیشوایان مذاهب این بوده، خصوصاً در کتاب الاستذکار الجامع لمذاهب فقهاء الامصار آمده است که در بسیار از موارد، فرع فقهی را به روایات اهل‌بیت (ع) مثل روایت امام علی (ع) و امام باقر (ع) و امام صادق (ع) استناد می‌دهند. یا عالم اهل‌سنت مثل علی بن محمد آمدی در کتاب الاحکام، اطلاق را تعریف نموده است به لفظی که نسبت به مدلول خود شایع و فراگیر است و شامل همهٔ افراد خودش می‌شود، مثل «اعتقوا رقبة» که رقبه مطلق بوده و شامل همهٔ افراد آن می‌شود چه رقبهٔ مسلم باشد و چه غیر مسلم، و بعد از تعریف، صورهای مختلف این بحث را ذکر نموده است (آمدی، ۱۴۰۰، ج. ۳، ص. ۲۲؛ زرکشی، ۱۴۱۳، ج. ۳، ص. ۴۲۰). پیشوایان مذاهب همچون شافعی و ابوحنیفه و مالکی و حنبلی در بعضی از این صور متفق هستند و در بعضی دیگری از آن با هم اختلاف دارند و شرح و بسط آن‌ها در اینجا ضرورت ندارد و مهم این است این بحث‌ها قبل از این‌ها مطرح بوده و در کلمات اهل‌بیت (ع) این شیوه مطرح شده و اهل‌بیت (ع) این طریقه را تعلیم داده‌اند و خود پیشوایان مذاهب از تلامیذ اهل‌بیت (ع) بودند و بهره‌ای وافی را در این مسائل بردند و اصحاب اهل‌بیت (ع) در این زمینه کتاب‌هایی تألیف نموده‌اند که به آن اشاره کردیم.

۱ـ۴. قاعدهٔ مجمل و مبین و تأثیر آن در اهل‌سنت

یکی از مباحث اصولی که امروز در علم اصول شیعه و اهل‌سنت مطرح است، مبحث مجمل و مبین است و این مبحث را اهل‌بیت (ع) از جمله امام علی (ع) در نهج‌البلاغه یادآور شده‌اند و اهل‌بیت (ع) این بحث را مطرح کردند و حضرت فرموده است: «مُفَسِّراً [جُمَلَهُ] مُجْمَلَهُ وَ مُبَيِّناً» یعنی رسول اکرم (ص) مجملات و غوامض آن را با سخنانش تبیین و بیان نموده است، پس مجمل، آیات و احکامی است که مراد آن آشکار و روشن نباشد، مثل اینکه شارع دستور به نماز می‌دهد، ولی رکعات و ارکان آن را تبیین نمی‌کند و مبین، آن آیات و احکامی است که مراد و مقصود آن واضح و روشن باشد، مثل حروف مقطعهٔ قرآن که در احادیث اهل‌بیت (ع) مراد آن تبیین شده است.

وقتی که در این بحث به کتاب‌های اهل‌سنت مراجعه می‌شود، آن‌ها هم به‌تبع پیروی از اهل‌بیت (ع) به این بحث وارد شدند و از آن بحث کردند و تأثیر پذیرفتند، چون آن‌ها امام علی (ع) را از ارکان اهل‌بیت (ع) می‌دانند و جزو خلفای راشدین حساب می‌کنند و به اقرار خود خلفا و پیشوایان و علمای اهل‌سنت مثل ابن‌ابی‌الحدید در کتاب شرح نهج‌البلاغة، محمد ابوزهره استاد دانشگاه الازهر مصر در کتاب خود و

می‌رود؛ ابوحنیفه همان حرف‌ها را که از همان زن شنیده، دارد به شاگردانش می‌گوید و توضیح می‌دهد، بعد محمد بن مسلم یک سرفه و با اشاره به ابوحنیفه می‌فهماند یعنی این مسائل که به شاگردانت می‌گویی مال خودت نیست، از امام صادق (ع) است، ابوحنیفه می‌گوید: «اللَّهُمَّ غَفْراً دعنا نَعِیشُ» یعنی ای مسلم خدا تو را بیامرزد، ما را به حال خود واگذار، زیاد خجالت و شرمنده و سرافکنده نکن (محمد بن عمر کشی، ۱۳۴۸، ص. ۱۶۲).

کانی‌مشکانی در اصول فقه شافعی و مقدمهٔ رسالهٔ شافعی و... امام علی (ع) را بنیان‌گذار علم فقه دانسته و برپا دارندهٔ ستون‌های آن می‌دانند و هر عالمی که در اسلام بروز نموده، ریزه‌خوار و وامدار سفرهٔ او بوده و از فقه و دانش او بهرهٔ وافی و تأثیرپذیری را برده است. این مطلب را همگان می‌دانند خلفا از جمله عمر، در حل مسائلی که برای او و یارانش مشکل بود به آن حضرت مراجعه می‌کردند و همه از اعترافات خلفا و مذاهب خصوصاً عمر در مورد حضرت علی (ع) آگاه هستند و در تاریخ ثبت شده است و نیاز به ذکر دوبارهٔ آن نیست.

۱ـ۵. قواعد ادبی در استنباط‌های اهل‌بیت (ع) و تأثیر آن در مذاهب

یکی دیگر از قواعد مطرح در روایات اهل‌بیت (ع) قواعد ادبی است؛ یعنی بعضی از قواعدی که در استنباط‌های اهل‌بیت (ع) به کار رفته است و از روایات استفاده می‌شود، از نوع قواعد ادبی است؛ مانند حروف معانی مثل «من» تبعیضیه و «الی» غایت و «انی» زمانی و «با» سببیت و «انما» حصریه و... مثلاً برای نمونه در روایتی معروف آمده است که راوی سؤال می‌کند چرا مسح بر بعض رأس کافی است؟ امام می‌فرماید: «لمکان البا فی آیه وامسحوا برؤوسکم» یعنی حرف «با» ظهور در تبعیض دارد و نمونه‌های زیادی وجود دارد. این مقاله ظرفیت طرح آن را ندارد، گرچه تکیه بر این قواعد امری طبیعی است، ولی اهل‌بیت (ع) اولین افراد بودند که به‌جهت آموزش به اصحاب و دست‌یابی به احکام شرعی الهی، به شاگردان خود تعلیم داده و به این قواعد اشاره کردند و این قواعد ادبی مطرح در روایات اهل‌بیت (ع) سبب شده که پیشوایان مذاهب و علمای اهل‌سنت و شیعه در زمان‌های متأخر از آن‌ها، در علم اصول مطرح کنند و مورد بحث قرار دهند و در روش استنباط از آن‌ها پیروی کنند.

پیشوایان مذاهب از قواعد ادبی مطرح در لسان اهل‌بیت (ع) در راستای استنباط فروع فقهی خود الهام گرفته و همان روش را پیش گرفتند و اعمال این روش با مراجعه به کتاب‌های اصولی و فقهی آن‌ها مشهود و ملموس است، البته در بعضی موارد با مبانی فقهی اهل‌بیت (ع) اختلاف است، ولی از نظر روش و طریقهٔ استنباط، تأثیر از اهل‌بیت (ع) است؛ مثلاً مذهب حنابله در کتاب قواعد الاستنباط شبیه همین قواعد فوق، قواعد ادبی را مطرح کرده و به‌وسیلهٔ آن فروع فقهی زیادی را نتیجه گرفته است؛ مثلاً می‌گوید: «حروف واو «و» عاطفه. واو یکی از حروف مبانی و دارای حالاتی است، یکی از آن‌ها عطف است، یعنی معنای آن مطلق جمع است؛ و به‌وسیلهٔ واو عطف، شیء با شیء دیگر عطف شده و جمع می‌شود؛ مثلاً اگر گفته شود: «رأیت زیداً و عمراً.» یعنی زید و عمرو را با هم مشاهده و رؤیت کردی. گفتار خداوند که فرموده: «فَأَنْجَیْناهُ وَ أَصْحابَ السَّفِینَةِ» یعنی خداوند او را با افراد کشتی با هم نجات داده است. اثر فقهی این حروف این است که اگر کسی به زن غیر مدخوله‌اش سه بار با واو عاطفه بگوید: «أنتِ طالقٌ و طالقٌ و طالقٌ» گویا زنش را سه بار طلاق داده و سه طلاق محقق می‌شود، و یا اگر کسی شیء و مالی را به فرزندانش وقف کند و سه بار با واو عاطفه که به‌معنای جمع است بگوید: «وقفتُ هذا الشیءَ علی أولادِ أولادٍ و أولادِ أولادٍ و أولادِ أولادٍ.» آن شیء به‌نحو مشترک به تمام نسل‌ها وقف می‌شود» (صویغ، ۱۴۲۵، ص. ۸۰). یا مثلاً حرف «ثم» دلالت بر ترتیب و تراخی دارد، یعنی وقتی کسی بگوید: «دخل زیدٌ ثم عمروٌ» معنایش این است که ورود عمرو بعد از دخول زید بوده و عمرو آمدنش متأخر از آمدن زید است، و لذا روی همین جهت اثر فقهی آن این می‌شود که اگر کسی وقف کند

و بگوید: «وقفتُ هذا الشيءَ علی أولادی ثم علی أولادِ أولادی ثم علی المساکین.» در این صورت وقف به حسب ترتیب تحقق پیدا می‌کند، یعنی نسل دوم با وجود نسل اول، حق نسبت به شیء موقوف ندارد؛ و یا کسی نذر کند و بگوید: «للهِ علیّ أن أحجَّ ثم أُجاهِدَ. وجب علیه أن یَفیَ بنَذرِهِ» برای خداوند است بر ذمهٔ من که حج به جا آورم و بعد در راه خدا جهاد کنم، در این صورت نذرش محقق می‌شود و می‌بایست نذرکننده به نذرش وفا کند، یعنی اول حج را انجام دهد و بعد جهاد کند (صویغ، ۱۴۲۵، ص. ۸۰). در اینجا اهل‌سنت در استخراج فرع فقهی، از روش اهل‌بیت (ع) که به‌وسیلهٔ قواعد ادبی مشی می‌کردند و فرع فقهی را به اصحاب خود تعلیم می‌دادند، تأثیر پذیرفته‌اند.

۱ـ۶. آموزش کیفیت استنباط اهل‌بیت (ع) با ادات عموم

یکی از مباحث گوناگون الفاظ، مبحث عام و خاص است که در کتاب‌های اصولی اهل‌سنت و شیعه مورد بررسی قرار گرفته است. پیشینه و سابقهٔ مبحث عام و خاص به عصر اهل‌بیت (ع) برمی‌گردد و روایت‌های زیادی از اهل‌بیت (ع) در دست است که حکایت از این پیشینه و گفت‌وگو دارد و اهل‌بیت (ع) توجه به این بحث داشتند؛ و آن را به‌عنوان قاعده و روش و اسلوب در استنباط احکام بیان نمودند؛ مثلاً امام علی (ع) در ضمن مباحثی همچون ناسخ و منسوخ و محکم و متشابه، از موضوع «عام و خاص» سخن فرموده است؛ یعنی امام یک دورهٔ اجمالی قاعدهٔ استنباط و مسائل علم اصول را بیان نموده و نمونه‌های این بحث در روایات منقول از امام علی (ع) آمده است و متنوع است و روایات موجود نشان می‌دهد که آن حضرت در مناسبت‌های مختلف وارد این مبحث شده‌اند و مبانی استنباط و اجتهاد را بیان کردند؛ مثلاً مناظره‌هایی که با خوارج داشتند و روایتی که سلیم بن قیس از امام علی (ع) نقل کرده است و در آن روایت، امام علی (ع) اصحاب رسول خدا را به دو گروه فقیه و غیرفقیه تقسیم می‌کنند و در ادامهٔ آن می‌فرمایند: کلام رسول خدا نیز مانند قرآن، ناسخ و منسوخ و عام و خاص و محکم و متشابه دارد (سلیم بن قیس الهلالی، ۱۴۰۵، ص. ۶۲۰). و بعد حضرت در آن بیان، وجود عام و خاص در قرآن را به‌عنوان یک اصل فرض‌شده می‌داند. و قواعد استنباط زیاد دیگری مثل مفهوم شرط، مفهوم وصف، قاعدهٔ حجیت ظهور نهی در حرمت، قاعدهٔ محکم و متشابه و قاعدهٔ ناسخ و منسوخ و... در کلمات و روایات اهل‌بیت (ع) وجود دارد که طرح آن در این مقاله نمی‌گنجد.

۲. مباحث عقلیه

یکی از مباحث مطرح در علم اصول شیعه و اهل‌سنت عقل است. عقل از اعتبار و اصالت خاصی در مباحث اصولی و فقهی برخوردار است. علمای علم اصول شیعه و اهل‌سنت به‌تبع پیروی و الهام‌گیری از اهل‌بیت (ع)، در بسیاری از مسائل، حکم شرعی را به حکم عقل استناد کردند.

استفادهٔ درست و صحیح از عقل در استنباط احکام شرعی و سابقهٔ آن به اهل‌بیت (ع) برمی‌گردد. عقل در روایات از اهتمامی ویژه برخوردار است، روایات زیاد و بی‌شماری در مورد اهمیت آن رسیده است.

یکی از اصول و پیش‌فرض‌های ائمهٔ معصومین (ع) در استنباط از قرآن، اعتبار و حجیت درک عقل در فهم آیات است و ائمهٔ معصومین (ع) در موارد متعددی با تکیه بر داوری عقل، حکم شرعی و یا موضوع حکم

شرعی را استنباط می‌کرده‌اند و به دیگران آموزش می‌دادند، آن هم طوری که بدون ضمیمه‌شدن آن درک عقلی، آن حکم شرعی از آیه به‌روشنی فهمیده نمی‌شده است؛ و این تمسک اهل‌بیت (ع) بر حکم عقل نشان‌گر این است که حکم و درک عقل از حجیت و اعتبار برخوردار است و نمونه‌های زیادی وجود دارد؛ مثلاً روایتی از امام علی (ع) است: «... إِذَا قَطَعَ السَّارِقَ تَرَكَ الْإِبْهَامَ وَ الرَّاحَةَ فَقِيلَ لَهُ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ع تَرَكْتَ عَامَّةَ يَدِهِ قَالَ فَقَالَ لَهُمْ فَإِنْ تَابَ فَبِأَيِّ شَيْ يَتَوَضَّأُ لِأَنَّ اللَّهَ يَقُولُ...» (مجلسی، ۱۴۲۱، ج. ۱۰۱، ص. ۱۸۰)

در این روایت، اهل‌بیت (ع) با توجه به فقرهٔ اخیر آیهٔ شریفه که از توبهٔ سارق سخن به میان آورده است و امام (ع) به کمک درک و داوری عقلی، حکم قطع دست سارق را مخصوص انگشتان و غیر از انگشت ابهام می‌داند و انگشت شست و کف دست را رها نموده و مورد قطع قرار نداده است، و در ادامه حضرت استدلال می‌کند مبنی بر اینکه اگر سارق توبه کرد، در این صورت نیاز به اعمال عبادی همچون وضو دارد و اگر همهٔ انگشتانش قطع شود، دیگر نمی‌تواند این اعمال را انجام دهد و این‌گونه استدلال عقلی از ناحیهٔ حضرت از آیه، بیان‌گر حجیت و اعتبار حکم و درک عقل است و موجب استنباط حکم قطع، در خصوص انگشتان دست گردیده است.

با مراجعه به کتاب‌های اهل‌سنت و اقرار خود آن‌ها این حقیقت روشن است که آن‌ها در این مباحث از اهل‌بیت (ع) تأثیر و الهام گرفته‌اند، حتی در این زمینه زیاده‌روی هم نموده‌اند و بعضی از اهل‌سنت این بحث را توسعه دادند و مباحث قیاس، استحسان و... را از مصادیق این بحث قرار دادند. اهل‌سنت در خصوص مشروعیت قیاس در جاهای مختلف به کلام امیرالمؤمنین (ع) و عمر تمسک نموده‌اند و به گمان خودشان از حضرت تأثیر پذیرفته‌اند، گرچه از نگاه امامیه مورد قبول نیست و در عین حال استدلال نموده‌اند؛ مثلاً گفته‌اند خلیفهٔ چهارم امام علی (ع) گفته است: «من شرب هذی و من هذی افتری فاری علیه حدالمفتری» یعنی کسی که شراب بنوشد هذیان می‌گوید و وقتی که هذیان بگوید تهمت می‌زند و حد تهمت هشتاد ضربه شلاق است. در اینجا خلیفهٔ چهارم حکم شراب را به هذیان و افترا قیاس نموده و برای هر دو یک حد قرار داده است و قیاس او در مسائل و فرایض ارث مشهور است (کانیمشکانی، ۱۳۶۴، ص. ۵؛ شافعی، ۲۰۰۸، ص. ۱۱).

اهل‌سنت امام علی (ع) را رئیس و رهبر عقلیون می‌دانند و در این مباحث تأسّی به حضرت کردند و آن‌ها در یک نگاه، مکاتب اولیهٔ جهان اسلام را به سه مکتب منحصر می‌کنند و یکی از آن‌ها مکتب اهل رأی (عقلیون) است که مرکز اصلی آن شهر کوفه و شعبهٔ بزرگ آن بغداد بوده و رهبر این مکتب، علی مرتضی (کرم الله وجهه) و عبدالله بن مسعود شاگرد آن است (سیوطی، ۱۴۱۱، ج. ۲، ص. ۵۹۷؛ سپری، ۱۳۸۰، ص. ۱۱).

طبق ادعای فوق، اهل‌بیت (ع) اولین افراد و پیشگامانی بودند که با تکیه بر داوری درک عقل، حکم شرعی را از ادلهٔ شرعی همچون قرآن استخراج می‌کردند و به دیگران آموزش می‌دادند و بعد بقیه از آن‌ها الهام گرفته و وارد این بحث شدند.

آیت‌الله ابراهیم جناتی در کتاب منابع اجتهاد می‌فرماید:

> پس از خلفا اولین کسی که بیش از همه در مقام استنباط احکام به رأی (عقل) اهمیت می‌داد، ابراهیم بن یزید نخعی (۹۶ ق) بود و سپس شاگرد برجسته‌اش حماد بن سلیمان (م ۱۲۰) و پس از حماد، شاگردش ابوحنیفه (نعمان بن ثابت ۱۵۰ق) قیاس و رأی را به‌شکل گسترده در

صحنهٔ اجتهاد و شناخت احکام شرعی به کار گرفت و در این زمینه افراط و زیاده‌روی نمودند. (جناتی، ۱۳۸۶، ص. ۲۸۵)

۳. مباحث اصول عملیه

یکی دیگر از قواعد و اصولی که اهل‌بیت (ع) مطرح نموده و به شاگردان خود آموزش داده‌اند، به اصطلاح علم اصول، مباحث «اصول عملیه» است؛ اصول عملیه همان چهار اصل معروف است که عبارت است از اصل برائت، احتیاط، تخییر، و استصحاب. این چهار اصل در روایات اهل‌بیت (ع) مطرح شده و در مورد آن سخن به میان آمده است.

سابقهٔ این اصول نیز به اهل‌بیت (ع) برمی‌گردد. آن‌ها این قواعد را مطرح کردند و به اصحاب خود آموزش دادند، چون اصحاب ائمهٔ اطهار در این زمینه، بسیار از اهل‌بیت (ع) پرسش می‌کردند و اهل‌بیت (ع) هم این قواعد را برای پیروان خود القا می‌فرمودند و به‌منظور تفریع فروع بر اصول ترغیب و تشویق می‌نمودند.

مذاهب اهل‌سنت از این اصول مطرح در لسان اهل‌بیت (ع) استفادهٔ فراوان نموده‌اند؛ این قاعده در کلمات و استنباط‌های پیشوایان مذاهب دیده می‌شود و اهل‌بیت (ع) در املا و القای قواعد اصولی و استنباطی و تبیین آن‌ها پیشگام و از همگان مقدم بودند و معلوم است که اندیشه‌های متقدم بر اندیشه‌های متأخر تأثیرگذار است و پیدایش قواعد علم اصول به آن‌ها برمی‌گردد؛ چون آن بزرگواران در این زمینه از هر جهت، اصل و اساس و محور در علم اصول بودند و شواهد تاریخی و آثار به‌جامانده‌ای از آن‌ها و اعترافات پیشوایان مذاهب و گفتار بزرگان گواه این مطلب است و همهٔ پیشوایان مذاهب، چه با واسطه و چه بدون واسطه، از شاگردان اهل‌بیت (ع) بودند و در محضر آن‌ها شاگردی کردند و از اهل‌بیت (ع) در زمینهٔ استنباط و قواعد اصولی و شیوهٔ آن، تأثیر و الهام گرفتند. مثلاً پیشوایان مذاهب به‌عنوان نمونه در خیلی از مسائل به قاعدهٔ استصحاب به‌شیوهٔ اهل‌بیت (ع) متوسل می‌شوند و در ذیل به نمونه‌های آن اشاره می‌کنیم:

الف) در مسئلهٔ پایان وقت نماز ظهر و شروع نماز عصر: همهٔ مذاهب اتفاق دارند که نماز خواندن قبل از داخل شدن در وقت آن جایز نیست و هرگاه خورشید از میانهٔ آسمان به‌سوی مغرب متمایل شود، داخل وقت ظهر می‌شود. ابوحنیفه نسبت به پایان وقت ظهر گفته است: تا زمانی که سایهٔ هرچیز به دو برابر خود آن نرسد، نمی‌توانیم حکم به خروج وقت ظهر کنیم و در این زمینه به قاعدهٔ استصحاب تمسک کرده است و گفته است: می‌دانیم و یقین داریم وقت، مالِ نماز ظهر است و بعد برای مکلف شک حاصل می‌شود که آیا زمان نماز ظهر به پایان رسیده و وقت نماز عصر آمده است یا خیر؟ و از طرفی جز به یقین نتوان حکم کرد و تعیین حکم وقتی است که سایهٔ هرچیز به دو برابر خود رسیده باشد (زلمی، ۱۳۷۵، ص. ۵۱۲).

ب) کسی به‌خاطر نداشتن آب تیمم کند و در حال نماز، آب پیدا شود: در این مسئله، امام شافعی و پیروانش گفته است نماز او باطل نیست؛ چون اجماع قائم است مبنی بر اینکه نماز مکلف هنگام آغاز صحیح بوده است و همان دلیلی که بر صحت نماز در هنگام آغاز دلالت کرده، بر دوام صحت نیز دلالت می‌کند؛ مگر اینکه دلیل

یقینی داشته باشیم که دلالت کند بر اینکه صحت نماز و اعمال قبل باطل است (زلمی، ۱۳۷۵، ص. ۴۹۸). این همان استصحاب است که یقین را نباید با شک از بین برد، بلکه شک را با یقین زایل کرد.

ج) طبق مذهب شافعی، استصحاب از ریشهٔ «صحب» و به‌معنای دوام و مصاحبت است. اصل استصحاب به این معنا است که تا وقتی دلیلی بر تغییر وضعیت وجود نداشته باشد، باید حکم به بقای آن بکنیم. روی همین دیدگاه، شوکانی که یکی از فقهای مذهب شافعی است، در تعریف استصحاب گفته است: «بقاء الأمر ما لم یوجد ما یغیره»؛ یعنی استصحاب عبارت است از بقای وضعیت قبل برای هرچیزی، مگر اینکه دلیلی برای تغییر آن وجود داشته باشد (شوکانی، بی‌تا، ص. ۹۷۴؛ نقشبندی، ۱۳۹۶، ص. ۱۱۳).

قاعدهٔ اصل برائت مثل قاعدهٔ استصحاب در کلمات و استنباط‌های پیشوایان مذاهب دیده می‌شود و در این قاعده هم از اهل‌بیت تأثیر گرفتند. این اصل قبل از آن‌ها در لسان اهل‌بیت (ع) مطرح شده است و این‌ها طبق همین شیوه و اسلوب، احکام را بیان می‌کنند و در ذیل به نمونهٔ آن اشاره می‌کنیم:

مذهب شافعی قائل است که اصل و اساس در شریعت اسلام، برائت ذمه از هرگونه التزام و مسئولیت است، مگر اینکه عکس این اصل ثابت شود؛ لذا روی همین اصل، ذمهٔ یک شخص به‌وسیلهٔ شهادت یک نفر مشغول نمی‌گردد؛ بله، اگر شهادت فوق به‌وسیلهٔ شهادت دیگری و یا سوگند مدعی تقویت گردد، در این صورت شهادت او مورد قبول واقع می‌شود. به‌عنوان مثال، در مورد شیء تلف‌شده بین صاحب مال و شخص تلف‌کننده نسبت به قیمت آن اختلاف واقع شود، در این مورد رأی و قول تلف‌کننده قابل لحاظ و استماع است؛ چون ادعای او مطابق با اصل مذکور است و ذمه‌اش نسبت به مبلغ مازاد بری است (افسری، ۱۳۹۲، ص. ۶۳).

مذهب شافعی می‌گوید: «الأصل فی الأشیاء الإباحة حتی یدل الدلیل علی التحریم.»

اصل در اشیاء پس از ورود شرع اباحه است، مگر اینکه خلاف این اصل با دلیل ثابت شود. طبق این اصل، مواردی حکم به اباحه شده است: الف) حکم زرافه که چنگال و چنگ ندارد، خوردنش طبق این اصل هیچ منعی وجود ندارد. ب) اگر کبوترانی وارد منزل و خانهٔ کسی شود و صاحب‌خانه شک کند که آیا آن کبوتران مباح است؟ در این صورت حق تملک آن را دارد؛ چون اصل بر اباحه است (افسری، ۱۳۹۲، ص. ۷۰). آیت‌الله ابراهیم جناتی در کتاب منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی می‌گوید:

عالمان و فقهای مذاهب اسلامی مثل ابوحنیفه، مالک، شافعی و حنبلی، استصحاب و برائت اصلیه (اصل برائت) را به‌عنوان منبع ادلهٔ حکم پذیرفته‌اند (جناتی، ۱۳۸۶، ص. ۴۴۳).

۴. مباحث تعارض ادله

یکی از مباحث مهم استنباطی، بحث تعارض ادله است و ضابطهٔ قاعدهٔ استنباطی و مسئلهٔ اصولی بر آن منطبق است. تعارض در لغت از مادهٔ عرض، «عَرَضَ الشَّیءُ لَهُ: أَظْهَرَهُ لَهُ» به‌معنای اظهار و ابراز است (فیروزآبادی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۳۳۴)؛ یعنی وقتی که دو دلیل در مقابل هم ظاهر می‌شوند و ابراز وجود می‌کنند و می‌خواهند مانع یکدیگر شوند؛ و در اصطلاح حدیثی، از آن تعبیر به «تعارض الأخبار» یا «اختلاف الحدیث» می‌شود. مرحوم شیخ انصاری در تعریف اصطلاحی می‌گوید: «التعارض تنافی الدلیلین بحسب مدلولهما» (انصاری،

بی‌تا، ج. ۴، ص. ۱۱)؛ تعارض، تنافی و تعاند دو دلیل بر حسب مدلول آن‌ها است. و نیز شهید صدر می‌گوید: «تعارض عبارت است از تنافی و ناسازگاری مدلول دو دلیل» (صدر، بی‌تا، ص. ۵۱۳).

در لابه‌لای روایات مبحث تعارض، مسائل مهم استنباطی از اهل‌بیت (ع) مطرح شده است و پیشینه و سابقهٔ این بحث به زمان اهل‌بیت (ع) برمی‌گردد و اهل‌بیت (ع) به این موضوع عنایت خاصی داشته‌اند؛ حتی در بعضی از روایات به‌تفصیل از عوامل وقوع تعارض اخبار و راه علاج آن سخن گفته‌اند. و سؤالاتی که بعضی از زنادقه و دیگران از اهل‌بیت (ع) که در رأس آن‌ها امام علی (ع) است می‌پرسیدند، این‌ها دلیل بر این است که این مسئله از زمان آن حضرت وجود داشته است و آن‌ها این مباحث را مطرح نمودند و برای دیگران آموزش دادند و امام علی (ع) در مذمت و توهم اینکه در قرآن اختلافی است، فرموده است:

«وَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ يَقُولُ ما فَرَّطْنا فِي الْكِتابِ مِنْ شَيْءٍ وَ فِيهِ تِبْيَانٌ لِكُلِّ شَيْءٍ وَ ذَكَرَ أَنَّ الْكِتَابَ يُصَدِّقُ بَعْضُهُ بَعْضاً وَ أَنَّهُ لَا اخْتِلَافَ فِيهِ فَقَالَ سُبْحَانَهُ وَ لَوْ كانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلافاً كَثِيراً.» (نهج‌البلاغه، ص. ۱۸). خدای سبحان می‌فرماید: ما در کتاب آفرینش هیچ چیزی را از قلم نینداختیم و در قرآن بیان حکم هرچیزی آمده است، قرآن بعضی جای خودش را تصدیق می‌کند، در کتاب خدا اختلاف و تعارض نیست و خدای سبحان فرموده است: «اگر قرآن از جانب غیر خدا می‌بود، هرآینه در آن اختلاف بی‌شماری دیده می‌شد.» ابومعمر سعدانی می‌گوید: شخصی محضر امام علی (ع) رسید و گفت: گاهی در کتاب خدا تردیدی می‌کنم. حضرت علی (ع) فرمود: برای چه تردید می‌کنی؟ آن شخص گفت: گمان می‌کنم که گاه قرآن دچار تناقض شده است؛ چون در یک جا مطلبی می‌گوید، در جای دیگر همان مطلب را نفی کرده و تکذیب می‌کند. حضرت فرمود: خیر، قرآن هرگز خود را تکذیب نمی‌کند، بلکه در جای‌جای قرآن، جاهای دیگری خود را تصدیق می‌کند و این تو هستی که تدبر عمیق نداری و فکر اختلاف و تناقض نسبت به قرآن داری. و بعد حضرت در آن موارد که آن شخص گمان تناقض می‌داد، پاسخ داد (طبرسی، ۱۴۰۳ق، ج. ۱، ص. ۳۵۷).

از این روایات نورانی به دست می‌آید که بحث اختلاف و تعارض، قبل از تشکیل و به وجود آمدن مذاهب اربعه وجود داشته است و در این زمینه قواعد و مباحث مطرح بوده است و مذاهب، همان مباحث و قواعد را با تغییرات بحث نمودند و توسعه دادند.

بحث تعارض ادله و قواعد آن در زمان اهل‌بیت (ع) به‌نحو گسترده رواج داشته است و شاگردان و اصحاب اهل‌بیت (ع) در این زمینه کتاب‌های متعددی را به رشتهٔ تحریر درآورده‌اند؛ از جمله: اختلاف الحدیث و مسائله کتاب یونس بن عبدالرحمن از شاگردان امام کاظم (ع)، و کتاب الأخبار کیف تصح نوشتهٔ هشام بن الحکم، و کتاب اختلاف الحدیث از محمد بن ابی‌عمیر (میرعمادی، ۱۳۸۴، ص. ۲۲).

پس با ملاحظهٔ روایات و میراث به‌جامانده از اهل‌بیت (ع) که بیانگر عوامل وقوع تعارض اخبار و راه علاج آن است، کشف می‌شود که این بحث مهم اصولی، ریشه در اهل‌بیت (ع) داشته است و سابقهٔ این به ائمه (ع) برمی‌گردد و آن بزرگواران راه علاج و قاعدهٔ آن را بیان کردند و بعد دیگران مثل پیشوایان مذاهب و شاگردان آن‌ها در زمان‌های متأخر وارد این بحث شدند و از مباحث مطرح در روایات اهل‌بیت (ع) الهام گرفته و از این موضوع بحث کردند.

در بحث تعارض ادله، به کتب اکثر علمای اصول مذاهب همچون حنفی، شافعی، مالکی و حنبلی مراجعه می‌شود؛ آن‌ها بر این باور هستند که بین ادله در ابتدای امر، تعارض و تنافی به نظر می‌رسد و تعارض آن‌ها صوری و بدوی است؛ لذا برای رفع تنافی ظاهری روش‌هایی ارائه دادند که اکثر آن‌ها همان راه‌حل‌هایی است که اهل‌بیت (ع) ارائه دادند. آن‌ها در رفع تعارض از این روش و طریقه از اهل‌بیت (ع) تأثیر پذیرفتند. البته پیشوایان مذاهب در دفع و رفع تعارض ادله، دیدگاه‌های مختلفی دارند ولی در عین حال قواعد عمومی و مشترکی نیز وجود دارد که همهٔ آن‌ها اتفاق نظر دارند که این امور موجب رفع تعارض می‌شود و در واقع این قواعد محل اتفاق، همان راه‌حل‌هایی است که در کلمات اهل‌بیت (ع) آمده است و به نمونه‌های آن اشاره می‌کنیم: الف) جمع و توفیق بین ادلهٔ متعارضه؛ یعنی تا جایی که امکان داشته باشد مجتهد باید تلاش کند و برای سازگار کردن و همخوان ساختن ادله و احادیث و عمل به هر دو، سعی وافر کند و در فرض امکان به هر دو عمل کند. ب) در فرض معلومیت تاریخ، حدیث دوم ناسخ حدیث اول است؛ یعنی اگر سازگار کردن و جمع بین دو حدیث به هیچ وجه امکان‌پذیر نباشد و در عین حال تاریخ آن‌ها معلوم باشد، حدیث دوم ناسخ حدیث نخست است؛ آن‌گونه که چنین وضعی میان حدیث مجاز بودن متعه و منع از آن وجود دارد و فقهای پیشوایان مذاهب بر نسخ متعه اتفاق نظر دارند به‌دلیل اینکه حدیث نهی، پس از حدیث اباحه صادر شده است. ج) اگر بین ادله، نه به‌نحو جمع امکان داشت و نه تاریخ آن‌ها معلوم بود، در این صورت باید برای ترجیح یکی از ادلهٔ متعارضه سراغ دلیل دیگر رفت؛ آن دلیل دیگر مرجحات است و مرجحات گاهی به اعتبار سند است، گاهی به اعتبار متن است، و گاهی هم به اعتبار امری خارجی است (زلمی، ۱۳۷۵، ص. ۳۶۶).

از باب مثال به نمونه‌هایی اشاره می‌کنیم:

مذهب حنفی می‌گوید: تعارض یا بین نصوص شرعیه است، و یا غیر آن از ادلهٔ دیگر. اگر تعارض بین دو نص بود، در این صورت مجتهد برای رفع تعارض می‌بایست مراحلی را به‌ترتیب رعایت کند: الف) نسخ؛ ب) طریقهٔ ترجیح؛ ج) طریقهٔ جمع عرفی. و از قبیل نسخ می‌باشد آیهٔ شریفهٔ عدهٔ وفات و عدهٔ زن حامله:

آیهٔ اول، قوله تعالی: «الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَ يَذَرُونَ أَزْواجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْراً» (بقره: ۲۳۴)؛ زنانی که شوهرانشان می‌میرند، باید چهار ماه و ده روز عده نگه دارند.

آیهٔ دوم: «وَ أُولاتُ الْأَحْمالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُن...» (طلاق: ۴)؛ پایان عدهٔ زنان باردار، وضع حملشان می‌باشد.

به‌حسب ظاهر، این دو آیهٔ شریفه با هم تعارض دارند؛ چون آیهٔ اول به عموم خود می‌گوید: «عدهٔ وفات زن شوهرمرده چهار ماه و ده روز است اعم از اینکه آن زن باردار باشد و باردار نباشد»، و آیهٔ شریفهٔ دوم به عموم خود می‌گوید: «عدهٔ زن حامله پایان بارداری‌اش می‌باشد اعم از اینکه شوهرش مرده باشد و یا اینکه شوهرش طلاق داده باشد.»

رفع تعارض در این دو نص، همان نسخ می‌باشد؛ چون ابن‌مسعود (که شاگرد امام علی (ع) می‌باشد) روایتی را نقل می‌کند که آیهٔ دوم، از نگاه نزول متأخر از آیهٔ اول است؛ لذا آیهٔ دوم ناسخ آیهٔ اول می‌باشد (وهبه زحیلی، ۲۰۰۸، ج. ۲، ص. ۴۵۴).

در اینجا ابوحنیفه که یکی از فقهای مذاهب اربعه می‌باشد، در مورد رفع تعارض بدوی دو دلیل، از روش نسخ استفاده کرده است و به‌وسیلهٔ این روش، تنافی و تعارض دو دلیل را از بین برده است؛ درحالی‌که روش نسخ در کلمات امام علی (ع) و امام صادق (ع) و سایر امامان معصوم بیان شده است و قبل از ابوحنیفه، این شیوه در کلمات اهل‌بیت (ع) آمده است و استفاده از آن شیوه بین اصحاب و شاگردان اهل‌بیت (ع) مرسوم و معمول بوده است.

طبق دیدگاه مذهب مالکی، شافعی و حنبلی، اگر یکی از دو روایت راوی آن اعلم، اضبط، اورع، اعدل، اوثق و افقه باشد، بر روایت دیگری که این ویژگی‌ها را ندارد تقدم داشته و ترجیح داده می‌شود؛ چون این امور باعث دقیق‌تر بودن حدیث و ظن فقیه به چنین حدیثی بیشتر شده و در نتیجه مقدم داشته می‌شود (وهبه زحیلی، ۲۰۰۸، ج. ۱، ص. ۴۶۶).

روی همین معیار فوق، مذهب مالکی و شافعی، حدیث عبدالله بن عمر که می‌گوید: «پیامبر (ص) پس از محرم شدن، حج افراد گذاشت» ترجیح دارد از روایت انس که از پیامبر شنیده برای حج و عمره توأم با هم (حج قران) تلبیه گفته است.

مذهب مالکیه در مقام استدلال گفته است: در قضیهٔ حجةالوداع، عبدالله بن عمر به‌دلیل اینکه بزرگ‌تر و اضبط است و انس کم‌سال بوده، لذا روایت ابن‌عمر در مقام تعارض ترجیح دارد. همچنین راویان ثقه از زید بن اسلم و دیگران روایت کرده‌اند که مردی نزد عبدالله بن عمر آمد و گفت: رسول خدا (ص) برای چه حجی تلبیه گفته است؟

او در جواب گفت: آیا در نخستین حج حضور نداشتی؟ وی گفت: چرا، اما انس بن مالک مدعی است او نیت قران کرده است. ابن‌عمر پاسخ داد: در آن زمان انس بر زنانی که در حضور او سربرهنه بودند گماشته می‌شد و من در زیر ناقهٔ پیامبر (ص) بودم و آب دهان ناقه به من می‌رسید و صدای تلبیهٔ پیامبر (ص) را می‌شنیدم (زلمی، ۱۳۷۵، ص. ۳۷۰). مذهب حنفیه طبق معیار «اضبط» و «افقه» بودن راوی، حدیث ابن‌عباس را از حدیث ابورافع در مقام تعارض ترجیح داده و مقدم داشته است و بر همین اساس حکم کرده است که احرام از موانع صحت نکاح نیست (زلمی، ۱۳۷۵، ص. ۳۷۱).

پس بنابراین اکثر راه‌حل‌هایی که پیشوایان مذاهب برای رفع تعارض به کار گرفتند، مثل طریقهٔ نسخ، جمع عرفی، و تساقط دو دلیل و مراجعه به ادلهٔ دیگر، کثرت راوی حدیث، اعلم، اضبط، اورع، اعدل، اوثق و افقه بودن راوی و... این امور همان شیوه و طریقه‌ای بودند که در لابه‌لای مجموعه روایات نورانی اهل‌بیت (ع) بیان شده و صادر گردیده است. وقتی که انسان به این شیوه و راه‌حل‌های مذاهب نگاه می‌کند، می‌بیند که واقعاً اکثر این طریقه‌ها در روایات اهل‌بیت (ع) مورد توجه بوده است و به‌وسیلهٔ ائمه (ع) اطهار و اصحابشان ذکر شده است، و بعدِ مرور زمان همین طریقه و راه‌حل‌ها در بین پیشوایان مذاهب مبنا شده است و آن‌ها از این طریقه و شیوه تأثیر پذیرفتند؛ مخصوصاً امام ابوحنیفه و امام مالک که طبق اعترافات خودشان شاگردی ائمه (ع) را کردند، و أصلاً پیشوایان مذاهب اهل‌سنت چه مستقیم و چه با واسطه از شاگردان اهل‌بیت (ع)

بودند، این راه‌حل‌ها به آن‌ها منتقل شد و سپس به شاگردان آن‌ها مثل محمد بن حسن شیبانی، قاضی ابویوسف، امام شافعی و امام حنبل و... آموخته شد.

نتیجه‌گیری

از مطالبی که ارائه شد، این نتیجه به دست می‌آید که پیشوایان اهل‌سنت از اهل‌بیت (ع) در قواعد استنباط فقهی همچون قواعد الفاظ، مباحث عقلی، اصول عملیه، قواعد تعارض ادله، در اسلوب و شیوهٔ به‌کارگیری استنباط تأثیر پذیرفته‌اند و نمونه‌ها و مثال‌های بی‌شماری گویای این حقیقت بود. مذاهب اربعه در بسیاری از قواعد استنباطی و اصولی و استدلالاتشان مشهود است که از طریقه و شیوهٔ اهل‌بیت (ع) الهام گرفتند. امام حنبل در مورد کسی که وارد محدودهٔ طواف بشود و طواف را انجام دهد ولی حجرالاسود را طواف نکند، چنین شخصی طواف را انجام نداده است و لفظ طواف به‌نحو دلالت مطابقی بر کل معنای خود دارد و حجرالاسود هم جزئی از طواف و بیت است؛ درحالی‌که این قاعدهٔ دلالت لفظ بر معانی و کاربردش در مقام استدلال و استنباط را اهل‌بیت (ع) قبل از حنبلی‌ها به اصحاب و شاگردانش آموزش دادند و به کار گرفتند. امام شافعی در دو کتاب خود به نام الرساله و احکام القرآن، مبحث عام و خاص را مطرح نموده، آیات زیادی را می‌آورد و به‌وسیلهٔ قاعدهٔ عام و ادوات آن، حکم کلی را از آیات برداشت می‌کند و در همان کتاب بعد از مبحث عام و خاص، مبحث ناسخ و منسوخ را مطرح می‌کند و عناوینی را مثل «الناسخ والمنسوخ الذی یدل الکتاب علی بعضه والسنة علی بعضه» و «ابتداء الناسخ والمنسوخ» می‌آورد؛ درحالی‌که همین قاعدهٔ عام و خاص و قاعدهٔ ناسخ و منسوخ و... در کلام امام علی (ع) و امام صادق (ع) قبل از امام شافعی مطرح بوده است و شافعی اولین نفر نبوده. امام ابوحنیفه نسبت به پایان وقت نماز ظهر گفته است: علم و یقین داریم وقت مربوط به نماز ظهر است و بعد برای مکلف شک حاصل می‌شود که آیا زمان نماز ظهر به پایان رسیده و وقت نماز عصر آمده است یا خیر؟ و از طرفی جز به یقین نتوان حکم کرد و به قاعدهٔ استصحاب تمسک نموده است. همچنین در تعارض ادله و نحوهٔ جمع بین آن‌ها و مرجحات آن‌ها، از طریقه و شیوهٔ اهل‌بیت (ع) در استنباط فروعات فقهی تأثیر پذیرفتند.

منابع

آلوسی شکری، محمود. (۱۳۰۱ق). مختصر التحفة الاثنی‌عشریة (ج. ۱، چاپ اول). قاهره: المطبعة السلفیة.

آمدی، سیف‌الدین. (۱۴۰۰ق). الإحکام فی أصول الأحکام (چاپ اول). بیروت: دار الکتب العلمیة.

اصفهانی، مجتبی ملکی. (۱۳۷۹). فرهنگ اصطلاحات اصول (چاپ اول). قم: عالمیه.

افسری، سالم. (۱۳۹۲). قواعد فقه مذهب شافعی (چاپ اول). تهران: مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی.

جناتی، ابراهیم. (۱۳۷۰). منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی (چاپ اول). قم: مؤسسه کیهان.

جناتی، ابراهیم. (۱۳۸۶). تطور اجتهاد در حوزه استنباط (چاپ اول). تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر.

جواهری، محمدرضا. (۱۳۸۱ق). اجتهاد در عصر ائمه معصومین (ع). قم: مؤسسه بوستان کتاب.

حق‌پناه، رضا. (۱۳۹۰). قرآن و دانش اصول (چاپ اول). تهران: انتشارات سخن.

رازی، علی جصاص. (۲۰۰۰م). الفصول فی الأصول (چاپ اول). بیروت: دار الکتب العلمیة.

زحیلی، وهبه. (۲۰۰۵م). أصول الفقه الإسلامی (چاپ سوم). دمشق: دار الفکر.

زرکشی، بدرالدین محمد. (۱۴۱۳ق). البحر المحیط فی أصول الفقه (چاپ دوم). کویت: دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزیع.

زلمی، مصطفی ابراهیم. (۱۳۷۵). خاستگاه‌های اختلاف در فقه مذاهب (ترجمه حسین صابری). مشهد: آستان قدس رضوی.

سبحانی، جعفر. (۱۳۸۸ق). شبهات و إیضاحات حول أصول الفقه للشیعة الإمامیة (ج. ۱). قم: مؤسسه امام صادق (ع).

سبکی، عبدالوهاب بن علی تاج‌الدین. (۲۰۱۲م). جمع الجوامع فی أصول الفقه (ج. ۲، چاپ دوم). بیروت: دار الکتب العلمیة.

سپری، فریدون. (۱۳۸۰). پژوهشی درباره امامان اهل سنت (چاپ اول). سنندج: انتشارات کردستان (کتابخانه ملی ایران).

سیوطی، جلال‌الدین. (۱۴۱۱ق). الأشباه والنظائر (چاپ اول). بی‌جا: دار الکتب العلمیة.

شافعی، محمد بن ادریس. (۲۰۰۸م). الرسالة. بیروت: دار الکتاب العربی.

شعلان، عبدالرحمن بن عبدالله. (۲۰۰۳م). أصول فقه الإمام مالک: أدلته النقلیة (چاپ اول). ریاض: بی‌نا.

شوکانی، محمد بن علی. (۱۴۲۵ق). إرشاد الفحول إلی تحقیق الحق من علم الأصول (ج. ۱، چاپ اول). بیروت: بی‌نا.

صدر، سید محمدباقر. (بی‌تا). دروس فی علم الأصول (الحلقة الثالثة، چاپ اول). قم: نشر اسلامی.

صدر، سید موسی. (۱۴۰۱). اصول و قواعد استنباط ائمه (ع) از قرآن (چاپ اول). قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

صویغ، عبدالمحسن بن عبدالعزیز. (۱۴۲۵ق). قواعد الاستنباط من ألفاظ الأدلة عند الحنابلة و آثارها الفقهیة (چاپ اول). بیروت: بی‌نا.

طبرسی، احمد بن علی. (۱۴۰۳ق). الاحتجاج (ج. ۱). مشهد: نشر مرتضی.

عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (چاپ اول). قم: مؤسسة آل البیت علیهم‌السلام.

عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۸ق). الفصول المهمة فی أصول الأئمة (ع) (چاپ اول). قم: مؤسسة معارف اسلامی امام رضا (ع).

غزالی، ابوحامد محمد. (۲۰۱۲م). المستصفی من علم الأصول (چاپ دوم). دمشق: دار الرسالة العالمیة.

فیروزآبادی، محمد بن یعقوب. (بی‌تا). القاموس المحیط (ج. ۲). بیروت: دار الجیل.

کانیمشکانی، محمد. (۱۳۶۴). اصول فقه شافعی (چاپ دوم). بی‌جا: انتشارات غریقی.

کشی، محمد بن عمر. (۱۳۴۸). رجال الکشی (چاپ اول). مشهد: دانشگاه مشهد.

کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (ج. ۷، چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامیة.

مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۳ق). بحار الأنوار (چاپ دوم). بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
نقش‌بندی، سید نوید. (۱۳۹۶). مبادی اصول فقه شافعی (چاپ اول). تهران: پژوهشکده تحقیق و توسعه علوم انسانی.
هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۳۳ق). اصول فقه (متن سلسله بحث‌های خارج اصول فقه) (چاپ اول). بی‌جا: بنیاد فقه و معارف اهل‌بیت (ع).

References

Ālūsī Shukrī, Maḥmūd. (1301 AH [1883/1884 CE]). *Mukhtaṣar al-Tuḥfah al-Ithnay ʿAshariyyah* (Vol. 1, 1st ed.). Cairo: Al-Maṭbaʿah al-Salafiyyah. (in Arabic)

Āmidī, Sayf al-Dīn. (1400 AH [1979/1980 CE]). *Al-Iḥkām fī uṣūl al-aḥkām* (1st ed.). Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah. (in Arabic)

Iṣfahānī, Mujtabá Malikī. (1379 SH [2000/2001 CE]). *Farhang-i iṣṭilāḥāt-i uṣūl* [Dictionary of legal theory terms] (1st ed.). Qom: ʿĀlamiyyah. (in Persian)

Afsarī, Sālim. (1392 SH [2013/2014 CE]). *Qavāʿid-i fiqh-i madhhab-i Shāfiʿī* [Jurisprudential maxims of the Shafi'i school] (1st ed.). Tehran: Markaz-i Taḥqīq va Tawsiʿah-ʾi ʿUlūm-i Insānī. (in Persian)

Jannātī, Ibrāhīm. (1370 SH [1991/1992 CE]). *Manābiʿ-i ijtihād az dīdgāh-i madhāhib-i Islāmī* [Sources of ijtihad from the perspective of Islamic schools of thought] (1st ed.). Qom: Muʾassasah-ʾi Kayhān. (in Persian)

Jannātī, Ibrāhīm. (1386 SH [2007/2008 CE]). *Taṭavvur-i ijtihād dar ḥawzah-ʾi istinbāṭ* [The evolution of ijtihad in the realm of legal derivation] (1st ed.). Tehran: Muʾassasah-ʾi Intishārāt-i Amīr Kabīr. (in Persian)

Javāhirī, Muḥammad-Riḍā. (1381 AH [1961/1962 CE]). *Ijtihād dar ʿaṣr-i aʾimmah-ʾi maʿṣūmīn (ʿa)* [Ijtihad in the era of the infallible Imams]. Qom: Muʾassasah-ʾi Būstān-i Kitāb. (in Persian)

Ḥaqpanāh, Riḍā. (1390 SH [2011/2012 CE]). *Qurʾān va dānish-i uṣūl* [The Qur'an and the science of principles] (1st ed.). Tehran: Intishārāt-i Sukhan. (in Persian)

Rāzī, ʿAlī Jaṣṣāṣ. (2000 CE). *Al-Fuṣūl fī al-uṣūl* (1st ed.). Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah. (in Arabic)

Zuḥaylī, Wahbah. (2005 CE). *Uṣūl al-fiqh al-Islāmī* (3rd ed.). Damascus: Dār al-Fikr. (in Arabic)

Zarkashī, Badr al-Dīn Muḥammad. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Al-Baḥr al-muḥīṭ fī uṣūl al-fiqh* (2nd ed.). Kuwait: Dār al-Ṣafwah lil-Ṭibāʿah wa-al-Nashr wa-al-Tawzīʿ. (in Arabic)

Zalamī, Muṣṭafá Ibrāhīm. (1375 SH [1996/1997 CE]). *Khāstgāh-hā-yi ikhtilāf dar fiqh-i madhāhib* [Origins of differences in the jurisprudence of Islamic schools] (Ḥ. Ṣābirī, Trans.). Mashhad: Āstān-i Quds-i Raḍavī. (in Persian)

Subḥānī, Jaʿfar. (1388 AH [1968/1969 CE]). *Shubuhāt wa-īḍāḥāt ḥawla uṣūl al-fiqh lil-Shīʿah al-Imāmiyyah* (Vol. 1). Qom: n.p. (in Arabic)

Subkī, ʿAbd al-Wahhāb ibn ʿAlī Tāj al-Dīn. (2012 CE). *Jamʿ al-jawāmiʿ fī uṣūl al-fiqh* (Vol. 2, 2nd ed.). Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah. (in Arabic)

Siparī, Farīdūn. (1380 SH [2001/2002 CE]). *Pizhūhishī dar-bārah-ʾi Imāmān-i Ahl-i Sunnat* [A study on the Imams of the Ahl al-Sunnah] (1st ed.). Sanandaj: Intishārāt-i Kurdistān. (in Persian)

Suyūṭī, Jalāl al-Dīn. (1411 AH [1990/1991 CE]). *Al-Ashbāh wa-al-naẓāʾir* (1st ed.). n.p.: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah. (in Arabic)

Shāfiʿī, Muḥammad ibn Idrīs. (2008 CE). *Al-Risālah*. Beirut: Dār al-Kitāb al-ʿArabī. (in Arabic)

Shaʿlān, ʿAbd al-Raḥmān ibn ʿAbd Allāh. (2003 CE). *Uṣūl fiqh al-Imām Mālik: Adillatuhu al-naqliyyah* (1st ed.). Riyadh: n.p. (in Arabic)

Shawkānī, Muḥammad ibn ʿAlī. (1425 AH [2004/2005 CE]). *Irshād al-fuḥūl ilá taḥqīq al-ḥaqq min ʿilm al-uṣūl* (Vol. 1, 1st ed.). Beirut: n.p. (in Arabic)

Ṣadr, Sayyid Muḥammad Bāqir. (n.d.). *Durūs fī ʿilm al-uṣūl (Al-Ḥalaqah al-thālithah)* (1st ed.). Qom: Al-Nashr al-Islāmī. (in Arabic)

Ṣadr, Sayyid Mūsá. (1401 SH [2022/2023 CE]). *Uṣūl va qavāʿid-i istinbāṭ-i aʾimmah (ʿa) az Qurʾān* [Principles and rules of the Imams' derivation of rulings from the Qur'an] (1st ed.). Qom: Daftār-i Tablīghāt-i Islāmī. (in Persian)

Ṣuwaygh, ʿAbd al-Muḥsin ibn ʿAbd al-ʿAzīz. (1425 AH [2004/2005 CE]). *Qawāʿid al-istinbāṭ min alfāẓ al-adillah ʿinda al-Ḥanābilah wa-āthāruhā al-fiqhiyyah* (1st ed.). Beirut: n.p. (in Arabic)

Ṭabarsī, Aḥmad ibn ʿAlī. (1403 AH [1982/1983 CE]). *Al-Iḥtijāj* (Vol. 1). Mashhad: Nashr-i Murtaḍawī. (in Arabic)

ʿĀmilī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. (1409 AH [1988/1989 CE]). *Wasāʾil al-Shīʿah* (1st ed.). Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt (ʿa). (in Arabic)

ʿĀmilī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Al-Fuṣūl al-muhimmah fī uṣūl al-aʾimmah (ʿa)* (1st ed.). Qom: Muʾassasat al-Maʿārif al-Islāmiyyah al-Imām al-Riḍā (ʿa). (in Arabic)

Ghazzālī, Abū Ḥāmid Muḥammad. (2012 CE). *Al-Mustaṣfá min ʿilm al-uṣūl* (2nd ed.). Damascus: Dār al-Risālah al-ʿĀlamiyyah. (in Arabic)

Fīrūzābādī, Muḥammad ibn Yaʿqūb. (n.d.). *Al-Qāmūs al-muḥīṭ* (Vol. 2). Beirut: Dār al-Jīl. (in Arabic)

Kānīmashkānī, Muḥammad. (1364 SH [1985/1986 CE]). *Uṣūl-i fiqh-i Shāfiʿī* [Shafi'i jurisprudence] (2nd ed.). n.p.: Intishārāt-i Gharīqī. (in Persian)

Kashshī, Muḥammad ibn ʿUmar. (1348 SH [1969/1970 CE]). *Rijāl al-Kashshī* (1st ed.). Mashhad: Dānishgāh-i Mashhad. (in Arabic)

Kulaynī, Muḥammad ibn Yaʿqūb. (1407 AH [1986/1987 CE]). *Al-Kāfī* (Vol. 7, 4th ed.). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Arabic)

Majlisī, Muḥammad Bāqir. (1403 AH [1982/1983 CE]). *Biḥār al-anwār* (2nd ed.). Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)

Naqshbandī, Sayyid Navīd. (1396 SH [2017/2018 CE]). *Mabādī-yi uṣūl-i fiqh-i Shāfiʿī* [Principles of Shafi'i legal theory] (1st ed.). Tehran: Pazhūhishkadah-ʾi Taḥqīq va Tawsiʿah-ʾi ʿUlūm-i Insānī. (in Persian)

Hāshimī Shāhrūdī, Sayyid Maḥmūd. (1433 AH [2011/2012 CE]). *Uṣūl al-fiqh (matn-i silsilah-ʾi baḥth-hā-yi khārij-i uṣūl-i fiqh)* (1st ed.). n.p.: Bunyād-i Fiqh va Maʿārif-i Ahl-i Bayt (ʿa). (in Persian)

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

The Theory of Modernization in Islamic Thought and Collective Revival; A Study from the Perspective of Philosophy of Religion and Jurisprudence

Mohammadkhaled Nabinia[1]

1. Department of Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ilam University, Ilam, Iran. Email: m.nabinia@ilam.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received
11 February 2026
Received in revised form
25 February 2026
Accepted
12 April 2026
Available online
22 June 2026

Keywords:
modernization,
revival,
tajdīd,
philosophy of religion,
fiqh

ABSTRACT

The theory of modernization in Islam rests on the proposition that religion must remain capable of responding to individual and social questions in every age. Existing scholarship has largely approached Islamic renewal historically through movements of tajdīd, while paying less attention to a comprehensive theoretical reconsideration of religion in relation to new forms of life. This article asks which rational and epistemic foundations can support modernization from within the Islamic tradition and how the concept of iḥyāʾ, or revival, can provide a legitimate and continuous framework. The study adopts an interdisciplinary approach combining philosophy of religion and Islamic jurisprudence, and examines necessity, legitimacy, possibility, scope, institutional form, and continuity through conceptual analysis, historical evidence, and philosophical argument. It finds that revival is both practically possible and rationally and religiously legitimate. It does not alter foundational principles, but renews religious understanding in individual, social, and institutional fields. Collective revival, conceived as a civil, interdisciplinary, and open-minded process grounded in tolerance and persuasion, can provide a sustainable model for the reconstruction of Islamic civilization.

Cite this article: Nabinia, M. (2026). The theory of modernization in Islamic thought and collective revival; A study from the perspective of philosophy of religion and jurisprudence. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, *20*(1), 207-237. https://doi.org/10.22034/fvh.2026.22995.2250

© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: https://doi.org/10.22034/fvh.2026.22995.2250

Introduction

Social transformation is inseparable from changes in time, place, knowledge, and human institutions. Religious understanding, because it shapes both personal conduct and collective life, also encounters new questions and new conditions. Islamic intellectual history has generally expressed the response to such change through the concepts of iḥyāʾ, revival, and tajdīd, renewal. Yet the theoretical foundations of these concepts have received less attention than the historical movements associated with them. A durable account of modernization must therefore explain why renewal is needed, whether it is religiously legitimate, what it may change, who may undertake it, and how it can continue without dissolving the identity of the tradition.

Methodology

The study is theoretical and analytical. It combines conceptual analysis of iḥyāʾ and tajdīd with historical evidence from Islamic intellectual and legal development and with philosophical arguments concerning continuity, rationality, and religious authority. Jurisprudence supplies an internal account of how norms are interpreted and applied, while philosophy of religion provides an external analytical perspective on the meaning and justification of religious change. The two perspectives are used together to construct a coherent framework rather than to catalogue particular reform movements.

Literature Review

Academic literature on Islamic modernization has concentrated on historical reformers, political movements, and the social consequences of tajdīd. This work is valuable but often treats renewal as an event or movement rather than as a recurring theoretical problem. Independent studies of the rational legitimacy, scope, institutionalization, and continuity of revival are comparatively scarce. The neglect of these questions contributes to suspicion among believers and to reform projects that are either coercive and hasty or so cautious that they fail to address contemporary realities.

Findings

The study distinguishes revival from alteration of religion. Revival concerns the recovery, clarification, and renewed application of religious meaning, not the replacement of foundational beliefs and values. Its necessity arises from changing circumstances, accumulated distortions, institutional stagnation, and new fields of human action. Its possibility is demonstrated by the history of ijtihād and by the capacity of legal theory to relate stable principles to variable circumstances. Its legitimacy rests on reason, the scriptural commitment to reflection and reform, and the preservation-oriented purposes of the Sharīʿa. Its proper scope includes personal understanding, social practices, educational and legal institutions, and the public articulation of religion.

Discussion

The preferred model is collective revival. Modern complexity makes the solitary reformer an inadequate institutional model. Renewal should instead involve jurists, philosophers, social scientists, specialists, and affected communities in a civil and interdisciplinary process. Freedom of inquiry must be paired with methodological discipline, and disagreement should be managed through tolerance and persuasion rather than denunciation or force. Such a process allows movement from individual awareness to social and eventually transnational awareness while preserving the distinction between immutable principles and revisable human understandings.

Conclusion

Islamic modernization is defensible when framed as iḥyāʾ rather than as the unrestricted reconstruction of religion. Revival is necessary, possible, and legitimate, provided that it preserves foundational principles and subjects inherited interpretations and institutions to disciplined reconsideration. A collective, civil, interdisciplinary, and continuous model of revival offers the most promising basis for sustainable intellectual and civilizational renewal. Its success depends on institutional structures that protect inquiry, include diverse expertise, and replace coercive reform with reasoned persuasion.

Declarations

Author Contributions: All parts of the article were prepared and written by Mohammadkhaled Nabinia.

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

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

نظریهٔ نوسازی در اندیشهٔ اسلامی و احیای جمعی؛ مطالعه‌ای از منظر فلسفه دین و فقه

محمدخالد نبی‌نیا[۱]

۱. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران. رایانامه: m.nabinia@ilam.ac.ir

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۱۱/۲۲
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۱۲/۰۶
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۱/۲۳
تاریخ انتشار: ۱۴۰۵/۰۴/۰۱

کلیدواژه‌ها:
نوسازی،
احیا،
تجدید،
فلسفه،
فقه

چکیده

نظریهٔ نوسازی در اسلام بر این اصل استوار است که دین باید در هر عصر پاسخ‌گوی مسائل فردی و اجتماعی باشد؛ امری که در پرتو چالش‌های کنونی جهان اسلام، ضرورتی انکارناپذیر است. بااین‌حال، مطالعات موجود عمدتاً با رویکرد تاریخی به جریان‌های «تجدید» پرداخته و کمتر به بازاندیشی جامعِ نسبتِ دین با عرصه‌های نوین زندگی توجه داشته‌اند. پرسش مهمی که کمتر مورد توجه قرار گرفته، این است که نوسازی در اسلام بر چه مبانی عقلانی و معرفتی استوار است و چگونه می‌توان با تکیه بر مفهوم «احیا»، چارچوبی مشروع و مستمر برای نوسازی درونی سنت اسلامی ارائه داد؟ پژوهش حاضر، با رویکرد میان‌رشته‌ای در فلسفهٔ دین و فقه اسلامی و تمرکز بر ضرورت، مشروعیت، امکان، قلمرو و صورت‌های نهادی نوسازی، می‌کوشد به این پرسش پاسخ دهد. روش تحقیق، نظری-تحلیلی با رویکرد مفهومی و داده‌های کتابخانه‌ای است که در آن، تحلیل اصطلاحات در کنار شواهد تاریخی و استدلال‌های فلسفی برای تبیین موضوع به کار می‌رود. هدف پژوهش، تبیین مبانی عقلانی-دینی نوسازی در اسلام و دفاع نظری از امکان و ضرورت آن با تأکید بر مفهوم «احیا» است. یافته‌ها نشان می‌دهد که «احیا» ضمن امکان عملی، مشروعیت عقلانی و دینی داشته و بدون تغییر در اصول، ناظر بر بازاندیشی فهم دینی در عرصه‌های فردی، اجتماعی و نهادی است. بر این اساس، رویکرد «احیای جمعی» به‌مثابهٔ فرایندی مدنی، میان‌رشته‌ای و آزاداندیشانه، ظرفیت ایجاد الگویی پایدار برای نوسازی تمدن اسلامی را دارد و به‌عنوان جایگزینی کارآمد در بازسازی آن پیشنهاد می‌شود.

استناد: نبی‌نیا، محمدخالد. (۱۴۰۵). تئوری نوسازی در اندیشهٔ اسلامی و احیای جمعی؛ مطالعه‌ای از منظر فلسفه دین و فقه. مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ۲۰(۱)، ۲۰۷-۲۳۷. https://doi.org/10.22034/fvh.2026.22995.2250

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه.

© نویسنده(گان).

مقدمه

تحولات اجتماعی، متناسب با شرایط زمانی، مکانی و جغرافیایی، امری طبیعی و گریزناپذیر به شمار می‌رود. این دگرگونی‌ها می‌توانند در ابعاد مختلف و با علل و پیامدهای متنوع ظاهر شوند. فهم و برداشت دینی نیز که نقشی بنیادین در شکل‌دهی به حیات اجتماعی ایفا می‌کند، از آغاز شکل‌گیری ادیان تا امروز، تحت تأثیر همین عوامل دستخوش تغییر بوده است. با این تفاوت که در حوزهٔ دین، حتی کوچک‌ترین تغییرات اهمیت ویژه‌ای دارند؛ چراکه مستقیماً بر حیات فردی و جمعی اثرگذارند. همین ویژگی، زمینه‌ساز طرح ایدهٔ نوسازی در برهه‌های خاص تاریخی شده است.

در سنت اسلامی، فرایند نوسازی عمدتاً در قالب دو مفهوم کلیدی «احیا» و «تجدید» مطرح شده است. این دو واژه در اندیشهٔ اسلامی بیانگر کوشش‌های آگاهانه‌ای هستند که هدف آن‌ها باززنده‌سازی و تقویت پیوند میان دین و زندگی، در ابعاد مادی و معنوی، به‌عنوان بخشی از ساختار جامعه است (Voll, 2003, Vol. 2, pp. 675–676). مرور تاریخ اسلام نشان می‌دهد که چنین تلاش‌هایی عموماً در جهت رفع آسیب‌های پدیدآمده در عرصه‌های اعتقادی، اخلاقی، حقوقی، سیاسی و فرهنگی صورت گرفته است؛ آسیب‌هایی که نتیجه فاصله‌گرفتن جامعه از فهم اصیل دینی بر پایه قرآن و سنت بوده و کوشش برای بازگرداندن آن به حالت نخستین یا احیای دوباره را ایجاب کرده است (Görgün, 2011, Vol. 40, pp. 234–239).

در اسلام، ایدهٔ نوسازی به‌عنوان یک نظام فراگیر بر این مبنا استوار است که باید پاسخ‌های مناسبی برای هرگونه پرسش ممکن دربارهٔ انسان ارائه شود؛ پرسش‌هایی که هم به مسائل دینی در سطوح فردی و اجتماعی مرتبط‌اند و هم با شرایط زمانه سازگار باشند (Kamali, 2003, Vol. 2, pp. 577–579). مطالعات دانشگاهی در زمینه نوسازی در اسلام عمدتاً رویکردی تاریخی اتخاذ کرده و بیشتر بر جنبش‌ها و جریان‌هایی تمرکز کرده‌اند که تحت عنوان «تجدید» شناخته می‌شوند (به‌عنوان نمونه، ر.ک. Esposito, 2001). ویژگی کنش‌گرایانه این جنبش‌ها سبب شده است که آن‌ها عمدتاً به‌عنوان پدیده‌های تاریخی مورد بررسی قرار گیرند و توجه ویژه‌ای به پیامدهای سیاسی، اجتماعی و جامعه‌شناختی آن‌ها معطوف شود.

بااین‌حال، به نظر می‌رسد ابعاد عقلانی و نظری ایدهٔ نوسازی در اسلام تاکنون به‌طور کافی مورد بررسی قرار نگرفته و مطالعات دانشگاهی مستقل که به جنبه‌های نظری این موضوع بپردازند، به‌طور چشمگیری کمبود دارند. این وضعیت نشان‌دهنده وجود خلأیی در زمینه پایه‌گذاری عقلانی مفاهیم «احیا» و «تجدید» در چهارچوب ایدهٔ نوسازی در اندیشهٔ اسلامی است.

بُعد نظری نوسازی، همانند بُعد عملی، در موفقیت فعالیت‌های مرتبط با تحول اجتماعی اهمیت فراوان دارد. یکی از علل اصلی کمبود حمایت اجتماعی و مواجهه با مقاومت‌های مکرر نسبت به فعالیت‌های نوسازی، فقدان آگاهی کافی نسبت به جنبه‌های نظری آن است. بنابراین، ضروری است که مؤمنان ابتدا نسبت به فرایند نوسازی شناخت پیدا کنند و نسبت به آن قانع شوند. این آگاهی و فهم باید شامل ماهیت نوسازی، ضرورت، مشروعیت، قلمرو، نهادینه‌سازی و استمرار آن باشد. بررسی مستقل و علمی این ابعاد، زمینهٔ کاهش

پیش‌داوری‌ها و نگرانی‌های احتمالی مؤمنان را فراهم کرده و مسیر تحقق موفقیت پایدار فعالیت‌های نوسازی را هموار می‌سازد.

گرچه مفاهیم احیا و تجدید به‌طور کلی به بازسازی حیات دینی در سطوح مختلف معرفت اسلامی مربوط می‌شوند، اما تجربهٔ تاریخیِ اندیشهٔ اسلامی نشان می‌دهد که برجسته‌ترین میدان تحقق عینی و اجتماعی آن‌ها، حوزهٔ فقه و اجتهاد بوده است؛ زیرا فقه مهم‌ترین عرصهٔ پیوند دین با حیات عملی جامعه است؛ از سویی می‌توان آن‌ها را در سطحی گسترده‌تر به‌عنوان فعالیت‌هایی مرتبط با «فلسفهٔ دین» نیز تلقی کرد. برای بنیان‌گذاری عقلانی ایدهٔ نوسازی در اسلام، ضروری است که این موضوع به‌صورت جامع و همه‌جانبه مورد بررسی قرار گیرد؛ هم از درون و هم از بیرون. در این راستا، فقه به‌عنوان شاخه‌ای از علوم اسلامی، دیدگاهی درونی و مبتنی بر اصول و قواعد دینی ارائه می‌دهد، درحالی‌که فلسفهٔ دین، به‌عنوان شاخه‌ای از فلسفه، افقی بیرونی و تحلیلی برای فهم و تبیین مفاهیم دینی فراهم می‌آورد.

هر دو حوزه، یعنی فقه و فلسفهٔ دین، به‌طور گسترده از توانایی‌های عقلانی در استدلال، تبیین و تفسیر برای عقلانی‌سازی مفاهیم و گزاره‌های دینی بهره می‌گیرند (Pailin, 1989, pp. 9–33; Hick, 1990, pp. 1–5; Bedir, 2004, pp. 227–245; Makdisi, 1985, pp. 97–112). این نکته، یکی از مهم‌ترین نقاط تلاقی و اشتراک میان این دو رشتهٔ علمی را نشان می‌دهد. بر این اساس، از طریق همکاری و تعامل میان فلسفهٔ دین و فقه می‌توان ایدهٔ نوسازی در اسلام را به‌شکلی جامع، منسجم و عقلانی پایه‌ریزی کرد.

نوسازی در اسلام با طیف گسترده‌ای از مسائل مرتبط است. این پژوهش بر تحلیل مشکلات مشخصی که جنبش‌های تجدید به آن‌ها پرداخته‌اند تمرکز ندارد، بلکه انتقادی است به رویکردهای شتاب‌زده، تند و تحکم‌آمیز در فعالیت‌های احیا. این مطالعه به‌عنوان یک پژوهش میان‌رشته‌ای طراحی شده و از روش‌های تحلیل مفهومی، بررسی تاریخی، استدلال فلسفی و نقد بهره می‌برد. هدف اصلی پژوهش، ارائه چارچوبی جامع، عینی و منسجم برای بنیاد عقلانی ایدهٔ نوسازی در اسلام است، به‌ویژه از منظر مفهوم «احیا».

بر این مبنا، ابتدا مفاهیم «احیا» و «تجدید» مورد تحلیل قرار می‌گیرند و دلیل ترجیح مفهوم احیا در این پژوهش توضیح داده می‌شود. بررسی ضرورت احیا در دین از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است، زیرا بستر مناسبی برای بحث دربارهٔ امکان، مشروعیت، محدوده، نهادینه‌سازی و استمرار احیا فراهم می‌آورد. بر این اساس، پژوهش حاضر بر این مسائل در زمینه بنیادگذاری ایدهٔ نوسازی تمرکز دارد و «احیای جمعی» را به‌عنوان چشم‌اندازی نوین برای نوسازی پیشنهاد می‌کند. این نوع از نگرش، با نگاهی عقلانی و فروتنانه، سعی دارد مسیر گذار از آگاهی فردی به آگاهی اجتماعی و سپس به آگاهی جهانی را از طریق «مدارا و اقناع» هموار سازد.

لازم به ذکر است هرچند مفهوم «احیا» در این پژوهش در قالب تحلیلی-نظری بررسی می‌شود، اما این مفهوم ریشه‌ای عمیق در تاریخ تحولات فقه اسلامی دارد و بدون توجه به بسترهای تاریخی آن قابل فهم نیست. در واقع، احیا نه صرفاً یک ایدهٔ انتزاعی، بلکه الگویی تاریخی در سیر تطور فقه است که در مقاطع مختلف، از بازسازی اجتهاد پس از دوره‌های رکود تا مواجهه فقه با تحولات اجتماعی و معرفتی، خود را نشان

داده است. از این منظر، بررسی احیا به‌منزله مطالعهٔ یکی از سازوکارهای درونی تاریخ فقه برای تداوم، بازسازی و پاسخ‌گویی به شرایط نوپدید تلقی می‌شود و می‌تواند به فهم پویایی تاریخی فقه اسلامی یاری رساند.

با توجه به آنچه که تبیین شد، سؤال اصلی این پژوهش بدین شرح است: نوسازی در اندیشهٔ اسلامی بر چه مبانی عقلانی و معرفتی قابل بنیادگذاری است و چگونه می‌توان با تکیه بر مفهوم «احیا»، الگویی مشروع، ممکن، مستمر و غیرایدئولوژیک برای نوسازی فردی، اجتماعی و نهادی در درون سنت اسلامی ارائه کرد؟

در راستای پاسخ‌گویی به این پرسش، پژوهش بر فرضیه‌های زیر استوار است:

(۱) نوسازی در اسلام، نه از طریق تغییر در اصول بنیادین دین، بلکه از رهگذر بازاندیشی عقلانی در فهم، تفسیر و کاربست آموزه‌های دینی در قالب «احیا» امکان‌پذیر است.

(۲) مفهوم «احیا» از حیث عقلانی، فقهی و دینی، مشروعیت لازم برای بنیادگذاری نوسازی را داراست و دامنه آن از تجدید صرف، گسترده‌تر و فراگیرتر است.

(۳) نوسازیِ مبتنی بر احیا، درصورتی‌که به‌صورت جمعی، میان‌رشته‌ای و مستقل از اقتدار سیاسی سامان یابد، ظرفیت تداوم، نهادینه‌سازی غیرتحمیلی و بازسازی تمدنی را خواهد داشت.

(۴) فقدان بنیان نظری و عقلانی در فعالیت‌های نوسازی، زمینه‌ساز رادیکالیسم، ایدئولوژیک‌شدن و ناکامی پروژه‌های احیایی در جهان اسلام شده است.

مقاله به‌منظور پاسخ‌گویی به سؤال پژوهش و آزمون فرضیه‌ها، در چند بخش سامان یافته است. ابتدا با تحلیل مفهومی «احیا» و «تجدید»، تمایزهای نظری آن‌ها و دلیل ترجیح مفهوم احیا در چهارچوب نوسازی اسلامی بررسی می‌شود. سپس، ضرورت، امکان و مشروعیت احیا با اتکا به شواهد قرآنی، روایی، تاریخی و عقلانی تبیین می‌گردد. در ادامه، دامنه، محدودیت‌ها، فاعلان احیا و نسبت آن با اجتهاد، تقلید و نهاد دین تحلیل می‌شود. در بخش‌های بعدی، مسئلهٔ نهادینه‌شدن و تداوم احیا، نسبت آن با قدرت سیاسی و پیامدهای ایدئولوژیک‌شدن بررسی شده و در نهایت، «احیای جمعی» به‌عنوان الگویی عقلانی، مدنی و میان‌رشته‌ای برای نوسازی پایدار و بازسازی تمدن اسلامی پیشنهاد می‌شود.

تحلیل مفهومی

«احیا» در لغت به‌معنای «زندگی‌بخشیدن، زنده‌کردن و نوکردن» تعریف شده است (جوهری، ۲۰۰۹، ص. ۳۰۰). در قرآن، این واژه عمدتاً برای بیان «رستاخیز و بازگشت به زندگی پس از مرگ» به کار رفته است. زندگی‌بخشی می‌تواند به‌صورت «بازگرداندن موجود زنده پس از مرگ» (بقره: ۲۸؛ طه: ۳) یا به‌شکل «زنده‌سازی زمین خشک و مرده از طریق رویش گیاه پس از باران» (بقره: ۲۶۴؛ اسراء: ۶۶) تعبیر شود.

در احادیث، واژهٔ «احیا» علاوه بر معانی قرآنی خود، به مفهوم «بازگرداندن یا اجرای دوباره حکمی که فراموش شده یا از دست رفته است» نیز به کار رفته است (مالک بن انس، ۱۹۸۵، صص. ۷۴۳-۷۴۴). این پدیده، در بسیاری از جنبه‌ها مشابه با مفهوم تجدید است. واژهٔ تجدید اشاره به «فعالیتی آگاهانه، جدی و نظام‌مند برای نوسازی و بازسازی چیزی با رعایت شکل اصیل آن» دارد (Voll, 2003, Vol. 2, pp. 675–676) و

فردی که چنین فعالیتی را آغاز می‌کند، «مجدد» نامیده می‌شود. هرچند احیا در برخی منابع به‌معنای مشابه تجدید به کار رفته است، اما استفاده از آن در این معنا چندان رایج نیست (Görgün, 2011, Vol. 40, p. 237). غالباً ترجیح یافتن واژهٔ تجدید بر احیا، به حدیثی نسبت داده می‌شود که در آن عبارت «مَن یُجدّد» به پیامبر منسوب است (سجستانی، ۲۰۰۹، ج. ۶، ص. ۳۴۹).

در این حدیث آمده است که مجدد (ها) در آغاز هر قرن، دین را تجدید خواهند کرد و واژهٔ «دین» به‌صورت مطلق و بدون هیچ قیدی بیان شده است. بااین‌حال، علمای مسلمان این عبارت را نه به‌معنای ذات دین، بلکه به مفهوم «امور و مسائل دینی» (أمر دینها) تفسیر کرده‌اند (بیهقی، ۲۰۱۷، ج. ۱، ص. ۳۷). بر این اساس، موضوع نوسازی، تغییر یا بازسازی ذات دین نیست، بلکه بر «فهم، تبیین، تفسیر و اجرای احکام و آموزه‌های دینی» تمرکز دارد.

«اصلاح» (Reform) در سنت فکری غرب، به‌معنای بازتعریف دین از طریق ایجاد تغییراتی در ساختار آن، شامل حذف یا اضافه‌کردن برخی عناصر است (Saari & Saari, 2002, pp. 116–123; Linder, 2008, p. 30; Weber, 1897, pp. 276–277). هرچند این مفهوم در برخی منابع برای اشاره به فعالیت‌های احیا و تجدید نیز به کار رفته است، اما از نظر محتوا و هدف، تفاوت‌های بنیادینی با این دو مفهوم دارد و نمی‌توان آن‌ها را با یکدیگر همپوشانی داد.

احیا و تجدید به‌معنای «بازسازی قدرتمند پیوندی است که میان فرد و جامعه با دین تضعیف شده است»؛ این بازسازی مستقیماً متوجه خود دین نیست، بلکه بر ارتباط میان دین و زندگی اجتماعی و فردی تمرکز دارد. علاوه بر این، با توجه به غالب‌شدن روحیه تقلیدگرایانه و ازدست‌رفتن محتوای سنت‌های دینی در طول زمان، فعالیت‌های احیا و تجدید به‌منظور احیای پویایی در فهم دینی و تثبیت ارزش‌های اسلامی در هر دوره انجام می‌شوند (Görgün, 2011, Vol. 40, p. 238). مرور تاریخ اسلام نشان می‌دهد که این مفاهیم معمولاً به‌عنوان «ابزاری برای نقد سنت» و «اعتراضی نسبت به تقلیدگرایی» مورد استفاده قرار گرفته‌اند.

دانشمندان معمولاً «تجدید» را به فعالیت‌هایی تعریف می‌کنند که با هدف پیش‌بینی و مقابله با نوعی انحطاط ضمنی در فهم دینی یا جامعهٔ مسلمانان انجام می‌شوند (Görgün, 2011, Vol. 40, p. 238). بااین‌حال، لازم نیست انحطاط حتماً پیش‌شرط انجام تجدید باشد. در واقع، «باززنده‌سازی موضوعی فراموش‌شده نیز می‌تواند شکلی از تجدید محسوب شود». شایان ذکر است که میان انحطاط و فراموشی تفاوت وجود دارد؛ انحطاط به‌معنای دورشدن از یک اصل یا حقیقت در محتوا یا شکل است، درحالی‌که فراموشی به‌معنای «ازدست‌رفتن» آن است و لزوماً انحطاط محسوب نمی‌شود. براساس احادیث، احیا علاوه بر این، شامل «آشکارسازی حقایق فراموش‌شده یا نادیده‌گرفته‌شده» نیز می‌شود. افزون بر این، «گذار از وضعیتی مناسب به وضعیتی بهتر» نیز می‌تواند نوعی احیا به شمار آید. بنابراین، ازآنجاکه احیا شامل زنده‌سازی حقایق فراموش‌شده، بهبود وضعیت موجود و مقابله با انحطاط است؛ دامنهٔ آن گسترده‌تر و جامع‌تر از مفهوم تجدید می‌باشد.

با وجود اینکه احیاء در جهان اسلام با تأثیر احیاء علوم‌الدین، اثر مهم امام غزالی (متوفی ۱۱۱۱م)، مورد توجه ویژه قرار گرفت (Garden, 2014)، در دوره‌های پس از آن، مفهوم تجدید بیشترین تمرکز را به خود جلب

کرد. بدون شک، نقش حدیث مرتبط با تجدید در این روند قابل چشم‌پوشی نیست؛ این حدیث، ویژگی «رهبری» را به فردی نسبت می‌دهد که «مجدد» شناخته می‌شود؛ بنابراین، جنبش‌های تجدید که براساس این حدیث شکل گرفته‌اند، به مجدد مرجعیت دینی اعطا کرده و موقعیتی برجسته در رهبری دینی برای او ایجاد کردند.

علاوه بر این، ریشهٔ واژهٔ «تجدید» در زبان عربی از حروف سخت (ج-د-د) تشکیل شده و تلفظی قوی دارد که نمایانگر «رویکردی قاطع و اقتدارگرایانه» است و بر عمل و کنش تأکید می‌کند. این رویکرد قاطع و فعال، در رفتار و گفتمان مجدد و همچنین در دوران مدرن بازتاب یافته و پذیرش جنبش‌های تجدید را در میان توده‌ها تسهیل کرده است.

در نقطهٔ مقابل، واژهٔ «احیاء» از حروف نرم (ح-ی-ی) ساخته شده و با تلفظی ملایم، نمایانگر فعالیتی با «نگرش عقلانی و متواضعانه» است. با توجه به زمان و شرایط ظهور جنبش‌های تجدید، ممکن است تصور شود که نگرش ملایم احیاء توان پاسخ‌گویی به انتظارات را ندارد. بااین‌حال، این پژوهش بر «بُعد عقلانی و متواضعانه ایدهٔ نوسازی» تمرکز دارد و بر این باور است که مفهوم «احیاء بهترین ابزار پاسخ‌گویی به نیازهای نوسازی» است. ازاین‌رو، موضوع تحقیق بر پایهٔ مفهوم احیاء شکل گرفته است. در این چهارچوب، واژهٔ «تجدید» صرفاً برای اشاره به جنبش‌های کنش‌گرایانه به کار می‌رود، درحالی‌که واژهٔ «احیاء» شامل تمامی فعالیت‌ها، از جمله تجدید، است که با هدف «فهم، تبیین و تفسیر دین» انجام می‌شوند (Yıldırım & Gülengül, 2022, Vol. 5, pp. 13–26).

در پایان این قسمت لازم است گفته شود بدیهی است مفهوم «إصلاح» در سنت اسلامی جایگاهی بنیادین دارد و در مقام مقابله با فساد و انحراف دینی نقش‌آفرین بوده است. بااین‌حال، «تجدید» و «احیاء» مفاهیمی هم‌سنخ و مکمل آن هستند که علاوه بر اصلاح انحرافات، افق وسیع‌تری مانند بازاندیشی عقلانی، روزآمدسازی فهم دینی و زنده‌سازی حیات فکری و معنوی دین را پوشش می‌دهند. ازاین‌رو، در این مقاله به‌جای تمرکز صرف بر اصلاح، از مفهوم «احیاء» بهره گرفته شده که ظرفیت نظری گسترده‌تری برای بحث نوسازی در اسلام فراهم می‌سازد.

ضرورت احیاء

پس از وفات پیامبر اسلام (ص)، با گسترش سریع اسلام در قلمروهای وسیع تحت خلافت خلفای راشدین، فرهنگ‌ها، جوامع و محافل علمی متنوع با یکدیگر برخورد کرده و در هم آمیختند. این تلاقی مسلمانان با ملت‌هایی که دارای ادیان، زبان‌ها و فرهنگ‌های متفاوت بودند و همچنین پذیرش گروه‌های جدیدی از مردم به اسلام و تلاش آن‌ها برای یادگیری قرآن، تغییراتی در تلفظ و معانی زبان عربی به وجود آورد (ابن‌ندیم، ۱۹۹۷، صص. ۶۱-۶۳). این شرایط، تهدیدی جدی برای حفظ قرآن، هم از منظر لفظی و هم معنایی، محسوب می‌شد. در پاسخ به این چالش، دانشمندان مسلمان در ابتدا تمرکز خود را بر مسائل زبانی معطوف کردند و به موضوعاتی مانند قرائات، اعراب (دستور زبان)، صرف و نحو و نیز تفسیر قرآن که به زبان عربی نازل شده بود، پرداختند.

علاوه بر بررسی معانی لغوی واژگان عربی، دانشمندان مسلمان کوشش کردند تا معانی اصطلاحات فنی و تخصصی را نیز در پرتو قرآن و سنت روشن سازند (ابن‌خلدون، ۲۰۰۵، ج. ۲، ص. ۳۶۴؛ ج. ۳، ص. ۴). هدف

اصلی آنان، صیانت از منابع بنیادین اسلام، هم از نظر لفظی و هم از نظر معنایی بود. به این ترتیب، مسلمانان ابتدا قادر می‌شدند متون دینی را فهم کنند، سپس تفسیر و تأویل نمایند و در نهایت پیام دین را تبلیغ کنند. با توجه به ضرورت‌های آن عصر، این پژوهش‌های زبانی و نحوی را می‌توان نوعی فعالیت احیایی در نظر گرفت.

از این منظر، نخستین چالش در فهم متون دینی پس از بنیان‌گذاران دین، مسئلهٔ زبان بود. این چالش تأثیر مستقیمی بر درک و تفسیر متون دینی داشت؛ زیرا هر مفهوم زبانی دارای لایه‌های معنایی متعدد است و کشف این لایه‌ها فرایندی مستمر و پیوسته است و امری یک‌باره و پایان‌یافته محسوب نمی‌شود. کوشش‌های دانشمندان و فیلسوفان اسلامی برای فهم و تفسیر منابع اصلی دین، از آغازین روزهای اسلام تا به امروز، می‌تواند ادامه و گسترش همین فرایند تلقی شود.

مسئلهٔ فهم دین در جهان اسلام با شکل‌گیری و توسعهٔ علوم دینی وارد مرحله‌ای چندبعدی شد. تلاش علما برای حل مشکلاتی که عمدتاً در حوزه‌های اعتقادی و عملی ظهور یافته بود، ضرورت نظام‌مندسازی فهم دین را آشکار ساخت. در این راستا، نهادینه‌سازی علوم دینی خود به‌مثابهٔ یک فعالیت احیایی قلمداد می‌شود.

بااین‌حال، در فرایند اجرای عملیِ این نظام‌هایِ نهادینه‌شده، گاهی یکپارچگی رعایت نمی‌شد و برخی از افرادی که دارای صلاحیت علمی لازم نبودند، این رویکردها را به جامعه منتقل می‌کردند. در واکنش به چنین مشکلاتی، علما اقدام به ارائهٔ راهکارهایی همچون «مبارزه با بدعت‌ها و خرافات» نمودند. در این میان، امام غزالی (متوفی ۱۱۱۱م) به‌عنوان یکی از برجسته‌ترین چهره‌ها، در مقدمهٔ کتاب احیاء علوم‌الدین معتقد است که تحت تأثیر افراد مدعیِ علم، اخلاص در دین رنگ باخته، معنویت دچار فساد شده و این فساد به عموم مردم سرایت کرده است (غزالی، بی‌تا، ج. ۱، صص. ۱-۲؛ Esposito, 2004b, Vol. 1, pp. 168–169). این اثر، به‌طور گسترده، نمونهٔ شناخته‌شدهٔ احیاء کلاسیک به شمار می‌آید.

اندیشهٔ احیاء غزالی فرایندی است که با تألیف کتاب معیار العلوم آغاز و با اثر شاخص او احیاء علوم‌الدین به کمال رسید. اثر احیاء نه‌تنها به نقد شرایط موجود می‌پردازد، بلکه روش‌شناسی و راهکار عملی نیز ارائه می‌دهد و ازاین‌رو، هم جامعهٔ علمی و هم عموم مردم را مخاطب خود قرار می‌دهد (Garden, 2014, p. 152).

