



فقه

فصلنامه علمی - پژوهشی

سال سی و یکم، شماره چهارم، زمستان ۱۴۰۳

۱۲۰

صاحب‌امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم
پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی (پژوهشکده فقه و حقوق)
مدیر مسئول: عبدالرضا ایزدپناه
سر‌دبیر: رضا اسفندیاری (اسلامی)
مدیر اجرایی: عبدالصمد علی‌آبادی

مجله علمی

۱. فصلنامه فقه در پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC)؛ بانک اطلاعات نشریات کشور (Magiran.com)؛ پایگاه مجلات تخصصی نور (Noormags.ir)؛ پایگاه استنادی سیویلیکا (www.civilica.com)؛ مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID)؛ پرتال جامع علوم انسانی (ensani.ir)؛ پایگاه (Google Scholar) نمایه و در سامانه نشریه: (jf.isca.ac.ir)؛ کتابخوان همراه پژوهان (pajooahan.ir) و پرتال نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (http://journals.dte.ir) بارگذاری می‌شود.

۲. به استناد ماده واحده مصوبه جلسه ۶۲۵ مورخ ۱۳۸۷/۰۳/۲۱ شورای عالی انقلاب فرهنگی «مصوبات شورای عالی حوزه علمیه قم در خصوص اعطای امتیاز علمی، تأسیس انجمن‌های علمی، قطب‌های علمی و واحدهای پژوهشی و همچنین امتیازات کرسی‌های نظریه‌پردازی، نقد و مناظره و آزاداندیشی در حوزه، دارای اعتبار رسمی بوده و موجد امتیازات قانونی در دانشگاه‌ها و حوزه‌های علمیه می‌باشد».

فصلنامه فقه در پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC)؛ بانک اطلاعات نشریات کشور (Magiran.com)؛ پایگاه مجلات تخصصی نور (Noormags.ir)؛ پایگاه استنادی سیویلیکا (www.civilica.com)؛ مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID)؛ پرتال جامع علوم انسانی (ensani.ir)؛ پایگاه (Google Scholar) نمایه و در سامانه نشریه: (jf.isca.ac.ir)؛ کتابخوان همراه پژوهان (pajooahan.ir) و پرتال نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (http://journals.dte.ir) بارگذاری می‌شود.

هیئت تحریریه در اصلاح و ویرایش مقاله‌ها آزاد است. • دیدگاه‌های مطرح‌شده در مقالات صرفاً نظر نویسندگان محترم آنهاست. نشانی: قم، پردیسان، انتهای بلوار دانشگاه، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، طبقه همکف، اداره نشریات.



صندوق پستی: ۳۶۸۸ / ۳۷۱۸۵ * تلفن: ۰۲۵-۳۱۱۵۶۹۱۲
رایانامه: Feqh.osul@gmail.com * آدرس سامانه: Jf.isca.ac.ir
چاپ: مؤسسه بوستان کتاب قیمت: ۸۰۰۰۰ تومان

اعضای هیئت تحریریه

(به ترتیب حروف الفبا)

سید محمدرضی آصف آگاه

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

اسماعیل آقابابائی بنی

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سید احمد حسینی

(عضو شورای نگهبان و مجلس خبرگان رهبری)

عبدالرضا ایزدپناه

(عضو هیئت امنای دفتر تبلیغات اسلامی)

سید احمد حسینی

(عضو شورای نگهبان و مجلس خبرگان رهبری)

محمدعلی خادمی کوشا

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سیدعباس صالحی

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سیف‌الله صرامی

(دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

احمد مبلغی

(عضو مجلس خبرگان رهبری)

محمدحسن نجفی‌راد

(استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

داوران این شماره

اسماعیل آقابابائی بنی، رضا اسفندیاری، سیدمرتضی خاتمی سبزواری، هادی خوشنودی، احمد دیلمی، اسداله رضایی، عادل ساریخانی، محمدجعفر صادق پور، سیف‌الله صرامی، حسنعلی علی اکبریان، ماشاله کریمی، حامد رستمی نجف آبادی.

فراخوان دعوت به همکاری

فصلنامه علمی - پژوهشی فقه با بهره‌مندی از ظرفیت‌های علمی و فکری نخبگان حوزوی و دانشگاهی و مراکز علمی و فقهی و با هدف تولید دانش و ترویج یافته‌های پژوهش و آثار دانشمندان در حوزه مباحث فقه استدلالی، قواعد فقهی، موضوع‌شناسی فقهی، دیدگاه‌های جدید فقه‌های مذاهب و پاسخ به مسئله‌ها و نیازها و بازنشر تازه‌های مطالعات نوین فقهی از سوی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی (پژوهشکده فقه و حقوق) به صورت دیجیتال منتشر می‌شود.

اهداف فصلنامه علمی - پژوهشی «فقه»

۱. توسعه و تعمیق مباحث فقهی
۲. تبیین روش‌های اجتهادی و تحول و تکامل بخشی به شیوه‌های اجتهاد
۳. نقد و بررسی آراء و انظار فقیهان بزرگ در جهت پیشبرد مباحث فقهی
۴. پاسخ‌گویی به نیازهای نظام اسلامی و ارائه الگوی مناسب برای مباحث فقهی
۵. ارتباط بخشی میان حوزه و مراکز علمی دیگر در جهت توانمندسازی دانش فقه
۶. آزاداندیشی و استفاده از ظرفیت نخبگان حوزوی و دانشگاهی در جهت ارتقاء سطح گفت‌وگوهای علمی

اولویت‌های پژوهشی و رویکردهای اساسی فصلنامه علمی - پژوهشی فقه

۱. روش‌شناسی فقهی و اجتهادی
۲. شناسایی مکاتب و منابع فقهی
۳. توسعه و تعمیق ادله فقهی
۴. بازخوانی تراث فقهی و تنقیح و تهذیب و تکمیل مباحث
۵. تحلیل و نقد دیدگاه‌های خاص فقهی
۶. پاسخ به مسائل جدید فقهی بویژه نیازهای نظام اسلامی در حوزه تقنین و اجرا
۷. موضوع‌شناسی فقهی موضوعات مستحدثه

از کلیه صاحب‌نظران، اساتید و پژوهشگران علاقه‌مند دعوت می‌شود تا آثار خود را جهت بررسی و نشر در فصلنامه علمی - پژوهشی فقه بر اساس ضوابط و شرایط مندرج در این فراخوان از طریق سامانه نشریه به آدرس jf.isca.ac.ir ارسال نمایند.

راهنمای تنظیم و ارسال مقالات

شرایط اولیه پذیرش مقاله

- ✓ نشریه فقه در پذیرش با رد و ویرایش علمی و ادبی مقالات، آزاد است.
- ✓ مقالات ارسالی به نشریه فقه نباید قبلا در جای دیگری ارائه یا منتشر شده و یا همزمان جهت انتشار به نشریات دیگر ارسال شده باشند.
- ✓ با توجه به اینکه همه مقالات فارسی ابتدا در سامانه سمیم نور مشابهت یابی می شوند، برای تسریع فرایند داوری بهتر است نویسندگان محترم قبل از ارسال مقاله، از اصالت مقاله خود از طریق این سامانه مطمئن شوند.
- ✓ نشریه فقه از دریافت مقاله مجلد از نویسندگانی که مقاله دیگری در روند بررسی دارند و هنوز منتشر نشده، معذور است.
- ✓ مقاله در محیط Word با پسوند DOCX (با قلم Noorzar نازک ۱۳ برای متن و Times New Roman نازک ۱۰ برای انگلیسی) حروف چینی گردد.

شرایط مقالات استخراج شده از آثار دیگر: چنانچه مقاله مستخرج از هر کدام از موارد ذیل باشد،

نویسنده موظف است اطلاعات دقیق اثر وابسته را ذکر کند. در غیر این صورت در هر مرحله ای که نشریه متوجه عدم اطلاع رسانی نویسنده شود، مطابق مقررات برخورد می کند:

○ **پایان نامه** (عنوان کامل، استاد راهنما، تاریخ دفاع، دانشگاه محل تحصیل)

*** مقاله ارسالی از **دانشجویان (ارشد و دکتری)** به تنهایی قابل پذیرش نبوده و ذکر نام **استاد راهنما** الزامی می باشد.

○ **طرح پژوهشی** (عنوان کامل طرح، تاریخ اجرا، همکاران طرح، سازمان مربوطه)

○ **ارائه شفاهی در همایش و کنگره** (عنوان کامل همایش یا کنگره، تاریخ، سازمان مربوطه)

روند ارسال مقاله به نشریه: نویسندگان باید فقط از طریق بخش ارسال مقاله سامانه نشریه جهت ارسال مقاله

اقدام کنند، به مقالات ارسالی از طریق ایمیل یا ارسال نسخه چاپی ترتیب اثر داده نخواهد شد.

✓ برای ارسال مقاله، نویسنده مسئول باید ابتدا در بخش «**ارسال مقاله**» اقدام به ثبت نام در سامانه نشریه نماید.

✓ نویسندگان باید همه مراحل ارزیابی مقاله را صرفا از طریق صفحه شخصی خود در سامانه مجله دنبال نمایند.

قالب و موضوع مقالات مورد پذیرش

- نشریه فقه فقط مقالاتی را که حاصل دستاوردهای پژوهشی نویسنده و حاوی یافته های جدید است را می پذیرد.
- نشریه فقه از پذیرش مقالات مروری صرف، گردآوری، گزارشی و ترجمه معذور است.

فایل هایی که در زمان ثبت نام نویسنده مسئول باید در سامانه بارگذاری کند:

- ✓ فایل اصل مقاله (بدون مشخصات نویسندگان)
- ✓ فایل مشخصات نویسندگان (به زبان فارسی و انگلیسی)
- ✓ فایل تعهدنامه (با امضای همه نویسندگان)
- ✓ فایل فرم مشابهت یاب مقاله
- ✓ فرم عدم تعارض منافع

تذکر: (ارسال مقاله برای داوری، مشروط به ارسال سه فایل مذکور و ثبت صحیح اطلاعات در سامانه است).
✓ تکمیل و ارسال فرم عدم تعارض منافع، توسط نویسنده مسئول الزامی می‌باشد.

حجم مقاله: واژگان کل مقاله: بین ۵۰۰۰ تا ۷۵۰۰ واژه؛ **کلیدواژه‌ها:** ۴ تا ۸ کلیدواژه؛ **چکیده:** ۱۵۰ تا ۲۰۰

واژه (چکیده باید شامل هدف، مساله یا سوال اصلی پژوهش، روش‌شناسی و نتایج مهم پژوهش باشد).
نحوه درج مشخصات فردی نویسندگان: نویسنده مسئول در آثاری که بیش از یک نویسنده دارند باید حتماً مشخص باشد. عبارت (نویسنده مسئول) جلوی نام نویسنده مورد نظر درج شود. فرستنده مقاله به‌عنوان نویسنده مسئول در نظر گرفته می‌شود و کلیه مکاتبات و اطلاع‌رسانی‌های بعدی با وی صورت می‌گیرد.

وابستگی سازمانی نویسندگان باید دقیق و مطابق با یکی از الگوی های ذیل درج شود:

۱. **اعضای هیات علمی:** رتبه علمی (مربی، استادیار، دانشیار، استاد)، گروه، دانشگاه، شهر، کشور، پست الکترونیکی سازمانی.

۲. **دانشجویان:** دانشجوی (کارشناسی، کارشناسی ارشد، دکتری) رشته تحصیلی، دانشگاه، شهر، کشور، پست الکترونیکی سازمانی.

۳. **افراد و محققان آزاد:** مقطع تحصیلی (کارشناسی، کارشناسی ارشد، دکتری) رشته تحصیلی، سازمان محل خدمت، شهر، کشور، پست الکترونیکی سازمانی.

۴. **طلاب:** سطح (۲، ۳، ۴)، رشته تحصیلی، حوزه علمیه/مدرسه علمیه، شهر، کشور، پست الکترونیکی.

ساختار مقاله: بدنه مقاله باید به ترتیب شامل بخش‌های ذیل باشد:

۱. **عنوان؛**

۲. **چکیده فارسی** (تبیین موضوع/مساله/سوال، هدف، روش، نتایج)؛

۳. **مقدمه** (شامل تعریف مساله، پیشینه تحقیق (فارسی و انگلیسی)، اهمیت و ضرورت انجام پژوهش و دلیل جدیدبودن موضوع مقاله)؛

۴. **بدنه اصلی** (توضیح و تحلیل مباحث)؛

۵. **نتیجه‌گیری (بحث و تحلیل نویسنده)؛**

بخش تقدیر و تشکر: پیشنهاد می‌شود از مؤسسه‌های همکار و تأمین‌کننده اعتبار بودجه پژوهش نام برده شود. از افرادی که به نحوی در انجام پژوهش مربوطه نقش داشته، یا در تهیه و فراهم‌نمودن امکانات مورد نیاز تلاش نموده‌اند و نیز از افرادی که به نحوی در بررسی و تنظیم مقاله زحمت کشیده‌اند، با ذکر نام، قدردانی و سپاس‌گزاری شود. کسب مجوز از سازمان‌ها یا افرادی که نام آنها برای قدردانی ذکر می‌شوند، الزامی است؛
منابع (منابع غیرانگلیسی علاوه بر زبان اصلی، باید به زبان انگلیسی نیز ترجمه شده و با شیوه‌نامه APA ویرایش و بعد از بخش فهرست منابع، ذیل عنوان **References** درج شوند).

روش استناددهی: APA (درج پانویس، ارجاعات درون متن و فهرست منابع) می‌باشد که لینک

دانلود فایل آن در سامانه نشریه (راهنمای نویسندگان) موجود می‌باشد.

فهرست مقالات

- ۷ ولایت و حضانت فرزند طبیعی در فقه اسلامی و حقوق ایران
عباسعلی صالحی - سجاد شهباز قهفرخی
- ۴۲ تأملی فقهی حقوقی بر ثبوت ارش در خیار تدلیس
سیدمحمدهادی قبولی درافشان - سیدهدانی صابری
- ۷۸ مسئولیت سبب در قتل با فعل غیر مقصود از منظر فقه جزایی اسلام
موسی عسکری - محسن ملک‌افضلی اردکانی
- ۱۰۹ عنصر مصلحت، خاستگاه تولید نظریه امنیت اجتماعی،
با تأکید بر دیدگاه امام خمینی علیه السلام
هادی خوشنودی
- ۱۳۶ بازشناسی مبانی حقوقی و فقهی معیار شخصی
در تشخیص مجازات اخف
مهدی نارستانی
- ۱۶۹ نقد و تحلیل شروط قانونی شهادت شاهد در پرتو تحولات اجتماعی؛
تحلیل تطبیقی مفاهیم ونگردی و تکلی‌گری با مفهوم طرد اجتماعی
فاطمه نجیب‌زاده - معین غلامعلی‌پور
- ۲۰۲ امکان‌سنجی فقهی تطبیق معادن کاوی «رمزین‌ارز»
با مشخصه‌های عمل حقوقی سفیهانه
جواد سلطانی فرد - مرتضی چیت‌سازیان - امین سلیمان کلوانق
- ۲۳۲ کاربرد قاعده الزام در نظام خانواده
و تأثیر آن بر تعامل و همزیستی پیروان مذاهب اسلامی
جلال عراقی - مریم آقایی بچستانی - محمد روحانی‌مقدم



Guardianship and Custody of a Natural Child in Islamic Jurisprudence and Iranian Law¹

Abbasali Salehi¹

Sajjad Shahbaz Qahfarokhi²

1. Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Shahrekord University, Shahrekord, Iran (Corresponding Author)

Email: abbasalisalehi@sku.ac.ir; Orcid: 0009-0005-4272-1986

2. Assistant Professor of Islamic Jurisprudence and Law, Shahrekord University, Shahrekord, Iran

Email: sajjadshahbaz@sku.ac.ir; Orcid: 0000-0001-9757-6361

Abstract

One of the key issues in family law is the guardianship of a natural father and his duties toward the child. The majority of Imamiya jurists, followed by the Iranian legislator in Article 1167 of the Civil Code, hold that there is no legal kinship between a natural father and his child. However, they have remained silent on the matter of guardianship and the duties of the natural father, such as alimony and custody, and have not explicitly stated a position. On the other hand, Islamic jurists differ on this matter. Some believe the child cannot be attributed to the natural father, while others assert that certain responsibilities are established and consider them among his obligations. The majority of Imamiya jurists and some Sunni scholars, citing the severance of kinship between the father and the natural child, argue that the natural father has no duties and that the guardianship of the natural child falls to the religious authority. The root

1. Salehi, A., & Shahbaz Qahfarokhi, S. (2025). Guardianship and custody of a natural child in Islamic jurisprudence and Iranian law. *Journal of Fiqh*, 31(120), pp. 7-41.

<https://doi.org/10.22081/jf.2025.70161.2850>

* **Publisher:** Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom (Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran). ***Type of article:** Research Article

▣ **Received:** 2024/10/22 ● **Revised:** 2024/11/13 ● **Accepted:** 2025/04/14 ● **Published online:** 2025/05/10

© The Authors



of these disagreements lies in different interpretations and analyses of the evidences cited by the jurists. Some contemporary Imamiya scholars, drawing on general legal principles and jurisprudential rules, recognize the responsibilities of the natural father. Given the importance of this issue and the ambiguity in the Civil Code, the present research—using a library method and a descriptive-analytical approach—seeks to answer the question: Who holds guardianship and custody of the natural child? The findings identify the natural father as the guardian. Consequently, he is also responsible for providing for the child's living expenses. Custody, based on general legal principles, is first assigned to the mother and then to the natural father.

Keywords

Natural child, guardianship, custodianship, custody, alimony.



ولایت و حضانت فرزند طبیعی در فقه اسلامی و حقوق ایران

عباسعلی صالحی^۱ سجاد شهباز قهفرخی^۲

۱. استادیار، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران (نویسنده مسئول).

abbasalisalehi@sku.ac.ir; Orcid: 0009-0005-4272-1986

۲. استادیار فقه و حقوق اسلامی دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران.

sajjadshahbaz@sku.ac.ir; Orcid: 0000-0001-9757-6361



چکیده

یکی از مسائل مطرح در حقوق خانواده، موضوع ولایت پدر طبیعی و تکالیف او در برابر فرزند است. مشهور فقیهان امامیه و به تبع ایشان، قانونگذار ایران در ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی، معتقد به عدم وجود رابطه نسبی بین آنان شده‌اند لکن نسبت به موضوع ولایت و تکالیف پدر طبیعی مانند نفقه و حضانت، سکوت اختیار کرده و موضع خود را مشخص نکرده است. از سوی دیگر فقیهان اسلامی نیز نسبت به این موضوع، اختلاف نظر دارند. برخی از فقها معتقد به عدم انتساب طفل مزبور به پدر طبیعی شده‌اند، برخی دیگر هم، معتقد به ثبوت تکلیف شده و آن را به عنوان یکی از مسئولیت‌های او محسوب کرده‌اند. مشهور فقیهان امامیه و برخی از اهل سنت با استناد به «سلب ارتباط نسبی بین پدر و فرزند طبیعی» معتقد به عدم تکلیف پدر طبیعی شده‌اند و سرپرستی فرزند طبیعی را از تکالیف حاکم شرع دانسته‌اند. منشأ اختلافات فقیهان مذاهب اسلامی، مبتنی بر تحلیل و نوع برداشت متفاوت ایشان از ادله مورد استناد است. برخی فقیهان معاصر امامیه با استناد به اطلاقات و قواعد فقهی معتقد به مسئولیت پدر طبیعی شده‌اند. با توجه به اهمیت موضوع و اجمال در قانون مدنی، پژوهش حاضر با روش کتابخانه‌ای و

* استناد به این مقاله: صالحی، عباسعلی؛ شهباز قهفرخی، سجاد. (۱۴۰۳). ولایت و حضانت فرزند طبیعی در فقه اسلامی و حقوق ایران. فقه، ۳۱ (۱۲۰)، صص ۷-۴۱.

<https://doi.org/10.22081/jf.2025.70161.2850>

▣ نوع مقاله: پژوهشی؛ ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم (پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران) © نویسندگان

▣ تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۰۱ • تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۸/۲۳ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۱/۲۵ • تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۴/۰۲/۲۰



رویکرد توصیفی - تحلیلی درصدد پاسخگویی به این پرسش است که ولایت و حضانت طفل، متوجه چه کسی است؟ رهاورد این پژوهش، شناسایی پدر طبیعی به‌عنوان ولی است. به تبع این ولایت، تأمین هزینه زندگی کودک نیز بر عهده وی قرار دارد؛ همچنین حضانت نیز براساس عموماً بر عهده مادر و سپس بر عهده پدر طبیعی قرار خواهد داشت.

کلیدواژه‌ها

فرزند طبیعی، ولایت، قیمومیت، حضانت، نفقه.

مقدمه

در نظام حقوقی اسلام، خانواده از جایگاه ویژه‌ای برخوردار بوده و شارع مقدس جهت تکامل انسان‌ها، مسئولیت‌های مشخصی را وضع نموده است؛ یکی از این موضوعات مهم، بحث سرپرستی^۱ بر فرزند طبیعی است که ارتباط تنگاتنگی با مباحث ولایت، حضانت و نفقه دارد. در منابع فقهی مذاهب اسلامی این موضوع با عنوان «ولی قهری» مورد بررسی قرار گرفته و احکام مختلفی را به خود اختصاص داده است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵ق، ص ۴۳۵؛ سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص ۱۷۱). برخی به دلیل تفاوت عنوان قیمومیت با «ولی قهری» از آن به «ولایت خاص» تعبیر کرده‌اند (صفایی و امامی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۱۷۹). فقیهان اسلامی، موضوع سرپرستی پدر طبیعی را به صورت مستقل مورد کاوش قرار نداده‌اند بلکه تمرکز مباحث مطروحه ایشان بر مسئله نفقه چنین فرزندی قرار گرفته و احکامی را بیان نموده‌اند. ایشان ولایت پدر، جد پدری و حاکم شرع بر فرزند مشروع را مستقر دانسته و هرگونه ولایت مادر را نفی کرده‌اند (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۵، ص ۱۵۵). نوشتار حاضر با توجه به ادله شرعی در صدد واکاوی این سؤال است که مسئولیت سرپرستی طفل طبیعی متوجه چه شخص یا اشخاصی است؟ بدین منظور نظرات مختلف در این مسئله در بین فقیهان مذاهب اسلامی و مستندات هر نظریه مورد تحلیل قرار گرفته است. این پرسش که با توجه به عمل نامشروع زانی و سلب صلاحیت اخلاقی از طرفین زنا، چگونه می‌توان قایل به صلاحیت والدین طبیعی برای سرپرستی و ولایت و حضانت بر طفل شد؛ موضوع مهمی است که باید پاسخ آن را از بین ادله مختلف استخراج نمود؛ همچنین تبیین موضع قانون‌گذار و رفع ابهام از قانون نیز ضروری است.

پیشینه پژوهش

در مقالات و پژوهش‌های معتبر منتشر شده، موضوع ولایت و یا حضانت فرزند

۱. عنوان سرپرستی در حقوق خانواده دارای مفهوم خاصی است که در قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲ آمده است؛ اما در این مقاله مراد نویسندگان از سرپرستی، در معنای لغوی آن است.

طبیعی به شکل خاص و تفصیلی مورد بحث قرار نگرفته است. پژوهش‌های مزبور به طرح احکام مختلف مربوط به فرزند طبیعی به شکل گذرا پرداخته شده است. آنچه مقاله حاضر را متمایز می‌سازد بیان و نقد نظرات و ادله خاص این مسئله بوده، ضمن اینکه پژوهش حاضر به صورت تطبیقی انجام شده و در نهایت از منظر قانونی نیز مورد بررسی قرار گرفته است که این مهم در تحقیقات انجام گرفته، مغفول واقع شده است. در ادامه برخی مقالات مورد اشاره قرار می‌گیرد:

الف) کتابی تحت عنوان (احکام الاطفال، ۱۴۲۸) توسط جمعی از محققین قم نگاشته شده است که به بررسی کلی احکام کودکان پرداخته است، ولی بحث تفصیلی در خصوص موضوع این مقاله مطرح نشده است.

ب) «احکام فقهی حقوقی کودکان نامشروع»؛ توسط خلیل قبله‌ای خوئی که به احکام مختلف کودکان نامشروع مانند حضانت، ولایت، ازدواج پرداخته است.

ج) مقاله «رویکرد فقهی حقوقی پیرامون وضعیت اطفال طبیعی» توسط علی‌اکبر ایزدی فرد و مریم مهاجرانی؛ نویسنده آن به بررسی حقوق اطفال نامشروع در زمینه حقوق فردی و حقوق اجتماعی در نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه پرداخته است.

د) «ماهیت ولایت پدر بر فرزند شرعی و فرزند طبیعی از منظر حق یا حکم در فقه امامیه و قانون ایران»؛ توسط عابدین مؤمنی و نسرین صالحی رزوه که در این مقاله تنها به بررسی ولایت بر فرزند طبیعی از نظر حق یا حکم بودن مورد بررسی قرار گرفته است.

ه) «بررسی فقهی وضعیت نسب در فرزند طبیعی» توسط فاطمه ناصری و محمدمهدی زارعی که نویسندگان آن، فرزند طبیعی را ولدالزنا ندانسته و قایل به انتساب وی به پدر و مادر طبیعی شده‌اند.

و) «حقوق کودکان نامشروع در کنوانسیون حقوق کودک و قوانین اسلامی با رویکردی به دیدگاه فقهی امام خمینی علیه السلام» که توسط جمشید جعفرپور که نویسنده آن به بررسی حقوق اجتماعی فرزندان نامشروع مانند حق حیات، حق آزادی، حق نام و ملیت و غالب حقوق اجتماعی پرداخته است.

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. مفهوم فرزند طبیعی

عنوان فرزند طبیعی یا ولد الزنا بر فرزند متولد شده از طریقی غیر از «نکاح صحیح» اطلاق می‌گردد. به عبارتی دیگر چنین فرزندى حاصل ارتباط مُحَرَّم بوده (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج ۸، ص ۴۳۰) که در اثر ارتکاب معصیت (بموسوعه جمال عبدالناصر الفقهیه، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۷۰) و عمل نامشروع والدین طبیعی، متولد می‌شود (جبوری، ۱۴۱۶ق، ص ۲۰۱). سبب ولادت این کودکان، ارتباط نامشروع بوده که به لحاظ عمومیت مفهوم، شامل هرگونه تولد طفل خارج از چارچوب نکاح صحیح می‌شود. از این کودکان در منابع فقهی به «ولد غیر شرعی» (ابن‌براج، ۱۴۲۰ق، ص ۷۲۱) و در منابع حقوقی با عنوان «فرزند طبیعی» (صفایی، ۱۳۸۷) تعبیر شده است. تعریف مزبور بر روابط ناشی از شبهه (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۲۴۴) و طفلی که بعد از لعان، پدر به نسب او اقرار می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۹، ص ۲۷۰) و طفلی که نطفه او در ایامی مانند حیض یا حج منعقد شده (گلپایگانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۱۷۷) صدق نمی‌کند (موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۲۶۵) و بر ایشان احکام ولد مشروع جاری خواهد شد. لازم به ذکر است که در این مقاله مراد از طفل نامشروع، طفل حاصل از عمل حرام بین هر دو طرف والدین بوده و در مورد فرضی است که بر هر دوی والدین حکم زنا جاری باشد والا در مواردی که یکی از ایشان اکراه بر زنا شده باشد یا برای یکی از ایشان شبهه وجود داشته باشد، قاعده «لحوق باشرف الابوین» جاری خواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۲۶۸؛ فاضل، ۱۴۲۵ق، ص ۳۹۹).

۲-۱. مفهوم ولایت

یکی از اصطلاحات رایج در متون اسلامی، واژه ولایت است که در معانی مختلف استعمال شده است. قرآن کریم در برخی موارد برای بیان مفهوم عام سرپرستی از مشتقات واژه «کفالت» (آل عمران، ۴۴) و یا از ریشه «ول ی» در مفاهیم مختلفی (مانده، ۵۵؛ مریم، ۴؛ توبه، ۷۱) استفاده نموده که قدر جامع همه‌ی آنها سرپرستی است. ولایت در لغت از ماده «ول ی» اخذ شده و به معنای به عهده گرفتن امور دیگری است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق،

ج ۱۵، ص ۴۰۷). در اصطلاح بر قدرت شخص، نسبت به تصرف صحیح بر نفس یا مال خود یا نفس یا مال دیگری در شئون مختلف همانند حضانت، تزویج و استیفاء حقوق کودک اطلاق می‌گردد (انصاری شیرازی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص ۵۳۰). نزد امامیه، ولایت بر فرزند، منحصر به پدر، جد پدری، وصی، مولی و حاکم بوده که نسبت به آن ادعای اجماع کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ص ۲۵۳) و در صورت فقدان ولی قهری، به ترتیب وصی پدر یا جد پدری، حاکم شرع و مؤمنان عادل، متکفل این مسئولیت می‌شوند (خوئی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳). قانون‌گذار در مواد ۱۱۸۰ تا ۱۱۹۴ قانون مدنی به بحث از ولایت پرداخته است و پدر، جد پدری، وصی پدر و وصی جد پدری را «ولی خاص» دانسته است. استعمال لفظ ولایت، در معنای عام، به مفهوم سلطه و اقتداری است که قانون به کسی می‌دهد (امامی، سیدحسن، ۱۳۹۲، ج ۵، ص ۲۰۲).

۳-۱. مفهوم حضانت

اهل لغت، حضانت را به معنای مراقبت و نگهداری پرنده از تخم‌ها و زیر بال گرفتن جوجه‌ها (فیومی، ۱۴۳۰ق، ص ۱۱۴) و تحت پوشش قرار دادن کودک توسط والدین (طریحی، ۱۳۷۵، ج ۶، ص ۲۳۷) و تربیت نمودن کودک (ابن اثیر، ۱۳۹۹ق، ص ۴۰۱) معنا نموده‌اند. برای بیان تعریف حضانت نباید از معنای لغوی آن دور شد. شهید ثانی حضانت را چنین تعریف نموده است: «نوعی ولایت بر طفل و مجنون به منظور تربیت نمودن و لوازم آن با رعایت مصلحت وی است. همانند نگهداری، مراقبت، تنظیف و شستن لباس‌هایش» (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۴۲۱). تأکید شده است که منظور از این ولایت در تعریف فوق، معنای اصطلاحی آن نیست بلکه مراد همان تسلط بر حفظ و نگهداری است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۲۸۴). روشن است تحقق عنوان ولی برای سرپرست مستلزم ایجاد اختیاراتی - نظیر ضرورت استیذان از او در نکاح باکره رشیده - برای اوست که حاضن فاقد آنهاست. نگهداری و تربیت کودک امر مهمی است که بقای جامعه در گرو آن خواهد بود (بموسوعه جمال عبدالناصر الفقیهیه، ۱۴۲۲ق، ص ۲۰۴). فقها در مواردی که مادر کافر یا مجنون یا فاسق باشد حضانت او را ساقط دانسته‌اند (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، صص ۴۲۳ - ۴۲۴) البته

شرط عدالت داشتن حاضن مورد اختلاف است. علامه حلی در کتاب قواعد الاحکام، نظر بر عدم ضرورت عدالت حاضن داده است (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۱۰۲). در حالی که در کتاب تحریر الاحکام معتقد شده در صورت فسق پدر، حضانت زایل می‌شود (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۴۴). شیخ طوسی در فرضی که یکی از والدین عادل و دیگری فاسق باشد، والد عادل را احق به حضانت دانسته است؛ زیرا حضانت شخص فاسق باعث ایجاد فتنه در دین طفل می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۶، ص ۴۰). از آنجایی که طفل به سان مزرعه‌ایی، قابلیت پرورش دارد (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۴۲۱) نگهداری کننده از طفل اهمیت پیدا می‌کند. فرقی نیز نمی‌کند که طفل مشروع باشد یا نامشروع، به هر حال تربیت و پرورش او اهمیت دارد.

۲. آراء فقهاء در مورد ولایت و حضانت فرزند طبیعی

در مورد تکلیف پدر طبیعی نسبت به سرپرستی و نگهداری طفل، دو دیدگاه متمایز وجود دارد. جهت تبیین دقیق موضوع در ابتدا صاحبان هر دیدگاه مطرح شده و سپس ضمن ذکر ادله و مستندات، نظرات مورد تحلیل و ارزیابی قرار می‌گیرد.

۱-۲. عدم تکلیف پدر طبیعی و تفویض سرپرستی به حاکم شرع

این نظریه توسط برخی فقهای شیعه و برخی از مذاهب مختلف اهل سنت عرضه شده است. در ادامه ابتدا به طرح نظرات قایلین به این نظریه پرداخته می‌شود و سپس ادله ایشان طرح و مورد نقد و بررسی قرار خواهد گرفت.

۱-۲-۱. تقریر نظریه عدم تکلیف پدر طبیعی و تفویض سرپرستی به حاکم شرع

برخی فقیهان امامیه با تمسک به ادله مختلف، معتقد به عدم ولایت زانی بر فرزند شده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲۹، ص ۲۴۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۲۵۷؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۲۳۸). برخی از فقهای اهل سنت ادله مربوط به سرپرستی فرزند طبیعی را به دلیل فقدان نسب در مورد ولدالزنا جاری ندانسته‌اند (عمرانی، ۱۴۲۱ق، ج ۹، ص ۷۵). حنفی‌ها با نفی ولایت پدر

طبیعی، ولایت خویشاوندان را منوط به عدم وجود حاکم کرده‌اند (ابن نجیم، بی تا، ج ۳، ص ۱۳۳)؛ به عبارتی دیگر به دلیل عدم قرابت، مسئولیتی متوجه شخص زانی نبوده (ابن عابدین، ۱۹۹۶ق، ج ۴، ص ۳۷۱؛ خرشی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۱۹۴؛ ابن حزم، بی تا، ج ۹، ص ۳) بلکه مسئولیت تعیین سرپرست به عهده حاکم است (ابن مازہ، ۱۴۲۴ق، ج ۸، ص ۵۱۳). این دیدگاه مورد پذیرش فقهای مالکیه قرار گرفته است. آنها جهت اثبات عدم ولایت زانی به برخی روایات تمسک کرده‌اند بدین جهت ولایت بر کودک را منحصر به رابطه نسبی دانسته و سرپرستی خویشاوندان را منوط به عدم وجود حاکم شرع کرده‌اند (نفراوی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۱۲). حنابله نیز با ذکر روایتی ضمن تصریح به عدم جریان احکام نسب مشروع در ولدالزنا معتقد به عدم تکلیف والدین عرفی نسبت به نفقه طفل شده‌اند (ابن قدامه، ۱۳۸۹ق، ج ۷، ص ۴۶۵). در عین حال ایشان ضمن تأکید بر عدم ولایت پدر طبیعی، به مسئولیت خویشاوندان نسبت به تأمین نفقه طفل اشاره کرده‌اند. حنفی‌ها، وراثت خویشاوند بر غیرخویشاوند را مقدم کرده و معتقد به مسئولیت آنان به اندازه سهم الارث خود شده‌اند (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۳۱). شافعیه و مالکیه، این تکلیف را متوجه مادر و خویشاوندان مادری کرده‌اند (عبدوی، ۱۳۹۸ق، ج ۵، ص ۵۸۴)، و حنابله آنان را به مقدار سهم الارث مکلف کرده‌اند (مرداوی، ۱۴۱۹ق، ج ۹، ص ۳۴۹). دیدگاه عدم الحاق ولدالزنا در قانون مدنی مورد پذیرش قرار گرفته و قانون‌گذار در ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی به‌طور صریح، دیدگاه عدم الحاق کودک به زانی را تأیید کرده است. پذیرش این نظریه، نشانگر آن است که قانون‌گذار به نسب صحیح ترتیب اثر داده است. بدین جهت مسئله سرپرستی این کودکان در منابع حقوقی تبیین نشده است (نکا: امامی، سیدحسن، ۱۳۹۲، ج ۵، ص ۱۸۲).

صلاحیت سرپرستی طفل توسط پدر طبیعی به دلیل ارتکاب اعمال منافی عفت، بنا بر ملاک ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی و تعارض با ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی سلب گردیده، ضمن اینکه اعطای هرگونه سرپرستی طفل طبیعی به والدین به دلیل تزلزل جایگاه اجتماعی و عدم مسئولیت‌پذیری ایشان، مخالف مصلحت طفل است (صفایی و امامی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۱۲۶). با توجه به سکوت قانون‌گذار و جلوگیری از ورود ضرر به کودک، این مهم به حاکم شرع، واگذار می‌گردد؛ بدین جهت برخی فقهای معاصر بین ولایت و

حضانت، تفکیک قایل شده‌اند و ولایت طفل را با حاکم جامع شرایط دانسته‌اند (گلپایگانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۱۷۶). حکم مزبور با عدم ولایت پدر و مادر طبیعی به دلیل عدم تحقق نسب شرعی و ثبوت ولایت امام علیه السلام (طباطبایی، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۸۶۲) و حاکم شرع و نماینده ایشان در عصر غیبت، سازگاری دارد. حاکم شرع، ولایت خویش را با نصب قیم [از باب اطفال بدون ولی خاص] اعمال نموده (امامی، سیدحسن، ۱۳۹۲، ج ۵، ص ۱۸۲) و والدین طبیعی را از باب قاعده تسبیب و مسئولیت مدنی نسبت به پرداخت نفقه و نگهداری طفل الزام می‌کند (امامی، سیدحسن، ۱۳۹۲، ج ۵، ص ۱۸۳) حتی در موارد عدم تعیین تکلیف سرپرستی کودک، دادگاه می‌تواند آنها را مکلف به پرداخت مستمری جهت تأمین هزینه‌های نگهداری طفل کند (صفایی و امامی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۱۱۵).

۲-۱-۲. طرح ادله نظریه عدم تکلیف پدر طبیعی و تفویض سرپرستی به حاکم شرع پس از بیان و تقریر نظرات صاحبان این دیدگاه، ضرورت دارد ادله ایشان ذکر شود.

الف: نفی آثار نسب از نسب نامشروع

یکی از مهمترین ادله نفی ولایت پدر طبیعی بر فرزند، عدم وجود ارتباط نسبی است. برخی فقیهان امامیه با استناد به دلیل مذکور، معتقد به نفی آثار نسب مشروع در کودکان طبیعی شده (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۲۰۲) و برخی نیز ضروری مذهب امامیه دانستن این موضوع را ممکن اعلام نموده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۲۵۷) و به تبع ایشان یکی از مؤلفین حقوق مدنی با انحصار ولایت پدر بر فرزند مشروع، صلاحیت پدر عرفی را جهت ولایت بر کودک مورد خدشه قرار داده و آنرا نپذیرفته و حاکم شرع را مکلف به تعیین قیم نموده است (امامی، ۱۳۹۲، ص ۲۸۵). برخی دیگر تأمین نفقه کودک از بیت المال را موافق با ماهیت و بنای تأسیس این نهاد و مصالح کودک دانسته‌اند (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۲۷۹).

فقیهان اهل سنت نیز ولایت بر فرزند را منحصر در پدر و وصی منصوب او دانسته و آنرا منشأ حقوق و تکلیف متعدد قرار داده‌اند؛ بدین جهت ولایت پدر طبیعی را به دلیل

نفی ارتباط نسبی، رد کرده و دلیل نفی ولایت مادر را اختلاف نظر فقیهان و عدم تدبیر داشتن مادر دانسته و مسئولیت طفل را به حاکم شرع واگذار شده تا اقدامات لازم را جهت حفظ اموال او انجام دهد (ابن مازه، ۱۴۲۴ق، ج ۸، ص ۵۱۳). این دیدگاه توسط حنفیه (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۵، ص ۱۵۵)، مالکیه (عبدوی، ۱۳۹۸ق، ج ۳، ص ۴۲۸)، برخی شافعیه (شرینی، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص ۷۶) پذیرفته شده است و حنابله نیز با ذکر یک احتمال، آن را پذیرفته‌اند (مقدسی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۶). حقوقدانان نیز صراحتاً اعلام نموده‌اند ولایت از آثار نسب مشروع است (صفایی و امامی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۴۱۳) و با نفی نسب مشروع، ترتب آثار آن نیز منتفی می‌شود.

ب: عدم وجود دلیل لفظی

در موضوع سرپرستی فرزند طبیعی، روایت خاصی وجود نداشته و فقیهان مذاهب مختلف، متعرض این مسئله نشده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۱۱۶). از منظر قایلین به این دیدگاه، از آنجایی که روایت خاصی در مورد جریان یافتن احکام فرزندان مشروع نسبت به ولدالزنا وجود ندارد، احکام راجع به بیان تکالیف و حقوق آنها یکسان نیست. به‌طور کلی احکام ولد مشروع به دلیل عدم وجود روایات از ولدالزنا نفی گشته و حکم مسئله با مراجعه به اصول عملیه، کشف می‌شود.

ج: اصل عدم ولایت

هرگاه در مسئله‌ای دلیل لفظی وجود نداشته باشد، باید به اصول عملیه مراجعه نمود تا بتوان تکلیف شخص را نسبت به آن موضوع، مشخص کرد. با توجه به فقدان ادله روایی در موضوع ولایت زانی بر ولدالزنا، اصل عدم ولایت جاری می‌شود مگر اینکه خلاف آن ثابت شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۱۱۶؛ نراقی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷، ص ۳۸). برخی، عدم تکلیف زانی به پرداخت نفقه را با اصل برائت، ثابت کرده (صدر، ۱۴۲۰ق، ج ۶، ص ۲۴۷) و معتقد به عدم صحت مراجعه به عمومات ادله و جریان احکام ولد مشروع در این فرزندان شده‌اند.

مرحوم مامقانی تمامی احکام ولدالزنا و فرزند مشروع _ به جز احکامی که با دلیل شرعی خاص استثنا شده باشند_ را یکسان دانسته است. وی معتقد است قاعده «الولد للفراش و للعاهر الحجر» (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ۳۸۰؛ کلینی، ۱۴۰۲ق، ج ۷، ۱۶۳) بر تمامی اطلاق ادله، حکومت می کند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ۱۱۷). ولی در نقد ایشان گفته شده است قاعده مزبور در مواردی جاری می شود که ندانیم نطفه برای همسر است یا عاهر. به عبارت دیگر این قاعده مربوط به مقام اثبات است نه ثبوت و شارع، در فرض تردید در انتساب طفل، صاحب فراش را مقدم کرده است؛ بنابراین اصل اتحاد احکام فرزند مشروع و نامشروع فاقد دلیل است؛ از این رو اصل را باید بر عدم اتحاد احکام بین فرزند مشروع و نامشروع گذارد مگر اینکه دلیل خاصی وجود داشته باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، صص ۸-۱۱۶). از این روایت نمی توان احکام راجع به ولدالزنا را از عموومات استخراج نمود؛ بنابراین اصل عدم ولایت اقتضا می کند که زانی بر ولدالزنا ولایتی نداشته باشد.

۲-۱-۳. نقد ادله نظریه عدم تکلیف پدر طبیعی و تفویض سرپرستی به حاکم شرع

این دلایل، مصون از اشکالات دقیق فقها نبوده و در ادامه مقاله نقد آنها مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

الف: ثبوت عنوان «ولد» بر فرزند طبیعی

یکی از عمده ترین ادله عدم ایجاد نسب، نفی عنوان «ولد» بوده است و بنا بر چنین استدلالی است که برخی آثار نسب مشروع مانند ولایت پدر را نپذیرفته و نسبت به آن، ادعای اجماع کرده اند (طباطبایی حکیم، ۱۳۹۱ق، ج ۹، ص ۲۷۹). چنین استدلالی به دلایل ذیل، قابل پذیرش نیست. اولاً استدلال فوق، با کلام اهل لغت، سازگاری ندارد و تصریح آنان، دلالت بر صحت استعمال «ولد» بر فرزند طبیعی دارد (فقه اهل بیت، ۱۴۱۹ق، ص ۲۰۹).

ثانیاً ادعای مذکور با احادیث معتبر، تعارض داشته و آنرا تأیید نمی کند؛ بنابراین روایات مطروحه در این موضوع (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۶، ص ۲۷۴)، ناظر بر عدم توارث بوده و سایر آثار نسب، از شمول این ادله خارج است؛ بدیهی است ادله مذکور در کلام

فقیهان، اشاره‌ای به آثار نسب در همه‌ی احکام ندارد بلکه موضوع آنها، به دلیل نص خاص فقط توارث است و دیگر آثار به دلیل اشتراک احکام جریان پیدا می‌کند (فقه اهل بیت، ۱۴۱۹ق، ج ۲۳، ص ۲۰۹)؛ بدین جهت برخی فقیهان امامیه، نسبت به اطلاقات مطروحه تردید نموده و آنرا نپذیرفته‌اند (طباطبایی حکیم، ۱۳۹۱، ج ۹، ص ۲۷۹).

ثالثاً ادعای اتفاق نظر فقیهان به دلیل دیدگاه‌های مخالف و مدرکی بودن اجماع، قابل پذیرش نیست؛ بدین جهت، این دلیل در کلام فقیهان امامیه، مورد استناد قرار نگرفته (کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۱۹۰؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۱۲۳) و به دلیل مدرکی بودن آن را رد کرده‌اند (خوئی، ۱۴۱۷ق، ص ۷۸).

ب: نقد دلیل انحصار آثار نسب به نسب مشروع

قایلین به دیدگاه عدم مسئولیت پدر طبیعی با استناد به جریان آثار نسب در فرزند مشروع، سرپرستی پدر طبیعی را نپذیرفته‌اند. دیدگاه فوق به دو دلیل قابل مناقشه است. اولاً این نظریه با مفاد روایات مختلف، سازگاری نداشته و آنرا تأیید نمی‌کند. ضمن اینکه هیچ‌گونه دلیلی بر انحصار ولایت قهری بر نسب مشروع وجود ندارد (گرجی، ۱۳۸۵، ص ۴۲). ثانیاً انحصار آثار نسب در کودکان مشروع با عرفی بودن عنوان «ولد» سازگاری نداشته و با تعابیر فقها تعارض دارد. ادله مطروحه تنها درصدد نفی موضوع توارث بوده و این ادله، تلازم و ارتباطی با اثبات یا نفی نسب ندارند؛ حتی روایت نبوی مشهور «الولد للفراس و للعاهر الحجر» فقط درصدد بیان اماره فراش بوده و هیچ‌گونه دلالتی بر نفی نسب نداشته بلکه مفاد آن، الحاق طفل به زوج در موارد مشکوک است (کاشف الغطا، ۱۴۲۲ق، ج ۴، ص ۱۶۰).

۲-۲. تکلیف پدر طبیعی نسبت به سرپرستی فرزند طبیعی

این نظریه نیز توسط برخی فقهای شیعه ارائه شده است. در ادامه ابتدا به طرح نظرات قایلین به این نظریه پرداخته می‌شود و سپس ادله ایشان طرح و متعاقباً مورد نقد و بررسی قرار خواهد گرفت.

۲-۱. طرح نظریه تکلیف پدر طبیعی نسبت به سرپرستی فرزند طبیعی

برخی فقیهان امامیه، ولایت و حضانت ولدالزنا را متوجه پدر عرفی دانسته (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵ق، ص ۴۳۵) و آنرا واجب شرعی قلمداد کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۲۳۶). ایشان برای پدر طبیعی، شأن ولایت قایل شده (مکارم شیرازی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۲۷۸) و حضانت طفل (مکارم شیرازی، ۱۳۷۵، ج ۳، ص ۲۶۶) و مسئولیت تأمین هزینه زندگی (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۲۷۹) را متوجه وی دانسته‌اند و همچنین گفته‌اند نفی نسب آنها مانعی در سرپرستی کودک نیست (مکارم شیرازی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۳۴۵). به تبع ایشان، یکی از حقوقدانان پا را فراتر نهاده و با استناد به اطلاعات ادله و قاعده احسان، سبب سرپرستی کودک را به جد پدری هم سرایت داده است (صفایی و امامی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۴۲۰). در ادامه به ذکر ادله‌ایی که می‌توان در دفاع از این نظریه اعلام نمود پرداخته خواهد شد. قایلین به این نظریه، تفکیکی بین ولایت و حضانت نکرده و از هر دو عنوان توأمان استفاده نموده‌اند. لکن با توجه به تفاوت ماهوی این دو عنوان، ضرورت داشته تا به نحو دقیق اظهار نظر نمایند.

۲-۲. بیان ادله نظریه تکلیف پدر طبیعی به سرپرستی فرزند طبیعی

قایلین به این نظریه به ادله ذیل استناد نموده‌اند که در ادامه بیان خواهند شد.

الف: اطلاق عنوان «ولد» بر فرزند طبیعی

برخی اطلاق عنوان «ولد» بر فرزند طبیعی را به مثابه دلیل لفظی تلقی نموده و گفته‌اند به دلیل عدم وجود حقیقت شرعی برای «ولد»، اطلاق این عنوان بر کودکان طبیعی صحیح بوده و باعث جریان احکام فرزندان مشروع بر آنها می‌گردد، مگر مواردی که به سبب نص خاص استثنا شده باشد (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص ۶۳ و ۶۴). ولدالزنا نیز عرفاً ولد محسوب می‌شود (خوئی، ۱۴۱۷ق، ج ۹، ص ۱۷۸).

فرزند طبیعی، در عرف، فرزند والدین فیزیولوژیک است. پرسش این است که آیا احکام شرعی و ادله آنها بر فرزند فیزیولوژیک بار می‌شود یا برای ترتب احکام نیاز به احراز شرط دیگری - که آن شرط مشروعیت مولد است - نیاز است؟ اگر دلیل شرعی

بر اعتبار این شرط وجود داشته باشد، فرزند طبیعی تعبداً از موضوع ادله خارج خواهد شد اما از آنجایی که موضوعات احکام، موضوعات عرفیه هستند و معنای موضوع را عرف تعیین می‌کند و عرفاً بر فرزند فیزیولوژیک، اطلاق فرزند می‌شود، احکام شامل این موضوع نیز خواهد شد (صدر، ۱۴۲۰ق، ج ۶، صص ۷-۲۴۳). حال که دلیلی بر وجود چنین شرطی وجود ندارد، فرزند طبیعی نیز به پدر و مادر که صاحب نطفه بوده‌اند ملحق می‌شود و در اصل کلیه احکام بر او نیز مترتب خواهد شد مگر اینکه دلیل خاصی برخلاف آن وجود داشته باشد.

ب: اولویت پدر طبیعی در تأمین مصلحت طفل

رعایت منافع و مصلحت کودک در تمام دوران سرپرستی طفل، از مهمترین ارکان سرپرستی بر طفل بوده تا در پرتو این عنصر، اقدامات لازم انجام گیرد. برخی فقهای امامیه نسبت به اخذ مصلحت در اقدامات سرپرست، ادعای اجماع کرده و آن را ضروری دانسته‌اند (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۲۱۷). حکم مزبور به واسطه گستره تصرفات شخص سرپرست به دلیل حجر کودک، ضرورت داشته و حدود و ثغور آن تنها در پرتو مراعات مصلحت کودک مشخص می‌گردد. بدین جهت است که گفته‌اند تصرفات قیم باید بر مناط جلب منفعت و غبطه [مصلحت] استوار گردد و در صورت عدم رعایت امور مذکور، اعمال آنان، واجد ایراد خواهد شد (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۲۰۰). رعایت مصلحت طفل ایجاب می‌نماید امور سرپرستی وی در اختیار کسی باشد که دلسوزی بوده و سرنوشت کودک برای او اهمیت داشته باشد. اگرچه ممکن است این دلسوزی در مورد افراد متعددی صدق کند اما به نظر می‌رسد والدین طبیعی به لحاظ نزدیکی و قرابت دارای اولویت باشند و چه بسا به دلیل وجود احساس گناه، مسئولیت بیشتری متوجه خود دانسته و برای تربیت چنین فرزندانی انرژی بیشتری مصروف نمایند.

ج: اصل تساوی حقوق و احکام

اصل مساوات و اشتراک افراد در احکام در آیات مختلف قرآن کریم مورد تأکید

قرار گرفته است (حجرات، ۱۳؛ مائده، ۸) و به عنوان یک اصل مسلم فقهی در استنباط احکام مورد پذیرش فقها قرار گرفته است (نائینی، ۱۴۲۴ق، ص ۸۶). بنا بر اصل مذکور، جمیع آثار نسب - به استثنای توارث - بر نسب عرفی مترتب می‌گردد. بدین جهت فقیهان امامیه، کودکان مشروع و طبیعی را در موضوعات حضانت، نفقه و رعایت مصلحت مشترک دانسته و بین آنها تمایزی قایل نشده (گلپایگانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۱۷۷؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۳۴۵) و مسئولیت تأمین هزینه‌ای زندگی طفل را متوجه پدر طبیعی کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۲۱). برخی دیگر، اجرای حکم حضانت را منوط به جریان احکام «ولد» بر فرزند طبیعی دانسته‌اند (بهجت، ۱۴۲۸ق، ج ۴، ص ۱۳۴)؛ برخی نیز ولایت قهری پدر طبیعی بر طفل را ثابت و ایشان متکفل هزینه‌های جاری زندگی طفل معرفی نموده‌اند (خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۸، ص ۹۸). برخی فقهای اهل سنت، دلیل اصلی ولایت پدر و وصی او را، کمال تدبیر و شفقت زیاد او دانسته و با استناد به این ادله، ولایت خویشاوندان را نسبت به فرزند نفی کرده‌اند و این سمت را منحصر در پدر و وصی او دانسته‌اند (زیلعی، ۱۳۱۳ق، ج ۵، ص ۲۲۰) که با استناد به اصل تساوی احکام، سرپرستی پدر طبیعی بر فرزند ثابت می‌گردد.

د: سیره عقلا

یکی از ادله قایلین به مسئولیت والدین عرفی در مقابل فرزند، سیره عقلا است. برخی فقهای معاصر تکلیف والدین را بنا بر اصل احتیاط ثابت دانسته و پشتوانه چنین تکلیفی را، سیره عقلا معرفی نموده‌اند. ایشان استقرار سیره عقلا بر پرداخت نفقه و تکلیف به حضانت را ثابت دانسته و آن را تا عصر ائمه نیز مستقر می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۱۱۶). ضمن اینکه دیدگاه عرف متشرعه، مؤید سیره مذکور بوده و احکام فرزند مشروع را بر چنین طفلی، مترتب می‌داند.

ه: اصل عدالت و نفی ظلم

یکی از ادله تساوی احکام فرزندان متولد از زنا با فرزندان مشروع، اصل عدالت و

انصاف است. اصل مذکور در آیات مختلف قرآن مورد تأکید قرار گرفته است و مسئولیت عمل هر شخص به عهده مرتکب آن فعل است و دیگران نسبت به عمل انجام گرفته، مسئولیت و تعهدی ندارند (انعام، ۱۶۴؛ اسراء، ۱۵؛ فاطر، ۱۸) افزون بر آن، وضعیت حقوقی چنین اطفالی باعث سلب برخی حقوق از ایشان گشته است؛ اما صرف نظر از آن دسته حقوقی که به دلیل شرعی متقن، اطفال طبیعی از آنها محروم گشته‌اند؛ هرگونه محرومیت طفل از حقوق طبیعی خویش از مصادیق ظلم تلقی می‌شود که با آیات قرآن کریم (کهف، ۴۹)، حکم عقل و حقوق انسان سازگار نیست (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۱، ص ۶۰).

و: سرپرستی پدر طبیعی بر مبنای مسئولیت مدنی یا نظریه تعهد طبیعی

ممکن است گفته شود پدر طبیعی در تولد و ایجاد چنین فرزندی نقش سبب را داشته است و بنابراین تکلیف به مراقب از فرزند متولد شده از رابطه نامشروع بر عهده او خواهد بود. برخی، سببیت والدین در ولادت طفل را سبب ایجاد مسئولیت اخلاقی زانی در برابر هزینه‌های نگهداری دانسته‌اند (احمد عبدالحمید، ۲۰۰۸، ص ۱۰۲). در مورد مسئولیت پدر طبیعی در بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی حقوقدانان، مسئولیت حضانت طفل طبیعی را از باب تسبیب بر عهده ابوی طبیعی قرار داده‌اند (امامی، ۱۳۹۲، ج ۵، ص ۱۸۲)؛ برخی دیگر ضمن رد نظریه تسبیب، معتقد به الزام پدر به اجرای تعهد طبیعی خود مبنی بر پرداخت هزینه زندگی طفل شده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۳۳۹).

یکی از متفرعات ولایت داشتن پدر بر فرزند طبیعی، موضوع پرداخت نفقه فرزند است. تحمیل هزینه‌های نگهداری - اعم از نفقه، هزینه‌های راجع به نگهداری، مراقبت و سرپرستی - بر «غیر سبب» مطابق با قاعده نیست؛ از این رو تکلیف به حضانت و نگهداری و پرداخت نفقه و سایر مایحتاج چنین فرزندی از باب مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر بر عهده پدر طبیعی است (امامی، سیدحسن، ج ۵، ص ۱۸۳)؛ همچنین یکی از حقوقدانان مسئولیت پدر طبیعی در برابر تأمین هزینه‌های جاری کودک را بر مبنای تعهد طبیعی دانسته و پدر را مکلف به سرپرستی و نگهداری کرده است. ایشان تلاش نموده با ترسیم مسئولیت اخلاقی پدر و مادر فرزند طبیعی در برابر گناه ارتكابی، این مسئولیت را در

قالب دینی ببرد که وجدان عمومی و اخلاقی آن را به رسمیت می‌شناسد و حق طفل نامشروع بر والدین طبیعی را در زمره حقوق طبیعی آورد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۳۰۵) و سپس با استناد به قواعد عمومی قراردادها، اجرای تعهد به وفای دین طبیعی را به دین حقوقی تبدیل کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۳۰۷) و بدین سان مرد را به استناد تعهد صریح یا ضمنی که بین مادر طبیعی و وی وجود داشته محکوم به پرداخت هزینه‌ها سازد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۳۰۸).

۲-۲-۳. نقد ادله نظریه تکلیف پدر به سرپرستی فرزند طبیعی

نسبت به ادله قایلین به دیدگاه مذکور، اشکالاتی وجود دارد که جهت تبیین بیشتر به آن موارد اشاره و مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

الف: اولویت مادر طبیعی در تأمین مصلحت طفل

ترجیح سرپرستی پدر طبیعی نسبت به مادر به دلیل اشکالات ذیل قابل پذیرش نیست. مادر از نظر عواطف و شفقت بیشتر، نسبت به پدر طبیعی اولویت داشته و بهتر می‌تواند مصلحت کودک را تشخیص داده و تأمین نماید (هیثمی، بی‌تا، ج ۵، ص ۱۷۷)؛ بنابراین اولویت دادن به پدر طبیعی به جهت شفقت بیشتر نسبت به مادر قابل پذیرش نیست. نظر به اینکه تشخیص مصلحت چنین کودکی ممکن است بنا به شرایط و اوضاع و احوال تغییر پیدا کند، به نظر می‌رسد از این منظر نمی‌توان هیچ‌یک از پدر یا مادر طبیعی را دارای اولویت شناخت؛ بلکه موضوع را باید امری قضایی تلقی نمود و تعیین مصلحت را به صورت موردی بررسی کرد. پس استناد به این دلیل که مصلحت طفل توسط کدامیک از والدین بیشتر تأمین خواهد شد، برای اولویت دادن به هر یک از والدین برای سرپرستی، صحیح به نظر نمی‌رسد.

قابل ذکر است ابن جنید، جهت اثبات ولایت مادر به روایتی از منابع حدیثی اهل سنت^۱

۱. أن رسول الله ﷺ أمر نعيم بن النجاج أن يسأمر أم ابنته في أمرها قال: أمروهن في بناتهن (به نقل از مجموعه فتاوی ابن جنید؛ ۱۴۱۶ق، ص ۲۵۲).

استناد نموده است که بیانگر ولایت مادر در نکاح پسر رشید است (ابن جنید، ۱۴۱۶ق، ص ۲۵۲؛ کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۹۱). استناد به این ادله اشکالات متعددی دارد؛ اولاً استناد به این روایات در مورد نکاح بالغ رشید، در منابع فقهی ذکر نشده است؛ ثانیاً الزام مادر به پرداخت مهریه زوج با قواعد فقهی ناسازگار بوده و قابل پذیرش نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۱۰)؛ بدین جهت بسیاری از فقهای امامیه، چنین نکاحی را فضولی دانسته (سبحانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۲۳۴) و نسبت به دلالت روایات، اشکالات متعددی وارد کرده‌اند (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۲۸۸). نظر به اینکه این روایات در موضوع خود نیز دلالت تامی ندارند، استناد به آنها در وجود ولایت مادر بر فرزند طبیعی، قابل دفاع نیست.

ب: عدم احراز و عدم دلالت سیره عقلا بر تکلیف پدر طبیعی

استناد به سیره و بنای عقلا نیز صحیح به نظر نمی‌رسد. استناد کننده به بنای عقلا باید چگونگی استناد را به نحو دقیق اعلام کند. به نظر می‌رسد مستدلین به این دلیل، در اینجا «بنای عقلائی مشرّع حکم» را مدنظر داشته‌اند. با توجه به اختلاف نظرها در مبنای حجیت این قسم از بنای عقلا (نک: شهباز قهفرخی، ۱۴۰۱، صص ۱۰۴-۷۶) اولاً استمرار این بنا تا زمان ائمه مورد تردید است و هیچ دلیل تاریخی بر وجود آن ارائه نشده است؛ ثانیاً برخی دانشمندان اصول «احراز عدم منع شارع» (عراقی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۳۳؛ نائینی، ۱۴۰۶ق، ج ۳، ص ۱۹۳) و برخی دیگر «عدم احراز منع شارع» (اصفهانی، ۱۳۷۴، ج ۳، صص ۲۹-۳۰) را برای حجیت داشتن سیره عقلا لازم دانسته‌اند. در حالی که در مسئله حاضر، از ادله متعددی که از سوی مخالفین مطرح شده است، می‌توان «منع شارع» را مدلل نمود.

ج: نقد سرپرستی پدر طبیعی بر مبنای مسئولیت مدنی یا نظریه تعهد طبیعی

استناد به قاعده سببیت در ولادت جهت تصدی سرپرستی پدر قابل پذیرش نیست؛ زیرا سببیت در ولادت در جانب مادر طبیعی هم وجود داشته و اولویت قرار دادن پدر جهت سرپرستی طفل، باعث ترجیح بلامرّج شده که عقلاً جایز نیست. قابل ذکر است هرگونه استدلال به رأی وحدت رویه ۶۱۷ جهت انتساب فرزند به پدر طبیعی، صحیح

نیست؛ زیرا ذکر پدر طبیعی در رأی وحدت رویه ۶۱۷، از باب غلبه بوده و ذکر نام پدر در این مقرر، خصوصیتی نداشته چنانچه واژه «زانی» در ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی بر مرد و زن تطبیق می‌شود (زراعت، ۱۳۷۷، ص ۳۷). از این رو سببیت در تولد به هر دو منتسب می‌شود؛ همچنین با استناد به مبنای مسئولیت مدنی تنها می‌توان بار مالی ناشی از نگهداری طفل را بر والدین طبیعی تحمیل نمود و «تکلیف به تأمین مالی»، تلازمی با «تکلیف به مراقبت» توسط شخص والد یا والده طبیعی ندارد؛ زیرا ممکن است با تأمین هزینه‌ها توسط ایشان، نگهداری و پرورش و حضانت توسط هر شخص دیگری - حتی با تعیین از سوی حاکم - نیز به عمل آید.

استناد به نظریه تعهد طبیعی نیز موجه نیست. براساس این نظریه، دین طبیعی ادعایی، قابل مطالبه نیست و فقط در صورت ایفای ارادی تعهد توسط مدیون، دعوای استرداد مسموع نخواهد بود (ماده ۲۶۶ قانون مدنی)؛ به عبارت دیگر نمی‌توان با استناد به این نظریه حقوق و مزایایی برای متعهدله تصور نمود؛ زیرا مبنای این تعهد، اخلاق عمومی و تکالیف وجدانی مدیون است و نمی‌توان به استناد تعهد طبیعی، فرزند را در مطالبه نفقه یا هزینه‌ها مستحق شمرد. ضمن اینکه اثبات وجود تعهد ضمنی مبنی بر پرداخت نفقه فرزند، نامعقول است؛ زیرا چه بسا مرد و زن در هنگام آمیزش جنسی به‌طور اساسی ایجاد فرزند را تصور هم ننموده باشند. صرف نظر از مطالب فوق، باید گفت حداکثر این است که با استناد به مسئولیت مدنی یا طبیعی تنها می‌توان «تکلیف به پرداخت هزینه‌ها» را اثبات نمود نه «تکلیف به مراقبت و حضانت» یا «وجود ولایت» را؛ زیرا «ولایت» عنوانی است که دارای احکام و آثار ویژه شرعی است.

۳. بررسی موضع حقوق ایران

به منظور بررسی موضع حقوق ایران باید علاوه بر قانون مدنی به رأی وحدت رویه ۶۱۳ مورخ ۱۳۷۶/۰۴/۰۳ دیوان عالی کشور نیز پرداخت. حقوقدانان در تفسیر ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی نظرات متعارضی ارائه نموده‌اند. برخی صراحتاً گفته‌اند: «در نسب ناشی از زنا، مسئله‌ای به نام ولایت اب و جد پدری، یا حق حضانت پدر و مادر و یا توارث بین

فرزند و پدر و مادر و یا الزام به انفاق نسبت به این فرزند، وجود ندارد» (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص ۳۲۲). دکتر سیدحسن امامی نیز ولایت و حضانت والدین طبیعی بر فرزند را نپذیرفته است (امامی، سیدحسن، ج ۵، ص ۱۸۲). دیگری، فرزند طبیعی را عضو خانواده ندانسته و برای او به عنوان فرزندی، حتی بر والدین طبیعی قایل نشده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۱۵) برخی دیگر موضع قانون‌گذار ایرانی را در مسئله ولایت، حضانت و نفقه فرزند طبیعی، سکوت دانسته و رأی وحدت رویه سال ۱۳۷۶ را گامی بزرگ در جهت شناسایی حقوق مساوی بین فرزندان مشروع و طبیعی اعلام نموده و با تجاوز از موضوع رأی وحدت رویه، ولایت فرزند طبیعی را بر عهده پدر فیزیولوژیک قرار داده‌اند (صفایی، ۱۳۸۷، ص ۶).

نظر به اینکه اولاً ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی ذیل باب نسب آمده است؛ ثانیاً این مقرر در مقام بیان و تعیین آثار نسب نیست و فقط طفل ناشی از زنا را ملحق به والدین ندانسته است؛ ثالثاً قانون‌گذار بلافاصله در باب بعدی به مسئله نگهداری و تربیت اطفال پرداخته و هیچ ذکری از فرزند طبیعی نکرده است؛ نمی‌توان از اطلاق ماده ۱۱۶۷ استفاده نموده و حکم به نفی یا ثبوت ولایت یا حضانت والدین طبیعی کرد. هرگاه متکلم در مقام بیان اصل حکم بوده و توجهی به قیود و شرایط و آثار حکم نداشته باشد، اطلاق حجیت و قابلیت استناد ندارد (آخوندخراسانی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۲۱۳)؛ بنابراین به نظر می‌رسد این مقرر مجمل بوده و نمی‌توان از آن حکمی استخراج نمود. اما رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخ ۱۳۷۶/۰۴/۰۳ دیوان عالی کشور براساس فتوای امام خمینی علیه السلام تنظیم شده و کلیه تکالیف مربوط به پدر را بر پدر طبیعی بار نموده است. در این خصوص به نظر می‌رسد با توجه به اینکه مبنای رأی مزبور استناد به فتوای امام خمینی علیه السلام است و ایشان صرفاً در مورد حضانت و نفقه فرزند طبیعی اظهار نظر نموده‌اند (نک: کریمی، ۱۳۶۵، ص ۱۴۹) این رأی و همچنین فتوای امام خمینی علیه السلام دلالتی بر وجود ولایت برای پدر طبیعی ندارد. از حیث حضانت نیز، به نظر می‌رسد در تعیین حاضن، دادگاه باید براساس قواعد عام تعیین حاضن اقدام به انتخاب حاضن کند. در این گونه موارد دادگاه باید، مفاد ماده واحده قانون اصلاح ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی منتشره در روزنامه رسمی مورخ ۱۳۷۶/۰۹/۲۶ در

خصوص صلاحیت اخلاقی و عدم اشتهار به فساد اخلاق و فحشا حاضن را رعایت نماید.

نتیجه‌گیری

با در نظر گرفتن مجموع ادله دو دیدگاه به نظر می‌رسد نظریه قایلین به تکلیف پدر طبیعی به سرپرستی فرزند از اتقان بیشتری برخوردار است. اگرچه نسبت به آن، ملاحظاتی نیز وجود دارد. اولاً مهمترین دلیل فقهی بر این نظریه همان صدق عنوان «ولد» بر ولد نامشروع است و توجه به این مطلب که واژه «ولد» حقیقت شرعیه ندارد بلکه این واژه محمول بر معنای لغوی و عرفی خود است و در روایات نیز دلیلی بر نفی عنوان «ولد» از ولدالزنا وجود ندارد؛ با صدق عنوان، ترتب آثار نیز موجه است؛ ثانیاً هرگونه انحصار سرپرستی به فرزندان مشروع، مخالف ادله لفظی بوده و دلیلی مبنی بر اختصاص این حق یا امتیاز نسبت به نسب مشروع وجود ندارد؛ ثالثاً تحمیل این مسئولیت به پدر طبیعی و پرداخت هزینه‌های زندگی کودک توسط وی، سبب جلوگیری از اشاعه منکرات در جامعه می‌شود. همچنین دلیلی مبنی بر تفکیک بین احکام جاری بر ولد وجود ندارد و ولایت برای پدر طبیعی ثابت بوده و حضانت نیز تابع عمومات ادله حضانت است.

فهرست منابع

* قرآن کریم

ابن بابویه، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). من لایحضره الفقیه (ج ۴، مصحح: علی اکبر غفاری). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

ابن اثیر، مجدالدین مبارک بن محمد. (۱۳۹۹ق). النهایه فی غریب الحدیث و الاثر. بیروت: مکتبه العلمیه.