در زمان غزالی، علوم دینی به سطحی از بلوغ نسبی دست یافته و زبان ویژه‌ای برای بیان مفاهیم پیچیدهٔ خود پدید آورده بود که برای عموم مردم چندان قابل فهم نبود. ازآنجاکه فهم و عمل به دین وظیفهٔ هر مسلمان است، غزالی در احیاء علوم‌الدین رویکردی اخلاقی-عرفانی و قابل درک برای همهٔ اقشار جامعه اتخاذ کرد. به این ترتیب، با وجود جایگاه علمی برجستهٔ خود، وی در این اثر روش متواضعانه و فراگیر را برگزید که ارزش و تأثیر آن را بیش از پیش افزایش داد. از این منظر، احیاء یکی از اصیل‌ترین آثار جهان اسلام در حوزهٔ اندیشهٔ نوسازی و باززنده‌سازی دینی محسوب می‌شود.

پس از دوران غزالی، فعالیت‌های احیایی در گسترهٔ جغرافیای اسلامی ادامه یافت و شخصیت‌های برجسته‌ای در این مسیر ظهور کردند. از میان آنان می‌توان به احمد بن تیمیه (متوفی ۱۳۲۷م) اشاره کرد که الهام‌بخش و مرجع بسیاری از جنبش‌های تجدید پس از خود بود، شیخ احمد سرهندی (متوفی ۱۶۲۴م) که در هند به‌عنوان «مجدد هزاره دوم» شناخته شد، و شاه ولی‌الله دهلوی (متوفی ۱۷۶۲م) که بنیان بسیاری از

جنبش‌های مهم اسلامی در آسیای جنوبی را پی‌ریزی کرد، نام برد. این شخصیت‌ها را می‌توان در چهارچوب احیاء کلاسیک مورد تحلیل و بررسی قرار داد (Voll, 2003, Vol. 2, pp. 675–676).

احیاء در دورهٔ مدرن

در دورهٔ مدرن، چهره‌های برجسته‌ای در مسیر احیاء و نوسازی اندیشهٔ اسلامی ظهور کردند که از جمله آنان می‌توان به رفاعه رافع طهطاوی (متوفی ۱۸۷۳)، جمال‌الدین افغانی (متوفی ۱۸۹۷)، محمد عبده (متوفی ۱۸۹۹)، سید احمد خان (متوفی ۱۸۹۸)، رشید رضا (متوفی ۱۹۳۵)، محمد اقبال (متوفی ۱۹۳۸) و حسن البنا (متوفی ۱۹۴۹) اشاره کرد. ویژگی‌های اصلی فعالیت‌های آنان نشان می‌دهد که فقه اسلامی هسته مرکزی گفتمان‌های این دوره بوده و در عین حال، ضرورت تجدید را بیان کرده و به‌تدریج نوسازی را به حوزه‌های کلام و فلسفه گسترش داده است (هاشمی، ۲۰۰۳، ج. ۲، صص. ۵۷۴-۵۷۷). آغاز جنبش‌های تجدید مدرن عمدتاً با موضع‌گیری در برابر امپریالیسم همراه بود و بر این باور استوار بود که جهان اسلام، در شرایط آشفتگی و فشار غرب، باید ساختار حقوقی و اداری خود را در برابر نظم حقوقی غرب بازسازی و نوسازی کند.

علاوه بر این، بسیاری از مجددان با هدف بسیج توده‌ها از طریق خطابه و تبلیغ فعالیت می‌کردند و گاه خود را در نقش «مهدی» یا منجی می‌نشاندند (ر.ک. Esposito, 2010). تمرکز این افراد عمدتاً بر مقابله با فساد در دین، اخلاق، اندیشه، علم و سیاست بود که در قالب نقد سنت ارائه می‌شد. بااین‌حال، برخی از تلاش‌های احیایی، مانند آثار عبدالرحمن کواکبی (متوفی ۱۹۰۲)، غالباً رنگ‌وبوی قومی داشت (Kamali, 2018, p. 8).

راهکارهای پیشنهادی جنبش‌های تجدید در این دوره ابتدا در قالب شورش‌های اجتماعی و اتحاد علیه نفوذ خارجی ظهور یافت و سپس به‌سوی نوعی ایدئالیسم رمانتیک گرایش پیدا کرد. در این میان، محمد اقبال جایگاهی ویژه داشت؛ او در کنفرانس‌هایش اندیشهٔ تجدید را در چارچوبی علمی و عقلانی مطرح نمود (اقبال، ۲۰۱۲، صص. ۱۱۶-۱۴۲) و برخلاف بسیاری دیگر، هدف قومی، ایدئولوژیک یا سیاسی نداشت. هرچند اقبال نیز در مسیر نوسازی به‌سمت ایدئالیسم متمایل شد، اما همانند غزالی، رویکردی متواضعانه و فراگیر اتخاذ کرد.

احیاء در دورهٔ معاصر

در دورهٔ معاصر، افرادی چون سید قطب (متوفی ۱۹۶۶)، فضل‌الرحمان (متوفی ۱۹۸۸) و یوسف قرضاوی (متوفی ۲۰۲۲) برجسته‌اند. این شخصیت‌ها عمدتاً متفکران و دانشگاهیان صاحب تخصص در حوزه‌های علمی مختلف بودند. در سطح گفتمان، آن‌ها رویکردی آرام و علمی را برگزیدند و تلاش کردند برای مشکلات موجود، راه‌حل‌های نظری و تحلیلی ارائه دهند (Graf, 2013, pp. 22–236; Moosa, 2003, p. 15). بااین‌حال، در برخی موارد، این نگرش‌های فکری به جنبش‌های عمل‌گرایانه و فعال در زمینه نوسازی نیز تبدیل شد. نمونهٔ بارز آن، سید قطب است که با وجود جایگاه روشنفکری، به‌دلیل مواضع انتقادی علیه قدرت سیاسی زمانه و محبوبیتی که پس از بازداشتش کسب کرد، الهام‌بخش برخی جنبش‌های رادیکال و عملی شد.

گونه‌های احیاء: عام و خاص

از یک منظر، فعالیت‌های احیاء در تاریخ اسلام را می‌توان به دو دسته اصلی تقسیم کرد: احیاء عام و احیاء خاص. احیاء عام به فرایندی طبیعی و خودجوش اطلاق می‌شود که بیشتر ناشی از جریان‌های علمی و فکری جوامع اسلامی است تا تلاش آگاهانه. در این معنا، تمامی پژوهش‌ها و مطالعات عقلانی و علمی از آغاز اسلام تا دوران معاصر، و حتی تا روز قیامت، در چهارچوب احیاء عام قرار می‌گیرند.

احیاء خاص، برعکس، شامل تلاشی آگاهانه و هدفمند برای نوسازی است. این نوع احیاء غالباً براساس ادعای انحراف از مسیر قرآن و سنت شکل می‌گیرد و با نقد سنت و اعتراض به تقلید همراه است. به عبارت دیگر، درحالی‌که احیای عام با یک جریان خطی و هم‌سو با قرآن و سنت حرکت می‌کند، احیای خاص تحت‌تأثیر انگیزه‌های سیاسی، علمی، فلسفی، جامعه‌شناختی و ایدئولوژیک شکل‌های متنوعی به خود می‌گیرد. با وجود تفاوت در نگرش‌ها نسبت به مجددان، ضرورت نوسازی در اسلام به‌مثابهٔ احیاء در معنای خاص امری انکارناپذیر است.

امکان احیاء

یکی از مسائل محوری در بحث نوسازی اندیشهٔ اسلامی، بررسی امکان احیاء است. آموزه‌های اسلامی نشان می‌دهند که توحید و شریعت الهی در طول تاریخ، از حضرت آدم تا پیامبر اکرم (ص)، گاهی به فراموشی سپرده می‌شد و خداوند در این دوره‌ها، دین حقیقی را از طریق پیامبران زنده می‌کرد. از این منظر، خود اسلام می‌تواند نوعی احیاء الهی به شمار آید. تردیدی وجود ندارد که در میان پیروان اهل‌سنت با رحلت پیامبر اکرم (ص) و نیز در میان پیروان امامیه بعد از اتمام امامت ائمهٔ اطهار (ع)، مسئولیت فعالیت‌های احیاء بر عهدهٔ فقهای امت اسلامی گذاشته شد؛ به عبارت دیگر، اگر در گذشته پیامبران و امامان مأمور به احیای دین بودند، پس از آن، این وظیفه به فقهای اسلام منتقل شده است. این امر خود دلیل مهمی بر امکان‌پذیری احیاء در دین محسوب می‌شود.

نمونهٔ روشن در جهان اسلام، غزالی است که در مقدمهٔ احیاء علوم‌الدین، فساد و ناکارآمدی برخی عالمان دینی در پاسخ به نیاز جامعه برای معرفت صحیح را علت نگارش این اثر برشمرده است (غزالی، بی‌تا، ج. ۱، صص. ۱-۲). به‌طور مشابه، در مسیحیت، مارتین لوتر با انتشار رسالهٔ ۹۵ ماده‌ای خود، اعتراض خود را نسبت به انحرافات کلیسای کاتولیک، از جمله فروش آمرزش‌نامه و اختیارات پاپ در پذیرش توبه، ابراز کرد (ر.ک. Nichols, 2016; Pailin, 1989). این نمونه‌ها نشان می‌دهد که احیاء به‌دلیل فساد و انحراف در فهم و عمل دینی، هم امکان‌پذیر و هم ضروری است.

مشروعیت احیاء؛ تحلیل عوامل درونی و بیرونی

مشروعیت احیای دین در اسلام را می‌توان از دو منظر درونی (دینی) و بیرونی (تاریخی-اجتماعی) بررسی کرد. این تقسیم‌بندی نه‌تنها نظم منطقی متن را تضمین می‌کند، بلکه نشان می‌دهد که مشروعیت احیاء هم از منابع شرعی و هم از شرایط عینی جامعه اسلامی ناشی می‌شود.

عوامل درونی (مشروعیت دینی)

۱. قرآن کریم

قرآن به‌عنوان منبع اصلی شریعت و مشروعیت احیاء تلقی می‌شود. آیات مربوط به امر به معروف و نهی از منکر، از جمله «وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ» (آل‌عمران: ۱۰۴) و «وَلْتَكُنْ فِي قَوْمٍ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ» (لقمان: ۱۷)، اهمیت ویژه‌ای در مشروعیت‌بخشی به فعالیت‌های احیاء دارند. این آیات، معیارهایی را برای بازسازی و تقویت زندگی دینی ارائه می‌دهند و نشان می‌دهند که احیاء، تحقق عملی دعوت به خیر و جلوگیری از شر است (ماتریدی، ۲۰۰۵، ج. ۲، ص. ۴۵۵).

۲. سنت نبوی و احادیث اهل‌سنت

سنت پیامبر اکرم (ص) به‌عنوان منبع اصلی دینی و عملی مشروعیت احیاء نقش دارد. حدیث معروف: «مَن رَأى مِنْكُمُ المُنكر فليغيّره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه» (قوام‌السنة، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۲۲۳) نشان می‌دهد که اصلاح جامعه و بازسازی دین، وظیفه عمومی مسلمانان است و احیای اصول دینی جزئی از این تکلیف به شمار می‌آید. همچنین حدیث «إنّ اللّه يبعث لهذه الأُمّة على رأس كلّ مائة سنة من يجدّد لها دينها» (السجستانی، ۲۰۰۹، ج. ۶، ص. ۳۴۹) بیانگر استمرار نیاز جامعه اسلامی به مجددان دین در طول تاریخ است.

۳. فقه امامیه و آثار دانشمندان اسلامی

در فقه شیعه، احیای فقه پس از دورهٔ رکود فقهی ضروری شمرده شد. آثار شیخ طوسی (شیخ طوسی، ۱۴۱۴ق، ج. ۱، صص. ۱۲-۳۵) و بحرانی (بحرانی، ۱۳۹۰، ج. ۲، صص. ۱۸۷-۱۹۰) نمونه‌ای از تلاش‌های علمی برای بازسازی فقه شیعه هستند. سایر دانشمندان اسلامی همچون ماوردی، غزالی و ابن‌تیمیه نیز مشروعیت احیاء را به‌عنوان تکلیف شرعی تأیید کرده‌اند (ماوردی، بی‌تا، ص. ۳۴۹؛ غزالی، بی‌تا، ج. ۲، صص. ۳۰۷-۳۱۷؛ ابن‌تیمیه، ۲۰۰۴، ج. ۱۵، صص. ۱۶۶-۱۶۷). این احادیث و آثار، هم نشانگر مشروعیت دینی و هم مستندات عملی برای فعالیت‌های احیاء هستند.

لازم به ذکر است که احیاء با امر به معروف و نهی از منکر همبستگی دارد، اما تساوی کامل ندارد؛ احیاء به‌معنای بازسازی، اصلاح و تعمیق اصول دینی در شرایط رکود یا فراموشی است و امر به معروف و نهی از منکر، اصول کلی و مکلفیت‌های عمومی هستند.

عوامل بیرونی (زمینه‌های تاریخی و اجتماعی)

عوامل بیرونی مشروعیت احیاء، ناشی از شرایط واقعی جامعه اسلامی و تحولات تاریخی هستند که ضرورت اصلاح و بازسازی دین را برجسته می‌کنند:

۱. شرایط سیاسی و اجتماعی

تأثیر تحولات سیاسی و اجتماعی بر ضرورت احیای دین از دوران اولیه اسلام تا دورهٔ مدرن مشهود است. اشغالگری‌ها، فعالیت‌های استعماری و بحران‌های داخلی باعث شد که ضرورت بازسازی اصول دینی و نوسازی

جامعه اسلامی به‌طور جدی احساس شود (Esposito, 2003, pp. 265–266; Hashmi, 2003, Vol. 2, pp. 574–577).

۲. تحولات علمی و فرهنگی غرب

انقلاب فرانسه، انقلاب صنعتی و پیشرفت‌های علمی و فرهنگی غرب، جهان اسلام را به بازنگری در روش‌های سنتی هدایت کرد. اجتهاد مستمر و باز بودن باب اجتهاد، زمینهٔ مشروعیت‌بخشی به احیاء را فراهم ساخت (Hallaq, 1984, pp. 3–41; Wood, 2016, p. 105).

۳. جنبش‌های احیاء و نوسازی در دورهٔ مدرن

در دورهٔ مدرن، مقالات و پروژه‌های متعددی دربارهٔ ضرورت احیاء منتشر شد و بر اصلاح تقلید و باز بودن باب اجتهاد تأکید گردید (Riḍā, 1901, pp. 681–687; Peters, 1980, pp. 131–145). این پروژه‌ها بر روش‌های نوین و هماهنگی جامعهٔ اسلامی با تحولات عصر جدید متمرکز بودند و نشان دادند که عوامل بیرونی، محرک اصلی فعالیت‌های احیاء هستند.

مشروعیت احیاء هم از عوامل درون‌دینی ناشی می‌شود (قرآن، سنت، فقه امامیه و آثار دانشمندان اسلامی) و هم از عوامل بیرونی تاریخی و اجتماعی (تحولات سیاسی، فرهنگی و علمی) پشتیبانی می‌شود. این تقسیم‌بندی روشن، هم نظم منطقی متن را تضمین کرده و هم پاسخ‌گوی ارتباط احیاء با امر به معروف و نهی از منکر و ضرورت آن در طول تاریخ اسلام است.

در تبیین آنچه که ذکر گردید باید گفت عوامل خارجی نقش مهمی در تحریک و تشویق فعالیت‌های احیاء ایفا می‌کنند. تفاوت‌های سیاسی، جغرافیایی و فرهنگی، همراه با ادراک تهدید ناشی از تحولات و تغییرات پیرامون جهان، بر درک، تبیین، تفسیر و اجرای دین تأثیر می‌گذارند. به‌ویژه، فعالیت‌های استعماری و تلاش‌های اشغالگری علیه جهان اسلام، همراه با پیامدهای انقلاب فرانسه و انقلاب صنعتی، باعث شد که عقب‌ماندگی مسلمانان به‌صورت محسوس‌تری احساس شود (Esposito, 2003, pp. 265–266؛ هاشمی، ۲۰۰۳، ج. ۲، ص. ۵۷۴). در پاسخ به این عقب‌ماندگی و برای همگامی با تحولات عصر جدید، تلاش‌های متعددی در قالب فعالیت‌های احیاء و نوسازی در گسترهٔ جغرافیای اسلامی انجام شد (Voll, 1999, pp. 509–547; Esposito, 2004a, Vol. 1, pp. 164–165).

این ایده که روش‌ها و رویه‌های سنتی که تا آن زمان جامعهٔ اسلامی را شکل می‌دادند، دیگر قادر به دستیابی به اهداف مورد نظر و تولید نتایج مطلوب نبودند، موجب تقویت ادعای ضرورت احیاء در برخی محافل شد. واقعیت این است که اجتهاد در هر دوره به‌طور مستمر اعمال می‌شد و بر این اساس، نظر غالب مبنی بر «بسته‌بودن درِ اجتهاد» نقض می‌گردید (Hallaq, 1984, pp. 3–41; Wood, 2016, p. 105). این روند، به‌ویژه در دورهٔ پس از غزالی، زمینه‌ای قوی برای مشروعیت‌بخشی به احیاء فراهم کرد. در نتیجه، جستجوی راهکارهای نوین با هدف هماهنگی جهان اسلام با تحولات عصر حاضر، برجسته شد و در این چهارچوب، جنبش‌های تجدید شکل گرفتند.

در دورهٔ مدرن، با گسترش گفتمان‌ها پیرامون ضرورت تغییر در جهان اسلام، به‌ویژه تحت تأثیر تحولات غرب، مقالات متعددی دربارهٔ ضرورت احیاء منتشر شد و پروژه‌های مرتبط با احیاء توسعه یافتند (Riḍā, 1901, pp. 681–687; Iqbal, 2012). این پروژه‌ها به بررسی مسائلی همچون واکنش نسبت به تقلید در جهان اسلام، تأکید بر بازبودن بابِ اجتهاد (Peters, 1980, pp. 131–145)، جستجوی روش‌های نوین و تلاش برای تحول جامعهٔ اسلامی به‌منظور همگامی با عصر جدید پرداختند. تمامی این عوامل به‌عنوان دلایل خارجی مشروعیت‌بخش فعالیت‌های احیاء محسوب می‌شوند.

دامنه و محدودیت‌های احیاء

شریعت اسلامی براساس احکام مرتبط با سه حوزهٔ اصلی ایمان، عمل و اخلاق سامان یافته است. حوزهٔ احکام عملی از آن جهت اهمیت دارد که تأثیر مستقیمی بر نظم‌بخشی به زندگی دینی مسلمانان دارد. در تعیین محدوده‌های احیاء در این حوزه، تمایز میان احکام تعبدی (مبتنی بر یقین) و اجتهادی (قابل اجتهاد و باز به نظر) اهمیت ویژه‌ای دارد. در اموری که وجودشان با قطعیت تثبیت شده و جزو اصول دین به شمار می‌آیند یا مرزهای آن‌ها به‌طور کامل توسط نصوص (قرآن و سنت) و اجماع مشخص شده است، هیچ فقیهی مجاز به ارائهٔ احکام جدید نیست (ابن‌عبدالسلام، ۱۹۹۱، ج. ۱، ص. ۲۰؛ ابن‌رشد، ۲۰۰۴، ج. ۲، ص. ۱۲۵). این حوزه، که تعبدی نامیده می‌شود، به نوعی با مفهوم احیاء مرتبط است.

احیاء به‌ویژه در مسائل اجتهادی کاربرد دارد، جایی که امکان بازنگری و نوآوری در فهم دین وجود دارد. از این منظر، احیاء عمدتاً محدود به مسائل اجتهادی در حوزهٔ عملی است. بااین‌حال، در هر دو حوزهٔ تعبدی و اجتهادی، احیاء می‌تواند به‌معنای زنده‌کردن آموزه‌های فراموش‌شده یا تقویت پیوند جامعه با دین نیز تلقی شود.

به‌طور کلی، تمامی جنبش‌های تجدید سنت را بر پایهٔ دو محور نقد می‌کنند: نخست تقلید و دوم اجتهاد. تقلید در دورهٔ پس از غزالی به‌دلیل ضرورت مشروعیت، جایگاه ویژه‌ای یافت. این سازوکار به‌عنوان ابزاری میان فقها و مردم عادی عمل کرد و زمینه‌ای برای هم‌سویی و تثبیت قانونی در جامعهٔ اسلامی در دوره‌های پسین فراهم ساخت (ابن‌تیمیه، ۲۰۰۴، ج. ۲۰، صص. ۲۲۵-۲۲۶؛ Gleave, 2003, Vol. 2, pp. 679–680). این هم‌سویی، یکی از نقاط اصلی در نقد سنت توسط همه جنبش‌های تجدید به شمار می‌رفت.

ابن‌قیم جوزیه (وفات ۱۳۵۰ق) این هم‌سویی را مورد پرسش قرار داد و به‌ویژه ادعای بسته‌بودن درِ اجتهاد و مشروعیت تقلید را به‌شدت نقد کرد (ابن‌قیم جوزیه، ۱۹۹۱، ج. ۲، صص. ۱۲۹-۱۳۲، ۱۹۶-۱۹۷). با ورود به دورهٔ مدرن، تقلید دیگر به‌عنوان یک سازوکار مشروع تلقی نشد و معنای منفی و محدود به خود گرفت (Fareed, 2003, Vol. 1, pp. 344–345).

درحالی‌که اجتهاد یک مفهوم علمی برای استدلال فقهی محسوب می‌شد، در جنبش‌های تجدید با مفهوم تقلید ترکیب شد و به‌عنوان ابزاری برای نوآوری به کار گرفته شد. در دورهٔ مدرن، برجسته‌ترین نقش در جنبش‌های تجدید به اجتهاد نسبت داده شد، اما خود اجتهاد به‌طور مؤثر در سطح فکری به کار گرفته نشد. مباحث مربوط به اجتهاد به حوزهٔ عمل‌گرایانه منتقل شد تا اعتراض به ادعای بسته‌بودن درِ اجتهاد امکان‌پذیر گردد.

فعالیت‌های احیاء عمدتاً در همین زمینه عمل کردند، زیرا گفتمان اجتهاد مشروعیت تجدید را فراهم می‌ساخت و نشان داده شد که این گفتمان در بسیج توده‌ها و دستیابی به نتایج سیاسی مؤثر عمل کرده است (Gleave, 2003, Vol. 2, pp. 679–680؛ احمد، ۲۰۰۳، ج. ۲، صص. ۵۸۰-۵۸۲).

یکی دیگر از مسائل کلیدی در بحث دامنهٔ احیاء تأکید بر اصول بنیادین و غیرقابل تغییر هر دین است. این اصول، به هیچ وجه نمی‌توانند در محدوده فعالیت‌های احیاء قرار گیرند، زیرا وارد کردن آن‌ها در قلمرو احیاء می‌تواند به خودانکاری دین منجر شود. ازآنجاکه بقای یک نظام دینی ضروری است، هیچ دینی نمی‌تواند هدف خودویرانگری را دنبال کند؛ بنابراین، فعالیت احیاء به‌معنای حذف دین یا ایجاد دین جدید نیست، بلکه تلاشی برای تقویت و زنده‌سازی فهم، تبیین و عمل دینی موجود است.

با وجود امکان تعیین حدود کلی دامنهٔ احیاء، یکی از دشوارترین مسائل مربوط به آن، تعیین اشخاصی است که مجاز به انجام فعالیت‌های احیاء هستند. اعمال معیارهای سخت‌گیرانه ممکن است این فعالیت‌ها را محدود به طبقه خاصی کند، درحالی‌که انعطاف‌پذیری بیش از حد، فعالیت‌های احیاء را در معرض مداخلات ناخودآگاه و اتفاقی قرار می‌دهد. یافتن یک میانهٔ منطقی و قابل قبول دشوار است، اما همچنان امکان‌پذیر و ضروری است تا فعالیت احیاء در مسیر عقلانی و مشروع خود باقی بماند.

یکی از مسائل کلیدی در تعیین کسانی که می‌توانند فعالیت‌های احیاء در حوزهٔ دینی را انجام دهند، داشتن دانش و توانایی کافی است. با پایان نبوت پیامبر اسلام که آخرین پیامبری است که برای احیای توحید مبعوث شد، مسئولیت هدایت و تنظیم زندگی دینی بر عهدهٔ علما نهاده شد. همان‌طور که پیامبر اکرم (ص) در حدیث خود فرموده است: «العلماء ورثة الأنبياء؛ علمای دین وارثان پیامبران‌اند» (کلینی، ۱۴۰۸ق، ج. ۱، ص. ۳۴)، وظیفه احیای دین و تنظیم امور دینی به دانشمندان دینی واگذار شده است. واضح است که مقصود از «علما» در این حدیث، کسانی هستند که دانش دینی و توانایی استنباط احکام را دارند (ابن‌قیم جوزیه، ۱۹۹۱، ج. ۱، ص. ۶). این بدان معناست که پس از پیامبر، حق اظهارنظر در مسائل دینی اساساً در اختیار علما قرار دارد (زبیدی، ۱۹۹۴، ج. ۱، ص. ۲۶).

علاوه بر اختیاراتی که علما در توسعه علوم دینی دارند، آن‌ها باید توانایی بررسی و ارزیابی همهٔ انواع داده‌ها و اطلاعات را که ممکن است از حوزه‌های مختلف به دست آید، در چهارچوب اصول بنیادین دین داشته باشند. به عبارت دیگر، علما به‌عنوان تصمیم‌گیرندگان اصلی در فرایند تحلیل، تفسیر و بهره‌برداری از داده‌ها در چهارچوب فعالیت‌های احیاء عمل می‌کنند. همچنین، این اختیار به آن‌ها امکان می‌دهد تا وظایف دینی مانند امر به معروف و نهی از منکر را انجام دهند، زیرا علما کسانی هستند که بیشترین تقوا را دارند (فاطر، ۳۵) و در دانش برتری دارند (آل‌عمران، ۷). بنابراین، اگرچه دورهٔ تجدید دین به پایان رسیده است، فعالیت‌های «احیاء» در تنظیم و ارتقای زندگی دینی امت، توسط افراد صالح و دانشمند تا قیامت ادامه خواهد یافت.

ازآنجایی‌که فعالیت‌های احیاء باید اساساً توسط علما انجام شود، می‌توان دربارهٔ شرایط و صلاحیت‌های این علما سخن گفت. با توجه به حوزهٔ عملی که بیشترین نیاز به احیاء در آن وجود دارد، اولویت باید به صلاحیت اجتهادی تعلق گیرد. شرایط صلاحیت اجتهاد را می‌توان به معیارهای عینی و معیارهای ذهنی تقسیم کرد.

معیارهای عینی شامل دانش گسترده از قرآن، سنت، اجماع، قیاس، استحسان و غیره است. معیارهای ذهنی شامل عدالت، انصاف، هوش بالا، اخلاق و غیره می‌شود (غزالی، ۱۹۹۳، ج. ۱، صص. ۳۴۲-۳۴۷؛ ابن‌قیم جوزیه، ۱۹۹۱، ج. ۱، صص. ۳۵-۳۹).

در خصوص علما و صلاحیت‌های آنان برای انجام فعالیت‌های احیاء، ضرورت تخصص علمی و ویژگی‌های اخلاقی برای این نقش امری بدیهی است. بااین‌حال، ظهور حوزه‌های علمی جدید در دورهٔ مدرن و پیشرفت‌های چشمگیر در علوم مختلف باعث شد این ایده مطرح شود که فعالیت‌های احیاء نباید صرفاً محدود به علما باشد و می‌تواند در قالب تلاش‌های علمی و عقلانی افراد تحصیل‌کرده و آگاه نیز انجام گیرد (اقبال، ۲۰۱۲، صص. ۱۱۶-۱۴۲). این نگرش نشان می‌دهد که احیاء می‌تواند جنبه‌ای فراگیر و میان‌رشته‌ای داشته باشد، به‌طوری که علاوه بر متخصصان دینی، پژوهشگران و متفکران حوزه‌های مختلف علمی نیز در آن نقش ایفا کنند، بدون آنکه مشروعیت دینی و اخلاقی فعالیت خدشه‌دار شود.

براساس حدیث تجدید، فهم‌کلاسیک این است که مجددان عمدتاً افرادی هستند که در دین تخصص و دانش کافی دارند. بااین‌حال، تفاسیر مدرن از حدیث تجدید، امکان تجدید جمعی را فراهم می‌کنند (Kamali, 2018, p. 8)، رویکردی که در آن نه‌تنها دانشمندان دینی، بلکه متخصصان در رشته‌های مختلف علمی و حتی مدیران نیز می‌توانند در فرایند احیاء نقش داشته باشند. این نگرش جمعی و میان‌رشته‌ای، دامنهٔ فعالیت‌های احیاء را گسترش داده و زمینه را برای ایجاد نوسازی عقلانی و عملی در جامعهٔ اسلامی فراهم می‌سازد؛ از سویی نشان می‌دهد که خروجی فعالیت‌های احیاء، الزاماً به دودستگی یا تفرقه نمی‌انجامد. بنابراین، احیاء با این نگرش، هم از منظر فقهی و هم از منظر اجتماعی قابل توجیه است.

در فرایند تاریخی، با آغاز تغییرات سیاسی، اجتماعی و فرهنگی، نیاز به فعالیت‌های احیاء در دین بیش از پیش احساس می‌شود. توضیح آنکه؛ احیاء نه‌تنها محدود به امور فردی یا اجتماعی نمی‌ماند، بلکه با اصلاح رویه‌ها و رفتارهای دینی، به‌شکل عملی در تقویت و تثبیت دین اثرگذار است. به عبارت دیگر، احیاء در فقه یک سازوکار مشروع برای بازتولید دین و زندگی دینی است و تسری آن به دین، از مسیر رعایت شریعت و اصلاح مجاری دینی و اجتماعی قابل استنتاج است. در چنین دوره‌هایی، تمایل به یافتن راه‌حل‌های سریع افزایش می‌یابد، اما راه‌حل‌های فوری و شتاب‌زده دارای خطراتی هستند و ممکن است به اشتباه، پیش‌داوری و واکنش‌های اجتماعی منجر شوند؛ بنابراین، مدیریت مناسب این شرایط برای تحقق هدف احیاء ضروری است.

دو نکته مهم در این زمینه قابل توجه است: نخست آنکه تلاش‌های ضعیف یا ناکارآمد احیاء می‌تواند منجر به انحراف شود و به‌جای تقویت پیوند میان فرد، جامعه و دین، باعث ایجاد شکاف گردد. دوم، فعالیت‌های احیاء که با رفتار تحمیلی همراه باشند، ممکن است واکنش‌های منفی و پیش‌داوری اجتماعی ایجاد کنند. هر دو وضعیت در دوره‌های بحران تشدید می‌شوند و احتمال دارد به درگیری‌های سیاسی و ایدئولوژیک یا شکل‌گیری جنبش‌های عملی بدون پایهٔ نظری منجر شوند (هاشمی، ۲۰۰۳، ج. ۲، صص. ۵۷۴-۵۷۷؛ احمد، ۲۰۰۳، ج. ۲، صص. ۵۸۰-۵۸۲).

در چنین شرایطی، احیاء ممکن است به نگرشی مبتنی بر ابتکار فردی و رادیکالیسم بدون مبنای عقلانی تبدیل شود (Gleave, 2003, Vol. 2, pp. 679–680). ازاین‌رو، برای اثرگذاری واقعی احیاء، ایجاد تحول در ذهنیت علمی و فکری ضروری است و حرکت صرفاً عملی یا عملیاتی بدون پایهٔ نظری، نمی‌تواند اهداف احیاء را محقق سازد.

نهادینه‌شدن احیاء

یکی از مسائل مهم مرتبط با احیاء این است که آیا می‌توان از احیای نهادی صحبت کرد یا خیر. برای تحلیل این موضوع، می‌توان نهادینه‌شدن را در چهارچوب دو نوع احیاء بررسی کرد: احیاء عام و احیاء محدود که پیش‌تر تحت عنوان «نیاز به احیاء» طبقه‌بندی شده‌اند.

در زمینه فعالیت‌های احیاء عام، فرایندهای شکل‌گیری و توسعه علوم اسلامی، به‌ویژه کلام، فقه و حدیث، ساختارهای نسبتاً سامان‌یافته‌ای را نشان می‌دهند. بااین‌حال، این فرایندها را نمی‌توان فعالیت‌هایی دانست که مستقیماً با هدف تجدید انجام شده باشند. این‌ها در واقع نمایانگر فرایندهای طبیعی نظام‌مندشدن هر شاخهٔ علمی در مسیر توسعه خود هستند. نهادینه‌شدن حاصل از این فرایندها، یک نتیجهٔ مطلوب از پیشرفت علمی است و باید حمایت شود.

بحث واقعی دربارهٔ نهادینه‌شدن احیاء به فعالیت‌های محدود احیاء مربوط می‌شود؛ یعنی فعالیت‌هایی که صراحتاً با هدف تجدید انجام می‌شوند. منبع اصلی مشکل، تبدیل این فعالیت‌ها به یک ایدئولوژی تحت کنترل قدرت سیاسی است. بااین‌حال، همه فعالیت‌های محدود احیاء لزوماً ایدئولوژیک و برای نهادینه‌شدن طراحی نشده‌اند.

نمونهٔ برجسته این رویکرد، اثر امام غزالی با عنوان احیاء علوم‌الدین است. همان‌طور که از عنوان مشخص است، غزالی صراحتاً تلاش خود را احیاء تعریف کرده است (غزالی، بی‌تا، ج. ۱، صص. ۱-۲). هدف او تقویت پیوند ضعیف‌شدهٔ میان دین و جامعه بود و قصد نداشت آن را نهادی کند.

بر این اساس، منطقی‌تر است چنین فعالیت‌های علمی را به‌عنوان تلاش‌های احیای فردی و مدنی در نظر گرفت که به‌سوی عموم جامعه هدایت شده‌اند. در دورهٔ مدرن و پس از آن نیز، فعالیت‌های فردی مشابه در حوزهٔ فکری و دینی ادامه یافته است.

در دورهٔ مدرن، پروژه‌های تجدید تحت تأثیر عواملی مانند امپریالیسم، سکولاریسم و ساختارهای نهادی قوی غرب، به بعد ایدئولوژیک تبدیل شده‌اند. شخصیت‌هایی مانند جمال‌الدین افغانی، محمد عبده، رشید رضا، محمد اقبال، حسن البنا و ابوالاعلی مودودی بر این باور بودند که دستیابی به وحدت میان مسلمانان و رفع وضعیت تکه‌تکه جهان اسلام تنها از طریق نهادینه‌شدن امکان‌پذیر است، همان‌طور که در پروژه‌های تجدید آن‌ها پیشنهاد شده بود (Esposito, 2004a, Vol. 1, pp. 164–165; Voll, 2003, Vol. 2, pp. 675–676).

بااین‌حال، این پروژه‌ها به‌عنوان سیاست‌های رسمی یا عمومی به رسمیت شناخته نشدند. اگرچه خطابه نوآورانه شخصیت‌هایی مانند حسن البنا و مودودی در تحقق ایدهٔ دولت مستقل بازتاب سیاسی داشت، پس

از تشکیل دولت‌های مستقل، حکومت‌ها به‌سمت ایدئولوژی‌های سکولار و غرب‌محور گرایش پیدا کردند (Hobink, 1999, pp. 29–62).

بنابراین، روشن است که مفاهیمی مانند وحدت و تجدید ساختاری که در پروژه‌های مدرن تأکید شده بود، عمدتاً به‌عنوان ابزارهای انگیزشی در مبارزات استقلال مسلمانان مورد استفاده قرار گرفتند. در این دوره، تلاش برای دستیابی به راه‌حل‌های فوری و سریع، جستجوی راه‌حل‌های پراگماتیک و گاهی التقاطی، گفتمان‌های پوپولیستی و گاهی جدایی‌طلبانه، همراه با تلاش برای تبدیل‌شدن به یک جنبش مردمی و استفاده از زبان بلاغی باعث شد که این پروژه‌ها بیشتر حالت واکنشی داشته باشند و از تحقق نهادینه‌سازی که نیازمند زمان طولانی است، باز بمانند.

این وضعیت نشان می‌دهد که جنبش‌های تجدید و فعالیت‌های احیاء هنگامی‌که توسط قدرت‌های سیاسی هدایت شوند، با خطر ایدئولوژیک‌شدن مواجه‌اند و احتمال موفقیت آن‌ها کاهش می‌یابد.

علاوه بر این، ساختار پویا و باز اسلام که امکان تفاسیر مختلف را فراهم می‌کند، یکی از موانع اصلی نهادینه‌سازی هر فعالیت احیاء با انگیزه‌های ایدئولوژیک به شمار می‌آید. اسلام نسبت به تفاسیر متنوع باز است و ظرفیت ارائهٔ راه‌حل‌هایی برای رفع نیازها را دارد، درحالی‌که ماهیت خود را حفظ می‌کند.

در مقابل، نهادینه‌سازی الزامات رسمی ایجاد می‌کند که می‌تواند به رسمی‌سازی اقتدارگرایانه یا به فهم یکنواخت و نخبه‌گرایانه منجر شود، همان‌طور که در جنبش اصلاحی ایران (کمالی، ۲۰۰۳، ج. ۲، صص. ۵۷۷-۵۷۹) یا حرکت وهابی مشاهده شده است (Voll, 2003, Vol. 2, pp. 673–675). به‌طور مشابه، در اوایل تاریخ اسلام خلیفه مأمون (حکومت ۸۱۳-۸۳۳) برخی دیدگاه‌های اعتقادی معتزلی را به‌عنوان دکترین رسمی دولت اعلام کرد که نمونه‌ای از رسمی‌سازی اقتدارگرایانه در تاریخ اسلام محسوب می‌شود.

دیدگاه مخلوق‌بودن قرآن به‌ویژه در جریان محنه (تفتیش عقاید مسلمانان) در سال‌های ۸۳۳ تا ۸۴۸ میلادی، از سوی برخی خلفای عباسی بر عالمان تحمیل شد. بااین‌حال، در آموزهٔ اسلامی، جز در اموری که به‌روشنی از منابع قطعی مانند قرآن، سنت و اجماع ثابت شده‌اند، بسیاری از مسائل دینی باز و قابل مناقشه‌اند و الزام‌آور مطلق نیستند. مسئلهٔ اینکه آیا خدا قرآن را آفریده است یا نه، یک بحث کلامی بود و فاقد الزام قطعی بود.

با این وجود، دیدگاه معتزله به یک ایدئولوژی سیاسی تبدیل شد و به‌عنوان ابزاری برای سرکوب عالمان به کار رفت. این امر نشان می‌دهد که اجازهٔ اسلام برای تفاسیر، روش‌ها و شیوه‌های مختلف به‌معنای آن نیست که فعالیت‌های «احیاء» می‌توانند از طریق یک ساختار نهادی سرکوبگر و الزام‌آور انجام شوند. چنین رویکردی با پویایی درونی اسلام در تضاد است.

در نتیجه، می‌توان استنباط کرد که انجام فعالیت‌های احیاء به‌صورت فردی یا نهادی اساساً مشکل‌آفرین نیست. مسئلهٔ اصلی از رابطه میان احیاء و سیاست یا قدرت ناشی می‌شود. خطر این است که فعالیت‌های احیاء به‌وسیلهٔ اقتدار سیاسی به تحمیل تبدیل شوند؛ این موضوع تهدیدی برای نهادینه‌سازی احیاء محسوب می‌شود. قدرت‌ها و ایدئولوژی‌های سیاسی معمولاً تلاش می‌کنند اهداف خود را از طریق اقتدار دولت، که در رأس

سازوکارهای ساختاری قرار دارد، پیش ببرند. بنابراین، فعالیت‌های احیاء ممکن است تحت سلطهٔ سیاسی قرار گیرند یا به‌شکل انحصارگرایانه درآیند.

تداوم احیاء

اگرچه پویایی درونی ساختار اسلام اجازهٔ شکل‌گیری نهادهای ایدئولوژیک را نمی‌دهد، اما این پویایی از نظر تضمین تداوم احیاء بسیار ارزشمند است. چنین پویایی از یک ساختار دینی و اجتماعی پویا حمایت می‌کند که همواره آمادگی تغییر و توسعه در همهٔ زمینه‌ها را دارد.

بااین‌حال، باید توجه داشت که هر فعالیت احیاء الزاماً به‌معنای نوسازی نیست. گرچه احیا غالباً با معنای نوآوری همراه است، اما گاهی می‌تواند نقش محافظتی و گاهی نقش حامل دانش و سنت را ایفا کند. جوامع در طول تاریخ همواره به‌صورت خطی رشد نکرده‌اند و انتظار اینکه در هر دوره، افرادی با کیفیت و توانایی برتر تولید شوند، واقع‌بینانه نیست.

جامعه ممکن است در برخی دوره‌ها وارد دوران ایستایی یا عادت‌واره شود. در چنین دوره‌هایی، ویژگی‌های محافظتی و حامل احیاء ممکن است به‌صورت تقلید ظاهر شوند. هرچند تقلید خود به توسعهٔ دانش موجود کمک نمی‌کند، اما می‌تواند دانش موجود را درونی‌سازی کرده و سنت‌ها را حفظ کند. از این منظر، تقلید حتی می‌تواند به‌عنوان ابزاری در خدمت احیاء محسوب شود؛ زیرا احیاء در نهایت تلاشی است برای تجدید از دل انباشته‌های پیشین.

گرچه تقلید می‌تواند به‌عنوان راه‌حل میانی برای تداوم احیاء عمل کند، اما اجتهاد مهم‌ترین سازوکار تضمین‌کنندهٔ تداوم احیاء به شمار می‌رود. اجتهاد یکی از اصول بنیادین تنظیم زندگی دینی مسلمانان پس از پیامبر اسلام تا روز قیامت است (ابن‌قیم جوزیه، ۱۳۹۱، ج. ۲، صص. ۱۹۶-۱۹۷). البته باید توجه داشت که مفهوم و قلمرو اجتهاد در فقه اسلامی، به‌ویژه میان فقه امامیه و فقه اهل‌سنت، از حیث مبانی، استمرار تاریخی و نسبت آن با تقلید، تفاوت‌هایی دارد؛ بااین‌حال، آنچه در اینجا محل نظر است، اصل کارکرد اجتهاد به‌مثابهٔ سازوکار پویایی و احیاء فهم دینی در هر دو سنت فقهی است. بدین ترتیب، اجتهاد هرگز به‌طور کامل ترک نشده است.

بااین‌حال، در فرایند تاریخی، دو بُعد مرتبط با اجتهاد در جنبش‌های تجدید به‌صورت ویژه برجسته شده‌اند:

۱. ادعای محدودیت روش‌های سنتی: تصور می‌شد که روش‌های سنتی قادر به تولید اجتهاد متناسب با شرایط متغیر نیستند و باب اجتهاد بسته است.

۲. اهمیت اجتهاد برای موفقیت جنبش‌های تجدید: باور بر این بود که موفقیت این جنبش‌ها تنها از طریق اجتهاد امکان‌پذیر است.

در نظر گرفتن هر دو بُعد نشان می‌دهد که هم مسئله و هم راه‌حل در فقه جست‌وجو می‌شوند و اجتهاد نه‌تنها ابزاری علمی، بلکه یک سازوکار عملی برای تحقق احیاء و تجدید در جوامع اسلامی است.

توانایی اسلام برای سازگاری با زمان و شرایط متغیر، که لازمهٔ پویایی درونی آن است، مستقیماً به فقه مرتبط می‌شود. فقهای مسلمان این توانایی را به‌صورت روشن بیان کرده‌اند: «بی‌گمان احکام با تغییر زمان‌ها

تغییر می‌کنند». افزون بر این، اگر نظامی مانند فقه بتواند به تمامی ابعاد زندگی جامعه نفوذ کند، این نشان‌دهندهٔ ظرفیت آن برای ارائهٔ راه‌حل است؛ زیرا هیچ نظامی که نتواند راه‌حل ارائه دهد، توان ادامهٔ حیات در درازمدت نخواهد داشت.

واقعیت این است که فقه یک کل منسجم است (Anderson, 1959, p. 17) و مرجعیت اصلی در حل مشکلات مسلمانان را تشکیل می‌دهد (Haabacnhy, 1959, p. 15). این ویژگی می‌تواند توجیه‌کنندهٔ انتقاداتی باشد که در دوره‌های بحران دوران مدرن متوجه فقه شده است. بااین‌حال، همین مرجعیت گسترده نشان می‌دهد که حوزهٔ مسئولیت فقها بسیار وسیع است. ضرورت آنکه فقها مرجع حل مشکلات باشند و بار مسئولیتی که بر دوش دارند، ممکن است سبب شده باشد که نتوانند به‌سرعت با تحولات اجتماعی همراه شوند؛ زیرا انباشته‌های فقهی ابعاد عظیمی یافته است. این انباشت، آموزش فقهایی با توان حل مسائل جدید را دشوار ساخته است و دشواری مذکور در عصر جدید بیش از پیش احساس شد.

از این منظر، انتقادها به فقه باید نه از خود فقه، بلکه از صلاحیت فقها، ارتباط آن‌ها با سیاست و دگرگونی‌های نهادهای حقوقی در گذر زمان جست‌وجو شوند. عنصر انسانی در فقه نقشی محوری دارد؛ فقها ممکن است در فرایند اجتهاد و استدلال دچار خطا شوند. بااین‌حال، در اسلام پیش‌بینی شده است که اجتهاد مورد حمایت است و حتی در صورت اشتباه، تلاش‌های اجتهادی، فهمی و تفسیری دینی از سوی فقه پشتیبانی می‌شوند. همهٔ این تلاش‌ها به تداوم احیاء دین کمک می‌کنند و آن را تضمین می‌نمایند.

رویکردی نو به نوسازی: احیاء جمعی

پیش از هرچیز لازم است گفته شود که مقصود از احیاء جمعی، انتقال مرجعیت دینی به جمع یا جایگزینی اجتهاد فردی با تصمیم‌گیری شورایی نیست، بلکه مقصود، گشودن فرایند احیاء به مشارکت معرفتیِ سامان‌مندِ بازیگران مختلف اجتماعی، در عین حفظ جایگاه اجتهاد معتبر به‌عنوان مرجع نهایی است.

غزالی اندیشهٔ احیاء را با رویکردی متواضعانه و عقلانی مطرح کرد، اما جانشینان او نتوانستند این رویکرد را کامل حفظ کنند. با بررسی دیگر فعالیت‌های احیاء، دو گرایش بارز در جنبش‌های تجدید آشکار می‌شود:

۱. نقد یا انکار کامل سنت؛

۲. پناه‌بردن به گذشته و مباهات به دستاوردهای پیشین.

ویژگی مشترک هر دو گرایش این است که غالباً به رویکردهای اقتدارگرایانه، آمرانه و حاشیه‌ساز بدل می‌شوند. خوشبختانه، امروزه این گرایش‌های انکاری یا تدافعی به‌تدریج تأثیر خود را از دست می‌دهند.

امروز جهان اسلام از قدرت و دانش کافی برای حل مشکلات خود برخوردار است و نیروی انسانی، ابزارها و ظرفیت‌های لازم را در اختیار دارد. مسئلهٔ اصلی این است که کدام رویکرد به نوسازی باید انتخاب شود تا دستیابی به راه‌حل‌های مؤثر امکان‌پذیر گردد.

به نظر می‌رسد که رویکرد احیای جمعی، الهام‌گرفته از روش غزالی، می‌تواند به‌عنوان یک راه‌حل جایگزین نوین مطرح شود. این رویکرد بر افزایش آگاهی و توجه نسبت به مشارکت همهٔ مسلمانان در فعالیت‌های احیاء

تأکید دارد و اصل «جامعه باز» را می‌پذیرد. در این روش، همکاری میان‌رشته‌ای تشویق می‌شود تا عقل جمعی به‌طور مؤثر به کار گرفته شود و انباشته‌های موجود با دیدگاهی کل‌نگر سازمان‌دهی شوند تا مسیر بازسازی تمدن اسلامی هموار گردد. اجرای این فعالیت‌ها به‌صورت محتاطانه و متوازن، به‌دور از شتاب‌زدگی، تضمین می‌کند که احیاء همگام با زمان و شرایط متغیر، کارآمدی و پایداری خود را حفظ کند. بدین ترتیب، رویکرد احیای جمعی نه‌تنها پیوند دین با جامعه را تقویت می‌کند، بلکه مبنایی عقلانی و علمی برای احیاء تمدن اسلامی فراهم می‌آورد.

اگرچه در ادبیات مربوط به حدیث «تجدید» این تصور وجود دارد که فعالیت‌های احیاء عمدتاً از طریق تلاش‌های فردی انجام می‌شوند (Kamali, 2018, p. 152)، اما واگذاری این مسئولیت به یک فرد منطقی نیست. شانس موفقیت زمانی بیشتر می‌شود که همهٔ مسلمانان در فعالیت‌های احیاء مشارکت داشته باشند. با بازشدن این فعالیت‌ها به روی همه، هر فرد می‌تواند به سهم خود در این فرایند نقش ایفا کند و بستری برای گردآمدن حول یک آرمان فراهم شود. جامعه خاموش (Rahman, 2003, p. 44) که فضل‌الرحمن در نقد خود به آن اشاره کرده است، امروز می‌تواند به چشم‌اندازی از دین و مسلمانان پویا تبدیل شود و تمدنی نو بر پایهٔ علم و حکمت بسازد که در آن همهٔ مسلمانان مشارکت داشته باشند. برای تحقق چنین تمدنی، رویکردی به احیاء باید پذیرفته شود که تلاش فکری کل جهان اسلام را در نظر گیرد و بدین ترتیب آگاهی نسبت به «احیای جمعی» در جامعهٔ اسلامی شکل گیرد.

ایجاد تمدنی بدون علم، قانون، اخلاق، دین، هنر و دیگر مؤلفه‌های بنیادین امکان‌پذیر نیست. افزون بر این، هیچ تمدنی صرفاً با انگیزه‌های احساسی و بدون سطحی از تلاش، تجربه و انباشت دانش به وجود نیامده است. یکی از دلایلی که موجب شد جنبش‌های تجدید در دورهٔ مدرن تداوم و موفقیت کامل نیابند، تلاش برای ایجاد تمدنی نو بدون پشتوانه کافی علمی و فرهنگی بود. هرچند در گفتمان‌ها، بیانیه‌ها و دیدگاه‌های متعددی دربارهٔ چگونگی و چرایی نوسازی مطرح شد، در عمل نتیجهٔ مطلوب حاصل نگردید که با توجه به شرایط تاریخی آن دوره طبیعی به نظر می‌رسد. بااین‌حال، از قرن گذشته مرحله‌ای آغاز شد که می‌توان آن را «دوران طفولیت» نامید؛ دوره‌ای که مطالعات و تلاش‌ها بیشتر بر حل مسائل فردی و عملی تمرکز یافت تا نقد روش‌ها و سنت‌ها. این وضعیت نویدبخش پذیرش و موفقیت رویکرد «احیاء جمعی» است که نمایانگر فرایند طبیعی توسعه است. هنگامی‌که تجربه و انباشت دانش مسلمانان امروز با آگاهی جمعی ترکیب شود، احیای تمدن اسلامی می‌تواند بر پایه‌ای واقع‌بینانه و مستحکم پیش رود.

رویکرد احیای جمعی نیازمند فعالیت‌های میان‌رشته‌ای و مشارکت دانشمندان و متخصصان در حوزه‌های مختلف علمی است. مزیت این رویکرد در آن است که به همهٔ حوزه‌های علمی اجازه می‌دهد تا با صلاحیت و تخصص خود در فرایند احیاء نقش ایفا کنند، نه آنکه این فعالیت‌ها محدود به افراد خاص یا دوره‌های مشخصی باشد. در چنین فضایی، هر حوزهٔ علمی می‌تواند یک مفهوم، کاربرد یا روش دینی را از منظر خود تحلیل و ارزیابی کند. گسترش فعالیت‌های احیاء از تلاش‌های فردی به تلاش‌های جمعی، پایه‌ای برای نوسازی متوازن و معقول فراهم می‌آورد. احیایی که در فرایندی گسترده و توزیع‌شده انجام می‌شود، مختص افراد محدود نیست

و هر فرد علاقه‌مند می‌تواند در آن بیندیشد و مشارکت داشته باشد. به این ترتیب، نوسازی آهسته اما مستمر تحقق می‌یابد و حتی تلاش‌هایی که صرفاً برای فهم و توضیح یا ارضای رشد فکری فرد صورت می‌گیرد، می‌تواند به‌عنوان فعالیتی احیائی تلقی شود، هرچند در سطحی محدود. چنین فعالیت‌هایی نباید نادیده گرفته شوند؛ زیرا موجب استفاده مؤثر از عقل جمعی و تقویت ظرفیت‌های فکری جامعهٔ اسلامی می‌شوند.

به‌عنوان نتیجه‌ای از رویکرد احیای جمعی، تمامی انباشت‌های موجود می‌توانند به‌طور سازمان‌یافته برای ساخت تمدنی نو و تقویت فعالیت‌های احیاء مورد استفاده قرار گیرند. نخست، این انباشت‌ها قابلیت تبدیل‌شدن به مجموعه‌ای نظام‌مند از داده‌ها را دارند که می‌تواند به‌عنوان پایگاه داده‌ای مشترک برای بهره‌برداری همهٔ افراد و نهادها عمل کند. دوم، نشست‌ها و پروژه‌های ویژه‌ای می‌توانند در چهارچوب نهادهای رسمی ملی، مانند ریاست امور دینی جمهوری ترکیه، و همچنین سازمان‌های بین‌المللی، مانند سازمان همکاری اسلامی، برگزار شوند تا مسائل دینی در پرتو تحولات علمی و فرهنگی روز مورد بحث و بررسی قرار گیرد. چنین نشست‌ها و پروژه‌هایی، با ارائهٔ تصمیمات توصیه‌ای غیرالزام‌آور، می‌توانند فرایندهای احیاء را به‌شیوه‌ای صحیح، قابل اعتماد و نظام‌مند هدایت کنند و نقش فیلتر و راهنمایی مؤثر را ایفا نمایند.

نکته مهم دیگری که در رویکرد احیای جمعی باید مورد توجه قرار گیرد، پیروی از مسیری سنجیده، متوازن و به‌دور از شتاب‌زدگی در فعالیت‌های احیاء است. تجربه تاریخی نشان می‌دهد که جستجوی راه‌حل‌های سریع ممکن است در کوتاه‌مدت مؤثر به نظر برسد، اما در بلندمدت می‌تواند پیامدهای ویرانگر داشته باشد. فعالیت‌های احیائی که از بستر فکری فاصله گرفته و صرفاً به عمل‌گرایی بدل شوند، ممکن است دچار اختلال شده یا به حاشیه رانده شوند (هاشمی، ۲۰۰۳، ج. ۲، صص. ۵۷۴-۵۷۷). همچنین، تلاش‌های شتاب‌زده می‌توانند موجب ایجاد شکاف در جامعه شوند و بالقوه به جنبش‌های حاشیه‌ای و پراکنده منجر گردند، با وجود آنکه اسلام بر حفظ وحدت تأکید دارد.

بنابراین، موفقیت رویکرد احیای جمعی تنها زمانی محقق می‌شود که تلاش‌های علمی و فکری با شیوه‌ای آرام، عقلانی و آگاهانه انجام گیرد. در این رویکرد، هیچ نگرش مداخله‌گرایانه یا تحمیلی وجود ندارد و تمامی اقدامات بر پایهٔ تدبیر، مشورت و مشارکت جمعی طراحی می‌شوند.

چالش‌ها و فرصت‌ها

رویکرد احیاء جمعی چارچوبی برای نگرش‌ها و اصول لازم جهت موفقیت فعالیت‌های احیاء فراهم می‌آورد، چه این فعالیت‌ها فردی باشند و چه اجتماعی، نهادی یا مدنی. پس از تعریف این چهارچوب، پرداختن به چالش‌ها و فرصت‌های احتمالی اهمیت ویژه‌ای دارد. از نظر چالش‌ها، محدودیت‌های مرتبط با آزادی اندیشه و برابری فرصت‌ها برجسته هستند. در مقابل، فرصت‌ها شامل افزایش آگاهی اجتماعی، تقویت تعاملات میان افراد و تشویق به مطالعات میان‌رشته‌ای می‌شوند.

شرط اساسی برای موفقیت این رویکرد، تضمین محیطی برای اندیشه آزاد و فراهم آوردن فرصت‌های برابر برای ابراز نظر همهٔ افراد است. در غیر این صورت، همان‌گونه که در نمونهٔ محنه مشاهده شد، احتمال تحمیل

دیدگاه‌ها، سرکوب نظرات مخالف و جانبداری وجود دارد. این عوامل می‌توانند به تعارض، تقسیم جامعه و حاشیه‌رانده شدن گروه‌هایی از افراد منجر شوند و شانس موفقیت رویکرد احیای جمعی را کاهش دهند.

از سوی دیگر، آزادی و برابری فرصت ممکن است موجب ظهور دیدگاه‌های متنوع و گاه متضاد شود که می‌تواند در جامعه احساس سردرگمی ایجاد کرده یا از ارزش انباشت فکری بکاهد. بااین‌حال، در چهارچوب احیای جمعی، این تنوع دیدگاه‌ها نه تهدید، بلکه یک فرصت است که باید مدیریت شود. علما، به‌عنوان وارثان پیامبر، نقش محوری در ایجاد تعادل میان آشفتگی ناشی از اختلاف دیدگاه‌ها و نیاز به ثبات ایفا می‌کنند. آن‌ها اختیار اصلی در بررسی، طبقه‌بندی، تحلیل و ارزیابی دانش انباشته در چهارچوب فعالیت‌های احیاء را دارند.

تجربه تاریخی نیز این ضرورت را تأیید می‌کند. در قرون دوم تا چهارم هجری، که عصر طلایی علوم اسلامی به‌ویژه فقه محسوب می‌شود، تنش میان آزادی اجتهاد و جستجوی ثبات منجر به‌شکل‌گیری مکاتب فقهی شد (خلف، بی‌تا، صص. ۲۴۳-۲۴۴). این مکاتب فضاهای امنی برای مسلمانان فراهم کردند که هم امکان اعمال و دیدگاه‌های متفاوت را می‌داد و هم راه‌حل‌های درونی سازگار و قابل اعتماد ارائه می‌کرد. رویکرد احیای جمعی می‌تواند با توسعه چنین مکاتب و ایجاد فضاهای امن، زمینهٔ مشارکت گسترده، خلاقیت فکری و حفظ ثبات اجتماعی را همزمان فراهم آورد.

افزون بر این، رویکرد احیای جمعی می‌تواند آگاهی اجتماعی را افزایش دهد. مطابق این رویکرد، فعالیت‌های احیاء به مشارکت همهٔ اقشار جامعه گشوده و بر اصل بی‌طرفی استوار است. اصول شفافیت و بی‌طرفی این برداشت را تقویت می‌کنند که هیچ دستکاری ایدئولوژیک وجود ندارد و بدین‌سان پذیرش، حمایت و اجرای فعالیت‌های احیاء برای جامعه آسان‌تر می‌شود.

رویکرد احیاء جمعی علاوه بر چهارچوب فکری، می‌تواند تعامل اجتماعی میان مسلمانان را نیز تقویت کند. از طریق ایجاد پرتال‌های داده باز و محیط‌های مشترک برای فعالیت‌های احیاء، دیدگاه‌های گوناگون می‌توانند در یک بستر همزیستی یافته و با یکدیگر تبادل نظر کنند. این تعامل، ضمن کاهش تعصبات، می‌تواند به ادغام اجتماعی میان مسلمانان و حتی میان مسلمانان و جوامع دیگر کمک نماید.

رویکرد احیاء جمعی فرصت‌های گسترده‌ای برای تعامل و همکاری میان رشته‌های مختلف علمی فراهم می‌آورد. این همکاری میان‌رشته‌ای می‌تواند زمینه‌ساز ارائهٔ راه‌حل‌های تازه در حوزه‌های دینی، اخلاقی، سیاسی، حقوقی، اقتصادی، جامعه‌شناختی و دیگر زمینه‌ها شود. ماهیت چندبعدی این راه‌حل‌ها امکان نوسازی چندبعدی را فراهم می‌کند؛ چراکه احیاء نمی‌تواند شکلی یکنواخت داشته باشد و همواره باید با تغییر زمان‌ها، مکان‌ها، شرایط و رویدادها سازگار شود. مشارکت رشته‌های گوناگون ظرفیت تولید راه‌حل‌های مؤثر را افزایش می‌دهد و انگیزه‌ای برای مطالعات علمی میان‌رشته‌ای ایجاد می‌کند. بدین ترتیب، دیدگاه‌های متنوع می‌توانند در فرایند احیاء مشارکت داشته باشند و نگرش کل‌نگر نسبت به مسائل جامعه فراهم آید.

نتیجه‌گیری

تحولات و دگرگونی‌های عصر کنونی ضرورت احیاء در جهان اسلام را به‌روشنی آشکار می‌سازند. تمامی مسائلی که بر زندگی فردی و اجتماعی تأثیر دارند، نیازمند ارزیابی و بازاندیشی از منظر رابطه آن‌ها با دین هستند. بنابراین، وقتی مشکلات جهان اسلام مشاهده می‌شوند، اهمیت فعالیت‌های احیاء روشن می‌گردد. مسلمانان همواره نیاز داشته‌اند به این مشکلات بپردازند و برای آن‌ها راه‌حل‌هایی بیابند. این نیاز، مسیر را برای فعالیت‌های احیاء در پاسخ به شرایط جدید هموار می‌سازد و نشان می‌دهد که احیاء امری ممکن و عملی است.

پرسش مهم این است که آیا احیاء در منابع اصلی اسلام نیز مشروعیت دارد یا خیر. در این زمینه، فرمان قرآن به امر به معروف و نهی از منکر و سخن پیامبر اسلام (ص) دربارهٔ آمدن مجددین در هر دوره و تصریح او به پاداش هرکس که سنت را زنده کند، نشان می‌دهد که احیاء علاوه بر مشروعیت عقلانی، مشروعیت دینی نیز دارد.

با کسب مشروعیت عقلانی و دینی، ضرورت دارد دامنه‌و محدودیت‌های فعالیت‌های احیاء مورد ارزیابی قرار گیرد. نخست، تعیین حوزه‌هایی که فعالیت‌های احیاء در آن‌ها امکان‌پذیر است، اهمیت فراوان دارد. دوم، پرسش از اینکه چه کسانی باید این فعالیت‌ها را انجام دهند، مسئله‌ای اساسی است. نوسازی به‌معنای تغییر اصول بنیادین دین نیست، اما فهم این اصول و مسائل اجتهادی مرتبط با زندگی اجتماعی قابل بررسی و بازاندیشی هستند. در کنار مشارکت دانشمندان علوم مختلف، نقش فعال عالمان دینی متخصص و شایسته در فرایند احیاء تضمین می‌کند که این فعالیت‌ها بر بنیانی مطمئن انجام شوند.

در تاریخ اسلام، علاوه بر تلاش‌های فردی و محدود، فعالیت‌های احیاء به‌صورت پروژه‌های مشخص نیز وجود داشته است. این امر پرسشی ایجاد می‌کند: آیا احیاء می‌تواند به‌عنوان فعالیتی رسمی و عمومی اجرا شود؟ در واقع، فردی یا نهادی بودن فعالیت‌های احیاء اساساً مشکلی ندارد. مسئلهٔ اصلی دخالت سیاست یا قدرت در فعالیت‌های محدود احیاء است. از منظر گسترده‌تر، تلاش‌های فهم، تبیین و تفسیر دین از آغاز تا امروز، در همهٔ عرصه‌ها، می‌تواند به‌عنوان فعالیتی عمومی، مدنی و فکری در نظر گرفته شود. افزون بر این، این تلاش‌ها می‌توانند فعالیتی جمعی در قالب احیاء تلقی شوند؛ به عبارت دیگر، هر کوشش برای فهم و تبیین دین می‌تواند به فعالیتی مداوم و تمام‌وقت در راستای احیاء تبدیل شود. بنابراین، رویکرد احیاء جمعی باید پیوند میان مسلمانان و اسلام و همچنین میان اسلام و همهٔ انسان‌ها را برقرار یا تقویت کند.

موفقیت رویکرد احیاء جمعی به‌طور مستقیم با آزادی اندیشه و برابری فرصت‌ها مرتبط است. در محیطی که آزادی اندیشه و برابری فرصت‌ها تضمین شده باشد، بستری مشترک فراهم می‌شود که در آن هر فرد می‌تواند در حوزهٔ احیاء پژوهش کند و آزادانه از اندیشه‌هایش دفاع نماید. دستاوردهای این بستر می‌توانند به مجموعه داده تبدیل شده و در دسترس همگان قرار گیرند؛ زیرا رویکرد احیاء جمعی بر اصول گشودگی و بی‌طرفی استوار است.

پیشرفت جمعی در احیاء با پشتیبانی از پژوهش‌های میان‌رشته‌ای به دست می‌آید. پژوهش‌هایی که با مشارکت دیدگاه‌ها و رشته‌های مختلف شکل می‌گیرند، محتوای غنی تولید می‌کنند و این انباشت دانشی حافظه‌ای برای نسل‌های آینده خواهد بود. ازاین‌رو، احیاء می‌تواند از سطح افراد به سطح جامعه و سپس به سطح همهٔ انسان‌ها گسترش یابد.

منابع

قرآن کریم.

ابن اثیر، ضیاءالدین. (۱۴۲۰ ق). المثل السائر فی أدب الکاتب و الشاعر (به کوشش م. م. عبدالحمید). بیروت: المکتبة العصریة.

ابن تیمیّه، احمد. (۲۰۰۴). مجموع الفتاوی (به کوشش ا. ر. القاسمی). مدینه: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشریف.

ابن خلدون، عبدالرحمن. (۲۰۰۵). مقدمه (به کوشش ا. س. الشددادی). بی‌جا: دار البیضاء.

ابن رشد، محمد بن احمد. (۲۰۰۴). بدایة المجتهد و نهایة المقتصد. قاهره: دار الحدیث.

ابن عبدالسلام، عزالدین. (۱۹۹۱). قواعد الأحکام فی مصالح الأنام. قاهره: مکتبة کلیات الأزهر.

ابن قیم الجوزیه، شمس‌الدین. (۱۹۹۱). إعلام الموقعین عن رب العالمین (به کوشش م. ا. س. ابراهیم). بیروت: دار الکتب العلمیة.

ابن الندیم، محمد بن اسحاق. (۱۹۹۷). کتاب الفهرست (به کوشش ا. رمضان). بیروت: دار المعرفة.

احمد، اکرم. (۲۰۰۳). اصلاح: جنوب آسیا. در: ریچارد سی. مارتین (ویراستار)، دایرةالمعارف اسلام و جهان مسلمان (ج. ۲، صص ۵۸۰-۵۸۲). آمریکا: مک‌میلان.

افغانی، جمال‌الدین. (۱۸۹۸). فلسفة التربیة الحقّة. المنار، ۱(۴۳)، ۷۱۶-۷۲۱.

بحرانی، محمد حسین. (۱۳۹۰). المحاسن و المساوئ فی تاریخ الفقهاء و المجتهدین. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

بخاری، محمد بن اسماعیل. (۱۹۹۳). الصحیح (به کوشش محمد ضیاءالدین البغاء). دمشق و بیروت: دار ابن‌کثیر.

بدیر، مصطفی. (۲۰۰۴). عقل و وحی: ابو زید الدبوسی و استدلالات عقلانی. مطالعات اسلامی، ۴۳(۲)، ۲۲۷-۲۴۵.

بیهقی، احمد بن حسین. (۲۰۱۷). المدخل إلی علم السنن. قاهره: دار الیسر؛ بیروت: دار المنهاج.

ترمذی، محمد بن عیسی. (۱۹۹۶). سنن ترمذی (به کوشش ب. ا. معروف). بیروت: دار الغرب الاسلامی.

الجوهری، اسماعیل بن حماد. (۲۰۰۹). کتاب الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة (به کوشش م. م. تمیر). قاهره: دار الحدیث.

حجاج، مسلم بن حجاج. (۱۹۵۵). الجامع الصحیح (به کوشش محمد فؤاد عبدالباقی). قاهره: مطبعة عیسی البابی الحلبی.

حبّانی، شاکر. (۱۹۵۹). مقدمه. در: جان ن. د. اندرسون (ویراستار)، حقوق اسلامی در جهان مدرن. نیویورک: انتشارات دانشگاه نیویورک.

خلف، عبدالوهاب. (بی‌تا). اصول فقه و خلاصه تاریخ تشریع اسلامی. قاهره: چاپخانه مدنی.

دهلوی، شاه ولی‌الله. (۱۹۶۷). التفهیمات الإلهیة (به کوشش غلام‌محمد القاسمی). حیدرآباد: المطبعة الجدار.

زبیدی، محمد بن مکرّم. (۱۹۹۴). إتحاف السادة المتقین بشرح احیاء علوم الدین. بیروت: مؤسسه تاریخ العربی.

سجستانی، ابوداود. (۲۰۰۹). سنن ابوداود (به کوشش س. الأرنؤوط و م. ک. کربلی). بی‌جا: دار الرسالة العالمیة.

شوکانی، محمد بن علی. (۱۹۷۶). القول المفید فی أدلة الاجتهاد و التقلید. کویت: دار القلم.

شیبانی، محمد بن حسن. (۲۰۱۲). الأصل (به کوشش م. بوینوکالین). بیروت: دار ابن حزم.

شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۱۴ ق). تهذیب الاحکام. قم: مؤسسه علمی و فرهنگی دارالکتب الاسلامیه.

طبری، محمد بن جریر. (۱۹۶۷). تاریخ الرسل و الملوک (به کوشش م. ا. ف. ابراهیم). قاهره: دار المعارف.

عبده، محمد. (۱۸۹۹). بیسمارک و دین. المنار، ۱(۵۱)، ۸۴۶-۸۴۷.

علی حیدر افندی. (۱۳۳۰ ق). درر الحکام شرح مجلّه الاحکام. استانبول: چاپخانه طاوس.

غزالی، ابوحامد محمد. (۱۹۹۳). المستصفی من علم الأصول (به کوشش محمد احمد عبدالشافی). بیروت: دار الکتب العلمیة.

غزالی، ابوحامد محمد. (بی‌تا). احیاء علوم الدین. بیروت: دار المعرفة.
قره‌داغی، علی محیی‌الدین. (۲۰۰۶). بیداری اسلامی میان رد و افراط. لندن و واشنگتن: مؤسسه بین‌المللی تفکر اسلامی.
قزوینی، محمد بن یزید (ابن‌ماجه). (بی‌تا). سنن ابن‌ماجه (به کوشش م. ف. عبدالباقی). بی‌جا: دار إحیاء الکتب العربیة.
قوام‌السنه، اسماعیل بن محمد. (بی‌تا). الترغیب و الترهیب. مصر: دار الحدیث.
کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۸ق). الکافی (تحقیق سید محمدباقر شریف القرشی). تهران: دار إحیاء التراث العربی.
الماتوریدی، محمد بن محمد. (۲۰۰۵). تأویلات اهل السنة (به کوشش م. باسلوم). بیروت: دار الکتب العلمیة.
مالک بن انس. (۱۹۸۵). الموطأ. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
ماوردی، ابوالحسن. (بی‌تا). الأحکام السلطانیة. قاهره: دار الحدیث.
هاشمی، شهاب‌الدین. (۲۰۰۳). اصلاح: خاورمیانه عربی و شمال آفریقا. در: ریچارد سی. مارتین (ویراستار)، دایرةالمعارف اسلام و جهان مسلمان (ج. ۲، صص ۵۷۴–۵۷۷). آمریکا: مک‌میلان.

References

The Holy Qur'an.

Ibn al-Athīr, Ḍiyāʾ al-Dīn. (1420 AH [1999/2000 CE]). *Al-Mathal al-sāʾir fī adab al-kātib wa-al-shāʿir* (M. M. ʿAbd al-Ḥamīd, Ed.). Beirut: Al-Maktabah al-ʿAṣriyyah. (in Arabic)

Ibn Taymiyyah, Aḥmad. (2004 CE). *Majmūʿ al-fatāwá* (A. R. al-Qāsimī, Ed.). Medina: Majmaʿ al-Malik Fahd li-Ṭibāʿat al-Muṣḥaf al-Sharīf. (in Arabic)

Ibn Khaldūn, ʿAbd al-Raḥmān. (2005 CE). *Muqaddimah* (A. S. al-Shaddādī, Ed.). Casablanca: n.p. (in Arabic)

Ibn Rushd, Muḥammad ibn Aḥmad. (2004 CE). *Bidāyat al-mujtahid wa-nihāyat al-muqtaṣid*. Cairo: Dār al-Ḥadīth. (in Arabic)

Ibn ʿAbd al-Salām, ʿIzz al-Dīn. (1991 CE). *Qawāʿid al-aḥkām fī maṣāliḥ al-anām*. Cairo: Maktabat Kullīyāt al-Azhar. (in Arabic)

Ibn Qayyim al-Jawziyyah, Shams al-Dīn. (1991 CE). *Iʿlām al-muwaqqiʿīn ʿan Rabb al-ʿālamīn* (M. A. S. Ibrāhīm, Ed.). Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah. (in Arabic)

Ibn al-Nadīm, Muḥammad ibn Isḥāq. (1997 CE). *Kitāb al-Fihrist* (I. Ramaḍān, Ed.). Beirut: Dār al-Maʿrifah. (in Arabic)

Aḥmad, Akram. (2003 CE). Iṣlāḥ: Junūb-i Āsiyā [Reform: South Asia]. In R. C. Martin (Ed.), *Dāʾirat al-maʿārif-i Islām va jahān-i Musalmān* (Vol. 2, pp. 580–582). USA: Macmillan. (in Persian)

Afghānī, Jamāl al-Dīn. (1898 CE). Falsafat al-tarbiyah al-ḥaqqah. *Al-Manār*, 1(43), 716–721. (in Arabic)

Baḥrānī, Muḥammad Ḥusayn. (1390 SH [2011/2012 CE]). *Al-Maḥāsin wa-al-masāwiʾ fī tārīkh al-fuqahāʾ wa-al-mujtahidīn*. Tehran: Intishārāt-i Dānishgāh-i Tihrān. (in Arabic)

Bukhārī, Muḥammad ibn Ismāʿīl. (1993 CE). *Al-Ṣaḥīḥ* (M. Ḍ. al-Bughā, Ed.). Damascus & Beirut: Dār Ibn Kathīr. (in Arabic)

Budayr, Muṣṭafá [Bedir, Murteza]. (2004 CE). ʿAql va vaḥy: Abū Zayd al-Dabbūsī va istidlālāt-i ʿaqlānī [Reason and revelation: Abu Zayd al-Dabbusi and rational arguments]. *Muṭālaʿāt-i Islāmī*, 43(2), 227–245. (in Persian)

Bayhaqī, Aḥmad ibn al-Ḥusayn. (2017 CE). *Al-Madkhal ilá ʿilm al-sunan*. Cairo: Dār al-Yusr; Beirut: Dār al-Minhāj. (in Arabic)

Tirmidhī, Muḥammad ibn ʿĪsá. (1996 CE). *Sunan al-Tirmidhī* (B. ʿA. Maʿrūf, Ed.). Beirut: Dār al-Gharb al-Islāmī. (in Arabic)

Al-Jawharī, Ismāʿīl ibn Ḥammād. (2009 CE). *Kitāb al-Ṣiḥāḥ: Tāj al-lughah wa-ṣiḥāḥ al-ʿArabiyyah* (M. M. Tamīr, Ed.). Cairo: Dār al-Ḥadīth. (in Arabic)

Ḥajjāj, Muslim ibn al-Ḥajjāj. (1955 CE). *Al-Jāmiʿ al-ṣaḥīḥ* (M. F. ʿAbd al-Bāqī, Ed.). Cairo: Maṭbaʿat ʿĪsá al-Bābī al-Ḥalabī. (in Arabic)

Ḥabbānī, Shākir [Habachy, Saba]. (1959 CE). Muqaddimah [Introduction]. In J. N. D. Anderson (Ed.), *Ḥuqūq-i Islāmī dar jahān-i mudirn* [Islamic law in the modern world]. New York: Intishārāt-i Dānishgāh-i Niyūyūrk. (in Persian)

Khallāf, ʿAbd al-Wahhāb. (n.d.). *Uṣūl al-fiqh va khulāṣah-ʾi tārīkh-i tashrīʿ-i Islāmī* [Principles of jurisprudence and a summary of the history of Islamic legislation]. Cairo: Chāpkhānah-ʾi Madanī. (in Persian)

Dihlawī, Shāh Walī Allāh. (1967 CE). *Al-Tafhīmāt al-ilāhiyyah* (Gh. M. al-Qāsimī, Ed.). Hyderabad: Al-Maṭbaʿah al-Jidār. (in Arabic)

Zubaydī, Muḥammad ibn Mukarram [Murtaḍá al-Zabīdī]. (1994 CE). *Itḥāf al-sādah al-muttaqīn bi-sharḥ Iḥyāʾ ʿulūm al-dīn*. Beirut: Muʾassasat al-Tārīkh al-ʿArabī. (in Arabic)

Sijistānī, Abū Dāwūd. (2009 CE). *Sunan Abī Dāwūd* (Sh. al-Arnāʾūṭ & M. K. Qarah-Balī, Eds.). n.p.: Dār al-Risālah al-ʿĀlamiyyah. (in Arabic)

Shawkānī, Muḥammad ibn ʿAlī. (1976 CE). *Al-Qawl al-mufīd fī adillat al-ijtihād wa-al-taqlīd*. Kuwait: Dār al-Qalam. (in Arabic)

Shaybānī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. (2012 CE). *Al-Aṣl* (M. Boynukalın, Ed.). Beirut: Dār Ibn Ḥazm. (in Arabic)

Shaykh al-Ṭūsī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Tahdhīb al-aḥkām*. Qom: Muʾassasah-ʾi ʿIlmī va Farhangī-yi Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Arabic)

Ṭabarī, Muḥammad ibn Jarīr. (1967 CE). *Tārīkh al-rusul wa-al-mulūk* (M. A. F. Ibrāhīm, Ed.). Cairo: Dār al-Maʿārif. (in Arabic)

ʿAbduh, Muḥammad. (1899 CE). Bismārk wa-al-dīn [Bismarck and religion]. *Al-Manār*, 1(51), 846–847. (in Arabic)

ʿAlī Ḥaydar Afandī. (1330 AH [1911/1912 CE]). *Durar al-ḥukkām: Sharḥ Majallat al-aḥkām*. Istanbul: Chāpkhānah-ʾi Ṭāwūs. (in Arabic)

Ghazzālī, Abū Ḥāmid Muḥammad. (1993 CE). *Al-Mustaṣfá min ʿilm al-uṣūl* (M. A. ʿAbd al-Shāfī, Ed.). Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah. (in Arabic)

Ghazzālī, Abū Ḥāmid Muḥammad. (n.d.). *Iḥyāʾ ʿulūm al-dīn*. Beirut: Dār al-Maʿrifah. (in Arabic)

Qarah-Dāghī, ʿAlī Muḥyī al-Dīn. (2006 CE). *Bīdārī-yi Islāmī miyān-i radd va ifrāṭ* [Islamic awakening between rejection and extremism]. London & Washington: Muʾassasah-ʾi Bayn al-Milalī-yi Tafakkur-i Islāmī. (in Persian)

Qazwīnī, Muḥammad ibn Yazīd (Ibn Mājah). (n.d.). *Sunan Ibn Mājah* (M. F. ʿAbd al-Bāqī, Ed.). n.p.: Dār Iḥyāʾ al-Kutub al-ʿArabiyyah. (in Arabic)

Qiwām al-Sunnah, Ismāʿīl ibn Muḥammad. (n.d.). *Al-Targhīb wa-al-tarhīb*. Egypt: Dār al-Ḥadīth. (in Arabic)

Kulaynī, Muḥammad ibn Yaʿqūb. (1408 AH [1987/1988 CE]). *Al-Kāfī* (Sayyid M. B. Sharīf al-Qurashī, Ed.). Tehran: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)

Al-Māturīdī, Muḥammad ibn Muḥammad. (2005 CE). *Taʾwīlāt Ahl al-Sunnah* (M. Bāsalūm, Ed.). Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah. (in Arabic)

Mālik ibn Anas. (1985 CE). *Al-Muwaṭṭaʾ*. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)

Al-Māwardī, Abū al-Ḥasan. (n.d.). *Al-Aḥkām al-sulṭāniyyah*. Cairo: Dār al-Ḥadīth. (in Arabic)

Hāshimī, Shihāb al-Dīn. (2003 CE). Iṣlāḥ: Khāvar-i Mīyānah-ʾi ʿArabī va Shamāl-i Afrīqā [Reform: Arab Middle East and North Africa]. In R. C. Martin (Ed.), *Dāʾirat al-maʿārif-i Islām va jahān-i Musalmān* (Vol. 2, pp. 574–577). USA: Macmillan. (in Persian)

Anderson, J. N. D. (Ed.). (1959). *Islamic law in the modern world*. New York: New York University Press.

Esposito, J. L. (2003). Revival and reform. In J. L. Esposito (Ed.), *The Oxford encyclopedia of Islam* (pp. 265–266). New York: Oxford University Press.

Esposito, J. L. (2004a). Fundamentalism. In J. L. Esposito (Ed.), *The Oxford history of Islam: Past and present* (Vol. 1, pp. 164–165). New York: Oxford University Press.

Esposito, J. L. (2004b). Al-Ghazali, Abu Hamid. In J. L. Esposito (Ed.), *The Oxford history of Islam: Past and present* (Vol. 1, pp. 168–169). New York: Oxford University Press.

Esposito, J. L., & Voll, J. O. (2001). *Makers of contemporary Islam*. New York: Oxford University Press.

Fareed, M. G. (2003). Ijtihad. In R. C. Martin (Ed.), *Encyclopedia of Islam & the Muslim world* (Vol. 1, pp. 344–345). USA: Macmillan Reference.

Garden, K. (2014). *The first Islamic revivalist*. New York: Oxford University Press.

Gleave, R. (2003). Taqlid. In R. C. Martin (Ed.), *Encyclopedia of Islam & the Muslim world* (Vol. 1, pp. 679–680). USA: Macmillan Reference.

Gorgon, T. (2011). Tajdid. In *TDV Islamic encyclopedia* (Vol. 40, pp. 234–239). Istanbul: TDV Publishing.

Graf, B. (2013). Yusuf al-Qaradawi. In J. L. Esposito & A. D. Shahin (Eds.), *Oxford guide to Islam and politics* (pp. 222–236). New York: Oxford University Press.

Haabacnhy, S. (1959). Introduction. In J. N. D. Anderson (Ed.), *Islamic law in the modern world* (pp. ix–xx). New York: New York University Press.

Hallaq, W. B. (1984). Was the gate of Ijtihad closed? *International Journal of Middle East Studies*, 16(1), 3–41.

Hick, J. H. (1990). *Philosophy of religion* (4th ed.). New Jersey: Prentice Hall.

Hobink, M. (1999). Thinking about reform in Islam: Towards a history of Islamic thoughts on modernization and secularization. *Arabica*, 46(1), 29–62.

Iqbal, M. (2012). *Reconstructing religious thought in Islam* (with a new introduction by Javed Majid). Stanford: Stanford University Press.

Kamali, M. H. (2018). *Tajdid, reform, and civilizational renewal in Islam*. London & Washington: International Institute of Advanced Islamic Studies.

Linder, R. D. (2008). *The age of reform: A guide to the historical events, 1500–1900*. London: Greenwood Press.

Makdisi, J. (1985). Formal rationality in Islamic law and public law. *Cleveland State Law Review*, 34(1), 97–112.

Moosa, E. (2003). Introduction. In F. Rahman, *Revival and reform in Islam*. Oxford: Oneworld Publications.

Nichols, S. J. (2016). *Beyond the 95 theses*. New Jersey: P&R Publishing Company.

Peters, R. (1980). Ijtihad and Taqlid in 18th- and 19th-century Islam. *Die Welt des Islams*, 20(3–4), 131–145.

Rahman, F. (2003). *Revival and reform in Islam*. Oxford: Oneworld Publications.

Saari, P., & Saari, A. (Eds.). (2002). *Renaissance and reform: Primary sources*. USA: Thomson Learning.

Voll, J. O. (2003). Tajdid. In R. C. Martin (Ed.), *Encyclopaedia of Islam and the Muslim world* (Vol. 2, pp. 675–676).

Weber, A. (1897). *History of philosophy* (F. Thilly, Trans.). New York: Charles Scribner's Sons.

Wood, L. (2016). *Legal revival of Islam: Reception of European law and developments in Islamic legal thought in Egypt, 1875–1952*. New York: Oxford University Press.

Yildirim, H., & Gölengül, E. (2022). The issue of founding revival in the Islamic thought tradition. In H. Yildirim, R. Çelik, Z. Sağır, & M. Doğan (Eds.), *Revival* (Vol. 2, pp. 13–26). Istanbul: Kitap Dünyası.

Yıldırım, H., & Gülengül, E. (2025). Grounding the idea of renewal in Islamic thought, and collective Iḥyā': A study from the perspectives of the philosophy of religion and Fiqh. *Humanities and Social Sciences Communications*, 12(1).

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

Operational Roles of Lawyers in the Implementation of Restorative Justice: An Approach for Iranian Criminal Policy

Ahmad Khodashenas[1]✉, Hossein Thanavi[2]

1. *Corresponding Author*, PhD Student in Criminal Law and Criminology, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: khodashenasahmad192@gmail.com
2. PhD Student in Criminal Law and Criminology, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: sanavi.ir@gmail.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received
06 April 2025
Received in revised form
26 April 2025
Accepted
27 May 2025
Available online
22 June 2026

Keywords:
lawyer,
restorative justice,
criminal mediation,
restorative facilitation

ABSTRACT

Conventional criminal justice faces persistent difficulties, including prison overcrowding, high recidivism, and an inability to repair the harms suffered by victims and communities. Restorative justice has consequently gained importance as an alternative or complementary paradigm centered on offender accountability, victim reparation, and active stakeholder participation. Its effective implementation, however, requires the purposeful engagement of legal professionals, especially lawyers. Using a descriptive-analytical method and library sources, this article identifies four operational roles for lawyers in Iranian restorative processes: restorative facilitation, restorative-oriented representation, management and drafting of restorative agreements, and supervision of implementation. Although the adversarial identity of traditional advocacy can conflict with the cooperative philosophy of restoration, this tension is not insurmountable. Professional reorientation, specialized skills, ethical safeguards, and appropriate legal, judicial, and educational infrastructure can activate the considerable capacity of lawyers to improve existing restorative mechanisms and advance a more humane and effective criminal policy in Iran.

Cite this article: Khodashenas, A., & Thanavi, H. (2026). Operational roles of lawyers in the implementation of restorative justice: An approach for Iranian criminal policy. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, *20*(1), 239-262. https://doi.org/10.22034/fvh.2025.21091.2153

© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: https://doi.org/10.22034/fvh.2025.21091.2153

Introduction

Punitive and adversarial criminal justice systems have struggled to reduce recidivism, control the social costs of imprisonment, or respond adequately to the emotional, material, and relational needs created by crime. Iranian criminal policy has begun to incorporate mediation, alternatives to imprisonment, and settlement-oriented mechanisms, but these institutions cannot become fully restorative through legislation alone. Lawyers occupy a strategic position because they possess legal knowledge, communicate directly with parties, and can translate agreements into enforceable forms. The principal question is which practical functions lawyers may perform during restorative proceedings and what conditions make those functions legitimate and effective.

Methodology

The article uses descriptive and critical content analysis of restorative-justice scholarship, Iranian legal instruments, and professional literature on advocacy and mediation. It distinguishes operational roles performed inside a case from broader systemic activities such as lobbying, public education, or legislative reform. Each role is evaluated against restorative principles, the duties of loyalty and confidentiality, party autonomy, procedural fairness, and the institutional conditions of Iranian criminal justice.

Literature Review

Extensive literature explains the philosophy, objectives, and principal models of restorative justice, while other studies address judges, police officers, and neutral mediators. Research on lawyers usually treats them as conventional representatives of victims or accused persons or discusses their broad contribution to reform. Less attention has been paid to the differentiated roles a lawyer may assume at successive stages of a restorative process. This gap is especially important in Iran, where the practical success of mediation and reconciliation frequently depends on professionals who understand both legal consequences and consensual problem-solving.

Findings

Four roles emerge. As a restorative facilitator, a properly trained lawyer may structure dialogue, identify interests, and protect balanced participation without dominating the parties. As a restorative-oriented representative, counsel protects the client while explaining the benefits and risks of acknowledgment, apology, restitution, and negotiated outcomes. As manager and drafter of the agreement, the lawyer converts commitments into clear, lawful, proportionate, feasible, and enforceable terms. Finally, as implementation supervisor, counsel monitors deadlines, verifies performance, addresses unforeseen obstacles, and communicates with judicial authorities where approval or modification is required.

Discussion

The adversarial conception of advocacy is not wholly compatible with restorative practice, but the lawyer need not cease to be a lawyer. The professional task must be recalibrated from victory at any cost toward informed choice, harm reduction, lawful accountability, and durable resolution. Role separation and disclosure are essential: a lawyer who represents one party should not present himself as a neutral facilitator, and a facilitator must manage conflicts of interest. Training in communication, trauma awareness, negotiation, power imbalance, and restorative ethics is therefore as important as knowledge of criminal law.

Conclusion

Lawyers can become central operational actors in restorative justice through facilitation, restorative representation, agreement management, and implementation supervision. Realizing this capacity requires explicit professional standards, judicial referral protocols, specialized training, ethical rules on neutrality and conflicts, and recognition of restorative work in legal education and bar practice. These reforms would strengthen existing Iranian mechanisms, safeguard parties against informal coercion, and help shift criminal policy from exclusively punitive intervention toward accountability, reparation, and social reintegration.

Declarations

Author Contributions: The authors jointly collected and analyzed the sources and contributed to drafting and revising the article.

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 of Generative AI and AI-assisted Technologies: The authors declared that no artificial intelligence was used in the writing process.

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

تحلیل جامع نقش‌های عملیاتی وکلای دادگستری در فرایندهای اجرایی عدالت ترمیمی: رهیافتی برای سیاست جنایی ایران

احمد خداشناس[۱]، حسین ثانوی[۲]

۱. *نویسندهٔ مسئول*، دانشجوی دکتری، گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد ایران. رایانامه: khodashenasahmad192@gmail.com
۲. دانشجو دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: sanavi.ir@gmail.com

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۱۷
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۲/۰۶
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۰۶
تاریخ انتشار: ۱۴۰۵/۰۴/۰۱

کلیدواژه‌ها:
وکیل دادگستری،
عدالت ترمیمی،
میانجی‌گری کیفری،
تسهیل‌گری ترمیمی

چکیده

نظام عدالت کیفری سنتی با چالش‌های عمیقی چون تورم جمعیت کیفری، نرخ بالای تکرار جرم و ناتوانی در ترمیم آسیب‌های واردشده به بزه‌دیدگان و جامعه دست‌وپنجه نرم می‌کند. در پاسخ به این بحران، عدالت ترمیمی به‌عنوان پارادایمی جایگزین یا مکمل، با تمرکز بر مسئولیت‌پذیری بزهکار، جبران خسارت بزه‌دیده و مشارکت فعال ذی‌نفعان در فرایند حل‌وفصل آثار جرم، اهمیت فزاینده‌ای یافته است. بااین‌حال، پیاده‌سازی مؤثر این رویکرد نیازمند نقش‌آفرینی فعالانهٔ کنشگران نظام حقوقی، به‌ویژه وکلای دادگستری است. این مقاله، با اتکا بر یافته‌های عدالت ترمیمی و با روش توصیفی-تحلیلی مبتنی بر منابع کتابخانه‌ای، به تحلیل نقش‌های عملیاتی وکلای دادگستری در مرحلهٔ کاربست و اجرای فرایندهای عدالت ترمیمی در نظام حقوقی و سیاست جنایی ایران می‌پردازد. چهار نقش کلیدی برای وکلا شناسایی و تشریح می‌شود. مقاله استدلال می‌کند که هرچند نقش سنتی وکیل در نظام تقابلی ممکن است با فلسفهٔ ترمیمی در تعارض باشد، اما بازتعریف هویت حرفه‌ای، کسب مهارت‌های نوین و ایجاد بسترهای مناسب قانونی، قضایی و آموزشی، می‌تواند این ظرفیت عظیم را در جهت ارتقای کارایی سازوکارهای ترمیمی موجود و حرکت به‌سوی سیاست جنایی انسانی‌تر و مؤثرتر در ایران فعال سازد. این تحلیل، راهکارهای عملی برای بهره‌گیری از پتانسیل وکلا در نهادینه‌سازی عدالت ترمیمی ارائه می‌دهد.

استناد: خداشناس، احمد؛ و ثانوی، حسین. (۱۴۰۵). تحلیل جامع نقش‌های عملیاتی وکلای دادگستری در فرایندهای اجرایی عدالت ترمیمی: رهیافتی برای سیاست جنایی ایران. مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ۲۰(۱)، ۲۳۹-۲۶۲.
https://doi.org/10.22034/fvh.2025.21091.2153

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

مقدمه

نظام عدالت کیفری رایج در بسیاری از کشورها، از جمله ایران، که بر فلسفهٔ سزادهی، دادرسی تقابلی و محوریت مجازات، به‌ویژه حبس، استوار است، با بحران کارآمدی جدی دست‌وپنجه نرم می‌کند (فرهمند، ۱۳۹۶، ص. ۱۶). شواهد متقن از جمله آمار فزایندهٔ جمعیت زندانیان، نرخ بالای تکرار جرم علی‌رغم اعمال مجازات‌های سنگین، و هزینه‌های گزاف مادی و اجتماعی نظام کیفری، همگی نشان‌دهندهٔ محدودیت‌های ذاتی این رویکرد در دستیابی به اهداف غایی خود، یعنی کنترل جرم، اصلاح بزهکاران و تأمین عدالت برای بزه‌دیدگان و جامعه است (فروزش، ۱۳۸۶، ص. ۱۱). به‌طور خاص، بی‌توجهی نسبی به نیازهای عاطفی، روانی و مادی بزه‌دیدگان و عدم تمرکز بر ترمیم روابط اجتماعی آسیب‌دیدهٔ ناشی از جرم، از نقاط ضعف بنیادین این پارادایم محسوب می‌شود (زهر، ۱۳۹۰، صص. ۲۵-۳۰).

نظام حقوقی ایران نیز به‌تدریج نشانه‌هایی از پذیرش این رویکرد را بروز داده است. تصویب نهادهایی چون میانجی‌گری کیفری (قانون آیین دادرسی کیفری، ۱۳۹۲، ماده ۸۲)، گسترش مجازات‌های جایگزین حبس (قانون مجازات اسلامی، ۱۳۹۲، مواد ۶۴ به بعد) و تأکید بر صلح و سازش در مراحل مختلف دادرسی، گام‌های مثبتی در این راستا تلقی می‌شوند. بااین‌حال، موفقیت این سازوکارها و نهادینه‌شدن واقعی عدالت ترمیمی در گرو مشارکت فعال و هدفمند تمامی بازیگران عرصهٔ عدالت، به‌ویژه وکلای دادگستری است.

وکلای دادگستری به‌سبب برخورداری از دانش تخصصی حقوقی، مهارت‌های حرفه‌ای تثبیت‌شده، دسترسی به‌طرفین دعوا و جایگاه قانونی در نظام دادرسی، دارای پتانسیل منحصربه‌فردی برای ایفای نقش در تمامی مراحل تحقق، توسعه و به‌خصوص اجرای عدالت ترمیمی هستند. با این وجود، نقش سنتی وکیل در نظام اتهامی، که بر دفاع حداکثری از منافع یک‌جانبهٔ موکل، یافتن ایرادات شکلی و پیروزی در نبرد قضایی تمرکز دارد، ممکن است در نگاه اول با اصول بنیادین عدالت ترمیمی مانند همکاری، گفت‌وگو، مسئولیت‌پذیری و جستجوی راه‌حل‌های مبتنی بر توافق، ناسازگار به نظر برسد. این تنش بالقوه، ضرورت بازاندیشی در هویت حرفه‌ای و تعریف نقش‌های جدید برای وکلا در چهارچوب پارادایم ترمیمی را ایجاب می‌کند.

درحالی‌که برخی پژوهش‌ها به نقش‌های کلان و سیستمی وکلا در توسعهٔ عدالت ترمیمی (مانند مشارکت در قانون‌گذاری، آموزش و فرهنگ‌سازی) پرداخته‌اند، تحلیل دقیق و تفصیلی نقش‌های مشخصاً عملیاتی و اجرایی آنان در بطن فرایندهای ترمیمی کمتر مورد کاوش قرار گرفته است. این مقاله با هدف پر کردن همین شکاف و با تمرکز ویژه بر یافته‌های گفتمان عدالت ترمیمی، در پی پاسخ به این پرسش محوری است که وکلای دادگستری در عمل و در جریان اجرای فرایندهای عدالت ترمیمی در نظام حقوقی ایران، چه نقش‌های مشخص و کارکردی‌ای می‌توانند ایفا کنند و الزامات و ابعاد هر یک از این نقش‌ها چیست؟

در ادامه، بعد از پرداختن به پیشینهٔ پژوهش، با تکیه بر روش توصیفی-تحلیلی، چهار نقش عملیاتی کلیدی وکلا (تسهیل‌گری، نمایندگی ترمیمی‌محور، مدیریت تدوین توافق‌نامه، و نظارت بر اجرا) به‌تفصیل مورد بحث و بررسی قرار خواهند گرفت. هدف، ارائهٔ تصویری روشن و کاربردی از چگونگی مشارکت مؤثر وکلا در این حوزه و الزامات تحقق آن در بستر سیاست جنایی ایران است.

پیشینهٔ پژوهش

ادبیات نظری و پژوهشی گسترده‌ای در سطح بین‌المللی و همچنین در ایران به تبیین مبانی فلسفی، اصول راهنما، اهداف غایی و سازوکارهای متنوع اجرایی عدالت ترمیمی اختصاص یافته است. برای نمونه می‌توان به آثار هاوارد زهر (۱۳۸۳، ۱۳۹۰، ۱۳۹۴) به‌عنوان یکی از پیشگامان این حوزه، و پژوهش‌های داخلی نظیر شیری (۱۳۸۵، ۱۳۹۶)، غلامی (۱۳۸۵)، و فرجیها (۱۳۹۵) اشاره کرد. این مجموعه از پژوهش‌ها به بررسی تطبیقی تجارب کشورهای مختلف در پیاده‌سازی برنامه‌های ترمیمی، شناسایی مزایا و چالش‌های پیش رو، و تأکید بر اهمیت مشارکت فعال و معنادار تمامی ذی‌نفعان اصلی (بزه‌دیده، بزهکار و جامعه) در فرایندهای ترمیمی پرداخته‌اند. در حوزهٔ نقش کنشگران خاص نظام عدالت کیفری در فرایندهای ترمیمی نیز، تحقیقات قابل توجهی انجام شده است. برای مثال، نقش قضات در ارجاع پرونده‌ها به سازوکارهای ترمیمی و نظارت بر اجرای آن‌ها، نقش ضابطان دادگستری در شناسایی اولیهٔ موارد مناسب برای رویکردهای ترمیمی، و به‌ویژه نقش و اهمیت «میانجی‌گران» به‌عنوان تسهیل‌کنندگان بی‌طرف فرایندهای ترمیمی، مورد بررسی قرار گرفته است. برای نمونه، گرشاسبی (۱۳۸۸) به هنر و فن میانجی‌گری و عباسی (۱۳۸۲) به افق‌های نوین عدالت ترمیمی در میانجی‌گری کیفری پرداخته‌اند. همچنین، در خصوص نقش کلی وکلای دادگستری در نظام عدالت کیفری، از جمله در فرایند دادرسی و تأثیرگذاری بر سیاست جنایی، مطالعاتی صورت پذیرفته است (مانند پژوهش امامقلی‌زاده گاون (۱۴۰۰) که به نقش وکیل در فرآیند دادرسی کیفری با تأکید بر سیاست جنایی ایران پرداخته است). این دسته از تحقیقات عمدتاً نقش وکیل را در چهارچوب سنتی نظام تقابلی و یا حداکثر به‌صورت کلی و بدون ورود به جزئیات عملیاتی در حوزهٔ عدالت ترمیمی مدنظر قرار داده‌اند. بااین‌حال، علی‌رغم اذعان به اهمیت بالقوهٔ وکلای دادگستری در فرایندهای ترمیمی، یک «تحلیل دقیق، جامع و تفصیلی از نقش‌های مشخصاً عملیاتی و اجرایی آنان در بطن و در مرحلهٔ کاربست و اجرای فرایندهای عدالت ترمیمی»، به‌ویژه در زمینهٔ خاص نظام حقوقی و سیاست جنایی ایران، به نظر می‌رسد که کمتر مورد کاوش و مداقهٔ علمی نظام‌مند قرار گرفته است. اغلب پژوهش‌های موجود یا به نقش‌های کلان و سیستمی وکلا در توسعهٔ عدالت ترمیمی (مانند مشارکت در تدوین و اصلاح قوانین، ارائهٔ آموزش‌های عمومی و تخصصی، و فرهنگ‌سازی در جامعهٔ حقوقی و عمومی) پرداخته‌اند، یا نقش وکیل را صرفاً در قالب وکیل بزه‌دیده یا وکیل بزهکار در فرایندهای ترمیمی و در چارچوبی نزدیک به نقش سنتی آنان مدنظر قرار داده‌اند، بدون آنکه به تنوع و تفکیک نقش‌های متمایزی که یک وکیل می‌تواند در مراحل مختلف یک فرایند ترمیمی (از تسهیل‌گری تا نظارت بر اجرا) ایفا کند، بپردازند. پژوهش حاضر درصدد است تا این شکاف پژوهشی را با تمرکز ویژه بر یافته‌های نظری و عملی گفتمان عدالت ترمیمی و با هدف شناسایی، طبقه‌بندی و تشریح «نقش‌های چندگانه، متمایز و عملیاتی» که وکلا می‌توانند و باید در مراحل مختلف اجرای برنامه‌های عدالت ترمیمی در ایران ایفا کنند، پر نماید.

مفهوم‌شناسی

پیش از ورود به تحلیل تفصیلی نقش‌های عملیاتی وکلای دادگستری در فرایندهای اجرایی عدالت ترمیمی، ضروری است تا مبانی مفهومی این بحث با دقت بیشتری روشن شود. درک عمیق از معنا، گستره و تحول مفهوم «وکیل دادگستری» و همچنین فلسفه، اصول و اهداف «عدالت ترمیمی» به‌عنوان پارادایمی متمایز، سنگ بنای فهم صحیح استدلال‌های آتی در این مقاله خواهد بود.

وکیل دادگستری

واژهٔ «وکیل» ریشه در زبان عربی دارد و در لغت به معانی متعددی چون نماینده، قائم‌مقام، جانشین، کارساز، کسی که کاری به او واگذار شده و مورد اعتماد است، به کار رفته است (دهخدا، ۱۳۴۷، ج. ۱۴، ص. ۵۲۹؛ زبیدی، ۱۳۹۰، ج. ۱۵، ص. ۱۸۶). این معنای لغوی بر جنبهٔ نمایندگی و سپردن امور به فردی امین و کاردان دلالت دارد.

در قلمرو حقوق، «وکالت» به‌عنوان یک عقد معین تعریف شده است. مطابق مادهٔ ۶۵۶ قانون مدنی ایران، «وکالت عقدی است که به‌موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید». این تعریف، چهارچوب کلی رابطهٔ حقوقی بین وکیل و موکل را مشخص می‌کند. اما «وکیل دادگستری» دارای معنای اخص و جایگاه حرفه‌ای مشخصی است. وی فردی است که پس از طی مراحل قانونی و کسب شرایط لازم (از جمله تحصیلات حقوقی، موفقیت در آزمون وکالت و گذراندن دورهٔ کارآموزی)، پروانهٔ وکالت معتبر را از یکی از نهادهای متولی امر وکالت (کانون وکلای دادگستری یا مرکز وکلا، کارشناسان رسمی و مشاوران خانوادهٔ قوهٔ قضاییه) دریافت می‌کند. این پروانه به او صلاحیت قانونی می‌دهد تا از حقوق موکلان خود در تمامی مراجع قضایی (دادگاه‌ها و دادسراها) و شبه‌قضایی (مانند هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف کار، کمیسیون‌های مالیاتی، دیوان عدالت اداری و...) دفاع کند، مشاورهٔ حقوقی ارائه دهد و سایر امور وکالتی مرتبط با دادرسی را انجام دهد (اردمه، ۱۴۰۳، صص. ۱۷-۱۸).

در چهارچوب نظام عدالت کیفری سنتی که غالباً مبتنی بر یک سیستم دادرسی تقابلی[1] است، نقش اصلی وکیل دادگستری، دفاع حداکثری و جانبدارانه از منافع موکل خود (اعم از شاکی یا متهم) در برابر طرف مقابل و دستگاه قضایی است. هدف غایی در این مدل، اثبات حقانیت موکل، پیروزی در دعوا، اثبات بی‌گناهی متهم یا کاهش مسئولیت کیفری او، یا احقاق کامل حقوق شاکی از طریق به‌کارگیری تمامی ابزارهای قانونی و فنون دفاعی است. این نقش، ماهیتاً مبارزه‌جویانه و رقابتی است. بااین‌حال، تحولات اخیر در فلسفهٔ حقوق کیفری و ظهور پارادایم‌های جایگزین مانند عدالت ترمیمی، ضرورت بازاندیشی در این نقش سنتی را ایجاب می‌کند.

عدالت ترمیمی

«عدالت ترمیمی» بیش از آنکه یک برنامه یا تکنیک مشخص باشد، یک فلسفه، رویکرد یا پارادایم متفاوت در پاسخ به جرم و پیامدهای زیان‌بار آن است (زهر، ۱۳۹۰، ص. ۲۵). این رویکرد، کانون توجه را از نقض انتزاعی

1. Adversarial System

قانون توسط بزهکار و تحمیل رنج (مجازات) بر او توسط دولت، به‌سمت آسیب‌های واقعی وارد شده به افراد (به‌ویژه بزه‌دیده) و جامعه و نیاز به ترمیم این آسیب‌ها معطوف می‌سازد. جوهرهٔ اصلی آن، درگیر کردن فعالانهٔ تمام کسانی است که تحت تأثیر یک جرم قرار گرفته‌اند (بزه‌دیده، بزهکار، خانواده‌ها، اعضای جامعه) در یک فرایند جمعی برای رسیدگی به آسیب‌ها، نیازها و مسئولیت‌ها به‌منظور ترمیم و بهبود وضعیت تا حد امکان است (شیری، ۱۳۹۶، ص. ۲۱).

عدالت ترمیمی در تقابل با «عدالت سزادهنده»[1] قرار می‌گیرد که بر گذشته (وقوع جرم) و تعیین میزان تقصیر و مجازات متناسب با آن تمرکز دارد. عدالت ترمیمی نگاهی آینده‌نگر دارد و بر ترمیم آسیب‌ها و بازسازی روابط برای آینده تأکید می‌کند (ایوون دندوراند فریزولی، ۱۳۹۰، ص. ۶). هاوارد زهر، از پیشگامان این حوزه، تفاوت این دو پارادایم را از طریق پرسش‌های بنیادین آن‌ها به خوبی نشان می‌دهد (زهر، ۱۳۹۰، ص. ۲۰). عدالت سزادهنده می‌پرسد: ۱) چه قانونی نقض شده است؟ ۲) چه کسی آن را نقض کرده است (بزهکار کیست)؟ ۳) مستحق چه مجازاتی است؟ اما عدالت ترمیمی می‌پرسد: ۱) چه کسی آسیب دیده است؟ ۲) نیازهای او چیست؟ ۳) این آسیب‌ها چه مسئولیت‌هایی را ایجاد می‌کند و مسئولیت آن با کیست؟ ۴) چه کسانی در این وضعیت ذی‌نفع هستند؟ ۵) فرایند مناسب برای درگیر کردن ذی‌نفعان به‌منظور رسیدگی به علل و ترمیم آسیب‌ها چیست؟

براساس تعاریف و مباحث مطرح‌شده (زهر، ۱۳۹۴، ص. ۲۵؛ ایوون دندوراند فریزولی، ۱۳۹۰، صص. ۷-۱۰)، می‌توان اصول و ارکان زیر را برای عدالت ترمیمی برشمرد:

۱. تمرکز بر آسیب:[2] شناخت و رسیدگی به آسیب‌های مادی، جسمی، روانی، عاطفی و اجتماعی ناشی از جرم به‌عنوان نقطهٔ شروع.

۲. نیازهای بزه‌دیده:[3] اولویت دادن به نیازهای متنوع بزه‌دیدگان، از جمله نیاز به اطلاعات، بیان حقیقت و روایت خود، دریافت غرامت و جبران خسارت، بازیافتن احساس امنیت و کنترل، و شنیده شدن.

۳. مسئولیت‌پذیری و پاسخگویی بزهکار:[4] تشویق و فراهم کردن فرصت برای بزهکار جهت درک تأثیرات عمل خود، پذیرش مسئولیت فعالانه (نه صرفاً منفعلانه در برابر مجازات) و مشارکت در جبران آسیب‌های ایجاد شده.

۴. مشارکت داوطلبانه و فراگیر:[5] فراهم آوردن زمینهٔ مشارکت داوطلبانه و آگاهانه برای بزه‌دیده، بزهکار و در صورت لزوم و تمایل، اعضای جامعه (مانند خانواده‌ها، معتمدین محلی) در فرایند گفت‌وگو و تصمیم‌گیری.

۵. ترمیم و جبران:[6] تلاش برای یافتن راه‌های عملی و مورد توافق طرفین برای جبران خسارات، ترمیم روابط آسیب‌دیده و بازگرداندن حس عدالت و صلح.

1. Retributive Justice
2. Focus on Harm
3. Victim Needs
4. Offender Accountability
5. Voluntary Participation & Inclusion
6. Repair & Restoration

۶. مواجهه و گفت‌وگو:[1] ایجاد فرصت‌هایی برای گفتگوی مستقیم یا غیرمستقیم بین طرفین در یک محیط امن و مدیریت‌شده، با هدف تفاهم متقابل و یافتن راه‌حل.

۷. پیشگیری و بازپذیری اجتماعی:[2] کمک به بازپذیری اجتماعی بزهکار از طریق رفع ریشه‌های جرم و توانمندسازی وی، و تقویت همبستگی و ظرفیت جامعه برای پیشگیری از جرم.

درک این تفاوت‌های بنیادین میان فلسفه، اهداف و سازوکارهای عدالت ترمیمی با عدالت کیفری سنتی، برای فهم دقیق و ارزیابی صحیح نقشی که وکلا می‌توانند و باید در فرایندهای ترمیمی ایفا کنند، امری حیاتی و ضروری است. این مقاله در ادامه به بررسی چگونگی تطبیق نقش، مهارت‌ها و اخلاق حرفه‌ای وکلا با این پارادایم نوین و نقش‌های عملیاتی آنان در این عرصه خواهد پرداخت.

یافته‌ها و بحث: تبیین نقش‌های عملیاتی وکلای دادگستری در فرایندهای اجرایی عدالت ترمیمی

تحلیل عمیق و موشکافانهٔ نقش وکلای دادگستری در کاربست و اجرای گفتمان عدالت ترمیمی، پرده از چهار نقش عملیاتی متمایز اما درهم‌تنیده برمی‌دارد که آن‌ها می‌توانند و باید در بطن فرایندهای اجرایی و عملیاتی عدالت ترمیمی ایفا کنند. این نقش‌ها، که فراتر از صرف حضور شکلی وکیل در فرایند هستند، بیانگر پتانسیل عظیم این قشر فرهیخته برای عبور از ذهنیت صرفاً تقابلی و تبدیل شدن به معماران و مجریان فعال ترمیم و آشتی در نظام عدالت کیفری ایران است. درک لایه‌های مختلف و ظرایف عملی هر یک از این نقش‌ها، پیش‌نیاز اساسی برای فعال‌سازی ظرفیت وکلا در این عرصهٔ نوین و امیدبخش محسوب می‌شود. در ادامه، هر یک از این نقش‌های چهارگانه با جزئیات و عمقی به‌مراتب بیشتر، مورد کاوش و بسط قرار می‌گیرد:

۱. نقش تسهیل‌گری و میانجی‌گری

این نقش، شاید بنیادی‌ترین و در عین حال چالش‌برانگیزترین تحول در هویت حرفه‌ای وکیل در گذار به عدالت ترمیمی باشد. وکیل در کسوت تسهیل‌گر[3] یا میانجی[4] از جایگاه یک مدافع سرسخت یک طرف دعوا، به‌جایگاه یک راهبر بی‌طرف و امین فرایند گفت‌وگو تغییر موقعیت می‌دهد. هدف غایی او دیگر پیروزی حقوقی موکل در معنای سنتی نیست، بلکه فراهم‌آوری بستری امن و سازنده برای مواجهه، درک متقابل آسیب‌ها و نیازها، و دستیابی مشارکتی به راه‌حل‌هایی است که منجر به ترمیم واقعی (جبران خسارت، التیام عاطفی، بازسازی روابط و پیشگیری از تکرار) می‌شود (شیری، ۱۳۹۶، ص. ۳۴۲). این نقش، مستلزم به‌کارگیری مجموعه‌ای از مهارت‌ها و انجام اقداماتی ظریف اما حیاتی است که فراتر از دانش صرف حقوقی است:

۱ـ۱. معماری و صیانت از فضای امن گفت‌وگو

نخستین و شاید بنیادی‌ترین مسئولیت وکیل دادگستری در جایگاه تسهیل‌گر عدالت ترمیمی، خلق و صیانت از یک «فضای امن» روانی و فیزیکی برای گفت‌وگو میان طرفینِ متأثر از جرم است. این فضا، باید به

1. Encounter & Dialogue
2. Prevention & Reintegration
3. Facilitator
4. Mediator

دقت و با ظرافت معماری شود تا بستری فراهم آورد که در آن تمامی شرکت‌کنندگان، به‌ویژه کسانی که در موقعیت آسیب‌پذیرتری قرار دارند، بتوانند با آسودگی خاطر مشارکت نمایند (غلامی، ۱۳۸۵، ص. ۱۲۱). به‌طور خاص، بزه‌دیده که ممکن است احساس آسیب‌پذیری مضاعفی را تجربه کند و بزهکار که احتمالاً با احساس شرمندگی یا ترس از قضاوت مواجه است، باید اطمینان یابند که می‌توانند آزادانه و بدون هراس از تحقیر، سرزنش، انتقام‌جویی یا هرگونه سوءاستفاده، آسیب‌های وارده، ترس‌های درونی، نیازهای اساسی، انتظارات واقعی و دیدگاه‌های شخصی خود را به صادقانه‌ترین شکل ممکن بیان کنند.

۱ـ۲. هنر ظریف میانجی‌گری در تعارضات و ابهامات

فرایندهای ترمیمی، به‌دلیل ماهیت عمیقاً انسانی و تمرکز بر آسیب‌ها و روایت‌های شخصی، ذاتاً با اختلاف در برداشت‌ها، سوءتفاهم‌ها و تعارض منافع گره خورده‌اند. در این میان، نقش وکیل میانجی، نه دامن‌زدن به این اختلافات، آن‌گونه که گاه در منطق حاکم بر فضای تقابلی نظام عدالت کیفری سنتی رخ می‌دهد، بلکه تبدیل هوشمندانهٔ این تعارضات به فرصتی برای شفاف‌سازی، تعمیق درک متقابل و یافتن زمینه‌های مشترک برای حرکت به‌سوی ترمیم است. این گذار ظریف، مستلزم به‌کارگیری ماهرانه و آگاهانهٔ مجموعه‌ای از تکنیک‌های پیشرفتهٔ ارتباطی و میانجی‌گری است.

در صدر این مهارت‌ها، گوش‌دادن فعال و همدلانه قرار دارد؛ این به‌معنای فراتررفتن از شنیدن صرف کلمات و تلاش برای درک عمیق احساسات، نیازها، ارزش‌ها و دغدغه‌های پنهان در پس گفته‌های هر یک از طرفین است. وکیل میانجی باید با تمام وجود به زبان بدن، لحن صدا، مکث‌ها و حتی سکوت‌ها توجه کند تا لایه‌های زیرین پیام‌ها را دریابد. تکنیک‌های بازگوکردن و خلاصه‌کردن نیز نقشی حیاتی ایفا می‌کنند؛ وکیل با بیان مجدد هوشمندانهٔ گفته‌های طرفین با کلمات خود، هم از درک صحیح اطمینان حاصل می‌کند و هم به‌طرفین نشان می‌دهد که سخنانشان با دقت شنیده و فهمیده شده است. همچنین، خلاصه‌کردن دوره‌ای نکات کلیدی و توافقات جزئی، به حفظ تمرکز گفت‌وگو، ایجاد حس پیشرفت و جلوگیری از سردرگمی کمک می‌کند (گرشاسبی، ۱۳۸۸، صص. ۸۰-۹۰).

۱ـ۳. مدیریت هوشمندانهٔ طوفان‌های احساسی

مواجههٔ رودرروی طرفینِ متأثر از جرم، به‌ویژه در پرونده‌های با شدت آسیب بالا، به‌مثابهٔ گشودن دریچه‌ای به دنیای احساسات عمیق و گاه متناقض است. در این صحنهٔ حساس و پرتلاطم، فوران احساسات شدید، از طیف گسترده‌ای چون خشم و انزجار عمیق در بزه‌دیده گرفته تا اندوه جانکاه و پشیمانی در بزهکار، و احساساتی چون ترس، اضطراب طاقت‌فرسا، شرمساری فلج‌کننده و ناامیدی فراگیر در هر دو طرف، امری کاملاً قابل پیش‌بینی و طبیعی است (گرشاسبی، ۱۳۸۸، ص. ۱۰۵). در این میان، وکیل تسهیل‌گر، نه‌تنها باید از سطح بالایی از هوش هیجانی[1] برخوردار باشد، بلکه باید به‌سان ناخدای کشتی در دریای طوفانی، با مهارت و آرامش، سکان هدایت احساسات را در دست گیرد و از غرق‌شدن فرایند ترمیمی در تلاطم هیجانات جلوگیری کند.

1. Emotional Intelligence

نخستین گام در این مسیر دشوار، شناسایی دقیق و درک عمیق احساسات است. وکیل باید چشمانی تیزبین و ذهنی هوشیار داشته باشد تا بتواند احساسات مختلف را نه‌تنها در طرف مقابل، بلکه در درون خود نیز به‌درستی تشخیص دهد، حتی اگر این احساسات به‌صراحت به زبان آورده نشوند. توجه به نشانه‌های غیرکلامی ظریف، تغییرات لحن صدا، زبان بدن و حتی سکوت‌های معنادار، همگی کلیدهای رمزگشایی از دنیای احساسات هستند. پس از شناسایی، گام حیاتی بعدی، اعتبارسنجی و به رسمیت شناختن این احساسات است. وکیل باید با همدلی و درک عمیق، به‌طرفین اطمینان دهد که ابراز این احساسات، هر قدر هم شدید یا متناقض به نظر برسند، کاملاً طبیعی، انسانی و قابل درک هستند. جملاتی همچون «می‌فهمم که چقدر عصبانی هستید»، «درک می‌کنم که چقدر ناراحت و ناامید شده‌اید» یا «می‌توانم تصور کنم که چقدر ترسیده‌اید»، بدون هیچ‌گونه قضاوت ارزشی یا تلاش برای سرکوب احساسات، می‌توانند به‌طرفین احساس شنیده‌شدن و درک‌شدن را القا کنند و از شدت بار هیجانی بکاهند.

۱ـ۴. پیشگیری از بن‌بست و راهبری خلاقانه به‌سوی توافق

در دل هر فرایند ترمیمی، همچون هر تعامل انسانی پیچیده، همواره پتانسیل رسیدن به نقطهٔ بن‌بست وجود دارد. در لحظاتی حساس، طرفین ممکن است در مواضع خود سرسختانه پافشاری کنند، انگیزه و امیدشان به دستیابی به توافق کاهش یابد، و فضای گفت‌وگو به سکون و رکود گراید. در چنین شرایطی، وکیل تسهیل‌گر نمی‌تواند منفعلانه تسلیم این وضعیت شود. او باید به‌سان یک معمار خلاق و یک رهبر مدبر، با بهره‌گیری از خلاقیت، انعطاف‌پذیری و جعبه‌ابزار تکنیک‌های حل مسئله، به دل بن‌بست نفوذ کند، موانع پنهان را شناسایی نماید و مسیرهای نوینی برای عبور از آن‌ها جست‌وجو کند (گرشاسبی، ۱۳۸۸، ص. ۱۰۸).

یکی از نخستین اقدامات وکیل در رویارویی با بن‌بست، تجزیهٔ مسئله به اجزای کوچک‌تر و قابل مدیریت‌تر است. مشکلات بزرگ و درهم‌تنیده اغلب به نظر غیرقابل‌حل می‌رسند، اما با تقسیم آن‌ها به بخش‌های کوچک‌تر، می‌توان به‌تدریج بر هر بخش تمرکز کرد و راه‌حل‌های جزئی‌تری برای هرکدام یافت. طوفان فکری نیز ابزار کارآمد دیگری است که وکیل می‌تواند از آن بهره گیرد. تشویق طرفین به ارائهٔ هرگونه ایده و پیشنهاد، هرچند غیرمتعارف یا غیرعملی به نظر برسد، بدون اعمال قضاوت اولیه، می‌تواند جرقه‌های خلاقیت را روشن کند و راه‌حل‌های نوینی را به ارمغان آورد که در نگاه اول به ذهن نمی‌رسیدند. تغییر تمرکز از گذشته به آینده نیز می‌تواند بسیار راهگشا باشد. به‌جای غرق‌شدن در سرزنش‌ها و مناقشات بر سر وقایع گذشته، وکیل می‌تواند طرفین را به‌سمت یافتن راه‌حل‌هایی برای جلوگیری از تکرار مشکل در آینده و ساختن آینده‌ای بهتر هدایت کند.

وکیل باید با هدایت هوشمندانهٔ گفت‌وگو به‌سمت راه‌حل‌های مشخص، به‌طرفین کمک کند تا ایده‌های کلی و مبهم را به تعهدات ترمیمی مشخص، قابل اندازه‌گیری، قابل دستیابی، مرتبط و زمان‌بندی‌شده تبدیل نمایند. این تعهدات باید به‌گونه‌ای طراحی شوند که نیازهای اصلی بزه‌دیده را به‌طور واقعی برآورده سازند و مسئولیت‌پذیری معنادار بزهکار را به‌نحو شایسته‌ای منعکس کنند.

۱ـ۵. مدیریت اجرایی فرایند و تضمین آگاهی‌بخشی

علاوه بر مهارت‌های نرم، وکیل تسهیل‌گر مسئولیت جنبه‌های ساختاری و مدیریتی فرایند را نیز بر عهده دارد. این شامل برنامه‌ریزی دقیق جلسات (زمان، مکان، شرکت‌کنندگان)، مدیریت مؤثر زمان جلسه، تهیه و توافق بر سر دستور کار، و مهم‌تر از همه، اطمینان از دسترسی برابر و کامل همهٔ شرکت‌کنندگان به اطلاعات ضروری در مورد ماهیت فرایند ترمیمی، نقش‌ها و انتظارات، حقوق قانونی‌شان (به‌خصوص حق ترک فرایند در هر زمان)، گزینه‌های پیش رو و پیامدهای احتمالی تصمیماتشان است (گرشاسبی، ۱۳۸۸، ص. ۱۱۱). این آگاهی‌بخشی مستمر، پایه و اساس مشارکت آگاهانه، داوطلبانه و معنادار است.

۲. نقش نمایندگی و مشاورهٔ حقوقیِ ترمیمی‌محور

نقش تسهیل‌گر بی‌طرف، نافی حق و نیاز طرفین (هم بزه‌دیده و هم بزهکار) به داشتن نماینده و مشاور حقوقی مستقل نیست، به‌خصوص در پرونده‌های پیچیده‌تر یا زمانی که یکی از طرفین احساس آسیب‌پذیری بیشتری می‌کند. اما، این نقش نمایندگی و مشاوره در پارادایم عدالت ترمیمی، تفاوت‌های جوهری و بنیادین با وکالت سنتی در نظام تقابلی دارد. وکیل در این نقش، همچنان مدافع منافع و حقوق قانونی موکل خویش است، اما این دفاع باید در راستای فلسفه و اهداف ترمیمی صورت گیرد و به‌جای تشدید منازعه و تلاش برای پیروزی به هر قیمت، بر تسهیل مشارکت آگاهانه، فعال و سازندهٔ موکل در فرایند ترمیمی و دستیابی به یک نتیجهٔ ترمیمی منصفانه و پایدار متمرکز باشد. این نقش، دو بال اصلی نمایندگی فعال و مشاورهٔ تخصصی را در بر می‌گیرد:

۲ـ۱. ابعاد نمایندگی ترمیمی‌محور

نقش وکیل در عدالت ترمیمی، به‌ویژه در بُعد نمایندگی، از پیچیدگی و ظرافت خاصی برخوردار است. وکیل ترمیمی‌محور، همانند یک سکاندار ماهر، باید کشتی نمایندگی را در آب‌های گاه متلاطم تعارضات و نیازهای متفاوت طرفین، به‌سوی ساحل امن ترمیم هدایت کند. این نمایندگی، وجهی دوگانه دارد: نمایندگی از بزه‌دیده و نمایندگی از بزهکار، که هرکدام ابعاد و مسئولیت‌های خاص خود را دارند.

در نمایندگی از بزه‌دیده، وکیل نقشی توانمندسازانه ایفا می‌کند. او صدای بزه‌دیده را تقویت می‌کند، به او کمک می‌نماید تا داستان خود را به‌روشنی بیان کند، ابعاد گوناگون آسیب‌های وارده (جسمی، مالی، عاطفی، اجتماعی) را تشریح نماید و نیازهای ترمیمی خود (اطلاعات، شنیده‌شدن، تأیید آسیب، عذرخواهی، جبران خسارت، امنیت، بازگشت کنترل بر زندگی) را به‌طور دقیق مطرح سازد (اردمه، ۱۴۰۳، صص. ۱۱۳-۱۱۴). وکیل باید اطمینان حاصل کند که فرایند ترمیمی واقعاً بر محور نیازها و تجربیات بزه‌دیده می‌چرخد و به ابزاری برای تخفیف مجازات بزهکار تقلیل نیابد. آگاهی‌بخشی به بزه‌دیده از حقوق قانونی‌اش در نظام عدالت کیفری و فرایند ترمیمی (دسترسی به اطلاعات، مشارکت داوطلبانه، همراهی حامی، دریافت غرامت، محافظت در برابر آسیب مجدد) و حمایت عاطفی و روانی اولیه (در حد توان و ارجاع تخصصی) از دیگر وظایف وکیل است. در نهایت، وکیل باید فعالانه برای بهترین نتیجهٔ ترمیمی ممکن مذاکره کند، و منافع بزه‌دیده را در توافق‌نامهٔ ترمیمی نمایندگی نماید، تا تعهدات بزهکار به‌نحو شایسته‌ای پاسخگوی نیازهای شناسایی‌شدهٔ بزه‌دیده باشد.

نمایندگی از بزهکار نیز نقشی دوگانه و حساس است. وکیل باید از حقوق قانونی و رویه‌ای بزهکار حراست کند و تضمین نماید که این حقوق در طول فرایند به‌طور کامل رعایت می‌شوند (رفتار انسانی، عدم اجبار به خوداتهامی بیش از اقرار، آگاهی از اتهامات، درک پیامدهای مشارکت، رعایت رویهٔ عادلانه). وکیل باید اطمینان حاصل کند که مشارکت بزهکار کاملاً داوطلبانه، آگاهانه و بدون فشار یا وعدهٔ غیرواقعی صورت می‌گیرد (ایوون دندوراند فریزولی، ۱۳۹۰، صص. ۳۳-۳۶). در عین حال، وکیل باید به بزهکار کمک کند تا تأثیرات عمل مجرمانهٔ خود را بر بزه‌دیده، خانواده‌ها و جامعه به‌درستی درک و مسئولیت آن را پذیرد. این مسئولیت‌پذیری می‌تواند شامل به چالش کشیدن توجیهات یا انکار بزهکار باشد، اما به‌شیوه‌ای حمایتی و غیرسرزنش‌آمیز. راهنمایی بزهکار برای مشارکت سازنده و شناسایی راه‌های معنادار برای جبران آسیب (فراتر از جبران مالی)، آماده‌سازی او برای مواجههٔ احتمالی با بزه‌دیده، و تشویق به ابراز پشیمانی صادقانه (در صورت وجود) از دیگر وظایف وکیل است. وکیل همچنین باید به بزهکار در تدوین تعهدات واقع‌بینانه در توافق‌نامهٔ ترمیمی کمک کند، تعهداتی که هم معنادار و ترمیمی باشند و هم واقع‌بینانه و قابل اجرا.

در هر دو حالت نمایندگی، وکیل باید تعادل ظریفی بین دفاع از منافع موکل و پایبندی به اصول و اهداف فرایند ترمیمی حفظ کند. او باید همواره به یاد داشته باشد که هدف نهایی، ترمیم آسیب، تحقق عدالت و ایجاد فضایی برای بهبودی و رشد برای همهٔ طرفین است.

۲ـ۲. *ابعاد مشاورهٔ حقوقیِ ترمیمی‌محور*

مشاورهٔ حقوقیِ ترمیمی‌محور، بُعدی حیاتی از نقش وکیل در عدالت ترمیمی است. وکیل در این نقش، همچون فانوسی دریایی، مسیر تصمیم‌گیری موکل را در میان ابهامات حقوقی و پیچیدگی‌های فرایند ترمیمی روشن می‌سازد. این مشاوره ابعاد گوناگون را در بر می‌گیرد:

نخست، توضیح دقیق وضعیت حقوقی و گزینه‌ها است. وکیل باید به زبانی ساده و شفاف، وضعیت حقوقی پروندهٔ موکل در نظام عدالت کیفری رسمی را تشریح کند (اردمه، ۱۴۰۳، ص. ۱۱۷). این شامل تبیین رابطهٔ پیچیدهٔ فرایند ترمیمی و دادرسی کیفری است: آیا ترمیم جایگزین دادرسی می‌شود، آن را تکمیل می‌کند، یا موازی با آن پیش می‌رود؟ تأثیر مشارکت در ترمیم بر روند تحقیقات، تعقیب و مجازات احتمالی چیست؟ پیامدهای قانونی مشارکت یا عدم مشارکت در برنامهٔ ترمیمی کدامند؟ آثار حقوقی امضای توافق‌نامهٔ ترمیمی چیست؟ (قابلیت استناد در دادگاه، قابلیت پیگیری قانونی اجرا). ارائهٔ اطلاعات ناقص یا نادرست در این زمینه، تصمیم‌گیری غیرآگاهانهٔ موکل را به دنبال خواهد داشت.

دوم، تشریح جامع فرایند عدالت ترمیمی است. وکیل باید درک کامل موکل از چیستی، چرایی و چگونگی برنامهٔ عدالت ترمیمی پیشنهادی را تضمین کند. این شامل توضیح فلسفه و اصول بنیادین (ترمیم به‌جای تنبیه)، مراحل عملی، نقش‌های مختلف (تسهیل‌گر، طرفین، حامیان، جامعه)، نحوهٔ برگزاری جلسات، مزایای بالقوه (فرصت بیان، جبران، التیام، کاهش مجازات احتمالی) و خطرات و محدودیت‌های احتمالی (فشار عاطفی، عدم تضمین نتیجه، احتمال عدم توافق، محدودیت‌های محرمانگی) است. این آگاهی‌بخشی جامع، سنگ‌بنای رضایت آگاهانهٔ واقعی برای مشارکت است.

۳. نقش مدیریتی در تدوین توافق‌نامه‌های ترمیمی

توافق‌نامهٔ ترمیمی،[1] صرفاً یک صورتجلسه یا یک پیمان اخلاقی محض نیست؛ بلکه سند حقوقی و عملیاتی بنیادینی است که ماحصل گفتگوها، تفاهمات و تعهدات طرفین در فرایند ترمیمی را به‌شکلی مدون، شفاف و قابل پیگیری درمی‌آورد (زندی، ۱۳۸۸، ص. ۱۵۶). این سند، نقشهٔ راه ترمیم آسیب‌ها و بازسازی روابط است و ازاین‌رو، تدوین دقیق و هوشمندانهٔ آن اهمیتی حیاتی دارد (شیری، ۱۳۹۶، ص. ۱۳۲). وکیل دادگستری در این مرحله، نقشی فراتر از یک مشاور صرف ایفا می‌کند و به‌عنوان یک مدیر فرایند تدوین، مسئولیت تضمین کیفیت، اعتبار و جامعیت این سند کلیدی را بر عهده می‌گیرد. این نقش مدیریتی مستلزم توجه دقیق به چهار بُعد اساسی است که در ادامه با جزئیات بیشتری برگرفته از متن پایان‌نامه تشریح می‌شوند:

۳ـ۱. تضمین اعتبار قانونی و قابلیت اجرا

توافق‌نامهٔ ترمیمی، هر چقدر هم که بر پایهٔ حسن‌نیت و تفاهم طرفین شکل گرفته باشد، برای تحقق اهداف ترمیمی و جلوگیری از بی‌اعتمادی‌های احتمالی آتی، نیازمند بنایی استوار از اعتبار قانونی و قابلیت اجرا است. وکیل، در نقش معمار این بنا، باید با دقت و وسواس فراوان، اطمینان حاصل کند که توافق‌نامه از استحکام حقوقی کافی برخوردار بوده و در صورت نیاز، قابلیت استناد و پیگیری قانونی داشته باشد (اردمه، ۱۴۰۳، ص. ۱۲۰). این تضمین اعتبار قانونی و قابلیت اجرا، مستلزم رعایت اصولی چند است:

نخست، زبان دقیق و بدون ابهام است. وکیل باید مفاد توافق‌نامه را با استفاده از اصطلاحات حقوقی دقیق و عبارات روشن و غیرقابل‌تفسیر نگارش کند تا از هرگونه سوءبرداشت یا اختلاف در آینده جلوگیری شود. تبدیل تفاهمات کلی و شفاهی به تعهدات مکتوب و مشخص، هنر اصلی وکیل در این مرحله است. ابهام در متن توافق‌نامه می‌تواند مانند شکافی کوچک در بنای استوار توافق، به‌تدریج به شکافی عمیق تبدیل شود و کل توافق را متزلزل سازد.

دوم، تعیین صریح تعهدات است. جزئیات کامل تعهدات هر یک از طرفین (بزه‌کار و در موارد مقتضی بزه‌دیده یا جامعه) باید به‌روشنی قید شود: چه کسی، چه کاری را، چه زمانی، چگونه و در کجا انجام خواهد داد (ف، ۱۳۹۶، ص. ۱۵۴). برای مثال، اگر تعهد جبران خسارت مالی است، مبلغ دقیق، نحوهٔ پرداخت (یک‌جا یا اقساط)، تاریخ یا تاریخ‌های پرداخت و شمارهٔ حساب مقصد باید مشخص باشد. اگر تعهد انجام خدمات عمومی است، نوع خدمت، تعداد ساعات، محل انجام و بازهٔ زمانی باید تعیین گردد. تعهدات مبهم و کلی، مانند نقشه‌های ناقص و گنگ برای یک ساختمان، اجرای صحیح توافق‌نامه را غیرممکن می‌سازد.

سوم، پیش‌بینی ضمانت اجرا است. توافق‌نامه باید به‌روشنی پیامدهای عدم پایبندی به تعهدات را مشخص کند (شیری، ۱۳۹۶، ص. ۱۳۱). آیا عدم اجرا به‌معنای ارجاع مجدد پرونده به نظام کیفری رسمی است؟ آیا جریمه‌ای برای تأخیر در نظر گرفته شده است؟ آیا سازوکار خاصی برای رسیدگی به موارد نقض توافق پیش‌بینی

1. Restorative Agreement

شده است؟ شفافیت در این زمینه، انگیزهٔ پایبندی را افزایش می‌دهد و از بروز اختلافات بعدی می‌کاهد. ضمانت اجرا، مانند میلگردهای فولادی در بتن، استحکام و پایداری توافق‌نامه را تضمین می‌کند.

چهارم، رعایت قوانین آمره و نظم عمومی است. وکیل باید مراقبت نماید که هیچ‌یک از مفاد توافق‌نامه با قوانین لازم‌الاجرا (آمره) یا اصول بنیادین نظم عمومی و اخلاق حسنهٔ جامعه در تضاد نباشد، چراکه چنین مفادی از اساس باطل و غیرقابل‌استناد خواهند بود (عباسی، ۱۳۸۲، ص. ۹۰). توافق‌نامه، هر چقدر هم که زیبا و جامع باشد، اگر برخلاف قانون یا نظم عمومی بنا شود، مانند خانه‌ای بر روی شن‌های روان، محکوم به فروپاشی است.

با رعایت این اصول، وکیل می‌تواند توافق‌نامه‌ای محکم، معتبر و قابل اجرا تدوین کند که ضمن تضمین حقوق طرفین، زمینه را برای اجرای صحیح و اثربخش تعهدات و در نهایت، تحقق اهداف عدالت ترمیمی فراهم سازد.

۳ـ۲. صیانت از انصاف و عدالت در توافق

توافق‌نامهٔ ترمیمی نباید صرفاً یک قرارداد حقوقی خشک و بی‌روح باشد، بلکه باید روح عدالت و انصاف ترمیمی را در خود منعکس کند و به‌مثابهٔ آینه‌ای، ارزش‌های بنیادین این گفتمان را بازتاب دهد (اردمه، ۱۴۰۳، ص. ۱۲۲). وکیل، در نقش مدیر تدوین، وظیفه‌ای فراتر از تضمین اعتبار قانونی دارد؛ او باید حافظ و پاسدار جوهر ترمیمی توافق باشد و بر تحقق این مهم نظارت کند. این نظارت ابعاد گوناگونی را شامل می‌شود:

نخست، برقراری تناسب منطقی بین آسیب و ترمیم است. باید تعادلی معقول و منصفانه بین شدت و ابعاد آسیب‌های وارده (مادی، جسمی، عاطفی) و نوع و میزان تعهدات ترمیمی (جبران خسارت، عذرخواهی، اقدامات جبرانی دیگر) برقرار باشد. توافق نباید جنبهٔ تنبیهی نامتناسب یا انتقام‌جویانه به خود بگیرد و در عین حال، نباید آن‌قدر ناچیز باشد که بی‌توجهی به عمق آسیب تلقی شود. یافتن این نقطهٔ تعادل، هنر وکیل در ترجمهٔ آلام به تعهدات سازنده است.

دوم، توجه به توانایی‌ها و محدودیت‌ها است. تعهدات پذیرفته‌شده توسط بزهکار باید واقع‌بینانه و متناسب با توانایی‌های مالی، جسمی و عملی او باشد. تحمیل تعهدات غیرممکن، نه‌تنها به ترمیم منجر نمی‌شود، بلکه تضمین‌کنندهٔ شکست توافق و سرخوردگی طرفین خواهد بود. انصاف ترمیمی حکم می‌کند که مسیر جبران، هرچند دشوار، اما پیمودنی باشد.

در مجموع، وکیل در این نقش، با تلفیق دانش حقوقی و درک عمیق از فلسفهٔ عدالت ترمیمی، می‌کوشد تا توافق‌نامه‌ای تدوین شود که نه‌تنها از نظر قانونی معتبر، بلکه از منظر انسانی و اخلاقی نیز منصفانه و سازنده باشد و به‌راستی زمینهٔ التیام و بازسازی را فراهم آورد.

۳ـ۳. تلاش برای جامعیت و پوشش ابعاد مختلف ترمیم

آسیب ناشی از جرم، پدیده‌ای چندوجهی و پیچیده است که ابعاد مختلف زندگی بزه‌دیده را در هم می‌آمیزد. یک توافق‌نامهٔ ترمیمی مؤثر و کارآمد باید تلاش کند تا حد امکان، تمامی این وجوه را شناسایی کرده و برای ترمیم و التیام آن‌ها راهکارهایی جامع و سنجیده ارائه دهد (اردمه، ۱۴۰۳، ص. ۱۲۴). وکیل، در نقش مدیر

تدوین، باید معمار این جامعیت باشد و اطمینان حاصل کند که توافق‌نامه، همچون مرهمی کارآمد، بر تمامی زخم‌های پیدا و پنهان آسیب، نهاده می‌شود. این جامعیت، مستلزم توجه به نکات زیر است:

نخست، فراتررفتن از جبران مالی است. توافق‌نامه نباید به ساده‌انگاریِ جبرانِ صرفاً مالی محدود شود، بلکه باید بسته به ماهیت جرم و نیازهای بزه‌دیده، طیف گسترده‌ای از تعهدات ترمیمی را در بر گیرد. این تعهدات می‌تواند شامل عذرخواهی رسمی و مشخص (کتبی یا شفاهی در جمعی خاص)، بازگرداندن یا ترمیم مال مسروقه/آسیب‌دیده، انجام خدمات عام‌المنفعهٔ مرتبط (مثلاً فردی که باعث تخریب محیط‌زیست شده، در پاکسازی آن مشارکت کند)، تعهد به شرکت در دوره‌های آموزشی یا درمانی (مانند کنترل خشم یا ترک اعتیاد)، ارائهٔ توضیح در مورد چرایی وقوع جرم (در صورت تمایل بزه‌دیده)، و اتخاذ تدابیری برای پیشگیری از تکرار جرم باشد. تنوع و خلاقیت در انتخاب تعهدات، نشان‌دهندهٔ درک عمیق وکیل از ابعاد گوناگون آسیب و تلاش برای ترمیم همه‌جانبهٔ آن است.

دوم، پوشش آسیب‌های عاطفی و روانی است. در صورت امکان و تناسب، توافق‌نامه می‌تواند به نیازهای عاطفی و روانی بزه‌دیده نیز توجه کند، هرچند سنجش و جبران این آسیب‌ها دشوارتر است. گاهی صرفِ شنیده‌شدن درد و رنج بزه‌دیده، تأییدشدن آسیب و دریافت عذرخواهی صادقانه، بخش مهمی از فرایند ترمیم روانی است. سکوت در قبال زخم‌های روح، درمانی به همراه نخواهد داشت. توافق‌نامهٔ ترمیمی باید فضایی برای بیان و التیام این زخم‌ها نیز فراهم سازد.

سوم، توجه به آسیب‌های اجتماعی و رابطه‌ای است. جرم می‌تواند روابط فردی و اعتماد اجتماعی را به‌شدت خدشه‌دار کند. توافق‌نامه می‌تواند شامل اقداماتی برای بازسازی این روابط (در صورت تمایل طرفین) یا ترمیم آسیب به جامعه (از طریق خدمات عمومی یا مشارکت در برنامه‌های اجتماعی) باشد. ترمیم روابط و اعتماد اجتماعی، بنیان جامعه‌ای سالم و پایدار است و توافق‌نامهٔ ترمیمی می‌تواند در این مسیر نقش‌آفرین باشد.

چهارم، بررسی نیازهای بلندمدت است. گاهی آسیب‌های جرم، پیامدهای بلندمدتی دارند (مانند ناتوانی جسمی، مشکلات شغلی، ترس مزمن). توافق‌نامه می‌تواند در حد امکان، به این نیازهای بلندمدت نیز توجه کرده و سازوکارهایی برای حمایت مستمر (مثلاً پوشش هزینه‌های درمانی آتی) پیش‌بینی کند. عدالت ترمیمی نگاهی به آینده دارد و تلاش می‌کند تا بزه‌دیده را در مسیر بهبودی و بازگشت به زندگی عادی همراهی نماید.

با توجه به این ابعاد، وکیل می‌تواند توافق‌نامه‌ای جامع، همه‌جانبه و اثربخش تدوین کند که نه‌تنها به جبران خسارت و التیام آسیب‌های بزه‌دیده بپردازد، بلکه زمینه را برای بازسازی روابط اجتماعی، پیشگیری از تکرار جرم و تحقق عدالت به‌معنای واقعی کلمه فراهم سازد.

۳ـ۴. اعتباربخشی و رسمیت‌دهی به فرایند و نتایج

تدوین توافق‌نامهٔ رسمی، به فرایند عدالت ترمیمی وزن، جدیت و اعتبار می‌بخشد و آن را از گفتگویی غیررسمی متمایز می‌کند (اردمه، ۱۴۰۳، ص. ۱۲۶). این رسمیت، ضمانت اجرای تعهدات را تقویت می‌کند. وکیل به‌عنوان مدیر تدوین، با اقدامات زیر به این اعتباربخشی یاری می‌رساند:

نخست، کاربست ساختار و زبان رسمی. نگارش توافق‌نامه در قالب استاندارد، با شماره‌گذاری، ذکر مشخصات طرفین و موضوع، و استفاده از زبان حقوقی مناسب (در عین سهولت فهم)، به سند رسمیت می‌دهد. این زبان رسمی، زبانی دقیق، واضح و تعهدآور است که به توافق‌نامه هویت حقوقی می‌بخشد و آن را به سندی قابل استناد تبدیل می‌کند. رسمیت، جدیت فرایند و تعهدات را تقویت می‌کند.

دوم، ثبت دقیق توافقات. وکیل اطمینان می‌یابد که تمامی نکات مورد توافق طرفین، بدون کم‌وکاست در سند نهایی منعکس شود. ابهام یا تناقض، اجرا را دشوار می‌سازد و اعتبار فرایند را خدشه‌دار می‌کند. بازخوانی مکرر متن، پرسش و پاسخ شفاف‌کننده و تأکید بر درک مشترک، از سوءتفاهم جلوگیری و سندی محکم و روشن فراهم می‌کند.

سوم، سازماندهی امضا. مدیریت جلسهٔ امضا، اطمینان از حضور امضاکنندگان لازم و تأیید هویت آن‌ها، به رسمیت و اعتبار سند می‌افزاید. مراسم امضا، آیینی نمادین برای تأکید بر اهمیت و الزام‌آوربودن توافق است. حضور وکیل به‌عنوان شخصیت حقوقی بی‌طرف، اعتبار فرایند را تضمین می‌کند.

در مجموع، وکیل با دانش حقوقی و مهارت‌های مدیریتی، نقش محوری در تدوین توافق‌نامه‌ای مستحکم، قابل اتکا و منصفانه ایفا می‌کند که به تحقق اهداف عدالت ترمیمی یاری می‌رساند.

۴. نقش نظارتی و مداخلهٔ فعال در مرحلهٔ اجرای توافق‌نامه‌های ترمیمی

امضای توافق‌نامهٔ ترمیمی، پایان راه نیست، بلکه آغاز مرحلهٔ حساس اجرا است. موفقیت نهایی فرایند ترمیمی در گرو آن است که تعهدات پذیرفته‌شده در توافق‌نامه، در عالم واقع نیز به‌درستی و به‌طور کامل محقق شوند. وکیل دادگستری در این مرحله می‌تواند نقشی حیاتی به‌عنوان ناظر[1] و تسهیل‌گر اجرا[2] ایفا کند تا اطمینان حاصل شود که قطار ترمیم، در ریل توافق‌نامه باقی مانده و به مقصد نهایی خود (تحقق ترمیم) می‌رسد (اردمه، ۱۴۰۳، ص. ۱۲۹). این نقش نظارتی و مداخله‌ای، ابعاد مختلفی دارد:

۴ـ۱. تفسیر و شفاف‌سازی مفاد توافق‌نامه در حین اجرا

حتی دقیق‌ترین توافق‌نامه‌ها نیز ممکن است در میدان عمل، با ابهاماتی در تفسیر مفاد خود روبه‌رو شوند. وکیل، به‌واسطهٔ اشراف بر متن و بستر شکل‌گیری توافق، نقشی کلیدی در رفع این ابهامات و تضمین اجرای صحیح آن ایفا می‌کند:

نخست، تفسیر بی‌طرفانه؛ در هنگامهٔ بروز اختلاف در برداشت مفاد، وکیل، به‌ویژه اگر جایگاه بی‌طرفانه‌ای چون تسهیل‌گر داشته باشد، همچون مفسری امین، با مراجعه به سیاق عبارات توافق‌نامه، یادداشت‌های فرایند و روح حاکم بر گفتگوها، تفسیری منصفانه و هم‌سو با قصد اولیهٔ طرفین ارائه می‌دهد. این تفسیر، مانع از توقف اجرا در پیچ‌وخم اختلاف‌نظرها می‌شود (حسینی چادگانی، ۱۳۹۳، ص. ۲۱).

1. Monitor
2. Implementation Facilitator

دوم، شفاف‌سازی تعهدات؛ چنانچه در جزئیات اجرایی تعهدی (مانند کیفیت خدمت یا زمان پرداخت) ابهامی وجود داشته باشد، وکیل با تبیین دقیق و روشن مفاد، از تبدیل ابهام به مناقشه پیشگیری می‌کند. این شفاف‌سازی، مسیر اجرا را هموار و از تنش‌های احتمالی جلوگیری می‌کند (شیری، ۱۳۹۶، ص. ۳۴۵).

در مجموع، وکیل با تکیه بر دانش حقوقی و مهارت‌های ارتباطی، همچون چراغی فراروی اجرای توافق‌نامه، مسیر را روشن و از انحراف فرایند جلوگیری می‌کند. تفسیر و شفاف‌سازی مفاد توافق‌نامه توسط وکیل، ضمانتی برای اجرای صحیح و موفقیت‌آمیز عدالت ترمیمی است.

۴ـ۲. تسهیل فرایند اجرا و ایجاد سازوکارهای عملی

گاه، اجرای تعهدات ترمیمی، تنها با حسن‌نیت طرفین کافی نیست و نیازمند تدابیر عملی، رفع موانع اجرایی و ایجاد سازوکارهای کارآمد است (اردمه، ۱۴۰۳، ص. ۱۲۹). وکیل، با بهره‌گیری از دانش، تجربه و شبکهٔ ارتباطی خود، می‌تواند نقشی محوری در تسهیل این مرحله ایفا کند:

نخست، ایجاد ارتباط و هماهنگی؛ تعهدات ترمیمی اغلب مستلزم تعامل با افراد و نهادهای ثالث است (ایوون دندوراند فریزولی، ۱۳۹۰، ص. ۷۲). برای مثال، انجام خدمات عمومی در سازمان خاص، شرکت در دوره‌های آموزشی یا ملاقات با متخصصان (مانند مشاور یا مددکار اجتماعی). وکیل، با بهره‌گیری از شبکهٔ ارتباطی خود و مهارت‌های مذاکره، زمینهٔ این تعاملات را فراهم می‌کند. او می‌تواند مقدمات برقراری ارتباط اولیه با سازمان‌ها یا افراد مربوطه را فراهم کند، در هماهنگی قرار ملاقات یا ثبت‌نام در دوره‌ها یاری رساند و اطلاعات و مدارک لازم را تبادل نماید. همچنین، در مواردی که اجرای تعهدات نیازمند طی مراحل اداری خاص باشد (مانند پرداخت خسارت از طریق سازوکارهای بیمه یا حمایت قضایی)، وکیل با آگاهی از رویه‌ها و مقررات مربوطه، راهنمایی‌های لازم را به‌طرفین ارائه داده و به رفع موانع بوروکراتیک کمک می‌کند. این اقدامات وکیل، مسیر اجرا را هموارتر و از سردرگمی و تأخیر جلوگیری می‌کند.

دوم، یافتن راه‌حل برای موانع اجرایی؛ در مسیر اجرا، ممکن است موانع پیش‌بینی‌نشده‌ای ظاهر شوند (مانند مشکلات مالی ناگهانی، بیماری، محدودیت‌های اجتماعی یا مخالفت خانواده). در این شرایط، وکیل با رویکردی انعطاف‌پذیر و مسئله‌محور، به‌طرفین یاری می‌رساند تا با همفکری، راه‌حل‌های جایگزین و منصفانه‌ای بیابند که ضمن رفع مانع، روح ترمیمی توافق را نیز حفظ کند. برای مثال، اگر بدهکار مالی به‌دلیل ازدست‌دادن شغل قادر به پرداخت اقساط در موعد مقرر نباشد، وکیل می‌تواند با میانجی‌گری بین طرفین، زمینهٔ تعدیل توافق‌نامه را فراهم کند (مثلاً تمدید مهلت پرداخت، کاهش مبلغ اقساط یا جایگزینی بخشی از تعهد مالی با تعهد غیرمالی). یا اگر انجام خدمت عمومی به‌دلیل محدودیت جسمی یا مخالفت سازمان مربوطه ممکن نباشد، وکیل می‌تواند پیشنهاد خدمت در حوزهٔ دیگر یا تغییر نوع تعهد را مطرح کند. این‌گونه راه‌حل‌های خلاقانه و انعطاف‌پذیر، از بن‌بست در اجرا جلوگیری کرده و تداوم فرایند ترمیمی را تضمین می‌نماید.

سوم، پیشنهاد سازوکارهای عملی؛ وکیل می‌تواند با پیش‌بینی چالش‌های احتمالی اجرا، به‌طرفین پیشنهاد سازوکارهای عملی و پیشگیرانه‌ای ارائه دهد که اجرا را سازمان‌یافته‌تر، شفاف‌تر و قابل نظارت‌تر سازد. برای مثال،

در مورد تعهد انجام خدمات عمومی، وکیل می‌تواند پیشنهاد تعیین فردی معتمد از میان اعضای جامعهٔ محلی یا داوطلبان برای نظارت بر انجام خدمت و ارائهٔ گزارش پیشرفت به‌طرفین را مطرح کند (اردمه، ۱۴۰۳، ص. ۱۳۰).

در مجموع، وکیل با اقدامات تسهیل‌گرانهٔ خود در مرحلهٔ اجرا، همچون مهندسی ماهر، زمینهٔ تحقق عملی توافق‌نامهٔ ترمیمی را فراهم آورده و از تبدیل توافق به سندی بی‌اثر جلوگیری می‌کند. تلاش‌های وکیل در این مرحله، ضمانتی برای به ثمر رسیدن فرایند عدالت ترمیمی و تحقق اهداف اصلی آن است.

۴ـ۳. نظارت بر حسن اجرای توافق‌نامه و پیگیری تعهدات

نظارت فعال و مستمر وکیل بر روند اجرای توافق‌نامه، نقشی اساسی در اثربخشی عدالت ترمیمی ایفا می‌کند. این نظارت، در واقع تضمینی است بر اینکه توافقات حاصله، صرفاً بر روی کاغذ باقی نمانده و به مرحلهٔ عمل درآیند (ایوون دندوراند فریزولی، ۱۳۹۰، ص. ۷۷). این نظارت می‌تواند ابعاد گوناگونی داشته باشد؛ از جمله پیگیری منظم وضعیت اجرا از طرفین در فواصل زمانی مشخص، که می‌تواند از طریق تماس تلفنی، ایمیل یا جلسات حضوری صورت پذیرد. همچنین، در مواردی که اجرای تعهدات مستلزم ارائهٔ مستندات باشد، وکیل می‌تواند مسئولیت دریافت، بررسی و تأیید این مدارک را بر عهده گیرد تا از انجام واقعی تعهدات اطمینان حاصل شود. این نظارت فعال، امکان شناسایی سریع موارد عدم پایبندی، تأخیر یا نقص در اجرا را فراهم می‌آورد و به وکیل این فرصت را می‌دهد تا به‌موقع مداخله نماید. در صورت بروز مشکل، نخستین گام وکیل، گفت‌وگو با طرفین و تلاش برای درک علت عدم اجرا و یافتن راه‌حل‌های مسالمت‌آمیز است. بدیهی است که در تمامی این مراحل، رعایت انصاف، اصول اخلاقی و حرفه‌ای از سوی وکیل، امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر است.

۴ـ۴. مستندسازی فرایند اجرا و نتایج

علاوه بر نظارت فعال و مستمر وکیل بر روند اجرای توافق‌نامه، مستندسازی دقیق و کامل فرایند اجرا و نتایج حاصله از اهمیت بسزایی برخوردار است. این مستندسازی، نه‌تنها به ارزیابی میزان موفقیت فرایند عدالت ترمیمی کمک می‌کند، بلکه سابقهٔ ارزشمندی را برای ارجاع‌های آتی و بهبود برنامه‌های مشابه فراهم می‌سازد (اردمه، ۱۴۰۳، ص. ۱۳۲).

در این راستا، وکیل می‌تواند نقش مهمی ایفا کند؛ از جمله نگهداری منظم و دقیق سوابق مربوط به تمامی مراحل اجرا، شامل ثبت تاریخ اقدامات انجام‌شده، جزئیات تعاملات صورت‌گرفته، مستندات و مدارک مبادله‌شده، و همچنین هرگونه مورد نقض تعهدات احتمالی و نحوهٔ رسیدگی و حل‌وفصل آن‌ها. این سوابق جامع، همچون آرشیو امانت‌داری، تمامی مراحل پیموده‌شده را ثبت و ضبط می‌کند. به‌علاوه، وکیل می‌تواند با تجمیع این سوابق، نسبت به تهیهٔ گزارش نهایی جامعی اقدام نماید. این گزارش، که پس از اتمام دورهٔ توافق‌نامه یا در مقاطع زمانی مشخص تهیه می‌شود، باید تصویر روشنی از روند پیشرفت، میزان تحقق تعهدات، چالش‌های احتمالی و نتایج نهایی فرایند ارائه دهد. بدین ترتیب، وکیل با اهتمام به مستندسازی دقیق فرایند اجرا، نه‌تنها به شفافیت و پاسخ‌گویی فرایند کمک می‌کند، بلکه به غنای دانش و تجربه در حوزهٔ عدالت ترمیمی نیز یاری

رسانده و گامی مؤثر در جهت ارتقای کیفیت و کارآمدی این رویکرد نوین برمی‌دارد. این مستندات، در نهایت، چون نقشه‌ای راهنما، مسیر آیندهٔ عدالت ترمیمی را هموار می‌سازند.

نتیجه‌گیری

تحلیل نقش‌های عملیاتی وکلای دادگستری در فرایندهای اجرایی عدالت ترمیمی، آن‌چنان که در این پژوهش تبیین گردید، آشکار می‌سازد که این کنشگران حقوقی، ظرفیتی استراتژیک و تحول‌آفرین در گذار از پارادایم سنتی عدالت کیفری به‌سوی رویکردی ترمیمی‌محور در نظام حقوقی ایران دارا هستند. یافته‌های تحقیق، فراتر از شناسایی صرف، نشان‌دهندهٔ ضرورت تفکیک‌ناپذیر حضور و مشارکت فعال وکلا برای عملیاتی‌سازی و تضمین اثربخشی فرایندهای ترمیمی است.

استنتاج کلیدی نخست آن است که چهار نقش عملیاتی شناسایی‌شده ــ تسهیل‌گری و میانجی‌گری، نمایندگی و مشاورهٔ حقوقیِ ترمیمی‌محور، مدیریت تدوین توافق‌نامه‌های ترمیمی، و نظارت و حمایت در اجرای توافق‌نامه‌ها ــ صرفاً وظایف مجزا نیستند، بلکه اجزای یک سیستم به هم پیوسته را تشکیل می‌دهند که در کنار یکدیگر، به تحقق اهداف چندگانهٔ عدالت ترمیمی (ترمیم آسیب، مسئولیت‌پذیری، بازسازی روابط، پیشگیری از تکرار جرم) یاری می‌رسانند. نقش تسهیل‌گری، بستر ارتباطی و اعتمادساز را فراهم می‌کند؛ نقش نمایندگی و مشاوره، توازن قدرت و تضمین حقوق طرفین را در چارچوبی غیرتقابلی ممکن می‌سازد؛ نقش مدیریتی در تدوین توافق، دستاوردهای فرایند را به تعهداتی ملموس، قانونی و منصفانه تبدیل می‌کند؛ و نقش نظارتی و حمایتی، پایداری و تحقق عملی این تعهدات را تضمین می‌نماید. فقدان یا ضعف هر یک از این نقش‌ها می‌تواند کل فرایند ترمیمی را بی‌اثر یا حتی آسیب‌زا کند.

استنتاج دوم، بر ضرورت بازتعریف بنیادین هویت حرفه‌ای وکیل در این عرصه تأکید دارد. وکیل در عدالت ترمیمی، دیگر صرفاً «مدافع» منافع یک‌جانبه در یک بازی مجموع-صفر نیست، بلکه به «معمار ترمیم» یا «مهندس حل اختلاف سازنده» بدل می‌شود. این تحول، مستلزم گذار از ذهنیت تقابلی به ذهنیت ترمیمی و تجهیز به مجموعه‌ای از صلاحیت‌های میان‌رشته‌ای است که دانش حقوقی سنتی را با مهارت‌های پیشرفتهٔ ارتباطی، میانجی‌گری، روان‌شناختی (درک دینامیک آسیب و ترمیم) و مدیریت فرایند پیوند می‌زند. این امر، چالشی اساسی اما ضروری برای نهاد وکالت و نظام آموزش حقوقی کشور است.

استنتاج سوم، به‌جایگاه نهادی و ساختاری این نقش‌ها در سیاست جنایی ایران بازمی‌گردد. اگرچه قوانین موجود ظرفیت‌هایی را ایجاد کرده‌اند، اما برای فعال‌سازی کامل پتانسیل وکلا، نیاز به اقدامات تکمیلی تقنینی، قضایی و صنفی احساس می‌شود. این اقدامات باید شامل موارد زیر باشد:

- تدوین پروتکل‌های اجرایی شفاف: مشخص کردن دقیق نحوهٔ ارجاع پرونده‌ها به فرایندهای ترمیمی با مشارکت وکلا، تعریف حدود وظایف و اختیارات وکیل در هر نقش، و تعیین سازوکارهای نظارت بر عملکرد.

- ایجاد سازوکارهای تشویقی: تعریف نظام تعرفه و حق‌الوکالهٔ متناسب با نقش‌های ترمیمی وکلا، به‌گونه‌ای که مشارکت در این فرایندها را از نظر حرفه‌ای جذاب نماید.
- توسعهٔ آموزش‌های تخصصی مستمر: گنجاندن واحدهای نظری مرتبط با عدالت ترمیمی و مهارت‌های آن در دورهٔ کارآموزی وکالت و ارائهٔ دوره‌های بازآموزی تخصصی توسط کانون‌های وکلا و مرکز وکلا، کارشناسان رسمی و مشاوران خانوادهٔ قوهٔ قضائیه با همکاری مراکز علمی.
- ترویج فرهنگ حقوقی ترمیمی: تلاش برای تغییر نگرش قضات، وکلا و عموم جامعه نسبت به قابلیت‌ها و مزایای عدالت ترمیمی و نقش سازندهٔ وکلا در آن.

در نهایت، این پژوهش استدلال می‌کند که سرمایه‌گذاری بر توسعهٔ نقش‌های عملیاتی وکلای دادگستری در فرایندهای اجرایی عدالت ترمیمی، نه‌تنها یک انتخاب، بلکه یک ضرورت استراتژیک برای پاسخ‌گویی به ناکارآمدی‌های نظام عدالت کیفری سنتی و حرکت به‌سوی نظام قضایی انسانی‌تر، کارآمدتر و عادلانه‌تر در ایران است. ادغام مؤثر تخصص حقوقی و مهارت‌های ترمیمی وکلا می‌تواند به‌شکل قابل‌توجهی به کاهش حجم پرونده‌های قضایی، افزایش رضایتمندی بزه‌دیدگان، تسهیل بازگشت بزهکاران به جامعه و در نهایت، تقویت همبستگی و سلامت اجتماعی منجر گردد. آیندهٔ عدالت ترمیمی در ایران، تا حد زیادی به میزان آمادگی و توانایی نظام حقوقی کشور برای بازشناسی و بهره‌گیری از این ظرفیت عظیم حرفهٔ وکالت بستگی خواهد داشت.

منابع

اردمه، ابوالفضل. (۱۴۰۳). نقش وکلای دادگستری در تحقّق، توسعه و اجرای گفتمان عدالت ترمیمی و جایگاه آن در سیاست جنایی ایران (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد.

امامقلی‌زاده گاون، وحید. (۱۴۰۰). بررسی نقش وکیل در فرآیند دادرسی کیفری با تأکید بر سیاست جنایی. در سومین کنفرانس بین‌المللی فقه و حقوق، روانشناسی و علوم تربیتی در ایران و جهان اسلام.

حسینی چادگانی، سیده سارا. (۱۳۹۳). نقش وکیل در فرآیند سازشی- ترمیمی/ توافقی. در اولین همایش ملی وکالت، اخلاق، فقه و حقوق.

دندوراند فریزولی، ایوون و گریفیتز، کورت تی. (۱۳۹۰). کتاب راهنمای برنامه‌های عدالت ترمیمی (ترجمه عزیزالله سمیعی، چاپ اول). تهران: انتشارات صندوق کودکان سازمان ملل متحد.

دهخدا، علی‌اکبر. (۱۳۴۷). لغت‌نامه (زیر نظر محمد معین). تهران: شرکت چاپ.

زندی، روح‌الله. (۱۳۸۸). جایگاه دادرسی ترمیمی در حقوق کیفری ایران (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران.

زهر، هوارد. (۱۳۸۳). کتاب کوچک عدالت ترمیمی (ترجمه حسین غلامی، چاپ اول). تهران: مجد.

شیری، عباس. (۱۳۸۵). فرایندهای عدالت ترمیمی. مطالعات پیشگیری از جرم، (۱).

شیری، عباس. (۱۳۹۶). عدالت ترمیمی. تهران: میزان.

عباسی، مصطفی. (۱۳۸۲). افق‌های نوین عدالت ترمیمی در میانجی‌گری کیفری (چاپ اول). تهران: دانشور.

غلامی، حسین. (۱۳۸۵). عدالت ترمیمی (چاپ اول). تهران: سمت.

فرجیها، محمد. (۱۳۹۵). دانش‌نامه عدالت ترمیمی (مجموعه مقاله‌های همایش بین‌المللی عدالت ترمیمی و پیشگیری از جرم). تهران: میزان.

فروزش، روح‌الله. (۱۳۸۵). جایگاه عدالت ترمیمی در فقه اسلامی و حقوق ایران. تهران: خرسندی.

فرهمند، مجتبی. (۱۳۹۶). جلوه‌های عدالت ترمیمی در حقوق کیفری ایران (چاپ اول). تهران: میزان.

قانون آیین دادرسی کیفری. (۱۳۹۲). روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران.

قانون مجازات اسلامی. (۱۳۹۲). روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران.

گرشاسبی، اصغر. (۱۳۸۸). هنر و فن میانجی‌گری (چاپ اول). تهران: مهاجر.

نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین. (۱۳۸۲). از عدالت کیفری کلاسیک تا عدالت ترمیمی. مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۲(۹ و ۱۰).

References

Ardamah, Abū al-Faḍl. (1403 SH [2024/2025 CE]). *Naqsh-i vukalā-yi dādgustarī dar taḥaqquq, tawsiʿah va ijrā-yi guftimān-i ʿadālat-i tarmīmī va jāygāh-i ān dar siyāsat-i jināʾī-yi Īrān* [The role of attorneys at law in the realization, development, and implementation of restorative justice discourse and its place in Iranian criminal policy] (Master's thesis in criminal law and criminology). Dānishgāh-i ʿUlūm-i Islāmī-yi Raḍavī, Mashhad. (in Persian)

Imām-Qulī-Zādah Gāvan, Vaḥīd. (1400 SH [2021/2022 CE]). Barrasī-yi naqsh-i vakīl dar farāyand-i dādrasī-yi kayfarī bā taʾkīd bar siyāsat-i jināʾī [An examination of the

role of the lawyer in criminal proceedings with an emphasis on criminal policy]. In *Sivvumīn Kūnfarāns-i Bayn al-Milalī-yi Fiqh va Ḥuqūq, Ravān-shināsī va ʿUlūm-i Tarbiyatī dar Īrān va Jahān-i Islām*. (in Persian)

Dandurand, Yvon, & Curt T. Griffiths [Dāndūrānd Farīzūlī, Īvūn, & Kūrt Tī Girīfīts]. (1390 SH [2011/2012 CE]). *Kitāb-i rāhnamā-yi barnāmah-hā-yi ʿadālat-i tarmīmī* [Handbook on restorative justice programmes] (ʿA. Samīʿī, Trans.; 1st ed.). Tehran: Intishārāt-i Ṣandūq-i Kūdakān-i Sāzmān-i Milal-i Muttaḥid [UNICEF]. (in Persian)

Dihkhudā, ʿAlī-Akbar. (1347 SH [1968/1969 CE]). *Lughat-nāmah* [Dictionary] (M. Muʿīn, Ed.). Tehran: Shirkat-i Chāp. (in Persian)

Ḥusaynī Chādagānī, Sayyidah Sārā. (1393 SH [2014/2015 CE]). Naqsh-i vakīl dar farāyand-i sāzishī-tarmīmī/tavāfuqī [The role of the lawyer in the conciliation-restorative/consensual process]. In *Avvalīn Hamāyish-i Millī-yi Vikālat, Akhlāq, Fiqh va Ḥuqūq*. (in Persian)

Zandī, Rūḥ Allāh. (1388 SH [2009/2010 CE]). *Jāygāh-i dādrasī-yi tarmīmī dar ḥuqūq-i kayfarī-yi Īrān* [The position of restorative justice proceedings in Iranian criminal law] (Master's thesis in criminal law and criminology). Dānishkadah-ʾi Ḥuqūq-i Dānishgāh-i Shahīd Bihishtī, Tehran. (in Persian)

Zehr, Howard [Zahr, Hūvārd]. (1383 SH [2004/2005 CE]). *Kitāb-i kūchak-i ʿadālat-i tarmīmī* [The little book of restorative justice] (Ḥ. Ghulāmī, Trans.; 1st ed.). Tehran: Majd. (in Persian)

Shīrī, ʿAbbās. (1385 SH [2006/2007 CE]). Farāyand-hā-yi ʿadālat-i tarmīmī [Processes of restorative justice]. *Muṭālaʿāt-i Pīshgīrī az Jurm*, (1). (in Persian)

Shīrī, ʿAbbās. (1396 SH [2017/2018 CE]). *ʿAdālat-i tarmīmī* [Restorative justice]. Tehran: Mīzān. (in Persian)

ʿAbbāsī, Muṣṭafá. (1382 SH [2003/2004 CE]). *Ufuq-hā-yi nuvīn-i ʿadālat-i tarmīmī dar miyānjīgarī-yi kayfarī* [New horizons of restorative justice in penal mediation] (1st ed.). Tehran: Dānishvar. (in Persian)

Ghulāmī, Ḥusayn. (1385 SH [2006/2007 CE]). *ʿAdālat-i tarmīmī* [Restorative justice] (1st ed.). Tehran: SAMT. (in Persian)

Farajīhā, Muḥammad. (1395 SH [2016/2017 CE]). *Dānishnāmah-ʾi ʿadālat-i tarmīmī* [Encyclopedia of restorative justice: Proceedings of the international conference on restorative justice and crime prevention]. Tehran: Mīzān. (in Persian)

Furūzish, Rūḥ Allāh. (1385 SH [2006/2007 CE]). *Jāygāh-i ʿadālat-i tarmīmī dar fiqh-i Islāmī va ḥuqūq-i Īrān* [The position of restorative justice in Islamic jurisprudence and Iranian law]. Tehran: Khursandī. (in Persian)

Farahmand, Mujtabá. (1396 SH [2017/2018 CE]). *Jilvah-hā-yi ʿadālat-i tarmīmī dar ḥuqūq-i kayfarī-yi Īrān* [Manifestations of restorative justice in Iranian criminal law] (1st ed.). Tehran: Mīzān. (in Persian)

Qānūn-i Āyīn-i Dādrasī-yi Kayfarī [Code of Criminal Procedure]. (1392 SH [2013/2014 CE]). Official Gazette of the Islamic Republic of Iran. (In Persian)

Qānūn-i Mujāzāt-i Islāmī [Islamic Penal Code]. (1392 SH [2013/2014 CE]). Official Gazette of the Islamic Republic of Iran. (In Persian)

Garshāsbī, Aṣghar. (1388 SH [2009/2010 CE]). *Hunar va fann-i miyānjīgarī* [The art and technique of mediation] (1st ed.). Tehran: Muhājir. (in Persian)

Najafī Abrandābādī, ʿAlī-Ḥusayn. (1382 SH [2003/2004 CE]). Az ʿadālat-i kayfarī-yi kilāsīk tā ʿadālat-i tarmīmī [From classical criminal justice to restorative justice]. *Majallah-ʾi Takhaṣṣuṣī-yi Dānishgāh-i ʿUlūm-i Islāmī-yi Raḍavī*, 2(9–10). (in Persian)

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

A Critical Examination of the Fiqhi Foundations of Article 189 of the Islamic Penal Code

Faramarz Fakhremaani[1], Morteza Rahimi[2]

1. PhD Student in Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Shiraz University, Shiraz, Iran. Email: faramarz.fakhremaani@hafez.shirazu.ac.ir
2. *Corresponding Author*, Associate Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Shiraz University, Shiraz, Iran. Email: mrahimi@shirazu.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received
06 August 2024
Received in revised form
03 September 2024
Accepted
09 October 2024
Available online
22 June 2026

Keywords:
exclusive ḥudūd,
mixed ḥudūd,
private rights,
testimony upon testimony

ABSTRACT

Article 189 of the Islamic Penal Code explicitly provides that offenses punishable by ḥadd or taʿzīr may not be proved by testimony upon testimony. The provision clearly reflects the well-known Imami view, which also excludes secondary testimony in certain mixed ḥudūd such as qadhf and theft. Imami jurists nevertheless agree that purely divine rights are not established by testimony upon testimony, whereas purely private rights may be so established. Because the competing positions have materially different legal effects, this article asks which ḥudūd and taʿzīr offenses as such may properly be proved through secondary testimony. Employing a descriptive-analytical and ijtihād-based method, it critically and carefully assesses the arguments for categorical exclusion and categorical acceptance. The study concludes that testimony upon testimony should therefore be accepted wherever the matter falls within private rights, whether the claim concerns the private-right component of a mixed ḥadd or a taʿzīr arising from violation of an individual right. It should remain firmly excluded for purely divine ḥudūd. Article 189 should therefore be amended accordingly to replace its undifferentiated prohibition with a rights-based distinction.

Cite this article: Fakhremaani, F., & Rahimi, M. (2026). A critical examination of the fiqhi foundations of Article 189 of the Islamic Penal Code. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, *20*(1), 263-286. https://doi.org/10.22034/fvh.2025.19173.2008

© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: https://doi.org/10.22034/fvh.2025.19173.2008

Introduction

Testimony upon testimony, sometimes called secondary testimony, occurs when a witness reports before the court the testimony previously given to that witness by an original witness. Articles 188 to 190 of the Islamic Penal Code recognize the device but Article 189 excludes it for all ḥadd and taʿzīr offenses while permitting it for qiṣāṣ, diya, and financial liability. The rule is uncontroversial for purely divine ḥudūd such as zinā and liwāṭ, but it becomes difficult in mixed offenses such as qadhf and theft and in taʿzīr offenses grounded in violations of private rights. The undifferentiated statutory formula may therefore suppress proof of rights that Imami jurisprudence otherwise protects.

Methodology

The research is descriptive-analytical, library-based, and juristic in orientation. It reconstructs the principal Imami positions, examines the reports and claimed consensuses on which they rely, and evaluates arguments drawn from the principle of darʾ, the lenient construction of ḥudūd, general evidentiary reports, and the distinction between divine and private rights. The statutory rule is then assessed against the resulting fiqhi classification.

Literature Review

Classical works discuss secondary testimony mainly within the law of evidence and often address mixed ḥudūd only incidentally. Modern writing usually repeats either the famous categorical exclusion or the statutory wording without isolating the private-right component of the dispute. Some jurists accept secondary testimony in qadhf or theft, while others assimilate every ḥadd and even every taʿzīr to a purely divine sanction. The literature has thus not produced a sufficiently precise criterion for legislation.

Findings

The presumption in favor of admissibility is supported by general evidentiary principles and by reports recognizing testimony upon testimony. Exclusion requires a specific and persuasive proof. The arguments for excluding it from all ḥudūd do not justify extending the exception to the private-right dimensions of mixed offenses. Conversely, the arguments for unrestricted acceptance cannot overcome the special caution governing purely divine ḥudūd. A coherent solution is therefore rights-based: secondary testimony is admissible for every claim whose legally protected substance belongs to persons, including the private component of qadhf, theft-related claims, and taʿzīr offenses based on injury to private rights.

Discussion

The proposed distinction separates proof of a private entitlement from imposition of a divine sanction. In a mixed offense, the same facts may generate

different legal consequences, and the evidence admissible for one consequence need not automatically establish the other. Courts can therefore accept testimony upon testimony to vindicate the claimant's private right while retaining stricter proof for the exclusively divine component. This approach better reflects the composite nature of mixed ḥudūd and avoids sacrificing individual rights to an overbroad evidentiary exception.

Conclusion

Article 189 is too categorical. Testimony upon testimony should remain inadmissible in purely divine ḥudūd, but it should be admissible wherever the subject matter is a private right, including private-right components of mixed ḥudūd and taʿzīr offenses arising from violation of individual rights. The legislature should amend the provision or add an express exception adopting this criterion. Such a reform would preserve the caution demanded in divine sanctions while aligning positive law with the evidentiary protection of private rights in Imami fiqh.

Declarations

Author Contributions: Faramarz Fakhremaani collected and analyzed the sources and prepared the initial draft. Morteza Rahimi supervised the research, critically reviewed the arguments, and revised the final text.

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 of Generative AI and AI-assisted Technologies: The authors declared that no artificial intelligence was used in the writing process.

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

واکاوی انتقادی مبانی فقهی مادۀ ۱۸۹ قانون مجازات اسلامی

فرامرز فخرمعانی[۱]، مرتضی رحیمی[۲]

۱. دانشجوی دکتری، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران. رایانامه: faramarz.fakhremaani@hafez.shirazu.ac.ir
۲. *نویسندۀ مسئول*، دانشیار، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران. رایانامه: mrahimi@shirazu.ac.ir

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:
مقالۀ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۱۶
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۶/۱۳
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۱۸
تاریخ انتشار: ۱۴۰۵/۰۴/۰۱

کلیدواژه‌ها:
حدود مختص،
حدود مشترک،
حقوق الناس،
شهادت بر شهادت

چکیده

بر پایۀ مادۀ ۱۸۹ قانون مجازات اسلامی، جرایم موجب حد و تعزیر با شهادت بر شهادت اثبات نمی‌شود. مادۀ یادشده از نگاه مشهور امامیه ناشی شده است که برخی از حدود مشترک، همچون قذف و سرقت را با شهادت بر شهادت قابل اثبات نمی‌دانند. البته فقیهان امامیه اتفاق‌نظر دارند حقوق‌الله محض با شهادت بر شهادت ثابت نمی‌شوند و حقوق‌الناس محض با شهادت بر شهادت ثابت می‌شوند. نظر به آثار متفاوت دیدگاه مشهور و غیرمشهور، واکاوی مادۀ یادشده و مبانی فقهی مرتبط با آن ضرورت دارد. پرسش اصلی که پژوهش حاضر پاسخ آن را دنبال می‌کند، آن است که «چه حدود و تعزیراتی با شهادت بر شهادت اثبات می‌شوند؟» یافته‌های پژوهش حاکی از آن است که به‌سبب نقدهایی که به دلایل قائلان عدم پذیرش شهادت بر شهادت در مطلق حدود وارد است و همچنین، به‌دلیل ایراداتی که به دلایل قائلان پذیرش آن در مطلق حدود وارد است، شهادت بر شهادت در هرچه که در شمار حقوق‌الناس باشد، قابل پذیرش است؛ خواه متعلق شهادت حدود مشترک باشد، خواه تعزیرات مبتنی بر نقض حقوق مردم. این پژوهش با نگاهی انتقادی به دیدگاه مشهور و با روش توصیفی-تحلیلی، از گونۀ اجتهادی و مراجعۀ کتابخانه‌ای انجام شده است.