ابن عابدین، محمد امین بن عمر. (۱۹۹۶ق). رد المحتار علی الدر المختار (ج ۴). بیروت: دارالفکر.

ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم. (بی تا). البحر الرائق شرح کنز الدقائق (ج ۴). بیروت: دارالمعرفه.

ابن مازة، محمود بن احمد. (۱۴۲۴ق). المحيط البرهانی فی الفقه النعمانی (ج ۸). بیروت: دارالکتب العلمیه.

ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (ج ۱۵). بیروت: دارالفکر.

ابن حزم، ابو محمد علی بن احمد. (بی تا). المحلی بالاثار (ج ۹). بیروت: دارالفکر.

ابن جنید، محمد بن احمد کاتب بغدادی. (۱۴۱۶ق). مجموعه فتاوی ابن جنید. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

ابن قدامه، أبو محمد عبد الله بن أحمد. (۱۳۸۹ق). المغنی (ج ۷). مصر: مکتبه القاہرہ.

اصفهانى، محمد حسين. (۱۳۷۴). نهاية الدراية في شرح الكفاية (طبع قديم) (ج ۳). قم: انتشارات سيد الشهداء.

امامى، اسدالله. (۱۳۹۲). مطالعه تطبیقی نسب و تغییر جنسیت در حقوق ایران و فرانسه. تهران: نشر میزان.

امامی، سیدحسن. (۱۳۹۲). حقوق مدنی (ج ۵). تهران: انتشارات اسلامی.

انصاری شیرازی، قدرت الله. (۱۴۲۹ق). موسوعه احکام الاطفال وادلتها (ج ۱). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.

ابن براج، جمعه محمد براج. (۱۴۲۰ق). احکام المیراث فی الشریعه الاسلامیه. عمان: دار یافا العلمیه.

احمد عبدالحمید (۲۰۰۸ م). احکام ولد الزنا فی الفقه الاسلامی. فلسطین: جامعه النجاح الوطنیه فی نابلس.

بهجت فومنی، محمدتقی. (۱۴۲۸ق). استفتائات (ج ۴). قم: انتشارات دفتر آیه الله بهجت.

جعفرپور، جمشید. (۱۳۸۴). حقوق کودکان نامشروع در کنوانسیون حقوق کودک و قوانین اسلامی با رویکردی به دیدگاه فقهی امام خمینی علیه السلام. پژوهشنامه متین، شماره ۲۸-۲۹، صص ۸۳-۱۰۰.

جمعی از محققین. (۱۴۲۸ق). احکام الاطفال. قم: انتشارات مرکز فقهی ائمه اطهار.

جبوری، ابوالیقظان عطیه. (۱۴۱۶ق). حکم المیراث فی الشریعه الاسلامیه. عمان: دار حنین.

حرعاملی، محمدبن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه فی تحصیل مسائل الشریعه (ج ۲۶). مشهد: مجمع البحوث الإسلامیه.

حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه (ج ۲). قم: موسسه امام الصادق علیه السلام.

حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام فی معرفه الحلال والحرام (ج ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۷ق). التنقیح فی شرح العروه الوثقی (مقرر: علی غروی تبریزی) (ج ۸، ۹). قم: انتشارات انصاریان.

خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعه الإمام الخوئی (ج ۳). قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی.

- خوئی، سید ابوالقاسم (بی تا). منهاج الصالحین (ج ۲). نجف: انتشارات نعمان.
- خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۹ق). کفایه الاصول. قم: موسسه ال بیت لاحیاء التراث.
- خرشی، محمد بن عبدالله. (۱۴۱۷ق). حاشیه الخرشى (ج ۴). بیروت: دارالکتب العلمیه.
- زحیلی، وهبه. (۱۴۰۹ق). الفقه الاسلامی و ادلته (ج ۸). دمشق: دارالفکر.
- زیلعی، عثمان بن علی. (۱۳۱۳ق). تبیین الحقائق شرح کنزالدقائق. مصر: المطبعة الکبری.
- زراعت، عباس. (۱۳۷۷). شرح قانون مجازات. تهران: فیض.
- سرخسی، محمد بن احمد. (۱۴۱۴ق). المبسوط (ج ۴، ۶). بیروت: دارالمعرفه.
- سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۴۱۶ق). نظام النکاح فی الشریعه الغراء (ج ۱). قم: موسسه امام صادق علیه السلام.
- شربینی، محمد بن خطیب. (۱۴۱۸ق). مغنی المحتاج الی معرفه الالفاظ المنهاج (ج ۳). بیروت: دارالمعرفه.
- شهباز قهفرخی، سجاد. (۱۴۰۱). نقش بنای عقلا در تحول حقوق قراردادها. (رساله دکتری: استاد راهنما؛ محمد علی انصاری پور). تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- صفای، سید حسین؛ امامی، اسدالله. (۱۳۷۲). حقوق خانواده (ج ۲). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- صفای، سید حسین. (۱۳۸۷). نسب مشروع و رأی وحدت رویه ۳/۴/۱۳۷۶، مجله پژوهش های اسلامی. دانشگاه شهید باهنر، دوره دوم شماره سوم، صص ۱ - ۱۶.
- صدر، سید محمد. (۱۴۲۰ق). ماوراء الفقه (ج ۶). بیروت: دارالاضواء للطباعه و النشر و التوزیع.
- طاهری، حبیب الله. (۱۴۱۸ق). حقوق مدنی (ج ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به حوزه علمیه قم.
- طوسی، محمد بن حسین. (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیه (ج ۳، ۶، ۲۹). تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.

- طباطبایی حکیم، سیدمحسن. (۱۳۹۱). مستمسک عروه الوثقی (ج ۹). نجف: مطبعه الاداب.
- طریحی، فخرالدین بن محمد. (۱۳۷۵). مجمع البحرين (ج ۶). تهران: مکتبه المرتضویه.
- عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام (۴، ۷، ۸). قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
- عبدوی، محمد بن یوسف. (۱۳۹۸ق). التاج والاکلیل لمختصر الخلیل (ج ۳، ۵). بیروت: دارالفکر.
- عراقی، ضیاءالدین. (۱۴۱۷ق). نهاییه الافکار (ج ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- عمرانی، یحیی بن ابی الخیر. (۱۴۲۱ق). البیان فی مذهب الشافعی (ج ۹). ریاض: دارالمنهاج.
- عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام (ج ۷). قم: موسسه المعارف الاسلامیه.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۵ق). جامع المسائل الاستفتائات. قم: انتشارات امیر قلم.
- فقه اهل بیت. (۱۴۱۹ق). قم: موسسه دائرة المعارف اسلامی.
- فیومی، احمد بن محمد. (۱۴۳۰ق). المصباح المنیر. بیروت: المکتب العصریه.
- قبله ای خوئی، خلیل. (۱۳۸۷). فصلنامه دیدگاههای حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی، دوره چهارم، شماره ۱۳ و ۱۴، صص ۱۱۵ - ۱۵۰.
- کاسانی، ابوبکر بن مسعود. (۱۴۰۶ق). بدائع الصنائع (ج ۵). بیروت: دارالکتب العلمیه.
- کریمی، حسین. (۱۳۶۵). موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی علیه السلام. تهران: بی نا.
- کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (ج ۱۲). قم، موسسه آل البیت.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۹). دوره حقوق مدنی خانواده (ج ۲). تهران: انتشارات گنج دانش.
- کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۲ق). الکافی (ط - الإسلامية) (چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامية.
- گلپایگانی، محمدرضا. (۱۴۱۴ق). مجمع المسائل (ج ۲). قم: انتشارات دارالقرآن.

کاشف الغطاء، جعفر بن خضر. (۱۴۲۲ق). کشف الغطاء عن مبهمات شریعه الغراء. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

گرچی، ابوالقاسم. (۱۳۸۵). بررسی تطبیقی حقوق خانواده. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
موسوعه جمال عبدالناصر الفقهیه. (۱۴۲۲ق). الموسوعه الفقه الاسلامی (ج ۳). قاهره: المجلس الاعلی للفتاوی الاسلامیه.

مرداوی، علی بن سلیمان. (۱۴۱۹ق). الانصاف (ج ۹). بیروت: داراحیاء التراث العربی.
موسوی خمینی، سیدروح الله. (۱۳۹۰). تحریر الوسیله (ج ۲). النجف الاشرف: دارالکتب العلمیه.
مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۵). استفتائات جدید (ج ۲). قم: انتشارات مدرسه علی بن ابیطالب (ع).

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۴ق). کتاب النکاح (ج ۲). قم: انتشارات مدرسه علی بن ابیطالب (ع).
مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۵). الفتاوی الجدیده (ج ۱). قم: انتشارات مدرسه علی بن ابیطالب (ع).

موسوی اردبیلی، عبدالکریم. (۱۳۸۱). فقه القضا. قم: موسسه النشر لجامعه المفید.
مرعشی نجفی، سیدشهاب الدین. (۱۴۱۵ق). القصاص علی ضوء القرآن والسنه (ج ۱). قم: انتشارات کتابخانه مرعشی نجفی.

مقدسی، عبدالرحمن بن ابراهیم. (۱۴۲۴ق). العده شرح العمده (ج ۲). قاهره: دارالحدیث.
نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (ج ۲۹، ۳۱، ۳۹، ۴۱). بیروت: داراحیاء التراث العربی.

نجفی خوانساری، موسی. (۱۳۷۳). منیه الطالب فی حاشیه المکاسب (ج ۱). تهران: مطبعه حیدری.
ناصری، فاطمه و محمد مهدی زارعی. (۱۴۰۲). «بررسی فقهی وضعییت نسب در فرزند طبیعی» مجله پژوهش های فقه و حقوق اسلامی. دانشگاه آزاد اسلامی بابل، شماره ۷۱، صص ۲۶۸-۲۸۰.

نائینی، محمدحسین غروی. (۱۴۲۴ق). تنبیه الامه و تنزیه المله. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

نائبی، محمدحسین غروی. (۱۴۰۶ق). فوائد الاصول (تقریرات: شیخ محمدعلی کاظمی خراسانی) (ج ۳) قم: موسسه انتشارات اسلامی.

نراقی، محمد مهدی. (۱۴۱۴ق). مستند الشیعه (ج ۱۷). قم: موسسه آل البيت.

نفاوی، احمد بن غانم. (۱۴۱۸ق). الفواکه الدوانی علی رساله ابن ابی زید القيروانی (ج ۲). بیروت: دارالفکر.

هیثمی، شهاب الدین احمد بن محمد. (بی تا). تحفة المحتاج بشرح المنهاج (ج ۵). بیروت: دارالکتب العلمیه.

References

* The Holy Quran

- A Group of Researchers. (2007). *Ahkam al-atfal*. Qom: Jurisprudential Center of Ahl al-Bayt. [In Arabic]
- 'Abdawi, M. b. Y. (1978). *Al-Taj wal-Ikleeel li-Mukhtasar al-Khalil* (Vols. 3, 5). Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
- Ahmad, A. (2008). *Ahkam walad al-zina fi al-fiqh al-Islami*. Palestine: An-Najah National University, Nablus. [In Arabic]
- 'Amili, Z. b. A. (1992). *Masalik al-Afham ila Tanqih Sharayi' al-Islam* (Vols. 4, 7, 8). Qom: Al-Ma'arif al-Islamiyyah Institute. [In Arabic]
- 'Amili, Z. b. A. (1992). *Masalik al-Afham ila Tanqih Sharayi' al-Islam* (Vol. 7). Qom: Al-Ma'arif al-Islamiyyah Institute. [In Arabic]
- Ansari Shirazi, Q. A. (2008). *Mawsu'at ahkam al-atfal wa adillatuha* (Vol. 1). Qom: Jurisprudential Center of Ahl al-Bayt. [In Arabic]
- Bahjat Fumani, M. T. (2007). *Istifta'at* (Vol. 4). Qom: Publications Office of Ayatollah Bahjat. [In Persian]
- Emami, A. (2013). *Comparative study of lineage and gender change in Iranian and French law*. Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
- Emami, S. H. (2013). *Civil Law* (Vol. 5). Tehran: Islamiyyah Publications. [In Persian]
- Fayumi, A. b. M. (2009). *Al-Misbah al-Munir*. Beirut: Al-Maktabah al-Asriyya. [In Arabic]
- Fazel Lankarani, M. (2004). *Comprehensive Questions: Istiftat Collections*. Qom: Amir Qalam Publications. [In Persian]
- Fiqh Ahl al-Bayt*. (1998). Qom: Encyclopedia of Islamic Knowledge Institute. [In Arabic]
- Golpayegani, M. R. (1994). *Majma' al-Masa'il* (Vol. 2). Qom: Dar al-Qur'an Publications. [In Persian]

- Gorji, A. (2006). *Comparative Study of Family Law*. Tehran: University of Tehran Press. [In Persian]
- Heythami, Sh. (n.d.). *Tuhfat al-Muhtaj bi Sharh al-Minhaj* (Vol. 5). Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah. [In Arabic]
- Hilli, H. Y. (1993). *Qawa'id al-ahkam fi ma'rifat al-halal wa al-haram* (Vol. 3). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Hilli, H. Y. (1999). *Tahrir al-ahkam al-shar'iyyah 'ala madhhab al-Imamiyyah* (Vol. 2). Qom: Imam al-Sadiq Institute. [In Arabic]
- Hurr al-Amili, M. H. (1989). *Wasa'il al-Shi'ah fi tahsil masa'il al-shari'ah* (Vol. 26). Mashhad: Islamic Research Foundation. [In Arabic]
- Ibn Abidin, M. A. U. (1996). *Radd al-muhtar 'ala al-durr al-mukhtar* (Vol. 4). Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
- Ibn Athir, M. M. (1979). *Al-Nihayah fi gharib al-hadith wa al-athar*. Beirut: Al-'Ilmiyyah Library. [In Arabic]
- Ibn Babawayh, M. A. (1993). *Man la yahduruhu al-faqih* (Vol. 4, A. A. Ghafari, Ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Ibn Baraj, J. M. (1999). *Ahkam al-mirath fi al-shari'ah al-Islamiyyah*. Amman: Dar Yafa' al-'Ilmiyyah. [In Arabic]
- Ibn Hazm, A. A. (n.d.). *Al-Muhalla bi al-athar* (Vol. 9). Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
- Ibn Junayd, M. A. (1995). *Majmu'at fatawa Ibn Junayd*. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom. [In Arabic]
- Ibn Manzur, M. M. (1993). *Lisan al-'Arab* (Vol. 15). Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
- Ibn Mazah, M. A. (2003). *Al-Muhit al-burhani fi al-fiqh al-Nu'mani* (Vol. 8). Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah. [In Arabic]
- Ibn Najim, Z. I. (n.d.). *Al-Bahr al-ra'iq sharh Kanz al-daqa'iq* (Vol. 4). Beirut: Dar al-Ma'rifah. [In Arabic]
- Ibn Qudamah, A. A. (1969). *Al-Mughni* (Vol. 7). Cairo: Cairo Library. [In Arabic]

- 'Iraqi, Z. (1996). *Nihayat al-Afkar* (Vol. 3). Qom: Islamic Publishing Office. [In Arabic]
- Isfahani, M. H. (1995). *Nihayat al-dirayah fi sharh al-kifayah* (Old Edition, Vol. 3). Qom: Sayyid al-Shuhada Publications. [In Persian]
- Jabouri, A. A. (1995). *Hukm al-mirath fi al-shari'ah al-Islamiyyah*. Amman: Dar Haneen. [In Arabic]
- Jafarpoor, J. (2005). Illegitimate children's rights in the Convention on the Rights of the Child and Islamic laws with reference to Imam Khomeini's jurisprudence. *Matin Research Journal*, (28-29), pp. 83-100. [In Persian]
- Jamal Abd al-Nasir Jurisprudential Encyclopedia. (2001). *Islamic Jurisprudence Encyclopedia* (Vol. 3). Cairo: Supreme Council for Islamic Affairs. [In Arabic]
- Karaki, M. Thani, A. b. H. (1994). *Jami' al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'id* (Vol. 12). Qom: Al al-Bayt Institute. [In Arabic]
- Karimi, H. (1986). *Judicial Standards from the Perspective of Imam Khomeini*. Tehran. [In Persian]
- Kasani, A. b. M. (1986). *Bada'i' al-Sana'i'* (Vol. 5). Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah. [In Arabic]
- Kashif al-Ghita', J. b. Kh. (2001). *Kashf al-Ghita' 'an Mubhamat al-Shari'ah al-Ghara'*. Qom: Islamic Propagation Office. [In Arabic]
- Katouzian, N. (2010). *Civil Law Series: Family Law* (Vol. 2). Tehran: Ganj-e-Danesh Publications. [In Persian]
- Khoei, S. A. (1996). *Al-Tanqih fi sharh al-'Urwah al-wuthqa* (Reported by A. Gharawi Tabrizi, Vols. 8-9). Qom: Ansarian Publications. [In Arabic]
- Khoei, S. A. (1997). *Mawsu'at al-Imam al-Khoei* (Vol. 3). Qom: Imam Khoei Heritage Revival Foundation. [In Arabic]
- Khoei, S. A. (n.d.). *Minhaj al-salihin* (Vol. 2). Najaf: Nu'man Publications. [In Arabic]
- Khorasani, M. K. (1989). *Kifayat al-usul*. Qom: Mu'asisa Al al-Bayt le Ihya al-Torath. [In Arabic]

- Khurashi, M. A. (1996). *Hashiyat al-Khurashi* (Vol. 4). Beirut: Dar al-Kutub al-‘Ilmiyyah. [In Arabic]
- Kulayni, A. J. M. b. Y. (1982). *Al-Kafi* (Islamic Edition, 4th ed.). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah. [In Arabic]
- Makarem Shirazi, N. (1996). *New Istiftā’āt* (Vol. 2). Qom: Ali ibn Abi Talib School Publications. [In Persian]
- Makarem Shirazi, N. (2003). *Kitab al-Nikah* (Vol. 2). Qom: Ali ibn Abi Talib School Publications. [In Arabic]
- Makarem Shirazi, N. (2006). *Al-Fatawa al-Jadida* (Vol. 1). Qom: Ali ibn Abi Talib School Publications. [In Persian]
- Marashi Najafi, S. Sh. (1995). *Al-Qisas ala Dhou' al-Qur'an wa al-Sunnah* (Vol. 1). Qom: Marashi Najafi Library Publications. [In Arabic]
- Mardawi, A. b. S. (1998). *Al-Insaf* (Vol. 9). Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi. [In Arabic]
- Moghadasi, A. b. I. (2003). *Al-‘Uddah Sharh al-‘Umdah* (Vol. 2). Cairo: Dar al-Hadith. [In Arabic]
- Mousavi Ardebili, A. (2002). *Fiqh al-Qadha*. Qom: Publications Institute of Al-Mofid University. [In Arabic]
- Mousavi Khomeini, R. (1970). *Tahrir al-Wasilah* (Vol. 2). Najaf al-Ashraf: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah. [In Arabic]
- Nafrawi, A. b. G. (1997). *Al-Fawakih al-Dawani ala Risalat Ibn Abi Zayd al-Qayrawani* (Vol. 2). Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
- Na'ini, M. H. G. (1986). *Fawa'id al-Usul* (Notes by Sheikh Mohammad Ali Kazemi Khorasani) (Vol. 3). Qom: Islamic Publications Institute. [In Arabic]
- Na'ini, M. H. G. (2003). *Tanbih al-Ummah wa Tanzih al-Millah*. Qom: Islamic Propagation Office. [In Arabic]
- Najafi Khonsari, M. (1994). *Munyat al-Talib fi Hashiyat al-Makasib* (Vol. 1). Tehran: Heidari Printing House. [In Arabic]

- Najafi, M. H. (1984). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharayi' al-Islam* (Vols. 29, 31, 39, 41). Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi. [In Arabic]
- Naraqi, M. M. (1994). *Mustanad al-Shi'ah* (Vol. 17). Qom: Al al-Bayt Institute. [In Arabic]
- Naseri, F., & Zarei, M. M. (2023). A jurisprudential study of lineage status in natural-born children. *Islamic Jurisprudence and Law Research Journal*, Islamic Azad University of Babol, (71), 268–280. [In Persian]
- Qeble'ei Khoei, K. (2008). *Judicial Legal Perspectives Quarterly*, University of Judicial Sciences, 4(13–14), pp. 115–150. [In Persian]
- Sadr, S. M. (1999). *Beyond Fiqh* (Vol. 6). Beirut: Dar al-Adwa' for Printing, Publishing, and Distribution. [In Arabic]
- Safa'i, S. H. (2008). Legitimate Lineage and the Ruling of 24/06/1997, *Islamic Research Journal*, Shahid Bahonar University, 2(3), pp. 1–16. [In Persian]
- Safa'i, S. H., & Emami, A. (1993). *Family Law* (Vol. 2). Tehran: University of Tehran Press. [In Persian]
- Sarakhsi, M. b. A. (1994). *Al-Mabsut* (Vols. 4, 6). Beirut: Dar al-Ma'rifah. [In Arabic]
- Shahbaz Qahfarrokhi, S. (2022). *The Role of Rational Constructions in the Evolution of Contract Law* (Doctoral dissertation, Supervisor: M. A. Ansari-Pour). Tehran: Faculty of Law and Political Science, University of Tehran. [In Persian]
- Sherbini, M. (1998). *Mughni al-muhtaj ila ma'rifat alfaaz al-minhaj* (Vol. 3). Beirut: Dar al-Ma'rifah. [In Arabic]
- Sobhani Tabrizi, J. (1995). *The System of Marriage in the Sharia* (Vol. 1). Qom: Imam Sadiq Institute. [In Persian]
- Tabataba'i Hakim, S. M. (1971). *Mustamsak 'Urwat al-Wuthqa* (Vol. 9). Najaf: Matba'at al-Adab. [In Arabic]
- Taheri, H. (1998). *Civil Law* (Vol. 3). Qom: Islamic Publishing Office affiliated with the Seminary of Qom. [In Persian]

- Tarihi, F. (1996). *Majma' al-Bahrayn* (Vol. 6). Tehran: Al-Maktabah Al-Murtadawiyyah. [In Arabic]
- Tusi, M. b. H. (2008). *Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyyah* (Vols. 3, 6, 29). Tehran: Al-Maktabah Al-Murtadawiyyah Le Ihya al-Athar al-Jafariya. [In Arabic]
- 'Umrani, Y. b. A. (2000). *Al-Bayan fi Madhhab al-Shafi'i* (Vol. 9). Riyadh: Dar al-Minhaj. [In Arabic]
- Zayla'i, U. b. A. (1895). *Tabyin al-haqa'iq sharh Kanz al-daqa'iq*. Cairo: Al-Matba'a al-Kubra. [In Arabic]
- Zera'at, A. (1998). *Explanation of the Islamic Penal Code*. Tehran: Feyz. [In Persian]
- Zuhayli, W. (1989). *Al-Fiqh al-Islami wa adillatuh* (Vol. 8). Damascus: Dar al-Fikr. [In Arabic]



A Jurisprudential-Legal Reflection on the Entitlement to Arsh (Compensation) in the Case of Option of Deceit (Khiyar Tadlis)¹

Seyyed Mohammad Hadi Qabuli Darafshan¹

Seyyed Hani Saberi²

1. Associate Professor, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran (Corresponding Author)

Email: h.ghaboli@um.ac.ir; Orcid: 0000-0003-3227-2169

2. M.A. Student, Ferdowsi University of Mashhad

(Level 3 Student, Islamic Seminary of Khorasan), Mashhad, Iran

Email: s.sabery@mail.um.ac.ir

Abstract

In Imamiya jurisprudence and the Civil Code, the institution of arsh (compensation) is reserved for the option of defect (khiyar 'ayb). However, it appears that excluding arsh from the option of deceit (khiyar tadlis) contradicts principles of justice and fairness. Two scenarios can be considered in this regard: First, the seller engages in deceptive practices and sells the item.

Second, the item has a defect, but the seller does not commit any deceptive act and sells the item. The authors argue that giving the buyer only the option to annul or uphold the contract in the case of khiyar tadlis—without granting the right to claim arsh despite the seller's deceitful conduct—is neither logical nor fair. Especially when, in the second scenario, the buyer may annul the contract or receive arsh due to the defect, even though no deceit occurred. Therefore, the existence of the

1. Qabuli Darafshan, S. M. H., & Saberi, S. H. (2025). A jurisprudential-legal reflection on the entitlement to *arsh* in the case of *khiyar tadlis*. *Journal of Fiqh*, 31(120), pp. 42-77.

<https://doi.org/10.22081/jf.2025.69888.2843>

* **Publisher:** Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom (Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran). ***Type of article:** Research Article

▣ **Received:** 2024/09/17 ● **Revised:** 2025/01/24 ● **Accepted:** 2025/04/14 ● **Published online:** 2025/05/10

© The Authors



right to claim arsh in the case of deceit should take precedence. The aim of this research is to critique and analyze the arguments of both proponents and opponents of the applicability of arsh in khiyar tadlis. Through a descriptive-analytical method, this study concludes that there is no exclusive feature in khiyar 'ayb that limits arsh to it alone; rather, sufficient grounds exist for applying arsh in cases of khiyar tadlis as well.

Keywords

Arsh (compensation), Khiyar Tadlis (option of deceit), Khiyar 'Ayb (option of defect), Tasriya (concealment of defects).

تأملی فقهی حقوقی بر ثبوت ارش در خیار تدلیس^۱

سیدمحمدهادی قبولی درافشان^۱ سیده‌هانی صابری^۲

۱. دانشیار، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران (نویسنده مسئول).

h.ghaboli@um.ac.ir; Orcid: 0000-0003-3227-2169

۲. کارشناسی ارشد دانشگاه فردوسی مشهد (طلبه سطح سه حوزه علمیه خراسان)، مشهد، ایران.

s.sabery@mail.um.ac.ir



چکیده

نهاد ارش در فقه امامی و قانون مدنی به خیار عیب اختصاص دارد اما به نظر می‌رسد که عدم استفاده از نهاد ارش در خیار تدلیس، خلاف عدالت و انصاف است. دو فرض در این مسئله می‌توان مطرح کرد: فرض نخست آنکه با بایع عملیات فریبنده انجام داده و کالای خود را بفروشد و فرض دوم اینکه کالا معیوب بوده و با بایع عملیات فریبنده‌ای انجام ندهد و کالای خود را بفروشد. به اعتقاد نویسندگان مخیر کردن مشتری به فسخ یا امضای عقد با استناد به خیار تدلیس و عدم مجوز دریافت ارش توسط وی، علیرغم انجام عملیات فریبنده از سوی بایع در فرض نخست و امکان فسخ عقد یا اخذ ارش توسط مشتری در فرض دوم با استناد به خیار عیب، علیرغم عدم انجام عملیات فریبنده توسط بایع منطقی و منصفانه نیست بلکه وجود حق اخذ ارش در فرض تدلیس اولویت دارد. هدف این پژوهش نقد و بررسی ادله موافقان و مخالفان جریان ارش در خیار تدلیس است. جستار حاضر به روش توصیفی-تحلیلی، به این نتیجه دست یافته است که هیچ خصوصیت ویژه‌ای در خیار عیب وجود ندارد که ارش را منحصرأ به آن اختصاص دهد بلکه ادله کافی برای جریان ارش در خیار تدلیس نیز موجود است.

کلیدواژه‌ها

ارش، خیار تدلیس، خیار عیب، تصریه.

* استناد به این مقاله: قبولی درافشان، سیدمحمدهادی؛ صابری، سیده‌هانی. (۱۴۰۳). تأملی فقهی حقوقی بر ثبوت ارش در خیار تدلیس. فقه، ۳۱(۱۲۰)، صص ۴۲-۷۷.

<https://doi.org/10.22081/jf.2025.69888.2843>

□ نوع مقاله: پژوهشی؛ ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم (پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران) © نویسندگان

□ تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۲۷ • تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۱۱/۰۵ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۱/۲۵ • تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۴/۰۲/۲۰



مقدمه

با توجه به اینکه مبحث تدلیس چه در معاملات و چه در نکاح از موضوعات عام‌البلوی است، فقها و حقوق‌دانان به مصادیق آن به صورت تفصیلی پرداخته‌اند. اندیشمندان فقه در معاوضات تنها خیار فسخ را برای تدلیس پذیرفته و در مواردی نیز با توجیهاتی أخذ ارش را نیز جایز دانسته‌اند، حال آنکه در تدلیس نکاح، بالجمله ارش را مورد پذیرش قرار داده‌اند. در این جستار منظور از ارش اعم از معنای اصطلاحی و لغوی آن است. به عبارت دیگر منظور از ارش کاستن از ثمن المسمی یا مهر المسمی یا اینکه ارش به معنای خسارت است؛ به عبارت دیگر، پژوهش حاضر رسالتی نسبت به مقدار ارش و چگونگی محاسبه آن ندارد.^۱

فقیهان امامی جریان ارش را تنها در خیار عیب یک اصل مسلم دانسته و به عدم جریان آن در سایر خیارات، به‌ویژه خیار تدلیس تردید نکرده‌اند، حال آنکه ادله کافی برای جریان ارش در خیار تدلیس نیز وجود دارد و اگر جریان ارش در خیار تدلیس پذیرفته نشود و بایع تدلیس کند در این صورت در شرایط بهتری نسبت به فروش کالای معیوب خود بدون تدلیس قرار دارد؛ زیرا در تدلیس مشتری تنها حق فسخ دارد، اما در خیار عیب سخن از حق فسخ یا حق أخذ ارش است. در رابطه با پیشینه جریان ارش در تدلیس مباحثی اجمالی با عنوان مطالبه خسارت بیان شده است که مقاله تأثیر تدلیس در نکاح و آثار آن (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۶) از آن جمله است که مشتمل بر مباحثی در مورد گرفتن خسارت در فرض تدلیس در نکاح بوده و با مفهوم ارش در مقاله حاضر مطابقت دارد؛ همچنین پژوهش‌هایی تطبیقی در رابطه با شباهت‌های خیار تدلیس و عیب انجام شده است (نوری، ۱۳۹۳)، بعضی از نویسندگان نیز تلاش کرده‌اند تا با توسعه معنای عیب، ارش را ثابت کنند (بهروزی‌زاد، ۱۴۰۱). وجه تمایز جستار پیش‌رو با پژوهش‌های

۱. برای دیدن نظرات در مورد چگونگی محاسبه ارش رجوع کنید به: محقق کرکی. (۱۴۱۴ق) جامع المقاصد، ج ۴، ص ۳۳۵. و برای دیدن نظرات مختلف در مورد ماهیت ارش رجوع کنید به: ایزدی‌فرد، علی‌اکبر؛ فلاح، مهدی، «تأملی درباره ماهیت و مبنای ارش مدنی»، شماره ۹۰، تابستان ۱۳۹۴، صص ۳۷-۶۲.

مذکور این است که تلاش دارد ارش را در خصوص خیارتدلیس نیز ثابت کند و یکی از دلایل آن می‌تواند شباهت‌های دوخیار یاد شده باشد. این نکته نیز لازم به ذکر است که نویسندگان مقاله حاضر برای ادبای ادعای خود به توسعه معنایی برای خیار عیب، نیازی نمی‌بینند؛ زیرا افزون بر آن، ادله کافی دیگری وجود دارد که ارش را برای خیارتدلیس ثابت می‌کند؛ همچنین پژوهشگرانی که در مورد تدلیس در نکاح بحث کرده‌اند به بیان دیدگاه‌های فقها و حقوق‌دانان اکتفا کرده و مبنای واحدی را که در همه موارد مشابه قابل استناد باشد، ارائه نکرده‌اند اما در این پژوهش تلاش شده چه در تدلیس در معاوضات و چه تدلیس در نکاح مبنایی ارائه شود که بتوان در همه موارد و مصادیقی که تدلیس در آن وجود دارد به آن استناد کرده و به مدلس حق فسخ یا أخذ ارش داد.

۱. مفهوم لغوی و اصطلاحی ارش و تدلیس

ارش در لغت به معنای خراشیدن و در جراحات به معنای دیه آن است و در معاملات به آنچه که مشتری در برابر عیب مبیع از باع می‌گیرد ارش می‌گویند (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص ۲۶۳؛ زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷، ص ۶۳).

ارش در حقوق جزا و حقوق مدنی، مشترک لفظی بوده و در بیش از یک معنا استفاده شده است. به عبارت دیگر در حقوق مدنی ارش، عیب جاری است اما در حقوق جزا سخن از ارش جنایت است. راه تعیین ارش نسبت بین فرد معیوب کالا به سالم آن است (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۲۸۰).

در احادیث نیز ارش به معنای لغوی آن به کار رفته و بیشتر از جبران خسارت و نقص از ثمن سخن به میان آمده است.^۱

تدلیس در لغت از دلس به معنای ظلمت و یدالس به معنای یخادع (خدعه و نیرنگ

۱. ر.ک. به: کتاب تفصیل وسائل الشیعة. أبواب احکام العیوب (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۹۷) و همچنین باب ثبوت الخیار للمشتري بظهور العیب السابق (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۲۹).

کردن) و تدلیس در بیع به معنای پنهان کردن عیب کالا از مشتری است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص ۸۶؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۲۹۲).

ارش در اصطلاح فقها، جزئی از ثمن است که نسبت آن به تمام ثمن محاسبه می‌شود به طوری که یک مرتبه مبیع در وضعیتی که صحیح است فرض می‌شود و مرتبه دیگر در وضعیتی که معیوب است، قیمت گذاری می‌شود و معادل نسبت کالای سالم به معیوب از ثمنی که عقد بر آن واقع شده است کسر می‌گردد^۱ (شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۴۷۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۳۷۶). سبب ارش عیب سابق در مبیع است^۲ (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۴، ص ۴۲۴؛ قبولی درافشان، ۱۴۰۳، ص ۱۱۱).

اگر عیب قبل از عقد باشد ضمان فروشنده از باب ضمان معاوضه‌ای است و چنانچه عیب بعد از عقد حاصل شود ضمان از باب علی‌الید است (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۴۵۵). ارش جزء حقیقی ثمن نیست بلکه بایع می‌تواند ارش را به مال دیگری تبدیل کند زیرا ارش غرامت است (جزائری، ۱۴۱۶ق، ج ۹، ص ۲۱۴).

برای تعریف ارش، قیود مختلفی بیان شد که یکی از این قیدها عیب مبیع است؛ به عبارت دیگر ارش زمانی ثابت است که مبیع معیوب باشد. حال نیاز است بررسی شود منظور از عیب مبیع، عام است یعنی شامل تدلیس مبیع، تبعض مبیع و... می‌شود؟ یا فقط شامل مواردی است که خیار عیب را برای مشتری ثابت می‌کند؛ از تعریف فقهی عیب این گونه به نظر می‌رسد که معنای عام آن منظور فقها است زیرا در تعریف آمده است: زیادت‌تر یا کمتر بودن خلقت اولیه یک کالا عیب است و تشخیص خلقت اولیه کالا از خلقت بیشتر افراد آن نوع فهمیده می‌شود. فرقی ندارد که عین باشد مثل یک پای اضافه برای اسب یا صفت باشد مثل تبار بودن حیوان (طباطبایی کربلایی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۳۷۹؛ شهیداول، ۱۴۳۰ق، ج ۱۳، ص ۱۵۵).

با توجه به اینکه فقها به زیادتی یک کالا نیز عیب گویند شباهت آن با تدلیس تا

۱. همچنین ر.ک. به ماده ۴۲۷ قانون مدنی.

۲. ر.ک. مواد ۴۳۰، ۴۲۳ و ۴۲۵ قانون مدنی.

حدودی روشن می‌شود زیرا در تدلیس نیز صفتی برای مبیع در نظر گرفته می‌شود که آن صفت در مبیع نیست؛ همچنین بعضی از محققان فقه تدلیس را ذیل اقسام عیب ذکر کرده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۳۱). بعضی فقیهان تعداد خیارات را منحصر در چهارده نوع دانسته‌اند (شهید اول، ۱۴۳۰ق، ج ۱۳، ص ۱۵۴) این در حالی است که برخی فقها به ذکر هفت نوع خیار (خیار مجلس، خیار حیوان، خیار شرط، خیار غبن، خیار تأخیر، خیار رؤیت و خیار عیب) بسنده کرده‌اند؛ قابل توجه است که خیار تدلیس در ذیل هفت نوع خیار دیگر بررسی شده است؛ زیرا به نظر این فقیهان با روشن شدن حکم این هفت نوع خیار، حکم سایر خیارات نیز مشخص می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۳۱۰). در ظاهر از این بیان فقها که تدلیس را در زیر مجموعه عیب آورده‌اند بتوان اینگونه نتیجه گرفت که خیار تدلیس و عیب در احکام یکی بوده و در هر دو ارش جاری است به طوری که حتی می‌توان گفت بازگشت همه خیارات موجود در عیوب زوج و زوجه در واقع به خیار تدلیس است (مکارم شیرازی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۳). اما به بررسی خیار تدلیس در کلام فقها پردازیم.

در اصطلاح مدلس کسی است که امر را می‌پوشاند و فرد مقابل خود را طوری سرگردان می‌کند که چیزی غیر از واقعیت را توهم می‌کند (شهرکانی، ۱۴۳۰ق، ج ۱، ص ۴۸۵). گاهی این پوشاندن امر از طریق کتمان اوصاف و گاهی از راه اظهار غیر واقع است (موسوی اردبیلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۱۵۱). هر چند که کتمان صفات، برای کالا عیب محسوب نشود و از ارزش کالا کم نکند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۴، ص ۴۶۱؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۳۶۵). سکوت و عدم اخبار از عیب در صورت علم به آن عیب نیز تدلیس است (صاحب‌جواهر، ۱۴۲۱ق، ج ۱۵، ص ۶۱۷)، تدلیس در روایات نیز به معنای گول زدن و چیزی را خلاف واقع نشان دادن است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۸۸).

با توجه به تعریف و قیودی که برای عیب و تدلیس بیان شد، نسبت بین تدلیس و عیب این است که اگر بایع علم به عیب کالا نداشته و مشتری آن کالا را بخرد، خیار عیب دارد و چنانچه بایع علم به عیب داشته باشد و عملیات فریبنده صورت دهد مشتری خیار تدلیس خواهد داشت. ماده ۴۳۸ ق.م. تدلیس را این‌گونه تعریف کرده است: «تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود». از این تعریف

چنین استنباط می‌شود که عملیات فریب‌دهنده باید قبل از انجام معامله صورت گیرد تا باعث اشتیاق مشتری برای خرید کالا شود و بی‌مبالاتی خریدار در احراز وصف مبیع سبب عدم تحقق خیار تدلیس نیست (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۵، ص ۲۷۸).

برخی از استادان فقه و حقوق بر این اعتقادند که در تدلیس، عنصر اغفال وجود دارد؛ بدین معنی که اگر کالا دارای عیب یا نقصی باشد و اغفال یکی از متعاقدین به وسیله طرف دیگر صورت پذیرد و این اغفال با توجه به وضع روحی و اطلاعات طرف عقد موثر واقع شود، خیار تدلیس تحقق می‌یابد (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۱، ج ۲، ص ۱۱۷۸).

با توجه به تعریفی که از تدلیس و عیب ذکر شد نتیجه این است که اگر بایع کالای معیوب خود را به وسیله خدعه و نیرنگ بفروشد، مشتری خیار تدلیس خواهد داشت و بر این اساس وی فقط حق فسخ دارد ولی اگر بایع بدون خدعه و نیرنگ کالای معیوب خود را بفروشد، مشتری خیار عیب دارد که در این صورت حق فسخ یا حق دریافت ارزش خواهد داشت؛ بنابراین اگر بایع خدعه و نیرنگ به کار ببرد، نفع بیشتری دارد ولی مشتری از حق انتخاب محدودتری برخوردار خواهد بود. به نظر نویسندگان، چنین حکمی خلاف عدالت و انصاف است زیرا انتظار این است که در خیار تدلیس به دلیل فریب و عملیات فریبکارانه، مشتری از حق انتخاب و آزادی عمل بیشتری برخوردار باشد.^۱

۱-۱. رابطه خیار عیب با خیار تدلیس

به نظر می‌رسد رابطه بین خیار عیب و خیار تدلیس تباین است؛ زیرا اگر بایع علم به عیب داشته و آن را پوشاند به طوری که جنس بد را خوب و جنس کم ارزش را با ارزش جلوه دهد و مشتری را فریب دهد، تدلیس کرده است (فتح‌الله، ۱۴۱۵ق، ص ۳۰۹). اما چنانچه علم به عیب نداشته و عملیات فریبنده انجام نداده و کالای معیوبی را بفروشد برای مشتری خیار عیب به وجود می‌آید. بعضی از اندیشمندان رابطه میان خیار عیب و

۱. شاید بتوان در این مورد به قیاس اولویت نیز استدلال کرد.

خیار تدلیس را عموم و خصوص من وجه دانسته‌اند. این نظر بدین معناست که اگر مشتری هم خیار تدلیس و هم خیار عیب داشته باشد و اقدام به فسخ کند از هر دو خیار استفاده کرده و چنانچه ارزش بگیرد فقط از خیار عیب بهره برده است (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۵۰، جعفری‌لنگرودی، ۱۴۰۱، ج ۲، ص ۱۱۷۸). در مواردی خیار عیب و خیار تدلیس با هم جمع می‌شوند مانند موردی که کم یا زیادی صفت کالا، عیب کالا محسوب شود و طرف قرارداد نیز قصد فریب و علم به آن عیب دارد اما نقطه افتراق دو خیار مذکور یعنی جایی که خیار عیب ثابت است ولی خیار تدلیس وجود ندارد، صفاتی است که عیب محسوب شود اما متعاقد قصد فریب و علم به عیب نداشته است. در مقابل جایی که خیار تدلیس محقق می‌شود ولی خیار عیب وجود ندارد، صفاتی است که فقدان آنها عیب کالا محسوب نمی‌شود ولی فرد را راغب به انجام عقد می‌کند مثل وصف دوشیزه بودن در عقد نکاح یا وجود رنگ خاصی برای یک خودرو (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۹۱، ص ۲، ص ۱۳۶). ممکن است در ابتدای امر چنین تصور شود که با این تفسیر از خیار عیب و خیار تدلیس دیگر اشکالی به ماده قانونی و عبارات فقیهان وارد نباشد؛ زیرا در مواردی که هر دو خیار وجود دارد، أخذ ارزش نیز محقق است اما به اعتقاد ما تفسیر یاد شده راه حل مناسبی برای مسئله مطرح شده نیست؛ زیرا ارزش به هنگام اجتماع خیار تدلیس و خیار عیب به سبب خیار عیب است نه خیار تدلیس. پس در فرضی که متعاقد خیار عیب خود را ساقط کرده است نمی‌تواند ارزش بگیرد و در نتیجه اشکال وارد شده همچنان باقی است.

۲-۱. عیب و صفت کمالی کالا

فقه‌ها بین عیب کالا و صفت کمالی آن، تفاوت قایل شده‌اند. با وجود این ممکن است تصور شود که منظور از عیب، همان صفت کمالی کالا است و در این مورد مسامحتاً از کلمه عیب استفاده کرده‌اند. استدلال این است که اگر بایع در صفت کمالی کالا فریب به کار برد و کالای خود را خوب و با ارزش جلوه دهد در واقع تدلیس صورت گرفته است و اگر کالا معیوب باشد خیار عیب ایجاد می‌شود.

در پاسخ به استدلال مذکور باید گفت که فقیهان عیب را در ما وضع له به کار برده‌اند؛ زیرا اولاً مجاز و تسامح نیاز به قرینه دارد حال آنکه قرینه‌ای که دال بر مسامحه یا مجاز باشد وجود ندارد. ثانیاً: اندیشمندان فقه صراحتاً گفته‌اند که سکوت و بیان نکردن صفات کمالی که کالا ندارد هیچ اشکالی به عقد وارد نمی‌کند (صاحب‌جوهر، ۱۴۲۱ق، ج ۱۵، ص ۶۱۴). ثالثاً: فقها در بحث سکوت در مقابل عیب در صورت عیب زوج یا زوجه به احادیث باب نکاح استدلال کرده‌اند و این امر اماره‌ای بر این است که منظور ایشان از کلمه عیب، معنای حقیقی آن بوده است (سیفی، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۰۷). رابعاً: اگر بیان نکردن صفت کمالی کالا موجب تدلیس در عقد باشد، باید در اکثر عقود بلکه تمام آنها برای مشتری خیار تدلیس در نظر گرفت زیرا هر کالایی در نوع خودش می‌تواند دارای اوصاف کمالی متعددی باشد.

۲. بررسی روایی ارش

احادیث مربوط به ارش در باب‌های مختلف کتب روایی بیان شده است و برای دست یافتن به نگاهی جامع، بررسی روایات یاد شده لازم است. در کتاب وسائل الشیعه در باب ثبوت خیار برای مشتری چهار حدیث نقل شده است (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۲۹). حدیث اول منقول از عمر بن زید از امام صادق علیه السلام است. براساس این حدیث شخصی چند لباس را می‌فروشد. سپس مشخص می‌شود که یکی از لباس‌ها معیوب است. خریداریک لباس را به بائع برمی‌گرداند و قیمت همان یک لباس را مطالبه می‌کند اما فروشنده از او می‌خواهد که تمام مثنی را برگرداند (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۲۹). این حدیث با اینکه در باب خیار عیب آمده است اما ظاهراً دلالتی بر ارش ندارد.^۱

حدیث دوم از امام محمدباقر علیه السلام منقول است. در این حدیث امام علیه السلام می‌فرماید: اگر

۱. البته در استنباط از این حدیث بین فقها اختلاف وجود دارد ولی هیچ‌کدام از نظرات دلالت بر ارش نمی‌کند. ر.ک. (فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۸، ص ۷۳۶).

مشتری پس از دریافت کالا در آن تغییری ایجاد کند و سپس متوجه شود که کالا معیوب بوده است، می‌تواند به اندازه نقص آن عیب از بایع خسارت دریافت کند (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ۱۸، ۳۰). در عبارت امام علیه السلام آمده است «یرد علیه بقدر ما ینقص» و اشاره‌ای به علم یا جهل بایع به عیب نشده است. در واقع کلام امام علیه السلام مطلق است و حتی عبارت اول حدیث «لم یتبین له» ظهور در این دارد که بایع عالم به عیب کالا بوده ولی آن عیب را برای مشتری تبیین نکرده و تصرف مشتری در مبیع باعث شده است که برای او حق گرفتن خسارت محفوظ باشد (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۰۷). حدیث اخیر مصداق کاملی از تعریف فقها برای تدلیس است^۱ که امام علیه السلام حکم به جبران خسارت (ارش) کرده‌اند.

در حدیث سوم نیز امام علیه السلام فقط اشاره به این موضوع کرده‌اند که اگر مشتری در مبیع تصرف نکرده باشد می‌تواند عقد را فسخ کند و چنانچه تصرف کرده باشد فقط می‌تواند برای عیب مبیع خسارت بگیرد (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۳۰). در این حدیث نیز امام علیه السلام به‌طور کلی هر نوع عیب مبیع را بیان کرده و بین جهل و علم بایع تفاوتی قایل نشده‌اند. در واقع می‌توان گفت مضمون این حدیث و حدیث دوم یکدیگر را تقویت می‌کنند.

حدیث چهارم منقول از امام صادق علیه السلام است. این حدیث به دلیل وجود عقبه خالد در سلسله روایت ضعیف به‌شمار می‌رود (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶ق، ج ۸، ص ۹۵)، امام علیه السلام بیان می‌کنند که در صورت وجود عیب در مبیع و تصرف در آن، مشتری فقط می‌تواند آن مبیع را بپذیرد یا با رضایت بایع مهایات^۲ کند و اگر بایع از مهایات امتناع کرد مشتری فقط می‌تواند کالا را بپذیرد (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۳۱).

روایت مذکور از نظر دلالت نیز ضعیف است زیرا احادیث دیگری در مقابل آن قرار دارد که به صراحت اشاره به گرفتن خسارت یا فسخ عقد دارد؛ همچنین نظر فقها نیز

۱. رجوع شود به تعریف تدلیس در همین مقاله.

۲. برای اطلاع بیشتر در مورد مهایات ر. ک. (حماد، نزه، ۱۴۲۹ق، ص ۴۴۸).

این است که در صورت وجود عیب در مبیع، مشتری می‌تواند عقد را فسخ کرده و یا ارش بگیرد.^۱

با بررسی روایات مربوط به ارش نتیجه این است که روایات یاد شده، ارش را در خیار تدلیس نفی نمی‌کنند و فقط به‌طور کلی ارش را در عیب جاری می‌دانند.

۳. بررسی روایی عیب کالا

با بررسی احادیث وارد شده در باب عیب به این نتیجه می‌رسیم که هیچ‌یک از این احادیث بر اینکه ارش فقط محدود به معیوب بودن مبیع است دلالت ندارد (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۱۰۱). این احادیث توسط فقها برای ثبوت ارش در صورت معیوب بودن مبیع نیز مورد استناد قرار گرفته است (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۷، ص ۶۰؛ موسوی خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۳، ص ۲۲۱).

با توجه به اینکه اکثر احادیث این باب در مورد عیب کنیز است حتی شاید بتوان این گونه استدلال کرد که فروشنده از عیوب کنیز آگاه بوده است؛ زیرا عیوب کنیز آشکارتر و فریب خریدار توسط بایع محتمل است. پس می‌توان این گونه نتیجه گرفت که این احادیث نیز ارش را برای تدلیس ثابت می‌کند. اگر این استدلال پذیرفته نشود و گفته شود این احادیث صراحتی بر علم و خدعه بایع از عیب کنیز ندارد، در این صورت می‌توان به اطلاق احادیث تمسک کرد؛ زیرا معصوم علیه السلام به‌طور مطلق ارش را برای عیب کالا ذکر کرده و به علم و جهل بایع نسبت به عیب کالا اشاره نکرده‌اند. در بعضی موارد حتی می‌شود فرضی را متصور شد که در آن تدلیس توسط بایع رخ داده باشد اما احادیث این باب شامل آن هم بشود. به‌عنوان مثال در حدیثی که منقول از امام صادق علیه السلام است، مردی کالایی را خریداری کرده و در آن تصرف می‌کند و سپس متوجه می‌شود که معیوب است. در این حالت خریدار می‌تواند ارش بگیرد (حرعاملی،

۱. البته در اینکه بین فسخ عقد و گرفتن ارش رابطه طولی یا عرضی وجود دارد بین فقها اختلاف نظر است؛ برای اطلاع بیشتر ر.ک (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۴۳۶).

۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۱۰۴)، حال اگر فرض شود که مالک به کسی وکالت دهد تا کالایی را بفروشد و آن وکیل از عیب کالا آگاه بوده و مشتری را فریب دهد و کالا را با قیمتی بیشتر بفروشد؛ در این فرض با اینکه وکیل تدلیس کرده ولی مانعی وجود ندارد که حدیث امام علیه السلام شامل این مورد هم بشود.

در حدیث دیگری که منقول از یونس و مضمّر می‌باشد، امام علیه السلام در مورد صفت کمالی که کالای خریداری شده ندارد، حکم به پرداخت تفاوت قیمت می‌کنند.^۱ (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۱۰۸؛ طوسی، ۱۳۶۳، ج ۳، ص ۸۲) فقها نیز با اینکه عدم بکارت را برای جاریه عیب نمی‌دانند اما ارش گرفتن را با استناد به این حدیث پذیرفته‌اند (مامقانی، بی‌تا، ص ۱۲۶).

۴. تصریه در بیع

فقیهان امامی خیار تدلیس را بیشتر در باب نکاح مطرح کرده‌اند (مفید، ۱۴۱۰ق، ص ۵۱۹). یکی از مهمترین مباحثی که مربوط به تدلیس است و در باب معاملات کتب فقها ذکر شده «بیع المصراة»^۲ (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۱۲۴) یا تصریه^۳ در بیع است (ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۳۹۱).

تصریه در بیع با اینکه به نظر می‌رسد از موضوعات عام البلوی باشد اما احادیث کمی در این باب نقل شده است^۴ و در هیچ کدام از احادیث وارده سخنی از گرفتن تفاوت قیمت یا ارش توسط مشتری نشده است. اینکه تصریه همان تدلیس است در آن شکی نیست؛ زیرا بایع از روی علم یک صفت کمالی را در حیوان نشان می‌دهد که

۱. از ظاهر این حدیث شاید بتوان ارش در خیار شرط را نیز استدلال کرد. ر.ک. (شهیدی تبریزی، بی‌تا، ج ۳، ص ۵۴۰).

۲. بیع مصراة به‌حالتی است که فروشنده حیوان شیرده را چند روزی ندوشت تا اینکه در زمان فروش مشتری خیال کند که حیوان شیر بیشتری می‌دهد.

۳. برای دیدن معنای لغوی تصریه ر. ک. (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۸۶).

۴. برای دیدن احادیث در این موضوع ر. ک. (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۲۶).

مشتری را فریب دهد تا آن حیوان را به قیمتی بالاتر بفروشد. فقهای نیز به این مورد تصریح کرده‌اند که تصریح همان تدلیس است (علامه حلی، ۱۹۸۲م، ص ۴۸۲).

از اینکه معصوم اشاره‌ای به گرفتن ارش یا تفاوت قیمت نکرده‌اند نمی‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که در بیع تصریح مشتری حق دریافت ارش یا تفاوت قیمت ندارد چراکه مفهوم‌گیری از کلام معصوم علیه السلام صحیح نیست. ضمن اینکه تخصیص موضوع تصریح به حکم رد حیوان از کلام معصوم علیه السلام برداشت نمی‌شود.^۱

در ادامه باید گفت اینکه معصوم علیه السلام تنها از رد مبیع در تصریح سخن گفته‌اند به این دلیل است که دراصل در مقام بیان حکم تصریح نبوده‌اند بلکه در مقام بیان حکم شیر استفاده شده از حیوان توسط مشتری بوده‌اند؛ زیرا در حدیث اولی که در این باب آمده و منقول از امام صادق علیه السلام است، سائل این‌گونه از امام علیه السلام سوال می‌کند که مردی گوسفندی خریده و سه روز آن را نگه داشته است و حال می‌خواهد آن را برگرداند. امام علیه السلام می‌فرماید: اگر در این سه روز از شیر آن استفاده کرده است باید سه مد طعام نیز بدهد.^۲ (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۲۶)

در حدیث دیگری که منقول از پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم است، ایشان بیان می‌کنند که در تصریح اگر کسی بخواهد حیوان را رد کند باید همراه آن یک صاع از خرما نیز بدهد.^۳ (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۱۲۵، حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۲۷)

به همین دلیل است که محدثین احادیث تصریح را در باب حکم نمائات حیوان آورده‌اند (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۲۶؛ بروجردی، ۱۳۸۶، ج ۲۳، ص ۳۷۶).

با تأمل در عبارات فقیهان در موضوع تصریح چنین برداشت می‌شود که ایشان تصریح را حکمی خاص برای حیوانات معدود دانسته که البته در آن هم اختلاف نظرانی وجود دارد (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۱۰۵).

۱. برای دیدن اختلاف نظرات در مفاهیم ر. ک. (مظفر، ۱۳۹۶، صص ۱۲۰-۱۴۹).

۲. رجل اشتری شاة فأمسکها ثلاثة أيام ثم ردها فقال إن كان في تلك الثلاثة الأيام يشرب لبنها رد معها ثلاثة أمداد وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء.

۳. دادن این خرما برای عوض لبنی است که مشتری استفاده کرده است.

با توجه به اشکالاتی که به احادیث مربوط به تصریه وارد شد به این نتیجه می‌رسیم که با استناد به احادیث مربوط به تصریه نمی‌توان به جاری نشدن ارش در تدلیس حکم داد.

۵. جریان ارش در تدلیس در نکاح

قبل از شروع مطلب و در توضیح باید گفت از آنجا که بسیاری از مباحث تدلیس، در نکاح وارد شده است، لازم است به این مبحث نیز پرداخته شود. البته باید توجه داشت که نمی‌توان مباحث مربوط به نکاح را با مباحث مربوط به سایر معاملات مقایسه کرد، اما دیدگاه نویسندگان مقاله حاضر این است که در نکاح نیز بحث ارش در فرض تدلیس می‌تواند به صورت مستقل و بدون نیاز به استفاده از قیاس ثابت شود. به نظر می‌رسد که عیب و تدلیس در مورد نکاح در کتب محدثان و همچنین فقها یکسان انگاشته شده است زیرا هر دو مورد را در یک زیرمجموعه قرار داده‌اند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۴۰۵؛ شهیدانی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۳۸۰). البته برخی از فقها به این نکته اشاره کرده‌اند که تدلیس به وسیله زوجه یا ولی او در صورت خبر دادن به صحت و کمال زن محقق است (اعرجی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۴۶۰). برخی دیگر از فقها معتقدند که خيارات عیوب زوج و زوجه به خیار تدلیس برمی‌گردد (مکارم شیرازی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۳).

۱-۵. بررسی روایی تدلیس در نکاح

با بررسی احادیث وارد شده در باب تدلیس در نکاح با چهار حالت مواجه می‌شویم. صورت اول حالتی است که زن دارای عیبی بوده اما نه خود او و نه ولی او تدلیس نکرده‌اند و مباشرت نیز صورت گرفته است. در این حالت زن مستحق مهریه است اما برای مرد نیز خیار تدلیس وجود دارد.^۱

۱. از جمع دو حدیث منقول از عبدالرحمن بن ابی عبدالله و حسن بن صالح به دست می‌آید؛ ر.ک. (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۴۰۹).

صورت دوم جایی است که زوجه دارای عیب است اما تدلیس نکرده و مباشرت نیز صورت نگرفته است. در این حالت زوجه مستحق مهریه نیست و زوج خیار تدلیس دارد.^۱ از بیان این صورت حکم صورت سوم نیز مشخص می‌شود و آن موردی است که زوجه تدلیس کند و مباشرت نیز صورت نگرفته است (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۵۳۶).

صورت چهارم حالتی است که زوجه یا ولی زوجه یا فرد ثالثی تدلیس کند و مباشرت نیز صورت بگیرد. در این حالت زوج دارای خیار تدلیس است و برای مهریه به مدلس رجوع می‌کند و چنانچه ولی زوجه یا شخص ثالثی تدلیس کرده باشد از او مهریه را می‌گیرد و اگر زوجه تدلیس کرده باشد به او رجوع می‌کند^۲ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۴۰۸؛ اصفهانی، ۱۳۹۳ق، ج ۳، ص ۲۰۴).

از بیان این چهار صورت به خوبی مشخص می‌شود که محل بحث صورت چهارم است. به دلیل اینکه از ظاهر روایات و حتی نص کلام بعضی از فقها (اصفهانی، ۱۳۹۳ق، ج ۳، ص ۲۰۴؛ فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۱ق، ص ۴۰۸) می‌توان این گونه نتیجه گرفت که اگر شخصی در نکاح تدلیس کند زوج فقط بین فسخ و گرفتن مهریه یا رضایت به عقد مختار است و راه حلی نظیر ارش در اینجا بیان نشده است. به نظر می‌رسد این گونه شتاب زده نتیجه گرفتن صحیح نیست زیرا در بررسی احادیث تدلیس در باب نکاح نکته‌ای وجود دارد و آن این است که معصوم علیه السلام در حالت چهارم نمی‌فرماید که زوج در صورت فسخ نکاح فقط می‌تواند به مهریه رجوع کند بلکه ایشان به صورت مطلق بیان کرده‌اند که زوج در صورت تدلیس زوجه یا ولی او به مدلس می‌تواند رجوع کند و نیازی نیست که حتماً فسخ نکاح صورت بگیرد. گرفتن مهریه توسط زوج در واقع غرامتی است که به واسطه تدلیس ثابت شده است.^۳

ظاهراً با توجه به اینکه معصوم علیه السلام بیان نکردند که زوج در صورت فسخ نکاح فقط می‌تواند به مهریه رجوع کند بلکه به صورت مطلق بیان کرده‌اند، این گونه می‌توان

۱. رجوع شود به حدیث ابی عیبه از امام محمد باقر علیه السلام؛ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۴۰۸).

۲. رجوع شود به احادیث ابو عیبه از امام محمد باقر علیه السلام و همچنین حلی از امام صادق علیه السلام.

۳. ر.ک. به احادیث باب المدالسه فی النکاح و ما ترد منه المرأة؛ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۴۰۵).

استدلال کرد که حتی گرفتن غرامت بدون فسخ عقد در تدلیس پذیرفته شده است به‌ویژه در فرضی که پس از مباشرت نطفه‌ای منعقد شده باشد و چنانچه زوج را بین فسخ عقد و رضایت به عقد بدون گرفتن غرامت قرار دهیم، این خود تشویقی برای فسخ عقد و از بین رفتن نهاد خانواده است ولی اگر زوج بداند با گرفتن غرامت^۱ از زوجه می‌تواند به زندگی با همسر خود ادامه دهد، احتمال اینکه با فسخ عقد بنیاد خانواده خود را خراب کند، اندک است.^۲

۵-۲. نکاح به گمان دوشیزه بودن زوجه

بعضی از اندیشمندان فقه در مبحث ازدواج مرد با زنی که گمان می‌کرده دوشیزه است سپس او را غیر دوشیزه یافته، فتوی به نقص مهریه زوجه داده‌اند^۳ (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۵۹۱).

دلیل این نظر فقها این‌گونه بیان شده که شوهر فقط در فرض باکره بودن زن به مهریه‌ای که تعیین شده است رضایت داده و چنانچه فاقد بکارت بوده است باید مابه تفاوت بین باکره بودن زوجه و غیرباکره بودن آن پرداخت شود همانگونه که ارش مبیع پرداخت می‌شود (شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۴۰۱؛ بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۴، ص ۴۱۱). مبنای این نظر فقها که به نقص مهریه حکم کرده‌اند را می‌توان از روایت صحیح (مجلسی، ۱۳۶۳، ج ۲۰، ص ۱۶۴) امام هادی علیه السلام استنباط کرد که ایشان بیان کردند: اگر شخصی با زنی دوشیزه ازدواج نمود و سپس دریافت که دوشیزه نیست از مهریه آن زن کم می‌شود^۴ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۴۱۳).

- ۱.
۲. اگر گفته شود اینکه زوج مهریه را بگیرد و بر نکاح باقی بماند باعث ضرر زوجه است، باید در پاسخ این استدلال گفت: اگر مدلس ولی زوجه یا شخص ثالث باشد که فقط به او رجوع می‌شود و ضرری متوجه زوجه نیست و اگر مدلس خود زوجه باشد در واقع اقدام به ضرر خود کرده و قاعده اقدام بر لاضرر حکومت دارد.
۳. برای دیدن اختلاف نظرات فقها برای مقدار نقص مهریه ر.ک. (علامه‌حلی، ۱۳۷۶، ج ۷، ص ۱۶۸).
۴. محمدبن یحیی عن عبدالله بن جعفر عن محمد بن جرک قال: کتبت إلى أبي الحسن أسأله عن رجل تزوج جاریة بکرا فوجدها ثیبا هل یجب لها الصداق وأیاً أم ینتقص قال ینتقص.

برای درک بهتر حدیث امام هادی علیه السلام لازم است حدیث دیگری منقول از امام موسی کاظم علیه السلام را بررسی کنیم که ایشان درباره ازدواج مردی با زنی که گمان می‌کرده دوشیزه است بیان می‌کنند که مرد نمی‌تواند از آن زن شکایت کند زیرا بکارت زن ممکن است بر اثر سواری بر مرکب یا پریدن زائل شود (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۴۱۳).
 با جمع این دو حدیث به خوبی روشن است که حدیث اول از امام هادی علیه السلام در حالتی صادر شده است که زن مرتکب تدلیس شده است و از این رو فقها نیز در مبحث تدلیس به این حدیث پرداخته‌اند (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۴۳۸).

۵-۲-۱. تعارض روایت امام هادی علیه السلام با اصل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

در مواجهه با حدیث امام هادی علیه السلام بعضی از فقها قایل به گرفتن مابه‌تفاوت شده‌اند (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۵۹۱) و بعضی دیگر از آنها، این حدیث را خلاف اصل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۱ دانسته‌اند؛ زیرا این اصل بیان می‌کند در عقود باید به تمام شرایط عقد وفا کرد و نمی‌توان به قسمتی از عقد پایبند بود و قسمت دیگر را رها کرد. در نتیجه باید تنها خیار فسخ برای مرد باشد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۴۵۹).

به نظر می‌رسد هر گروه از فقها یک روی مسئله را بیان کرده‌اند زیرا بنا بر احادیث تدلیس که گذشت^۲ مشتری خیار فسخ دارد؛ همچنین معصوم علیه السلام بیان نکرده بودند که در تدلیس لازم است که مشتری حتما عقد را فسخ کند تا بتواند غرامت بگیرد و با ضمیمه کردن حدیث امام هادی علیه السلام به احادیث دیگر روشن می‌شود که مشتری بین فسخ و گرفتن غرامت خیار دارد. اینکه بیان شده است گرفتن غرامت خلاف اصل اوفوا بالعقود است به نظر می‌رسد که دارای اشکال باشد زیرا که گرفتن ارش در خیار عیب نزد فقها پذیرفته شده است و ایرادی ندارد که در تدلیس هم از این نهاد استفاده شود به‌ویژه با توجه به اینکه خیار عیب و تدلیس شباهت‌های فراوانی دارند.^۳ اینکه

۱. المائده، ۱؛ ترجمه: به پیمانها و قراردادهای وفا کنید.

۲. رجوع شود به مبحث «بررسی روایی تدلیس در نکاح» در همین مقاله.

۳. برای دیدن شباهت‌های خیار تدلیس و عیب رجوع کنید به مقاله؛ (مقصودی، ۱۳۹۷، صص ۹۳-۱۰۴).

بگویم مشتری تنها خیار فسخ دارد ظاهراً بیشتر با اصل «اوفوا بالعقود» تعارض دارد زیرا مشتری با فسخ عقد به طور کامل از تعهدات خود شانه خالی می‌کند اما با گرفتن غرامت عقد پا برجاست و گرفتن غرامت باعث از بین رفتن عقد سابق نیست^۱ (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۳، ص ۱۹۶).

به نظر می‌رسد احادیث وارد در باب تدلیس که دلالت بر خیار فسخ می‌کند و همچنین حدیث امام هادی علیه السلام هر دو موافق اصل است؛ زیرا در تدلیس قاعده لاضرر برای جبران ضرر خیار فسخ را به مرد داده و قاعده (غرور)^۲ آزادی در گرفتن غرامت را به فرد مغرور (مرد) می‌دهد. شاید بتوان گفت که نیازی به جریان این دو قاعده نداریم و تنها قاعده (لاضرر) می‌تواند خسارت مرد را جبران کند زیرا اگر خانمی تدلیس کند مرد با فسخ عقد به مهریه دست می‌یابد و ضرر او جبران می‌شود. البته این یک صورت مسئله است و صورت دیگر مسئله حالتی است که خانم تدلیس کرده و خود را باکره اعلام نماید و سپس طلاق بین زن و شوهر صورت پذیرد و زن تمام مهریه خود را بگیرد و پس از آن مرد متوجه تدلیس همسر خود شود. در این فرض اگر بگویم برای مرد تنها خیار فسخ است با انجام گرفتن طلاق دیگر فسخ معنا ندارد و باید حکم شود به اینکه مرد نسبت به مهریه‌ای که داده است هیچ گونه حقی ندارد و ظاهراً این امر خلاف انصاف و عدالت است زیرا خانم با تدلیس خود مرد را فریب داده و مرد تا بعد از اجرای طلاق از حق خود ناآگاه بوده است. افزون بر این، خانم ناعادلانه دارا شده است. حال که قاعده (لاضرر) کمک حال مرد برای جبران خسارت نمی‌شود لازم است به قاعده (غرور) تمسک کنیم تا خسارت مرد جبران شود.^۳

۱. اگر اشکال شود که عقد تشکیکی نیست که دارای مراتب باشد باید در مقام جواب گفت که عقود با دقت عقلی دارای مراتب نیستند اما به دقت عرفی دارای مراتب هستند و فقها در مباحث فقهی و اصولی به دقت عرفی توجه دارند؛ همچنین کسی از فقها قایل نشده است به اینکه اگر در عقد ارش گرفته شود عقد سابق منحل شده و عقد جدیدی شکل گرفته است بلکه ارش بر پایه همان عقد است.

۲. برای مطالعه مفهوم، مبانی و مستندات قاعده غرور ر.ک. (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۴۰).

۳. برای دیدن نظر فقها در مورد ثبوت دو خیار با یکدیگر ر.ک. (فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۴۵؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق، ج ۵، ص ۱۶۹).

۶. اثبات ارزش در خیار تدلیس با جریان قاعده غرور در خیار تدلیس

از جمله قواعدی که باعث جبران خسارت برای فرد زیان دیده می‌شود قاعده غرور است؛ از این رو وقتی به مثال‌هایی که فقها برای قاعده غرور بیان کرده‌اند مراجعه شود، چنین برداشت می‌شود که این مثال‌ها با توجه به تعریف تدلیس مصداق آن نیز است و مغرور می‌تواند به غار رجوع کند.^۱ این سخن در حالی است که برخی فقها تدلیس و غرور را یکی دانسته‌اند (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۴۷۸). در تدلیس گفته شد مدلس عالم به تدلیس است اما در قاعده غرور در مورد علم غار اختلاف نظراتی وجود دارد و چنانچه علم غار را برای جریان قاعده غرور لازم بدانیم رابطه تدلیس و قاعده غرور تساوی است و چنانچه علم غار را لازم ندانیم نسبت تدلیس به غرور عموم و خصوص مطلق است.^۲ (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۱۶۴).

از ظاهر کلام امام خمینی علیه السلام این گونه برداشت می‌شود که مدلس همان غار است و ایشان برای این نظر خود به معنای تدلیس و اشتراک آن با معنای خدعه و غرور اشاره کرده‌اند^۳ (فیروزآبادی، بی تا، ج ۲، ص ۱۰۱)؛ همچنین بیان کرده‌اند که عرف بین معنای تدلیس و غرور تفاوتی قایل نمی‌شود و نیز اخباری^۴ (ابن حیون، ۱۳۸۳ق، ج ۲، ص ۲۳۱) بر این اشتراک دلالت دارد (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۴۷۸). اگر بخواهیم به ظاهر کلام امام خمینی علیه السلام استناد کنیم فقط خسارت ثابت است و صحبتی از خیار برای شخص فریب خورده نیامده است اما این نظر را نباید نظر نهایی ایشان دانست زیرا ایشان در کتب دیگر خود به خیار تدلیس اشاره کرده‌اند (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۳۱۶). از جمع این دو نظر ایشان می‌توان این گونه نتیجه گرفت که با توجه به اینکه معنای غرور و تدلیس یکی است، فریب خورده میان گرفتن خسارت و فسخ عقد مخیر است.