استناد: فخرمعانی، فرامرز؛ و رحیمی، مرتضی. (۱۴۰۵). واکاوی انتقادی مبانی فقهی مادۀ ۱۸۹ قانون مجازات اسلامی. مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ۲۰(۱)، ۲۶۳-۲۸۶. https://doi.org/10.22034/fvh.2025.19173.2008

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

مقدمه

به‌موجب مادهٔ ۱۸۹ ق.م.ا «جرائم موجب حد و تعزیر با شهادت بر شهادت اثبات نمی‌شود؛ لکن، قصاص، دیه و ضمان مالی با آن قابل اثبات است.» با توجه به مادهٔ مزبور جرایم موجب حد، همچون زنا و جرایم موجب تعزیر، همچون وطی بهایم با شهادت بر شهادت ثابت نمی‌شوند. منظور از شهادت بر شهادت آن است که کسی چیزی را در خارج شنیده است و در دادگاه آن را گواهی دهد (امامی، بی‌تا، ج. ۶، ص. ۲۰۲). از همین رو در ضمن مواد ۱۸۸، ۱۸۹ و ۱۹۰ ق.م.ا، شهادت بر شهادت از ادلهٔ اثبات دعوا به شمار آمده است؛ اما، مادهٔ ۱۸۹ ق.م.ا بر پایهٔ دیدگاه مشهور در میان فقیهان امامیه، جرایم موجب حد و تعزیر را با شهادت بر شهادت قابل اثبات ندانسته است.

در چگونگی دیدگاه امامیه دربارهٔ شهادت بر شهادت باید گفت، امامیه در پذیرش اصل دلیلیت شهادت بر شهادت اتفاق‌نظر دارند؛ اما، دربارهٔ شهادت بر شهادت در حدود و تعزیرات اختلاف‌نظر دارند. مشهور حدود و تعزیرات را با شهادت بر شهادت قابل اثبات نمی‌دانند (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۵، ص. ۴۰۵؛ گلپایگانی، ۱۴۰۵ق، ص. ۳۴۷؛ مؤمن، ۱۴۲۲ق، ص. ۶۸۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۱۹۱)؛ اما، برخی آن را در اثبات حدود مشترک همانند حد قذف پذیرفته‌اند (ابن‌حمزه، ۱۴۰۸ق، ص. ۲۳۳؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۱۶۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج. ۱۴، ص. ۲۷۰؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۸، ص. ۲۳۱؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج. ۱۲، ص. ۴۷۶).

حدود به اعتبار منشأ ناقض حق، به مختص و مشترک تقسیم‌پذیر هستند (سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج. ۲، ص. ۷۷۸). حدود مختص، حدودی مانند زنا و لواط هستند که تنها جنبهٔ حق‌اللهی دارند؛ اما، حدود مشترک حدودی چون قذف و سرقت هستند که افزون بر جنبهٔ حق‌اللهی، جنبهٔ حق‌الناسی نیز دارند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج. ۱، ص. ۵). لذا، خداوند و مردمان در ثبوت حق کیفر خاطی اشتراک دارند. پایهٔ این دسته‌بندی، پذیرش شهادت بر شهادت در حقوق‌الناس و دلیل خاص برای نپذیرفتن در حدود می‌باشد که همین امر موجب اختلاف دیدگاه فقیهان امامیه در پذیرش یا عدم پذیرش شهادت بر شهادت در حدود مشترک شده است.

برخی تعزیرات همانند تعزیر ناشی از وطی زوجین در روز ماه مبارک رمضان، جنبهٔ حق‌اللهی دارند (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص. ۵۷). شماری از فقیهان امامیه تعزیر را داخل در معنای عام حد در قاعدهٔ درء دانسته‌اند (بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج. ۱، ص. ۱۸۵) و برخی احکام را میان آن دو مشترک می‌دانند؛ این امر موجب آن شده که شهادت بر شهادت در همه یا برخی تعزیرات نیز مورد پذیرش قرار نگیرد که بسیاری از امامیه، به نیکی به این اختلاف اشاره نموده‌اند (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۱۵۸؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۱۹۲). هرچند حقیقتاً تعزیر در بسیاری موارد موضوعاً و حکماً از شمول ادلهٔ حد خارج است.

منشأ پیدایش اختلاف در پذیرش شهادت بر شهادت در حدود مشترک، حدود مشتمل بر حقّین همانند قذف است؛ زیرا، حقوق‌الناس با شهادت بر شهادت قابل اثبات هستند؛ اما، حقوق‌الله و از جمله برخی حدود نمی‌توانند با آن ثابت شوند. در پی آن، مشهور واژهٔ حد در دو خبر ضعیف (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج. ۳، ص. ۷۱؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج. ۶، ص. ۲۵۵) را شامل مطلق حد دانسته‌اند؛ اما، برخی این اطلاق را منصرف به حدودی غیر از قذف و سرقت دانسته‌اند (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۱۵۹؛ حلی سیوری، ۱۴۰۴ق، ج. ۴، ص. ۳۱۷).

در فرض دوران امر میان حق‌الله و حق‌الناس مراعات حقوق مردمان بر مراعات حقوق‌الله مقدم است و شارع در ظرف شریعت تنها حق خود را می‌تواند تخفیف بدهد؛ نه حق دیگران را.

با توجه به نتایج متفاوتی که پذیرش شهادت بر شهادت در همهٔ حدود و عدم پذیرش آن در برخی از حدود به دنبال دارد، پژوهش حاضر موجه و ضروری به نظر می‌رسد؛ زیرا، اگر هیچ‌یک از حدود با شهادت بر شهادت قابل اثبات نباشند، این امر فی‌الجمله موجب تضییع حق‌الناس می‌شود که با مذاق شارع سازگار نیست.

پرسش اصلی که پژوهش در پی پاسخ به آن می‌باشد، «چه حدود و تعزیراتی با شهادت بر شهادت اثبات می‌شوند؟» فرضیهٔ تحقیق آن است که برخلاف دیدگاه مشهور برخی از حدود، از جمله قذف و جز آن با شهادت بر شهادت قابل اثبات می‌باشند.

پژوهش پیش رو با واکاوی داده‌های فقهی و دیدگاه طرفین، در راستای جلوگیری از تضییع حقوق‌الناس، بر آن است تا دیدگاه سومی ارائه دهد که جمع میان هر دو دیدگاه باشد. چکیدهٔ دیدگاه سوم چنین است که شهادت بر شهادت در مطلق حقوق‌الناس یا آنچه در آن غلبه با حق ایشان باشد، پذیرفته می‌شود؛ خواه در حدود مشترک باشد، خواه در تعزیرات مبتنی بر نقض حقوق‌الناس؛ اما، در حدود مختص که مبتنی بر نقض حق‌الله می‌باشند، شهادت بر شهادت پذیرفته نیست.

دربارهٔ پیشینه باید گفت که مقالات چندی مرتبط با پژوهش وجود دارند. از جمله مقالهٔ بررسی نظریه مشهور در شهادت بر شهادت که نویسندگان ضمن نقد ادلهٔ شروط یک، دو، پنج، شش و هفت پیرامون پذیرش شهادت بر شهادت، از امکان پذیرش شهادت سوم سخن گفته‌اند. در این مقاله اختلاف پیرامون حدود مشترک و تعزیرات واکاوی شده است (علوی و رضوانی، ۱۳۹۸، ص. ۱۵۳). مقالهٔ امکان‌سنجی اثبات قذف از گذرگاه شهادت ثانوی؛ نگاهی به نظام حقوقی ایران، فقه شیعه و اهل‌سنت نویسندگان مقاله اثبات قذف را با شهادت بر شهادت ممکن دانسته‌اند و به همین خاطر اصلاح مواد ۲۵۵ و ۲۸۹ ق.م.ا را پیشنهاد داده‌اند و تنها به امکان‌سنجی اثبات قذف با شهادت بر شهادت پرداخته و دیگر حدود و ظاهراً هیچ‌یک از تعزیرات را با شهادت بر شهادت قابل اثبات نمی‌دانند (فرح‌زادی و دیگران، ۱۴۰۰، ص. ۱۷۷)؛ لذا، نوآوری پژوهش حاضر در آن است که امکان اثبات حدود دیگری غیر از قذف و تعزیرات مبتنی بر نقض حقوق‌الناس را با شهادت بر شهادت بررسی می‌کند.

پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی از گونهٔ اجتهادی و با نگاهی انتقادی به دیدگاه مشهور امامیه است که مورد پذیرش قانون‌گذار هم قرار گرفته است. به‌گونه‌ای دیدگاه مشهور پیرامون شهادت بر شهادت در حدود مشترک و تعزیرات واکاویده شده و پس از نقد و بررسی مبانی مادهٔ ۱۸۹ ق.م.ا و مواد قانونی مرتبط، پیشنهاد بازنگری به گونهٔ الحاق تبصره داده شده است.

مفهوم‌شناسی

شهادت بر شهادت

دربارهٔ معنای شهادت بر شهادت اختلافی وجود ندارد و این‌گونه معنی شده است: «گواهی دو شاهد، برای بازگویی شهادت کسی که شهادت وی پذیرفته می‌شود؛ به هنگام ناتوانی شاهد اصل از ادای شهادت در محضر

قاضی» (عبدالرحمن، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۳۴۶). البته برخی پژوهشگران از رهگذر کوتاه‌نویسی، از آن به «شهادت ثانوی» تعبیر کرده‌اند (فرح‌زادی و دیگران، ۱۴۰۰، ص. ۱۷۸). شهادت ثالثه در برابر آن به کار رفته است که امامیه در اثبات دعاوی معتبر نمی‌دانند (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص. ۹۷؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۵، ص. ۴۱۷؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳ق، ج. ۳، ص. ۵۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۱۹۲) و قانون مجازات اسلامی نیز در تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۱۸۸ از همین دیدگاه پیروی نموده است.

حدود مشترک

به اعتبار اینکه خاستگاه حدود تنها زیر پا نهادن حق‌الله است یا حقی مشترک میان الله و آدمیان، حدود به دو دسته تقسیم شده‌اند. حدودی که خاستگاهشان زیر پا نهاده‌شدن حقی مشترک میان الله و آدمی باشد، «حدود مشترک» نام دارند؛ همانند، قذف و سرقت. حدودی که خاستگاهشان تنها زیر پا نهاده‌شدن حق‌الله است، «حدود مختص» نام دارند؛ همانند، زنا و لواط (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۵، ص. ۴۰۵). مسألهٔ پژوهش، حدود مشترک هستند؛ زیرا، در نپذیرفتن شهادت بر شهادت در حدود مختص اختلافی نیست. گاهی از حدود مختص به حدود محض نیز تعبیر می‌شود (جزیری و دیگران، ۱۴۱۹ق، ج. ۵، ص. ۱۱۴؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۱۵۸؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰ق، ص. ۵۷۲؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج. ۱۲، ص. ۴۷۵؛ مؤمن، ۱۴۲۲ق، ص. ۶۸۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۱۹۱).

تعزیرات

مراد تعزیراتی است که سبب ایجاد آن، زیر پا نهادن حقوق‌الناس می‌باشد و تعیین اندازه‌اش با حاکم است. برخی فقیهان امامیه در ضمن سخن از شهادت بر شهادت در حدود، استطراداً از شهادت بر شهادت در تعزیرات سخن گفته‌اند (جزیری و دیگران، ۱۴۱۹ق، ج. ۵، ص. ۱۱۴؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰ق، ص. ۵۷۲؛ گلپایگانی، ۱۴۰۵ق، ص. ۳۴۸؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۱۹۲). از آن رهگذر که تعزیرات در پذیرفتن یا نپذیرفتن شهادت بر شهادت فی‌الجمله با حد مشترک‌اند. به دیگر سخن، کسی که شهادت بر شهادت را در حدود مشترک بپذیرد، در تعزیرات به طریق اولی می‌پذیرد.

شهادت بر شهادت در حدود مشترک

مشهور امامیه، شهادت بر شهادت را در مطلق حد نپذیرفته‌اند؛ خواه متعلق شهادت از حدود مختص باشد، خواه از حدود مشترک (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۵، ص. ۴۰۵؛ گلپایگانی، ۱۴۰۵ق، ص. ۳۴۷؛ مؤمن، ۱۴۲۲ق، ص. ۶۸۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۱۹۰). متقابلاً دیدگاه غیرمشهوری میان امامیه وجود دارد که شهادت بر شهادت را در حدود مشترک پذیرفته یا دست کم در نپذیرفتن آن تشکیک نموده‌اند (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۱۶۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج. ۱۴، ص. ۲۷۰؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۸، ص. ۲۳۱؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج. ۱۲، ص. ۴۷۶).

چنان‌که خواهد آمد، دیدگاه مشهور که مبنای مادهٔ ۱۸۹ ق.م.ا قرار گرفته، نادرست می‌باشد و برخی از حدود به‌دلیل غلبهٔ حق‌الناس با شهادت بر شهادت قابل اثبات هستند.

دلایل مخالفان پذیرش شهادت بر شهادت در حدود مشترک

قائلان عدم پذیرش شهادت بر شهادت در حدود مشترک، به دلایلی استناد نموده‌اند که موارد زیر از جمله آن‌هاست:

۱. جریان قاعدهٔ درء

نظر به عدم حضور شاهد اصل برای شهادت، شاهد فرع یعنی بدل، جایگزین وی یعنی مبدل‌منه می‌شود و قاعدهٔ درء جاری می‌گردد. گفته شده است «حدود با شبهه درء می‌شوند و قائم‌مقام شدن بدل [یعنی: شاهد فرع] برای مبدل‌منه [یعنی: شاهد اصل] از شبهه خالی نیست.» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج. ۱۴، ص. ۲۷۰؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۵، ص. ۴۰۵). به دیگر سخن، از نگاه قائلان عدم پذیرش شهادت بر شهادت در حدود مشترک، اینکه شاهد اصل به هر دلیلی قادر به شهادت نیست، مصداقی از شبهه است؛ لذا، جایی برای جریان حد باقی نمی‌ماند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۱۹۰). شهادت شاهد فرع را درءکنندهٔ جریان حد دانسته و شهادت شاهد اصل را برای اثبات حدود شرط اصلی و ضروری می‌دانند. لذا، فاضل هندی شبهه را در شهادت فرع وارد و شهادت اصل را عاری از شبهه می‌داند (هندی، ۱۴۱۶ق، ج. ۱۰، ص. ۳۵۹).

در رد این دلیل باید گفت، با توجه به غلبهٔ حق‌الناس در برخی از حدود، فرع بودن شهادت بر شهادت شبهه تلقی نمی‌شود، چنان‌که برخی از فقها در مورد قصاص که حق‌الناس در آن غلبه دارد، قاعدهٔ درء را جاری ندانسته‌اند. از سویی اصول عقلایی، همچون اصل عدم نسیان، عدم خطا، عدم اکراه و مانند آن‌ها مانع جریان قاعدهٔ درء در این دسته حدود می‌شود (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج. ۴، ص. ۸۱).

۲. ابتنای حدود بر تخفیف

مجازات‌های حدی مبتنی بر تخفیف و مسامحهٔ شارع در اثبات و فی‌الجمله در اجرا هستند؛ که خود دلیلی بر عدم پذیرش شهادت بر شهادت در حدود مشترک است (بحرانی، بی‌تا، ج. ۱۴، ص. ۲۶۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۲۷، ص. ۲۰۴؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج. ۱، ص. ۱۱۱؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۱۹۰؛ هندی، ۱۴۱۶ق، ج. ۱۰، ص. ۳۵۹)؛ زیرا، پذیرش شهادت بر شهادت مستلزم اجرای حد بر مشهودٌعلیه است که با اصل تخفیف در حدود همخوانی ندارد. در این دلیل، شهادت بر شهادت در برخی حدود همانند قذف و سرقت، پذیرفته شده و بدون در نظر داشتن غلبهٔ جنبهٔ حق‌الناسی و تنها به استناد امری کلی که تخفیف شارع در حدود مختص باشد، شهادت بر شهادت در مطلق حدود مشترک پذیرفته نشده است که تالی‌فاسدش تضییع حقوق‌الناس می‌باشد؛ حال‌آنکه در خبری نقل شده است، خداوند حقوق بندگان را بر حقوق خویش مقدم می‌دارد (آمدی، ۱۳۶۶، ص. ۴۸۰).

با توجه به غلبهٔ جنبهٔ حق‌الناس در برخی از حدود، تخفیف در این نوع حدود معنا ندارد؛ لذا، این نوع از حدود با شهادت بر شهادت قابل اثبات می‌باشند.

۳. اطلاق واژهٔ حد در دو خبر غیاث و طلحه

شیخ صدوق در من لا یحضره الفقیه خبری موسوم به خبر غیاث را از امام صادق (ع) نقل کرده که شیخ طوسی همان را در تهذیب الأحکام آورده است: «لَا تَجُوزُ شَهَادَةٌ عَلَى شَهَادَةٍ فِي حَدٍّ»؛ شهادت بر شهادت در هیچ حدی جایز نیست (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج. ۳، ص. ۷۱؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج. ۶، ص. ۲۵۵). همچنین، شیخ طوسی خبر طلحه را از امام صادق (ع) نقل نموده است: «أَنَّهُ كَانَ لَا يُجِيزُ شَهَادَةً عَلَى شَهَادَةٍ فِي حَدٍّ»؛ که علی (ع) شهادت بر شهادت را در هیچ حدی اجازه نمی‌داد (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج. ۶، ص. ۲۵۵).

تقریب استدلال به دو خبر طلحه و غیاث چنین است که هر دو عام هستند و عموم آن‌ها همهٔ حدود اعم از مختص و مشترک را در بر می‌گیرد (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰ق، ص. ۵۷۲؛ گلپایگانی، ۱۴۰۵ق، ص. ۳۴۶؛ مؤمن، ۱۴۲۲ق، ص. ۶۸۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۱۹۱). لذا، به استناد این دو، شهادت بر شهادت در هیچ یک از حدود پذیرفته نخواهد بود و این دو خبر اطلاق ادلهٔ پذیرش شهادت بر شهادت را قید می‌زنند (مؤمن، ۱۴۲۲ق، ص. ۶۸۳).

با توجه به ضعف دو حدیث مزبور که برخی از فقها به آن تصریح نموده‌اند (بحرانی، بی‌تا، ج. ۱۴، ص. ۲۶۲)، این دلیل نیز خالی از اشکال نیست. از سوی دیگر با توجه به غلبهٔ حق‌الناس بر حق‌الله که برخی از فقها به آن گرویده‌اند (ترحینی، ۱۴۲۷ق، ج. ۴، ص. ۱۹۵)، پذیرش شهادت بر شهادت در حقوق مشترک منطقی و موجه به نظر می‌رسد.

در خصوص علت ضعف حدیث طلحه باید گفت که حدیث مزبور براساس هر دو نقل شیخ طوسی و شیخ صدوق دچار ضعف سند هستند؛ زیرا، در طریق نقل حدیث توسط شیخ طوسی، ذبیان بن حکیم وجود دارد که به مهمل بودن وی تصریح شده است؛ در طریق نقل حدیث توسط شیخ صدوق نیز «علی بن احمد بن ابی‌عبدالله عن أبیه» وجود دارد که هیچ یک توثیق نشده‌اند (خویی، ۱۴۲۲ق، ج. ۴۱، ص. ۱۷۷).

۴. اجماع

شیخ طوسی در کتاب الخلاف خودش، مدعی است که به نظر فقهای امامیه، شهادت بر شهادت در هیچ یک از حدود پذیرفته نمی‌شود (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج. ۵، صص. ۴۶-۴۷). برخی دیگر این ادعای اجماع را تکرار نموده‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰ق، ص. ۵۷۲). در نقد این دلیل باید گفت، اجماع یادشده به‌دلیل مدرکی بودن نمی‌تواند از دلایل قابل قبول برای عدم پذیرش شهادت بر شهادت باشد.

دیدگاه موافقان پذیرش شهادت بر شهادت در حدود مشترک

بر پایهٔ دسته‌بندی شهید، حقی که با آن حد مشترک ثابت می‌شود، از سه روی خارج نیست:

۱. غلبهٔ حق‌الله در آن قطعی است؛ همانند حد زنا.

۲. غلبهٔ حقوق‌الناس در آن قطعی است؛ همانند حد قذف.

۳. حق مردد میان حق‌الله و حقوق‌الناس باشد و مشخص نباشد که غلبه با کدام است؛ همانند حد سرقت (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۱۶۰).

در حدود محض، حکم مسئله روشن و شهادت بر شهادت پذیرفته نیست؛ اما در دومی پذیرفته است. محل خلاف مورد سوم می‌باشد که از آن به حق مشترک، مشتمل‌الأمرین، مشتمل‌الحقین، مرددالحقین و... یاد شده است. هرچند نراقی میان دو اصطلاح مشترک و مشتمل بر امرین تفکیک قائل شده است؛ این‌گونه که قذف را مشترک و سرقت را مشتمل بر امرین دانسته است (نراقی، ۱۴۲۵ق، ص. ۵۲۷).

آنچه در تعیین ضابطه برای پذیرش شهادت بر شهادت یاد شده و می‌توان آن را محل وفاق دانست، حق‌الناس‌بودن متعلق شهادت است (خمینی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۴۴۹؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص. ۹۷؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۸، ص. ۲۳۱؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج. ۱۲، ص. ۴۷۶). گزارهٔ عام پذیرش شهادت بر شهادت در حقوق‌الناس، حدود مشترک را نیز در گسترهٔ خود دارد و برون‌رفت از دایرهٔ این عام، نیازمند دلیل خاص قطعی است؛ حال‌آنکه چنین دلیلی که یقین‌آور باشد، برای حدود مشترک هرگز اقامه نشده است.

حتی اگر جنبهٔ حق‌الناسی در حدی نمود بیشتری نداشته باشد، ترجیح حق‌الله و نپذیرفتن شهادت بر شهادت، ترجیحی بلامرجح خواهد بود؛ زیرا، به فرض که با وجود تصریح برخی اخبار به تقدم حق‌الناس بر حق‌الله (آمدی، ۱۳۶۶، ص. ۴۸۰)، تقدمش پذیرفته نشود، امر دایر میان پذیرش شهادت بر شهادت یا نپذیرفتن است که اگر پذیرفته نشود، گزینش امری بی‌مرجح خواهد بود؛ حال‌آنکه اجماع فقیهان امامیه بر پذیرش شهادت بر شهادت در حقوق‌الناس تقریباً قطعی است. افزون بر آنکه هنگام تردید در پذیرفتن یا نپذیرفتن شهادت بر شهادت، از رهگذر جریان اصالة العموم، ترجیح با ادلهٔ عام پذیرش شهادت بر شهادت است؛ نه دلیل خاص مشکوک‌السند. در هر روی افزون بر ترجیح لزوم مراعات حقوق مردمان، به‌سبب غنای ذاتی الهی نیز حق‌الناس مقدم می‌باشد.

قائلان امکان پذیرش شهادت بر شهادت به پنج دلیل استناد نموده‌اند که در ادامه واکاوی می‌شود.

۱. عموم ادلهٔ پذیرش شهادت

پذیرش شهادت بر شهادت، فی‌الجمله محل وفاق فقیهان امامیه می‌باشد؛ آن‌گونه که صاحب جواهر به «نیافتن خلافی در پذیرش فی‌الجمله در آن» اذعان می‌نماید و شهید ثانی صراحتاً بر اصل پذیرش شهادت بر شهادت ادعای اجماع می‌کند (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۱۵۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج. ۱۴، ص. ۲۶۹؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج. ۱۲، ص. ۴۷۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۱۸۹؛ هندی، ۱۴۱۶ق، ج. ۱۰، ص. ۳۵۸). برای اثبات پذیرش شهادت بر شهادت، به عموم ادله در مسئله؛ یعنی، آیهٔ ۲۸۲ سورهٔ بقره و صحیحهٔ محمد بن مسلم استناد شده است (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، صص. ۱۵۸ و ۱۶۰). بنابراین، برای اثبات پذیرش در حدود مشترک نیز می‌توان به این دو دلیل عام استناد نمود.

الف) عموم آیهٔ ۲۸۲ سورهٔ بقره

بسیاری به عموم آیهٔ «وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ» (بقره: ۲۸۲)؛ و دو نفر از مردان (عادل) خود را (بر این حقّ) شاهد بگیرید! استناد نموده و بیان کرده‌اند که آیه عام است و شهادت بر شهادت هم یکی از افراد این عام به شمار می‌آید (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۱۵۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج. ۱۴، ص. ۲۶۹؛ طوسی،

۱۳۸۷ق، ج. ۸، ص. ۲۳۱؛ هندی، ۱۴۱۶ق، ج. ۱۰، ص. ۳۵۹). محقق اردبیلی از جمله کسانی است که باور دارد «واجب است به عموم ادله [از جمله این آیه] و آنچه مانند حدود با اجماع از عموم خارج شده است، عمل نمود؛ مگر حد سرقت و قذف» (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج. ۱۲، ص. ۴۷۷). بنابراین، از دید ایشان هیچ اجماعی بر خروج حد سرقت و قذف از عموم این آیه وجود ندارد و این دو حد می‌توانند با شهادت بر شهادت ثابت گردند. بی‌تردید عموم آیهٔ مزبور شامل شهادت بر شهادت نیز می‌شود؛ زیرا بر شاهد فرع نیز عنوان «شهید» صدق می‌کند. از سوی دیگر پاره‌ای از روایات (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج. ۳، ص. ۷۱؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج. ۶، ص. ۲۵۶) هم کار شاهد فرع شهادت تعبیر نموده‌اند که صحت اطلاق عنوان «شاهد» بر شاهد فرع را تأیید می‌کند و نشان می‌دهد شاهد فرع نیز مشمول آیهٔ مزبور است و امر به گرفتن شاهد در آیه، شامل شاهد فرع نیز می‌شود.

ب) عموم صحیحهٔ محمد بن مسلم

پس از آیه، مهم‌ترین مستند برای پذیرش شهادت بر شهادت، خبر محمد بن مسلم می‌باشد که از امام باقر (ع) نقل شده و در من لا یحضره الفقیه و تهذیب الأحکام آمده است: «فِي الشَّهَادَةِ عَلَى شَهَادَةِ الرَّجُلِ وَ هُوَ بِالْحَضْرَةِ فِي الْبَلَدِ قَالَ نَعَمْ وَ لَوْ كَانَ خَلْفَ سَارِيَةٍ وَ يَجُوزُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يُقِيمَهَا لِعِلَّةٍ تَمْنَعُهُ مِنْ أَنْ يَحْضُرَ وَ يُقِيمَهَا فَلَا بَأْسَ بِإِقَامَةِ الشَّهَادَةِ عَلَى شَهَادَتِهِ.» از حضرت پیرامون شهادت بر شهادت پرسیده شد که شاهد اصل در شهر باشد. فرمودند: «شاهد فرع می‌تواند شهادت بدهد، اگرچه پشت ستونی باشد. البته در صورتی جایز است که شاهد اصل، به‌سبب وجود مانعی امکان حضور در مجلس را نداشته باشد، در این صورت شهادت بر شهادت اشکالی ندارد» (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج. ۳، ص. ۷۱؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج. ۶، ص. ۲۵۶).

مجلسی اول این روایت را قوی کالصحیح دانسته است (مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ج. ۶، ص. ۱۸۷). محقق سبزواری صحتش را بعید ندانسته و خوانساری صحتش را پذیرفته است (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج. ۶، ص. ۱۵۱؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج. ۲، ص. ۷۷۷). صاحب جواهر ایراد خدشه در سند روایت را این‌گونه پاسخ داده است: «غیر از این روایت، نصوص دیگری نیز هستند که در اثنای بحث به آن‌ها پرداخته می‌شود و معاضد روایت هستند. افزون بر اینکه بر پذیرش شهادت بر شهادت اجماع وجود دارد و مواردی دیگر که از [مجموع] آن‌ها دانسته می‌شود هیچ وجهی برای ایجاد وسواس برخی در سندش وجود ندارد» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۱۸۹). تقریب استدلال به روایت چنین است که عموم صحیحهٔ مزبور دربارهٔ پذیرش شهادت بر شهادت، حدود مشترک را هم در بر می‌گیرد.

۲. فقدان دلیلی بر تسری حکم

بر پایهٔ این دلیل، هیچ دلیل شایسته‌ای وجود ندارد تا عموم ادلهٔ نپذیرفتن شهادت بر شهادت در حدود [دو خبر غیاث و طلحه] را در آن دو [یعنی: حد سرقت و قذف] ثابت نماید (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج. ۱۴، ص. ۲۷۰). به دیگر سخن، عموم این دو خبر، نمی‌تواند حد سرقت و قذف را در بر می‌گیرد.

صاحب ریاض در مقام نقد استدلال شهید ثانی گفته است: «استدلال شهید ثانی خوب است؛ البته درصورتی‌که قائل به حجیت و اعتبار دو خبر غیاث و طلحه از رهگذر انجبار این دو با اتفاق فی‌الجمله و شهرت

حکم مسئله نشویم؛ زیرا، در این حالت عموم ادلهٔ پذیرش شهادت بر شهادت، دربارهٔ حدود کارگشا نیست و این دو خبر معتبر، دلیل صالح برای تخصیص [حکم به حد سرقت و قذف] است. در نتیجه، فرض اعتباری شهید ثانی در برابر نص دو خبر یادشده مسموع نمی‌باشد» (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۵، ص. ۴۰۶). بنابراین، از دید ایشان تنها دلیل معارض با جریان شهادت بر شهادت در حدود مشترک، همین دو خبر می‌باشد.

۳. ترجیح و غلبهٔ حقوق‌الناس

یکی از مناسب‌ترین ادلهٔ پذیرش شهادت بر شهادت در حدود مشترک، ترجیح جنبهٔ حق‌الناسی این دسته از حدود می‌باشد که برخی به آن استناد نموده‌اند (گلپایگانی، ۱۴۰۵ق، ص. ۳۴۷). شاید نخستین ایشان شهید اول باشد (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۱۶۰). خداوند به‌سبب غنای ذاتی، حق مردمان را بر حق خویشتن مقدم ساخته است؛ اگرچه این حق در باب حدود باشد. حتی صاحب ریاض که از مخالفان پذیرش شهادت بر شهادت در حدود مشترک می‌باشد، استدلال شهید ثانی مبتنی بر فقدان دلیل شایسته برای تخصیص قذف و سرقت از عموم ادلهٔ پذیرش شهادت بر شهادت و ترجیح جانب حقوق‌الناس را خوب می‌داند؛ البته در فرضی که اعتبار و دلالت دو خبر یادشده پذیرفته نشود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج. ۱۴، ص. ۲۷۰؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۵، ص. ۴۰۶).

۴. ضعف و ارسال دو خبر غیاث و طلحه

مستند اصلی نپذیرفتن شهادت بر شهادت در حقوق‌الله و مشترک، دو خبر غیاث و طلحه است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج. ۱، ص. ۱۱۱). مجلسی اول خبر غیاث را موثق کالصحیح و مجلسی دوم موثق دانسته‌اند (مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ج. ۶، ص. ۱۸۶؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۶ق، ج. ۱۰، ص. ۱۱۵). وی خبر طلحه را موثق و مجلسی دوم ضعیف کالموثق دانسته است (مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ج. ۶، ص. ۱۸۶؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۶ق، ج. ۱۰، ص. ۱۱۳). اما به اذعان برخی سند این دو خبر ضعف شدید دارد که انجبارش با چیزی ثابت نشده است (بحرانی، بی‌تا، ج. ۱۴، ص. ۲۶۲).

برخی دیگر ضعف و ارسال سندی را پذیرفته و معتقدند که ضعف سندی با شهرت ادعایی جبران می‌شود (گلپایگانی، ۱۴۰۵ق، ص. ۳۴۷؛ مؤمن، ۱۴۲۲ق، ص. ۶۸۳). شهید ثانی گفته‌اند: «طریق راویان هر دو خبر ضعیف است؛ اما، شهرت مسئله [یعنی: نپذیرفتن شهادت بر شهادت در حدود]، قاعدهٔ درء و وجود شبهه می‌توانند ضعف را جبران نماید» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج. ۱۴، ص. ۲۷۰). همچنین، صاحب ریاض گفته‌اند: «کاستی در سند این دو خبر را می‌توان با اتفاق فی‌الجمله جبران نمود» (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۵، ص. ۴۰۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۱۸۹). بنابراین، هیچ‌کس ادعا ننموده است که این دو خبر صحیح می‌باشند. از سویی شهرت حکم نپذیرفتن شهادت در شهادت در حدود مشترک، حتی نزد برخی قائلانش ثابت نشده است (مؤمن، ۱۴۲۲ق، ص. ۶۸۳).

۵. اصل عدم شبههٔ دارئه

مخالفان برای ایجاد خدشه در اثبات حدود مشترک با شهادت بر شهادت، به شبههٔ دارئه استناد نموده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۱۹۰؛ هندی، ۱۴۱۶ق، ج. ۱۰، ص. ۳۵۹)؛ حال‌آنکه شبههٔ دارئه امری وجودی

می‌باشد. اصل عدم چنین شبهه‌ای است (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۱۶۰) و اثبات با کسانی است که ادعای وجود شبهه دارند. بسیاری مخالفان، به این مطلب استناد نموده‌اند که جایگزین‌شدن شاهد فرع به‌جای شاهد اصل، شبهه است و نمی‌تواند پذیرفته شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج. ۱۴، ص. ۲۷۰؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۵، ص. ۴۰۵؛ هندی، ۱۴۱۶ق، ج. ۱۰، ص. ۳۵۹).

حال‌آنکه شبهه‌بودن شهادت بر شهادت اول الکلام است و نمی‌توان به آن استناد نمود؛ چراکه اگر شهادت شاهد فرع شبهه باشد، باید از پایه همیشه کنار رود و در هیچ موردی اعم از حقوق‌الله، حقوق‌الناس و حقوق مشترک میان الله و ناس پذیرفته نشود.

نقد و بررسی دیدگاه مخالفان و موافقان

مجموع دلایل هر یک از مخالفان و موافقان پذیرش شهادت بر شهادت در حدود مشترک خالی از نقد و ایراد نیستند. چهار مستند مخالفان، نمی‌تواند مورد پذیرش قرار بگیرد و مستندات موافقان تقویت شده است.

۱. نقد دلیل جریان قاعدهٔ درء

قاعدهٔ درء تنها یک دلیل واضح موسوم به نبوی مشهور دارد که سندش دچار ضعف و ارسال می‌باشد و منجبری برای ارسالش یافته نشده است (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ص. ۱۱۷). همچنین، جریان این قاعده در حقوق مشترک میان الله و ناس مشکل است؛ زیرا، اصولی مانند عدم غفلت و عدم اشتباه، مانع از جریان قاعدهٔ درء می‌گردند (بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج. ۱، ص. ۱۸۳). به دیگر سخن، هنگامی می‌توان قاعدهٔ درء را جاری نمود که برای غفلت و اشتباه مرتکب، احتمال قابل اعتنای عقلایی وجود داشته باشد (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۹، ص. ۸۴) و دربارهٔ شهادت بر شهادت چنین احتمالی وجود ندارد؛ وگرنه نباید در اثبات هیچ دعوایی مورد پذیرش قرار بگیرد. همچنین، برخی بیان داشته‌اند که اگر با شبهه دانستن شهادت بر شهادت از حدود دست برداشته شود، بدون تردید تعطیل‌شدن حدود لازم می‌آید (علوی و رضوانی، ۱۳۹۸، ص. ۱۶۹).

لذا، در مواردی که احتمال غفلت و اشتباه قابل اعتنای عقلا نیست یا از پایه احتمالش وجود ندارد یا عکس آن قوت دارد، جایی برای جریان قاعدهٔ درء نیست. جایی که در غفلت یا اشتباه تردید شود، اصل عدم غفلت و عدم اشتباه جاری است؛ زیرا، غفلت و اشتباه امری وجودی بوده و نیازمند اثبات هستند. همچنین، ظاهر چنین است، هرگاه انسانی کاری انجام می‌دهد، آگاهی داشته و به‌درستی کار خود دست‌کم اطمینان دارد؛ اما، هنگامی‌که شخصی دچار غفلت، نسیان، خطا، اشتباه و دیگر اموری از این دست می‌گردد، خلاف ظاهر رخ داده است و اثبات این‌ها نیازمند دلیل یا توجیه است. بنابراین، شهادت شاهد فرع ذاتاً نه مشمول عنوان غفلت می‌شود و نه اشتباه که بتوان آن را شبهه دانست و قاعدهٔ درء را جاری نمود.

افزون بر آن، حتی در فرض پذیرش این قاعده و اینکه در حقوق‌الناس نیز جاری می‌شود، وجود شبهه نیازمند اثبات است؛ حال‌آنکه اصل، عدم شبههٔ درءکنندهٔ حد است (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۱۶۰). جاری‌ساختن قاعدهٔ درء در اینجا نه‌تنها امتنانی نیست؛ بلکه خلاف امتنان است؛ زیرا، از پایه حق مردمان را زیر

پا می‌نهد و چنین چیزی هیچ‌گونه توجیهی ندارد، بلکه تفسیر مضیقی است که تنها حق متهم را در نظر داشته (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج. ۴، ص. ۴۳) و بر آن است تا حقی را از آسیب‌دیده بزداید.

۲. نقد دلیل ابتنای حدود بر تخفیف

گفته شده است که حدود مبتنی بر تخفیف‌اند (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج. ۱۳، ص. ۲۰۵). لذا، برخی فقیهان برای نپذیرفتن شهادت بر شهادت در حدود مشترک به ابتنای حدود بر تخفیف استناد نموده‌اند (بحرانی، بی‌تا، ج. ۱۴، ص. ۲۶۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۲۷، ص. ۲۰۴؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج. ۱، ص. ۱۱۱؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۱۹۰؛ هندی، ۱۴۱۶ق، ج. ۱۰، ص. ۳۵۹).

در نقد این دلیل باید گفت، مذاق شریعت و ادله‌ای که ابتنای حدود بر تخفیف را ثابت می‌کنند، انصراف به قدر متیقن حدود، یعنی حقوق‌الله محض دارند (گلپایگانی، ۱۴۰۵ق، ص. ۴۰۲). به‌عکس حدودی که مبتنی بر تخفیف نیستند؛ یعنی، حدود برخاسته از نقض حقوق‌الناس بر حقوق خداوندی مقدم هستند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج. ۱۴، ص. ۲۹۵؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج. ۱۳، ص. ۴۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۲۱۹).

۳. پاسخ به‌دلیل اطلاق واژۀ حد در دو خبر غیاث و طلحه

ضعف و ارسال سند این دو روایت قطعی می‌باشد؛ انجبار آن مورد پذیرش همگان نیست تا اجماع به شمار آید؛ بلکه نهایتاً شهرت در مسئله موجود است و گذشته از اینکه شهرت فتوایی حجیت ندارد (خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۲۹۲؛ مظفر، ۱۳۸۷، ص. ۵۰۸)، شهرت نپذیرفتن شهادت بر شهادت در حدود مشترک، حتی در نزد برخی قائلانش ثابت نشده است (مؤمن، ۱۴۲۲ق، ص. ۶۸۳). از سویی اخبار عام پذیرش شهادت بر شهادت از حیث سند و دلالت در اندازه‌ای از قوت می‌باشند که دو خبر خاص یادشده نمی‌توانند با آن‌ها معارضه نمایند؛ لذا، در مورد عدم پذیرش شهادت بر شهادت باید به قدر متیقن و مورد وفاق، یعنی حق‌الله بسنده شود، چنان‌که بحرانی گفته است: «افزون بر ضعف مستثنی، انجبار ضعف نزد قائلان ثابت نشده است؛ پس، واجب است بر پذیرش آنچه که محل وفاق است، بسنده نمود [یعنی حدود مختص]» (بحرانی، بی‌تا، ج. ۱۴، ص. ۲۶۲).

دربارۀ شهرت عملی باید گفت، گرچه بسیاری از فقها شهرت عملی را منجبر ضعف روایت دانسته‌اند، بااین‌حال برخی از ایشان انجبار ضعف روایت را با آن انکار نموده و اشاره کرده‌اند شهرت عملی که خود دلیلی بر حجیت ندارد؛ چگونه می‌تواند غیرحجتی را حجت کند و این خلاف قول مشهور است (گرجی، ۱۳۷۹، ص. ۲۹۷؛ هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج. ۴، صص. ۷۶۱-۷۶۲). بنابراین، برخی در تحقق شهرت فتوایی تردید دارند و بر فرض پذیرش شهرت فتوایی، آن را منجبر ضعف روایت نمی‌دانند. همچنین، انجبار ضعف روایت با شهرت عملی مخالفانی دارد که استناد به این روایات را با مشکل جدی مواجه می‌کند.

دربارۀ مراسیل شیخ صدوق باید گفت که برخی از فقهای امامیه این مراسیل را به دو گونه تقسیم نموده‌اند:

الف) برخی از مراسیل شیخ صدوق از شخصی نقل شده‌اند؛ این‌گونه مراسیل بر وثاقت و درستی دلالت ندارند.

ب) برخی از مراسیل شیخ صدوق به امام (ع) یا شخصی از اصحاب مورد اطمینان ایشان نسبت داده شده است؛ این‌گونه مراسیل حجت هستند.

بااین‌حال حجیت این نوع مراسیل مورد تردید است؛ زیرا این مراسیل نهایتاً نشان می‌دهند صدوق به صدور این روایت از معصوم (ع) به‌حسب رأی خویش اطمینان حاصل کرده است، اطمینان صدوق به این روایات دلیل بر حجیت آن‌ها در نزد ما نیست؛ زیرا مبانی متفاوت است (فضل‌الله، ۱۴۲۶ق، ص. ۱۵۷؛ سبحانی، ۱۴۱۵ق، ج. ۲، ص. ۵۵). در فرض پذیرش اعتبار روایات یادشده، تنها موجب خروج قدر متیقن مفهوم حد، یعنی حدود مختص می‌شوند.

۴. پاسخ به‌دلیل اجماع

جایگاهی برای اجماع بر نپذیرفتن شهادت بر شهادت در حدود مشترک وجود ندارد؛ زیرا، اجماع یادشده مدرکی است. حتی شیخ طوسی اجماع ادعایی خودش را برهم زده و قذف را با شهادت بر شهادت قابل اثبات می‌داند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۸، ص. ۲۳۱). بنابراین، با وجود مخالفت صریح شیخ طوسی، ابن‌حمزه، شهید اول، شهید ثانی، محقق اردبیلی (ابن‌حمزه، ۱۴۰۸ق؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۱۶۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج. ۱۴، ص. ۲۷۰؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۸، ص. ۲۳۱؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج. ۱۲، ص. ۴۷۷) و تشکیک فیض کاشانی و صاحب ریاض (بحرانی، بی‌تا، ج. ۱۴، ص. ۲۶۲؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۵، ص. ۴۰۶) جایی برای انعقاد اجماع باقی نمی‌ماند. بلکه تنها اجماعی که دراین‌باره وجود دارد، اجماع بر عدم استماع شهادت بر شهادت در حدود مختص است (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۱۵۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج. ۱۴، ص. ۲۷۰؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۵، ص. ۴۰۶).

۵. دیدگاه برگزیده

مشهور شهادت بر شهادت را در مطلق حد نپذیرفته و برخی در شماری از حدود مشترک مانند قذف یا سرقت شهادت بر شهادت را پذیرفته‌اند. بنابراین، تقریب دیدگاه برگزیده چنین است که شهادت بر شهادت در هر آنچه در شمار حقوق‌الناس باشد، قابل پذیرش است؛ خواه متعلق شهادت حدود مشترک باشد، خواه تعزیرات مبتنی بر نقض حقوق‌الناس. پذیرش شهادت بر شهادت امری قطعی و موافق اصل می‌باشد؛ اما مدعای مخالفان پذیرش در مطلق حد خلاف اصل و نیازمند دلیل است. لذا، با توجه به استدلال مخالفان و موافقان می‌توان شهادت بر شهادت را در حدود مشترک پذیرفت.

گذشته از دو خبر یادشده که پذیرش شهادت بر شهادت را در مطلق حد نفی می‌کنند، هیچ دلیل دیگری بر نپذیرفتن شهادت بر شهادت وجود ندارد؛ هرچند سند دو خبر معتبر نیست و مفهوم حد در آن اجمال دارد، بهترین راهکار جمع میان آن‌ها و عموم ادلهٔ پذیرش شهادت بر شهادت می‌باشد. یعنی خروج حدود مختص از عموم ادله متیقن است؛ اما، در خروج یا عدم خروج حدود مشترک از عمومات تردید وجود دارد و اصل عدم خروج حدود مشترک از عموم ادله جاری می‌شود.

شهادت بر شهادت در تعزیرات

دربارهٔ پذیرفتن یا نپذیرفتن شهادت بر شهادت در تعزیرات، دو دیدگاه میان فقیهان امامیه وجود دارد. گروهی تعزیر را در حکم حد دانسته و شهادت بر شهادت را پیرامون آن نمی‌پذیرند و برخی شهادت بر شهادت را برای آن می‌پذیرند.

دیدگاه مخالفان پذیرش شهادت بر شهادت در تعزیرات

مشهور تعزیر را در حکم حد و ملحق به آن دانسته‌اند (جزیری و دیگران، ۱۴۱۹ق، ج. ۵، ص. ۱۱۴؛ خمینی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۴۴۹؛ گلپایگانی، ۱۴۰۵ق، ص. ۳۴۸) و شهادت بر شهادت را در اثبات آن نمی‌پذیرند؛ همان‌گونه که علامه حلی تعزیر و حد را با شهادت و شهادت قابل اثبات نمی‌داند (حلی، ۱۴۲۰ق، ج. ۵، ص. ۲۸۴). صاحب جواهر حکم حد را به تعزیر نیز تسری داده است و به صرف این احتمال که لفظ حد در ادله شامل تعزیر هم می‌شود، در پذیرش شهادت بر شهادت پیرامون تعزیرات خدشه وارد نموده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۱۹۲).

این گروه در واقع همان استدلال‌های پیشین، همانند ابتنای حقوق‌الله بر تخفیف را برای تعزیر بیان می‌کنند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج. ۲۷، ص. ۲۰۴؛ گلپایگانی، ۱۴۰۵ق، ص. ۳۴۸؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج. ۱، ص. ۱۱۱). برخی عدم ذکر تعزیر در عنوان باب حدود کتاب‌ها را مؤیدی بر این دانسته‌اند که حدود شامل تعزیرات نیز می‌گردد (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰ق، ص. ۵۷۲). وجه لحوق را این‌گونه بیان نموده‌اند که در برخی روایات بر تعزیر نیز عنوان حد اطلاق شده است؛ پس، مراد از حد در روایات تأدیب است که اعم از حد و تعزیر باشد (مؤمن، ۱۴۲۲ق، صص. ۶۸۴ و ۶۸۵).

دیدگاه موافقان پذیرش شهادت بر شهادت در تعزیرات

تعزیر به‌لحاظ مفهوم، ماهیت و آثار با حد متفاوت است و تنها در صورت وجود دلیل و قرینه می‌توان حد و تعزیر را موضوعاً و حکماً یکی دانست (علوی و رضوانی، ۱۳۹۸، ص. ۱۷۱). بنابراین، در الحاق حکم تعزیر به حد تأمل وجود دارد؛ زیرا، مقتضای عموم ادلهٔ شهادت بر شهادت، ثبوت تعزیر با آن است و آنچه قطعاً خارج شده است، حدود مختص می‌باشد.

کسانی که عنوان باب حدود را مبنی بر همانندی احکام حد و تعزیر گرفته‌اند، پذیرفته‌اند که چنین استعمالی برای گزینش عنوان ابواب فقهی همیشگی نیست (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰ق، ص. ۵۷۲) و به مبنای فقیهان در واحد یا متغایر دانستن مفهوم حد و تعزیر بستگی دارد. اطلاق حد به تعزیر مجازی است و اطلاق حد یا ویژگی‌هایش به چیزی، نیازمند دلیل بوده و درء تنها ویژهٔ حد است (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج. ۲، ص. ۴۰۲). این دیدگاه درست است؛ هرچند حقیقتاً تنها حدود مختص از عموم ادلهٔ شهادت بر شهادت خارج شده‌اند و پیرامون حدود مشترک و تعزیرات اصالة العموم جاری می‌شود.

دیدگاه برگزیده

قاعدهٔ اولیه و عموم ادلهٔ شهادت بر شهادت، اقتضای پذیرش شهادت بر شهادت در مطلق حد را دارند (مؤمن، ۱۴۲۲ق، ص. ۶۸۳)؛ اما، نظر به دو خبر ضعیف غیاث و طلحه مبنی بر نپذیرفتن شهادت بر شهادت، بایسته است تنها حدود مختص از عموم ادله خارج شوند. به دیگر سخن، اصل پذیرش شهادت بر شهادت است و در موارد خلاف اصل، به قدر متیقن بسنده نمود که در ما نحن فیه، حدود مختص می‌باشند و حدود مشترک تحت عام باقی می‌مانند (بحرانی، بی‌تا، ج. ۱۴، ص. ۲۶۲).

حتی اگر شهادت بر شهادت در حدود پذیرفته نشود، نپذیرفتن در تعزیرات محل اشکال است؛ زیرا، نهایت دلالت دو خبر غیاث و طلحه در باب حدود است؛ نه تعزیرات؛ لذا، باید به قدر متیقن؛ یعنی حدود مختص بسنده شود. از سویی معنای حد در دو خبر مزبور (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج. ۳، ص. ۷۱؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج. ۶، ص. ۲۵۵) اجمال دارد (مؤمن، ۱۴۲۲ق، ص. ۶۸۶). همچنین، برای پذیرفتن یا نپذیرفتن شهادت بر شهادت در تعزیرات، باید میان تعزیر برخاسته از نقض حقوق‌الله و تعزیر برخاسته از نقض حقوق‌الناس تفصیل قائل شد. یعنی، تعزیر گونهٔ نخست را در حکم حدود مختص و تعزیر گونهٔ دوم را در حکم حدود مشترک دانست که در صورت نخست، از رهگذر غنای ذاتی خداوندی، شهادت بر شهادت پذیرفته نشود؛ اما، در صورت دوم، به‌جهت ترجیح حقوق مردمان، شهادت بر شهادت پذیرفته شود.

نقد و بررسی دیدگاه قانون‌گذار و پیشنهاد الحاق تبصره

در مادهٔ ۱۸۸ ق.م.ا و مادهٔ ۱۳۲۰ق.م اصل شهادت بر شهادت پذیرفته شده و پذیرش شهادت ثالثه نفی شده است. مادهٔ ۱۸۹ ق.م.ا جرایم موجب حد و تعزیر را از عموم مادهٔ ۱۸۸ ق.م.ا خارج نموده است: «جرائم موجب حد و تعزیر با شهادت بر شهادت اثبات نمی‌شود؛ لکن قصاص، دیه و ضمان مالی با آن قابل اثبات است.»

مطابق مادهٔ یادشده، رویکرد قانون‌گذار پیروی از دیدگاه مشهور مبنی بر عدم پذیرش شهادت بر شهادت در همهٔ حدود می‌باشد؛ بر این پایه، اثبات قصاص، دیه و ضمان مالی ناشی از جرایم را با شهادت بر شهادت پذیرفته است؛ اما، اثبات حدود و تعزیرات را نپذیرفته است. وجه اشتراک قصاص، دیه و ضمان مالی در جنبهٔ حق‌الناسی آن‌هاست و ظاهراً حدود و تعزیرات هم در ماده صرفاً حقوق‌الله فرض شده و جنبهٔ حق‌الناسی موجود در برخی حدود به‌ویژه قذف نادیده گرفته شده است. در مادهٔ ۲۵۵ ق.م.ا پیرامون قذف آمده است: «حد قذف حق الناس است و تعقیب و اجرای مجازات منوط به مطالبهٔ مقذوف است.»

از سویی در مادهٔ ۲۳۱ ق.آ.د.م آمده است: «در کلیهٔ دعاوی که جنبه حق الناسی دارد، اعم از امور جزائی یا مدنی (مالی و غیر آن) به شرح مادهٔ فوق هرگاه به‌علت غیبت یا بیماری، سفر، حبس و... حضور گواه اصلی متعذر یا متعسر باشد گواهی بر شهادت گواه اصلی مسموع خواهد بود.» این ماده با تأکید بر موارد حق‌الناسی، شهادت بر شهادت را در مطلق امور جزایی یا مدنی می‌پذیرد و بنابراین، عموم آن شامل حدود مشترک و تعزیرات ناشی از نقض حقوق‌الناس نیز می‌گردد.

پرسش این است که مادهٔ ۲۳۱ ق.آ.د.م و مادهٔ ۱۸۹ ق.م.ا چگونه با یکدیگر قابل جمع هستند؟ نظر به پیش‌بینی مادهٔ ۲۲۰ و امکان انطباق حالت حدود مشترک و تعزیرات یادشده بر آن، مستند به اصل ۱۶۷قا مبنی بر اینکه در موارد سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، قاضی موظف است برای یافتن حکم دعوا، به منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر مراجعه نماید. پژوهش پیش رو بر آن است که به حل تعارض ظاهری این دو ماده بپردازد.

چنین بیانی از مقنن در وهلهٔ اول دیدگاهی را تقویت می‌کند که مادهٔ ۱۸۹ ناسخ مادهٔ ۲۳۱ ق.آ.د.م دانسته شود (فرح‌زادی و دیگران، ۱۴۰۰، ص. ۱۸۴)؛ اما، نظر به قوت اصل عدم نسخ و وجود راهکار تخصیص، بهتر

است در دوران امر میان تخصیص و نسخ، بنا بر تخصیص نهاده شود (مظفر، ۱۳۸۷، صص. ۱۷۹-۱۸۲). به این معنی که قانون‌گذار حدود مختص را از مطلق امور جزایی در مادهٔ ۲۳۱ ق.آ.د.م خارج نموده است.

قانون‌گذار در دو مادهٔ ۱۲۰ و ۱۲۱، اعمال قاعدهٔ درء را از جمله عوامل سقوط مجازات بیان می‌کند. مادهٔ ۱۲۱ در جرایم حدی محاربه، افساد فی‌الأرض، سرقت و قذف، صرف وجود شبهه یا تردید را کافی ندانسته است و بدون تحصیل دلیل، این چهار جرم را به استناد قاعدهٔ درء قابل اسقاط نمی‌داند. این نکته می‌تواند دلیلش داشتن جنبهٔ حق‌الناسی آن‌ها باشد؟

ازآنجایی‌که قانون‌گذار در مادهٔ ۱۲۱ ق.م.ا صرف وجود شبهه یا تردید بدون تحصیل دلیل را موجب سقوط حدود محاربه، افساد فی‌الأرض، سرقت و قذف ندانسته و شهادت بر شهادت بینه یا اماره به شمار می‌آید، شهادت بر شهادت را می‌توان در چهار جرم نامبرده پذیرفت؛ زیرا، شهادت بر شهادت صرف شبهه یا تردید نیست و دلیل به شمار می‌آید. از دیگر سو قصاص، دیه و ضمان مالی که در مادهٔ ۱۸۹ ق.م.ا با شهادت بر شهادت قابل اثبات است، وجه مشترکی دارند که حق‌الناس‌بودن آن‌هاست و می‌تواند قرینه‌ای بر خروج حکمی حدود مشترک و تعزیرات ناشی از نقض حق‌الناس باشد؛ زیرا، این دست حدود و تعزیرات، معلولی برای علت نقض حقوق مردمان می‌باشند.

شرطیت انگیزهٔ ترساندن مردم در تحقق معنای محاربه (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج. ۱۵، ص. ۵؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج. ۳، ص. ۵۰۷) و برهم‌زدن سلامت جامعه در تحقق معنای افساد فی‌الأرض (منتظری، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۵۲۱) نشانهٔ این است که از پایه محاربه و افساد فی‌الأرض نیز ناقض حق مردم بر امنیت می‌باشند و لذا، می‌توان آن‌ها را در شمار حدود مشترک و ناقض حقوق‌الناس دانست. قانون‌گذار نیز در مادهٔ ۲۷۹ ق.م.ا برای تعریف محاربه و اخلال در نظم عمومی کشور موضوع مادهٔ ۲۸۶ ق.م.ا، موضوع اصلی محاربه و افساد فی‌الأرض تجاوز به حقوق‌الناس دانسته شده است.

با توجه به بیان صاحب جواهر «بل مقتضاهما عدم الفرق فیها سواء کانت لله محضة کحد الزناء و اللواط و السحق أو مشترکة بینه تعالی و بین الآدمی کحد السرقة و القذف و إن کان المجمع علیه نقلا و تحصیلا الأولی منها، و أما الأخیران و نحوهما فعلی خلاف فیهما» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۱۹۱)، به نظر می‌رسد به قرینهٔ واژهٔ «أخیران» که حد سرقت و قذف باشد، ظاهراً مراد از «نحوهما» آن است که حدود دیگری همانند حد سرقت و قذف نیز وجود دارد که مشترک میان حق‌الله و حق‌الناس باشد. شاید از این رهگذر باشد که قانون‌گذار در مادهٔ ۱۲۱ ق.م.ا، افزون بر سرقت و قذف، محاربه و افساد فی‌الأرض را هم در شمار جرایمی آورده است که به صرف وجود شبهه یا تردید درء نمی‌شود.

نظر به ایرادات واردشده به مادهٔ ۱۸۹ ق.م.ا که بیشتر آن‌ها جنبهٔ ماهوی دارند، به قانون‌گذار پیشنهاد می‌گردد در مسئلهٔ شهادت بر شهادت، میان موارد ناقض حقوق خداوندی و موارد ناقض حقوق مردمان تفصیل قائل شود تا تضییع حقوق عامه پدید نیاید. از دیگر سو باید دانست که در تقنین قوانین جزایی همواره باید در دوران امر میان حقوق مردم و حقوق خداوندی، حقوق‌الناس مقدم شود. در این راستا به قانون‌گذار پیشنهاد می‌گردد، نظر به ادلهٔ فقهی که پشتوانهٔ دیدگاه انصراف ادلهٔ نپذیرفتن شهادت بر شهادت به حدود مختص

می‌باشند، وفق تبصره‌ای به خروج حکمی حدود مشترک و تعزیرات، به‌ویژه تعزیرات برخاسته از نقض حقوق‌الناس، از عموم مادهٔ ۱۸۹ ق.م.ا تصریح نماید.

تبصرهٔ پیشنهادی: «حدود مشترک از قبیل قذف و سرقت و تعزیرات برخاسته از نقض حقوق‌الناس، از عموم جرایم موجب حد و تعزیر موجود در ماده‌خارج هستند و مرتکبان این جرایم در فرض تحقق شرایط، با شهادت بر شهادت به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌گردد.»

نتیجه‌گیری

نظر به اشکالات دلایل مخالفان پذیرش شهادت بر شهادت در مطلق حدود و اتقان دلایل موافقان پذیرش شهادت بر شهادت در بعض حدود، نظر درست آن است که شهادت بر شهادت در آنچه در شمار حقوق‌الناس باشد، قابل پذیرش است؛ خواه متعلق شهادت حدود مشترک باشد، خواه تعزیرات مبتنی بر نقض حقوق‌الناس.

روایاتی چون دو خبر غیاث و طلحه، شهادت بر شهادت را در مطلق حدود معتبر ندانسته‌اند؛ اما، به‌دلیل ضعف سندی آن دو، قوت بیشتر روایاتی همانند صحیحهٔ محمد بن مسلم که بر پذیرش مطلق شهادت بر شهادت دلالت دارند و همچنین، عموم آیهٔ «وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ»، باید روایات دال بر عدم پذیرش شهادت بر شهادت در مطلق حدود را به قدر متیقن که حقوق‌الله محض باشد، حمل نمود. از سویی، در حدود مشترک، همچون قذف به‌دلیل غلبهٔ حق‌الناس بر حق‌الله شهادت بر شهادت پذیرفته می‌شود.

مفهوم حد در دو خبر غیاث و طلحه اجمال دارد و این اجمال موجب اختلاف در دامنهٔ حدودی می‌شود که با شهادت بر شهادت ثابت نمی‌شوند؛ زیرا، برخی از فقیهان حد را شامل مطلق حدود دانسته‌اند؛ اما، برخی دیگر از قذف و سرقت منصرف دانسته‌اند. از سویی برخی با توجه به‌معنای مجازی حد، آن را اعم از تعزیرات دانسته و از همین رو گفته‌اند که با شهادت بر شهادت تعزیرات ثابت نمی‌شوند؛ اما، برخی دیگر گفته‌اند که معنای حقیقی حد مراد است، لذا، با شهادت بر شهادت تعزیرات ثابت می‌شوند.

این‌گونه نیست که همهٔ احکام حدود شامل تعزیرات بشود. تعزیراتی که خاستگاهشان نقض حقوق مردم است، در عموم ادلهٔ پذیرش شهادت بر شهادت باقی می‌مانند. قانون‌گذار با پیروی از دیدگاه مشهور امامیه، در مادهٔ ۱۸۹ ق.م.ا شهادت بر شهادت را در حدود و تعزیرات نپذیرفته؛ اما، در مادهٔ ۲۳۱ ق.آ.د.م در امور جزایی پذیرفته است. نظر به تعارض ظاهری میان این دو ماده و لزوم جلوگیری از تضییع حقوق‌الناس، با مراجعه به منابع معتبر اسلامی، بازنگری از گونهٔ الحاق تبصره به مادهٔ ۱۸۹ ق.م.ا پیشنهاد می‌شود.

منابع

قرآن مجید. (۱۳۷۳). (ترجمه ناصر مکارم شیرازی، چاپ دوم). قم: دفتر مطالعات تاریخ و معارف اسلامی.

آمدی، عبدالواحد بن محمد. (۱۳۶۶). تصنیف غرر الحکم و درر الکلم. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

ابن حمزه، محمد بن علی. (۱۴۰۸). الوسیلة إلی نیل الفضیلة. قم: کتابخانه آیت‌الله العظمی مرعشی نجفی.

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

بجنوردی، سید محمد. (۱۴۰۱). قواعد فقهیة (چاپ سوم). تهران: عروج.

بحرانی، حسین بن محمد. (بی‌تا). الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع. قم: مجمع البحوث العلمیة.

ترحینی، محمد حسین. (۱۴۲۷). الزبدة الفقهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: دار الفقه للطباعة و النشر.

جزیری، عبدالرحمن و دیگران. (۱۴۱۹). الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البیت وفقاً لمذهب أهل البیت. بیروت: دارالثقلین.

حاجی ده‌آبادی، احمد. (۱۳۸۹). قواعد فقه جزایی (چاپ دوم). قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰). تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة. قم: مؤسسه امام صادق (ع).

حلی سیوری، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۴). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: کتابخانه آیت‌الله العظمی مرعشی نجفی.

خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۰۹). کفایة الاصول. قم: مؤسسة آل البیت.

خمینی، سید روح‌الله. (بی‌تا). تحریر الوسیلة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

خوانساری، سید احمد. (۱۴۰۵). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع (چاپ دوم). قم: اسماعیلیان.

سبحانی، جعفر. (۱۴۱۵). الرسائل الأربع. قم: مؤسسه امام صادق (ع).

سبحانی، جعفر. (۱۴۱۸). نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء. قم: مؤسسه امام صادق (ع).

سبزواری، سید عبدالأعلی. (۱۴۱۳). مهذّب الأحکام (چاپ چهارم). قم: المنار.

سبزواری، محمدباقر. (۱۴۲۳). کفایة الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۰). اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة. بیروت: دار التراث و الدار الإسلامیة.

شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۴). غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳). مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة.

صدوق، محمد بن علی. (۱۴۱۳). من لایحضره الفقیه (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

طباطبایی، سید علی. (۱۴۱۸). ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل. قم: مؤسسة آل البیت.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الإمامیة (چاپ سوم). تهران: مرتضوی.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷الف). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ب). تهذیب الأحکام (چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامیة.

عبدالرحمن، محمود. (بی‌تا). معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیة. بی‌جا.

علوی، سید جعفر و رضوانی، غلام‌حیدر. (۱۳۹۸). بررسی نظریه مشهور در شهادت بر شهادت. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۱(۲۰).

فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۰). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة: القضاء و الشهادات. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).

فرح‌زادی، علی‌اکبر و دیگران. (۱۴۰۰). امکان‌سنجی اثبات قذف از گذرگاه شهادت ثانوی: نگاهی به نظام حقوقی ایران، فقه شیعه و اهل سنت. مطالعات حقوقی، ۱۳(۱).

فضل‌الله، سید محمدحسین. (۱۴۲۶). البلوغ. بیروت: دار الملاک.
کاشف‌الغطاء، احمد بن علی. (۱۴۲۳). سفینة النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات. نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
گرجی، ابوالقاسم. (۱۳۷۹). تاریخ فقه و فقها. تهران: سمت.
گلپایگانی، سید محمدرضا. (۱۴۰۵). کتاب الشهادات. قم: بی‌نا.
مجلسی اول، محمدتقی. (۱۴۰۶). روضة المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه (چاپ دوم). قم: کوشانپور.
مجلسی دوم، محمدباقر. (۱۴۰۶). ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار. قم: کتابخانه عمومی آیت‌الله العظمی مرعشی نجفی.
محقق اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۰۶). قواعد فقه (چاپ دوازدهم). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
محقق سبزواری، محمدباقر. (۱۴۲۳). کفایة الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
مصطفوی، سید محمدکاظم. (۱۴۲۱). القواعد: مائة قاعدة فقهیة (چاپ چهارم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
مظفر، محمدرضا. (۱۳۸۷). اصول الفقه (چاپ پنجم). قم: بوستان کتاب.
منتظری، حسینعلی. (بی‌تا). رساله استفتاءات. قم: بی‌نا.
موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۲۷). فقه الحدود و التعزیرات (چاپ دوم). قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید.
مؤمن، محمد. (۱۴۲۲). مبانی تحریر الوسیلة: کتاب الحدود. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (چاپ هفتم). بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
نراقی، احمد. (۱۴۲۵). الحاشیة علی الروضة البهیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۳۸۲). فرهنگ فقه مطابق با مذهب اهل بیت. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت.
هندی، محمد بن حسن (فاضل هندی). (۱۴۱۶). کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

References

The Holy Qur'an.
Āmidī, ʿAbd al-Vāḥid ibn Muḥammad. (1366 SH [1987/1988 CE]). *Taṣnīf-i Ghurar al-ḥikam va durar al-kalim*. Qom: Daftār-i Tablīghāt-i Islāmī. (in Arabic)
Ibn Ḥamzah, Muḥammad ibn ʿAlī. (1408 AH [1987/1988 CE]). *Al-Wasīlah ilá nayl al-faḍīlah*. Qom: Kitābkhānah-ʾi Āyat Allāh al-ʿUẓmá Marʿashī Najafī. (in Arabic)
Imāmī, Sayyid Ḥasan. (n.d.). *Ḥuqūq-i madanī* [Civil law]. Tehran: Intishārāt-i Islāmiyyah. (in Persian)
Bujnūrdī, Sayyid Muḥammad. (1401 SH [2022/2023 CE]). *Qavāʿid-i fiqhiyyah* [Jurisprudential maxims] (3rd ed.). Tehran: ʿUrūj. (in Persian)
Baḥrānī, Ḥusayn ibn Muḥammad. (n.d.). *Al-Anwār al-lawāmiʿ fī sharḥ Mafātīḥ al-sharāʾiʿ*. Qom: Majmaʿ al-Buḥūth al-ʿIlmiyyah. (in Arabic)
Tarḥīnī, Muḥammad Ḥusayn. (1427 AH [2006/2007 CE]). *Al-Zubdah al-fiqhiyyah fī sharḥ al-Lumʿah al-Dimashqiyyah*. Qom: Dār al-Fiqh lil-Ṭibāʿah wa-al-Nashr. (in Arabic)
Jazīrī, ʿAbd al-Raḥmān, et al. (1419 AH [1998/1999 CE]). *Al-Fiqh ʿalá al-madhāhib al-arbaʿah wa-madhhab Ahl al-Bayt wafqan li-madhhab Ahl al-Bayt*. Beirut: Dār al-Thaqalayn. (in Arabic)
Ḥājī Dih-Ābādī, Aḥmad. (1389 SH [2010/2011 CE]). *Qavāʿid-i fiqh-i jazāʾī* [Maxims of criminal jurisprudence] (2nd ed.). Qom: Pizhūhishgāh-i Ḥawzah va Dānishgāh. (in Persian)

Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. (1420 AH [1999/2000 CE]). *Taḥrīr al-aḥkām al-sharʿiyyah ʿalá madhhab al-Imāmiyyah*. Qom: Muʾassasah-ʾi Imām Ṣādiq (ʿa). (in Arabic)

Ḥillī Suyūrī, Miqdād ibn ʿAbd Allāh. (1404 AH [1983/1984 CE]). *Al-Tanqīḥ al-rāʾiʿ li-mukhtaṣar al-Sharāʾiʿ*. Qom: Kitābkhānah-ʾi Āyat Allāh al-ʿUẓmá Marʿashī Najafī. (in Arabic)

Khurāsānī, Muḥammad Kāẓim. (1409 AH [1988/1989 CE]). *Kifāyat al-uṣūl*. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt. (in Arabic)

Khumaynī, Sayyid Rūḥ Allāh. (n.d.). *Taḥrīr al-wasīlah*. Tehran: Muʾassasah-ʾi Tanẓīm va Nashr-i Āthār-i Imām Khumaynī. (in Arabic)

Khvānsārī, Sayyid Aḥmad. (1405 AH [1984/1985 CE]). *Jāmiʿ al-madārik fī sharḥ Mukhtaṣar al-nāfiʿ* (2nd ed.). Qom: Ismāʿīliyān. (in Arabic)

Subḥānī, Jaʿfar. (1415 AH [1994/1995 CE]). *Al-Rasāʾil al-arbaʿ*. Qom: Muʾassasah-ʾi Imām Ṣādiq (ʿa). (in Arabic)

Subḥānī, Jaʿfar. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Niẓām al-qaḍāʾ wa-al-shahādah fī al-sharīʿah al-Islāmiyyah al-gharrāʾ*. Qom: Muʾassasah-ʾi Imām Ṣādiq (ʿa). (in Arabic)

Sabzavārī, Sayyid ʿAbd al-Aʿlá. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Muhadhdhab al-aḥkām* (4th ed.). Qom: Al-Manār. (in Arabic)

Sabzavārī, Muḥammad Bāqir. (1423 AH [2002/2003 CE]). *Kifāyat al-aḥkām*. Qom: Daftār-i Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)

Shahīd-i Avval, Muḥammad ibn Makkī. (1410 AH [1989/1990 CE]). *Al-Lumʿah al-Dimashqiyyah fī fiqh al-Imāmiyyah*. Beirut: Dār al-Turāth wa-al-Dār al-Islāmiyyah. (in Arabic)

Shahīd-i Avval, Muḥammad ibn Makkī. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Ghāyat al-murād fī sharḥ Nukat al-Irshād*. Qom: Daftār-i Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)

Shahīd-i Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Masālik al-afhām ilá tanqīḥ Sharāʾiʿ al-Islām*. Qom: Muʾassasat al-Maʿārif al-Islāmiyyah. (in Arabic)

Ṣadūq, Muḥammad ibn ʿAlī. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Man lā yaḥḍuruhu al-faqīh* (2nd ed.). Qom: Daftār-i Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)

Ṭabāṭabāʾī, Sayyid ʿAlī. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Riyāḍ al-masāʾil fī taḥqīq al-aḥkām bi-al-dalāʾil*. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt. (in Arabic)

Ṭūsī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Al-Mabsūṭ fī fiqh al-Imāmiyyah* (3rd ed.). Tehran: Murtaḍawī. (in Arabic)

Ṭūsī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. (1407a AH [1986/1987 CE]). *Al-Khilāf*. Qom: Daftār-i Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)

Ṭūsī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. (1407b AH [1986/1987 CE]). *Tahdhīb al-aḥkām* (4th ed.). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Arabic)

ʿAbd al-Raḥmān, Maḥmūd. (n.d.). *Muʿjam al-muṣṭalaḥāt wa-al-alfāẓ al-fiqhiyyah*. n.p. (in Arabic)

ʿAlavī, Sayyid Jaʿfar, & Ghulām-Ḥaydar Riḍvānī. (1398 SH [2019/2020 CE]). Barrasī-yi naẓariyyah-ʾi mashhūr dar shahādat bar shahādat [An examination of the prominent theory on testimony upon testimony]. *Āmūzah-hā-yi Fiqh-i Madanī*, 11(20). (in Persian)

Fāḍil Lankarānī, Muḥammad. (1420 AH [1999/2000 CE]). *Tafṣīl al-sharīʿah fī sharḥ Taḥrīr al-wasīlah: Al-Qaḍāʾ wa-al-shahādāt*. Qom: Markaz-i Fiqhī-yi Aʾimmah-ʾi Aṭhār (ʿa). (in Arabic)

Faraḥzādī, ʿAlī-Akbar, et al. (1400 SH [2021/2022 CE]). Imkān-sanjī-yi isbāt-i qadhf az gudhar-gāh-i shahādat-i thānavī: Nigāhī bih niẓām-i ḥuqūqī-yi Īrān, fiqh-i Shīʿah

va Ahl-i Sunnat [Feasibility of proving qadhf through secondary testimony: A review of the Iranian legal system, Shia and Sunni jurisprudence]. *Muṭāla'āt-i Ḥuqūqī*, 13(1). (in Persian)

Faḍl Allāh, Sayyid Muḥammad Ḥusayn. (1426 AH [2005/2006 CE]). *Al-Bulūgh*. Beirut: Dār al-Malāk. (in Arabic)

Kāshif al-Ghiṭā', Aḥmad ibn 'Alī. (1423 AH [2002/2003 CE]). *Safīnat al-najāt wa-mishkāt al-hudá wa-miṣbāḥ al-sa'ādāt*. Najaf: Mu'assasat Kāshif al-Ghiṭā'. (in Arabic)

Gurjī, Abū al-Qāsim. (1379 SH [2000/2001 CE]). *Tārīkh-i fiqh va fuqahā* [History of jurisprudence and jurists]. Tehran: SAMT. (in Persian)

Gulpāyigānī, Sayyid Muḥammad Riḍā. (1405 AH [1984/1985 CE]). *Kitāb al-shahādāt*. Qom: n.p. (in Arabic)

Majlisī-yi Avval, Muḥammad Taqī. (1406 AH [1985/1986 CE]). *Rawḍat al-muttaqīn fī sharḥ Man lā yaḥḍuruhu al-faqīh* (2nd ed.). Qom: Kūshānpūr. (in Arabic)

Majlisī-yi Duvvum, Muḥammad Bāqir. (1406 AH [1985/1986 CE]). *Malādh al-akhyār fī fahm Tahdhīb al-akhbār*. Qom: Kitābkhānah-'i 'Umūmī-yi Āyat Allāh al-'Uẓmá Mar'ashī Najafī. (in Arabic)

Muḥaqqiq al-Ardabīlī, Aḥmad ibn Muḥammad. (1403 AH [1982/1983 CE]). *Majma' al-fā'idah wa-al-burhān fī sharḥ Irshād al-adhhān*. Qom: Daftār-i Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)

Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafá. (1406 AH [1985/1986 CE]). *Qavā'id-i fiqh* [Jurisprudential maxims] (12th ed.). Tehran: Markaz-i Nashr-i 'Ulūm-i Islāmī. (in Persian)

Muḥaqqiq Sabzavārī, Muḥammad Bāqir. (1423 AH [2002/2003 CE]). *Kifāyat al-aḥkām*. Qom: Daftār-i Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)

Muṣṭafawī, Sayyid Muḥammad Kāẓim. (1421 AH [2000/2001 CE]). *Al-Qawā'id: Mi'at qā'idah fiqhiyyah* (4th ed.). Qom: Daftār-i Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)

Muẓaffar, Muḥammad Riḍā. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Uṣūl al-fiqh* (5th ed.). Qom: Būstān-i Kitāb. (in Arabic)

Muntaẓirī, Ḥusayn-'Alī. (n.d.). *Risālah-'i istiftā'āt* [Treatise of legal inquiries]. Qom: n.p. (in Persian)

Mūsawī Ardabīlī, Sayyid 'Abd al-Karīm. (1427 AH [2006/2007 CE]). *Fiqh al-ḥudūd wa-al-ta'zīrāt* (2nd ed.). Qom: Mu'assasat al-Nashr li-Jāmi'at al-Mufīd. (in Arabic)

Mu'min, Muḥammad. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Mabānī Taḥrīr al-wasīlah: Kitāb al-ḥudūd*. Tehran: Mu'assasah-'i Tanẓīm va Nashr-i Āthār-i Imām Khumaynī. (in Arabic)

Najafī, Muḥammad Ḥasan. (1404 AH [1983/1984 CE]). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ Sharā'i' al-Islām* (7th ed.). Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī. (in Arabic)

Narāqī, Aḥmad. (1425 AH [2004/2005 CE]). *Al-Ḥāshiyah 'alá al-Rawḍah al-bahiyyah*. Qom: Daftār-i Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)

Hāshimī Shāhrūdī, Sayyid Maḥmūd. (1382 SH [2003/2004 CE]). *Farhang-i fiqh muṭābiq bā madhhab-i Ahl-i Bayt* [Dictionary of jurisprudence according to the Ahl al-Bayt school]. Qom: Mu'assasah-'i Dā'irat al-Ma'ārif-i Fiqh-i Islāmī bar Madhhab-i Ahl-i Bayt. (in Persian)

Hindī, Muḥammad ibn al-Ḥasan (Fāḍil al-Hindī). (1416 AH [1995/1996 CE]). *Kashf al-lithām wa-al-ibhām 'an Qawā'id al-aḥkām*. Qom: Daftār-i Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)

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

Publicizing an Offender as a Protective-Precautionary Measure: Its Rationale and Temporal Scope

Kazem Khosravi[1]

1. Department of Law, Islamic Azad University, Mashhad Branch, Mashhad, Iran. Email: kazem.khosravi@iau.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received
03 November 2025
Received in revised form
27 November 2025
Accepted
21 December 2025
Available online
22 June 2026

Keywords:
publicizing offenders,
false testimony,
protective measure,
human dignity,
criminal record

ABSTRACT

Public identification of offenders can intensify stigma, social exclusion, and obstacles to reintegration, and may amount to a second punishment inconsistent with human dignity. Islamic jurists have discussed tashhīr, or public exposure, in connection with false testimony, qadhf, fraud, deception, and procuring. This article re-examines the subject, rationale, scope, and legal nature of tashhīr. Using a descriptive-analytical study of primary fiqhi sources, it finds that a binding requirement of public exposure is established only for the false witness. Its rationale was not retribution, deterrent humiliation, or reform through disgrace, but the protection of adjudication by preventing renewed reliance on the witness until rehabilitation became known. The measure is therefore protective and precautionary rather than punitive, and it differs from publication of a final judgment, media release of an offender's image, public execution of punishment, shaving the head, exile, or banishment. Because modern criminal-record systems enable courts to verify prior convictions, the original rationale has largely disappeared. Tashhīr is no longer required as a primary rule, although narrowly tailored disclosure may exceptionally be authorized as a secondary governmental measure where public order and a demonstrated public interest require it.

Cite this article: Khosravi, K. (2026). Publicizing an offender as a protective-precautionary measure: Its rationale and temporal scope. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, *20*(1), 287-307. https://doi.org/10.22034/fvh.2025.22427.2224

© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: https://doi.org/10.22034/fvh.2025.22427.2224

Introduction

Criminal justice systems use several forms of public identification, including publication of convictions, disclosure of names or images, and public execution of penalties. These practices raise concerns about stigma, double punishment, human dignity, and the offender's return to society. Premodern fiqh also contains the concept of tashhīr, but modern commentary often treats every form of public exposure as a single punitive institution. This article asks why tashhīr was prescribed, for which offense it was binding, how long it was to operate, and whether its rationale survives under contemporary judicial administration.

Methodology

The study uses a descriptive-analytical method. It examines primary Imami legal texts and reports to distinguish authoritative prescriptions from later analogies or broad assertions. It then applies cause-based analysis to identify the operative rationale, compares tashhīr with neighboring sanctions and publicity practices, and evaluates whether contemporary criminal-record systems achieve the same protective purpose through less harmful means.

Literature Review

Existing studies frequently adopt a maximalist understanding. They classify publication of judgments, disclosure of images, public punishment, shaving, exile, and similar practices as manifestations of tashhīr and describe the institution as a punishment designed to disgrace or deter. This approach pays insufficient attention to the textual basis and legislative purpose of the classical rule. It also risks converting a narrow precaution into a general license for reputational punishment.

Findings

Authoritative support for mandatory tashhīr is confined to deliberate false testimony. Comparable obligations in qadhf, fraud, deception, and procuring lack either a reliable text or the same operative rationale. The reason for exposing a false witness was to alert the community and courts so that the person's testimony would not again be accepted before genuine reform was established. The measure consequently served the integrity of adjudication rather than the conventional purposes of punishment. Its temporal scope was tied to the continuing evidentiary risk and ended with verified rehabilitation.

Discussion

Once courts maintain accessible and reliable criminal or judicial records, public humiliation is no longer necessary to prevent renewed reliance on a known false witness. The primary rule loses its practical cause, while the

harms of indiscriminate exposure become more pronounced. This conclusion reflects the minimum-oriented character of the classical doctrine and its concern for human dignity. It does not eliminate every governmental power to disclose risk. Disclosure may be justified under secondary principles such as preservation of public order and public interest, but only where necessity, proportionality, accuracy, temporal limits, and procedural safeguards are demonstrated.

Conclusion

Tashhīr in classical fiqh is a narrow protective-precautionary measure linked to false testimony, not a general punishment of public shame. It is conceptually distinct from publication of judgments and other public sanctions. Modern judicial-record systems ordinarily remove the cause that once justified public exposure, so no primary obligation to apply it remains. Any contemporary disclosure of an offender must be assessed independently under secondary governmental principles and confined to the least intrusive measure necessary to protect a concrete public interest.

Declarations

Author Contributions: All research, analysis, and drafting were carried out 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 of Generative AI and AI-assisted Technologies: The author declared that no artificial intelligence was used in the writing process.

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

موضوع‌شناسی تشهیر به‌عنوان اقدام تأمینی-احتیاطی؛ از علت‌شناسی تا گسترهٔ آن در بستر زمان

کاظم خسروی[۱]

۱. گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد، مشهد، ایران. رایانامه: kazem.khosravi@iau.ac.ir

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۸/۱۲
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۹/۰۶
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۹/۳۰
تاریخ انتشار: ۱۴۰۵/۰۴/۰۱

کلیدواژه‌ها:
تشهیر،
شناساندن مجرم،
شهادت زور،
مجازات،
اقدام تأمینی - احتیاطی

چکیده

گرچه در منابع فقهی تشهیر مجرم در جرائم شهادت زور، قذف، احتیال، تدلیس و قوادی مورد بحث قرار گرفته، اما الزام به آن صرفاً در جرم شهادت زور مورد اتفاق فقها بوده است. علت اصلی نیز در شناساندن مجرم در جرم شهادت زور، اجتناب از پذیرش شهادت مجدد وی بوده است که این امر با توجه به موضوعیت داشتن شهادت شرعی در نظام دادرسی کیفری اسلام در پرتو تضمین دادرسی عادلانه قابل توجیه است. بنابراین سؤال اصلی در این مقاله موضوع‌شناسی تشهیر در فقه اسلامی بوده که در پرتو علت‌شناسی آن در عصر کنونی مورد بازخوانی قرار گرفته است. بر همین مبنا تشهیر در فقه اسلامی با رویکرد تنبیهی/سرکوبگر نگریسته نشده، بلکه اقدام تأمینی-احتیاطی بوده است که با توجه به تفاوت در هدف با عناوین مشابه همچون انتشار حکم محکومیت قطعی، اجرای علنی کیفر و نظایر آن واگرایی دارد. همچنین با توجه به دسترسی محاکم به سابقهٔ کیفری افراد با تشکیل سامانهٔ الکترونیکی سجل قضائی و تکلیف به ثبت کلیهٔ محکومیت‌های کیفری توسط دادسراها و دادگاه‌ها، علت مذکور منتفی گشته و امروزه نمی‌توان اجرای آن را به‌عنوان حکم اولیه پذیرفت. البته این امر مانع از آن نیست که با استناد به ادلهٔ ثانویه همچون وجوب حفظ نظام و مصلحت، حکومت اسلامی تحت عناوین دیگری به شناساندن مجرم به افراد جامعه به‌عنوان یک حکم ثانویه مبادرت ورزد.

استناد: خسروی، کاظم. (۱۴۰۵). موضوع شناسی تشهیر به عنوان اقدام تأمینی- احتیاطی؛ از علت شناسی تا گسترهٔ آن در بستر زمان. مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ۲۰(۱)، ۲۸۷-۳۰۷. https://doi.org/10.22034/fvh.2025.22427.2224

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

مقدمه

شناساندن و معرفی مجرم به دیگران به‌خاطر محکومیت یافتن وی در اثر ارتکاب جرم که به‌شیوه‌های گوناگونی همچون انتشار حکم محکومیت قطعی، درج نام محکوم در جراید، اجرای علنی کیفر و غیره از سوی دستگاه عدالت کیفری اجرا می‌گردد، همواره مورد بحث جدی حقوق‌دانان بوده است. خصوصاً آنکه برچسب‌زنی به مجرم و رسواسازی وی، احتمال طرد او از جامعه را افزایش داده و بازسازگاری اجتماعی وی را با مانع جدی روبه‌رو می‌سازد. علاوه بر این، ایراد تحمیل مجازات مضاعف و همچنین شائبهٔ نقض کرامت بشریِ مجرم را نیز همراه دارد. چنان‌که در رابطه با تشهیر مجرم نیز که در فقه اسلامی در جرائم شهادت زور، قذف، احتیال (کلاهبرداری)، تدلیس و قوادی مورد تصریح فقیهان امامیه قرار گرفته است، این بحث قابل طرح است. بنابراین با توجه به موضوع مقاله که موضوع‌شناسی تشهیر بوده، مسئلهٔ اصلی را می‌توان بررسی ماهیت تشهیر در فقه اسلامی مطرح نمود. بر همین اساس، علت‌شناسی تشهیر، دامنه و گسترهٔ تشهیر، همگرایی یا واگرایی تشهیر با عناوین مشابه در نظام کیفری ایران و همچنین امکان‌سنجی نقض حق کرامت بشری در اثر اجرای آن به‌عنوان سؤالات دیگر در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته است. بر همین مبنا می‌توان فرضیات زیر را مطرح نمود:

یک- تشهیر در فقه اسلامی ماهیتاً مجازات نبوده، بلکه در زمرهٔ اقدامات تأمینی-احتیاطی قرار می‌گیرد.

دو- علت اصلی در تشهیر مجرم، جلوگیری از پذیرش شهادت شرعی شخصی است که سابقاً به‌طور عمدی اقدام به شهادت کذب نموده است.

سه- تشهیر در فقه اسلامی اقدام حداقلی بوده و الزام به آن صرفاً در جرم شهادت زور مورد پذیرش فقیهان اسلامی قرار گرفته است.

چهار- امروزه با وجود تشکیل واحد سجل قضائی در محاکم و دادسراها علت اصلی در تشهیر منتفی گشته و شناساندن مجرم به دیگران تحت عناوین مشابه دیگر با تشهیر همخوانی نداشته و مشروعیت آنان براساس احکام ثانویه مورد ارزیابی قرار خواهد گرفت.[۱]

پنج- با توجه به کمینه‌ای بودن تشهیر و نحوهٔ اجرای آن در فقه اسلامی، این اقدام نقض‌کنندهٔ کرامت بشری نخواهد بود.

در رابطه با پیشینهٔ پژوهش نیز گفتنی است آنچه تاکنون از سوی پژوهشگران در مورد تشهیر به رشتهٔ تحریر درآمده، بدون توجه به فلسفهٔ تشریع آن بوده است. به‌گونه‌ای که با خوانشی موسع از مفهوم تشهیر، سایر عناوین مشابه همچون انتشار حکم محکومیت قطعی، انتشار تصویر مجرم در رسانه‌ها، تراشیدن سر، تبعید و اعلام نام محکوم در جراید را از مصادیق تشهیر دانسته‌اند. همچنین، این اقدام را نوعی مجازات دانسته که با هدف سزادهی و رسواسازی به دنبال پیشگیری از تکرار جرم توسط مرتکب در آینده بوده است. این رویکرد حداکثری

---

۱. چنانچه برخی در ارزش کیفرشناختی اعلان و انتشار حکم محکومیت، این ضمانت اجرا را موجب آگاهی شهروندان از جرائم ارتکابی و تشویق دیگران به احتیاط بیشتر دانسته و اجرای حداقلی آن را خصوصاً در قلمرو حقوق کار، حقوق اقتصادی، حقوق مصرف‌کنندگان و... توصیه نموده‌اند. به عقیدهٔ اینان این اقدامات با هدف آگاهی‌بخشی به شهروندان و تشویق به احتیاط بیشتر می‌تواند مورد استفاده قرار بگیرد (بولک، ۱۳۸۷، صص. ۷۲-۷۳).

نسبت به تشهیر به‌عنوان یک حکم اولیه با مذاق شارع سازگار نبوده و امکان بازسازگاری مجرم را نیز با مشکل جدی مواجه می‌سازد (برای نمونه، ر.ک. رشادتی و رضائی، ۱۳۹۹؛ غلامی و آقائی میبدی، ۱۴۰۱؛ محدثی و سلطانی، ۱۳۹۶؛ محمدیان و همکاران، ۱۴۰۱).

مفهوم‌شناسی تشهیر

از لحاظ لغوی واژهٔ «شهر» و «شهره» در زبان عربی بر وضوح در امری و روشن‌سازی آن دلالت دارد. چنان‌که عبارت «شهر سیفه» زمانی به کار می‌رود که شمشیر را آشکار نماید (ابن‌فارس، ۱۴۰۲، ج. ۳، ص. ۲۲۲). همچنین نامیدن ماه در زبان عربی به «شهر» به‌خاطر ظهور و آشکار بودن آن است. بدین معنا که چون ماه به وضوح دیده می‌شود، آن را شهر نامیده‌اند. برخی نیز زمانی که ماه آشکار گشته و به کمال نزدیک شده، آن را شهر نامیده‌اند (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج. ۴، ص. ۴۳۲). بااین‌حال به نظر می‌رسد واژهٔ «شهره» زمانی به کار می‌رود که یک امر در شکل یا قالب زشت و ناپسند آشکار گردیده تا جایی که به‌خاطر همین ویژگی منفی میان مردم شناخته و مشهور شده است. واژهٔ «شنعه» به‌معنای زشتی و بدی در عبارت «والشهره ظهور الشیء فی شنعه حتی یشهره الناس» (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج. ۳، ص. ۴۰۰؛ ابن‌عباد، ۱۴۱۴، ج. ۳، ص. ۳۹۰؛ طبسی، بی‌تا، ص. ۱۲۶) دلالت بر همین معنا دارد. «تشهیر» نیز از لحاظ لغوی در معنای وضوح و آشکار شدن آمده است (جوهری، ۱۴۱۰، ج. ۲، ص. ۷۵). با این وجود علی‌رغم اینکه میان فقها تشهیر به‌عنوان یکی از اقدامات مشهور بوده، اما هیچ‌گونه نص یا روایتی در تفسیر اصطلاحی این واژه وجود نداشته و آنچه در عبارات فقها با اندک اختلافی بیان شده، مربوط به کیفیت اجرای آن است. به‌طوری که معرفی مجرم به مردم به‌نحوی که دیگران او را بشناسند، تشهیر دانسته شده است.

علت‌شناسی تشهیر

ممکن است هدف از تشهیر شرمسارسازی مجرم و اصلاح او دانسته شود؛ بدین صورت که با شناساندن او به دیگران از ارتکاب جرم شرمسار و پشیمان گشته و در اثر این شرمساری دیگر مرتکب جرم نگردد. همچنین ممکن است برای مجازات تشهیر از میان اهداف مجازات‌ها، هدف ارعابی را ملحوظ دانست. چنانچه مجرم از ترس شناساندن مجدد او به جامعه مرتکب جرم نگردد (پیشگیری اختصاصی)، این ارعاب به افراد ناکرده‌بزه نیز تسری یافته و آنان نیز از ترس تشهیر مرتکب جرم نخواهند شد (پیشگیری عمومی). چنان‌که برخی لطمه زدن به شهرت مجرم حرفه‌ای و افشای ماهیت او و اخطار به بزه دیده‌گان بالقوه را فرصتی برای کاهش بزهکاری آنان دانسته‌اند (جمعی از مؤلفان، بی‌تا، صص. ۵۲، ۱۰۵). برخی دیگر نیز هدف از تشهیر را صرفاً مطلع نمودن دیگران از ماهیت جرم ارتکابی ندانسته، بلکه هدف را بنا بر ماهیت تشهیر، شرمنده‌سازی و برچسب‌زنی دانسته‌اند (غلامی و آقائی میبدی، ۱۴۰۱، شماره ۳، ص. ۱۹) که این امر موجب بازدارندگی از انجام دوبارهٔ آن عمل از سوی مجرم یا دیگران خواهد شد.

حقیقت این است که این اهداف اصلاحی و ارعابی با تشهیر مجرم محقق نخواهد شد. اصلاح مجرم زمانی اتفاق خواهد افتاد که وی فرصت بازگشت به جامعه را داشته باشد. چنان‌که مجازات‌هایی که همراه با رسواسازی

شدید مجرم بوده به‌واسطهٔ طرد او از جامعه با این هدف در تعارض است. برخی نیز با تفکیک شرمسارسازی بازپذیرکننده از شرمسارسازی انگ‌زننده (Ttofi & Farrington, 2008, p. 354)، انگ‌زنی یا شرمسارسازی غیرمحترمانه و تحقیرآمیز را موجب بدتر شدن اوضاع دانسته‌اند. به نظر اینان شرمسارسازی بازپذیرکننده با عدم تأیید رفتار مجرم توسط افراد جامعه و نکوهش او در قالب یک پاسخ غیرکیفری-اجتماعی، ضمن رعایت احترام به مجرم نهایتاً با گذشت و بخشش او از تکرار جرم در آینده جلوگیری می‌نماید (Braithwaite, 2002, p. 74). بنابراین در تشهیر که رسواسازی مجرم آنچنان عیان بوده که احتمال عدم پذیرش و طرد او از سوی جامعه بیش از ندامت و پشیمانی از ارتکاب جرم بوده، اصلاح و بازسازگاری او را با چالش جدی مواجه خواهد نمود. چنان‌که مطابق نظریهٔ فایده‌گرایی بنتام نیز که مشروعیت مجازات را در بیشترین نفع برای بیشترین افراد جامعه می‌داند، تشهیر موجب از بین رفتن میل به ارتکاب جرم و اصلاح اخلاقی او و همچنین ایجاد ترس و ارعاب برای جلوگیری از تکرار جرم در آینده نخواهد شد (Bentham, 1830, p. 20).

نکتهٔ قابل ذکر دیگر اینکه تأمل در سیاست کیفری اسلام بیانگر این است که شارع مقدس رسیدن به هدف ارعابی مجازات‌ها را عمدتاً در مرحلهٔ تشریع/تقنین دنبال می‌کند. چنان‌که با وضع مجازات‌های حدی و قرار دادن احکامی خاص برای آن‌ها مانند عدم برخورداری از نهادهای ارفاقی همچون تخفیف، تبدیل، تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای آن و... درصدد پیشگیری کنشی از ارتکاب رفتارهای مجرمانه‌ای است که مجازات حدی برای آن در نظر گرفته است. وانگهی در مرحلهٔ قضائی سعی در دشوارسازی اثبات این جرائم دارد. به‌طوری که ادلهٔ اثبات این جرائم بسیار پیچیده‌تر از ادلهٔ اثبات سایر جرائم بوده و همچنین با تأسیس نهادهایی همچون توبه و قاعدهٔ درء عدم تمایل خود را به اثبات این جرائم و اجرای مجازات نشان داده است.

بنابراین بعید به نظر می‌رسد که شارع مقدس اسلام با رسواسازی مجرم در اثر تشهیر به دنبال اهداف ارعابی یا اصلاحی باشد. این برداشت از آن جهت تقویت می‌شود که در تعلیمات دینی اسلام حفظ حرمت و آبروی انسان واجب دانسته شده و تکلیف به سترپوشی و پنهان نمودن عیوب افراد شده است. در اصول کافی از پیامبر اسلام (ص) چنین نقل شده است که از کشف و فاش‌سازی خطاهای مسلمانان دوری کنید؛ هرکس این رفتار را انجام بدهد، خداوند اسرار او را فاش ساخته و او را مفتضح می‌گرداند (کلینی، ۱۳۶۳، ج. ۲، ص. ۳۵۵). در حدیثی دیگر نیز پیامبر (ص) سخن خداوند را این‌چنین بیان نموده است که هرکس بندهٔ مرا خوار و خفیف سازد، در حقیقت با من به جنگ پرداخته است (کلینی، ۱۳۶۳، ج. ۲، ص. ۳۵۲).

همهٔ این موارد در حالی است که مداقه در عبارات فقها که برگرفته از نصوص روایی تشهیر بوده، دلالت بر این امر دارد که هدف از تشهیر، اصلاح یا ارعاب بزهکار و سایر افراد جامعه نبوده است؛ بلکه چنان‌که در تشهیر شاهد زور تصریح گردیده است، علی‌رغم توجه به جنبهٔ بازدارندهٔ آن، هدف اصلی از شناساندن شاهد زور به مردم، بی‌اعتباری اظهارات بعدی وی در مقام بیان شهادت بوده است. عبارت «لتجتنب شهادتهم» در تعلیل تشهیر شهود زور در بیان فقها به خوبی بیانگر این مطلب است (طباطبائی، ۱۴۱۸، ج. ۱۵، ص. ۴۳۱؛ نراقی، ۱۴۱۵، ج. ۱۸، ص. ۴۳۲؛ خمینی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۴۵۵؛ عاملی، ۱۴۱۰، ج. ۳، ص. ۱۵۹). چنان‌که در تشهیر قاذف و محتال نیز همین هدف از سوی فقها بیان شده است؛ بدین صورت که بعد از تشهیر قاذف، نسبت‌های

بعدی وی مبنی بر انجام زنا یا لواط از سوی دیگری بی‌اعتبار تلقی گردد (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۱، ص. ۴۳۰؛ گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج. ۲، ص. ۲۳۲؛ خمینی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۴۷۶). همچنین تشهیر محتال نیز موجب آن می‌شود که بعد از آن دیگران فریب او را نخورده و اموالشان را به او نسپارند (مفید، ۱۴۱۰، ص. ۸۰۵؛ طبسی، بی‌تا، ص. ۳۵۵؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج. ۱۰، ص. ۶۴۸). بنابراین روشن می‌شود که هدف تشهیر، رسیدن به اهداف اصلاحی یا ارعابی نخواهد بود. همچنین با این توضیحات نمی‌توان هدف از تشهیر را سزادهی، مکافات‌دهی یا انتقام‌جویی و تشفی خاطر بزه دیده که در زمرهٔ اهداف گذشته‌نگر مجازات‌ها بوده، قلمداد نمود. بر همین مبنا شاید بتوان بیان داشت که تشهیر ماهیتاً مجازات نبوده، بلکه به نوعی اقدام تأمینی-احتیاطی محسوب می‌شود. توضیح اینکه علاوه بر فقدان اهداف مجازات‌ها در تشهیر، هدف اصلی از این اقدام، مصون نگه داشتن جامعه از اثرات ارتکاب مجدد رفتار مجرمانه در آینده است. در تشهیر، شارع مقدس اسلام به دنبال این هدف نیست که مجرم مجدداً مرتکب رفتار مجرمانه نگردد؛ بلکه هدف اصلی این است که در صورت تکرار رفتار مجرمانه از سوی وی، آثار منفی آن را منتفی سازد. چنان‌که در تشهیر شاهد زور همان‌طور که بیان شد، به دنبال این است که به اظهارات بعدی وی به‌عنوان شهادت شرعی اعتنا نشده و به‌عنوان یکی از دلایل اثبات جرم محسوب نگردد.

گسترهٔ تشهیر

گرچه در متون فقهی تشهیر علاوه بر شهادت زور برای جرائم قذف، کلاهبرداری، تدلیس و قوادی ذکر شده است، اما در شمول آن برای این جرائم میان فقها اختلاف وجود دارد. علت اختلاف مذکور نیز فقدان نص معتبر برای تشهیر مجرم در غیر از شهادت زور است. چنان‌که در جرم قوادی، شهید ثانی مجازات‌های تراشیدن سر، تشهیر و نفی بلد را با عبارت «قیل» به شیخ طوسی نسبت داده است (عاملی، ۱۴۱۰، ج. ۹، ص. ۱۶۴). بااین‌حال برخی دیگر از فقها تراشیدن سر و تشهیر را به مشهور نسبت داده (خمینی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۴۷۱) و این شهرت را برای پذیرش تشهیر در قوادی با وجود فقدان نص صریح کافی می‌دانند. همچنین برخی از سوی ابن‌زهره در کتاب غنیه و سید مرتضی در کتاب انتصار ادعای اجماع نموده و عدم مخالفت با حکم مذکور را از سوی کسانی همچون ابن‌ادریس که به اخبار آحاد نیز عمل نمی‌کردند، مؤیدی برای پذیرش آن می‌دانند (طباطبائی، ۱۴۱۸، ج. ۱۶، ص. ۲۹). صاحب جواهر نیز فقدان روایات صحیح در مانحن‌فیه را با یکی دانستن تشهیر و نفی بلد توجیه می‌نماید؛ بدین صورت که به نظر ایشان نفی بلد که در روایات برای قوادی ذکر شده است، مشعر بر تشهیر است، چه اینکه انتقال مجرم از محل سکونتش به مکان دیگری موجب تشهیر وی نیز می‌گردد (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۱، ص. ۴۰۰). این در حالی است که چنان‌که بعداً نیز مورد بحث واقع خواهد شد، یکی دانستن تشهیر و نفی بلد صحیح نبوده و تشهیر اقدام مستقلی است. همچنین مرحوم خوئی نیز شهرت را به‌تنهایی برای شمول تشهیر بر قوادی کافی ندانسته و نهایتاً آن را به‌خاطر ضعف روایات مربوطه نپذیرفته و پذیرش آن از سوی مشهور را بدون مستند دانسته است (خوئی، ۱۴۲۲، ج. ۴۱، ص. ۳۰۵).

این اختلاف در مورد تشهیر محتال (کلاهبردار) و همچنین مدلس (عیب اموال را از خریدار پنهان می‌کند) بیشتر دیده می‌شود، چنان‌که شیخ مفید در المقنعه (مفید، ۱۴۱۰، ص. ۸۰۵) علاوه بر محتال، حکم به تشهیر مدلس نیز داده است. همچنین شیخ طوسی در النهایه (طوسی، ۱۴۰۰، ص. ۸۰۵)، ابن‌براج در المهذب (ابن‌براج، ۱۴۰۶، ج. ۲، ص. ۲۵۹)، ابن‌حمزه در الوسیله (ابوحمزه، ۱۴۰۸، ص. ۴۲۳)، ابن‌ادریس در السرائر (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج. ۳، ص. ۵۱۲)، علامه حلی در تحریر (حلی، ۱۴۲۰، ج. ۲، ص. ۲۳۴) و فاضل هندی در کشف اللثام (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج. ۱۰، ص. ۶۴۸) تشهیر محتال را پذیرفته‌اند. البته به نظر می‌رسد به‌علت فقدان نص معتبر در مورد تشهیر محتال، این حکم در عبارات فقها بنا بر مصلحت‌سنجی حاکم اسلامی در نظر گرفته شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۱، صص. ۵۹۸-۵۹۹). بنابراین نمی‌توان تشهیر محتال را الزام شرعی دانست؛ بلکه درصورتی‌که مصلحت قوی در معرفی محتال به مردم وجود داشته باشد، می‌توان وی را تشهیر نمود. بر همین مبنا ارتکاب احتیال (کلاهبرداری) در الزام به تشهیر موضوعیت ندارد؛ آن‌چنان که در سایر جرائم نیز با وجود مصلحت مذکور می‌توان این اقدام را اجرا نمود.

در مورد قذف نیز گفتنی است ازآنجایی‌که تشهیر در جرم شهادت زور مورد قبول مشهور فقها قرار گرفته، با تعمیم علتِ موجود در جرم شهادت زور به قذف، تشهیر قاذف نیز مورد قبول مشهور فقها قرار گرفته است (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۱، ص. ۴۳۰؛ عاملی، ۱۴۱۰، ج. ۹، ص. ۱۸۸؛ گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج. ۲، ص. ۲۳۳؛ خمینی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۴۷۶). توضیح اینکه قاذف نیز با عدم اثبات زنا یا لواطِ نسبت‌داده‌شده به دیگری، همچون شاهد زور ادعای واهی به دیگری نسبت داده است. بنابراین هدف از تشهیر او نیز بی‌اعتباری اظهارات بعدی وی خواهد بود.

۱. رویکرد کمینه‌ای به تشهیر

همان‌طور که بیان شد، برخی از فقها برای جرائم احتیال، تدلیس، قوادی و قذف نیز تشهیر مجرم را در نظر گرفته‌اند. به نظر می‌رسد تعمیم علت موجود در تشهیر شهادت زور به جرائم مذکور صحیح نباشد. توضیح اینکه هدف از تشهیر در شهادت زور بی‌اعتباری اظهارات بعدی مرتکب در جایگاه شاهد شرعی دانسته شد؛ زیرا در صورت پذیرش مجدد اظهارات وی به‌عنوان شهادت شرعی، با وجود شرایط دیگر قاضی موظف است مطابق اظهارات وی اقدام به صدور حکم نماید. به عبارت دیگر ازآنجایی‌که در نظام کیفری اسلام شهادت به‌عنوان یکی از ادلهٔ اثبات جرم «موضوعیت» داشته، حتی درصورتی‌که پس از اظهارات شهود، برای قاضی علم به مفاد شهادت حاصل نشود، باز هم وی موظف است مطابق آن اظهارات حکم صادر نماید. بنابراین قاضی نمی‌تواند با این بیان که دلیل دیگری غیر از شهادت در پروندهٔ مطروحه وجود نداشته و شهادت شهود نیز به‌تنهایی او را به علم نرسانده، از صدور حکم مطابق با آن اظهارات خودداری نماید. چنان‌که قانون‌گذار در مادهٔ ۱۷۵ قانون مجازات اسلامی مقرر نموده است: «شهادت شرعی آن است که شارع آن را معتبر و دارای حجیت دانسته است اعم از آنکه مفید علم باشد یا نباشد.» البته باید توجه داشت درصورتی‌که قاضیِ رسیدگی‌کننده علم به‌خلاف مفاد شهادت حاصل نماید، نباید مطابق مفاد شهادت حکم بدهد. مادهٔ ۱۶۱ قانون مذکور دراین‌باره

بیان داشته است: «در مواردی که دعوای کیفری با ادلهٔ شرعی از قبیل اقرار و شهادت که موضوعیت دارد، اثبات می‌شود، قاضی به استناد آن‌ها رأی صادر می‌کند، مگر اینکه علم به‌خلاف آن داشته باشد.» به همین خاطر است که در نظام کیفری اسلام، برخلاف سایر نظام‌های حقوقی که شهادت طریقیت داشته، شرایط دشوار و متعددی برای شاهد شرعی در نظر گرفته شده است؛ به‌طوری که این احصای شرایط شاهد در موضوعیت داشتن آن به‌عنوان یکی از ادلهٔ اثبات دعوی توجیه می‌گردد. حال‌آنکه درصورتی‌که شهادت «طریقیت» داشته باشد، صرفاً زمانی مبنای صدور حکم قرار خواهد گرفت که همراه با سایر قرائن و امارات قاضی را به علم برساند. بدیهی است در این رویکرد سخن از برشمردن شرایط شاهد بی‌معنا خواهد بود. بنابراین پذیرش مجدد اظهارات شخصی که در گذشته به‌طور عمدی اظهاراتی برخلاف واقع بیان داشته است، به‌عنوان دلیلی که موضوعیت دارد، خالی از اشکال نخواهد بود. به همین خاطر است که وی با یک اقدام احتیاطی به نام تشهیر به دیگران شناسانده شده تا از پذیرش شهادت وی تا زمان احراز اصلاح او ممانعت به عمل آید. بدیهی است نمی‌توان این علت را به سایر جرائم تسری داد.

البته ناگفته نماند برخی فقها صرفاً در مورد قذف به‌خاطر اشتراک در علت و با تنقیح مناط، قاذف را همچون شاهد زور مستحق تشهیر دانسته‌اند، چه اینکه در قذف نیز مرتکب برخلاف حقیقت نسبت زنا یا لواط به دیگری داده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۱، ص. ۴۳۰؛ گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج. ۲، ص. ۲۳۲). بااین‌حال به نظر می‌رسد این استدلال صحیح نباشد. توضیح اینکه تشهیر در شهادت زور صرفاً در موردی جاری است که شاهد علم به‌خلاف حقیقت بودن اظهاراتش داشته باشد؛ لذا درصورتی‌که در اثر اشتباه اظهاراتی را برخلاف حقیقت بیان نماید یا در تعارض ادله یا به‌سبب آشکار شدن فسق او شهادت وی بی‌اعتبار گردد، تشهیر وی ممکن نخواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۱، ص. ۲۵۳؛ طباطبائی، ۱۴۱۸، ج. ۱۵، ص. ۴۳۲؛ عاملی، ۱۴۱۰، ج. ۳، ص. ۱۵۹؛ خمینی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۴۵۵). در مورد قذف نیز چنانچه قاذف علم به‌خلاف واقع بودن اظهاراتش نداشته باشد، محکوم نمودن وی صحیح نخواهد بود؛ چنان‌که در حقوق عرفی نیز مسئولیت کیفری مرتکب منوط به علم به موضوع جرم دانسته شده است. مادهٔ ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی در این رابطه بیان داشته است: «در تحقق جرائم عمدی علاوه بر علم مرتکب به موضوع جرم، باید قصد او در ارتکاب رفتار مجرمانه احراز گردد....» اما محل اختلاف در جایی است که بی‌اعتباری شهادت به‌خاطر فقدان شرایط موجود در شاهد بوده و یا به‌جهت تعارض ادله با یکدیگر شهادت بی‌اعتبار گردد؛ در این صورت چنان‌که بیان شد، نمی‌توان شاهد را به تشهیر محکوم نمود، زیرا چه بسا اظهارات وی در واقع و نفس‌الامر صحیح باشد. درصورتی‌که قاذف نتواند انتساب زنا یا لواط را به دیگری ثابت نماید، به جرم قذف و به‌تبع آن به تشهیر محکوم خواهد شد؛ این در حالی است که ممکن است اظهارات وی در واقع صحیح بوده و وی صرفاً ناتوان از اثبات آن باشد. بنابراین در این صورت اقدام به تشهیر وی منطقی نخواهد بود. در هر حال گرچه هر دو جرم شهادت زور و قذف در زمرهٔ جرائم عمدی بوده و از حیث عنصر روانی و لزوم علم به موضوع یکسان می‌باشند، اما از جهت عنصر مادی با هم متفاوت هستند. عنصر مادی در جرم شهادت زور بیان اظهارات با شرط خلاف واقع بودن است، اما در جرم قذف نسبت دادن زنا یا لواط به دیگری با شرط عدم اثبات است؛ اعم از اینکه این نسبت دادن مطابق با واقع بوده یا خلاف واقع

باشد. به عبارت دیگر شارع مقدس افراد را مکلف نموده درصورتی‌که نسبت زنا یا لواط به دیگری می‌دهند، این اظهارات را ثابت نمایند، چنان‌که در صورت عدم اثبات مجرم شناخته شده و به مجازات قذف محکوم خواهند شد. حال‌آنکه در سایر اظهاراتی که افراد به‌عنوان شهادت ابراز می‌نمایند، این تکلیف وجود ندارد. به همین خاطر درصورتی‌که افراد به‌طور عمدی اظهاراتی را با علم به‌خلاف واقع بودن آن به‌عنوان شاهد شرعی بیان نمایند، تشهیر شده تا از پذیرش شهادت آنان در آینده جلوگیری شود؛ اما در نسبت دادن زنا یا لواط به دیگری، افراد موظف به اثبات آن بوده و در صورت عدم اثبات مجازات خواهند شد. چنانچه در آینده نیز این اظهارات را بیان نمایند، همان تکلیف وجود خواهد داشت. بنابراین یکی دانستن علت تشهیر در جرم شهادت زور با جرم قذف صحیح به نظر نمی‌رسد.

۲. تحلیل وجوب تشهیر در پرتو یک اقدام تأمینی-احتیاطی

گرچه برخی، استنباط وجوب تشهیر در شهادت زور را از روایات برای غیر امام معصوم (ع) یا نائب خاص او محل اشکال دانسته‌اند (خوانساری، ۱۴۰۵، ج. ۶، ص. ۱۶۲)، اما عمدهٔ فقها حکم به وجوب تشهیر را صرفاً در جرم شهادت زور جاری دانسته‌اند (طباطبائی، ۱۴۱۸، ج. ۱۰، ص. ۴۳۱؛ نراقی، ۱۴۱۵، ج. ۱۸، ص. ۴۳۲؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۱، ص. ۲۵۳؛ خمینی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۴۵۵). در رابطه با جرائم دیگر نیز فقهایی که حکم به تشهیر مرتکب داده بودند، قائل به وجوب نبودند. علت این است که در تشهیر سایر جرائم، برخلاف شهادت زور، نص معتبری وجود نداشت؛ چنان‌که قبلاً نیز گذشت، برخی فقها تشهیر مرتکب در این جرائم را صرفاً براساس مصلحت‌سنجی حاکم پذیرفته بودند.

مسئله‌ای که ممکن است به ذهن برسد چراییِ انحصار وجوب تشهیر به شهادت زور است. خصوصاً این مسئله از آن جهت اهمیت می‌یابد که جرم شهادت زور از بسیاری جرائم دیگر خفیف‌تر محسوب می‌گردد. به‌عنوان مثال، این تشهیر در برخی از جرائم حدی همچون بغی، محاربه، افساد فی‌الارض که با امنیت جامعه در ارتباط بوده یا در جرائم علیه تمامیت جسمانی اشخاص که مجازات قصاص داشته، نظیر قطع عمدی اعضای دیگری یا قتل عمدی، واجب دانسته نشده است؛ چه اینکه می‌توان مرتکب را در جرائمی که مجازات اعدام داشته قبل از اجرای حکم یا در صورت سقوط مجازات، تشهیر نمود. بدیهی است که جرائم مذکور به‌علت اخلال شدید در نظم عمومی یا حقی که به‌واسطهٔ ارتکاب آن‌ها زائل گشته، از اهمیت بیشتری برخوردار بوده و طبیعتاً مرتکبان آن‌ها نیز دارای خصوصیات و ویژگی‌هایی بوده‌اند که شناساندن آن‌ها به مردم ضروری‌تر به نظر می‌رسد. پاسخ صحیح به این مسئله در این نکتهٔ اساسی نهفته است که تشهیر در نظام کیفری اسلام به‌عنوان یک مجازات در نظر گرفته نشده است تا بدین صورت با جرم ارتکابی تناسب داشته باشد. تشهیر نوعی اقدام تأمینی-احتیاطی بوده است که با هدف سلب اعتبار از اظهارات بعدی مرتکب در جایگاه شاهد شرعی وضع شده است. این اقدام تأمینی نیز در راستای تضمین دادرسی عادلانه صورت خواهد گرفت. جالب آنکه قانون‌گذار در بند ۵ مادهٔ ۱۲ قانون اقدامات تأمینی مصوب ۱۲ اردیبهشت ۱۳۳۹، یکی از اقدامات تأمینی را انتشار حکم دانسته و در مادهٔ ۱ همین قانون، اقدامات تأمینی را تدابیری دانسته که دادگاه برای جلوگیری از

تکرار جرم دربارهٔ مجرمان خطرناک اتخاذ می‌کند. مطابق بند ث مادهٔ ۱ آیین‌نامهٔ سجل قضائی مصوب ۱۳۹۸ نیز مجرمین خطرناک کسانی دانسته شده است که سوابق و خصوصیات روحی و اخلاقی آنان و کیفیت جرم ارتکابی‌شان، آنان را در مظان ارتکاب جرم در آینده قرار می‌دهد. همچنین در بند س مادهٔ ۲۳ قانون مجازات اسلامی، یکی از مجازات‌های تکمیلی که ذاتاً نوعی اقدام تأمینی محسوب می‌گردند، انتشار حکم محکومیت قطعی ذکر شده است. بنابراین با توجه به اینکه هدف از تشهیر با اهداف مجازات‌ها متفاوت بوده، نمی‌توان به قیاس اولویت تمسک نمود و حکم به وجوب تشهیر در شهادت زور را به سایر جرائم تسری داده یا به‌طور کلی این وجوب را محل اشکال دانست.

نکتهٔ قابل ذکر دیگر اینکه چنانچه علت وجوب تشهیر در شهادت زور، بی‌اعتباری اظهارات بعدی مرتکب در شهادت شرعی در اثر شناساندن وی باشد، در حال حاضر این علت منتفی بوده و دلیلی برای تشهیر مرتکبان جرم شهادت زور وجود نخواهد داشت؛ بنابراین نمی‌توان تشهیر مجرم را به‌عنوان یک حکم اولیه پذیرفت. توضیح اینکه امروزه در محاکم کیفری در صورت اثبات جرم و صدور حکم به محکومیت، سجل/پروندهٔ کیفری تنظیم گشته که این پروندهٔ کیفری در اختیار محاکم دادگستری خواهد بود. مقام قضائی نیز می‌تواند درصورتی‌که در رسیدگی به پرونده‌ای، شهادت به‌عنوان دلیل اثبات دعوی مطرح گردید، برای احراز شرایط شاهد با مراجعه به این پرونده، سابقهٔ کیفری او را به دست بیاورد. البته مطابق تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی، احراز شرایط شاهد شرعی به عهدهٔ قاضی بوده و وی در این زمینه تکلیف قانونی نیز دارد. مطابق بند پ مادهٔ ۱ آیین‌نامهٔ سجل قضائی مصوب ۱۳۹۸ در راستای اجرای مادهٔ ۴۸۸ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، سامانهٔ الکترونیکی سجل قضائی مشتمل بر بانک اطلاعات مجرمان و همچنین کلیهٔ آراء و تصمیمات کیفری راه‌اندازی شده که این سامانه بر بستر شبکه برای مراجع قضائی، ضابطان دادگستری و سایر مراجع دادگستری قابل دسترس است. مطابق بند الف مادهٔ ۴ این آیین‌نامه نیز سامانه باید به‌گونه‌ای طراحی گردد که کلیهٔ محکومیت‌های کیفری به آن منتقل، ثبت و ضبط گردد. در همین راستا مادهٔ ۷ آیین‌نامهٔ مذکور نیز کلیهٔ دادگاه‌ها و دادسراها را رأساً مکلف نموده سوابق اشخاص متخلف، متهمان تحت تعقیب و متواری و محکومان فراری را در حدود وظائف مقرر وارد نموده، آن را به‌روزرسانی نمایند. با این وجود به نظر می‌رسد امروزه شناساندن مجرم به جامعه در جرم شهادت زور، فاقد دلیل معتبری خواهد بود؛ چنان‌که قانون‌گذار ایرانی نیز در مادهٔ ۶۵۰ قانون تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده به مجازات حبس یا جزای نقدی برای شهادت دروغ بسنده نموده است.

۳. واگرایی تشهیر با عناوین مشابه

برخی مجازات‌هایی همچون حلق (تراشیدن موی سر)، تبعید، نفی بلد یا اجرای علنی کیفر را نوعی تشهیر دانسته‌اند (جمعی از مؤلفان، بی‌تا، ص. ۵۱؛ رشادتی و رضائی، ۱۳۹۹، ش. ۱۱۰، ص. ۱۰۳). به نظر می‌رسد یکی دانستن این موارد بدین جهت باشد که در اثر اقدامات مذکور، محکوم به دیگران شناسانده می‌شود. با این وجود نمی‌توان این مجازات‌ها را نوعی تشهیر دانست؛ زیرا اولاً جمع تشهیر با مجازات‌های مذکور در مورد برخی جرائم، همگرایی آن‌ها را منتفی می‌سازد. به‌عنوان مثال، فقها در مورد قوادی علاوه بر تشهیر محکوم، حکم

به تراشیدن موی سر و نفی بلد او نیز داده‌اند (خوئی، ۱۴۲۲، ج. ۴۱، ص. ۳۰۵؛ خمینی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۴۷۱؛ مغنیه، ۱۴۲۱، ج. ۶، ص. ۲۷۰؛ عاملی، ۱۴۱۰، ج. ۹، ص. ۱۶۵). همچنین در مورد برخی جرائم مثل زنا، علاوه بر مجازات اصلی آن، صرفاً حکم به تبعید محکوم داده شده و صراحتاً تشهیر وی را منتفی دانسته‌اند (عاملی، ۱۴۱۰، ج. ۹، ص. ۱۰۸). ثانیاً روشن شد که تشهیر یک اقدام تأمینی-احتیاطی بوده که هدف این اقدام نیز با اهداف مجازات‌ها (اصلاحی-ارعابی-مکافات‌دهی-سزادهی) متفاوت است؛ حال‌آنکه این اهداف در تراشیدن موی سر و تبعید و نفی بلد متصور است. هدف از حضور افراد در اجرای مجازات زنا بر مجرم نیز مشارکت آنان در اقامهٔ حد بوده و صرفاً درصورتی‌که افرادی در صحنهٔ اجرای مجازات حضور داشته باشند، اعلام اجرای مجازات ضروری دانسته شده است. این مشارکت در اجرای علنی کیفر نیز با هدف ارعابی و اصلاحی با ایجاد انزجار عمومی از جرم ارتکابی دنبال می‌گردد (اردبیلی، ۱۴۲۷، ج. ۱، صص. ۵۸۸-۵۹۰). بر همین مبنا نمی‌توان انتشار حکم محکومیت را نیز با تشهیر یکی دانست؛ زیرا این اقدام نیز با هدف سزادهی و رسواسازی مجرم صورت می‌گیرد. بنابراین گرچه در تمامی این اقدامات ممکن است مجرم به دیگران شناسانده شود، اما مسئلهٔ اساسی این است که تشهیر در نظام کیفری اسلام، تأسیس ویژه و با هدف خاص خود بوده است. این هدف در سایر اقدامات دیده نمی‌شود. ثالثاً علنی بودن اجرای مجازات که در جرم زنا به استناد آیهٔ ۲ سورهٔ مبارکهٔ نور مورد تصریح فقها قرار گرفته، بدین معناست که در زمان اجرای مجازات افراد حضور داشته باشند. البته در وجوب یا استحباب این حکم و تعداد افراد حاضر در محل اجرای مجازات میان فقها اختلاف وجود دارد. منشأ این اختلاف نیز برداشت متفاوت آنان از لفظ «طائفه» مذکور در آیه است (به‌عنوان نمونه ببینید: طوسی، ۱۴۰۷، ج. ۵، ص. ۳۷۵؛ اردبیلی، ۱۴۲۷، ج. ۱، ص. ۵۸۸). در هر حال اجرای علنی کیفر، شیوه‌ای از اجرای مجازات بوده و به‌تنهایی مجازات یا اقدام مستقلی محسوب نمی‌گردد؛ حال‌آنکه تشهیر، اقدام مستقلی تلقی می‌گردد.

با این وجود نمی‌توان چنین پنداشت که «معرفی و شناساندن مجرم به دیگران» به‌طور کلی فاقد مشروعیت است؛ بلکه درصورتی‌که ارتکاب جرم به‌صورتی نظم جامعه را برهم زده باشد که معرفی و شناساندن مجرم به افراد جامعه موجب اعادهٔ نظم اجتماعی باشد، معرفی و شناساندن وی به‌عنوان یک حکم ثانویه بی‌اشکال خواهد بود؛ چنان‌که برخی فقها شناساندن محتال به دیگران را ذیل مصلحت‌سنجی حاکم اسلامی جایز دانسته بودند (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۱، صص. ۵۹۸-۵۹۹). قانون‌گذار ایران نیز در موارد متعددی حکم به معرفی مجرم به‌شیوه‌های گوناگون داده است. به‌عنوان نمونه می‌توان از اعلام نام مؤسسات پزشکی غیرمجاز در جراید مطابق مادهٔ ۱ قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی مصوب ۱۳۶۷، آگهی مفاد حکم در یکی از روزنامه‌ها به درخواست شاکی مطابق مادهٔ ۲۷ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ و مادهٔ ۱۴ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۷۹، انتشار حکم محکومیت قطعی در جرائم محاربه و افساد فی‌الارض یا تعزیر تا درجهٔ چهار و کلاهبرداری با مبلغ مقرر در یکی از روزنامه‌های محلی و انتشار حکم محکومیت قطعی در جرائم رشاء و ارتشاء، اختلاس، اعمال نفوذ برخلاف حق در صورت تحصیل مال، مداخلهٔ وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات دولتی، تبانی در

معاملات دولتی و... با مبلغ مقرر در مادهٔ ۳۶ قانون مجازات اسلامی، انتشار حکم محکومیت اشخاص حقوقی به وسیلهٔ رسانه‌ها براساس بند چ مادهٔ ۲۰ قانون مجازات اسلامی، نام برد. اما نکته‌ای که دراین‌باره قابل ذکر است این است که مشروعیت این موارد را نمی‌توان با تنقیح مناط از روایات مربوط به تشهیر شاهد زور استنباط نمود؛ زیرا هدف این اقدامات با تشهیر شهادت زور که امتناع از پذیرش شهادت مجدد وی بوده، متفاوت است. این اقدامات در راستای رسواسازی مجرم و با هدف پیشگیری از ارتکاب این رفتار توسط مجرم و دیگران و همچنین برقراری نظم اجتماعی وضع شده که مشروعیت این اقدامات با در نظر گرفتن ادلهٔ ثانویه، به‌عنوان حکم ثانوی قابل ارزیابی خواهد بود.

تشهیر در سنجهٔ حق کرامت

کرامت بشری در زمرهٔ حقوق فطری بوده و از حقوق ذاتی بشر محسوب می‌گردد؛ بنابراین این حقوق قابل نفی یا اثبات نبوده و انسان صرفاً به‌جهت انسان بودنش از آن‌ها برخوردار است و بر همین مبنا دادنی و گرفتنی از او نیست. عقل نیز به‌تنهایی به‌عنوان یکی از منابع استنباط احکام اسلامی به این حقوق حکم نموده و می‌توان این حقوق را در زمرهٔ مستقلات عقلیه قرار داد؛ لذا پرداختن به این حقوق از سوی شارع در آیات[1] و روایات[2] در واقع ارشاد به حکم عقل بوده است؛ چنان‌که این احکام به «احکام ارشادی» موسوم هستند. در هر حال، از بین رفتن کرامت انسانی در اثر اجرای برخی مجازات‌ها از چالش‌های جدی بوده که همواره معرکهٔ آرای حقوق‌دانان نیز قرار گرفته است؛ چنان‌که در مورد تشهیر مجرم این بحث مطرح خواهد بود که این اقدام با حفظ کرامت بشری هم‌سو نبوده و در واقع نقض این حق را به دنبال خواهد داشت، خصوصاً آنکه چرخاندن محکوم در میادین و بازارها تحت عنوان تشهیر (ابن‌فهد حلی، ۱۴۰۷، ج. ۵، ص. ۶۴) موجب تحقیر و سرافکندگی و همچنین سلب حرمت و آبروی او خواهد شد.

بااین‌حال، در مورد مطالب فوق این نکات به نظر می‌رسد:

اول اینکه نفی حقوق فطری در مقام ثبوت و حقیقت یا همان مقام شیء فی‌نفسه ممتنع خواهد بود؛ بدین معنا که عقلاً تصور انسان بدون این حقوق در عالم واقع و نفس‌الامر محال است. در واقع، همین که موجودی به نام انسان آفریده شد، این حقوق همراه وی بوده و نمی‌توان این حقوق را از وی سلب نمود. اما در عالم اثبات، سلب این حقوق امکان‌پذیر بوده که به دو صورت مشروع یا نامشروع اتفاق می‌افتد؛ با این توضیح که در صورت

---

۱. «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِی آدَمَ» (اسراء: ۷۰)؛ «ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخر فَتَبَارَکَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِینَ» (مؤمنون: ۱۴)؛ «وَإِذْ قَالَ رَبُّکَ لِلْمَلَائِکَةِ إِنِّی جَاعِلٌ فِی الْأَرْضِ خَلِیفَةً» (بقره: ۳۰).

۲. چنان‌که حضرت علی (ع) در خطبهٔ ۱ *نهج‌البلاغه* سجده بر آدم توسط فرشتگان را به‌سبب کرامت و بزرگداشت انسان می‌داند: «وَ اسْتَأْدَى اللَّهُ سُبْحَانَهُ الْمَلَائِکَةَ وَدِیعَتَهُ لَدَیْهِمْ وَ عَهْدَ وَصِیَّتِهِ إِلَیْهِمْ فِی الْإِذْعَانِ بِالسُّجُودِ لَهُ وَ الْخُشُوعِ لِتَکْرِمَتِهِ فَقَالَ سُبْحَانَهُ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِیسَ». در نامهٔ ۵۳ نهج‌البلاغه نیز خطاب به مالک اشتر در رعایت حقوق شهروندان و حفظ کرامت آنان فرمود: «فَإِنَّهُمْ صِنْفَانِ إِمَّا أَخٌ لَکَ فِی الدِّینِ وَ إِمَّا نَظِیرٌ لَکَ فِی الْخَلْقِ». همچنین ایشان در خطبهٔ ۲۱۵ نهج‌البلاغه پذیرش هرگونه خفت و پستی را چنان نکوهش نموده که از پروردگار گرفتن جان باارزشش را به‌عنوان اولین نعمت والا تقاضا نموده تا شاهد خفت و خواری در دنیا نباشد: «اللَّهُمَّ اجْعَلْ نَفْسِی أَوَّلَ کَرِیمَةٍ تَنْتَزِعُهَا مِنْ کَرَائِمِی وَ أَوَّلَ وَدِیعَةٍ تَرْتَجِعُهَا مِنْ وَدَائِعِ نَعِمِکَ عِنْدِی». در روایتی نیز پیامبر اکرم (ص) انسان را گرامی‌ترین موجود نزد پروردگار می‌داند: «عَنْ رَسُولِ اللَّهِ (ص): مَا شَیْءٌ أَکْرَمَ عَلَى اللَّهِ مِنْ ابْنِ آدَمَ. قِیلَ: یَا رَسُولَ اللَّهِ، وَلَا الْمَلَائِکَةُ؟ قَالَ: الْمَلَائِکَةُ مَجْبُورُونَ بِمَنْزِلَةِ الشَّمْسِ وَالْقَمَرِ» (محمدی ری‌شهری، ۱۳۸۹، ج. ۱، ص. ۲۲).

سلب مشروع، انسان با ارتکاب رفتارهای خلاف فطرت نسبت به دیگران، امکان سلب این حقوق را از خود فراهم می‌کند. چنان‌که در اجرای مجازات بر مجرمان، مجرم با ارتکاب رفتارهای مجرمانه به حقوق دیگران تعرض نموده که این تعرض به حقوق دیگران، امکان سلب حقوق فطری‌اش را با اجرای مجازات فراهم می‌سازد. برخی در این رابطه بیان داشته‌اند: «اگر شخص بزهکار در عناد نسبت به حق و ارتکاب جرم و تظاهر به آن به مرحله‌ای برسد که هیچ‌گونه احترامی برای او نزد خدا و خردمندان باقی نماند و به یک فرد متهتک، دریده و منحط تبدیل شود، در این صورت پخش اسرار او (به‌عنوان تشهیر) مانعی ندارد» (منتظری، ۱۴۰۹، ج. ۴، صص. ۸۳-۸۴).

دوم اینکه در نظام کیفری اسلام، امکان سلب حقوق فطری مجرم در عالم اثبات به‌صورت مشروع، مطلق نبوده و این سلب حقوق متناسب با جرم ارتکابی وی خواهد بود. البته این تناسب همیشه به‌معنای تساوی نیز نخواهد بود؛ چنان‌که درصورتی‌که شخصی با تکه‌تکه کردن اعضای دیگری یا مثله کردن او حیات را از وی سلب نماید، صاحبان حق قصاص صرفاً حق سلب حیات را به آسان‌ترین شیوه داشته و نمی‌توانند اعضای بدن مرتکب را مثله نموده و یا به‌شیوه‌های زجرآور حیات را از او سلب نمایند. شاید علت عدم رضایت شارع به این قبیل رفتارها و مشروع نبودن آن‌ها، علاوه بر فقدان فایدهٔ عقلایی (نفی فایده‌گرایی مجازات‌ها)، مغایرت آن‌ها با طینت و ذات پاک انسانی باشد. در هر حال، در تشهیر مجرم در شهادت زور نیز رعایت کرامت وی تا حد امکان مورد تأکید برخی از فقها قرار گرفته است؛ چنان‌که شیخ طوسی ضمن مخالفت با گرداندن مجرم در شهر، کیفیت اجرای تشهیر را بدین صورت دانسته که در قبیله، مسجد، بازار یا مکان‌هایی که وی در آنجا حضور داشته، صرفاً جرم وی را اعلام نموده تا دیگران او را بشناسند (طوسی، ۱۴۰۷، ج. ۲، ص. ۶۱). همچنین ابن‌ادریس نیز اینکه مجرم را بر چهارپا سوار نموده و او را بچرخانند و یا اینکه از او بخواهند که خودش فریاد زده و جرم خویش را اعلام نماید و امثال این رفتارهای تحقیرآمیز را جایز ندانسته است (حلی، ۱۴۱۰، ج. ۲، ص. ۱۵۰). این حساسیت از سوی شارع به حدی بوده است که تشهیر مجرم را صرفاً در خصوص مردان پذیرفته و در صورت ارتکاب جرم شهادت زور از سوی زنان، تشهیر و تراشیدن سر و نفی بلد و نظایر این اقدامات را در مورد آنان جایز ندانسته است؛ چه اینکه علاوه بر منافات تشهیر با محفوظ ماندن و سترپوشی زن (عاملی، ۱۴۱۰، ج. ۹، ص. ۱۶۵؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۱، ص. ۴۰۲؛ طباطبائی، ۱۴۱۸، ج. ۱۶، صص. ۲۹-۳۰؛ خوئی، ۱۴۲۲، ج. ۴۱، ص. ۳۰۵؛ مغنیه، ۱۴۲۱، ج. ۶، ص. ۲۷۰؛ خمینی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۴۷۱)، حفظ کرامت زنان بیش از مردان مورد توجه شارع بوده و اعمال این اقدامات، زنان را بیشتر در معرض نقض کرامت قرار می‌دهد.

سومین نکته نیز اینکه همان‌طور که قبلاً مشخص گردید، تشهیر مجرم در فقه اسلامی از یک سو رویکرد حداقلی داشته و صرفاً ناظر به جرم شهادت زور بوده و از سوی دیگر، در زمرهٔ مجازات‌ها قرار نگرفته و اقدام تأمینی-احتیاطی محسوب گشته که با هدف عدم پذیرش شهادت مجدد مجرم اجرا می‌گردد. در واقع این اقدام در راستای تضمین دادرسی عالمانه مورد حکم قرار گرفته است؛ چنان‌که در حال حاضر با وجود پیشینهٔ کیفری محکومان و در دسترس بودن آن برای قضات، دلیلی بر تشهیر مجرمین در جرم شهادت زور وجود نخواهد داشت.

نتیجه‌گیری

تشهیر که به نوعی شناساندن و معرفی مجرم به دیگران بوده، در جرائم شهادت زور، قذف، احتیال، تدلیس و قوادی مورد بحث فقها قرار گرفته است. اما به‌دلیل فقدان نص معتبر در مورد جرائم مذکور غیر از شهادت زور، امکان تشهیر مجرم در این جرائم مورد اختلاف فقها بوده، به‌طوری که الزام به تشهیر مجرم صرفاً در جرم شهادت زور مورد اتفاق آنان بوده است. بازخوانی در عبارات فقها نیز نشان از آن دارد که علت تشهیر مجرم در این جرم، ممانعت از پذیرش مجدد شهادت وی در آینده تا احراز اصلاح در رفتار او است. بر همین مبنا به‌علت فقدان این علت حتی در جرائم شدیدتر، تشهیر مجرم از سوی فقها مورد حکم قرار نگرفته است. بنابراین به نظر می‌رسد شارع مقدس اسلام در جهت تضمین دادرسی عادلانه، اقدام به شناساندن و معرفی شخصی نموده که سابقاً به‌طور عمدی اقدام به شهادت کذب نموده است؛ لذا این اقدام از یک سو در جهت رسیدن به اهداف مجازات‌ها (سزادهی/مکافات‌دهی و ارعابی/اصلاحی) وضع نگردیده و نوعی اقدام تأمینی-احتیاطی محسوب گشته و از سوی دیگر با عناوین مشابهی همچون انتشار حکم محکومیت قطعی، اعلام نام محکوم در جراید، اجرای علنی کیفر، تراشیدن سر، تبعید و نفی بلد که عمدتاً برای رسیدن به اهداف مجازات‌ها اجرا می‌گردند، متفاوت بوده است.

در هر حال، رویکرد حداقلی نسبت به تشهیر در فقه اسلامی، حساسیت شارع مقدس اسلام را نسبت به حفظ کرامت بشری مجرمین نیز نشان می‌دهد؛ چنان‌که بر همین مبنا امروزه با ایجاد واحد سجل قضائی و تشکیل سامانهٔ الکترونیکی سجل قضائی و در دسترس بودن سابقهٔ کیفری افراد در محاکم، علت تشهیر مجرم در جرم شهادت زور منتفی بوده و با توجه به آثار زیان‌بار رسواسازی مجرم، دلیلی برای اعمال این اقدام در جرم مذکور وجود نخواهد داشت. البته ناگفته نماند شناساندن و معرفی مجرم تحت عناوین مختلف و با اهداف دیگری در پرتوی ادلهٔ ثانویه همچون وجوب حفظ نظام و مصلحت به‌عنوان حکم ثانوی از اختیارات حکومت اسلامی خواهد بود؛ چه اینکه با توجه به مطالب مذکور، امروزه تشهیر مجرم به‌عنوان حکم اولیه علت خود را از دست داده و به‌تبع آن الزام به تشهیر نیز منتفی گشته است. در این صورت، مشروعیت این اقدامات را نمی‌توان براساس مشروعیت تشهیر در فقه اسلامی مورد ارزیابی قرار داد، بلکه بایستی مشروعیتِ معرفی و شناساندن مجرم را براساس ادلهٔ ثانویه همچون ادلهٔ وجوب حفظ نظام و مصلحت سنجید و در صورت پذیرش آن، در زمرهٔ احکام ثانویه قرار خواهد گرفت. بر همین مبنا، اتخاذ رویکرد کمینه‌ای به شناساندن مجرم به دیگران در تصویب قوانین به قانون‌گذاران پیشنهاد می‌گردد؛ به‌گونه‌ای که دامنه و گسترهٔ این اقدامات گسترش نیافته و صرفاً با وجود مصلحت قوی به تدوین قوانین در این زمینه مبادرت نمایند.

منابع

ابن‌براج، عبدالعزیز بن‌نحریر. (۱۴۰۶). المهذب. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

ابن‌حمزه، محمد بن علی. (۱۴۰۸). الوسیله إلی نیل الفضیله. قم: کتابخانه عمومی آیت‌الله العظمی مرعشی نجفی (ره).

ابن‌عباد، اسماعیل. (۱۴۱۴). المحیط فی اللغة. بیروت: عالم الکتاب.

ابن‌فارس، احمد بن فارس. (۱۴۰۲). معجم مقاییس اللغة. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

ابن‌منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم. (۱۴۱۴). لسان العرب. بیروت: دار الفکر.

اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۲۷). فقه الحدود و التعزیرات. قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید.

اصفهانی، محمد بن حسن (فاضل هندی). (۱۴۱۶). کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

بولک، برنار. (۱۳۸۷). کیفرشناسی (ترجمه علی‌حسین نجفی ابرندآبادی). تهران: مجد.

جمعی از پژوهشگران. (۱۴۲۶). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل‌بیت (ع). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت (ع).

جمعی از مؤلفان. (بی‌تا). مجله فقه اهل‌بیت (ع). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت (ع).

جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰). الصحاح. بیروت: دار العلم للملایین.

حلی، احمد بن محمد بن فهد. (۱۴۰۷). المهذب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰). تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة. قم: مؤسسه امام صادق (ع).

حلی، محمد بن احمد بن ادریس. (۱۴۱۰). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

خمینی، سید روح‌الله. (بی‌تا). تحریر الوسیلة. قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.

خوانساری، سید احمد. (۱۴۰۵). جامع المدارک فی شرح المختصر النافع. تهران: مکتبة الصدوق.

خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲). مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی (ره).

رشادتی، جعفر، و رضائی، علی. (۱۳۹۹). کیفرشناسی تشهیر و امکان‌سنجی نشر تصویر، حکم محکومیت و رسواسازی قضات متخلف. *مجله حقوقی دادگستری*، ۸۴(۱۱۰)، ۹۷–۱۱۷. https://doi.org/10.22106/jlj.2020.99885.2503

طباطبائی، سید علی بن محمد. (۱۴۱۸). ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل. قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).

طبسی، نجم‌الدین. (بی‌تا-الف). النفی و التغریب فی مصادر التشریع الإسلامی. قم: مجمع الفکر الإسلامی.

طبسی، نجم‌الدین. (بی‌تا-ب). موارد السجن فی النصوص و الفتاوی. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۴۰۰). النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دار الکتاب العربی.

طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۴۰۷). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

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

غلامی، علی؛ و آقائی میبدی، حسین. (۱۴۰۱). بررسی اهداف مجازات تشهیر در فقه امامیه. فقه جزای تطبیقی، ۲(۳)، ۲۴-. https://doi.org/10.22034/jccj.2022.359669.1086

فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰). کتاب العین. قم: نشر هجرت.

کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۶۳). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیة.

گلپایگانی، سید محمدرضا. (۱۴۱۲). الدرر المنضود فی أحکام الحدود. قم: دار القرآن الکریم.

محدثی، زهرا، و سلطانی، عباسعلی. (۱۳۹۶). نگرشی بر مجازات تشهیر در فقه شیعه با نگاهی به قوانین موضوعه ایران. *پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، ۱۳(۴۹)، ۷۱–۱۰۲. https://doi.org/10.22034/ijrj.2017.535539

محمدی ری‌شهری، محمد. (۱۳۸۹). میزان الحکمة. قم: مؤسسه علمی فرهنگی دار الحدیث.

محمدیان، علی، کشاورزی ولدانی، مرتضی، و مهرابی‌راد، لیلا. (۱۴۰۱). بازخوانی مواضع تشهیر در فقه امامیه (با تحلیل آرای امام خمینی). *پژوهشنامه متین*، ۳۴(۹۶)، ۱۵۱–۱۸۳. https://doi.org/10.22034/matin.2022.215624.1611

مغنیه، محمدجواد. (۱۴۲۱). فقه الإمام الصادق. قم: مؤسسه انصاریان.

مفید، محمد بن محمد بن نعمان. (۱۴۱۰). المقنعة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹). مبانی فقهی حکومت اسلامی (ترجمه محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری). تهران: مؤسسه کیهان.

نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵). مستند الشیعة فی أحکام الشریعة. قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).

References

Ibn Barrāj, ʿAbd al-ʿAzīz ibn Naḥrīr. (1406 AH [1985/1986 CE]). *Al-Muhadhdhab*. Qom: Daftār-i Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)

Ibn Ḥamzah, Muḥammad ibn ʿAlī. (1408 AH [1987/1988 CE]). *Al-Wasīlah ilá nayl al-faḍīlah*. Qom: Kitābkhānah-ʾi ʿUmūmī-yi Āyat Allāh al-ʿUẓmá Marʿashī Najafī. (in Arabic)

Ibn ʿAbbād, Ismāʿīl. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Al-Muḥīṭ fī al-lughah*. Beirut: ʿĀlam al-Kitāb. (in Arabic)

Ibn Fāris, Aḥmad ibn Fāris. (1402 AH [1981/1982 CE]). *Muʿjam maqāyīs al-lughah*. Qom: Daftār-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawzah-ʾi ʿIlmiyyah-ʾi Qum. (in Arabic)

Ibn Manẓūr, Abū al-Faḍl Jamāl al-Dīn Muḥammad ibn Mukarram. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Lisān al-ʿArab*. Beirut: Dār al-Fikr. (in Arabic)

Ardabīlī, Sayyid ʿAbd al-Karīm. (1427 AH [2006/2007 CE]). *Fiqh al-ḥudūd wa-al-taʿzīrāt*. Qom: Muʾassasat al-Nashr li-Jāmiʿat al-Mufīd. (in Arabic)

Iṣfahānī, Muḥammad ibn al-Ḥasan (Fāḍil al-Hindī). (1416 AH [1995/1996 CE]). *Kashf al-lithām wa-al-ibhām ʿan Qawāʿid al-aḥkām*. Qom: Daftār-i Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)

Būluk, Birnār [Bouloc, Bernard]. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Kayfar-shināsī* [Penology] (ʿA. Ḥ. Najafī Abrandābādī, Trans.). Tehran: Majd. (in Persian)

Jawharī, Ismāʿīl ibn Ḥammād. (1410 AH [1989/1990 CE]). *Al-Ṣiḥāḥ*. Beirut: Dār al-ʿIlm lil-Malāyīn. (in Arabic)

Jamʿī az Pizhūhishgarān. (1426 AH [2005/2006 CE]). *Farhang-i fiqh muṭābiq-i madhhab-i Ahl-i Bayt (ʿalayhim al-salām)* [Dictionary of jurisprudence according to the school of the Ahl al-Bayt]. Qom: Muʾassasah-ʾi Dāʾirat al-Maʿārif-i Fiqh-i Islāmī bar Madhhab-i Ahl-i Bayt (ʿa). (in Persian)

Jamʿī az Muʾallifān. (n.d.). *Majallah-ʾi Fiqh-i Ahl-i Bayt (ʿalayhim al-salām)*. Qom: Muʾassasah-ʾi Dāʾirat al-Maʿārif-i Fiqh-i Islāmī bar Madhhab-i Ahl-i Bayt (ʿa). (in Persian)

Ḥillī, Aḥmad ibn Muḥammad ibn Fahd. (1407 AH [1986/1987 CE]). *Al-Muhadhdhab al-bāriʿ fī sharḥ al-Mukhtaṣar al-nāfiʿ*. Qom: Daftār-i Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)

Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. (1420 AH [1999/2000 CE]). *Taḥrīr al-aḥkām al-sharʿiyyah ʿalá madhhab al-Imāmiyyah*. Qom: Muʾassasah-ʾi Imām Ṣādiq (ʿa). (in Arabic)

Ḥillī, Muḥammad ibn Aḥmad ibn Idrīs. (1410 AH [1989/1990 CE]). *Al-Sarāʾir al-ḥāwī li-taḥrīr al-fatāwá*. Qom: Daftār-i Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)

Khumaynī, Sayyid Rūḥ Allāh. (n.d.). *Taḥrīr al-wasīlah*. Qom: Muʾassasah-ʾi Maṭbūʿāt-i Dār al-ʿIlm. (in Arabic)

Khvānsārī, Sayyid Aḥmad. (1405 AH [1984/1985 CE]). *Jāmiʿ al-madārik fī sharḥ al-Mukhtaṣar al-nāfiʿ*. Tehran: Maktabat al-Ṣadūq. (in Arabic)

Khūʾī, Sayyid Abū al-Qāsim. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Mabānī takmilat al-minhāj*. Qom: Muʾassasat Iḥyāʾ Āthār al-Imām al-Khūʾī. (in Arabic)

Rashādatī, Jaʿfar, & ʿAlī Riḍāʾī. (1399 SH [2020 CE]). Kayfarshināsī-yi tashhīr va imkānsanjī-yi nashr-i taṣvīr, ḥukm-i maḥkūmiyyat va rusvāsāzī-yi quḍāt-i mutakhallif [The penology of "Tash'hir" and scandal disclosure for convicted judges]. *Majallah-'i Ḥuqūqī-yi Dādgustarī*, *84*(110), 97–117. https://doi.org/10.22106/jlj.2020.99885.2503 (In Persian)

Ṭabāṭabāʾī, Sayyid ʿAlī ibn Muḥammad. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Riyāḍ al-masāʾil fī taḥqīq al-aḥkām bi-al-dalāʾil*. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt (ʿa). (in Arabic)

Ṭabasī, Najm al-Dīn. (n.d.-a). *Al-Nafy wa-al-taghrīb fī maṣādir al-tashrīʿ al-Islāmī*. Qom: Majmaʿ al-Fikr al-Islāmī. (in Arabic)

Ṭabasī, Najm al-Dīn. (n.d.-b). *Mawārid al-sijn fī al-nuṣūṣ wa-al-fatāwá*. Qom: Daftār-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawzah-ʾi ʿIlmiyyah-ʾi Qum. (in Arabic)

Ṭūsī, Abū Jaʿfar Muḥammad ibn al-Ḥasan. (1400 AH [1979/1980 CE]). *Al-Nihāyah fī mujarrad al-fiqh wa-al-fatāwá*. Beirut: Dār al-Kitāb al-ʿArabī. (in Arabic)

Ṭūsī, Abū Jaʿfar Muḥammad ibn al-Ḥasan. (1407 AH [1986/1987 CE]). *Al-Khilāf*. Qom: Daftār-i Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)

ʿĀmilī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī (Shahīd-i Thānī). (1410 AH [1989/1990 CE]). *Al-Rawḍah al-bahiyyah fī sharḥ al-Lumʿah al-Dimashqiyyah*. Qom: Kitābfurūshī-yi Dāvarī. (in Arabic)

Ghulāmī, ʿAlī, & Ḥusayn Āqāʾī Maybudī. (1401 SH [2022 CE]). Barrasī-yi ahdāf-i mujāzāt-i tashhīr dar fiqh-i Imāmīyah [Examining the punishment purposes of defamation in Imami jurisprudence]. *Fiqh-i Jazā-yi Taṭbīqī*, *2*(3), 11–24. https://doi.org/10.22034/jccj.2022.359669.1086 (In Persian)

Farāhīdī, Khalīl ibn Aḥmad. (1410 AH [1989/1990 CE]). *Kitāb al-ʿAyn*. Qom: Nashr-i Hijrat. (in Arabic)

Kulaynī, Muḥammad ibn Yaʿqūb. (1363 SH [1984/1985 CE]). *Al-Kāfī*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Arabic)

Gulpāyigānī, Sayyid Muḥammad Riḍā. (1412 AH [1991/1992 CE]). *Al-Durr al-manḍūd fī aḥkām al-ḥudūd*. Qom: Dār al-Qurʾān al-Karīm. (in Arabic)

Muḥaddithī, Zahrā, & Sulṭānī, 'Abbās'alī. (1396 SH [2017 CE]). Nigarishī bar mujāzāt-i tashhīr dar fiqh-i Shī'ah bā nigāhī bih qavānīn-i mawḍū'ah-'i Īrān [An approach to public disclosure as a punishment in Shiite jurisprudence focusing on Iranian statute law]. *Pizhūhish-hā-yi Fiqh va Ḥuqūq-i Islāmī*, *13*(49), 71–102. https://doi.org/10.22034/ijrj.2017.535539 (In Persian)

Muḥammadī Ray-Shahrī, Muḥammad. (1389 SH [2010/2011 CE]). *Mīzān al-ḥikmah*. Qom: Muʾassasah-ʾi ʿIlmī Farhangī-yi Dār al-Ḥadīth. (in Arabic)

Muḥammadiyān, 'Alī, Kishāvarzī Valdānī, Murtażā, & Mahrābī Rād, Laylā. (1401 SH [2022 CE]). Bāzkhvānī-yi mavāḍi'-i tashhīr dar fiqh-i Imāmīyah (bā taḥlīl-i ārā'-i

Imām Khumaynī) [Rereading the positions of Tashhir in Imami jurisprudence (with an analysis of the views of Imam Khomeini)]. *Pizhūhishnāmah-'i Matīn*, *24*(96), 151–183. https://doi.org/10.22034/matin.2022.215624.1611 (In Persian)

Mughniyyah, Muḥammad Jawād. (1421 AH [2000/2001 CE]). *Fiqh al-Imām al-Ṣādiq*. Qom: Muʾassasat Anṣāriyān. (in Arabic)

Mufīd, Muḥammad ibn Muḥammad ibn al-Nuʿmān. (1410 AH [1989/1990 CE]). *Al-Muqniʿah*. Qom: Daftār-i Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)

Muntaẓirī, Ḥusayn-ʿAlī. (1409 AH [1988/1989 CE]). *Mabānī-yi fiqhī-yi ḥukūmat-i Islāmī* [Jurisprudential foundations of Islamic governance] (M. Ṣalavātī & A. Shakūrī, Trans.). Tehran: Muʾassasah-ʾi Kayhān. (in Persian)

Najafī, Muḥammad Ḥasan. (1404 AH [1983/1984 CE]). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ Sharāʾiʿ al-Islām*. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)

Narāqī, Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī. (1415 AH [1994/1995 CE]). *Mustanad al-Shīʿah fī aḥkām al-sharīʿah*. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt (ʿa). (in Arabic)

Bentham, J. (1830). *The rationale of punishment*. Robert Heward.

Braithwaite, J. (2002). *Restorative justice and responsive regulation*. Oxford University Press.

Ttofi, M. M., & Farrington, D. P. (2008). Reintegrative shaming theory, moral emotions and bullying. *Aggressive Behavior*, 34(4), 352–368.

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

Fiqhi Maxims Governing Convergence between Islamic and Non-Islamic States

Ghulam Sakhi Jawadi[1]✉, Hossein Arjini[2], Sayed Abdul Qaium Sajjadi[3]

1. *Corresponding Author*, Department of Political Jurisprudence, Faculty of Fiqh and Uṣūl, Higher Education Complex of Fiqh, Qom, Iran. Email: gh.jawadi20@gmail.com
2. Associate Professor, Department of Islamic Revolution, Faculty of Islamic Revolution Studies, Islamic Maaref University, Qom, Iran. Email: arjini@maaref.ac.ir
3. Faculty Member, Department of International Relations, Faculty of Law and Political Science, Khatam Al-Nabieen University, Kabul, Afghanistan. Email: ab.sajjadi@knu.edu.af

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received
10 February 2024
Received in revised form
25 February 2024
Accepted
26 March 2024
Available online
22 June 2026

Keywords:
fiqhi maxims,
convergence,
Islamic states,
non-Islamic states,

ABSTRACT

Fiqhi maxims governing convergence between Islamic and non-Islamic states provide normative standards for the conduct of states and international organizations. Islamic jurisprudence and modern international law display substantial compatibility in political and economic relations, particularly in principles of peaceful interaction, treaty observance, and institutional cooperation. The central issue is how an Islamic state should engage non-Islamic states, especially non-hostile and treaty-bound partners. Through an analytical and juristic method, this study examines the principles of invitation, non-domination, reconciliation of hearts, cooperation, protection of covenants and immunities, prudential concealment where necessary, selection of the lesser harm, and removal of hardship. These principles support lawful regional and economic convergence in customs facilitation, banking, international finance, global markets, political economy, trade organizations, transportation, and collective security. The study concludes that Islamic law does not require isolation. It authorizes structured cooperation that protects dignity, independence, property, life, and treaty rights, while prohibiting domination and assistance in injustice.

Cite this article: Jawadi, G. S., Arjini, H., & Sajjadi, S. A. Q. (2026). Fiqhi maxims governing convergence between Islamic and non-Islamic states. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, *20*(1), 302-332. https://doi.org/10.22034/fvh.2024.18005.1915

© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: https://doi.org/10.22034/fvh.2024.18005.1915

Introduction

Convergence refers to increasing coordination and interdependence among states through shared history, geography, culture, security, and economic exchange. Muslim societies have long participated in regional trade and political networks with both Islamic and non-Islamic communities. Contemporary interdependence makes such interaction unavoidable and potentially beneficial, but Islamic states require a normative framework that distinguishes lawful cooperation from dependency, domination, or support for injustice. Fiqhi maxims can perform this regulatory function, particularly in relations with non-hostile and treaty-bound states.

Methodology

The research uses a library-based, analytical, and juristic method. It identifies general principles from the Qurʾān, Sunna, fiqhi maxims, and works of political jurisprudence, and then evaluates their application to modern forms of regional integration. The study also compares these principles with selected concepts of international law and international organization. Its application-oriented approach focuses on customs, banking, loans, markets, trade institutions, infrastructure, diplomatic protection, and security cooperation.

Literature Review

Studies of Islamic international relations have examined treaties, diplomacy, peace and conflict, and individual maxims such as no harm or non-domination. Research on regional integration, however, often relies exclusively on modern political economy, while fiqhi writing may remain abstract and detached from institutional design. A systematic account connecting multiple maxims to the practical architecture of convergence among Islamic and non-Islamic states remains limited. The present study brings these bodies of literature together.

Findings

Several principles jointly regulate convergence. The principle of invitation favors constructive communication rather than isolation. The rule of non-domination prohibits arrangements that place Muslim communities under disabling foreign control. Reconciliation of hearts supports confidence-building and peaceful inclusion; cooperation authorizes joint action in lawful and beneficial affairs; and fulfillment of covenants protects treaties, immunities, property, and the lives and dignity of non-hostile partners. The rules of lesser harm and removal of hardship permit pragmatic institutional choices where alternatives impose greater injury. Prudential measures remain exceptional and may not be used to excuse bad faith.

Discussion

These maxims support economic and regional organizations provided that participation preserves legal equality, reciprocal benefit, transparency, and effective safeguards against domination. Customs unions, banking arrangements, international loans, shared markets, transport corridors, and security institutions are not intrinsically objectionable. Their legality depends on their terms and consequences. Cooperation in trade and infrastructure may enhance collective resilience, while dependency-inducing debt, discriminatory institutions, or participation in aggression would violate the same fiqhi framework that otherwise permits convergence.

Conclusion

Islamic jurisprudence supplies a coherent basis for constructive relations between Islamic and non-Islamic states. Its maxims can guide regional economic and political convergence without abandoning sovereignty or religious commitments. A lawful integration project should combine treaty fidelity, reciprocal protection, cooperation in benefit, avoidance of hardship, and institutional safeguards against domination and injustice. This framework is capable of informing customs, finance, markets, transportation, diplomacy, and collective security and can support a stable regional order in an interdependent world.

Declarations

Author Contributions: The authors jointly contributed to conceptualization, source analysis, legal interpretation, and preparation of the manuscript.

Data Availability Statement: Not applicable.

Acknowledgements: The authors expressed appreciation to the staff of Al-Mustafa International University and the reviewers of the journal.

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

Funding: The authors received no financial support for this research.

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

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

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

قواعد فقهی ناظر بر همگرایی کشورهای اسلامی و غیراسلامی

غلام‌سخی جوادی[۱]✉، حسین ارجینی[۲]، سید عبدالقیوم سجادی[۳]

۱. *نویسندهٔ مسئول*، دانش‌پژوه دکتری، گروه فقه سیاسی، دانشکده فقه و اصول، مجتمع آموزش عالی فقه، قم، ایران. رایانامه: gh.jawadi20@gmail.com
۲. دانشیار، گروه انقلاب اسلامی، دانشکده مطالعات انقلاب اسلامی، دانشگاه معارف اسلامی، قم، ایران. رایانامه: arjini@maaref.ac.ir
۳. استادیار، گروه روابط بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خاتم‌النبیین، کابل، افغانستان. رایانامه: ab.sajjadi@knu.edu.af

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۲۱
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۲/۰۶
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۱/۰۷
تاریخ انتشار: ۱۴۰۵/۰۴/۰۱

کلیدواژه‌ها:
قواعد فقهی،
همگرایی،
کشورهای اسلامی،
کشورهای غیراسلامی

چکیده

قواعد فقهی ناظر بر همگرایی کشورهای اسلامی و غیراسلامی به مفهوم تنظیم‌کننده رفتارهای دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی است و البته که بین فقه اسلامی و حقوق بین‌الملل در اکثر مسائل سیاسی، اقتصادی و به‌ویژه در اصول روابط بین‌الملل و منشور سازمان ملل متحد، نزدیکی و همخوانی وجود دارد و مسئله اصلی، در تبیین نوع واکنش دولت اسلامی در قبال دولت‌های غیراسلامی است که فقه اسلامی در این‌گونه موارد تدابیری اساسی به‌منظور جلوگیری از حوادث غیرمترقبه روی دست دارد. هدف تحقیق، واکاوی گستره قواعد فقهی در عرصه جهانی است و مهم‌ترین اصول سیاست خارجی دولت اسلامی در عرصه بین‌الملل عبارت‌اند از: اصل دعوت، نفی سلطه، تألیف القلوب، تعاون، مصونیت و یا اصول تقیه، اقل ضروین، نفی حرج و غیره. بدین منظور، روش اجتهادی و تحلیلی در شکل‌گیری برخی قواعد و مشروعیت انواع همگرایی‌های اقتصادی و منطقه‌ای راهگشاست. طبق این روش، اصول و قواعد فقهی ناظر بر همگرایی بین دولت‌ها و تنظیم سازمان‌های بین‌المللی و به‌ویژه در امور تسهیلات گمرکی، تعاملات بانکی، قرضه‌های بین‌المللی، بازار جهانی، اقتصاد سیاسی، سازمان تجارت جهانی و غیره اهمیت فوق‌العاده دارد.

استناد: جوادی، غلام‌سخی؛ ارجینی، حسین؛ و سجادی، سید عبدالقیوم. (۱۴۰۵). قواعد فقهی ناظر برهمگرایی کشورهای اسلامی و غیراسلامی. مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ۲۰(۱)، ۳۰۹-۳۳۲. https://doi.org/10.22034/fvh.2024.18005.1915

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

مقدمه

در تبیین مسئله، به‌شکل‌گیری همگرایی در سایه قواعد فقهی با سابقه هزارساله و بررسی حوادث جدید جهان و به‌ویژه تجارت بین‌المللی پرداخته شده است؛ زیرا در عصر جهانی‌شدن، کشورهای اسلامی و غیراسلامی نیازمند سازوکار «روش‌کار» عقلانی برای تقویت روابط اقتصادی خود هستند و اکثر مسلمانان در جوامع سنتی زندگی می‌کنند و در مسائل احوال شخصیه از قبیل ازدواج، نوع پوشش، خرید مواد غذایی و با ذبح شرعی بسیار وسواس و محتاط هستند.

در این تحقیق، به بررسی مسائل جدید سیاست خارجی دولت اسلامی به‌منظور حل معضلات بین‌المللی در قالب قواعد فقهی و بین‌المللی به‌عنوان تنظیم‌کننده روابط کشورهای مختلف جهان پرداخته شده است و در عصر جهانی‌شدن اقتصادی و تعاملات گسترده تجاری، فناوری، بانکی، سرمایه‌گذاری و کسب‌وکار بین‌المللی، توجه به راهکارهای فقهی به‌منظور پیدا کردن پاسخ‌های مناسب سؤالات و برجسته کردن نقش فقه در شکل‌گیری تمدن اسلامی، یک ضرورت است.

مهم‌ترین پرسش پیش روی ما، این است که همگرایی بین کشورهای اسلامی و غیراسلامی چگونه ممکن است؟ و پرسش دیگر این است که چرا اختصاص به دولت‌های ایدئولوژیک دارد؟ به‌منظور احیای فضای سبز یا محو آلودگی‌های فضایی، دریایی و جنگل‌ها چگونه می‌توان همگرایی زیست‌محیطی به وجود آورد؟ به این ترتیب، فرضیه این است که طبق قواعد فقهی، همگرایی به‌شکل‌های جهانی، قاره‌ای و منطقه‌ای می‌تواند شکل بگیرد.

به لحاظ روان‌شناسی سیاسی، حقوق شهروندی جهانی در وجود «سازمان ملل متحد» تجلی یافته است و یکی از مهم‌ترین تجارب تاریخی، شکل‌گیری همگرایی بین شهروندان قاره اروپاست و سازمان وحدت آفریقا و هم‌سویی منطقه‌ای اتحادیه عرب و یا همگرایی دینی کنفرانس اسلامی و همانند آن در ادیان مسیحیت و یهودیت و همچنین در ادیان بودایی، هندو، شنتو و کنفوسیوس، به‌تدریج در بستر تاریخ جهان تجربه شده است.

در سامان‌دهی تحقیق، ضمن بررسی انواع همگرایی، وظایف دولت اسلامی در قبال چهار نوع نظام سیاسی از کشورهای غیراسلامی انعطاف‌ناپذیر، آشتی‌پذیر و همچنین دولت‌های ستم‌گریز و ستم‌پذیر غیراسلامی تعریف صورت گرفته است.

در مورد پیشینه تحقیق، می‌توان گفت که منابع دربارهٔ «بررسی فقهی راهبرد همگرایی منطقه‌ای» یا وجود ندارد و یا به‌صورت سخنرانی، مصاحبه، مقاله و در مباحث فرعی کتاب‌ها وجود دارد که در دسترس من قرار نگرفته است؛ به‌طور مثال:

۱. حسین ارجینی در کتاب خود به‌نام صلح و منازعه در روابط خارجی دولت اسلامی (۱۳۸۷)، دربارهٔ ارتباطات جهان اسلام با کشورها و نهادهای جهانی تأکید دارد، اما تحت عنوان همگرایی‌های سیاسی و منطقه‌ای بر پایه تاریخ و تمدن مشترک بحثی ندارد.

۲. کتاب مذاکره دولت اسلامی با سایر دولت‌ها از منظر فقه اسلامی (شبان‌نیا، ۱۳۹۳) به تعریف مذاکره، دیپلماسی، روابط دیپلماتیک، شناسایی و معاهدات بین‌المللی و غیره می‌پردازد، اما تحت عنوان همگرایی اسلامی و غیراسلامی از منظر فقه بحثی ندارد.

۳. فرهاد قاسمی در کتاب نظریه‌های روابط بین‌الملل و مطالعات منطقه‌ای (۱۳۹۰) به تعریف منطقه‌گرایی و همگرایی منطقه‌ای پرداخته است، اما از دیدگاه فقه مطلبی برای گفتن ندارد و بدین لحاظ، دربارهٔ همگرایی طبق قواعد فقهی به تحقیق پرداختم؛ زیرا به نظرم تطبیق قواعد فقهی بر مسائل همگرایی، نوآوری است.

مفاهیم

قواعد

در واژه‌شناسی، قواعد جمع قاعده و معنی آن «بنیان و ستون برای چیزی است که در بالای آن قرار دارد... که در مورد ستون‌ها و پایه‌های غیرمادی که جنبه زیربنایی دارد نیز به کار می‌رود» (شریعتی، ۱۳۹۳، ص. ۲۹) و مفهوم القاعده «بحسب الاصطلاح الفقهی عبارة عن الاصل الکلی الذی ثبت من ادلته الشرعیة» (مصطفوی، ۱۴۲۱، ص. ۹)؛ بنابراین، قواعد فقهی، یک اصل کلی است که به ادله شرعی ثابت شده است و این اصل کلی بر اجزاء و افراد خود انطباق دارد و با توجه به تعریف و معانی آن، «عنوان «قاعدة فقهی» بر احکام عامی که به بسیاری از مسائل فقهی مرتبط باشد اطلاق می‌شود» (مصطفوی، ۱۴۲۱، ص. ۹).

همگرایی، اصول و قواعد آن

همگرایی در واژه‌نامه به مفهوم همرس و نزدیکی است و در فرهنگ فارسی معین «به‌معنای تقارب، کیفیت نزدیک شدن اجزای یک کل به یکدیگر» (معین، بی‌تا، ذیل «همگرایی») و یا به‌معنای افزایش همکاری بین دولت‌هاست که در این‌گونه موارد نیازمند اصول و قواعد فقهی است و البته «قواعد» مرادف و هم‌معنای اصول که جمع اصل است، می‌باشد و اصل در واژه‌شناسی بیخ چیز را گویند و در اصطلاح «الاصل ما یبنی علیه شیء غیره» است؛ مثل پایه دیوار که نگهدارنده دیوار است و بدین لحاظ، «فقها در مسائل بسیار مهم، نخست به تأسیس اصل و قاعده می‌پردازند» (ارجینی، ۱۳۸۷، ص. ۵۷).

قواعد برگرفته از آیات، سنت، عرف و عقل در ابواب گوناگون فقه کاربرد دارند، به آن‌ها اصول و قواعد فقهی نیز می‌گویند: «مراد از اصل، قواعد کلی و عامی است که از آیات و روایات استفاده می‌شود» (ارجینی، ۱۳۸۷، ص. ۵۸) و مفهوم «قاعده فقهی، اصل و پایه‌های کلی است که با ادله شرعیه ثابت گردیده است» (صانعی، بی‌تا) و همگرایی اقتصادی به مفهوم افزایش مبادلات منطقه‌ای به اصول و قواعد تنظیم‌کننده نیازمند است.

از نظر تاریخی، اصول و قواعد همگرایی از سنت سیاسی پیامبر اسلام گرفته شده است؛ چنان‌که می‌گوید: «فقد قامت الدولة الإسلامیة العادلة فی المدینة ابتداءً علی قیام الروابط الحسنة مع جمیع الأدیان حتی مع الیهود» (محمد شیرازی، ۱۹۹۰، ص. ۲) و بدین منظور، در کنار سیاست یا مدیریت داخلی و بین‌المللی، درس اخلاق و انسان‌دوستی و همگرایی منطقه‌ای «ابتکار عملی و ارتباطی که پیامبر (ص) در عرصه بین‌المللی داشت، بر اصول ارزش‌های الهی، سیادت و کرامت اسلامی مبتنی بود» (ارجینی، ۱۳۸۷، ص. ۶۶).

بنابراین، دولت اسلامی در شهر مدینه در نخستین روزهای حیات خود با تمام اهل ادیان توحیدی حتی یهودیان روابط حسنه برقرار نمود؛ یعنی قوانین اسلامی بر پایه مدارا، رأفت، حفظ نظم همسایه‌داری، انسان‌دوستی

و پایبندی به تعهدات بین‌المللی پایه‌گذاری شد و نبی خدا همهٔ اصول همگرایی انسانی را در سایه دین توحیدی تشکیل داد و براساس همین اصول انسانی، قوم یهود جزء امت اسلامی قرار گرفت.

کشورهای اسلامی و غیراسلامی

یک کشور در کره زمین حدود مشخصی دارد که در آن یک ملت زندگی می‌کنند و در تعریف اقلیم، دما، رطوبت، آب و هوای آن مهم است، اما منظور از کشورهای اسلامی در تاریخ فقه سیاسی اسلامی «دارالاسلام» است؛ چنان‌که «آیت‌الله مصباح یزدی محدوده جغرافیایی جهان اسلام را تا جایی می‌داند که مسلمانان بر آن حکومت می‌کنند» (ارجینی، ۱۳۸۷، ص. ۴۸).

بنابراین، گاهی «منشأ مرزبندی‌ها، اعتقادی است و بلاد مختلف بر این اساس، به دارالاسلام، دارالکفر، دارالحرب، دارالصلح، دارالهدنه و... تقسیم می‌گردد» (ارجینی، ۱۳۸۷، ص. ۵۹)؛ به این ترتیب، روشن می‌گردد که در سرزمین «دارالکفر» احکام اسلام جاری نمی‌شود و طبق این بیان و «براساس ضوابط فقهی، سرزمین‌هایی همچون دارالاسلام و دارالکفر به رسمیت شناخته شده است... و البته بر آن اساس، برای مکلفین، اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی احکامی مرتب گردیده است» (شبان‌نیا، ۱۳۸۷، ص. ۴۸).

روند شکل‌گیری قواعد فقهی و قوانین بین‌المللی

اصول و قواعد فقه اسلامی دارای سابقه حداقل هزارساله است که از پشتوانه نقلی و عقلی برخوردار است و بعد از رنسانس، دانشمندان غربی، منابع و داده‌های علوم اسلامی را مورد مطالعه قرار دادند و به‌صورت مطلوب از آن‌ها استفاده کردند و سرانجام برای تدوین اصول و منشور سازمان‌های بین‌المللی از قواعد فقه اسلامی الگو گرفتند و از نظر عملی نیز اجرایی کردند؛ یعنی در ظاهر، سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی مثل ملل متحد دست‌ساخته بشر است، اما ایده آن‌ها با مطالعات اسلامی در کشورهای غیراسلامی به سرانجام رسید.

از نظر تاریخی، پس از جنگ جهانی اول و دوم، نهاد سازمان ملل متحد تأسیس گردید که تاکنون نظم جهانی را در دست دارد و با توجه به روند تاریخی شکل‌گیری، تدوین و تصویب قوانین سازمان‌های بین‌المللی، می‌شود گفت: اصول و قواعد جهانی ملل متحد برگرفته از اصول و قواعد فقه اسلامی می‌باشد و قواعد فقهی ناظر بر همگرایی دولت اسلامی در قبال کشورهای غیراسلامی، تنظیم‌کننده روابط آن‌هاست.

به اعتراف دانشمندان غربی، تمدن غرب، مدیون تمدن اسلام است و با توجه به اینکه دانشمندان غربی دربارهٔ فقه اسلامی تحقیقات گسترده انجام داده بودند و در نهایت به پیامدهای مثبت همگرایی جهانی نیز پی بردند و در روند مذاکرات و کنفرانس‌های ابرقدرت‌های جهان، با استفاده از واژگان تعاون «همکاری»، صلح، امنیت جهانی و منطقه‌ای، سازمان ملل متحد به‌عنوان نهاد جهانی ایجاد گردید و این نهاد جهانی، به‌عنوان سازمان سیاسی بر هماهنگی کشورها تأکید نمود و این نهاد، یک سازمان سیاسی جهانی است که وظایف خود را در قالب قوانین موضوعه ناشی از توافق اعضا، انجام می‌دهد.

۱. اصول و قواعد ناظر بر همگرایی جهانی

در روند شکل‌گیری حقوق و قوانین نهاد ملل متحد، قواعد فقهی را نیز باید در نظر داشت که یکی از اصول ناظر بر همگرایی سیاسی جهانی «قاعده اقرار عقلا» است و به عبارت دیگر تمام عقلای عالم می‌پذیرند که «اقرار العقلاء علی انفسهم جائز» برای دولت‌ها، مسئولیت‌آور می‌باشد و این قاعده فقهی، راهنمای بحث همگرایی است و طبق این قاعده عقلایی، تمام کشورهای جهان به‌عنوان اعضای ملل متحد بخشی از اختیارات قانونی و ملی خود را با اختیار خود سازمان ملل متحد پذیرفته و منشور آن را امضا کردند: «والمراد هو الجواز الوضعی؛ بمعنی النفوذ و المضی» (لنکرانی، ۱۳۹۳، ص. ۶۵).

هر کشوری از کشورهای جهان با امضای قوانین بین‌المللی نظام جهانی و طبق قاعده وفای به عهد، باید متعهد باقی بماند و دولت‌های اسلامی و غیراسلامی در هر شرایطی به معاهدات بین‌المللی باید عمل کنند و همچنین در تفسیر آیه «ما کان الناس إلا أمة واحدة فاختلفوا» (بقره، ۱۱۳)، مفهوم همگرایی در فطرت بشریت نهفته است؛ چنان‌که امام علی (ع) می‌فرماید: «فإنهم صنفان: إما أخ لک فی الدین وإما نظیر لک فی الخلق» (نهج‌البلاغه، نامه ۵۳)، آنان یا برادر دینی تو هستند و یا همنوع توست و از سویی، دولت اسلامی مدینه با ادیان مسیحی و یهودی سازش و سازگاری داشت و این روش، منش و سنت سیاسی و اجتماعی پیامبر در وجود مبارک امام علی (ع) متجلی شد.

بنابراین، رفتار سیاسی امام در برابر اتباع دولت قبیله‌های یهود و نصاری، از مبانی همگرایی منطقه‌ای به شمار می‌رود. اگرچه ایده لیبرالیسم غرب به‌عنوان اندیشه مسلط در روند تدوین و تصویب نظام حقوقی «ملل متحد» مهم بود، اما قواعد فراگیر دینی سازمان ملل متحد شامل ایده همه پیروان ادیان ابتدایی، پیشرفته، ادیان ساده جهانی و «ادیان فلسفی (مانند هندوئیسم، بودیسم و آیین کنفوسیوس) و ادیان وحیانی (مانند زردشتی، یهودیت، مسیحیت و اسلام) است» (توفیقی، ۱۳۸۱، ص. ۱۶).

به‌طور طبیعی، همه انسان‌ها امت واحده را تشکیل می‌دهند «و ما کان الناس إلا أمة واحدة فاختلفوا» (یونس، ۱۹) و حقیقت آیه «و تعاونوا علی البر والتقوی» (مائده، ۲) مبانی همگرایی جهانی (ملل متحد) را سامان می‌دهد و تعهد اعضای سازمان ملل متحد به منشور این نهاد بشری باقی است؛ اما این نهاد، مظهر اراده ابرقدرت‌هاست که دارای حق وتوی غیرعادلانه می‌باشد و البته واژه «تقوی» به‌معنای پرهیزگاری در آیه ابهام دارد و تقوا، به مفهوم اطاعت از قوانین الهی، بین‌المللی و ملی است.