۱. برای دیدن مصادیق این قاعده، ر.ک. (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۲۸۰).

۲. برای دیدن نظر مخالف در مورد علم غار، ر.ک. (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۱۵۴).

۳. غرور در لغت: خدعه و اطمهه بالباطل.

۴. ویرج بالمهر علی من غزه بها، و إن كانت هی التي غزته رجح به علیها.

۷. نظر حقوق دانان در مورد مطالبه خسارت در تدلیس

دیدگاه‌های اندیشمندان علم حقوق نسبت به تدلیس به‌ویژه تدلیس در نکاح را می‌توان به چهار دسته تقسیم کرد. دسته اول تدلیس در نکاح را موجب خیار فسخ می‌دانند اما گرفتن مابه‌تفاوت و ارش را جاری نمی‌دانند ولی در مواردی که متعاقد متحمل هزینه‌ای به سبب عقد شده است گرفتن آن خسارت را از باب قاعده غرور جاری می‌دانند (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۵، ص ۲۹۸؛ میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۱۷۱).

به نظر می‌رسد اینکه قاعده غرور را در خود عقد جاری ندانیم و فقط در خسارات ناشی از عقد جاری بدانیم محل اشکال است. به‌عنوان مثال شخصی فرشی را که به گمان او بافت کرمان بوده است به قیمتی بالاتر خریده و حال که به شهر خود بازگشته است متوجه می‌شود فرش خریداری شده بافت کرمان نیست. در این حالت اگر بگوییم مشتری حق فسخ دارد و خسارت جابه‌جایی فرش را می‌تواند بگیرد اما نمی‌تواند به عقد راضی شود و مابه‌تفاوت بگیرد، یک سخن دوگانه است؛ زیرا اگر قاعده غرور در مورد اول جاری است، چرا در مورد گرفتن مابه‌تفاوت جاری نباشد و حال آنکه در مستندات قاعده غرور به احادیث تدلیس در نکاح نیز اشاره کرده شده و حتی در این احادیث به گرفتن قسمتی از مهرالمسمی به جهت تدلیس صورت گرفته نیز اشاره شده است (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۱۶۷).

برخی دیگر از استادان برجسته حقوق بر این اعتقادند که هرگاه نکاح ناشی از تدلیس باشد، فریب خورده می‌تواند طبق قواعد مسئولیت مدنی^۱ از تدلیس‌کننده مطالبه خسارت کند اعم از اینکه تدلیس‌کننده یکی از زوجین یا شخص ثالث باشد و اعم از اینکه همسر فریب‌خورده از حق فسخ استفاده کند یا خیر؛ بنابراین هرگاه مردی در اثر تدلیس با زنی ازدواج کند و از حق فسخ نخواهد یا نتواند استفاده کند می‌تواند ما به التفاوت دریافت کند (صفایی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۲۱۶).

۱. برای دیدن نظرات در مورد مسئولیت مدنی رجوع کنید به: (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۷۲؛ عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ص ۵۷).

سومین دیدگاهی که از سوی حقوق دانان مطرح شده این است که اگر تدلیس در عقد اثر نماید به فریب خورده خیار فسخ می دهد ولی اگر شخص ثالثی عملیات فریب را انجام دهد، آن کسی که در اثر تدلیس فریب خورده است نمی تواند عقد را منحل کند و فقط می تواند خسارت خود را از او مطالبه کند (امامی، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۳۴).

تفصیل مذکور صورت گرفته در تدلیس بین شخص ثالث با طرف عقد در کلام فقها مطرح نشده است؛ همچنین در سایر اختیارات چنین تفصیلی دیده نشده است. اگر به مسئله دقیقتر نگاه کنیم اینکه شخص ثالث تدلیس کند دو حالت بیشتر ندارد یا طرف عقد که به نفع او تدلیس شده است از این تدلیس آگاه است یا اینکه از آن باخبر نیست. اگر وی از تدلیس باخبر باشد گویی خود او تدلیس کرده است و عنوان مدلس بر او صدق می کند ولی چنانچه باخبر نباشد همانند موردی است که شخصی با انجام تدلیس کالایی را فروخته و سپس نفر دوم با عدم آگاهی از تدلیس صورت گرفته کالایی را به شخص دیگری می فروشد و خریدار دوم متوجه تدلیس صورت گرفته می شود. در این صورت هیچ کدام از فقها و حقوق دانان به عدم خیار برای شخص دوم نظر نداده اند؛ همچنین در مثال نکاح بیان شد که اگر ولی یا شخص ثالثی تدلیس کند برای فریب خورده خیار فسخ است.^۱

از ظاهر نظر برخی دیگر از اندیشمندان حقوق این گونه برداشت می شود که اگر تدلیس در عقود معاوضی صورت بگیرد متعاقد خیار فسخ دارد و اگر بخواهد ارزش بگیرد فقط در صورتی می تواند که خیار تدلیس و عیب با هم جمع شوند و اگر ارزش بگیرد به خیار عیب خود عمل کرده است.^۲ اما تدلیس در نکاح، حق فسخ نکاح را به زوج نمی دهد ولی می تواند به جای مهرالمسمی، مهرالمثل بدهد البته اگر زیاده بر مهرالمسمی نباشد و اگر غیر زوجه (عاقده یا ثالث مثل ولی زوجه) تدلیس کرده باشند به موجب قوانین مسئولیت مدنی باید مهریه را بدهند (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۱، ج ۲، ص ۱۱۷۷، جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۲۱۹).

۱. ر. ک. موضوع بررسی روایی تدلیس در نکاح در همین مقاله.

۲. ر. ک. موضوع رابطه خیار عیب با خیار تدلیس در همین مقاله.

این نظر قابل خدشه است زیرا مخالف با صراحت ماده ۴۳۸ و ۴۳۹ ق.م. است مگر اینکه بگوییم این مواد ویژه حيله در مبيع و ثمن است. این وهم با اندک دقت در سایر مواد قانون مدنی و مبانی تاریخی آن از بین می‌رود به دلیل آنکه می‌دانیم تدلیس از خیارات عمومی است و ماده ۴۵۶ ق.م. به همین نکته اشاره دارد. در فقه نیز تدلیس در نکاح جایگاه مهمی را به خود اختصاص داده است (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۵، ص ۲۹۹).

این حقوقدانان (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۲۱۸) در جایی دیگر شرط بکارت را استثناء از احکام کلی می‌دانند و برای مرد خیار قایل می‌شوند ظاهراً این یک مبنای دوگانه است چرا اگر بکارت شرط شود زوج به دلیل ضرر دارای خیار فسخ است اما اگر زوج با فریب خود را باکره اعلام کند و به همین دلیل زوج نکاح را صورت دهد خیار فسخ برای جبران ضرر خود ندارد. چه تفاوتی است میان این دو مورد زیرا چه شرط شود و خلاف درآید و چه با فریب توسط زوج نکاح صورت بگیرد ضرر وارد شده است و باید این ضرر جبران شود. دلیل ندارد که در یک مورد این ضرر با فسخ یا گرفتن مابه‌تفاوت جبران شود و در مورد دیگر فقط حق گرفتن مابه‌التفاوت وجود داشته باشد. این درحالی است که عیوب، شرط بکارت در نکاح و خیار غبن و... از شروط ارتكازی عقود محسوب می‌شود (اسماعیلی و دیگران، ۱۳۹۰).

نتیجه‌گیری

اندیشمندان فقه و حقوق، ارش را تنها در خیار عیب جاری می‌دانند درحالی که خصوصیت ویژه‌ای در خیار عیب وجود ندارد، بلکه در خیار تدلیس نیز می‌توان از این نهاد استفاده کرد، چنانکه عرف نیز این مطلب را پذیرفته است و در عقود که تدلیس صورت گرفته به گرفتن ارش رضایت می‌دهد. ادله‌ای که برای اختصاص ارش به خیار عیب وارد شده است به نظر ناتمام است؛ زیرا گرفتن ارش موافق اصل لزوم قراردادها است. به نظر نویسندگان نباید به عقود با دقت عقلی نگریست و نتیجه گرفت که عقود تشکیکی نیستند و باید به تمام شرایط آن وفا کرد و ارش را خلاف اصل لزوم دانست، بلکه باید به عقود با دقت عرفی نگاه کرد و در دقت عرفی عقود دارای مرتبه هستند و

فسخ عقد از بین رفتن کل الزامات طرفین است، درحالی که در ارش مرتبه‌ای از الزامات عقد باقی است؛ همچنین هیچ یک از فقها و حقوق‌دانان بیان نکرده‌اند که اگر در عقد، ارش گرفته شود عقد سابق از بین می‌رود و عقد جدیدی شکل می‌گیرد، در نتیجه اینکه بگوییم در تدلیس تنها خریدار حق فسخ دارد خلاف لزوم عقد است و گرفتن ارش در تدلیس به لزوم عقد ضرری نمی‌رساند. روایات وارده نیز دلالت بر انحصار ارش در خیار عیب نمی‌کند. با توجه به شباهت‌های خیار عیب و تدلیس در مواردی که فروشنده عملیات فریبده‌ای برای پوشاندن عیب کالا انجام داده نسبت به موردی که این عمل را انجام نداده، برای خریدار آزادی عمل کمتری وجود دارد؛ زیرا در مورد اول فقط می‌تواند عقد را فسخ کند اما در مورد دوم حق فسخ یا حق گرفتن ارش را دارد. این مبنا ظاهراً خلاف عدالت و انصاف است. در خیار تدلیس قاعده غرور جاری است و به همین دلیل در مستندات این قاعده از احادیث باب تدلیس استفاده شده است. گرفتن مابه‌تفاوت را از باب غرور نیز می‌توان جاری دانست. مبحث تدلیس در نکاح نیز از مباحث مهم فقه و حقوق و دارای موارد متعدد و مصداق‌های زیادی در جامعه است. فقها و حقوق‌دانان بالجمله گرفتن ارش را در تدلیس نکاح با شرایطی پذیرفته‌اند. چنانچه گرفتن ارش را در تدلیس نکاح نپذیریم- همانطور که از ظاهر قانون مدنی به دست می‌آید- نتیجه آن حمایت و ترغیب زوجین به فسخ نکاح و فروپاشی خانواده است.

فهرست منابع

* قرآن کریم

- ابن ادريس، محمد بن احمد. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى (ج ۲، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن براج، عبدالعزيز بن نحير. (۱۴۰۶ق). المذهب في الفقه (ج ۱، چاپ اول). قم: جامعه المدرسين في الحوزه العلميه بقم. مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن حيون، نعمان بن محمد. (۱۳۸۳ق). دعائم الاسلام (ج ۲). قم: مؤسسه آل البيت لاحياء التراث.
- ابن منظور، محمد بن مكرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (ج ۶، چاپ سوم). بيروت: دارصادر.
- اسماعيلی، محسن، توکلی کیا، امید. (۱۳۹۰). شرط ارتكازي در فقه اماميه و حقوق ايران، پژوهش نامه حقوق اسلامی، ۱۲ (۳۴)، صص ۱۵۱-۱۹۰.
- اصفهانى، ابو الحسن. (۱۳۹۳ق). وسیلة النجاة (چاپ اول). قم: مهراستوار.
- اعرجی حلی، عبدالمطلب بن محمد. (۱۴۱۶ق). كنز الفوائد في حل المشكلات القواعد (ج ۲، چاپ اول). قم: جماعة المدرسين في الحوزه العلميه بقم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- امامی، حسن. (۱۳۷۶). حقوق مدنی (چاپ چهاردهم). تهران: کتاب فروشی اسلامیة.
- انصارى، مرتضى بن محمد امين. (۱۴۱۵ق). كتاب نكاح (ج ۲، چاپ اول). قم: المؤتمر العالمی بمناسبة الذكرى المئويه الثانيه لميلاد الشيخ الأعظم الانصارى.
- انصارى، مرتضى بن محمد امين. (۱۴۱۱ق). المكاسب (ج ۲، ۳، چاپ اول). قم: دارالذخائر.
- انصارى، مرتضى بن محمد امين. (۱۴۲۸ق). فرائد الاصول (ج ۳، چاپ نهم). قم: مجمع الفكر الاسلامی.
- ایزدی فرد، علی اکبر؛ فلاح، مهدی. (۱۳۹۴). تأملی درباره ماهیت و مبنای ارش مدنی، مجله حقوق دادگستری، شماره ۹۰، صص ۳۷-۶۱.

۶۶
ف

سال سی و ششم، شماره چهارم (پیاپی ۱۱۶)، زمستان ۱۴۰۲

- بجنوردی، حسن. (۱۳۷۷). القواعد الفقهية (ج ۱، چاپ اول). قم: نشر الهادی.
- بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۳۶۳). الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة (ج ۲۴، چاپ اول). قم: جماعه المدرسين فی الحوزة العلمیه بقم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- بروجردی، سید حسین. (۱۳۸۶). جامع احادیث الشیعه (ج ۲۳، چاپ اول). تهران: انتشارات فرهنگ سبز.
- بهروزی زاد، حمیدرضا. (۱۴۰۱). مفهوم و شرایط اعمال نظریه عمومی ارش و مقایسه آن قاعده تقلیل ثمن، فصلنامه تحقیقی و توسعه در حقوق تطبیقی، شماره ۱۴، صص ۵۴-۱۶.
- جزائری، محمدجعفر. (۱۴۱۶ق). هدی الطالب الی شرح المکاسب (ج ۹، چاپ اول). بی جا: طلیعة النور.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۴۰۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق (ج ۱، ۲، چاپ نهم). تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۱). الفارق: دائرة المعارف عمومی حقوق (چاپ دوم). تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۱). فلسفه عمومی حقوق تئوری موازنه (چاپ اول). تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۶). حقوق خانواده (چاپ چهارم). تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جمعی از پژوهشگران. (۱۴۲۳ق). موسوعة الفقه الاسلامی طبق المذهب اهل البيت (ج ۵، چاپ اول). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعة (ج ۱۸، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی. (۱۴۱۷ق). العناوین (ج ۲، چاپ دوم). قم: جماعه المدرسين فی الحوزة العلمیه بقم، مؤسسه النشر الاسلامی.

- حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ج ۱۴)، چاپ اول. قم: جماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- حماد، نزيه. (۱۴۲۹ق). معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقها (چاپ اول). دمشق: دار القلم.
- خمینی، روح الله. (۱۳۹۲). کتاب البيع (ج ۲، چاپ چهارم). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخميني علیه السلام.
- خمینی، روح الله. (۱۳۹۲). تحرير الوسیله (ج ۲، چاپ سوم). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خميني علیه السلام.
- زبیدی، محمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس (چاپ اول). بیروت: دار الفکر.
- سکوتی نسیمی، رضا. (۱۳۹۶). تأثیر تدلیس در نکاح و آثار آن. نشریه مطالعات حقوق تطبیقی معاصر. شماره ۱۱. پاییز-زمستان. صص ۲۴۷-۲۱۳
- سیفی، علی اکبر. (بی تا). دلیل تحریر الوسیله (ج ۳، چاپ اول). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخميني علیه السلام.
- شهرکانی، ابراهیم اسماعیل. (۱۴۳۰ق). معجم المصطلحات الفقهيہ (ج ۱، چاپ اول). قم: ذوی القربی.
- شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۳۰ق). موسوعه الشهيد الاول (ج ۱۳، چاپ اول). قم: مکتب الاعلام الاسلامی فی الحوزة العلمیه، قم المقدسه معاونیه الابحاث، مرکز العلوم والثقافه الاسلامیه.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه (ج ۳، ۵، چاپ اول). قم: مکتبه الداوری.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام (ج ۳، چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- شهیدی تبریزی، میرفتاح. (بی تا). هداية الطالب الی اسرار المکاسب (ج ۳، چاپ اول). قم: دار الكتاب.

صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر. (۱۴۲۱ق). جواهرالکلام (ج ۱۵، چاپ اول). قم: مؤسسه
دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

صفایی، حسین. (۱۳۸۷). حقوق خانواده (ج ۱، چاپ یازدهم). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

طباطبایی قمی، تقی. (۱۴۲۶ق). مبانی منهج الصالحین (ج ۸، چاپ اول). قم: قلم الشرق.

طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (ج ۸، چاپ اول). قم: مؤسسه
آل البیت لاحیاء التراث.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۳). الاستبصار فیما اختلف من الاخبار (ج ۳، چاپ چهارم). تهران:
دارالکتاب الاسلامیه.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف (ج ۳، چاپ اول). قم: جماعه المدرسین
فی الحوزة العلمیه بقم، مؤسسه النشر الاسلامی.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه (ج ۲، چاپ سوم). تهران:
مکتبه المرتضویه.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۵). مهذب الاحکام (ج ۷، چاپ چهارم). تهران: دارالکتاب
الاسلامیه.

علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰ق)، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه (ج ۲، ۷، چاپ
اول). قم: مؤسسه الامام الصادق علیه السلام.

علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۳۷۶)، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة (ج ۷، چاپ دوم). قم:
جماعه المدرسین فی الحوزة العلمیه بقم. مؤسسه النشر الاسلامی.

علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۹۸۲م)، نهج الحق و کشف الصدق (چاپ اول). بیروت:
دارالکتاب اللبنانی.

علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰ق). ارشاد الاذهان الی احکام الایمان (ج ۱، چاپ اول). قم:
جماعه المدرسین فی الحوزة العلمیه بقم. مؤسسه النشر الاسلامی.

علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه (ج ۲، چاپ
اول). قم: مؤسسه الامام صادق علیه السلام.

- عمید زنجانی، عباس علی. (۱۳۸۲). موجبات ضمان (چاپ اول). تهران: نشر میزان.
- فاضل مقداد، مقدا دین عبدالله. (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع (چاپ اول). قم: مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی رحمته الله.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد. (۱۴۲۱ق). تفصیل الشریعة (چاپ اول). قم: مرکز فقه الائمه الاطهار علیهم السلام.
- فتح الله، احمد، (۱۴۱۵ق). معجم ألفاظ الفقه الجعفري (چاپ اول). بی جا: الدمام فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی. (۱۴۰۶ق). الوافی (ج ۱۸، چاپ اول). اصفهان: مکتبه الامام امیرالمومنین علی علیه السلام.
- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (بی تا). القاموس المحيط (ج ۲). بیروت: دارالعلم.
- قبولی درافشان، سید محمد هادی. (۱۴۰۳). عقود معین (۱) (چاپ سوم). مشهد: انتشارات دانشگاه فردوسی.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۸). الزامهای خارج از قرارداد (چاپ دوم). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۴۰۱). دوره حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها (ج ۵، چاپ شانزدهم). تهران: گنج دانش.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (ج ۵، ۷، چاپ چهارم). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- مامقانی، عبدالله بن محمد حسن. (بی تا). المقال فی تکملة غاية الآمال (چاپ اول). قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. (۱۳۶۳). مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول (ج ۲۰). تهران: دارالکتاب الاسلامیه.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام فی المسائل الحلال والحرام (ج ۲، چاپ دوم). قم: اسماعیلیان.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۴). قواعد فقه (بخش مدنی - مالکیت و مسئولیت) (چاپ دوازدهم). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (ج ۴، چاپ دوم). قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام لاهیات تراث.

مظفر، محمدرضا. (۱۳۹۶). أصول فقه (چاپ هفدهم). قم: بوستان کتاب.

مفید، محمد بن محمد. (۱۴۱۰ق). المقنعه (چاپ دوم). قم: جماعه المدرسين فی الحوزه العلمیه بقم، مؤسسه النشر الاسلامی.

مقصودی، کبری (۱۳۹۷). بررسی تطبیقی خیار عیب و تدلیس در بیع از نگاه مذاهب پنجگانه اسلامی، مجله پژوهش در فقه و حقوق، شماره ۸ تابستان ۱۳۹۷. صص ۱۰۴-۹۳

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۹۰). انوار الفقاهه فی احکام العترة الطاهرة (ج ۳، چاپ اول). قم: دارالنشر الامام علی بن ابی طالب علیه‌السلام.

موسوی اردبیلی، عبدالکریم. (۱۴۱۴ق). فقه الشریکه علی نهج الفقه والقانون (ج ۱، چاپ اول). قم: دارالعلم.

۷۱

فقه

تأملی فقهی حقوقی بر نبوت ارش در خیار تدلیس

موسوی بجنوردی، محمد. (۱۳۷۹). قواعد فقهیه (ج ۱، چاپ سوم). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه‌السلام.

موسوی خوانساری، احمد. (۱۳۵۵). جامع المدارک فی شرح المختصر النافع (ج ۳، چاپ دوم). تهران: مکتبه الصدوق.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. (۱۳۷۱). جامع الشتات (۲). تهران: کیهان.

نوری، سمیه. (۱۳۹۳). بررسی تطبیقی خیار عیب و تدلیس در بیع از دیدگاه مذاهب.

References

* The Holy Quran

A Group of Researchers. (2002). *Encyclopedia of Islamic Jurisprudence according to the School of Ahl al-Bayt* (Vol. 5, 1st ed.). Qom: Islamic Jurisprudence Encyclopedia Institute [In Arabic].

Allama Hilli, H. b. Y. (1982). *Nahj al-Haqq wa Kashf al-Sidq* (1st ed.). Beirut: Dar al-Kitab al-Lubnani. [In Arabic]

Allama Hilli, H. b. Y. (1990). *Irshad al-Adhhan ila Ahkam al-Iman* (Vol. 1, 1st ed.). Qom: Society of the Teachers in the Seminary of Qom, Islamic Publishing Institute. [In Arabic]

Allama Hilli, H. b. Y. (1997). *Mukhtalaf al-Shi'a fi Ahkam al-Shari'a* (Vol. 7, 2nd ed.). Qom: Jam'at al-Mudarrisin in the Seminary of Qom, Islamic Publishing Institute. [In Arabic]

Allama Hilli, H. b. Y. (2000). *Tahrir al-Ahkam al-Shar'iyya 'ala Madhhab al-Imamiyya* (Vols. 2, 7, 1st ed.). Qom: Imam al-Sadiq Institute. [In Arabic]

Allama Hilli, H. b. Y. (2000). *Tahrir al-Ahkam al-Shar'iyya 'ala Madhhab al-Imamiyya* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Imam al-Sadiq Institute. [In Arabic]

Amid Zanjani, A. (2003). *Mujibat-e Zaman* (1st ed.). Tehran: Mizan Publications. [In Persian]

Ansari, M. M. (1991). *Al-Makasib* (Vols. 2-3, 1st ed.). Qom: Dar al-Dhakha'ir. [In Arabic]

Ansari, M. M. (1994). *Kitab al-Nikah* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: The World Congress on the Bicentenary of Sheikh al-Ansari's Birth. [In Arabic]

Ansari, M. M. (2007). *Fara'id al-Usul* (Vol. 3, 9th ed.). Qom: Islamic Thought Complex. [In Arabic]

A'raji Hilli, A. M. (1995). *Kanz al-fawa'id fi hall al-mushkilat al-qawa'id* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Society of Seminary Teachers, Islamic Publishing Institute. [In Arabic]

- Bahrani, Y. A. (1984). *Al-Hada'iq al-nadhira fi ahkam al-'itra al-tahira* (Vol. 24, 1st ed.). Qom: Society of Seminary Teachers, Islamic Publishing Institute. [In Arabic]
- Behrouzizad, H. R. (2023). The Concept and Conditions of Applying the General Theory of Civil Diyah and Its Comparison with the Rule of Price Reduction. *Comparative Law Research and Development Quarterly*, 14, pp. 16–54. [In Persian]
- Bojnourdi, H. (1998). *Al-Qawa'id al-fiqhiyya* (Vol. 1, 1st ed.). Qom: Al-Hadi Publications. [In Arabic]
- Borujerdi, S. H. (2007). *Jami' ahadith al-shi'a* (Vol. 23, 1st ed.). Tehran: Farhang-e Sabz Publications. [In Arabic]
- Emami, H. (1997). *Civil Law* (14th ed.). Tehran: Eslamiyeh Bookstore. [In Persian]
- Esmaeili, M., & Tavakkoli Kia, O. (2011). The Implied Condition in Imamiyya Fiqh and Iranian Law. *Islamic Law Research Journal*, 12(34), pp. 151–190. [In Persian]
- Fathallah, A. (1994). *Mu'jam Alfaz al-Fiqh al-Ja'fari* (1st ed.). Dammam. [In Arabic]
- Fayz Kashani, M. b. Shah Murtada. (1986). *Al-Wafi* (Vol. 18, 1st ed.). Isfahan: Imam Amir al-Mu'minin Ali Library. [In Arabic]
- Fazil Miqdad, M. b. A. (1984). *Al-Tanqih al-Ra'i' li-Mukhtasar al-Shara'i'* (1st ed.). Qom: Library of Grand Ayatollah al-Mar'ashi al-Najafi. [In Arabic]
- Fazil Muwahedi Lankarani, M. (2000). *Tafsil al-Shari'a* (1st ed.). Qom: Center for Jurisprudence of the Pure Imams. [In Arabic]
- Firuzabadi, M. b. Y. (n.d.). *Al-Qamus al-Muhit* (Vol. 2). Beirut: Dar al-'ilm. [In Arabic]
- Hammad, N. (2008). *Dictionary of Financial and Economic Terms in the Language of Jurists* (1st ed.). Damascus: Dar al-Qalam [In Arabic].
- Hosseini Amili, M. J. b. M. (1998). *Miftah al-Karama fi Sharh Qawa'id al-Allama* (Vol. 14, 1st ed.). Qom: Islamic Publishing Institute, Society of Seminary Teachers of Qom [In Arabic].

- Hosseini Maraghi, A. b. A. (1996). *Al-'Anawin* (Vol. 2, 2nd ed.). Qom: Islamic Publishing Institute, Society of Seminary Teachers of Qom [In Arabic].
- Hurr Amili, M. b. H. (1989). *Tafsil Wasa'il al-Shi'a ila Tahsil Masa'il al-Shari'a* (Vol. 18, 1st ed.). Qom: Al al-Bayt Institute [In Arabic].
- Ibn Baraj, A. N. (1986). *Al-Muhadhdhab fi al-fiqh* (Vol. 1, 1st ed.). Qom: Society of Seminary Teachers, Islamic Publishing Institute. [In Arabic]
- Ibn Hayyun, N. M. (1963). *Da'a'im al-Islam* (Vol. 2). Qom: Al al-Bayt Institute for the Revival of Heritage. [In Arabic]
- Ibn Idris, M. A. (1990). *Al-Sarair al-hawi li-tahrir al-fatawi* (Vol. 2, 2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers. [In Arabic]
- Ibn Manzur, M. M. (1993). *Lisan al-Arab* (Vol. 6, 3rd ed.). Beirut: Dar Sadir. [In Arabic]
- Isfahani, A. H. (1973). *Wasilat al-Najat* (1st ed.). Qom: Mehrstavvar. [In Arabic]
- Jafari Langarudi, M. J. (2002). *General Philosophy of Law: Theory of Balance* (1st ed.). Tehran: Ganj-e Danesh Library. [In Persian]
- Jafari Langarudi, M. J. (2007). *Family Law* (4th ed.). Tehran: Ganj-e Danesh Library. [In Persian]
- Jafari Langarudi, M. J. (2012). *Al-Fariq: General Encyclopedia of Law* (2nd ed.). Tehran: Ganj-e Danesh Publications. [In Persian]
- Jafari Langarudi, M. J. (2023). *Comprehensive Terminology of Law* (Vols. 1–2, 9th ed.). Tehran: Ganj-e Danesh Publications. [In Persian]
- Jazayeri, M. J. (1995). *Huda al-talib ila sharh al-makasib* (Vol. 9, 1st ed.). Tali'at al-Nur. [In Arabic]
- Katouzian, N. (1999). *Ilzam-haye Kharej az Qardad* (2nd ed.). Tehran: University of Tehran Press. [In Persian]
- Katouzian, N. (2022). *Civil Law Course: General Rules of Contracts* (Vol. 5, 16th ed.). Tehran: Ganj-e Danesh. [In Persian]

- Khomeini, R. (2013). *Kitab al-Bay' (The Book of Sale)* (Vol. 2, 4th ed.). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works [In Persian].
- Khomeini, R. (2013). *Tahrir al-Wasila* (Vol. 2, 3rd ed.). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works [In Persian].
- Kulayni, M. b. Y. (1987). *Al-Kafi* (Vols. 5, 7, 4th ed.). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiya. [In Arabic]
- Majlisi, M. B. b. M. T. (1984). *Mir'at al-'Uqul fi Sharh Akhbar Al al-Rasul* (Vol. 20). Tehran: Dar al-Kitab al-Islamiya. [In Arabic]
- Makarem Shirazi, N. (2011). *Anwar al-Fiqhah fi Ahkam al-'Itrah al-Tahirah* (Vol. 3, 1st ed.). Qom: Dar al-Nashr al-Imam Ali b. Abi Talib. [In Arabic]
- Mamaqani, A. b. M. H. (n.d.). *Al-Maqal fi Takmilat Ghayat al-Amal* (1st ed.). Qom: Majma' al-Dhakha'ir al-Islamiyya. [In Arabic]
- Maqsudi, K. (2018). Comparative study of the defect and deception options in sale from the perspective of the five Islamic schools of thought. *Research in Fiqh and Law Journal*, (8), 93–104. [In Persian]
- Mirza-ye Qommi, A. b. M. H. (1992). *Jami' al-Shatat* (Vol. 2). Tehran: Kayhan. [In Persian]
- Mufid, M. b. M. (1990). *Al-Muqni'a* (2nd ed.). Qom: Society of Teachers in the Seminary of Qom, Islamic Publishing Institute. [In Arabic]
- Muhaqqiq Damad, S. M. (2005). *Qawa'id-e Fiqhi (Madani: Malekiyyat va Mas'uliyat)* (12th ed.). Tehran: Center for Publishing Islamic Sciences. [In Persian]
- Muhaqqiq Hilli, J. b. H. (1988). *Sharayi' al-Islam fi Masa'il al-Halal wa al-Haram* (Vol. 2, 2nd ed.). Qom: Isma'iliyan. [In Arabic]
- Muhaqqiq Karaki, A. b. H. (1993). *Jami' al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'id* (Vol. 4, 2nd ed.). Qom: Al al-Bayt Institute for Revival of Heritage. [In Arabic]
- Musawi Ardabili, A. (1993). *Fiqh al-Shirka 'ala Nahj al-Fiqh wa al-Qanun* (Vol. 1, 1st ed.). Qom: Dar al-'Ilm. [In Arabic]

- Musawi Bojnourdi, M. (2000). *Qawa'id Fiqhiyya* (Vol. 1, 3rd ed.). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Persian]
- Musawi Khansari, A. (1976). *Jami' al-Madarik fi Sharh al-Mukhtasar al-Nafi'* (Vol. 3, 2nd ed.). Tehran: Maktabat al-Saduq. [In Arabic]
- Muzaffar, M. R. (2017). *Usul al-Fiqh* (17th ed.). Qom: Bustan-e Kitab. [In Arabic]
- Nouri, S. (2014). Comparative study of the defect and deception options in sale from the perspective of Islamic schools. [In Persian]
- Qabuli Darafshan, S. M. H. (1984). *Uqood-e Mo'ayyan (1)* (3rd ed.). Mashhad: Ferdowsi University Press. [In Persian]
- Safaei, H. (2008). *Family Law* (Vol. 1, 11th ed.). Tehran: University of Tehran Press [In Persian].
- Sahib Jawahir, M. H. b. Baqir. (2000). *Jawahir al-Kalam* (Vol. 15, 1st ed.). Qom: Islamic Jurisprudence Encyclopedia Institute according to the School of Ahl al-Bayt [In Arabic].
- Seyfi, A. A. (n.d.). *Dalil Tahrir al-Wasila* (Vol. 3, 1st ed.). Qom: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works [In Persian].
- Shahid Awwal (First Martyr), M. b. Maki. (2009). *Encyclopedia of the First Martyr* (Vol. 13, 1st ed.). Qom: Islamic Propagation Office, Research Department, Center for Islamic Sciences and Culture [In Arabic].
- Shahid Thani (Second Martyr), Z. b. A. (1989). *Al-Rawda al-Bahiya fi Sharh al-Lam'a al-Dimashqiya* (Vols. 3, 5, 1st ed.). Qom: Al-Dawari Library [In Arabic].
- Shahid Thani (Second Martyr), Z. b. A. (1992). *Masalik al-Afham ila Tanqih Sharai' al-Islam* (Vol. 3, 1st ed.). Qom: Institute of Islamic Knowledge [In Arabic].
- Shahidi Tabrizi, Mir Fattah. (n.d.). *Hidayat al-Talib ila Asrar al-Makasib* (Vol. 3, 1st ed.). Qom: Dar al-Kitab [In Arabic].
- Shahrakani, I. I. (2009). *Dictionary of Jurisprudential Terms* (Vol. 1, 1st ed.). Qom: Dhawi al-Qurba [In Arabic].
- Sokuti Nasimi, R. (2017). The Effect of Fraud (Tadlis) in Marriage and Its Consequences. *Journal of Contemporary Comparative Law Studies*, 11, pp. 213–247. [In Persian].

- Tabataba'i Karbala'i, A. b. Muhammad Ali. (1997). *Riyad al-Masa'il* (Vol. 8, 1st ed.). Qom: Al al-Bayt Institute for Revival of Heritage [In Arabic].
- Tabataba'i Qomi, T. (2005). *Foundations of Minhaj al-Salihin* (Vol. 8, 1st ed.). Qom: Qalam al-Sharq [In Arabic].
- Tusi, M. b. H. (1968). *Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyya* (Vol. 2, 3rd ed.). Tehran: Al-Murtada Library [In Arabic].
- Tusi, M. b. H. (1984). *Al-Istibsar fi ma Ikhtalafa min al-Akhbar* (Vol. 3, 4th ed.). Tehran: Islamic Book Publishing House [In Arabic].
- Tusi, M. b. H. (1986). *Muhadhdhab al-Ahkam* (Vol. 7, 4th ed.). Tehran: Islamic Book Publishing House [In Arabic].
- Tusi, M. b. H. (1987). *Al-Khilaf* (Vol. 3, 1st ed.). Qom: Islamic Publishing Institute, Society of Seminary Teachers of Qom [In Arabic].
- Yazdifard, A. A., & Fallah, M. (2015). A Reflection on the Nature and Basis of Civil Diyah (Compensation), and a Comparison with the Principle of Price Reduction. *Judiciary Law Journal*, 90, pp. 37–61. [In Persian]
- Zabidi, M. b. M. (1993). *Taj al-'Arus min Jawahir al-Qamus* (1st ed.). Beirut: Dar al-Fikr [In Arabic].



The Responsibility of the Indirect Cause in Unintentional Acts Leading to Death from the Perspective of Islamic Criminal Jurisprudence¹

Musa Askari¹ Mohsen Malek Afzali Ardakani²

1. PhD Candidate in Criminal Law and Criminology, Al-Mustafa International University, Qom, Iran (Corresponding Author)
askari.mosa1395@gmail.com; Orcid: 0009-0004-6895-7762
2. Full Professor, Al-Mustafa International University, Qom, Iran
mohsenmalekafzali@yahoo.com; Orcid: 0000-0002-5478-2277

Abstract

In Islamic criminal jurisprudence, concepts such as indirect causation (*tasbib*) and the concurrence of the cause and the direct agent (*Ijtima' sabab wa mubashir*) are among the recognized bases for criminal liability. Given the various scenarios under which *tasbib* may lead to criminal responsibility, this paper employs a descriptive-analytical method to examine the extent of the liability of the indirect cause in a case where an individual engages in behavior that is inherently lethal, but the resulting crime occurs through an unintended factor. Despite intra-sectarian differences in both Jafari and Sunni jurisprudence, the findings of this research suggest that indirect causation of death—even through an unintended method—can in certain cases be considered intentional homicide, warranting *qisas* (retributive punishment), unless the unintended

1. Askari, M., & Malek Afzali Ardakani, M. (2025). The responsibility of the indirect cause in unintentional acts leading to death from the perspective of Islamic criminal jurisprudence. *Journal of Fiqh*, 31(120), pp. 78-108. [In Persian]. <https://doi.org/10.22081/jf.2025.68837.2795>

* **Publisher:** Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom (Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran). ***Type of article:** Research Article

▣ **Received:** 2024/04/15 ● **Revised:** 2024/06/26 ● **Accepted:** 2025/01/23 ● **Published online:** 2025/05/10

© The Authors



factor was neither a natural consequence of the intended act nor foreseeable. In such cases, although the criteria for intentional homicide are present, due to precaution, the indirect cause is liable for *diyya* (blood money); alternatively, if the unintended factor involves human intervention, the indirect cause may be subjected to *ta'zir* (discretionary punishment).

Keywords

Cause, Direct Agent, Conflict of Causation, Criminal Responsibility, Unintended Act.



مسئولیت سبب در قتل با فعل غیر مقصود از منظر فقه جزایی اسلام

موسی عسکری^۱ محسن ملک‌افضلی اردکانی^۲

۱. دانشجویی مقطع دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی جامعه المصطفی‌العالمیه، قم، ایران (نویسنده مسئول).
askari.mosa1395@gmail.com; Orcid: 0009-0004-6895-7762

۲. استادتمام جامعه المصطفی‌العالمیه، قم، ایران.
mohsenmalekafzali@yahoo.com; Orcid: 0000-0002-5478-2277



چکیده

در فقه جزایی اسلام، از جمله موجبات مسئولیت کیفری، عناوینی چون تسبیب، اجتماع سبب و مباشر است. از آنجای که تسبیب در جنایت فروض مختلف دارد، این مقاله با استفاده از روش تحلیلی-توصیفی و به غرض کمک و بازشناسی، میزان مسئولیت سبب، در فرضی که شخص اقدام به رفتار به نوعی کشنده می‌کند، ولی جنایت مقصود، توسط علت غیر مقصود، حاصل می‌شود، پرداخته است. برخلاف اختلاف دیدگاه درون فرقه‌ای، در فقه جعفری و فقه عامه، بر ایند تحقیق این است که تسبیب در قتل ولو با روش غیر مقصود، در برخی موارد قتل عمدی و مجازات قصاص را در پی دارد، مگر اینکه عامل غیر مقصود، از پیامدهای تبعی رفتار مقصود نبوده و غیر قابل پیش بینی باشد. در این فرض نیز معیار قتل عمد موجود است؛ اما از باب احتیاط، سبب ملزم به پرداخت دیه است، یا اینکه عامل غیر مقصود انسان باشد، که در این فرض سبب، تعزیر می‌شود.

کلیدواژه‌ها

سبب، مباشر، تراحم، مسئولیت کیفری، فعل غیر مقصود.

* استناد به این مقاله: عسکری، موسی؛ ملک‌افضلی اردکانی، محسن. (۱۴۰۳). مسئولیت سبب در قتل با فعل غیر مقصود از منظر فقه جزایی اسلام. فقه، ۳۶(۱۲۰)، صص ۷۸-۱۰۸.

<https://doi.org/10.22081/jf.2025.68837.2795>

□ نوع مقاله: پژوهشی؛ ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم (پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران) © نویسندگان

□ تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۲۷ • تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۴/۰۶ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۰۴ • تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۴/۰۲/۲۰



مقدمه

در فقه جزای اسلام برای تشخیص قتل عمدی دو شرط، یکی قصد قتل و دوم هم رفتار نوعاً کشنده، ذکر شده (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۸۰). در یک جمع‌بندی از فقه اهل سنت نیز به دست می‌آید که قصد نتیجه و رفتار نوعاً کشنده معیار بازشناسی قتل عمدی از غیر عمدی است (الغماری الحسینی، ۲۰۱۰م، ج ۸، ص ۴۱۶؛ کاسانی، ۲۰۰۰م، ج ۸، ص ۷۰؛ سرخسی، ۲۰۰۰م، ج ۱۳، ص ۵۴).

اگر جانی، قصد قتل را داشته ولی فعل را که منتج به قتل شده به قصد انجام نداده است، به‌طور مثال قصد کشتن با اسلحه را داشته، ولی در حین عبور از جاده، فرد مورد نظر را با ماشین خود زیر می‌گیرد، بعد متوجه می‌شود که مقتول همان فرد مورد نظر است، در اینجا، عمد نیست. در حین تصادف قصد قتل نداشته و تقارن زمانی بین عنصر مادی و روانی در قتل عمدی شرط است که در این فرض تقارن وجود ندارد. با اینکه قصد قتل الف را دارد ولی در حین تصادف اصلاً نمی‌شناخت این همان شخص مورد نظر است. اینجا قتل عمد نخواهد بود (میرمحمد صادقی، ۱۴۰۰، ص ۱۴۸).

اما اگر تقارن زمانی وجود داشت ولی بخاطر عارض شدن عامل دیگر بین نتیجه و فعل سبب، در احراز رابطه‌ی استناد، شبهه ایجاد شد، که از سوی فرد هم قصد قتل و هم رفتار به نوعی کشنده وجود دارد ولی در مقابل نتیجه توسط عامل بیرونی به ثمر رسیده است، اگرچه اقدام فرد اولی زمینه ساز وقوع جرم شده است.

این مسئله از قدیم مطرح بوده و در تحقیقات معاصر نیز در مقاله‌ی تحت عنوان «جنایت نظیر و اشتباه» توسط دکتر ساریخانی در فصلنامه‌ی پژوهش‌های حقوق کیفری، و در کتاب‌های حقوق جزای اختصاصی هادی صادقی و احمد حاجی ده آبادی، تحت عنوان تحقق جنایت با فعل غیر مقصود، نمایه شده است. ولی در تحقیقات مذکور به دو نکته توجه نشده. نکته اول مسئولیت سبب حتی در فروض که مجازات اصلی از او مرتفع است. نکته دوم عدم توجه به مبانی و مستندات، که در نوشته حاضر، نکته اول به‌عنوان چالش و مشکل مورد بررسی واقع می‌شود. از سویی هم توجه به مبانی و

مستندات در فروض مختلف، موجب تمایز و به‌عنوان نوآوری قابل یادآوری است، که در ساختار ذیل ارایه می‌شود.

الف: مفهوم‌شناسی

به نظر می‌رسد که مفهوم‌شناسی برخی از واژه‌های مهم و کاربردی، لازم و ضروری باشد؛ بنابراین قبل از ورود به بحث اصلی چند واژه‌ی کلیدی معنایابی می‌شود.

۱. تسبیب

تسبیب گرفته شده از واژه‌ی سبب و یا سب است. در لغت عربی بمعنی ریسمان و حبل می‌باشد (جوهری، ۱۳۷۶ق، ج ۱، ص ۱۴۴). به هر چیز، وسیله و واسطه‌ی که ما را به هدف برساند و یا به طریق و جاده‌ی که انتهای آن مقصود فرد باشد، سبب اطلاق می‌گردد (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۷، ص ۲۰۳). قسمی که در قرآن کریم نیز به مطلق واسطه و ابزار، سبب اطلاق می‌گردد (راغب، ۱۴۱۲ق، ص ۳۹۱). لذا امروزه، در عرف استعمال سبب به معانی نزدیک به هم مثل وسیله، ابزار، باعث، علت و معانی مشابه دیگر یک امر متداول است (اسماعیل صینی، ۱۴۱۴ق، ص ۵۵). در فارسی نیز سبب بمعنی ابزار، وسیله، دست‌آویز، علت، طریق و باعث شدن آمده است (معین، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۱۸۱۵). عامل پدید آورنده، موجب، جهت و باعث به کار می‌رود (انوری، ۱۳۸۱، ج ۵، ص ۴۰۰۸). با توجه به ریشه‌یابی و مفهوم لغوی، سبب بر یک مفهوم عام که عبارت از مطلق علیت و یا آنچه که در پدید آمدن یک معلول و نتیجه، اگرچه به صورت جزئی و ناقص باشد، اطلاق می‌شود.

در حقوق موضوعه تسبیب بر علت گفته می‌شود و فرق بین تسبیب و مباشر وجود ندارد، ولی در فقه، سبب مفهوم متفاوت از مباشر دارد (قیاسی، ۱۳۷۵، ص ۷۲). تسبیب در فقه به پدید آورنده‌ی خسارت و یا جنایت با واسطه اطلاق می‌شود. لذا سبب عبارت از هر فعلی است که از آن تلف به وجود آید، لکن بین آن فعل و تلف به وسیله عامل دیگر فاصله افتد (عاملی، محقق ثانی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۱۶۹؛ عاملی حسینی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۸، ص ۱۵). تسبیب به‌طور دقیق در مقابل مباشر است به شکلی که جرم مستند به سبب است. با اینکه بین

سبب و نتیجه مجرمانه واسطه وجود دارد، ولی این واسطه بخاطر نداشتن مسئولیت کیفری مثل حیوان بودن و یا به هر علت دیگر، جرم قابل استناد به آن نیست و جرم به سبب مستند می شود از این رو مسئولیت کیفری بر سبب بار می شود.

۲. اجتماع اسباب

اسباب، جمع سبب که مفهوم جداگانه از سبب ندارد، ولی در اصطلاح فقهی بر مورد خاص کاربرد دارد. لذا گفته اند اجتماع اسباب به فرض صدق می کند که چندین سبب در طول هم باعث وقوع جنایت و خسارت شود (قیاسی، ۱۳۷۵، ص ۴۶). در بیان فقها صورتی است که با دخالت چند سبب در طول هم باعث فراهم آمدن جنایت شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۱۴۶). مثال های که در منابع فقهی وجود دارد بخوبی نشان می دهد که مقصود از اجتماع اسباب علل طولی است. مثل اینکه شخص اول سنگ را بر سر راه عبور مردم بگذارد و دومی چاه را حفر نماید و سومی در داخل چاه چاقوی را بگذارد. در نتیجه رفتار همه این اشخاص موجب قتل قربانی شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۳۸۱؛ خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۳۲۲). پس اجتماع اسباب اختراع فقه جزایی اسلام است.

۳. اجتماع سبب و مباشر

مباشر از ریشه بشر در مورد اطلاق می شود که شخص یک عمل را بدون واسطه و مستقیم خودش انجام دهد (جوهری، ۱۳۷۶ق، ج ۲، ص ۵۹۰). همچنین که در فارسی مباشر به کسی گفته می شود که کاری را بدون واسطه انجام دهد (بستانی، ۱۳۷۵ق، ص ۷۷۴). در متون حقوقی نیز مباشرت را تعریف نموده است به اینکه فعل یک شخص بدون کدام واسطه، سبب وارد آمدن خسارت شود (امامی، بی تا، ج ۱، ص ۳۹۲). در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ماده ۴۹۲ تعریف شده است "مباشرت آن است که جنایت مستقیماً توسط خود مرتکب واقع شود. لذا اقدام به جنایت بدون واسطه که با توجه به رکن روانی به عمد و غیر عمد تقسیم می گردد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۴۳). پس مباشرت یعنی دخالت در جنایت بدون واسطه (امیرالعزیز، ۲۰۰۷م، ص ۴۱؛ عوده، ۲۰۰۹م، ج ۳، ص ۲۹). پس معلوم می شود

که مقصود از اجتماع سبب و مباشر مورد است که علت با واسطه و بدون واسطه باعث جنایت گردیده است و هر دو در قتل و جنایت دخالت دارد، و اصل در این باب، ضمان مباشر است (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ص ۵۴).

۴. فعل غیر مقصود

منظور از فعل غیر مقصود این است که جنایت با روش که مقصود مرتکب بوده است محقق نشده، ولی به نحو دیگری به نتیجه رسیده است چنانکه مقصود مرتکب حاصل آید (ساریخانی و افولی، ۱۳۹۸، ص ۱۹۱). یا به تعبیر دیگر، جنایت با روش غیر مقصود این است که جنایت به علتی غیر از آنچه که مقصود جانی بوده، محقق شود (صادقی، ۱۳۹۹، ص ۱۶۳). اگر جنایت با فعل غیر مقصود واقع شود جنایت خطای محض است. چون در جنایت عمدی، فعل باید قصدی باشد (میرمحمد صادقی، ۱۴۰۰، ص ۱۰۶)؛ بنابراین وقوع جنایت با فعل غیر مقصود عمدی نیست بلکه خطای محض است و جای بحث را ندارد. ولی در برخی موارد با اینکه جنایت با روش غیر مقصود واقع شده است، از جهاتی دارای پیچیدگی است؛ زیرا مواردی وجود دارد که جنایت با فعل غیر مقصود خطای محض نیست بلکه شبه عمد و یا عمدی است. تشخیص عمدی و شبه عمدی براساس مبانی نیازمند تفکیک و بررسی است. که نوشته حاضر با بررسی چند نمونه به اثبات می‌رساند که جنایت با روش غیر مقصود، گاهی عمدی و گاهی شبه عمد می‌شود و الزاما هر جنایت با فعل غیر مقصود، خطای محض نیست.

ب: حکم تسبیب در جنایت با روش غیر مقصود از دیدگاه فقهای امامیه

از آنجایی که جنایت با فعل غیر مقصود دارای فروض و مصادیق مختلف است، ناگزیر باید هر فرض را جدا گانه بررسی کرد.

۱. وقوع قتل، توسط رفتار انسانی و غیر مقصود

شخص قصد می‌کند که دیگری را _ از بلندی به‌طور مثال کوه با ارتفاع بلند یا

آپارتمان چندین طبقه، به قصد قتل، بر اثر اصابت شدید بخاطر فاصله‌ی زیاد_ پرتاب می‌کند؛ اما قبل از اینکه مجنی علیه به زمین برسد توسط شخص دیگری، با چاقو و یا اسلحه‌ی دیگر کشته می‌شود. در این فرض، سخن در مسئولیت شخص اول که مقتول را پرتاب کرده، است. چون نقش سبب را دارد.

در فرض مذکور در مسئول بودن شخص دوم به‌عنوان مباشر، شک وجود ندارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص ۴۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۸۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۹۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۸۳؛ خمینی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۵۱۴؛ مدنی کاشانی، ۱۴۱۰ق)، و مجازات مباشر در قتل عمدی قصاص است (حلی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۵۳۱۹). دلیل فتوای مشهور بر استحقاق قصاص مباشر، مطابق قاعده در باب اجتماع سبب و مباشر می‌باشد که در جای خودش تبیین گردیده است (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰، ص ۵۰۱)، از جمله‌ی مسلمات فقهی و اجماعی گفته شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۷، ص ۵۴).

موضوع بحث در مقاله حاضر، مسئولیت فرد اولی (سبب) است که بخاطر رفتارش مستحق مجازات می‌شود یاخیر؟ زیرا در اینجا جنایت مقصود با فعل غیر مقصود واقع شده است. از سوی هم رفتار شخص اول اگر نبودی مقتول شاید به قتل نمی‌رسید. برخی گفتند اولی هیچ مسئولیت ندارد (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۴۲۹). دلیل بر عدم مسئولیت سبب، این است که رفتار او نسبت به قتل از حیثیت تولیدی کنار رفته بلکه نقش شرط که تأثیر فعل مباشر متوقف بر او می‌باشد، را دارد (گروه پژوهشی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۸، ص ۱۵۵). یا به تعبیری دیگر شخص اول مثل آلت و وسیله برای کشتن است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۷، ص ۵۴). شرط در فقه چیزی است که باعث اثر گذاری و به نتیجه رسیدن فعل مباشر می‌گردد و در علیت جنایت دخالت ندارد (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۵۸۹). ولی به نظر می‌رسد که ملقی همچنان سبب است؛ اما از این جهت که مباشر رابطه استناد را قطع نموده، قصاص و دیه بر او نیست (علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۹۶۹) اگرچه برخی گفتن در فرض اجتماع مباشر و سبب، قربانی جرم می‌تواند به هر دو مراجعه نماید (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۴، ص ۲۰). ولی با توجه به قاعده اجتماع سبب و مباشر درست به نظر نمی‌رسد. براساس مبنای اکثر بازم عنوان تسبیب صادق است. منتهی بخاطر مداخله

مباشر، جنایت مستند به او نیست. ولی نفس رفتار سبب، یک اقدام عدوانی و غیر مشروع است. مطابق قاعده فقهی که هر فعل حرام تعزیر دارد (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۹، ص ۲۹۰). می‌توان گفت تسبیب در جنایت با روش غیر مقصود را تعزیر کرد. زیرا اولاً نقش در زمینه سازی قتل دارد و اگر از این چشم پوشی شود حد اقل اذیت کردن و ترساندن انسان مؤمن، حرمت شرعی دارد و داخل در قاعده مذکور است. موارد مشابه در فقه و روایات وجود دارد که تعزیر آمده مثلاً در روایت فضیل بن یسار از امام باقر علیه السلام نقل شده است که اگر یک نفر از شرکای قتل قصاص شود بقیه بعد از ادای دیه فرد قصاص شده تعزیر شود. فرمود: "ثُمَّ إِنَّ الْوَالِيَّ بَعْدُ يَلِي أَدْبَهُمْ وَ حَبَسَهُمْ" (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۲۸۴). یعنی حاکم شرکای قصاص نشده را تأدیب می‌کند. معلوم است که این تأدیب و یا تعزیر بخاطر حق خصوصی مقتول نیست، بلکه این تأدیب برای اعاده حق جامعه است. زیرا قتل علاوه بر تعرض به حیات یک انسان، امنیت جامعه را هدف قرار می‌دهد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۰۱). پس به این نتیجه می‌رسیم که در این فرض که توسط مباشر رابطه استنادی، میان جنایت و سبب قطع شده است، سبب مستحق مجازات تعزیر است.

۲. وقوع جنایت توسط عامل غیر انسانی بعید که ناشی از رفتار سبب نیست

اگر شخصی، طفلی را به قصد کشتن به اثر اصابت بر زمین و یا غرق شدن در آب پرتاب نماید. در بین راه توسط پرنده اختطاف شود. که اختطاف اصلاً محتمل نبود و پرتاب کردن از بلندی، دخالت در اختطاف ندارد. یعنی نمی‌توان به صراحت گفت القای در بحر سبب و علت اختطاف است. مسئولیت ملقی چیست؟ و بر فرض عدم قصاص دیه باید از کجا پرداخت شود؟ شخصی ملقی درست که رفتار اولی را انجام داد و قصد قتل را هم کرده، ولی قتل با یک واقعه انجام شده که اصلاً محتمل نبود.

شخصی ملقی ملزم به پرداخت دیه می‌شود، نه مستحق قصاص، زیرا عامل اصلی مرگ یک امری کاملاً بیرونی و بیگانه از رفتار شخص ملقی است. حتی از لوازم و پیامد که به نحو مرتبط با اقدام ملقی باشد و یا حد اقل محتمل باشد و عرف وجود این عامل را بعد از اقدام ملقی پیش بینی کرده باشد هم نیست. لذا در چنین مورد نهایت می‌توان

گفت دیه لازم است و قصاص موضوعیت ندارد (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص ۶۳). یا اگر کسی دیگری را به قصد غرق شدن به آب بی‌اندازد ولی دومی غرق نشود بلکه در برخورد با تأسیسات در زیر دریا و کنار رود خانه از بین برود گفته شده قصاص نیست (خمینی، ۱۴۰۹ق)، ج ۲، ص ۵۱۳. شاید مقصود فرض باشد که تأسیسات اطراف دریا خیلی روشن و معلوم نباشد و عرفاً اصابت به آنها خیلی بعید به نظر برسد. بخاطر همین غیر قابل پیش‌بینی بودن حکم به دیه موجه است. پس در مورد که قتل، توسط عوامل بی‌جان و در عین حال نادر که از لوازم طبیعی و تبعی فعل مقصود نیست. در عمد بودن آن شبهه ایجاد می‌شود و از طرف در دماء باید دقت کرد و در صورت که قطع و یقین نباشد، نمی‌توان حکم به قصاص کرد بلکه دیه ثابت است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۸، ص ۱۹۴).

برخی فقیهان با اینکه مجازات دیه را تأیید می‌کنند، در عین حال اشکال وارد می‌کنند؛ زیرا که فعل نوعاً کاشنده صادر شده ولو اینکه قتل بواسطه یک فعل غیر محتمل و بسیار نادر که اصلاً ربط به ملقی ندارد، انجام شده است. از طرف قصد قتل هم وجود داشته است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص ۴۲). از لحن صاحب جواهر به دست می‌آید که در اینجا هم جانب قصاص قوی‌تر است، زیرا فعل به نوعی کاشنده را انجام داده و تنها او است که قتل به او نسبت داده می‌شود. و ضوابط قتل عمدی کاملاً موجود است و عرف او را قاتل عمدی می‌داند. پس در تسبیب در جنایت با روش غیر مقصود، در مورد که مداخله کننده غیر مقصود، کاملاً غیر قابل پیش‌بینی و بسیار نادر باشد مطابق موازین قصاص است مگر از باب احتیاط گفته شود که دیه پرداخت کند.

۳. وقوع قتل توسط عامل غیر انسانی و قابل پیش‌بینی

شخصی به هدف قتل، انسان دیگری را با رفتار به نوعی کاشنده، هدف قرار می‌دهد؛ اما به طور اتفاقی مجنی علیه توسط یک عامل دیگری غیر انسانی، ولی قابل پیش‌بینی به قتل می‌رسد. در مثال معروف آقای الف، آقای ب را بسوی دریا پرتاب می‌کند تا غرق شود؛ اما قبل از رسیدن به آب، در هوا توسط ماهی بلعیده می‌شود. بلعیده شدن توسط ماهی، مقصود شخص اول نبود، اگرچه در داخل دریا وجود و تهاجم کوسه‌ها بر انسان،

یک امر غالب و محتمل است. اینجا بلعیده شدن توسط ماهی غیر مقصود است. در اصل ضمان سبب بحث وجود ندارد، ولی شبهه در این است که قصاص و یا دیه؟

تعدادی از فقها قایل به عدم قصاص است (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۲۶۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۲۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۸۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۲۴). مهمترین دلیل و مبنای که بر این قول مستمسک قرار گرفته‌اند، این است که ملقی (سبب) قصد بلعیده شدن مجنی علیه را توسط کوسه، نکرده است، بلکه قصد غرق شدن را دارد. وقوع جنایت به واسطه فعل غیر مقصود، شبهه می‌آورد لذا تنها دیه بر ملقی (سبب) لازم است (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۴۲۹). برخی بر عدم قصاص ملقی به عنوان یک احتمال این گونه استدلال نموده است که قتل بواسطه فعل غیر مقصود، در واقع قتل بدون قصد می‌باشد چون قصد نسبت به وقوع قتل با این شیوه وجود نداشت. پس این قتل عمدی نیست زیرا قصدی وجود ندارد (عاملی، شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۳۱۰).

قول دوم مجازات قصاص است. به نظر می‌رسد که اکثریت رأی به قصاص دارند در مثال مذکور چه بعد از رسیدن و یا قبل از رسیدن به دریا، توسط ماهی بلعیده شود قصاص است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۱۹؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص ۶۳؛ تبریزی، ۱۴۲۶ق، ص ۳۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۸۱؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص ۴۲؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۱۰).

اکثریت این مورد را قتل عمدی دانسته‌اند و استدلال کردند که ارکان و قیود قتل عمدی در این فرض تکمیل است. از این رو قصاص جاری می‌شود. مهمترین مبنا برای قول اول که دیه را به عنوان مجازات بیان می‌کرد، این بود که جنایت با فعل غیر مقصود واقع شده است. یعنی در واقع نسبت به این نوع جنایت و با این روش دراصل قصد وجود نداشته و تبعاً جنایت شبه عمدی است و مجازات آن باید دیه باشد ولی انصافاً قصد قتل وجود دارد؛ چون قصد قتل با سبب معین و مقید و لو اینکه با وسیله دیگر از بین برود، قتل عمد است. در واقع قتل به واسطه فعل مقصود به انجام رسیده است بخاطر اینکه قصد کردن قتل با روش و فعل خاص لازم دارد قصد قتل را بصورت مطلق؛ زیرا که هدف اصلی قتل است و روش خاص موضوعیت ندارد. اینکه قصد می‌کند با رفتار معین قتل صورت گیرد به منزله این است که قتل واقع شود و هیچ فرق ندارد که با هر

وسيله واقع شود. لذا نتیجه با فعل غیر مقصود، در واقع مقصود است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۸۱). از جانب دیگر در مسئله مورد بحث، حکم عرف و صدق عرفی کاملاً روشن و واضح است. یعنی عرف این مورد را قتل عمد می‌داند و آیه مبارکه "أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ" (المائده، ۴۵) و سایر ادله‌ی قصاص در مورد بحث هم قابل تطبیق است و هیچ فرقی در این نیست که قبل از وصول و یا بعد از وصول به دریا، توسط ماهی بلعیده شود و یا اینکه توسط آب غرق شود، قتل عمد است و قصاص ثابت است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص ۴۲). آنچه که در قتل عمدی معیار و ملاک است، نفس قصد می‌باشد که در مورد بحث هم فعل و هم نتیجه را قصد نموده است و خصوصیات قصد ارزش ندارد (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۱۰). برخی برای توجیه کردن قصاص چنین مطرح کرده است اگر ماهی و کوسه نبودی که شخص را قبل از رسیدن به آب، می‌بلعید آیا قتل عمدی محقق بود یا خیر؟ قطعاً قتل عمدی بود؛ زیرا که مجنی علیه را بسوی آب نوعاً کشنده، به قصد قتل پرتاب کرده است، تمام معیارهای قتل عمد بدون شک، موجود است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۶۳)؛ بنابراین به نظر می‌رسد که مجازات قصاص در این فرض از قوت لازم، برخوردار است. قسمی که برخی فقها با اینکه دیه را محتمل دانسته‌اند، ولی بدان جهت که قصد قتل وجود دارد، قتل به هر شیوه که تحقق یابد مقصود جانی است، لذا عمدی و قصاص دارد (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۳۱۰) و یا صاحب جواهر نسبت به فرض قبلی که جنایت با روش غیر مقصود که محتمل و قابل پیش بینی نبود، قصاص را تقویت کرد و با این عبارت "إن قتل بغيره مما هو نادر أيضا فضلا عن الغالب" (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص ۴۲) حتی اگر با مداخل کننده نادر به قتل برسد هم قصاص است چه رسد به مداخل کننده محتمل و غالب که به طریق اولی قصاص است. به نظر می‌رسد که در این فرض، قتل عمدی است و سبب در جنایت با روش غیر مقصود مستحق قصاص است.

۴. تحقق قتل شخص پرتاب شده از بلندی، از شدت ترس

اگر شخصی، دیگری را از بلندی پرتاب نماید تا با اصابت بر زمین بمیرد، ولی مجنی علیه قبل از رسیدن به زمین در هوا از شدت ترس و نگرانی بمیرد بازهم وقوع

جنایت با روش دیگر و فعل غیر مقصود انجام شده است، در این میان مسئولیت ملقی و پرتاب کننده چیست؟

برخی گفته است مردن مجنی علیه از شدت ترس و هراس، قتل عمدی می باشد (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۱۰)؛ زیرا این ترس از لوازم تبعی فعل جانی است چون وقتی مرتکب، انسان را از بلندی پرتاب می کند، این عمل ترس را به دنبال خود دارد. در فتاوی فقهای معاصر آمده: اگر شخص پرتاب شده از بلندی از شدت ترس و خوف بمیرد، پرتاب کننده باید قصاص شود (وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق، ج ۳، ص ۵۰۸؛ فیاض، بی تا، ج ۳، ص ۳۲۵).

آنچه در تحقق قتل عمد، به عنوان موضوع قصاص مهم است، موجودیت قصد قتل و استفاده از رفتار به طور نوعی کشنده است. حالا در مورد بحث که فردی را از بلندی پرتاب می کند تا اینکه بر زمین اصابت کند و جمجمه اش بشکند و بمیرد، در بین راه از شدت ترس بمیرد. اولاً بر فرض قبول اینکه مردن این شخص توسط فعل غیر مقصود بوده و جانی نمی خواست که از شدت ترس بمیرد، بلکه مقصود مردن بواسطه شکسته شدن جمجمه بود؛ ولی معیار دیگر قتل عمدی که به کارگیری رفتار نوعاً و غالباً کشنده باشد در اینجا وجود دارد. پرتاب نمودن از بلندی و آپارتمان برای انسان نوعاً کشنده است، لذا ولو مقتول از شدت ترس در هوا بمیرد باز هم عمدی است و قصاص ثابت است (تبریزی، ۱۴۲۶ق، ص ۳۴). ثانیاً در این مورد می توان گفت قتل با فعل مقصود به وقوع پیوسته، یعنی این جنایت توسط فعل مقصود انجام شده، زیرا به گفته‌ی برخی قصد نمودن فعل نوعاً کشنده در واقع قصد تبعی قتل را در خود دارد (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۴). یعنی با قصد پرتاب، تمام لوازم و پیامدهای آن از جمله ایجاد ترس مقصود تبعی رفتار جانی است.

ج: دیدگاه فقهای اهل سنت

در مسئله تسبیب در جنایت با فعل غیر مقصود در میان فقهای اهل سنت تفاوت دیدگاه وجود دارد. حنفی ها قصاص را منحصر به مباشر می دانند و سبب را به هیچ صورت

مستحق قصاص نمی‌داند (کاسانی، ۲۰۰۰م، ج ۸، ص ۷۹). مبنای دیگری اینکه قتل زمان عمدی است که وسیله قتل از جنس فلز باشد (کاسانی، ۲۰۰۰م، ج ۸، ص ۷۲)؛ لذا قتل با غریق و یا آتش، عمدی نیست بلکه شبه عمد می‌باشد (القرطبی، ۲۰۱۰م، ج ۶، ص ۲۳۱؛ الزحیلی، ۱۹۹۷م، ج ۷، ص ۵۶۵۲). با توجه به این دو مبنای، در فقه حنفی با استدلال به اینکه در قصاص مماثلت بین جنایت و مجازات بصورت همه جانبه شرط است. در تسبیب، اگر سبب قصاص شود، شرط مماثلت در قصاص نقض می‌شود. زیرا ولی دم قاتل را بصورت مستقیم و بدون واسطه، در برابر قتل با چند واسطه، به قتل می‌رساند، این خارج از قصاص شرعی می‌باشد و دلیل بر جواز آن وجود ندارد و ادله قصاص این فرض را شامل نیست (عوده، ۲۰۰۹م، ج ۳، ص ۳۱؛ بهنسی، ۱۹۹۱م، ج ۳، ص ۱۰۸) بناً در مورد بحث که تسبیب در جنایت با فعل غیر مقصود باشد با تمام فروض خودش شخص اول که سبب باشد از قصاص نجات پیدا کرده و تنها در جای که مباشر حیوان و یا غیر انسان باشد نهایت دیه بر او لازم است.

اما دیدگاه سایر مذاهب فقهی اهل سنت، در باب تسبیب در جنایت با روش غیر مقصود را، در دو فرض متفاوت می‌شود جداگانه بررسی کرد. فرض اول اینکه اگر مباشر انسان باشد گفته شده است که هر دو فرد هم مباشر و هم سبب ضامن است، ولی دم می‌تواند که برای قصاص و یا پرداخت دیه، به هر دو مراجعه کند (النووی، بی تا، ج ۱۹، ص ۱۵). امام شافعی بر این باور است که سبب و مباشر هر دو ضامن است (امیر عبدالعزیز، ۲۰۰۷م، ص ۴۴). ولی در فرض موجودیت مباشر، رابطه‌ی سبب با جنایت، توسط مباشر قطع می‌شود. با کدام توجیه ولی دم می‌تواند در جنایت با روش غیر مقصود به سبب و مباشر مراجعه کند، معلوم نیست. این دیدگاه در مطابقت با قواعد و موازین قرار ندارد. قول دیگری هم به شافعی نسبت داده شده اینکه با دخالت عامل انسانی که مباشر جنایت است، سبب مسئولیت ندارد (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۶۳). پس قصاص و یا دیه از تسبیب در جنایت با روش غیر مقصود طبق قول دوم شافعی‌ها که مطابق قاعده به نظر می‌رسد برداشته شده است. ولی باید تادیب شود. قسمی که برخی گفته است تعزیر می‌شود (النووی، بی تا، ج ۱۹، ص ۱۵). در مسئله مورد بحث، مجازات ملقی تعزیر است (عوده، ۲۰۰۹م،

ج ۳، ص ۳۸). می‌توان چنین تحلیل کرد که با توجه به مستندات قابل قبول که در جای خودش مورد بحث واقع شده، با وجود مباشر، رابطه سبب با جنایت قطع می‌شود و جنایت مستند به مباشر است. و در این قسمت نظر شافعی‌ها موافق با دیدگاه فقهای امامیه است و مجازات اصلی از سبب مرتفع است ولی تعزیر به‌عنوان حق عمومی قابل تطبیق است.

فرض دوم: اگر قتل توسط رفتار و فعل سبب به نتیجه نرسد و با مداخله کننده دیگر ولی غیر انسانی واقع شود. در این فرض شافعی‌ها دو قول دارد احتمال دارد دیه و نیز احتمال قصاص است، هر دو محتمل و قابل دفاع دانسته شده (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۶۳). ولی برخی نویسندگان معاصر قول به قصاص را بیشتر تقویت کرده است. مثل اینکه شخصی دیگری را بسوی دریای بزرگ که نوعاً غرق کننده است پرتاب نماید و نداند که در تهی دریا چاقوی هست و این فرد به چاقو اصابت کند و کشته شود قصاص بر ملقی ثابت است (امیر العزیز، ۲۰۰۷م، ص ۵۱). فرض، مثل مسئله مورد بحث است که قتل توسط چیزی محقق شده که غیر مقصود و از طرف هم غیر محتمل و غیر قابل پیش‌بینی است. مثل قتل توسط سنگ و تأسیسات که در دریا وجود دارد. در مجموع در این فرض هم عمدی بودن قتل و مجازات قصاص قابل توجیه است،

در منابع فقهی اهل سنت آمده است اگر کسی مار را بسوی دیگری، پرتاب نماید که در نتیجه از شدت ترس بمیرد نه توسط نیش زدن مار، اگر مار زنده باشد بر فاعل قصاص است و اگر مرده باشد دیه ثابت است. یا تفصیل دیگری اینکه اگر مار بزرگ و قدرت نیش زدن را داشته باشد قصاص بر ملقی است؛ اما اگر کوچک باشد دیه است (جزیری، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۴۱۲). این مسئله از جهات شبیه مسئله‌ی مورد بحث است، زیرا فرد قصد کرده تا با نیش مار او را به قتل برساند، ولی مقتول از شدت ترس فوت کرده و حکم مسئله را هم قصاص بیان کرده است. یعنی این تسبیب در جنایت با روش غیر مقصود، مجازات قصاص را دارد.