شکل‌گیری سازمان ملل متحد با تصویب اساسنامه آن صورت گرفت و «تصویب اساسنامه به سازمان‌های بین‌المللی، شخصیت حقوقی می‌بخشد و آن را از حقوق و تکالیف ویژه‌ای برخوردار می‌کند» (اسماعیلی، ۱۳۸۳، ص. ۱۱۳) و سرانجام اصول منشور ملل متحد پس از عزم ابرقدرت‌های درجه اول جهان و تلاش‌های بی‌وقفه کشورهای کوچک و بزرگ جهان، به‌عنوان مهم‌ترین سند همگرایی سیاسی و امنیتی تدوین، تصویب و منتشر گردید. منشور (عهد و پیمان) ملل متحد در بخش‌های مختلف برنامه‌های علمی را روی دست دارد و در مباحث مهم آن، هر کشوری راهکارهای متفاوت خود را ارائه کرده است که سرانجام موارد زیر تصویب شد:

الف- اصل عدم توسل به زور دولت‌های جهانی در روابط بین‌الملل؛

ب- اصل حل اختلافات از طریق مسالمت‌آمیز، از طریق آشتی، میانجی‌گری، داوری، دیوان دادگستری بین‌المللی؛

ج- اصل عدم حق دخالت در امور کشورهای دیگر که در صلاحیت ملی است؛

د- اصل تعاون و همکاری بین‌المللی با سایر دولت‌ها برطبق مواد منشور ملل متحد؛

ه- اصل تساوی حقوق ملت‌ها؛ ... اصل حاکمیت دولت‌ها؛

و- اصل اجرای حسن‌نیت در تعهدات بین‌المللی» (قائم‌مقام فراهانی، ۱۳۷۹، ص. ۸۱).

۲. اصول و قواعد همگرایی منطقه‌ای

در رشته مطالعات منطقه‌ای، همگرایی از مباحث محوری می‌باشد که مورد تأیید قرآن نیز قرار دارد: «و هذا البلد الأمین» (تین، ۳) و منطقه‌گرایی دارای سازوکارهای خاص مثل منطقه فلات ایران است که آثار طبیعی و معنوی یک منطقه می‌توانند حس، هویت و هدف مشترک ایجاد کنند و یا طبق فرموده قرآن می‌توانیم همگرایی منطقه‌ای امت اسلامی داشته باشیم: «إن هذه أمتکم أمة واحدة وأنا ربکم فاعبدون» (الانبیاء، ۹۲)؛ یعنی دین اسلام دین شماست (ای مردم)، به یقین این (نوع انسان) امت شمایید و همه یک ملتید و من پروردگار شمایم.

مراد از «اصل» همگرایی منطقه‌ای در حوزه تمدن اسلامی و توحیدی، یک قاعده برگرفته از مستندات دینی است: «والتین والزیتون * وطور سینین * وهذا البلد الأمین» (التین، ۱-۳) و در ترجمه قرآن آیت‌الله مکارم شیرازی، تین و زیتون نام دو تا کوه در شهرهای دمشق و فلسطین هستند که سوگند خوردن به کوه‌های فلسطین، کوه سینا، حرا و خانه امن الهی، به‌عنوان سرزمین‌های پیامبران، همگرایی منطقه‌ای «دارالاسلام» را نشان می‌دهد؛ به‌خاطر اینکه هرکدام از پدیده‌های طبیعی و معنوی حس مشترک بین مسلمین ایجاد کرده است و یا آیه قریش «لإیلاف قریش» (قریش، ۱) نیز دلالت و حالت منطقه‌ای دارد که با محوریت کعبه معظم همگرایی منطقه‌ای دینی شکل گرفته است.

نهاد همگرایی منطقه‌ای طبق احکام فقه اسلامی مطابق قراردادی که منعقد شده است عمل می‌کند و طبق قواعد فقهی و قوانین بین‌المللی، متخلفان مجازات و پیمان‌شکنان را مجبور به پرداخت خسارت احتمالی می‌نماید و معاهدات بین‌المللی نیز با داده‌های قرآن همخوانی دارد: «و أوفوا بالعهد إن العهد کان مسئولا» (اسراء، ۳۴)، به عهد خود وفا کنید؛ زیرا عهد از موارد مسئولیت‌پذیری است «و الموفون بعهدهم إذا عاهدوا» (بقره، ۱۷۷)، آن نیکوکاران کسانی هستند که وقتی که عهدی بستند به عهد خود وفا می‌کنند.

حقوق و تکالیف سازمان ملل متحد، متأثر از قاعده وفای به عهد است و نهادهای کیفری ملل متحد دارای صلاحیت‌های حقوقی است و «صلاحیت جهانی یا همگانی بر این فرض مبتنی است که برخی از جرائم آن‌چنان در نظر همه افراد جامعه جهانی قبیح و قابل سرزنش محسوب می‌شوند که مرتکبان آن‌ها را می‌توان دشمن همه ملل فرض کرد و بنابراین، هر دولتی حق تعقیب، محکمه و مجازات چنین مجرمی را خواهد داشت» (صادقی، ۱۳۷۷، ص. ۳۰).

۳. اصول و قواعد ناظر بر کشورهای اسلامی و غیراسلامی

مهم‌ترین قواعد فقه که رفتارهای سیاسی دولت‌های غیراسلامی را نظارت و کنترل می‌کنند عبارت‌اند از: اصول و قواعد لاضرر، مصلحت، عدم ولایت انسان، تساوی یا عدم تبعیض، الزام، اضطرار، ضرورت و غیره. این اصول و قواعد در مورد اهل مهادنه (موادعه و متارکه)، اهل جزیه، اهل امان، پناهنده، بی‌طرف و یا هم‌پیمانان کشور اسلامی که آزادی دارند قابل تحلیل هستند؛ اما از باب اختصار به چند تا از قواعد مهم دیگر به تناسب اندیشه حاکم غیرمسلمان توجه می‌شود و منظور این است که طبق عرف بین‌الملل تمام کشورهای اسلامی و غیراسلامی ملزم به عمل به آن اصول و قواعد پذیرفته‌شده در بخش‌های مختلف بین‌المللی هستند.

همچنین علما و محققان در فقه اسلامی خود احکام مشترک بین مسلمانان و کافران را از مبانی دینی استخراج کرده‌اند و بعضی قواعد فقهی، جنبه اقتصادی و معاملات بازاری را به‌طور مشترک در نظر دارند و «رویکرد حداکثری در قلمرو فقه سیاسی مقتضی نگرشی همه‌جانبه به همه ابواب فقه، اعم از عبادات، سیاسات، اقتصاد، فرهنگ و... در استنباط حکم شرعی به‌جهت اداره شئون مختلف کشور است» (ایزدهی، ۱۳۹۸، ص. ۱۱۴).

۳ـ۱. قواعد حاکم بر روابط دول اسلامی و غیراسلامی طغیانگر

نظام غیرطاغوت دارای «نرمش، سازش، قابل خمیدگی و قابل برگشت‌پذیر است» (دیکشنری آبادیس، بی‌تا) و نظام طاغوت تغییرناپذیر است که آمادگی برای سازگاری ندارد.

بنابراین، در برابر کشورهای غیراسلامی انعطاف‌ناپذیر و آشتی‌ناپذیر، انتخاب سیاست «أشداء علی الکفار» (فتح، ۲۹) مناسب است. اگرچه اجرای اصول انقلابی و تقابل‌گرایی به مفهوم اعلام جنگ بدون دعوت سالم و عقلانی، قابل قبول نیست و از نظر اسلام اصل «دعوت» به اصل جهاد و جنگ مقدس تقدم دارد و اگرچه قواعد فقهی نسبت به دارالحرب (میدان جنگ) سخت‌گیرانه است.

بدین منظور، از وظایف دولت مرکزی و نهادهای مهم کشور اسلامی، استفاده از تمام امکانات معنوی و مادی برای افزایش قدرت یا حفظ و نمایش قدرت دینی در عرصه روابط بین‌الملل لازم است و سیاست‌های ذلت‌پذیری و ذلت‌ستیزی دولت‌های غیراسلامی از نظر فقه اسلامی طبق شرایط زمان، قابل بازنگری و ارزیابی مجدد است.

الف- اصل و قاعدهٔ دعوت

مفهوم دعوت در واژه‌شناسی فراخواندن کسی به مهمانی و در اصطلاح عبارت است از «فراخواندن غیرمسلمانان به اسلام و به عبارت دیگر از نظر تاریخی، دعوت به‌معنای درخواست مسلمانان از افراد غیرمسلمان برای پذیرش دین اسلام می‌باشد» (شریعتی، ۱۳۹۳، ص. ۳۰۱) و اصل و قاعده دعوت در عرصه دیپلماسی و سیاست خارجی دولت اسلامی در برابر نظام‌های طاغوت و ظالم غیراسلامی، یک گزینه مناسب است و اصل «قاعده دعوت یکی از مهم‌ترین اصول سیاست خارجی کشورهای اسلامی به شمار می‌رود» (شریعتی، ۱۳۹۳، ص. ۳۰۶).

کاشانی از علمای احناف گفته است: «روابط میان مسلمانان و غیرمسلمان باید نخست بر پایه موعظه حسنه باشد» (بسول، ۱۳۸۹، ص. ۸۹) و به تعبیر دیگر هرکسی که «به گرویدن به اسلام دعوت می‌شود، باید بداند به چه چیزی دعوت می‌گردد و احکام و اصول آن را بداند» (بسول، ۱۳۸۹، ص. ۸۸)؛ زیرا این روش از نظر اخلاق بشری بسیار مهم است.

طبق قاعده دعوت، مسلمان مبارز، کافران را در سراسر جهان دعوت به دین اسلام، ظالم را دعوت به عدالت، مشرک را دعوت به توحید و یگانه دانستن خداوند، افراد کمونیست را دعوت به قبول وجود خداوند و فاسق را دعوت به ترک گناه و اصلاح اندیشه می‌کند؛ یعنی بعد از اتمام حجت و در صورت تکرار جرم و خودداری از پذیرش حق و حقیقت، کشورهای اسلامی علیه آن‌ها می‌توانند اعلام جرم، جنگ و جهاد کنند.

دستگاه دیپلماسی یک دولت اسلامی باید در سفارت‌خانه‌های خود در سراسر جهان، با اشکال مختلف مثل مهمانی‌های خصوصی و یا با برگزاری کنفرانس‌های دینی و گفتمان فرهنگی، همگرایی اسلامی را به جهانیان تعریف کنند و انجام دادن دعوت به وسیله داعی (دعوت‌کننده) یک امر واجب کفایی است و البته شخص دعوت‌کننده باید به آنچه دعوت، ارشاد و راهنمایی می‌کند، آگاهی، دانایی و علم داشته باشد.

به این ترتیب، یکی از مهم‌ترین قواعد فقهی که در سیاست خارجی دولت اسلامی علیه دولت غیراسلامی مستکبر و بی‌رحم کاربرد دارد «قاعده دعوت» و فراخوانی به‌سوی خداست و البته که همگرایی دینی یکی از دستورات اسلام انقلابی است که با مفهوم ظلم‌ستیزی سازگاری دارد. اما تطبیق این قاعده شرایطی سازنده نیز دارد؛ یعنی آیات قرآن و سنت موارد دعوت را با زبان نرم و گویا بیان فرموده است که نمونه آن عبارت‌اند از:

۱. دعوت به زبان خوش در قرآن آمده است: «ادع إلی سبیل ربک بالحکمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتی هی أحسن» (نحل، ۱۲۵). در این آیه خداوند متعال پیامبر خود را به حکمت و موعظه نیکو و با بهترین جدال امر کرده است.

۲. «و من أحسن قولا ممن دعا إلی الله وعمل صالحا وقال إننی من المسلمین» (فصلت، ۳۳)، و چه کسی خوش‌گفتارتر است از آن کس که به‌سوی خدا دعوت کند... در این آیه خداوند متعال، دعوت به‌سوی اسلام را یکی از بهترین اعمال و شخص دعوت‌کننده را بهترین فرد معرفی کرده است و دسته‌ای از فقهای اهل‌سنت دعوت را واجب دانسته‌اند.

۳. سیره پیامبر اسلام بر دعوت مبتنی بود که در ابتدا خویشان نزدیک را به‌صورت مخفی در یک پذیرایی به همگرایی دینی فراخواند و آنگاه دستگاه دیپلماسی و سیاست خارجی پیامبر اسلام به‌طور ویژه سران قبایل عرب را به‌عنوان رؤسای دولت قبیله‌ها و سپس کشورهای همجوار حجاز یعنی حبشه، مصر، روم و ایران را به اسلام فراخواند.

ب- اصل و قاعدهٔ نفی سبیل

به اعتقاد فقیهان اسلام، قاعده نفی سبیل هرگونه سلطه در عرصه‌های مختلف اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، سیاسی را شامل می‌شود که این قاعده «رابطه سلطه‌آور در هر شکلی و از هر طریقی را نفی می‌کند» (شریعتی، ۱۳۹۳، ص. ۲۲۰) و هدف «از نفی سبیل به‌عنوان اصل حاکم بر تعاملات دولت اسلامی با دول

غیرمسلمان... است» (سجادی، ۱۳۹۹، ص. ۹۹). البته که «روابط مسلمانان با غیرمسلمانان با وجود دین، رنگ، نژاد یا زمان نه بر مبنای رابطه دشمنی بلکه صلح‌آمیز می‌باشد» (بسول، ۱۳۸۹، ص. ۸۷)، اما ذلت‌پذیری پذیرفتنی نیست و طبق استنباط علمای اسلام از قرآن، سلطه کافران بر مسلمانان و یا سلطه بر منابع طبیعی و اقتصادی ملل اسلامی و سرزمین‌های مسلمانان به هیچ وجه قابل پذیرش نیست.

قاعده نفی سلطه را می‌توان از جمله قواعد سیاسی و اقتصادی سرنوشت‌ساز دانست که «به دنبال عزت و استقلال مسلمانان و کشور اسلامی است» (شریعتی، ۱۳۹۳، ص. ۲۲۳) و این قاعده به‌عنوان اصل آزادی در عصر ارتباطات و جهانی‌شدن اقتصادی کاربرد فراوان دارد و «اگر ترس از سلطه دشمن بر بلاد مسلمین باشد دفاع واجب است» (شریعتی، ۱۳۹۳، ص. ۲۲۳)؛ بنابراین، هرگونه پیمان بین‌المللی و قراردادهایی که باعث سلطه طاغوت بر اقتصاد مسلمانان و کشورهای اسلامی گردد، از نظر علما و فقهای جهان اسلام جایز نمی‌باشد.

ج- اصول و قواعد لزوم تعامل بین‌المللی

قاعده اصالت اللزوم در عدم فسخ معاملات فردی، جمعی و ملی، نقش اصلی را بازی می‌کند و تعامل بین‌المللی الزام‌آور مثل «حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، همکاری برای نشو و نمای اقتصادی تمام ملت‌های جهانی؛ احترام به حقوق انسان و آزادی اساسی، خلع سلاح عمومی و کاهش و تقلیل نیروهای نظامی جهان» (قائم‌مقام فراهانی، ۱۳۷۹، ص. ۷۷) و تعامل بین‌المللی در واقع به همان منشور سازمان ملل متحد مثل حفظ صلح، روابط دوستانه، همکاری همه‌جانبه و شکل‌گیری مرکزیت واحد خلاصه می‌شود که از قواعد فقه اسلامی استفاده شده است.

بنابراین، شیوه‌کاری و سازوکار بین‌المللی هزار و چهارصد سال قبل، از آسمان نازل و برای بشریت عرضه شده است. در این عصر، آن روش و سازوکار را به‌نام اصالت اللزوم یا اصول و قواعد فقهی یاد می‌کنیم، و به این ترتیب، اگر با دقت عقلی منشور سازمان ملل متحد واکاوی شود، بدون شک خمیرمایه اصلی نهادهای غیردولتی بین‌المللی زیر نظر نظام سرمایه‌داری لیبرالیسم جهان غرب، از متون دینی اسلام، قرآن و سنت نبی اکرم (ص) گرفته شده است؛ به‌طور مثال، مقاصد سازمان ملل متحد در ماده یک منشور عبارت است از: «۱) حفظ صلح و امنیت بین‌المللی...؛ ۲) توسعه روابط دوستانه میان ملل براساس احترام به برابری حقوقی و خودمختاری ملت‌ها؛ ۳) همکاری در حل مسائل بین‌المللی که دارای اهمیت اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و یا بشردوستی است» (رحمانی، ۱۳۶۴، ص. ۱۴). به‌طور مثال: طبق سازوکارهای مزبور، افغانستان طی ده سال... توانست بیشترین تعامل را با سازمان‌های بین‌المللی و دولت‌های مختلفی که در گذشته با آن‌ها روابط دیپلماتیک نداشته، ایجاد نماید» (رحمانی و حسینی، ۱۳۹۱، ص. ۱۵۱).

از سویی، تعامل مسلمانان با اهل ادیان دیگر و ایجاد روابط سیاسی و اقتصادی با دولت غیراسلامی، به مفهوم ذلت‌پذیری دولت اسلامی نیست؛ بلکه در نظام اسلامی دستگاه دیپلماسی مطابق قواعد بین‌المللی دارای اصول راهبردی بر پایه قواعد فقهی مهم و تعیین‌کننده می‌باشد و اصول حسن همجواری، عدم مداخله، هماهنگی و همکاری، تفاهم، مدارا و احترام متقابل در سیاست خارجی دولت‌های اسلامی بیان شده است.

۳ـ۲. قواعد ناظر بر روابط دول اسلامی و غیراسلامی ستمگر

به‌طور طبیعی روابط و تعامل سالم و سازنده بین کشورهای اسلامی و غیراسلامی که در حال جنگند، وجود نخواهد داشت؛ بلکه امکان تعامل معنی‌دار بین کشورهای ظالم و مظلوم و یا بین مرکز و پیرامون ممکن نیست؛ زیرا ارتباط مناسب زمانی برقرار می‌شود که دولت‌های غیراسلامی به مسلمانان و سرزمین‌های مستضعفان تجاوز و تعدی نکرده باشند؛ یعنی قوانین، اصول و قواعد انعطاف‌پذیر اسلامی در صورتی پذیرفته و اجرایی می‌شوند که رویه و روابط مناسب طبق حقوق بین‌الملل وجود داشته باشد.

محتوای فقه اسلامی نسبت به جوامع غیراسلامی بر پایه تعالیم دینی انعطاف‌پذیر است؛ یعنی قواعد فقهی ناظر بر روابط نهادها، سازمان‌ها و دولت‌ها، مطابق حقوق بین‌الملل نیز ارزیابی می‌شود. در واقع مسلمانان مبارز، واقع‌گرایان آرمان‌خواه هستند؛ بدین منظور، دین اسلام در آغاز ظهورش با تمام ادیان و اقوام مدینه روابط حسنه داشته است که به مفهوم «صلح موقت» نیز یاد می‌شود و در عین حال، براساس دستور الهی «وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة» (انفال، ۶۰) در فکر افزایش قدرت نظامی و اقتصادی سپاه اسلام نیز بوده است.

الف- اصل و قاعدهٔ صلح

در اسلام اصل صلح بر جنگ تقدم دارد و به‌طور طبیعی توجه به «قاعده صلح» مهم می‌باشد؛ زیرا دولت اسلامی اصل «صلح را در سیاست خارجی خود به‌عنوان پایه‌ای اساسی قرار داده است» (عمید زنجانی، ۱۳۹۱، ص. ۲۳۵) و به‌خاطر تأمین صلح، اصل دعوت پیش از جنگ برای جلوگیری از جنگ روی میز مذاکره قرار دارد. در واقع سیاست خویشتن‌داری، پیام صلح‌طلبی با کشورهای غیراسلامی را می‌رساند و بدین لحاظ «قرارداد صلح بعد از جنگ پیام روشن دارد که مهادنه، موادعه، معاهده، مسالمه، استأمان و صلح» است (بسول، ۱۳۸۹، ص. ۲۲۳).

از نظر جماعت شافعی «امام می‌تواند ببیند که از طریق آتش‌بس یا هدنه (توقف جنگ) ممکن است منافعی حاصل شود» (بسول، ۱۳۸۹، ص. ۲۳۹)؛ پس هدنه یعنی متارکه جنگ که «در فقه به قرارداد متارکه جنگ «هدنه» یا «مهادینه» گفته می‌شود و در حقیقت هدنه نوعی قرارداد صلح است» (عمید زنجانی، ۱۳۸۵، ص. ۶۷).

بنابراین، دولت اسلامی در استراتژی خود از طریق و روش صلح، پیش می‌رود و از نظر شیعه و سنی «متارکه یا تعلیق دشمنی‌ها مفهومی مصالحه دارد» (بسول، ۱۳۸۹، ص. ۲۲۴). مسلمانان و غیرمسلمانان می‌توانند از کمک‌های یکدیگر برخوردار شوند و یکی از راه‌های تأمین صلح، تغییر تدریجی در رابطه با «دارالحرب، دارالعهد یا دارالموادعه (سرزمین در رابطه پیمان صلح‌آمیز با اسلام برای مدت معین) می‌باشد» (بسول، ۱۳۸۹، ص. ۸۴).

راه دیگر برای تأمین صلح منطقه‌ای کمک مالی به دولت غیراسلامی است: «إن لکل انسان سلطة علی أمواله، یفعل فیها ما یشاء ویقبل کیف یرید» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۹ق، ص. ۱۳۳). البته در فقه اسلامی کمک برای دولت غیراسلامی توصیه شده است، اما هدف از کمک شاید پیشگیری از فتنه احتمالی بوده باشد و «تألیف القلوب بعض الحکومات والدول غیر الإسلامیة... إن دعم الإسلام والمسلمین أمر مطلوب شرعاً» (زحیلی، ۲۰۰۴، ص. ۲۰۱).

یکی از راه‌های تأمین صلح بین دارالحرب و دارالاسلام توجه به اشتراک تکلیف دینی بین مسلمانان و غیر آن‌هاست و «المراد منها مجرد اشتراک الکفار مع المؤمنین فی التکالیف الإنشائیة والفعلیة البالغة مرتبة البعث الزجر» (لنکرانی، ۱۳۸۳، ص. ۳۳۷). همان‌طوری که مسلمانان مکلف به انجام تکلیف شرعی از قبیل نماز و روزه‌اند، کفار نیز مکلف به انجام تکالیف شرعی و فروع دین می‌باشند؛ ولی اتیان آن تکلیف مشترک یک شرط دارد؛ یعنی زکات بر کافر واجب است مشروط بر اینکه مسلمان شود بعد زکات بدهد.

در هر حال، از دیدگاه فقه اسلامی، حقوق کفار حربی در کشور غیراسلامی که در حال جنگ با دولت اسلامی است، نباید پایمال شود و طبق «قاعده دعوت» آن‌ها حق دارند که اول دعوت به اسلام شوند، بعد در صورت اصرار به جنگ، پاسخ مناسب داده شود؛ زیرا مسلمانان نیز حق دارند که چگونه اقداماتی را روی دست بگیرند؛ چنان‌که دربارهٔ کافر ذمی می‌فرماید: «السادس أن تجری علیهم أحکام المسلمین؛ علی معنی وجوب قبولهم لما یحکم به المسلمون علیهم من أدائه حق أو ترک محرم بلا خلاف أجد» (نجفی، ۱۳۸۸، ج. ۲۱، ص. ۲۷۱).

ب- قاعدهٔ وفای به تعهدات بین‌الملل

در فقه اسلامی وفاداری به تعهدات بین‌المللی واجب می‌باشد؛ زیرا «پیمان‌ها از مهم‌ترین ابزار روابط بین‌المللی در دوران باستانی و نوین بوده‌اند» (بسول، ۱۳۸۹، ص. ۲۲۱) و «عهد» است که به‌معنای قول و تعهد می‌باشد» (بسول، ۱۳۸۹، ص. ۲۲۲) و براساس سیره صدر اسلام اگر مقررات جنگی مراعات نشده باشد باز هم «مصونیت اموال (دشمن) و معاهدات و بی‌طرفان تضمین شده است» (ابراهیمی، ۱۳۹۱، ص. ۱۸۸)؛ زیرا وفا به تعهدات بین‌المللی اساس و پایه‌های نظام بین‌المللی را تشکیل می‌دهند و فقهای مسلمان «دربارهٔ شرافت در اجرای تعهدات قراردادی و اهمیت خودداری از خیانت توضیح می‌دهند» (بسول، ۱۳۸۹، ص. ۲۵۷) و البته همهٔ معاهدات، براساس مصلحت هستند.

تعاملات کشورهای اسلامی و غیراسلامی بیشتر اعتباری، مالی و تجاری بر پایه اصل لزوم بر قرارداد است و به همین دلیل، قاعده بین‌المللی «اقرار العقلاء علی أنفسهم جائز» فقط جنبه فردی ندارد؛ یعنی این قاعده در فقه حداکثری نیز جریان دارد که شامل تعهدات مالی، بانکی، تجاری و سرمایه‌گذاری در کشورهای دیگر نیز می‌گردد.

از این جهت که معاملات تجاری عوارض مثبت و منفی «سود و زیان» را در پی دارد، باید دارای یک قاعده عقلانی باشد که درست ارزیابی شود و دلیل آن سیره عقلاست که در تمام اعصار و در تمام کشورهای اسلامی جاری می‌باشد و از نظر فقه اسلامی، هرکسی که «اول اقرار به ضرر خود بکند بعد دلیل به‌نفع خود بیاورد سودی ندارد» (زحیلی، ۲۰۰۴، ص. ۹۶).

بنابراین، اگر عاقل و بالغ به‌عنوان نماینده یک کشور، به ضرر خودشان توافق‌نامه را امضا کند، یعنی اقرار به آن جایز و یک امر عقلایی است؛ و یا اگر مسلمان اقرار کند که مال کافر را غصب کرده است، ضامن است و باید بازپرداخت شود و اگر کافر در کشور اسلامی دزدی کند، از دارالاسلام اخراج می‌شود و اگر به عنف و ناموس مسلمان تجاوز بکند، اعدام می‌شود.

ج- قاعدهٔ ضمان

مهم‌ترین مسائل بین کشورهای جهان، امور سرمایه‌گذاری، بانکداری، تجاری، قرضه و تعهدات اعتباری است و از نظر فقه اسلامی دولت دینی پاسدار و حافظ جان، مال و ناموس کافران پناهنده که امان خواسته‌اند، نمایندگی‌های تجاری و سیاسی، کافر ذمی، دولت‌های مشرک متعهد با دولت اسلامی یا کشورهای لائیک و کمونیست بی‌طرف است.

بنابراین، قاعده لاضرر را باید در نظر گرفت که در صورت تحمیل خسارت، ضمانت منتفی نیست، باید جبران شود و «الضمان کان واجباً بیقین» (زحیلی، ۲۰۰۴، ص. ۹۷) و نظام اقتصاد اسلامی براساس اصل مالکیت و احترام به مالکیت فردی و عمومی استوار است و «انواع فعالیت‌های اقتصادی و تجارت و تعاملات بر این اساس تنظیم شده است. این نظام بدون هیچ گونه تغییر در مورد متحدین غیرمسلمان... رسمیت دارد» (عمید زنجانی، ۱۳۹۱، ص. ۱۷۷).

به‌طور کلی از سنت پیامبر (ص) فهمیده می‌شود که دین اسلام در هر شرایطی به تعهدات اقتصادی، تجاری و بانکی به‌ویژه قرضه، عاریه و رد امانات خود عمل می‌کند: «علی من أخذ شیئاً عاریة أن یرده بلا نقص ولا تقصیر» (سرحان، ۲۰۰۵، ص. ۹۶) و اگر مال کافر خارجی یا کافر ذمی، مستأمن، اهل مهادنه یا اهل معاهده، متارکه و موادعه را یک مسلمان به زور تصرف کند، این غصب تلقی می‌شود مگر اینکه مرگ به سراغ آن‌ها بیاید: «ولو مات أو قتل انتقض الأمان فی المال أیضاً» (نجفی، ۱۳۸۸، ج. ۲۱، ص. ۸۱)؛ پس اموال کافر در حال کفرش حرمت دارد: «بعد الأمان ونحوه مما یکون به محترم المال مع کفره» (نجفی، ۱۳۸۸، ج. ۲۱، ص. ۸۱).

غصب مال و اموال کافر، تصرف بالعدوان تلقی می‌شود و یک عمل حرام، گناه و نیز جرم به شمار می‌رود و بدون شک شخص غاصب ضامن می‌باشد و از نظر شخص ابوحنیفه در کتاب جامع الصغیر، غاصب ضامن است. و قرآن می‌فرماید: «وکان وراءهم ملک یأخذ کل سفینة غصباً» (کهف، ۷۹)، سر راه آن‌ها پادشاهی بود که هر کشتی (نو) را به غصب می‌گرفت... این حکم قرآنی عام است و اطلاق دارد و شامل کافر و غیر آن نیز می‌شود و «ولو دخل المسلم دار الحرب مستأمناً فسرق وجب إعادته أی المسروق» (نجفی، ۱۳۸۸، ج. ۲۱، ص. ۱۰۷).

از سویی، در اسلام خودفریبی، فریبکاری یا غرور و غدر در هیچ شرایطی مشروعیت ندارد و طبق سیره عقلا، غصب اموال فریبکارانه کافران و مسلمانان، حرام است و اصل مقبولیت ضمانت و تضمین اموال آن‌ها، خدشه‌ناپذیر است و مفهوم واژگان «غدر» و «غرور» به‌معنای خودفریبی است که از نظر عقل عمل قبیح می‌باشد و «هذه القاعدة مما جرت علیه سیرة العقلاء فی جمیع الأعصار والأمصار» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۰، ج. ۲، ص. ۲۵۹).

از نظر تاریخی، پیامبر اسلام «به‌عنوان صاحب کتاب و رئیس العقلاء با یهودیان مدینه داد و ستد داشت و از آنان وام می‌گرفت و همچنین علی (ع) با ذمیان رفتار مشابه داشت تا آنجا که در امور کشاورزی اجیر آنان می‌شد» (عمید زنجانی، ۱۳۹۱، ص. ۱۸۰).

از نظر واژه‌شناسی نیز غرور سیاسی به مفهوم تفاخر، تکبر، خودنگری و خودبزرگ‌بینی و یک نوع تعریف نسبت به خود است: «الروایة النبویة المشهورة بین الفریقین وقوله (ص): المغرور یرجع إلی من غره» و قد اشتهر بینهم فی عنوان هذه القاعدة «المغرور یرجع إلی من غره» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۰، ج. ۲، ص. ۲۵۳). و الفاظ این روایت

اطلاق دارد و کافران مستثنی نیستند و قوانین و عرف دیپلماتیک بین‌المللی ملزم به رعایت قوانین بین‌المللی می‌باشد و این قواعد و قوانین اختصاص به هیچ دینی و مکتبی ندارد و همه مکلف به رعایت آن هستند.

د- قاعدهٔ ید و ید امانی

واژه «ید» در فارسی به‌معنای دست و کنایه از قدرت است؛ مثل «ید الله فوق أیدیهم» (فتح، ۱۰) و طبق «قاعده صحت ید» به مفهوم سلطه، مالکیت و استیلاء بر اشیاء و اموال نیز می‌باشد، اگر این قاعده را در عرصه بین‌الملل و بازارهای جهانی رعایت نکنیم، نظم بین‌المللی و نظام جهانی در عصر ارتباطات و جهانی‌شدن به هم می‌خورد و «بالجملة حرمة مال المسلم بل وغیر المسلم الملحق به کحرمة دمه» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۰، ج. ۲، ص. ۲۰۹).

در هر حال، تصرف مال کافر حرمت دارد و مالکیت به‌معنای سلطنت است: «الناس مسلطون علی أموالهم» که هر شخص مسلمان یا غیرمسلمان، سلطه قانونی دارد و طبق عرف اسلامی مالک اموال، اختیار مصرف و بخشش آن را دارد؛ چنان‌که صاحب جواهر فرموده است: «إنها مخلوقة للناس یفعلون بها کیف شاؤوا ونحو ذلک» (نجفی، ۱۳۸۸، ج. ۲۱، ص. ۸۴)؛ اما در مالکیت عمومی، آحاد مسلمانان حق تصرف... را ندارند، بلکه حاکم به نمایندگی از آنان مصالح آن اموال و حقوق عمومی را مشخص می‌کند» (شریعتی، ۱۳۹۳، ص. ۳۵۱).

و در این مورد نیز کلمه «الناس» اطلاق دارد؛ یعنی شامل اموال عمومی، دولتی، کافر و غیرکافر می‌شود و «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» به‌عنوان یک قاعده در کشورهای اسلامی جاری است و کافری که اهل ذمه، اهل مهادنه، متعاهد و در امان کشور اسلامی باشد، مال، جان و ناموسش محفوظ است و هرکسی هرچه را در اختیار دارد، از اوست.

در فقه اسلامی تعامل بین‌المللی به مفهوم مقابله به مثل (تعامل دو جانبه یا چندجانبه) شناخته شده است و تعامل به مفهوم همکاری، ایثار و انفاق اموال به‌خاطر مصلحت جمعی، به غیرمسلمان نیز توصیه شده است: «کان مشروعاً إنفاق المال فی هذا السبیل، وإعطاء شیء من المساعدات من الزکاة وغیرها لبعض الحکومات والدول غیر الإسلامیة لحمایة الجالیات الإسلامیة» (زحیلی، ۲۰۰۴، ص. ۲۰۱).

در روابط بین‌الملل اسلامی: «عهد همچنین مفاهیم امان و ذمه را در بر می‌گیرد... اهل عهد... افرادی هستند که در بستن قرارداد شرکت دارند» (بسول، ۱۳۸۹، ص. ۲۲۲) و «إنی لکم رسول أمین» (شعرا، ۱۰۷) و «والذین هم لأماناتهم وعهدهم راعون» (مؤمنون، ۸)؛ و آن‌ها که امانت‌ها و عهد خود را رعایت می‌کنند. پیامبر امین در شهر مکه امانت‌دار اموال مشرکان قریش بود: «إن الله یأمرکم أن تؤدوا الأمانات إلی أهلها» (نساء، ۵۸)؛ خداوند به شما فرمان می‌دهد که امانت‌ها را به صاحبانش بدهید، و «ومن أهل الکتاب من إن تأمنه بقنطار یؤده إلیک» (آل عمران، ۷۵)؛ در میان اهل کتاب کسانی هستند که اگر ثروت زیادی به رسم امانت به آن‌ها بسپاری، به تو بازمی‌گردانند.

در منابع ادیان توحیدی و فقه اسلامی، غدر یک عمل فریبنده به مفهوم خیانت، حرام و خلاف شرع می‌باشد: «لا یجوز الغدر بهم بأن یقتلوا بعد الأمان» (نجفی، ۱۳۸۸، ج. ۲۱، ص. ۷۸)؛ و اگر اول به کافر امان دهد و بعد او را بکشد، حرام است. از نظر واژه‌شناسی «الغدر» اطلاق دارد؛ بلکه هر گونه فریبکاری علیه کافران

داخلی غیرحربی جواز شرعی ندارد؛ چنان‌که استفاده از سلاح غیرمتعارف مانند آلودگی به «سم» حتی علیه کفار حربی حرام می‌باشد: «یحرم إلقاء السم» (نجفی، ۱۳۸۸، ج. ۲۱، ص. ۷۸).

۳ـ۳. قواعد ناظر بر روابط دول اسلامی و غیراسلامی ستم‌گریز

بسیاری از کشورهای غیراسلامی آزادی‌خواه و دارای اراده قوی و مستقل هستند که سلطه دولت‌های استکباری را قبول ندارند؛ ولی اگر مطابق قاعده مقابله به مثل عمل کنند، قدرت و توانایی تقابل سیاسی-نظامی علیه ستمگر را ندارند. در این صورت، مطابق قاعده دفاع از مستضعفان و آزادگان، حمایت از کشورهای ستم‌گریز غیراسلامی با دولت اسلامی است؛ بلکه تکلیف فقهی کل مسلمانان و رهبران دولت اسلامی است.

در واقع مهم‌ترین وظیفه کشورهای اسلامی در برابر کشور غیراسلامی ستم‌گریز، یاری و کمک کردن می‌باشد و یکی از وظایف دولت اسلامی در قبال دولت غیراسلامی منزوی، نجات آن از انزوای سیاسی و اقتصادی است که طبق اصول تألیف قلوب، تعاون، دفاع از مستضعفان و مصونیت، دولت غیراسلامی بی‌طرف باید نجات داده شود.

الف- قاعدهٔ تعاون

تکلیف دولت اسلامی در قبال دولت غیراسلامی ستم‌گریز، طبق قاعده دفاع از مستضعفان، تعاون و همکاری سیاسی و اقتصادی است؛ و تعاون اسلامی به مفهوم رفتار و کردار نیک در برابر کشورهای غیراسلامی ستم‌گریز، یک تفسیر درست می‌باشد؛ همان‌طوری که اخلاق، سخاوت و تعاون پیامبر اسلام (ص) در تاریخ بشر بی‌نظیر و بی‌همتاست؛ چنان‌که «از شیوه‌های پیامبر اسلام (ص) در برخوردهای سیاسی، تألیف قلوب مخالفان و ایجاد انگیزه و تمایل قلبی در آنان برای حمایت از اسلام و حوزه مسلمانان بود» (عمید زنجانی، ۱۳۹۱، ص. ۲۷۵).

از نظر سیاسی و دقت عقلی، توجه به خراج، دریافت و پرداخت مالی به‌صورت غیرخصمانه نیز به دارالحرب تأثیر مثبت و مستقیم داشته است و شیبانی معتقد است که «اگر هر قسمت از دارالحرب با پرداخت خراج سالانه یا مالیات ثابت به مسلمانان در ازای... عدم اجرای وضعیت ذمه بر آن‌ها با مسلمان‌ها سازش کند... باید به آن‌ها امان داده شود» (بسول، ۱۳۸۹، ص. ۸۴).

به‌طور کلی پیامبران دینی به‌ویژه نبی اکرم (ص)، در هر شرایطی حق و حقوق مالی مشرکان را محاسبه می‌کرد؛ چنان‌که گروهی از زنان مکه وقتی به مدینه آمدند، پیامبر فرمود که زنان مسلمان به مکه (دارالحرب) برگردانده نخواهند شد، اما هزینه یا مهر آن‌ها از اموال بیت‌المال به مشرکان پرداخت شود و این رویه اسلامی به یک قاعده مبدل شد: «واستألوهم ما أنفقوا ولیسألوا ما أنفقوا ذلکم حکم الله» (ممتحنه، ۱۰)؛ از آن‌ها آنچه هزینه (مهر) کرده‌اید بطلبید و آن‌ها هم از شما آنچه هزینه کرده‌اند بطلبند، این حکم خداوند است.

در دین اسلام، فریبکاری در هیچ شرایطی علیه نظام ستم‌گریز غیراسلامی جایز نیست؛ چنان‌که اگر دشنام کسی باعث دشنام به پیامبر گردد جایز نیست و اگر دشنام به معبود دیگران باعث ناسزاگویی نسبت به پروردگار گردد جایز نیست: «ولا تسبوا الذین یدعون من دون الله فیسبوا الله عدوا بغیر علم» (انعام، ۱۰۸)؛ یعنی به معبود کسانی که غیر خدا را می‌خوانند دشنام ندهید، مبادا آن‌ها نیز از روی ظلم و جهل، خدا را دشنام دهند.

ب- اصل حفظ نظام اسلامی

وظیفه قاعده حفظ نظام اسلامی فقط نظارت بر رفتار دولت غیراسلامی محارب نیست؛ بلکه این قاعده از لحاظ امنیتی، سیاسی و اقتصادی جامعه اسلامی در قبال بدخواهان و کشورهای سلطه‌طلب، کاربرد استراتژیک دارد و طبق قوانین سازمان ملل متحد نیز دولت‌ها در سرزمین‌های خود حاکمیت قانونی دارند و همچنین قواعد امنیتی دیگر نیز صراحت دارد که در امور یکدیگر دخالت نکنند؛ و شاید هیچ مسئله‌ای به اندازه تحکیم امنیت در اسلام اهمیت نداشته باشد.

به این ترتیب، طبق نظر فقه اسلامی برای مسلمانان، حفظ نظام اسلامی از حفظ جان و مال مسلمانان اهمیت بیشتری دارد (یا جان همه مردم فدای دین می‌شود)؛ یعنی طبق قاعده حفظ نظام، حاکمیت دولت اسلامی نسبت به حفظ احکامی مثل نماز و روزه اولویت دارد؛ چنان‌که تأمین امنیت عمومی بر آزادی‌های فردی تقدم دارد و در هیچ شرایطی کسی حق ندارد که به بهانه آزادی فردی در امنیت عمومی اخلال ایجاد کند؛ زیرا «حفظ نظام را واجب دانسته‌اند و به‌تبع آن آنچه را لازمه حفظ نظام است واجب شمرده‌اند» (شریعتی، ۱۳۹۳، ص. ۲۵۱).

۳ـ۴. قواعد ناظر بر روابط دولت اسلامی و غیراسلامی ستم‌پذیر

وظیفه دولت اسلامی در برابر دولت غیراسلامی ظلم‌پذیر این است که قبل از هر اقدام عملی، علل و عوامل ستم‌پذیری آن کشورها را بررسی کند؛ اگر دلیل ستم‌پذیری، ترس از دشمن بوده باشد، باید سراغ اصل و قاعده تقیه رفت و اگر دلیل ذلت‌پذیری، پیشگیری از ضرر زدن به منافع کشور ذلت‌پذیر باشد، اصل اقل ضررین بر روابط دو کشور باید لحاظ گردد؛ و اگر تقابل و درگیری باعث عسر و حرج کشور ستم‌پذیر شود، بدون شک اصل نفی حرج بر روابط کشورهای اسلامی و غیراسلامی حاکم است. به این ترتیب، راهکارهای قابل اطمینان برای حل معضلات دولت غیراسلامی ذلت‌پذیر این است که باید از اصول الزام، تقیه، اقل ضررین و نفی عسر و حرج استفاده شود.

الف- قاعدهٔ الزام

یکی از اصول و قواعد فقهی ناظر بر روابط فرق اسلامی و یا مسلمانان و غیر آن‌ها که ساکن کشورند، «قاعده الزام» است؛ و «قاعده الزام قاعده فقهی است که براساس آن عقاید و احکام دینی محترم است» (آبادیس، بی‌تا) و «المراد بها إلزام المخالفین بما یعتقدون ویدینون به» (لنکرانی، ۱۳۸۳، ص. ۱۶۷). امضای تمام قراردادهای بین‌المللی سیاسی و اقتصادی در بین کشورهای مسیحی، یهودی، مشرک و کشورهای اسلامی، الزام‌آور است و انواع دولت غیراسلامی بی‌طرف به نام‌های الحیاد، الموادعه و المتارکه (صلح موقت)، المهادنه (توقف جنگ)، مشرک و المتعاهد (هم‌پیمان مشرک) یاد شده است.

به این ترتیب، دولت اسلامی باید تلاش کند که دولت ذلت‌پذیر غیراسلامی را در مسیر راست هدایت و کمک نماید. از نظر تاریخی، طبق قرارداد بین کشور اسلامی و اهل کتاب، قبایل مسیحی و یهودی توانستند در قلمرو دولت اسلامی زندگی کنند؛ یعنی اهل ذمه که به کشور اسلامی ملحق شده‌اند، با حفظ هویت خود،

حاکمیت اسلام را پذیرفته و تأمین امنیت خود را به دولت اسلامی واگذار کردند؛ و همچنین مستأمن یا پناهنده موقت در سرزمین اسلامی زندگی داشته است، و برای امان دادن «سه شرط یعنی اسلام، اختیار و زمان برای اعتبار عقد امان اساسی هستند» (بسول، ۱۳۸۹، ص. ۱۶۹).

بنابراین، برای اهل ذمه و مستأمن، قاعده الزام به‌معنای آزادی در انجام مناسک، عبادات، احوال شخصیه و رفتارهای شخصی کاربرد دارد؛ ولی در فقه سیاسی، قاعده الزام به‌معنای «إلزامهم بما ألزموا به أنفسهم» است و تعریف آن این است: «إن الإقرار عبارة عن إثبات الشیء، أی جعله ذا قرار وثبات سواء کان هذا الإثبات بالقول أو بالفعل» (بجنوردی، ۱۳۸۸، ج. ۳، ص. ۵۸) که حجیت آن بنای عقلا و اقرار عقلا به‌نفع یا ضرر خودشان می‌باشد و «إن عمدة الدلیل علی نفوذ إقرار العقلاء علی أنفسهم هو بناء العقلاء» (لنکرانی، ۱۳۸۳، ص. ۹۶).

تمام کشورهای اسلامی مکلف‌اند که پیروان ادیانِ کشورهای ستم‌پذیر را که در مجاورت دولت اسلامی قرار دارند و یا دولت قبیله‌ای آن‌ها ساکن کشورهای اسلامی هستند، ملزم سازند که در عبادت خود طبق اعتقادات دینی خود عمل کنند. بنابراین، کشورهای غیراسلامی که با نظام اسلامی روابط نیک و دوستی دارند، احکام شرعی خود را نیز اجرایی و عملی نمایند: «والمراد بها إلزام المخالفین بما یعتقدونه ویدینونه» (لنکرانی، ۱۳۸۳، ص. ۱۶۷).

به‌منظور درک بیشتر مطلب گفته‌اند که گاهی ممکن است عملی در شریعت اسلام نهی شده و حرام باشد، اما در دین غیراسلامی برعکسِ آن واجب باشد؛ پس هرکس از مسلمانان و غیرمسلمانان آزاد است که طبق اعتقاد دینی خود عمل کند... «الزام به‌معنای ملزم دانستن و اجبار فرد به عمل طبق دین، مذهب و اعتقاد خود می‌باشد» (شریعتی، ۱۳۹۳، ص. ۳۲۶).

ب- قواعد فقهی تقیه و نفی حرج

کلمه تقیه از ماده «وقایه» و در واژه‌شناسی به مفهوم «بازداشتن یا خودنگهداری می‌باشد» (شریعتی، ۱۳۹۳، ص. ۱۹۹). بدین لحاظ، کشور غیراسلامی ستم‌پذیر، یا از روی تحبیب (دوست‌یابی) و با اختیار خود ستم را پذیرفته است و یا از روی ترس، اجبار و به لحاظ امنیتی دست به سازش زده است. در صورت اول، دولت ستم‌پذیر در اختیار نظام کافر محارب قرار دارد که در شرایط مناسب مجازات می‌شود.

در صورت دوم، دولت غیراسلامی ستم‌پذیر نیز حق دارد که از باب تخویف (به‌خاطر احتمال افروختن آتش جنگ) و یا از باب تحبیب (دوست‌یابی) طبق قاعده فقهی تقیه عمل کند؛ زیرا مفهوم تقیه به‌خاطر حفظ جان، مال، آبرو یا تضمین حقوق افراد واجب شده است و طبیعی است که کشور غیراسلامی نیز مستثنی نیست؛ منتها کشور اسلامی در انتخاب سیاست همگرایی با کشورهای ستم‌پذیر، تاکتیک‌های مطلوب خود را باید داشته باشد.

بدین منظور، دولت اسلامی باید تلاش کند که دولت ذلت‌گریز غیراسلامی را متحد و همکار خود سازد و البته نباید افراد دولت غیراسلامی جایگاه مؤمنان را بگیرند: «لا یتخذ المؤمنون الکافرین أولیاء من دون المؤمنین ومن یفعل ذلک فلیس من الله فی شیء إلا أن تتقوا منهم تقاة» (آل عمران، ۲۸)؛ مؤمنان نباید کافران را به‌جای مؤمنان به دوستی بگیرند و هر که چنین کند، در هیچ چیز او را از دوستی خدا بهره‌ای نیست.

بنابراین، امکان دارد که در صورت انتخاب سیاست تقابل‌گرایی، دولت غیراسلامی به عسر و حرج امنیتی و اقتصادی گرفتار شود و عرصه «ضیق» گردد؛ و «عسر به‌معنای مشقت در مقابل یسر به‌معنای آسانی و راحتی است» (شریعتی، ۱۳۹۳، ص. ۲۷۲) و «ما یرید الله لیجعل علیکم من حرج» (مائده، ۶). به‌طور کلی، الفاظ در این آیه اطلاق دارد که عسر عام است و شامل کشور غیراسلامی نیز می‌شود و «إن معنی القاعدة هو عدم جعل الحکم الشرعی عند المشقة» (مصطفوی، ۱۳۸۴، ج. ۲، ص. ۹).

به این ترتیب، می‌شود به اصل «تحصیل أعلی المصلحتین بتفویت أدناهما» تمسک کرد: «أی عند تزاحم مصلحتین، بحیث إننا لا نستطیع الجمع بینهما فإننا نأخذ ونفعل المصلحة الکبری، بتفویت المصلحة الصغری» (عایش، ۲۰۱۳، ص. ۱۱۹)؛ در باب تزاحم سیاسی، اجتماعی و غیره، باید مصلحت بزرگ‌تر رعایت شود.

بدین منظور، تمام گروه‌های غیراسلامی مکلف‌اند که قوانین دولت اسلامی را رعایت کنند؛ البته که در تفسیر قاعده تقیه، بحث تخویف و تحبیب (دوست‌یابی) در مورد کشورهای غیراسلامی ستم‌پذیر، از موارد مهم به شمار می‌رود که به قاعده فقهی اقل ضررین و یا به قاعده فقهی «مصلحت بزرگ‌تر» منتهی می‌شود.

نتیجه‌گیری

فرضیه براساس کاربرد قواعد فقه اسلامی در مسائل جهانی و شکل‌گیری انواع همگرایی‌های جهانی، منطقه‌ای و دینی ارزیابی می‌گردد که در اکثر موارد، قواعد فقه اسلامی با قوانین بین‌المللی سازگاری دارد؛ یعنی اگر قواعد فقهی ناظر بر روابط بین‌المللی بین کشورهای اسلامی و غیراسلامی با دقت عقلی بررسی گردد، معلوم می‌شود که حقوق بین‌الملل با حقوق و قواعد فقهی نزدیکی و همخوانی دارد؛ زیرا خمیرمایه اصلی منشور ملل متحد و نهادهای غیردولتی بین‌المللی وابسته به ملل متحد که زیر نظر نظام سرمایه‌داری لیبرالیسم تنظیم شده است، در حقیقت از داده‌های اسلامی، قرآن و سنت پیامبر (ص) سرچشمه گرفته است.

بنابراین، طبق قواعد فقهی ناظر بر روابط بین‌الملل، دولت اسلامی در قبال دولت‌های غیراسلامی ستمگر و انعطاف‌ناپذیر، از اصول و قواعد فقهی دعوت، نفی سبیل و در صورت لزوم از قدرت نظامی استفاده می‌کند. اگر دولت غیراسلامی ستم‌ستیز و آزادی‌خواه بود، طبق قواعد فقهی تألیف قلوب، تعاون و دفاع از مستضعفان رفتار می‌شود؛ در قبال دولت غیراسلامی که ستم‌گریز یا منزوی باشد، از اصول و قواعد فقهی تعاون، مصونیت و امان بهره گرفته می‌شود؛ و در برابر دولت غیراسلامی ظلم‌پذیر، از قاعده اقل ضررین و نفی عسر و حرج استفاده می‌شود.

منابع

قرآن شریف.

ابراهیمی، محمد. (۱۳۹۱). حقوق بین‌الملل خصوصی (ج. ۲، چاپ دوم). تهران: سمت (مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی).

ارجینی، حسین. (۱۳۸۷). صلح و منازعه در روابط خارجی دولت اسلامی. قم: انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره).

اسماعیلی، مهدی. (۱۳۸۳). عملکرد مجامع بین‌المللی در عرصه جهانی. قم: مرکز پژوهش‌های اسلامی صدا و سیما.

ایزدهی، سید سجاد. (۱۳۸۳). فلسفه فقه سیاسی از دیدگاه آیت‌الله خامنه‌ای. قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

بجنوردی، سید محمدحسن. (۱۳۸۸). القواعد الفقهیة (ج. ۳، چاپ چهارم). قم: دلیل ما.

بسول، لبیب احمد. (۱۳۸۹). معاهدات بین‌المللی در اسلام (از دیدگاه حقوق بین‌الملل اسلامی در مکاتب اهل تسنن) (ترجمه شفیعیان). تهران: دانشگاه امام صادق (ع).

توفیقی، حسین. (۱۳۸۱). آشنایی با ادیان بزرگ. تهران: سمت.

ثقفی عامری، ناصر و ثقفی عامری، افسانه. (۱۳۸۷). ایران و سیاست نگاه به شرق. تهران: مجمع تشخیص مصلحت نظام، پژوهشکده تحقیقات استراتژیک.

رحمانی، عقیله نرگس و حسینی، عباس. (۱۳۹۱). پس از انزوا؛ بررسی سیاست خارجی افغانستان پساطالبان. کابل: مرکز مطالعات استراتژیک کابل.

زحیلی، محمد. (۲۰۰۴). القواعد الفقهیة علی المذهب الحنفی و الشافعی (چاپ دوم). کویت: جامعة الکویت.

زحیلی، وهبه. (۱۳۹۳). الفقه الإسلامی و أدلته (ترجمه غلام‌الدین کلانتری). کابل: انتشارات میوند.

سجادی، عبدالقیوم. (۱۳۹۹). دیپلماسی در اسلام (چاپ هفتم). کابل: انتشارات صبح امید.

سرحان، محیی هلال. (۲۰۰۵). تبسیط القواعد الفقهیة. بیروت: دار الکتب العلمیة.

سفیان عایش، محمد. (۲۰۰۱). المسیر فی القواعد الفقهیة الخمس الکبری. عمان: بی‌نا.

شبان‌نیا، قاسم. (۱۳۸۰). اصل وحدت سرزمینی استلزامات و چالش‌ها. قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره).

شریعتی، روح‌الله. (۱۳۹۳). قواعد فقه سیاسی. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

شیرازی، محمد. (۱۳۹۰). اول حکومت اسلامیه فی المدینه المنوره (چاپ سوم). قم: بی‌نا.

صادقی، میرمحمد. (۱۳۷۷). حقوق جزای بین‌الملل (مجموعه مقالات). تهران: میزان.

عطیه رمضانی، عطیه عبدالله. (۲۰۰۷). موسوعة القواعد الفقهیة المنظمة للمعاملات المالیة الإسلامیة. اسکندریه: دار الأمان.

عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۳۹۱). فقه سیاسی، معاهدات بین‌المللی و دیپلماسی در اسلام. تهران: سمت.

فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۹۳). القواعد الفقهیة. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).

فراهانی فرد، سعید. (۱۳۹۴). فقه منابع طبیعی. قم: مرکز بین‌المللی ترجمه و نشر المصطفی (ص).

قائم‌مقام فراهانی، عبدالمجید. (۱۳۷۹). حقوق بین‌الملل سازمان‌های بین‌المللی (چاپ دوم). تهران: دادگستر.

مصطفوی، سید محمدکاظم. (۱۴۲۱). القواعد. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

مصطفوی، سید محمدکاظم. (۱۳۸۴). القواعد الفقهیة (۲). قم: المرکز العالمی للدراسات الإسلامیة.

معین، محمد. (بی‌تا). همگرایی. فرهنگ فارسی معین. بازیابی‌شده از واژه‌یاب: https://vajehyab.com

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۹). القواعد الفقهیة (جزء ۲). قم: مدرسة الإمام علی بن أبی طالب (ع).

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۹۱). القواعد الفقهیة (ج. ۲، قاعده لاضرر). قم: مدرسة الإمام علی بن أبی طالب (ع).
نجفی، محمدحسن. (۱۳۸۸). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (ج. ۲۱، چاپ هفتم). بیروت: مؤسسة التاریخ العربی.

References

The Holy Qur'an.

Ibrāhīmī, Muḥammad. (1391 SH [2012/2013 CE]). *Ḥuqūq-i bayn al-milal-i khuṣūṣī* [Private international law] (Vol. 2, 2nd ed.). Tehran: SAMT (Markaz-i Taḥqīq va Tawsiʿah-ʾi ʿUlūm-i Insānī). (in Persian)

Arjīnī, Ḥusayn. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Ṣulḥ va munāzaʿah dar ravābiṭ-i khārijī-yi dawlat-i Islāmī* [Peace and conflict in the foreign relations of the Islamic state]. Qom: Intishārāt-i Muʾassasah-ʾi Āmūzishī va Pizhūhishī-yi Imām Khumaynī. (in Persian)

Ismāʿīlī, Mahdī. (1383 SH [2004/2005 CE]). *ʿAmalkard-i majāmiʿ-i bayn al-milalī dar ʿarṣah-ʾi jahānī* [The performance of international assemblies in the global arena]. Qom: Markaz-i Pizhūhish-hā-yi Islāmī-yi Ṣidā va Sīmā. (in Persian)

Īzidahī, Sayyid Sajjād. (1383 SH [2004/2005 CE]). *Falsafah-ʾi fiqh-i siyāsī az dīdgāh-i Āyat Allāh Khāminihʾī* [The philosophy of political jurisprudence from the perspective of Ayatollah Khamenei]. Qom: Pizhūhishgāh-i Farhang va Andīshah-ʾi Islāmī. (in Persian)

Bujnūrdī, Sayyid Muḥammad Ḥasan. (1388 SH [2009/2010 CE]). *Al-Qawāʿid al-fiqhiyyah* (Vol. 3, 4th ed.). Qom: Dalīl-i Mā. (in Arabic)

Basūl, Labīb Aḥmad. (1389 SH [2010/2011 CE]). *Muʿāhadāt-i bayn al-milalī dar Islām (az dīdgāh-i ḥuqūq-i bayn al-milal-i Islāmī dar makātib-i Ahl-i Tasannun)* [International treaties in Islam from the perspective of Islamic international law in Sunni schools] (Shafiʿiyān, Trans.). Tehran: Dānishgāh-i Imām Ṣādiq (ʿa). (in Persian)

Tawfīqī, Ḥusayn. (1381 SH [2002/2003 CE]). *Āshnāyī bā adyān-i buzurg* [An introduction to major religions]. Tehran: SAMT. (in Persian)

Thaqafī ʿĀmirī, Nāṣir, & Afsānah Thaqafī ʿĀmirī. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Īrān va siyāsat-i niگāh bih sharq* [Iran and the Look to the East policy]. Tehran: Majmaʿ-i Tashkhīṣ-i Maṣlaḥat-i Niẓām, Pazhūhishkadah-ʾi Taḥqīqāt-i Istirātizhīk. (in Persian)

Raḥmānī, ʿAqīlah Nargis, & ʿAbbās Ḥusaynī. (1391 SH [2012/2013 CE]). *Pas az inzivā; barrasī-yi siyāsat-i khārijī-yi Afghānistān-i pasā-Ṭālibān* [After isolation: A study of post-Taliban Afghan foreign policy]. Kabul: Markaz-i Muṭālaʿāt-i Istirātizhīk-i Kābul. (in Persian)

Zuḥaylī, Muḥammad. (2004 CE). *Al-Qawāʿid al-fiqhiyyah ʿalá al-madhhab al-Ḥanafī wa-al-Shāfiʿī* (2nd ed.). Kuwait: Jāmiʿat al-Kuwayt. (in Arabic)

Zuḥaylī, Wahbah. (1393 SH [2014/2015 CE]). *Al-Fiqh al-Islāmī va adillatuhu* (Gh. Kalāntarī, Trans.). Kabul: Intishārāt-i Mayvand. (in Persian)

Sajjādī, ʿAbd al-Qayyūm. (1399 SH [2020/2021 CE]). *Dīplumāsī dar Islām* [Diplomacy in Islam] (7th ed.). Kabul: Intishārāt-i Ṣubḥ-i Umīd. (in Persian)

Sarḥān, Muḥyī Hilāl. (2005 CE). *Tabsīṭ al-qawāʿid al-fiqhiyyah*. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah. (in Arabic)

Sufyān ʿĀyish, Muḥammad. (2001 CE). *Al-Masīr fī al-qawāʿid al-fiqhiyyah al-khams al-kubrá*. Amman: n.p. (in Arabic)

Shabānnīyā, Qāsim. (1380 SH [2001/2002 CE]). *Aṣl-i vaḥdat-i sarzamīnī: Istilzāmāt va chālish-hā* [The principle of territorial integrity: Requirements and challenges]. Qom: Muʾassasah-ʾi Āmūzishī va Pizhūhishī-yi Imām Khumaynī. (in Persian)

Sharīʿatī, Rūḥ Allāh. (1393 SH [2014/2015 CE]). *Qavāʿid-i fiqh-i siyāsī* [Maxims of political jurisprudence]. Qom: Pizhūhishgāh-i ʿUlūm va Farhang-i Islāmī. (in Persian)

Shīrāzī, Muḥammad. (1390 SH [2011/2012 CE]). *Awwal ḥukūmah Islāmiyyah fī al-Madīnah al-Munawwarah* (3rd ed.). Qom: n.p. (in Arabic)

Ṣādiqī, Mīr-Muḥammad. (1377 SH [1998/1999 CE]). *Ḥuqūq-i jazā-yi bayn al-milal (majmūʿah-ʾi maqālāt)* [International criminal law (collected essays)]. Tehran: Mīzān. (in Persian)

ʿAṭiyyah Ramaḍānī, ʿAṭiyyah ʿAbd Allāh. (2007 CE). *Mawsūʿat al-qawāʿid al-fiqhiyyah al-munaẓẓimah lil-muʿāmalāt al-māliyyah al-Islāmiyyah*. Alexandria: Dār al-Amān. (in Arabic)

ʿAmīd Zanjānī, ʿAbbās-ʿAlī. (1391 SH [2012/2013 CE]). *Fiqh-i siyāsī, muʿāhadāt-i bayn al-milalī va dīplumāsī dar Islām* [Political jurisprudence, international treaties, and diplomacy in Islam]. Tehran: SAMT. (in Persian)

Fāḍil Lankarānī, Muḥammad. (1393 SH [2014/2015 CE]). *Al-Qawāʿid al-fiqhiyyah*. Qom: Markaz-i Fiqhī-yi Aʾimmah-ʾi Aṭhār (ʿa). (in Arabic)

Farāhānī-Fard, Saʿīd. (1394 SH [2015/2016 CE]). *Fiqh-i manābiʿ-i ṭabīʿī* [Jurisprudence of natural resources]. Qom: Markaz-i Bayn al-Milalī-yi Tarjamah va Nashr-i al-Muṣṭafá (ṣ). (in Persian)

Qāʾim-Maqām Farāhānī, ʿAbd al-Majīd. (1379 SH [2000/2001 CE]). *Ḥuqūq-i bayn al-milal-i sāzmān-hā-yi bayn al-milalī* [International law of international organizations] (2nd ed.). Tehran: Dādgustar. (in Persian)

Muṣṭafawī, Sayyid Muḥammad Kāẓim. (1421 AH [2000/2001 CE]). *Al-Qawāʿid*. Qom: Muʾassasat al-Nashr al-Islāmī. (in Arabic)

Muṣṭafawī, Sayyid Muḥammad Kāẓim. (1384 SH [2005/2006 CE]). *Al-Qawāʿid al-fiqhiyyah (2)*. Qom: Al-Markaz al-ʿĀlamī lil-Dirāsāt al-Islāmiyyah. (in Arabic)

Muʿīn, Muḥammad. (n.d.). Hamgarāyī [Convergence]. *Farhang-i Fārsī-yi Muʿīn*. Retrieved from Vajehyab: https://vajehyab.com (In Persian)

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. (1419 AH [1998/1999 CE]). *Al-Qawāʿid al-fiqhiyyah* (Vol. 2). Qom: Madrasat al-Imām ʿAlī ibn Abī Ṭālib (ʿa). (in Arabic)

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. (1391 SH [2012/2013 CE]). *Al-Qawāʿid al-fiqhiyyah (jild-i 2, qāʿidah-ʾi lā ḍarar)*. Qom: Madrasat al-Imām ʿAlī ibn Abī Ṭālib (ʿa). (in Arabic)

Najafī, Muḥammad Ḥasan. (1388 SH [2009/2010 CE]). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ Sharāʾiʿ al-Islām* (Vol. 21, 7th ed.). Beirut: Muʾassasat al-Tārīkh al-ʿArabī. (in Arabic)

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

Foundations, Scope, and Mechanisms for Supporting the World's Oppressed in the Legal System of the Islamic Republic of Iran and the Jurisprudence of Islamic Schools

Seyyed Ali Mohammad Hosseini-Nejad[1], Seyyed Ahmad Habib-Nejad[2]✉, Hossein Javan-Arasteh[3]

1. PhD Graduate in Public Law, Islamic Azad University, Qom Branch, Qom, Iran. Email: hatefqom313@gmail.com
2. *Corresponding Author*, Associate Professor, Department of Public and International Law, Farabi Campus, University of Tehran, Qom, Iran. Email: a.habibnezhad@ut.ac.ir
3. Full Professor, Department of Law and Social Jurisprudence, Research Institute of Hawzeh and University, Qom, Iran. Email: hoarasteh@rihu.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received
07 March 2024
Received in revised form
01 May 2024
Accepted
07 June 2024
Available online
22 June 2026

Keywords:
support for the oppressed,
humanitarian intervention,
Islamic Revolution,
Islamic schools,
non-intervention

ABSTRACT

Supporting oppressed and vulnerable peoples is a fundamental principle of Islamic governance and a distinctive aspiration of the Islamic Republic of Iran. It clearly appears in Iranian constitutional law and in the jurisprudence of Islamic schools as a duty of the Islamic government. International law, however, generally recognizes non-intervention in the domestic affairs of states. This article therefore asks what foundations support the duty, how far it extends, which mechanisms may lawfully implement it, and how it can be reconciled with non-intervention. Using a descriptive-analytical and library-based method, the study examines the Qurʾān, Sunna, reason, the jurisprudence of the Islamic schools, Iranian constitutional principles, and relevant international legal materials. It finds that the duty has religious, rational, ethical, and constitutional foundations; its beneficiaries are not limited to Muslims; and its principal mechanisms are political, economic, and legal, with military assistance confined to exceptional conditions. Properly designed support does not intrinsically violate non-intervention because assistance, advocacy, lawful sanctions, judicial recourse, and narrowly justified collective protection differ from coercive imposition of political will.

Cite this article: Hosseini-Nejad, S. A. M., Habib-Nejad, S. A., & Javan-Arasteh, H. (2026). Foundations, scope, and mechanisms for supporting the world's oppressed in the legal system of the Islamic Republic of Iran and the jurisprudence of Islamic schools. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, *20*(1), 333-360. https://doi.org/10.22034/fvh.2024.18171.1920

© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: https://doi.org/10.22034/fvh.2024.18171.1920

Introduction

Assistance to the oppressed is more than an ethical recommendation in Islamic political thought. Both Shiʿi and Sunni traditions recognize support of the wronged as a communal obligation and, where organized capacity is needed, as a governmental duty. The Iranian Revolution elevated this principle into constitutional and foreign-policy commitments, especially Article 154 of the Constitution. At the same time, sovereignty and non-intervention are foundational norms of the contemporary international order. The apparent tension raises questions about the legal bases, beneficiaries, and permissible instruments of support.

Methodology

The research is fundamental and applied, descriptive-analytical, and critical. It uses primary Imami and Sunni fiqhi sources, the Iranian Constitution and related legislation, the Charter of the United Nations and international resolutions, and scholarship in political jurisprudence and international law. Key concepts such as mustaḍʿaf, oppression, humanitarian intervention, and sovereignty are clarified. The positions of the five major Islamic schools are compared, constitutional principles are analyzed, and proposed mechanisms are tested against non-intervention, necessity, proportionality, and the prohibition of aggression.

Literature Review

Existing works frequently approach support for the oppressed as a general moral ideal or examine humanitarian intervention exclusively through Western international-law categories. Other studies analyze Article 154 or Islamic foreign policy without integrating the jurisprudence of several schools and the operational limits imposed by non-intervention. The present study combines these dimensions and distinguishes the intrinsic objective of support from the legal means by which a state may pursue it.

Findings

The foundations are Qurʾānic commands to defend the oppressed, Prophetic and juristic teachings on assisting the wronged, rational and ethical requirements of justice, and constitutional principles including Articles 2, 3, 152, and 154. The category of the oppressed is human and functional rather than exclusively confessional; it may include non-Muslims subjected to aggression or systematic deprivation. Lawful mechanisms operate at four levels: political and diplomatic advocacy; economic and humanitarian assistance and proportionate non-forcible measures; legal action before international institutions and courts; and strictly limited military or emergency assistance.

Discussion

The key distinction is between support and unlawful intervention. Political advocacy, relief, capacity-building, lawful economic measures, and international litigation generally do not impose a foreign political will and therefore do not breach the core of non-intervention. Force requires a much narrower analysis. The study identifies three potentially lawful settings: an express request by the lawful government of the affected state; urgent protection against genocide or crimes against humanity under a legally defensible collective framework; and assistance pursuant to a valid mutual-defense arrangement. Outside such settings, unilateral force risks aggression and disruption of international security. Islamic law therefore favors the least costly and least coercive effective means.

Conclusion

Support for the world's oppressed in Iranian law and Islamic jurisprudence has three dimensions: firm religious, rational, and constitutional foundations; a universal and transreligious scope; and a graded set of political, economic, legal, humanitarian, and exceptionally military mechanisms. The duty is not incompatible with non-intervention when the government distinguishes ends from means, uses lawful multilateral channels, and applies necessity and proportionality. Future policy should translate this multilevel theory into an operational charter for legal and diplomatic action so that support remains effective, principled, and consistent with international obligations.

Declarations

Author Contributions: The authors jointly collected the sources, compared the positions of Islamic schools, analyzed the relationship with non-intervention, and prepared the final manuscript.

Data Availability Statement: Not applicable.

Acknowledgements: The authors declared no acknowledgement.

Ethical Considerations: The authors observed professional ethics, including accurate attribution, impartial analysis, and scholarly originality.

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 of Generative AI and AI-assisted Technologies: The authors declared that no generative artificial intelligence was used to produce the article.

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

مبانی، گستره و سازوکارهای حمایت از مستضعفان جهان در نظام حقوقی ج.ا.ا. و فقه مذاهب اسلامی

سید علی‌محمد حسینی‌نژاد[۱]، سید احمد حبیب‌نژاد[۲]✉، حسین جوان‌آراسته[۳]

۱. دانش‌آموختهٔ دکتری حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران. رایانامه: hatefqom313@gmail.com
۲. *نویسندهٔ مسئول*، دانشیار، گروه حقوق عمومی و بین الملل دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران. رایانامه: a.habibnezhad@ut.ac.ir
۳. استاد تمام، گروه حقوق و فقه اجتماعی، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم، ایران. رایانامه: hoarasteh@rihu.ac.ir

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۱۷
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۲/۱۲
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۱۸
تاریخ انتشار: ۱۴۰۵/۰۴/۰۱

کلیدواژه‌ها:
حمایت مستضعفان،
مداخلهٔ بشردوستانه،
انقلاب اسلامی،
مذاهب اسلامی،
اصل عدم مداخله

چکیده

حمایت از ستم‌دیدگان و مستضعفان، یکی از اصول سیاست خارجی حکومت اسلامی و از آرمان‌های ویژه نظام جمهوری اسلامی ایران است که در نظام حقوقی این کشور و نگرش فقهی مذاهب اسلامی تبلور یافته است. طبق این اصل، حکومت اسلامی ملزم است که به حمایت همه‌جانبه از مستضعفان بپردازد. از سوی دیگر، اصل عدم مداخله در امور داخلی کشورها از اصول عرفی پذیرفته‌شده بین‌المللی است. حال، پرسش قابل طرح آن است که اصل حمایت از مستضعفان در نظام حقوقی ایران و نگرش فقهای مذاهب اسلامی بر چه مبانی استوار است؟ دامنهٔ حمایت تا کجاست و با چه سازوکاری قابل انجام است؟ با توجه به اصل عدم مداخله، اجرای اصل حمایت از مستضعفان و ستمدیدگان، چگونه ممکن است؟ پاسخ به این پرسش‌ها، جستاری است که با روش تحلیلی-توصیفی و با ابزار مطالعاتی کتابخانه‌ای، در این پژوهه مورد توصیف و تحلیل قرار گرفته و دستاورد این خامه آن است که حمایت از مستضعفان، به تأسّی از آموزه‌های اسلامی، در قانون اساسی و نگرش فقهی مسلمانان بازتاب یافته است، به‌گونه‌ای که گستره آن محدود به مستضعفان و ستمدیدگان مسلمان نیست و سازوکار عملیاتی شدن این اصل، با اقدامات سیاسی، اقتصادی، حقوقی و حتی در مواردی، نظامی ممکن بوده و تضادی با اصل عدم مداخله هم ندارد.

استناد: حسینی‌نژاد، سید علی محمد؛ حبیب‌نژاد، سید احمد؛ و جوان آراسته، حسین. (۱۴۰۵). حمایت از مستضعفان جهان، مبانی، گستره و ساز و کارها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و فقه مذاهب اسلامی. مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ۲۰(۱)، ۳۳۳-۳۶۰. https://doi.org/10.22034/fvh.2024.18171.1920

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

مقدمه

در تفکر و بینش نظام سیاسی اسلام، حکومت، قانون و قدرت، ابزارهایی برای تأمین عدالت اجتماعی و نفی ستم از عموم مردم است (شریف الرضی، ۱۴۱۴ق، خطبه ۳).[۱] بر این اساس، «انقلاب اسلامی بنا بر ماهیت و اهداف خود که از مکتب اسلام سرچشمه می‌گیرد، نه‌تنها در بعد ملی احیاگر طرح‌ها و برنامه‌ها و نظریه‌های خاص برای حکومت و دولت‌مداری بوده است؛ بلکه در سطح جهانی نیز با توجه به جهان‌شمولی مکتب اسلام، دارای افکار و نظریات خاص بوده و مفاهیم، واژه‌ها و اصطلاحات خاص و ویژه‌ای را به ارمغان آورده که بعضی از آن‌ها خود دنیایی خاص از اندیشه‌های ناب را در بر دارد. از جمله این واژه‌ها و اصطلاحات نوین، عناوینی چون مستضعفین، ملل محروم، مستکبرین، جهان استکباری و یا حاکمیت مستضعفین را می‌توان نام برد» (محمدی، ۱۳۸۵، ص. ۱۱۷).

بسط عدالت اجتماعی، نفی ظلم و حمایت از قشر مستضعف، نه‌تنها در قلمرو نظام حاکمیتی و جغرافیای سیاسی جمهوری اسلامی ایران مد نظر قرار می‌گیرند؛ بلکه در ابعاد بین‌المللی نیز مورد توجه بوده و به منصّه ظهور رسیده است. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، که بر پایه موازین و ارزش‌های جهان‌شمول اسلام و قرآن تهیه شده است، توجه به مسائل جهانی -خصوصاً حمایت از مردم و ملل تحت ستم در سطح جهان- مورد تأکید قرار گرفته است.

مقدمه قانون اساسی اشعار می‌دارد: «قانون اساسی با توجه به محتوای انقلاب اسلامی که حرکتی برای پیروزی تمامی مستضعفین بر مستکبرین بود، زمینه تداوم این انقلاب را در داخل و خارج کشور فراهم می‌کند. به‌ویژه در گسترش روابط بین‌المللی با دیگر جنبش‌های اسلامی و مردمی می‌کوشد تا راه تشکیل امت واحده جهانی را هموار کند و استمرار مبارزه در نجات ملل محروم و تحت ستم در تمامی جهان فراهم آید» (قانون اساسی ج.ا.ا.، ۱۳۵۸، ص. ۱۵). همچنین در اصول ۱۵۲ و ۱۵۴ بر حمایت از حقوق همه مسلمانان و حمایت از مستضعفان جهان تأکید کرده است؛ به همین جهت، جمهوری اسلامی، در روابط خارجی خود با دولت‌ها و ملت‌های مختلف، این قبیل اهداف و برنامه‌ریزی‌ها را مورد تأکید قرار می‌دهد و هم به‌جهت رویکرد گفتمانی و اندیشه‌ای و هم به‌جهت اقتصادی و نظامی، به حمایت و پشتیبانی از مظلومان و مستضعفان می‌پردازد.[۲]

با عنایت به اهمیت اصل حمایت از مستضعفان، پرسشی که مطرح می‌شود این است که مبانی و گسترهٔ این اصل چیست و چه سازوکارهایی برای اجرای این اصل در نظام حقوقی ج.ا.ا. و فقه مذاهب اسلامی پیش‌بینی شده است؟ به نظر می‌رسد در نظام حقوقی و قانونی جمهوری اسلامی و فقه مذاهب اسلامی،

---

۱. اقام علی (ع): «لولا حضور الحاضر، وقیام الحجة بوجود الناصر، وما أخذ الله علی العلماء أن لا یقاروا علی کظة ظالم، ولا سغب مظلوم، لألقیت حبلها علی غاربها»؛ اگر نبود حضور آن جمعیت و تمام شدن حجت با وجود یار و یاور و اگر نبود که خداوند از دانایان پیمان گرفته است که بر سیری ستمگر و گرسنگی ستمدیده رضایت ندهند، قطعاً مهار شتر خلافت را بر کوهان آن می‌انداختم.

۲. مطابق قانون وظایف وزارت امور خارجه مصوب ۱۳۶۴/۰۱/۲۰ مجلس شورای اسلامی: «وزارت امور خارجه باید موجبات حمایت از مبارزه حق‌طلبانه مستضعفان بالاخص مسلمانان علیه مستکبران را در هر نقطه جهان بدون تدخل در امور ملت‌های دیگر براساس اهداف و سیاست‌های خارجی کشور با هماهنگی با سایر دستگاه‌های ذی‌ربط فراهم آورد».

حمایت از مستضعفان مبتنی بر آموزه‌های دینی است و ابعاد و جنبه‌های مختلف این مهم، محدود به قلمرو حاکمیتی خاص یک کشور نیست.

پی‌جویی پیشینه و سابقه پژوهش حاکی از آن است که آثاری چون نسبت جمهوری اسلامی با راهبرد حمایت از مستضعفین، اهمیت دفاع از مظلوم در آموزه‌های دینی، جایگاه مفهوم دکترین «مسئولیت حمایت» در اصول و مبانی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، نسبت اصل عدم مداخله و اصل حمایت از مستضعفان، جایگاه اقشار محروم و مستضعف در اندیشه اجتماعی امام خمینی (ره) و جایگاه اصل حمایت از مستضعفان و مظلومان در روابط خارجی دولت اسلامی دربارهٔ موضوع حمایت از مستضعفین پدید آمده است؛ اما پژوهش‌های موجود، نگارش‌های تک‌ساحتی بوده و به‌صورت فراگیر به مبانی، گستره و مکانیزم‌های حمایت از مستضعفان در نظام حقوقی و فقه مذاهب اسلامی نپرداخته است که همین امر، اثر کنونی را از پژوهش‌های انجام‌شده متمایز و ضرورت انجام آن را توجیه می‌نماید. بنابراین، پژوهش حاضر، جستاری است نوپدید که به روش تحلیلی-توصیفی و با ابزار مطالعاتی کتابخانه‌ای به بررسی مبانی و تبیین گستره و سازوکارهای نظام حقوقی ایران و نگرش فقهی مذاهب اسلامی دربارهٔ حمایت از مستضعفان می‌پردازد.

مفهوم‌شناسی

حمایت

واژه «حمایت» مصدر فعل «حَمی» و به‌معنای دفاع کردن، محافظت کردن، پاسداری کردن، پشتیبانی کردن، سپربلای (کسی) شدن و پناه دادن (به کسی) (آذرنوش، ۱۳۹۱، ص. ۲۲۴)، یاری کردن، جانبداری نمودن و دور ساختن است (مسعود، ۱۳۷۳، ج. ۱، ص. ۶۹۸). معنای اصطلاحی این کلمه از معنای لغوی آن جدا نیفتاده و در همان معنی به کار رفته است.

مستضعفین

این واژه جمع کلمه «مستضعف» است. مستضعف از ریشه استضعاف و استضعاف در لغت معنای متعدی دارد. استضعافِ یک فرد، به ضعیف دیدن او، ضعیف یافتن و ضعیف شمردن او معنا شده است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۵۰۷؛ ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج. ۹، ص. ۲۰۳؛ طریحی، ۱۳۷۵، ج. ۵، ص. ۸۶). همچنین ضعیف قرار دادن آن فرد و سوءاستفاده از ضعف او نیز استضعاف است. بر همین اساس کسی که به‌دلیل فقر و فرودستی مورد زورگویی مردم است، «مستضعف» نامیده می‌شود (حسینی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج. ۱۲، ص. ۳۳۷؛ زمخشری، ۱۹۷۹، ص. ۳۷۶؛ فیومی، ۱۴۱۴ق، ج. ۲، ص. ۳۶۲؛ ابن‌اثیر، ۱۳۶۷، ج. ۳، ص. ۸۸).

در فرهنگ اسلامی، مستضعف به کسی اطلاق می‌گردد که در اثر مظالم مستکبران از جهات گوناگون اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، سیاسی یا عقیدتی، در فشار واقع شده است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۱، ص. ۹).

اگرچه واژه مستضعف از ریشه ضعف گرفته شده است و با اینکه در دوران معاصر، انسان‌های کم‌درآمد و فقیر را مصداق منحصر مستضعف تلقی می‌کنند، اما لزوماً هر فقیر و ضعیفی مستضعف نیست؛ بلکه مستضعف کسی

است که استعداد و توانایی رشد و پیشرفت را دارد، لیکن مستکبران مانع از پیشرفت وی شده و او را در ضعف نگه داشته‌اند؛ درحالی‌که شخص فقیر و ضعیف این‌گونه نیست (ر.ک. منتظری، ۱۳۶۶، ص. ۶؛ امینی، ۱۳۷۸، ص. ۱۲).

متضاد این کلمه، واژه «مستکبرین» است. مستکبرین، جمع اسم فاعلی «مستکبر» و استکبار، مصدر آن است. استکبار، واژه‌ای عربی از ریشه کبر (ک.ب.ر) است و در لغت به‌معنای «امتناع از پذیرش حق از روی عناد» (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج. ۵، ص. ۱۲۶)، «خودبزرگ‌بینی دروغین» (طریحی، ۱۳۷۵، ج. ۳، ص. ۲۴۰)، «عظمت و بزرگی قدرت» (قرشی، ۱۳۷۱، ج. ۶، ص. ۷۲) و «حالتی است که انسان با بزرگ دیدن خود به آن صفت مخصوص می‌شود و باعث می‌گردد که انسان وجود خویش را از غیر خویش بزرگ‌تر ببیند» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۶۷۹).

استکبار به دو صورت پسندیده (مثبت) و ناپسند (منفی) ظهور پیدا می‌کند؛ صورت پسندیده آن است که انسان قصد کند و بخواهد که بزرگ شود و اگر این حالت در مورد چیزی که لازم و واجب می‌شود یا در مکان و زمانی باشد که بزرگی و استکبار در آن واجب است، این استکبار پسندیده است. صورت ناپسند استکبار در زیاده‌طلبی و برتری‌جویی است؛ طوری که از نفس و وجود او چیزی که شایسته او نیست، آشکار شود (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۴۳۹)؛ چنان‌که خدای متعال در قرآن کریم، آنجا که فرمود: «أَبَى وَاسْتَكْبَرَ» (بقره، ۳۴)، همین مفهوم سلبی را در مورد شیطان به کار برده است.

قرآن کریم از دو گونه تقابل استضعاف و استکبار روایت می‌کند؛ در یک معنا مستکبران، جبهه مقابلِ مسیر الهی به شمار می‌روند که مستضعفان را نیز به استضعاف می‌کشانند؛ در این مفهوم خداوند و مستضعفان در جبهه واحدی علیه مستکبران قرار می‌گیرند (سبأ، ۳۳). معنای دیگر آنکه حاوی نوعی قصور و کوتاهی از سوی خود مستضعف است، نیز مفهومی سیاسی است (علیخانی، همان).

در قرآن، لفظ استضعاف –به‌شکل اسم و فعل– پانزده بار به معانی «سلب قدرت و ناتوانی» (اعراف، ۱۵۰؛ هود، ۹۱)، «نداشتن چاره» (نساء، ۷۵)، «عدم موقعیت اجتماعی» (انفال، ۲۶) و «فقدان ایمان تحقیقی» (ابراهیم، ۲۱) به کار رفته است. از منظر قرآن، استضعاف نقطه مقابل و متضاد استکبار و مستضعفان، در تقابل با مستکبران است (ر.ک. سبأ، ۳۱-۳۲).

کاربرد واژه استضعاف در برابر «استکبار» در این آیه و در بسیاری از آیات، گواهی بر تقابل این دو مفهوم است. این ویژگی معنایی استضعاف و کاربرد قرآنی آن سبب شده که در پی رویکرد اجتماعی مسلمانان به قرآن، معنایی اصطلاحی برای استضعاف در تقابل با اصطلاح استکبار در ادبیات سیاسی–اجتماعی مسلمانان فراهم آید. از این دو اصطلاح برای تقسیم جوامع انسانی به دو طبقه «مستضعَف» و «مستکبِر» استفاده می‌شود. مستضعفان کسانی هستند که بیرون از کانون قدرت و ثروت، زندگی را با محرومیت از امکانات رفاهی و معیشتی موجود در جامعه می‌گذرانند (مرکز فرهنگ و معارف قرآن، ۱۳۸۵، ج. ۳، ص. ۹۳).

به هر اندازه که مناسبات اجتماعی از عدالت تهی شود و رابطه حاکمان با مردم (اعراف، ۷ و ۷۵) بر پایه برتری‌طلبی (قصص، ۴ و ۲۸)، به ضعف کشاندن حاکمان برحق و نافرمانی از آنان (اعراف، ۷ و ۱۵۰)، فسادگرایی و محرومیت افراد زیر سلطه از حقوق انسانی باشد، استضعاف رخ می‌نماید. بررسی آیات مربوط به

استضعاف نشان می‌دهد که انباشت ثروت و اشرافیت در بخشی از جامعه به همراه کمی نفرات و تفرقه در طبقات دیگر اجتماع، زمینه زبونی و استضعاف فرودستان را به وسیله مستکبران فراهم می‌آورد (مرکز فرهنگ و معارف قرآن، ۱۳۸۵، ج. ۳، ص. ۹۵). به روایت قرآن، استضعاف‌زدایی و نجات مستضعفان، وظیفه‌ای همگانی برای عموم مسلمانان است (نساء، ۷۵).

با توجه به‌معنای حمایت و مستضعفین، می‌توان اصل حمایت از مستضعفان را به مفهوم پشتیبانی، یاری رساندن، پناه دادن و دفاع کردن جامعه و حکومت اسلامی از مستضعفان و محرومان در سطح جهان تعریف نمود.

اهمیت و جایگاه اصل حمایت از مستضعفین

ترویج عدل و مبارزه با ستم، یکی از اصول اساسی و مباحث مطرح در آموزه‌های اصیل اسلامی است. ازآنجاکه در طول تاریخ انسانی، همواره عده‌ای مستکبر از حد خود فراتر رفته و به دیگران تعدی و ظلم کرده و حقوق آنان را به دلایل مختلف زیر پا نهاده‌اند و آن افراد، مظلوم و مستضعف واقع شده‌اند، اصل عدالت، حمایت و دفاع از مظلومان و ایستادگی و پایداری در برابر ظلم را ایجاب می‌نماید. «اسلام برای تضمین امنیت پایدار، ریشه‌کنی ستمگری و ستم‌پذیری را شرط اساسی می‌شمارد و به ملت‌هایی نوید امنیت می‌دهد که همه ابعاد ستم را از زندگی و روابط فی‌مابین خود زدوده باشند» (عمید زنجانی، ۱۳۷۷، ص. ۴۱۷)؛ بدین جهت، اصل حمایت از مستضعفان و ستمدیدگان، یک اصل حقوق بشری است که در اسلام از جایگاهی والا و اهمیتی بسیار برخوردار است.

در نظام حقوقی اسلام، تفکیک حقوق به داخلی و بین‌المللی معنا ندارد. اسلام یک نظام حقوقی یکپارچه دارد که برخی از قوانین آن در تعاملات داخلی و برخی در زمینه‌های بین‌المللی به کار می‌روند و تعدادی از آن‌ها شامل هر دو بعد می‌شوند. یکی از اصول کلیدی، حمایت از ستمدیدگان است که در هر دو سطح داخلی و بین‌المللی تأثیرگذار است. در حقوق بین‌الملل، این اصل به‌عنوان مداخله انسانی با معنای وسیع‌تری مطرح می‌شود؛ درحالی‌که در قوانین داخلی به‌صورت حمایت‌های خاص از نیازمندان ظهور می‌یابد. با اینکه اصطلاح مداخله بشردوستانه در متون اسلامی ذکر نشده است، اصول آن باید به‌عنوان بخشی از مفهوم وسیع‌تر جهاد مورد توجه قرار گیرد.

در کتاب‌ها و منابع فقهی دربارهٔ جغرافیای سیاسی از منظر اسلام، فقها کشورها را -که با عنوان «دار» نامیده می‌شوند- با توجه به موضع اعتقادی و سیاسی‌شان در برابر اسلام تقسیم‌بندی کرده‌اند. این تقسیم‌بندی‌ها نشان می‌دهد که هر «دار» براساس حالت اعتقادی و سیاسی مردم آن منطقه تعریف می‌شود. یکی از این تقسیم‌بندی‌ها «دارالاستضعاف» است که با موضوع ما مرتبط است. ویژگی اصلی دارالاستضعاف این است که مردم آن سرزمین توانایی اندیشیدن آزادانه و زندگی کردن آزادانه را ندارند و امکان انجام مراسم و فرایض مورد علاقه‌شان را ندارند و مستکبران برای حفظ قدرت و منافع خود، مردم را تحت فشار قرار می‌دهند، راه‌های دستیابی به آزادی و حقوقشان را مسدود می‌کنند و آنان را مورد اذیت و آزار قرار می‌دهند (عمید زنجانی، ۱۳۷۷، صص. ۳۹۷-۳۹۸).