در برخی منابع، فقهای مالکی همین فرض را بدون تفصیل قصاص دانسته است. اگر ماری را به قصد نیش زدن بسوی دیگر پرتاب کند تا او از اثر نیش مار به قتل برسد ولی

قربانی از شدت ترس فوت کند کیفر قصاص است (امیر عبدالعزیز، ۲۰۰۷م، ص ۴۶). پس در میان فقهای اهل سنت، شافعی و مالکی در تسبیب در جنایت با روش غیر مقصود، در فرض که مداخله کننده عامل انسانی نباشد بیشتر طرف دار قصاص برای سبب هستند. و به نظر مطابق قاعده و قابل دفاع است.

د. موقف قانون و حقوق موضوعه

تا اینجا در مورد مسئولیت سبب، در مسئله تسبیب در جنایت با روش غیر مقصود بیان شد. اما از منظر حقوق و قانون موضوعه سبب چه کیفری را مستحق خواهد بود، از این منظر بحث در دو بخش قابل طرح است. بخش اول فرض دخالت عامل انسانی و بخش دوم مداخله کننده عامل غیر انسانی.

۱. وقوع قتل با دخالت انسان

بر اساس مثال‌های مطرح شده در فقه و پرونده‌ها و قضایای که امروزه مطرح است، مثل ایجاد مسمومیت به قصد قتل و عازم شدن شخص قربانی به سوی بیمارستان و تصادف در مسیر بیمارستان که این تصادف موجب مرگ می‌شود. مطابق قانون به‌طور نمونه مواد ۲۹۵ و ۴۹۲ که معیار در مسئولیت را استناد عرفی می‌داند کیفر اصلی قتل، از سبب مرفوع است در مورد بحث هم رابطه استناد بین جنایت و رفتار شخص اول که عامل مسمومیت بود قطع می‌شود بلکه شخصی که تصادف را انجام داده مسئول است. چون عرف اینگونه حکم می‌کند و در قانون هم معیار ضمان و مسئولیت کیفری، استناد بیان شده و مسئولیت بر عامل بار می‌شود که علاوه بر عنوان تسبیب و یا مباشرت، عنوان استناد هم بر او صادق باشد (کریم‌زاده شورک، ده‌آبادی و دیگران، ۱۴۰۱، صص ۶۵-۷۷). در مورد بحث جرم مستند به سبب نیست. از این رو بر شخص اول با اینکه سبب صدق می‌کند، ولی استناد قابل صدق نیست. پس از کیفر اصلی قتل، بری است. هیچ ملازمه بین عنوان تسبیب و ضمانت وجود ندارد، بلکه ممکن فردی سبب و یا حتی مباشر باشد ولی جرم به او مستند نباشد و بخاطر عدم استناد مسئولیت نداشته باشد.

در حقوق انگلیس و امریکا علل بعید و غیر مستقیم (سبب) در جنایت، کنار گذاشته می‌شود و علت بدون واسطه مسئول جنایت دانسته می‌شود. در پرونده‌ی طرح شده در انگلیس، فردی قصد کشتن همسر خود را داشت و همسر او، ناراحتی عصبی داشت، شوهر از ناراحتی عصبی همسرش آگاه بود و می‌دانست اگر همسرش را تهدید کند، او خود را از ساختمان پایین می‌اندازد. با این حال، شروع کرد به فریاد کشیدن تا اینکه باعث ترس خانم شد. خانم، خود را از آپارتمان پرتاب می‌کند ولی کشته نمی‌شود. در همان لحظه شخص دیگری می‌آید با شلیک گلوله خانم را به قتل می‌رساند. با اینکه اگر شوهر با تهدید خود نبود خانم خود را پرتاب نمی‌کرد، ولی از آنجایی که در حقوق انگلیس نباید چیزی، زنجیره‌ی سببیت را قطع کند، در این پرونده توسط شخص دیگر که شلیک کرده است و با شلیک زن را کشته است، آن رابطه‌ی سببیت قطع شده است. لذا شوهر قاتل نیست بلکه شخص دوم قاتل است (قیاسی، ۱۳۷۵، ص ۴۳). این پرونده ممکن کمی تفاوت کند با قضیه مورد بحث؛ اما ملاک موجود است زیرا نسبت به قتل، شوهر نقش سبب را دارد و جنایت با فعل غیر مقصود واقع شده است زیرا شوهر قصد داشت با پرتاب شدن بمیرد نه با شلیک پس مجازات قتل بر سبب نیست.

اما شخص اول از آنجای که اقدام به رفتار غیر قانون و قابل سرزنش نموده و باید تعزیر و یا تنبیه شود. به بیان برخی ملقی (سبب) و یا سبب تنها تحت عنوان معاون جرم قابل تعقیب است (قیاسی، ۱۳۷۵، ص ۲۹). در تسیب در جنایت با روش غیر مقصود اگر به ماده ۱۲۶ ق م، به ویژه بند پ «هر کس وقوع جرم را تسهیل کند» توجه شود، سبب واقعا تسهیل کننده است و مقتول را در دسترس و تیررس قاتل قرار داده است، ولی پذیرفتن معاونت سخت به نظر می‌رسد زیرا که وحدت قصد در معاونت شرط است که در اینجا محرز نیست. خصوصا به تعبیر برخی معاون جرم باید آشنای با چگونگی عمل و کیفیت مجرمانه داشته و خواستار نتیجه باشد (شامیاتی، ۱۳۸۲، ص ۱۱۶). در اینجا نتیجه را خواستار است ولی تبانی اصلا وجود ندارد. لذا به نظر می‌رسد که معاونت سبب در جنایت با روش غیر مقصود قابل دفاع نیست. شاید مجازات تعزیری قابل تطبیق باشد. در قانون مجازات اسلامی جرایم تعزیری فروان وجود دارد اگرچه در خصوص مورد چیزی

نیست ولی مبانی فقهی تعزیر در این مورد قابل تطبیق است. قاعده التعزیر لکل حرام (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۹، ص ۲۹۰) ولی از آنجای که همه محرمات، قابل جرم انگاری نیست. باید ضابطه بیان شود و ضابطه اینکه هر حرام که کیان اسلام را تهدید و امنیت اجتماع را از بین ببرد و هر عمل که باعث اذیت دیگران شود، به عنوان تعزیر قابل جرم انگاری است (صافی، بی تا، ص ۳۸). و از جمله آزار و اذیت کردن مسلمان از مواردی است که شک در استحقاق تعزیر برای مرتکب آن نیست (سلیمی، ۱۳۹۶، ص ۷۷). البته با دستور و صلاح دید حاکم شرع در تعیین میزان و شیوه اجرای آن. با اینکه مبنای تعزیری دارد، ولی نگارندگان به ماده قانونی در قانون مجازات اسلامی مواجه نشده است.

۲. دخالت علت غیر انسانی

در این فرض سبب قصد قتل می کند و فعل نوعاً کشنده از او صادر می شود، ولی قربانی توسط دخالت کننده غیر انسانی مثل سلسل، زلزله و یا حیوانات که غیر مقصود است، تلف می شود. حکم مسئله چیست و مشخصاً مجازات تسبیب چیست؟ اگر عامل که باعث قتل شده، از لوازم طبیعی فعل مقصود نبوده است بلکه عامل کاملاً بیرونی که هیچگونه ارتباط به فعل مقصود ندارد. مثل اینکه طفل را حبس می کند تا از شدت گرسنگی بمیرد ولی طفل توسط گزیدن مار بمیرد. برخی گفتند قصاص نیست بلکه دیه بر سبب است (صادقی، ۱۳۹۹، ص ۱۶۵). اما با توجه به اینکه اولاً قتل، مستند به سبب است. ثانیاً عمدی است زیرا هم قصد وجود دارد و هم فعل غالباً کشنده است و اگر همین قصد و رفتار سبب نبودی، قتل واقع نمی شد. معیار قتل عمد به نظر موجود است. به همین جهت به باور برخی حقوق دانان جنایت با روش غیر مقصود، مصداق ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ است. زیرا در این ماده یکی از موارد عمد، جنایت نظیر دانسته شده. جنایت با فعل غیر مقصود، به طریق اولی مصداق ماده فوق است. استدلال به اولویت به اینگونه است که جنایت نظیر، جنایت متفاوت از جنایت مقصود است. اما جنایت با روش غیر مقصود طبق نمونه ها و مثالها عین جنایت است که سبب می خواهد. ولی روش غیر مقصود است و از سوی هم خصوصیات قصد و روش،

موجب تغییر وصف عمدی نمی‌گردد (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۶، ص ۲۹۴). لذا مطابق قاعده قصاص است. ولی در عین حال بهتر این خواهد بود که در اینجا از باب احتیاط در دما و نیز عارض شدن شبهه بخاطر غیر قابل پیش بینی بودن علت قتل، از قصاص صرف نظر شود و مجازات دیه پیشنهاد می‌گردد.

اما اگر وقوع قتل توسط عوامل غیر انسانی ولی قابل پیش بینی محقق شود. اگر شخصی دیگری را به دریا بیندازد، به قصد اینکه غرق شود ولی قبل از رسیدن به آب توسط کوسه بلعیده شود. با وصف اینکه کوسه در دریا وجود دارد و امر محتمل هست. در این صورت مسئولیت سبب چه خواهد بود؟ برخی در این مورد دیه را از باب احتیاط می‌دانند و می‌گویند قاعده در مانع از اجرای قصاص می‌شود؛ زیرا حیوان اراده دارد و زنجیره‌ی استناد میان قتل و سبب قطع می‌گردد (ساریخانی و فضل‌ی، ۱۳۹۸، ص ۲۲۱)، ولی به نظر می‌رسد که عرفاً رابطه استناد بر قرار است زیرا حیوان مسئولیت ندارد و نتیجه به سبب انسانی نسبت داده می‌شود نه به حیوان. اینکه نویسندگان می‌فرمایند: حیوان اراده دارد، بر فرض قبول، باید گفت حیوان مثل موجود بی‌جان است و اراده او اعتبار ندارد (آقای‌نیا، ۱۳۸۵، ص ۴۸). نمی‌توان پذیرفت که دخالت حیوان یا هر عامل غیر انسانی، جنایت عمدی سبب را، به غیر عمدی تغییر دهد. لذا به باور برخی در عمدی بودن این نوع از قتل جای شک نیست بلکه حتماً عمدی است و قصاص دارد (صادقی، ۱۳۹۹، ص ۱۶۵).

مورد دیگر، کسی بقصد قتل دیگری را از بلندی پرتاب می‌کند تا به زمین اصابت کند مجموعه بشکند و بمیرد و هدف ایجاد خوف را ندارد، ولی قربانی از شدت ترس در هوا می‌میرد. در اینجا عدم ضمان محتمل نیست ولی قصاص یا دیه؟ چون ترس ناشی از فعل جانی است. گفته شده این ترس فعل جانی است چون اثر لاینفک رفتار جانی است و پیامد تبعی و عرفی فعل جانی است. همان قسمی که نفس پرتاب کردن فعل عمدی نوعاً کشنده به قصد کشتن انجام شد، وصف جنایت عمدی را داراست ایجاد ترس هم فعل عمدی است و مجازات قتل عمدی را دارد. به گفته برخی نه تنها ترساندن بلکه اموری مثل ترسیدن و برخورد بر اشیای مختلف در مسیر راه تا زمین، از افراد فعل مقصود (پرتاب کردن) می‌باشد. قطعاً چنین قتل عمدی است و قصاص دارد (صادقی،

۱۳۹۹، ص ۱۶۵). عمدی بودن مقید شده است به اینکه فعل غیر مقصود از افراد تبعی رفتار مقصود باشد، ولی به نظر می‌رسد این قید لازم نیست زیرا فرد اقدام به رفتار نوعاً کشنده و به قصد قتل انجام داده و اگر ترس باعث قتل نمی‌شد، بازهم قتل واقع می‌شد و براساس داوری عرف و مقتضای انصاف، سبب به میزان جنایت عمدی قابل سرزنش است. و همین میزان سرزنش عرفی معتبر است (کریم‌زاده شورک و دیگران، ۱۴۰۱، صص ۴۵-۷۷) مگر اینکه مثل فرضی که عامل مداخل کننده محتمل و قابل پیش نبود، از باب احتیاط در دما، قصاص محدود شود به فرض که ترس از آثار لاینفک فعل سبب باشد.

جمع بندی

با توجه به مطالب مذکور می‌توان نتایج ذیل را عرضه کرد.

۱. تسبیب به‌عنوان یکی از موجبات مسئولیت کیفری، یک قاعده و اصل کلی و قابل تسری بر تمام انواع سبب است، از جمله در مورد «تسبیب در جنایت با روش غیر مقصود» تسبیب براساس نوع رفتار، قابلیت متصف شدن به عمد و غیر عمد را دارا است. دخالت یک عامل غیر مقصود، باعث تغییر عنوان مجرمانه نخواهد شد. بلکه تسبیب همچنان مستحق سرزنش و دارای مسئولیت کیفری است، مگر اینکه فعل غیر مقصود از سوی عامل انسانی ایجاد شده باشد که در این صورت رابطه استنادی میان جنایت و سبب قطع می‌شود و به مباشر مستند خواهد بود.

۲. در تسبیب در جنایت با روش غیر مقصود، ولو اینکه عامل به وجود آورنده‌ی جنایت غیر مقصود، سبب نیست، ولی از آنجایی که سبب، قصد جنایت کرده و رفتاری به نوعی کشنده از او صادر شده اگر چنانچه مداخله کننده عامل انسانی نباشد، سبب همچنان قاتل عمدی به حساب می‌آید و مستحق قصاص است؛ از این رو در صورتی که علت جنایت (فعل غیر مقصود) حیوان یا موجودات بی‌جان باشد باز قتل عمدی بر سبب مستند است و مجازات قصاص را در پی دارد. در اینکه گفته شده اگر فعل غیر مقصود حیوان باشد و حیوان چون اراده دارد لذا مداخله حیوان باعث انقطاع رابطه استناد جنایت از سبب می‌شود، بدون پشتوانه و دلیل است، بلکه در تمام فروض تسبیب در جنایت با

روش غیرمقصود در صورتی که مباشر عامل انسانی دارای مسئولیت کیفری نباشد، جنایت مستند به سبب خواهد بود و به تبع مستحق قصاص است.

۳. در مواردی که رابطه جنایت با سبب توسط عامل انسانی قطع می‌شود، براساس موازین فقهی، سبب بخاطر رفتار عدوانی خود مستحق تعزیر است. به‌ویژه براساس قاعده فقهی «التعزیر لکل حرام»، سبب باید تعزیر شود ولی در قانون مجازات اسلامی با توجه به اینکه برای رفتارهای حرام مثل فراری دادن قاتل از زندان براساس ماده ۵۴۹ و رباخواری براساس ماده ۵۹۵ قانون تعزیرات، مجازات تعزیری پیشنهاد شده است؛ اما برای رفتار حرام مثل تسبیب در جنایت با روش غیرمقصود چیزی وجود ندارد، مگر اینکه تحت عناوین دیگر قابل تعقیب و بررسی باشد که البته عناوین مشابه وجود دارد.

فهرست منابع

* قرآن کریم.

آقای نیا، حسین. (۱۳۸۵). جرایم علیه اشخاص (چاپ دوم). تهران: نشر میزان.
اسماعیل صینی، محمود. (۱۴۱۴ق). المکتز العربی المعاصر (چاپ اول). بیروت: مکتبه لبنان
ناشرون.

امامی، سیدحسن. (بی تا). حقوق مدنی (امامی) (ج ۱). تهران: انتشارات اسلامیة.

امیر عبد الغزیز. (۲۰۰۷م). الفقه الجنائی فی الاسلام (چاپ سوم). قاهره: دار السلام للنشر.

انوری، حسن. (۱۳۸۱). فرهنگ بزرگ سخن (ج ۵، چاپ اول). تهران: انتشارات سخن.

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

بهنسی، احمد فتحی. (۱۹۹۱م). الموسوعه الجنائیه فی الفقه الاسلامی (ج ۳، چاپ اول). بیروت:
دار النهضة العربیه.

تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۲۶ق). تنقیح مبانی الأحکام - کتاب القصاص (چاپ دوم). قم: دار
الصدیقه الشهیده ع.ا.س.ع.

جزیری، عبد الرحمن؛ غروی، سیدمحمد؛ یاسر مازح. (۱۴۱۹ق). الفقه علی المذاهب الأربعة و
مذهب أهل البيت ع.ا.س.ع. (ج ۵، چاپ اول). بیروت: دار الثقلین.

جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۳۷۶ق). الصحاح (ج ۱، ۲، چاپ اول). بیروت: دارالملايين.

حاجی ده آبادی، احمد. (۱۳۹۶). جرایم علیه اشخاص (چاپ اول). تهران: نشر میزان.

حاجی ده آبادی، احمد. (۱۳۹۹). قواعد فقه جزایی (چاپ پنجم). قم: پژوهشگاه حوزه و
دانشگاه.

حلی، شمس الدین محمد بن شجاع القطن. (۱۴۲۴ق). معالم الدین فی فقه آل یاسین (ج ۲، چاپ
اول). قم: مؤسسه امام صادق ع.ا.س.ع.

- خویی، سید ابوالقاسم موسوی. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج (ج ۴۲، چاپ اول). قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي عليه السلام.
- راغب، حسين بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ قرآن (چاپ اول). بيروت: دار القلم.
- الزحيلي، وهبه. (۱۹۹۷م). الفقه الاسلامي و ادلته (ج ۷، چاپ چهارم). دمشق: دار الفكر.
- ساريخاني، عادل؛ مهدي، فضلي. (۱۳۹۸). جنایت نظير و اشتباه در جنایت در قانون مجازات اسلامي ۹۲. پژوهش حقوق كيفري، ۷(۲۶)، صص ۱۹۱-۲۲۶.
- سيزواري، سيد عبد الأعلى. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام (للسبزواري) (ج ۲۸، چاپ چهارم). قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آية الله.
- سرخسي، محمد. (۲۰۰۰م). المبسوط (ج ۱۳، چاپ اول). بيروت: دار الفكر.
- سليمي، محمد. (۱۳۹۶). تعزيرات در نظام قضايي اسلام (چاپ اول). تهران: انتشارات دانشگاه علوم قضايي خدمات اداري.
- شامبياتي، هوشنگ. (۱۳۸۲). حقوق كيفري اختصاصي (چاپ هفتم). تهران: انتشارات مجد.
- شهيد اول، محمد بن مكى عاملي. (۱۴۱۰ق). اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية (چاپ اول). بيروت: دار التراث - الدار الإسلامية.
- شهيد اول، محمد بن مكى عاملي. (۱۴۱۴ق). غاية المراد في شرح نكت الإرشاد (ج ۴، چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامي حوزه علميه قم.
- شهيد ثاني، زين الدين بن علي عاملي. (۱۴۱۰ق). الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ج ۱۰، چاپ اول). قم: كتابفروشي داوري.
- شهيد ثاني، زين الدين بن علي عاملي. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام (ج ۱۵، چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
- صادقي، هادي. (۱۳۹۹). جرايم عليه اشخاص (چاپ بيست و دوم). تهران: ميزان.
- صافي، لطف الله. (بي تا). التعزير. بی جا: موسسه النشر الاسلامي.
- طباطبايي حائري، سيد علي بن محمد. (۱۴۱۸ق). رياض المسائل (ط - الحديثة) (ج ۱۴، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

- طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط في فقه الإمامية (ج ۷، چاپ سوم). تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
- طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف (ج ۵، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- عاملی، سیدجواد بن محمد حسینی. (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - الحديثه) (ج ۱۸، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد في شرح القواعد (ج ۴، چاپ دوم). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۰ق). إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان (ج ۲، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام (ج ۳، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۲۰ق). تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ج ۵، چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- عوده، عبد القادر. (۲۰۰۹م). التشريع الجنائي الاسلام (ج ۳، چاپ اول). بیروت: دار الکتب العلمیه.
- الغماری الحسینی، احمد بن محمد. (۲۰۱۰م). الهدایه (چاپ دوم). بیروت: عالم الکتب.
- فاضل لنکرانی، شیخ محمد. (۱۴۲۱ق). تفصیل الشریعة في شرح تحرير الوسيلة - القصاص (چاپ اول). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
- فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام (ج ۱۱، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- فراهیدی خلیل ابن احمد. (۱۴۰۹ق). کتاب العین (ج ۷، چاپ دوم). قم: هجرت.

- فیاض محمد اسحاق. (بی تا). منهاج الصالحین (للفیاض)، ۳ جلدی. بی جا، بی نا.
- القرطبی، احمد بن رشد. (۲۰۱۰م). بداية المجتهد و نهاية المقتصد (ج ۶، چاپ اول). طهران: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلاميه.
- قیاسی، جلال الدین. (۱۳۷۵). تسبیب در قوانین کیفری (چاپ اول). قم: انتشارات مدین.
- کاسانی، علاء الدین. (۲۰۰۰م). بدائع الصنائع (ج ۸، چاپ اول). بیروت: دار المعرفه.
- کریم زاده شورک، محمد حسین؛ حاجی ده آبادی، احمد و برزگر، عبد الرضا. (۱۴۰۱). تحولات سببیت و استناد در قانون مجازات اسلامی. فصلنامه حقوق اسلامی، ۱۹ (۷۳)، صص ۶۵-۷۷.
- کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (ج ۱۰، چاپ چهارم). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- گروه پژوهشی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی. (۱۳۸۸). قواعد فقه جزایی (چاپ دوم). مشهد: انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
- محقق اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان (ج ۱۰، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- محقق حلّی، نجم الدین، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام (ج ۴، چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- مدنی کاشانی، آقارضا. (۱۴۱۰ق). القصاص للفقهاء و الخواص (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- معین محمد. (۱۳۷۵). فرهنگ فارسی (ج ۲، چاپ نهم). تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر.
- موسوی خمینی، سیدروح الله. (۱۴۰۹ق). تحریر الوسيلة (ج ۲، چاپ اول). قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- میر محمد صادقی، حسین. (۱۴۰۰). جرایم علیه اشخاص (چاپ سی ام). تهران: میزان.
- نجفی محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام (ج ۳۷، ۴۲، ۴۳، چاپ هفتم). بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.

النووی ابو زکریا محیی الدین یحیی بن شرف. (بی تا). المجموع (ج ۱۹). بیروت: دارالفکر.
وحید خراسانی، حسین. (۱۴۲۸ق). منهاج الصالحین (للوحید) (۳ جلدی، چاپ پنجم). قم:
مدرسه امام باقر علیه السلام.
هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۰۱). عفو الحاکم فی العقوبات، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام
(بالعربیة) موسسه دائرة المعارف فقه اهلیت علیهم السلام شماره ۱۵، صص ۴۳-۱۱.

References

* The Holy Quran

- Abodolaziz, A. (2007). *Al-Fiqh al-Jinaei fi al-Islam* (3rd ed.). Cairo: Dar al-Salam Publications. [In Arabic]
- Aghaeinia, H. (2006). *Crimes against persons* (2nd ed.). Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
- Al-Ghamari al-Husayni, A. (2010). *Al-Hidayah* (2nd ed.). Beirut: Alam al-Kutub. [In Arabic]
- Allama Hilli, H. (1989). *Irshad al-Adhhan ila Ahkam al-Iman* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom. [In Arabic]
- Allama Hilli, H. (1992). *Qawa'id al-Ahkam fi Ma'rifat al-Halal wa al-Haram* (Vol. 3, 1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom. [In Arabic]
- Allama Hilli, H.. (1999). *Tahrir al-Ahkam al-Shar'iyah 'ala Madhhab al-Imamiyya* (Vol. 5, 1st ed.). Qom: Imam Sadiq Foundation. [In Arabic]
- Al-Qurtubi, A. (2010). *Bidayat al-mujtahid wa nihayat al-muqtasid* (Vol. 6, 1st ed.). Tehran: The World Assembly for Proximity of Islamic Schools of Thought. [In Arabic]
- Al-Zuhayli, W. (1997). *Al-fiqh al-Islami wa adillatuh* (Vol. 7, 4th ed.). Damascus: Dar al-Fikr. [In Arabic]
- Amili Karaki, Al-Muhaqqiq al-Thani, A. (1993). *Jami' al-maqasid fi sharh al-qawa'id* (Vol. 4, 2nd ed.). Qom: Al al-Bayt Institute. [In Arabic]
- Amili, S. J. (1998). *Miftah al-karamah fi sharh qawa'id al-Allama* (Modern ed., Vol. 18, 1st ed.). Qom: Islamic Publications Office, affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom. [In Arabic]
- Anvari, H. (2002). *Sokhan Grand Dictionary* (Vol. 5, 1st ed.). Tehran: Sokhan Publications. [In Persian]

- Behensi, A. F. (1991). *The criminal encyclopedia in Islamic jurisprudence* (Vol. 3, 1st ed.). Beirut: Dar al-Nahda al-‘Arabiyya. [In Arabic]
- Bustani, F. A. (1956). *Abjadi Dictionary* (2nd ed.). Tehran: Islamic Publisher. [In Arabic]
- Emami, S. H. (n.d.). *Civil law (Emami)* (Vol. 1). Tehran: Islamic Publications. [In Persian]
- Esmaeil Sini, M. (1993). *Al-Maknaz al-‘Arabi al-Mu‘asir* (1st ed.). Beirut: Library of Lebanon Publishers. [In Arabic]
- Farahidi, K. (1989). *Kitab al-‘Ayn* (Vol. 7, 2nd ed.). Qom: Hijrat. [In Arabic]
- Fayyaz, M. I. (n.d.). *Minhaj al-salihin* (3 vols.). [In Arabic]
- Fazel Hindi, M. b. H. (1995). *Kashf al-litham wa al-ibham ‘an qawa'id al-ahkam* (Vol. 11, 1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Fazel Lankarani, M. (2000). *Tafsil al-shari'ah fi sharh tahrir al-wasilah - al-Qisas* (1st ed.). Qom: A'imma Athar Fiqh Center. [In Arabic]
- Haji Dehabadi, A. (2017). *Crimes against persons* (1st ed.). Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
- Haji Dehabadi, A. (2020). *Principles of criminal jurisprudence* (5th ed.). Qom: Research Institute of Hawzah and University. [In Persian]
- Hashemi Shahroudi, S. M. (1981). The pardon of the ruler in punishments. *Journal of Fiqh Ahl al-Bayt* (in Arabic), Institute of Encyclopedia of Ahl al-Bayt Jurisprudence, (15), pp. 11-43. [In Arabic]
- Hilli, Sh. (2003). *Ma‘alim al-Din fi Fiqh Al Yasin* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Imam Sadiq Foundation. [In Arabic]
- Jaziri, ‘A. R., Gharawi, S. M., & Yaser Mazeh. (1998). *Fiqh according to the four Sunni schools and the school of Ahl al-Bayt* (Vol. 5, 1st ed.). Beirut: Dar al-Thaqalayn. [In Arabic]
- Johari, I. b. H. (1956). *Al-Sihah* (Vols. 1-2, 1st ed.). Beirut: Dar al-Malayin. [In Arabic]

- Karimzadeh Shurak, M. H., Haji Dehabadi, A., & Barzegar, A. R. (2022). Developments in causality and attribution in the Islamic Penal Code. *Islamic Law*, 19(73), 65–77. [In Persian]
- Kasani, A. (2000). *Bada'i' al-sana'i'* (Vol. 8, 1st ed.). Beirut: Dar al-Ma'rifah. [In Arabic]
- Khoei, S. A. M. (2001). *Mabani Takmilat al-Minhaj* (Vol. 42, 1st ed.). Qom: Mu'asisa Ihya Athar al-Imam Khoei. [In Arabic]
- Khomeini, S. R. (1989). *Tahrir al-Wasila* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Dar al-'Ilm Publications. [In Arabic]
- Kulayni, A. (1987). *Al-Kafi* (Vol. 10, 4th ed.). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyya. [In Arabic]
- Madani Kashani, A. R. (1990). *Al-Qisas lil-fuqaha' wa al-khawas* (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Mir Mohammad Sadeghi, H. (2021). *Crimes against Persons* (30th ed.). Tehran: Mizan. [In Persian]
- Moein, M. (1996). *The Persian Dictionary* (Vol. 2, 9th ed.). Tehran: Amir Kabir Publishing Institute. [In Persian]
- Mohaghegh Ardebili, A. b. M. (1983). *Majma' al-fa'ida wa al-burhan fi sharh Irshad al-adhhan* (Vol. 10, 1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom. [In Arabic]
- Muhaqqiq Hilli, N. (1988). *Sharā'i' al-Islam fi masa'il al-halal wa al-haram* (Vol. 4, 2nd ed.). Qom: Isma'iliyan Institute. [In Arabic]
- Najafi, M. H. (1984). *Jawahir al-kalam* (Vols. 37, 42, 43, 7th ed.). Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi. [In Arabic]
- Nawawi, A. (n.d.). *Al-Majmu'* (Vol. 19). Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
- Qiyasi, J. (1996). *Tasbib in Criminal laws* (1st ed.). Qom: Madin Press. [In Persian]
- Raghib, H. b. M. (1991). *Mufradat alfaz al-Quran* (1st ed.). Beirut: Dar al-Qalam. [In Arabic]

- Research Group of Law, Razavi University of Islamic Sciences. (2009). *Principles of Criminal Jurisprudence* (2nd ed.). Mashhad: Razavi University of Islamic Sciences Press. [In Persian]
- Sabzewari, S. A. (1992). *Muhadhdhab al-ahkam* (Vol. 28, 4th ed.). Qom: Al-Manar Institute – Office of Ayatollah. [In Arabic]
- Sadeqi, H. (2020). *Crimes against persons* (22nd ed.). Tehran: Mizan. [In Persian]
- Safi, L. (n.d.). *Al-Ta'zir*. n.p.: Islamic Publishing Institute. [In Arabic]
- Salimi, M. (2017). *Ta'zirat in the Judicial System of Iran* (1st ed.). Tehran: University of Judicial Sciences and Administrative Services Press. [In Persian]
- Sarakhsi, M. (2000). *Al-Mabsut* (Vol. 13, 1st ed.). Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
- Sarikhani, A., & Fazli, M. (2019). Mistaken and similar crimes in the Islamic Penal Code of 2013. *Journal of Criminal Law*, 7(26), pp. 191–226. [In Persian]
- Shahid Awwal, M. (1990). *Al-Lum'ah al-Dimashqiyyah fi fiqh al-Imamiyyah* (1st ed.). Beirut: Dar al-Turath – Al-Dar al-Islamiyya. [In Arabic]
- Shahid Awwal, M. (1993). *Ghayat al-murad fi sharh nukat al-irshad* (Vol. 4, 1st ed.). Qom: Islamic Propagation Office Publications. [In Arabic]
- Shahid Thani, Z. (1990). *Al-Rawdah al-Bahiyyah fi sharh al-Lum'ah al-Dimashqiyyah* (Vol. 10, 1st ed.). Qom: Dawari Bookshop. [In Arabic]
- Shahid Thani, Z. (1993). *Masalik al-afham ila tanqih sharā'i' al-Islam* (Vol. 15, 1st ed.). Qom: Al-Ma'arif Al-Islamiyya Institute. [In Arabic]
- Shambayati, H. (2003). *Personal Judicial Laws* (7th ed.). Tehran: Majd Publications. [In Persian]
- Tabatabai Haeri, S. 'A. b. M. (1997). *Riyad al-Masa'il (modern edition)* (Vol. 14, 1st ed.). Qom: Al al-Bayt Foundation. [In Arabic]
- Tabrizi, J. b. 'A. (2005). *Tanqih Mabani al-Ahkam: Kitab al-Qisas* (2nd ed.). Qom: Dar al-Siddiq al-Shahida. [In Arabic]
- Tusi, A. (1967). *Al-Mabsut fi fiqh al-Imamiyya* (Vol. 7, 3rd ed.). Tehran: Al-Maktaba al-Murtadawiya. [In Arabic]

- Tusi, A. (1987). *Al-Khilaf* (Vol. 5, 1st ed.). Qom: Islamic Publications Office, affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom. [In Arabic]
- Uda, A. Q. (2009). *Al-Tashri' al-jina'i al-Islami* (Vol. 3, 1st ed.). Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyya. [In Arabic]
- Vahid Khorasani, H. (2007). *Minhaj al-Salihin (Le al-Vahid)* (3 vols., 5th ed.). Qom: Imam Baqir School. [In Arabic]



The Element of Maslaha as the Origin of Formulating the Theory of Social Security with an Emphasis on the Views of Imam Khomeini¹

Hadi Khoshnoudi

Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Shahid Mahallati College, Qom, Iran
h.khoshnodi@gmail.com; Orcid: 0009-0006-6813-4082

Abstract

Social security is one of the essential needs of human beings. A person's life within society, their attainment of perfection, growth, success, and access to various rights are all contingent upon social security, which in turn means the reduction or absence of societal threats and harms. The science of security has attracted attention since the advent of Islam, and security jurisprudence in Shia Imamiyyah jurisprudence has been profoundly influenced by elements such as maslaha (expediency or public interest), which holds a unique and pivotal position. This study, using library resources and a descriptive-analytical method, explores how the jurisprudential element of maslaha contributes to the development of a theory of social security in Islamic jurisprudence. By emphasizing the views of Imam Khomeini, the study demonstrates that this critical element is capable of underpinning the development of a jurisprudential theory of security. It also examines the applications of different types of maslaha in

1. Khoshnoudi, H. (2025). The element of maslaha as the origin of formulating the theory of social security, with an emphasis on the views of Imam Khomeini. *Journal of Fiqh*, 31(120), pp. 109-135. [In Persian]. <https://doi.org/10.22081/jf.2025.69821.2840>

* **Publisher:** Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom (Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran). ***Type of article:** Research Article

▣ **Received:** 2024/09/02 ● **Revised:** 2025/01/15 ● **Accepted:** 2025/04/14 ● **Published online:** 2025/05/10

© The Authors



deriving rulings related to security jurisprudence. The findings suggest that both traditional (state-centered and power-centered) and modern (society-centered and identity-centered) approaches in social security highlight the role of maslaha in the inference and formulation of theory. Security, in addition to its intra-jurisprudential dimensions, also has extra-jurisprudential aspects. Imam Khomeini addressed this issue in areas such as public security, regime security, leadership security, and the security objectives of the government. A localized theory of social security can be extracted from the following jurisprudential topics: external supervisory bodies and the enjoining of good and forbidding of evil, jurisprudence of religious propagation (fiqh al-da'wah), the principle of advising the leaders of Muslims (al-nasihah li-a'immat al-muslimin), consultation in politics and governance, the principle of preserving the Islamic system, the intelligence institution, and the principle of cooperation. Imam Khomeini's method in presenting a jurisprudential theory of security is rooted in Jawahiri fiqh and is characterized by a direct connection between jurisprudence, public interests, and social security.

Keywords

Security jurisprudence, Maslaha, Security theory, Individual and social security, Imam Khomeini.



عنصر مصلحت، خاستگاه تولید نظریه امنیت اجتماعی، با تأکید بر دیدگاه امام خمینی علیه السلام.

هادی خوشنودی

استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق، دانشکده شهید محلاتی، قم، ایران.
h.khoshnodi@gmail.com; Orcid: 0009-0006-6813-4082



چکیده

امنیت اجتماعی از نیازهای ضروری انسان است و زندگی انسان در میان اجتماع و وصول به کمال و رشد و موفقیتش و رسیدن به حقوق مختلف در گرو امنیت اجتماعی است که امنیت اجتماعی هم مساوی با کاهش یا فقدان تهدیدها و آسیب‌های مختلف اجتماع است. دانش امنیت از عصر ظهور اسلام مورد توجه بوده و فقه امنیت نیز متأثر از عناصری مانند مصلحت، جایگاه بی بدیلی در فقه امامیه دارد. پژوهش حاضر با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و روش توصیفی - تحلیلی، چگونگی تأثیر عنصر فقهی مصلحت در تولید نظریه امنیت اجتماعی در فقه را بیان و با تأکید بر دیدگاه امام خمینی علیه السلام ضمن اثبات متکفل بودن این عنصر مهم برای تولید نظریه در فقه امنیت، کاربرد انواع مصلحت برای استنباط فقه امنیت را بررسی و به این نتایج دست یافته است: دو رویکرد سنتی (دولت محور و قدرت محور) و مدرن (جامعه محور و هویت محور)، در امنیت اجتماعی تأثیر مصلحت را در استنباط و تولید نظریه آشکار می‌کند؛ امنیت افزون بر جنبه درون فقهی، جوانب برون فقهی داشته و امام خمینی علیه السلام در محورهای امنیت مردم، امنیت نظام، امنیت رهبری و اهداف امنیتی حکومت بدان پرداخته است. نظریه

* استناد به این مقاله: خوشنودی، هادی. (۱۴۰۳). عنصر مصلحت، خاستگاه تولید نظریه امنیت اجتماعی، با تأکید بر دیدگاه امام خمینی. فقه، ۳۱ (۱۲۰)، صص ۱۰۹-۱۳۵.

<https://doi.org/10.22081/jf.2025.69821.2840>

نوع مقاله: پژوهشی؛ ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم (پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران) © نویسندگان

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۱۲ • تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۱۰/۲۶ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۱/۲۵ • تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۴/۰۲/۲۰



بومی امنیت اجتماعی از مباحث فقهی زیر قابل استخراج است: نهاد نظارتی بیرونی و امر به معروف و نهی از منکر، فقه الدعوه، اصل النصیحه لائمة المسلمین و مشورت در سیاست و حکومت، قاعده حفظ نظام، نهاد اطلاعاتی و قاعده تعاون. روش امام خمینی علیه السلام در ارائه نظریه فقه امنیت، فقه جواهری و ارتباط مستقیم بین فقه با مصالح اجتماع و امنیت اجتماعی است.

کلیدواژه‌ها

فقه امنیت، عنصر مصلحت، نظریه امنیتی، امنیت فردی و اجتماعی، امام خمینی علیه السلام.

مقدمه

علم و فرهنگ، سیاست و قدرت و اقتصاد و ثروت ملازم با تمدن‌سازی بوده و تولیدشان بدون امنیت غیرممکن است و از طرفی تولید امنیت بدون نظریه‌پردازی امنیتی امکان‌پذیر نیست. یکی از مهمترین عرصه‌های تولید نظریه امنیت، فقه امنیت است که به‌ویژه بحث تأثیر قواعد و عناصر فقهی در میان پژوهشگران کمتر مورد توجه قرار گرفته است.

برخی پژوهش‌ها فقط مفهوم مصلحت (رحیمی، ۱۴۰۰) برخی نسبت مصلحت و امنیت در فقه سیاسی شیعه (سلیمانی، ۱۳۸۹) و برخی دیگر نقش آموزه‌های فقهی در طراحی راهبرد امنیتی (لک‌زایی، ۱۳۹۷) را مد نظر قرار داده‌اند. اما امتیاز پژوهش حاضر، این است که عنصر مصلحت، به‌عنوان خاستگاه تولید نظریه امنیت اجتماعی و دیدگاه امام خمینی علیه السلام با توجه به رویکرد خاصش مورد بررسی قرار گرفته است.

اهمیت و ضرورت این مسئله زمانی واضح‌تر می‌گردد که بدانیم قدمت نظریه پردازی امنیتی در علوم اسلامی، به بلندای تاریخ اسلام است چون آغاز اسلام همراه با امنیتی‌ترین مسائل (اعم از دعوت پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم و حصر و تحریم و رنج‌های متعدد هجرت و مانند آن) بود.

مطالعات امنیتی در زمینه‌های گوناگون فلسفی (لک‌زایی، ۱۳۸۹) کلامی (خواجه نصیر طوسی، شهید مطهری) تفسیری (جوادی آملی، تفسیر موضوعی، ج ۱۲، ص ۲۵۷) اخلاقی (غزالی، نراقی و امام خمینی) تاریخی (طبری و مسعودی) و فقهی بوده که در این نوشتار فقط نظریه پردازی فقهی مورد کاوش قرار می‌گیرد. به نظر می‌رسد علت کمتر استفاده کردن از مصلحت در نظریات امنیتی فقه شیعه، دو عامل باشد: عامل اول جریانات صدر اسلام و انحراف بحث امامت و داخل کردن مرجع مستقلی مانند استصلاح در بین اهل سنت که شیعه انکار کرد. عامل دوم نقد فراوان و شدید بعضی روشنفکران از سکوت نخبگان در مقابل نظام ظلم با بهانه مصلحت‌اندیشی که باعث تلقی تقابل مصلحت با اجتهاد شد (افتخاری، ۱۳۸۴).

از طرفی دیگر یکی از هدف‌های خاص فقه امامیه، تحقق بخشیدن به امنیت اجتماعی بوده که عناصر و مولفه‌های گوناگونی در این زمینه دخیل خواهند بود. در پژوهش پیش‌رو با داشتن این فرضیه که وجود عنصر مصلحت خاستگاهی برای تولید نظریه امنیت اجتماعی است در ضمن اشاره به بحث‌های فقهی مربوط به امنیت به‌ویژه عنصر مصلحت، جایگاه امنیت در فقه و تأثیرش در امنیت اجتماعی بررسی می‌شود تا به این پرسش پاسخ دهد که تأثیر عنصر فقهی مصلحت در تولید نظریه امنیت اجتماعی با تأکید بر دیدگاه امام خمینی علیه السلام کدام است؟

۲. مفاهیم تحقیق

۲-۱. عنصر مصلحت

مصلحت در لغت گرفته شده از صَلَح مقابل فساد می‌باشد (جوهری، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۹۱۹؛ زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۵۱۵) و بعضی آن را اسم مکان یا مصدر میمی دانسته‌اند (شرتونی، ۱۴۰۳ق، ص ۲۲۲) و راغب اصفهانی این کلمه را بمعنای عدم خروج از اعتدال و متضاد فساد می‌داند (راغب اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ص ۷۹).

عنصر مصلحت در معنای اصطلاحی، پرکاربردترین آن در فقه بوده و متکفل پاسخ به این پرسش است که آیا احکام شرعی در جایگاه استنباط از مصلحت به‌عنوان منبع مستقلی بهره‌مند خواهد بود یا نه؟ این بحث در دو مکتب اصلی اهل سنت و تشیع شکل گرفته است. اما در اهل سنت براساس برخی نظرات به معنای سود و منفعت خواسته شده برای بندگان توسط حاکم شرع اعم از حفظ عقل و دین و جان و مال (رمضان البوطی، ۱۳۸۳، ص ۲۷) و طبق تعریف مشهور غزالی، صیانت از عقل و نسل و مال و دین و جان با مصلحت مخفی در این پنج تا است (غزالی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۳۳). پس در فقه اهل سنت مصلحت همان مصالح مرسله و استصلاح است و متمایز کننده اهل سنت در بحث مصلحت اعتبار دادن به مصالح مرسله با حجیت داشتن اجماع و عملکرد خلفاست (رمضان البوطی، ۱۳۸۳، ص ۲۲۲).

از نظر برخی اندیشمندان در فقه شیعه، شیخ مفید اولین نفری است که بحث

مصلحت را مطرح نموده است (حسینی، ۱۳۸۱، ص ۱۲). شهید اول در برخی آثارش آن را بمعنای دفع ضرر و جلب منفعت دانسته است (عاملی، بی تا، ج ۲، ص ۱۲). صاحب جواهر مصلحت را دنیوی و اخروی دانسته است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۱، ص ۸۱). برخی نیز مصلحت را به معنای نفع و ضرر معتبر از نظر شارع یا مطابقت عقلی با معیارهای شرع می دانند (میرزای قمی، ۱۳۶۳، ج ۲، ص ۹۲).

با توجه به مطالب گفته شده به نظر می رسد که اولاً اعمال مصلحت در جهت حکمت بوده و هر کار دارای مصلحت، خیر و سعادت به همراه دارد، ثانیاً معنای مصلحت اخص از این واژه ها بوده و فقط در صورت اجتماع خیر و سعادت و حکمت و منفعت، صدق مصلحت صحیح است (ایزدهی، ۱۳۹۲، ص ۳۷)، ثالثاً حکم شرع تابع مصلحت و مفسده است نه نفع و ضرر؛ لذا اکثر احکام با وجود داشتن مصلحت، ضرر ظاهری هم دارند مانند خمس، زکات، جهاد، حج؛ و در برخی از کارهای حرام شرعی نیز نفع مالی یا بدنی می باشد (خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۴۰۶).

در فقه چند نوع مصلحت وجود دارد:

مصلحت های معتبر شرعی: مصلحتی که لزومش را شارع تعیین و حکمی برایش قرار داده است.

مصلحت های لغو شده: مصلحتی که براساس قاعده باید به آن توجه می شد اما بخاطر تعارض داشتن با مصلحت مهمتر و بزرگتری لغو شده است؛ مانند مساوی بودن ارث پدر و دختر که بخاطر مصلحت مهمتر وظایف سنگین زوج (نفقه و...) لغو شده است.

مصلحت های مرسله: یعنی مصلحت رها شده توسط شارع که هیچ قیدی اعم از اعتبار یا لغویت زده نشده و درباره ایجاب یا سلبش مطلبی بیان نشده است (فیض، ۱۳۸۲، ص ۳۳۷).

مصلحت در فقه شیعه گرچه منبع مستقلی نیست اما همیشه به عنوان یک عنصر مطرح بوده است. عالی ترین کاربرد این عنصر را در تفکرات فقهی امام خمینی علیه السلام می توان دید که از مصلحت بمنزله یک عنصر راهبردی در هنگام تصمیم گیری در حکومت اسلامی یاد می کند. ایشان ضمن اینکه فقه را تئوری اداره جامعه و مقتضیان زمان و مکان

می‌دانند، فقه سنتی (جوهری) را به‌عنوان مبنای مصلحت عملیاتی کردند (خمینی، ۱۳۷۰، ج ۲۱، ص ۹۸).

حضرت امام علیه السلام عنصر مصلحت را از یک نظریه معمولی و سطح ساده به نهادی پیشرفته و قانونی به نام مجمع تشخیص مصلحت نظام درآوردند که چنین تلقی راهبردی درباره مصلحت با نظریه ولایت مطلقه فقیه به اوج خود رسید. تأثیر عنصر مصلحت در تولید نظریه، تعیین روش‌های جدید در نوشتن قانون و گنجاندن احکام شرعی در قالب‌های جدید و مترقی دارای تناسب با زمان و پیشرفته و مصلحت‌گرایی در آنها بسیار روشن و انکارناپذیر است و در هر عصری نیاز به مصلحت‌سنجی ویژه‌ای دارد که یکی از مهمترین مصالح، ساماندهی روابط اجتماعی و امنیت اجتماعی و رفاه مردم جامعه است که فقط با مقررات مناسب امکان‌پذیر است (عمید زنجانی، ۱۳۸۴، ج ۹، ص ۱۲۳).

۲-۲. امنیت اجتماعی

امنیت از نظر لغوی ضد ترس و به معنای آرامش و سکون نفس است (راغب، ۱۴۱۶، ص ۲۵) و در اصطلاح امنیت یک پدیده احساسی است که ایمنی لازم در ذهن توده مردم و حاکمان و دولتمردان برای زندگی بی‌دغدغه در تحققش لازم است (خوش‌فر، ۱۳۸۶). نظر جامعه‌شناسان در مورد احساس امنیت واژه تولید اجتماعی به معنای نقش آفرینی نهادهای اجتماعی در شکل‌گیری امنیت است که همگی در ارتقای نقش دارند (هزارجریبی، ۱۳۹۰).

اولین بار این اصطلاح توسط بوزان به کار گرفته شد که مرادش، قابلیت حفظ کردن فرهنگ، هویت، مذهب و زبان ملی است (نوبدینا، ۱۳۸۵). از دیدگاه وی، ارجاع امنیت اجتماعی به جنبه‌های فردی زندگی هر شخص است که با هویت جمعی سامان می‌یابد (نوبدینا، ۱۳۸۲). برخی اندیشمندان امنیت اجتماعی را تمهیدات لازم برای سبک زندگی افراد جامعه دانسته‌اند (گیدنز، ۱۳۸۳) و برخی دیگر آن را تأمین آرامش روحی مردم و حفظ مال و جان و آبروی آنان می‌دانند (نوبدینا، ۱۳۸۲).

۳. تولید نظریه امنیتی مبتنی بر مصلحت در بستر فقه

نیاز به امنیت در فقه مانند سایر نیازهای انسان جایگاه خاصی دارد، گرچه در بحث‌های فقهی باب مستقلی به امنیت اختصاص داده نشده است اما می‌توان گفت علم مدنی یا همان دانش سیاسی دارای دو قسمت فقه مدنی و فلسفه مدنی است که فقه امنیت نیز از این طریق قابل بررسی است. اصطلاحاتی همچون حرب، بغی، محارب، جهاد، افساد فی الارض، ظلم، قتل، عدل، سلام، قصاص، صلح، حدود، مرتبط با امنیت در فقه می‌باشد لکن واژه حفظ مشهورترین واژه مرتبط است (علیدوست، ۱۳۹۴).

دو رویکرد مهم و عمده در بحث امنیت اجتماعی مطرح است: رویکرد سنتی و رویکرد مدرن.

رویکرد سنتی: متوجه ارزش‌های عینی بوده و به دولت محور و قدرت محور شهرت دارد و عبارتست از ارتباط تنگاتنگ بین افراد جامعه و امنیت در حفظ یا به خطر افتادن هر یک (سام‌آرام، ۱۳۸۸). در این رویکرد نیاز اساسی به سیستم نظارتی و کنترل رسمی وجود دارد (نوبدینیا، ۱۳۸۲).

رویکرد مدرن: متوجه ارزش‌های ذهنی و مشهور به جامعه محور و هویت محور است. در این رویکرد بین کیفیت بقای افراد جامعه و امنیت اجتماعی رابطه‌ای مستقیم برقرار بوده و صرف داشتن امنیت کفایت نکرده بلکه مشارکت و تأمین اجتماعی و حقوق شهروندی در عرصه‌های گوناگون مطرح می‌شود (نوبدینیا، ۱۳۸۲). طبق این رویکرد تلاش برای حفظ احساس ما بودن برای حفظ جامعه است تا حساسیت افراد جامعه به مشکلات و تعهد و تکلیف در آن اتفاق بیفتد (سام‌آرام، ۱۳۸۸).

نظریه امنیتی مبتنی بر مصلحت را می‌توان به دو شیوه درون فقهی و برون فقهی تولید کرد. در شیوه درون فقهی نظرات سه نفر از فقهای عظام بررسی می‌شود:

مرحوم فاضل مقداد: ایشان دو روش تولید نظریه پیشنهاد می‌کند در روش اول تکامل شخصیت انسان به فراهم کردن عامل‌های مفید و دفع کردن عامل‌های مضر منوط شده و دین برای جلب اولی و دفع دومی وارد شده است و امنیت جزء مباحث مهم دین است، لذا تولید نظریه در این باب مبتنی بر ارائه عوامل مفید و مضر توسط کارشناسان

خبره است و فقه برای جلب منفعت و دفع ضرر نظریه و حکم شرعی متناسب تولید می‌کند اما روش دوم مبتنی بر سیره عقلا به تولید نظریه می‌پردازد؛ زیرا عقلا حفظ پنج عنصر ارزشمند در زندگی انسان یعنی جان، مال، دین، نسب و عقل را ضروری می‌دانند و فقه امنیت مبتنی بر مصلحت با احکام عبادات، قوانین جزایی، ترسیم معاملات و تجویز ازدواج برای این مقصود برنامه ریزی می‌کند (اعرافی، ۱۳۸۸، ص ۹۱).

مرحوم میرزای نائینی: میرزای نائینی تولید نظریه امنیت اجتماعی مبتنی بر مصلحت را بیش از اسلاف خود مد نظر داشته و تحول جدی در این حوزه پیشنهاد می‌کند، توضیح آنکه قبل از میرزای نائینی حکومت‌ها به دو نوع جور و عدل تقسیم می‌شدند اما ایشان این دیدگاه را دگرگون کرده و امنیت و آزادی را جایگزین عدالت کرد از این رو حفظ امنیت مردم به‌عنوان مهم‌ترین وظیفه حکومت مطمح نظر فقها قرار گرفت از نظر ایشان یکی از مهم‌ترین تکالیف امام و حاکم شرع حفظ بیضه اسلام و تشکیل حکومت اسلامی است و این دو اصل مهم برای حفظ شرافت هر قومی ضروری است.

از اصل حفظ بیضه اسلام ایشان ضرورت نظریه پردازی فقهی در حوزه نظم و نظام داخلی که همان فقه امنیت اجتماعی مدنظر ایشان است و دفع عوامل ظلم و آزادیهای مدنی استنباط شده و از اصل ضرورت تشکیل حکومت ایشان نیز ضرورت نظریه پردازی فقهی در حوزه امنیت و حفظ ملت از دخالت بیگانگان استنباط می‌شود (نائینی، ۱۳۸۲، صص ۴۱ - ۴۴).

امام خمینی علیه السلام: الگوی تولید نظریه ایشان در حوزه امنیت مبتنی بر مصلحت فقهی در چهار محور مردم، نظام، رهبری و اهداف حکومت می‌گنجد و با سایر فقها متفاوت است. امنیت اجتماعی مد نظر ایشان مبتنی بر مصلحت فقهی و مردم پایه بوده بعلاوه صرف قانون در اصلاح جامعه و تأمین امنیت مکفی نبوده و نیازمند مجری و قوه اجراست و به همین خاطر خداوند پیامبر و جانشینان او را مأمور به تشکیل حکومت، نظام جامعه و تأمین امنیت نموده است و اکنون هم در همه جوامع صرف قانون فایده ندارد (خمینی، ۱۳۹۲، ص ۲۵). وی با دیدگاه اختصاصی خود که گفتمان انقلابی (لک‌زایی، ۱۳۸۹) و برگرفته از نظریه خطابات قانونی مختص خویش است (خمینی، ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۳۱۶؛

خمینی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۴۴۸)، در چهار حوزه مذکور و حذف طاغوت سخن گفته است. ایشان معتقد است که بدون امنیت اجتماعی و نظم اجرایی، فساد و هرج و مرج رواج می‌یابد، از این رو چاره‌ای جز تشکیل حکومت و نظم بخشی به امور کشور نیست. پس دستگاه اجرایی و حکومت و نظم از نظر شرع و عقل همانند زمان رسول خدا ﷺ و حضرت علی علیه السلام در عصر ما نیز لزوم داشته و انکار مسائلی مانند دفاع و حتی آمادگی دفاع و حفظ حدود و مرز و مالیات و خمس و احکام کیفری و مانند آن انکار ضرورت احکام اسلام و جامعیت و جاودانگی آنهاست (خمینی، ۱۴۱۸، ج ۳، صص ۲۸-۲۹). ادله ایشان در باب ضرورت حکومت اسلامی نیز راهگشای تولید نظریه فقهی بومی امنیت اجتماعی مبتنی بر مصلحت است؛ زیرا ایشان گسترش تعلیم و تربیت، وسعت عدالت، برطرف کردن ظلم، حفظ کردن مرز و تمانع از تجاوز بیگانگان و حفظ نظم را به عنوان دلایل ضرورت ذکر می‌کنند که اینها جز با تولید نظریه امنیتی مبتنی بر مصلحت امکان تحقق خارجی ندارد (خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۶۲۱).

۳-۱. گزاره‌های فقهی موثر در تولید نظریه امنیت اجتماعی اسلام

گزاره‌های فراوانی در فقه امامیه می‌تواند پژوهشگران را در تولید نظریه بومی امنیت اجتماعی مبتنی بر مصلحت یاری کند که به برخی از آنها اشاره می‌کنیم.

الف. نهاد نظارتی بیرونی (امر به معروف و نهی از منکر): بحث امر به معروف و نهی از منکر به عنوان یک فریضه و واجب الهی به عموم مسلمین تکلیف شده و نهادی برای نظارت بیرونی و تولید امنیت اجتماعی محسوب می‌شود (نوری همدانی، ۱۳۷۷، ص ۳۳؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۱، ص ۳۵۲). برخی فقها دیگر بر تبعات اجتماعی این فریضه، ادعای اجماع بر وجوبش کرده‌اند (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۱، ص ۳۵۸) و امام خمینی آن را واجب عینی می‌داند (خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۱۷۹). این نهاد می‌تواند در تولید نظریه مذکور موثر باشد زیرا امنیت را مسئولیتی همگانی معرفی کرده، شرایط خاصی برای آمر و ناهی معرفی کرده، برای وجوب آن لوازم خاصی دارد و مردم پایه بودن امنیت در نظر حضرت امام جز با لحاظ این مهم امکان ندارد.

امر به معروف و نهی از منکر به وسیله‌ی نظارتی همگانی، در جهت سوق دادن جامعه به سمت اصلاح و جلوگیری از فساد و در نتیجه تولید و حفظ امنیت اجتماعی بسیار موثر است (احمدوند و دیگران، ۱۴۰۰)؛ زیرا در حقیقت امنیت اجتماعی بستگی شدیدی به تبعیت از ارزش‌ها و هنجارهای درون اجتماع و منحرف نشدن از آنها دارد و نقشی اساسی در آشنا کردن مردم یک جامعه با ارزش‌ها و هنجارهای موثر در امنیت اجتماع داشته و در نتیجه میزان التزام مردم به آنها نیز افزایش پیدا کرده و این امنیت نیز پایدارتر خواهد شد.

ب. مشورت در سیاست و حکومت: واژه شورا در مقابل استبداد و به معنای تحصیل نظر با رجوع برخی به بعضی دیگر است (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۳۳). شورا از منظر فقها دارای استناد کافی در قرآن (آل عمران، ۱۵۹) و روایات (نهج البلاغه، حکمت ۱۶۱؛ نائینی، ۱۳۸۲، ص ۸۵) بوده و مولد امنیت اجتماعی در بحث‌های حکومت اسلامی است البته مشخص است که با نظرات کارشناسان مورد اعتماد در امور مختلف خصوصاً امور عمومی باید مشورت صورت بگیرد تا جایی که خداوند به رسول خدا ﷺ نیز سفارش به این امر کرده است (ابن ابی الحدید، بی تا، ج ۷، ص ۴۱). مشورت به عنوان یک فرایند تصمیم‌گیری جمعی، به شناسایی و انتخاب بهترین راه‌حل‌ها کمک می‌کند. این فرآیند با تکیه بر دانش و تجربیات مختلف افراد، تصمیماتی را براساس منافع عمومی و مصلحت جمعی به ارمغان می‌آورد. در نتیجه، مشورت نقش مهمی در تعیین تصمیمات صحیح و کارآمد دارد که می‌تواند در درازمدت به مصلحت عمومی جامعه کمک کند و از بروز مشکلات جلوگیری کند. این مهم که در باب النصیحه لائمة المؤمنین نیز مطرح شده است می‌تواند با لحاظ مصلحت حکومت و حاکمیت امنیت اجتماعی جامعه اسلامی را تقویت نماید و البته می‌تواند در تولید نظریه مدنظر پژوهش نیز تأثیر شگرفی بگذارد زیرا باز بودن باب گفتگوی حاکمیت و مردم افزون بر جلب مشارکت عمومی، احساس تعلق جامعه به تولید امنیت را بیشتر می‌کند.

ج. قاعده حفظ نظام: تأثیر این قاعده در همه عناصر دولت (جمعیت، حکومت، سرزمین، حاکمیت) محل اتفاق است و در تولید امنیت اجتماعی نقشی ویژه دارد (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۱، ص ۳۹۴).

کارکرد این قاعده در حفظ وحدت و نظم داخلی و همچنین حفاظت از بیگانگان و دشمنان مورد تأکید بوده (نائینی، ۱۳۸۲، ص ۷) و در فقه شیعه به عنوان تبلور سیره معصومین مشاهده شده تا جایی که حتی در حکومت ظالمین نیز قاعده حفظ نظام جاری و ساری بوده و بر آن ادعای اجماع نیز شده است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۱، ص ۴۷)، و برخی از فقها آن را جزء واجبات مطلق دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۱ق، ص ۶۴) و امام خمینی علیه السلام به عنوان موسس نظام و حکومت اسلامی آن را جزء بزرگترین فرائض اسلام می‌داند (خمینی، ۱۳۷۰، ج ۱۵، ص ۳۲۸).

این همه تأکید بر جایگاه والای این قاعده تأثیر آن را بر تولید نظریه امنیت اجتماعی مبتنی بر مصلحت فقهی بیش از پیش مشخص می‌کند، هیچ کدام از کارکردهای ذکر شده برای این مهم بدون مصلحت اندیشی عالمانه و مبتنی بر فقه امکان تحقق خارجی ندارد و امنیت اجتماعی بدون حفظ نظام اجتماع معنایی ندارد، از این رو توجه به این قاعده می‌تواند راهگشای تولید این نظریه باشد.

حفظ نظام به عنوان یک اولویت اصلی در فقه اسلامی، نیازمند توجه به مصلحت است. تصمیم‌گیری‌هایی که با هدف حفظ نظام اتخاذ می‌شوند، باید به گونه‌ای باشند که منافع عمومی را تضمین کرده و از ایجاد تضادها و اختلافات جلوگیری کنند؛ بنابراین، حفظ نظام تنها با رعایت مصلحت عمومی ممکن است و این دو اصل به طور متقابل در تقویت و استقرار یکدیگر نقش دارند. مصلحت‌های اجتماعی و اقتصادی باید همواره در حفظ نظام مد نظر قرار گیرند تا جامعه‌ای پایدار و مستحکم ایجاد شده و فسادها نیز ریشه کن گردند.

د. نهاد اطلاعاتی: با وجود حساسیت اسلام نسبت به جاسوسی و حریم خصوصی مسلمین (حجرات، ۱۲) به دولت اجازه تأمین امنیت اجتماعی انسان‌ها و حفظ نظام اسلامی را داده است (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۲۹۵) و واژه بطلانه در متون اسلامی و فقهی حاوی این مطلب است (آل عمران، ۱۱۸؛ توبه، ۴۷) که در واقع همان طریق حفظ اسرار و رازهای یک کشور و ملت است که برخی از فقها این واژه را توسعه داده و با تمسک کردن به قاعده‌های حفظ نظام و وجوب دفاع از نظام اسلام ضرورت تأسیس این سازمان را نتیجه

گرفته‌اند (مرعشی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۰۲). در واقع نهادهای اطلاعاتی وظیفه دارند تا به وسیله‌ی مساعدت کردن نهادهای دیگر موثر در جامعه‌پذیری و آموزش و پرورش در اجتماع، تربیت امنیتی نهادهای اجتماعی و افراد و گروه‌های جامعه را عهده‌دار گشته و پیشرفت اجتماع را با عدم شکل‌گیری خواسته‌های نامناسب و غیرممکن در اجتماع رشد بهتر و بیشتری بدهد زیرا هر کدام از این درخواست‌های مردم هر لحظه مانند تهدیدی بالفعل امنیت اجتماعی را در معرض خطرات گوناگون قرار خواهد داد البته اصل ضرورت این نهاد و استنباط مبانی و فقه فعالیت‌های اطلاعاتی نیازمند پژوهش فراوان است با این حال آنچه ثابت است تأثیر این نهاد بر تأمین امنیت و نظریه فقهی و بومی امنیت اجتماعی مبتنی بر مصلحت است.

ه. اصل تعاون اجتماعی: براساس آیه دوم سوره مائده «تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى» همه افراد جامعه موظف و مکلف به یاری کردن در کارهای نیک شده‌اند که به اذعان برخی فقها مشارکت در امور مولد امنیت اجتماعی مانند امور انتظامی و قضایی و سیاسی از مصداق‌های آیه شریفه می‌باشد (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۲، ص ۱۵۵). و به‌طور یقین ایجاد و تدوام امنیت اجتماعی از اعمالی است که همه مکلف به تعاون و کمک در آن هستیم و این اصل می‌تواند مبنای تولید نظریه در این حوزه نیز قرار بگیرد با این توضیح که تولید امنیت اجتماعی و حفظ آن در اجتماع به شدت تحت تأثیر مشارکت کردن تمام شهروندان آن خواهد بود به دلیل اینکه براساس اصل تعاون گسترش پیدا کردن مشارکت مردم در تولید و ارتقای اعتماد اجتماعی و ارزش‌هایی مانند وفاداری و صداقت و امثال آن خواهد شد و در نتیجه امنیت اجتماعی نیز افزایش پیدا خواهد کرد. در این زمینه تنها نظارت دستگاه‌های نظامی و انتظامی کافی نبوده بلکه تراکم بیشتر مشارکت فعال شهروندان براساس اصل تعاون باعث تولید و ارتقای امنیت اجتماعی است.

نکته مهم این است که در همه گزاره‌های فقهی مذکور عنصر مصلحت نقشی اساسی را دارد و خاستگاهی محکم برای تولید امنیت اجتماعی است که با پشتیبانی این گزاره‌ها جایگاه مصلحت محکم‌تر می‌شود.

۴. تأثیر عنصر مصلحت در تولید نظریه امنیت اجتماعی

مصلحت در جامعه اسلامی به چهار حالت متصور است:

الف. غفلت از مصلحت عمومی و تأمین مصلحت نظام و شرع

ب. غفلت از مصلحت نظام و شرع و تأمین مصلحت عمومی

ج. تأمین مصلحت شرع و نظام و مصلحت عمومی

د. عدم تأمین مصلحت عمومی و شرع و نظام.

واضح است که مورد سوم بهترین حالت برای یک جامعه است. حال مسئله این

است که امنیت اجتماعی و مصلحت اجتماع رابطه عرضی دارد یا طولی؟

درباره مصلحت حفظ اسلام نظرات متفاوتی وجود دارد: گاهی مصلحت حفظ

اسلام (به‌عنوان مجموعه) و اصولش بر همه چیز حتی احکام ثابت تقدم داده شده. گاهی

مصلحت حفظ اسلام بالاتر از حکومت و نظام اسلامی بیان شده گاهی تفکیک بین

حفظ اسلام و نظام اسلامی برداشته شده و گاهی بر تقدم حفظ ارزش‌های دینی بر

مصلحت‌های ظاهری تأکید شده است (صرامی، ۱۳۸۰، ص ۱۷۱).

امام خمینی علیه السلام روش بحث را براساس فقه جواهری تنظیم نموده یعنی حکم‌های

فقهی را از ساحت فردی به ساحت اجتماعی فقه و در واقع از مسجد به جامعه می‌کشاند،

که البته شرایط زمان و مکان در آنها موثر است (خمینی، ۱۳۸۵، ج ۲۱، ص ۲۸۹). ایشان با

مطرح کردن بحث جدیدی در این باره مقامی ارزشمند به عنصر مصلحت داده و ضمن

تقدمش بر احکام فرعی، حکومت را به‌عنوان شعبه‌ای از ولایت مطلقه رسول اکرم صلی الله علیه و آله و سلم

بر همه حکم‌های فرعی حتی نماز مقدم می‌داند (خمینی، ۱۳۸۵، ج ۲۰، ص ۴۵۱). این نظریه با

دیدگاه مشهور فقها تفاوت دارد که قایلند احکام حکومتی در دایره احکام فرعی الهی

هستند و همچنین متمایز از قول شهید صدر علیه السلام و میرزای نائینی است که بنا بر منطقه

الفراغ در احکام مباح دارد (حقیقت، ۱۳۸۹).

بنابراین تحول امام خمینی علیه السلام در مفهوم مصلحت و تولید نظریه با انکای به آن در

خروجش از احکام ثانوی و حکومتی به احکام اولیه بوده و محدود شدن مصلحت به

شرع را باعث بسته شدن دست حکومت می‌داند (حقیقت، ۱۳۸۹). لذا نگاه ایشان به فقه به‌عنوان تئوری کامل و واقعی اداره اجتماع و فرد از گهواره تا گور (خمینی، ۱۳۷۰، ج ۲۱، ص ۹۷) و از طرفی ملاحظه مقتضیات زمان و مکان، ارتباطی مستقیم بین فقه با مصالح اجتماع و تولید نظریه در این باب ایجاد می‌کند (خمینی، ۱۳۷۰، ج ۲۱، ص ۴۷).

خلاصه آنکه با توجه به اهمیت بحث امنیت اجتماعی به‌عنوان یکی از مصالح، فقه امام خمینی می‌تواند منشأ تولید نظریه بومی در باب امنیت شده و امنیت مد نظر ایشان بسیار به سیره عقلای عالم نزدیک بوده و کارکردهای متنوعی در حوزه سیاست و اجتماع دارد.

۵. نسبت متعلقات مصلحت با امنیت اجتماعی

در مورد نسبت این دو عنوان، می‌توان به دو اصطلاح مصلحت دولتی و دولت مصلحتی اشاره کرد که هدف اولی در فرد یا گروه خاص و قلیل و دومی هدفش عموم افراد جامعه است (افتخاری، ۱۳۸۴، ص ۹۹). باید مصلحت از نوع اول و دوم باهم سازگار شوند تا مصلحت قدرت سیاسی مبدل به اجتماع سیاسی شده و در واقع مصلحت نظام همنشین با مصلحت عموم شده و رابطه‌ای عرضی استقرار پیدا کند.

به عقیده فقهای ژرف اندیش همچون امام خمینی علیه السلام اولویت عنصر مصلحت بر احکام فراتر از تبعیت احکام از مصالح و مفسد است (خمینی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۸۰)، ایشان با تأکید بر اولویت داشتن مصالح نظام غفلت را جایز ندانسته و مصلحت جامعه را مقتضی مصلحت نظام می‌دانند (افتخاری، ۱۳۸۴، ص ۴۷۰). در حقیقت امام خمینی علیه السلام تعبیر دولت مصلحتی را قبول دارد.

از نظر فقه لحاظ کردن مصلحت جامعه در صادر کردن احکام علاوه بر آنکه نظریات جدید می‌آفریند، باعث عمق بخشی بیشتر به پایگاه اجتماعی قدرت سیاسی و قوام دوباره بخشیدن به مصلحت نظام است و پایه امنیت و مصلحت را پی ریزی مجدد می‌کند (صرامی، ۱۳۸۰، ص ۷۶)، اگر منکر این ارتباط شویم امنیت اجتماعی با امنیت سیاسی

و قدرت تعارض پیدا می‌کند. نظام سیاسی باید به‌جای مدیریت نا امنی در اجتماع، حرکت نظری و عملی خویش را بر مدار امنیت سازی با معیار اطمینان بخشی به جامعه تنظیم کند. بر این اساس عنصر مصلحت در تولید نظرات امنیت اجتماعی تأثیرات متفاوتی می‌گذارد:

۱-۵. مشروعیت ساختاری در سایه تعامل سیاسی

خواست مردم به‌عنوان یکی از ستون‌های اصلی مشروعیت حکومت و مصلحت نظام ارتباط تنگاتنگی با ارزش‌های اجتماعی داشته و از نگاه مردم مشروعیتش انطباق با ارزش‌های اجتماع خواهد بود (رفیع‌پور، ۱۳۷۶، ص ۴۴۷). حکومت اسلامی مشروعیت را از منابع ترکیبی گرفته و به دنبال ارائه آموزه‌هایی متوازن از منبع پیشینی (منبع الهی در قدرت سیاسی) و منبع پسینی (منبع اجتماعی) می‌باشد (سلیمانی، ۱۳۸۶، ص ۱۶۱) و این تنوع خود راهبردی اساسی در تأمین امنیت اجتماعی و تولید نظرات نوپدید در این حوزه است و در چنین حالت ترجیح مصالح عمومی بر فردی، هنجارها و قواعد امنیت اجتماعی الگویی اثر بخش در جامعه و افرادش خواهد بود.

۲-۵. انسجام اجتماعی در سایه رضایت اجتماعی

محتوا و ماهیت امنیت اجتماعی در حقیقت انسجام اجتماعی بوده که می‌توان گفت استواری آن بدلیل قابل طرح بودن امنیت در فضای خواسته‌های بازیگرانش، بر محور رضایت اجتماعی است

و معنای امنیت اجتماعی مشروط به اوست (عبدالله‌خانی، ۱۳۸۵). در اینجا امکان ساماندهی نیروهای اجتماعی در ساختار مجموعه‌ای امنیتی برای تأمین امنیت اجتماعی فراهم بوده و رعایت مصلحت‌های عمومی هم ضروریست. رضایت‌مندی از تطابق بین قدرت داشتن و حفظ کردن منفعت‌ها و تحصیل اهداف به‌دست آمده و در صورت توانمندی بازیگرانش امنیت اجتماعی در سایه رضایت‌مندی اتفاق می‌افتد (عبدالله‌خانی، ۱۳۸۵). و همین اتفاق بسیج کردن نیروها و گروه‌های اجتماعی در جهت تأمین اهداف

نظام سیاسی از جمله امنیت اجتماعی را در پی دارد. مدیریت این رضایتمندی افزون بر پاسخ دادن خواسته‌های عمومی امکان هدایت آنها را نیز بدنبال داشته و انسجام حاصل شده باعث تحریک آفرینی اجتماعی و تداوم آنها و در نتیجه قوام بخشی به رابطه تنگاتنگ امنیت و دولت در یک جامعه خواهد شد.

۵-۳. درونی سازی ارزش‌های اجتماعی

نظام و جامعه اسلامی به خاطر اتصاف به شریعت، مصالحشان نیز مصالح دین است که فقه پویا و مبتنی بر اجتهاد نقشی اساسی در این میان خواهد داشت؛ زیرا فهم دقیق مصلحت نظام و مصلحت عمومی باعث الفت بین نظام سیاسی و نظام اجتماعی شده و امنیت اجتماعی و ملی را تضمین و تأمین خواهد کرد. بازتولید نظام ارزشی و به تبعش بازتولید هنجارهای اجتماعی بستگی به فهم‌های عمیق و پویا از مضامین فقهی دارد که در عین حفظ اصالت فرهنگ و هویت، شرایط تحولی جامعه را در راستای امنیت اجتماعی مدیریت می‌کند (سلیمانی، ۱۳۸۹). درونی کردن ارزش‌ها و هنجارها در بازتولید آنها در یک جامعه برخوردار از چند خصوصیت است:

الف. قدرت فکری و نظری: یعنی در جامعه‌ای که براساس شریعت و فقه بنیان شده، فقها باید ابعاد مختلف نظری و فرانظری را پرورش و تقویت نمایند که این مهمترین مواضع برای تولید نظریه مدنظر است.

ب. قدرت عاطفی جامعه: یعنی فرهنگ یک جامعه بشدت بستگی به احساسات مخاطبینش داشته و دارای قدرت زیادی در تأمین امنیت اجتماعی دارد از این رو ارائه الگوی ساخت قدرت عاطفی جامعه از دیگر زمینه‌های تولید نظریه است.

ج. قدرت پاسخ به نیازها: جذابیت یک فرهنگ در جامعه بستگی به قدرت پاسخگویی به نیازهای آن جامعه دارد و همین در جذابیتش تأثیر دارد (سلیمانی، ۱۳۸۹)، که ساخت این جذابیت می‌تواند محل تأمل پژوهشگران برای تولید نظریه بومی امنیتی شود. براساس این مبنا اجرای عنصر مصلحت در این فضا ضامن فرهنگی سالم و جامعه ونظامی با هویت اصیل و ناب خواهد بود.

نتیجه‌گیری

از این نوشتار نتایجی حاصل شد که عبارتند از:

۱. قدمت سنت مطالعات امنیتی در علوم اسلامی، به بلندای تاریخ اسلام است.
۲. مصلحت با اینکه به دلایل مختلف در اهل سنت به صورت یک قاعده می‌تواند استخراج و استناد شده باشد اما در امامیه به صورت قاعده مطرح نبوده و بلکه عنصر یا مولفه مصلحت وجود داشته است.
۳. مصلحت فقهی ابزاری است در برابر تهدیدات نظری و شناختی دشمن در جهت کاهش احتمال اعمال قدرت سخت که سبب افزایش امنیت در نظام اسلامی می‌شود. نظام اسلامی می‌تواند بدون توسل به قدرت سخت و با کاربست مصلحت‌بازداری سیاسی و امنیتی خود را افزایش دهد.
۴. نظریه‌پردازی در حوزه فقه امنیت باید ویژگی‌های مانند جامعیت نسبت به ساحات، سطوح، موضوعات و قلمروهای امنیت؛ فراگیری نسبت به همه رفتارها؛ توجه به تهدیدات و امنیت سخت و نرم را دارا باشد و روشمند بودن، نظام‌مند بودن، هدفمند بودن و عملیاتی و عینی و در نتیجه توجه عمده به مظاهر و شاخص‌های تهدید و امنیت، از دیگر ویژگی‌های تولید نظریه در این حوزه است.
۵. دو رویکرد مهم و عمده در بحث امنیت اجتماعی مطرح است که عبارتند از: رویکرد سنتی (دولت‌محور و قدرت‌محور) و رویکرد مدرن (جامعه‌محور و هویت‌محور).
۶. گزاره‌های فقهی موثر در تولید نظریه امنیت اجتماعی با خاستگاه مصلحت عبارتند از: نهاد نظارتی بیرونی (امر به معروف و نهی از منکر)، مشورت در سیاست و حکومت، قاعده حفظ نظام، نهاد اطلاعاتی، تعاون اجتماعی.
۷. امنیت فقهی با دو شیوه درون فقهی و برون فقهی مطرح شد و نظرات اجمالی فقها مطرح شد که در این میان نظر امام خمینی علیه السلام در محورهای چهارگانه مردم و نظام و رهبری و اهداف حکومت با سایرین متفاوت است.

فهرست منابع

* قرآن کریم

** نهج البلاغه

ابن ابی الحدید، عبدالحمید. (بی تا). شرح نهج البلاغه (ج ۷). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

احمدوند، خلیل الله؛ بابایی تبار، مهدیه. (۱۴۰۰). «نقش امر به معروف و نهی از منکر در امنیت جامعه از منظر فقهی»، فصلنامه قانون یار، شماره ۱۷، صص ۹۱۷-۹۴۳.

اعرافی، علیرضا. (۱۳۸۸). فقه تربیتی. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

افتخاری، اصغر. (۱۳۸۴). مصلحت و سیاست؛ رویکردی اسلامی. تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام.
ایزدهی، سیدسجاد. (۱۳۹۲). «ضوابط مصلحت در فقه شیعه»، فصلنامه سیاست متعالیه، شماره اول، صص ۲۹-۵۸.

انصاری، مرتضی. (۱۴۱۱ق). المکاسب. قم: دار الذخائر.

جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۰۷ق). الصحاح (ج ۲). بیروت: دارالعلم.

جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۹۷). تفسیر موضوعی (ج ۱۲)، قم: نشر اسراء.

حسینی، سیدعلی. (۱۳۸۱). «سیر تطور مصلحت در فقه شیعه»، پژوهشنامه حکمت و فلسفه، شماره ۱، صص ۷۸-۱۰۷.

حقیقت، سیدصادق. (۱۳۸۹). «فقه سیاسی شیعه و نقش دو گانه مصلحت»، فصلنامه شیعه‌شناسی، شماره ۳۲، صص ۳۱-۵۳.

خمینی، سیدروح الله. (۱۳۸۵). تحریر الوسیله (ج ۱، ۲، ۲۰، ۲۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.

خمینی، سیدروح الله. (۱۳۷۰). صحیفه نور (ج ۱۵، ۲۱). تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

- خمینی، سیدروح الله. (۱۳۹۲). ولایت فقیه. تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- خمینی، سیدروح الله. (۱۳۷۶). جواهر الاصول، مقرر محمدحسن لنگرودی، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- خمینی، سیدروح الله. (۱۴۱۸). تنقیح الاصول، مقرر حسین تقوی اشتهاردی، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- خمینی، سیدروح الله. (۱۳۷۹). البیع، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- خوش فر، غلامرضا. (۱۳۸۶). «بررسی عوامل موثر بر حفظ، ایجاد و گسترش امنیت اجتماعی»، اطلاعات سیاسی - اقتصادی، شماره ۱۶۴-۱۶۳، صص ۱۴۸-۱۵۵.
- خوبی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۷ق). المحاضرات (ج ۴، محقق: محمد اسحاق فیاض). قم: انصاریان.
- راغب اصفهانی، حسین. (۱۴۱۶ق). مفردات الفاظ القرآن الکریم. بیروت: الدارالشامیه.
- رحیمی، حسن و سوگلی زاده، ترلان. (۱۴۰۰). «تحول مفهوم مصلحت در فقه سیاسی معاصر شیعه»، پژوهشنامه متین، شماره ۹۱، صص ۵۷-۸۲.
- رفیع پور، فرامرز. (۱۳۷۶). توسعه و تضاد. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- رمضان البوطی، محمدسعید. (۱۳۸۳). مصلحت و شریعت (مترجم: اصغر افتخاری). تهران: انتشارات گام نو
- زبیدی واسطی، مرتضی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس (ج ۲). بیروت: دار الفکر.
- سام آرام، عزت الله. (۱۳۸۸). «بررسی رابطه سلامت اجتماعی و امنیت اجتماعی با تأکید بر رهیافت پلیس جامعه محور»، فصلنامه انتظام اجتماعی، سال اول، شماره اول، صص ۹-۲۹.
- سلیمانی، فاطمه. (۱۳۸۹). «نسبت مصلحت و امنیت در فقه سیاسی شیعه»، فصلنامه مطالعات راهبردی، شماره ۵۰، صص ۸۵-۱۱۳.
- سلیمانی، فاطمه. (۱۳۸۶). ایران و آمریکا در بستر تعاملات نرم افزاری قدرت و امنیت. تهران: مرکز تحقیقات کاربردی.

- شرتونی، سعید. (۱۴۰۳). اقرب الموارد. قم: منشورات مکتبه آیه الله المرعشی.
- صرامی، سیف الله. (۱۳۸۰). احکام حکومتی و مصلحت. تهران: مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام.
- عاملی، شمس الدین محمد. (بی تا). القواعد والفوائد (ج ۲). قم: نشر مفید.
- عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۳۸۴). قواعد فقه سیاسی (ج ۹). تهران: امیرکبیر.
- عبدالله خانی، علی. (۱۳۸۵). «عدالت و امنیت» فصلنامه علوم سیاسی، شماره ۳۳، صص ۱۲۱-۱۳۲.
- علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۹۴). «جستی و ماهیت فقه امنیت و فقه امنیتی» فصلنامه حکومت اسلامی، سال بیستم، شماره ۷۸، صص ۵-۲۶.
- غزالی، محمد. (۱۴۱۷ق). المستصفی فی علم الاصول (تصحیح: محمد عبدالسلام عبدالشافی). بیروت: دارالکتب العلمیه.
- فیض، علیرضا. (۱۳۸۲). ویژگی های اجتهاد و فقه پویا. تهران: انتشارات پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی.
- گیدنز، آنتون. (۱۳۸۳). مبانی جامعه شناسی (مترجم: منوچهر صبوری). تهران: نشر نی.
- لک زایی، نجف. (۱۳۸۹). «فلسفه امنیت از دیدگاه امام خمینی»، فصلنامه مطالعات راهبردی، شماره ۴۹، صص ۵-۲۸.
- لک زایی، نجف؛ همدانی، محمدعلی. (۱۳۹۷). «نقش آموزه های فقهی در طراحی راهبرد امنیتی» فصلنامه تحقیقات کاربردی علوم انسانی، شماره ۴، صص ۸۱-۱۰۳.
- مرعشی شوشتری، سیدمحمدحسن. (۱۳۷۳). دیدگاه های نو در حقوق کیفری اسلام (ج ۲). تهران: نشر میزان.
- منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹ق). مبانی فقهی حکومت اسلامی (ج ۲، ۴). قم: موسسه کیهان.
- میرزای قمی، ابوالقاسم. (۱۳۶۳). قوانین الاصول (ج ۲). تهران: اسلامیه.
- نائینی، محمدحسین. (۱۳۸۲). تنبیه الامه و تنزیه الامه. قم: بوستان کتاب.

نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۲). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (ج ۲۱، ۲۲). بیروت: دار
إحياء التراث العربي.
نوری همدانی، حسین. (۱۳۷۷). امر به معروف و نهی از منکر. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی
حوزه علمیه قم.
نویدنیا، منیژه. (۱۳۸۲). «درآمدی بر امنیت اجتماعی»، فصلنامه مطالعات راهبردی، شماره اول،
صص ۵۵-۷۶.
نویدنیا، منیژه. (۱۳۸۵). «تحلیل رابطه امنیت اجتماعی و هویت ایرانی»، مجله جامعه‌شناسی،
شماره ۳، صص ۱۵۶-۱۳۱.
هزارجریبی، جعفر. (۱۳۹۰). «احساس امنیت اجتماعی از منظر توسعه گردشگری»، مجله
جغرافیا و برنامه ریزی محیطی، شماره ۲، صص ۱۴۳-۱۲۱.

References

* The Holy Quran

** Nahj al-Balagha

- Abdollahkhani, A. (2006). Justice and security. *Political Science Quarterly*, (33), pp. 121-132. [In Persian]
- Ahmadvand, K., & Babaei Tabar, M. (2021). The role of enjoining good and forbidding wrong in the security of society from a jurisprudential perspective. *Qanoun Yar*, (17), pp. 917-943. [In Persian]
- Alidoust, A. (2015). The nature and essence of security jurisprudence and security-oriented jurisprudence. *Journal of Islamic Government*, 20(78), pp. 5-26. [In Persian]
- Ameli, Sh. M. (n.d.). *Al-Qawa'id wa al-Fawa'id* (Vol. 2). Qom: Mofid Publications. [In Arabic]
- Amid Zanjani, A. (2005). *Principles of Political Jurisprudence* (Vol. 9). Tehran: Amir Kabir Publications. [In Persian]
- Ansari, M. (1990). *Al-Makasib*. Qom: Dar al-Dhakhaer. [In Arabic]
- Arafi, A. (2009). *Educational jurisprudence*. Qom: Research Institute of Hawza and University. [In Persian]
- Eftekhari, A. (2005). *Expediency and politics: An Islamic approach*. Tehran: Imam Sadiq University. [In Persian]
- Feyz, A. (2003). *Features of Ijtihad and Dynamic Jurisprudence*. Tehran: Institute for Humanities and Cultural Studies. [In Persian]
- Ghazali, M. (1996). *Al-Mustasfa fi 'Ilm al-Usul* (M. A. Abd al-Shafi, Ed.). Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyya. [In Arabic]
- Giddens, A. (2004). *Foundations of sociology* (M. Sabouri, Trans.). Tehran: Ney Publications. [In Persian]
- Haghighat, S. S. (2010). Shia political jurisprudence and the dual role of expediency. *Shi'a Studies Quarterly*, (32), pp. 31-53. [In Persian]

- Hezarjaribi, J. (2011). Perceptions of social security from the perspective of tourism development. *Journal of Geography and Environmental Planning*, (2), pp. 121-143. [In Persian]
- Hosseini, S. A. (2002). The evolution of expediency in Shia jurisprudence. *Journal of Hikmah and Philosophy*, (1), pp. 78-107. [In Persian]
- Ibn Abi al-Hadid, A. (n.d.). *Sharh Nahj al-Balagha* (Vol. 7). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library. [In Arabic]
- Izdehi, S. (2013). Criteria for expediency in Shia jurisprudence. *Journal of Transcendent Policy*, (1), pp. 29-58. [In Persian]
- Javadi Amoli, A. (2018). Thematic exegesis (Vol. 12). Qom: Isra Publications. [In Persian]
- Johari, I. H. (1987). *Al-Sihah* (Vol. 2). Beirut: Dar al-Ilm. [In Arabic]
- Khoei, A. (1996). *Al-Muhadharat* (Vol. 4, M. E. Fayaz, Ed.). Qom: Ansarian. [In Arabic]
- Khomeini, R. (1991). *Sahifeh-ye Nur* (Vols. 15, 21). Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance. [In Persian]
- Khomeini, R. (1997). *Jawaher al-Usul* (M. H. Langarudi, Ed.). Qom: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Persian]
- Khomeini, R. (1997). *Tanquih al-Usul* (H. Taqavi Eshtihardi, Ed.). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
- Khomeini, R. (2000). *Al-Bay'*. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
- Khomeini, R. (2006). *Tahrir al-Wasila* (Vols. 1, 2, 20, 21). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Persian]
- Khomeini, R. (2013). *Velayat-e Faqih*. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Persian]
- Khoshfar, G. (2007). Investigating the factors affecting the preservation, creation, and expansion of social security. *Journal of Political-Economic Information*, (163-164), pp. 148-155. [In Persian]

- Lakzaei, N. (2010). The philosophy of security from the perspective of Imam Khomeini. *Journal of Strategic Studies*, (49), pp. 5–28. [In Persian]
- Lakzaei, N., & Hamdani, M. A. (2018). The role of jurisprudential teachings in designing security strategies. *Applied Research in Humanities*, (4), pp. 81–103. [In Persian]
- Marashi Shushtari, S. M. H. (1994). *New Perspectives in Islamic Criminal Law* (Vol. 2). Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
- Mirza Qomi, A. (1984). *Qawa'id al-Usul* (Vol. 2). Tehran: Islamiya. [In Persian]
- Montazeri, H. (1989). *Jurisprudential Foundations of Islamic Government* (Vols. 2, 4). Qom: Keyhan Institute. [In Arabic]
- Na'ini, M. H. (2003). *Tanbih al-Ummah wa Tanzih al-Ummah*. Qom: Bustan-e Ketab. [In Persian]
- Najafi, M. H. (1983). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharayi' al-Islam* (Vols. 21, 22). Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-Arabi. [In Arabic]
- Navidnia, M. (2003). An introduction to social security. *Journal of Strategic Studies*, (1), pp. 55–76. [In Persian]
- Navidnia, M. (2006). Analysis of the relationship between social security and Iranian identity. *Journal of Sociology*, (3), pp. 131–156. [In Persian]
- Nouri Hamadani, H. (1998). *Enjoining the good and forbidding the evil*. Qom: Islamic Propagation Office Publications. [In Persian]
- Rafi'pour, F. (1997). *Development and conflict*. Tehran: Sherkat-e Sahami Enteshar. [In Persian]
- Raghib Isfahani, H. (1995). *Mufradat Alfaz al-Quran al-Karim*. Beirut: Al-Dar al-Shamiya. [In Arabic]
- Rahimi, H., & Sogolizadeh, T. (2021). The evolution of the concept of expediency in contemporary Shia political jurisprudence. *Matin Research Journal*, (91), pp. 57–82. [In Persian]
- Ramadan al-Buti, M. S. (2004). *Maslahat va Shari'at* (I. Eftekhari, Trans.). Tehran: Gam-e No Publications. [In Persian]

- Sam Aram, E. (2009). Investigating the relationship between social health and social security with an emphasis on community-based policing. *Social Order Quarterly*, 1(1), pp. 9-29. [In Persian]
- Sarami, S. (2001). *Governmental rulings and expediency*. Tehran: Strategic Research Center of the Expediency Council. [In Persian]
- Shartuni, S. (1983). *Aqrab al-Mawarid*. Qom: Ayatollah Marashi Library Publications. [In Arabic]
- Soleimani, F. (2007). *Iran and America within the framework of soft power and security interactions*. Tehran: Applied Research Center. [In Persian]
- Soleimani, F. (2010). The relationship between expediency and security in Shiite political jurisprudence. *Strategic Studies Quarterly*, (50), pp. 85-113. [In Persian]
- Zobeidi Waseti, M. (1993). *Taj al-Arus* (Vol. 2). Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]



A Re-examination of the Legal and Jurisprudential Foundations of the Personal Criterion in Determining the Lighter Punishment¹

Mehdi Narestani

Assistant Professor, Department of Law, Hakim Sabzevari University, Sabzevar, Iran
m.narestani@hsu.ac.ir; Orcid: 0000-0002-4446-2616

Abstract

According to the Islamic Penal Code, one of the judge's authorities—and in some cases, obligations—is to impose a lighter punishment (*Akhaf*). The application of the lighter punishment rule becomes controversial when the punishments are of different types, such as flogging versus imprisonment or imprisonment versus fines. Legal doctrine offers two criteria—personal or typological—to resolve this issue. Given the importance of the matter, this study, using library-documentary data collection and a descriptive-analytical approach with content analysis, seeks to answer the question: What are the jurisprudential and legal grounds for employing the personal criterion in identifying the lighter punishment? The findings indicate that the personal criterion, in addition to being closer to criminal justice and not contradicting public order, especially in cases where the crime is proven by confession or admission, has substantial textual and jurisprudential support. Therefore, using the personal criterion to determine a lighter punishment is both permissible and legitimate, and in

1. Narestani, M. (2025). A re-examination of the legal and jurisprudential foundations of the personal criterion in determining the lighter punishment. *Journal of Fiqh*, 31(120), pp. 136-168. [In Persian]. <https://doi.org/10.22081/jf.2025.69631.2830>

* **Publisher:** Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom (Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran). ***Type of article:** Research Article

▣ **Received:** 2024/08/01 ● **Revised:** 2025/01/28 ● **Accepted:** 2025/04/14 ● **Published online:** 2025/05/10

© The Authors



some instances, due to the necessity of precaution, protection of Muslim lives, the principle of leniency, and the principle of avoiding harm to believers, its observance may even be considered obligatory.

Keywords

Akhaf, Ta'zīr, Law, Foundations, Personal Criterion.

بازشناسی مبانی حقوقی و فقهی معیار شخصی در تشخیص مجازات اخف

مهدی نارستانی

استادیار، گروه حقوق دانشگاه حکیم سبزواری، سبزوار، ایران.
m.narestani@hsu.ac.ir; Orcid: 0000-0002-4446-2616



چکیده

مطابق قانون مجازات اسلامی یکی از اختیارات و در برخی مواقع از وظایف و الزامات قضات اعمال مجازات اخف است. اعمال قاعده اخف در مورد مجازات‌هایی که ماهیت متفاوتی دارند؛ مانند شلاق و حبس یا حبس و جزای نقدی محل اختلاف نظر است. توسط دکترین حقوق برای حل چالش فوق دو معیار شخصی یا نوعی ارائه شده است. نظر به اهمیت مسئله پژوهش حاضر با ابزار گردآوری کتابخانه‌ای - اسنادی و روش توصیفی - تحلیلی و سطح تحلیل تحلیل محتوی در پی پاسخ به این پرسش است که مستند فقهی و حقوقی استفاده از معیار شخصی در کشف اخف چیست؟ یافته‌های پژوهش حاکی از آن است معیار شخصی افزون بر اینکه به عدالت کیفری نزدیک‌تر است و مغایرتی با نظم عمومی ندارد، چنین راهکاری به‌ویژه در مواردی که دلیل اثباتی جرم اقرار و اعتراف باشد پشتوانه روایی و فقهی قابل توجهی دارد؛ بنابراین معیار شخصی در تعیین مجازات اخف، امری مجاز و مشروع است و چه‌بسا با توجه به لازمه احتیاط و حفظ دما مسلمین و اصل تخفیف و مسامحه و اصل عدم ایذا مؤمن، به الزامی بودن رعایت این معیار حکم شود.

کلیدواژه‌ها

اخف، تعزیر، قانون، مبانی، معیار شخصی.

* استناد به این مقاله: نارستانی، مهدی. (۱۴۰۳). بازشناسی مبانی حقوقی و فقهی معیار شخصی در تشخیص مجازات اخف. فقه، ۳۱(۱۲۰)، صص ۱۳۶-۱۶۸.

<https://doi.org/10.22081/jf.2025.69631.2830>

□ نوع مقاله: پژوهشی؛ ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم (پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران) © نویسندگان

□ تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۱۱ • تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۱۱/۰۹ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۱/۲۵ • تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۴/۰۲/۲۰



مقدمه

قوانین کیفری تنها ناظر به آینده هستند و نسبت به آینده قابلیت اعمال دارند و به استناد اصل قانونی بودن جرم باید در رسیدگی به قوانینی استناد شود که زمان ارتکاب جرم تصویب یافته باشد و عطف به ماسبق برخلاف این اصل است. یکی از استثنائات این اصل که در ماده ۱۰ قانون مجازات (۱۳۹۲) به آن اشاره شده، قانون اخف است. منظور از قانون اخف، قانونی است که مجازات جرم را کاهش داده باشد، در نتیجه اگر قانونی پس از ارتکاب جرم به تصویب برسد که مجازات جرم را که قبل از تصویب این قانون فرد مرتکب آن شده است کاهش دهد، چون قانون جدید یک واکنش سبک‌تری نسبت به این جرم است مطابق این ماده قانونی مجازات جدید که اخف هست نسبت به او اجرا گذاشته خواهد شد. شناخت اخف بودن نسبت به یک نوع مجازات به راحتی امکان‌پذیر است؛ اما در مورد مجازات‌هایی که ماهیت متفاوتی دارند؛ مانند شلاق و حبس یا حبس و جزای نقدی و مانند اینها اینکه کدام یک از این نوع مجازات اخف محسوب می‌شود تا در مورد محکوم به مورد اجرا گذاشته شود، چالشی و محل اختلاف نظر است. برای شناخت اخف بودن دو معیار شخصی و نوعی توسط دکترین حقوق عرضه شده است.

نظر به اینکه قانون‌گذار خود درصدد تعیین مصادیق اخف برنیاوده است و اعمال هر کدام از این دو معیار ثمرات متفاوتی دارد و به‌طور قطع مجرم خواستار اعمال معیار شخصی، تعیین نوع مجازات از سوی محکوم‌علیه، است. حال سؤال این است که مستند فقهی و حقوقی در تجویز بهره‌مندی از معیار شخصی در کشف مجازات اخف چیست؟ بر این اساس پژوهش حاضر با ابزار گردآوری کتابخانه‌ای - اسنادی و روش توصیفی - تحلیلی و سطح تحلیل تحلیل محتوی برای پاسخ به سؤال پژوهش در گام نخست پس از مفهوم‌شناسی کلمات کلیدی پژوهش، مبانی حقوقی معیار شخصی را ارائه می‌کند و در گام بعدی از مقتضای اصل اولی و ادله جواز معیار شخصی در این موضوع بحث می‌کند و ادله اجتهادی متناسب را شرح می‌نماید و در نهایت نتیجه‌گیری ارائه می‌شود.

از حیث پیشینه پژوهش و تفاوت این تحقیق از آنها، تألیفات و مقالاتی در ارتباط با این موضوع وجود دارد که به شرح ذیل است:

الف) مقاله «مبانی، آثار و چالش‌های حق مجرم در تعیین سرنوشت خویش در دعوای کیفری» (حاجی‌ده‌آبادی و دیگران، ۱۳۹۵) که در مجله حقوق اسلامی به چاپ رسیده است، نتیجه پژوهش حاضر این است: «این شیوه دادرسی در بستر غالب نظریات کیفرشناختی و جرم‌شناختی قابلیت پذیرش دارد و هویت‌بخشی به بزهکار، سرعت‌بخشی به رسیدگی‌های کیفری، کیفرزدایی و کاهش میزان استفاده از ضمانت‌اجراهای کیفری، کاهش هزینه‌های نظام عدالت کیفری، افزایش دقت در رسیدگی‌ها و نیز افزایش اعتماد به دستگاه قضایی از جمله مهم‌ترین آثار اعطای این حق به مجرم‌اند.»

ب) مقاله «اصل ۱۶۷ قانون اساسی و امکان‌سنجی صدور حکم براساس فتوای اخف» (محمدیان، ۱۳۹۹) در مجله «پژوهشنامه حقوق کیفری» منتشر شده است که یافته این پژوهش این است که در موارد عمل به اصل ۱۶۷ قانون اساسی قضات باید مکلف شوند که حکم براساس فتوای حاوی کیفر خفیف‌تر صادر نمایند.

ج) مقاله «بررسی اخف یا اشد بودن مجازات شلاق و جزای نقدی در بزه توهین در پرتو قانون کاهش مجازات حبس تعزیری» نوشته آقایان مهدی وحدت؛ ایمان اسفندیار؛ حمید غلامی (۱۴۰۰) در مجله فصلنامه رأی، این نوشتار به نقد یک رأی پرداخت است و یافته این پژوهش این است که اعمال مجازات جزای نقدی در جرم توهین نسبت به شلاق با توجه به مباحث جرم‌شناختی و کیفرشناسی ترجیح دارد.

پژوهش‌های فوق‌الذکر هر کدام از زوایای مختلف به موضوع پرداخته‌اند ولی هیچ‌کدام ناظر به بحث معیارهای تعیین مجازات اخف اشاره نکرده‌اند. در این پژوهش ضمن اشاره به دو معیار متفاوت و تعریف و بیان ماهیت آن دو، در مقام تبیین مبانی حقوقی و فقهی معیار شخصی در تعیین مجازات اخف برآمده است که از این منظر افزون بر جامعیت دارای نوآوری است. البته لازم به ذکر است در این پژوهش از قسمتی از

ساختار و برخی عناوین مطرح شده در پژوهش نخست بهره برداری شده است. در آن پژوهش تمام تمرکز بر تبیین مبانی حق مشارکت مجرم در تعیین مجازات از منظر حقوق موضوعه است و تنها یک بحث نظری و مقدماتی است؛ حال آنکه پژوهش حاضر به نقش محکوم علیه در تعیین مجازات در یک موضوع خاص و کاربردی یعنی موضوع ماده ۱۰ قانون مجازات با رویکرد فقهی پرداخت است.

۱. مفهوم‌شناسی

در این قسمت به مفهوم‌شناسی کلمات کلیدی پژوهش پرداخته می‌شود.

الف. اخف بودن

واژه اخف بودن از دو جزء (اخف) و (بودن) تشکیل شده است. جزء اول افعال تفضیل است. ریشه لغوی آن (خ ف ف) به معنای سبکی است که در مقابل ثقل (سنگینی) استعمال می‌گردد (ابوالحسین، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۱۵۴؛ فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۷۵). در اصطلاح حقوقی وقت صفت قانون قرار می‌گردد به معنای «قانونی است که مجازات جرم را کاهش داده باشد» هست (الهام و دیگران، ۱۴۰۰، ص ۹۴). برخی بر این اعتقادند «... کیفر اخف همان گونه که از نام آن پیداست بر کیفری اطلاق می‌شود که در مقام مقایسه با سایر کیفرهای یک عنوان خاص مجرمانه، مجازات خفیف‌تر و سبک‌تری را پیشنهاد دهد؛ که شناسایی مصادیق فتاوی‌ای اخف امری عرفی و عقلایی و بسیار ساده و روان بودن و فاقد صعوبت خواهد بود ... لذا تشخیص آن به تخصص و مهارت احتیاج نداشته و کاملاً ساده است؛... آنچه مسئله را آسان می‌کند اینکه در زمینه تعیین کیفر اخف غالباً و جز در موارد نادر، با رجوع به عرف می‌توان به سادگی مصادیق کیفر سبک‌تر را بدون صعوبت تعیین نمود» (محمدیان، ۱۳۹۹). این پژوهش برخلاف این محقق بر این باور است که چون تشخیص مصادیق اخف در برخی موارد بسیار پیچیده است از این رو باید معیار و ملاک تعریف شود و تنها راه حل آن تمسک به معیار شخصی است لذا در صدد تبیین مبانی نظری این معیار برآمده است.

ب. معیار نوعی و شخصی

در ادبیات فقها و حقوقدانان به تناسب بحث به‌ویژه در موضوعاتی که ناظر به سنجش است از دو اصطلاح «معیار شخصی» و «معیار نوعی» استفاده می‌شود. فقها در موارد مختلف از جمله در بحث ضرر، عسر و حرج، ظن و اطمینان، غرض و... از دو وصف شخصی و نوعی استفاده نموده‌اند (شیرازی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۱۱۶۰؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص ۲۶۶؛ نائینی، ۱۴۲۴ق، ص ۱۷۲). وجه اشتراکی شخصی بودن یا نوعی بودن در استعمالات مختلف در ابواب فقهی این است که در توصیف یک موضوع به‌نوعی بودن باید به این توجه کرد که گزاره بنحو قضیه حقیقه است؛ و نوع و متعارف مردم مورد توجه است؛ حکم کلی و قابلیت تسری به سایرین است؛ اما در توصیف موضوع به شخصی بودن گزاره بنحو قضیه خارجی است؛ شخص معینی مورد توجه است و موضوع باید در خارج تحقق یافته باشد؛ حکم در آن قضیه فردی است و قابلیت تسری ندارد.

در مباحث حقوق کیفری هم از این دو اصطلاح استفاده شده است، یکی از مصادیق آن بحث بی‌مبالاتی پزشکی است که جهت تعیین میزان مسئولیت کیفری پزشک، علمای حقوق کیفری دو معیار شخصی و نوعی را معرفی کرده‌اند (نک: متی‌نژاد، ۱۳۸۶). یکی دیگر از مباحثی که در ادبیات علمای حقوق از این دو اصطلاح استفاده شده است در بحث تشخیص مجازات اخف، ناظر به قسمتی از موضوع ماده ۱۰ قانون مجازات است (الهام و دیگران، ۱۴۰۰، ص ۹۵).

در مبحث تشخیص مجازات اخف از دیدگاه حقوقدانان، مقصود از معیار نوعی این است که یک روش برای تمام محکومان در تمام پرونده‌ها اتخاذ شود؛ به‌عنوان نمونه به تقسیم‌بندی‌های قانون‌گذار در مواد قانونی مراجعه شود، از جمله ماده ۱۹ قانون مجازات و یا به میزان تغییر حداقل و حداکثر مجازات توجه گردد و... اما معیار شخصی بدان معنا است که براساس شخصیت و خواست محکوم‌علیه در هر پرونده به صورت خاص اقدام به شناخت قانون اخف شود (الهام و دیگران، ۱۴۰۰، ص ۹۵)؛ به بیان دیگر: «معیار نوعی (عینی) معیاری با کاربرد عمومی است اما معیار شخصی تنوع بیشمار مزاج، هوش و تربیت

شخصی را که موجب تنوع رفتار می‌شوند در نظر می‌گیرد... و نقطه اتکای معیار شخصی در حقوق کیفری «شخص مرتکب» و به عبارت بهتر «همان شخص مرتکب» است» (نک: متنی‌نژاد، ۱۳۸۶، ص ۱۰۸) که این معیار مورد توجه کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی سابق قرار گرفته است چرا که در یکی از نظرات مشورتی خود گفته است: «در قوانین جزای اسلامی اشاره‌ای به اخف یا اشد بودن مجازات حبس از شلاق و یا بالعکس نشده است؛ بستگی به وضعیت اجتماعی و اخلاقی و خانوادگی و شغلی متهم یا مجرم دارد.... هر کدام را که مناسب‌تر به حال خود و خفیف‌تر بداند ممکن است نسبت به نوع دیگر اخف تلقی نمود....» (میرمحمد صادقی، ۱۴۰۰، ص ۶۳). مراد از معیار شخصی در این پژوهش این است که هر پرونده به‌عنوان یک قضیه خارجی است و مجازاتی که خود محکوم‌علیه در بین دو یا چند مجازات انتخاب می‌کند مجازات اخف است. قاضی در راستای الزامی قانونی جهت اعمال قانون اخف یا باید اراده و انتخاب خود محکوم‌علیه را در مقام تعیین کیفر ملاک قرار دهد.

۳. مبانی معیار شخصی در تعیین مجازات اخف

واژه «مبانی» جمع «مبنی» از ریشه «ب، ن، ی» به معنای ساختن یک شیء به وسیله ضمیمه کردن بعضی از آن به بعض دیگرش است (ابوالحسین، ۱۴۰۴، ج ۱، ص ۳۰۲). در مباحث حقوقی و فقهی مواد و مسائل برگرفته از مبانی هستند و مبانی حقوقی عبارت از آن «...اصول کلی است که مواد از آنها استنباط می‌شود؛ مثل مبنای عدل، مبنای آزادی، مبنای استقلال، مبنای صیانت از حق متقابل و مانند آن، این حق امنیت، حق امانت، حق اشتغال، حق انتخاب، اینها حقوقی است که مبنای تدوین مواد حقوقی است» (جوادی‌آملی، ۱۳۹۷، ج ۷، ص ۳۳۴) در این پژوهش ابتدا به مبانی عمومی این حق و سپس به بیان مبانی کیفر شناختی و جرم‌شناختی آن پرداخته می‌شود.

۱-۳. مبانی عمومی

با توجه به تعریف مورد پذیرش این پژوهش از معیار شخصی، نتیجه اعمال این معیار

این است که مجازات اخف توسط خود محکوم علیه تعیین شود؛ که این خود یکی از مصادیق پذیرش نقش فعال محکوم علیه در نهاد مجازات است. البته نمی‌توان منکر همپوشانی اعمال معیار شخصی در تعیین مجازات اخف با پذیرش حق مجرم در تعیین سرنوشت خود شد، چرا که پذیرش حق تعیین سرنوشت دعاوی کیفری توسط خود مجرم یک عام محسوب می‌شود که یکی از مصادیق و افراد آن تعیین مجازات اخف است. البته تمرکز این پژوهش بر تبیین مبانی حقوقی و فقهی معیار شخصی در تعیین مجازات اخف به‌عنوان یک چالش روز در حیطه عملی است اما به دلیل همپوشانی این دو عنوان پژوهشی از جهت نقش فعال داشتند مجرم در تعیین مجازات به ناچار برخی مبانی نظری آن مشترک خواهد بود و ادبیات گفتاری که جامع هر دو باشد «نقش فعال مجرم در تعیین مجازات» است. که در ادامه برخی از مبانی که نقش‌پذیری محکوم علیه را موجه می‌سازد را با ادبیات «نقش فعال مجرم» عرضه می‌شود.

۳-۱-۱. حفظ کرامت انسانی

امروزه در اسناد حقوقی بین‌المللی یکی از مصادیق بسیار مهم فرآیند دادرسی کیفری، تعیین مجازات کرامت‌مدار است (نک: جلالی و دیگران، ۱۴۰۱، ص ۲۵۰) و در حقوق داخلی یک از نقدهای اساسی به مجازات تکمیلی و تبعی خدشه‌دار شدن کرامت انسانی است (نک: همایی چراغی و دیگران، ۱۳۹۸). این در حالی است که به باور برخی از اندیشمندان مسلمان: «حق کرامت» یا حرمت داشتن شخص در جامعه، همانند «حق حیات» از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار است. انسان یک «موجود اجتماعی» است و وقتی می‌تواند به رشد و تکامل خویش ادامه بدهد که بتواند از مواهب الهی اعم از مادی و معنوی، فردی و اجتماعی بهره‌مند باشد؛ بنابراین برای ایجاد زمینه مناسب جهت تکامل انسان اولاً می‌بایست احترام اجتماعی انسان که نیاز طبیعی و فطری اوست حفظ گردد و مورد اهانت و تحقیر واقع نگردد. انسانی که هتک حرمت شود و توهین و تحقیر در مورد او روا داشته شود احساس شخصیت نخواهد کرد و از نظر روانی دچار اضطراب، تزلزل و یأس خواهد شد. پس اولاً حفظ حرمت و شخصیت انسان لازم است، ثانیاً نسبت به هر

انسانی باید این امکان فراهم گردد که هم او و هم انسان‌های دیگر بتوانند از امکانات و نعمت‌های موجود جهت نیل به تعالی و کمال مطلوب بهره بگیرند (مصباح یزدی، ۱۳۹۶، ج ۱، ص ۲۶۰)؛ بنابراین هرگاه در فرایند کیفرگذاری ابتکار عمل و نقش فعال مجرم و یا محکوم علیه از بزهکار سلب گردد نتیجه آن برخوردی مکانیکی با انسان و به تبع آن به فراموشی سپردن ظرفیت‌ها، استعدادها و قابلیت‌های انسانی او است و از وجود او فقط به‌عنوان موضوع و وسیله برای رسیدن به اهداف استفاده می‌شود (نک: حاجی ده‌آبادی و دیگران، ۱۳۹۵) و در مقابل در نظر گرفتن حق انتخاب یا دست‌کم اظهارنظر مجرم در تعیین مجازات از مصادیق حفظ کرامت انسانی او است. این در حالی است که ممکن است تصور شود که در اسلام به‌ویژه در حدود و قصاص و دیات نگاه ابزارگرانه به محکوم علیه وجود داشته باشد و اثری از مجازات کرامت‌مدار وجود ندارد. با تحقیق صورت پذیرفته برخلاف چنین تصویری، در آموزه‌های فقه کیفری اسلام کرامت انسانی فرد مجرم مورد توجه قرار گرفته است که در ذیل به برخی از آنان اشاره می‌شود:

الف- مجازات حدی کرامت‌مدار

در خصوص نقش فعال و حفظ کرامت انسانی مجرم در تعیین میزان مجازات حدی و کیفیت اجرای آن دو نمونه ذکر می‌شود.

۱- میزان مجازات

در خصوص مردی که اقرار کرد به ارتکاب یک جرم حدی ولی نوع آن جرم حدی را بیان نکرده است، از امیرالمومنین علیه السلام نقل شده است: امر کردند که به ایشان شلاق زده شود تا آنجا که خود او ضارب را از ادامه اجرای حد باز دارد (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۲۱۹). در میان فقها از قدما شیخ طوسی و از معاصرین امام خمینی رحمته الله علیه به این روایت عمل نموده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۴۵؛ آبی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۵۴۳؛ قمی، ۱۴۲۲ق، ص ۱۲۸) در اینجا (اقرار مجمل) تعزیر (مجازات) به رأی و نظر خود مقرر نه رأی و نظر حاکم منوط

شده است (نک: موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۱۴۸)؛ بنابراین می‌توان گفت که تعیین میزان مجازات در مواردی که دلیل اثبات جرم اقرار مجمل است به خود محکوم‌علیه واگذار شده است؛ و همچنین با پذیرش توبه در حدود، اسلام نقش فعال و غیر ابزاری به محکوم‌علیه داده است که در ماده ۲۸۴ قانون مجازات منعکس شده است، با این توضیح که قانون‌گذار اعلام می‌نماید: «مدت نفی بلد در هر حال کمتر از یک سال نیست، اگرچه محارب پس از دستگیری توبه نماید و در صورتی که توبه نکند همچنان در تبعید باقی می‌ماند» نظر به اینکه مجازات نفی بلد یک مجازات حدی است قانون‌گذار در این ماده حداقل را تعیین کرده است ولی حداکثری ذکر نکرده است و به تعبیری اتمام این مجازات را در اختیار خود فرد محکوم‌علیه قرار داده است که اگر توبه نماید این مجازات ساقط می‌شود و ظاهراً اینجا تنها موردی است که قانون‌گذار حتی پس از رسیدگی و قطعیت حکم و اجرای مجازات، توبه محکوم‌علیه را می‌پذیرد و اینجا یک توجه استثنائی آن‌هم در یک جرم حدی است.

۲- کیفیت اجرای مجازات

مجازات جرم لواط اعدام است اما کیفیت اجرای آن در منابع فقهی امامیه متفاوت ذکر شده است. روایت نسبتاً مفصل مرحوم کلینی نقل کرده است که در اینجا فقط آن فقره از روایات که شاهد مثال است ذکر می‌شود: «... فَقَالَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ أَيُّهِنَّ أَشَدُّ عَلَيَّ قَالَ الْإِحْرَاقُ بِالنَّارِ قَالَ فَإِنِّي قَدْ اخْتَرْتُهَا يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ قَالَ خُذْ لِدَلِّكَ ...» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۲۰۲) این روایت در مقام بیان یکی از قضاوت‌های امیرالمؤمنین علیه السلام است که فردی که مرتکب جرم لواط شده بود چهار مرتبه در نزد حضرت اعتراف کرده و بعد از تکمیل چهار مرتبه اعترافات و اثبات جرم حضرت در مقام اجرای مجازات به مجرم اعلام کردند که سه کیفیت متفاوت برای اجرای حد وجود دارد، شما در انتخاب هر کدام از آنها مخیر هستید پس انتخاب کن.

شاهد مثال در این روایت حق انتخاب کیفیت اجرای مجازات توسط خود محکوم‌علیه است، با این توضیح که حضرت سه روش؛ اجرای حکم اعدام با شمشیر،

سوزاندن، پرتاب از کوه با دست و پای بسته، بیان کردند و مجرم سخت‌ترین آنها را انتخاب می‌نماید.

در ادبیات فقها از این روایت، روایت «مالک بن عطیة»، تعبیر به صحیحه، حسنه و معتبره شده است. این روایت در بحث ادله اثبات جرم، تعدد اقرار برای اثبات جرم و اینکه نوع جرم (لواط ایقابی) در تعدد اقرار موضوعیت داشته یا خیر؟ مورد استناد قرار گرفته شده است (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۱۱؛ لنکرانی، ۱۴۲۲ق، ص ۲۸۷؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۲۴۹؛ قمی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۳۵).

ب- حفظ کرامت مجرم در قصاص

در عین حال که جرم قتل عمد یکی از شنیع‌ترین گناهان بشری است، آیه ۱۷۸ سوره بقره قاتل را برادر دینی اولیای دم معرفی می‌نماید که این اوج حفظ کرامت انسانی یک مجرم است. در خصوص قصاص نفس از امام صادق علیه السلام نقل شده: «هر کسی که انسان مؤمنی را به عمد بکشد، قصاص می‌گردد، مگر اینکه اولیای الدم قبول کنند که دیه بگیرند، پس اگر به گرفتن دیه رضایت دهند و قاتل نیز آن را قبول نماید و بپذیرد، پس دیه کفایت می‌کند...» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۱۵۹). پس اگرچه از منظر عقلایی به دلیل حفظ جان و رهایی قاتل از مرگ باید حکم کرد که اگر ولی دم حاضر به چنین تبدیل باشد باید حکم به نفی قصاص و لزوم پرداخت دیه یا وجه‌المصالحه نمود ولی مطابق این روایت تبدیل قصاص و مصالحه آن به دیه باید به‌طور حتم مورد قبول قاتل باشد و این یعنی پذیرش نقش فعال محکوم‌علیه در تعیین نوع مجازات (قصاص یا دیه). روایات از حیث سندی صحیحه است (نک: حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۲۸۷؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳، ص ۴۰۷؛ حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۲۹۷؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۲۶۱) اما در خصوص فتوا مبتنی بر آن در اینکه برای تبدیل قصاص به دیه در صورت تمایل اولیای الدم باید به‌طور حتم رضایت قاتل حاصل گردد و ایشان این مصالحه را بپذیرد اختلاف نظر وجود دارد، مشهور فقها امامیه به استناد این صحیحه که موافق با ظاهر قرآن و مخالف با عامه است قایل به لزوم کسب رضایت قاتل هستند فقط یک قول نادری که منسوب به اسکافی و

عمانی است که ایشان به استناد دو حدیث نبوی که سنداً ضعیف هستند، رضایت قاتل را شرط نمی‌دانند (حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۲۹۷؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص ۲۷۹؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۲۶۱؛ موسوی خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲، ص ۱۵۲).

قانون‌گذار در ماده ۳۵۹ در بحث قصاص نفس، ملتزم به نظر مشهور فقها شده است. البته در مواردی که مشروط به رد فاضل دیه است از نظر مشهور عدول کرده است که بررسی مبانی آن نیازمند به پژوهش مستقلی است.

در مبحث قصاص عضو در دو مورد به نقش فعال محکوم‌علیه توجه شده است: مورد اول در تبدیل قصاص به دیه و مصالحه است با این توضیح که در قصاص عضو مانند قصاص نفس اگر مجنی‌علیه یا ولی او خواهان دیه و عدم اجرای قصاص باشد بدون رضایت محکوم‌علیه امکان الزام ایشان به پرداخت دیه نیست که قانون‌گذار به تبع از مشهور فقها امامیه در مواد مختلفی از قانون مجازات اسلامی از جمله ماده ۳۹۵ و ماده ۴۰۳ به آن اشاره کرده است.

مورد دوم در قصاص مراتبی است. قانون مجازات در سال ۱۳۹۲ به مجنی‌علیه یا ولی ایشان در صورت جذب رضایت جانی، اجازه داده است که قصاص را در هر مرتبه که می‌خواهد اجرا کند (ساریخانی و دیگران، ۱۳۹۴).

ج- نقش فعال مجرم در دیات

با پذیرش انگاره مجازات بودن دیه، مرحوم صاحب جواهر بر این باور است نه تنها قول مشهور بلکه اجماع بر اختیار جانی در انتخاب هریک از شتر، گاو، گوسفند، دینار، درهم و حُلّه است (نک: نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۱۲) ادله این دیدگاه مورد واکاوی قرار گرفته است و حکم به صحت آن شده است (نک: هاشمی شامروزی، ۱۴۱۹ق، ص ۸۱) و حتی برخی معتقدند که این تخیر و انتخاب، استمراری است بدین معنی که جانی قبل از ادای آن هر کدام را مایل بود، می‌تواند انتخاب کند. اگرچه قبل از آن نوع دیگری را انتخاب کرده باشد (لنکرانی، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۲۳؛ بهجت، ۱۴۲۸ق، ج ۴، ص ۵۰۱) بر این بیان از منظر مشهور فقهای امامیه بزهدار را در گزینش میان گونه‌های شش‌گانه آزاد است.

البته در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ چنین حقی از محکوم علیه سلب شده است.

۳-۱-۲. اصل عدم ولایت شهروندان بر یکدیگر

یکی از مواردی که فقها در بحث شرایط قاضی در هنگام شک به آن استناد می‌نمایند «اصل عدم» است با این توضیح که اصل عدم ولایت سایرین بر مؤمن است مگر مواردی که به صورت متیقن مشخص شده باشد و دلیل وجود داشته باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۵۲) در موضوع تشخیص مجازات اخف، بحث این است که در مقام شک در تعیین مصداق اخف اگر قاضی محترم حکم به غیر از مجازات پیشنهادی مجرم بدهد با توجه به اینکه لازمه اجرای این مجازات تصرف در شئون و حریم شخصی محکوم علیه آیا چنین حکمی نافذ است؟ به نظر می‌رسد در این موضوع خاص با پذیرش پیشنهاد محکوم علیه در تعیین مصداق مجازات اخف شبهه و شک در ولایت و نفوذ حکم قاضی بر طرف می‌شود.

۳-۱-۳. حق شهروندی امانتی در نزد حاکمیت

حاکمیت و دستگاه قضایی به ویژه قاضی مطابق منابع دینی امین هستند. از با ارزش‌ترین امانات الهی در اختیار ایشان دین الهی، اجرای شریعت، جان، مال و آبروی مسلمان است (مازندرانی، ۱۴۲۸ق، ص ۱۰۵). یکی از اصول مسلم فقه امامیه «حفظ دماء مسلمین» است که شارع مقدس به منظور حفظ دماء مسلمانان، الزام به رعایت احتیاط نموده و این مهم باید مورد توجه قرار گیرد که این اصل در مقام امتنان بر مردم است و تمسک به دلیل امتنانی برای دفع ضرر از فرد یا جامعه، با اضرار به دیگری خلاف امتنان و ناصحیح است (موسوی خویی، بی تا، ج ۱، ص ۴۴۹)؛ بنابراین لازم است درباره متهم و محکوم نیز احتیاط لازم اعمال شود. تا که خلاف امتنان حاصل نشود. در نتیجه باید به مجازات پیشنهادی او اکتفا شود.

۳-۲. مبانی کیفر شناختی

از منظر این نوشتار اعمال معیار شخصی در تعیین مجازات اخف یکی از مصادیق

اعطای حق تعیین سرنوشت دعوای کیفری به مجرم است. اعطای چنین حقی از منظر علم کیفرشناسی، روشی بدیعی درباره پاسخ به جرم است؛ لذا شایسته است که بررسی شود که کدام یک از نظریه‌ها و مبانی در حوزه علم کیفرشناسی از آن حمایت می‌کنند (حاجی‌ده‌آبادی و دیگران، ۱۳۹۵). در ادامه آموزه‌های اسلامی ناظر به مباحث کیفرشناسی در خصوص موضوع پژوهش عرضه می‌شود.

۳-۲-۱. سازگاری معیار شخصی با ماهیت مجازات تعزیر و اهداف آن

اعمال معیار شخصی در تشخیص مجازات اخف در خصوص جرایم تعزیری، این سؤال را در ذهن ایجاد می‌کند که آیا اعطای حق تعیین میزان و نوع مجازات به مجرم با ماهیت مجازات تعزیر و اهداف آن سازگار است؟ با این توضیح اگر تشخیص اخف به انتخاب یا پیشنهاد محکوم علیه واگذار شود همین حق انتخاب دادن به او، جدای از اینکه به‌طور قطع محکوم علیه غالباً مصداقی را اخف معرفی می‌نماید که تعذیب نداشته یا کمتر باشد، تعذیبی بودن تعزیر را خدشه دارد کرده و در نتیجه مجازات تعزیری از ماهیت خود دور شده است و اثرگذاری مورد نظر را از دست می‌دهد.

در راستای اثبات سازگاری این شیوه با ماهیت تعزیر و اهداف آن ابتدا معنای لغوی و اصلاحی تعزیر بیان می‌شود سپس ماهیت تعزیر را به استناد گفتار فقها ارائه می‌گردد. «تعزیر» واژه‌ای عربی و ریشه آن (عزر) است. معنای لغوی مشهور آن، در اکثر منابع «زدن کمتر از حد» است ولی علاوه بر آن معانی متفاوت دیگری هم از جمله: «نصرت توأم با تعظیم»، «سرزنش و نصرت»، «تادیب» و «تعظیم و توقیر» ذکر شده است (اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۵۶۴؛ حسینی واسطی زبیدی حنفی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۲۱۲؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۳۸۳؛ جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۷۴۴). در فقه نیز معانی متفاوتی ارائه شده است برخی معتقدند: «مجازات است که نوع آن کمّا و کیفاً البته تحت ضوابطی در عهده تشخیص و اعمال حاکم است که درباره مرتکبین اعمالی که ارتکاب آن جرم و به اصطلاح فقهی حرام است ولی در مرتبتی نیست که موجب اجرا حد گردد، اجرا می‌شود» (جعفری، ۱۴۱۹ق،

ص ۱۲۹) و برخی بر این باورند: «معنای رأفت و شفقت را در بردارد و مقصود از آن، رحمت است و هرگز به معنای تعذیب نیست. از این نظر، عقوبت‌های اسلامی که منظور از آنها پاک شدن جامعه از آلودگی‌هاست، از نقطه‌ی رحمت الهی سرچشمه می‌گیرد» (یزدی، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص ۱۹۸). تفاوت تعریف‌ها ناشی از زاویه نگاه مختلف افراد به تعزیر است. در تعریف دوم تصریح بر آن شد که آزار و دردناکی جز ماهیت تعزیر نیست. برای تأیید این برداشت از تعریف تعزیر؛ می‌توان به این استفتاء از آیت‌الله بهجت تمسک نمود «آیا می‌توان دست دزد را قبل از بریدن، بی‌حسی موضعی نمود تا درد و الم را کمتر درک کند؟ و آیا آنچه در حدّ سرقت وارد شده، قطع ید است یا قطع ید با درد و الم است که شاید حکمت حکم باشد؟ جواب: مانعی ندارد، آنچه لازم است، فقط قطع دست است» (بهجت، ۱۴۲۸ق، ج ۴، ص ۴۵۸). در نتیجه وقتی که در حد تعذیب موضوعیتی ندارد با کمک قیاس اولویت می‌تواند گفت در تعزیرات به طریقی اولی نباید موضوعیت داشته باشد. البته اختلاف نظر در این زمینه وجود دارد (نجف‌آبادی، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۵۰).

بنا بر مراتب فوق، اولاً روشن است که این شیوه مجازات را نفی نمی‌کند، چراکه فقط از مصادیق مختلف مجازات‌های قانونی یکی را که از نظر مجرم اخف است اعمال می‌شود. ثانیاً تعذیبی بودن لازمه تعزیر نیست در نتیجه اعمال معیار شخصی هیچ‌وقت تعزیری بودن مجازات را مخدوش نکرده بلکه ماهیت تعزیر که رحمت و شفقت است نیز نمایان می‌شود؛ و پیشگیری از تکرار جرم به‌عنوان یکی از اهداف مجازات در نظریه فایده‌گرایی در این شیوه نیز تحصیل می‌شود با این توضیح که بسیاری از حقوقدانان معتقدند: «چنانچه در تعیین سرنوشت مجرم، خودش سهیم باشد و متوجه اشتباهات خویش شود و در دادرسی نقش فعالی داشته باشد، پس از گذراندن دوران کیفرش و تنبیه شدن، یک احساس مسئولیت نسبت به جامعه و مهم بودن نقشش در جامعه در وی شکل می‌گیرد که او را از ادامه راه مجرمانه خویش بازمی‌دارد؛ زیرا احترام گذاشتن به نظر مجرم این تفکر را به وی القا می‌کند که موجودی ارزشمند است» (حاجی ده‌آبادی و دیگران، ۱۳۹۵).

۳-۲-۲. همسو با الگوی بازپروری بزهکاران

بازپروری یکی از اهداف عدالت کیفری است بدین معنا که شرایط برای بازگشت بزهکاران به زندگی سالم اجتماعی فراهم گردد و به تبع آن پیشگیری از تکرار جرم حاصل می‌شود. از منظر برخی حقوقدانان دخالت دادن اراده مجرم در امر دادرسی و تعیین مجازات گامی مثبت در جهت بازپروری و بازسازی شخصیت وی است (حاجی ده‌آبادی و دیگران، ۱۳۹۵) از منظر این پژوهش برخی تدابیر قانون‌گذار ایران در مواد قانونی در مرحله تعیین مجازات همسو با این الگو هست که برخی از آنان بدین شرح است:

الف) اعمال نظام نیمه آزادی

نظام نیمه آزادی به‌عنوان یکی از نهادهای ارفاقی مطابق ماده ۵۷ قانون مجازات اعمال آن منوط به رضایت محکوم است.

ب) اعمال نظارت‌های الکترونیکی

نظارت الکترونیکی یک ابزار کیفری است که در راستای حرکت از مجازات سالب آزادی به سوی محدودکننده آزادی است که مبانی و شرایط ویژه‌ای دارد. مطابق ماده ۶۲ قانون مجازات استفاده از این نهاد منوط به رضایت محکوم‌علیه است.

ج) جایگزین‌های حبس

نظر به اینکه در برخی از موارد اجرای مجازات حبس، فواید مترتب بر مجازات را ندارد و بلکه شاید اثر عکس داشته باشد در جرایم سبک قانون‌گذار به تناسب، قاضی را مجاز و یا ملزم به اعمال جایگزین حبس کرده است. یکی از موارد جایگزین حبس خدمات عمومی رایگان است. در این مورد قانون‌گذار تبدیل حبس به این جایگزین را منوط به رضایت محکوم‌علیه کرده است (تبصره سوم ماده ۸۴ قانون مجازات).

۳-۲-۳. اصل ترجیح اشتباه در عفو بر اشتباه در کیفردهی

حضرت رسول ﷺ فرمودند: «تا می‌توانید حدود را از مسلمانان دور نمایید و اگر راه گریزی هست باز گذارید، زیرا امام اگر در عفو و گذشت خطا کند بهتر از آن است که در مجازات دچار اشتباه گردد» (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص ۳۹۱) و امام باقر علیه السلام فرمودند: «پشیمانی بر عفو و گذشت، بسی برتر و سهل‌تر از پشیمانی بر مجازات است» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۲، ص ۱۷۰). با بررسی در منابع فقهی می‌تواند گفت که مضمون این قبیل روایات، اصل ترجیح اشتباه در عفو بر اشتباه در کیفردهی، توسط فقیهان تلقی به قبول شده است (یزدی، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص ۴۴؛ نجف‌آبادی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۳۹۷). عدول از پیشنهاد محکوم‌علیه در تعیین مصداق مجازات اخف به‌طور قطع از منظر مجرم تشدید در کیفردهی است و پذیرش آن نوعی عفو محسوب می‌شود؛ در دوران بین تشدید مجازات و گذشت اگر قاضی مجازات پیشنهادی را اعمال نماید درحالی‌که با وظیفه واقعی او مطابق نداشته باشد تنها او در عفو اشتباه کرده است و اگر از مجازات پیشنهادی عدول نماید و مصداق دیگری را اعمال کند درحالی‌که درواقع آنچه مجاز به اعمال بوده باشد مجازات پیشنهادی خود مجرم بوده است اینجا در کیفر دهی خطا کرده است در نتیجه لازمه پذیرش اصل ترجیح اشتباه در عفو بر اشتباه در کیفردهی این است که در مقام شک قاضی به مجازات پیشنهادی محکوم‌علیه اکتفا نماید و ذمه خود را از هرگونه مسئولیتی بری نماید.

۳-۲-۴. اصل تخفیف در مجازات (صرفه‌جویی در کیفردهی)

با دقت در مقتضای روایات این حاصل می‌شود که اساس مجازات الهی بر پایه تخفیف بنا نهاده شده است (زنجانی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۴۴۹؛ یزدی، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص ۸۸). لازمه اعمال این اصل در مقام شک در مصداق مجازات واقعی این است به پیشنهاد محکوم‌علیه در معرفی مجازات اخف بسنده شود.

۳-۳. مبانی جرم‌شناختی

جرم‌شناسی به‌عنوان یک علم که هدف آن عرضه راهکار جهت کاهش و پیشگیری

از جرم است، دارای نظریه‌ها و مکاتب متفاوتی است. این شیوه اعطای اختیار تعیین کیفر اخف به محکوم، یک راهکار جدیدی است که باید دید چنین شیوه‌ای مورد حمایت علم جرم‌شناسی است یا خیر؟ در ادامه آنچه را که می‌تواند به‌عنوان مبنا باشد، عرضه می‌شود.

۳-۳-۱. اصلاح بزهکار

یکی از اهداف علم جرم‌شناسی اصلاح بزهکار و در نتیجه عدم تکرار جرم است. در راستای رسیدن به این هدف باید پاسخ‌دهی به جرم به گونه‌ای باشد که هر زمان هدف حاصل شد مجازات متوقف گردد؛ که این دیدگاه در کلام فقها در خصوص مجازات تعزیر مشهود است از جمله: فاضل هندی می‌نویسد: در هر فعل حرام یا ترک فعل حرام ظاهراً تعزیر از باب انکار منکر واجب است البته در صورتی که با نهی و توبیخ و امثال آنها دست بر ندارد؛ اما اگر با کمتر از زدن (تعزیر) فرد از ارتکاب حرام دست برداشت تعزیر دلیلی ندارد، مگر در بعضی موارد که نص وارد شده تأدیب یا تعزیر شود... (اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۵۴۴)؛ و مانند این نظر در فقهای معاصر هم دیده می‌شود: «... و در مواردی که منظور و هدف اصلی از تعزیر - یعنی تأدیب و منع گناهکار از تکرار گناه - با موارد خفیف‌تر یا با غیر ضرب حاصل شود، دلیلی بر جواز موارد شدیدتر یا ضرب وجود ندارد» (نجف‌آبادی، ۱۴۲۹ق، ص ۱۳۹؛ صافی گلپایگانی، بی‌تا، ص ۷۴) و همچنین اگر مجرم به‌عنوان یک بیمار قلمداد می‌شود و جامعه باید اقدام به درمان او نماید، قطعاً آنچه موجب می‌شود که روند درمان تسریع شود و موفق باشد مشارکت فعال خود بیمار است و با اعمال معیار شخصی در واقع محکوم علیه نظاره‌گر اراده خود در مقابل اراده مقام قضایی است که این خود ایجاد یک حس مسئولیت‌پذیری است (نک: حاجی ده‌آبادی و دیگران، ۱۳۹۵) که این بها دادن به محکوم علیه و ایجاد حس مسئولیت‌پذیری و حس دیده شدن در امر اصلاح و بازپروری او مؤثر است و هدف اصلی از مجازات تعزیر حاصل می‌شود و ادامه تعزیر یا تشدید آن دلیل شرعی موجهی ندارد.

۳-۲-۳. تقلیل آثار برچسب‌زنی

انگاره موضوع پژوهش این است که فرد تمام مراحل رسیدگی کیفری را گذرانده است و اتهام او ثابت شده است و او محکوم به تحمل مجازات شده است. در زمان تحمل یا در حین تحمل مجازات قانون تغییر کرده است حال در قانون لاحق، بنای بر تخفیف است اما اینکه کدام مجازات اخف است محل بحث است در نتیجه با طی شدن این مراحل خود باعث برچسب می‌شود و فرد دیگر در جامعه به‌عنوان یک مجرم شناخته می‌شود. به نظر برخی محققان جرم‌شناسی اعطای حق تعیین سرنوشت به چنین فردی جهت تعیین مجازات اخف یا حداقل پیشنهاد دادن مجازات اخف به دادگاه می‌تواند آثار برچسب خوردن را به حداقل برساند و موجب پیشگیری از پیامدهای منفی برچسب‌زنی گردد (نک: حاجی ده‌آبادی و دیگران، ۱۳۹۵).

۱۵۵

فقه

۴. ادله فقهی جواز اعمال معیار شخصی

نظر به اینکه اجرای قانون اخف یک تخفیف قانونی است و اعمال چنین تخفیفی از سوی دادگاه صادرکننده رأی قطعی، الزامی است (شمس‌ناتری و دیگران، ۱۳۹۳، ص ۵۸) و از سوی دیگر مجازات نهادی است که با جان و مال و اعتبار و آزادی محکوم‌علیه به‌عنوان یک انسان و شهروند مرتبط است، قاضی در یک دوگانگی تضمین امنیت جامعه و حفظ حقوق شهروندان قرار دارد؛ سؤال این است اگر در مشروع بودن یا نبودن اعمال معیار شخصی در تعیین مجازات اخف، شک وجود داشته باشد و دلیلی بر جواز یا حرمت آن نبود، اصل اولی چه اقتضایی دارد؟ آیا اعمال معیار شخصی شرعاً جایز است؟ طبعاً اگر اصل، عدم جواز باشد، باید برای جواز آن ادله اقامه کرد.

مفروض آن است که اصل بر عدم جواز اعمال معیار شخصی در تعیین مجازات تعزیری به‌صورت مطلق است، از این رو برای مدعی باید دلیل اقامه شود که در ذیل ادله اجتهادی متناسب ذکر می‌شود. البته لازم به ذکر است که این ادله به تنهایی فقط جواز تبعیت از نظر محکوم علیه در تعیین مجازات را مستدل می‌نمایند. اما وقتی به

ماهیت مجازات به‌عنوان نهادی که با جان و مال و اعتبار و آزادی محکوم‌علیه به‌عنوان یک انسان و شهروند و امانت الهی مرتبط است؛ نگریسته می‌شود قطعاً اصولی مانند: اصل عدم ولایت شهروندان بر یکدیگر، اصل ترجیح اشتباه در عفو بر اشتباه در کیفردهی، اصل تخفیف در مجازات، اصل حفظ دماء مسلمین، اصل احتیاط در این مسئله حاکم هستند.

۱-۴. قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم»

در قواعد فقهی یکی از قواعد اختصاصی باب تعزیر، قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» است. این قاعده از حیث سندی مسلم است (یزدی، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص ۲۲۴). با توجه به تفسیر از واژه «الحاکم» به معنای قاضی، ایشان می‌تواند به انتخاب محکوم‌علیه توجه نماید و مجازاتی که ایشان اراده کرده است را به‌عنوان مجازات اخف تعیین نماید و جایگزین مجازات مورد نظر خود کند. در ادامه برخی فتاوی مرتبط با این مسئله ذکر می‌شود.

آیت‌الله مکارم شیرازی بر این باورند که در تعزیرات چه منصوص و غیر منصوص در صورتی که قاضی تبدیل تعزیر را اصلح بداند، تبدیل مانعی ندارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۴۸۸) و مرحوم آیت‌الله بهجت معتقد است: «تعزیر اگر حق‌الله باشد، نمی‌توان آن را به پول تبدیل کرد و اگر حق غیر باشد، با رضایت می‌توان به پول تبدیل کرد...» (بهجت، ۱۴۲۸ق، ج ۴، ص ۴۶۲). مرحوم آیت‌الله صافی بر این باور است: «به نظر حقیر حبس، تعزیر شرعی نیست ولی تبدیل ضرب به سوط، به حبس در زمان معین یا جزاء نقدی اگر مجرم هم قبول کند با نظر حاکم نه طبق قانون معین، جائز است.» (نک، صافی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۷۷).