این مسئله نشان می‌دهد که هر گونه فشار و تنش بر مردم که ناشی از ویژگی‌های استکباری است، به‌معنای وجود استضعاف و وضعیت استکباری در جامعه می‌باشد. در متون اسلامی، اصطلاح «ظلم» به‌عنوان یک پدیده

ضد ارزشی بنیادین در زندگی انسان‌ها معرفی شده و در لغت به‌معنای تاریکی یا شکاف در زمین استفاده می‌شود (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۳۱۵). در مفهوم اسلامی، ظلم دارای ابعاد گسترده‌ای است؛ به‌گونه‌ای که محروم کردن ملت‌ها از حقوقشان به‌عنوان ظلم شناخته می‌شود و هدایت آن‌ها به‌سمت مسیرهایی که منجر به از دست دادن ارزش‌هایشان می‌شود نیز نوعی ظلم به شمار می‌رود. قرآن با حدود ۳۵۰ آیه به‌طور مستقیم و نزدیک به ۶۰۰ آیه به‌طور غیرمستقیم به مسئله ظلم پرداخته و برای آن تعریفی وسیع در نظر گرفته است.

مبانی اصل حمایت از مستضعفان در نظام حقوقی ایران و مذاهب فقهی

اصل حمایت از مستضعفان و ستمدیدگان جهان، در نظام حقوقی ایران و مذاهب فقهی مسلمانان و به‌تبع در سیاست خارجی نظام جمهوری اسلامی ایران منعکس شده است که به‌صورت گذرا مورد بررسی قرار داده می‌شود.

شالودهٔ حمایت از مستضعفان و مبارزه با مستکبران جهان را باید در گفتمان امام خمینی (ره)، بنیان‌گذار انقلاب اسلامی در سال‌های آغازین انقلاب و به‌ویژه در هنگامهٔ سقوط نظام شاهنشاهی جست‌وجو کرد. ایشان در آن دوران بر معیارهای اساسی اسلامی تکیه نمود که پس از پیروزی انقلاب اسلامی، در قانون اساسی و به‌تبع آن، در چهارچوب اصول سیاست خارجی جمهوری اسلامی تجلی پیدا کرد. در اندیشهٔ امام خمینی، محرومین و مستضعفین و حمایت از آنان به کشور خاصی محدود نمی‌شوند: «ما باید برای پیشبرد اهداف و منافع ملت محروم ایران برنامه‌ریزی کنیم. ما باید در ارتباط با مردم جهان و رسیدگی به مشکلات و مسائل مسلمانان و حمایت از مبارزان و گرسنگان و محرومان با تمام وجود تلاش نماییم» (امام خمینی، ۲۲، ص. ۹۱). در نگاه امام خمینی (ره)، مستضعفین کسانی هستند که به‌رغم برخورداری از قدرت‌های بزرگ معنوی و توانمندی‌های عظیم اجتماعی، همواره از سوی صاحبان قدرت‌های سیاسی و اقتصادی ضعیف و بی‌مقدار تلقی شده‌اند و به این سبب دستخوش ظلم و جور و تجاوز و تعدی مستکبرین قرار گرفته‌اند.

۱. مبانی حقوقی اصل حمایت از مستضعفان

أ) تبیین مبانی

دفاع از حقوق تمامی مسلمانان و حمایت از مستضعفان و ستمدیدگان در سیاست خارجی جمهوری اسلامی ایران پیش‌بینی شده است که برخاسته از اصول متعدد قانون اساسی می‌باشد. اصل ۱۵۲ اشعار می‌دارد: «سیاست خارجی جمهوری اسلامی ایران براساس نفی هرگونه سلطه‌جویی و سلطه‌پذیری، حفظ استقلال همه‌جانبه و تمامیت ارضی کشور، دفاع از حقوق همه مسلمانان و عدم تعهد در برابر قدرت‌های سلطه‌گر و روابط صلح‌آمیز متقابل با دول غیر محارب استوار است.» مطابق اصل ۱۵۴ قانون اساسی، «جمهوری اسلامی ایران سعادت انسان در کل جامعه بشری را آرمان خود می‌داند و استقلال و آزادی و حکومت حق و عدل را حق همه مردم جهان می‌شناسد. بنابراین، در عین خودداری کامل از هرگونه دخالت در امور داخلی ملت‌های دیگر، از مبارزه حق‌طلبانه مستضعفین در برابر مستکبرین در هر نقطه از جهان حمایت می‌کند.» در اصل سوم بند ۱۶ قانون اساسی نیز آمده است: «دولت جمهوری اسلامی برای رسیدن به اهداف خود موظف است سیاست خارجی کشور را طوری تنظیم نماید که براساس معیارهای اسلام، تعهد برادرانه

نسبت به همه مسلمانان و حمایت بی‌دریغ از مستضعفان جهان باشد.» چنین حمایت‌هایی هرچند از سوی برخی دولت‌ها به‌عنوان دخالت در امور داخلی آنان قلمداد گردد، سلب مسئولیت از دولت اسلامی نمی‌کند و سیاست تشنج‌زدایی در روابط خارجی تنها و تنها با همین ملاحظات مبنای کار قرار خواهد گرفت. طبق اصول مزبور، خطوط کلی سیاست خارجی نظام جمهوری اسلامی ایران را می‌توان این‌گونه برشمرد: نفی سلطه‌جویی، نفی سلطه‌پذیری، حفظ استقلال همه‌جانبه، ممنوعیت قراردادهایی که منجر به تسلط بیگانه بر کشور می‌شوند، سعادت انسان را در کل جامعه بشری به‌عنوان آرمانی به رسمیت می‌شناسند و استقلال، آزادی و حاکمیت بر پایه حق و عدالت را به‌عنوان حقوق تمامی انسان‌ها در سراسر جهان مورد تأکید قرار می‌دهند. همچنین از هر نوع مداخله در مسائل داخلی کشورهای دیگر خودداری می‌کنند و از مبارزات حق‌طلبانه مستضعفان در برابر مستکبران در سراسر جهان حمایت می‌گردد. دفاع از حقوق تمامی مسلمانان جهان نیز در دستور کار قرار دارد. اندیشهٔ «امت اسلامی» با تکیه بر مبنای قرآنی «إِنَّ هذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً واحِدَةً» (انبیاء/ ۹۲) به دنبال تقویت روابط بین‌المللی با دیگر نهضت‌های اسلامی و مردمی است و می‌کوشد تا راه تشکیل امت واحد جهانی را هموار کند و استمرار مبارزه برای نجات ملت‌های محروم جهان را قوام بخشد. براساس این آیه، تمامی مسلمانان به‌عنوان یک امت محسوب می‌شوند (جوان‌آراسته، ۱۳۷۹، ص. ۱۶۵). بنابراین، دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است که سیاست‌های کلی خود را بر پایه همکاری و همبستگی میان کشورهای اسلامی تنظیم کند و به‌طور مداوم در جهت تحقق وحدت سیاسی، اقتصادی و فرهنگی در سطح جهان اسلام کوشش نماید (اصل ۱۱ قانون اساسی). همچنین حمایت از مبارزات حق‌طلبانه ملت‌های تحت ستم و نجات آنان از اهداف انبیای الهی است. قرآن کریم در معرفی پیامبر (ص) می‌فرماید: «و یضع عنهم إصرهم و الاغلال التی کانت علیهم» (اعراف/ ۱۵۷)؛ او از دوش آنان قید و بندهایی را که برایشان بوده است بر می‌دارد. از مهم‌ترین قید و بندها، وجود قدرت‌های ستمگر است که باید نفی گردند و در اصل ۱۵۴ قانون اساسی، بر این امر تأکید شده است (سلیمی، ۱۳۸۲، ص. ۷۰). براساس اصل سوم قانون اساسی – که شامل ۱۶ بند است و به بیان سیاست‌های مختلف دولت می‌پردازد – دولت جمهوری اسلامی ایران موظف شده است که همه امکانات خود را برای تنظیم سیاست خارجی کشور بر مبنای اصول اسلامی، بر تعهد به همبستگی با تمام مسلمانان و حمایت قاطع از نیازمندان جهانی تأکید کند. ایران اسلامی در سیاست خارجی خود تلاش کرده تا از طریق طرح ارزش‌هایی همانند استقلال، آزادی، همبستگی میان مستضعفان و مبارزه با قدرت‌طلبی و امپریالیزم، افکار عمومی ملل محروم و مستضعف جهان را تحت تأثیر خود قرار داده و عمدتاً از طریق صدور انقلاب، تبلیغات و سرمشق قرار گرفتن برای ملل محروم، این ارزش‌ها را به هنجار تبدیل سازد (ستوده، ۱۳۸۰، ص. ۱۷۶). این ویژگی بنیادی انقلاب نسبت به دیگر نهضت‌های ایران در سده اخیر، ناشی از مکتبی و اسلامی بودن آن است. اسلامیت انقلاب اسلامی، مستلزم توجه به ارزش‌های دینی و قرآنی است که یکی از این ارزش‌ها توجه به محرومان و مستضعفان – اعم از مسلمان و غیرمسلمان – است؛ ازاین‌رو، مقنن اساسی ایران در مقدمه این میثاق ملی و اسلامی، مسیر تشکیل امت واحدهٔ جهانی را حرکتی برای پیروزی تمامی مستضعفان بر مستکبران و پایه نظام جمهوری اسلامی ایران بر نفی هرگونه ستمگری و سلطه‌گری قرار داده است.

ب) نسبت اصل حمایت از مستضعفان و اصل عدم مداخله در امور داخلی کشورها

اصل ۱۵۴ قانون اساسی، حمایت از مستضعفان در سطح جهانی را مدنظر قرار داده اشعار می‌دارد: «جمهوری اسلامی ایران، سعادت انسان در کل جامعه بشری را آرمان خود می‌داند و استقلال و آزادی و حکومت حق و عدل را حق همه مردم جهان می‌شناسد. بنابراین در عین خودداری کامل از هر گونه دخالت در امور داخلی ملت‌های دیگر، از مبارزه حق‌طلبانه مستضعفین در برابر مستکبرین در هر نقطه از جهان حمایت می‌کند.»

آنچه در این اصل مطرح شده، منطبق با دستورات دینی و آموزه‌های اسلامی است؛ بدین معنا که حمایت از مستضعفان – به‌عنوان مداخله انسانی بشردوستانه –، افزون بر اینکه یک تکلیف انسانی، حقوقی و اخلاقی است، یک تکلیف و ارزش اسلامی نیز محسوب می‌شود وگرنه ذکر یک فراز فکری در قانون اساسی معنا نخواهد داشت. اینکه مقنن اساسی، استقلال، آزادی و حکومت حق و عدل را حق همه مردم دنیا می‌شناسد، یک فراز اعتقادی است و نه یک امر قانونی؛ اما چون این طرز فکر به دنبال خود یک سری تعهدات را در قبال مردم جهان پدید می‌آورد که خود می‌تواند در سیاست خارجی ما ماهیت قانونی داشته باشد، ازاین‌رو این فراز فکری در قانون اساسی گنجانده شده است (یزدی، ۱۳۷۵، ص. ۶۶۱). رویکرد نظری و عملیاتی جمهوری اسلامی در زمینه اجرای اصل حمایت از مستضعفان، از طریق وضع مقررات الزام‌آور و همچنین اتخاذ سازوکارهای عملی در عرصه سیاست خارجی برای پشتیبانی از ستمدیدگان فلسطین، لبنان، سوریه، چچن و... تبیین‌کننده مدلی جدید از حمایت در عرصه بین‌المللی است (جاوید و اصل زعیم، ۱۳۹۲، ص. ۹۰)؛ اما از آن طرف، اصل عرفی پذیرفته شده بین‌المللی موسوم به «اصل عدم مداخله» وجود دارد که هر نوع مداخله در امور داخلی کشور دیگر را ممنوع می‌داند. اصل عدم مداخله یکی از اصول بنیادین ملل متحد و جامعه بین‌المللی و از جمله حقوق و تکالیف بنیادین دولت‌ها است و سالیانی است که در حقوق بین‌الملل عمومی مطرح است و دانشمندان حقوق بین‌الملل در خصوص این اصل آثار زیادی بر جای گذاشتند. اصل عدم مداخله به اعتراف همه حقوق‌دانان بین‌المللی از توابع و لوازم حقوق اساسی دولت‌ها و به‌ویژه حق استقلال آن‌هاست و در واقع هدف از اعتبار این اصل، آن است که ملت‌ها بتوانند به‌صورت آزاد و بدون تحلیل برنامه‌ای درست یا نادرست از جانب بیگانگان، سرنوشت خود را به دست بگیرند و در صحنه بین‌الملل، رقابت آزاد و سازنده‌ای با دیگران داشته باشند (ابراهیمی و دیگران، ۱۳۷۹، صص. ۴۴۹-۴۵۰). با درج این اصل در منشور ملل متحد، بند (۷) ماده ۲ منشور مقرر نمود که، «هیچ یک از مقررات مندرج در این منشور، ملل متحد را مجاز نمی‌دارد، در اموری که ذاتاً جزء صلاحیت داخلی هر کشور است، دخالت نمایند و اعضا را نیز ملزم نمی‌کند که چنین موضوعاتی را تابع مقررات این منشور قرار دهند. این اصل به اجرای اقدامات قهرآمیز و پیش‌بینی شده در فصل هفتم لطمه وارد نخواهد ساخت.» مطابق این بند، حوزه مداخله ممنوع و امور داخل در صلاحیت کشورهاست؛ اما «صلاحیت داخلی، مفهومی نسبی است؛ زیرا اصول متغیر حقوق بین‌الملل سبب تحدید و کاهش دامنه صلاحیت داخلی شده است؛ موضوعات مربوط به مقررات داخلی ممکن است بازتاب‌های بین‌المللی داشته باشد و بدین ترتیب در حیطه حقوق بین‌الملل قرار گیرد» (ملکم شاو، ۱۳۷۲، ص. ۲۷۴) و در

هر نظام حقوقی، موارد متعددی به‌عنوان استثناء بر این قاعده لحاظ شده است که یکی از مهم‌ترین و بحث‌برانگیزترین این استثنائات، موضوع مداخله بشردوستانه است.

گفتنی است که کلیت اصل عدم مداخله در نظام حقوقی اسلام نیز مقبول واقع شده است. «اسلام، استکبار و سیاست سلطه را به‌عنوان عامل اصلی مداخلات تجاوزکارانه تلقی می‌کند و بر این اصل اصرار می‌ورزد که نابود کردن سیاست‌های استکباری، تنها راه خاتمه دادن به مداخله در امور داخلی مربوط به ملت‌ها می‌باشد و همچنین، قرآن، تحمیل و زور را به‌عنوان خمیرمایه اصلی دخالت نفی می‌کند و سلطه‌طلبی را که ریشه مداخله است، مردود می‌شمارد و بر این اساس، مداخله در امور اختصاصی دیگران را مردود شمرده است» (عمید زنجانی، ۱۳۷۷،، صص. ۴۵۸-۴۵۹).

با عنایت به اهمیت اصل عدم مداخله، حال سؤال این است که با وجود این اصل، اجرای مفاد اصل ۱۵۴ قانون اساسی چگونه ممکن است؟ به بیان دیگر، نسبت میان این دو اصل چیست؟ همخوانی و سازگاری یا تعارض و ناسازگاری؟ در پاسخ به سؤال فوق دو دیدگاه مطرح شده است. به باور برخی، «در این مسئله که حمایت از مستضعفان و نهضت‌های آزادی‌بخش از نظر اسلامی اثبات شده است، تردیدی وجود ندارد؛ اما نکته حائز اهمیت این است که مداخله و حدود آن را ما تعیین نمی‌کنیم. در جهان معاصر دولت‌های اسلامی در عرض دولت‌های دیگر، اعضای جامعه جهانی تلقی می‌شوند و مداخله با اصول و حقوق مورد قبول آنان تعریف می‌شود. ملاک مداخله و تعیین مصادیق آن را حقوق بین‌الملل تعیین می‌کند، نه آمال دولت‌های اسلامی و بنابراین، حمایت همه‌جانبه از نهضت‌های آزادی‌بخش ممکن است از نظر حقوق بین‌الملل نوعی مداخله محسوب شود» (حقیقت، ۱۳۸۵، ص. ۱۲۰). در برابر این دیدگاه، برخی دیگر معتقد به مداخله بشردوستانه است و جهاد در همه اشکال آن را در تعارض با اصل عدم مداخله نمی‌دانند. چون «اصل عدم مداخله به دو صورت محدود است: نخست، محدود به دولت و ملت‌هایی است که اقدام به عملیات تجاوزکارانه نکرده باشند. دوم، موضوع مداخله در صلاحیت مدعی قرار داشته باشد» (عمید زنجانی و دیگران، ۱۳۹۰، ص. ۹). دیدگاه سومی نیز قائل به سازگاری دو اصل با استدلال دیگری است. مطابق این دیدگاه، «مأموریت ایران برای حمایت از ملل مظلوم دنیا بدین معنا نیست که کشورمان عرف بین‌المللی مبنی بر منع مداخله در امور دیگران را نادیده خواهد گرفت، بلکه برای تحقق این هدف، سازوکارهای مورد قبول جامعه بین‌المللی را اتخاذ خواهد کرد» (تسخیری، ۱۳۸۵، ص. ۵۰۳). معنای این سخن آن است که «ایران به‌عنوان یک عضو سازمان ملل متحد، در راستای حمایت از مستضعفان، آن دسته از حقوق و تکالیف حمایتی را اتخاذ می‌کند که حقوق بین‌الملل در حدود اهداف سازوکارهایی که در منشور ملل متحد مورد اشاره قرار داده است» (هاشمی، ۱۳۸۹، ص. ۴۳۵). سازوکارهای مورد اشاره، «آن دسته از شیوه‌های حمایتی را شامل می‌شود که مداخله نباشد، مانند حمایت در سازمان‌های بین‌المللی، حمایت اقتصادی، سیاسی و...، که تکیه اصل ۱۵۴ نیز بر روی این مطلب است» (یزدی، ۱۳۷۵، صص. ۶۶۱-۶۶۲).

هر یک از دیدگاه‌های ارائه‌شده، عاری از صواب و خالی از ایراد نیست و به همین جهت، نمی‌توان قائل به‌درستی دیدگاهی به‌صورت مطلق شد. بدین منظور، بایسته است اصل ۱۵۴ به‌صورت جداگانه، در هر یک از

اشکال مداخله سیاسی، اقتصادی و نظامی مورد سنجش قرار گیرد و همین‌طور، خصوصیت مردمی مورد حمایت، مدنظر قرار داده شود، چه اینکه حقوق بین‌الملل میان مردمانی که در قالب نهضت‌های آزادی‌بخش سازماندهی شده‌اند و در پی اِعمال حق تعیین سرنوشت خویش هستند و مردمانی که این‌گونه نیستند، دید یکسانی ندارد و بر این اساس، در زمینه مشروعیت حمایت از این دو دسته و همچنین چارچوب‌های گوناگون مداخله، به دیدگاه واحد و مطلقی قائل نیست. شاید این ناهمسانی بدان جهت است که اصل عدم مداخله در امور داخلی دولت‌ها، محتوا و دامنه‌ای سیال دارد که به موازات توسعه و تکامل نظام حقوقی بین‌المللی، از قابلیت استناد کمتری برخوردار می‌شود.

به‌طور کلی، آنچه از مقررات حقوق بین‌الملل معاصر (منشور ملل متحد، ماده ۵۱) و همچنین رویه و عملکرد دولت‌ها برمی‌آید، اعمال این اصل (مداخله بشردوستانه) در قالب مداخلات سیاسی و اقتصادی به‌نفع ستمدیدگان – چه کسانی که در قالب نهضت‌های آزادی‌بخش سازماندهی شده‌اند و چه سایر مردمان – در موارد نقض فاحش و شدید حقوق بشر از مشروعیت برخوردار است؛ اما توسل به مداخله نظامی یک‌جانبه به‌صراحت از سوی حقوق بین‌الملل – جز در موارد استثنایی – ممنوع اعلام شده است؛ بنابراین، مداخله بشردوستانه و مسئولیت فراملی در قبال مستضعفین و جوامع تحت ستم، مطلق نیست؛ بلکه مقید به وجود شرایطی است که بخشی از آن به مستضعفان و ستم‌دیدگان و بخشی دیگر به حکومت و دولت‌ها مربوط می‌شود.

۲. مبانی فقهی اصل حمایت از مستضعفان

اصل حمایت از مستضعفان از جمله اصول بنیادین اسلامی است که اعمال آن در حقوق بین‌الملل به‌صورت مداخله بشردوستانه در معنای عام، و در نظام داخلی به‌شکل حمایت‌های ویژه قانونی از محرومان تجلی می‌یابد. نکته مهم این است که با توجه به فقدان واژه مداخله بشردوستانه در متون اسلامی، مبانی آن باید به‌عنوان زیرمجموعه مبحث جهاد به‌معنای عام مدنظر قرار گیرد.

آنچه اکنون عنوان بشردوستانه گرفته است، در متون فقه اسلامی وجود ندارد، ولی تعابیری می‌توانند بیانگر مفهوم همان چیزی باشند که «اغاثه ملهوف» یا «استنصار» یا «استنقاذ» همچون که امروزه در ادبیات حقوق بین‌الملل مداخله بشردوستانه تعبیر می‌شود (میرمحمدی، ۱۳۹۱، صص. ۱۵۱-۱۵۵). بااین‌حال، فقها و متفکران اسلامی، اصل حمایت از مستضعفان را پذیرفته و اقدام برای تحقق و عملیاتی شدن آن را لازم دانسته‌اند؛ از باب نمونه، ابوصلاح حلبی – از فقهای شیعه – می‌نویسد: «اگر از بعضی از کافران یا محاربان بر سرزمین‌های اسلامی خطری متوجه شود بر اهل هر منطقه‌ای جنگ با کسانی که در نزدیکی آن‌ها هستند و دفاع از دارالایمان واجب است و بر کسانی که در مناطق دوردست زندگی می‌کنند، واجب است به‌نزدیک‌ترین مرزهای نبرد با کفار کوچ کنند؛ البته مشروط بر اینکه مناطق درگیر با کفار نیازمند یاری آن‌ها باشند تا بدین وسیله هر منطقه‌ای از سرزمین‌های اسلامی از وجود مجاهدان و مدافعان از حریم اسلام و مسلمین برخوردار شوند و در این صورت کوچ بر دیگران که در مناطق دور زندگی می‌کنند ساقط شود.» (حلبی، بی‌تا، ج. ۹، ص. ۳۱) شهید ثانی نیز می‌نویسد: «جهاد دفاعی تنها بر مسلمانانی واجب نیست که مورد هجوم دشمناند؛

بلکه بر هرکسی که خبر از وضعیت مسلمین دارد، واجب است اگر نداند که مسلمانان مورد هجوم واقع شده توان مقاومت دارند و البته کسانی که به منطقه درگیری نزدیک‌تر باشند، تکلیف دربارهٔ آنان بیشتر است.» (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج. ۳، ص. ۸) شیخ محمد مهدی شمس‌الدین معتقد است: «حرمت بی‌تفاوتی به تجاوز کفار بر مسلمانان و احساس بی‌تفاوتی نسبت به این مسئله، از مسلمات دینی است.» (شمس‌الدین، ۱۴۱۸، ص. ۳۳۶) شهید مطهری در دیدگاه خود، جهاد در اسلام را نوعی دفاعی می‌داند و جهاد آزادی‌بخش را به‌عنوان یک نوع جهاد دفاعی معرفی می‌کند. او بیان می‌کند: «این حملات که باید با آن‌ها مقابله کرد، همیشه به‌صورت حمله به سرزمین شما نیست.»؛ ممکن است طرف به ما جنگ نکند، اگر فردی به‌شدت ظلم کرده و به گروهی از مردم آسیب رسانده باشد، و ما قادر به نجات آن افراد تحت ظلم باشیم، عدم اقدام به کمک به آن‌ها به‌معنای کمک به ظلم آن ظالم است. اگرچه در موقعیت فعلی ما خودمان تحت تجاوز قرار نداریم، اما ممکن است گروهی دیگر، چه مسلمان و چه غیرمسلمان، تحت ظلم باشند. برای مثال، فلسطینی‌ها که توسط اسرائیلی‌ها از خانه‌هایشان بیرون رانده شده و مورد ظلم قرار گرفته‌اند، در حال حاضر به ما ارتباطی ندارند. در این شرایط، آیا ما می‌توانیم و باید به یاری این مظلومان بشتابیم و آن‌ها را نجات دهیم؟ بله، این اقدام نه‌تنها مجاز است، بلکه واجب نیز هست. این موضوع تنها کمک به مظلوم نیست بلکه نجات از ظلم نیز محسوب می‌شود، به‌ویژه اگر آن مظلوم از مسلمانان باشد.» (مطهری، ۱۳۷۲، ص. ۲۲).

فقهای اهل‌سنت، وجوب جهاد ابتدایی را مشروط به حضور پیامبر (ص) پذیرفته‌اند و در مبارزه با کفار، نه به‌دلیل اعتقاد آن‌ها به کفر؛ بلکه به‌خاطر عناد با اسلام و برنتابیدن احکام الهی و کشف هدف تضعیف مسلمانان، مبارزه و جهاد را جایز دانسته‌اند؛ اما دفاع (جهاد دفاعی) را بالاتفاق پذیرفته‌اند (ابن‌نجیم مصری، بی‌تا، ج. ۱۳، ص. ۲۸۶؛ ثعلبی، ۱۴۳۵، ج. ۱، ص. ۹۱؛ بهوتی، بی‌تا، ص. ۲۹۹؛ ابن‌قدامه مقدسی، ۱۴۱۴، ج. ۴، ص. ۱۱۶؛ ماوردی، ۱۴۱۹، ج. ۱۲، ص. ۱۰۳). وهبه الزحیلی، جنگ به‌منظور کمک به مظلومان، چه به‌صورت فردی و چه جمعی، را یکی از مصادیق مشروع جهاد اسلامی قلمداد کرده و توضیح می‌دهد که ضرورت صلح عمومی، این نوع از جنگ را توجیه می‌کند (زحیلی، ۱۴۱۰، صص. ۳۰-۳۳). صبحی محمصانی یکی از انواع جهاد دفاعی را در برابر متجاوزان و ظالمین، و همچنین افرادی که مسلمانان را از منازلشان بیرون کرده و از سرزمینشان رانده‌اند، می‌داند (محمصانی، ۱۳۹۲، صص. ۱۹۳-۱۹۴). برآمد نظرات فوق این است که مبارزه و مقابله با ظلم و نقض حقوق اساسی انسان‌ها از اهمیت بالایی برخوردار است. هنگامی‌که دولتی با بی‌رحمی و به‌طور غیرانسانی با مردم خود رفتار کرده و حقوق آن‌ها را به‌شکلی پایمال کند که وجدان بشریت را جریحه‌دار نماید، مداخله برای رهایی آن‌ها از زیر سلطه چنین رژیم استبدادی، ضروری است.

چه رویکرد حقوقی و چه فقهی – هر دو – مبتنی بر آموزه‌های دینی است. قرآن کریم، یاری خواستن از دیگران را حق هر ستمدیده‌ای می‌داند و ستم‌کاران را به کیفر اخروی بیم داده است: «... وَانْتَصَرُوا مِنْ بَعْدِ مَا ظُلِمُوا وَسَيَعْلَمُ الَّذِينَ ظَلَمُوا أَيَّ مُنْقَلَبٍ يَنْقَلِبُونَ» (شعرا/ ۲۲۷)؛ و پس از آنکه مورد ستم قرار گرفته‌اند یاری خواسته‌اند و کسانی که ستم کرده‌اند به زودی خواهند دانست به کدام بازگشتگاه برخواهند گشت.

مفاد این آیه این است کسانی که مورد ستم واقع می‌شوند، اگر قدرت مقابله با ستمکاران را نداشته باشند، این حق را دارند که از دیگران طلب یاری نمایند و به‌سبب یاری خواستن، نکوهشی بر آنان نیست: «وَلَمَنِ انْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ» (شوری/ ۴۱). انتصار به‌معنای «طلب یاری» است و مقاومت در برابر ظلم و دفع آن نسبت به کسی که قدرت دارد، از واجباتی است که فطرت انسانی به آن گواهی می‌دهد (طباطبایی، ۱۴۱۷، ج. ۸، ص. ۶۴)؛ بنابراین، در برابر طلب یاری ستمدیده، دیگران موظف به یاری او می‌باشند.

افزون بر قرآن کریم، دو دسته روایت دربارهٔ حمایت از مظلومان وارد شده است: دسته اول، روایاتی هستند که امت اسلامی را در یاری رساندن به مظلوم و ستمدیده و مقاومت و ایستادگی در برابر ظلم و ستم، تشویق و ترغیب می‌کنند. از باب مثال، در روایتی پیامبر اکرم (ص) فرمود: «من اخذ للمظلوم من الظالم کان معی فی الجنة مصاحبا» (مجلسی، ۱۴۳۰، ج. ۷۵، ص. ۳۵۹، ح. ۷۴)؛ کسی که حق مظلومی را از ظالم بگیرد [چه مظلوم، مسلمان باشد، چه غیر مسلمان] در بهشت با من هم‌نشین خواهد بود.

دسته دوم، روایاتی است که یاری مظلوم و مبارزه با ظلم و ستم را به‌عنوان یک وظیفه و تکلیف شرعی، قلمداد می‌کنند. امام علی (ع)، ظلم‌ستیزی و مبارزه با مستکبران و دفاع از حقوق مظلومان را یکی از وظایف اصلی حکومت اسلامی و علمای اسلام بیان داشته می‌فرماید: «أما وَالَّذی فَلَقَ الحَبَّةَ وَبَرَأَ النَّسَمَةَ، لَولا حُضورُ الحاضِرِ و قِيامُ الحُجَّةِ بِوُجودِ النّاصِرِ وما أَخَذَ اللّه ُعَلَى العُلَماءِ أن لا يُقارّوا عَلى كِظَّةِ ظالِمٍ ولا سَغَبِ مَظلومٍ لَأَلقَيتُ حَبلَها عَلى غارِبِها، ولَسَقَيتُ آخِرَها بِكَأسِ أوَّلِها، ولَأَلفَيتُم دُنياكُم هذِهِ أزهَدَ عِندي مِن عَفطَةِ عَنزٍ» (سید رضی، ۱۳۷۹، ص. ۹۲۴)؛ سوگند به خدایی که دانه را شکافت و جان را آفرید. اگر حضور فراوان بیعت‌کنندگان نبود و یاران، حجت را بر من تمام نمی‌کردند و اگر خدا از دانشمندان پیمان نگرفته بود که در برابر شکمبارگی ستمگران و گرسنگی مظلومان، سکوت نکنند، مهار شتر خلافت را بر کوهانش می‌انداختم و رهایش می‌ساختم و آخرش را به کاسه اول آن، سیراب می‌کردم. آنگاه می‌دیدید که دنیای شما نزد من از آب بینی بزی بی‌ارزش‌تر است.

بنابراین، فلسفه اصلی تشکیل حکومت‌ها و تشریع قوانین - اعم از قوانین الهی و قوانین بشری - حفظ حقوق ضعیفان و حمایت از آن‌ها است؛ زیرا مستکبران و زورمندان با تکیه بر قدرت و زور خود نه‌تنها حق خویش را می‌گیرند، بلکه حقوق مستضعفان و بیچارگان را نیز می‌بلعند، ازاین‌رو اگر حکومت و قانون، حامی مظلومان و مستضعفان نباشد، فلسفه شکل‌گیری خود را به‌کلی از دست می‌دهد و گاه تبدیل به ابزاری برای توجیه ستم‌های ظالمان می‌شود. بر همین اساس امام علی (ع)، دلیل قبول حکومت را مسئله حمایت از مظلومان و مبارزه با ظالمان می‌دانند و آن حضرت بعد از جنگ نهروان فرمود: «الذلیل عندی عزیز حتی آخذ الحق له و القوی عندی ضعیف حتی آخذ الحق منه» (نهج‌البلاغه، خ. ۳۷) ناتوان ستمدیده در نظر من، عزیز است تا حقش را بگیرم و زورمند ستمگر نزد من، حقیر و ضعیف است تا حق دیگران را از او بستانم.

قلمرو حمایت از مستضعفان

در آموزه‌های اسلامی، گستره حمایت از مستضعفان، محدود به مستضعفان و ستمدیدگان مسلمان نیست، بلکه شامل مستضعفان و مظلومان غیرمسلمان نیز می‌شود. در آیه ۷۵ سوره نساء - که خداوند می‌فرماید: «وَ مَا لَكُمْ

لَا تُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانِ الَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا أَخْرِجْنَا مِنْ هَذِهِ الْقَرْيَةِ الظَّالِمِ أَهْلُهَا وَاجْعَلْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا وَاجْعَلْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ نَصِيرًا»؛ و چه شده است شما را که در راه خدا [و در راه نجات] مردان و زنان و کودکان مستضعف نمی‌جنگید همانانی که می‌گویند: پروردگارا ما را از این شهری که مردمش ستم‌پیشه‌اند، بیرون ببر و از جانب خود برای ما سرپرستی قرار ده و از نزد خویش یاوری برای ما تعیین فرما – خداوند مسلمانان را به حمایت و پشتیبانی از تمام مستضعفان جهان – چه مسلمان و چه غیر مسلمان – از طریق جهاد و مبارزه فراخوانده است؛ زیرا بی‌توجهی به ظلم نسبت به ستمدیدگان، اقدامی غیراخلاقی است.

در زمینه حمایت از مستضعفان بیان شده که اسلام قائل به دو راهکار است: براساس راهکار نخست، این خودِ افراد تحت ستم هستند که می‌بایست در مقابل ظلم بایستند یا اینکه گزینه هجرت از سرزمین را برگزینند. راهکار دوم دولت اسلامی را موظف می‌کند که در راستای نجات مستضعفان اقدامات لازم را انجام دهد. این اقدامات می‌تواند غیرقهری یا در قالب استفاده از نیروی نظامی باشد (Hashmi, 1993, p. 6). به بیانی دیگر، قرآن کریم برای مداخله به‌منظور حمایت از مسلمانانی که از سوی غیرمسلمانان مورد ظلم و ستم قرار گرفته‌اند، مکانیسم دو مرحله‌ای پیشنهاد کرده است؛ نخست، هجرت فیزیکی مسلمانان از سرزمین‌های متجاوز و سپس واکنش جمعی جامعه اسلامی به حمایت از ستمدیدگان در جامعه‌ای که تحت ظلم قرار دارد (نساء/ ۷۵). به نظر می‌رسد که دو راهکار مذکور موضوعی تاکتیکی باشد؛ بدین معنا که اگر مستضعفان در برپایی مجدد نظم حاکم توانا باشند، بی‌شک این امر برای آنان بهتر است و پس از آن نیز می‌توانند به دنبال بازپس گرفتن حقوقشان در زمانی مقتضی، احتمالاً با معاضدت جامعه اسلامی باشند (Hashmi, Op. cit.).

پرسشی که در ارتباط با نوع اول مداخله انسانی مطرح می‌شود این است که اگر دولت اسلامی توافقی برای عدم مداخله با دولتی غیرمسلمان امضا کرده باشد، چه وضعیتی پیش می‌آید؟ آیا در این صورت دولت مسلمان می‌تواند علی‌رغم تعهدات خود، به کمک مسلمانان تحت ستم بپردازد؟ در بخشی از معاهده صلح حدیبیه آمده است: «طرفین توافق کردند که به مدت ده سال، مردم را از درگیری‌ها دور نگه دارند و هرکسی از قریش که بدون اجازه سرپرست خود به‌نزد محمد برود، باید به قریش بازگردانده شود. اما اگر کسی از همراهان محمد به قریش برود، او به محمد بازگردانده نخواهد شد.» (حمیدالله، ۱۳۷۵، ص. ۱۲۸) یکی از نویسندگان بر این باور است که این بند از پیمان به وضوح قدرت و اعتبار نظام مسلمانان را نشان می‌دهد، به‌ویژه زمانی که برخی تازه مسلمانان به دنبال پناهندگی به مسلمانان بودند و مجبور به بازگشت به خانواده یا قبایل خود می‌شدند (ابن‌اسحاق، ۱۹۹۰، صص. ۵۰۴-۵۰۵). به نظر برخی از مفسران، این سنت نبوی به‌معنای التزام به تعهدات قراردادی است که حتی در مقایسه با سایر ملاحظات، اولویت بیشتری دارد. «اگر مسلمانانی که در یک کشور اسلامی زندگی می‌کنند، تحت ستم قرار گیرند و از دولت اسلامی یا شهروندان آن یاری بخواهند، بر دولت اسلامی و مردم آن واجب است که به کمک مسلمانان مظلوم بشتابند. این در حالی است که اگر دولت مسلمان به یک معاهده با ملتی پایبند باشد که به مسلمانان آسیب می‌زند و به آن‌ها تجاوز می‌کند، باید به این نکته توجه شود، دولت مسلمان نباید به‌گونه‌ای که با تعهدات خود طبق آن معاهده مغایر باشد، از مسلمانان تحت ظلم حمایت کند.» (هاشمی، ۱۳۸۹، صص. ۱۳۹-۱۴۰) برای پشتیبانی از این نظر، می‌توان به آیه ۷۲ سوره انفال

اشاره کرد که در آن خداوند می‌فرماید: «... وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا وَإِنِ اسْتَنْصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمُ النَّصْرُ إِلَّا عَلَى قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَ بَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ»؛ و کسانی که ایمان آورده‌اند ولی مهاجرت نکرده‌اند هیچ گونه خویشاوندی [دینی] با شما ندارند مگر آنکه [در راه خدا] هجرت کنند و اگر در [کار] دین از شما یاری جویند یاری آنان بر شما [واجب] است مگر بر علیه گروهی باشد که میان شما و میان آنان پیمانی [منعقد شده] است و خدا به آنچه انجام می‌دهید بیناست. اگر نظر فوق پذیرفته شود، تنها راه نجات مسلمانان از ظلم و ستم، هجرت از سرزمین خود است (نساء/ ۹۷)،[۱] این دیدگاه در تضاد با نظر قبلی است، برخی از متفکران، علی‌رغم وجود معاهده‌ها، به یاری مسلمانان ستمدیده معتقد هستند. محمد حسن شیبانی بر این باور است: «مسلمانانی که در مناطق تحت تسلط غیرمسلمانان زندگی می‌کنند، موظفند به کمک هم‌مذهبان خود در آن منطقه که توسط دولت محلی مورد ستم قرار گرفته‌اند، بپردازند. حتی اگر ورود مسلمانان به آن سرزمین براساس توافقنامه صلح بوده باشد، این مسئولیت همچنان برقرار است، پس از رد توافق، باید به کمک مسلمانان مظلوم پرداخت، زیرا انعقاد پیمان در تضاد با این اصل مشروع نخواهد بود.» (الشیبانی، ۱۹۹۶، ص. ۱۲).

وضعیت دیگری که ممکن است در رابطه با مداخله بشردوستانه عنوان گردد، زمانی است که افراد غیرمسلمان در دولت غیراسلامی تحت ظلم و ستم قرار می‌گیرند. در اینجا این سؤال پیش می‌آید که آیا وظیفه مسلمانان برای حمایت از غیرمسلمانان مشابه وضعیت اول است؟ در پاسخ به این پرسش، برخی از اندیشمندان معاصر به‌طور کلی با این نظر موافق‌اند که مسلمانان نباید در امور غیرمسلمانانی که تحت حاکمیت اسلام نیستند، دخالت کنند (ابن‌اسحاق، ۱۹۹۰، صص. ۵۰۹-۵۱۰). این افراد عواملی مانند هزینه‌ها و منافع ناشی از کمک به غیرمسلمانان مظلوم، واکنش جامعه تحت ظلم به مداخله مسلمانان، و به ارزیابی پیامدهای احتمالی مداخله در کنار هزینه‌های ممکن آن پرداخته‌اند. با این وجود، باید اذعان کرد که آیه ۷۵ سوره نساء چنین محدودیتی را مشخص نمی‌سازد، هرچند که معنای اولیه مستضعفین به مسلمانان مظلوم اشاره دارد. سومین حالت مداخله بشردوستانه زمانی است که هر دو طرف درگیر مسلمان باشند. در این زمینه، می‌توان به آیه ۹ و ۱۰ سوره حجرات[۲] اشاره کرد که در خصوص نزاع‌های داخلی میان مسلمانان، دو مرحله را در نظر می‌گیرد.

---

۱. إِنَّ الَّذِينَ تَوَفَّاهُمُ الْمَلَائِكَةُ ظَالِمِي أَنْفُسِهِمْ قَالُوا فِيمَ كُنْتُمْ قَالُوا كُنَّا مُسْتَضْعَفِينَ فِي الْأَرْضِ قَالُوا أَلَمْ تَكُنْ أَرْضُ اللَّهِ وَاسِعَةً فَتُهَاجِرُوا فِيهَا فَأُولَئِكَ مَأْوَاهُمْ جَهَنَّمُ وَ سَاءَتْ مَصِيراً؛ کسانی که بر خویشتن ستمکار بوده‌اند [وقتی] فرشتگان جانشان را می‌گیرند می‌گویند در چه [حال] بودید پاسخ می‌دهند ما در زمین از مستضعفان بودیم می‌گویند: مگر زمین خدا وسیع نبود تا در آن مهاجرت کنید پس آنان جایگاهشان دوزخ است و [دوزخ] بد سرانجامی است.

۲. إِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَ أَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ× إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ؛ و اگر دو طایفه از مؤمنان با هم بجنگند میان آن دو را اصلاح دهید و اگر [باز] یکی از آن دو بر دیگری تعدی کرد با آن [طایفه‌ای] که تعدی می‌کند بجنگید تا به فرمان خدا بازگردد پس اگر باز گشت میان آن‌ها را دادگرانه سازش دهید و عدالت کنید که خدا دادگران را دوست می‌دارد. در حقیقت مؤمنان با هم برادرند پس میان برادرانتان را سازش دهید و از خدا پروا بدارید امید که مورد رحمت قرار گیرید.

سازوکارهای حمایت از مستضعفان

حمایت از مستضعفان و دفاع از محرومان، اصل خدشه‌ناپذیر اسلامی است؛ اما تطبیق این مهم نیازمند سازوکارهای عملی است. زیرا برآیند مفاد آموزه‌های اسلامی در خصوص سازوکارهای حمایت از مستضعفان، عدم اطلاق مسئولیت فراملی در قبال مستضعفین و مقید بودن آن به وجود شرایطی است که برخی از آن شرایط به «مستضعفین» و برخی دیگر به «حکومت اسلامی» مربوط می‌شود. آیات و روایات مورد اشاره، موضوع حمایت از مستضعفین در بعد فردی را کاملاً مشخص نموده‌اند؛ اما از لحاظ اجتماعی و در سطح بین‌المللی در خصوص اصل عدم مداخله دو نظریه مطرح است: عده‌ای معتقد بر اصل عدم مداخله در امور سایر کشورهاست. در مقابل، عده‌ای با قبول رسالت جهانی اسلام و موقتی بودن تقسیم جهان بر این نظر است که به‌طور کلی روابط میان دو بلوک همیشه خصمانه باقی خواهد ماند و موقتاً به‌خاطر مصالحی جنبه صلح‌آمیز پیدا کرده است و لذا اصل بر مداخله است؛ ولی بنابر مصلحت فعلاً مداخله‌ای انجام نمی‌گیرد (راعی، ۱۳۸۲، صص. ۶۶-۶۷).

با این وصف، اجرایی کردن اصل حمایت از مستضعفان جهان، در سازوکارهای متنوع نظامی، سیاسی، اقتصادی و حقوقی تبلور می‌یابد که امکان یا عدم امکان تحقق این سازوکارها به‌صورت گذرا بررسی می‌شود.

۱. نظامی

در دنیای معاصر، دولت‌های اسلامی در عرض دولت‌های غیراسلامی، اعضای جامعه جهانی تلقی می‌شوند و مداخله با اصول و حقوق مورد قبول آنان تعریف می‌گردد. لذا ملاک مداخله و تعیین مصادیق آن را حقوق بین‌الملل تعیین می‌کند؛ ازاین‌رو، حمایت همه‌جانبه از مستضعفین از طریق مداخله نظامی به‌دلیل معاهدات دو و چندجانبه یا میثاق‌های بین‌المللی با برخی موانع اجرایی روبه‌روست و اعمال آن از نظر حقوق بین‌الملل، ممکن نیست «... زیرا چه بسا مستلزم عواقب سوء و از بین رفتن مصالح مهم‌تر دیگری گردد» (منتظری، ۱۳۸۸، ص. ۶۷). البته در موارد استثنایی توسل به سازوکار نظامی نیز امکان‌پذیر بوده و نمونه‌هایی در جهان معاصر محقق شده است.

۲. سیاسی

مکانیسم سیاسی حمایت از مستضعفان در قالب صدور بیانیه در محکومیت نقض حقوق مستضعفان، حضور در مجامع مختلف بین‌المللی و استفاده از تریبون این مجامع برای اعلام انزجار نسبت به نقض حقوق مستضعفان، تلاش در جهت همراه نمودن کشورها در تدوین اعلامیه یا قطعنامه علیه کشور ناقض حقوق بشر (کشور متبوع افراد تحت ظلم و یا کشور ثالث) در سازمان‌های بین‌المللی و منطقه‌ای (به‌ویژه سازمان همکاری اسلامی)، انزوای دیپلماتیک دولت از طریق بستن سفارتخانه و کنسولگری‌ها یا احضار سفرای کشور ناقض حقوق مستضعفان، تلاش در جهت تعلیق عضویت آن دولت در مجامع و سازمان‌ها، ممنوع نمودن مسافرت و انتقال دارایی به یا از آن کشور امکان‌پذیر است.

۳. اقتصادی

امروزه اجرای مجازات‌های تجاری و مالی، تهدید به صرف‌نظر نمودن از حمایت‌های جهانی و قطع کمک‌های بشردوستانه دیگران، سازوکار مؤثر مهار رفتارهای نابهنجار یک کشور در عرصه بین‌المللی است و می‌تواند به‌عنوان ابزاری در جهت عملیاتی شدن حمایت از مستضعفان مورد استفاده دولت‌های اسلامی قرار گیرد.

۴. حقوقی

افزون بر سازوکارهای سیاسی و اقتصادی، اقدامات دیگری همچون اقدامات حقوقی نیز قابل تصور است. اقداماتی چون پیشنهاد میانجیگری یا داوری و یا شاید رسیدگی قضایی، تلاش برای افزایش ناظران بین‌المللی برای دیده‌بانی، تهدید به پیگیری و یا حتی اجرای مجازات‌ها و تحریم‌های قانونی در سطح بین‌المللی و مانند این‌ها.

نتیجه‌گیری

گفتمان حمایت از مستضعفان و تداوم مبارزه در نجات ملت‌های محروم و ستمدیده جهان، به تبعیت از آموزه‌های اسلامی، از آرمان‌های ویژه انقلاب اسلامی است. امروزه، جهانی‌شدن فرصت‌هایی برای برجسته نمودن فرآیند معکوس در قاب مقاومت فرهنگی دین در اختیار مسلمانان قرار داده است. «جهانی‌شدن غربی تهدید و خطر برای همه مسلمانان محسوب می‌شود. این تهدیدات جنبه‌های مختلفی دارد؛ از یک نظر غرب با دو عنصر سکولاریزم و مصرف‌گرایی هویت خود را می‌سازد. این امر مستلزم غیریت‌سازی با اسلام - که این دو عنصر را نفی می‌کند - است جهت دیگر در این گفتمان سلطه‌ای بودن آن است و جنبه سلطه‌ای بودن جهانی‌شدن‌های از بالا به پایین است که عکس‌العمل طبیعی آن برجسته شدن هویت‌های مقاومت است» (عاملی، ۱۳۸۲، ص. ۱۵۹).

پیگیری و تحقق اصل حمایت از مستضعفین در فرایند جهانی‌شدن موانع و مشکلات خاص خود را دارد. جهانی‌شدن همان‌طور که برای انقلاب اسلامی ایران فرصت ارتباط‌گیری با متحدان و دوستان را فراهم می‌کند، به همان اندازه هم فرصت کارشکنی و اختلال را به جبهه مقابل و معاندان می‌دهد. با توجه به جهانی‌شدن فرایند تصمیم‌گیری با محوریت نهادهای بین‌المللی مانند شورای امنیت، جمهوری اسلامی ایران دیگر نمی‌تواند همچون اوایل انقلاب رویکردی سلبی نسبت به سیاست جهانی داشته باشد و از نقش‌آفرینی در نهادهای بین‌المللی؛ مانند سازمان ملل یا شورای حکام آژانس بین‌المللی انرژی اتمی به نشانه اعتراض به سیاست‌های تبعیض‌آمیز آن‌ها اجتناب ورزد بلکه می‌بایست با اتخاذ رویکرد ایجابی، حضوری فعال در صحنه‌های تصمیم‌گیری جهانی داشته باشد و از رهگذر تعامل تنگاتنگ با سایر بازیگران به استیفای حقوق خود بپردازد.

از ابتدای پیروزی انقلاب اسلامی حجم وسیع تبلیغات علیه ایران شکل گرفت و تلاش شده است تا چهره‌ای نامطلوب از ایران به جهانیان نشان داده شود و پروژه‌ای تحت عنوان «ایران‌هراسی» راه‌اندازی شد که در بستر جهانی‌شدن و استفاده وسیع از تبلیغات با استفاده از شبکه‌های ماهواره‌ای، روزنامه‌ها، فضای سایبر و... پیگیری می‌شود.

برخی افراد اصل حمایت از مستضعفان را به‌عنوان دخالت در امور دیگران تلقی می‌کنند؛ اما واقعیت این است که پشتیبانی از مستضعفان و حرکت‌های آزادی‌بخش در چهارچوب اسلامی به‌طور قطعی تأیید شده است و در این مورد شکی وجود ندارد. بااین‌حال، نکته مهم این است که ما نمی‌توانیم حدود و نحوه مداخله را تعیین کنیم. در دنیای معاصر، کشورهای اسلامی به‌عنوان اعضای جامعه جهانی به شمار می‌روند و مداخله باید براساس اصول و حقوق پذیرفته‌شده بین‌المللی تعریف شود. معیار تعیین مصادیق مداخله و بررسی آن به عهده حقوق بین‌الملل است و نه آرزوهای دول اسلامی. بنابراین، حمایت کامل از جنبش‌های آزادی‌بخش ممکن است از منظر حقوق بین‌الملل به‌عنوان نوعی مداخله تلقی شود (حقیقت، ۱۳۸۵، ص. ۱۲۰).

بااین‌حال، برخی افراد این نوع مداخلات را مشروع می‌دانند و آن‌ها را به‌معنای منفی و توطئه‌آمیز آن تلقی نمی‌کنند. افرادی که این مداخلات را مشروع می‌دانند، معتقدند که هدف از این اقدامات، تغییر مرزهای جغرافیایی یا کسب استقلال سیاسی کشور هدف نیست، به همین دلیل این نوع مداخله را به‌عنوان نقض حاکمیت، تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی آن کشور محسوب نمی‌کنند (کاسسه، ۱۳۷۶، ص. ۷۸). یاری رساندن به شهروندان کشوری که حقوق اولیه آنان در معرض تهدید است، از نظر منطقی پذیرفته شده است. علاوه بر این، با توجه به اینکه حمایت از حقوق بشر یکی از اهداف کلیدی منشور سازمان ملل است و همکاری بین‌المللی در حل مسائل جهانی با ویژگی‌های اقتصادی، سیاسی یا انسانی از جمله روش‌های ارتقای حقوق بشر به شمار می‌آید، درصورتی‌که کشوری در مسائل بین‌المللی همکاری نکند، می‌توان برای تحقق اهداف منشور به مداخله بشردوستانه اقدام کرد (راعی، ۱۳۸۲، ص. ۶۱). بسیاری از این کمک‌ها مصداق کمک‌های بشردوستانه هستند و نه مداخله در امور دیگران.

هدف از حمایت از مستضعفان در سیاست خارجی ایران، دخالت در امور دیگران نیست، بلکه کمک به هم‌نوعان و ارائه کمک‌های بشردوستانه است که جزو مسئولیت‌های فراملی دولت اسلامی محسوب می‌شود. براساس دستورات اسلامی، کسی که نیازمند کمک است باید مورد توجه قرار گیرد. در واقع، جمهوری اسلامی ایران در چهارچوب اصول بین‌المللی مبنی بر عدم مداخله در امور داخلی کشورها، از طریق روش‌های معتبر بین‌المللی، از مبارزات قانونی و حق‌طلبانه مستضعفان در برابر قدرتمندان در هر گوشه از جهان پشتیبانی می‌کند (تسخیری، ۱۳۸۵، ص. ۵۰۳). این روش‌های معتبر بین‌المللی شامل حمایت‌هایی هستند که به‌معنای مداخله در امور داخلی کشورهای دیگر نیستند، از جمله پشتیبانی در نهادهای بین‌المللی، ارائه کمک‌های سیاسی و تبلیغاتی، تعطیلی سفارت اسرائیل و افتتاح دفتر جنبش مقاومت فلسطین به‌جای آن، نمونه‌ای از این نوع حمایت به شمار می‌رود.

منابع

قرآن کریم. (ترجمه محمدمهدی فولادوند).

نهج‌البلاغه. (۱۳۸۶). (گردآوری سید رضی، ترجمه محمد دشتی). قم: مؤسسه فرهنگی تحقیقاتی امیرالمؤمنین (ع).

آذرنوش، آذرتاش. (۱۳۹۱). فرهنگ معاصر عربی فارسی (چاپ ۱۴). تهران: نشر نی.

ابراهیمی، محمد و دیگران. (۱۳۷۹). اسلام و حقوق بین‌الملل عمومی (ج. ۱). تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).

ابن‌اثیر، علی بن محمد. (۱۳۸۵). الکامل. بیروت: دار الصادر.

ابن‌اعثم کوفی، احمد. (۱۴۲۰). الفتوح. بیروت: دار الندوة الجدیدة.

ابن‌حنبل شیبانی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴). مسند احمد (تحقیق عبدالله محمد درویش، چاپ دوم). بیروت: دار الفکر.

ابن‌قدامه مقدسی، عبدالله بن احمد. (۱۴۱۲). الکافی فی فقه الإمام أحمد. بیروت: دار الکتب العلمیة.

ابن‌منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴). لسان العرب (چاپ سوم). بیروت: دار صادر.

ابن‌نجیم مصری، زین‌الدین ابراهیم. (بی‌تا). البحر الرائق. مصر: دار الکتاب المصری.

ابن‌هشام، عبدالملک. (بی‌تا). السیرة النبویة (ج. ۱). بیروت: دار القلم.

ابوصلاح حلبی، تقی بن نجم. (بی‌تا). الکافی فی الفقه (تحقیق رضا استادی). اصفهان: مکتبة الإمام أمیرالمؤمنین علی (ع).

ابونعیم اصفهانی، احمد بن عبدالله. (۱۳۷۸). حلیة الأولیاء. بیروت: دار الکتاب العربی.

اکبری، محمد. (۱۳۷۸). اصل عدم مداخله. مجله پژوهش حقوق و سیاست، ۱(۱)، ۲۲۱-۲۷۴.

امام خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۷۸). صحیفه امام (مجموعه آثار امام خمینی (ره)) (ج. ۵، ۸، ۱۱ و ۲۰). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

امام خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۸۸). صحیفه امام (۲۲ جلدی). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

امینی، ابراهیم. (۱۳۷۸). امام خمینی و مستضعفان. مجله حکومت اسلامی، (۱۲)، ۹-۲۳.

بحرانی، ابن‌شعبه. (۱۳۸۲). تحف العقول. قم: انتشارات آل علی (ع).

بهوتی حنبلی، منصور بن یونس. (بی‌تا). الروض المربع شرح زاد المستنقع. ریاض: دار المؤید - مؤسسة الرسالة.

بیهقی، احمد بن حسین. (۱۴۱۴). السنن الکبری (تحقیق محمد عبدالقادر عطا). بیروت: دار الکتب العلمیة.

پوراحمد، احمد و زارعی، بهادر. (۱۳۸۴). امکان‌سنجی احکام جهاد در فراسوی قلمرو مطالعات حقوقی. مطالعات حقوقی، ۵(۱)، ۸۵-۱۰۶.

ترمذی، محمد بن عیسی. (بی‌تا). سنن الترمذی (تحقیق احمد محمد شاکر). بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

تسخیری، محمدعلی. (۱۳۸۵). در پرتو قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (ترجمه محمد سپهری). تهران: مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی.

ثعلبی بغدادی، عبدالوهاب بن علی. (۱۴۳۵). المعونة علی مذهب عالم المدینة «الامام مالک بن انس». مکه مکرمه: المکتبة التجاریة.

جاوید، محمدجواد و اصل زعیم، امیرحسین. (۱۳۹۲). بررسی رویکرد حمایتی قانون اساسی. مطالعات حقوقی دولت اسلامی، (۱)، ۷۴-۹۱.

الحر العاملی، محمد بن حسن. (بی‌تا). وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة. قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).

حسینی، سید ابراهیم. (۱۳۸۰). بررسی تطبیقی حمایت از حقوق بشر در اسلام و حقوق بین‌الملل معاصر. معرفت، (۴۲)، ۸۱-۹۲.
حسینی زبیدی، محمد مرتضی. (۱۴۱۴). تاج العروس من جواهر القاموس (چاپ اول). بیروت: دار الفکر.
حقیقت، سید صادق. (۱۳۸۵). مبانی، اصول و اهداف سیاست خارجی دولت اسلامی. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
خسروی، علی‌اکبر. (۱۳۷۳). حقوق بین‌الملل دفاع مشروع. تهران: آدینه.
خلیلیان، خلیل. (۱۳۷۷). حقوق بین‌الملل اسلامی. تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
راعی، مسعود. (۱۳۸۲). دخالت‌های بشردوستانه و حقوق بشر. مجله معرفت، (۷۰)، ۶۰-۶۸.
الراغب الاصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۴). المفردات فی غریب القرآن. تهران: دفتر نشر الکتاب.
زحیلی، وهبه. (۱۴۱۰). العلاقات الدولیة فی الاسلام. بیروت: دار العلم للملایین.
زحیلی، وهبه. (۱۴۱۲). آثار الحرب فی الفقه الاسلامی. دمشق: دار الفکر.
زمخشری، محمود. (۱۹۷۹). اساس البلاغة (چاپ اول). بیروت: دار الصادر.
سجستانی ازدی، سلیمان بن اشعث. (بی‌تا). سنن أبی داود (تحقیق محمد محیی‌الدین). بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
شاو، ملکم. (۱۳۷۲). حقوق بین‌الملل (ترجمه محمدحسین وقار). تهران: اطلاعات.
شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳). مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة.
صفدری، محمد. (۱۳۴۶). حقوق بین‌الملل عمومی (ج. ۲). تهران: دانشگاه تهران.
صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. (۱۳۶۴). (ج. ۳). تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
ضیائی بیگدلی، محمدرضا. (۱۳۸۵). اسلام و حقوق بین‌الملل. تهران: کتابخانه گنج دانش.
طباطبایی، سید محمدحسین. (۱۴۱۷). المیزان فی تفسیر القرآن. بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
طبری، محمد بن جریر. (۱۴۱۴). تاریخ الطبری (چاپ چهارم). قم: انتشارات داوری.
طریحی، فخرالدین. (۱۳۷۵). مجمع البحرین (چاپ سوم). تهران: انتشارات مرتضوی.
الطوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۵). تهذیب الأحکام (ج. ۶). تهران: دار الکتب الإسلامیة.
عباسی اشلقی، مجید. (۱۳۸۰). مداخلات بشردوستانه و اصل عدم مداخله. اطلاعات سیاسی-اقتصادی، (۱۶۹-۱۷۰)، ۸۹-۸۲.
علی‌بابایی، غلامرضا. (۱۳۶۹). فرهنگ علوم سیاسی. تهران: شرکت نشر ویس.
عمید زنجانی، عباسعلی و دیگران. (۱۳۹۰). حقوق بشردوستانه بین‌المللی از منظر اسلام. تهران: دانشگاه تهران.
عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۳۷۷). فقه سیاسی (حقوق بین‌الاسلام) (ج. ۳). تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر.
عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۳۸۳). فقه سیاسی (ج. ۵). تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر.
فیومی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴). المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر (چاپ دوم). قم: مؤسسه دار الهجرة.
قربان‌نیا، ناصر. (۱۳۸۲). بررسی مداخله بشردوستانه از منظر اخلاق. نامه مفید، (۳۷)، ۱۲۵-۱۵۲.
قرشی، علی‌اکبر. (۱۳۷۱). قاموس قرآن. تهران: دار الکتب الإسلامیة.
ماوردی، علی بن محمد. (۱۴۱۹). الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الإمام الشافعی و هو شرح المزنی الصغیر. بیروت: دار الکتب العلمیة.
مجلسی، محمدباقر. (۱۴۳۰). بحار الأنوار الجامعه لدرر أخبار الأئمة الأطهار. بیروت: مؤسسة الوفاء.
متقی هندی، علی بن حسام‌الدین. (۱۳۹۷). کنز العمال فی سنن الأقوال و الأفعال. بیروت: مکتبة التراث الإسلامی.

مرکز فرهنگ و معارف قرآن. (۱۳۸۵). دائرة المعارف قرآن کریم. قم: بوستان کتاب.
مسعود، جبران. (۱۳۷۳). الرائد (ترجمه رضا انزابی‌نژاد). مشهد: آستان قدس رضوی.
مکارم شیرازی، ناصر و جمعی از نویسندگان. (۱۳۸۱). تفسیر نمونه. تهران: دار الکتب الإسلامیة.
مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۵). عاشورا، ریشه‌ها، انگیزه‌ها، رویدادها، پیامدها. قم: مدرسة الإمام علی بن أبی طالب (ع).
ممتاز، جمشید و نجفی اسفاد، مرتضی. (۱۳۷۹). بررسی بحران کوزوو در حقوق بین‌الملل. مجله دیدگاه‌های حقوقی، (۱۸-۱۷)، ۱۵۶-۱۳۱.
منتظری، حسینعلی. (۱۳۸۸). حکومت دینی و حقوق انسان. تهران: گواهان.
منصوری، جواد. (۱۳۶۵). نظری بر سیاست خارجی جمهوری اسلامی ایران. تهران: سپهر.
میرمحمدی، مصطفی. (۱۳۹۱). اصل عدم مداخله در اسلام و حقوق بین‌الملل. قم: دانشگاه مفید.
مهدی هادی، حسین. (۱۳۸۵). دخالت نظامی بشردوستانه در اسلام و حقوق بین‌الملل. فصلنامه گفتمان حقوقی، (۱۱-۱۰)، ۱۰۶-۸۱.
نسائی، احمد بن شعیب. (۱۴۱۴). سنن النسائی (چاپ سوم). بیروت: دار المعرفة.
هاشمی، محمد. (۱۳۸۹). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (ج. ۴). تهران: میزان.
هشمی، سهیل اچ. (۱۳۸۹). آیا مبنای اخلاقی اسلامی برای مداخله بشردوستانه وجود دارد؟ (ترجمه طه موسوی میرکلائی). ویژه‌نامه مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۲۷-۱۵۴.
هیثمی، علی بن ابی‌بکر. (۱۴۱۲). مجمع الزوائد و منبع الفوائد (تحقیق محمد درویش). بیروت: دار الفکر.
یزدی، محمد. (۱۳۷۵). قانون اساسی برای همه. تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر.

References

The Holy Qur'an.

Nahj al-balāghah. (1386 SH [2007/2008 CE]). (Compiled by al-Sharīf al-Raḍī; M. Dashtī, Trans.). Qom: Muʾassasah-ʾi Farhangī Taḥqīqātī-yi Amīr al-Muʾminīn (ʿa). (in Persian)

Ādharnūsh, Ādhartāsh. (1391 SH [2012/2013 CE]). *Farhang-i muʿāṣir-i ʿArabī Fārsī* [Contemporary Arabic-Persian dictionary] (14th ed.). Tehran: Nashr-i Ney. (in Persian)

Ibrāhīmī, Muḥammad, et al. (1379 SH [2000/2001 CE]). *Islām va ḥuqūq-i bayn al-milal-i ʿumūmī* [Islam and public international law] (Vol. 1). Tehran: SAMT. (in Persian)

Ibn al-Athīr, ʿAlī ibn Muḥammad. (1385 AH [1965/1966 CE]). *Al-Kāmil fī al-tārīkh*. Beirut: Dār Ṣādir. (in Arabic)

Ibn Aʿtham al-Kūfī, Aḥmad. (1420 AH [1999/2000 CE]). *Al-Futūḥ*. Beirut: Dār al-Nadwah al-Jadīdah. (in Arabic)

Ibn Ḥanbal al-Shaybānī, Aḥmad ibn Muḥammad. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Musnad Aḥmad* (ʿA. M. Darwīsh, Ed.; 2nd ed.). Beirut: Dār al-Fikr. (in Arabic)

Ibn Qudāmah al-Maqdisī, ʿAbd Allāh ibn Aḥmad. (1412 AH [1991/1992 CE]). *Al-Kāfī fī fiqh al-Imām Aḥmad*. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah. (in Arabic)

Ibn Manẓūr, Muḥammad ibn Mukarram. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Lisān al-ʿArab* (3rd ed.). Beirut: Dār Ṣādir. (in Arabic)

Ibn Nujaym al-Miṣrī, Zayn al-Dīn Ibrāhīm. (n.d.). *Al-Baḥr al-rāʾiq*. Egypt: Dār al-Kitāb al-Miṣrī. (in Arabic)

Ibn Hishām, ʿAbd al-Malik. (n.d.). *Al-Sīrah al-Nabawiyyah* (Vol. 1). Beirut: Dār al-Qalam. (in Arabic)

Abū al-Ṣalāḥ al-Ḥalabī, Taqī ibn Najm. (n.d.). *Al-Kāfī fī al-fiqh* (R. Ustādī, Ed.). Isfahan: Maktabat al-Imām Amīr al-Muʾminīn ʿAlī (ʿa). (in Arabic)

Abū Nuʿaym al-Iṣfahānī, Aḥmad ibn ʿAbd Allāh. (1378 AH [1958/1959 CE]). *Ḥilyat al-awliyāʾ*. Beirut: Dār al-Kitāb al-ʿArabī. (in Arabic)

Akbarī, Muḥammad. (1378 SH [1999/2000 CE]). Aṣl-i ʿadam-i mudākhalah [The principle of non-intervention]. *Majallah-ʾi Pizhūhish-i Ḥuqūq va Siyāsat*, 1(1), 221–274. (in Persian)

Imām Khumaynī, Sayyid Rūḥ Allāh. (1378 SH [1999/2000 CE]). *Ṣaḥīfah-ʾi Imām (majmūʿah-ʾi āthār-i Imām Khumaynī)* (Vols. 5, 8, 11, & 20). Tehran: Muʾassasah-ʾi Tanẓīm va Nashr-i Āthār-i Imām Khumaynī. (in Persian)

Imām Khumaynī, Sayyid Rūḥ Allāh. (1388 SH [2009/2010 CE]). *Ṣaḥīfah-ʾi Imām* (22 vols.). Tehran: Muʾassasah-ʾi Tanẓīm va Nashr-i Āthār-i Imām Khumaynī. (in Persian)

Amīnī, Ibrāhīm. (1378 SH [1999/2000 CE]). Imām Khumaynī va mustaḍʿafān [Imam Khomeini and the oppressed]. *Majallah-ʾi Ḥukūmat-i Islāmī*, (12), 9–23. (in Persian)

Baḥrānī, Ibn Shuʿbah. (1382 SH [2003/2004 CE]). *Tuḥaf al-ʿuqūl*. Qom: Intishārāt-i Āl-i ʿAlī (ʿa). (in Arabic)

Buhūtī al-Ḥanbalī, Manṣūr ibn Yūnus. (n.d.). *Al-Rawḍ al-murbaʿ sharḥ Zād al-mustaqniʿ*. Riyadh: Dār al-Muʾayyad – Muʾassasat al-Risālah. (in Arabic)

Bayhaqī, Aḥmad ibn al-Ḥusayn. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Al-Sunan al-kubrá* (M. ʿA. ʿAṭā, Ed.). Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah. (in Arabic)

Pūraḥmad, Aḥmad, & Bahādur Zāriʿī. (1384 SH [2005/2006 CE]). Imkān-sanjī-yi aḥkām-i jihād dar farāsū-yi qalamraw-i muṭālaʿāt-i ḥuqūqī [Feasibility of the rules of jihad beyond the realm of legal studies]. *Muṭālaʿāt-i Ḥuqūqī*, 5(1), 85–106. (in Persian)

Tirmidhī, Muḥammad ibn ʿĪsá. (n.d.). *Sunan al-Tirmidhī* (A. M. Shākir, Ed.). Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)

Taskhīrī, Muḥammad-ʿAlī. (1385 SH [2006/2007 CE]). *Dar partaw-i qānūn-i asāsī-yi Jumhūrī-yi Islāmī-yi Īrān* [In light of the Constitution of the Islamic Republic of Iran] (M. Sipihrī, Trans.). Tehran: Majmaʿ-i Jahānī-yi Taqrīb-i Madhāhib-i Islāmī. (in Persian)

Thaʿlabī al-Baghdādī, ʿAbd al-Wahhāb ibn ʿAlī. (1435 AH [2013/2014 CE]). *Al-Maʿūnah ʿalá madhhab ʿālim al-Madīnah "al-Imām Mālik ibn Anas"*. Mecca: Al-Maktabah al-Tijāriyyah. (in Arabic)

Jāvīd, Muḥammad-Javād, & Amīr-Ḥusayn Aṣl-Zaʿīm. (1392 SH [2013/2014 CE]). Barrasī-yi rūykard-i ḥimāyatī-yi qānūn-i asāsī [An examination of the protective approach of the constitution]. *Muṭālaʿāt-i Ḥuqūqī-yi Dawlat-i Islāmī*, (1), 74–91. (in Persian)

Al-Ḥurr al-ʿĀmilī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. (n.d.). *Wasāʾil al-Shīʿah ilá taḥṣīl masāʾil al-sharīʿah*. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt (ʿa). (in Arabic)

Ḥusaynī, Sayyid Ibrāhīm. (1380 SH [2001/2002 CE]). Barrasī-yi taṭbīqī-yi ḥimāyat az ḥuqūq-i bashar dar Islām va ḥuqūq-i bayn al-milal-i muʿāṣir [A comparative study of human rights protection in Islam and contemporary international law]. *Majallah-ʾi Maʿrifat*, (42), 81–92. (in Persian)

Ḥusaynī Zubaydī, Sayyid Muḥammad Murtaḍá. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Tāj al-ʿarūs min jawāhir al-qāmūs* (1st ed.). Beirut: Dār al-Fikr. (in Arabic)

Ḥaqīqat, Sayyid Ṣādiq. (1385 SH [2006/2007 CE]). *Mabānī, uṣūl va ahdāf-i siyāsat-i khārijī-yi dawlat-i Islāmī* [Foundations, principles, and objectives of the foreign policy of the Islamic state]. Qom: Pizhūhishgāh-i ʿUlūm va Farhang-i Islāmī. (in Persian)

Khusravī, ʿAlī-Akbar. (1373 SH [1994/1995 CE]). *Ḥuqūq-i bayn al-milal-i difāʿ-i mashrūʿ* [International law of legitimate defense]. Tehran: Ādīnah. (in Persian)

Khalīliyān, Khalīl. (1377 SH [1998/1999 CE]). *Ḥuqūq-i bayn al-milal-i Islāmī* [Islamic international law]. Tehran: Daftār-i Nashr-i Farhang-i Islāmī. (in Persian)

Rāʿī, Masʿūd. (1382 SH [2003/2004 CE]). Dikhālat-hā-yi bashardūstānah va ḥuqūq-i bashar [Humanitarian interventions and human rights]. *Majallah-ʾi Maʿrifat*, (70), 60–68. (in Persian)

Al-Rāghib al-Iṣfahānī, Ḥusayn ibn Muḥammad. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Al-Mufradāt fī gharīb al-Qurʾān*. Tehran: Daftār-i Nashr-i al-Kitāb. (in Arabic)

Zuḥaylī, Wahbah. (1410 AH [1989/1990 CE]). *Al-ʿAlāqāt al-dawliyyah fī al-Islām*. Beirut: Dār al-ʿIlm lil-Malāyīn. (in Arabic)

Zuḥaylī, Wahbah. (1412 AH [1991/1992 CE]). *Āthār al-ḥarb fī al-fiqh al-Islāmī*. Damascus: Dār al-Fikr. (in Arabic)

Zamakhsharī, Maḥmūd. (1979 CE). *Asās al-balāghah* (1st ed.). Beirut: Dār Ṣādir. (in Arabic)

Sijistānī al-Azdī, Sulaymān ibn al-Ashʿath. (n.d.). *Sunan Abī Dāwūd* (M. Muḥyī al-Dīn, Ed.). Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)

Shaw, Malcolm [Shāv, Malkum]. (1372 SH [1993/1994 CE]). *Ḥuqūq-i bayn al-milal* [International law] (M. Ḥ. Vaqār, Trans.). Tehran: Iṭṭilāʿāt. (in Persian)

Shahīd-i Thānī, Zayn al-Dīn ibn ʿAlī. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Masālik al-afhām ilá tanqīḥ Sharāʾiʿ al-Islām*. Qom: Muʾassasat al-Maʿārif al-Islāmiyyah. (in Arabic)

Ṣafdarī, Muḥammad. (1346 SH [1967/1968 CE]). *Ḥuqūq-i bayn al-milal-i ʿumūmī* [Public international law] (Vol. 2). Tehran: Dānishgāh-i Tihrān. (in Persian)

Ṣūrat-i mashrūḥ-i muzākarāt-i Majlis-i Barrasī-yi Nihāyī-yi Qānūn-i Asāsī-yi Jumhūrī-yi Islāmī-yi Īrān [Detailed proceedings of the Council for the Final Review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran]. (1364 SH [1985/1986 CE]). (Vol. 3). Tehran: Idārah-ʾi Kull-i Umūr-i Farhangī va Ravābiṭ-i ʿUmūmī-yi Majlis-i Shūrā-yi Islāmī. (in Persian)

Ẓiyāʾī Bīgdilī, Muḥammad-Riḍā. (1385 SH [2006/2007 CE]). *Islām va ḥuqūq-i bayn al-milal* [Islam and international law]. Tehran: Kitābkhānah-ʾi Ganj-i Dānish. (in Persian)

Ṭabāṭabāʾī, Sayyid Muḥammad Ḥusayn. (1417 AH [1996/1997 CE]). *Al-Mīzān fī tafsīr al-Qurʾān*. Beirut: Muʾassasat al-Aʿlamī lil-Maṭbūʿāt. (in Arabic)

Ṭabarī, Muḥammad ibn Jarīr. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Tārīkh al-Ṭabarī* (4th ed.). Qom: Intishārāt-i Dāvarī. (in Arabic)

Ṭurayḥī, Fakhr al-Dīn. (1375 SH [1996/1997 CE]). *Majmaʿ al-baḥrayn* (3rd ed.). Tehran: Intishārāt-i Murtaḍawī. (in Arabic)

Al-Ṭūsī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. (1365 SH [1986/1987 CE]). *Tahdhīb al-aḥkām* (Vol. 6). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Arabic)

ʿAbbāsī Ashlaqī, Majīd. (1380 SH [2001/2002 CE]). Mudākhalāt-i bashardūstānah va aṣl-i ʿadam-i mudākhalah [Humanitarian interventions and the principle of non-intervention]. *Iṭṭilāʿāt-i Siyāsī-Iqtiṣādī*, (169–170), 82–89. (in Persian)

ʿAlī-Bābāʾī, Ghulām-Riḍā. (1369 SH [1990/1991 CE]). *Farhang-i ʿulūm-i siyāsī* [Dictionary of political science]. Tehran: Shirkat-i Nashr-i Vīs. (in Persian)

ʿAmīd Zanjānī, ʿAbbās-ʿAlī, et al. (1390 SH [2011/2012 CE]). *Ḥuqūq-i bashardūstānah-ʾi bayn al-milalī az manẓar-i Islām* [International humanitarian law from the perspective of Islam]. Tehran: Dānishgāh-i Tihrān. (in Persian)

ʿAmīd Zanjānī, ʿAbbās-ʿAlī. (1377 SH [1998/1999 CE]). *Fiqh-i siyāsī (ḥuqūq-i bayn al-Islām)* [Political jurisprudence (international law in Islam)] (Vol. 3). Tehran: Muʾassasah-ʾi Intishārāt-i Amīr Kabīr. (in Persian)

ʿAmīd Zanjānī, ʿAbbās-ʿAlī. (1383 SH [2004/2005 CE]). *Fiqh-i siyāsī* [Political jurisprudence] (Vol. 5). Tehran: Muʾassasah-ʾi Intishārāt-i Amīr Kabīr. (in Persian)

Fayyūmī, Aḥmad ibn Muḥammad. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Al-Miṣbāḥ al-munīr fī gharīb al-Sharḥ al-kabīr* (2nd ed.). Qom: Muʾassasat Dār al-Hijrah. (in Arabic)

Qurbānnīyā, Nāṣir. (1382 SH [2003/2004 CE]). Barrasī-yi mudākhalah-ʾi bashardūstānah az manẓar-i akhlāq [An examination of humanitarian intervention from the perspective of ethics]. *Nāmah-ʾi Mufīd*, (37), 125–152. (in Persian)

Qurashī, ʿAlī-Akbar. (1371 SH [1992/1993 CE]). *Qāmūs-i Qurʾān* [Dictionary of the Qur'an]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Persian)

Māwardī, ʿAlī ibn Muḥammad. (1419 AH [1998/1999 CE]). *Al-Ḥāwī al-kabīr fī fiqh madhhab al-Imām al-Shāfiʿī wa-huwa sharḥ Mukhtaṣar al-Muzanī*. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah. (in Arabic)

Majlisī, Muḥammad Bāqir. (1430 AH [2008/2009 CE]). *Biḥār al-anwār al-jāmiʿah li-durar akhbār al-aʾimmat al-aṭhār*. Beirut: Muʾassasat al-Wafāʾ. (in Arabic)

Muttaqī al-Hindī, ʿAlī ibn Ḥusām al-Dīn. (1397 AH [1976/1977 CE]). *Kanz al-ʿummāl fī sunan al-aqwāl wa-al-afʿāl*. Beirut: Maktabat al-Turāth al-Islāmī. (in Arabic)

Markaz-i Farhang va Maʿārif-i Qurʾān. (1385 SH [2006/2007 CE]). *Dāʾirat al-maʿārif-i Qurʾān-i Karīm* [Encyclopedia of the Holy Qur'an]. Qom: Būstān-i Kitāb. (in Persian)

Masʿūd, Jubrān. (1373 SH [1994/1995 CE]). *Al-Rāʾid* (R. Anzābī-Nizhād, Trans.). Mashhad: Āstān-i Quds-i Raḍavī. (in Persian)

Makārim Shīrāzī, Nāṣir, et al. (1381 SH [2002/2003 CE]). *Tafsīr-i nimūnah*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Persian)

Makārim Shīrāzī, Nāṣir. (1385 SH [2006/2007 CE]). *ʿĀshūrā: Rīshah-hā, angīzah-hā, rūydād-hā, payāmad-hā* [Ashura: Roots, motives, events, and consequences]. Qom: Madrasat al-Imām ʿAlī ibn Abī Ṭālib (ʿa). (in Persian)

Mumtāz, Jamshīd, & Murtaḍá Najafī Asfād. (1379 SH [2000/2001 CE]). Barrasī-yi buḥrān-i Kūzūvū dar ḥuqūq-i bayn al-milal [A study of the Kosovo crisis in international law]. *Majallah-ʾi Dīdgāh-hā-yi Ḥuqūqī*, (17–18), 131–156. (in Persian)

Muntaẓirī, Ḥusayn-ʿAlī. (1388 SH [2009/2010 CE]). *Ḥukūmat-i dīnī va ḥuqūq-i insān* [Religious government and human rights]. Tehran: Gavāhān. (in Persian)

Manṣūrī, Javād. (1365 SH [1986/1987 CE]). *Naẓarī bar siyāsat-i khārijī-yi Jumhūrī-yi Islāmī-yi Īrān* [A perspective on the foreign policy of the Islamic Republic of Iran]. Tehran: Sipihr. (in Persian)

Mīr-Muḥammadī, Muṣṭafá. (1391 SH [2012/2013 CE]). *Aṣl-i ʿadam-i mudākhalah dar Islām va ḥuqūq-i bayn al-milal* [The principle of non-intervention in Islam and international law]. Qom: Dānishgāh-i Mufīd. (in Persian)

Mahdī Hādī, Ḥusayn. (1385 SH [2006/2007 CE]). Dikhālat-i niẓāmī-yi bashardūstānah dar Islām va ḥuqūq-i bayn al-milal [Humanitarian military intervention in Islam and international law]. *Faṣlnāmah-ʾi Guftimān-i Ḥuqūqī*, (10–11), 81–106. (in Persian)

Nasāʾī, Aḥmad ibn Shuʿayb. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Sunan al-Nasāʾī* (3rd ed.). Beirut: Dār al-Maʿrifah. (in Arabic)

Hāshimī, Muḥammad. (1389 SH [2010/2011 CE]). *Ḥuqūq-i asāsī-yi Jumhūrī-yi Islāmī-yi Īrān* [Constitutional law of the Islamic Republic of Iran] (Vol. 4). Tehran: Mīzān. (in Persian)

Hashmi, Sohail H. [Hashimī, Suhayl Ich]. (1389 SH [2010/2011 CE]). Āyā mabnā-yi akhlāqī-yi Islāmī barā-yi mudākhalah-ʾi bashardūstānah vujūd dārad? [Is there an Islamic ethic of humanitarian intervention?] (Ṭ. Mūsawī Mīrkalāʾī, Trans.). *Vīzhah-nāmah-ʾi Majallah-ʾi Ḥuqūqī-yi Bayn al-Milalī*, 127–154. (in Persian)

Haythamī, ʿAlī ibn Abī Bakr. (1412 AH [1991/1992 CE]). *Majmaʿ al-zawāʾid wa-manbaʿ al-fawāʾid* (M. Darwīsh, Ed.). Beirut: Dār al-Fikr. (in Arabic)

Yazdī, Muḥammad. (1375 SH [1996/1997 CE]). *Qānūn-i asāsī barā-yi hamah* [The Constitution for everyone]. Tehran: Muʾassasah-ʾi Intishārāt-i Amīr Kabīr. (in Persian)

Hashmi, S. H. (1993). Is there an Islamic ethic of humanitarian intervention? *Ethics and International Affairs*, 7(1), 55–73.

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

Duality of Ownership: An Analysis of the Conflict Between Jurisprudential Foundations and Official Registration Requirements in Immovable Property Transfer

Naser Nikkho Amiri[1], Ali Jahanian[2]✉, Seiamak Qiasi Sarki[3], Mohsen Mahdian[4]

1. Assistant Professor, Department of Fiqh and Usul, Al-Mustafa International University, Qom, Iran. Email: naser_nikkhoamiri@miu.ac.ir
2. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, University of Mazandaran, Babolsar, Iran. Email: a.jahanian@umz.ac.ir
3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Al-Mustafa International University, Qom, Iran. Email: sqiasi52@miu.ac.ir
4. PhD in Private Law from the University of Tehran; Assistant Professor, Al-Mustafa International University, Golestan Representative Office, Iran. Email: mohsen.mahdian@ut.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received
21 April 2026
Received in revised form
02 June 2026
Accepted
10 June 2026
Available online
22 June 2026

Keywords:
duality of ownership, jurisprudential foundations, official registration, property transfer, conflict between fiqh and law, enforceability

ABSTRACT

One of the fundamental challenges of the Iranian legal system in the field of registration and ownership of immovable property is the conflict between two jurisprudential and legal approaches to ownership transfer by sale. The jurisprudential approach considers the realization of ownership to be based on offer, acceptance, and the consent of the contracting parties, while the legal approach emphasizes mandatory official registration of immovable property transactions. This study shows that this conflict persists and, in dealing with official and ordinary documents, has led to disagreement among legal scholars and in judicial practice concerning recognition of ownership. It explains and analyzes the relationship between the foundations of Imami jurisprudence and mandatory official registration in the transfer of immovable property. Moreover, approval of the Law on Mandatory Official Registration of Immovable Property Transactions by the Expediency Discernment Council, despite inconsistency with the prevailing jurisprudential view, has not resolved the conflict between the offer-and-acceptance jurisprudential system and the registration-based legal system. The findings indicate that the solution to this conflict is distinguishing between validity of the transaction at the stage of substantive validity and its enforceability at the stage of proof; that is, jurisprudentially, sale is valid through offer, acceptance, and consent of the contracting parties; legally, official registration is mandatory for enforceability before judicial authorities and for preserving public order and transaction security. This approach, while preserving Imami jurisprudence foundations, satisfies modern legal system requirements and prevents practical conflicts.

Cite this article: Jahanian, A. (2026). Duality of Ownership: An Analysis of the Conflict Between Jurisprudential Foundations and Official Registration Requirements in Immovable Property Transfer. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, *20*(1), 361-385. https://doi.org/10.22034/fvh.2026.24407.2327

© Author(s) retain the copyright. Publisher: Al-Mustafa International University.
DOI: https://doi.org/10.22034/fvh.2026.24407.2327

Introduction

One of the fundamental and enduring issues in the Iranian legal system concerning the registration and ownership of immovable property is the conflict between two approaches—jurisprudential and legal—regarding the transfer of ownership arising from a sale contract. In Imami jurisprudence, ownership is realized through offer (ijab), acceptance (qabul), and the consent of the contracting parties; official registration is not a condition for the validity of the transaction. In contrast, the modern legal approach, emphasizing mandatory official registration, considers an unregistered transaction as lacking full legal effects at the stage of proof and enforceability.

This conflict is rooted in two distinct epistemic systems: the jurisprudential system grounded in offer, acceptance, and consent, and the registration-based legal system aimed at maintaining public order, transactional security, and preventing legal disputes. The approval of the Law on Mandatory Official Registration of Immovable Property Transactions by the Expediency Discernment Council, despite its inconsistency with the prevailing jurisprudential view, has failed to fully resolve this conflict. Disagreement among legal scholars and inconsistencies in judicial practice—particularly regarding official versus ordinary documents—persist. The aim of this research is to analyze the relationship between the foundations of Imami jurisprudence and the mandatory registration requirement, and to propose a solution for resolving this conflict.

Methodology

The research method is descriptive-analytical with a jurisprudential-legal approach. Primary data were collected through library research, including Imami jurisprudential texts, current laws and regulations, unified judicial precedents, and judicial practice. Key concepts and rules were extracted and analyzed, and the jurisprudential foundations of ownership transfer and the legal requirements of official registration were examined separately. The most significant part of the research is the presentation of a practical solution through the distinction between the stage of substantive validity (thubut) and the stage of proof and enforceability (ithbat).

Literature Review

Numerous studies have addressed the conflict between jurisprudential foundations and official registration requirements in immovable property transactions; however, they have generally examined either the jurisprudential or the legal aspect separately, with less attention given to a combined examination of the two systems. Some studies have merely examined the validity of ordinary and official documents in courts, while others have analyzed jurisprudential opinions on ownership transfer without regard to modern registration requirements. Studies more closely related to the present discussion

include: the validity of ordinary documents in proving ownership of immovable property in Iranian judicial practice; comparative study of the jurisprudential foundations of sale (bay') and mandatory official registration; analysis of the legal effects of the Law on Mandatory Official Registration on the validity of transactions; and examination of public order and transactional security in Iran's property registration system.

Findings

1. Jurisprudential Foundations of Ownership Transfer Arising from Sale

In Imami jurisprudence, the transfer of ownership in a sale is effected through offer, acceptance, and the consent of the contracting parties. The fundamental condition for validity is mutual consent, and official registration is not a condition for the intrinsic validity of the transaction. This does not negate the utility of registration; rather, registration in jurisprudence is recognized more as a means of securing and protecting rights, not as a pillar of the transaction's validity.

According to the prevailing view of Imami jurists, a sale without official registration is jurisprudentially valid and enforceable, and ownership is transferred. This view is based on the principle of fulfilling contractual obligations and the necessity of respecting the consent of the contracting parties. However, if a transaction is not officially registered, it will face challenges at the stage of proof and enforceability in judicial authorities.

Throughout history, Imami jurists have addressed institutions such as testimony (shahadah), documentation (kitabah), and guarantee of recourse (daman al-darak) to protect the rights of the contracting parties and prevent disputes. These can be interpreted in the modern context as aligned with the objectives of official registration; however, they have not replaced the consent of the contracting parties in determining the validity of the transaction.

2. The Position of Official Registration in Iran's Legal System

Iran's legal system, emphasizing mandatory official registration of immovable property transactions, has identified its objective as maintaining public order and transactional security. Official registration, as a tool for documenting and clarifying transactions, prevents legal disputes and facilitates their resolution should they arise.

In the modern legal system, official documents possess special evidentiary value and, at the stage of proof, have greater enforceability compared to ordinary documents. This evidentiary value arises from the supervision exercised by the registration authority over the issuance of official documents, providing a guarantee for the accuracy of content and the consent of the contracting parties.

However, Iran's legal system still considers ordinary documents as valid to the extent that they do not conflict with procedural principles, and accepts

them as evidence in the absence of official documents. This has resulted in a dual situation at the stage of proving ownership.

3. Evaluation of the Law on Mandatory Official Registration of Immovable Property Transactions

The approval of the Law on Mandatory Official Registration by the Expediency Discernment Council indicates the legislator's attention to the necessity of official registration in maintaining public order and transactional security. However, this law, being inconsistent with the prevailing jurisprudential view, has failed to resolve the conflict between the two systems.

Rather than making validity conditional upon official registration, this law has limited the legal effects of non-registration; meaning that an unregistered transaction is jurisprudentially valid, but legally faces limitations at the stage of enforceability and proof. Nevertheless, disagreement among legal scholars and inconsistency in judicial practice regarding the recognition of ownership arising from ordinary documents continues to persist. Judicial practice is not uniform; some courts consider ordinary documents admissible for proving ownership, while others, relying on the Law on Mandatory Registration, deem them insufficiently valid.

4. The Solution of Distinguishing Between the Stage of Substantive Validity and the Stage of Proof

The findings indicate that the practical solution for resolving this conflict is to distinguish between the validity of the transaction at the stage of substantive validity and its enforceability at the stage of proof. From a jurisprudential perspective, the sale is valid and enforceable through offer, acceptance, and consent, and ownership is transferred; however, from a legal perspective, official registration is mandatory for enforceability in judicial authorities and for maintaining public order and transactional security.

This distinction, while preserving the Imami jurisprudential foundations, also satisfies the requirements of the modern legal system and prevents practical conflicts. A transaction that is not officially registered is jurisprudentially valid, but at the stage of proof and enforceability, its enforceability is limited, and the parties cannot fully benefit from its legal effects.

This approach, relying on the distinction between "validity" (sihhat) and "enforceability" (qabiliyyat-i istinad), enables the peaceful coexistence of both systems, and while respecting jurisprudential foundations, it also achieves the requirements of public order and transactional security.

Discussion

Although research has been conducted regarding the validity of ordinary and official documents and the conflict between jurisprudence and registration law, the present article, by focusing on the distinction between the stage of

substantive validity and the stage of proof and enforceability and linking it to the foundations of Imami jurisprudence and the requirements of the modern legal system, has arrived at a composite theory. In this theory, the validity of the transaction in the jurisprudential dimension and its enforceability in the legal dimension are distinguished as two independent levels, enabling the resolution of the conflict without negating either system. Furthermore, the present article is innovative in explaining the relationship between the Law on Mandatory Official Registration and the foundations of Imami jurisprudence.

Conclusion

The conflict between the jurisprudential and legal approaches to the transfer of ownership arising from the sale of immovable property is rooted in two distinct epistemic systems: the jurisprudential system that bases validity on offer, acceptance, and consent, and the legal system that considers mandatory official registration necessary for maintaining public order and transactional security. The approval of the Law on Mandatory Official Registration by the Expediency Discernment Council, despite its inconsistency with the prevailing jurisprudential view, has failed to fully resolve this conflict. The findings indicate that the solution lies in distinguishing between the validity of the transaction at the stage of substantive validity and its enforceability at the stage of proof; meaning that from a jurisprudential perspective, the sale is valid through offer, acceptance, and consent, but from a legal perspective, official registration is mandatory for enforceability in judicial authorities and for maintaining public order and transactional security. This approach, while preserving the foundations of Imami jurisprudence, also satisfies the requirements of the modern legal system and prevents practical conflicts.

Declarations

Author Contributions: This article is single-authored, and all matters were undertaken by Dr. Ali Jahanian, the sole author of this article.

Data Availability Statement: Not applicable.

Acknowledgements: The author has no acknowledgements to declare.

Ethical Considerations: The author has observed all ethical principles in conducting and publishing this scientific research.

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

Conflict of Interest: The author declares no conflict of interest.

Declaration of Generative AI and AI-Assisted Technologies: No generative AI or AI-assisted technologies were used in the writing process of this manuscript.

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

دوگانگی مالکیت؛ واکاوی تضاد مبانی فقهی با الزامات ثبت رسمی در انتقال اموال غیرمنقول

ناصر نیکخو امیری[۱]، علی جهانیان[۲]✉، سیامک قیاسی سرکی[۳]، محسن مهدیان[۴]

۱. استادیار گروه فقه و اصول، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران. رایانامه: naser_nikkhoamiri@miu.ac.ir
۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران. رایانامه: a.jahanian@umz.ac.ir
۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران. رایانامه: sqiasi52@miu.ac.ir
۴. دانش‌آموختهٔ دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران؛ استادیار جامعه المصطفی العالمیه، گلستان، ایران. رایانامه: mohsen.mahdian@ut.ac.ir

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:
مقالهٔ پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۵/۰۲/۰۱
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۵/۰۳/۱۲
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۳/۲۰
تاریخ انتشار: ۱۴۰۵/۰۴/۰۱

کلیدواژه‌ها:
دوگانگی مالکیت،
مبانی فقهی،
ثبت رسمی،
انتقال اموال،
تعارض فقه و حقوق،
قابلیت استناد

چکیده

از چالش‌های اساسی نظام حقوقی ایران در حوزهٔ ثبت و مالکیت اموال غیرمنقول، تعارض میان دو رویکرد فقهی و حقوقی در انتقال مالکیت ناشی از بیع است؛ رویکرد فقهی تحقق مالکیت را مبتنی بر ایجاب، قبول و رضایت متعاملان می‌داند، درحالی‌که رویکرد حقوقی بر الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول تأکید دارد. این پژوهش نشان می‌دهد این تعارض همچنان پابرجاست و در مواجهه با اسناد رسمی و عادی، اختلاف‌نظر حقوق‌دانان و رویهٔ قضایی را دربارهٔ شناسایی مالکیت به دنبال داشته است. این پژوهش به تبیین و تحلیل نسبت میان مبانی فقه امامیه و الزام به ثبت رسمی در انتقال اموال غیرمنقول می‌پردازد. همچنین، تصویب قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام، با وجود مغایرت با دیدگاه مشهور فقهی، نتوانسته تعارض میان نظام فقهیِ مبتنی بر ایجاب و قبول و نظام حقوقیِ ثبت‌محور را برطرف سازد. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد راه‌حل این تعارض، تفکیک میان صحت معامله در مرحلهٔ ثبوت و قابلیت استناد آن در مرحلهٔ اثبات است؛ بدین معنا که بیع از منظر فقهی با ایجاب، قبول و رضایت متعاملان صحیح است؛ اما از منظر حقوقی، ثبت رسمی برای قابلیت استناد در مراجع قضایی و حفظ نظم عمومی و امنیت معاملات الزامی است. این رویکرد، ضمن حفظ مبانی فقه امامیه، الزامات نظام حقوقی نوین را نیز تأمین کرده و از تعارضات عملی جلوگیری می‌کند.

استناد: جهانیان، علی. (۱۴۰۵). دوگانگی مالکیت؛ واکاوی تضاد مبانی فقهی با الزامات ثبت رسمی در انتقال اموال غیرمنقول. مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ۲۰(۱)، ۳۶۱-۳۸۵. https://doi.org/10.22034/fvh.2026.24407.2327

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

مقدمه

تردیدی نیست که بیع اموال غیرمنقول در فقه امامیه عقدی رضایی است؛ در این میان، در نظام حقوقی ایران علی‌رغم ابتنا بر فقه امامیه، در خصوص تشریفاتی و رضایی‌بودن معاملهٔ اموال غیرمنقول اختلاف‌نظر وجود دارد. برخی قائل به رضایی‌بودن و برخی دیگر قائل به تشریفاتی‌بودن معاملات اموال غیرمنقول شده است. از سویی، بخش قابل‌توجهی از معاملات، به‌ویژه معاملات اموال غیرمنقول، بر پایهٔ اسناد عادی انجام شده است. این دوگانگی میان ثبت رسمی و عدم ثبت، به‌شکل‌گیری نظامی دوگانه در شناسایی مالکیت انجامیده و در رسیدگی‌های قضایی، به‌ویژه در مواجهه با اسناد رسمی و عادی، چالش‌های فراوانی ایجاد کرده است. در همین راستا، مجلس شورای اسلامی با تصویب قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول درصدد ایجاد رویه‌ای واحد برآمد؛ اما به‌دلیل ایرادات شرعی، مصوبه چندین بار از سوی شورای نگهبان رد و سرانجام توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام، بر پایهٔ مصلحت نظام، به تصویب رسید. بااین‌حال، قانون مزبور همچنان با مبانی مشهور فقه امامیه در تعارض است؛ زیرا در فقه، بیع اموال غیرمنقول عقدی رضایی و فاقد تشریفات است، درحالی‌که قانون مزبور، ثبت رسمی را شرط شناسایی و قابلیت استناد معاملات قرار داده است. پژوهش حاضر درصدد تبیین و رفع این دوگانگی در قلمرو فقه و حقوق است و به این پرسش پاسخ می‌دهد: تعارض میان دیدگاه فقهی و نظام حقوقی دربارهٔ مالکیت ناشی از اسناد عادی و اسناد رسمی چگونه قابل تحلیل و رفع است؟ این پژوهش می‌کوشد با ارائهٔ راهکاری منسجم و مستدل، ضمن حفظ مبانی فقه امامیه، الزامات حقوق موضوعه را نیز تأمین کند.

در خصوص پیشینهٔ این موضوع نزدیک‌ترین مقاله به موضوع حاضر، پژوهش‌های ذیل است که تفاوت آن‌ها با پژوهش حاضر اشاره می‌شود:

۱. مبانی فقهی ماده ۱ قانون الزام به ثبت رسمی نقل و انتقال اموال غیرمنقول (محمد صالحی مازندرانی) (سال ۱۴۰۵). این مقاله هنوز منتشر نشده است ولی آنچه از چکیدهٔ این مقاله پیداست، نویسنده در مقام تبیین سند رسمی و عادی و تعارض آن از منظر فقهی بوده و به این نتیجه رسیده که در مقام تعارض، سند رسمی مقدم بر سند عادی است؛ درحالی‌که هدف از پژوهش حاضر تبیین مبانی فقهی و حقوقی انتقال مالکیت است.

۲. تأثیر عدم رعایت تشریفات مقرر در قانون الزام به ثبت رسمی بر اعمال حقوقی مرتبط با اموال غیرمنقول (سید محمد رضوی) (مجلهٔ آموزه‌های فقه مدنی، ش. ۳۲، پاییز و زمستان ۱۴۰۴). نویسنده در این مقاله به این نتیجه رسیده که عدم رعایت تشریفات مقرر در قانون الزام به ثبت، بطلان معامله است و هرگاه قبل از ثبت یا فسخ به شخص ثالث منتقل گردد، انتقال در حکم تلف موضوع عقد بوده و فسخ یا انفساخ سبب انحلال قرارداد بعدی نخواهد بود. اما پژوهش حاضر بطلان را قبول ندارد و به مبانی فقهی و حقوقی انتقال مالکیت اموال غیرمنقول از حیث ثبوت و اثبات مورد پردازش قرار می‌دهد.

مبانی فقهی و حقوقی انتقال مالکیت اموال غیرمنقول

واکاوی پیشینهٔ فقهی این مسئله نشان می‌دهد که تا سدهٔ دهم هجری، دیدگاه غالب در فقه، انعقاد عقود تملیکی را بر نظام تشریفات (لفظی نه سندی) مبتنی می‌دانست (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج. ۴، ص. ۵۷) و انشای عقد با الفاظ صریح شرط صحت تلقی می‌شد (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج. ۲، ص. ۱۶) و حتی بر لزوم انشای لفظی ادعای اجماع شده است (شیخ انصاری، ۱۳۸۷، ج. ۳، ص. ۱۱۷). با این وجود، میان فقیهان معاصر تردیدی باقی نمانده که عقود لازمی همچون بیع اموال غیرمنقول، رضایی بوده و صرف توافق متعاملان برای انتقال مالکیت کفایت می‌کند (فیض کاشانی، بی‌تا، ج. ۳، ص. ۴۸) و ثبت رسمی هیچ تأثیری در صحت بیع یا انتقال مالکیت ندارد (خامنه‌ای، ۱۴۲۰، ج. ۲، ص. ۶۴).

این دیدگاه مبتنی بر سیرهٔ عصر پیامبر اکرم (ص) است؛ زیرا، آن حضرت بیع با ایجاب و قبول را رضایی دانسته و چنانچه غیر از ایجاب و قبول نیاز به امور دیگری باشد، تشریفاتی خواهد بود (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج. ۱، ص. ۹۰۹). مقتضای برخی استدلال‌های فقهی آن است که کتابت، هرگاه دلالت بر تحقق تصرف اعتباری مانند انعقاد عقد یا قبض ثمن داشته باشد، از اعتبار برخوردار بوده و بر وقوع آن دلالت می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۳۵، ص. ۱۵۰؛ فیومی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۲۲۷؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج. ۵، ص. ۱۶۳). با وجود این، در فقه برای کتابت و ثبت، نقشی فراتر از وسیلهٔ تذکر و یادآوری شناخته نشده و حتی در استفتائات، حجیت آن منوط به حصول اطمینان دانسته شده است (شهید ثانی، ۱۴۲۱، ج. ۱، ص. ۵۹۴۹). با وجود این، برخی فقیهان فقاهت و عدالت را از شرایط کاتب قاضی برشمرده‌اند. این دیدگاه این پرسش را برمی‌انگیزد که اگر کتابت صرفاً وسیلهٔ تذکر است، الزام چنین شرایطی برای کاتب وجهی نخواهد داشت؛ زیرا در فرض فقدان این اوصاف نیز نوشته می‌تواند همان کارکرد را داشته باشد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج. ۴، ص. ۶۸). ازاین‌رو، برخی فقها در لزوم این شرایط تردید کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج. ۴۰) و برخی دیگر، فلسفهٔ آن را ایجاد اطمینان نسبت به مفاد مکتوب دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ص. ۱۱۰). بااین‌همه، حتی نوشتهٔ تنظیم‌شده توسط شخص عادل نیز امارهٔ شرعی تلقی نشده است؛ هرچند برخی فقیهان معاصر، در صورت ایجاد علم یا اطمینان متعارف برای قاضی، استناد به آن را مجاز دانسته (گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج. ۱، ص. ۱۹۴) و با استناد به آیهٔ ۲۸۲ سورهٔ بقره، حجیت کتابت را پذیرفته‌اند (کاظمی، بی‌تا، ج. ۳، ص. ۶۵). به نظر می‌رسد اعتبار اثباتی سند به‌تنهایی قادر به حل معضل معاملات معارض نیست که از اهداف اصلی نظام ثبت است؛ زیرا نخست، سند ثبت‌شده بر بینهٔ شرعی برتری ندارد و در صورت تعارض، تابع قواعد عمومی ادلهٔ اثبات دعوا خواهد بود؛ بنابراین، اگر مالی ابتدا بدون ثبت به شخصی منتقل و سپس همان مال با تنظیم سند به دیگری واگذار شود، سند خریدار دوم به‌خودی‌خود بر بینهٔ شرعی خریدار نخست ترجیح نخواهد داشت و اختلاف براساس قواعد تعارض ادله حل می‌شود. ازاین‌رو، صرف اعطای اعتبار اثباتی به ثبت، نه انگیزهٔ فروش مجدد مال را از میان می‌برد و نه مانع معاملات معارض می‌شود؛ بلکه تا زمانی که سند ثبت‌شده از جایگاه اثباتی برتر نسبت به سایر ادلهٔ معتبر برخوردار نباشد، نظم معاملاتی، امنیت حقوقی و ثبات مالکیت همچنان در معرض تهدید خواهد بود.

دوم، ثبت رسمی با صرف ثبت یک عقد تفاوت ماهوی دارد؛ زیرا نظام ثبتی، مطابق مادهٔ ۱ قانون ثبت (مصوب ۱۴۰۳/۳/۱۳)، متضمن حاکمیت و نظارت دولت بر تنظیم، ثبت و تشریفات معاملات است. علاوه، ثبت مالکیت‌ها و معاملات، دست‌کم در اموال مهمی مانند اموال غیرمنقول را تضمین می‌کند؛ به‌گونه‌ای که شناسهٔ هر مال همواره با شناسهٔ مالک فعلی آن در دفتر کل مرتبط باشد. این ویژگی، فراتر از ایجاد اطمینان نسبت به مفاد سندِ متضمن عمل حقوقی یا رابطهٔ مالکیت است. در چنین نظامی، حاکمیت به‌طور مستمر وضعیت مالکیت را رصد می‌کند؛ ازاین‌رو، خریدار می‌تواند به اطلاعات ثبتی اعتماد کند و هرگاه خلاف آن ثابت شود، مسئولیت اشتباه و خسارت ناشی از فضولی یا بطلان قرارداد، ناشی از عملکرد نظام ثبتی و حاکمیت خواهد بود، نه اعتماد مشروع خریدار به اطلاعات ثبت‌شده (اردبیلی، ۱۴۲۳، ص. ۳۶۸).

سوم، در فقه امامیه، اصل بر آن است که نوشته یا سند کتبی، اعم از رسمی یا عادی، فی‌نفسه از حجیت و اعتبار اثباتی مستقل برخوردار نیست؛ مگر آنکه اعتبار آن با یکی از ادلهٔ شرعی یا قرائن معتبر احراز شود. ازاین‌رو، مشهور فقها صرف کتابت را برای اثبات حق یا ایجاد آثار حقوقی کافی ندانسته و آن را در شمار ادلهٔ شرعی اثبات دعوا قرار نداده‌اند. از جمله، نوشته‌ای که قاضی مشتمل بر حکم یا مفاد دعوا برای قاضی دیگر ارسال می‌کند، به‌تنهایی دلیل شرعی محسوب نمی‌شود و قاضی مخاطب حق ندارد صرفاً براساس آن حکم صادر کند (طوسی، ۱۴۰۷، ج. ۵، ص. ۴۷). مستند این دیدگاه آن است که چنین نوشته‌ای نوعاً موجب علم یا اطمینان معتبر نسبت به صدور حکم و انتساب آن به قاضی صادرکننده نمی‌شود (طوسی، ۱۴۰۷، ج. ۶، ص. ۲۲۵)؛ ازاین‌رو، فاقد شرایط استناد قضایی است. بنابراین، از منظر مشهور فقیهان امامیه، کتابت تا زمانی که با دلیل یا قرینهٔ معتبر همراه نباشد، دلیل مستقل اثبات دعوا محسوب نمی‌شود و صرف تنظیم یا ثبت سند برای اثبات حق یا مالکیت کفایت نمی‌کند. برخی فقها حتی در فرض اقامهٔ بینه بر صحت انتساب و مفاد نوشتهٔ قاضی، عمل براساس آن را جایز ندانسته‌اند (طوسی، ۱۴۰۷، ج. ۶، ص. ۲۲۵). بااین‌حال، به نظر می‌رسد منشأ این دیدگاه صرف بی‌اعتباری کتابت نیست؛ بلکه از آن روست که حکم یک قاضی برای قاضی دیگر حجیت ذاتی ندارد و به‌خودی‌خود منشأ علم یا اطمینان معتبر قضایی محسوب نمی‌شود. ازاین‌رو، ممنوعیت استناد به مکتوب قاضی دیگر، بیش از آنکه ناشی از بی‌اعتباری سند کتبی باشد، ریشه در مبانی فقهی ناظر به حدود اعتبار احکام قضایی و ادلهٔ اثبات دعوا دارد (ابن‌براج طرابلسی، ۱۴۰۶، ج. ۲، ص. ۵۷۸). به همین جهت، تصریح شده که حکم یک قاضی نمی‌تواند مستند حکم قاضی دیگر قرار گیرد (حلی، ۱۴۱۰، ج. ۲، ص. ۱۹۸). در برخی منابع نیز حجیت کتابت به‌طور مطلق نفی شده و برای آن ارزش اثباتی مستقلی قائل نشده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج. ۳، ص. ۴۵۷؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ج. ۲، ص. ۹۲) و بر غیرقابل‌اعتمادبودن آن تأکید کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج. ۱۴، ص. ۵). علامه شعرانی نیز میان سند رسمی و عادی تفاوتی قائل نشده و اعتبار را از آنِ بینه دانسته و قاضی را مکلف به پذیرش شهادت شاهد عادل می‌داند (شعرانی، ۱۴۱۹، ج. ۲، ص. ۷۰۲). همچنین، یکی از فقیهان معاصر در پاسخ به استفتایی دربارهٔ الزام بایع به تنظیم سند رسمی وکالت برای مشتری واقعی، تصریح کرده است: «در هر صورت بیع شرعی میزان است و سند، اعتبار شرعی ندارد؛ مگر درصورتی‌که موجب اطمینان شود» (بهجت فومنی، ۱۴۲۸، ج. ۳، ص. ۲۱۰). افزون، برخی استدلال‌های

فقهی نشان می‌دهد که کتابت و ثبت، دست‌کم در برخی فروض، از آثار حقوقی و ارزش اثباتی برخوردار است. برای مثال، از بحث تبانی اشخاص بر معرفی دو شاهد به‌منظور تنظیم و ثبت قرارداد پیش از اجرای کامل تعهدات و قبض ثمن استفاده می‌شود که ثبت کتبی قرارداد دارای اثر حقوقی فرض شده است؛ زیرا اگر کتابت هیچ ارزش اثباتی نداشت، فرض تبانی برای تحقق ثبت نیز فاقد توجیه بود. ازاین‌رو، این‌گونه استدلال‌ها، به‌طور ضمنی، بر قابلیت استناد و ارزش اثباتی کتابت در برخی موارد دلالت دارد (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹، ج. ۲، ص. ۵۹). افزون، در مواردی که ذوالید می‌تواند برای اثبات مالکیت خود به امارهٔ ید استناد کند، برخی فقیهان اقامهٔ بینه را نیز جایز و معتبر دانسته و یکی از مهم‌ترین آثار آن را امکان ثبت مالکیت برشمرده‌اند (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ج. ۲، ص. ۷۴۶). ازاین‌رو، اگر ثبت مالکیت فاقد هرگونه اثر شرعی تلقی شود، استناد به آن برای توجیه جواز اقامهٔ بینه نیز موجه نخواهد بود. با وجود این، از این مبانی نمی‌توان نتیجه گرفت که بینهٔ مبتنی بر سند ثبت‌شده بر بینهٔ معارض مقدم است یا ثبت به‌تنهایی موجب ترجیح یکی از دو دلیل می‌شود. ازاین‌رو، برخی فقیهان معاصر، مالکیت مستند به سند رسمی را بر معاملهٔ معارض مقدم که از نظر زمانی سابق بوده، ترجیح نداده‌اند. این دیدگاه نشان می‌دهد که از منظر فقه امامیه، سند رسمی به‌خودی‌خود از امتیاز اثباتی ویژه برخوردار نیست و صرف تنظیم آن، موجب ترجیح دارندهٔ سند رسمی بر صاحب حق مقدم نمی‌شود؛ بلکه اعتبار اثباتی سند همچنان تابع سایر ادلّه و اسباب شرعی اثبات حق است (خمینی، ۱۴۲۲، ج. ۳، ص. ۳۹۱).

در نتیجه، از منظر مشهور فقیهان امامیه، میان سند رسمی و سند عادی از حیث حجیت و اعتبار ذاتی تفاوتی وجود ندارد و کتابت، به‌تنهایی منشأ انتقال مالکیت یا دلیل مستقل اثبات حق محسوب نمی‌شود؛ زیرا سبب انتقال مالکیت، عقد است و عقد عبارت از قول یا فعلی مشتمل بر ایجاب و قبول است که وسیلهٔ ابراز تراضی برای ایجاد، انتقال، تغییر یا اسقاط آثار حقوقی در عقودی مانند بیع، اجاره و هبه است (فضل‌الله، ۱۴۲۲، ج. ۲، ص. ۲۰). این مبنا نزد فقیهان امامیه اجماعی است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۲، ج. ۶، ص. ۴۴). افزون، سیرهٔ عقلا و متشرعه بر آن استوار است که با تحقق عقد، آثار آن، از جمله انتقال مالکیت، محقق می‌شود و شارع نیز این سیره را امضا کرده، بی‌آنکه تحقق مالکیت را به تشریفات خاصی، از جمله ثبت رسمی، منوط سازد (خویی، ۱۳۷۷، ج. ۷، ص. ۵۰۶). روایات باب خیار مجلس، خیار حیوان و بیع شرط نیز بر تحقق عقد و انتقال مالکیت از زمان انعقاد آن دلالت دارند (کلینی، ۱۳۶۳، ج. ۵، صص. ۱۷۰-۱۷۱؛ خویی، ۱۳۷۷، ج. ۷، ص. ۵۰۸؛ تبریزی، ۱۳۹۹، ج. ۴، ص. ۵۱۶). آیات «أحل الله البیع» (بقره: ۲۷۵) و «تجارةً عن تراضٍ» (نساء: ۲۹) نیز در مقام تأیید این مبنا، بر مشروعیت بیع و کفایت تراضی در تحقق معامله دلالت دارد و از مجموع این ادلّه، مشهور فقیهان امامیه انتقال مالکیت را اثر مستقیم عقد دانسته و آن را متوقف بر تشریفات دیگری، از جمله ثبت رسمی، ندانسته‌اند (خویی، ۱۳۷۷، ج. ۷، ص. ۵۰۶). ازاین‌رو، روایت «البیعان بالخیار حتی یفترقا» که از حیث سند و دلالت معتبر است، نشان می‌دهد عقد پیش از اعمال خیار منعقد و مالکیت منتقل شده است؛ زیرا اختیار فسخ، فرع تحقق عقد و انتقال مالکیت است و اطلاق عنوان «متبایعان» نیز بر تحقق مالکیت پیش از افتراق دلالت دارد (خویی، ۱۳۷۷، ج. ۷، ص. ۵۰۸). فقیهان حنفی با تفکیک میان اموال منقول و غیرمنقول، قبض را در بیع اموال غیرمنقول از شرایط صحت یا نفوذ عقد دانسته‌اند. بر همین

اساس، برخی فقیهان معاصر اهل‌سنت با تطبیق مفهوم سنتی قبض بر نظام ثبت، ثبت رسمی ملک را از مصادیق قبض تلقی کرده‌اند. به باور آنان، همان‌گونه که قبض مادی موجب انتقال ضمان معاوضی می‌شود، ثبت رسمی نیز همین اثر را دارد؛ زیرا ثبت، خریدار را بر ملک مسلط ساخته و امکان تصرفات قانونی و اعمال حقوق مالکانه را برای وی فراهم می‌کند و در مقابل، فروشنده پس از ثبت، حق هیچ‌گونه تصرف یا انتقال نسبت به ملک ندارد؛ زیرا در حقوق موضوعه، مالکیت اموال غیرمنقول بر ثبت رسمی استوار است، نه صرف تصرف مادی (زرقاء، ۱۹۶۷، ج. ۲، ص. ۹۳۱). این استدلال از منظر فقهی قابل پذیرش نیست؛ زیرا مبتنی بر دور و مصادره به مطلوب است. استدلال مزبور، اعتبار شرعی ثبت رسمی را از آثاری استنتاج می‌کند که خود بر فرض اعتبار و حجیت ثبت مبتنی‌اند. افزون بر این، آثار مقرر در حقوق موضوعه تا زمانی که مشروعیت آن‌ها براساس ادلهٔ شرعی احراز نشود، نمی‌تواند مستند استنباط حکم فقهی قرار گیرد. صرف شناسایی مالکیت بر مبنای ثبت رسمی، برای اثبات اینکه ثبت از منظر فقه در حکم قبض یا سبب انتقال ضمان معاوضی است، کافی نیست؛ بلکه ابتدا باید حجیت شرعی و قابلیت استناد فقهی ثبت رسمی به‌طور مستقل اثبات شود.

مبانی حقوقی انتقال مالکیت (اصل حاکمیت سند رسمی)

بیع اموال غیرمنقول، به‌دلیل اهمیت اقتصادی و ارزش بالای این اموال، همواره منشأ بخش قابل‌توجهی از اختلافات حقوقی بوده است. این اختلافات گاه ناشی از جهل به حقوق مقدم و گاه نتیجهٔ ادعاهای آگاهانه و معارض نسبت به مالکیت است؛ در پاسخ، قانون‌گذار ایران، همانند بسیاری از نظام‌های حقوقی، با ایجاد نظام ثبت و الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، درصدد کاهش منازعات و تأمین امنیت حقوقی برآمده است. بااین‌حال، این رویکرد با مبانی فقه امامیه که بر رضایی‌بودن عقد و کفایت تراضی متعاملان در انتقال مالکیت که بر پایهٔ اطلاقات و عمومات ادلهٔ صحت عقود، تأکید دارد، در تعارض قرار گرفته است (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج. ۴، ص. ۵۷). بدین ترتیب، شاهد دوگانگی مالکیت میان نظام فقهی و حقوق موضوعه بوده، به‌گونه‌ای که فقه، انتقال مالکیت را مبتنی بر عقد، قبض یا ید می‌داند، درحالی‌که قانون‌گذار، تحقق یا دست‌کم قابلیت استناد مالکیت اموال غیرمنقول را به ثبت رسمی منوط کرده و آن را در برابر اشخاص ثالث و گاه حتی میان طرفین مؤثر می‌شمارد. ازاین‌رو، تبیین نسبت میان اسباب شرعی تملک و آثار حقوقی ثبت رسمی ضروری است. با این وصف، پرسش بنیادین آن است که آیا بیع اموال غیرمنقول عقدی تشریفاتی و ثبت، شرط صحت آن است یا عقدی رضایی است که ثبت صرفاً نقش اثباتی دارد؟ همین پرسش منشأ اختلاف دیدگاه‌های گسترده در میان حقوق‌دانان شده است.

نظریهٔ اثباتی‌بودن اسناد رسمی

برخی حقوق‌دانان با استناد به اصل حاکمیت اراده و رضایی‌بودن عقود، تنظیم سند رسمی را شرط اثبات بیع، نه شرط صحت آن، می‌دانند. بر این اساس، بیع اموال غیرمنقول با ایجاب و قبول و حتی به‌موجب سند عادی نیز منعقد و موجب انتقال مالکیت می‌شود و سند رسمی صرفاً کارکرد اثباتی دارد؛ ازاین‌رو، معاملهٔ فاقد سند رسمی نه از حیث حکم قانونی و نه از حیث وضعیت حقوقی، باطل نیست (شهیدی، ۱۳۸۵، صص. ۵۴-۷۲).

همچنین، مادهٔ ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک (مصوب ۱۳۱۰/۱۲/۲۶) صرفاً ناظر به شناسایی مالک رسمی در مراجع اداری و قضایی است و دلالتی بر بطلان معاملهٔ عادی ندارد؛ بنابراین، هرگاه وقوع معامله با ادلهٔ معتبر احراز شود، انتقال رسمی ملک به نام خریدار امکان‌پذیر خواهد بود (شهیدی، ۱۳۸۵، صص. ۵۴-۷۲). این دیدگاه با مبانی فقه امامیه نیز هماهنگ است؛ زیرا در فقه، سند بما هو سند منشأ حق تلقی نمی‌شود، بلکه صرفاً کاشف از وقوع معامله و وسیلهٔ اثبات آن است (شعرانی، ۱۴۱۹، ج. ۲، ص. ۷۰۲). ازاین‌رو، اثبات خلاف مفاد سند یا اثبات وقوع معامله با ادله‌ای مانند اقرار، شهادت و سایر ادلهٔ معتبر همواره امکان‌پذیر است و این امر با مادهٔ ۴۸ قانون ثبت تعارضی ندارد؛ زیرا مفاد این ماده صرفاً ناظر به محدودیت ارزش اثباتی سند عادی است، نه سلب مطلق اعتبار آن (شهری، ۱۳۹۷، ص. ۱۴۲). افزون بر این، قانون‌گذار در هیچ‌یک از قوانین، عدول از اصل حاکمیت اراده (مادهٔ ۱۰ قانون مدنی) و اصل صحت (مادهٔ ۲۲۳ قانون مدنی) را تصریح نکرده است. رویهٔ قضایی نیز در موارد متعدد از این تحلیل حمایت کرده است. از جمله، شعبهٔ ۴ دادگاه تجدیدنظر استان لرستان در دادنامهٔ شمارهٔ ۷۲/۲۰۷-۱۳۸۲/۲/۳۰ با استناد به مواد ۱۰ و ۲۲۳ قانون مدنی، معاملهٔ مبتنی بر سند عادی را صحیح دانسته و مقررات مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت را صرفاً تشریفات شکلی تلقی کرده است. آرای شمارهٔ ۹۸۷-۱۳۷۰/۱۱/۲۸ شعبهٔ ۴۴ دادگاه حقوقی ۲ سابق تهران، شمارهٔ ۵۲۴-۵۲۶-۱۳۶۸/۱۰/۳۰ شعبهٔ ۱۹ دادگاه حقوقی یک سابق تهران، رأی شمارهٔ ۲۱/۱۲۹۳-۶۸/۱۱/۱۸ شعبهٔ ۲۱ دیوان عالی کشور، رأی اصراری شمارهٔ ۲۹/۶۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور و نیز نظریات ادارهٔ حقوقی قوهٔ قضائیه همین رویکرد را تأیید کرده‌اند (لطفیان، ۱۳۷۳، صص. ۲۲، ۳۰ و ۳۱؛ شهری و خرازی، ۱۳۸۰، صص. ۲۸۴، ۲۸۵ و ۲۹۷).

نقد نظریه

با وجود هم‌سویی نظریه (صحت معامله با سند عادی) با نظر مشهور فقهی از ایراد مصون نمانده و نقدهایی به آن وارد شده است: نخست، اصل رضایی‌بودن قراردادها ناظر بر مواردی است که در قانون دلیلی بر تشریفاتی‌بودن در دسترس نباشد و حال‌آنکه مادهٔ ۲۲ قانون ثبت، صریحاً مقرر داشته که دولت صرفاً دارندهٔ سند رسمی را مالک می‌شناسد. پس اصل رضایی‌بودن اساساً خارج است. دوم، استناد به اصل صحت نیز درست نیست؛ چه، شک در این است که آیا در بیع املاک ثبت‌شده، تنظیم سند از عناصر تحقق بیع است یا وسیلهٔ اثبات؟ اساساً شک در تحقق یا عدم تحقق معامله است که اصولاً محل اعمال اصالةُالعدم است نه اصالةُالصحة (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج. ۱، ص. ۱۴۸). سوم، استفادهٔ قانون‌گذار از واژهٔ انتقال در مادهٔ ۲۲ قانون ثبت لزوماً به‌معنای تحقق انتقال قبل از تنظیم سند رسمی نیست، چراکه قانون‌گذار از همین واژه در توصیف معاملهٔ غیر (انتقال مال غیر) در قانون ۱۳۰۸ استفاده نموده، درحالی‌که معاملهٔ مال غیر فضولی بوده و قبل از تنفیذ تأثیری در انتقال ندارد (محمدی، بی‌تا، ص. ۴). چهارم، مستفاد از مادهٔ ۱۰ قانون مدنی آن است که نفوذ قرارداد منوط به عدم مخالفت مفاد آن با قانون است؛ ازاین‌رو، هرگاه قانون‌گذار برای انتقال مالکیت اموال غیرمنقول، ثبت رسمی را مقرر نموده، ارادهٔ متعاملان نمی‌تواند برخلاف آن اثر حقوقی ایجاد کند. هدف این الزام، تأمین ثبات و امنیت روابط اقتصادی و حقوقی است و پذیرش اسناد عادی به‌عنوان دلیل

مالکیت، این هدف را مخدوش می‌سازد (لطفیان، ۱۳۷۰، ص. ۲۶). همچنین، اگر عقد بیع سبب تام انتقال مالکیت و ثبت رسمی صرفاً اقدامی تبعی تلقی شود، باید تمامی آثار مالکیت، از جمله استحقاق منافع و ممنوعیت تصرف غیرمجاز، از زمان انعقاد عقد بر خریدار مترتب گردد؛ درحالی‌که براساس نظام ثبت، تا پیش از ثبت معامله در دفتر املاک، خریدار از نظر قانونی مالک شناخته نمی‌شود. با وجود این ایرادات، مادهٔ ۴۸ قانون ثبت دلالتی بر بطلان بیع اموال غیرمنقول ندارد؛ زیرا مقنن، سند را موضوع حکم قرار داده است، نه اصل معامله. عدم استعمال اصطلاح «بطلان معامله» و اکتفا به غیرقابل‌پذیرش‌بودن سند عادی، قرینه بر صحت عقد و محدودبودن اثر حکم به حوزهٔ اثبات است. بدین ترتیب، هدف قانون‌گذار، سلب قابلیت استناد مستقیم سند عادی در محاکم بوده، نه بی‌اعتبارساختن خود معامله. افزون بر این، مطابق مواد ۵۰، ۵۷ و ۶۰ قانون ثبت، در اسناد عادی شرایط صحت و اعتبار معامله توسط مقام رسمی احراز نمی‌شود؛ ازاین‌رو، چنین اسنادی از امتیازات سند رسمی، مانند قابلیت توثیق نزد بانک، برخوردار نیست. بااین‌حال، این امر مانع رسیدگی دادگاه به اصالت سند و صدور حکم بر وقوع معامله در صورت اثبات آن نخواهد بود. بنابراین، اگر مقنن قصد ابطال معاملات مبتنی بر اسناد عادی را داشت، باید همهٔ ادلهٔ اثبات را بی‌اعتبار اعلام می‌کرد؛ درحالی‌که مادهٔ ۴۸ صرفاً ارزش اثباتی سند عادی را محدود ساخته و مانع استناد به سایر ادلهٔ اثبات دعوا نشده است (شهیدی، ۱۳۸۵، ص. ۷۵؛ کاشانی، ۱۳۵۴، ص. ۱۹۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹، ج. ۲، ص. ۶۴۶).

نظریهٔ ثبوتی

بر پایهٔ این نظریه افزون بر ایجاب و قبول، تنظیم سند رسمی نیز شرط صحت معامله قرار داده شده است. هرگاه این شرط رعایت نگردد، اساساً معامله‌ای واقع نمی‌شود و در نتیجه انتقال مالکیت از بایع به مشتری صورت نمی‌گیرد و مقررات قانونی که دال بر رضایی‌بودن عقد بیع بود، توسط قانون ثبت تخصیص زده می‌شود؛ زیرا،

۱. قانون ثبت وارد بر قانون مدنی است؛ چه، طبق مادهٔ ۲۲ قانون ثبت، انتقال مالکیت از حین انتقال رسمی در دفتر املاک آغاز می‌شود (کاشانی، ۱۳۸۵، ص. ۵۷؛ شهری، ۱۳۸۰، ص. ۲۱۸). به‌علاوه مقررات قانون ثبت از جمله بند یک مادهٔ ۴۶ و مواد ۲۲ و ۴۸ این قانون از مقررات امری بوده و اساساً برای پایان بخشیدن به اختلافات ملکی وضع شده است (ادارهٔ کل حقوقی و تدوین قوانین قوهٔ قضائیه، نظریهٔ شمارهٔ ۷/۴۸۸۵-۷۵/۸/۱۵). بدیهی است وقتی قانون وابسته به نظم عمومی باشد، فراتر از ارادهٔ متعاقدان بوده و ارادهٔ آنان قادر نیست که قانون را تحت تأثیر قرار داده یا آن را ساقط کند و بر پایهٔ مادهٔ ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱، عقودی که مخل نظم عمومی باشد، فاقد ترتیب اثر در دادگاه است؛ ازاین‌رو، تنظیم سند رسمی، رکن سازندهٔ عقد بیع است و بدون آن وجود قانونی پیدا نخواهد کرد (کاشانی، ۱۳۸۵، ص. ۵۸). مفاد رأی وحدت رویهٔ شمارهٔ ۶۷۲-۸۳/۱۰/۱ نیز دلالت بر تنظیم سند رسمی، مانند رکن سازنده در بیع مال غیرمنقول دارد: «انتقال اموال غیرمنقول فرع بر مالکیت است؛ بنابراین طرح دعوای زمین قبل از احراز و اثبات مالکیت قابل استماع نیست. بنا به مراتب و با توجه به

مواد ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت، رأی شعبهٔ پنجم دادگاه تجدیدنظر استان به نظر اکثریت اعضای هیئت عمومی دیوان عالی کشور که با این نظر انطباق دارد صحیح و قانونی تشخیص می‌شود».

۲. براساس مادهٔ ۲۲ قانون ثبت، بیع مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی از نظر دولت فاقد اثر تملیکی است. ازاین‌رو، اساساً معامله تحقق پیدا نمی‌کند؛ درحالی‌که، براساس مادهٔ ۳۶۲ قانون مدنی به صرف تحقق بیع، خریدار مالک مبیع می‌شود (نوبخت، ۱۳۷۰، ص. ۲۰۵). بنابراین، تعارض ظاهری میان حکم این دو مادهٔ قانونی به وجود می‌آید.

۳. مادهٔ ۱۰ قانون مدنی صحت و نفوذ عقد را منوط به عدم مخالفت با قانون دانسته و بدیهی است که مادهٔ ۴۸ قانون ثبت، بیع مال غیرمنقول را منوط به ثبت کرده و ایجاب و قبول با ثبت همزمان واقع و تملیک صورت می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۱، صص. ۱۱۲-۱۱۵) و در فرض عدم ثبت فاقد نفوذ و اعتبار و بطلان قرارداد خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۹۶، ج. ۱، صص. ۵۶-۶۱، ۹۲-۹۳؛ کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج. ۱، صص. ۸۸-۸۹، ۲۷۱-۲۷۴، ۳۸۱-۳۸۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، صص. ۳۷، ۵۶). برخی قضات هم‌سو با این نظریه هستند و حتی هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز ثبت بیع مال غیرمنقول را یک الزام قانونی دانسته و بدون ثبت عقد واقع‌شده را صحیح نمی‌داند (حسین لطفیان، ۱۳۷۰، ص. ۲۷).

۴. بر مبنای این نظریه، توافق طرفین نسبت به انتقال مال غیرمنقول در حکم عقدی است که اثر تملیکی آن بر تحقق شرطی خارجی معلق شده است. شرط مزبور، تنظیم سند رسمی و ثبت آن است؛ ازاین‌رو، اگرچه عقد با اجتماع ایجاب و قبول منعقد می‌شود، اما اثر تملیکی آن تا زمان تحقق معلق‌علیه، یعنی ثبت رسمی، به وجود نمی‌آید و مالکیت پیش از آن برای خریدار مستقر نخواهد شد (اقبالی افشار، ۱۳۸۰، ص. ۵۰).

نقد نظریه

این نظریه نیز مانند نظریهٔ اثباتی قابل نقد است:

۱. مدلول مادهٔ ۲۲ قانون ثبت دلالتی بر بطلان بیع مال غیرمنقول در فرض عدم تنظیم سند رسمی ندارد؛ چه، مادهٔ مذکور مبین این است که دولت مالک را فقط براساس ثبت رسمی خواهد شناخت. این ماده در حقیقت یک امارهٔ نسبی در راستای شناسایی مالک است و نه لزوماً تحقق یا صحت عقد.

۲. مواد ۲۲ و ۴۶ قانون ثبت، دلالتی بر لزوم انعقاد عقد و تحقق ایجاب و قبول در دفتر اسناد رسمی ندارند. مفاد این مواد صرفاً بر ثبت رسمی معامله دلالت دارد، بدون آنکه محل وقوع عقد را به دفترخانه محدود سازد. بنابراین، از اطلاق این مقررات استفاده می‌شود که عقد می‌تواند خارج از دفترخانه نیز واقع شود و سپس برای برخورداری از آثار مقرر در قانون، به ثبت رسمی برسد. در نتیجه، دلیلی بر لزوم وقوع ایجاب و قبول در دفتر اسناد رسمی از این مواد قابل استنباط نیست (هاشمی، ۱۳۷۳-۱۳۷۴، صص. ۱۲۷-۱۲۸).

۳. هدف قانون‌گذار از الزام به ثبت معاملات اموال غیرمنقول، تأمین مصالح عمومی، از جمله پیشگیری از معاملات معارض، نظارت بر نقل‌وانتقال املاک، اجرای مقررات مالیاتی، توزیع عادلانهٔ اراضی و تضمین امنیت حقوقی است. بااین‌حال، این اهداف به‌تنهایی دلالتی بر تشریفاتی‌بودن بیع یا شرط صحت ثبت رسمی ندارند؛ چه بیع با تحقق شرایط اساسی منعقد و مالکیت منتقل می‌شود و ثبت رسمی صرفاً وسیلهٔ تثبیت، قابلیت

استناد و برخورداری از آثار قانونی معامله است، نه رکن تحقق عقد. این تحلیل ضمن حفظ مبانی فقهی، اهداف قانون‌گذار در مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت را نیز تأمین می‌کند؛ زیرا بهره‌مندی از آثار قانونی و قابلیت استناد معامله در برابر اشخاص ثالث، مستلزم تنظیم سند رسمی خواهد بود. در هر حال، برداشت‌های دکترین حقوقی و رویهٔ قضایی دربارهٔ نقش ثبت رسمی در انتقال مالکیت و ابهامات ناشی از مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت، قانون‌گذار در تاریخ ۱۳۹۵/۱۱/۱۰، با تصویب مادهٔ ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور، درصدد تبیین وضعیت حقوقی معاملات اموال غیرمنقول برآمد. این ماده ضمن پایبندی به اصول حقوق مدنی و تقدم قواعد ماهوی بر الزامات شکلی، امکان کشف حقیقت در مراجع قضایی را با استناد به مادهٔ ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی تقویت کرده است. بر این اساس، ثبت رسمی به‌خودی‌خود منشأ ایجاد حق نیست، بلکه یکی از ادلهٔ اثبات آن محسوب می‌شود. همچنین، با پذیرش اعتبار اسناد عادی در صورت تأیید دادگاه و احراز اعتبار شرعی، قابلیت استناد و معارضهٔ آن‌ها با اسناد رسمی نیز به رسمیت شناخته شده است. این حکم، حاکی از پذیرش برابری موقعیت اثباتی اسناد رسمی و عادی در فرض احراز شرایط قانونی است. افزون بر این، رویهٔ عملی معاملات نیز مؤید همین برداشت است؛ زیرا پس از تحقق توافق الزام‌آور، قرارداد غالباً ابتدا به‌صورت عادی تنظیم و سپس، به ثبت رسمی می‌رسد. این رویه که ریشه در عرف معاملاتی دارد، از پذیرش گستردهٔ اجتماعی نیز برخوردار است (هوشمند، ۱۴۰۲، صص. ۱۱۳-۱۳۶).

هرچند مادهٔ ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور در تاریخ ۱۳۹۵/۱۱/۱۰ به تصویب رسید؛ اما اجرای آن نشان داد که این مقرره به‌تنهایی برای تأمین امنیت مالکیت رسمی کافی نیست. ازاین‌رو، در ادامهٔ روند اصلاحات تقنینی، طرح «ارتقای اعتبار اسناد رسمی» که پیش‌تر در مجلس مطرح شده بود، مورد پیگیری قرار گرفت و نهایتاً در ۱۳۹۹/۲/۳۱ با عنوان الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول به تصویب رسید. مطابق مادهٔ ۱ این قانون، از زمان راه‌اندازی سامانهٔ موضوع مادهٔ ۱۰، کلیهٔ معاملات راجع به انتقال مالکیت، حق انتفاع، حق ارتفاق اموال غیرمنقول ثبت‌شده، عقد رهن، اجارهٔ بیش از دو سال، پیش‌فروش ساختمان و تعهد به این اعمال، صرفاً باید در دفاتر اسناد رسمی ثبت شود و معاملات فاقد ثبت رسمی، در محاکم و ادارات قابل استماع نخواهند بود. همچنین، مالک صرفاً شخصی شناخته می‌شود که نام وی در دفتر املاک ثبت شده یا مالکیت را از وارث رسمی تحصیل کرده باشد. این مصوبه که با الهام از مواد ۱۲۵، ۱۲۶ و ۸۷۳ قانون مدنی آلمان تدوین شده، به‌دلیل مغایرت با موازین شرعی و برخی اصول قانون اساسی، پنج بار از سوی شورای نگهبان نسبت به مواد ۱، ۳، ۸، ۹، ۱۰، ۱۱ و ۱۳ رد شد و سرانجام پس از ارجاع به مجمع تشخیص مصلحت نظام، در تاریخ ۱۴۰۳/۲/۲۶، با وجود ایرادات فقهی، بر پایه استناد به مصلحت نظام تأیید گردید. مهم‌ترین ایراد شورای نگهبان، تعارض قانون با اصل رضایی‌بودن عقود در فقه امامیه بود. از منظر شورا، تنظیم سند رسمی نمی‌تواند طریق انحصاری اثبات مالکیت باشد و محروم‌ساختن اسناد عادی از اعتبار، با موازین شرعی سازگار نیست. این رویکرد، افزون بر اتکا به مبانی فقهی، با عرف رایج معاملات نیز هماهنگ است؛ زیرا بخش عمده‌ای از معاملات اموال غیرمنقول در عمل با اسناد عادی انجام می‌شود و سلب ناگهانی اعتبار آن‌ها، ضمن ایجاد اخلال در روابط اقتصادی و حقوقی، حقوق مکتسب اشخاص را نیز با مخاطره مواجه می‌سازد

(هوشمندی، ۱۴۰۲، صص. ۱۱۳-۱۳۶). بدین ترتیب، تعارض میان ضرورت نظم‌بخشی به معاملات از طریق نظام ثبت و مبانی فقه امامیه مبتنی بر رضایی‌بودن عقد، همچنان پابرجاست و دوگانگی میان نظام فقهیِ ایجاب و قبول‌محور و نظام حقوقیِ ثبت‌محور را تداوم بخشیده است.

راهکار فقهی و حقوقی رفع تعارض

ثبت بیع اموال غیرمنقول از جمله مسائل بنیادین در نقطهٔ تلاقی فقه اسلامی و حقوق موضوعه به شمار می‌رود. همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، در نظام فقهی، تحقق بیع بر پایهٔ ایجاب و قبول استوار است (م. ۳۶۲). این مبنا، مورد پذیرش قریب به اتفاق فقیهان اسلامی قرار گرفته و برخی نیز نسبت به آن ادعای اجماع کرده‌اند (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج. ۲، ص. ۲۴۹؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ج. ۳، ص. ۲۷۰؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج. ۲، ص. ۲۳؛ قمی، ۱۳۷۱، ج. ۲، ص. ۲۵۱؛ نراقی، ۱۴۱۵، ج. ۱۴، ص. ۴۱۷؛ تبریزی، ۱۳۹۹، ج. ۴، ص. ۵۱۶). در مقابل، نظام حقوقی ایران، ثبت رسمی را در انتقال مالکیت اموال غیرمنقول مؤثر دانسته و همین اختلاف مبنایی، منشأ شکل‌گیری دیدگاه‌های متفاوت در میان حقوق‌دانان شده است.

از این رهگذر، این پرسش اساسی مطرح می‌شود که نسبت میان حکم فقهی و حکم قانونی در این موضوع چگونه قابل تحلیل است و آیا اساساً میان آن دو تعارضی قابل تصور است؟ به نظر می‌رسد، آنچه در این مقام مطرح است، تعارض میان دو حکم شرعی نیست، بلکه تقابل میان حکم وضعی فقهی که انتقال مالکیت را به مجرد تحقق عقد صحیح محقق می‌داند و حکم وضعی قانونی است که آثار رسمی انتقال مالکیت را بر ثبت در دفتر املاک مترتب ساخته است. ازاین‌رو، موضوع از قلمرو تعارض ادلهٔ شرعی خارج بوده و قواعد اصولی مربوط به تعارض، از جمله ترجیح راجح بر مرجوح، در این مقام مجالی برای اجرا ندارد. در پاسخ به کیفیت مواجهه با این وضعیت، یکی از فقیهان معاصر دو احتمال را مطرح کرده است: احتمال نخست، عمل مکلف به فتوای مرجع تقلید در فرض علم به مخالفت قانون با حکم شرعی؛ احتمال دوم، که مورد پذیرش ایشان نیز قرار گرفته، لزوم تبعیت از قانون به‌منظور جلوگیری از هرج‌ومرج و اختلال نظام اجتماعی است (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۶، صص. ۳۸-۴۱). براساس این دیدگاه، الزام به رعایت قانون، بر ضرورت حفظ نظم عمومی و جلوگیری از اختلال در نظام اجتماعی استوار است؛ زیرا شهروندان هر جامعه‌ای، اصولاً خود را ملتزم به رعایت قوانین حاکم بر آن جامعه می‌دانند، هرچند در مواردی میان قانون و فتوای مرجع تقلید، تعارض وجود داشته باشد، مگر آنکه قانون به‌طور صریح با احکام قطعی شرع، مانند تجویز ربا یا تحریم حلال و تحلیل حرام، در تعارض قرار گیرد (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۶، صص. ۳۸-۴۱). در مسئلهٔ مورد تحقیق نیز، مجمع تشخیص مصلحت نظام، با وجود ایراد شورای نگهبان، قانون الزام به ثبت رسمی را بر پایهٔ قاعدهٔ مصلحت تصویب کرده است. این مخالفت، از سنخ مخالفت با احکام قطعی شرع نیست، بلکه در قلمرو مقررات تکمیلی قابل تحلیل است.

از سوی دیگر، بخش قابل‌توجهی از آرای فقهی، مبتنی بر استنباط فقها از ادلهٔ شرعی با لحاظ شرایط و مقتضیات زمان خویش است، نه صرفاً بر نصوص خاص؛ ازاین‌رو فقیهان علاوه بر نصوص، شرایط و مقتضیات عرفی زمان خود را نیز در موضوع‌شناسی مورد ملاحظه قرار می‌دهند. در مقام بحث نیز شناسایی و الزام به

ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول از سوی مجمع تشخیص مصلحت نظام، مبتنی بر عرف و قاعدهٔ لاضرر بوده است؛ چه، ثبت معاملهٔ اموال غیرمنقول موجب می‌شود فروشنده نتواند آن را به چند شخص بفروشد و الا سبب بروز ضرر و بی‌نظمی در اجتماع خواهد شد. ازاین‌رو، برای اجتناب از چنین پیش‌آمدی، قانون‌گذار می‌تواند با رعایت اصول و موازین کلی شریعت، مقرراتی را متناسب با نیازهای متحول جامعه وضع و تصویب نماید (صفایی، ۱۴۰۰، ج. ۱، ص. ۳۲۳).

انتقال مالکیت اموال غیرمنقول در صدر اسلام بدون ثبت رسمی، امری متعارف و متناسب با ساختار اجتماعی آن عصر بود؛ زیرا محدودبودن جمعیت و شناخت متقابل افراد، زمینهٔ بروز بسیاری از اختلافات را از میان می‌برد. اما در شرایط کنونی، گسترش شهرها، افزایش جمعیت، پیچیدگی روابط اقتصادی و فقدان شناخت متقابل میان اشخاص، موجب شده که عدم تقیید انتقال مالکیت اموال غیرمنقول به ثبت رسمی، امنیت و ثبات نظام معاملاتی را با مخاطره مواجه ساخته و زمینهٔ ورود خسارت به اشخاص، به‌ویژه خریداران، را فراهم آورد. بر همین اساس، تصویب قانون الزام به ثبت رسمی را باید در راستای تأمین نظم عمومی و استقرار امنیت حقوقی در معاملات تحلیل کرد؛ زیرا همواره این احتمال وجود دارد که فروشنده پیش از انعقاد معاملهٔ جدید، ملک را به شخص دیگری منتقل نموده و خریدار بعدی از معاملهٔ نخست بی‌اطلاع باشد.

در چنین فرضی، معاملهٔ دوم در معرض بی‌اعتباری قرار گرفته و خریدار متحمل زیان‌های غیرقابل‌توجهی خواهد شد. افزون بر این، در شرایط تورم، استرداد ثمن نیز جبران‌کنندهٔ موقعیت اقتصادی ازدست‌رفته نخواهد بود؛ زیرا حتی با احتساب کاهش ارزش پول، امکان تحصیل مال مشابه برای خریدار غالباً وجود نخواهد داشت. منشأ چنین خسارتی، فقدان نظام حقوقی مؤثری است که انتقال مالکیت اموال غیرمنقول را به ثبت رسمی و متمرکز مقید سازد. درصورتی‌که ثبت رسمی، شرط انتقال مالکیت شناخته شود، مالک رسمی از حیث قانونی واجد حمایت خواهد بود و بسیاری از آثار زیان‌بار، از جمله معاملات معارض، افزایش دعاوی ملکی، جرایم مرتبط با املاک، دشواری اجرای احکام، اطالهٔ دادرسی، سوءاستفاده‌های حقوقی، مخاطرات اخلاقی، معاملات صوری و افزایش هزینه‌های معاملاتی، تا حد زیادی مرتفع خواهد شد. در مقابل، عدم شناسایی ثبت رسمی به‌عنوان قید انتقال مالکیت، در اوضاع و احوال کنونی، احتمال ورود ضرر به اشخاص و جامعه را به‌نحو چشمگیری افزایش می‌دهد. در همین راستا، امام خمینی در پاسخ به استفتایی پیرامون حدود اختیارات مجلس شورای اسلامی، تصریح فرموده‌اند: هر آنچه در حفظ نظام دخالت داشته و ضرورت آن احراز شود، مجلس شورای اسلامی مجاز به تصویب آن است (خمینی، ۱۴۲۲، ج. ۳، ص. ۵۱۰). این فتوا را می‌توان مبتنی بر قواعدی همچون نفی عسر و حرج و قاعدهٔ لاضرر دانست. همچنین، فقها بر این باورند که احکام اسلامی بر پایهٔ حفظ نظام و جلوگیری از اختلال در آن تشریع شده و در موارد متعدد، این مبنا را در توجیه احکام عبادی (ابن‌فهد حلی، ۱۴۰۷، ج. ۱، ص. ۴۰۲) و نیز احکام غیرعبادی (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج. ۱۲، ص. ۱۸) مورد استناد قرار داده‌اند. بر این اساس، حفظ نظام و جلوگیری از اختلال در شئون اجتماعی، می‌تواند مستند مشروعیت صدور اوامر و مقررات حکومتی از سوی حکومت اسلامی باشد (خمینی، ۱۴۲۱، ج. ۲، ص. ۶۲۰). بااین‌همه، چنین مبنایی به‌معنای جعل حکم شرعی جدید خارج از چهارچوب احکام تشریعی الهی نیست (منتظری،

۱۴۱۷، ص. ۲۳۴)؛ بلکه مفاد آن، لزوم اتخاذ تدابیر و تمهیداتی است که تحقق «حفظ نظام» به‌عنوان یک واجب، منوط به آن‌ها باشد.

طبق این مبنا، می‌توان گفت هرگاه در شرایط کنونی، حفظ نظام اجتماعی و انتظام روابط اقتصادی، متوقف بر استقرار نظام ثبت رسمی باشد، به‌گونه‌ای که آثار مالکیت، اعم از مرحلهٔ ثبوت و اثبات، بر آن مترتب گردد، حکومت اسلامی می‌تواند با وجود اعتبار شرعی سند عادی، به استناد مصلحت عمومی و با هدف جلوگیری از تعارضات حقوقی، سوءاستفاده‌های مالی، تأمین امنیت معاملات و صیانت از حقوق عمومی، ثبت رسمی بیع اموال غیرمنقول را در قالب مقررات الزام‌آور پیش‌بینی نماید. این تحلیل با فتوای منقول از مرحوم امام خمینی نیز سازگار است (گلپایگانی، ۱۴۰۹، ج. ۳، ص. ۲۱۴). در همین راستا، از یکی از مراجع معاصر سؤال شده: آیا دولت اسلامی می‌تواند صحت برخی از عقود را منوط به تشریفات خاصی نماید؟ ایشان در پاسخ فرموده‌اند: «دولت اسلامی مانند سایر دول حق چنین کاری ندارد، مگر با اذن فقیه جامع‌الشرایط، آن هم درصورتی‌که بر ترک آن مفاسد مهمی مترتب شود که در فقه از آن تعبیر به اختلال نظام می‌کنند» (روحانی، ۱۳۹۲، ج. ۱، ص. ۴۴).

با توجه به مباحث پیش‌گفته، به نظر می‌رسد تعارض ظاهری میان نظام فقهیِ مبتنی بر ایجاب و قبول و نظام حقوقیِ مبتنی بر ثبت رسمی، از طریق تفکیک میان مرحلهٔ «ثبوت و صحت معامله» و مرحلهٔ «اثبات و قابلیت استناد در مراجع رسمی» قابل جمع باشد. براساس مبانی فقهی، تحقق عقد با اجتماع شرایط شرعی، از جمله ایجاب، قبول و تراضی متعاملان، موجب انتقال مالکیت است؛ اما قانون‌گذار به‌منظور صیانت از نظم عمومی، تضمین امنیت حقوقی معاملات و جلوگیری از اختلال در نظام معاملاتی، ثبت رسمی را به‌عنوان شرط قابلیت استناد و حمایت قانونی مقرر کرده است. بدین ترتیب، الزام قانونی به ثبت، نه در مقام نفی صحت شرعی عقد، بلکه در مقام تنظیم آثار اثباتی و تضمین امنیت روابط حقوقی قابل تحلیل است.

از این منظر، می‌توان گفت مقصود قانون‌گذار از الزام به ثبت بیع اموال غیرمنقول، ناظر به مرحلهٔ اثبات و قابلیت استناد رسمی است، نه مرحلهٔ ثبوت و تحقق عقد؛ به بیان دیگر، ثبت رسمی وسیلهٔ اثبات و تثبیت مالکیت محسوب می‌شود و فی‌نفسه در تحقق انتقال مالکیت نقش تأسیسی ندارد. بنابراین، این حکم نه‌تنها با اصل فقهی صحت بیع بر پایهٔ ایجاب و قبول منافاتی ندارد، بلکه به‌منزلهٔ سازوکاری تکمیلی در جهت استقرار نظم، امنیت و ثبات در روابط معاملاتی قابل توجیه است (محقق داماد، ۱۳۹۸، ج. ۱، صص. ۱۱۰-۱۱۱). بر این اساس، پذیرش این تحلیل، امکان جمع میان حکم فقهیِ مبتنی بر صحت بیع با صرف ایجاب و قبول و حکم قانونیِ ناظر به الزام ثبت رسمی را فراهم می‌آورد؛ به‌نحوی که ضمن حفظ اصالت مبانی فقه امامیه در تحقق عقد، الزامات نظام حقوقی معاصر نیز تأمین شده و از بروز تعارضات عملی، افزایش دعاوی و اخلال در امنیت معاملات جلوگیری خواهد شد.

نتیجه‌گیری

براساس آنچه بیان شد، می‌توان تقابل و تضاد نظام فقهی و حقوقی در ثبت و عدم ثبت بیع اموال غیرمنقول و انتقال مالکیت را به تعامل مبدل کرد و آن عبارت است از تفکیک بین مرحلهٔ صحت معامله و قابلیت استناد

رسمی. بدین مفهوم که معامله و انتقال مالکیت با انعقاد عقد واقع می‌شود (حکم فقهی)؛ اما به‌منظور تأمین نظم اجتماعی و جلوگیری از هرج‌ومرج و اختلال در نظام معاملاتی، مقتضی ثبت رسمی بیع اموال غیرمنقول است (حکم قانونی). همچنین مراد قانون‌گذار از الزام به ثبت را حمل بر مرحلهٔ اثبات کرد و نه ثبوت و در غیر این صورت تضاد بین نظام فقهی و حقوقی کماکان باقی خواهد ماند و نزاع‌های فکری در دادگاه‌ها و دادرسی‌ها همچنان استمرار خواهند داشت. تأسیس مجمع ناشی از الزام به ثبت بیع اموال غیرمنقول مبتنی بر قاعدهٔ لاضرر و عسر و حرج و به‌منظور پایان‌دادن و رفع نزاع‌های فکری و اندیشه‌ای بود که چند دهه دامن‌گیر دستگاه قضایی شد. در نهایت با پذیرفتن این دیدگاه می‌توان گام مهمی به‌سوی تأمین نیازهای حقوق مدرن برداشت و روش نظام ثبتی را جهت اثبات و شناسایی مالکیت به رسمیت شناخت؛ زیرا امروزه حفظ نظام مسلمین و معاش آن‌ها می‌بایست متوقف بر حکمی باشد که حاکم یا حکومت اسلامی می‌تواند دستورات و مقرراتی را برای حفظ آن وضع و جعل کند. این احکام از سنخ حکم حکومتی است و محدود به موضوع و شرایط زمانی و مکانی خواهند بود و بایسته است قانون‌گذار اسلامی طبق نظر عرف و رسوم معاملات زمان خویش را در قانون‌گذاری نیز لحاظ نماید تا بتوان قانونی متناسب با نیازهای عصر مدرن وضع و تصویب نمود.

منابع

ابن ادریس حلی، محمد بن منصور. (۱۴۱۰). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: انتشارات اسلامی.

اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۲۳). فقه القضاء. بی‌جا: بی‌نا.

اقبالی افشار، شهاب. (۱۳۸۰). تفسیر و توضیح ماده ۲۲ قانون ثبت. مجله کانون سردفتران و دفتریاران، (۲۰).

انصاری، مرتضی. (۱۳۸۷). کتاب المکاسب. قم: مجمع الفکر الاسلامی.

بهجت، محمدتقی. (۱۴۲۸). استفتائات. قم: دفتر آیت‌الله بهجت.

تبریزی، جواد. (۱۳۹۹). ارشاد الطالب. قم: مهر.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۹). دانشنامه حقوقی. تهران: گنج دانش.

حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳). قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: انتشارات اسلامی.

حلی، نجم‌الدین. (۱۴۰۸). شرائع الاسلام. قم: اسماعیلیان.

خامنه‌ای، سید علی. (۱۴۲۰). اجوبة الاستفتائات (بالعربیة). بیروت: دار الاسلامیة.

خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۲۱). کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۲۲). استفتائات. قم: انتشارات اسلامی.

خویی، سید ابوالقاسم. (۱۳۷۷). مصباح الفقاهة. قم: داوری.

دفتری، احمد متین. (۱۳۷۸). آیین دادرسی مدنی و بازرگانی. تهران: مجد.

روحانی، محمدصادق. (۱۳۹۲). استفتائات قضایی. قم: کلبه شروق.

سبحانی، جعفر. (۱۴۱۸). رسالة فی تأثیر الزمان و المکان علی استنباط الاحکام. قم: مؤسسه امام صادق (ع).

شعرانی، ابوالحسن. (۱۴۱۹). تبصرة المتعلمین فی احکام الدین. تهران: منشورات اسلامیه.

شهری، غلامرضا. (۱۳۹۷). حقوق ثبت اسناد و املاک. تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی.

شهری، غلامرضا و خرازی، محمد. (۱۳۸۰). مجموعه نظرهای مشورتی اداره کل حقوقی تدوین قوانین قوه قضائیه در مسائل مدنی از سال ۱۳۶۳-۱۳۸۰. تهران: انتشارات روزنامه رسمی.

شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۷). الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة. قم: انتشارات اسلامی.

شهید ثانی، زین‌الدین. (۱۴۱۳). مسالک الافهام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.

شهید ثانی، زین‌الدین. (۱۴۲۱). رسائل الشهید الثانی (ط- الحدیثة). قم: انتشارات اسلامی.

شهیدی، مهدی. (۱۳۸۵). مجموعه مقالات. تهران: مجد.

صفایی، سید حسین. (۱۴۰۰). حقوق مدنی. تهران: میزان.

صفی‌زاده، سروش. (۱۴۰۱). جایگاه ثبت در انتقال قراردادی اموال غیرمنقول در ایران؛ مطالعه تطبیقی با حقوق انگلستان، سوئیس و فرانسه. مجله حقوقی دادگستری، (۱۱۸).

طرابلسی، ابن‌براج. (۱۴۰۶). المهذب. قم: انتشارات اسلامی.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷). الخلاف. قم: انتشارات اسلامی.

فاضل لنکرانی، محمدجواد. (۱۳۹۶). نسبت فقه و قانون (بیانات در نشست علمی مؤسسه مفتاح کرامت، ۳۰ فروردین).

فضل‌الله، محمدحسین. (۱۴۲۲). فقه الشریعة. بیروت: دار الملاک.

فیض کاشانی، محمد بن شاه‌مرتضی (ملامحسن). (بی‌تا). مفاتیح الشرائع. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.

فیومی، احمد بن محمد. (بی‌تا). المصباح المنیر. قم: دار الرضی.
قاسمی، محسن. (۱۳۸۲). انتقال مالکیت در بیع. تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).
قمی، ابوالقاسم. (۱۳۷۱). جامع الشتات. تهران: کیهان.
کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۱). توجیه و نقد رویه قضایی. تهران: میزان.
کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۳). دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ عقد و ایقاع. تهران: سهامی انتشار.
کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۵). قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار.
کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۶). عقود معین. تهران: شرکت سهامی انتشار.
کاشانی، سید محمود. (۱۳۵۴). نظریه تقلب نسبت به قانون (حیل). بی‌جا: بی‌نا.
کاشانی، سید محمود. (۱۳۸۵). قولنامه. ماهنامه قضاوت، (۴۲).
کاشف‌الغطاء، محمدحسین. (۱۳۵۹). تحریر المجلة. نجف: المکتبة المرتضویة.
کاظمی، جواد بن سعد. (بی‌تا). مسالک الافهام إلی آیات الاحکام. بی‌جا: بی‌نا.
کافی، محمد بن یعقوب. (۱۳۶۳). اصول کافی. تهران: دار الکتب الاسلامیة.
گلپایگانی، سید محمدرضا. (۱۴۱۳). کتاب القضاء. قم: دار القرآن الکریم.
لطفیان، حسین. (۱۳۷۰). قولنامه. تهران: انتشارات روزنامه رسمی.
محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۸). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البیت (ع).
محمدی، سام. (بی‌تا). نقدی بر رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲-۱۳۸۳/۱۰/۱؛ نقش سند رسمی در معاملات اموال غیرمنقول. مجله حقوقی عدلیه، بی‌شماره.
منتظری، حسین‌علی. (۱۴۱۷). نظام الحکم فی الاسلام. قم: نشر سرایی.
میراحمدی‌زاده، مصطفی. (۱۳۸۰). رابطه فقه و حقوق. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
میرزای قمی، ابوالقاسم. (۱۴۲۸). رسائل. قم: انتشارات اسلامی.
نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴). جواهر الکلام. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
نراقی، احمد. (۱۴۱۵). مستند الشیعة. قم: مؤسسه آل البیت (ع).
نوبخت، یوسف. (۱۳۷۰). اندیشه‌های قضایی. تهران: کیهان.
هاشمی، سید احمد. (۱۳۷۳-۱۳۷۴). حقوق ثبت (جزوه درسی). تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۳۲). موسوعة الفقه الاسلامی المقارن. قم: مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت (ع).
هوشمندی، سجاد و همکاران. (۱۴۰۲). مطالعه تطبیقی نظام انتقال مالکیت اموال غیرمنقول در حقوق ایران و آلمان. فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۲۷(۳).

References

Ibn Idrīs al-Ḥillī, Muḥammad ibn Manṣūr. (1410 AH [1989/1990 CE]). *Al-Sarāʾir al-ḥāwī li-taḥrīr al-fatāwá*. Qom: Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)
Ardabīlī, Sayyid ʿAbd al-Karīm. (1423 AH [2002/2003 CE]). *Fiqh al-qaḍāʾ*. n.p.: n.p. (in Arabic)

Iqbālī Afshār, Shahāb. (1380 SH [2001/2002 CE]). Tafsīr va tawḍīḥ-i māddah-ʾi 22 qānūn-i thabt [Interpretation and explanation of Article 22 of the Registration Law]. *Majallah-ʾi Kānūn-i Sardaftarān va Daftaryārān*, (20). (in Persian)

Anṣārī, Murtaḍá. (1387 SH [2008/2009 CE]). *Kitāb al-makāsib*. Qom: Majmaʿ al-Fikr al-Islāmī. (in Arabic)

Bahjat, Muḥammad Taqī. (1428 AH [2007/2008 CE]). *Istiftāʾāt* [Legal inquiries]. Qom: Daftār-i Āyat Allāh Bahjat. (in Persian)

Tabrīzī, Jawād. (1399 SH [2020/2021 CE]). *Irshād al-ṭālib*. Qom: Mihr. (in Arabic)

Jaʿfarī Langarūdī, Muḥammad Jaʿfar. (1399 SH [2020/2021 CE]). *Dānishnāmah-ʾi ḥuqūqī* [Legal encyclopedia]. Tehran: Ganj-i Dānish. (in Persian)

Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Qawāʿid al-aḥkām fī maʿrifat al-ḥalāl wa-al-ḥarām*. Qom: Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)

Ḥillī, Najm al-Dīn. (1408 AH [1987/1988 CE]). *Sharāʾiʿ al-Islām*. Qom: Ismāʿīliyān. (in Arabic)

Khāminihʾī, Sayyid ʿAlī. (1420 AH [1999/2000 CE]). *Ajwibat al-istiftāʾāt (bi-al-ʿArabiyyah)*. Beirut: Dār al-Islāmiyyah. (in Arabic)

Khumaynī, Sayyid Rūḥ Allāh. (1421 AH [2000/2001 CE]). *Kitāb al-bayʿ*. Tehran: Muʾassasah-ʾi Tanẓīm va Nashr-i Āthār-i Imām Khumaynī. (in Arabic)

Khumaynī, Sayyid Rūḥ Allāh. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Istiftāʾāt* [Legal inquiries]. Qom: Intishārāt-i Islāmī. (in Persian)

Khūʾī, Sayyid Abū al-Qāsim. (1377 SH [1998/1999 CE]). *Miṣbāḥ al-faqāhah*. Qom: Dāvarī. (in Arabic)

Daftārī, Aḥmad Matīn. (1378 SH [1999/2000 CE]). *Āyīn-i dādrasī-yi madanī va bāzargānī* [Civil and commercial procedure]. Tehran: Majd. (in Persian)

Rūḥānī, Muḥammad Ṣādiq. (1392 SH [2013/2014 CE]). *Istiftāʾāt-i qaḍāʾī* [Judicial inquiries]. Qom: Kulbah-ʾi Shurūq. (in Persian)

Subḥānī, Jaʿfar. (1418 AH [1997/1998 CE]). *Risālah fī taʾthīr al-zamān wa-al-makān ʿalá istinbāṭ al-aḥkām*. Qom: Muʾassasah-ʾi Imām Ṣādiq (ʿa). (in Arabic)

Shaʿrānī, Abū al-Ḥasan. (1419 AH [1998/1999 CE]). *Tabṣirat al-mutaʿallimīn fī aḥkām al-dīn*. Tehran: Manshūrāt-i Islāmiyyah. (in Arabic)

Shahrī, Ghulām-Riḍā. (1397 SH [2018/2019 CE]). *Ḥuqūq-i thabt-i asnād va amlāk* [Real estate and document registration law]. Tehran: Intishārāt-i Jihād-i Dānishgāhī. (in Persian)

Shahrī, Ghulām-Riḍā, & Muḥammad Kharāzī. (1380 SH [2001/2002 CE]). *Majmūʿah-ʾi naẓar-hā-yi mashviratī-yi Idārah-ʾi Kull-i Ḥuqūqī-yi Tadvīn-i Qavānīn-i Quvvah-ʾi Qaḍāʾiyyah dar masāʾil-i madanī az sāl-i 1363–1380* [Collection of advisory opinions of the Legal Bureau of the Judiciary in civil matters from 1984 to 2001]. Tehran: Intishārāt-i Rūznāmah-ʾi Rasmī. (in Persian)

Shahīd-i Avval, Muḥammad ibn Makkī. (1417 AH [1996/1997 CE]). *Al-Durūs al-sharʿiyyah fī fiqh al-Imāmiyyah*. Qom: Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)

Shahīd-i Thānī, Zayn al-Dīn. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Masālik al-afhām*. Qom: Muʾassasat al-Maʿārif al-Islāmiyyah. (in Arabic)

Shahīd-i Thānī, Zayn al-Dīn. (1421 AH [2000/2001 CE]). *Rasāʾil al-Shahīd al-Thānī (al-ṭabʿah al-ḥadīthah)*. Qom: Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)

Shahīdī, Mahdī. (1385 SH [2006/2007 CE]). *Majmūʿah-ʾi maqālāt* [Collected essays]. Tehran: Majd. (in Persian)

Ṣafāʾī, Sayyid Ḥusayn. (1400 SH [2021/2022 CE]). *Ḥuqūq-i madanī* [Civil law]. Tehran: Mīzān. (in Persian)

Ṣafīzādah, Surūsh. (1401 SH [2022/2023 CE]). Jāygāh-i thabt dar intiqāl-i qarārdādī-yi amvāl-i ghayr-i manqūl dar Īrān; muṭālaʿah-ʾi taṭbīqī bā ḥuqūq-i Ingilistān, Suʾīs va Farānsah [The status of registration in the contractual transfer of immovable property in Iran; a comparative study with English, Swiss, and French law]. *Majallah-ʾi Ḥuqūqī-yi Dādgustarī*, (118). (in Persian)

Ṭarābulusī, Ibn Barrāj. (1406 AH [1985/1986 CE]). *Al-Muhadhdhab*. Qom: Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)

Ṭūsī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. (1407 AH [1986/1987 CE]). *Al-Khilāf*. Qom: Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)

Fāḍil Lankarānī, Muḥammad-Javād. (1396 SH [2017/2018 CE]). *Nisbat-i fiqh va qānūn (bayānāt dar nishast-i ʿilmī-yi Muʾassasah-ʾi Miftāḥ-i Karāmat, 30 Farvardīn)* [The relationship between jurisprudence and law]. (in Persian)

Faḍl Allāh, Muḥammad Ḥusayn. (1422 AH [2001/2002 CE]). *Fiqh al-sharīʿah*. Beirut: Dār al-Malāk. (in Arabic)

Fayḍ-i Kāshānī, Muḥammad ibn Shāh-Murtaḍá (Mullā Muḥsin). (n.d.). *Mafātīḥ al-sharāʾiʿ*. Qom: Kitābkhānah-ʾi Āyat Allāh Marʿashī Najafī. (in Arabic)

Fayyūmī, Aḥmad ibn Muḥammad. (n.d.). *Al-Miṣbāḥ al-munīr*. Qom: Dār al-Raḍī. (in Arabic)

Qāsimī, Muḥsin. (1382 SH [2003/2004 CE]). *Intiqāl-i mālikiyyat dar bayʿ* [Transfer of ownership in sale]. Tehran: Intishārāt-i Dānishgāh-i Imām Ṣādiq (ʿa). (in Persian)

Qumī, Abū al-Qāsim. (1371 SH [1992/1993 CE]). *Jāmiʿ al-shatāt*. Tehran: Kayhān. (in Persian)

Kātūziyān, Nāṣir. (1381 SH [2002/2003 CE]). *Tawjīh va naqd-i ravīyyah-ʾi qaḍāʾī* [Justification and critique of judicial precedent]. Tehran: Mīzān. (in Persian)

Kātūziyān, Nāṣir. (1383 SH [2004/2005 CE]). *Dawrah-ʾi muqaddamātī-yi ḥuqūq-i madanī; ʿaqd va īqāʿ* [Introductory course in civil law: Contracts and unilateral legal acts]. Tehran: Sahāmī-yi Intishār. (in Persian)

Kātūziyān, Nāṣir. (1395 SH [2016/2017 CE]). *Qavāʿid-i ʿumūmī-yi qarārdād-hā* [General principles of contracts]. Tehran: Shirkat-i Sahāmī-yi Intishār. (in Persian)

Kātūziyān, Nāṣir. (1396 SH [2017/2018 CE]). *ʿUqūd-i muʿayyan* [Specific contracts]. Tehran: Shirkat-i Sahāmī-yi Intishār. (in Persian)

Kāshānī, Sayyid Maḥmūd. (1354 SH [1975/1976 CE]). *Naẓariyyah-ʾi taqallub nisbat bih qānūn (ḥiyal)* [Theory of evasion of the law (fraus legis)]. n.p.: n.p. (in Persian)

Kāshānī, Sayyid Maḥmūd. (1385 SH [2006/2007 CE]). Qawlnāmah [Preliminary contracts of sale]. *Māhnāmah-ʾi Qaḍāvat*, (42). (in Persian)

Kāshif al-Ghiṭāʾ, Muḥammad Ḥusayn. (1359 AH [1940/1941 CE]). *Taḥrīr al-Majallah*. Najaf: Al-Maktabah al-Murtaḍawiyyah. (in Arabic)

Kāẓimī, Jawād ibn Saʿd. (n.d.). *Masālik al-afhām ilá āyāt al-aḥkām*. n.p.: n.p. (in Arabic)

Kulaynī [Kāfī], Muḥammad ibn Yaʿqūb. (1363 SH [1984/1985 CE]). *Uṣūl al-Kāfī*. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyyah. (in Arabic)

Gulpāyigānī, Sayyid Muḥammad Riḍā. (1413 AH [1992/1993 CE]). *Kitāb al-qaḍāʾ*. Qom: Dār al-Qurʾān al-Karīm. (in Arabic)

Luṭfiyān, Ḥusayn. (1370 SH [1991/1992 CE]). *Qawlnāmah* [Preliminary contracts of sale]. Tehran: Intishārāt-i Rūznāmah-ʾi Rasmī. (in Persian)

Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafá. (1398 SH [2019/2020 CE]). *Naẓariyyah-ʾi ʿumūmī-yi shurūṭ va iltizāmāt dar ḥuqūq-i Islāmī* [General theory of conditions and obligations in Islamic law]. Tehran: Markaz-i Nashr-i ʿUlūm-i Islāmī. (in Persian)

Muḥaqqiq al-Karakī, ʿAlī ibn al-Ḥusayn. (1414 AH [1993/1994 CE]). *Jāmiʿ al-maqāṣid fī sharḥ al-Qawāʿid*. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt (ʿa). (in Arabic)

Muḥammadī, Sām. (n.d.). Naqdī bar raʾy-i vaḥdat-i ravīyyah-ʾi shumārah-ʾi 672-1/10/1383; naqsh-i sanad-i rasmī dar muʿāmalāt-i amvāl-i ghayr-i manqūl [A critique of precedent ruling No. 672 dated 2004/12/21: The role of official deeds in immovable property transactions]. *Majallah-ʾi Ḥuqūqī-yi ʿAdlīyyah*. (in Persian)

Muntaẓirī, Ḥusayn-ʿAlī. (1417 AH [1996/1997 CE]). *Niẓām al-ḥukm fī al-Islām*. Qom: Nashr-i Sarāyī. (in Arabic)

Mīraḥmadīzādah, Muṣṭafá. (1380 SH [2001/2002 CE]). *Rābiṭah-ʾi fiqh va ḥuqūq* [The relationship between jurisprudence and law]. Qom: Daftār-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawzah-ʾi ʿIlmiyyah-ʾi Qum. (in Persian)

Mīrzā-yi Qumī, Abū al-Qāsim. (1428 AH [2007/2008 CE]). *Rasāʾil*. Qom: Intishārāt-i Islāmī. (in Arabic)

Najafī, Muḥammad Ḥasan. (1404 AH [1983/1984 CE]). *Jawāhir al-kalām*. Beirut: Dār Iḥyāʾ al-Turāth al-ʿArabī. (in Arabic)

Narāqī, Aḥmad. (1415 AH [1994/1995 CE]). *Mustanad al-Shīʿah*. Qom: Muʾassasat Āl al-Bayt (ʿa). (in Arabic)

Nawbakht, Yūsuf. (1370 SH [1991/1992 CE]). *Andīshah-hā-yi qaḍāʾī* [Judicial thoughts]. Tehran: Kayhān. (in Persian)

Hāshimī, Sayyid Aḥmad. (1373–1374 SH [1994–1996 CE]). *Ḥuqūq-i thabt* [Registration law] (Course syllabus). Tehran: Dānishgāh-i Imām Ṣādiq (ʿa). (in Persian)

Hāshimī Shāhrūdī, Sayyid Maḥmūd. (1432 AH [2010/2011 CE]). *Mawsūʿat al-fiqh al-Islāmī al-muqāran*. Qom: Muʾassasah-ʾi Dāʾirat al-Maʿārif-i Fiqh-i Islāmī bar Madhhab-i Ahl-i Bayt (ʿa). (in Arabic)

Hūshmandī, Sajjād, et al. (1402 SH [2023/2024 CE]). Muṭālaʿah-ʾi taṭbīqī-yi niẓām-i intiqāl-i mālikiyyat-i amvāl-i ghayr-i manqūl dar ḥuqūq-i Īrān va Ālmān [A comparative study of the system of ownership transfer of immovable property in Iranian and German law]. *Faṣlnāmah-ʾi Pizhūhish-hā-yi Ḥuqūq-i Taṭbīqī*, 27(3). (in Persian)

Heinze, C. (2018). Die Rechte des Eigentümers bei Pflichtverletzungen im Eigentümer-Nießbraucher-Verhältnis. *Zeitschrift für die Notarpraxis*, *22*(9), 305–311.

Table of Contents

Diminished Criminal Responsibility Due to Mental Disorders Short of Insanity: An Imamī-Ḥanafī Jurisprudential Study with Reference to Positive Law / 5
Sayyed Abdulbasir Hosseini, Abbas Sheikholeslami & Muhammad Bagher Gerayeli

Resolving the Conflict Between Prior Ownership and Present Possession in Jurisprudence, Law, and Judicial Practice / 33
Hamed Khubyari, Seyyed Mohammad Sadeq Tabatabaei & Seyyed Mohsen Atashipour

"Reputational Harm" as the Core of Criminal Defamation in Iranian Criminal Law / 57
Mojtabi Malekafzali Ardakani & Bahare Karami

Critical Analysis of Proving Zinā by Video Evidence in Islamic Jurisprudence and Positive Law: Reconsidering Articles 160, 161, 162, 211, and 212 of the Islamic Penal Code / 79
Muhammad Kazem Tavakkoli Eslami, Seyed Mahmoud Halataee & Muhammad Reza Rasouli

The Jurisprudential Ruling on Uterus Transplantation in the Foundations of the Two Major Islamic Traditions / 109
Fathollah Ghorbani & Mohammad Rezaei

Fiqhi Capacities of Islamic Society for Community-Based Prevention of the Economic Preconditions of Crime / 139
Davood Saeedi & Karim Kokhaizadeh

Participatory Democracy in Environmental Practice in Light of Fiqhi Maxims / 161
Atieh Khakshour-Nia & Mohammad Jalali

The Influence of the Ahl al-Bayt on Sunni Rules of Juristic Inference / 191
Habibullah Rezaei, Morteza Norouzi & Hassan Ali Akhlaghi Amiri

The Theory of Modernization in Islamic Thought and Collective Revival; A Study from the Perspective of Philosophy of Religion and Jurisprudence / 217
Mohammadkhaled Nabinia

Operational Roles of Lawyers in the Implementation of Restorative Justice: An Approach for Iranian Criminal Policy / 249
Ahmad Khodashenas & Hossein Thanavi

A Critical Examination of the Fiqhi Foundations of Article 189 of the Islamic Penal Code / 273
Faramarz Fakhremaani & Morteza Rahimi

Publicizing an Offender as a Protective-Precautionary Measure: Its Rationale and Temporal Scope / 299
Kazem Khosravi

Fiqhi Maxims Governing Convergence between Islamic and Non-Islamic States / 321
Ghulam Sakhi Jawadi, Hossein Arjini & Sayed Abdul Qaium Sajjadi

Foundations, Scope, and Mechanisms for Supporting the World's Oppressed in the Legal System of the Islamic Republic of Iran and the Jurisprudence of Islamic Schools / 347
Seyyed Ali Mohammad Hosseini-Nejad, Seyyed Ahmad Habib-Nejad & Hossein Javan-Arasteh

Duality of Ownership: An Analysis of the Conflict Between Jurisprudential Foundations and Official Registration Requirements in Immovable Property Transfer / 377
Naser Nikkho Amiri, Ali Jahanian, Seiamak Qiasi Sarki, Mohsen Mahdian

Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law

Vol. 20, No. 1, Issue 53,
Spring & Summer 2026

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, 7th Floor, Shahid Modarres Blvd., Mashhad, Iran

Phone: (+98)51-32211821
Fax: (+98)51-32217167
Postal Code: 9133936316

Publisher: Al-Mustafa International University
Place of Publication: Al-Mustafa International University, Khorasan
Director-in-Charge: Ruhollah Saeedi Fazel
Editor in Chief: Karim Abdollahi Nejad

Editorial Board:
Karim Abdollahi Nejad
(Professor, Ferdowsi University of Mashhad)
Muhammad Faker Meybodi
(Professor, Al-Mustafa International University)
Mohsen Malek Afzali Ardakani
(Professor, Al-Mustafa International University)
Hossein Hatami
(Professor, Teejart University, Istanbul)
Yaqoub Ali Borji
(Associate Professor, Al-Mustafa International University)
Muhammad Ali Khorsandiyan
(Associate Professor, Shiraz University)
Abbas Ali Soltani
(Associate Professor, Ferdowsi University of Mashhad)

Scope of the Journal

This journal focuses on Islamic jurisprudence (Fiqh), promoting scholarly research and critical analysis of contemporary jurisprudential and legal issues, particularly within the Islamic world.

Scientific Accreditation

This journal was accredited by the Ministry of Science, Research, and Technology under letter No. 64862/18/3 (June 27, 2015) and has held scientific ranking since Issue No. 28.

This journal collaborates with the Scientific Association of Fiqh and Citizenship Rights.

The views expressed in this journal do not necessarily reflect those of the editorial board.
The journal reserves the right to edit all submitted manuscripts.
Content from this journal may be reproduced with proper citation.

Indexing & Abstracting:
Islamic World Science Citation Center (ISC) (*isc.ac*)
Al-Mustafa International University Journals Database (*journals.miu.ac.ir*)
EBSCO Research Databases *(ebsco.com)*
Directory of Open Access Journals (DOAJ) (*doaj.org*)
Noor Specialized Journals Database (*noormags.ir*)
Scientific Information Database of Jahad-e-Daneshgahi (SID) (sid.ir)
Magiran (Iranian Journal Database) (*magiran.com*)
Google Scholar (*scholar.google.com*)