اگر منظور از واژه «الحاکم»، فقیه حاکم باشد قطعاً در عصر حکومت اسلامی، قوه مقننه به‌عنوان زیرمجموعه از حاکمیت فقیه متصدی قانون‌گذار است؛ در نتیجه اگر قانون‌گذار در قالب یک ماده قانونی و یا تبصره چنین حقی برای محکوم‌علیه جعل نماید، امری مشروع است.

۲-۴. روایت شفاعت‌پذیر بودن تعزیرات

علت حکم به مجازات تعزیر زیر پا گذاشتن حقی از حقوق حکومت یا حقوق مردم است. در تعزیر حکومتی برخی بر این باورند که ولی امر شفاعت کسی را که خواستار عفو گناهکار است، جایز است بپذیرد. به دلیل روایت نبوی صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ که فرمود: «در محضر من شفاعت کنید و خداوند هر چه خواهد بر زبان پیامبر خود جاری خواهد ساخت.» (منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص ۶۱۴)، حتی در استفتائات تصریح شده: «موارد تعزیرات شخص حاکم می‌تواند به ملاحظه مقامات و موارد تعزیر را به اخف از آنچه خود حکم داده تخفیف دهد و در واقع تجدیدنظر در حکم خود بنماید حتی به شفاعت اشخاص ترتیب اثر بدهد و اجراء حکم را متوقف سازد...» (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۳۰) این یعنی در مجازات تعزیری افراد دیگری می‌توان نقش آفرین باشند؛ و هیچ منعی ندارد که خود محکوم‌علیه نیز با پیشنهاد مجازات اخف به نوعی مطالبه شفاعت نماید.

۳-۴. مشورت‌پذیری قضاء و افتاء

محقق حلی در ذیل آداب قضاوت معتقد است که قاضی از میان علما، افرادی را حاضر نماید تا شاهد قضاوت او باشند و اگر خطا کرد او را هشدار دهند و بر این باور است که قاضی در مسائل مشتبه، با علما مناقشه و مجادله علمی نماید تا فتوای متقن حاصل شود (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۶۶؛ نک: صدر، ۱۴۲۰ق، ج ۹، ص ۱۸۸) برخی بر این باورند که انجام مشورت نه تنها در امر قضا منعی نداشته و ندارد بلکه سیره فقها در بحث افتاء هم بر محور مشورت بوده است (شوشتری، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۲۶۰). مشورت در اموری که ناظر به تشخیص حکم و به اصطلاح شبهه حکمی است قطعاً طرف مشورت باید خبیره و اهل تشخیص باشد اما در امور موضوعی تخصص شرط نیست؛ و تشخیص اینکه کدام مجازات نسبت به محکوم‌علیه اخف است یک شبهه موضوعی است و صحت مشورت در رفع این شبهه‌ها منوط به کارشناس بودن طرف مشورت نیست؛ بنابراین اعمال مجازات اخف توسط قاضی با توجه به پیشنهاد خود محکوم‌علیه از مصادیق جدید مشورت‌پذیری است.

نتیجه‌گیری

در عین حال که نهاد مجازات از قواعد آمر است و رضایت اطراف پرونده مؤثر در مقام نیست اما در تمام انواع مجازات مصرح در قانون (حدود، قصاص، دیات، تعزیرات) به تبع از آموزه‌های فقهی مصادیقی وجود دارد که نقش فعالی برای محکوم‌علیه ترسیم شده و پیش شرط اجرای مجازات و یا تبدیل مجازات رضایت محکوم‌علیه است. در نتیجه پذیرش اعمال معیار شخصی در تشخیص مجازات اخف به‌عنوان یکی دیگر از مصادیق نقش فعال محکوم‌علیه در نهاد مجازات، خلاف نظم عمومی و حاکمیت و استقلال مقام قضایی نیست و مبانی حقوق کیفری و ادله اجتهادی بر تأیید این مطلب دلالت دارند.

بنابراین پیشنهاد می‌شود با توجه به پشتوانه قوی و مستدل فقهی و حقوقی، قانون‌گذار به‌صراحت در قالب الحاق یک تبصره به ماده ۱۰ قانون مجازات به نقش خود محکوم‌علیه در تعیین مجازات اخف اشاره نماید تا هیچ شبهه‌ای در تشخیص مجازات اخف باقی نماند.

فهرست منابع

- آبی، فاضل، حسن بن ابی طالب یوسفی. (۱۴۱۷ق). کشف الرموز فی شرح مختصر النافع (ج ۲)، چاپ سوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ابو الحسین، احمد بن فارس بن زکریا. (۱۴۰۴ق). معجم مقائیس اللغة (ج ۲). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان (ج ۱۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- اصفهانى، حسین بن محمد راغب. (۱۴۱۲ق). مفردات ألفاظ القرآن، لبنان، سوریه: دار العلم، الدار الشامیة.
- اصفهانى، فاضل هندی محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام (ج ۱۰). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- الهام، غلامحسین؛ برهانى، محسن. (۱۴۰۰). درآمدی بر حقوق جزای عمومی جرم و مجرم (چاپ ششم). تهران: نشر میزان.
- بهجت، محمد تقی. (۱۴۲۸ق). استفتاءات (ج ۴). قم: دفتر مرجع.
- جعفری، محمد تقی. (۱۴۱۹ق). رسائل فقهی (چاپ اول). تهران: منشورات کرامت.
- جلالی، علیرضا؛ مالدار، محمدحسن. (۱۴۰۱). تضمین کرامت انسانی بزه کار در مرحله تعیین کیفر در پرتو رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر. پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۴، شماره ۷۶، صص ۲۴۷-۲۷۵.
- جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۹۷). سروش هدایت (ج ۷). قم: نشر اسراء.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة. بیروت: دار العلم للملایین.

حاجی ده آبادی، محمد علی؛ قادری نیا، محمد. (۱۳۹۵). مبانی، آثار و چالش‌های حق مجرم در تعیین سرنوشت خویش در دعوی کیفری. حقوق اسلامی، دوره ۱۳، شماره ۵۱، صص ۷۱-۱۰۲.

حائری، سیدعلی بن محمد طباطبایی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (ج ۱۶). قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).

حلی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة (ج ۹، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

حسینی واسطی زبیدی حنفی، سیدمحمد مرتضی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس (ج ۷) بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع.

خوانساری، سیداحمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع (ج ۷، چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.

زنجانی، عباس علی عمید. (۱۴۲۱ق). فقه سیاسی (ج ۱، چاپ چهارم). تهران: امیرکبیر. ساریخانی، عادل؛ میرزایی مقدم، مرتضی. (۱۳۹۴). «قصاص مراتبی در جنایات ما دون نفس»، دو فصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری، دوره ۱۲، شماره ۹، صص ۳-۲۸.

شیرازی زنجانی، سیدموسی. (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح (ج ۴). قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز. شمس ناتری، محمدابراهیم؛ کلاتری، حمیدرضا؛ زارع، ابراهیم؛ ریاضت، زینب. (۱۳۹۳). شرح قانون مجازات (چاپ دوم). تهران: میزان.

شوشتری، سیدمحمد حسن مرعشی. (۱۴۲۷ق). دیدگاه‌های نو در حقوق (ج ۱، چاپ دوم). تهران: نشر میزان.

صاحب بن عباد، کافی الکفاة، اسماعیل بن عباد. (۱۴۱۴ق). المحيط فی اللغة (ج ۱). بیروت: عالم الكتاب.

صافی گلپایگانی، لطف الله. (بی تا). التعزیر، أحكامه و حدوده. بی جا. صافی گلپایگانی، لطف الله. (۱۴۱۷ق). جامع الأحکام (ج ۲، چاپ چهارم). قم: انتشارات حضرت معصومه (علیها السلام).

- صدر، شهید سید محمد، ماوراء الفقه (۱۴۲۰ق). بیروت: دارالأضواء للطباعة.
- طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام (ج ۱۰، چاپ چهارم). تهران: دارالکتب الإسلامية.
- حرّعاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (ج ۱۲). قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
- عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام (ج ۱۴). قم: المعارف الإسلامية.
- فیومی، احمد بن محمد مقری (بی تا). المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی (ج ۲). قم: منشورات دارالرضی.
- ققی، محمد مؤمن. (۱۴۲۲ق). مبانی تحریر الوسيلة - کتاب الحدود. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (ج ۷، چاپ چهارم). تهران: دارالکتب الإسلامية.
- لنکرانی، محمد فاضل موحدی. (۱۴۲۲ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - الحدود. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
- لنکرانی، محمد فاضل موحدی. (بی تا). جامع المسائل (ج ۱، چاپ یازدهم). قم: امیر قلم.
- مازندرانی، علی اکبر سیفی. (۱۴۲۸ق). دلیل تحریر الوسيلة - ولایة الفقیه (چاپ دوم). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام (ج ۴، چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- محمدیان، علی (۱۳۹۹). «اصل ۱۶۷ قانون اساسی و امکان سنجی صدور حکم براساس فتوای اخف»، پژوهشنامه حقوق کیفری، دوره ۱۱، شماره ۲، پیاپی ۲۲، صص ۲۲۱-۲۴۱.
- مصباح یزدی، محمدتقی. (۱۳۹۶). نظریه حقوقی اسلام (ج ۱، چاپ ششم). ناشر: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی علیه السلام.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). استفتاءات جدید (ج ۳، چاپ دوم). قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۴ق). کتاب النکاح (ج ۲). قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
منتی نژاد، صادق. (۱۳۸۶). معیارهای سنجش بی‌مبالاتی؛ معیار شخصی یا نوعی؟، حقوق پزشکی، دوره ۱، پیاپی ۲، صص ۱۲۴-۱۰۷.

موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن. (۱۴۰۱ق). قواعد فقهیه (ج ۱، چاپ سوم). تهران: مؤسسه عروج.

موسوی خویی، سید ابو القاسم. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج (ج ۴۲). قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی.

موسوی خویی، سید ابو القاسم. (بی تا). المکاسب - مصباح الفقاهة. بی جا.
موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا. (۱۴۱۲ق). الدر المنضود في أحكام الحدود (ج ۱، ۲). قم: دارالقرآن الکریم.

میرمحمد صادقی، حسین. (۱۴۰۰). حقوق جزای عمومی ۱ (چاپ دوم). تهران: نشر دادگستر.
نائینی، میرزا محمد حسین غروی. (۱۴۲۴ق). تنبیه الأمة و تنزیه الملة. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

منتظری نجف آبادی، حسین علی. (۱۴۰۹ق). مبانی فقهی حکومت اسلامی (ج ۳، مترجم: محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری). قم: مؤسسه کیهان.

منتظری نجف آبادی، حسین علی. (بی تا) رساله استفتاءات. قم: بی نا.
منتظری نجف آبادی، حسین علی. (۱۴۰۹ق). دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية (ج ۲). قم: نشر تفکر.

منتظری نجف آبادی، حسین علی. (۱۴۲۹ق). حکومت دینی و حقوق انسان. قم: ارغوان دانش.
نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام (ج ۴۲، ۴۳، چاپ هفتم). بیروت: دار احیاء التراث العربی.

وحدت، مهدی؛ اسفندیار، ایمان؛ غلامی، حمید. (۱۴۰۰). بررسی اخف یا اشد بودن مجازات شلاق و جزای نقدی در بزه توهین در پرتو قانون کاهش مجازات حبس تعزیری. فصلنامه رأی (مطالعات آرای قضایی)، ۱۰(۳۵)، صص ۴۱-۶۵.
doi: 10.22106/jcr.2021.528613.1338

هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۱۹ق). بایسته‌های فقه جزا. تهران: نشر میزان - دادگستر.
هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۳ق). قراءات فقهیه معاصره (ج ۱). قم: دائرة المعارف فقه اسلامی.

همایی چراغی، پیمان؛ حبیبی تبار، حسین؛ قیوم زاده، محمود. (۱۳۹۸). بررسی کرامت ذاتی انسان در مجازات‌های محرومیت از حقوق اجتماعی. تعالی حقوق، دوره ۵، شماره ۳، صص ۲۲-۶۰.

یزدی، سیدمصطفی محقق داماد. (۱۴۰۶ق). قواعد فقه (ج ۴، چاپ دوازدهم). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

References

- 'Amili, Z. A. (1992). *Masalik al-Afham ila Tanqih Sharayi' al-Islam* (Vol. 14). Qom: Al-Ma'arif al-Islamiyyah. [In Arabic]
- Abi, F. (1996). *Kashf al-rumuz fi sharh Mukhtasar al-Nafi'* (Vol. 2, 3rd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Abu al-Husayn, A. (1984). *Mu'jam maqayis al-lughah* (Vol. 2). Qom: Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom. [In Arabic]
- Ardabili, A. b. M. (1983). *Majma' al-fa'ida wa al-burhan fi sharh Irshad al-adhhan* (Vol. 13). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Bahjat, M. T. (2007). *Istifta'at* (Vol. 4). Qom: Daftar-e Marja'. [In Arabic]
- Elham, G., & Borhani, M. (2021). *An Introduction to General Criminal Law: Crime and Criminal* (6th ed.). Tehran: Nashr Mizan. [In Persian]
- Fayyumi, A. b. M. M. (n.d.). *Al-Misbah al-Munir fi Gharib al-Sharh al-Kabir lil-Rafi'i* (Vol. 2). Qom: Dar al-Rida Publications. [In Arabic]
- Haeri, S. A. M. T. (1997). *Riyad al-Masa'il* (Vol. 16). Qom: Al al-Bayt Institute. [In Arabic]
- Haji Dehabadi, M. A., & Ghaderinia, M. (2016). Foundations, consequences, and challenges of the offender's right to determine their own fate in criminal proceedings. *Islamic Law*, 13(51), pp. 71–102. [In Persian]
- Hashemi Shahroudi, S. M. (1999). *Bayistahha-ye fiqh-i jaza*. Tehran: Nashr Mizan – Dadgostar. [In Persian]
- Hashemi Shahroudi, S. M. (2002). *Qira'at fihiyyah mu'asirah* (Vol. 1). Qom: Da'irat al-Ma'arif Fiqh Islami. [In Arabic]
- Hilli, H. Y. A. (1992). *Mukhtalaf al-Shi'a fi Ahkam al-Shari'a* (Vol. 9, 2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Homaei Cheraghi, P., Habibi Tabar, H., & Qayyumzadeh, M. (2019). An Investigation into the Inherent Dignity of Human Beings in Punishments Involving Deprivation of Social Rights. *Ta'ali-ye Huquq*, 5(3), pp. 22–60. [In Persian]

- Hurr 'Amili, M. b. H. (1989). *Wasa'il al-Shi'a* (Vol. 12). Qom: Al al-Bayt Institute. [In Arabic]
- Isfahani, F. Hindi M. b. H. (1995). *Kashf al-litham wa al-ibham 'an qawa'id al-ahkam* (Vol. 10). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Isfahani, H. (1991). *Mufradat al-faz al-Qur'an*. Lebanon, Syria: Dar al-'Ilm, al-Dar al-Shamiyya. [In Arabic]
- Jafari, M. T. (1998). *Rasa'il fiqhī* (1st ed.). Tehran: Keramat Publications. [In Persian]
- Jalali, A., & Maldar, M. H. (2022). Ensuring human dignity of offenders in sentencing in light of the European Court of Human Rights jurisprudence. *Public Law Research*, 24(76), pp. 247-275. [In Persian]
- Javadi Amoli, A. (2018). *Sorush-e Hedayat* (Vol. 7). Qom: Esra Publications. [In Persian]
- Johari, I. (1989). *Al-Sihah - Taj al-lughah wa sihah al-'Arabiyyah*. Beirut: Dar al-'Ilm lil-Malayin. [In Arabic]
- Khwansari, S. A. Y. (1985). *Jami' al-Madarek fi Sharh Mukhtasar al-Nafi'* (Vol. 7, 2nd ed.). Qom: Isma'iliyan Institute. [In Arabic]
- Kulayni, M. b. Y. (1987). *Al-Kafi* (Vol. 7, 4th ed.). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah. [In Arabic]
- Lankarani, M. F. M. (2001). *Tafsil al-shari'a fi sharh Tahrir al-wasilah - Hudud*. Qom: Jurisprudential Center for Pure Imams. [In Arabic]
- Lankarani, M. F. M. (n.d.). *Jami' al-masa'il* (Vol. 1, 11th ed.). Qom: Amir Qalam. [In Persian]
- Makarem Shirazi, N. (2003). *Kitab al-nikah* (Vol. 2). Qom: Imam Ali ibn Abi Talib School. [In Arabic]
- Makarem Shirazi, N. (2006). *Istifta'at jadid* (Vol. 3, 2nd ed.). Qom: Imam Ali ibn Abi Talib School. [In Arabic]
- Mazandarani, A. A. S. (2007). *Dalil-i Tahrir al-wasilah - Vilayat-i faqih* (2nd ed.). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Persian]

- Mesbah Yazdi, M. T. (2017). *Theory of Legal Islam* (Vol. 1, 6th ed.). Qom: Imam Khomeini Educational and Research Institute. [In Persian]
- Mir Mohammad Sadeghi, H. (2021). *General Criminal Law 1* (2nd ed.). Tehran: Dadgostar Publications. [In Persian]
- Mohammadian, A. (2020). Article 167 of the Constitution and the Feasibility of Issuing a Ruling Based on the Lighter Fatwa. *Criminal Law Research Journal*, 11(2), pp. 221-241. [In Persian]
- Montazeri Najafabadi, H. A. (1989). *Dirasat fi vilayat al-faqih wa fiqh al-dawlah al-Islamiyyah* (Vol. 2). Qom: Nashr Tafakkur. [In Arabic]
- Montazeri Najafabadi, H. A. (1989). *Mabani-ye fiqhi-ye hukumat-e Islami* (Vol. 3, I. Salavati & A. Shakuri, Trans.). Qom: Mu'assisah Keyhan. [In Persian]
- Montazeri Najafabadi, H. A. (2008). *Hukumah dini wa huquq-i insan*. Qom: Arghavan-e Danesh. [In Persian]
- Montazeri Najafabadi, H. A. (n.d.). *Risalah istifta'at*. Qom. [In Persian]
- Monti-Nejad, S. (2007). Standards for Measuring Negligence: Personal or Objective Criterion? *Medical Law Journal*, 1(2), pp. 107-124. [In Persian]
- Muhaqqiq Hilli, N. J. b. Hasan. (1987). *Sharayi' al-Islam fi masa'il al-halal wa al-haram* (Vol. 4, 2nd ed.). Qom: Mu'assisah Isma'iliyan. [In Arabic]
- Musawi Bojnourdi, S. M. b. Hasan. (1981). *Qawa'id fiqhiyyah* (Vol. 1, 3rd ed.). Tehran: 'Uruj Institute. [In Arabic]
- Musawi Golpayegani, S. M. R. (1991). *Al-Durr al-manzud fi ahkam al-hudud* (Vols. 1-2). Qom: Dar al-Qur'an al-Karim. [In Arabic]
- Musawi Khoei, S. A. Q. (n.d.). *Al-makasib - Misbah al-fiqahah*. n.p. [In Arabic]
- Musawi Khui, S. A. Q. (2001). *Mabani takmilat al-minhaj* (Vol. 42). Qom: Mu'assasat Ihya' Athar al-Imam al-Khoei. [In Arabic]
- Na'ini, M. M. H. G. (2003). *Tanbih al-ummah wa tanzih al-millah*. Qom: Islamic Propagation Office of Qom. [In Arabic]

- Najafi, M. H. (1984). *Jawahir al-kalam fi sharh Sharayi' al-Islam* (Vols. 42-43, 7th ed.). Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]
- Qummi, M. M. (2001). *The Foundations of Tahrir al-Wasilah - Book of Hudud*. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Persian]
- Sadr, S. M. (2000). *Beyond Jurisprudence*. Beirut: Dar al-Adwa'. [In Arabic]
- Safi Golpayegani, L. (1996). *Jami' al-Ahkam* (Vol. 2, 4th ed.). Qom: Hazrat Ma'sumeh Publications. [In Arabic]
- Safi Golpayegani, L. (n.d.). *Al-Ta'zir: Its Rulings and Limits*. [In Arabic]
- Sahib ibn 'Abbad, I. B. A. (1993). *Al-Muhit fi al-Lughah* (Vol. 1). Beirut: 'Alam al-Kitab. [In Arabic]
- Sarikhani, A., & Mirzaei Moghaddam, M. (2015). Gradual retribution in crimes short of killing. *Biannual Journal of Criminal Law Teachings*, 12(9), pp. 3-28. [In Persian]
- Shams Nateri, M. E., Kalantari, H. R., Zare', E., & Riyazat, Z. (2014). *Commentary on the Penal Code* (2nd ed.). Tehran: Mizan. [In Persian]
- Shubairi Zanjani, S. M. (1998). *Kitab al-Nikah* (Vol. 4). Qom: Raay Pardaz Research Institute. [In Arabic]
- Shushtari, S. M. H. M. (2006). *New Perspectives in Law* (Vol. 1, 2nd ed.). Tehran: Mizan. [In Persian]
- Tusi, M. b. H. (1987). *Tahdhib al-Ahkam* (Vol. 10, 4th ed.). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah. [In Arabic]
- Vahdat, M., Esfandiar, I., & Gholami, H. (2021). Examining the Lesser or Greater Severity of Flogging and Monetary Fines in the Crime of Insult in Light of the Law on Reducing Discretionary Imprisonment Sentences. *Ray (Judicial Opinion Studies)*, 10(35), pp. 41-65. <https://doi.org/10.22106/jcr.2021.528613.1338> [In Persian]
- Yazdi, S. M. (1985). *Qawa'id fiqh* (Vol. 4, 12th ed.). Tehran: The Center for Publications of Islamic Sciences. [In Arabic]

Zanjani, A. A. (2000). *Political Jurisprudence* (Vol. 1, 4th ed.). Tehran: Amir Kabir.
[In Persian]

Zubaidi Hanafi, S. M. M. (1993). *Taj al-'Arus min Jawahir al-Qamus* (Vol. 7). Beirut:
Dar al-Fikr. [In Arabic]



A Critical Analysis of the Legal Requirements for Witness Testimony in Light of Social Transformations: A Comparative Examination of the Concepts of Vagrancy and Begging in Relation to Social Exclusion¹

Fatemeh Najibzadeh¹

Moein Gholamalipour²

1. PhD Candidate, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran (Corresponding Author)

Email: fatemeh.najibzadeh@mail.um.ac.ir; Orcid: 0000-0003-0348-9545

2. Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Malard Branch, Tehran, Iran

Email: moein.gh.alipour@ut.ac.ir; Orcid: 0000-0003-3845-4828

Abstract

Article 177 of the 2013 Islamic Penal Code considers “non-engagement in begging” and “non-vagrancy” as prerequisites for accepting witness testimony. However, these two conditions have faced serious challenges in light of recent social developments in Iran, particularly from rational and legal perspectives. This study aims to re-examine these concepts through jurisprudential, social, and legal lenses and to provide a foundational basis for legislative reform. Using a descriptive-analytical method and relying on library resources and data from fiqh software, the findings indicate that the concepts of “beggar” and “vagrant” require redefinition in contemporary

1. Najibzadeh, F., & Gholamalipour, M. (2025). A critical analysis of the legal requirements for witness testimony in light of social transformations: A comparative examination of the concepts of vagrancy and begging in relation to social exclusion. *Journal of Fiqh*, 31(120), pp. 169-201. [In Persian].

<https://doi.org/10.22081/jf.2025.69117.2806>

* **Publisher:** Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom (Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran). ***Type of article:** Research Article

▣ **Received:** 2024/05/20 ● **Revised:** 2024/11/26 ● **Accepted:** 2025/04/14 ● **Published online:** 2025/05/10

© The Authors



social discourse. Only individuals who adopt begging as a profession and a means of livelihood should be excluded from being witnesses—not those who resort to it temporarily or out of necessity. Moreover, vagrancy can only be defined when three indicators—homelessness, unemployment, and reliance on wandering for survival—are simultaneously present. Ultimately, applying these labels to “socially excluded individuals” without precise differentiation not only contradicts principles of justice and the strict interpretation of criminal law but also complicates the process of proving guilt and paves the way for injustice in the target society.

Keywords

Article 177 of the Islamic Penal Code, beggar, vagrant, hand-to-mouth seeker, socially excluded individuals.



نقد و تحلیل شروط قانونی شهادت شاهد در پرتو تحولات اجتماعی؛ تحلیل تطبیقی مفاهیم ولگردی و تکدی‌گری با مفهوم طرد اجتماعی

فاطمه نجیب‌زاده^۱ معین غلامعلی‌پور^۲

۱. دانشجوی دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی، مشهد، ایران (نویسنده مسئول).
fatemeh.najibzadeh@mail.um.ac.ir; Orcid: 0000-0003-0348-9545
۲. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد واحد ملارد تهران، تهران، ایران.
moein.gh.alipour@ut.ac.ir; Orcid: 0000-0003-3845-4828



چکیده

ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، «عدم اشتغال به تکدی» و «عدم ولگردی» را از شرایط استماع شهادت شهود دانسته است. با این حال، این دو شرط در پرتو تحولات اجتماعی اخیر ایران، از حیث مبانی عقلی و حقوقی با چالش‌های جدی مواجه شده‌اند. هدف این پژوهش بازخوانی این مفاهیم با نگاهی فقهی، اجتماعی، حقوقی و عرضه‌مبنایی برای اصلاح تقنینی است. پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی و بر پایه منابع کتابخانه‌ای و داده‌های نرم‌افزارهای فقهی انجام شده است. یافته‌ها نشان می‌دهد مفاهیم «تکدی» و «ولگرد» در ادبیات اجتماعی امروز نیازمند بازتعریف هستند. تنها کسانی که تکدی‌گری را به‌عنوان حرفه و ابزار معاش برگزیده‌اند باید از شمول شاهد خارج شوند، نه کسانی که به‌طور موقت یا اضطراری به آن تن داده‌اند. همچنین، ولگردی تنها با اجتماع سه شاخص بی‌خانمانی،

* استناد به این مقاله: نجیب‌زاده، فاطمه؛ غلامعلی‌پور، معین. (۱۴۰۳). نقد و تحلیل شروط قانونی شهادت شاهد در پرتو تحولات اجتماعی: تحلیل تطبیقی مفاهیم ولگردی و تکدی‌گری با مفهوم طرد اجتماعی. فقه، ۳۱(۱۲۰)، صص ۱۶۹-۲۰۱.

<https://doi.org/10.22081/jf.2025.69117.2806>

□ نوع مقاله: پژوهشی؛ ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم (پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران) © نویسندگان

□ تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۳۱ □ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۹/۰۶ □ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۱/۲۵ □ تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۴/۰۲/۲۰



بیکاری و اتکاء به پرسه‌زنی برای گذران زندگی قابل تعریف است. در نهایت، اطلاق این مفاهیم به «مطرودین اجتماعی» بدون تفکیک دقیق، نه تنها با اصول عدالت و تفسیر مضیق قوانین کیفری در تضاد است، بلکه اثبات جرم در جامعه هدف را دشوار و زمینه‌ساز بی‌عدالتی خواهد ساخت.

کلیدواژه‌ها

ماده ۱۷۷ قانون مجازات، منکدی، ولگرد، سائل به کف، مطرودین اجتماعی.

طرح مسئله

بر اساس ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ایران، شاهد در زمان ادای شهادت باید شرایط زیر را دارا باشد: بلوغ، عقل، ایمان، عدالت، طهارت مولد، ذینفع نبودن در موضوع، نداشتن خصومت با طرفین یا یکی از آنها، عدم اشتغال به تکدی، ولگرد نبودن. ملاک قانونگذار در ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در عدم استماع شهادت فرد متکدی و ولگرد آن است که در واقع این دو پدیده به نوعی نشان دهنده عدم ثبات اجتماعی و اقتصادی فرد بوده و ممکن است علامت ضعف یا نقص در شخصیت فرد به ویژه در مسائل حقوقی و قضایی تلقی شود و از آنجا که شهادت شهود به عنوان یکی از ابزارهای اساسی اثبات در محاکم است و پذیرش شهادت افرادی که از لحاظ اجتماعی یا اقتصادی وضعیت نامطلوبی دارند، ممکن است بر اعتبار سیستم قضایی تأثیر منفی بگذارد و از این جهت شهادت ایشان مورد استماع واقع نمی‌شود و همچنین فردی که متکدی است ممکن است به دلیل نیازهای اقتصادی، مورد سوء استفاده واقع شده و با دریافت مبالغی دست به شهادت نادرست بزند که این امر نیز خود دلیل مضاعفی بر عدم استماع شهادت این دسته از افراد است. این شروط در گذر زمان به موارد اختلاف فقها و حقوقدانان تبدیل شده است؛ در جوامع امروزی که تغییرات سریع و گسترده‌ای را تجربه می‌کند، گروهی از افراد به دلایل مختلف از جامعه طرد شده و در طبقه‌ای جدیدی از جامعه به نام مطرودین اجتماعی قرار می‌گیرند، این افراد ممکن است در واقع امکان ادای شهادت را داشته باشند، اما به دلیل عدم تطابق با شرایط احصائی در قانون، شهادتشان پذیرفته نشود. مسئله‌ای که پیش روی نظام قضایی و جامعه فعلی ایران قرار دارد این است که آیا همه طردشدگان اجتماعی ذیل عنوان ولگرد یا متکدی قرار می‌گیرند؟ به طور مثال کارتن خواب یا مهاجری که به علت نداشتن مسکن و مأوی مناسب مدتی را از روی ناچاری در خیابان سر می‌کند، به عنوان ولگرد شناخته می‌شود؟ یا فرد بی‌خانمانی که گاهی از مردم درخواست غذا می‌کند ذیل عنوان متکدی قرار می‌گیرد؟ پژوهش حاضر با رویکردی توصیفی-تحلیلی و مراجعه به منابع کتابخانه‌ای، به بررسی شرایط سلبی شهادت شهود پرداخته و به ضرورت تفکیک عنوان مطرودین

اجتماعی از ولگردان و متکدیان می‌پردازد. این تفکیک از آن جهت اهمیت دارد که هر طردشده اجتماعی را نمی‌توان به سادگی ولگرد یا متکدی محسوب کرد. بسیاری از این افراد به دلایل مختلفی از جمله مشکلات اقتصادی، ضعف فرهنگی، عدالت اجتماعی و یا حتی مهاجرت ناموفق، از جامعه طردشده‌اند، از سویی با توجه به اینکه این گروه از افراد، در جامعه کنونی رو به فزونی هستند، توجه به شرایط و حقوق آنان از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. این تحقیق در پی آن است که با ارائه راهکار، امکان پذیرش شهادت مطرودین را جدا از عنوان ولگردان و متکدیان واقعی، در نظام قضایی و جامعه فراهم سازد. در بررسی پیشینه پژوهش این اثر، موردی که مستقلاً به واکاوی شروط شاهد با رویکرد تفکیک مطرودین اجتماعی از متکدیان و ولگردان پرداخته باشد، یافت نشد، اما مواردی که در جزئیات یا کلیات بحث با این پژوهش مشترکاتی دارند، بررسی شد. برخی از پژوهش‌ها شرایط و احکام شهود را از منظر فقه و حقوق ایران تحلیل کرده‌اند اما به مسئله تفکیک مطرودین اجتماعی نپرداخته‌اند (مجرد، ۱۳۹۶). برخی دیگر به ارزش اثباتی شهادت و مباحث مربوط به عدالت شاهد پرداخته‌اند، اما در آنها رویکرد قانون‌گذار نسبت به شرایط متکدیان، ولگردان و طردشدگان از جامعه بررسی نشده است (فرخی، ۱۳۹۵). پژوهش‌هایی نیز به شرایط شهود پرداخته‌اند، اما عدم ولگردی و عدم اشتغال به تکدی را به عنوان شرط مستقل مورد توجه قرار نداده‌اند (رحیم‌نهادی، ۱۳۹۷). در برخی مطالعات، تعارض منافع شاهد بررسی شده و مباحثی درباره ولگردی و تکدی‌گری مطرح شده است، اما تفکیک این دو مفهوم از مطرودین اجتماعی انجام نگرفته و بیشتر بر معضل شاهدان اجاره‌ای تمرکز شده است (سیاه‌بیدی کرمانشاهی، ۱۴۰۰)؛ همچنین، پژوهش‌هایی که شرایط متکدیان را بررسی کرده‌اند، در مقایسه با سایر آثار از نظر تفسیر این شرایط وضعیت بهتری دارند، اما همچنان از پرداختن به تفاسیر مختلف ولگردی و تکدی‌گری و ارتباط آنها با مطرودین اجتماعی خودداری کرده‌اند (رحیمی و محمودی، ۱۴۰۰). بر این اساس، نوآوری این پژوهش در تفکیک عنوان مطرودین اجتماعی از ولگردان و متکدیان است. در این راستا، رویکرد قانون‌گذار نسبت به اعتبار شهادت این گروه از افراد جامعه مورد نقد و بررسی قرار گرفته است، موضوعی که در نهایت

می‌تواند منجر به بهبود قوانین و رویه قضایی در احراز شرایط شهود، همسو با دیگر گونی‌های اجتماعی جامعه ایران شود.

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. شاهد

شاهد شخصی است که بر خبری قاطع و اصلی قطعی خبر می‌دهد و شهادت او بر حضور و علم و اعلام او دلالت دارد (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۲۳۹). در معنای اصطلاحی «شاهد عبارت است از کسی که نسبت به امری شهادت می‌دهد، خواه ادای شهادت کرده باشد خواه تحمل شهادت، یعنی موضوع شهادت را احساس نموده و از آن اطلاع حاصل کرده است» (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۰، ص ۳۷۳).

۲-۱. تکدی‌گری

واژه تکدی یک لغت عربی برگرفته از کلمه مکدی به معنای سائل بوده و فردی است که اصرار بر درخواست زیاد دارد (خفاجی، بی‌تا، ص ۲۷۰) و مأخوذ از ریشه «کدی» به معنای صلابت است (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۳۹۵)، در زبان عرب، کلمات سائل، تسؤل، متسؤل و استجداء نیز در معنای متکدی به کار رفته است (حمیری، بی‌تا، ج ۶، ص ۳۷۰۸؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۲۸۳).

۳-۱. ولگردی

ولگردی به معنی آوارگی، بی‌کاری و بی‌خانمانی است (دهخدا، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۳۱۴۳). همچنین از آن با عنوان «متشرد» در متون لغوی یاد شده است، یعنی شخصی که فاقد مسکن و مأوی بوده و بدون شغل مشخص، اقدام به زندگی بدون هدف می‌نماید (مختار عمر، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص ۸۳).

۴-۱. سائل به کف

سائل به کف در لغت به معنای فقیر، گدا، متکدی، پرسشگر و در یوزه‌گر بوده که

حتی کاسه‌ی گدایی نیز نداشته باشد. در برخی از متون فقهی متکدی با عنوان «سائل به کف» شناخته می‌شود، سائل به کف شخصی است که به دفعات مکرر از دیگران مالی را طلب نموده و در بین آحاد مردم به حرفه گدایی شناخته می‌شود و با دستان خود از دیگران مالی را دریافت می‌کند» (نراقی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۲۸۳؛ خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱، ص ۱۲۰).

۱-۵. مطرودین اجتماعی

طرد در لغت به معنی راندن از روی بی‌اعتنایی است (طریحی، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۹۱). پدیده طرد اجتماعی یا واپس‌زدگی اجتماعی اصطلاحی در جامعه‌شناختی است که به‌عنوان یک معضل اجتماعی از آن یاد می‌شود، از منظر علم جامعه‌شناسی طرد اجتماعی، فرآیندی چندبعدی از گسست اجتماعی پیشرونده است (Silver, 2006, p.28).

مطرودین جامعه شامل طیف‌های مختلفی از افراد است از جمله: سالخورده‌گان و معلولان، مصرف‌کنندگان مواد مخدر، کارگران از کارافتاده و بیمار، کارتن‌خواب، مهاجرین و کودکان در معرض آزار (Saunders and Tsumori, 2002).

۲. عوامل و آثار طرد اجتماعی

طرد شدن از اجتماع حالتی است که فرد احساس مشارکت در اجتماع را نداشته و از جامعه کناره‌گیری می‌کند. این پدیده مفهومی چندبعدی است که ریشه در عوامل مختلف اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی، سیاسی، آموزشی و ... دارد و به‌صورت‌های مختلفی در جامعه نمود پیدا می‌کند (کرمانی، ۱۴۰۱؛ قاضی نژاد، ۱۳۹۲).

از سوی دیگر رسالت اسلام در زمینه تأمین عدالت اجتماعی، ایجاد امکانات مساوی قانونی در مالکیت، آزادی، حق‌اشغال مقامات اجتماعی و مذهبی و قضایی و سیاسی و نظامی و حق‌تعلیم و تعلم و کسب‌هنر و شغل و حرفه به‌صورت علی‌السویه برای همه مردم است (مطهری، ۱۳۸۵، ج ۱، صص ۵۱-۵۳). حال اگر پیاده‌سازی عدالت اجتماعی در جامعه‌ای با نقص روبه‌رو شود منجر به محرومیت و مظلومیت افراد می‌گردد (مطهری،

۱۳۸۵، ج ۱۴، ص ۲۹۰) و در نتیجه محرومیت طولانی می‌تواند واپس‌زدگی اجتماعی و طرد از جامعه را به همراه داشته باشد.

با توجه به این که طرد اجتماعی مختص جنبه‌های مادی و اقتصادی زندگی افراد نیست بلکه با ابعاد مختلفی از زندگی جمعی در ارتباط است (قاضی نژاد و ساوالان پور، ۱۳۸۷؛ کرمانی، ۱۴۰۱) و بهتر است مستقلاً به هر یک از این ابعاد پرداخته شود.

۱-۲. عوامل اقتصادی

طرد اجتماعی در بُعد اقتصادی به معنای عدم دسترسی به منابع مالی، فرصت‌های شغلی و خدمات عمومی است. افرادی که در این وضعیت قرار دارند، به‌طور معمول با مشکلاتی نظیر بیکاری، عدم توانایی در تأمین نیازهای اولیه زندگی و ناتوانی در بهره‌مندی از خدمات بهداشتی و آموزشی مواجه هستند. این محرومیت اقتصادی نه تنها کیفیت زندگی آنها را تحت تأثیر قرار می‌دهد، بلکه می‌تواند به ایجاد چرخه‌ای از فقر و نابرابری منجر شود که خروج از آن بسیار دشوار است، پیامد چنین وضعیتی را می‌توان در مواردی چون نداشتن شغل مناسب، بیکاری طولانی، فقر درآمدی، دستمزدهای پایین، ناامنی شغلی، عدم دسترسی به تسهیلات و اعتبارات مالی و فقدان حداقلی مجموعه‌ای از خدمات اساسی نظیر سرپناه مناسب، بهداشت، آب سالم، آموزش و ... مشاهده کرد که هر فردی در چنین وضعیتی قرار گیرد طردشده از جامعه تلقی می‌گردد (Bhalla and Lapeyre, 1998, p. 418; Smith, 2000, pp. 8-9).

۲-۲. عوامل فرهنگی و آموزشی

طرد اجتماعی همچنین می‌تواند به عدم دسترسی به فرهنگ‌ها، آموزش و اطلاعات منجر شود. افرادی که از منابع فرهنگی محروم هستند، ممکن است نتوانند مهارت‌های لازم برای مشارکت فعال در جامعه را کسب کنند. این محرومیت فرهنگی نه تنها بر توانایی افراد برای تعامل با دیگران تأثیر می‌گذارد بلکه می‌تواند بر هویت فرهنگی آنها نیز اثر بگذارد (قاضی نژاد و ساوالان پور، ۱۳۸۷؛ کرمانی، ۱۴۰۱).

۲-۳. عوامل اجتماعی

در بُعد اجتماعی، طرد اجتماعی می‌تواند به انزوا و کاهش حس تعلق به جامعه منجر شود. افرادی که از فعالیت‌های اجتماعی و فرهنگی بازمی‌مانند، ممکن است احساس تنهایی و بیگانگی کنند. این انزوا می‌تواند بر سلامت روانی آنها تأثیر منفی بگذارد و منجر به بروز مشکلاتی نظیر افسردگی و اضطراب شود؛ همچنین این افراد ممکن است نتوانند از شبکه‌های حمایتی اجتماعی بهره‌مند شوند که برای مقابله با چالش‌های زندگی ضروری هستند (کرمانی، ۱۴۰۱).

۲-۴. عوامل سیاسی

از منظر سیاسی، طرد اجتماعی شامل عدم دسترسی به حقوق شهروندی و مشارکت در فرآیندهای تصمیم‌گیری است. باید توجه داشت که مشارکت سیاسی فراتر از فعالیت‌های انتخاباتی است و شامل اشکال مختلفی از فعالیت‌های سیاسی می‌شود. این اشکال شامل حضور و مشارکت در نهادهای جامعه مدنی، مانند سازمان‌های مردمی، نهادهای محلی، گروه‌های صنفی و دیگر تشکل‌ها است. اهمیت شنیده شدن صدای گروه‌های سیاسی و طبقات مختلف جامعه به‌ویژه در زمان‌هایی که رکود اقتصادی یا بحران‌های سیاسی و اجتماعی بروز می‌کند، بسیار بالاست. این مشارکت می‌تواند به تقویت حس مشارکت جمعی و ایجاد تغییرات مثبت در جامعه کمک کند. افرادی که طرد شده‌اند، به‌طور معمول احساس عدم مشارکت اجتماعی و محرومیت از حقوق شهروندی را بیشتر در خود حس می‌کنند و در بلندمدت از جامعه کناره‌گیری می‌کنند و ممکن است به فعالیت‌های کاذب از قبلی و لگردی و تکدی‌گری بپردازند (Richardson, 2005, pp. 91-93).

۲-۵. عوامل محیطی و منطقه‌ای

در بسیاری از جوامع، به‌ویژه در کشورهای در حال توسعه، بخش قابل توجهی از فقرا و تهیدستان شهری در محله‌ها و مناطق خاص جغرافیایی متمرکز شده‌اند. این وضعیت

باعث می‌شود که سایر شهروندان با استفاده از نشانه‌ها و علامت‌های مختلف، تلاش کنند فاصله اجتماعی خود را با این گروه‌ها حفظ کنند. در این زمینه، طرد اجتماعی شامل دو مؤلفه پایه و پیرو است.

مؤلفه پایه: به مسائل هویتی مربوط به طرد محیطی اشاره دارد. این مؤلفه از یک سو مانع از ادغام و برقراری ارتباط میان ساکنان محله‌های فقیرنشین و جامعه بزرگتر می‌شود و از سوی دیگر، موجب نادیده‌انگاری آنها توسط مسئولان و مردم عادی می‌شود. بسیاری از ما با نمونه‌هایی آشنا هستیم که یک محله یا منطقه خاص با برجسب‌ها و عناوین منفی شناخته می‌شود. این برجسب‌زنی مانع از ایجاد اعتماد و پذیرش افراد ساکن در این مناطق در جامعه بزرگتر می‌شود.

مؤلفه پیرو: به ضعف زیرساخت‌ها و کیفیت پایین خدمات عمومی در این مناطق اشاره دارد. کمبودهای موجود مانع از پویایی اجتماعی و مشارکت ساکنان در عرصه‌های عمومی می‌شود. مشکلاتی نظیر فرسودگی فضا، ناپایداری ساختارهای شهری و روستایی، کمبود زیرساخت‌های حمل‌ونقل، بهداشت نامناسب محیط، عدم وجود شبکه دفع فاضلاب و امنیت اجتماعی پایین، از مهمترین ویژگی‌های محیطی هستند که مکان را به فضایی نامناسب برای تعاملات اجتماعی تبدیل می‌کنند (Adaman and Keyder, 2006, pp. 99-11).

شهید مطهری نیز در کتاب «یادداشت‌ها» محیط فاسد را عامل محرومیت و طرد شدن از جامعه عنوان کرده است (مطهری، ۱۳۸۵، ج ۱۴، ص ۲۹۰). این مسئله به‌ویژه در مناطقی که با بافت‌های فرسوده، تاریخی و سکونتگاه‌های غیررسمی، و محیط‌های به‌اصطلاح حاشیه‌نشین به وضوح مشاهده می‌شود.

در نهایت، می‌توان گفت طرد اجتماعی یک پدیده چندوجهی است که در بلندمدت آثار خاصی در جامعه ایجاد می‌کند، برخی از این آثار که به وضوح امروزه در جوامع انسانی قابل مشاهده است، روی آوردن به تکدی‌گری و ولگردی به‌صورت مستمر است، به گونه‌ای که فرد بسته به عوامل مختلفی که ذکر شد تلاشی برای بازگشت

مؤثر به اجتماع نمی‌کند و نه تنها از جامعه طرد شده است بلکه به شکل حرفه‌ای ممکن است به تکدی‌گری و ولگردی نیز پردازد. هدف از پژوهش حاضر، مقابله یا ارائه راهکار برای جلوگیری از پدیده طرد اجتماعی نیست بلکه در راستای پذیرش یک گروه جدید اجتماعی است که باید مورد توجه ویژه سیاست‌گذاران، محققان، جامعه‌شناسان و قانون‌گذار جامعه ایران قرار گیرد. به همین دلیل در بخش بعدی پژوهش، به بارزترین آثار طرد اجتماعی که به صورت تکدی‌گری و ولگردی در جامعه نمود پیدا می‌کند پرداخته خواهد شد.

۲-۵-۱. تکدی‌گری

بیان شد که متکدی یا سائل به کف به افرادی اطلاق می‌شود که به نوعی از دیگران طلب مال می‌کنند. این افراد را با توجه به کلام فقها می‌توان به سه دسته تقسیم کرد: سائل شغلی، سائل اضطراری، سائل طفیلی. در جمع‌بندی، تفاوت اصلی میان این گروه‌ها در انگیزه‌ها و شرایط اقتصادی آنها نهفته است. سائل به کف شغلی تکدی‌گری را به عنوان شغل دائمی می‌بیند، سائل به کف اضطراری به دلایل بحرانی به طور موقت تکدی‌گری می‌کند و طفیلی‌ها با سوءاستفاده از مهمان‌نوازی، به شکل غیرمجاز از منابع دیگران بهره‌برداری می‌کنند (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۴۳؛ خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۴۱، ص ۱۲۰؛ نراقی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۳۵۶؛ فاضل لنگرانی، ۱۴۲۰ق، ص ۴۹۰؛ سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۸۳). از سوی دیگر این افراد از حیث مفهومی هم ممکن است ذیل عنوان تکدی‌گری قرار نگیرند و چه بسا بتوان به آنها عنوان طردشدگان اجتماعی داده شود، چراکه درحقیقت قصد تکدی‌گری حرفه‌ای نداشته و به خواری نفس نرسیده باشند و به خاطر شرایط نامتناسب اجتماعی در چنین وضعیتی قرار گرفته باشند.

۲-۵-۱-۱. ادله قایلان به عدم پذیرش شهادت متکدی

دسته اول برای عدم مسموع بودن شهادت فرد متکدی که بیشتر از او با عنوان سائل

به کف نام می‌برند ادله‌ای را ذکر کرده‌اند که عبارت‌اند از:

الف) روایتی از علی بن جعفر از امام موسی بن جعفر علیه السلام^۱ (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص ۳۸۲) و روایتی دیگر از محمد بن مسلم از امام محمد باقر علیه السلام^۲ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۹۶) که قایل به پذیرفته نبودن شهادت متکدی هستند و دلیل این امر آن است که اگر مردم به شخص متکدی، مالی پرداخت کنند راضی است و اگر از پرداخت مال به وی امتناع ورزند، نسبت به مردم دچار خشم و غیظ می‌شود و شهادتش را تحت تأثیر قرار می‌دهد (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۵۰۲؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص ۱۹۹).

بررسی: باید توجه داشت که این روایات را نمی‌توان به طور مطلق به تمام متکدیان تعمیم داد و همه کسانی که به تکدی‌گری می‌پردازند، لزوماً مشمول این حکم نمی‌شوند. بسیاری از افراد ممکن است به دلیل شرایط اضطراری و ضروریات زندگی به تکدی‌گری روی آورند و این کار را به عنوان شغل خود انتخاب نکرده باشند. اگر ثابت شود که فردی به دلیل اضطرار و نیاز شدید به تکدی‌گری روی آورده است و همچنان اصول اخلاقی را رعایت می‌کند، می‌توان شهادت او را پذیرفت؛ اما اگر فردی تکدی‌گری را به عنوان شغل خود انتخاب کرده و در این راه به نوعی وابستگی روحی پیدا کرده باشد که بر عدالت و بی‌طرفی او تأثیر بگذارد، شهادت او پذیرفته نخواهد بود. این تحلیل نشان می‌دهد که در فقه اسلامی، هر حکمی باید با دقت و توجه به شرایط و نیت واقعی افراد مورد بررسی قرار داد تا از عدل و انصاف خارج نشود.

ب) آیه ۲۷۳ بقره^۳ که طبق این آیه شریفه، تکدی‌گری دارای حکم تکلیفی کراهت و چه بسا حرمت می‌باشد (طیب، ۱۳۷۸، ج ۱۲، ص ۲۷۰).

۱. عَنْ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ عليه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ السَّائِلِ الَّذِي يَسْأَلُ بِكُفٍّ - هَلْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فَقَالَ - كَانَ أَبِي لَا يَقْبَلُ شَهَادَتَهُ إِذَا سَأَلَ فِي كُفٍّ.
۲. عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: رَدَّ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وآله وسلم شَهَادَةَ السَّائِلِ الَّذِي يَسْأَلُ فِي كُفٍّ قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ عليه السلام لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ عَلَى الشَّهَادَةِ وَ ذَلِكَ لِأَنَّهُ إِنْ أُعْطِيَ رَضِيَ وَ إِنْ مَنَعَ سَخِطَ.
۳. «الْفُقَرَاءُ الَّذِينَ أُخْضِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا يَسْتَطِيعُونَ ضَرْبًا فِي الْأَرْضِ يَحْسَبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَاءَ مِنَ التَّعْمُرِ تَعْرِفُهُمْ بِسِيَاهِهِمْ لَا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلْحَافًا».

بررسی: مقصود از «لَا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلْحَافًا» در آیه شریفه، نفی «اصرار درخواست و سؤال» از دیگران است نه نفی «اصل سؤال و درخواست» و منظور از «الحاف» اظهار حاجت بیش از «مقدار واجب» است، برای اینکه صرف اظهار حاجت ضروری حرام نیست، بلکه گاهی واجب هم می‌شود، آن سؤالی مذموم است که زائد بر مقدار لزوم باشد (طباطبایی و موسوی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۶۱۴)؛ بنابراین، اینکه برخی مفسران (طیب، ۱۳۷۸، ج ۱۲، ص ۲۷۰) با توجه به آیه کریمه حکم به کراهت یا حرمت درخواست مال از مردم را کرده‌اند، باید عنوان داشت تنها درخواستی حرام است که با اصرار زیاد، زائد بر مقدار لزوم و عدم رعایت آبرو و عزت نفس باشد و اگر اظهار نیاز از سر اضطرار و حفظ عزت نفس و آبرو باشد در برخی اوقات واجب نیز هست، بنابراین حکم حرمت و کراهت در مورد متکدیانی که از سر اضطرار به این امر روی آورده و این فعالیت را کسب و پیشه خود قرار نداده‌اند صدق نمی‌کند.

ج) ادعای اجماع و شهرت فتوایی بر عدم پذیرش متکدی در میان مشهور فقها (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص ۳۵؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۳۲).
 بررسی: شهرت فتوایی فاقد اعتبار بوده (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳ق، ص ۳۹) و اجماع مطرح شده نیز مدرکی بوده و نمی‌تواند مبنایی برای غیر مسموع بودن شهادت متکدی به صورت مباحثه (گلبایگانی، ۱۴۰۵ق، ص ۱۷۳).

۲-۱-۵-۲. ادله قایلان به پذیرش شهادت متکدی

دسته دوم از فقها شهادت متکدی را با شرایطی پذیرفته‌اند که از جمله ادله ایشان به شرح ذیل است:

الف) اگر فرد متکدی به دلیل ضرورت و نیاز به تأمین معاش در حالت اضطرار به تکدی‌گری روی آورد (سبزواری، بی تا، ج ۲، ص ۷۵۹).
 ب) در صورتی که تکدی‌گری با حفظ شرافت و عزت نفس فرد باشد (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۱۸۵).

ج) تکدی‌گری شغل وسیله تأمین معاش فرد قرار نگرفته باشد (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص ۱۲۲).

د) تکدی همراه با امور فسق و تدلیس و قول کذب نباشد و عدالت شاهد را مورد اتهام قرار ندهد (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۸۶).

۲-۵-۱-۳. نقد و نظر

ماده ۷۱۲ قانون مجازات اسلامی، تکدی‌گری را جرم دانسته و از سوی دیگر بنا به بند «ح» ماده ۱۷۷ قانون مذکور فرد متکدی شرایط ادای شهادت را ندارد. در مقابل برخی حقوق‌دانان، تکدی‌گری را تنها در صورتی مخل استماع شهادت می‌دانند که فردی این امر را به‌عنوان حرفه خود در نظر گرفته باشد و شاهد را در معرض این اتهام قرار دهد که در برابر اخذ مالی هر چه به او تلقین نمایند، اذعان کند؛ لذا اگر تکدی از روی اضطرار و ناچاری و با حفظ کرامت انسانی و تعفف ورزیدن همراه باشد مانعی برای استماع شهادت فرد نخواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۴۵؛ امامی، بی‌تا، ج ۶، ص ۱۹۷)، از سوی دیگر این افراد از حیث مفهومی هم ممکن است ذیل عنوان تکدی‌گری قرار نگرفته و چه‌بسا بتوان از آنها به‌عنوان مطرودین از جامعه یاد کرد، چراکه در حقیقت قصد تکدی‌گری حرفه‌ای نداشته و به خواری نفس نرسیده و به خاطر شرایط نامتناسب اجتماعی در چنین وضعیتی قرار گرفته باشند.

به نظر می‌رسد قانون‌گذار به‌طور مطلق شهادت متکدی را مسموع نمی‌داند اما با توجه به تحلیل و بررسی ادله فقها و با توجه به تفسیر مضیق برخی حقوق‌دانان باید عنوان داشت اگر فردی تنها از روی اضطرار و به‌ناچار و با حفظ آبرو، عقیفانه از دیگران درخواست مالی نماید، می‌توان اذعان داشت که این افراد فقط از جامعه طرد شده‌اند و فی‌نفسه متکدی محسوب نمی‌شوند، پس امکان پذیرش شهادت آنها وجود دارد و تنها شهادت افرادی که تکدی‌گری را به‌عنوان شغل اتخاذ کرده و هیچ فعالیت اقتصادی سودمندی برای جامعه نداشته باشند محکوم به رد خواهد بود.

گفتنی است در ارتباط با مفهوم سائل به کف، دو تفسیر وجود دارد که عبارت‌اند از

تفسیر موسع و تفسیر مضیق. مفهوم سائل به کف اگر در معنای موسع خود به کار رود می‌تواند به معنای آن باشد که هر فردی به‌طور کلی و بدون توجه به شرایط خاص و حتی با یک بار اقدام به تکدی‌گری، تحت این تعریف قرار می‌گیرد. در این صورت سائل شغلی، سائل اضطراری و طفیلی ذیل مفهوم سائل به کف و متکدی قرار می‌گیرند و تفاوتی ندارد که فرد در شرایط اضطراری یا حتی به‌صورت موقت، درخواست کمک مالی نماید و یا آنکه تکدی‌گری را به‌صورت دائمی و به‌عنوان امرارمعاش انجام دهد. در مقابل اگر مفهوم سائل به کف در عنوان تفسیر مضیق تفسیر شود، بدین معناست که تنها افرادی که به‌طور مداوم و به‌عنوان یک شغل دائمی به تکدی‌گری مشغول هستند (سائل شغلی)، تحت این تعریف قرار می‌گیرند. این تفسیر افرادی را که به دلیل شرایط اضطراری یا به‌طور موقت درخواست کمک می‌کنند را شامل نمی‌شود، با توجه به اینکه تفسیر مضیق، خصوصاً در حوزه فقه کیفری در اولویت است مفاد تفسیر دلالت بر خروج هرگونه موارد مشکوک غیرمنصوص از شمول قلمرو مسئولیت کیفری داشته و دامنه منظور شارع و قانون‌گذار را به حدود یقینی محدود می‌کند (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۴۳؛ خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۴۱، ص ۱۲۰)؛ همچنین این تفسیر متأثر از اندیشه‌های حداقل‌گرایی کیفری بوده که ورود و دخالت حقوق جزا را به‌عنوان آخرین راهکار در برخورد با افراد و وقایع در نظر می‌گیرد و توسیع دامنه آن را مجاز نمی‌شمارد (رضایی و حائری، ۱۳۹۹)، مطابق با اصل قانونی بودن جرم و مجازات، تمامی قوانین کیفری باید به‌طور مضیق تفسیر گردند (گلدوزیان، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۱۶۵؛ صانعی، ۱۳۸۸، ص ۶۵)؛ از این رو مقصود از سائل به کف در فقه و حقوق کیفری، کاربرد آن در تفسیر مضیق بوده و تنها شامل سائل شغلی می‌شود یعنی سائلی که تکدی‌گری را شغل و وسیله امرارمعاش خویش قرار داده و بدون آنکه برای اقتصاد جامعه سودمند باشد به امر تکدی‌گری ادامه می‌دهد.

۲-۵-۲. ولگردی

در ادله فقهی بحث روشن و آشکاری که صراحتاً شهادت افراد ولگرد را منع کرده باشد وجود ندارد، شاید بتوان به برخی روایات که شهادت افراد در معرض اتهام را رد

کرده است، استناد کرد از جمله؛ روایتی که نقل به مضمون از امام صادق علیه السلام ذکر شده است که امام افرادی که مصداق «الظنین و المتهم و الخصم» باشند را از شمول شرایط شاهد خارج کرده‌اند (ابن بابویه، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص ۴۰؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۸، ص ۲۲۳). علما منظور از فرد متهم را به فقدان عدالت و عدم ذینفعی تعبیر کرده‌اند (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۴۰؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۸، ص ۲۳۱)، اما در مورد «ظنین» که گمان بد را به سمت خود جلب می‌کند شاید برخی اظهار کنند که مصداق افراد ولگرد و متکدی را داشته باشد که البته نظری ضعیف است چرا که پیش‌تر استدلال شد که این واژه دلالت بر عدم ذینفعی در موضوع دارد تا موارد دیگر (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۸، ص ۲۳۱). باین حال شرط عدم تکدی را صراحتاً و گاهی به صورت مستقل می‌توان در متون فقهی یافت (مغویه، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۱۴۲؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ق، ج ۳، ص ۵۳). اما شرط عدم ولگردی را نمی‌توان با یک روایت غیرمستقیم از شرایط مستقل شاهد به حساب آورد؛ همچنین با اتحاد طریق از ادله قایلان به پذیرش شهادت متکدی می‌توان گفت که آن ادله با توجه به علت حکم از قبیل حالت اضطرار و نیاز و عدم تدلیس نسبت به جامعه عمومیت داشته و به نظر نسبت به پذیرش شهادت مطرودین اجتماعی و ولگردان نیز کاربرد داشته باشند.

در قوانین ایران نیز آخرین تعریفی که از ولگردی عرضه شده در تبصره ۲ ماده ۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری است که بیان می‌دارد؛ ولگرد کسی است که مسکن و مأوای مشخص وسیله معاش معلوم و شغل یا حرفه معینی ندارد که البته این تعریف در ماده ۲۷۳ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ نیز سابقه تقنینی دارد.

از سویی امروزه در جامعه ایران با پدیده‌هایی روبه‌رو هستیم که در واقع ذیل عنوان مطرودین اجتماعی قرار می‌گیرند اما در قانون و رویه قضایی به‌طور مطلق با عنوان ولگرد شناخته می‌شوند، از جمله پدیده‌های کارتن‌خوابی، گور خوابی، بی‌خانمانی، ماشین‌خوابی و کتوهای معتادان متجاهر، (دیاری و دیگران، ۱۳۹۹) افرادی که در مقاطعی از زندگی، توانایی سازگاری یا انطباق با جریان اصلی جامعه را نداشته و کم‌کم از جامعه طرد شده‌اند و عمدتاً از گروه‌های آسیب‌پذیر جامعه محسوب می‌شوند (فیروزآبادی و

صادقی، ۱۳۹۲؛ دیاری و دیگران، ۱۳۹۹؛ سفیری و خادم، ۱۳۹۲). یکی از نمونه‌های شاخص افراد مطرود از جامعه افراد کارتن‌خواب هستند، کارتن‌خوابی مسئله‌ای چندوجهی است که می‌تواند در صورت طرد اجتماعی دلایلی چون افزایش فقر، بیکاری، ورشکستگی اقتصادی و گسیختگی خانواده داشته باشد و در ضمن زمینه را برای مسائل اجتماعی دیگری مانند سرقت، آدم‌ربایی، تجاوز جنسی، تکدی‌گری و ده‌ها آسیب دیگر فراهم کند (آقائی، ۱۳۹۸).

عوامل کلی منتج به ولگردی در جامعه با عوامل ظهور مطرودین اجتماعی که پیش‌تر بیان شد یکسان هستند اما برخی عوامل در سالیان اخیر مانند نابسامانی اقتصادی ناشی عملکرد دولت‌ها در کنار تحریم‌های همه‌جانبه اقتصادی، نرخ تورم بالا، وضعیت اقتصادی پسا کرونا مزید بر علت شده و موجب آسیب‌پذیری اقشار تهی دست و افزایش نابرابری اجتماعی و فقر شده است که در ایجاد طبقات جدید اجتماعی همانند مطرودین از جامعه و امحا طبقات دیگر و نیز تضعیف و بعضاً تقویت آنها بی‌تأثیر نبوده است (هادی زوز، ۱۳۸۴؛ شهیدی و کاویانی، ۱۴۰۰)، بدون شک وضعیت کنونی جامعه و افزایش مطرودین اجتماعی رابطه بسیار نزدیکی باهم دارند، از این رو با توجه به تغییر در ساختار اجتماعی، قوانین نیز همسو با وضعیت اجتماعی قابلیت تغییر پیدا می‌کنند، به‌ناچار باید پذیرفت که طبقه جدیدی به نام مطرودین اجتماعی در ایران ایجاد شده که حقیقتاً ولگرد یا متکدی محسوب نمی‌شوند.

در حقیقت مفهوم مطرودین از جامعه دارای دو تفسیر موسع و مضیق است، در تفسیر موسع مطرودین اعم از مفهوم ولگردان و غیر ولگردان هستند و ممکن است آن فرد برخی از معیارهای فرد ولگرد را داشته باشد و برخی از معیارها را نداشته باشد و نتوان عنوان ولگرد را بر او اطلاق کرد، به‌عنوان مثال ممکن است فردی دارای مأوی و مسکن شخصی بوده لکن به دلایل مختلفی به شغل نامتعارف زباله‌گردی رو آورده باشد از این جهت این فرد تنها دارای عنوان مطرود از جامعه بوده و نمی‌توان او را تحت عنوان ولگرد محسوب کرد. در تفسیر مضیق مفهوم مطرودین اجتماعی، تنها با جامعه ولگردان

روبه‌رو هستیم یعنی افرادی که افزون بر نداشتن مسکن مشخص، به شغل متعارفی نیز اشتغال نداشته و مایحتاج خود را از طریق ولگردی در اماکن عمومی تأمین می‌نمایند؛ بنابراین ولگردی مفهومی اخص از مطرودین جامعه بوده و در واقع همان تفسیر مضیق از مطرودین است. همان‌طور که پیشتر بیان شد، مطابق با اصل قانونی بودن جرم و مجازات، تمامی قوانین کیفری باید به‌طور مضیق و محدود تفسیر شود، مقصود ما از ولگردان، همان تفسیر مضیق از مطرودین جامعه است که دارای سه معیار فقدان مسکن، فقدان شغل متعارف و تأمین مایحتاج زندگی از راه ولگردی بوده و شهادت ایشان مورد استماع قاضی قرار نمی‌گیرد.

نکته‌ای که خیلی مهم و هشداردهنده به نظر می‌رسد، روند افزایشی پدیده‌های طردشدگان اجتماعی است که جامعه فعلی ایران را تحت‌الشعاع قرار داده است (سفیری و خادم، ۱۳۹۲) که از حیث اجتماعی و قانونی باید به این چالش‌ها توجه ویژه‌ای شود، از جمله چالش‌های قانونی پیش‌رو، می‌توان توجه به جامعه هدف این گروه را در رابطه با شرایط شاهد ذکر کرد، چراکه در زیست این گروه از جامعه، احتمال رفتارهای مجرمانه نسبت به شرایط عادی بیشتر است.

از طرفی یکی از ادله اثباتی قابل‌دسترس، به‌طور معمول مراجعه به شهادت شهود است، پس اگر همه مطرودین از جامعه را به‌عنوان مطلق ولگرد یا متکدی که در بند ح و خ ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی نیز احصا شده تعبیر کنیم، منجر به سخت شدن فرایند اثبات جرایم این جامعه هدف گشته و طبعاً جری شدن مجرمان در این گروه را به همراه خواهد داشت.

می‌توان گفت رابطه بین مطرودین اجتماعی و ولگردان رابطه‌ای مبتنی بر عموم و خصوص مطلق است. ولگردان جزء مطرودین جامعه بوده و مفهومی اخص از مطرودین را دارند، لکن همه‌ی مطرودین جز ولگردان نبوده و شامل مفهوم اعم از ولگردان می‌شوند، دلیل این امر آن است که به‌طور معمول مطرودین جامعه طیف وسیعی از افراد را شامل می‌شوند که به دلایل مختلفی مانند بیکاری، فقر، تبعیض و بی‌عدالتی اجتماعی،

در حاشیه جامعه قرار گرفته‌اند. این افراد ممکن است دارای مسکن نامناسب، شغل‌های پاره‌وقت یا حمایت‌های اجتماعی محدود باشند و همچنان از چارچوب‌های خانوادگی یا اجتماعی طرد گردند. به‌عنوان مثال، زنان بی‌سرپرست، سالمندان بی‌بضاعت و کارگران روزمزد همگی می‌توانند در این دسته قرار گیرند، اگرچه شرایط زندگی آنها نامناسب است، اما هنوز به مرحله ولگردی نرسیده‌اند. در مقابل، افراد ولگرد زیرمجموعه‌ای خاص و بحرانی از مطرودین جامعه هستند که مشکلات شدیدتری را تجربه می‌کنند. این افراد فاقد مسکن و شغل متعارف هستند و برای تأمین معاش خود به پرسه زدن در خیابان‌ها، گدایی یا کارهای غیررسمی و موقت روی می‌آورند. آنها اغلب از شبکه‌های حمایتی خانوادگی و اجتماعی خود جدا شده‌اند و به دلیل بی‌خانمانی وضعیت ناپایدار خود، از دسترسی به خدمات اجتماعی نظیر بهداشت، آموزش و حمایت‌های دولتی محروم هستند.

با این تفاسیر بهتر است قانون‌گذار معیارهای مشخصی را برای کلمه ولگرد در قانون تعیین نماید تا همه مطرودین از جامعه مشمول عنوان ولگرد نگردند، زیرا همان‌طور که بیان شد همه مطرودین از جامعه ولگرد تلقی نمی‌شوند، پیشنهاد می‌گردد برای اینکه شخصی ولگرد تلقی گردد، سه عنصر الف: نداشتن مسکن مشخص، ب: عدم اشتغال به شغل متعارف ج: تأمین مایحتاج از راه ولگردی در اماکن و معابر عمومی را در مجموع به‌عنوان معیارهای ولگردی در نظر بگیریم، در این صورت افرادی که شغل مشخصی نیز از شمولیت ولگرد خارج می‌شوند مانند زباله‌گردهایی که منازل رسمی دارند اما به دلایل مختلف ترجیح می‌دهند از این راه امرارمعاش نمایند یا افرادی که از روی اضطرار در شهرهای بزرگ کارتن‌خوابی یا ماشین‌خوابی می‌کنند دارند اما مسکن معینی ندارند از شمول تعریف خارج می‌شوند یا برعکس افرادی که مسکن و مأوای مشخص دارند اما شغل معینی ندارند اما دارای شغل مشخصی‌اند، به‌طور یقین این افراد را نمی‌توان به‌عنوان ولگرد شناخت و به‌تبع آن شهادتشان را فقط به علت اطلاق کلمه ولگرد در قانون مسموع ندانیم.

گفتنی است با توجه به رد این شهود در مرحله دادسرا به طور معمول اکثر موارد مبتلابه، در مجموع دلایل قرار نگرفته و بدین ترتیب در رویه قضایی نیز کمتر منعکس می‌شوند، مگر در پرونده‌هایی که هیچ دلیل و اماره‌ای جز این گروه از افراد در محل جرم موجود نباشد، به‌عنوان مثال دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۹۲۰۰۲۸۴ مورخ ۱۳۹۳/۰۹/۰۳ دیوان عالی کشور اشاره به استماع گواهی شهودی دارد که گروهی از مطرو دین جامعه بوده و گواهی ایشان مورد پذیرش قضات قرار گرفته است. خلاصه دادنامه چنین است که در یک کمپ ترک اعتیاد، صاحب کمپ به دلیل اینکه یکی از افراد حاضر به انجام آزمایش نبوده، وی را در حضور سایر افراد مورد ضرب و شتم قرار داده و ضربات مکرر موجب فوت فرد مضروب می‌شود. پس از صورت جلسه و ارجاع پرونده به دادگاه و طی کردن مراحل مختلف قضات پرونده با استماع سخنان افرادی که در محل جرم حضور داشتند و شاهد ماجرا بودند، حکم قصاص فرد صاحب کمپ را صادر می‌نماید، نکته حائز اهمیت این است که شهود و مطلعین پرونده اکثراً یا درگیر اعتیاد بودند یا در وضعیت بی‌خانمانی قرار داشتند که در شرایط عادی اگر این جرم خارج از کمپ اعتیاد رخ می‌داد، اکثر شهود مشمول عنوان ولگرد قرار می‌گرفتند یا دست کم احتمال جرح آنها به دلیل اعتیاد یا بی‌خانمانی زیاد بود.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

نتایج حاصل از بررسی جامعه‌شناختی مطرو دین اجتماعی و تفکیک آنها از ولگردان و متکدیان به شرح ذیل است؛

۱- طردشدگی اجتماعی وضعیتی است که فرد، حس مشارکت در جامعه خود را نداشته یا در مرحله خیلی پایینی از مشارکت اجتماعی به سر می‌برد و رفته‌رفته از جامعه کناره‌گیری می‌کند، این پدیده مفهومی چندبعدی است که ریشه در عوامل مختلف اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی، سیاسی، آموزشی و محیطی دارد، این مفهوم با توجه به گستردگی که دارد نسبت به تکدی‌گری و ولگردی رابطه عموم و خصوص مطلق دارد و تکدی‌گری و ولگردی در گستره طردشدگان اجتماعی قرار می‌گیرند و بدین سبب بهتر

است نگاه مقنن و دادرس نسبت به عناوین ولگرد و متکدی در پرتو عنوان کلی مطرودین اجتماعی معطوف شود.

۲. فرد متکدی یا سائل به کف، به چند دسته مختلف مانند سائل شغلی، سائل اضطراری و سائل طفیلی تقسیم می‌شود. براساس تفسیر موسع، همه افرادی که به هر نحوی از دیگران درخواست کمک می‌کنند، تحت عنوان متکدی قرار می‌گیرند، درحالی که براساس تفسیر مضیق، تنها افرادی که تکدی‌گری را به‌عنوان شغل وسیله امرارمعاش انتخاب کرده‌اند، تحت این تعریف قرار می‌گیرند. فقها و حقوقدانان در مورد پذیرش شهادت متکدیان به‌صورت مطلق اختلاف نظر دارند. دسته‌ای از فقها معتقدند شهادت متکدیانی که تکدی‌گری را به‌عنوان شغل خود انتخاب کرده‌اند، پذیرفته نمی‌شود، درحالی که برخی دیگر معتقدند شهادت متکدیانی که به دلیل ضرورت و نیاز به تکدی‌گری روی آورده‌اند، پذیرفته می‌شود. به‌طور خلاصه تفاوت اصلی میان انواع متکدیان در انگیزه‌ها و شرایط اقتصادی آنها نهفته است. متکدیان شغلی به‌عنوان افرادی که تکدی‌گری را شغل خود قرار داده‌اند، مشمول قوانین سخت‌گیرانه‌تر هستند، درحالی که متکدیان اضطراری و طفیلی به دلیل شرایط متفاوت، اگر با دقت در شرایط خاصی که دارند مورد ارزیابی قرار بگیرند می‌توان گفت زیرمجموعه مطرودین اجتماعی قرار گرفته و شهادت آنها قابلیت استماع را داشته باشد؛ گفتنی است که این نظر با تفسیر مضیق قوانین جزایی نیز همخوانی دارد.

۳. اطلاق کلمه ولگرد در قانون باعث شمول افراد زیادی از مطرودین جامعه شده که به نظر بهتر است قانون‌گذار معیارهای مشخصی را برای کلمه ولگرد در قانون تعیین نماید تا همه مطرودین از جامعه ولگرد تلقی نمی‌شوند. پیشنهاد می‌شود برای شخص ولگرد، سه عنصر الف: نداشتن مسکن مشخص، ب: عدم اشتغال به شغل متعارف، ج: تأمین مایحتاج از راه ولگردی در اماکن و معابر عمومی را مجتمعاً به‌عنوان معیارهای ولگردی در نظر بگیریم، در این صورت افرادی که شغل مشخصی دارند اما مسکن معینی ندارند از شمول تعریف خارج می‌شوند یا برعکس افرادی که مسکن و مأوای مشخص دارند

اما شغل معینی ندارند نیز از شمولیت ولگرد خارج می‌شوند؛ مانند زباله‌گردهایی که مسکن و مأوا رسمی دارند اما به دلایل مختلف ترجیح می‌دهند از این راه امرارمعاش نمایند یا افرادی که از روی اضطرار یا به علت مهاجرت ناموفق به کلان‌شهرها در محیط شهرهای بزرگ کارتن‌خوابی یا ماشین‌خوابی می‌کنند اما دارای شغل مشخصی‌اند، به‌طور قطع نمی‌توان این افراد را ذیل عنوان ولگرد به حساب آورد و به تبع آن، شهادتشان را فقط به علت اطلاق کلمه ولگرد در قانون نادیده گرفت.

فهرست منابع

* قرآن کریم.

- آقائی، سیدسعید. (۱۳۹۸). بازشناسی مؤلفه‌های پایگاه اجتماعی و رابطه آن با گرایش به کارتن‌خوابی در شهر تهران. فصلنامه رفاه اجتماعی، ۱۹ (۷۳)، صص ۱۳۵-۹۷.
- ابن منظور، محمد بن مكرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (ج ۲، ۳). بيروت: دارالفکر للطباعة.
- ابن بابویه، محمد بن علی. (۱۴۰۳ق). معانی الاخبار (ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- امامی، حسن. (بی تا). حقوق مدنی (ج ۶). تهران: انتشارات اسلامی.
- جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۰). ترمینولوژی حقوق. تهران: انتشارات گنج دانش.
- حرعاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (ج ۲۷). قم: موسسه آل البيت علیهم‌السلام.
- حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام (ج ۸). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حمیری، نشوان بن سعید. (بی تا). شمس العلوم (ج ۶). دمشق: دارالکتب العلمیة.
- خفاجی، احمد. (بی تا). شفاء الغلیل فی کلام العرب من الدخیل. بیروت: دارالکتب العلمیة.
- خوئی، ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعة الامام الخوئی (ج ۴۱). قم: موسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
- خوئی، ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج (ج ۴۱). قم: موسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
- خوانساری، احمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع (ج ۶). قم: موسسه اسماعیلیان.
- دهخدا، علی اکبر. (۱۳۹۰). لغتنامه (ج ۲). تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

دیاری، مرتضی؛ غفاری، غلامرضا؛ کرمانی، مهدی. (۱۳۹۹). زیست کارتن‌خوابی؛ از تلاش ناگزیر برای بقا تا بازسازمان‌یابی اجتماعی. نشریه توسعه محلی روستایی-شهری، ۱ (۴)، صص ۱۵۲-۱۲۷.

رحیم نهنوندی، معصومه. (۱۳۹۷). شرایط شهود در فقه اسلامی. فصلنامه مطالعات علوم اجتماعی، ۴ (۴)، صص ۸-۱.

رحیمی، مرتضی؛ محمودی، علی. (۱۴۰۰). بررسی شهادت متکدی. فصلنامه فقه و حقوق نوین، ۲ (۵)، صص ۱۲۳-۱۴۴.

رضایی، فاطمه؛ حائری، محمدحسن. (۱۳۹۹). استنباط تفسیر مضیق قوانین کیفری از گزاره‌های اسلامی. نشریه مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ۱۴ (۴۲)، صص ۴۸-۲۷.

سبحانی، جعفر (۱۴۱۸ق). نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الغراء (ج ۲). قم: موسسه امام صادق علیه السلام.

۱۹۳

فقه

سبزواری، محمدباقر بن محمد (بی‌تا). کفایة الاحکام (ج ۲). اصفهان: انتشارات مهدوی.

سفیری، خدیجه؛ خادم، رسول. (۱۳۹۲). بررسی وضعیت امید به زندگی زنان بی‌خانمان شهر تهران، مطالعه موردی: سامانسرای لویزان. نشریه مطالعات توسعه اجتماعی ایران، ۱ (۶)، صص ۷۰-۵۱.

سیاه بیدی کرمانشاهی، سعید. (۱۴۰۰). آسیب‌شناسی شرایط شهادت شهود با رویکرد مدیریت تعارض منافع در قضای اسلامی. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۳ (۲۵)، صص ۳۱۳-۳۳۸.

شهیدثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام (ج ۱۴). قم: موسسه المعارف الاسلامیه.

شهیدی، زهرا؛ کاویانی، زهرا. (۱۴۰۰). مجموعه گزارش‌های پایش فقر در سال ۱۳۹۹. تهران: وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی.

صاحب‌جواهر، محمدحسن بن باقر. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام (ج ۴۱). بیروت: دار احیاء التراث العربی.

- صانعی، پرویز. (۱۳۸۸). حقوق جزای عمومی. تهران: انتشارات طرح نو.
- طباطبایی قمی، تقی. (۱۴۲۳ق). الانوار البهیة فی القواعد الفقهیه. قم: انتشارات محلاتی.
- طباطبایی، محمدحسین؛ موسوی، محمدباقر. (۱۳۷۸). تفسیر المیزان (ج ۲). قم: مرکز نشر فرهنگی رجاء، بنیاد علمی فکری علامه طباطبایی.
- طریحی، فخرالدین. (۱۴۰۵). مجمع البحرین (ج ۳). تهران: کتاب المرتضویه.
- طیب، عبدالحسین. (۱۳۷۸). اطیب البیان فی تفسیر القرآن (ج ۱۲). تهران: انتشارات اسلام.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۰ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة، القضاء و الشهادات. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۰۹ق). کتاب العین (ج ۵). قم: نشر هجرت.
- فرخی، روح الدین. (۱۳۹۵). ارزش اثباتی شهادت شهود در فقه و قوانین موضوعه ایران. پایان نامه کارشناسی ارشد گروه آموزشی فقه و مبانی حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.
- فیروزآبادی، سیداحمد؛ صادقی، علیرضا. (۱۳۹۲). طرد اجتماعی: رویکردی جامعه‌شناختی به محرومیت. تهران: جامعه‌شناسان.
- قاضی نژاد، مریم. (۱۳۹۲). طرد اجتماعی جوانان؛ ابعاد و شاخص‌ها (مطالعه‌ای در شهر تهران و حاشیه). مطالعات راهبردی ورزش و جوانان، ۱۲(۱۹)، صص ۴۹-۸۰.
- قاضی نژاد، مریم؛ ساوالان پور، الهام. (۱۳۸۷). بررسی رابطه طرد اجتماعی و آمادگی برای اعتیاد. فصلنامه مسائل اجتماعی ایران، ۱۶(۶۳)، صص ۱۳۹-۱۸۰.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۲). اثبات و دلیل اثبات (ج ۲). تهران: نشر میزان.
- کاشف الغطاء، احمد بن علی. (۱۴۲۳ق). سفینة النجاة و مشکاة الهدی (ج ۳). نجف اشرف: موسسه کاشف الغطاء.
- کاشف الغطاء، حسن بن جعفر. (۱۴۲۲ق). انوار الفقاهه - کتاب الشهادات. نجف اشرف: موسسه کاشف الغطاء.

- کرمانی، محسن. (۱۴۰۱). بررسی راهکارهای سیاستی کاهش طرد و افزایش ادغام اجتماعی. تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی (ج ۷). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- گلپایگانی، محمدرضا. (۱۴۰۵ق). کتاب الشهادات. قم: دارالقرآن الکریم.
- گلدوزیان، ایرج. (۱۳۷۹). حقوق جزای عمومی ایران (ج ۱). تهران: موسسه انتشارات جهاد دانشگاهی.
- مجرد، اعظم. (۱۳۹۶). شرایط و احکام شهادت شهود در فقه امامیه و حقوق موضوعه. تهران: زبان علم.
- مختار عمر، احمد. (۱۴۲۹ق). معجم اللغة العربية المعاصرة (ج ۲). قاهره: عالم الکتب.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۵). یادداشت‌ها (ج ۱، ۱۴). تهران: انتشارات صدرا.
- مغنیه، محمدجواد. (۱۴۲۱ق). فقه الامام الصادق علیه السلام. قم: موسسه انصاریان.
- موسوی خمینی، روح الله. (بی تا). تحریر الوسيلة (ج ۲). قم: موسسه مطبوعات دارالعلم، بی تا.
- نراقی، احمد بن محمد. (۱۴۱۵ق). مستند الشیعة فی احکام الشریعة (ج ۱۸). قم: موسسه آل البيت علیهم السلام.
- نراقی، احمد بن محمد. (۱۴۲۲ق). رسائل و مسائل (ج ۲). قم: کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا احمد.
- هادی زنوز، بهروز. (۱۳۸۴). فقر و نابرابری در آمد در ایران. نشریه رفاه اجتماعی، ۲ (۱۷)، صص ۲۰۶-۱۶۵.
- Adaman, F. and Keyder, C. (2006). *Social Exclusion in the Slum Areas of Large Cities in Turkey*, Brussels: European Commission Employment, Social Affair and Equal Opportunities DG
- Bhalla, Ajit and Lapeyre, Frederic (1997). *Social Exclusion: Towards an Analytical and Operational Framework*, *Development and Change*, Vol. 28.

- Richardson, L. (2005). 'Social and Political Participation and Inclusion', in J. Hills and K. Stewart (eds), *A More Equal Society? New Labour, Poverty, Inequality and Exclusion*, Bristol: The Policy Press.
- Saunders, P. Tsumori, K. (2002). *Poor concepts: Social exclusion, poverty and the politics of guilt*. *Policy. A Journal of public policy and ideas*, 18 (2), p 1-32.
- Silver, H (2006). *Social Exclusion: the European Approach to Social Disadvantage* (1th Ed). USA: Brown University.
- Smith, Sandra S. (2000). MOBILIZING SOCIAL RESOURCES: Race, Ethnic, and Gender Differences in Social Capital and Persisting Wage Inequalities, *The Sociological Quarterly*, Volume 41, Number 4.

References

* The Holy Quran

- Adaman, F., & Keyder, Ç. (2006). *Social exclusion in the slum areas of large cities in Turkey*. Brussels: European Commission, Employment, Social Affairs and Equal Opportunities DG.
- Aqa'i, S. S. (2019). Re-identifying the components of social class and its relation to homelessness in Tehran. *Social Welfare Quarterly*, 19(73), pp. 97-135. [In Persian]
- Bhalla, A., & Lapeyre, F. (1997). Social exclusion: Towards an analytical and operational framework. *Development and Change*, 28(3), pp. 413-433.
- Dehkhoda, A. A. (2011). *Dehkhoda Dictionary* (Vol. 2). Tehran: University of Tehran Press. [In Persian]
- Diari, M., Ghaffari, Gh., & Kermani, M. (2020). The life of homelessness; from a forced struggle for survival to social reorganization. *Rural-Urban Local Development Studies Journal*, 1(4), pp. 127-152. [In Persian]
- Emami, H. (n.d.). *Civil law* (Vol. 6). Tehran: Islamiyeh Publications. [In Persian]
- Farahidi, K. b. A. (1989). *Kitab al-'Ayn* (Vol. 5). Qom: Hijrat Publications. [In Arabic]
- Farrokhi, R. (2016). *The probative value of witness testimony in jurisprudence and Iranian law*. Master's thesis, Department of Jurisprudence and Principles of Law, Islamic Azad University, Central Tehran Branch. [In Persian]
- Fezel Lankarani, M. (2000). *Tafsil al-shari'a fi sharh Tahrir al-wasilah: Al-Qaza va al-shahada*. Qom: Jurisprudential Center of Pure Imams. [In Arabic]
- Firoozabadi, S. A., & Sadeqi, A. (2013). *Social exclusion: A sociological approach to deprivation*. Tehran: Sociologists Publications. [In Persian]
- Goldoozian, I. (2000). *General criminal law of Iran* (Vol. 1). Tehran: Jihad Daneshgahi Publications. [In Persian]
- Golpayegani, M. R. (1985). *Kitab al-shahadat*. Qom: Dar al-Qur'an al-Karim. [In Arabic]

- Hadi Zanooz, B. (2005). Poverty and income inequality in Iran. *Social Welfare*, 2(17), pp. 165–206. [In Persian]
- Hamiri, N. (n.d.). *Shams al-‘ulūm* (Vol. 6). Damascus: Dar al-Kutub al-‘Ilmiyya. [In Arabic]
- Hilli, H. (1993). *Qawā'id al-aḥkām fī ma'rifat al-ḥalāl wa al-ḥarām* (Vol. 8). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Hurr ‘Amili, M. (1989). *Wasā'il al-shī'a* (Vol. 27). Qom: Al al-Bayt Institute. [In Arabic]
- Ibn Babawayh, M. (1983). *Ma'ani al-akhbar* (Vol. 2). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
- Ibn Manzur, M. (1993). *Lisan al-‘Arab* (Vols. 2–3). Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
- Ja'fari-Langarudi, M. J. (2001). Legal terminology. Tehran: Ganj-e Danesh Publications. [In Persian]
- Kashif al-Ghita', A. b. A. (2002). *Safinat al-najat wa mishkat al-huda* (Vol. 3). Najaf: Kashif al-Ghita' Institute. [In Arabic]
- Kashif al-Ghita', H. b. J. (2001). *Anwar al-fiqahah - Kitab al-shahadat*. Najaf: Kashif al-Ghita' Institute. [In Arabic]
- Katouzian, N. (2013). *Proof and means of proof* (Vol. 2). Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
- Kermani, M. (2022). *A policy-oriented analysis of strategies to reduce exclusion and increase social integration*. Tehran: Research Center of the Islamic Consultative Assembly. [In Persian]
- Khafaji, A. (n.d.). *Shifā' al-ghalīl fī kalām al-‘Arab min al-dakhil*. Beirut: Dar al-Kutub al-‘Ilmiyya. [In Arabic]
- Khoei, A. (1997). *Mawsū'at al-Imam al-Khoei* (Vol. 41). Qom: Institute for Reviving the Works of Imam al-Khoei. [In Arabic]
- Khoei, A. (2001). *Mabani takmila al-minhaj* (Vol. 41). Qom: Institute for Reviving the Works of Imam al-Khoei. [In Arabic]

- Khwansari, A. ibn Y. (1985). *Jami' al-madarik fi sharh Mukhtaṣar al-Nafi'* (Vol. 6). Qom: Isma'iliyan Institute. [In Arabic]
- Kulayni, M. b. Y. (1987). *Al-Kafi* (Vol. 7). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyya. [In Arabic]
- Mojarred, A. (2017). *Conditions and rulings of witness testimony in Imamiya jurisprudence and codified law*. Tehran: Zaban-e 'Elm. [In Persian]
- Motahhari, M. (2006). *Notes* (Vols. 1, 14). Tehran: Sadra Publications. [In Persian]
- Mousavi Khomeini, R. (n.d.). *Tahrir al-wasilah* (Vol. 2). Qom: Dar al-'Ilm Publications. [In Arabic]
- Mughniyah, M. J. (2000). *Fiqh of Imam al-Sadiq*. Qom: Ansariyan Publications. [In Arabic]
- Mukhtar 'Umar, A. (2008). *Contemporary Arabic Language Dictionary* (Vol. 2). Cairo: 'Alam al-Kutub. [In Arabic]
- Naraqī, A. b. M. (1994). *Mustanad al-Shi'ah fi ahkam al-shari'ah* (Vol. 18). Qom: Al al-Bayt Institute. [In Arabic]
- Naraqī, A. b. M. (2001). *Rasa'il wa masa'il* (Vol. 2). Qom: Congress of Mulla Mahdi and Mulla Ahmad Naraqī. [In Arabic]
- Qazi-Nejad, M. (2013). Youth social exclusion: Dimensions and indicators (A study in Tehran and its outskirts). *Strategic Studies of Sports and Youth*, 12(19), pp. 49–80. [In Persian]
- Qazi-Nejad, M., & Savalanpour, E. (2008). The relationship between social exclusion and addiction tendency. *Iranian Journal of Social Issues*, 16(63), pp. 139–180. [In Persian]
- Rahim Nahavandi, M. (2018). Conditions of witnesses in Islamic jurisprudence. *Social Science Studies*, 4(4), pp. 1–8. [In Persian]
- Rahimi, M., & Mahmoudi, A. (2021). Examining the testimony of beggars. *New Jurisprudence and Law*, 2(5), pp. 123–144. [In Persian]
- Rezaei, F., & Haeri, M. H. (2020). Deriving the strict interpretation of criminal laws from Islamic propositions. *Islamic Jurisprudence and Legal Foundations Studies*, 14(42), pp. 27–48. [In Persian]

- Richardson, L. (2005). Social and political participation and inclusion. In J. Hills & K. Stewart (Eds.), *A more equal society? New Labour, poverty, inequality and exclusion* (pp. 263–291). Bristol: The Policy Press.
- Sabzevari, M. (n.d.). *Kifayat al-aḥkam* (Vol. 2). Isfahan: Mahdavi Publications. [In Arabic]
- Safiri, K., & Khadem, R. (2013). Examining the life expectancy of homeless women in Tehran: A case study of Lavizan shelter. *Iranian Journal of Social Development Studies*, 1(6), pp. 51–70. [In Persian]
- Sahib Jawahir, M. (1984). *Jawahir al-kalam fi sharh shara'i al-Islam* (Vol. 41). Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]
- Sane'ei, P. (2009). *General criminal law*. Tehran: Tarh-e No Publications. [In Persian]
- Saunders, P., & Tsumori, K. (2002). Poor concepts: Social exclusion, poverty and the politics of guilt. *Policy: A Journal of Public Policy and Ideas*, 18(2), pp. 1–32.
- Shahid Thani, Z. b. A. (1992). *Masalik al-afham ila tanqih shara'i al-Islam* (Vol. 14). Qom: Al-Ma'arif al-Islamiyya Institute. [In Arabic]
- Shahidi, Z., & Kaviani, Z. (2021). Compilation of poverty monitoring reports for 2020. Tehran: Ministry of Cooperatives, Labor, and Social Welfare. [In Persian]
- Siah Bidi Kermanshahi, S. (2021). Pathology of witness testimony conditions with a conflict-of-interest management approach in Islamic judiciary. *Islamic Jurisprudence and Law Studies*, 13(25), pp. 313–338. [In Persian]
- Silver, H. (2006). *Social exclusion: The European approach to social disadvantage* (1st ed.). USA: Brown University.
- Smith, S. S. (2000). Mobilizing social resources: Race, ethnic, and gender differences in social capital and persisting wage inequalities. *The Sociological Quarterly*, 41(4), pp. 509–537.
- Sobhani, J. (1997). *Nizām al-qaḍā' wa al-shahada fi al-shari'a al-gharra'* (Vol. 2). Qom: Imam Sadiq Institute. [In Arabic]

- Tabataba'i Qomi, T. (2002). *Al-anwar al-bahiyya fi al-qawa'id al-fiqhiyya*. Qom: Mahallati Publications. [In Arabic]
- Tabataba'i, M. H., & Mousavi, M. B. (1999). *Al-Mizan Commentary* (Vol. 2). Qom: Raja' Cultural Publishing Center, Allameh Tabataba'i Scientific Foundation. [In Persian]
- Tayyib, A. (1999). *Atyab al-bayan fi tafsir al-Qur'an* (Vol. 12). Tehran: Islam Publications. [In Persian]
- Turaishi, Fakhr al-Din. (1986). *Majma' al-bahrayn* (Vol. 3). Tehran: Kitab Al-Murtazawiyya. [In Arabic]



A Jurisprudential Feasibility Study on Classifying Cryptocurrency Mining as a Legally Foolish Act¹

Javad Soltanifard¹

Morteza Chitsazian²

Amin Soleyman Kalvanagh³

1. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Private Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran (Corresponding Author)

j.soltanifard@motahari.ac.ir; Orcid: 0000-0002-3965-9457

2. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Private Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran

m.chitsazian@motahari.ac.ir; Orcid: 0009-0009-0093-0308

3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Tabriz, Tabriz, Iran

a.soleyman@tabrizu.ac.ir; Orcid: 0000-0002-5499-9038

Abstract

Cryptocurrency mining is a new phenomenon in the global economy. Like other emerging issues, it must be examined in terms of its compatibility with Islamic legal standards to determine its legitimacy for individuals in an Islamic society. The growing public and governmental interest in mining and using cryptocurrencies in transactions makes it all the more necessary to address the topic. One major challenge regarding the legitimacy of mining operations is the view held by some jurists that it is foolish or irrational behavior, which would render the activity invalid. If so, any resulting gain for the miner would be deemed illegitimate and considered an instance of eating wealth wrongfully. Accordingly, the main

1. Soltanifard, J., Chitsazian, M., & Soleyman Kalvanagh, A. (2025). A Jurisprudential Feasibility Study on Classifying Cryptocurrency Mining as a Legally Foolish act. *Journal of Fiqh*, 31(120), pp. 202-231. <https://doi.org/10.22081/jf.2025.68663.2780>

* **Publisher:** Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom (Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran). ***Type of article:** Research Article

▣ **Received:** 2024/02/29 ● **Revised:** 2025/01/01 ● **Accepted:** 2025/04/14 ● **Published online:** 2025/05/10

© The Authors



question of this study is whether cryptocurrency mining can be considered a foolish legal act and thus impermissible. This study argues that *general Ja'ala* (a type of unilateral contract promising compensation for completing a task) is the closest legal category applicable to mining operations. Using a descriptive-analytical method, the study concludes that the elements constituting foolishness—as cited by jurists and potentially applicable to *Ja'ala*—such as "lack of rational benefit in the act" and "uncertainty about the compensation"—do not apply to mining operations. Furthermore, regardless of the legal classification of mining, when rational individuals around the world embrace and engage in a phenomenon on a large scale, such behavior cannot be deemed foolish. Therefore, arguing that mining is illegitimate based on claims of foolishness is not valid.

Keywords

Cryptocurrency mining, extraction, mining, foolishness, cryptocurrency, coin.

امکان سنجی فقهی تطبیق معدن‌کاوی «رمزینه‌ارز» با مشخصه‌های عمل حقوقی سفیهانه^۱

جواد سلطانی فرد^۱ مرتضی چیت‌سازیان^۲ امین سلیمان کلوانق^۳

۱. استادیار، گروه فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

j.soltanifard@motahari.ac.ir; Orcid: 0000-0002-3965-9457

۲. دانشیار، گروه فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری (ره)، تهران، ایران.

m.chitsazian@motahari.ac.ir; Orcid: 0009-0009-0093-0308

۳. استادیار، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و علوم اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.

a.soleyman@tabrizu.ac.ir; Orcid: 0000-0002-5499-9038



چکیده

۲۰۴

معدن‌کاوی یا استخراج رمزینه‌ارز، اتفاقی نوین حوزه اقتصاد در سطح جهان است که همچون دیگر پدیده‌های نوظهور باید به‌منظور روشن شدن تکلیف افراد جامعه اسلامی در مواجهه با آن، همخوانی داشتن یا نداشتن این پدیده با ملاک‌های شرع مورد بررسی قرار گیرد. استقبال روزافزون مردم و دولت‌ها از استخراج رمزینه‌ارز و به‌کارگیری ارز یادشده در مبادلات، ضرورت پرداختن به آن را دوچندان می‌کند. یکی از چالش‌های موجود بر سر راه مشروعیت عملیات استخراج، سفیهانه و غیرعقلایی بودن آن است که به اعتقاد گروهی از فقها منجر به بی‌اعتباری عمل یادشده می‌شود. واضح است که در این صورت، آنچه در پایان نصیب فرد استخراج‌کننده می‌شود نامشروع و مصداق اکل مال به باطل خواهد بود. بر همین اساس، پرسش اصلی جستار حاضر آن است که آیا می‌توان استخراج رمزینه‌ارزها را مصداق عمل حقوقی سفیهانه و در نتیجه نامشروع دانست یا خیر؟ این پژوهش ضمن

* استناد به این مقاله: سلطانی فرد، جواد؛ چیت‌سازیان، مرتضی؛ سلیمان کلوانق، امین. (۱۴۰۳). امکان‌سنجی فقهی تطبیق معدن‌کاوی «رمزینه‌ارز» با مشخصه‌های عمل حقوقی سفیهانه. فقه، ۳۱(۱۲۰)، صص ۲۰۲-۲۳۱.

<https://doi.org/10.22081/jf.2025.68663.2780>

□ نوع مقاله: پژوهشی؛ ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم (پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران) © نویسندگان

□ تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۲/۱۰ | تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۱۰/۱۲ | تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۱/۲۵ | تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۴/۰۲/۲۰



آنکه جعاله عام را نزدیک‌ترین عنوانی می‌داند که می‌توان عملیات استخراج را با آن منطبق ساخت، با روش توصیفی-تحلیلی به این نتایج دست یافته است که عوامل تحقق سفاقت - که در کلام فقها ذکر شده و در جعاله نیز قابل طرح است، همچون «منفعت عقلایی نداشتن عمل» و «معلوم نبودن جُعل» - بر عملیات استخراج قابل تطبیق نیست. به علاوه، صرف نظر از آنکه ماهیت فقهی این عملیات چیست، به طور اساسی وقتی عقلای جهان به شکل گسترده به پدیده‌ای اقبال نشان می‌دهند و حتی خود در آن ورود پیدا می‌کنند، نمی‌توان چنین رفتاری را سفیهانه محسوب کرد؛ بنابراین تمسک کردن به سفیهانه بودن فرایند معدن کاوی برای بیان عدم مشروعیت آن صحیح نیست.

کلیدواژه‌ها

معدن کاوی، استخراج، ماینینگ، سفهی، رمزارز، کوین.

۱. بیان مسئله

«استخراج» یا «مایینگ»^۱ که از آن با عنوان «معدن کاوی» نیز یاد می‌شود، به‌طور معمول هنگام صحبت از معادن و فلزات گران‌بها مورد استفاده قرار می‌گیرد. در دنیای رمزینهارز، استخراج به مجموعه فرایندهایی گفته می‌شود که طی آن در شبکه بلاک‌چین سکه‌های جدید به‌دست می‌آید. همانطور که کارگران معدن با سختی و صرف انرژی زیاد پس از گذراندن مدت‌زمانی طولانی موفق می‌شوند به این فلزات دسترسی داشته باشند، در دنیای کریپتو نیز به همین شکل است و کاربران این بازار باید مدت‌زمان زیادی وقت بگذارند تا بتوانند با استفاده از دستگاه‌های محاسباتی قدرتمند مقداری رمزینهارز استخراج کنند. از رمزینهارزهای استخراج‌شده در مبادلات اقتصادی استفاده می‌شود. تاریخ گواهی می‌دهد که انجام گرفتن معاملات اقتصادی همواره به یک شکل خاص محدود نشده و در هر زمانی ممکن است با عناوین و قالب‌های گوناگون و تازه‌ای در جامعه نمایان شود؛ بنابراین ضروری است برای گرفتار نشدن افراد جامعه اسلامی در دام «اکل مال به باطل»، انطباق داشتن یا نداشتن هر پدیده جدید اقتصادی با موازین شرعی مورد بررسی قرار گیرد. با توجه به نوظهور بودن مسئله رمزینهارزها و به‌طور مشخص عمل استخراج و تأثیری که در اقتصاد جامعه مسلمانان دارد، در جستار حاضر یکی از چالش‌های فقهی پیش‌رو، اعتبار فرایند یادشده، یعنی «سفیهانه بودن معدن کاوی رمزینهارزها» مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲. مفهوم‌شناسی

در ادامه به تبیین معنایی واژه «سفیهانه» و تعریف «رمزینهارز» و بیان انواع آن و همچنین تشریح فرایند «معدن کاوی» پرداخته می‌شود.

۲-۱. سفیهانه

لغویان «سَفَه» و «سَفَاهت» را «نقیض حلم» (فراهدی، ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۹) و به معنای

1. Mining.

«خفت حلم» (کم شکیبایی) (نک: ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۴۹۷؛ ابن اثیر، ۱۳۶۷، ج ۲، ص ۳۷۶؛ طریحی، ۱۳۷۵، ج ۶، ص ۳۴۷) و «نقص در عقل» (فیومی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۲۸۰) دانسته‌اند. به هر ترتیب، به نظر می‌رسد می‌توان آنگونه که در برخی از کتب لغت فارسی اشاره شده است، سفه و سفاهت را به معنای «سبک‌سری» و «کم‌عقلی» دانست (نک: لغت‌نامه دهخدا، ۱۳۷۳). اسم منسوب سفه «سفهی» بوده که چه‌بسا بتوان از واژه «سفهانه» به‌عنوان معادل فارسی آن استفاده کرد. منظور از معاملات سفیهانه، معاملاتی غیرعقلانی است که برخلاف رفتار نوع مردم جامعه به حساب می‌آید، به طوری که چنین معامله‌ای بیشتر از جانب افراد سفیه انجام می‌گیرد و عقلاً به‌طور معمول اقدام به انعقاد آن نمی‌کنند، همچون فروختن خانه در مقابل یک خودکار؛ بنابراین معامله موصوف از جنس معاملات افراد سفیه است هرچند که خود معامل از آنان نباشد (نک: حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، صص ۳۶۶ - ۳۶۸؛ هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۱۶۷).

بیشتر فقهای شیعه معتقدند معاملات سفیهانه باطل است و برخی حتی بطلان آن را از مسلمات مورد اتفاق دانسته‌اند و برای مدعای خود ادله‌ای ذکر کرده‌اند (نک: شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، صص ۳۵۵ و ۵۲۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۶۷؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۳، ص ۱۲۰؛ طباطبایی‌یزدی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۲۴۵؛ موسوی‌خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۶۳؛ هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۵، ص ۶۹۵). در مقابل، دسته دیگری از فقها معاملات سفیهانه را صحیح دانسته، برآنند که مفاد عموم ادله نفوذ و صحت معاملات، صحت این معاملات است و اساساً دلیلی بر بطلان معاملات سفیهانه وجود ندارد و آن چیزی که باطل است، معامله سفیه^۱ است، نه سفیهانه (نک: خوبی، ۱۳۷۷، ج ۱، صص ۶۷ و ۳۱۴؛ ج ۵، ص ۲۶۶؛ ج ۷، ص ۳۱۰؛ ایروانی‌نجفی، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۱۸؛ روحانی، ۱۴۱۴ق، ص ۴۹؛ شبیری‌زنجانی، بی‌تا، ج ۲۱، ص ۶۸۰۷؛ مدرسی، ۱۳۹۲، ص ۹۱).

گفتنی است سفه اختصاصی به بیع نداشته، می‌تواند در سایر معاوضات از جمله اجاره، نکاح، جعاله و حتی در غیر معاوضات همچون وکالت و اساساً در مطلق عقد

۱. «سفه» فردی است که اموال خود را در اغراض نادرست به کار می‌برد یا در معامله گول می‌خورد (طریحی، ۱۳۷۵، ج ۶، ص ۳۴۷). در اصطلاح فقهی نیز سفیه به معنای شخص عاقلی است که شعور اداره اموال خود را ندارد (نک: نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۶، ص ۵۲).

تحقق یابد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، صص ۳۶۶ و ۳۷۰)؛ زیرا ملاک سفیهانه بودن عقد، آن است که عقد به گونه‌ای منعقد شود که نزد مردم، متعارف و قابل پذیرش نباشد و تحقق چنین چیزی، درباره مطلق عقد و حتی در شروط نیز ممکن است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۷۰؛ نک: مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۲۰).

۲-۲. رمزینه‌ارز

«رمزینه‌ارز» معادل کلمه «کریپتوکارنسی»^۱ است. این کلمه از دو بخش «کریپتو»^۲ به معنای «رمزنگاری» - که مخفف کلمه «کریپتوگرافی»^۳ است - و «کارنسی»^۴ به معنای «ارز» تشکیل شده است. انتخاب این نام برای رمزینه‌ارزها بدین جهت است که این ارزها نوعی ارز مجازی‌اند که در طراحی و ساخت آنها از فناوری رمزنگاری استفاده شده است. عملیات رمزنگاری با کد کردن اطلاعات از طریق الگوریتم‌های پیچیده ریاضی انجام می‌شود. ارزهای یادشده دارای مزایایی همچون امنیت بالا، از بین بردن واسطه، پایین بودن یا حذف هزینه تراکنش و ناشناخته بودن هویت کاربران است؛ همچنین ارزهای یادشده غیرمتمرکز بوده و توسط هیچ حکومت یا نهاد خاصی کنترل نمی‌شوند. رمزینه‌ارزها دو گونه‌اند.

۲-۲-۱. کوین^۵

«کوین»، پولی است که به‌وسیله فنون رمزگذاری به وجود آمده است. از معروف‌ترین کوین‌ها می‌توان به «بیت‌کوین»^۶ اشاره کرد که براساس فناوری «بلاک‌چین»^۷ (زنجیره

-
1. Cryptocurrency.
 2. Crypto.
 3. Cryptography.
 4. Currency.
 5. Coin.
 6. Bitcoin.
 7. Blockchain.

بلاکی) ساخته شده است. بلاک چین شبکه‌ای است که با استفاده از فناوری‌های غیرمتمرکز^۱ و رمزنگاری، تاریخچه تمام تراکنش‌های انجام شده با دارایی‌های دیجیتال مانند بیت کوین را در یک دفتر کل دیجیتال و عمومی ذخیره می‌کند. امکان تغییر، تقلب و دست کاری در اطلاعات ذخیره شده در بلاک چین وجود ندارد و تمام اطلاعات ثبت شده در آن به صورت شفاف در اختیار کاربران قرار می‌گیرد. شبکه بلاک چین همان چیزی است که حذف بانک‌ها و مؤسسات مالی از تراکنش‌های دارایی‌های دیجیتال را امکان‌پذیر کرده و امنیت ارزهای دیجیتال را تضمین می‌کند؛ موضوعی که موجب شده دارایی‌های دیجیتال طرفداران زیادی پیدا کنند. هر رمزیندازی را که پس از بیت کوین روانه بازار شده است، «آلت کوین»^۲ یا «سکه جایگزین» می‌نامند. سرعت بالاتر، هزینه پایین‌تر، امنیت بیشتر و حریم خصوصی بالاتر نسبت به بیت کوین از مشخصات این کوین است. کوین‌ها به طور معمول در فرآیند استخراج ایجاد می‌شوند^۳ و دارای بلاک چین مستقل و پایدارند و هر کدام از آنها، به یک کیف پول اختصاصی با آدرس اختصاصی نیاز دارند که در بلاک چین خاص خود قرار گرفته است؛ برای مثال کیف بیت کوین و اتریوم به طور کامل از هم مجزا بوده و نمی‌توان دارایی بیت کوین را به آدرس اتریوم ارسال کرد. یکی از مشخصه‌های کلیدی کوین‌ها این است که برای استفاده به عنوان وسیله مبادله طراحی شده‌اند و چه بسا در آینده جای پول‌های رایج را بگیرند. مشخصه دیگر کوین‌ها آن است که همه می‌توانند از آنها استفاده کنند و محدود به گروه خاصی از مردم نیست (نک: حاجی‌ملا میرزایی، ۱۳۹۹، ص ۴۸؛ مور، ۱۴۰۱، ص ۲۱؛ جودمایر و همکاران، ۱۳۹۹، ص ۴۳؛ فضلی و همکاران، ۱۳۹۸، ص ۴۶).

1. Decentralized.

2. Altcoin.

۳. باید توجه داشت که برخلاف تصور رایج، اینگونه نیست که تمامی کوین‌ها قابل استخراج باشند؛ بلکه دسته‌ای از آن‌ها غیرقابل استخراج‌اند. در واقع این دسته از کوین‌ها از قبل در گردش هستند و کاربران تنها می‌توانند آن‌ها را با خرید از طریق اکسچینج یا ابزارهای دیگر به دست آورند. کوین‌های یادشده یا قابلیت ایجاد ندارند یا ایجاد می‌شوند اما بدون استفاده از تجهیزات ماینینگ. XRP، EOS، NEM، QTUM و LISK از جمله کوین‌های برطرفدار غیرقابل استخراج هستند.

۲-۲-۲. توکن^۱

«توکن» نوعی دارایی دیجیتال است که برای پروژه‌ای خاص به‌عنوان روش پرداخت درون اکو سامانه پروژه صادر می‌شود و عملکرد یکسانی با کوین دارد، اما تفاوت اصلی در این است که به دارندگان این حق داده می‌شود تا در شبکه مشارکت کنند؛ برای مثال بلیت سینما یک توکن در دنیای واقعی است به این دلیل که باید از آن در زمان مشخص و در محلی مشخص استفاده شود. در واقع نمی‌توان پول غذای رستوران را با بلیت سینما پرداخت کرد، زیرا بلیت سینما تنها در سالن‌های سینما ارزش دارد. تمامی توکن‌های دیجیتال از این منظر یکسان‌اند، به این معنی که استفاده‌ای مشخص در درون پروژه‌ای مشخص دارند. توکن‌ها بلاک‌چین مستقل و اختصاصی نداشته و بر روی بلاک‌چین‌های موجود ایجاد می‌شوند و از پروتکل‌ها و استانداردهای آن بلاک‌چین استفاده می‌کنند و برخلاف کوین‌ها - که در شرایطی قابل استخراج‌اند - قابلیت استخراج ندارند^۲، هرچند به دلیل وجود الگویی خاص، راحت‌تر و سریع‌تر از کوین‌ها راه‌اندازی می‌شوند. مشخصه دیگر توکن‌ها آن است که برای خرید آنها باید از کوین استفاده کرد، هرچند با توکن‌ها نمی‌شود کوین خرید، اما از طریق صرافی‌ها قابل تبدیل به یکدیگر هستند. در حال حاضر دسته‌بندی واحدی برای توکن‌ها وجود ندارد؛ گرچه کمیسیون بورس و اوراق آمریکا^۳ و اداره نظارت بر بازار مالی سوئیس^۴ برای رفع این مشکل تلاش‌هایی کرده‌اند. هر دو سازمان، توکن‌ها را به دو دسته گسترده تقسیم‌بندی کرده‌اند. الف) توکن‌های سهام یا توکن‌های سرمایه‌ای و ب) توکن‌های خدماتی (نک: حاجی‌ملا میرزایی، ۱۳۹۹، ص ۴۸؛ مور، ۱۴۰۱، ص ۲۱؛ جود مایر و همکاران، ۱۳۹۹، ص ۴۳؛ فضلی و همکاران، ۱۳۹۸، ص ۴۶).

1. Token.

۲. البته با در نظر گرفتن به‌اصطلاح بازی‌هایی همچون «همستر کامبت»، عملیات استخراج نسبت به توکن نیز می‌تواند مطرح باشد.

3. SEC.

4. FINMA.

جدول «یک»: انواع رمزینهارز

مهم‌ترین ویژگی‌ها	انواع	تعریف	
<p>- به‌طور معمول از طریق استخراج ایجاد می‌شود.</p> <p>- بلاک‌چین مستقل و اختصاصی دارد.</p> <p>- ساخت آن به‌سادگی امکان‌پذیر نیست.</p> <p>- ممکن است بتوان آن را مانند پول وسیله‌ای برای پرداخت در مبادلات به شمار آورد.</p> <p>- استفاده از آن محدود به گروه خاصی از مردم نیست.</p>	<p>- بیت‌کوین</p> <p>- آلت‌کوین</p>	<p>پولی است که با تکنیک‌های رمزگذاری در شبکه بلاک‌چین به وجود آمده است.</p>	<p>رمز</p>
<p>- قابلیت استخراج ندارد.</p> <p>- بلاک‌چین مستقل و اختصاصی ندارد و بر روی بلاک‌چین‌های موجود ایجاد شده و از پروتکل‌ها و استانداردهای آن بلاک‌چین استفاده می‌کند.</p> <p>- راحت‌تر و سریع‌تر از کوین ساخته می‌شود.</p> <p>- استفاده‌ای مشخص در درون پروژه‌ای مشخص دارند.</p> <p>- برای خرید آن باید از کوین استفاده کرد اما با آن نمی‌شود کوین خریداری کرد، هرچند از طریق صرافی‌ها قابل تبدیل به یکدیگر هستند.</p>	<p>- توکن‌های سهام یا توکن‌های سرمایه‌ای</p> <p>- توکن‌های خدماتی</p>	<p>دارایی دیجیتالی است که برای پروژه‌ای خاص به‌عنوان روش پرداخت درون اکوسیستم پروژه صادر می‌شود.</p>	<p>رمز</p>

انواع رمزینهارز

۲-۳. معدن کاوی

رمزینه‌ارزها در شبکه‌هایی غیرمتمرکز^۱ همچون بلاک‌چین و بدون ناظر ساخته می‌شوند؛ از همین روی، تولید و توزیع رمزینه‌ارزها به دست هیچ دولت یا نهادی نیست و به همین جهت دست‌یابی به ارزهای یادشده نیازمند فرایند معدن کاوی یا استخراج (ماینینگ) است. بلاک‌چین مجموعه‌ای زنجیروار از بلاک‌هایی است که در راستای اقدامات مختلف صورت گرفته در شبکه به وجود می‌آیند و نظامی کلی را می‌سازند. در بلاک‌چین مرتبط با هر رمزینه‌ارز همچون بیت‌کوین، هر کاربر و رایانه‌اش که در شبکه حضور دارند، به عنوان یک «گره»^۲ شناخته می‌شوند. هر گره یا کاربر یک نسخه کامل از شبکه بلاک‌چین را در اختیار دارد. با اضافه شدن هر بلاک تازه به شبکه، بلاک‌چین تازه با تمام نسخه‌های دیگری که در دسترس کاربران است، مقایسه می‌شود؛ اگر تفاوتی میان نسخه تازه و کپی‌های گره‌های دیگر وجود نداشته باشد، عملیات به روزرسانی در شبکه صورت می‌گیرد و امنیت آن تأیید می‌شود. وجود هر گونه تفاوت میان بلاک‌چین و نسخه‌های کپی کاربران نشان از مشکلی قابل پیگیری دارد (نک: حاجی‌ملا میرزایی، ۱۳۹۹، ص ۲۷).

هر بلاک در شبکه بلاک‌چین می‌تواند حاوی تراکنش‌های (معاملات) متعدد باشد. زمانی که کاربر، بلاکی به شبکه می‌افزاید، به وی پاداشی در قالب رمزینه‌ارز تعلق می‌گیرد؛ به‌طور مثال افزودن بلاک به بلاک‌چین بیت‌کوین همراه با دریافت پاداشی خواهد بود که این امر عاملی برای توسعه و حفظ امنیت شبکه غیرمتمرکز بلاک‌چین به شمار می‌آید. البته افزودن بلاک‌ها به بلاک‌چین، عملیات چندان ساده‌ای نیست، بلکه باید مسئله ریاضی پیچیده‌ای حل شود که نیاز به قدرت محاسباتی بسیار قوی دارد. به

۱. در نظام پولی متمرکز، تمام تراکنش‌ها در یک دفتر کل نزد بانک مرکزی ثبت می‌شود. مشکلات و محدودیت‌های نظام‌های پولی متمرکز یکی از مهمترین عوامل ظهور پدیده رمزینه‌ارز و حذف این نهاد واسط در مبادلات بود.

2. Node.

کسانی که بتوانند این مسائل پیچیده را حل کنند، «ماینر»^۱ یا «استخراج کننده» اطلاق می شود (نک: جودمایر و همکاران، ۱۳۹۹، ص ۷۳).

معدن کاوی یا استخراج به صورت انفرادی و با کامپیوترهای معمولی موجب صرف هزینه‌های زیاد شده و با احتمال زیاد ناتوانی در ایجاد بلاک همراه است؛ به همین جهت فرایند یادشده به طور معمول به صورت جمعی و در قالب استخراج‌های ماینینگ^۲ انجام می شود، بدین ترتیب که هزاران ماینر از نقاط مختلف جهان - که رایانه‌های قوی و خاصی در اختیار دارند و می توانند با سرعت مطلوبی اقدام به حل مسائل موجود در بلاک‌چین کنند - در یک استخراج با به اشتراک گذاشتن قدرت محاسباتی^۳ خود و حل کردن معادلات پیچیده به طور همزمان، افزون بر اینکه توان پردازشی خود را بسیار بالا می‌برند، تمام ماینرها به میزان فعالیت‌شان بالاخره سهم کوچکی از پاداش کلی را دریافت می کنند که علاوه بر دریافت روزانه سهم‌شان، ریسک نرسیدن به نتیجه را کاهش می دهند. در واقع ماینر یا ماینرهایی که بتوانند زودتر از بقیه ماینرها این پازل محاسباتی را حل کنند، بلاک تازه‌ای به بلاک‌چین اضافه خواهند کرد و از طرف شبکه نیز پاداش دریافت می کنند؛ این پاداش‌ها همان رمزینهارزهاست و این رمزینهارزها توسط کسانی که این کامپیوترها را به کار می گیرند به کنترل و مالکیت درمی آیند؛ بنابراین منظور از ماینینگ در واقع، همان فرایند پیچیده کامپیوتری حل مسئله است که برای تأیید تراکنش‌های موجود و حفظ امنیت در شبکه‌ای غیرمتمرکز انجام می شود و در این فرایند، رمزینهارز شبکه به عنوان پاداش به کامپیوترها داده می شود. به دیگر بیان، با فرایند استخراج بلاک جدید که متشکل از تعدادی از تراکنش است به زنجیره بلاک‌های پیشین افزوده و به سبب آن کوین‌های جدیدی ایجاد می شود. با استخراج رمزینهارزها دیگر نیازی به واسطه و نهاد مرکزی نمی افتد و همین امر نقش بسیار مهمی

1. Miner.
2. Mining Pools.
3. Hash Power.

در ایجاد اعتماد، امنیت و پایداری رمزینه‌ارزها ایفا می‌کند (نک: فضل‌ی و همکاران، ۱۳۹۸، صص ۸۵-۸۷).

بلاک‌ها از قبل توسط طراح یا طراحان شبکه ساخته نشده‌اند، بلکه ایجاد بلاک‌ها نتیجه فعالیت ماینرهاست؛ به همین جهت تا یک بلاک ساخته نشود، امکان ساخت بلاک بعدی وجود ندارد؛ همچنین اینگونه نیست که به‌طور مثال مخترع بیت‌کوین از قبل رمز آنها را تعیین کرده باشد، بلکه الگوریتم تعریف‌شده در سیستم برای پیشبرد سازوکار استخراج و ماینینگ به تولید مستمر رمز می‌پردازد و به موازات آن ماینرها به‌صورت مستمر مشغول عملیات استخراج هستند. وقتی رمز یک بیت‌کوین جدید گشوده شود، در شبکه بلاک‌چین به اشتراک گذاشته و از سوی جمع تأیید اعتبار می‌شود و این شخص مالک آن بیت‌کوین محسوب خواهد شد. در واقع عملیات رمزگذاری یک راه حل مناسبی است که برای مقابله با جعل و کپی شدن ارزهای یادشده در نظر گرفته شده است؛ زیرا رمزینه‌ارز در واقع فقط یک سری بیت است که در حافظه یک یا چند دستگاه ذخیره می‌شود و برخلاف سکه یا اسکناس نمونه فیزیکی ندارد؛ به همین جهت مانند هر منبع دیجیتالی دیگری می‌تواند بی‌نهایت کپی شود.

ایجاد هر بلاک روی شبکه تقریباً ده دقیقه زمان می‌برد و به دنبال آن یک بیت‌کوین جدید تولید می‌شود که پاداش ایجادکننده آن بلاک خواهد بود. این جایزه در چهار سال ابتدایی عرضه بیت‌کوین (۲۰۰۸ تا ۲۰۱۲) ۵۰ بیت‌کوین بود و این تعداد پس از تولید ۲۱۰ هزار بلاک یا به‌عبارت‌دیگر پس از هر چهار سال به نصف کاهش پیدا می‌کند؛ یعنی از سال ۲۰۱۲ به عدد ۲۵ و از سال ۲۰۱۶ به عدد ۱۲/۵ و از سال ۲۰۲۰ به ۶/۲۵ بیت‌کوین در هر بلاک کاهش یافته است. با رسیدن تعداد این رمزاها به عدد ۲۱ میلیون، کار استخراج که در ۲۰۰۸ م. آغاز شده، در ۲۱۴۰ میلادی با استخراج آخرین ساتوشی (کوچک‌ترین واحد بیت‌کوین) به پایان خواهد رسید (نک: حاجی‌ملا میرزایی، ۱۳۹۹، ص ۲۸).

شبکه بلاک‌چین به‌گونه‌ای طراحی شده که مکانیسم ماینینگ توسط ماینرها امکان تحقق اجماع در سطح شبکه بدون یک مرجع مرکزی را فراهم می‌کند و به ارتقای

سطح امنیت شبکه کمک می‌کند. این فایده‌ای است که از جانب استخراج‌کنندگان (مایرها) به سیستم می‌رسد. البته، نتیجه ماینینگ منحصر به دریافت بیت کوین نیست که با اتمام استخراج بیت کوین به پایان برسد یا تعداد محدود بیت کوین قابل استخراج، به عنوان نقطه ضعف مطرح شود، زیرا مایرها در شبکه بیت کوین دو نوع پاداش دریافت می‌کنند: Block reward به ازای ساخت هر بلاک جدید و Transaction Fees به ازای تأیید هر تراکنش (و نقل و انتقال در شبکه). ممکن است درآمد یک ماینر از راه تأیید تراکنش بیشتر از ساخت بلاک شود و البته زمانی که استخراج بیت کوین به پایان برسد، درآمد ماینر منحصر در دریافت کارمزد تأیید تراکنش‌ها خواهد بود (نک: وانلین، ۱۴۰۱، ص ۱۳؛ جلابیان زعفرانی، ۱۴۰۰، ص ۱۷؛ به نقل از زنگنه شهرکی، ۱۴۰۲، ص ۳۵؛ ذاکری، ۱۴۰۰، ص ۴۹۳؛ همچنین نک: <https://crypto.news>).

۳. چیستی‌شناسی فقهی فرایند معدن کاوی

پیش از هر گونه بحث پیرامون سفیهانه بودن یا نبودن عملیات معدن کاوی و انطباق‌سنجی آن با معیارهای رفتار سفیهانه، لازم است ماهیت فقهی این فرایند روشن شود. یکی از گمانه‌زنی‌ها آن است که می‌توان عملیات استخراج را «مسابقه» دانست؛ بدین معنی که بیت کوین به تعداد مشخصی (حدود ۲۱ میلیون تعداد) طراحی شده است و هر کس که بتواند با دستگاه‌هایی یک عملیات پیچیده ریاضی انجام بدهد به عنوان جایزه مقداری بیت کوین به او داده می‌شود. به عبارت دیگر، مثل آن است که کسی اشیاء قیمتی را در جایی مخفی کند و از افراد بخواهد که در قالب مسابقه‌ای آن را پیدا کنند. در چنین حالتی طبیعتاً اگر کسی به آن اشیاء دست پیدا کرد به معنای آن نیست که اشیاء یادشده را ایجاد کرده است. در ماینینگ نیز ظاهراً به همین شکل است، افرادی که عمل پیچیده ریاضی را انجام بدهند، به آن ارزش‌های طراحی شده دست پیدا می‌کنند (نه آنکه آنان را ایجاد کنند)، در چنین حالتی اگر کسی در فرایند یادشده موفق بود، به عنوان جایزه مقداری از آن ارز به او تعلق خواهد گرفت (نک: عابدیان کلخوران، ۱۴۰۲، ص ۳۷۸). گفتنی است این تبیین مبتلا به اشکال است و مسابقه بودن استخراج پذیرفته

نیست؛ زیرا اولاً از جمله مقومات مسابقه وجود رقیب است و چنین چیزی با معنای مشارکت در باب مفاعله نیز تناسب دارد (نک: شهیدثانی، ۱۴۱۳، ج ۶، ص ۷۳)، حال آنکه در استخراج، بدون وجود هیچ رقیبی نیز دستیابی به نتیجه قابل تصور است؛ به بیان دقیق‌تر، در مسابقه، وجود رقیب «بشرط شیء» است و در استخراج رمزینه‌ارزها «لابشرط»؛ ثانیاً در مسابقه شرط است که مسابقه‌دهندگان ضمن برخورداری از بلوغ و عقل، ممنوع‌التصرف از مال نیز نباشند (شهیدثانی، ۱۴۱۰، ج ۴، صص ۴۲۱-۴۲۲)، حال آنکه در فرایند استخراج احراز دست کم برخی از این شروط برای استخراج کنندگان ممکن نیست؛ ثالثاً مسابقه در فقه اساساً اختصاص به اسب‌دوانی و امثال آن دارد (نک: شهیدثانی، ۱۴۱۰، ج ۴، صص ۴۲۱-۴۲۲) و واضح است که استخراج را نمی‌توان مصداقی برای آن در نظر گرفت.^۱ برخی دیگر بر آنند که استخراج را می‌توان «حیازت مباحات» آن‌هم از نوع مباحات بالعرض به شمار آورد؛ زیرا تمامی شرایط برای حیازت شمردن آن، هم در جهت موضوع و هم از جهت شخص حیازت‌کننده مهیاست. این دسته تبیین ابعاد مختلف حیازت مباحات و استخراج رمزینه‌ارز و بیان هماهنگی و تطبیق در اکثر شرایط تحقق حیازت و استخراج را مؤید گزاره فوق می‌دانند (نک: زنگنه‌شهرکی، ۱۴۰۲، ص ۴۸). این تصور نیز نادرست بوده و انطباق استخراج بر حیازت مباحات، غیرقابل‌پذیرش است؛ زیرا اولاً نمی‌توان این عمل را در قالب مباحات اصلی، تصور کرد، چراکه دانشمندان آنچه را که در طبیعت به صورت مباح وجود دارد و سابقه ملکیت آن مشخص نیست همچون آب‌ها، علف‌ها، حیوانات دریایی، کبوتران هوا و اشیای در درون دریاها را مباح اصلی می‌دانند (نک: محقق‌داماد، ۱۴۰۱، صص ۳۳۹-۳۴۰). ثانیاً پذیرش مباحات بالعرض بودن استخراج رمزینه‌ارزها نیز دشوار است، چراکه در این نوع از مباحات باید از مال موجود روی گردانی و اعراض صورت گیرد تا بتوان قصد تملیک کرد؛ درواقع

۱. برخی از فقها مسابقه را از اقسام قرارداد «جعاله» می‌دانند (نک: نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۸، ص ۲۲۳) و با توجه به آنکه در ادامه خواهد آمد که نزدیک‌ترین عنوانی که می‌توان عملیات استخراج را بر آن منطبق ساخت جعاله است، طبیعی است که در این صورت شبهه مسابقه بودن استخراج - به‌عنوان چیزی مستقل از جعاله - دیگر مطرح نخواهد شد.

قوام مباح بالعرض به اعراض است، ولی در استخراج رمزینه‌ارزها، اعراضی صورت نمی‌گیرد.^۱

احتمال دیگری که در مورد ماهیت فقهی استخراج مطرح شده، «اجاره» است (نک: عابدیان کلخوران و همکاران، ۱۴۰۲، ص ۳۷۸)، زیرا تعریف مشهور از اجاره «تملیک منفعت یا عمل در مقابل عوض» است (هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۳۴) و در استخراج رمزینه‌ارز نیز فردی منفعت مشخصی که همان حل معادله ریاضی، رمز‌گذاری و تأیید معاملات است را در قبال دریافت عوض معلومی انجام می‌دهد؛ اما باید توجه داشت اجاره بودن استخراج نیز منتهی است، زیرا در استخراج رمزینه‌ارزها اولاً شرط کمال معتبر نیست و هر انسانی - جز صبی غیرمميز و مجنون که اختلافی است - به هر تعدادی می‌تواند هم‌زمان، اقدام به استخراج نماید؛ ثانیاً عقدی جداگانه برای تک‌تک افرادی که در حال استخراج هستند بسته نمی‌شود، از طرفی اجاره نیز چنین قابلیت را ندارد که فرد اجیرشده، از نظر تعداد و هویت نامشخص باشد یا یک عقد برای تعدادی نامعلوم و با هویت نامشخص، منعقد گردد (نک: سلطانی‌فرد و همکاران، ۱۴۰۳، ص ۴۴).

«هبه معوض» نیز نمی‌تواند استخراج رمزینه‌ارز را تحت پوشش خود قرار دهد، زیرا با آنکه مشابَهت‌هایی که ممکن است این دو باهم داشته باشند، باید گفت برخلاف هبه معوض که ماهیت آن اولاً و اصالتاً بخشش و دهش است (نک: کاشف‌الغطاء، بی‌تا، ص ۲۲۵)، در استخراج رمزینه‌ارز سیستم در ابتدا هیچ قصدی برای دادن هدیه ندارد و تنها پاداش را در قبال انجام یافتن عملی که خواسته شده است می‌پردازد.

به نظر می‌رسد اگر قرار باشد معدن کاوی در ذیل یکی از عقود معین قرار گیرد، جعاله عام نزدیک‌ترین عنوانی است که می‌توان برای فرایند یادشده در نظر گرفت.

۱. ممکن است چنین اشکال شود که معنای «Mining» در لغت به معنای «معدن کاوی» است و معدن کاوی در فقه اسلامی یکی از انواع حیازت مباحات اصلی به شمار می‌رود، پس باید استخراج رمزینه‌ارزها نیز نوعی حیازت مباحات به شمار رود. در پاسخ به این پرسش باید گفت با اندکی تأمل در مراد فقها از معدن و همین‌طور مباحات اصلی می‌توان به این نتیجه رسید که مراد، منابعی است که درون زمین قرار دارد و نمی‌توان به‌صرف تشابه در نام‌گذاری، آن‌ها را یکسان تصور نمود.

جعاله شرعاً عبارت است از تعهد به پرداخت مالی معین در برابر انجام دادن کاری حلال و درخور اعتنای عقلا، مانند آنکه کسی بگوید: هر کس گمشده مرا بیابد فلان مبلغ را به او می‌دهم (نک: محقق‌حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۱۲۶؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۱، ص ۱۴۹). به کسی که درخواست انجام دادن کار را می‌کند «جاعل»، به کننده کار «عامل» و به مال تعهد شده «جعل» (عوض) گویند (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۵۸).

بررسی‌ها نشان می‌دهد هرچند رمزینه‌ارزهای استخراج‌شده توسط شبکه به عامل داده می‌شود، اما نمی‌توان سیستم را به‌عنوان موجب در نظر گرفت و حکم به عدم امکان صدور ایجاب از طرف سیستم کرد؛ زیرا در واقع فرد انسانی بوده است که برنامه‌نویسی این شبکه را به گونه‌ای انجام داده است که افراد با انجام فعالیت‌های مربوط به استخراج، رمزینه‌ارزهایی چند از طریق شبکه، به‌دست آورند؛ بنابراین می‌توان یک ایجاب عام فعلی صادره از طراح سیستم رمزینه‌ارزها به‌عنوان «جاعل» در نظر گرفت و آن را بر جعاله عام تطبیق داد. از نظر قبول نیز باید گفت نزد فقهای که جعاله را ایقاع می‌دانند، قبول جایگاهی ندارد و فقهای طرفدار عقد بودن جعاله نیز قبول فعلی را کافی می‌دانند (نک: نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۵، ص ۱۹۰)، بر همین اساس می‌توان در استخراج رمزینه‌ارزها فعل عامل را مصداق قبول دانست؛ همچنین پاداش استخراج رمزینه‌ارزها را می‌توان به‌عنوان «جعل» در نظر گرفت؛ زیرا بنا بر قول مشهور فقها، جعل باید معلوم باشد و هر یک از رمزینه‌ارزها نیز بسته به نوع طراحی‌ای که دارند، پاداش مشخصی برای استخراج رمزینه‌ارزها قرار می‌دهند. ماینر را نیز می‌توان به‌عنوان «عامل» در نظر گرفت؛ زیرا اولاً رعایت شروطی که در جاعل لازم بوده، برای عامل نیاز نیست و صبی غیرمميز و مجنون نیز در عمل نمی‌توانند به ماینینگ پردازند تا مشکلی از این جهت برای ماینر به وجود آید. ثانیاً این عمل نیاز به قصد قربت ندارد؛ از همین روی، امکان تحصیل عمل با هر معنایی که نظر گرفته شود در ماینر وجود دارد. ثالثاً در استخراج رمزینه‌ارزها هویت ماینر نامعلوم است و این نامعلوم بودن نیز از این جهت آسیبی به جعاله بودن استخراج رمزینه‌ارزها نمی‌رساند. «عمل» نیز در استخراج رمزینه‌ارزها اولاً مقصود عقلا بوده و ثانیاً

معلوم و مشخص است و از طریق سی پی یو^۱، جی پی یو^۲ و ای سیک^۳ انجام می گیرد و تا زمانی که دلیلی بر عدم مشروعیت آن اقامه نشود، فعالیتی جایز خواهد بود. تنها مشکل انطباق سنجی، در اهلیت تصرف «جاعل» نمود می یابد؛ چه، احراز این شرط به دلیل ناشناس بودن «ساتوشی ناکاموتو» - مبدع رمزینهارزها - ممکن نیست؛ مگر آنکه عدم امکان عرفی طراحی رمزینهارزها به توسط مجنون و کودک و هزینه بر بودن طراحی آن، مؤید اهلیت مبدع باشد. پذیرش داشتن قصد و رضایت با توجه به اینکه شخصاً اقدام به انتشار مقاله ای در خصوص بیت کوین نموده نیز عاقلانه تر است. البته مفلس بودن یا نبودن مبدع نامعلوم است، هر چند که می توان هزینه بر بودن طراحی سیستم رمزینهارزها را به نوعی نشانه عدم محجوریت مالی او دانست (نک: محمدی و همکاران، ۱۴۰۱، ص ۸۱).

۴. بررسی تطبیق پذیری عمل حقوقی سفیهانه با معدن کاوی رمزینهارزها

پس از تبیین مفهوم معامله سفیهانه و حکم آن در نزد بیشتر فقها و بیان این نکته که رفتار سفیهانه اختصاصی به بیع ندارد، و همچنین پس از آشنایی اجمالی با عملیات معدن کاوی یا استخراج، باید دید که آیا می توان فرایند یادشده را متصف به سفاقت دانست و آن را رفتاری غیرعاقلانه به شمار آورد و قایل به بطلان آن شد یا خیر؟ از مطالب پیش گفته روشن می شود که به طور کلی ضابطه در عمل حقوقی سفیهانه آن است که فاقد غرض عقلانی بوده و قابلیت و شأنیت وقوع از سوی شخص سفیه را داشته باشد. با وجود این، در لابه لای کتب فقهی مواردی را می توان یافت که فقها به طور خاص به عنوان عواملی برای سفیهانه شدن معامله به آنها تصریح کرده اند؛ مواردی همچون «مالیت نداشتن عوضین» (نک: خوبی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص ۱۹۷)، «منفعت عقلایی نداشتن عوضین» (نک: موسوی خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۱۶۲)، «مملوک نبودن عوضین» (نک:

1. CPU.
2. GPU.
3. ASIC.

مقدس اردبیلی، بی تا، ج ۸، ص ۱۶۷)، «نداشتن قدرت بر تسلیم عوضین» (نک: بحرانی، بی تا، ج ۲۱، ص ۵۵۴) و «معلوم نبودن عوضین» (نک: قمی، ۱۳۷۱، ج ۲، صص ۱۰۰-۱۰۱). از آنجایی که اتصاف عقد به سفاهت اختصاصی به بیع ندارد، چه بسا بتوان دست کم برخی از این مواردی را که در عقد جعاله نیز مورد توجه فقها قرار گرفته است، نسبت به فرایند استخراج به عنوان مصداقی از جعاله مطرح کرد و وجود ملاک‌های رفتار سفیهانه را در آن مورد بررسی قرار داد.

۴-۱. منفعت عقلایی نداشتن «عمل»

همانطور که گفته شد برخی از فقها معتقدند معاوضه بر اشیاى فاقد منفعت به دلیل سفیهانه بودن باطل است (نک: موسوی خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۱۶۲). بر همین اساس یکی از بارزترین مصداقی رفتار سفیهانه را می‌توان جایی دانست که مورد معامله فاقد منفعت عقلایی باشد. یکی از ارکان جعاله یعنی «عمل» نیز مشروط به همین شرط است؛ زیرا جعاله بر هر عمل دارای منفعت عقلایی صحیح است، هر چند خصوصیات آن معلوم نباشد؛ چون غرض از مشروعیت جعاله انجام دادن کاری است که غالباً خصوصیات آن مجهول است، مانند پیدا کردن گمشده که مقدار مسافت و زمان لازم برای پیدا کردن، نامعلوم است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۵، صص ۱۹۱-۱۹۳)؛ بنابراین می‌توان ادعا کرد اگر عمل دارای منفعت عقلایی نباشد، جعاله سفیهانه خواهد شد.

پرسشی که مطرح می‌شود آن است که آیا عملیات استخراج رمزینهارها را می‌توان دارای منفعت عقلایی و به دور از اقدامی سفیهانه دانست یا خیر؟ پاسخ مثبت است؛ زیرا برای ایجادکننده سیستم، عمل استخراج رمزینهار، منفعت عقلایی دارد؛ چه پیش از این اشاره شد که عملیات استخراج تنها در بهره‌گیری ماینرها از پاداش خلاصه نمی‌شود، بلکه به نوعی موجب تأمین و تقویت امنیت خود شبکه طراحی شده نیز می‌شود. از سوی دیگر، تردیدی نیست که ماینینگ برای استخراج کنندگان نیز دارای فایده عقلایی بوده و موجب اکتساب سرمایه و تأمین مایحتاج زندگی آنها می‌شود. برنامه‌ریزی دولت‌ها و

سیاست‌گذاری آنها در این زمینه و همچنین استقبال روزافزون بسیاری از مردم جهان از این پدیده نوظهور و شدت یافتن میل و رغبت آنان به ورود در فرایند استخراج مؤید همین مطلب و به‌نوعی حتی نشان‌دهنده مالیت داشتن عمل استخراج و همچنین جعل و پاداش در نظر گرفته شده است؛ بنابراین از این حیث نمی‌توان استخراج رمزینه‌ارزها را اقدامی سفیهانه به حساب آورد.

۲-۴. معلوم نبودن «جعل»

از آنجا که اگر در یک معاوضه دست کم یکی از عوضین مجهول باشد، ممکن است در مقابل بهای پرداخت‌شده عوض متناسب از نظر ارزش اقتصادی قرار نگیرد، از همین روی، برخی برآنند که معامله در چنین حالتی سفیهانه خواهد بود (نک: قمی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۱۰۰-۱۰۱). پرسش آن است که آیا همانطور که در بیع شرط است عوضین معلوم و معین باشند، آیا معلوم و معین بودن در جعاله نیز شرط است که در صورت فقدان آن، جعاله سفیهانه تلقی شود یا خیر؟ در مورد جعاله باید گفت معین بودن در «عامل» لازم نیست (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۵، ص ۱۸۹ و ۱۹۶). در «عمل» نیز آنچه مهم است منفعت عقلایی داشتن است و نیازی نیست خصوصیات آن معلوم باشد، چون غرض از مشروعیت جعاله انجام دادن کاری است که غالباً خصوصیات آن مجهول است، مانند پیدا کردن گمشده که مقدار مسافت و زمان لازم برای پیدا کردن، نامعلوم است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۵، ص ۱۹۱-۱۹۳). محقق حلی با بیانی دیگر در همین رابطه می‌نویسد: «جایز است عمل مجهول باشد، زیرا جعاله همچون مضاربه عقدی جایز است» (محقق‌حلی، ۱۴۰۸، ج ۳، ص ۱۲۶)؛ اما «جعل» (عوض) در جعاله براساس نظر مشهور باید با پیمان، وزن، شمارش یا غیر آن، در حدی که رفع غرر گردد، معلوم باشد؛ بنابراین، جعاله در صورت مجهول بودن عوض باطل است. برخی گفته‌اند: مراد قایلان به اشتراط معلوم بودن عوض در جعاله، بطلان عوض است نه اصل عقد و در نتیجه عامل مستحق اجرت‌المثل خواهد بود. البته در صورت بطلان عقد نیز عامل مستحق اجرت‌المثل است، با این تفاوت که در صورت

صحت جعاله و بطلان عوض، اجرت‌المثل، در جعاله عوض واقع می‌شود؛ لیکن بنا بر قول جمعی، در صورتی که جهالت مانع تسلیم عوض نباشد، اشکالی ندارد، مانند آنکه جاعل بگوید: هر کس فلان گمشده را بیابد، نصف آن از آن او باشد و یا صاحب کالا به دلال بگوید: از فلان مبلغ هر چه بیشتر فروختی از آن خودت باشد (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۵، صص ۱۹۳-۱۹۵؛ هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۳، صص ۹۲-۹۳).

حال پرسش دیگری مطرح می‌شود و آن اینکه آیا در عملیات استخراج رمزینهارز آنچه به‌عنوان پاداش پرداخت می‌شود - که می‌توان آن را معادل جعل و عوض در جعاله دانست - معلوم است یا خیر؟ پیش از پاسخ به این پرسش ذکر این نکته ضروری است که به نظر می‌رسد مسئله اشتراط معلوم بودن عوضین ناظر به «غرر» است نه «سفه»؛ توضیح آنکه غرر در شریعت به معنای خطر ناشی از ابهام نسبت به دست کم یکی از عوضین در هنگام معامله است که در نزد عرف شایان توجه باشد.^۱ بنابراین در غرر، آن چیزی که وجود دارد، خطر - یعنی احتمال ضرر - است، نه ضرر قطعی؛ و مسئله اشتراط معلوم بودن عوضین به‌منظور جلوگیری از وقوع این ضرر احتمالی مطرح شده است؛ چه، اگر عوضین معلوم نباشند، عدم تناسب عوضین محتمل می‌شود نه آنکه به‌طور قطعی چنین باشد، زیرا ممکن است از قضا عوضین نامعلوم از جهت ارزش اقتصادی متوازن باشند. اما صرف نظر از این نکته در پاسخ به پرسش یادشده می‌توان گفت آن مقدار از رمزینهارزی که قرار است به‌عنوان پاداش به استخراج‌کنندگان تعلق بگیرد، معلوم و مشخص است؛ به دیگر بیان، هر یک از رمزینهارزهای قابل استخراج، بسته به نوع طراحی‌شان، پاداشی برای استخراج قرار می‌دهند، به‌طور مثال، در حال حاضر، پاداش استخراج بلوک در بیت‌کوین، 6.25 BTC است. در جدول زیر پاداش برخی از رمزینهارزها آورده شده است.

۱. جهت کسب اطلاع بیشتر در مورد مفهوم «غرر» و ضابطه تشخیص آن در معاملات، به مقاله «کاوشی نو در گستره مفهومی قاعده نفی غرر و انطباق‌سنجی خریدوفروش ارزهای رمزپایه با آن» از نگارنده مراجعه شود.

رمزینہ ارز	پاداش استخراج (یک بلاک)
مونرو (Monero)	۱.۲۶ مونرو
زی کش (ZCash)	۳.۱۲۵ زی کش
گرین (Grin)	۶۰ گرین
ریون کوین (RavenCoin)	۵ هزار ریون کوین
لایت کوین (Litecoin)	۱۲.۵ لایت کوین
اتریوم (Ethereum)	۳.۲ اتریوم
دش (Dash)	۲.۸۸ دش
بیت کوین (BTC)	۶.۲۵ بیت کوین

از آنچه در مورد پاداش یا عوض استخراج رمزینہ ارزها گفته شد، مشخص می‌شود که مقدار عوض، به تعداد مشخصی قرار داده شده و مجهول نیست؛ به همین دلیل، از این حیث نیز نمی‌توان قایل به سفیہانہ بودن عملیات ماینینگ شد.^۱

بر اساس آنچه گفته شد، روشن می‌شود که عوامل سفیہانہ شدن یک اقدام - که در کلام فقہا ذکر شده و در جعاله نیز قابل طرح است - بر عملیات استخراج تطبیق نمی‌شود.^۲ به علاوه، صرف نظر از آنکه ماهیت فقهی این عملیات چیست، به طور اساسی

۱. تا اینجا بیان شد که «جعل» (پاداش) در استخراج رمزینہ ارزها معلوم است؛ افزون بر این مطلب باید گفت «عمل» نیز در فرایند استخراج، معلوم است (با اینکه پیش از این گفته شد بنا بر نظر مشهور در جعاله نیازی نیست خصوصیات عمل مشخص باشد)؛ به دیگر بیان، عمل (ماینینگ) به چند روش قابل اجراست که همگی دارای فرایندی مشخص هستند، ماینینگ از طریق سی پی یو (CPU)، ماینینگ از طریق جی پی یو (GPU) و ماینینگ از طریق ای سی ک (ASIC) از جمله روش‌های استخراج رمزینہ ارزها هستند که در جای خود چگونگی آن‌ها بیان شده است.

۲. ممکن است دو عامل دیگر سفیہانہ شدن بیع یعنی «نداشتن قدرت بر تسلیم عوضین» و «مملوک نبودن عوضین» نیز در جعاله قابل بررسی باشد؛ بدین معنا که پیرامون مورد اول گفته شود آنچه در «عامل» لازم است امکان تحصیل کار مورد نظر جاعل است و این را به نوعی شبیه به همان قدرت داشتن بر تسلیم دانست و از آنجا که

وقتی عقلای جهان به شکل گسترده به پدیده‌ای اقبال نشان می‌دهند و حتی خود در آن ورود پیدا می‌کنند، نمی‌توان چنین رفتاری را سفیهانه محسوب کرد.

نتایج و یافته‌ها

۱. منظور از معاملات سفیهانه، معاملاتی غیرعقلایی است که برخلاف رفتار نوع مردم جامعه به حساب می‌آید، به طوری که چنین معامله‌ای بیشتر از جانب افراد سفیه انجام می‌گیرد و عقلاً به طور معمول اقدام به انعقاد آن نمی‌کنند؛ همچون فروختن خانه در مقابل یک خودکار. بیشتر فقهای شیعه معتقدند معاملات سفیهانه باطل است و برخی حتی بطلان آن را از مسلمات مورد اتفاق دانسته‌اند. گفتنی است سفه اختصاصی به بیع نداشته، می‌تواند در سایر معاوضات از جمله اجاره، نکاح، جعاله و حتی در غیر معاوضات همچون وکالت و به طور اساسی در مطلق عقد تحقق یابد.

۲. منظور از معدن کاوی (استخراج)، همان فرایند پیچیده کامپیوتری حل مسئله است که برای تأیید تراکنش‌های موجود و حفظ امنیت در شبکه‌ای غیرمتمرکز انجام می‌شود و در این فرایند، رمزینارز شبکه به عنوان پاداش به کامپیوترها داده می‌شود. به نظر می‌رسد اگر قرار باشد معدن کاوی در ذیل یکی از عقود معین قرار گیرد، جعاله عام نزدیک‌ترین عنوانی است که می‌توان برای فرایند یادشده در نظر گرفت.

۳. به طور کلی ضابطه در عمل حقوقی سفیهانه آن است که فاقد غرض عقلایی بوده و

→

چنین شرطی در استخراج وجود دارد یعنی امکان ماینینگ برای استخراج کنندگان منتفی نیست و از سوی دیگر نیز قدرت بر پرداخت «جعل» (پاداش) توسط سیستم وجود دارد؛ بنابراین نمی‌توان به استناد این مورد، عملیات استخراج را سفیهانه محسوب کرد. درباره مورد دوم نیز باید گفت اولاً خود عمل ماینینگ مملوکیت دارد، زیرا هر کس مالک کار خود است. ثانیاً رمزینارزی که در قبال عمل ماینینگ پرداخت می‌شود نیز مملوکیت دارد، زیرا ناکاموتو هر شخص یا گروهی که باشد، مبدع رمزینارزهاست و ایجادکننده آن از طریق سیستم، مالک آن به حساب می‌آید؛ از همین روی، می‌تواند در قبال کاری که استخراج‌کننده رمزینارز برای وی انجام می‌دهد، تعدادی رمز ارز به وی پاداش دهد؛ بنابراین نمی‌توان رمزینارز را همچون ماهی در دریا دانست و از طرفی ادعای آنکه ارزشهای یادشده همچون اراضی مفتوح‌العنوه مملوکیت آن سلب شده است، اول کلام بوده و نیاز به اثبات دارد.

قابلیت و شأنت وقوع از سوی شخص سفیه را داشته باشد. با وجود این، در لابه‌لای کتب فقهی مواردی را می‌توان یافت که فقها به‌طور خاص به‌عنوان عواملی برای سفیهانه شدن معامله به آنها تصریح کرده‌اند. یکی از این موارد «منفعت عقلایی نداشتن» است. باید توجه داشت که مورد مذکور در عملیات استخراج - به‌عنوان مصداقی برای عقد جعاله - قابل طرح نیست، زیرا عملیات استخراج تنها در بهره‌گیری ماینرها از پاداش خلاصه نمی‌شود، بلکه به‌نوعی موجب تأمین و تقویت امنیت خود شبکه طراحی شده نیز می‌شود که برای جاعل یا جاعلان منفعت دارد. از سوی دیگر، تردیدی نیست که ماینینگ برای استخراج‌کنندگان نیز دارای فایده عقلایی بوده و موجب اکتساب سرمایه و تأمین مایحتاج زندگی آنها می‌شود. «معلوم نبودن» از دیگر مواردی است که موجب تحقق سفاهت می‌شود. این مورد نیز در عملیات استخراج منتفی است؛ زیرا آن مقدار از رمزینهارزی که قرار است به‌عنوان جعل یا پاداش به استخراج‌کنندگان تعلق بگیرد، معلوم و مشخص است و هر یک از رمزینهارزهای قابل استخراج، بسته به نوع طراحی‌شان، پاداشی برای استخراج‌قرار می‌دهند. افزون بر این، عمل نیز در فرایند استخراج (با اینکه بنا بر نظر مشهور در جعاله نیازی نیست خصوصیات عمل مشخص باشد)، معلوم و دارای فرایندی مشخص است.

بنابراین نمی‌توان عملیات معدن‌کاوی یا استخراج رمزینهارزها را سفیهانه محسوب کرد. البته واضح است که سفیهانه نبودن فرایند یادشده لزوماً به معنای مشروعیت آن نیست، بلکه این پدیده به‌منظور مشروعیت‌سنجی از جهات دیگر نیز نیازمند بررسی است.

فهرست منابع

- ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد. (۱۳۶۷). النهایة فی غریب الحدیث و الأثر (ج ۲). قم: موسسه اسماعیلیان.
- ابن منظور، محمد. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (ج ۱۳). بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- ایروانی نجفی، علی. (۱۳۸۴). حاشیة المکاسب (ج ۱). تهران: کیا.
- بحرانی، یوسف. (بی تا). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة (ج ۲۱). قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
- جودمایر، الوشا؛ استیفر، نیکلاس؛ کرامبهورلز، کاترین؛ گارویپ، اد. (۱۳۹۹). بلاک چین (معرفی بیت کوین، رمزارزها و مکانیزم توافق به وجود آمدن آنها) (مترجم: مدیری و عظیم زادگان). تهران: پشتیبان.
- حاجی ملامیرزایی، حامد. (۱۳۹۹). بلاک چین. تهران: انتشارات دانشگاه و پژوهشگاه عالی دفاع ملی و تحقیقات راهبردی.
- حسینی مراغی، سید عبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیة (ج ۲). قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام (ج ۳). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۳۷۷). مصباح الفقاهة (ج ۱، ۵، ۷). قم: داوری.
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۹ق). محاضرات فی فقه الجعفری (ج ۱، تقریر: هاشمی شاهرودی). قم: مؤسسه دائرة معارف الفقه الإسلامی.
- دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۳). لغت نامه. تهران: روزنه.
- ذاکری، سید روح الله (۱۴۰۰). «نقد دو دلیل بر حرمت استخراج بیت کوین و اثبات حلیت آن به عنوان جعاله». پژوهش های پولی - بانکی، دوره ۱۴، شماره ۴۹، صص. ۴۸۳-۵۰۷.

- روحانی، محمدصادق. (۱۴۱۴ق). المسائل المستحدثة. قم: دار الكتاب.
- زنگنه شهرکی، جعفر؛ پولادین طرقي، حجت؛ وليدخت محمودی، عليرضا. (۱۴۰۲). «بررسی فقهی-حقوقی استخراج رمزارز به عنوان مصداقی از حيازت مباحات». اقتصاد اسلامي، دوره ۲۳، شماره ۹۲، صص. ۲۹-۵۱.
- سلطانی فرد، جواد؛ محمدی، احمد. (۱۴۰۳). «تحليلی بر میزان تطبيق پذیری استخراج ارزهای رمزنگاری شده با عقد اجاره». نهمین کنفرانس بین‌المللی فقه و حقوق و پژوهش‌های دینی (گرجستان).
- شیرینی زنجانی، موسی. (بی تا). کتاب نکاح (ج ۲۱). قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
- شهیدثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (ج ۳، ۴). قم: مکتبه الداوری.
- شهیدثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام (ج ۶، ۱۱). قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم. (۱۳۷۶). سؤال و جواب (ج ۱). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- طریحی، فخرالدین. (۱۳۷۵). مجمع البحرين (ج ۶). تهران: مرتضوی.
- عابدیان کلخوران، سیدحسن؛ کریمی وردنجانی، مریم. (۱۴۰۲). مشروعیت استخراج بیت کوین با دقت در مصادیق و قواعد فقهی آن. قانون‌یار، سال ۷، شماره ۲۷، صص ۳۶۷-۳۸۷.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۰۹ق). کتاب العین (ج ۴). قم: هجرت.
- فضلی، حسن؛ چمندار، مهدی و زمردی، هادی. (۱۳۹۸). بلاک‌چین و رمزارزها. تهران: ناقوس.
- فیومی، احمد بن محمد. (1414ق). المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر (ج ۲). قم: مؤسسه دار الهجرة.
- قمی، ابوالقاسم. (۱۳۷۱). جامع الشتات فی أجوبة السؤالات (ج ۲). تهران: کیهان.
- کاشف‌الغطاء، عباس بن علی. (بی تا). المال المثلی و المال القیمی فی الفقه الإسلامی. قم: مؤسسه کاشف‌الغطاء العامة.

- محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۴۰۱). قواعد فقه (بخش مدنی). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدی، احمد؛ سلطانی فرد، جواد؛ رنجبر، حسین؛ پهلوانی، محمداسماعیل. (۱۴۰۱). «انطباق سنجی استخراج رمزارزها با جعاله». فقه، سال ۲۹، شماره ۱۱۱، صص ۶۵-۹۶.
- مدرسی، محمدرضا. (۱۳۹۲). مقالات فقهی (اجرت بر واجبات). قم: دار التفسیر.
- مقدس اردبیلی، احمد. (بی تا). مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان (ج ۸). قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۴ق). کتاب النکاح (ج ۱). قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب ×.
- مور، وارن. (۱۴۰۱). ارز دیجیتال برای مبتدیان (مترجم: روحانی). مشهد: دیده بان قلم فرتاک.
- موسوی خمینی، سیدروح الله. (۱۴۱۰ق). المكاسب المحرمة (ج ۱). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- موسوی خمینی، سیدروح الله. (بی تا). تحریر الوسيلة (ج ۱). تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.
- نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۲). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (ج ۲۳، ۲۸، ۳۵). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۳۸۲). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام (ج ۱، ۲، ۳، ۵). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

<https://crypto.news>

References

- Abedian Kalkhuran, S. H., & Karimi Vardanjani, M. (2023). The legitimacy of Bitcoin mining by carefully considering its jurisprudential examples and rules. *Qanun-Yar*, 7(27), pp. 367–387. [In Persian]
- Bahrani, Y. (n.d.). *Al-Hada'iq al-nazira fi ahkam al-itira al-tahira* (Vol. 21). Qom: Islamic Publishing Institute of the Society of Teachers. [In Arabic]
- Dekhoda, A. A. (1994). *The Dictionary*. Tehran: Rozaneh. [In Persian]
- Farahidi, K. (1990). *Kitab al-A'in* (Vol. 4). Qom: Hijrat. [In Arabic]
- Fayoumi, A. (1995). *Al-Misbah al-Munir fi gharib al-sharh al-kabir* (Vol. 2). Qom: Dar al-Hijra. [In Arabic]
- Fazli, H., Chamandar, M., & Zamordi, H. (2019). *Blockchain and cryptocurrencies*. Tehran: Naghous. [In Persian]
- Goodmeyer, A., Stiefer, N., Krambohlz, K., & Garweep, E. (2020). *Blockchain: An introduction to Bitcoin, cryptocurrencies, and the consensus mechanism* (I. Modiri & A. Azimzadegan, Trans.). Tehran: Poshtiban. [In Persian]
- Haji-Molamirzaei, H. (2020). *Blockchain*. Tehran: National Defense University and Strategic Research Institute Press. [In Persian]
- Hashemi Shahroudi, M. (2003). *Furqan Fiqh Mutabaq al-Madhab Ahl al-Bayt* (Vols. 1, 2, 3, 5). Qom: Institute of Islamic Jurisprudence on the Madhhab of Ahl al-Bayt. [In Persian]
- Hosseini Maraghi, S. A. (1996). *Al-'Anawin al-fiqhiyya* (Vol. 2). Qom: Islamic Publishing Institute of the Society of Teachers. [In Arabic]
- Ibn Athir Jazari, M. (1988). *Al-Nihaya fi gharib al-hadith wa al-athar* (Vol. 2). Qom: Ismaeiliyan Institute. [In Arabic]
- Ibn Manzur, M. (1993). *Lisan al-Arab* (Vol. 13). Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
- Iravani-Najafi, A. (2005). *Hashiyat al-Makasib* (Vol. 1). Tehran: Kia. [In Persian]
- Kashif al-Ghita, A. (n.d.). *Al-Mal al-Mithli wa al-Mal al-Qayimi fi al-Fiqh al-Islami*. Qom: Kashif al-Ghita Institute. [In Arabic]

- Khoei, S. A. (1998). *Misbah al-fiqaha* (Vols. 1, 5, 7). Qom: Davari. [In Arabic]
- Khoei, S. A. (2008). *Muhadharat fi fiqh al-Ja'fari* (Vol. 1, M. Hashemi Shahroudi, Ed.). Qom: Encyclopedia of Islamic Jurisprudence Institute. [In Arabic]
- Makarem Shirazi, N. (2003). *Kitab al-Nikah* (Vol. 1). Qom: Imam Ali bin Abi Talib School. [In Arabic]
- Modaresi, M. R. (2013). *Articles on Fiqh (Wages on Obligations)*. Qom: Dar al-Tafseer. [In Persian]
- Mohammadi, A., Soltani-Fard, J., Ranjbar, H., & Pahlavani, M. I. (2022). Compatibility of cryptocurrency mining with the contract of Ja'ala. *Journal of Fiqh*, 29(111), pp. 65–96. [In Persian]
- Moore, W. (2022). *Cryptocurrency for beginners* (M. Rouhani, Trans.). Mashhad: Dideh Ban Qalam Fartak. [In Persian]
- Muhaqqiq Damad, S. M. (2022). *Qawa'id fiqh* (Civil Section). Tehran: Center for the Publication of Islamic Sciences. [In Persian]
- Muhaqqiq Hilli, J. (1988). *Sharayi' al-Islam fi masa'il al-halal wa al-haram* (Vol. 3). Qom: Ismaeiliyan Institute. [In Arabic]
- Muqaddas Ardabili, A. (n.d.). *Majma' al-Faida wa al-Burhan fi Sharh Irshad al-Azhān* (Vol. 8). Qom: Islamic Publishing Institute. [In Arabic]
- Musavi Khomeini, S. R. (1991). *Al-Makasib al-Muharrama* (Vol. 1). Qom: Ismaeiliyan Institute. [In Arabic]
- Musavi Khomeini, S. R. (n.d.). *Tahrir al-Wasilah* (Vol. 1). Tehran: Institute for the Publication and Organization of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
- Najafi, M. H. (1983). *Jawaher al-Kalam fi Sharh Sharayi' al-Islam* (Vols. 23, 28, 35). Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi. [In Arabic]
- Qomi, A. Q. (1992). *Jami' al-Shatat fi ajwibat al-su'alaat* (Vol. 2). Tehran: Keyhan. [In Persian]
- Rouhani, M. S. (1993). *Al-Masa'il al-mustahdatha*. Qom: Dar al-Kitab. [In Arabic]
- Shahid Thani, Z. (1990). *Al-Rawda al-bahiyya fi sharh al-lum'a al-dimashqiyya* (Vols. 3–4). Qom: Maktabat al-Davari. [In Arabic]

- Shahid Thani, Z. b. Ali. (1992). *Masalik al-afham ila tanqih sharayi' al-Islam* (Vols. 6, 11). Qom: Islamic Knowledge Foundation. [In Arabic]
- Shobeiri Zanjani, M. (n.d.). *Kitab al-Nikah* (Vol. 21). Qom: Raypardaz Research Institute. [In Arabic]
- Soltani Fard, J., & Mohammadi, A. (2024). *An analysis of the compatibility of cryptocurrency mining with the contract of Ijara*. Presented at the 9th International Conference on Fiqh, Law, and Religious Studies, Georgia. [In Persian]
- Tabatabaei Yazdi, S. M. K. (1997). *Question and answer* (Vol. 1). Tehran: Center for the Publication of Islamic Sciences. [In Persian]
- Tarihi, F. (1996). *Majma' al-Bahrayn* (Vol. 6). Tehran: Mortazavi. [In Arabic]
- Zakeri, S. R. (2021). A critique of two arguments for the impermissibility of Bitcoin mining and establishing its permissibility as *Ja'ala*. *Monetary and Banking Research*, 14(49), pp. 483–507. [In Persian]
- Zanganeh Shahraki, J., Pouladin Torqi, H., & Validokht Mahmoudi, A. (2023). A jurisprudential and legal review of cryptocurrency mining as an example of appropriation of unowned property (*hayazat al-mubahāt*). *Islamic Economics*, 23(92), pp. 29–51. [In Persian]



The Application of the Principle of Ilzam (Obligation) in the Family System and Its Impact on the Interaction and Coexistence of Followers of Islamic Denominations¹

Jalal Eraghi¹ Maryam Aghaei Bejestani²
Mohammad Rohani Moghaddam³

1. PhD Candidate, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Semnan Branch, Islamic Azad University, Semnan, Iran (Corresponding Author)
Email: eraghi115@gmail.com
2. Associate Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Semnan Branch, Islamic Azad University, Semnan, Iran
Email: m.aghaei@semnaniau.ac.ir
3. Assistant Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Semnan Branch, Islamic Azad University, Semnan, Iran
Email: mmoghadam@chmail.ir

Abstract

The family is one of the most important social institutions, and the Islamic legal system has established specific rules and principles to strengthen marital relations. The jurisprudential rules governing the family play a significant role in understanding the overall structure of family law. Among these rules, the *principle of ilzam* (obligation) has special potential to bring Islamic denominations closer together in matters of personal status. This principle helps prevent disorder in the system arising from

-
1. Eraghi, J., Aghaei Bejestani, M., & Rohani Moghaddam, M. (2025). The Application of the Principle of Ilzam (Obligation) in the Family System and Its Impact on the Interaction and Coexistence of Followers of Islamic Denominations. *Journal of Fiqh*, 31(120), pp. 232-251.
<https://doi.org/10.22081/jf.2025.68127.2758>

* **Publisher:** Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom (Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran). ***Type of article:** Research Article

▣ **Received:** 2023/12/31 ● **Revised:** 2025/01/21 ● **Accepted:** 2025/04/14 ● **Published online:** 2025/05/10

© The Authors



differences in the rulings followed by different sects, by allowing for constructive interaction and utilizing jurisprudential capacities across denominations, thus enabling their coexistence. This paper, using a descriptive-analytical method, analyzes the application of the principle of *ilzam* in the family system by examining the opinions of jurists from various Islamic denominations and the works of scholars in legal maxims. The principle of *ilzam* seeks to institutionalize divine rulings in Islamic societies by obligating followers of each denomination to abide by their own beliefs and rulings. Topics such as testimony in marriage, combining an aunt and her brother's daughter in marriage, and the waiting period (*iddah*) of a divorced elderly or minor woman are among the disputed issues wherein the scope of this principle fosters proximity among Islamic denominations, reinforcing the family unit and institutionalizing adherence to Islamic rulings in matters of marriage and divorce.

Keywords

Proximity of Islamic denominations, principle of *ilzam*, family law.

کاربرد قاعده الزام در نظام خانواده و تأثیر آن بر تعامل و همزیستی پیروان مذاهب اسلامی

جلال عراقی^۱ مریم آقایی بجنستانی^۲ محمد روحانی مقدم^۳

۱. دانشجوی دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران.

j.eraqi@isca.ac.ir

۲. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران (نویسنده مسئول).

m.aghaei@semnaniau.ac.ir; Orcid: 0000-0002-6349-8534

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران.

mmoghadam@chmail.ir



چکیده

خانواده یکی از نهادهای مهم اجتماعی است که نظام حقوقی اسلام در راستای تحکیم روابط زوجین، قواعد و اصول خاصی را بنیان نهاده است. اصول و قواعد فقهی حاکم بر خانواده در شناخت ساختار کلی حقوق خانواده نقش مهمی دارد. قاعده الزام یکی از این قواعد فقهی است که ظرفیت ویژه‌ای در تقریب بین مذاهب اسلامی در احوال شخصیه دارد. این قاعده در جهت پیشگیری از اختلال نظام ناشی از تفاوت احکام پیروان مذاهب با تجویز امکان تعامل مطلوب و بهره‌گیری از ظرفیت فقهی مذاهب، زمینه همزیستی آنان را فراهم می‌سازد.

در این نوشتار که با روش توصیفی-تحلیلی به رشته تحریر درآمده با مذاقه در آرای فقیهان مذاهب

* این مقاله مستخرج از پایان نامه با عنوان: «گستره کاربرد قاعده الزام در فقه با تطبیق بر مصادیق آن» (استاد راهنما: مریم آقایی بجنستانی)، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی سمنان، سمنان، ایران است. استناد به این مقاله: عراقی، جلال؛ آقایی بجنستانی، مریم؛ روحانی مقدم، محمد. (۱۴۰۳). کاربرد قاعده الزام در نظام خانواده و تأثیر آن بر تعامل و همزیستی پیروان مذاهب اسلامی. فقه، ۳۱(۱۲۰)، صص ۲۳۲-۲۵۱.

<https://doi.org/10.22081/jf.2025.68127.2758>

□ نوع مقاله: پژوهشی؛ ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم (پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران) © نویسندگان

□ تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۱۰؛ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۱۱/۰۲؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۱/۲۵؛ تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۴/۰۲/۲۰



اسلامی و بررسی آثار قواعدنویسان کاربرد قاعده الزام در نظام خانواده مورد تحلیل قرار گرفته است. این قاعده با الزام پیروان مذاهب به عقاید و باورها و احکام خویش در صدد نهادینه کردن احکام الهی در جوامع اسلامی است. مباحثی چون استشهاد در نکاح، جمع بین عمه و دختر برادر و عده مطلقه یا نسه و صغیره از جمله مباحث اختلافی است که در گستره قاعده الزام، تقریب مذاهب اسلامی را ایجاد کرد و استحکام خانواده و الزام افراد به دستورات اسلامی را در مسئله نکاح و طلاق نهادینه کرده است.

کلیدواژه‌ها

تقریب مذاهب، قاعده الزام، حقوق خانواده.

مقدمه

قاعده الزام یکی از قواعد فقهی مهم است که در فقه اسلامی برای تنظیم روابط بین افراد و گروه‌های مختلف با توجه به اعتقادات و باورهای مذهبی آنها مورد استفاده قرار می‌گیرد. این قاعده بر پایه احترام به عقاید دیگران و پذیرش حقوق متقابل شکل گرفته و در عرصه‌های مختلف اجتماعی، از جمله نظام خانواده، کارکردی کلیدی دارد.

خانواده به‌عنوان بنیادی‌ترین نهاد اجتماعی، در برگیرنده تعاملات متنوعی است که میان اعضای آن شکل می‌گیرد. این تعاملات به‌ویژه در جوامعی که افراد از مذاهب و دیدگاه‌های متفاوت تشکیل شده‌اند، اهمیت بیشتری می‌یابد. قاعده الزام می‌تواند در ایجاد همزیستی مسالمت‌آمیز و تقویت تعامل مثبت میان اعضای خانواده که دارای عقاید مذهبی گوناگون هستند، و در نهایت در تحکیم بنیان خانواده نقش آفرین باشد.

قاعده الزام از دیرباز مورد توجه فقهای اسلامی بوده و در آثار فقهی، اصولی و حقوقی به تفصیل به آن پرداخته شده است. این قاعده نخستین بار در منابع اصیل اسلامی، نظیر قرآن و احادیث، مطرح و سپس توسط فقهای مذاهب مختلف اسلامی بسط داده شد. به‌طور خاص، فقهایی چون شیخ طوسی، علامه حلی و شهید ثانی در فقه امامیه و همچنین علمای برجسته اهل سنت مانند شافعی و ابن قدامه، در آثار خود به بررسی مبانی و مصادیق قاعده الزام پرداخته‌اند.

در دوره‌های اخیر، پژوهش‌های متعددی بر کاربردهای قاعده الزام در حوزه‌های اجتماعی و حقوقی متمرکز شده است. برخی از این مطالعات به نقش قاعده الزام در حل منازعات میان مذاهب و تقویت همزیستی مسالمت‌آمیز در جوامع اسلامی پرداخته‌اند؛ همچنین، در نظام خانواده به‌عنوان یکی از حوزه‌های مهم اجتماعی، این قاعده در مواردی نظیر حقوق و تکالیف زوجین، حضانت فرزندان و ارث در آثاری مانند مستمسک العروة الوثقی (طباطبایی حکیم، ۱۳۹۱، ج ۴، ص ۲۰، ۹۷)، جامع المدارک (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۵، صص ۳۹۰-۳۲۰؛ ج ۶، ص ۱۰۴) مورد توجه بوده است.

آخرین کتاب فقهی‌ای که در آن به قاعده الزام به‌عنوان مستند حکم یک مسئله فقهی نگریسته شده و کیفیت استدلال به آن به‌طور مشروح تبیین گشته است، کتاب

المبسوط في فقه المسائل المعاصرة (المسائل الطيبه) است (قائى، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۱۴۲).

با وجود مطالعات متعدد، بررسی جامع و نظام‌مند تأثیر قاعده الزام در تعاملات درون‌خانوادگی میان پیروان مذاهب اسلامی همچنان ضروری است. در این مقاله تلاش شده است تا با نگاهی نوین به کاربردهای این قاعده، خلأ موجود در پژوهش‌های پیشین را پر کند و ابعاد جدیدی از نقش آن در تقویت همزیستی و تعامل سازنده میان اعضای خانواده را روشن سازد. از این‌رو در نوشتار حاضر بر آنیم تا به سوالات زیر پاسخ دهیم:

۱. مفهوم و مبانی قاعده الزام چیست و چه جایگاهی در فقه اسلامی دارد؟
۲. چه چالش‌ها و فرصت‌هایی در به‌کارگیری قاعده الزام برای تنظیم روابط درون‌خانوادگی در نکاح و طلاق میان پیروان مذاهب وجود دارد؟

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. الزام در لغت

واژه الزام از ریشه «لزم، يلزم، لزوماً و لزاماً، به سه معنا به کار می‌رود:

۱- ثابت شدن، پایدار شدن، ادامه یافتن و ملازم شدن. از این‌رو یکی از معانی الزام، اثبات و ادامه و به معنای ثبوت و دوام است.

۲- جدا کردن و فیصله دادن یک قضیه و رویداد؛ بنابراین وقتی گفته می‌شود: لزوم يلزم لزماً الشیء یعنی آن چیز را جدا کرد و آن قضیه و رویداد را فیصله داد.

شاهد ما بر دو معنای مذکور این عبارت است، آنجا که آمده است: واللزام، مصدر لازم و اللزام بفتح اللام، مصدر لزوم كالسلام... و هو فى اللغه الملازمه للشیء و الدوام علیه و هو ایضاً الفصل فى القضیه (ابن منظور، ج ۱۲، ص ۵۴۲)، لسان العرب چنانکه مشاهده می‌کنیم به هر دو معنای ملازمه و دوام و فیصله دادن قضیه بکار رفته است.

ابن اثیر نیز این واژه را از اضداد می‌داند و به هر دو معنای مذکور آورده است:

«اللزام ... و هو فی اللغة الملازمة للشيء و الدوام عليه و هو ايضاً الفصل فی القضية فكانه من الاضداد» (ابن اثیر، ۱۳۶۴، ج ۴، ص ۲۴۸).

۳- برخی از علمای لغت، معنای سومی برای «لزماً» آورده‌اند و آن عبارتست از لازم و واجب. «لزماً المال وجب عليه و لزماً الطلاق وجب حكمه» (خوری شرتوتی، ۱۳۷۴، ج ۵، ص ۵۰)، یعنی آن مال بر گردن او و حکم طلاق واجب و لازم شد.

۲-۲. الزام در اصطلاح

الزام در اصطلاح به معنای وجوب است. چنانکه در برخی کتب آمده است: «و اصطلاحاً الالزام هو الوجوب» (مرعی، ۱۴۰۸ق، ص ۲۷). اما برخی از علمای حقوق برای الزام در اصطلاح چهار معنا آورده‌اند:

۱. قدر مشترك اوامر و نواهی (الزامات شرعی)
 ۲. نام حالتی است که از وراثت متوفی که عبارتست از اجتماع شوهر و مادر و دو برادر امی متوفی. اصطلاح تفصیلی آن «الزام ابن عباس» است.
 ۳. قاعده الزام در روابط مسلمانان با اهل ذمه ... و اهل کتاب و زنهاریان ... و یا در روابط پیروان مذاهب مختلف اسلامی مانند امامیه و اهل سنت اجرا می‌شود.
- بر اساس معنای لغوی و اصطلاحی الزام، می‌توان گفت: قاعده الزام یعنی ترتیب آثار وضعی بر افعال هر صاحب دینی (یا ترتیب آثار وضعی است بر اشخاص غیر شیعی به آنچه که خود بدان اعتقاد و باور دارند) بر اساس موازین همان دین، با دو قید:
۱. آن ضابطه و اعتقاد، برخلاف مذهب امامی باشد.
 ۲. آن ضابطه و اعتقاد، برخلاف مصلحت مخالف باشد. مانند احکام ارث و طلاق و نکاح که نظری غیر از امامیه دارند.

چنانکه شیخ حسین حلی می‌فرماید: «تطلق قاعده الالزام و يراد بها ترتيب الآثار الوضعية على الاشخاص من غير الشيعة بما يعتقدونه، و يدينون به متى كان ذلك في غير صالحهم و كان مخالفاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام كالزامهم بأحكام الشفعة و الميراث و الطلاق مما ينفردون به عنا» (حلی، ۱۴۱۵ق، ص ۲۷۱).

از تعاریف مذکور مطالب ذیل به دست می آید:

۱. دو طرف عقد یا ایقاع^۱، یا پیرو دو مذهب فقهی اند: یکی تابع فقه امامی و دیگری تابع یکی از مذاهب فقهی اهل سنت [و یا تابع دیگر ادیان الهی] و یا پیرو مذهب فقهی واحدی می باشند و حکم این مذهب از جهت دسترسی و نادرستی و سلب و ایجاب، غیر از حکم فقهی مذهب ما است، مانند اینکه دو طرف شافعی باشند.

۲. طرف اول امامی بهره مند و طرف دوم زیان دیده است.

۳. بهره وری و زیان دو طرف به موجب حکم الزامی در مذهب فقهی طرف زیان دیده است نه طرف بهره مند به خلاف موردی که زیان و سود به موجب حکمی غیر الزامی باشد.

۴. فقه اهل سنت، حاکم است و فقه امامی در حال تقیه به سر می برد (آصفی، ۱۳۷۴،

ص ۱۵۱).

البته باید به یک نکته توجه داشت و آن این است که قاعده الزام، در مورد اهل کتاب، با این فرض حاصل می شود که یا مسلمان شده و می خواهیم حکم اسلام را درباره آنها اجرا کنیم و یا اینکه مرافعه و دعوایشان را به سوی حاکم اسلامی بیاورند.

توجه به این نکته ضروری است چنانچه عده ای از علما متوجه آن شده و بیان می دارند که: «در یک تحلیل جامعه شناختی، به قاعده الزام، باید گفت، این امر به ویژه از منظر علل تشکیل حکومت ها که مبتنی بر ایجاد نظم و قانون در جامعه است، کاملاً لازم است و به عبارت دیگر فقدان چنین راه حلی در جامعه دو مشکل اساسی ایجاد می کند که عبارتند از:

الف: ایجاد هرج و مرج در جامعه.

ب: قانون واحد همراه با اجبار واکراه که خود موجب عدم اعتقاد به آن قانون شده و لازمه عدم اعتقاد به قانون، عدم اجرای صحیح قانون در جامعه، اما این راهکاری که برای این قاعده ارائه دادیم، هر دو جنبه این مشکل را برطرف می نماید.

۱. تعبیر به دو سوی ایقاع، از روی مسامحه است.

با توجه به مطالب مطرح می‌توان فرق قاعده الزام و التزام را چنین بیان کرد:
 اولاً: قاعده الزام در جایی است که شیعه و سنی یا کافر به‌طور مستقیم در موضوع خاصی مرتبط باشند؛ مثل ارث از مورث واحد برای شیعه و سنی.
 ثانیاً: در قاعده الزام فرد شیعه جایز نیست اقدام به عقدی کند که در فقه ما جایز نیست و حرام است و یا باطل است و لو حرام نباشد. اما اگر در چنین موضوعی گرفتار شد و لو به سوء اختیار خود خدا این اجازه را داده است که مخالف و کافر را تحت فشار قرار داده و چیزی را که او حق شیعه می‌داند از او بگیرد.
 اما در قاعده التزام در جایی است که دو سنی و با دو کافر با یکدیگر معامله‌ای انجام دهند (در قاعده التزام محط بحث در بطلان آن است نه حرمت) به این معنی که اگر معامله‌ای تنها حرام باشد ولی باطل نباشد (مثل معامله وقت النداء) نوبت به التزام نمی‌رسد.

۴. کاربرد قاعده الزام در باب نکاح

دین مقدس اسلام، به مقررات ازدواج ادیان و مذاهب دیگر به دیده احترام می‌نگرد و برای ازدواج و طلاق که بین پیروان ادیان و مذاهب دیگر واقع می‌شود، همان آثار و احکامی را می‌شناسد که در آن ادیان و مذاهب آن آثار و احکام مراعات می‌شود. البته در صورتی که ازدواج و یا طلاق از نظر مذهب خودشان صحیح و منطبق با شرایط مذهبی آنان انجام شده باشد. در این جهت، فرقی میان فرق کفار کتابی و غیر کتابی وجود ندارد و براساس حدیث «الزموهم بما الزموا علی انفسهم» کافران را طبق قوانینی که در دین‌شان پذیرفتند ملزم می‌کند و پس از مسلمان شدن نیز به الزاماتی که در زمان کفر بدان ملزم شده‌اند باید عمل کنند. این قاعده، آثار مهمی در معاملات مسلمانان با پیروان دیگر ادیان دارد. قاعده الزام، تنها در صورتی اجرا نمی‌شود که جریان آن موجب تعاون بر اثم و زمینه‌ساز اسباب فساد بشود؛ بنابراین، دولت اسلامی می‌تواند در روابط تجاری و اقتصادی و دیگر پیوندهای خود با دولت‌های غیر مسلمان، تا زمانی که «تعاون بر اثم» صدق نکند، از قاعده الزام بهره گیرد.

در ذیل به نمونه‌هایی از کاربرد این قاعده در باب نکاح می‌پردازیم:

۱. به فتوای علمای اهل سنت در صحت عقد نکاح شرط است که موقع اجرای صیغه عقد نکاح، دو شاهد بالغ، عاقل و عادل حاضر باشند اما به فتوای علمای شیعه این شرط معتبر نیست (الجزیری، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۲۱)؛ بنابراین طبق نظر اهل سنت بدون حضور دو شاهد عادل نمی‌توان زنی را عقد کرد.^۱

۲. طبق نظر اهل سنت جمع بین عمه و دختر برادر وی و سایر موارد مذکور، حرام و ازدواج دوم باطل است بلکه فقط باید با یکی از آنها ازدواج کند یعنی عمه یا دختر برادر او، خاله یا دختر خواهرش، اما امامیه عقد برادرزاده و خواهرزاده با اجازه زوجه صحیح می‌باشد (حلی، ۱۴۱۵ق، ص ۲۸۷)؛ بنابراین اگر شخص سنی مذهب، عمه و دختر برادر او را و یا خاله و دختر خواهر او را و یا عمه و نوه دختری برادرش را عقد کند بنا بر مذهب خود او این عقد اگر همزمان باشد باطل است و هیچ یک زن او نشده‌اند و اگر مترتب باشد، عقد دوم باطل است در این صورت شخص شیعی مذهب می‌تواند بر طبق این قاعده با هر کدام از آنها ازدواج کند.

۳. به فتوای مشهور علمای اهل سنت، زن یائسه غیر مدخوله و صغیره، از تاریخ طلاق تا سه ماه باید عده نگه دارد اما مطابق فتوای علمای شیعه، زن یائسه غیر مدخوله و صغیره عده ندارد و طلاق او بائن است (حلی، ۱۴۱۵ق، صص ۲۸۸-۲۸۷)؛ بنابراین چون این زن طلاق داده شده و در حال عده است طبق قاعده الزام آن مرد سنی نمی‌تواند با خواهر آن زن یائسه یا صغیره یا غیر مدخوله ازدواج کند چرا که جمع بین آن دو حرام است و همچنین این زن در عده بسر می‌برد، آن مرد نمی‌تواند با زن دیگری ازدواج کند چون در صورت ازدواج، زن پنجم آن مرد محسوب می‌شود و از این رو چنین ازدواجی باطل است پس طبق این قاعده مرد شیعی نمی‌تواند با چنین زن مطلقه‌ای ازدواج نماید چرا

۱. البته این مطالب به این معنا نیست که مرد شیعی مستقیماً بتواند این ازدواج را داشته باشد بلکه در صورتی که دادگاه [براساس قاعده الزام] حکم به ابطال این ازدواج نمود اینک یک فرد شیعی می‌تواند با او ازدواج نماید والا اگر این ازدواج صورت گیرد و بعد از شکایت شوهر اول، مرد شیعی نتواند عدم حضور دو شاهد عادل را اثبات نماید و در نتیجه ابطال عقد اول را نتواند ثابت کند محکوم به رابطه جنسی با زن شوهردار خواهد شد.

- که ازدواج با چنین زنی رابطه با زن شوهردار محسوب می‌شود.
۴. به فتوای مشهور علمای اهل سنت، زنا با زن زناکار چه شوهردار باشد چه بی شوهر موجب تحریم زن زناکار بر زانی نمی‌شود اما به فتوای علمای شیعه اگر کسی با زنی زنا کند یا شبهه دخول کند در صورتی که آن زن شوهردار باشد یا در عده طلاق رجعی بر آن مرد حرام ابدی می‌شود و حتی اگر از شوهر اول طلاق یا فوت جدا شده باشد عقد کردن او جایز نیست (مغنیه، ۱۴۱۶ق، صص ۳۱۱-۳۱۰)؛ بنابراین اگر یک مرد سنی با زنی زنا کند و سپس با او ازدواج نماید یک مرد شیعی طبق این قاعده نمی‌تواند با او ازدواج کند یعنی سنی ملزم می‌شود که آن زن را زوجه خود بداند و تکالیف زوجیت را نسبت به او انجام دهد.
۵. به فتوای علمای شیعه، مالکی و حنبلی، احرام مانع ازدواج است چه آن محرم زن باشد یا مرد، چه به وکالت از طرف کسی به حج رفته باشد و چه به نیابت از دیگری و اگر ازدواجی واقع شود باطل است، اما به فتوای علمای حنفی، احرام مانع ازدواج نیست (مغنیه، ۱۴۱۶ق، ص ۳۱۹)؛ بنابراین اگر یک مرد حنفی در حال احرام با زنی ازدواج کند این ازدواج از نظر حنفی صحیح بوده و لذا بر طبق این قاعده باید تکالیف زوجیت را نسبت به او انجام دهد و ارتباط با آن زن از ناحیه دیگران ممنوع می‌شود پس اگر مرد حنفی با این زن ازدواج نماید بر طبق این قاعده ازدواجش باطل و محکوم به رابطه جنسی با زن شوهردار خواهد شد.
۶. به فتوای علمای شیعه، اگر در حال احرام عقدی بین زن و مرد واقع شود در صورتیکه عقد با علم به تحریم باشد آن عقد باطل بوده و باید بین آن دو جدایی اندازند و آن زن بر آن مرد، حرام ابدی می‌شود اما به فتوای علمای اهل سنت آن زن بر آن مرد حرام موقت می‌شود (مغنیه، ۱۴۱۶ق، ص ۳۲۰)؛ بنابراین اگر یک مرد سنی در غیر حال احرام با آن زن ازدواج کند یک مرد شیعی نمی‌تواند بر طبق این قاعده با او ازدواج کند یعنی سنی ملزم می‌شود که آن زن را زوجه خود بداند و تکالیف زوجیت را نسبت به او انجام دهد و همچنین اگر یک مرد شیعی در غیر حال احرام با زنی ازدواج نماید چنین ازدواجی مانع از ازدواج مرد سنی با او می‌شود پس اگر مرد سنی با این زن

ازدواج نماید طبق این قاعده ازدواجش باطل و محکوم به رابطه جنسی با زن شوهردار خواهد شد.

۷. به فتوای علمای شافعی، مالکی و حنبلی، ازدواج دختر بالغه رشیده باکره فقط باید با اجازه ولیّ وی باشد و خود آن دختر نمی‌تواند خودش را به عقد دیگری درآورد و اگر خویش را به عقد دیگری درآورد آن عقد باطل است اما به فتوای اکثر علمای امامیه دختر بالغه رشیده چه باکره باشد چه یتیم [بیوه] به واسطه بلوغ و رشد، مالک تمام چیزهایی است که در تصرفش است هم از عقود و غیر عقود، لذا اگر خود را به عقد دیگری درآورد چه خود اقدام به آن عقد کند یا وکیل بگیرد چه خود ایجاب را بخواند یا قبول را، چه پدر یا جد و یا بستگان دیگر داشته باشد یا نه، چه پدر راضی باشد یا خیر، چه با مرد شریفی ازدواج کند یا فرومایه‌ای هیچ کس حق اعتراض به او را ندارد و آن عقد صحیح است (مغنیه، ۱۴۱۶ق، صص ۳۲۲-۳۲۱)؛ بنابراین اگر دختر یکی از مذاهب مذکور سنی خودش را به عقد دیگری درآورد آن عقد باطل بوده و ازاین‌رو بر طبق قاعده الزام، مرد شیعی می‌تواند با او ازدواج نماید و همچنین اگر دختر شیعی بالغه رشیده چنین ازدواجی را انجام دهد بنا بر نظر و تقلید از مفتیان که چنین ازدواجی را صحیح می‌دانند این ازدواج محترم شمرده می‌شود و همسر او باید تکالیف زوجیت را ادا نماید و ارتباط با این دختر حرام و ازدواج با او باطل خواهد بود هر چند از نظر دیگران این ازدواج صحیح نباشد نمی‌تواند با او ازدواج نمایند.

۸. به فتوای علمای شیعه، ولیّ صغیر و صغیره، تنها پدر و جدّ پدری هستند و ازدواج صغیر و صغیره موکول به اذن و اجازه پدر و جدّ پدری است. اما به فتوای علمای حنفی ولی علاوه بر پدر و جدّ پدری، شامل تمام بستگان هست مانند برادر و عمو (مغنیه، ۱۴۱۶ق، صص ۳۲۲-۳۲۱)؛ بنابراین طبق مذهب حنفی اگر برادر یا عموی آن صغیر یا صغیره، آنها را به عقد کسی درآورند صحیح است پس طبق قاعده الزام یک فرد شیعی نمی‌تواند به آن صغیره‌ای که برادر یا عمویش وی را به عقد دیگری درآورده ازدواج کند و بنا به همین قاعده آثار صحت بر آن ازدواج [ازدواجی که با اذن عمو یا برادر آن صغیر یا صغیره حنفی انجام گرفت] مترتب می‌شود از جمله اینکه از یکدیگر ارث می‌برند و فرزندشان

فرزند شرعی و قانونی محسوب می‌شود و... و نیز متقابلاً اگر چنین ازدواجی در مورد دختر شیعی صورت بگیرد باطل است؛ بنابراین دیگران می‌توانند طبق این قاعده با او ازدواج نمایند.

۹. به فتوای علمای مالکی و حنبلی، اذن و اجازه ولی در ازدواج سفیه شرط نیست، یعنی اگر یک سفیه بدون اذن ولی به عقد دیگری درآید این عقد از نظر آنها صحیح است اما به فتوای علمای امامیه، عقد ازدواج سفیه بدون اجازه ولی صحیح نیست، اذن ولی در عقد وی شرط است (مغنیه، ۱۴۱۶ق، ص ۳۲۳)؛ بنابراین اگر شخصی از مالکی یا حنبلی که سفیه هست به عقد دیگری درآید مطابق این قاعده یک مرد شیعی نمی‌تواند با آن زن سفیه ازدواج کند و متقابلاً اگر چنین ازدواجی در مورد دختر سفیه شیعی صورت بگیرد باطل است، از این رو دیگران می‌توانند بر طبق این قاعده با او ازدواج نمایند.

بر اساس نمونه‌های مذکور می‌توان گفت طبق قاعده الزام، هر مذهبی به همان احکام و قوانینی که خود بدان اعتقاد و باور دارد، ملزم می‌شود.

۴-۱. استشهد در نکاح

فقه‌های شیعه حضور شهود را در نکاح لازم نمی‌دانند و آن را امر ارشادی محسوب می‌نمایند و نکاح بدون شهود را صحیح می‌دانند بر خلاف اهل سنت که حضور دو شاهد را شرط صحت عقد نکاح به حساب آورده‌اند (جزیری، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۳۲)؛ بنابراین طبق نظر آنان نکاح بدون شهود باطل است و زوجیت ایجاد نشده است.

۴-۲. جمع بین عمه و برادرزاده

طبق نظر فقه‌های شیعه، زوج می‌تواند بین زن و برادرزاده‌اش جمع کند و هر دو هم زمان زوجه او به حساب آیند. ولی فقه‌های اهل تسنن معتقدند چنین عقدی باطل است. بنابراین بر اساس قاعده الزام یک فرد شیعی می‌تواند با آن عمه یا برادرزاده که توسط فرد سنی جمع شده‌اند ازدواج کند (موسوی خویی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۴۲۳).

۳-۴. طلاق

فقیهان طلاق را به دو قسم تقسیم می‌کنند: ۱) طلاق «بدعی» که مشروع نیست و در صورت وقوع اثری ندارد و باطل است.

۲) طلاق «سنی» که مشروع است و براساس شرع و قانون انجام می‌شود که دو نوع است: الف- طلاق بائن؛ طلاق بائن؛ طلاق رجعی که در آن رابطه زوجیت قطع می‌شود و برای شوهر حق رجوع نیست. ب- طلاق رجعی که شوهر تا زمانی که مدت عده باقی است حق رجوع دارد، مانند طلاق زوجه مدخوله غیر یائسه که طلاق سوم نباشد یا طلاق خلع و مباراتی که زوجه عوض را از زوج دریافت کند. در این طلاق مادام که عده زن سپری نشده باشد رابطه و پیوند زناشویی میان وی و شوهرش منقطع نمی‌شود و مطلقه رجعیه در حکم زوجه است. طلاق بائن دارای اقسامی است که عبارتند از:

۱. طلاق زوجه غیر مدخوله؛ یعنی طلاق که قبل از نزدیکی واقع شود هر چند با وی خلوت کرده باشد.

۲. طلاق یائسه؛ زن پنجاه و یا شصت ساله‌ای که خون حیض نمی‌بیند و از بارداری مایوس و ناامید است.

۳. طلاق زوجه صغیره (کمتر از نه سال).

۴. طلاق خلع که زوجه به دلیل تنفر از زوج مبلغی را به او می‌دهد تا طلاق دهد و در این صورت مبلغ پرداختی ممکن است برابر با مهریه یا بیشتر از آن یا کمتر باشد.

۵. طلاق مبارات که زوجین از یکدیگر تنفر دارند و زوجه عوضی را به زوج پرداخت می‌کند و شرط است که عوض بیشتر از مهریه نباشد.

۶. سه طلاقه‌ای که دو رجوع در میان آن فاصله شده است؛ در این طلاق زن بر مرد حرام می‌شود و حلال شدنش منوط به آن است که پس از انقضای عده با مرد دیگری محلل ازدواج کند.

اینک به مواردی از جریان قاعده الزام در باب طلاق اشاره می‌کنیم:

۱. طبق نظر فقهای اهل تسنن بر زوجه یائسه و صغیره مدخوله که طلاق داده شده، عده طلاق واجب است اما امامیه در چنین مواردی عده طلاق را واجب نمی‌داند (ایروانی،

۱۴۱۸ق، ص ۱۳۶)؛ بنابراین اگر یک مرد سنی چنین زوجه‌ای [که آن زوجه یا سه و صغیره‌ای که شوهر با آنها نزدیکی کرده باشد] را طلاق دهد، مطابق قاعده الزام در مدت عده نمی‌تواند با خواهر آن زوجه ازدواج کند و یا زن پنجم بگیرد و نیز هیچ مردی با این زن در این مدت نمی‌تواند ارتباط جنسی از طریق ازدواج داشته باشد.

۲. طبق نظر فقهای اهل تسنن طلاق بدون حضور شهود واقع می‌شود ولی فقهای امامیه چنین طلاق را باطل می‌دانند (مغنیه، ۱۴۱۶ق، ص ۴۱۶).

۳. به فتوای علمای اهل سنت، اگر یک مرد سنی همسرش را در حال عادت ماهانه طلاق دهد، این طلاق واقع شده و صحیح است، اما به فتوای علمای شیعه این طلاق باطل است (مغنیه، ۱۴۱۶ق، ص ۴۱۷)؛ بنابراین، یک مرد سنی در صورت داشتن رابطه جنسی پس از چنین طلاق مطابق این قاعده محکوم به جرم زنا خواهد شد و همچنین یک مرد شیعی طبق قاعده الزام می‌تواند با آن زن پس از اتمام ایام عده ازدواج کند.

۴. طبق مذهب ابوحنیفه طلاق اگرایی صحیح است ولی فقهای شیعه چنین طلاق را منشا اثر نمی‌دانند؛ بنابراین یک مرد شیعی مطابق قاعده الزام می‌تواند با آن زن حنفی که شوهرش مجبور به طلاق دادن وی شده است ازدواج کند (بجنوردی، ۱۹۶۹م، ص ۱۷۰).

۵. طبق مذهب اهل تسنن اگر شخص قسم بخورد که در صورت انجام دادن عملی، همسرش مطلقه باشد و این عمل را برخلاف قسمش انجام دهد در این صورت طبق مذهب خودش آن زن مطلقه می‌شود اما بنا به مذهب امامیه در این صورت طلاق تحقق پیدا نمی‌کند (حلی، ۱۴۱۵ق، ص ۲۹۹)؛ از این رو نتایج قبلی مبتنی بر قاعده الزام مترتب خواهد شد یعنی اگر یک فردی از اهل تسنن با این زن ازدواج کرده باشد، مطابق این قاعده باید تکالیف زوجیت را نسبت به او انجام دهد و نیز فردی دیگر نمی‌تواند در مدت ازدواج او از طریق عقد، ارتباط جنسی برقرار کند چون مجرم به جرم ارتباط با زن شوهردار خواهد شد.

۶. به فتوای علمای اهل سنت، اگر کسی با نوشته، زنش را طلاق دهد طلاق واقع می‌شود اما بر طبق مذهب شیعه با نوشته طلاق واقع نمی‌شود؛ بنابراین مطابق قاعده الزام یک مرد شیعی مذهب می‌تواند با زن مطلقه با نوشته پس از ایام عده ازدواج کند (حلی،

۱۴۱۵ق، ص ۳۰۰)، و نیز اگر یک مردی از اهل تسنن با این زن ازدواج کرد باید تکالیف زوجیت را نسبت به او انجام دهد و در این مدت، کسی دیگری نمی‌تواند با او ارتباط جنسی از طریق ازدواج داشته باشد.

۷. بنا به فتوای علمای اهل سنت، اگر یک فردی از اهل تسنن زنش را سه طلاقه کند و در بین آنها رجوع ننماید یعنی طلاقه بدون رجوع نماید، این طلاق واقع شده و صحیح می‌باشد اما به فتوای علمای شیعه اینگونه صحیح نبوده و باطل است (مغنیه، ۱۴۱۶ق، ص ۴۱۶)؛ بنابراین مطابق این قاعده اگر یک فردی از اهل تسنن با آن زن ازدواج کرده، باید تکالیف زوجیت را نسبت به او اجرا کند و نیز کسی دیگر در آن زمان نمی‌تواند با آن زن از طریق ازدواج ارتباط جنسی پیدا کند چون محکوم به جرم ارتباط با زن شوهردار خواهد شد.

۸. به فتوای علمای اهل سنت، اگر فردی از اهل تسنن در حال طهر و پاکی که با زنش مقاربت و نزدیکی کرده است، همسرش را طلاق دهد این طلاق صحیح است، ولی به فتوای علمای امامیه این طلاق باطل است (مغنیه، ۱۴۱۶ق، ص ۴۱۷)؛ بنابراین یک مرد شیعی مذهب می‌تواند مطابق این قاعده با آن زن پس از اتمام ایام عده ازدواج کند و نیز اگر فردی از اهل تسنن با آن ازدواج کرد باید تکالیف ازدواج را نسبت به وی ادا کند و کسی دیگر هم در مدت عقد، نمی‌تواند با آن زن ارتباط جنسی از طریق ازدواج ایجاد کند.

۱۰. به فتوای علمای شیعه، یکی از شرایط طلاق این است که معلق و مشروط نباشد، لذا از نظر شیعه طلاق معلق و مشروط صحیح نیست و واقع نمی‌شود، اما به فتوای علمای اهل سنت طلاق معلق و مشروط واقع می‌شود و صحیح است. البته مراد از شرط، آن شرطی است که محال و قوعی نباشد بلکه با احتمال حاصل شدن آن باشد یا یقیناً حاصل می‌شود؛ به عنوان مثال مردی به زنش بگوید اگر زید از سفر آمد یا اگر خورشید طلوع یا غروب کند تو مطلقه‌ای که به فتوای اهل سنت این طلاق واقع شده و صحیح است، اما به فتوای شیعه این طلاق صحیح نیست، بنابراین یک مرد شیعی طبق این قاعده می‌تواند با زنی که اینگونه طلاق داده شده ازدواج کند (بجنوردی، ۱۹۶۹م، ص ۱۷۲).

با تأمل در موارد مذکور می‌توان گفت که فقه اسلامی از طریق قاعده الزام درصدد حل مسائل و مشکلات جامعه به خصوص خانواده است.

۵. نتیجه‌گیری

اسلام به‌عنوان دینی کامل، ازدواجی که در سایر ادیان صورت گرفته را مطابق با قوانین و مقررات‌شان پذیرفته و تأیید می‌کند و آثار نکاح را براساس مقررات آن دین و مذهب، براساس روایت «الزموهم بما الزموا علی انفسهم» در محاکم اسلامی جاری می‌کند.

یکی از عرصه‌های پرکاربرد قاعده الزام، بحث احوال شخصیه است. مباحثی چون استتهاد در ازدواج، جمع بین عمه و دختر برادر در نکاح و... از جمله مباحث اختلافی بین مذاهب اسلامی در عرصه خانواده است که با توجه به گستره قاعده الزام، حکیمانه و مبتنی بر تعامل مطلوب، زمینه همزیستی پیروان مذاهب در کانون خانواده را فراهم ساخته است.

این قاعده عام، مرجع ما در ترتب احکام و آثار شرعی و در روابط بین امامیه با اهل سنت و پیروان سایر ادیان و مکاتب خواهد بود. قاعده الزام، قاعده‌ای است که در محدوده خاص خود، برخلاف آن اصل اولی مشی می‌کند؛ بنابراین در موارد قاعده الزام، به مقتضای آن عمل می‌کنیم و در شبهات مفهومی یا مصداقی، مرجع، قاعده اولیه اشتراک خواهد بود.

فهرست منابع

- آصفی، محمدمهدی. (۱۳۷۴). همزیستی فقهی مذاهب و ادیان، قاعده الزام و قاعده التزام، فصلنامه فقه اهل بیت، سال اول، شماره دوم، صص ۱۴۸-۱۵۱
- ابن اثیر، مبارک بن محمد الجزری. (۱۳۶۴). النهاية فی غریب الحدیث و الاثر (ج ۴)، چاپ چهارم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۰۸ق). لسان العرب. بیروت: احیاء التراث.
- ایروانی، باقر. (۱۴۱۸ق). دروس تمهیدیة فی القواعد الفقهیة. قم: انوار الهدی.
- بجنوردی، میرزا حسن. (۱۹۶۹م). القواعد الفقهیة. قم: موسسه اسماعیلیان.
- الجزیری، عبدالرحمن بن محمد؛ الغروی السیدمحمد و مازح. (۱۴۱۹ق). الفقه علی المذاهب الاربعه (ج ۴). بیروت: دارالکتب العلمیه.
- حلی، شیخ حسین. (۱۴۱۵ق). بحوث الفقهیة. بی جا: موسسه المنار.
- حلی، فخرالمحققین محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: موسسه اسماعیلیان.
- خوانساری، احمد. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح المختصر النافع (۵، ۶). تهران: مکتبه الصدوق.
- خوری شرتونی لبنانی، سعید. (۱۳۷۴). أقرب الموارد فی فصیح العربیة و الشوارد (ج ۵، چاپ اول). بی جا: دارالاسوه.
- طباطبایی حکیم، محسن. (۱۳۹۱). مستمسک العروة الوثقی (ج ۴). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- قائمی، محمد. (۱۴۲۴ق). المبسوط فی فقه المسائل المعاصرة (المسائل الطبیة) (ج ۱). قم: مرکز فقه ائمة الاطهار علیهم السلام.

مرعی، حسین. (۱۴۰۸ق). القاموس الفقہی (چاپ دوم). دمشق: نشر دارالفکر.
مغنیہ، محمدجواد. (۱۴۱۶ق). الفقہ علی المذاهب الخمسه. تهران: موسسه الصادق علیہ السلام.
موسوی خویی، ابوالقاسم. (۱۳۶۸). منهاج الصالحین. قم: مدینہ العلم.

References

- Al-Jaziri, A. R. b. M., Al-Ghurawi, S. M., & Mazih. (1998). *Al-Fiqh 'ala al-madhāhib al-arba'a* (Vol. 4). Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyya. [In Arabic]
- Asefi, M. M. (1995). Jurisprudential coexistence of sects and religions: The principle of *ilzam* and *iltizam*. *Fiqh Ahl al-Bayt*, 1(2), pp. 148-151. [In Persian]
- Bojnourdi, M. H. (1969). *Al-Qawā'id al-fiqhiyya*. Qom: Ismaeiliyan Institute. [In Arabic]
- Fakhreddin al-Muhaqqiqin (Muhammad b. Hasan b. Yusuf al-Hilli). (2008). *Idah al-fawā'id fi sharh mushkilat al-qawā'id*. Qom: Ismaeiliyan Institute. [In Arabic]
- Hilli, Sh. H. (1995). *Buhuth fiqhiyya*. Al-Manar Institute. [In Arabic]
- Ibn Athir, M. (1985). *Al-Nihaya fi gharib al-hadith wa al-athar* (Vol. 4, 4th ed.). Qom: Ismaeiliyan Institute. [In Arabic]
- Ibn Manzur, M. (1988). *Lisan al-'Arab*. Beirut: Ihya al-Turath. [In Arabic]
- Irvani, B. (1997). *Durūs tamhidiyya fi al-qawā'id al-fiqhiyya*. Qom: Anwar al-Huda. [In Arabic]
- Khansari, A. (1984). *Jami' al-madārik fi sharh al-mukhtasar al-nāfi'* (Vols. 5-6). Tehran: Maktabat al-Saduq. [In Arabic]
- Khuri Shartuni Lubnani, S. (1995). *Aqrab al-mawārid fi fasih al-'Arabiyya wa al-shawārid* (Vol. 5, 1st ed.). Dar al-Uswa. [In Arabic]
- Mar'ei, H. (1988). *Al-Qamus al-fiqhi* (2nd ed.). Damascus: Dar al-Fikr. [In Arabic]
- Mughniyya, M. J. (1996). *Al-Fiqh 'ala al-madhāhib al-khamsa*. Tehran: Al-Sadiq Institute. [In Arabic]
- Musavi Khoei, A. (1989). *Minhaj al-salihin*. Qom: Madinat al-'Ilm. [In Arabic]
- Qa'eni, M. (2003). *Al-Mabsut fi fiqh al-masa'il al-mu'asira (al-masa'il al-tibbiya)* (Vol. 1). Qom: Jurisprudential Center of Pure Imams. [In Arabic]
- Tabataba'i Hakim, M. (2012). *Mustamsak al-'urwa al-wuthqa* (Vol. 4). Beirut: Dar Ihya al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]

Editorial Board

Seyyed Mohammad Reza Asefa Agah

Assistant Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Esmail Aghababaei Bani

Associate Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Abdorrezaeizadpanah

Board of Trustees Member of Islamic Propagation Office

Reza Esfandiari (Islami)

Associate Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Sayyed Ahmad Hosseini

Member of the Assembly of Leadership Experts and member of Iranian Guardian Council

Mohammad Ali Khademi Kusha

Assistant Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Sayyed Abbas Salehi

Assistant Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

SeifollahSarrami

Associate Professor, Islamic Sciences and Culture Academy

Ahmad Moballeghi

Member of the Assembly of Leadership Experts

Mohammad Hassan NajafiRad

Assistant Professor, Islamic Sciences and Culture Academy



Reviewers of this Volume

Ismail Aghababaei Bani, Reza Esfandiari, Seyyed Morteza Khatami Sabzevari, Hadi Khoshnoudi, Ahmad Deylami, Asadollah Rezaei, Adel Sarikhani, mahmadjafar sadegh pour, Saifullah Sarami, Hassanali Ali Akbarian, Mashallah Karimi, Hamed Rostami Najafabadi.



Fiqh

A Quarterly Scientific_Research Journal

Vol. 31, No. 4, Winter 2024

120

Islamic Propagation Office, Qom Seminary
Islamic Sciences and Culture Academy
(Research Center for Jurisprudence and Law)
www.isca.ac.ir

Director.in.Charge:
Abdorreza Eizadpanah

Editor.in.Chief:
Reza Esfandiari (Islami)

Executive Director:
Abdul Samad Aliabadi

☎ Tel.:+ 98 25 31156912 • ✉ P.O. Box. 37185_3688

Jf.isca.ac.ir • Feqh.osul@gmail.com



راهنمای اشتراک مجلات تخصصی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم



ضمن تشکر از حسن انتخاب شما

مرکز توزیع مجلات تخصصی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم عهده دار توزیع و اشتراک مجلات ذیل می باشد. لطفاً پس از انتخاب مجله مورد نظر، فرم ذیل را تکمیل کرده و به نشانی ارسال فرمایید.

فرم اشتراک

حوزه	فقه	تقدیر و نظر	آینه پژوهش	جستارهای فقهی و اصولی
یک سال اشتراک ریال ۳,۸۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳,۲۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳,۲۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳,۰۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۲,۰۰۰,۰۰۰
پژوهشهای قرآنی	اسلام و مطالعات اجتماعی	مطالعات علوم قرآنی	جامعه مهدوی	اخلاقی
یک سال اشتراک ریال ۳,۰۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳,۲۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳,۰۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۳,۰۰۰,۰۰۰	یک سال اشتراک ریال ۲,۰۰۰,۰۰۰

نام و نام خانوادگی: تاریخ تولد:	نام پدر: میزان تحصیلات:
------------------------------------	----------------------------

نشانی: شهرستان: خیابان: کسب و کار: پلاک:	گوشه پستی: مستوی پستی: راینامه:	کتاب اشتراک قبل پیش شماره تلفن ثابت تلفن همراه
--	---------------------------------------	---

هزینه های بسته بندی و ارسال به عنوان تخفیف محاسبه شده است.

قم-بهاره شهید ابدان خیابان معلم، نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی
کد پستی: ۳۷۱۵۶-۱۶۴۴۹ تلفن: ۰۲۵-۳۱۱۵۱۱۶۴
شماره پست: ۴۰۰۳۲۲۵۰۰۰۰۰ راینامه: maporine@ica.ac.ir

شماره حساب سپه پاسک، علی ۰۱۰۹۱۴۶۰۶۱۰۰۵ نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی