



فصلنامه علمی پژوهشی

سال بیست و دوم، شماره ۸۴ / بهار ۱۴۰۴ / بهای تک شماره: ۲۵۰۰۰۰ تومان

# حقوق اسلامی

صاحب امتیاز: علی اکبر رشاد  
مدیر مسئول: علی اکبر رشاد  
سر دبیر: محمود حکمت نیا  
اعضای هیأت تحریریه:

نجاد علی الماسی؛ استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. / علیرضا باریکلو؛ استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران. / احمد حاجی ده آبادی؛ استاد گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران. / علی اکبر رشاد؛ استاد فقه و اصول پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، ایران. / عبدالحسین شیروی؛ استاد حقوق خصوصی، پردیس قم- دانشگاه تهران، ایران. / ابوالقاسم علیدوست؛ استاد گروه فقه و حقوق پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی و استاد فقه و اصول حوزه علمیه قم، ایران. / ابراهیم عبدی پور فرد؛ استاد دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. / جلیل قنوتی؛ دانشیار حقوق، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. / علی محمدی جورکویه؛ دانشیار گروه فقه و حقوق پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم، ایران. / فرج الله هدایت نیانجی؛ دانشیار گروه فقه و حقوق، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم، ایران.

اعضای هیأت تحریریه بین المللی:

نبیل مهدی الشهاوی؛ استاد دانشگاه پنسیاره / محمد جاسم محمد الاتابی؛ استاد دانشگاه ذیقار عراق

دبیر تحریریه و مدیر اجرایی: مجید اسلامی  
صفحه آرایی: علیرضا پاکیزه  
چاپ و صحافی: هنگام

نشانی مجله:

تهران: خیابان شهید بهشتی، خیابان احمد قصیر، خیابان پژوهشگاه، شماره ۲، تلفن: ۴ - ۸۸۷۳۴۸۶۳  
قم: بلوار پانزده خرداد، خیابان شهید میثمی، تلفن: ۳۷۶۰۳۵۶۹ - نمابر: ۳۷۶۰۲۹۹۷، کد پستی: ۱۵۹۱۱ - ۱۵۱۴۶  
Email: hoquq@iict.ac.ir, https://hoquq.iict.ac.ir.

فصلنامه «فقه و حقوق» بر اساس مجوز ۸۹/۲۳۸ وزارت ارشاد اسلامی، از شماره ۱۹ با نام «حقوق اسلامی» منتشر می شود.

فصلنامه «حقوق اسلامی» بر اساس مجوز ۸۹/۳/۱۱/۱۰۴۳۷۷ مورخ ۸۹/۱۲/۱۴ وزارت علوم تحقیقات و فناوری، دارای اعتبار علمی- پژوهشی است.

همه شماره ها و مقالات فصلنامه در پایگاه اینترنتی آن در دسترس است. فصلنامه مذکور، در دو نسخه چاپی و الکترونیکی منتشر می شود.

فصلنامه «فقه و حقوق» به منظور: (۱) تبیین اصول و پی ساختها و مسائل فقهی و حقوقی اسلام و دفاع عالمانه و مستدل از آن؛ (۲) تبیین دانش های وابسته به فقه (فلسفه فقه، اصول فقه، مقاصد شریعت و...)؛ (۳) مطالعه تطبیقی مکاتب و نظام های حقوقی، به منظور توسعه و تعمیق نظام فقهی و حقوقی اسلام و پاسخ گویی به شبهات مطرح؛ (۳) بررسی مسائل نوپدید و ارائه راه حل های مبتنی بر مبانی نظام فقهی و حقوقی اسلام؛ (۴) نقد و بررسی قوانین موضوعه و تلاش برای حل مشکلات حقوقی نظام جمهوری اسلامی ایران. به طور مستمر و در قالب فصلنامه در حال انتشار است.

## راهنمای تنظیم و ارسال مقالات

لطفاً به هنگام تنظیم مقالات، موارد ذیل رعایت شود:

- نام، نام خانوادگی، میزان تحصیلات، جایگاه علمی نویسنده، نشانی، شماره تماس و نشانی الکترونیکی خود را بنویسید.
  - مقاله باید در محیط Word، حداقل ۱۲ صفحه و حداکثر ۲۴ صفحه (۳۵۰ کلمه‌ای) از طریق سامانه اینترنتی مقاله ارسال شود؛ بنابراین از ارسال مقاله به صورت فایل PDF خودداری کنید.
  - چکیده فارسی مقاله، حداکثر در ۱۸۰ کلمه و در صورت امکان به همراه چکیده انگلیسی آن به همین مقدار، ضمیمه شود.
  - مقاله باید نتیجه تحقیق نویسنده یا نویسندگان باشد و متن کامل آن پیش‌تر در هیچ مجله یا نشریه‌ای منتشر نشده باشد و یا برای چاپ به مجلات دیگر ارائه نشده باشد.
  - درج معادل لاتین اسامی و اصطلاحات مهجور، مقابل عبارت و در داخل پرانتز ضروری است.
  - ارجاعات درون‌متنی بدین شکل نوشته شود: نام خانوادگی نویسنده، تاریخ انتشار، شماره صفحه (مظفر، ۱۳۵۷، ص ۱۹۴).
  - فهرست منابع در آخر مقاله بر اساس حروف الفبایی نام خانوادگی نویسنده، به شکل زیر تنظیم شود:
- الف) برای کتاب: نام خانوادگی، نام مؤلف؛ عنوان کتاب (به شکل بُلد)؛ نام مترجم/ مصحح؛ ج ۱ (شماره جلد)، ۲ (نوبت چاپ)، محل نشر؛ ناشر، سال انتشار.
- ب) برای مقاله: نام خانوادگی، نام مؤلف؛ «عنوان مقاله»؛ نام مجله (به شکل بُلد)، ش ۱۲ (شماره جلد)، سال انتشار، ص ۲۵-۷ (صفحه آغاز و پایان مقاله).

تذکر:

- در صورت تعدد آثار منتشر شده از یک مؤلف در یک سال، برای نمایاندن ترتیب انتشار با حروف الف، ب، ج و... متمایز شوند.
- دیگر نکات ضروری در این باره را در بخش راهنمای نویسندگان پایگاه اینترنتی مجله ببینید.

مقالات و مطالب منتشر شده در فصلنامه حقوق اسلامی، لزوماً بیان دیدگاه‌های فصلنامه نیست. فصلنامه حقوق اسلامی در تلخیص و ویرایش مقالات آزاد است. مقالات تنها از طریق سامانه اینترنتی مجله ارسال شود. نقل مطالب و تصاویر با ذکر مأخذ بلامانع است.

# حقوق اسلامی

## فهرست مطالب

- وحدت یا دوگانگی مصرف بیت‌المال مسلمین و اموال منصب امامت  
حسینعلی بای و محمود حکمت‌نیا..... ۵
- اصل تناسب در حقوق کیفری ایران  
عباس منصورآبادی و محمدجواد فتحی..... ۳۱
- تونل نظامی و چالش اعمال هنجارهای حقوقی حاکم بر مخاصمات  
سیدفضل‌الله موسوی و امیر لهراسبی..... ۶۵
- موانع نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل در مقابله با جنایات بین‌المللی (مطالعه موردی غزه)  
محمدصالح تسخیری..... ۹۵
- بررسی لزوم تعیین مقدار عوضین در عقد صلح  
سیدعلی صداقت و غلامعلی معصومی‌نیا..... ۱۲۹
- ضابطه‌شناسی جریان خیار شرط در عقود  
محمدعلی سعیدی، مهدی میری و فرزانه کرمی..... ۱۵۹
- مفهوم‌شناسی ناموس در فقه و حقوق اسلامی  
صمد بهروز، احمد مرتاضی و هادی جعفری..... ۱۹۵





## Unity or Duality of the Treasury of Muslims and the Assets of the Imamate Office

**Hossein-Ali Bay**

Faculty Member, Research Institute for Islamic Culture and Thought (IICT), Tehran, Iran.  
Email: [h.bay110@yahoo.com](mailto:h.bay110@yahoo.com)

**Mahmoud Hekmatnia\*** (Corresponding Author)

Professor, Research Institute for Islamic Culture and Thought (IICT), Tehran, Iran.  
Email: [dr.hekmatnia@yahoo.com](mailto:dr.hekmatnia@yahoo.com)



Use your device to scan  
and read the article online

**Citation** Bay, H.A. , Hekmatnia, M. (2025). Unity or Duality in the Expenditure of the Public Treasury (Bayt al-Mal) of Muslims and the Assets of the Office of Imamate. *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 22 (84): 5-30

 [10.22034/ilaw.2025.2026612.3416](https://doi.org/10.22034/ilaw.2025.2026612.3416)

Received: 16 November 2023 , Accepted: 01 May 2024

### Abstract

The Bayt al-Mal serves as the treasury of the Islamic state, and numerous jurisprudential and legal rights and obligations have been associated with this term in narrations and the works of jurists. Despite the frequent use of the term "Bayt al-Mal" in religious texts and jurisprudential literature, and the significant implications arising from it, a clear definition of this title has not been established. In some jurisprudential writings, the Imam's Bayt al-Mal is considered independent of the Muslims' Bayt al-Mal, leading to the perception of distinct responsibilities and duties for each. The primary reason for viewing these two as independent entities is the difference in their revenue sources.

By examining narrations related to blood money (diya) and inheritance, this study investigates whether these two titles represent a single entity or two distinct ones. Ultimately, the research concludes that these two titles—at least regarding inheritance and blood money—refer to a unified concept. The most significant factors in considering the Imam's Bayt al-Mal and the Muslims' Bayt al-Mal as one are the identical areas of expenditure, the unity of the authority spending these funds, and the shared quality of management.

### Keywords

Bayt al-Mal, public assets, Muslims' Bayt al-Mal, Imam's Bayt al-Mal, Imam's assets.

## Extended Abstract

### 1. Introduction

The concept of the Bayt al-Mal serves as the central treasury of the Islamic state, carrying significant jurisprudential and legal weight regarding the rights and obligations of the government. Despite its frequent appearance in Sharia sources and jurisprudential texts, a precise and universally accepted definition of Bayt al-Mal remains elusive. Historically, this treasury was the repository for public movable assets such as zakat, kharaj, and the khums of spoils, though the term eventually expanded to encompass all public and state assets, whether movable or immovable.

A significant debate exists among jurists regarding the relationship between the "Bayt al-Mal of Muslims" and the "Bayt al-Mal of the Imam." Some scholars argue for a distinct separation between these two entities, primarily because their sources of income differ. For instance, the "Bayt al-Mal of the Imam" is often associated with anfal (sovereign assets belonging to the office of the Imamate), while the "Bayt al-Mal of Muslims" is linked to incomes from conquered lands (maftuh al-anwah) or public endowments. This perceived duality has led to practical legal discrepancies in the contemporary governance of the Islamic Republic of Iran, where certain public revenues are sometimes funneled into specific "Imam's accounts" rather than the general national treasury.

However, other jurists argue for the unity of these titles, suggesting that they represent a single fiscal reality. The distinction is further complicated by the fact that the term "Bayt al-Mal of the Imam" does not appear in primary narrations (hadiths) but was introduced into the jurisprudential lexicon later by scholars such as Ibn Idris, Al-Muhaqqiq al-Hilli, and Al-Hama al-Hilli. This article seeks to resolve this tension by examining whether these titles reflect two separate fiscal entities or a unified concept of public wealth managed by the ruler.

### 2. Research Methodology

The research employs a descriptive-analytical methodology rooted in traditional Islamic jurisprudence (ijtihad). The study conducts a comprehensive and systematic review of primary sources, specifically focusing on the four major books of Shia hadith (al-Kutub al-Arba'ah). The investigation is primarily focused on two critical legal areas: the laws of blood money (diyat) and the laws of inheritance (irth).

The authors categorize and analyze various narrations to identify how the

terms "Imam," "Bayt al-Mal," and "Bayt al-Mal of Muslims" are used in the context of financial responsibility and asset acquisition. By comparing the linguistic and contextual usage of these terms across different chapters of jurisprudence, the study seeks to perform a "logical synthesis" (jam' al-mantiqi) to determine if the variation in terminology implies a functional or ontological duality, or if it is merely a stylistic variation referring to a unified treasury.

### 3. Research Findings

The analysis of narrations regarding blood money and inheritance reveals significant evidence pointing toward the unity of the treasury.

A. Findings in Blood Money (Diyat) Narrations: The study identifies six categories of narrations regarding the responsibility for paying blood money when a killer is unknown or insolvent:

- Payment by the Imam: Some narrations state the Imam is responsible for payment, citing his role as the collector of jizya.
- Payment by the Imam from the Bayt al-Mal: These clarify that the Imam's responsibility is not personal but is drawn from the public treasury.
- Payment from the Bayt al-Mal (Absolute): Many reports use "Bayt al-Mal" generally, which jurists typically interpret as the Bayt al-Mal of Muslims.
- Payment from the Bayt al-Mal of Muslims: Explicit narrations assign the debt to the general treasury of the Muslim community.
- Interchangeability: Critically, some narrations use these terms interchangeably within the same context. For example, a narration regarding an unidentified victim may state in one version that the "Imam" pays, and in another that it comes from the "Bayt al-Mal of Muslims".

The findings suggest that the Imam acts as the administrator of both types of assets. Because the purpose of both the Imam's assets (anfāl) and public assets is the welfare of the Muslim community, the Imam has the discretion to utilize either fund for public obligations, such as ensuring that "a Muslim's blood is not wasted".

B. Findings in Inheritance (Irth) Narrations: The research examined cases where an individual dies without heirs (such as a sa'ibah slave or a laqit foundling). The narrations regarding who inherits these assets are similarly diverse:

- Some narrations name the "Imam" as the heir.
- Others designate the "Bayt al-Mal" or the "Bayt al-Mal of Muslims".
- Some classify such assets as anfāl.

The study finds that these various designations do not indicate separate destinations for the wealth. Instead, they describe different aspects of the

same process: the asset belongs to the Imam in his capacity as the ruler (sovereign assets/anfal), yet it is placed in the Bayt al-Mal to be spent on the community's interests (public assets). Furthermore, historical records from the early Islamic period do not show the existence of two separate physical treasuries, further supporting the theory of unity.

#### 4. Conclusion

The research concludes that the "Bayt al-Mal of Muslims" and the "Bayt al-Mal of the Imam" are conceptually and functionally unified. While they may have different historical sources of income—such as anfal for the Imamate office and kharaj for the public—their management, expenditure, and ultimate purpose are identical.

The evidence from diyat and irth narrations demonstrates that the Imam, as the head of the Islamic state, possesses unified authority over these funds to serve the public interest (maslahah). The linguistic variation in the sources—where the "Imam," "Bayt al-Mal," and "Bayt al-Mal of Muslims" are used interchangeably—indicates that early narrators and audiences viewed them as a single entity.

Practically, this means that any attempt to strictly segregate these funds into different "ownership" categories is jurisprudentially weak and lacks a clear basis in the narrations. In the context of a modern Islamic government, the distinction between "sovereign assets" of the leader and "public assets" of the people has little legal effect on their consumption, as both must be managed by the ruler to advance the welfare of the society. Therefore, the study advocates for a unified legal framework for the state treasury to prevent administrative confusion and ensure the efficient use of public resources.

#### Funding

According to the corresponding author, this research received no specific grant from any funding agency.

#### Authors' Contributions

All authors contributed to the design, implementation, and writing of the manuscript and approved the final version of the article.

#### Conflict of Interest

The authors declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.



## وحدت یا دوگانگی مصرف بیت المال مسلمین

### و اموال منصب امامت

حسینعلی بای

عضو هیئت علمی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، ایران.

Email: h.bay110@yahoo.com

محمود حکمت‌نیا\* (نویسنده مسئول)

استاد تمام پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، ایران.

Email: dr.hekmatnia@yahoo.com



**Citation** Bay, H.A. , Hekmatnia, M. (2025). Unity or Duality in the Expenditure of the Public Treasury (Bait al-Mal) of Muslims and the Assets of the Office of Imamate. *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 22 (84): 5-30

[doi: 10.22034/ilaw.2025.2026612.3416](https://doi.org/10.22034/ilaw.2025.2026612.3416)

Received: 16 November 2023 , Accepted: 01 May 2024

### چکیده

بیت‌المال خزانه دولت اسلامی بوده و حقوق و تکالیف متعددی بر این عنوان فقهی و حقوقی در روایات و عبارات فقها مترتب شده است. با وجود استعمال فراوان واژه بیت‌المال در نصوص شرعی و متون فقهی و آثار مهم مترتب بر آن، تعریف روشنی از این عنوان، صورت نگرفته است. در برخی از نوشته‌های فقهی بیت‌المال امام، مستقل از بیت‌المال مسلمین در نظر گرفته شده و به دنبال آن، مسئولیتها و وظایف این دو، متفاوت دیده شده است. عمده دلیل مستقل‌انگاری بیت‌المال مسلمانان از بیت‌المال امام، متفاوت بودن منابع درآمدی این دو است. ما در این نوشته با بررسی روایات وارده در باب دیه و ارث، به بررسی وحدت یا ثنویت این دو عنوان پرداخته و در نهایت به این نتیجه رسیده‌ایم که این دو عنوان - دست کم - در ارث و دیه حکایت از مفهوم واحدی دارند. مهم در یکی انگشتان بیت‌المال امام و بیت‌المال مسلمین، یکی بودن موارد مصرف و هزینه کردها؛ وحدت هزینه‌کننده این اموال و کیفیت اداره آن است که در هر دو مورد مشترک است.

### واژگان کلیدی

بیت‌المال، اموال عمومی، بیت‌المال مسلمین، بیت‌المال امام، اموال امام.



## مقاله

در کلمات فقها در موارد متعددی حقوق یا تکالیفی برای بیت‌المال به‌عنوان یک شخصیت حقوقی، ذکر شده است. حقوقی مانند وارث دیه یا ارث بلاوارث تلقی‌شدن بیت‌المال تا تکالیفی همانند پرداخت دیه، حقوق کارکنان و مستخدمان دولتی، تأمین هزینه‌های جنگ و پرداخت غرامت آزادی اسرای مسلمان. در هیچ روایتی عنوان بیت‌المال امام به‌کار نرفته است. بیت‌المال امام عنوانی است که بعدها در کلمات فقهای همچون ابن‌ادریس، محقق حلّی و علامه حلّی (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۰۸ / محقق حلّی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۷۳ / علامه حلّی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۳۴۴) وارد متون فقهی شد. برخلاف بیت‌المال امام، عنوان مطلق بیت‌المال یا بیت‌المال مسلمین به دفعات در روایت به‌کار رفته است که فقهای یاد شده و بسیاری از تابعین آنها، گاه عناوین را بر بیت‌المال امام حمل کرده‌اند درحالی‌که گروه دیگری از فقها (گروه دوم) ظهور این عناوین را در معنای همان بیت‌المال مسلمان‌ها دانسته‌اند. این اختلافات آنگاه شدیدتر شده است که در برخی از روایات اموالی به امام تعلق گرفته یا در اختیار او قرار داده شده است که در این موارد گروه دوم، مقصود از این اموال را اموال مسلمین دانسته‌اند.

به‌کاررفتن تعابیر مختلف در لسان ادله و روایات، موجب تشتت آرای فقها و به تبع آن تشتت مقررات و قوانین در نظام جمهوری اسلامی ایران شده است به‌نحوی که گاه این دو عنوان مستقل از هم تلقی و برخی از وجوه و درآمدهای عمومی به جای واریز شدن به خزانه عمومی به حساب صد امام واریز و به‌عنوان اموال ولی فقیه محسوب شده است.

با عنایت به اینکه برخی از فقها قائل به وحدت بیت‌المال مسلمین از بیت‌المال امام و برخی دیگر قائل به تفکیک بین آن دو شده‌اند و این تفاوت رویکردها دارای اثرات قابل توجهی در نظام مالی حکومت اسلامی است، در این تحقیق با مروری بر روایاتی که در آن عنوان امام، بیت‌المال یا

بیت‌المال مسلمین به کار رفته است، سعی شده است تا دوگانگی یا وحدت این عناوین کشف شود. عمده این روایات در دو باب ارث و به‌ویژه دیات وارد شده است، که به بررسی اجمالی آنها خواهیم پرداخت.

تاآنجا که ملاحظه شد، تنها برخی از فقها به‌صورت جسسته و گریخته به مناسبت بحث از برخی فروعات فقهی اشاراتی به نسبت بین بیت‌المال مسلمین و بیت‌المال امام داشته‌اند و ورود تفصیلی و روشمند به این موضوع نداشته‌اند. ظاهراً دلیل این امر آن بوده که نه بیت‌المال مسلمین و نه عمده اقلام منصب امامت در دست ایشان بوده که این موضوع به مسئله و دغدغه فکری ایشان تبدیل شود. ما در نوشته حاضر با تتبع نسبتاً جامع در روایات باب دیه و ارث و تجمیع آنها به این نتیجه دست یافته‌ایم که این دو مال عمومی مصرف واحدی دارند.

## ۱. مفهوم بیت‌المال امام و بیت‌المال مسلمین

اصطلاح بیت‌المال را باید به‌معنای «خانه دارائی‌ها و اموال» (جمعی از مؤلفان، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۵۵۷) دانست لیکن نه هر نوع دارایی و اموالی بلکه اموالی که به‌صورت عین و منقول بوده و امکان نگه‌داری آن در یک بنا و ساختمان وجود داشته باشد.

بیت‌المال که خزانه و منبع مالی حکومت اسلامی بوده در صدر اسلام بنا و مکانی بوده که در آن اموال منقول عمومی و دولتی، از قبیل زکات، خراج، صدقات، خمس غنائم و... نگهداری می‌شد. این اصطلاح بعدها در مطلق اموال عمومی و دولتی، اعم از منقول و غیرمنقول استعمال شد (ر.ک: صدر، ۱۴۲۰، ج ۸، ص ۴۹۴/ حسینی، ۱۳۸۶، ج ۷، ص ۳۸۴-۳۸۶/ نیز ر.ک: جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۱۵۵/ سجادی، ۱۳۸۳، ج ۱۳، ص ۲۸۴-۲۹۵/ رحمان ستایش، ۱۳۷۹، ج ۵، ص ۸۵).

### ۱-۱. بیت‌المال امام (اموال حاکمیتی)

بیت‌المال امام، اموال متعلق به منصب امامت را گویند که انفال مهم‌ترین آنها بوده و امام برای اداره جامعه اسلامی، با لحاظ مصالح مسلمان‌ها و مصلحت دین در اختیار دارد. عبارت ترکیبی بیت‌المال امام (بیت مال‌الإمام) در روایتی نیامده است و تا آنجایی که جست‌وجو شد، اولین بار به این شکل مرحوم ابن‌ادریس آن را در کتاب سرائر آورده است (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۳۳۷) پس از ابن‌ادریس این اصطلاح در بین فقها رایج شد (ر.ک: فاضل آبی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۶۷ / محقق حلی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۷۳ / شهید اول، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۴۸۹ / فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ص ۴۷) آنچه که از کلمات فقها به دست می‌آید مقصود از بیت‌المال امام، اموال مربوط به منصب امامت می‌باشد که در برخی روایات از جمله روایت علی بن‌راشد (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۴۳ / کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۵۹) به آن اشاره شده است. مرحوم صاحب‌جواهر (نجفی، ۱۳۶۶، ج ۳۹، ص ۲۶۱) در ذیل بحث وارث شخصی که به‌جز امام وارثی ندارد، بیان نموده علت به‌کاررفتن عبارت بیت‌المال به جای امام در ابواب مختلف فقه توسط فقها، توجه‌دادن به این نکته بوده که اموال مزبور مال شخصی امام نبوده و متعلق به منصب امامت است.

### ۱-۲. بیت‌المال مسلمین (اموال عمومی)

بیت‌المال مسلمان‌ها عبارت از اموالی است که متعلق به همه مسلمان‌ها بوده و منبع در آمدی آن غالباً از درآمدهای اراضی مفتوحه یا موقوفات عام هست. اصل این اموال (اراضی مفتوحه و موقوفات) قابل نقل و انتقال نبوده و متعلق به تمامی نسل‌هاست لیکن عواید و منافع آنها در هر امری که دارای مصلحت برای جامعه اسلامی باشد، هزینه می‌شود و باقیمانده آن به نسبت مساوی بین مسلمان‌ها تقسیم می‌شود.

## ۲. نسبت بین بیت‌المال امام و مسلمین در روایات دیه

در روایات باب دیات، آنجا که مسئول پرداخت دیه نهاد حاکمیتی است تعبیر متفاوتی به کار رفته که موجب اختلافاتی بین فقها نسبت به مسئول پرداخت دیه شده است. در این قسمت پس از بیان روایات مزبور سعی شده است تا میان تعبیر متفاوت روایات و با تمسک به خود روایات جمع منطقی صورت پذیرد.

در روایات مربوط به پرداخت خونبها، گاه مسئولیت پرداخت دیه بر عهده امام قرار گرفته و گاه بر عهده بیت‌المال و گاه بیت‌المال مسلمین و گاه نیز پرداخت دیه از بیت‌المال و توسط امام تعیین شده است که به بیان این روایات خواهیم پرداخت.

### ۲-۱. پرداخت دیه توسط امام

بر اساس ظاهر یک دسته از روایات که در ادامه، به برخی از آنها اشاره خواهد شد، پرداخت دیه بر عهده امام است با این حال در این روایات مشخص نشده است که آیا امام این اموال را از اموال منصب امامت می‌پردازد یا از اموال بیت‌المال مسلمین یا آنکه در پرداخت از هر دوی اینها مخیر است.

بر اساس روایت صحیح‌السندی که ابی‌ولاد از امام صادق (ع)، نقل می‌کند آمده است که ایشان فرمودند: «در بین اهل ذمه معاقله (نهاد عاقله) وجود ندارد بلکه در جنایاتی که اهل ذمه انجام می‌دهند - خواه قتل باشد یا جراحت - دیه از اموال خودشان گرفته می‌شود و اگر اموالی نداشته باشند مسئولیت پرداخت دیه متوجه امام مسلمانان می‌شود، زیرا اهل ذمه به امام جزیه می‌پردازند همانند برده‌ای که به مولای خود مالیات می‌دهد...» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۶۴ / صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۱۴۱ / طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۱۷۰) ذیل روایت، بیانگر قاعده هزینه فایده

قاعده من له الغنم فعليه الغرم) بوده و در واقع علت مسئولیت امام در پرداخت دیه را مشخص می‌کند که امام به این دلیل دیه می‌پردازد که از آنها جزیه می‌گیرد. از آنجا که مطابق نظر قریب به اتفاق فقها جزیه اراضی مفتوحه جزو بیت‌المال مسلمان‌هاست نه اموال منصب امامت (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۱۹۰ / علامه حلّی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۴۹۳ / ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۴۷۸ / محقق حلّی، ۱۴۰۸، ج ۱، ص ۲۹۳) همچنین جزیه اراضی صلحیه نیز بنا بر نظر اکثر فقها همان حکم اراضی مفتوحه را دارد (ر.ک: محقق حلّی، ۱۴۰۸، ج ۱، ص ۲۹۳ / شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۵۷ / فاضل‌آبی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۴۳۱ / فیض‌کاشانی، [بی‌تا]، ج ۳، ص ۲۲ / نجفی، ۱۳۶۶، ج ۲۱، ص ۱۷۱-۱۷۲) باید بگوییم که امام جزیه را به نیابت از مسلمان‌ها و به‌عنوان مسئول اداره بیت‌المال مسلمان‌ها می‌گیرد و به همان عنوان نیز دیه را از همان محل می‌پردازد هرچند که به محل پرداخت دیه توسط امام تصریح نشده است. البته این احتمال نیز قابل اعتناست که با توجه به تعبیر «هُم مَمَالِیکَ لِلْإِمَامِ» که در ذیل روایت آمده و ایشان را به ممالیک امام که باید مالیات و ضریبه به امام بپردازند، محل دریافت و پرداخت جزیه اموال منصب امامت باشد. همچنانکه که احتمال قوی‌تر آن است که امام بنا بر اطلاق روایت بتواند از هر مالی که تحت اختیارش هست، دیه را بپردازد و چه بسا تصریح‌نشدن به محل پرداخت دیه حکایت از آن داشته باشد که همگی این اموالی که در اختیار امام است، بدون هیچ تفاوتی در مصالح مسلمان‌ها که امام تشخیص می‌دهد، مصرف می‌شود. ضمن اینکه در این روایت صرفاً به پرداخت دیه از سوی امام اشاره شده است که با تمسک به اطلاق آن امام می‌تواند از هر مالی که در اختیار دارد، دیه را بپردازد.

علاوه بر روایت ابی‌ولاد، روایات دیگری نیز با همین مضمون نقل شده است از جمله روایت ابو بصیر از امام صادق (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۶۵ / طوسی، ۱۳۹۰، ج ۴، ص ۲۶۱) روایت سلیمان بن خالد از امام صادق (ع)

(صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۹۹/ نیز ر.ک: طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۱۶۶-۱۶۹/ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۹۸-۱۰۰/ کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۶۰-۳۶۲) و روایت سلمه بن کهیل از امام علی (ع) (ر.ک: کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۶۴-۳۶۵/ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۱۴۰-۱۴۱/ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۱۷۱-۱۷۲).

در این گونه روایات با اینکه مشخص نشده است که امام از چه محلی دیه را می‌پردازد لیکن باتوجه به اینکه مصرف بیت‌المال مسلمان‌ها در مصالح مسلمین بوده (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۴۹۳/ شهید ثانی، ۱۴۱۹، ص ۴۶۸/ محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۴۰۳) و هدر نرفتن خون از طریق پرداخت دیه از مهم‌ترین موارد مصرف بیت‌المال است از این روی امام می‌تواند دیه را از محل بیت‌المال مسلمان‌ها پرداخت کند کما اینکه می‌تواند دیه را از محل اموال منصب امامت که آن هم در جهت مصالح جامعه اسلامی هزینه می‌شود (نجفی، ۱۳۶۶، ج ۴۳، ص ۴۳۴/ کاشف‌الغطاء، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۱۵۸/ مشکینی، ۱۴۱۸، ص ۴۳-۴۴) پرداخت کند.

## ۲-۲. پرداخت دیه به وسیله امام از بیت‌المال

این دسته از روایات، صراحت دارد که امام دیه‌ای را که می‌پردازد از محل بیت‌المال است. بریدبن معاویه عجلئی در روایت صحیحی می‌گوید: از امام باقر (ع) پرسیدم: شخص مؤمنی (شیعه‌ای) شخصی را که به ناصبی بودن معروف است، برای خشنودی خداوند تبارک و تعالی به قتل رسانده است، آیا قاتل را باید قصاص کرد؟ امام فرمودند: «اینان (قضات و حکام جور زمان) چنین قاتلی را قصاص می‌کنند درحالی که اگر مرافعه به نزد امام عادل (و مبسوط‌الیدی) برده می‌شد چنین قاتلی را قصاص نمی‌کرد.» از امام پرسیدم: یعنی خون مقتول پایمال می‌شد؟ امام فرمودند: «خیر بلکه اگر مقتول ورثه‌ای داشته باشد، امام باید دیه مقتول را از بیت‌المال به آنها پرداخت نماید...» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۷۴/ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۲۱۳) روایات دیگری نظیر روایت سکونی از امام صادق (کلینی، ۱۴۰۷،

ج ۷، ص ۳۵۵). روایت یونس بن عبدالرحمان (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۱۷۲) نیز در این دسته جای می‌گیرند.

در روایت برید هر چند بیت‌المال به‌طور مطلق ذکر شده است، اما مقصود از آن به قرینه روایت دسته چهارم و پنجم بیت‌المال مسلمان‌هاست. افزون بر آن متبادر از واژه بیت‌المال - به دلیل کثرت استعمال و شیوع کاربرد آن در بیت‌المال مسلمین و عدم استعمال آن در بیت‌المال امام - همان بیت‌المال مسلمین است. اصولاً اموال منصب امامت از این جهت که صرف مصالح مسلمین می‌شود، به نوعی اموال مسلمین و جامعه اسلامی است و اموال مسلمین نیز از این جهت که به‌طور کامل در اختیار امام است کانه مال اوست و از این رو دوگانگی بین این دو بی‌معناست.

### ۲-۳. پرداخت دیه از بیت‌المال

در یک دسته از روایات، به پرداخت دیه از بیت‌المال تصریح شده است لیکن نه اشاره‌ای به پرداخت کننده دیه شده است و نه اشاره‌ای به این موضوع که آیا پرداخت دیه از بیت‌المال امام است یا بیت‌المال مسلمانان. به نمونه‌ای از این گونه روایات اشاره می‌شود:

در ذیل روایت معتبری که ابو بصیر از امام صادق (ع) نقل می‌کند آمده است: «اگر جنازه مقتولی در بیابانی یافت شود دیه او از بیت‌المال پرداخت خواهد شد. همانا حضرت امیر (ع) همواره می‌فرمودند: خون مسلمان هدر نمی‌رود.» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۶۲ / صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۱۰۰) روایت مسعدة بن زیاد از امام صادق (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۲۰۶)، روایت برید بن معاویه (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۲۹۵ / طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۲۳۲) و مسمع بن عبدالملک (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۵۵ / طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۲۰۱) در همین دسته جای می‌گیرند.

با عنایت به توضیحاتی که در دسته قبل داده شد، بیت‌المال انصراف به بیت‌المال مسلمین دارد ضمن اینکه در اینجا قرینه دیگری نیز بر تقویت این

ادعا وجود دارد و آن اینکه در برخی از روایات این دسته مانند روایت مذکور در بند ب نسخه بدل بیت‌ال‌مال، بیت‌ال‌مال مسلمین است (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۲۳۲) از سوی دیگر پرداخت دیه قتل در زحام و قتیلی که قاتلش ناشناس هست، مطابق مشهور قوی فقها و بلکه به اجماع آنها (ابن زهره، ۱۴۱۷، ص ۴۱۵) از بیت‌ال‌مال مسلمان‌هاست و این بدان معناست که فقها نیز از عبارت بیت‌ال‌مال در این روایات، بیت‌ال‌مال مسلمان‌ها را فهمیده‌اند. جالب آنکه ابن‌ادریس که در مواردی عبارت بیت‌ال‌مال در کلمات فقها و گاه روایات را به بیت‌ال‌مال امام تفسیر می‌کند در این موضوع به صراحت مقصود از بیت‌ال‌مال را به بیت‌ال‌مال مسلمین تطبیق داده است (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۳۵۹) پرداخت‌کننده دیه نیز هرچند در روایت مشخص نشده، اما معلوم است که مسئول پرداخت از بیت‌ال‌مال همان متولی بیت‌ال‌مال است که حاکم اسلامی باشد. به این امر در روایات دسته پنجم تصریح شده است.

#### ۲-۴. پرداخت دیه از بیت‌ال‌مال مسلمان‌ها

بر اساس دسته‌ای از روایات پرداخت دیه بر عهده بیت‌ال‌مال مسلمانان قرار داده شده است؛ برای نمونه در حدیث معتبری ابی‌مریم از امام باقر(ع) روایت می‌کند که حضرت امیر(ع) در مورد خطاهای قاضیان که منجر به قتل یا جرح می‌شد چنین رویه‌ای داشتند که دیه را بر عهده بیت‌ال‌مال مسلمانان قرار می‌دادند (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۵۴) مشابه روایت مزبور از طریق اصبع‌بن‌باته و با سند معتبر نیز وارد شده است (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۷/ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۳۱۵).

علاوه بر روایات ذکر شده در روایات متعددی دیگری پرداخت دیه بر عهده بیت‌ال‌مال مسلمان‌ها قرار گرفته است مانند روایت ابوبصیر از امام باقر (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۲۹۴/ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۱۰۳/ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۲۳۱)، روایت سلیمان بن خالد از امام صادق (ر.ک: حرّ

عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۶، ص ۲۵۳) روایت مربوط به قضاوت امام حسن در قتل (ر.ک: طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۳۱۶/ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۱۷۳) روایت ابو بصیر از امام صادق (ر.ک: کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۵۶) روایت سلیمان بن خالد از امام صادق (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۳۳۳/ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۹، ص ۳۹۰) و روایت برید بن معاویه از امام باقر (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۱۰۶).

در این روایات همانند روایات دسته قبل هر چند اشاره نشده است که چه شخصی دیه را می‌پردازد، اما معلوم است که چنین شخصی امام معصوم یا حاکم و والی منصوب از سوی اوست که اداره اموال عمومی و تدبیر امور جامعه را بر عهده دارد و خطاب و تکالیفی از این دست متوجه اوست. با توجه به این توضیح روایات این دسته با روایات دسته قبل و دسته بعدی را باید بیانگر یک موضوع دانست.

تذکر این نکته ضروری است که حتی بنا بر تفکیک اموال امامت و اموال مسلمین از هم، باید توجه داشت که تکلیف به پرداخت دیه از بیت‌المال مسلمان‌ها، امکان پرداخت دیه از سایر اموال تحت اختیار امام را نفی نمی‌کند زیرا از روایت انحصاری بودن پرداخت دیه از بیت‌المال مسلمان‌ها فهمیده نمی‌شود به‌ویژه اینکه اگر قائل به چنین انحصاری شویم، هدر رفتن خون مسلمان، در مواردی که بیت‌المال مسلمان‌ها مالی نداشته باشد، لازم می‌آید.

## ۲-۵. پرداخت دیه به وسیله امام از بیت‌المال مسلمان‌ها

در دسته‌ای از روایات، پرداخت دیه بر عهده امام و از بیت‌المال مسلمانان قرار گرفته است؛ از جمله: محمد بن مسلم در روایت صحیحی از امام باقر (ع) نقل می‌کند که ایشان فرمودند: «در زمان خلافت حضرت امیر (ع)، مردم در یک روز جمعه‌ای ازدحام کردند. در این ازدحام شخصی کشته شد و حضرت دیه مقتول را از بیت‌المال مسلمانان به اولیای او پرداخت نمودند» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۵۵/ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۲۰۲).

در روایت سوار (ر.ک: کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۵۴ / صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۳۰۹ / طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۲۰۲) روایت حسین بن خالد از امام موسی کاظم (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۱۸۵) و روایت مرفوعه‌ای که قاضی نعمان مغربی از امام باقر نقل کرده‌اند (قاضی نعمان، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۴۲۹) مسئول پرداخت دیه امام معرفی و محل پرداخت دیه بیت‌المال مسلمان‌ها معرفی شده است.

## ۲-۶. استعمال هر دو تعبیر در یک موضوع

در برخی از روایات باب دیات گاه پرداخت دیه بر عهده امام و گاه بر عهده بیت‌المال مسلمان‌ها قرار گرفته است از جمله در روایات وارده در موضوع دیوانه مهاجم. بر اساس این روایات هر گاه مجنونی که به دیگری هجوم برده است، توسط مدافع به قتل برسد، قاتل به دلیل دفاع از خود و مقررات دفاع مشروع، مسئولیتی نسبت به قتل مجنون ندارد باین حال برای باطل نشدن خون مجنون، خونبهای او باید توسط حاکمیت پرداخت شود. تعبیر روایاتی که در این موضوع مطرح شده، متفاوت است به این ترتیب که در روایت ابویصیر که دارای سندی معتبر است آمده که دیه مقتول از بیت‌المال مسلمان‌ها به ورثه‌اش داده خواهد شد...» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ص ۷۱) درحالی که در روایت ابی‌الورد - که بنا بر تحقیق دارای سند معتبری است<sup>۱</sup> - آمده که دیه مقتول بر عهده امام بوده و خون مقتول هدر نمی‌رود» (همان) مشابه روایت مجنون مقتول، در روایات ناظر به قسامه نیز گاهی مسئول پرداخت امام و گاه بیت‌المال معرفی شده است (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۶۰-۳۶۲) هرچند ممکن است در ابتدای امر بین این گونه روایات از حیث پرداخت کننده دیه منافات دیده شود لیکن منافاتی بین این گونه روایات وجود ندارد و هر دو عنوان بیان از یک امر دارند. صحیح‌ه

۱. روایت به دلیل وجود ابی‌الورد تضعیف شده است، لیکن بسیاری از فقها به مضمون آن عمل کرده و به معتبر بودن سند روایت تصریح کرده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۴، ص ۸ / مجلسی اول، ۱۴۰۶، ج ۱۰، ص ۳۰۶ / مجلسی دوم، ۱۴۰۶، ج ۱۶، ص ۴۸۹).

عبدالله بن سنان و عبدالله بن بکیر را می‌توان شاهد و قرینه‌ای بر عدم تفاوت ماهوی یا دستکم هزینه‌کردی بیت‌المال مسلمان‌ها با اموال منصب امامت دانست. در این روایت از قول امام صادق (ع) آمده است: «حضرت علی (ع) در مورد شخصی که به قتل رسیده بود و قاتل او شناسایی نشده بود چنین فرمودند: اگر هویت مقتول مشخص باشد و اولیای دم او مطالبه دیه داشته باشند، باید دیه‌اش از بیت‌المال مسلمانان پرداخت شده و خون مسلمان پایمال نشود. زیرا امام همان‌گونه که میراث‌دار شخصی است که وارثش معلوم نباشد همین‌گونه نیز پرداخت‌کننده دیه شخصی است که قاتلش معلوم نباشد...» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۵۵ / طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۲۰۲) همان‌گونه که ملاحظه می‌شود پرداخت دیه از بیت‌المال مسلمین با پرداخت دیه از سوی امام یکی فرض شده است<sup>۱</sup> این تفنن عبارت نه ناشی از غفلت و مسامحه بلکه حکایت از وحدت و یگانگی ماهیت یا دستکم مصرف بیت‌المال مسلمان‌ها از اموال امام است. از این‌گونه روایات به‌دست می‌آید که فرقی از حیث هزینه‌کرد بین اموالی که تحت عناوین مختلف در اختیار امام است وجود ندارد و امام به‌عنوان اداره‌کننده هر دو، می‌تواند به صلاحدید خود از هر یک که خواست، دیه را بپردازد.

می‌توان اضافه کرد: که در بحث دیه و ارث عناوین امام، بیت‌المال و بیت‌المال مسلمین از نظر مسلمانان تفاوتی نداشته و از این رو روایان اخبار در نقل روایات به‌دلیل روشن‌بودن مساله و یکی تلقی‌شدن این دو عبارت در نزد مخاطبان خود، در به‌کارگیری هر یک از این واژگان محذوری احساس نمی‌کرده‌اند. به همین دلیل است که مرحوم حرّ عاملی که در ذیل هر روایتی معمولاً به موارد اختلاف عبارتی روایات در کتب اربعه اشاره دارد، در مواردی که در برخی منابع روایی و در یک روایت خاص، عبارت بیت‌المال

۱. در برداشت ذیل روایت اختلافی وجود دارد. ترجمه روایت بر اساس متن فوق بنا بر برداشت مؤلف کتاب وافی است (ر.ک: فیض کاشانی، ۱۴۰۶، ج ۱۶، ص ۸۳۴).

آمده و در همان روایت در منبع دیگر عبارت بیت‌المال مسلمین آمده است، متذکر این موارد اختلافی نمی‌شود چه اینکه در نظر ایشان تفاوتی بین این دو عنوان نیست.

### ۳. نسبت بین بیت‌المال امام و مسلمین در روایات ارث

مشابه اختلاف موجود در روایات باب دیات در روایات باب ارث نیز وجود دارد. روایاتی که در مورد وارث شخص سائبه - در صورتی که وی وارثی از خویشاوندان نداشته باشد و با شخصی نیز قرارداد ضمان جریره نبسته باشد - وارد شده است و نیز روایات وارده در مورد شخصی که ورثه مسلمانی ندارد، از این جمله است.

#### ۳-۱. ارث مسلمان بی وارث

در روایاتی که در موضوع ارث شخص بدون وارث مسلمان وارد شده است، به چهار دسته روایات بر می‌خوریم: روایاتی که ارث چنین شخصی را متعلق به امام می‌داند؛ روایاتی که ارث چنین شخصی را متعلق به بیت‌المال مسلمان‌ها می‌داند؛ روایاتی که آن را از انفال می‌داند و روایاتی که ماترک را متعلق به همشهری‌های متوفی می‌داند. که از هر دسته به نقل یک روایت بسنده خواهیم کرد:

۱- در دسته‌ای از روایات وارث شخص بلا وارث بیت‌المال مسلمین معرفی شده است از جمله در روایت صحیح‌ه ابی‌ولاد حنّاط، از امام صادق (ع) آمده است: مسلمان، مسلمان دیگر را به قتل رسانده است. هیچ یک از اولیای دم مقتول مسلمان نیستند، بلکه همگی از اهل ذمه هستند، حال چه باید کرد؟ امام فرمودند: «امام باید اسلام را بر اولیای دم عرضه کند اگر برخی از آنها اسلام بیاورند، همانها ولی دم مقتول خواهند بود ... ولی اگر هیچکدام اسلام نیاوردند در این صورت امام ولی دم مقتول خواهد بود که اگر خواست قصاص می‌کند و اگر خواست دیه گرفته و آن را در بیت‌المال

مسلمانان قرار می‌دهد. زیرا همان‌گونه که پرداخت جنایت چنین شخصی بر عهده امام است دیه او نیز مالِ امام است. ابی‌ولاد می‌گوید از امام پرسیدم آیا امام حق دارد قاتل را عفو کند؟ امام فرمودند: خیر این حق مربوط به تمام مسلمین است...» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۵۹/ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۱۰۷/ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۱۷۸) صحیح‌ه سلیمان بن خالد از امام صادق نیز مشابه مضمون همین روایت است (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۳۳۳/ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۹، ص ۳۷۰) چنانکه ملاحظه می‌شود در قسمت اخیر روایت دیه را متعلق به امام و یک سطر پیش‌تر و بعدتر، ماترک متعلق به بیت‌المال مسلمین قلمداد شده است. این روایت به روشنی حکایت از آن دارد که تفاوتی بین اقسام اموال عمومی (بیت‌المال مسلمانانها و اموال منصب امامت) در عمل وجود ندارد حال یا به این دلیل که ماهیت واحدی دارند یا مصارف آنها واحد است و تفاوتی از حیث هزینه‌کرد ندارند. موضوع این روایت هرچند دیه مقتول است لیکن دیه با سایر ماترک متوفا تفاوتی از حیث احکام ارث نداشته و از این روی موضوع این روایت قابل تعمیم بر تمامی احکام ارث است.

۲- وارث بودن امام: در ذیل روایتی که حَمَزَةُ بْنُ حُمْرَانَ از امام صادق (ع) نقل می‌کند (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۱۳۰) آمده است اگر شخصی که وارثی ندارد از دنیا برود درحالی که با هیچ یک از مسلمانان عقد ضمان جریره را نبسته و شخصی ضامن جریره او نشده باشد، میراث او متعلق به امام مسلمین است. بر اساس مفاد این روایت آگه شخص متوفی، وارثی داشته باشد اعم از خویشان و معتق و ضامن جریره، ماترکش به آن‌ها می‌رسد و اگر هیچ وارثی نداشته باشد، ماترک او متعلق به امام است.

۳- از انفال بودن ماترک: مطابق روایت معتبری که حلبی از امام صادق (ع) نقل می‌کند، امام می‌فرماید: «کسی که بمیرد و وارثی نداشته باشد اموال و ماترکش جزو انفال است» (همان، ج ۹، ص ۳۸۶) صحیح‌ه‌ای محمد بن مسلم

از امام باقر (همان، ص ۳۸۷) و روایت حلبی از امام صادق (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۱۶۸) نیز مضمونی مشابه این روایت دارند.

۴. در برخی روایات ضعیف‌السند مانند روایت خلاد سندی از امام صادق (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۹، ص ۳۸۷/ کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۱۶۹) و روایت مرسله دیگری (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۳۳۳/ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۹، ص ۳۸۷) میراث چنین شخصی همشهری‌های او ذکر شده که به دلیل اعراض فقهای امامیه از مضمون این روایات، از ذکر آن خودداری می‌شود.

ممکن است کسی قائل به تعارض بین این روایات شود لیکن به نظر می‌رسد روایات مزبور تعارضی نداشته و همگی بیانگر یک چیز هستند و آن این است که اموال شخص لاوارث در اختیار امام مسلمین است که آن را در مصالح مسلمان‌ها هزینه می‌کند. به اعتبار اینکه در مصالح مسلمین هزینه می‌شود، می‌توان گفت ارث بلاوارث متعلق به مسلمان‌هاست و به اعتبار اینکه امام به‌عنوان متولی امور مسلمان‌ها آن را اخذ می‌کند، می‌توان گفت این اموال به امام می‌رسد و تحت اختیار او قرار می‌گیرد و به اعتبار این که در اختیار امام است می‌توان آن را جزو انفال دانست. مؤید این مطلب روایتی است که قاضی نعمان مغربی نقل کرده که امام صادق (ع) فرمودند کسی که بمیرد و وارثی نداشته باشد ماترکش از انفال است که در بیت‌المال قرار داده می‌شود، زیرا جنایت (خطایی) چنین شخصی بر بیت‌المال است» (قاضی نعمان، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۳۹۱).

به نظر می‌رسد ارث بلاوارث با هر ماهیتی که باشد، خواه از اموال منصب امامت و متعلق به شخصیت حقوقی امام باشد، خواه از انفال باشد که آن هم از اموال منصب امامت است و خواه از اموال عمومی و بیت‌المال مسلمان‌ها باشد، چون مصرف واحد داشته و مسئول و اداره‌کننده واحدی نیز دارند، تفکیک این دو چندان منشأ اثر نخواهد بود. هرچند که بر مبنای تفکیک این دو به دلیل اسناد قوی‌تر، ظهور قوی‌تر و کثرت روایاتی که

میراث شخص بدون وارث را از بیت‌المال می‌دانند، بر سایر روایات ترجیح خواهند داشت.

### ۳-۲. ارث سائبه

سائبه، برده‌ای است که مولایش او را در راه خدا تبرعا یا به‌عنوان ادای یک واجب شرعی مانند کفاره آزاد کرده و در حین آزادی او هرگونه مسئولیت خود نسبت به جنایات احتمالی برده را از خود سلب کرده است. در روایات وارده در موضوع وارث سائبه که نه وارثی از خویشان دارد و نه ولاء عتق و ولاء جریره‌ای، دو رویکرد و مضمون به‌چشم می‌خورد. در دسته‌ای از این روایات، ارث چنین شخصی به بیت‌المال مسلمین و در برخی دیگر از روایات متعلق به امام مسلمین دانسته شده است که از نظر می‌گذرد:

۱. در روایت معتبر دیگری که معاویه بن‌عمار آن را نقل کرده از قول امام صادق (ع) می‌فرماید: «برده‌ای که آزاد می‌شود و سائبه هست می‌تواند هر که را بخواهد ولاء خود قرار دهد و کسی که ولاء او را به‌گرددن گرفته است ضامن جریره و همچنین وارثش خواهد بود و اگر سائبه تا زمان مرگش کسی را به ولاء برنگزیند، ماترکش در صورتی که خویشاوندی نداشته باشد، در بیت‌المال مسلمان‌ها قرار خواهد گرفت.» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۹، ص ۳۹۴ / نیز ر.ک: صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۱۳۶) سلیمان بن‌خالد از امام صادق (ع) نیز مشابه همین مضمون را روایت کرده است (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ص ۱۲۴).

مرحوم حرّ عاملی در ذیل روایت معاویه بن‌عمار سه احتمال مطرح می‌کند: احتمال صدور روایت به‌دلیل تقیه؛ احتمال اینکه مراد از بیت‌المال مسلمین در این روایت بیت‌المال امام باشد و احتمال اینکه ماترک سائبه جزو اموال امامت بوده لیکن امام مصلحت دانسته که آن را در بیت‌المال مسلمان‌ها قرار دهد (همان، ج ۲۶، ص ۲۴۹).

به‌نظر می‌رسد این احتمالات همگی قابل‌خدشه و ایراد باشد، زیرا اگر زمان حضرت صادق (ع) زمان تقیه بوده، چرا در یک روایت تقیه شده و

در دیگری تقیه نشده است. احتمال اینکه مقصود از بیت‌المال مسلمان‌ها، بیت‌المال امام باشد نیز احتمالی خلاف ظاهر است چه اینکه پیش از این گفتیم که حتی عبارت بیت‌المال نیز منصرف به بیت‌المال مسلمین است و اما احتمال سوم نیز مردود است، زیرا امام در مصرف بیت‌المال خودش - بر فرض وجود آن - محدودیتی ندارد که ناچار باشد به جای قراردادن ماترک سائبه در بیت‌المال امام آن را در بیت‌المال مسلمان‌ها قرار دهد. به عبارتی بنا بر تفکیک این دو عنوان، قراردادن اموال امامت در اموال مسلمین، اگر باعث محدودیت در هزینه‌کرد نشود، دست‌کم فایده و اثری نداشته و کاری عبث است. بنابراین احتمالی که قوی‌تر به نظر می‌رسد همان است که اصولاً به دلیل مصارف مشترک بیت‌المال مسلمان‌ها و اموال منصب امامت و نیز سیاست و مدیریت واحد بر آن دو، تفکیکی بین این اموال نمی‌شد است.

۲. وراثت امام: در روایت صحیح السنندی که عبدالله بن سنان از امام صادق (ع) نقل کرده، آمده است: حضرت امیرالمؤمنین در مورد برده سائبه‌ای که ولاء عتق ندارد، فرمودند... اگر سائبه ولایی نگیرد، میراث او به امام مسلمین خواهد رسید» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۹، ص ۳۹۴) در روایت صحیحه برید بن معاویه (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۱۷۱) روایت عمار بن ابی‌الاحوص (همان) و نیز روایت حمزه بن حرمان (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۱۳۰/ حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۶، ص ۲۵۰) به وراثت امام از سائبه متوفی تصریح کرده‌اند. برخی بین این دسته از روایات با دسته قبلی آن، تعارض دیده و در مقام رفع تعارض از روایات وجوهی را ذکر کرده‌اند (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۳، ص ۷۴) لیکن به نظر می‌رسد همان‌گونه که برخی از فقها نیز تصریح نموده‌اند (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۸۹/ رحمتی، ۱۳۷۸، ص ۶۷۱) اصولاً هیچ تعارضی بین این دودسته از روایات وجود ندارد، زیرا در دسته نخست به محلی که باید ارث چنین شخصی به آن منتقل شود (بیت‌المال) اشاره شده است و در دسته دیگر به شخصی که باید اموال به ارث رسیده را ستانده

و در آن محل (بیت‌المال) قرار دهد، اشاره شده است.

اختلافی که در مورد وارث شخص بدون وارث و سائبه وجود داشت، در مورد لقیط نیز وجود دارد. لقیط شخصی است که در کودکی پیدا شده تا زمان مرگ نه خویشاوندی پیدا کرده و نه کسی را ضامن جریره قرار داده است. چنین شخصی اگر فوت کند، نسبت به وارث ماترک او، اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقها (مفید، ۱۴۱۳، ص ۶۴۸ / طوسی، ۱۴۰۰، ص ۳۲۳ / ابن‌براج، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۵۶۹) وارث شخص لقیط را بیت‌المال و برخی دیگر (حسینی عاملی، [بی‌تا]، ج ۶، ص ۱۱۵ / ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۰۸ / نجفی، ۱۳۶۶، ج ۳۸، ص ۱۸۹) امام مسلمین دانسته‌اند که حل ناهمگونی الفاظ روایت به همان است که گفته شد. چه بسا بتوان از همین تفنن و تنوع تعبیر به کار رفته در روایات باب ارث، نتیجه گرفت که: بیت‌المال مسلمین و بیت‌المال امام یا آن‌چنان که برخی از فقها احتمال داده‌اند (نجفی، ۱۳۶۶، ج ۴۳، ص ۴۳۴) یک چیز باشد زیرا وقتی مدیریت، موارد مصرف آن واحد است، پس این اموال علی‌القاعده نباید دو ماهیت جداگانه داشته باشد. از این روی هیچ ایرادی وجود ندارد که به اموال منصب امامت نیز بیت‌المال مسلمین اطلاق گردد، زیرا بیت‌المال امام نیز متعلق به مسلمین و راجع به مصالح آن‌هاست (همان/ کاشف‌الغطاء، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۱۵۸ / مشکینی، ۱۴۱۸، ص ۴۳-۴۴) یا آنکه به‌رغم تفاوتی که گاه از حیث منبع درآمدی بین دو نوع از اموال هست لیکن گاه منبع درآمدی مشترک داشته و در همه حال تحت مدیریت واحد و دارای مصارف مشترک هستند از این روی تفکیک این دو نوع اموال - خصوصاً در زمان حاضر که درآمدی برای اراضی مفتوحه متصور نیست - عملاً اثر چندانی نداشته و تمامی اموال اعم از عمومی و متعلق به منصب امامت در اختیار امام قرار داشته و از این روی امام در مصرف آن با لحاظ مصالح جامعه اسلامی اختیار کامل دارد.

## نتیجه

به‌رغم اینکه در روایات وارده باب ارث و دیه، وارث ماترک شخص بدون وارث و مسئول پرداخت دیه، گاه (منصب) امام و گاه بیت‌ال‌مال و گاه بیت‌ال‌مال مسلمین، معرفی شده است، لیکن با عنایت به این شواهد و دلایل مشخص شد که همگی این عناوین حکایت از مفهوم واحدی و اموال واحدی دارند.

اولین شاهد روایات باب ارث مانند روایات ناظر بر وارثان شخص بدون وارث، سائبه یا لقیط هستند که ارث‌بران گاه امام، گاه بیت‌ال‌مال مسلمان‌ها و گاه اموری مانند انفال معرفی شده که لازمه جمع غیرتبرعی بین آنها، یکی تلقی کردن آنهاست. دومین شاهد روایاتی است که در موضوع واحدی (مانند پرداخت دیه مجنون یا روایات ناظر به قسامه) وارد شده است و مسئولیت پرداخت در برخی از آنها بر عهده بیت‌ال‌مال مسلمین و در برخی بر عهده امام مسلمین قرار گرفته است که جمع منطقی آنها این است که بگوییم این دو، یکی بوده یا مصرف واحدی دارند.

سومین و مهم‌ترین شاهد و دلیل که تکمیل‌کننده شواهد پیشین است، روایاتی همچون صحیح‌ه ابی‌ولاد حناط است که در فقراتی از یک روایت مسئول پرداخت دیه یا وارث ماترک، بیت‌ال‌مال مسلمان‌ها و در فقره یا فقرات دیگر همان روایت، امام مسلمان‌ها معرفی شده است که نشان از وحدت مال امام و اموال مسلمین دارد. آنچه که برداشت ما از یکی انگاشتن بیت‌ال‌مال مسلمان‌ها و بیت‌ال‌مال امام را کامل می‌کند آن است که در کتب و نقل‌های تاریخی شاهد یا قرینه‌ای مبنی بر اینکه به غیر از بیت‌ال‌مال مسلمانان، بیت‌ال‌مال دیگری تحت عنوان بیت‌ال‌مال امام وجود داشته باشد، گزارش نشده است.

اگر از روایات باب دیه و ارث، ماهیت واحد این دو نوع مال استنباط نشود، دست‌کم در اینکه متولی این دو قسم از اموال واحد بوده و اداره و هزینه‌کرد هر دو تابع یک مکانیزم است، تردیدی وجود ندارد و همین مقدار در تلقی وحدت این دو نوع اموال کافی است و با این وصف عملاً—حتی اگر ماهیتا با هم متفاوت باشند—اثری بر تفکیک این دو نوع مال مترتب نخواهد بود.

## حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسئول، این مقاله هیچ‌گونه حامی مالی ندارد..

## سهم نویسندگان در پژوهش

تمام نویسندگان در طراحی، اجرا و نگارش مقاله مشارکت داشته‌اند و محتوای نهایی مقاله را تأیید می‌کنند.

## تضاد منافع

نویسندگان تصریح می‌کنند که هیچ‌گونه تضاد منفعی در ارتباط با این مقاله وجود ندارد.

## منابع

- ابن‌ادریس حلی، محمدبن منصور؛ السرائر؛ قم: نشر اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن‌براج (قاضی ابن‌براج)، عبدالعزیز؛ المهدب؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۶ق.
- ابن‌زهره، حمزبن علی حسینی؛ غنیة النزوع؛ قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۷ق.
- اردبیلی (محقق اردبیلی)، احمدبن محمد؛ مجمع‌الفائدة والبرهان فی شرح إرشادالأذهان؛ تحقیق مجتبی عراقی، علی‌پناه اشتهاودی و حسین یزدی اصفهانی؛ قم: نشر اسلامی، ۱۴۰۳ق.
- اصفهانی (مجلسی اول)، محمدتقی؛ روضة‌المتقین فی شرح من لایحضره‌الفقیه؛ چ ۲، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشان‌نور، ۱۴۰۶ق.
- اصفهانی (مجلسی دوم)، محمدباقربن محمدتقی؛ ملاذالأخیار فی فهم تهذیب‌الأخبار؛ قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی (ره)، ۱۴۰۶ق.
- جمعی از پژوهشگران (زیرنظر سیدمحمود هاشمی شاهرودی)؛ فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)؛ قم: مؤسسه دائرة‌المعارف فقه اهل بیت (ع)، ۱۴۲۶ق.
- حرّ عاملی، محمدبن حسن؛ وسائل‌الشیعة؛ قم: مؤسسه آل‌البیت (ع)، ۱۴۰۹ق.
- حسینی، سیدرضا؛ «بیت‌المال»، دانشنامه امام‌علی (ع)؛ ج ۷، چ ۴، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۶، ص ۳۷۱-۴۳۸.
- حسینی عاملی، سیدجوادبن محمد؛ مفتاح‌الکرامه فی شرح قواعدالعلامة؛ بیروت: دار إحياء التراث‌العربی، [بی‌تا].
- حقانی زنجانی، حسین؛ تحقیقی درباره انفال یا ثروت‌های عمومی؛ [بی‌جا]: نشر معاونت پژوهشی

دانشگاه الزهراء (س)، ۱۳۷۴.

حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر؛ إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.

حلی (محقق حلی)، جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام؛ تحقیق عبدالحسین محمد علی بقال؛ قم: انتشارات اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.

حلی (محقق حلی)، نجم الدین جعفر بن حسن؛ المختصر النافع فی فقه الإمامیه؛ ج ۶، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة، ۱۴۱۸ ق.

حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر؛ تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه؛ مشهد: مؤسسه آل البيت (ع)، [بی تا].

خمینی، سید روح الله؛ کتاب البیع؛ ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، [بی تا].  
خوبی، سید ابوالقاسم؛ تکملة منهاج الصالحین؛ قم: نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.

رحمان ستایش، محمد کاظم؛ دانشنامه جهان اسلام؛ زیر نظر غلامعلی حداد عادل؛ ج ۵، تهران: انتشارات دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ۱۳۷۹.

رحمتی، محمد؛ أنجاز العادات؛ ج ۱ و ۲، قم: مؤلف، ۱۳۷۸.

سجادی، صادق؛ دائرة المعارف بزرگ اسلامی؛ ج ۱۳، تهران: ناشر مرکز دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ۱۳۶۷.

صدر، سید محمد؛ ماوراء الفقه؛ بیروت: دارالأضواء للطباعة والنشر والتوزیع، ۱۴۲۰ ق.

صدر، سید محمد باقر؛ اقتصادنا؛ قم: دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان، ۱۴۱۷ ق.

صدوق، محمد بن علی بن بابویه؛ من لایحضره الفقیه؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ق.

طبرسی، فضل بن حسن؛ تفسیر جوامع الجامع؛ ج ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران و مدیریت حوزه علمیه قم، ۱۳۷۷.

طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن؛ الإستبصار فیما اختلف من الأخبار؛ تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۹۰ ق.

طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن؛ المبسوط فی الفقه الإمامیه؛ تحقیق محمد تقی کشفی؛ ج ۸، ج ۳، تهران: انتشارات مرتضویه، ۱۳۸۷ ق.

طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن؛ النهایة فی مجرد الفقه والفتاوی؛ بیروت: دارالکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.

طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن؛ تهذیب الأحكام؛ ج ۴، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ق.

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

عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة؛ تحقیق سید محمد کلانتر؛ قم: انتشارات داورى، ۱۴۱۰ ق.

- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی؛ مسالک‌الافهام إلى تنقیح شرائع الإسلام؛ قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ق.
- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی؛ فوائد القواعد؛ قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ق.
- فاضل آبی، حسن بن ابی‌طالب؛ کشف الرموز فی شرح مختصر النافع؛ ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله؛ التنقیح الرائع لمختصر الشرائع؛ تحقیق سید عبداللطیف حسینی کوه‌کمره‌ای؛ قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی (ره)، ۱۴۰۴ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن؛ کشف اللثام عن قواعد الأحكام؛ قم: نشر اسلامی، ۱۴۲۰ق.
- فیض کاشانی، محمد محسن؛ مفاتیح الشرائع؛ قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی (ره)، [بی‌تا].
- فیض کاشانی، محمد محسن؛ الوافی؛ ج ۱۶، اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی (ع)، ۱۴۰۶ق.
- قاضی نعمان، ابوحنیفه نعمان بن محمد تمیمی؛ دعائم الإسلام؛ ج ۲، قم: مؤسسه آل‌البيت (ع)، ۱۳۸۵ق.
- قمی سبزواری (محقق سبزواری)، محمد باقر بن محمد؛ کفایة الأحكام؛ ج ۲، اصفهان: انتشارات مهدوی، [بی‌تا].
- کاشف الغطاء، محمد حسین بن علی بن محمد رضا؛ تحریر المجلة؛ نجف: المكتبة المرتضوية، ۱۳۵۹ق.
- کاشف الغطاء، مهدی؛ مورد الأنام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۱، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، [بی‌تا].
- کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب؛ الکافی؛ ج ۷، ۴، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین؛ جامع المقاصد؛ ج ۲، قم: مؤسسه آل‌البيت (ع)، ۱۴۱۴ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین؛ رسالة قاطعة للججاج فی تحقیق حل الخراج؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ق.
- مشکینی، میرزا علی؛ الفقه المأثور؛ ج ۲، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۸ق.
- مفید، محمد بن محمد بن نعمان؛ المقنعة؛ قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید (ره)، ۱۴۱۳ق.
- مکارم شیرازی، ناصر؛ أنوار الفقاهة - کتاب الخمس والأنفال؛ قم: انتشارات مدرسة الإمام علی بن ابی‌طالب (ع)، ۱۴۱۶ق.
- منتظری، حسینعلی؛ دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الإسلامیه؛ ج ۳ و ۴، قم: نشر تفکر، ۱۴۰۹ق.
- نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ تحقیق عباس قوچانی؛ تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۶۶.

## The principle of proportionality in Iranian criminal law

**Abbas Mansourabadi**

Faculty of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Tehran, Iran.

Email: [behmansour@ut.ac.ir](mailto:behmansour@ut.ac.ir)

**Mohammadjavad Fathi\*** (Corresponding Author)

Faculty of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Tehran, Iran.

Email: [mjfathi@ut.ac.ir](mailto:mjfathi@ut.ac.ir)



**Citation** Mansourabadi, A. , Fathi, M.J. (2025). The principle of proportionality in Iranian criminal law. [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#). 22 (84): 31-64

 [10.22034/ilaw.2024.2016263.3345](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.2016263.3345)

Received: 26 November 2023 , Accepted: 08 May 2024

### Abstract

proportionality in all things and programs is one of the brightest manifestations of our lives in today's world. For this reason, the efficiency and effectiveness of criminal law depends on the observance of proportionality in its design and implementation. In order to respond to social needs, criminal law must be designed and implemented according to the conditions and transformations of the society. It can be claimed that criminal law is fair and rational if it has internal proportionality (in connection with motives and goals) and external proportionality (in connection with conditions and possibilities). If proportionality, as one of the first principles, does not govern criminal law, it cannot have the necessary efficiency and effectiveness. Criminal law, on the one hand, must be in harmony with individual and public wishes, goals and expectations, and on the other hand, with the external situation and facilities of the society, so that it can be effective in social organization and provision of individual needs and interests. Therefore, one of the most important principles governing criminal law is the "principle of proportionality". This article seeks to prove that in criminal law, more important than any other principle and solution is to observe "The principle of proportionality". If criminal law is designed and implemented without considering this principle, the government's plans in this field will become a heavy burden on the shoulders of the society, and as a result, it will fail to fulfill its mission.

### Keywords

The principle of proportionality, criminal law, Justice, Rationality, Efficiency, Effectiveness, Purposefulness.



## Extended Abstract

### 1. Introduction

The concept of proportionality is a pervasive principle that governs various aspects of modern life, from urban design to domestic aesthetics, serving as a cornerstone of balance and harmony. Within the legal sphere, and specifically within criminal law, the principle of proportionality is essential for ensuring that the legal system is both just and rational. Proportionality acts as a vital bridge between state authority and individual liberties, ensuring that government interventions are balanced against intended social goals. In recent decades, however, the Iranian criminal justice system has faced significant disorder and fragmentation. Despite substantial material and intellectual investments in updating regulations, the system remains suboptimal, characterized by frequent legislative changes and numerous conflicting judicial precedents.

The primary cause of this inefficiency, beyond a lack of intellectual backing, is the disregard for the principle of proportionality. Traditionally viewed through the narrow lens of "proportionality between crime and punishment" or the "proportionality of punishment to the offender's responsibility," modern legal theory demands a broader application. Proportionality must be understood as a universal metric for evaluating the qualitative and quantitative aspects of government planning. This article argues that proportionality is fundamentally rooted in the dual pillars of justice and rationality. Without adhering to this principle, criminal law becomes an unsustainable burden on society, losing its legitimacy and failing its social mission. By adopting a systemic view that incorporates both internal proportionality (the connection between motives and goals) and external proportionality (the alignment with social conditions and resources), the legal system can achieve true efficiency and public acceptance.

### 2. Research Methodology

This research employs a descriptive-analytical approach to investigate the role of proportionality within the Iranian criminal justice framework. The study is structured into three main investigative axes: the historical and conceptual evolution of the principle, the philosophical and rational justifications for its necessity, and the practical consequences of its application. The methodology involves a qualitative analysis of diverse sources, including classical philosophy (Aristotle, Montesquieu), modern political theory

## ■ The principle of proportionality in Iranian criminal law

(Rawls, Habermas), and comparative legal systems, particularly the German and European Union models where the principle first matured as a tool for judicial review. Furthermore, the study examines the specific challenges within the Iranian legal context, such as the intersection of jurisprudence (fiqh) and modern law, by analyzing contemporary theories like "expediency" (maslahah) and the "requirements of time and place".

### 3. Research Findings

The research identifies two primary foundations for proportionality: justice and rationality. From an aesthetic and philosophical perspective, justice is synonymous with harmony and the placement of entities in their "natural" order. Drawing on John Rawls, the study notes that justice is the "first virtue of social institutions," and any law, no matter how efficient, must be reformed or abolished if it is unjust. In criminal law, justice is only attainable when the system maintains a logical balance between state power and citizen rights. Proportionality ensures that the state's mission to provide security and well-being is conducted through fair and balanced means.

From the perspective of rationality, proportionality functions as a tool of "practical reason," measuring whether the chosen means (criminal law) are suitable for the intended ends. The study outlines a five-level model of rationality—moral, teleological, pragmatic, systemic, and linguistic—to evaluate criminal policy. Rationality dictates that criminal law, being a "double-edged sword" that involves significant harm to individual assets, must be used with extreme caution and as a last resort (*ultima ratio*). The "Principle of Minimal Intervention" suggests that the state's punitive activities should be kept to the absolute minimum necessary for peaceful coexistence.

In the Iranian context, the research finds a troubling trend toward "criminal populism" and "criminal inflation," where the state uses excessive criminalization to appear responsive to public anxiety, often masking ineffective policies. The lack of a systemic, harmonic view has led to dogmatism and a failure to provide a correct legal interpretation of "Islamic standards" as mandated by the Constitution. This has resulted in various legal contradictions regarding issues such as the age of criminal responsibility, gender-based liability, and the nature of blood money (*diyah*). The study highlights that current punishments in Iran often lack a clear logic, leading to "clichéd" and "unprincipled" sanctions that fail to achieve their rehabilitative or deterrent goals.

#### **4. Conclusion**

The principle of proportionality is not merely a legal guideline but a fundamental "shield" protecting individual freedoms from the encroaching power of the state. For the Iranian criminal justice system to overcome its current malaise, it must move beyond a narrow focus on "crime and punishment" and embrace proportionality as a systemic requirement. Adherence to this principle leads to two vital outcomes: efficiency (maximizing the utility of resources) and effectiveness (achieving defined social goals).

A proportional system is inherently a minimal one; by using criminal law sparingly and only when other social or legal tools fail, the state preserves the law's authority and social value. Conversely, the excessive and disproportionate use of criminal sanctions diminishes the law's credibility and institutionalizes violence within society. Ultimately, the transition from a dogmatic, fragmented approach to a rational, systemic one is the only way to ensure that Iranian criminal law fulfills its mandate of providing justice, security, and social order in a modern context.

#### **Funding**

According to the corresponding author, this research received no specific grant from any funding agency.

#### **Authors' Contributions**

All authors contributed to the design, implementation, and writing of the manuscript and approved the final version of the article.

#### **Conflict of Interest**

The authors declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.



## اصل تناسب در حقوق کیفری ایران

عباس منصورآبادی

Email: behmansour@ut.ac.ir

دانشیار دانشگاه تهران، تهران، ایران.

محمدجواد فتاحی\* (نویسنده مسئول)

Email: mjfathi@ut.ac.ir

دانشیار دانشگاه تهران، تهران، ایران.



**Citation** Mansourabadi, A., Fathi, M.J. (2025). The principle of proportionality in Iranian criminal law. *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 22 (84): 31-64

[10.22034/ilaw.2024.2016263.3345](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.2016263.3345)

Received: 26 November 2023 , Accepted: 08 May 2024

### چکیده

تناسب در همه کارها و برنامه‌ها از روشن‌ترین جلوه‌های زندگی ما در دنیای امروز است. از طراحی شهری گرفته تا آرایش درونی خانه، همه بر پایه تناسب و تعادل جریان دارد. ناهمگونی و فقدان تناسب در هر حوزه‌ای ناپسند و چالش برانگیز است. به همین دلیل کارایی و اثربخشی حقوق کیفری در گرو رعایت تناسب در طراحی و اجرای آن است. حقوق کیفری، برای پاسخ‌گویی به نیازهای اجتماعی باید متناسب با شرایط و دگرگونی‌های جامعه طراحی و اجرا گردد. در صورتی می‌توان مدعی عادلانه و عقلانی بودن حقوق کیفری شد که از تناسب درونی (در پیوند با انگیزه‌ها و اهداف) و تناسب بیرونی (در پیوند با شرایط و امکانات) برخوردار باشد. اگر تناسب، به مثابه یکی از اصول نخستین، بر حقوق کیفری حاکم نباشد، نمی‌تواند کارایی و اثربخشی لازم را داشته باشد. حقوق کیفری، از یک سو، باید با خواسته‌ها، اهداف و انتظارات فردی و همگانی و از سوی دیگر، با وضعیت بیرونی و امکانات جامعه هماهنگ باشد، تا بتواند در سامان‌دهی اجتماعی و تأمین نیازها و منافع فردی اثربخش باشد. حقوق کیفری نامتناسب، نه تنها سودمند و سازنده نیست، بلکه زیان‌بخش و مخرب است؛ از این رو، یکی از مهم‌ترین اصول حاکم بر حقوق کیفری، «اصل تناسب» است. این مقاله در پی اثبات این است که در حقوق کیفری مهم‌تر از هر اصل و راهکار دیگری، رعایت این اصل است. اگر حقوق کیفری بدون توجه به این اصل طراحی و اجرا شود، برنامه‌ریزی‌های دولت در این زمینه تبدیل به بار سنگینی بر دوش جامعه می‌شود و در نتیجه از انجام رسالتش باز می‌ماند.

### واژگان کلیدی

اصل تناسب، حقوق کیفری، عدالت، عقلانیت، کارایی، اثربخشی، هدف‌مندی.



## مقدمه

سردرگمی‌ها و نابسامانی‌هایی که گریبان‌گیر حقوق‌کیفری ما در دوران نوین، به‌ویژه در چند دهه گذشته، شده است، ناشی از بی‌تناسبی و بدقوارگی آن است. با آنکه در این سال‌ها، هزینه و سرمایه‌گذاری مادی و معنوی زیادی برای به‌روز کردن قوانین و مقررات کیفری شده است و همین‌طور پژوهش‌های قابل‌قبولی درباره بیشتر موضوع‌های مختلف کیفری انجام گردیده است، ولی هنوز این بخش از نظام حقوقی ما در جایگاه مطلوب قرار ندارد. قانونگذاری‌های پی‌درپی و صدور آراء وحدت رویه بی‌شمار از سوی دیوان عالی کشور، گواه این گفته است و نیازی به استدلالی فراتر از این نیست. آنچه، پس از «نبود پشتوانه فکری و دوگانگی قاعده‌انگاری»، حقوق کیفری ما را نارسا و ناکارآمد کرده است، فقدان و عدم رعایت «اصل تناسب» است؛ بنابراین باید همه دست‌اندرکاران نظام کیفری به‌طور جدی این مهم را مورد توجه قرار دهند و برای استفاده درست از این ابزار مهم، به رعایت تناسب در حقوق کیفری روی آورند.

تناسب در درجه نخست برگرفته از نگاهی هنری و زیباشناسانه است. مهم‌ترین ویژگی هر کار هنری، هماهنگی و تناسب است و بدون آن نمی‌توان آن کار را هنری و زیبا به‌شمار آورد. از دیدگاه ارسطو، رمز و راز زیبایی در «تناسب و هماهنگی اجزا» است و یک‌چیز، یا یک کل بدان‌سبب زیباست که اجزا تشکیل‌دهنده‌اش هماهنگ و متناسب‌اند. وقتی اجزا تشکیل‌دهنده هرچیزی، متناسب، موزون و هماهنگ باشند، زیبا و متعادل جلوه می‌کند (ر.ک: ارسطو، ۱۳۸۸، ص ۱۷۴ / همو، ۱۳۴۳، ص ۴۳). از این‌رو تناسب پیوندی معنادار و ریشه‌ای با تعادل و عدالت دارد. در ذات مفهوم عدالت این ایده است که هر کاری باید با رعایت تناسب انجام گیرد. به عبارت روشنتر، کاری عادلانه است که با رعایت تناسب انجام شود (Goh, 2013, p 41).

منتسکیو در سرآغاز کتاب روح‌القوانین با تشریح مفهوم قانون، بر این

باور است که قانون در مفهوم گسترده ناشی از روابط ضروری و متناسب با طبیعت موجودات می‌باشد، به این معنی که همه موجودات قوانین خاص خود را دارند. اما انسان در امور مربوط به خود علاوه بر قانون طبیعی، دارای قانونی است که ساخته خود اوست و «قانون وضعی/ موضوعه» نام دارد. قوانین طبیعی ثابت‌اند، اما قوانین وضعی به تناسب آب‌وهوا و اقلیم و اخلاق و عرف و مذهب (روح کلی جامعه) متفاوت و نسبی‌اند و از جامعه‌ای تا جامعه دیگر متفاوت‌اند. قانون وضعی خوب آن است که با قوانین طبیعت تغییری نداشته باشد. وی غایت حکومت را صلح و امنیت می‌داند و شرط اصلی نیل به این غایت را اعتدال به‌شمار می‌آورد. وی در این بخش، چنین نتیجه می‌گیرد که روح قانونگذاری باید مبتنی بر «اعتدال و تناسب» باشد و بدین ترتیب یکی از اصول مهم قانونگذاری (اصل تناسب) را مورد تأکید قرار می‌دهد (متسکیو، ۱۳۴۹، ص ۸۷).

بی‌گمان اصل تناسب (Principle of Proportionality) یکی از اصول فراگیر حقوقی است که پیشرفت همه شاخه‌های حقوق را ممکن می‌سازد، اما در سال‌های گذشته بیشتر در حوزه حقوق اداری به آن توجه شده است. تناسب به‌عنوان یک اصل کلی حقوقی در نظام‌های حقوقی مدرن، به دنبال این عقیده که شهروندان باید در برابر دولت حمایت شوند و مداخلات تنظیمی دولت باید متناسب با اهداف مدنظر باشد، ایجاد شده است. این اصل ابتدا در نظام حقوقی آلمان پذیرفته شد و پس از آن با گسترش صلاحیت‌های اداری، به‌عنوان یکی از مبانی نظارت بر اعمال دولت، توسعه یافت. اصل تناسب، که فاقد انعکاس صریح در معاهدات اتحادیه اروپایی است، از سال ۱۹۵۰ میلادی در زمره اصول کلی حقوقی اتحادیه اروپایی قرار گرفت و دادگاه‌های اتحادیه اروپایی در نظارت بر اعمال نهادهای اتحادیه و دولت‌های عضو، آن را به کار گرفتند. بر همین اساس، از این اصل به‌عنوان معیاری برای سنجش درستی اعمال دولت‌ها استفاده می‌شود و پای‌بندی

آنها به رعایت حقوق انسانی از این طریق مورد ارزیابی قرار می‌گیرد (مرادی برلیان، ۱۳۹۲، ص ۱۵ / Sieckmann, 2018, p 4 CHUNG Wai Man, / 2020, p 4 / Möller, 2012, p 709).

این مقاله، پس از اشاره به مفهوم «اصل تناسب در حقوق کیفری» و پیشینه آن، بر پرسش از چرایی و پیامدهای تناسب در حقوق کیفری تمرکز دارد. فرضیه مقاله از این قرار است: در دنیای امروز، تناسب در همه شاخه‌های حقوق، به ویژه در سیاست‌گذاری جنایی و حقوق کیفری، بیش از همه برآمده از اندیشه‌های «عدالت و عقلانیت» است و رعایت تناسب در این زمینه نشانه‌ای از پیروی راستین دولت و حاکمیت از نظریه‌های مزبور می‌باشد. رعایت تناسب، امکان طراحی و اجرای سیاست‌گذاری جنایی کارا و اثربخش و به کارگیری کمیته حقوق کیفری را فراهم می‌آورد و موجب می‌شود تا برنامه‌ریزی‌های دولت در این زمینه پذیرش عمومی پیدا کند. بی‌گمان بدون رعایت تناسب، ضرورت و مشروعیت این برنامه‌ریزی‌ها و حقوق کیفری پرسش برانگیز خواهد بود.

برای روشن ساختن و اثبات مدعای این مقاله، مطالب مورد نظر در سه بند سامان می‌یابد: ۱. پیشینه و مفهوم اصل تناسب در حقوق کیفری، ۲. چرایی اصل تناسب در حقوق کیفری و ۳. پیامدهای رعایت تناسب در حقوق کیفری.

## ۱. مفهوم اصل تناسب و پیشینه آن در حقوق کیفری

برای درک و دریافت مفهوم تناسب، لازم است پیشینه آن را مرور کنیم؛ از این رو اشاره‌ای به: پیشینه اصل تناسب در حقوق کیفری می‌کنیم، سپس مفهوم آن را بیان خواهیم کرد.

### ۱-۱. پیشینه اصل تناسب در حقوق کیفری

حقوقدانان کیفری تاکنون از اصل تناسب به عنوان یکی از اصول حاکم بر

مجازات‌ها سخن گفته‌اند (ر.ک: رحمدل، ۱۳۸۹/ یزدیان جعفری، ۱۳۸۷، ص ۱۳۹/ سبزواری نژاد، ۱۲۹۶، ص ۱۳۳/ قاضیان و دیگران، ۱۴۰۰، ص ۱۴۵ / / Bagaric, 2018. P 145 Hirsch, 1992, p 155) و منظور از آن «تناسب جرم و مجازات» (Proportion of Crime and Punishment)، ازیک‌سو، و «تناسب مجازات با درجه مسئولیت مجرم» (Proportion of Punishment and the Degree of Responsibility of the Offender)، ازسوی دیگر، است. بدین معنا که مجازات باید هم‌سنگ و هم‌وزن جرم باشد و در تعیین و اجرای آن وضعیت مجرم نیز لحاظ شود. اصل تناسب به‌عنوان اصل حاکم بر کیفرانگاری و کیفردهی بدین معناست که قانونگذار باید با لحاظ شدت و پیامدهای جرم، مجازات خاصی را برای آن پیش‌بینی نماید و قاضی نیز باید با لحاظ همین معنا و نیز وضعیت مرتکب، کیفر را تعیین نماید (برمن، ۲۰۲۲، ص ۳۷۳). از نظر تاریخی، می‌توان پیشینه این اصل را در قاعده قصاص پیگیری کرد، اما واقعیت این است، با فرض اینکه ایراد دیگری بر قاعده قصاص وارد نباشد، باید اذعان کرد که این قاعده تنها در جرایم جسمانی کاربرد دارد و در جرایم دیگر چگونه می‌توان آن را به کار بست؟ جای تأمل دارد؛ بلکه ناممکن است. به‌همین دلیل رعایت این اصل در کیفرگذاری و کیفردهی همانند بسیاری از اصول و قواعد دیگر این بخش از حقوق چالش برانگیز است (منصورآبادی، ۱۴۰۰، الف، ص ۴۴/ ۵۴، Goh, 2013).

از گذشته‌های دور هریک از هواداران سزاگرایی (Retributivism) و فایده‌گرایی (Utilitarianism) به‌گونه‌ای خاص این اصل را توجیه کرده‌اند که در قانونگذاری‌های کیفری نمود پیدا کرده است. سزاگراها برای بیان مفهوم و اجرای این اصل، «استحقاق» (Desert) را ملاک قرار داده‌اند و فایده‌گراها در اینجا نیز بر «فایده و سودی» (Benefit) که ممکن است حاصل شود، تأکید دارند. دیدگاه‌های هریک از آنها از جهتی نقدپذیر است که در اینجا فرصت پرداختن به آنها نیست (یزدیان جعفری، ۱۳۹۱،

ص ۱۱۵ / رحمدل، ۱۳۸۹، ص ۴۲ / بروکس، ۱۳۹۵، ص ۶۰ / جوان جعفری و ساداتی، ۱۳۹۴، ص ۹۶).

فراتر از این برداشت نخستین که ناشی از توجه ویژه به مهم‌ترین موضوع حقوق کیفری یعنی مجازات است، تناسب را می‌توان به‌عنوان یکی از «اصول مسلم حقوقی» (Certain Legal Principles) به‌شمار آورد و در سیاست‌گذاری جنایی و حقوق کیفری باید آن را فراتر از تناسب جرم و مجازات مورد توجه قرار داد. امروزه باید اصل تناسب را به‌عنوان معیاری برای سنجش عقلانی و عادلانه‌بودن سیاست‌گذاری دولت مورد توجه قرار داد. لازمه سیاست‌گذاری عمومی پویا و معقول رعایت تعادل و توازن در همه ابعاد است. به‌همین اعتبار، تناسب به‌عنوان یک معیار جهانی برای ارزیابی کمی و کیفی برنامه‌ریزی‌های دولت در نظر گرفته می‌شود. اصل تناسب برآمده از عقلانیتی است که هر نظام حقوقی باید آن را به‌رسمیت بشناسد (Sieckmann, 2018, p 3 / Mari'a, 2016, p 263). بر پایه این اصل، باید سیاست‌گذاری جنایی و حقوق کیفری را به‌گونه‌ای طراحی و اجرا کرد که بالاترین کارایی (Efficiency) و اثربخشی (Effectiveness) را داشته باشد. در پرتو این اصل، سیاست‌گذاری جنایی و حقوق کیفری باید به‌روز بوده و پاسخ‌گوی نیازهای امروزی جامعه باشد.

## ۱-۲. مفهوم اصل تناسب در حقوق کیفری

از دید واژه‌شناسی، منظور از تناسب، خوش‌ترکیب‌بودن اعضا یا اجزای تشکیل‌دهنده یک موجود می‌باشد؛ به عبارت دیگر، هماهنگی در اجزای چیزی یا در پیوند چیزی با چیز دیگر تناسب خوانده می‌شود (انوری، ۱۳۸۵، ص ۶۶۵). از این رو تناسب به‌معنای وجود ارتباط منطقی و توازن معقول میان اجزا یک مجموعه است؛ به‌گونه‌ای که هیچ یک از اجزا، نادرست و ناجور جلوه نکند. در حوزه حقوق عمومی (مهم‌تر از همه در سیاست‌گذاری جنایی و حقوق کیفری)، اصل تناسب از جمله اصولی است که توازن میان اقتدار

دولت و حقوق و آزادی‌های اشخاص را برقرار می‌کند. در اینجا منظور از تناسب، توازن منطقی سیاست‌گذاری جنایی و حقوق کیفری در همه ابعاد و زمینه‌هاست و اصل تناسب به این مفهوم اشاره دارد که در درجه نخست همه قواعد و رویه‌های کیفری باید بر مبنای معقول و منطقی استوار باشد و در درجه دوم همه اجزا و ابعاد آن پیوندی معنادار با یکدیگر داشته باشند؛ به گونه‌ای که هیچ جزئی از آن نارسا و مبهم جلوه نکند. در جهت رعایت اصل تناسب، از یکسو، توجه ما معطوف به نظریه‌ها و اندیشه‌هایی است که می‌توان مبتنی بر آنها برنامه‌ریزی و سیاست‌گذاری، به‌ویژه سیاست‌گذاری کیفری، کرد و از سوی دیگر، تأکید بر آن است که این سیاست‌گذاری باید با مجموعه امکانات، شرایط، برنامه‌ها و راهکارها سازگاری داشته باشند. به سخن روشن‌تر، سیاست‌گذاری جنایی و در ذیل آن قواعد و مقررات کیفری باید مبتنی بر اندیشه‌ورزی‌های جنایی و در مسیر اهداف و خواسته‌هایی باشد که جامعه و دولت به دنبال عملی ساختن آنها هستند (تناسب و پیوستگی درونی) و با همه ظرفیت‌ها و شرایط اجتماعی سازگاری و تناسب داشته باشند (تناسب و پیوستگی بیرونی). سیاست‌گذاری جنایی باید پویا و تحول‌پذیر باشد و متناسب با تجربه‌ها و اندیشه‌های بشری پیشرفت کند. چه بسا در بیشتر شاخه‌های حقوق ثبات و تحول‌ناپذیری، ضروری و لازم باشد، ولی سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی در این عرصه باید روز به روز بهینه‌گردد و از بار سنگین آن کاسته شود (CHUNG Wai Man, 2020, p 13).

یکی از واقعیت‌های انکارناپذیر، دگرگونی‌ها و تحولاتی است که در ابعاد مختلف زندگی انسان‌ها رخ می‌دهد و وضعیت نوینی را برای آنها رقم می‌زند. ناگزیر باید این واقعیت را پذیرفت و متناسب با آنها همه امور انسانی را دگرگون ساخت. برنامه‌ریزی‌های جنایی را نمی‌توان خارج از این دایره نگریست و از تحول و دگرگونی آن هراسید. بی‌گمان در سیاست‌گذاری جنایی به‌عنوان بخش مهمی از سیاست‌گذاری عمومی که هدف آن بهبود

وضعیت جنایی جامعه و در پرتو آن حفظ و حمایت از حیات مادی و معنوی انسان است، نمی‌توان به تغییر و تحول بی‌اعتنا بود و باید به تناسب دگرگونی‌های اجتماعی، برنامه‌ریزی‌ها در این زمینه رشد و توسعه پیدا کنند؛ از این رو دگرگونی‌های نوینی که در ابعاد مختلف زندگی فردی و اجتماعی ایجاد می‌شود، می‌تواند بر تحول و دگرگونی سیاست‌گذاری جنایی و حقوق کیفری به‌طور جدی اثرگذار باشد (Molan and others, 2003, p 22).

سیاست‌گذاری جنایی و حقوق کیفری در پیوند با مجموعه تجربه‌های انسانی راه طولانی را، از سزاگرایی مطلق تا العاگرایی مطلق، طی کرده تا امروز که به‌مثابه میراثی به ما رسیده است. تلاش ما باید این باشد که همچون بسیاری از گذشتگان به این میراث به دیده نقد بنگریم و برای به‌کارگیری کمینه حقوق کیفری و سیاست‌گذاری بهینه چاره‌جویی کنیم. تنها از این طریق است که می‌توان تناسب در این عرصه را تأمین و تضمین کرد. در صورتی که نگاه جزمی داشته باشیم و دست‌آوردهای پیشین را بی‌چون و چرا بپذیریم، امکان تناسب‌سازی فراهم نخواهد شد و در طراحی و اجرای سیاست‌گذاری جنایی اثربخش و کارا به‌بن‌بست می‌خوریم. راه میانه آن است که از دستاوردهای دانش‌های امروزی بهره‌گیریم و به راه حل‌های بهتری برای بهینه‌سازی وضعیت جنایی جامعه دست پیدا کنیم (جوان‌جعفری و ساداتی، ۱۳۹۴، ص ۳۷).

در این راستا، باتوجه به ایرادهایی که از جهت عدم‌رعایت اصل تناسب در نظام حقوقی ایران نسبت به ممنوعیت‌ها و مجازات‌های شرعی شده است، نظریه‌هایی همچون نظریه مصلحت (میرزایی و رضایی، ۱۳۹۹، ص ۱۴۹)، مقتضیات زمان و مکان (رضایی، ۱۳۷۷، ص ۱۱۱)، حکم ثانوی (حق‌پناه، ۱۳۹۰، ص ۱۱۱) و مقاصد شریعت (ر.ک: احمدی ابهری، ۱۳۹۶)، و مانند اینها مطرح شده است که می‌تواند در تحول فقه اثرگذار باشد و به تبع آن می‌تواند زمینه تحول و تناسب حقوق کیفری ما را فراهم آورد. هم‌اکنون

به لحاظ عدم‌ارائه تفسیر صحیح حقوقی از «موازن اسلامی» که در اصل چهارم قانون اساسی آمده است (اسماعیلی و امینی پزوه، ۱۳۹۴، ص ۱) و خلطی که میان فقه و حقوق می‌شود، امکان رعایت اصل تناسب در حقوق کیفری ایران به چالشی جدی بدل شده است. بدیهی است تا زمانی که اینها روشن و حل نشود، جامعه ما با مشکل عدم‌تناسب حقوق کیفری همراه خواهد بود.

به‌همین دلیل در سال‌های گذشته بسیاری از قواعد حقوق کیفری ما از جهت تناسب، جای پرسش داشته‌اند: سن رشد و مسئولیت کیفری، مجازات شلاق، اجرای علنی مجازات، اجرای حدود، مسئولیت عاقله، ماهیت دیه، جنسیت و مسئولیت کیفری، تعدد و تکرار جرم، اعاده حیثیت، مرور زمان، شروع به جرم! با آنکه در بسیاری از زمینه‌های یادشده قانونگذاری تحول زیادی را پشت سر گذاشته و پژوهش‌های درخوری انجام شده است، ولی هنوز قواعد و مقررات کیفری نارساست و پرسش‌های بسیاری در این زمینه‌ها وجود دارد که نمی‌توان پاسخ قانع‌کننده‌ای برای آنها ارائه کرد جز اینکه گفته شود، این ایرادها به عدم‌تناسب حقوق کیفری ما مربوط می‌شود (منصورآبادی، ۱۴۰۰، ب، ص ۱۹۰).

## ۲. چرایی اصل تناسب در سیاست‌گذاری جنایی

یکی از مهم‌ترین و بی‌بدیل‌ترین ابزارهایی که در اختیار دولت قرار دارد، حقوق کیفری است. دولت باید از این ابزار به‌طور متناسب بهره بگیرد. دولت برای به‌کارگیری حقوق کیفری، آزاد و رها نیست و نمی‌تواند به هر گونه‌ای که بخواهد آن را به‌کار برد. تناسب مینا و معنا و رعایت آن، امکان طراحی و اجرای سیاست‌گذاری جنایی سودمند و به‌کارگیری کمینه حقوق کیفری را فراهم می‌آورد. چرایی تناسب چندان از ابهام برخوردار نیست، با این وجود، شناخت دقیق‌تر و به‌کار بستن آن در برنامه‌ریزی‌های جنایی

مستلزم توجیه و بررسی چرایی آن می‌باشد؛ از این رو در این بند به مهم‌ترین اندیشه‌هایی که در توجیه رعایت تناسب قابل طرح هستند، اشاره می‌کنیم. برای لزوم رعایت تناسب در همه عرصه‌ها، به‌ویژه در حقوق کیفری و سیاست‌گذاری جنایی، دو اندیشه مهم «عدالت» و «عقلانیت» را می‌توان مورد توجه قرار داد. هریک از اینها را جداگانه می‌آوریم: اندیشه عدالت و رعایت تناسب در حقوق کیفری و عقلانیت و رعایت تناسب در حقوق کیفری.

### ۲-۱. عدالت و رعایت تناسب در حقوق کیفری

چنانکه اشاره شد، رعایت تناسب نوعی نگاه هنری و زیباشناسانه به هر پدیده‌ای است. به‌همین دلیل باید خاستگاه نخستین تناسب را در هنر جست‌وجو کرد. همان‌طور که اشاره شد کاری هنری و زیباست که خوب و گیرا جلوه کند و در هر عرصه‌ای از زندگی باید این نگاه را ملاک قرار داد تا بتوان به‌گونه شایسته و بایسته از چیزها بهره‌مند شد؛ از این رو حقوق کیفری و سیاست‌گذاری جنایی باید به‌گونه‌ای طراحی و تنظیم گردد که درست و عادلانه جلوه نماید، مورد پذیرش عمومی قرار گیرد و اجرای آن برای زندگی فردی و اجتماعی درست و بجا به‌شمار آید؛ بنابراین تناسب از عدالت ریشه می‌گیرد و ربطی وثیق میان آنها وجود دارد.

اندیشه عدالت (Theory of Justice) به‌مثابه اندیشه‌ای فراگیر در بیشتر ساحت‌های علوم انسانی و اجتماعی، به‌ویژه اخلاق، سیاست و حقوق، به تصویر کشیده شده و همه کسانی که در پی ارائه راهکار در این ساحت‌ها هستند، به این اندیشه روی می‌آورند. سیاست و حقوق نیز بیشتر با محک عدالت سنجیده می‌شوند و پیوند عدالت، سیاست و حقوق یکی از موضوع‌هایی است که همیشه نظرگیر بوده است. بیشتر نویسندگان سرآغاز بحث درباره عدالت را به فیلسوفان یونان باستان نسبت می‌دهند. آنها کوشیدند مفهوم عدالت را به‌صورتی عقلانی تعریف کنند. از

دید آنها، عدالت در مرتبت و تناسب است؛ قرارگرفتن موجودات در منزلت «طبیعی» آنها، اساس مفهوم عدالت را نزد یونانیان باستان تشکیل می‌داد. این مفهوم از عدالت پیوند ژرفی با تناسب در امور و کارها دارد (بشیریه و غنی‌نژاد، ۱۳۷۶، ص ۴/ بشیریه، ۱۳۸۲، ص ۱۱). ازاین‌رو مفهوم تناسب در معانی گوناگون آن، نقشی محوری در اندیشه یونانیان درباره عدالت دارد. عدالت کیفری نیز هنگامی دست‌یافتنی است که از تناسب برخوردار باشد. فقط در این فرض است که می‌توان احساس عدالت را در جامعه پایدار کرد. بی‌تناسبی سیاست‌گذاری جنایی و حقوق کیفری، عادلانه‌بودن آن را تردیدآمیز و ستم و بیداد در جامعه را جلوه‌گر می‌کند.

از دید فلسفه سیاسی، تناسب جلوه ویژه‌ای از عدالت به‌شمار می‌آید (Miller, 2003, p 77)، بلکه می‌توان عدالت را به‌مثابه تناسب و هماهنگی (Harmony) به‌شمار آورد. در این راستا، نقش مدیریت سیاسی، فراهم‌آوردن ضروریات زندگی و چیزهایی می‌باشد که برای حیات اجتماعی، از قبیل صلح، امنیت و آسایش، لازم و سودمند است. این نیازها، تنها به حکومت‌کردن و به اطاعت و داشتن اشخاص و تحمیل قانون بر آنها محدود نمی‌شود، بلکه حکومت‌کردن، اداره‌کردن یک اجتماع و سازمان دادن گروه‌های مختلف اجتماعی برای اهداف معلوم و معین است. این مهم در صورتی محقق می‌شود که کارها و اعمال حکومت و دولت عادلانه باشد؛ ازاین‌رو زمانی کارهای دولت عادلانه است که متناسب با شرایط و اهداف باشد. به عبارت روشن‌تر، مأموریت دولت تأمین وسایل لازم برای خوب زیستن و بهره‌مندی همگان از نعمت زندگی است و این هدف حاصل نمی‌شود مگر آنکه حکومت با لحاظ عدالت و رعایت اصل تناسب این مأموریت را به انجام رساند. همان‌طور که اشاره شد، تناسب هم جنبه درونی دارد و هم جنبه بیرونی؛ جنبه درونی آن، به اهداف وابسته است مبنی بر اینکه دولت کارها را به‌گونه‌ای انجام دهد که بتوان به اهداف مورد نظر

رسید و جنبه بیرونی آن، رعایت شرایط زمانی و مکانی است. هنر حکومت و مدیریت اجتماعی در این معنا خلاصه می‌شود که دولت بتواند با لحاظ شرایط موجود، رسیدن به اهداف معین را میسر سازد. برای این منظور، حاکمان دوراندیش و عاقل مقدم بر هر اصل دیگری «اصل تناسب» را در فرمانروایی ملاک عمل قرار می‌دهند. بدیهی است، عدم رعایت تناسب، گذشته از آنکه نشانی از نادیده گرفتن عدالت دارد، بیش از هر چیز دیگری، حکومت را در معرض خطر قرار می‌دهد (تانسی، ۱۳۹۰، ص ۱۰۵/ پاییک، ۱۳۹۷، ص ۱۱۸).

در این راستا، مهم‌ترین اندیشه‌ای که در قلمرو سیاسی - اجتماعی مورد توجه قرار گرفته است، اندیشه حکمرانی خوب می‌باشد. این اندیشه به‌طور جدی بر رعایت تناسب در حکمرانی تأکید دارد. حکمرانی خوب، مفهومی است مشتمل بر معیارها و استانداردها، رویه‌ها و اصول حکومت‌داری که دولت‌ها از طریق آن امور عمومی را به انجام می‌رسانند، منابع عمومی را اداره و حقوق بشر را تضمین می‌کنند. از ارکان مهم حکمرانی خوب می‌توان شفافیت، مسئولیت، پاسخ‌گویی، مشارکت، حاکمیت قانون و انعطاف‌پذیری دولت را نام برد. حکمرانی خوب نسبت نزدیکی با مردم‌سالاری و فرآیندهای دموکراتیک دارد و به سخن بهتر، مجموعه‌ای از معیارها و شاخصه‌های کاربردی نظام‌های سیاسی دموکراتیک در ابعاد فرایندی، ساختاری و ماهوی است (زارعی، ۱۳۸۳، الف، ص ۷۱).

حکمرانی خوب در پیوند با حقوق کیفری، چنین اقتضا می‌کند که دولت از حقوق کیفری، اندک و بجا استفاده کند؛ از آن به‌عنوان راه‌حل همه دردها و مشکلات اجتماعی بهره‌نگیرد و دامنه آن را بی‌پروا گسترش ندهد. حقوق کیفری ابزاری است که به‌ظاهر به کارگیری آن آسان و کارآمد جلوه می‌کند ولی اگر به‌درستی اندیشه کنیم، درمی‌یابیم که سخت‌ترین کار و ناکارآمدترین شیوه، به کارگیری حقوق کیفری است. حاکمان خوب

می‌کوشند از ظرفیت‌های انسانی و اجتماعی به گونه‌ای بهره بگیرند که نیازی به حقوق کیفری نباشد. یک نکته اساسی وجود دارد که حقوق کیفری و مجازات در نوع خود خشونت محض است و به کارگیری حداکثری آن موجب نهادینه‌شدن خشونت در جامعه می‌شود. افزایش خشونت بیش از همه، تهدیدی جدی برای دولت است، زیرا خشونت، هرج و مرج و ناامنی را در پی دارد و ناامنی پدیده‌ای است که توان دولت را به شکلی باورنکردنی کاهش می‌دهد. مهم‌تر اینکه به کارگیری کمینه حقوق کیفری اثرگذاری و کارآمدی بیشتری دارد و به کارگیری بیشینه آن ممکن است در کوتاه‌مدت، به‌طور نسبی اثرگذار باشد، ولی بی‌گمان در درازمدت کارآیی خود را از دست می‌دهد (هوساک، ۱۳۹۳، ص ۹۳).

از دید غایت‌شناسی نیز، بهترین شاخص موفقیت سیاسی یک دولت این است که ببینیم چگونه عدالت را اجرا می‌کند، چگونگی اجرای عدالت به تناسب در برنامه‌ریزی‌ها و اجرای برنامه‌ها از سوی دولت وابسته است. از این دید نیز پیوندی ویژه میان تناسب و عدالت وجود دارد، دولت به هر میزان که تناسب را در طرح و اجرای برنامه‌های عمومی و اجتماعی رعایت کند، ایجاد و احساس عدالت را در جامعه بیشتر و بهتر ممکن می‌سازد. یکی از مهم‌ترین وظایف دولت‌ها تامین عدالت برای شهروندان است. هر کشوری باید همواره از قابلیت اجرای عدالت بر اساس نظام حقوقی خود برخوردار باشد. حتی در دولت‌های باستانی، یکی از وظایف اولیه حاکمان، تضمین عدالت برای رعایا بود. به همین دلیل در دوران معاصر بیشتر بلکه همه اندیشمندان سیاسی عدالت را به‌عنوان مرکز مطالعات سیاسی و اجتماعی خود قرار داده‌اند. آنها عدالت را هم به‌مثابه زیربنای تنظیم روابط و ساختارهای اجتماعی لحاظ می‌کنند و هم از جهت غایت‌شناسی بر عدالت تأکید می‌ورزند (فون هایک، ۱۳۹۴). جان رالز بر این باور است که: «عدالت نخستین فضیلت نهادهای اجتماعی است، همان‌طور که حقیقت

نخستین فضیلت نظام‌های فکری است. یک نظریه هر قدر خوش ساخت و صرفه‌جویانه باشد، اگر نادرست باشد باید رد یا اصلاح شود؛ به نحو مشابه، قوانین و نهادها صرف نظر از اینکه چقدر کارا و به سامان باشند، اگر ناعادلانه باشند باید اصلاح یا الغاء شوند. هر شخص از یک حرمت مبتنی بر عدالت برخوردار است که حتی رفاه جامعه به منزله یک کل نمی‌تواند [آن را] پایمال کند. به این دلیل عدالت نمی‌پذیرد که از دست رفتن آزادی برای برخی، با خیر بزرگتری که نصیب دیگران می‌شود، مجاز شمرده شود. عدالت اجازه نمی‌دهد فداکارهای تحمیل شده بر گروهی اندک، با مجموع بزرگتر امتیازات برخوردار شده توسط گروهی بزرگتر مبادله شوند؛ بنابراین در یک جامعه عادلانه، آزادی‌های شهروندان برابر، تثبیت شده هستند؛ حقوق تضمین شده توسط عدالت، در معرض چانه‌زنی سیاسی یا محاسبه منافع اجتماعی نیستند. تنها چیزی که به ما اجازه می‌دهد به یک نظریه خطا رضایت دهیم، نبود یک نظریه بهتر است؛ به نحو مشابه، یک بی‌عدالتی فقط هنگامی قابل تحمل است که برای اجتناب از یک بی‌عدالتی بزرگتر، ضرورت یابد. به منزله نخستین فضایل فعالیت‌های آدمی بودن، حقیقت و عدالت قابل مصالحه [با ارزش‌های دیگر] نیستند» (Rawls, 1971, p. 3). پیشنهاد رالز به طور مشخص این است که معیار نهایی برای ارزیابی نهادهای اجتماعی، عدالت است. نمود عینی این برداشت از عدالت چیزی جز رعایت تناسب در طراحی و اجرای برنامه‌های اجتماعی نیست. بر پایه این برداشت می‌توان عدالت را به مثابه تناسب به شمار آورد.

از دید جامعه شناختی، پرسش از عدالت، پرسش از چگونگی ایجاد نظم اجتماعی است. نظم اجتماعی یک مفهوم اساسی در جامعه‌شناسی است که به شیوه‌ای اشاره می‌کند که اجزای مختلف جامعه - ساختارها و نهادهای اجتماعی، روابط اجتماعی، تعامل اجتماعی و رفتار و جنبه‌های فرهنگی مانند هنجارها، باورها و ارزش‌ها - برای حفظ وضعیت همکاری می‌کنند.

به بیان دیگر، تناسب و هماهنگی میان کنش‌ها و اهداف در جامعه را نظم اجتماعی می‌گویند. نظم اجتماعی مفهومی پیش‌حقوقی است که تحقق آن، نیازمند انتظام حقوقی و ضمانت اجرای آن است؛ مفهوم نظم‌گویی آن است که جامعه دقیقاً به واسطه نظم‌یابی و قاعده‌مندی رفتارهای گروهی از انسان‌ها، «جامعه» می‌شود. علاوه بر این، مفهوم نظم، اجتماعی می‌تواند به‌طور مستقیم هماهنگی، تعادل و انسجام اجتماعی را برساند، که مجموع افراد جامعه را از طریق فعل و انفعالات سازوکارهای اقتصادی، سیاسی و اجتماعی به سوی زندگی مشترک جلب کند. این مهم تنها در پرتو قواعد و قوانین مناسب حاصل می‌شود و عدم‌رعایت تناسب در وضع و اجرای قواعد حقوقی موجب عدم‌تحقق نظم اجتماعی خواهد شد (جهان‌بین و گرجی ازندریانی، ۱۳۹۸، ص ۷۷۷).

به‌همین دلیل می‌توان بر این باور بود که قانون مناسب بیشترین تأثیر را بر شاخص‌های: اعتماد عمومی، نهادینه‌شدن قواعد و هنجارهای اجتماعی، کنترل موثر اجتماعی و ایمان و باورهای مشترک مربوط به نظم اجتماعی دارد. با لحاظ شاخص‌های قانون مناسب که عبارتند از: داشتن ضمانت اجرای مناسب، موجه‌بودن، تأمین منافع عمومی و آزادی‌های فردی، قابلیت اجرایی‌داشتن و دستیابی به عدالت بیشترین تأثیر را بر مؤلفه نظم اجتماعی دارند (ذوالفقاری و دیگران، ۱۳۹۱، ص ۵۹).

## ۲-۲. عقلانیت و رعایت تناسب در حقوق کیفری

عقلانیت عملی، جلوه‌ای از عقلانیت است که در پرتو آن، تناسب میان وسیله و هدف، مورد سنجش قرار می‌گیرد؛ منظور این است که: آیا برای رسیدن به هدف، وسیله متناسبی را انتخاب کرده‌ایم؟ یا به‌عبارت‌دیگر، آیا وسیله‌ای که با آن سروکار داریم، در اینجا حقوق کیفری با این وزن و حجمی که در جامعه دارد، ما را به هدف/ اهداف خاص می‌رساند؟ البته این موضوع را می‌توان از جنبه‌های مختلف اقتصادی، اخلاقی، سیاسی و غیره

مورد توجه قرار داد. از جهت اقتصادی هزینه‌های به‌کاربردن وسیله را باید ارزیابی کرد، از جهت اخلاقی باید دید با ارزش‌های اخلاقی سازگاری دارد و پذیرش عمومی آن را مورد سنجش قرار داد، از جهت سیاسی باید توانایی به‌کاربردن آن را بررسی کرد. انسان عاقل امروزی هر کاری را که می‌خواهد انجام دهد به ترتیب مذکور آن را مورد ارزیابی قرار می‌دهد و وسیله مورد نظر را انتخاب و سپس وارد عمل می‌شود. این ارزیابی‌ها، همان رعایت تناسب در به‌کار بردن وسیله و انجام عمل است (هابرماس، ۱۳۸۰، ص ۴۲). حقوق کیفری سنگین‌ترین وسیله‌ای است که حکومت و دولت برای اهداف خاص می‌تواند از آن بهره‌گیرد و بدیهی است اگر با این ارزیابی‌ها همراه نباشد، نه تنها ما را به اهدافی که داریم نمی‌رساند، بلکه در عمل ضد ارزش می‌شود و خودش موجب ایجاد دردسر و گرفتاری می‌گردد. عقلانیت شیوه و طریقی است برای به‌کاربردن ابزارهای مناسب در جهت رسیدن به اهداف، به‌گونه‌ای که قدرت استدلال انسان را فارغ از هر گونه احساس و عاطفه متقاعد کند (صفاری و نادری، ۱۳۹۹، ص ۲۱۷).

بی‌گمان حقوق کیفری ماهیتی دوگانه دارد و همانند شمشیر دو لبه است؛ از یک‌سو، برای حمایت و حفاظت از دارایی‌های قانونی است و از سوی دیگر، متضمن به‌کارگیری زیان‌بارترین اقدامات علیه دارایی‌هایی قانونی ناقضان قانون است. دارایی‌های قانونی، همه چیزهایی‌اند که برای بقا و تدوام زندگی باید از آنها محافظت شود. چگونه می‌توان برای حمایت و حفاظت از دارایی‌های قانونی از این ابزار استفاده کرد که موجب خرابی نگردد و در جهت اهداف فردی و اجتماعی اثربخش باشد. حقوق کیفری ابزاری سنگین و پرمخاطره است و به‌کارگیری آن سخت و دشوار است و باید با رعایت حداکثر دقت و احتیاط همراه باشد. از این ابزار به شکل دلخواه و بی‌پروا نمی‌توان استفاده کرد. رعایت تناسب در استفاده از این ابزار به معنای به‌کارگیری کمینه، بجا و درست از آن است که مقتضای عقلانیت و

ژرف اندیشی است. دکترین حق مجازات (Ius Puniendi) ایجاب می‌کند که اعمال آن با لحاظ اصل مداخله حداقلی (The Principle of Minimal Intervention) محدود شود. به موجب این دکترین، فعالیت تنبیهی دولت باید در حد ضروری و حداقلی که برای حفظ همزیستی مسالمت آمیز لازم است، نگه داشته شود. تناسب یک اصل راهنما یا راهکار حقوقی برجسته است که باید توسط دولت در سیاست‌گذاری‌ها و حل تعارضات اجتماعی ملاک عمل قرار داده شود، سیاست‌گذاری‌هایی که هدف آنها ارتقای زندگی اجتماعی و تأمین حقوق اساسی فردی است. تناسب ابزاری برای ایجاد تعادل و توازن میان منافع، مصالح، حقوق و تکالیف شهروندان در عرصه زندگی اجتماعی می‌باشد، به گونه‌ای که رضایتمندی آنها را در پی داشته باشد (María, 2016, p 263).

رعایت تناسب در حقوق کیفری آزمونی است برای تعیین اینکه آیا مداخله کیفری در نگاه نخست قابل توجیه است یا خیر. این آزمون مبتنی بر چند معیار است: ۱. مشروعیت، مبنی بر اینکه سیاست مداخله‌گر باید هدفی مشروع را دنبال کند؛ ۲. ضرورت، مبنی بر اینکه گزینه مناسب‌تری برای مداخله وجود نداشته باشد؛ ۳. عقلانیت، مبنی بر اینکه رابطه‌ای منطقی میان مداخله و هدف وجود داشته باشد؛ ۴. شفافیت، مبنی بر اینکه مداخله تکلیف مشخص و روشنی را بر افراد تحمیل می‌کند (Sieckmann, 2018, 4).

به بیان دیگر، مدل عقلانیتی که به‌عنوان یک الگو باید در ارزیابی حقوق کیفری ملاک عمل قرار گیرد، در پنج سطح از عقلانیت قابل ارائه می‌باشد: ۱. عقلانیت اخلاقی (The Ethical Rationality): به نظام باورها، پیشینه‌های تاریخی و فرهنگی که یک جمع خاص را در طول زمان پابرجا نگه داشته است، مربوط می‌شود. از دید اخلاقی، سیاست‌گذاری‌های کیفری، هم از جهت ابزارهای مورد استفاده و هم از جهت اهداف باید قابل توجیه باشند. ۲. عقلانیت غایت‌شناختی (Teleological Rationality):

توجه به جنبه‌هایی از سیاست‌گذاری است که بر آنها اجماع عمومی وجود دارد. عقلانیت اخلاقی به‌مثابه یک چارچوب کلی است و در اینجا بیشتر یک گفتمان «اخلاقی - سیاسی» مورد توجه قرار می‌گیرد که برای مقابله با ایدئولوژی‌ها استفاده خواهد شد، ارزش‌ها و منافعی که توسط گروه‌ها و بخش‌های مختلف اجتماعی از آنها دفاع می‌شود. در این عقلانیت باید اهداف مشخص‌تری از سیاست را ارزیابی کرد تا بررسی شود که در نهایت کدام یک از آنها باید به خط مشی اضافه شوند و کدام یک کنار گذاشته شوند. ۳. عقلانیت عمل‌گرایانه (Pragmatic Rationality): ما را از امکانات واقعی این سیاست‌گذاری آگاه می‌کند و دستیابی موفقیت‌آمیز به اهداف پیشنهادی را، هم از نظر اخلاقی و هم از جهت غایت شناختی تأمین می‌کند. برای انجام این کار، کارایی و اثربخشی سیاست‌گذاری باید ملاک عمل قرار گیرد. هر برنامه‌ای در عمل باید قابل ارزیابی و سنجش باشد. ۴. عقلانیت سیستمی (Systemic Rationality): در این بخش انسجام در سیاست‌گذاری مورد توجه قرار می‌گیرد. سیاست‌گذاری باید در چارچوب نظام حقوقی و اجتماعی به دور از تناقض و تعارض باشد و همه اجزا نشان دهنده وجود یک سیستم منسجم و به هم پیوسته باشند. ۵. عقلانیت زبانی (Linguistic Rationality): به درک و دریافت عمومی از برنامه‌ریزی و سیاست‌گذاری مربوط می‌شود. این نوع از عقلانیت در پی اطمینان از آگاهی عمومی و اجتماعی است، مبنی بر اینکه همه افراد به‌طور قابل قبولی درک و دریافت همانندی از برنامه‌ها و اهداف آنها دارند و در اجرای آنها دچار تردید و ابهام نمی‌شوند (Becerra, 2016, p 125).

شایان ذکر است که ماکس وبر بیش از هر اندیشمند دیگری در حوزه جامعه‌شناسی به روشنگری درباره عقلانیت پرداخته است. به باور وی روند جوامع در فرایند تاریخی به سوی عقلانی‌شدن زندگی جمعی و روابط اجتماعی در حرکت است. از نظر وی صنعتی‌شدن، رنسانس و شکل‌گیری

نظام سرمایه‌داری نیز محصول فرایند عقلانی‌شدن است. عقلانی‌شدن یعنی دخالت هر چه بیشتر عقل و منطق در سازماندهی روابط اجتماعی. وبر پیش‌بینی کرد که این روند عقلانی‌شدن سبب تغییر روابط و مناسبات میان افراد در جامعه شده و باعث می‌شود ماهیت روابط و قوانین در جامعه و سازماندهی امور اجتماعی از سنتی به عقلانی (مدرن) تبدیل شود. او از همین زوایه به تحلیل پدیده‌های اجتماعی پرداخت؛ از این رو مهم‌ترین اندیشه سیاسی - اجتماعی که بر پایه عقلانیت مدرن در دوران جدید پدیدار شده است، «اندیشه حاکمیت قانون» است.

حاکمیت قانون/ قانونمندی (Rule of Law)، به معنای پای‌بندی حاکمان و شهروندان به قانون در مناسبات و روابط اجتماعی است (زارعی، ۱۳۸۰، ب، ص ۵۱/ برلیان مرادی، ۱۳۹۲، ص ۴۶). بر پایه این اندیشه، هم نظام سیاسی به گونه‌ای خردمندانه پابرجا می‌شود، هم شهروندان خوشنود می‌گردند. چنین چیزی کمال مطلوب است؛ زیرا قانونمندی جلوه‌ای از همگرایی اجتماعی در جامعه‌ای معین به‌شمار می‌آید. جامعه قانونمند، جامعه‌ای است که در چارچوب قانون، آزادی را گسترش می‌دهد و امکان بروز استعدادها را فراهم می‌آورد. از نگاهی دیگر، قانونمندی، ابزاری برای هماهنگ کردن منافع متعارض و ناسازگار است، زیرا در زندگی اجتماعی، تعارض منافع، امری اجتناب‌ناپذیر است و اشخاص و گروه‌ها در فضایی پر از نابرابری‌های طبیعی و اجباری به‌سر می‌برند. فقط در به‌کارگیری درست و مناسب حقوق (از جمله حقوق کیفری) است که می‌توان به جمع منافع رسید (نیگل، ۱۳۹۴، ص ۵۱/ وینر، ۱۳۹۱، ص ۲۳۹).

همان‌طور که می‌دانیم، حکومت و حاکمیت پیوندی ناگسستنی و ریشه‌دار با حقوق کیفری دارد و حاکمیت قانون در این بخش از حقوق بیش از سایر بخش‌ها نشان از عملکرد درست دولت و حکومت دارد. زمانی می‌توان مدعی شد که دولت در اجرا حقوق کیفری قانونی رفتار می‌کند که از آن «درست

و مناسب» بهره گیرد. قانونی جلوه‌دادن حقوق کیفری به تنهایی برای ارزیابی آن کافی نیست، بلکه باید «متناسب و متوازن» باشد. حاکمیت قانون دو رو دارد، شکلی و ماهوی. در نگاه شکلی باید کارها بر پایه معیارهای قانونی انجام شود، اما این قانون، باید قانونی باشد که تأمین‌کننده نیاز اجتماعی و درجهت منافع و مصالح شهروندان و مردم باشد. این امر وقتی محقق می‌شود که ساختار کیفری مناسب و منسجمی وجود داشته باشد. بدون رعایت تناسب، نمی‌توان مشروعیت و جامعیت حقوق کیفری را پذیرفت (منصورآبادی، ۱۴۰۱، ص ۳۹).

### ۳. پیامدهای رعایت تناسب در حقوق کیفری

تقریباً در همه کشورهای جهان، گفتمان غالب سیاست‌گذاری جنایی سرکوبگرانه و خشونت‌آمیز است، اما گرایش آشکار آن در ایران، به سمت سیاسی‌شدن جنایت و جرم‌انگاری افراطی (تورم کیفری) است. شرایط اجتماعی، بسیار بد و نگران‌کننده است و این شرایط دولت را به سیاست‌گذاری‌ها بد می‌کشاند. دولت به جای تردید و تأمل در سیاست‌های پیشین، راه نادرست را به صورت بدتر از گذشته ادامه می‌دهد. بدیهی است این سیاست‌گذاری‌ها در پاسخ به انتظارات عمومی است که «عوام‌گرایی کیفری» را دامن می‌زند و دولت را در پشت نقاب افکار عمومی پابرجا نگه می‌دارد. بدین ترتیب، حقوق کیفری به ظاهر برای تأمین خیر عمومی به کار گرفته می‌شود و دولت از این طریق، سیاست‌های ناموجه خود را موجه جلوه می‌دهد. این رویه، از عدم رعایت تناسب در طراحی و اجرای حقوق کیفری ناشی می‌شود. گروهی از نویسندگان بر این باورند در حقوق آمریکا نیز همین چالش وجود دارد (Morales Romero, 2016, p 159). در برابر این رویکرد و رویه نادرست، رعایت تناسب می‌تواند منجر به کارایی و اثربخشی حقوق کیفری و به کارگیری هدف‌مند و کمینه آن گردد. این موارد را به‌عنوان

پیامدهای رعایت تناسب در حقوق کیفری مورد مطالعه قرار می‌دهیم: کارایی و اثربخش حقوق کیفری و هدف‌مندی و کمینه‌سازی حقوق کیفری.

### ۳-۱. کارایی و اثربخشی حقوق کیفری

قوانین، مشتمل بر قواعد و معیارهایی هستند که هدفشان تضمین همزیستی مسالمت‌آمیز و برقراری نظم عمومی است. هر قانونی برای آنکه بتواند کارایی لازم را داشته باشد، اساساً باید منصفانه، عادلانه، معقول و متناسب با اهداف یادشده و در راستای حاکمیت قانون و در جهت دستیابی به هماهنگی اجتماعی و توسعه سیاسی - اقتصادی باشد. این مهم در نظام قانونگذاری ما، به‌ویژه وضع قوانین کیفری، نادیده گرفته شده است. قانونگذار تنها در پی تصویب قانون است و به تناسب، کارایی و اثربخشی آن توجه ندارد (Kenya Hernandez, 2020, 507).

از دید اقتصادی، کارایی به‌طور کلی به رابطه بین منابع و نتایج مربوط می‌شود. در مورد رابطه بین ورودی عوامل - منابع، افراد، ایده‌ها، مواد یا خدمات - و کالاهای و خدمات که نتیجه یک فرآیند تولیدی است، گفتگو می‌شود. به‌طور کلی وقتی ورودی و خروجی‌ها یک دستگاه، یک پروژه یا یک کارخانه مورد سنجش قرار داده شود و بین آنها تناسب وجود داشته باشد، گفته می‌شود آن دستگاه، پروژه یا کارخانه کارایی دارد، یعنی درست و به اندازه کار می‌کند. اگر این تناسب وجود نداشته باشد، کارایی نداشته و ارزیابی ما از آن موضوع منفی خواهد بود (Ristroph, 2005, p 2). در به‌کارگیری حقوق کیفری نیز ما باید به این معیار پای‌بند باشیم و در گام نخست میزان امکانات، هزینه‌ها، عوامل و نیروهای که در طراحی و اجرای حقوق کیفری اختصاص می‌دهیم و در گام بعد ببینیم، متناسب با آنها دست‌آورد لازم را داشته‌ایم یا نه؛ بنابراین تناسب سنج و معیاری برای سنجش کارایی حقوق کیفری است، به این ترتیب که به میزان هزینه‌ای که در این عرصه کرده‌ایم، برداشت نیز کرده‌ایم یا نه. برای نمونه، در زمینه

حقوق کیفری مواد مخدر آیا این همه هزینه مقرون به صرفه و صلاح هست یا نه؟ به عبارت دیگر، آیا این مجموعه را به درستی طراحی و تنظیم و اجرا کرده ایم؟ تناسبی میان هزینه‌ها و نتایج وجود دارد؟ این گونه می‌توان حقوق کیفری را مورد سنجش قرار داد و کارایی آن را نشان داد.

اثربخشی بیانگر میزان تحقق اهداف است، به این ترتیب که باید برای دستگاه، پروژه یا کارخانه‌ای اهدافی مادی و یا معنوی تعریف شود و وقتی ما در مقام سنجش تحقق اهداف برآیم و به اهداف مورد نظر رسیده باشیم، گفته می‌شود این دستگاه، پروژه یا کارخانه اثربخش بوده است، یعنی، به اهداف مورد نظر دست یافته است (Ristroph, 2005, p 2). درباره طراحی و اجرای سیاست‌گذاری جنایی و حقوق کیفری نیز به همین ترتیب باید اهدافی را تعریف و تعیین کنیم و هرگاه در اجرای سیاست‌گذاری جنایی، اهداف تعریف شده محقق شده باشند، آن را اثربخش به‌شمار می‌آوریم. در عمل باید میان سیاست‌گذاری مورد نظر و اهداف تناسب باشد تا اثربخشی آن معلوم گردد.

کارایی و اثربخشی، دو روی یک سکه‌اند؛ در به‌کارگیری حقوق کیفری، از یک سو، باید تخصیص منابع و هزینه‌ها را و از سوی دیگر، دستیابی به اهداف را مورد سنجش قرار دهیم؛ از این رو اصل تناسب، گذشته از اینکه معیاری برای تنظیم و اجرای درست حقوق کیفری است، ابزاری برای سنجش حقوق کیفری در عمل نیز هست. ما باتوجه به این اصل می‌توانیم کارایی و اثربخشی حقوق کیفری و به عبارت روشن‌تر، درستی و لزوم آن را در عمل ارزیابی کنیم و ببینیم تا چه اندازه سودمند بوده و تا چه اندازه ما را به هدف‌های مدنظر نزدیک کرده است.

به گفته یکی از نویسندگان: «کسی از پتک برای شکستن فندق استفاده نمی‌کند. کسی نباید برای کنترل رفتاری که می‌تواند به وسیله سایر رشته‌های حقوقی به شکل مؤثری تحت نظم درآید، از حقوق کیفری استفاده کند»

(کلارکسون، ۱۳۷۱، ص ۲۲۴). بهره‌گیری از حقوق کیفری باید بجا و متناسب باشد، تا بتواند در جامعه نقش‌آفرینی کند. حقوق کیفری بدون آنکه آشکار باشد، هزینه زیادی به جامعه بار می‌کند و از دید اقتصادی نیز نباید بی‌دلیل آن را گسترش داد. به‌کارگیری کمینه حقوق کیفری، کارآیی و کارآمدی آن را افزایش می‌دهد و به‌کارگیری بیشینه آن، اعتبار و ارزش آن را می‌کاهد و اثربخشی آن را از بین می‌برد.

### ۳-۲. هدف‌مندی و کمینه‌سازی حقوق کیفری

دولت باید برای اعمال اقتدار و صلاحیتش از وسیله‌های مناسب بهره‌گیرد و هر فعالیتی را با رعایت اصل تناسب انجام دهد. به‌این دلیل، اصل تناسب در عمل به‌مثابه ابزاری برای ارزیابی و کنترل دولت به‌شمار می‌آید. از این طریق می‌توان صلاحیت‌های اختیاری مقام‌های عمومی و اداری را کنترل کرد و آنها را ملزم به رعایت حقوق و آزادی‌های فردی نمود. این معنا در حقوق کیفری از اهمیت بیشتری برخوردار است. در این بخش، دولت را می‌توان با رعایت اصل تناسب از به‌کاربردن ابزار کیفری دور نگه داشت. تنها محک اقدام دولت در این بخش، رعایت تناسب است؛ از این رو امروزه به‌کاربردن حداقلی حقوق کیفری به‌عنوان یکی دیگر از اصول حقوق کیفری به‌شمار می‌آید (نوبهار، ۱۳۹۳، ص ۴۱/ 263، Ristroph, 2005).

حقوق کیفری ابزاری است که دولت باید به‌صورت حداقلی آن را به‌کار ببرد. تعیین قلمرو حقوق کیفری و سطح مجاز مداخله آن به‌عنوان شدیدترین نوع مداخله در حقوق و آزادی‌های شهروندان، با پیچیدگی‌ها و دشواری‌های متعددی مواجه است. اصل حداقل بودن حقوق کیفری، به‌عنوان فن، دانش و ابزار کنترل اجتماعی، با تأکید بر آثار سوء به‌کارگیری مفاهیم، ابزارها و نهادهای این شاخه از حقوق، در تلاش است تا قلمرو مجاز مداخله کیفری را تعیین کند و از این طریق امکان حضور و زیست سایر ابزارها و نهادهای کنترل اجتماعی را نیز فراهم آورد. اصل حداقل بودن حقوق کیفری، خواه به‌عنوان

یک اصل درون‌سیستمی یا برون‌سیستمی نظام عدالت کیفری دارای قدرت کنترل‌کنندگی اجرای اقتدار/ قدرت حکومتی است. مراجع دولتی جهت اعمال قدرت بر شهروندان به نام اجرای قانون یا پیشگیری از جرم، اقدام به کاهش قلمرو حاکمیت شخصی و تعدی به آزادی‌های آنان می‌کنند. در آن دسته از نظام‌های حقوقی که اصول ناظر به فرایند کیفری، که مهم‌ترین آنها اصل تناسب می‌باشد، محترم است، امکان قربانی شدن آزادی‌های شهروندان به بهانه تأمین مصالح عمومی کمتر است. همچنین، در کشورهایی که ارزش‌های کنترل کیفری حاکم است، آمادگی کمتری برای نقض حقوق شهروندان وجود دارد. التزام به اصل حداقل بودن حقوق کیفری نه تنها موجبات استفاده بهینه از حقوق کیفری را در جایگاه مناسب فراهم می‌نماید، بلکه در عین حال زمینه توجه سیاست‌گذاری جنایی به استفاده از سایر ابزارها و نهادهای حقوقی - اجتماعی را نیز فراهم می‌سازد (غلامی، ۱۳۹۳، ص ۱۴).

تناسب حاکم بر عالم هستی، هدف‌مندی آن را آشکار می‌سازد، همین‌طور در پرتو تناسب حاکم بر هر دستگاهی هدف‌گذاری آن معلوم می‌گردد. هر کار و فعالیتی نیز باید متناسب با هدفی باشد که برای آن تعریف شده است. رعایت اصل تناسب نشان می‌دهد که ما کاری هدف‌مند را دنبال می‌کنیم و اگر این شرط فراهم نباشد، نشان از بی‌هدفی و سردرگمی دارد. از جهت فردی، هدف‌مند بودن به معنای تمرکز بر چیزی است. فرد هدف‌مند تلاش خود را متمرکز می‌کند تا نتیجه و اتفاق خوبی حاصل شود. از جهت اجتماعی، نیز باید کارها و فعالیت‌های اجتماعی هدف‌مند باشد تا نتیجه‌های مورد انتظار حاصل شود. اگر کارها و فعالیت‌های اجتماعی هدف‌مند نباشد، جز ایجاد دردسر برای جامعه ثمر دیگری نخواهد داشت. توان و نیروها مصرف می‌شود، ولی چیزی به دست نمی‌آید. در این صورت، مسیر را به اشتباه طی می‌کنیم و تلاش‌هایمان بی‌نتیجه می‌ماند. اسیر چرخه آزمون و خطا می‌شویم و جامعه را به بیراهه خواهیم برد. بدون هدف‌گذاری برای

کارها نمی‌توانیم توجیهی ارایه کنیم و به‌صورت ناباورانه‌ای تسلیم شرایط می‌شویم، در حالی که سرمایه زیادی را از دست داده‌ایم و هیچ راه جبرانی برای آنها وجود ندارد. این جزء تجربه‌های روزمره ما در عرصه‌های مختلف اجتماعی نیست.

به‌همین دلیل اعمال و اجرای حقوق کیفری و کیفرها باید هدف‌مند باشد. اهداف حقوق کیفری با توجه به مبانی، ارزش‌ها و ظرفیت‌های اجتماعی تعیین و تعریف می‌شوند. در صورتی که حقوق کیفری به درستی و به‌طور متوازن و متناسب طراحی و اجرا شود، اهداف مورد نظر حاصل خواهد شد. این امر مستلزم آن است که به همه عوامل مربوط به حقوق کیفری واقع‌بینانه نگریسته شود و خالی از هر گونه تعصب و جزمی‌گرایی این ابزار را مورد استفاده قرار دهیم. وضع و تصویب قوانین و مقررات کیفری نامناسب در چند دهه اخیر، از جمله جرم‌انگارهای افراطی و کیفرگذاری‌های فاقد مبنا و بدتر از اینها، اجرای سلیقه‌ای این مقررات گواه روشنی بر این ادعاست. اینها نشان می‌دهد که تصمیم‌سازان اجتماعی ما فارغ از تناسب و هدف‌مندی به حقوق کیفری نگریسته‌اند. واقعیت این است که در نظام حقوقی ایران منطق خاصی بر کیفرگذاری حاکم نیست و در قوانین موجود بسیاری از کیفرهای نامتناسب از نظر نوع و میزان و ناکارآمد از جهت تحقق اهداف وجود دارند. کیفرهای کلیشه‌ای و بی‌قاعده و نامتناسب، نه فقط موجب عدم تأمین اهداف مجازات می‌شوند، بلکه بر بزه‌کار، جامعه و بزه‌دیده تأثیرات نامطلوب می‌گذارد. بدیهی است تعیین و اجرای کیفر مناسب و درجه بهینه آنکه بیش‌ترین کارایی را دارا باشد، امری بسیار پیچیده و نیازمند توجه به مؤلفه‌های بسیاری است (حاجی‌ده‌آبادی و سلیمی، ۱۳۹۸، ص ۱۰۱/ جوانبخت و محمدی، ۱۳۹۵، ص ۱۵۳). این موضوع بیش از همه به نگاه و نگرش متوازن و متناسب به حقوق کیفری مربوط می‌شود و در پرتو آن می‌توان هدف‌مندی را محقق ساخت.

## نتیجه

امروزه اصول کلی حقوقی به‌عنوان منابع و معیارهای نخستین از اهمیت زیادی برخوردارند، به‌طوری که نمی‌توان نقش آنها را در پویایی نظام‌های حقوقی مدرن نادیده انگاشت. ارزش و اهمیت این اصول در حوزه حقوق عمومی و به‌ویژه حقوق کیفری که جایگاه رویارویی حقوق و آزادی‌های فردی و قدرت عمومی است، افزون‌تر است. بی‌گمان این اصول همانند سپری برای حمایت از آزادی‌ها و حق‌های افراد در برابر قدرت دولت به‌شمار می‌آیند. در پرتو این اصول، زمینه طراحی و سازمان‌دهی بهینه حقوق کیفری به‌صورت معقول و منطقی فراهم می‌آید. در این صورت، حقوق کیفری می‌تواند کارکرد به‌جای خود را داشته باشد. اصول کلی حقوقی راهنمای گام برداشتن به سوی دنیای روشن‌تر و زندگی بهتر است؛ از این رو برای همه دست‌اندرکاران مسائل و موضوعات اجتماعی، شناخت این اصول و کاربرد آنها بسیار بایسته و شایسته است.

از اصل تناسب می‌توان به‌عنوان یکی از مهم‌ترین اصول مسلم حقوقی یاد کرد که در همه بخش‌ها و لایه‌های حقوق، به‌ویژه حقوق کیفری، رعایت آن مهم و الزامی است. به‌همین دلیل باید در این بخش از حقوق به اصل یادشده فراتر از تناسب جرم و مجازات نگریست و برای آنکه حقوق کیفری بتواند کارایی و اثربخشی لازم را داشته باشد و اهداف مورد نظر را تأمین کند، باید همه اجزاء و بخش‌های آن: مبانی، اصول و قواعد عمومی، اختصاصی، دادرسی و... از تناسب درونی و بیرونی برخوردار باشند. امروزه از این اصل می‌توان به‌عنوان معیاری برای سنجش و ارزیابی انصاف و عدالت در طراحی و اجرای حقوق کیفری بهره‌جست.

با لحاظ این معنا، حتی در نگاهی کوتاه و گذرا در می‌یابیم بزرگترین چالش حقوق کیفری ایران، نبود نگاه سیستمی و متناسب (هارمونیک) در سیاست‌گذاری جنایی و کیفری است. در نگاه سیستمی، اجزای تشکیل‌دهنده

یک دستگاه باید پیوندی متناسب با یکدیگر داشته باشند تا آن دستگاه بتواند پویا و مولد باشد و اهداف مورد نظر را تأمین کند؛ از این رو حقوق کیفری ما در چنبره نوعی دگماتیسم و جزمی‌گرایی گرفتار شده است و نگاه عقلانی و سیستمی بر آن حاکم نیست. همین امر، مانع اصلی برون رفت از مشکلاتی است که در بخش‌های مختلف حقوق کیفری با آنها روبه‌رو هستیم.

### حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسئول، این مقاله هیچ‌گونه حامی مالی ندارد..

### سهام نویسندگان در پژوهش

تمام نویسندگان در طراحی، اجرا و نگارش مقاله مشارکت داشته‌اند و محتوای نهایی مقاله را تأیید می‌کنند.

### تضاد منافع

نویسندگان تصریح می‌کنند که هیچ‌گونه تضاد منفعی در ارتباط با این مقاله وجود ندارد.

### منابع

احمدی ابهری، سیدمحمدعلی؛ نقش مقاصد شریعت در تأثیر مقتضیات زمان بر سیاست کیفری اسلام؛ قم: انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۶.

ارسطو؛ اخلاق نیکوماخس؛ ترجمه محمدحسن لطفی؛ تهران: انتشارات طرح نو، ۱۳۸۸.

ارسطو؛ فن شعر؛ ترجمه عبدالحسین زرین کوب؛ چ ۲، تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۴۳.  
اسماعیلی، محسن و حسین امینی‌پزوه؛ «معناشناسی برخی از هنجارهای اسلامی در قانون اساسی با محوریت مفهوم موازین اسلامی»، مجله دانش حقوق عمومی؛ ش ۱۱، بهار و تابستان ۱۳۹۴، ص ۱-۲۴.

بروکس، تام؛ مجازات؛ ترجمه محمدعلی کاظم نظری؛ تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۵.  
بشیریه، حسین و موسی غنی‌نژاد؛ «دین و عدالت - در نظرخواهی از دانشوران»، مجله نقد و نظر؛ ش ۱۰ و ۱۱، بهار و تابستان ۱۳۷۶، ص ۳۳-۴.

بشیریه، حسین؛ «دیباچه‌ای بر فلسفه عدالت»، فصلنامه ناقد؛ ش ۱، ۱۳۸۲، ص ۵۶-۱۱.

پایک، جان؛ فرهنگ اصطلاحات فلسفه سیاسی؛ ترجمه سیدمحمد علی تقوی و محمدجواد رنجکش؛ ج ۲، تهران: نشر مرکز، ۱۳۹۷.

تانس، استیون؛ مقدمات سیاست؛ ترجمه هرمز همایون‌پور؛ ج ۴، تهران: نشر نی، ۱۳۹۰.

جوانبخت، محمد و سهیلا محمدی؛ «تعارض اصل تناسب جرم و مجازات با اهداف مجازات‌ها (با نگاهی به فقه امامیه و حقوق کیفری)»، مجله وکیل مدافع؛ ش ۱۵، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، ص ۱۰۷-۱۲۵.

جوان جعفری، عبدالرضا و سیدمحمدجواد ساداتی؛ ماهیت فلسفی و جامعه‌شناسی کیفر (تأملی در چیستی و کارکرد کیفر)؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۹۴.

جهان‌بین، سیدعبدالله و علی اکبر گرجی ازندریانی؛ «چیستی هنجار در ساحت نظم اجتماعی و نظم حقوقی»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی؛ ش ۳، پاییز ۱۳۹۸، ص ۷۷۷-۸۰۰.

حاجی ده‌آبادی، محمدعلی و احسان سلیمی؛ «مبانی، اصول و سازوکارهای اجرایی مدل کیفرگذاری هدف‌مند»، مجله پژوهش حقوق کیفری؛ دوره ۱، ش ۲۹، زمستان ۱۳۹۸، ص ۱۰۱-۱۳۳.

حق‌پناه، رضا؛ «حکم اولی و ثانوی در قرآن: معیار و نمونه‌ها»، مجله آموزه‌های فقه مدنی؛ ش ۴، زمستان ۱۳۹۰، ص ۱۱۱-۱۳۸.

ذوالفقاری، حسین و دیگران؛ «بررسی تأثیر قانون مناسب بر نظم اجتماعی»، فصلنامه نظم و امنیت انتظامی؛ ش ۱۷، بهار ۱۳۹۱، ص ۵۹-۸۱.

رحمدل، منصور؛ تناسب جرم و مجازات؛ تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۹.

رضایی، حسن؛ «نقش مقتضیات زمان و مکان در حقوق کیفری اسلامی»، مجله دین و ارتباطات؛ ش ۸، زمستان ۱۳۷۷، ص ۱۱۱-۱۴۴.

زارعی، محمدحسین؛ «حاکمیت قانون در اندیشه‌های سیاسی و حقوقی»، مجله نامه مفید؛ ش ۲۶، تابستان ۱۳۸۰، ص ۵۱-۶۸.

زارعی، محمدحسین؛ «حکمرانی خوب، حاکمیت و حکومت ایران»، مجله تحقیقات حقوقی؛ ش ۴۰، زمستان ۱۳۸۳، ص ۲۵-۴۸.

سبزواری‌نژاد، حجت؛ «جایگاه اصل تناسب جرم و مجازات در حقوق کیفری ایران و انگلستان»، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی؛ ش ۷۷ و ۷۸، تابستان ۱۳۹۶، ص ۱۳۳-۱۶۴.

سفاری، علی و پگاه نادری؛ «عقلانیت مرجح در فرایند سیاست‌گذاری جنایی ایران»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی؛ ش ۱۶، زمستان ۱۳۹۹، ص ۲۱۷-۲۴۳.

غلامی، حسین؛ «اصل حداقل بودن حقوق جزا»، مجموعه مقالات؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳، ص ۱۲-۳۵.

فون‌هایک، فردریش و دیگران؛ لیبرالیسم و مسئله عدالت؛ گزینش و ویرایش محمد ملاحباسی؛ تهران: نشر ترجمان علوم انسانی، ۱۳۹۴.

قاضیان، مریم و دیگران؛ «تناسب جرم و مجازات در حقوق اسلام و در رویه قضایی بین‌المللی

## ■ اصل تناسب در حقوق کیفری ایران

- کیفری با تأکید بر محاکم رواندا و یوگسلاوی سابق»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی؛ ش ۱، بهار ۱۴۰۰، ص ۱۴۵-۱۶۶.
- کلارکسون، سی.ام.وی؛ تحلیل مبانی حقوق کیفری؛ ترجمه حسین میرمحمد صادقی؛ تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۱.
- مرادی برلیان، مهدی؛ اصل تناسب در نظام حقوقی اتحادیه اروپایی با نگاهی به آراء دیوان عدالت اداری ایران؛ تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۲.
- منصورآبادی، عباس؛ حقوق جزای عمومی ۱؛ چ ۳، تهران: نشر میزان، ۱۴۰۱.
- منصورآبادی، عباس؛ حقوق جزای عمومی ۳؛ تهران: نشر میزان، ۱۴۰۰.
- منصورآبادی، عباس؛ کلیات حقوق جزا؛ چ ۸، تهران: نشر میزان، ۱۴۰۰.
- مونتسکیو، شارل دو؛ روح القوانین؛ ترجمه علی اکبر مهدی؛ چ ۶، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۴۹.
- میرزایی، محمد و محسن رضایی؛ «ضوابط حاکم بر کاربرد مصلحت دینی در سیاست گذاری های جنایی»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری؛ ش ۳۱، تابستان ۱۳۹۹، ص ۱۴۹-۱۷۵.
- نوبهار، رحیم؛ «اصل کاربرد کمیته حقوق کیفری»، مجموعه مقالات اصل حداقل بودن حقوق جزا؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳، ص ۷۲-۱۰۰.
- نیگل، تامس؛ برابری و جانبداری؛ ترجمه جواد حیدری؛ تهران: نشر نگاه معاصر، ۱۳۹۴.
- وینز، فلیپ پی؛ فرهنگ اندیشه های سیاسی؛ ترجمه خشایار دیهیمی؛ چ ۴، تهران: نشر نی، ۱۳۹۱.
- هابرماس، یورگن؛ خرد، عدالت و نوگرایی؛ ترجمه محمد حریری اکبری؛ تهران: نشر قطره، ۱۳۸۰.
- هوساک، داگلاس؛ «حقوق کیفری به مثابه آخرین راه حل»، ترجمه مهرانگیز روستایی؛ مجموعه مقالات اصل حداقل بودن حقوق جزا؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳، ص ۱۵۷-۱۷۹.
- یزدیان جعفری، جعفر؛ «اصل تناسب جرم و مجازات؛ چرایی و چگونگی آن»، مجله نامه مفید؛ ش ۶۷، تابستان ۱۳۸۷، ص ۱۳۹-۱۵۶.
- یزدیان جعفری، جعفر؛ چرایی و چگونگی مجازات؛ تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۱.

Bagaric, Mirko, "Proportionality in Sentencing: its Justification, Meaning and Role", Current Issues in Criminal Justice, Vol 12. Fall 2018, p 145-165.

Becerra, Jose, "Institutional Redesign Proposals for the Preparation of Criminal Policy by the Government. The Focus on Ex Ante Evaluations", in Towards a Rational Legislative Evaluation in Criminal Law, 1st Ed, Switzerland: Springer International Publishing. 2016, p 107- 138.

Berman, Mitchell N., "Proportionality, Constraint, and Culpability", Crimi-

- nal Law & Philosophy, Vol. 15. Fall 2022, p 1-23.
- CHUNG Wai Man, Franco, The Concept of Proportionality in Public Law, Ed 1st, Hong Kong: City University of Hong Kong Press, 2020.
- Eichhorn, Peter and Towers, Ian, Principles of Management (Efficiency and Effectiveness in the Private and Public Sector) , 1st Ed, Switzerland: Springer International Publishing, 2018.
- Goh, Joel, “Proportionality - An Unattainable Ideal in the Criminal Justice System”, The Manchester Review of Law, Crime and Ethics, Vol 12, Summer 2013, p 41-72
- Hirsch, Andrew von, “Proportionality in the Philosophy of Punishment”, Crime and Justice, Vol. 16. Fall 1992, p 55-98.
- Kenya Hernandez, Vinalay, “The Effectiveness and Efficiency of the Law, Through the Legislative Evaluation in MÉXICO”, International Journal of Advanced Research, Vol. 8, Winter 2020, P 507-515.
- Miller, David, Political Philosophy: A Very Short Introduction, 1st Ed, Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Molan, Mike and others, Modern criminal law, Fifth Ed, London: Cavendish Publishing, 2003.
- Möller, Kai, “Proportionality: Challenging the critics”, International Journal of Constitutional Law, Vol 10. Spring 2012, p 709-731.
- Morales Romero, Marta Munoz de, “Codification and Legislative Technique in the United States of America”, in Towards a Rational Legislative Evaluation in Criminal Law, 1st Ed, Switzerland: Springer International Publishing, 2016.
- Prieto del Pino, Ana Mari´a, “The Proportionality Principle in a Broad Sense and Its Content of Rationality: The Principle of Subsidiarity” in Towards a Rational Legislative Evaluation in Criminal Law, 1st Ed, Switzerland: Springer International Publishing, 2016, p 263-296.
- Rawls, John, A Theory of Justice, 1st Ed, Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- Ristroph, Alice, “Proportionality as a Principle of Limited Government”, Duke Law Journal, Vol. 55, Fall 2005, p 263-326.
- Sieckmann, Jan, ‘The Principle of Proportionality and Fundamental Rights’, in Proportionality in Law (An Analytical Perspective) , 1st Ed, Switzerland: Springer International Publishing, 2018, p 3-24.

## The challenge of enforcing the legal norms governing armed conflict in the field of tunnels warfare

Seyyed Fazlollah Mousavi\* (Corresponding Author)

Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran.

Email: [fmousavi@ut.ac.ir](mailto:fmousavi@ut.ac.ir)


**Amir Lohrasbi**

MA Graduate in International Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran.

Email: [lohrasbi.amir110@gmail.com](mailto:lohrasbi.amir110@gmail.com)

Use your device to scan  
and read the article online



**Citation** Mousavi, S.F., Lohrasbi, A. (2025). The challenge of enforcing the legal norms governing armed conflict in the field of tunnels warfare. *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 22 (84): 65-94  
 [10.22034/ilaw.2024.554337.3024](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.554337.3024)

Received: 14 June 2022 , Accepted: 10 November 2024

### Abstract

One of the innovations of war has been the digging and construction of tunnels warfare so that weak governmental and non-governmental armed groups can limit the enemies' military and weapons capability by directing enemies into the dark place. Soldiers, meanwhile, face a wide range of challenges that have raised many questions. When no soldier is aware of what is in the basement, the choice of conventional and legitimate weapons to deal with such a war is very vague, and on the other hand, the possibility of observing some basic principles of international humanitarian law is affected. This research, by analyzing descriptive sources, seeks to examine the challenges posed by underground warfare. This study concludes that military operatives need to fully confirm the nature of the target and what is going on in order to fully ensure that the attack is directed at troops stationed in military tunnels and that the damage does not spread to the civilian population inside or near it. This can only be done by gathering intelligence as well as monitoring and identifying.

### Keywords

Armed conflict, International humanitarian law, Law of armed conflict, Tunnels warfare, Weapon.



## Extended Abstract

### 1. Introduction

In the landscape of modern asymmetric warfare, the excavation and construction of underground military facilities have emerged as a pivotal strategic innovation designed to balance power between disparate combatants. These subterranean structures allow state and non-state actors—who may possess inferior conventional weaponry—to nullify the technological advantages of their adversaries by drawing them into confined, dark, and unpredictable environments. As evidenced by historical precedents such as the Vietnam War's Operation Crimp, military tunnels effectively minimize the gap in technological sophistication, forcing high-tech militaries to abandon advanced aerial or ground platforms in favor of high-risk, close-quarters combat.

However, the inherent concealment of these structures presents profound challenges for the application of International Humanitarian Law (IHL). When military commanders and personnel are unable to verify the activities occurring beneath the surface, the selection of legitimate and conventional weapons becomes ambiguous. The "hidden" nature of these tunnels makes it nearly impossible to ascertain the presence of civilians, the extent of military equipment, or the exact location of combatants, thereby jeopardizing the fundamental principles of humanitarian protection. Despite the pervasive use of such tactics, comprehensive legal scholarship remains scarce, often characterized by either biased interpretations or limited focus on specific treaty articles. This research addresses this critical gap by examining the legal status of underground warfare and the feasibility of applying humanitarian norms within these complex environments.

### 2. Research Methodology

This study employs a descriptive-analytical research methodology based on a comprehensive review of primary and secondary legal sources. Data collection was conducted through extensive library research, focusing on international treaties, customary IHL, and judicial precedents from international tribunals. Key legal instruments analyzed include the 1977 Additional Protocol I to the Geneva Conventions (specifically Articles 36, 52, and 57), the 1980 Convention on Certain Conventional Weapons (CCW) and its various protocols, and the 1907 Hague Regulations. Furthermore, the study integrates findings from relevant case law, such as the decisions of the Interna-

■ The challenge of enforcing the legal norms governing armed conflict in the field of

tional Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) in the Galić and Martić cases, to establish objective standards for military decision-making. The analysis is structured to first define the unique characteristics of military tunnels and subsequently evaluate the operational challenges they pose to the core IHL principles of distinction, proportionality, precaution, and the prohibition of unnecessary suffering.

### 3. Research Findings

The research identifies four distinguishing features of military tunnels: their multi-purpose utility (ranging from rocket launches to logistics), their predominant use by non-state actors (accounting for roughly 73% of users), the high requirement for specialized human capital, and the reliance on "secret knowledge" for construction. These features complicate the legal landscape significantly.

Regarding the principle of distinction, the sources emphasize that military actors are legally required to verify target legitimacy under Article 52(2) of Additional Protocol I. In the subterranean context, this verification is nearly impossible without advanced Intelligence, Surveillance, and Reconnaissance (ISR). The law mandates that in cases of doubt, an object must be presumed civilian (Article 52(3)); however, the "blind" nature of tunnel warfare often leads to "indiscriminate" attacks. The principle of proportionality further demands that the anticipated military advantage be weighed against potential civilian harm. The research finds that this assessment must be based on objective and credible information rather than subjective perceptions, as affirmed in the Stanislav Galić case.

Furthermore, the study highlights the principle of precaution, which requires commanders to take all feasible measures to minimize collateral damage. The unique characteristics of tunnels—such as interconnected networks passing under hospitals or schools—mean that any attack (e.g., bombing a tunnel entrance) carries unpredictable risks of secondary collapses or damage to vital civilian infrastructure.

A critical finding concerns the means and methods of warfare. The research establishes that the confined environment of a tunnel fundamentally alters the effects of conventional weapons. Blast waves in enclosed spaces are magnified by wall reflections, concentrating energy and causing significantly higher mortality rates and severe internal injuries, such as brain trauma and lung barotrauma, compared to open-air explosions. Consequently, a weapon that is legal on the surface may become illegal underground if

it causes unnecessary suffering or superfluous injury. The study contrasts the "design-based" approach to weapon legality with the "effect-based" approach, concluding that IHL increasingly favors the latter. Specific weapons, such as booby traps and incendiary devices (including white phosphorus), are subject to strict limitations in tunnels, particularly when they may affect civilian populations in urban areas. Finally, the research notes that even non-lethal weapons (NLWs), such as malodorants or plastic bullets, may become lethal in poorly ventilated subterranean environments, necessitating a cautious and case-by-case legal evaluation.

#### **4. Conclusion**

The study concludes that while military tunnels provide a strategic advantage for weaker combatants, they do not exist in a legal vacuum. The application of International Humanitarian Law is mandatory, but the subterranean environment necessitates a higher threshold of due diligence. Military commanders are legally compelled to verify the nature of the target through comprehensive data collection and mapping before initiating an attack.

The research proves its hypothesis that the legality of using any weapon within a tunnel—whether lethal or non-lethal—must be determined by an "effect-based" evaluation that considers specific environmental factors such as depth, ventilation, and structural reinforcement. Ultimately, to avoid war crimes, the military advantage gained must be strictly proportional to the potential for human suffering. The study emphasizes that the key to navigating these legal challenges lies in the integration of robust intelligence and the strict adherence to the principles of distinction and precaution, ensuring that the "darkness" of underground warfare does not lead to the erosion of humanitarian protections.

#### **Funding**

According to the corresponding author, this research received no specific grant from any funding agency.

#### **Authors' Contributions**

All authors contributed to the design, implementation, and writing of the manuscript and approved the final version of the article.

#### **Conflict of Interest**

The authors declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.



## تونل نظامی و چالش اعمال هنجارهای حقوقی حاکم بر مخاصمات

سیدفضل‌الله موسوی\* (نویسنده مسئول)

استاد گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

Email: fmousavi@ut.ac.ir

امیر لهراسبی

دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

Email: amir.lohrasbi@ut.ac.ir



Use your device to scan and read the article online

**Citation** Mousavi, S.F., Lohrasbi, A. (2025). The challenge of enforcing the legal norms governing armed conflict in the field of tunnels warfare. *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 22 (84): 65-94

[10.22034/ilaw.2024.554337.3024](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.554337.3024)

Received: 14 June 2022 , Accepted: 10 November 2024

### چکیده

یکی از ابتکارات نوین به کار برده شده در جنگ جهت ایجاد توازن قوا میان طرفین، حفاری و ساخت تأسیسات نظامی زیرزمینی بوده است تا گروه‌ها و بازیگران مسلح دولتی و غیردولتی ضعیف‌تر با هدایت طرف مقابل خود به داخل فضای سر بسته و تاریک، توان‌مندی نظامی و تسلیحاتی آنان را سلب و محدود نمایند، لیکن در این میان متخاصمین با چالش‌های گسترده‌ای در تقابل با چنین سازکاری مواجه‌اند که سؤالات معتنا بهی ایجاد کرده است. زمانی که هیچ‌یک از فرماندهان و نظامیان از آنچه در زیرزمین در حال جریان است، باخبر نیستند، انتخاب تسلیحات متعارف و مشروع جهت مقابله با چنین جنگ‌افزاری بسیار ابهام‌برانگیز می‌شود و از طرفی امکان رعایت برخی اصول بنیادین حقوق بشردوستانه تحت الشعاع قرار می‌گیرد. پژوهش حاضر با اتکا به تحلیل منابع توصیفی مترصد تبیین جملگی محظوراتی است که از قبل سازه‌های زیرزمینی حادث شده است. این تحقیق در پی پاسخ به سؤال اصلی خود مبنی بر چگونگی اعمال اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه در تونل‌های نظامی و عملیات‌های پیرامونی آن نتیجه می‌گیرد عاملان نظامی برای اطمینان کامل از رعایت حقوق حاکم بر مخاصمات مسلحانه در هدایت حمله به سمت نظامیان مستقر در تونل‌های نظامی و عدم سرایت آسیب به جمعیت غیرنظامی داخل یا مجاور آن، ناگزیر به تأیید کامل ماهیت هدف و آنچه که درون آن می‌گذرد می‌باشند که جز با تحصیل و تجمیع اطلاعات و همچنین نظارت و شناسایی قابل انجام نیست.

### واژگان کلیدی

احتیاط، تفکیک، تناسب، تونل نظامی، حقوق بین‌الملل بشردوستانه، درد و رنج غیر ضرور، مخاصمات مسلحانه.



## مقدمه

وجه پنهان و مستتر تونل‌های نظامی تقریباً تشخیص آنچه درون آن است را دشوار و تا حدی غیرممکن می‌گرداند و همین امر انگیزه اصلی کاربران را به جهت سلب اطمینانی که از طرف مقابل می‌شود، رقم می‌زند. همچنین عدم اطلاع دقیق از محل اختفای نظامیان و میزان توانایی و تجهیزات آنان، از جمله مزیت‌های غیرقابل انکاری است که تونل‌های نظامی برای کاربران خود ایجاد می‌کنند. بر همین اساس تونل‌های نظامی به وضع شگرفی، فاصله میان سطح فناوری و تجهیزات طرفین را به حداقل ممکن می‌رسانند. مظهر عینی گزاره فوق به بهترین شکل در جنگ ایالات متحده در ویتنام نشان داده شد. به موجب عملیات ارتش آمریکا در منطقه کوچی، شماری از سربازان آمریکا به داخل تونل‌های نیروهای ویت‌کنگ فرستاده شدند تا ضمن کسب اطلاعات از ساختار و چگونگی استحکامات سازه، به مقابله تن‌به‌تن با نیروهای ویت‌کنگ پردازند. در عملیات موسوم به کریمپ (Operation Crimp)، تنها سلاح قابل استفاده سربازان چاقو، تپانچه و چراغ‌قوه بود که امکان مواجهه با نیروهای ویت‌کنگ را به‌غایت دشوار و غامض کرده بود (Rotter, 2010, p.255). در واقع تونل‌های نظامی به طرز آشکاری برتری تسلیحاتی طرف مقابل را می‌گیرند و در آنجا این قدرت فردی و صورتی مختلف نیرنگ است که جایگزین جنگ‌افزارهای پیشرفته هوایی یا زمینی می‌شود. به عبارت دیگر هرچه قوا نامتوازن‌تر باشد، تمایل به ساخت تونل توسط طرف ضعیف‌تر تشدید می‌شود تا بدین طریق تقارن نسبی در میدان جنگ پدید آید.

از این رو به دلیل عدم اطمینان از آنچه در زیرزمین می‌گذرد و محدودیت به کارگیری سلاح و جنگ‌افزارهای جنگی، روش‌های مقابله و مبارزه با سازه‌های زیرزمینی کاملاً در محدودیت قرار دارد؛ عواقب عملیات‌های متداولی همچون بمباران‌های هوایی یا منفجرکردن ورودی و خروجی تونل،

نه تنها قابل پیش بینی نیست، بلکه مزیت چندانی را هم در مقایسه با خسارت وارد شده ندارد.

پرسش اصلی تحقیق در واقع نحوه اعمال اصول حقوق بین الملل بشردوستانه در عملیات‌های پیرامونی حوزه تونل‌های نظامی است که از رهگذر آن سؤالات فرعی همچون مبانی رعایت اصول حقوق بشردوستانه در تونل‌های نظامی و همچنین امکان‌سنجی اعمال این اصول در سازه‌های نظامی زیرزمینی را مطرح می‌کند.

اما به‌رغم کاربرد مستمر تونل نظامی در عرصه مخاصمات مسلحانه، تاکنون تحقیق جامع و مکفی را نمی‌توان در تعیین و تبیین موقعیت حقوقی این جنگ‌افزار و نسبت آن با اصول حقوق بین الملل بشردوستانه یافت. براین اساس به‌عنوان پیشینه تحقیق تنها می‌توان از دو اثر خارجی زبان به شرح ذیل نام برد که نخست آن کتاب «جنگ‌افزارهای زیرزمینی» به نوشته دافنه ریچموند باراک می‌باشد که توسط انتشارات دانشگاه آکسفورد به چاپ رسیده است و با سوگیری‌های غیرعلمی در پی اثبات نامدلل فرضیه خود جهت نامتعارف خواندن سازه‌های زیرزمینی گروه‌های مقاومت است که همواره با مصارف کاملاً تدافعی و بشردوستانه مورد استفاده قرار گرفته‌اند. دیگر مقاله تحت عنوان: «بررسی روش‌های حقوقی استعمال سلاح و روش‌های جنگی در تونل‌های زیرزمینی»، نوشته جیمز فرای، چاپ مجله مطالعات فراملی کلمبیاست که با نگاهی به ماده ۳۶ پروتکل یکم الحاقی ۱۹۷۷، به چگونگی استعمال سلاح در داخل این سازه‌ها می‌پردازد. طبق این تحقیق شبکه به‌هم پیوسته و پوشیده تونل‌های نظامی مانع اتخاذ روش‌های مرسوم مقابله با هدف نظامی نظیر بمباران یا حملات هوایی خواهد بود و لازم است تا در هر مانور نظامی به‌منظور مواجهه با این جنگ‌افزار تمامی اصول حقوق بین الملل بشردوستانه لحاظ گردد تا منجر به آسیب و تلفات حداقلی جمعیت و تأسیسات غیرنظامی مجاور سازه‌ها شود (see: Fry, 2006).

لذا با توجه به فقدان آثار حقوقی مکتوب در زمینه مورد بحث، مقاله حاضر با روش تحقیق توصیفی تحلیلی به شیوه گردآوری اطلاعات کتابخانه‌ای می‌کوشد تا در چهار بخش، با برشماری وجوه ممیز موارد ساخت و کاربرد تونل‌های نظامی در مخاصمات مسلحانه، به تفکیک آنان از یکدیگر و همچنین به بررسی پیامدهای برخاسته از عوامل اثرگذار بر اجرای قوانین بشردوستانه در تونل‌های نظامی پرداخته باشد تا چگونگی قواعد به کارگیری جنگ‌افزارها و اعمال نظامی در داخل تأسیسات زیرزمینی را از نظر بگذرانند و بدین رهگذر چالش حقوقی اعمال قوانین مخاصمات مسلحانه در حوزه جنگ‌های زیرزمینی را تحت پوشش قرار دهد.

## ۱. وجوه ممیز موارد ساخت و به کارگیری تونل‌های نظامی

در این مبحث به چهار ویژگی شاخص تونل‌های نظامی پرداخته خواهد شد تا بدان رهگذر تعریف حقوق مخاصمات مسلحانه از تونل نظامی معین گردد.

### ۱-۱. کاربرد چندوجهی و چندگانه

تجربه استفاده از جنگ‌افزارهای زیرزمینی در درگیری‌های معاصر و دیرین، نشان‌دهنده کاربردهای چندگانه و چندمنظوره آن است که طرفین درگیری را در بهره‌مندی و استفاده حداکثری، بیش از پیش راغب ساخته است. هنگامی که یکی از طرفین، مبادرت به حفر تونل و بهره‌گیری از آن در جنگ دارد، تمام اهمیت خود را در به حداکثر رساندن منافع حاصل شده به کار می‌بندد تا در جهات مختلف به منظور غلبه بر دشمن استفاده کند.

تونل‌های نظامی القاعده نمونه‌ای واضح از استفاده چندگانه و چندوجهی از این جنگ‌افزار بود که ترکیبی از طرق متنوع کاربردهای آن را به نمایش گذارد. القاعده به منظور استقرار جنگجویان، انجام حملات راکتی، تهاجمات غافلگیرانه و مسیرهای ارتباطاتی از تونل‌های خود بهره می‌جستند و تجهیزات

و مهمات جنگی خود را ذخیره و پنهان می‌داشتند. لذا در هر درگیری مسلحانه، کاربردی متفاوت و منحصر به فرد از تونل‌های نظامی نمایش داده می‌شود که بدون تفکیک و انتزاع آن از هم، امکان شناسایی و ارزیابی موقعیت امنیتی آن میسر نخواهد بود.

### ۱-۲. بازیگران اغلب غیردولتی

تقریباً ۷۳ درصد از کاربران تونل‌های نظامی را بازیگران غیردولتی تشکیل می‌دهند (Richemond-Barak, 2018, p.52). هرچند یکی از علل آن افزایش و دخالت بیشتر گروه‌های مسلح غیردولتی در درگیری‌هاست، لیکن دلیل اصلی را باید در قدرت نظامی دوچندان و کم‌هزینه‌ای که به واسطه حفر تونل، نصیب بازیگران غیردولتی می‌شود، جست‌وجو کرد. گروه‌های مسلح غیردولتی معمولاً به لحاظ تجهیزات و توان نظامی پایین، سعی در پوشش و ترمیم قلت قوای خود به وسیله اتخاذ فنون خاص جنگی مانند حفر شبکه‌های گسترده زیرزمینی یا انتحار دارند. آنان با کشاندن نیروهای طرف مقابل، به زمین ناشناخته‌ای که بر آن تسلط دارند، بسیاری از تجهیزات پیشرفته دولت‌ها را از کار می‌اندازند و با توازن نظامی به دست آمده بر دشمن خود غلبه می‌کنند (Moghadam, 2017, p.59).

### ۱-۳. سرمایه انسانی بالا

ظهور پدیده تونل نظامی در میادین نبرد یک نوآوری نظامی محسوب می‌شود که تجارب موفق استفاده از این جنگ‌افزار، انتشار روزافزون آن را در بین دولت‌ها و بالأخص گروه‌های مسلح غیردولتی در پی داشته است. تونل‌های نظامی، به مجموعه‌ای از مهارت‌های خاص و ویژه‌ای نیاز دارند که حفاران و بازیگران باید با دقت تمام آموزش لازم بینند تا برای دوره‌های طولانی در برابر سختی‌های ناشی از کار در فضاهای محصور در زیرزمین آماده شوند و مقاومت داشته باشند. براین اساس هر گروه یا

سازمان مسلح غیردولتی که از تونل‌های نظامی در جدال‌های خود استفاده می‌کند باید از سطح بالایی از سرمایه انسانی برخوردار باشد تا بتواند دست به چنین نوآوری بزند. لذا اغلب کاربران تونل‌های نظامی، گروه‌های مسلح سازمان‌یافته‌ای هستند که از مزیت سرمایه انسانی به‌مراتب بالایی برخوردار هستند (Horowitz, 2010, p.180).

#### ۱-۴. دانش محرمانه

امروزه اینترنت و شبکه‌های اجتماعی، به‌عنوان اصلی‌ترین عامل انتشار غیرمستقیم فنون نظامی عمل می‌کند. اطلاعات فنی مربوط به مراحل ساخت و به‌کارگیری بسیاری از ادوات جنگی نظیر چاشنی‌های انفجاری، پهپادهای نظامی یا فرمول سلاح‌های شیمیایی و بیولوژیک، به طرز سهل‌الوصولی در دسترس همگان قرار گرفته است که رسانه‌های اجتماعی نقش بسزایی در ترویج و انتشار آن ایفا می‌کنند (Givan, 2010, p.11).

با این حال هنوز دانش لازم برای ساخت شبکه‌های گسترده و پیچیده تونلی، در دسترس عموم در رسانه‌های اجتماعی و اینترنتی، قرار نگرفته است و این نشان‌دهنده انتشار مستقیم آن در نزد دولت‌ها و یا گروه‌های مسلح غیردولتی است. به‌طور کلی انتشار تاکتیک‌های نظامی، به دو طریق مستقیم و یا غیرمستقیم رخ می‌دهد. در انتشار غیرمستقیم، تاکتیک‌ها از بستر مجراهایی مانند اینترنت و شبکه‌های اجتماعی، در دسترس سایر فعالین قرار می‌گیرد (Tarrow, 1998, p.10) و موجب الگوگیری آنان در استفاده‌های بعدی خود می‌شود، اما در انتشار مستقیم، این ارتباطات و روابط فردی و اجتماعی گروه‌های و سایر بازیگران نظامی با یکدیگر است که موجب انتشار و پخش یک راهبرد نظامی می‌شود (Wang, 2016, pp.517-518). بر همین اساس، پیچیدگی مراحل ساخت و حفاری تونل‌های نظامی و عدم دسترسی قاطبه نظامیان به دانش فنی و تخصصی آن، سبب انتشار مستقیم این نوآوری به‌واسطه ارتباط چهره به چهره نظامیان با یکدیگر شده است.

لذا بازیگران غیردولتی که به منظور غلبه بر تفوق نظامی و ادواتی دولت‌ها، حفر تونل‌های نظامی را پاسخگوی نقصان تجهیزات خود می‌دانند، سعی در توسعه و انتشار هرچه بیشتر این جنگ‌افزار دارند.

## ۲. تعهدات طرف متخاصم در مواجهه با تأسیسات نظامی زیرزمینی

ماده ۵۲ (۲) پروتکل یکم الحاقی ۱۹۷۷ فرماندهان و متخاصمان را قبل از شروع هر اقدام نظامی، ملزم به کسب اطلاعات لازم پیرامون ماهیت، محل و کاربرد موضع مورد حمله، می‌کند تا به وسیله آن عملیات نظامی صورت گیرد. تحقق این مهم در مورد تونل‌های واقع در مراکز متراکم شهری بی‌اندازه دشوار است. یک فرمانده نظامی باید قبل از هرگونه واکنش، نسبت به شناسایی اهداف نظامی و تبیین موضوعی که در مسیر ورود و یا خروج تونل‌ها قرار دارند و نسبت به پیش‌بینی خسارات ناشی از عملیات ارزیابی داشته باشد.

به همین حیث در هنگامی که مؤلفه‌ای همچون تونل‌های نظامی به جنگ‌های متراکم شهری افزوده می‌شود، کسب اطلاعات به‌منظور اتخاذ اقدامات احتیاطی جهت رعایت اصول تفکیک و تناسب به دلیل محیط مستتر و چندوجهی سازه‌ها با صعوبت همراه خواهد بود که همین مسئله بر حسن اجرای قوانین بشردوستانه اثرگذار است. از طرفی هنجارهای حاکم بر اجرای درگیری‌های مسلحانه، فرماندهان و نظامیان را به داشتن اطلاعات موثق راجع به هدف موردنظر ملزم می‌کند تا پیش از مبادرت به هر نوع اقدام نظامی، از مشروعیت عمل ارتكابی، اطمینان حاصل شود. بدین‌منظور تعهداتی مبتنی بر رعایت اصول تفکیک، تناسب، احتیاط و ضرورت در هر نوع مواجهه با تونل‌های نظامی مطرح است که با توجه به شرایط خاص آن، اجرا و اعمال این اصول را با چالش‌های اساسی روبه‌رو خواهد کرد.

## ۲-۱. اصل تفکیک

نوع اول تعهدات به رعایت کامل اصل تفکیک بازمی‌گردد که رعایت آن جز با تجزیه و تحلیل اطلاعات مربوط به هدف، مکان و فعالیت‌های درحال جریان حاصل نمی‌شود.<sup>۱</sup> مضاف بر اینکه برای اطمینان کامل از هدایت حملات به‌سمت نظامیان، عواملان نظامی ناگزیر به تأیید کامل ماهیت هدف و آنچه درون آن است، می‌باشند که جز با تحصیل و تجمیع اطلاعات و همچنین نظارت و شناسایی (ISR) قابل انجام نیست (Corn, 2015, p.801).

به همین دلیل در حوزه رعایت اصل تفکیک، قواعد حقوقی حاکم بر درگیری‌های مسلحانه از طرفین می‌خواهد که ضمن تمایز نظامی از غیرنظامی، فقط رزمندگان را در صورت ضرورت مورد اصابت قرار دهند، اما مسئله این است که محیط خفی تونل‌های نظامی مانع از هدایت دقیق حملات به‌سمت نظامیان خواهد شد و در جایی مانند تونل‌های تدافعی که مرز میان اهداف نظامی و غیرنظامی بسیار باریک است رعایت این اصل، صرفاً در گرو داشتن اطلاعات لازم و کافی قبل از هرگونه واکنش است (ibid, p.802). منتهی بحث تعیین دامنه اطلاعات کسب‌شده قبل از هرگونه اقدام، از جمله نکات مغفول حقوق بشردوستانه است. مادامی که اطمینان کامل از هدایت حمله به‌سمت اهداف نظامی حاصل نشود، نمی‌توان دست حمله برد. زمانی که ماده ۵۲ (۳) پروتکل یکم الحاقی ۱۹۷۷، در مواقع تردید اصل را بر غیرنظامی بودن اشیاء و اماکن مشکوک می‌گذارد، این نشان می‌دهد که تا چه اندازه باید بر صحت نظامی بودن هدف و عدم سرایت حمله به جمعیت غیرنظامی مطمئن بود (کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، ۱۳۸۷، ص ۱۰۶). در این میان هیچ‌گونه معیاری جهت چگونگی اطمینان از ماهیت نظامی هدف و همچنین هدایت حمله به‌سمت آن ارائه نمی‌شود و تنها تلاش

1. Human Rights Watch Report, Troops in Contact: Airstrikes and Civilian Deaths in Afghanistan (Report on the use of airstrikes by US and NATO forces and resulting civilian casualties), 3 September 2008, Available at: <https://www.hrw.org/reports/2008/afghanistan0908>.

حقوق مخاصمات مسلحانه نسبت به این موضوع در ماده ۵۷ (۲) پروتکل یکم الحاقی ۱۹۷۷، خلاصه می‌شود که اذعان می‌دارد: طرفین درگیری باید تمام اقدامات لازم و ضروری را برای تأیید ماهیت هدف موردنظر که نظامی باشد، انجام دهند. بدین حیث تاکنون از حدود و ثغور قرائن برای صدور جواز حمله، صحبتی به میان نیامده است و الزامی به حصول اطمینان از هدایت حمله اکیداً به سمت اهداف و جمعیت نظامی دیده نمی‌شود.

به نظر می‌رسد حقوق مخاصمات مسلحانه، از ارائه معیار مشخص به‌طور خاص در این مسئله خودداری کرده است و مترصد توازن و تعادل مسئله یادشده به‌وسیله ملاحظات انسانی برای تعیین دامنه کسب اطلاعات شده است، لیکن آنچه با مذاقه در ماده ۵۷ پروتکل یک الحاقی ۱۹۷۷ حاصل می‌شود، تعهد طرفین به کسب حداکثری اطلاعات لازم و موثق، جهت کسب یقین از صحت هدف نظامی است.

## ۲-۲. اصل تناسب

تعهد دیگر طرفین در برخورد با تونل‌های نظامی، معطوف به الزامی فراتر از تفکیک یعنی رعایت اصل تناسب است. به بیانی دیگر اطلاعات جمع‌آوری شده قبل از هرگونه اقدام نظامی، باید چیزی بیشتر از ماهیت هدف نظامی را که موضوع اصل تفکیک است، مشخص سازد و آن به‌دست آوردن تصویری روشن از شرایطی است که در صورت حمله نظامی باعث آسیب و صدمه به غیرنظامیان و زیرساخت‌های غیرنظامی می‌شود (Quéguiner, 2006, p.798). اصل تناسب، به‌مانند اصل تفکیک، بر توانایی و امکان به‌دست‌آوردن و ارزیابی اطلاعات بنا می‌شود، لیکن اطلاعات کسب‌شده باید به‌طور کامل، برآوردی از میزان تلفات و جراحات احتمالی، جانبی و تصادفی وارد شده به غیرنظامیان و اشیاء و اماکن غیرنظامی را در اختیار گذارد و مزیت نظامی به‌دست آمده از حمله را در مقایسه با میزان آسیب و تخریب‌های وارده به جمعیت و اماکن غیرنظامی بسنجد. بنابراین در رعایت

اصل تناسب به‌مانند تفکیک، تمام جوانب حمله، از جمله اثرات جانبی و احتمالی برخاسته از آن باید مورد محاسبه دقیق و مصرح قرار گیرد که این امر مبتنی بر ارزیابی همه‌جانبه ابعاد و ویژگی‌های سازه‌ها، نظیر مکان، هدف و کاربران است، لیکن مطلب شایان ذکر آنست که در ارتباط با چگونگی و نحوه برآورد اثرات حمله در حوزه اصل تناسب وجود دارد آن است که ارزیابی را باید تابع یک مقوله عینی و نه ذهنی قلمداد کرد (Sloane, 2015, p.303)؛ به عبارتی پیش‌بینی‌های طرفین در حیطه محاسبه اثرات برآمده از هرگونه واکنش نظامی، باید بر مبنای واقعیت و اسناد معتبر و مدلل بنا گردد، نه بر اساس ادراکات ذهنی و غیرقابل استناد. طبق رأی دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق در قضیه استانیسلاو گالیچ (Stanislav Galić) \_ فرمانده ارتش جمهوری صرب در جنگ بوسنی \_ حمله نظامی مشروع در صورتی است که مرتکب با در دست داشتن اطلاعات کافی، مدلل و آگاهانه از جوانب اقدام خود به تصمیم‌گیری برسد. هرگونه اقدام نظامی آگاهانه که انتظار تلفات بیش از حد غیرنظامی را داشته باشد، نامشروع تلقی می‌گردد (Prosecutor v. Stanilav Galic, 2003, para.58).

رأی فوق‌الذکر ملاک تصمیم‌گیری قبل از هر اقدام را مشخص می‌سازد و متخصصین را به پردازش و جمع‌آوری اطلاعات به‌طور عینی و بر اساس واقعیت موجود وادار می‌کند. هرگونه ادراک ذهنی طرفین بدون در دست داشتن اطلاعات قابل استناد، به هیچ‌عنوان نمی‌تواند در ارزیابی نهایی و تأیید ماهیت هدف موردنظر مؤثر واقع شود و چنانچه معیار تهاجم بر پایه ملاحظات ذهنی مبارزان بنا شده باشد، نه تنها اطمینانی از مشروعیت عمل ارتكابی حاصل نمی‌شود، بلکه رعایت اصول تفکیک و تناسب نیز تحت‌الشعاع ادراکات ذهنی غیرقابل وثوق طرفین قرار می‌گیرد که اسباب نقض اصول حقوق بشردوستانه را رقم می‌زند (ibid, para.58).

### ۲-۳. اصل احتیاط

تعهد دیگر طرفین در حوزه اجرای اصول بنیادین مخاصمات مسلحانه، موضوع اقدامات احتیاطی مقرر در ماده ۵۷ پروتکل یکم الحاقی ۱۹۷۷ و قواعد ۱۶ تا ۲۱ حقوق بشردوستانه عرفی است. انجام هر عملیات نظامی همواره مستلزم مراقبت‌های لازم از جمعیت غیرنظامی، اشیاء و امکان متعلق به آنان به شرح ذیل است که موضوع ماده ۵۷ (۲) پروتکل یکم الحاقی ۱۹۷۷ بدون هیچ حق شرط قرار گرفته است (کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، ۱۳۸۷، ص ۱۴۸):

- اتخاذ هرگونه اقدام لازم جهت تأیید اطمینان از هدف نظامی.
  - اتخاذ هرگونه اقدام لازم جهت گزینش ابزار و روش‌های جنگی که تلفات تصادفی به غیرنظامیان و ایراد آسیب و صدمه به آنان را به حداقل می‌رساند.
  - ارزیابی کلی در خصوص احتمال تلفات ضمنی به غیرنظامیان و ورود آسیب و خسارت به اشیاء و امکان غیرنظامی.
  - انجام هرگونه اقدام سریع و لازم جهت لغو یا تعلیق حمله در زمان عدم اطمینان از ماهیت نظامی هدف موردنظر و یا پیش‌بینی ایراد تلفات و آسیب بیش از اندازه به غیرنظامیان.
  - دادن هشدارهای لازم در مورد حملاتی که جمعیت غیرنظامی را متأثر می‌سازد.
  - انتخاب حمله به هدف نظامی که به‌رغم مزیت نظامی یکسان، خطر کمتری را برای حیات غیرنظامیان و اماکن غیرنظامی خواهد داشت.
- با ملاحظه موارد فوق مشخص می‌گردد حقوق بین‌الملل هیچ‌گونه جوازی مبنی بر ایراد آسیب و صدمه به غیرنظامیان حتی به‌طور تصادفی و جانبی را نداده است و گستردگی چنین وظایفی برای محافظت از جمعیت غیرنظامی به حدی است که اقدامات نظامی در تونل‌های زیرزمینی، در تنگنای

شدید قرار می‌گیرد. به عبارتی زمانی که مؤلفه و ویژگی‌های ذاتی تونل‌های نظامی، مانع اتخاذ اقدامات احتیاطی در عملیات‌های نظامی شوند، نه تنها کاربرد زور، روش و ابزارهای جنگی کشنده در تونل باید به حداقل ممکن برسد، بلکه مطابق ماده ۵۷ (۲) (ب) پروتکل یکم الحاقی ۱۹۷۷، امکان لغو یا تعلیق حمله در هر لحظه باید مهیا باشد.

هرگونه اقدام نظامی در مواجهه با تونل‌های نظامی که باعث عدول از الزامات شش‌گانه مزبور شود، هرگز نمی‌تواند مشروع قلمداد شود و در نتیجه فرماندهان و تصمیم‌گیران را در معرض ارتکاب جنایت جنگی سوق می‌دهد. اجرای قوانین و اصول حقوق بشردوستانه در این حوزه، چالش و مسائل جدی‌تر از آنچه تصور می‌شد ایجاد کرد و عدم اشاره مستقیم قوانین درگیری‌های مسلحانه و مسکوت ماندنش در این حوزه، بر این چالش‌ها افزوده است.

### ۳. ضوابط به کارگیری سلاح در تلاقی با محیط سر بسته تونل‌های نظامی

تونل نظامی تأثیر قابل توجهی بر اجرای اصول حقوق بشردوستانه در درگیری‌ها گذارده است، اما چالش جدی دیگر مربوط به چگونگی به کارگیری سلاح در آن است. در واقع تونل‌های نظامی با توجه به برخی از ویژگی‌های منحصر به فردی که دارند از جمله جریان هوای بسیار محدود و همچنین استحکامات محکمی که باعث تقویت اثر انفجار می‌شوند، استفاده از هر نوع سلاحی اعم از متعارف یا غیر آن را متفاوت جلوه می‌دهند و واکنشی متباین از آنچه در روی زمین دارند بروز می‌دهند. سلاح‌های کشنده، قدرتمندتر و تسلیحات غیرکشنده، کشنده ظاهر می‌شوند.

بنابراین سؤالی که مطرح می‌شود آن است که آیا تونل‌های نظامی می‌توانند بر مشروعیت استفاده از تسلیحاتی که روی زمین قانونی محسوب می‌شدند، تأثیرگذارند یا خیر؟ طبق رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه

سلاح‌های هسته‌ای، قانونی بودن یا نبودن استفاده از سلاح تابع دو اصل اساسی ذیل قرار می‌گیرد (ICJ Reports, 1996, para.78):

- الزام به تفکیک میان نظامیان و غیرنظامیان
- ممنوعیت ایجاد درد و رنج غیرضرور به نظامیان

رعایت هر دو شرط فوق در تولن‌های نظامی، کمی نگران‌کننده و دور از انتظار به نظر می‌رسد؛ احتمال عدم امکان دید، کنترل و کسب اطلاعات در زمان واقعی در محیط تاریک و پنهان چنین سازه‌هایی، بر توانایی تشخیص و تفکیک نظامیان و غیرنظامیان از هم، اثر می‌گذارد (Fry, 2006, p.491). به علاوه اثرات منتج از به کارگیری سلاح در محیط سربسته‌ای مانند تولن‌های زیرزمینی چندان قابل پیش‌بینی نیست و استفاده از هر نوع سلاحی متعارفی را ممکن است، کشنده‌تر و قدرتمندتر بگرداند که در نتیجه باعث ایجاد درد و رنج غیرضرور و مضاعف به نظامیان خواهد شد. فراتر از الزام رأی دیوان به پیروی از دو اصل مزبور، مشروعیت استفاده از سلاح نیز بستگی به معاهدات و رویه خاص مربوط به سلاح موردنظر دارد (Boothby, 2009, p.233). شکی نیست که اثر استفاده از سلاح در داخل تولن‌های نظامی تغییر پیدا می‌کند و ممکن است اساس مشروعیت آن را زیر سؤال ببرد.

دانشمندان هنگام مقایسه اثر انفجار در محیط‌های باز و سربسته بدین نتیجه رسیده‌اند که آسیب ناشی از انفجار در محیط سربوشیده، باعث صدماتی به مراتب شدیدتر و با میزان مرگ‌ومیر بسیار بالاتر از آسیب انفجار در محیط آزاد خواهد شد.<sup>۱</sup> محققان با بررسی اثر دیوارها و استحکامات سازه در میزان اثر انفجار و آسیب‌های وارده به مغز، دریافته‌اند دیوارهای موجود در فضاهای سربسته‌ای (مانند تولن‌های نظامی) خطر

۱. در این تحقیق نمودارهای پزشکی ۲۹۷ از قربانیان چهار حادثه بمب‌گذاری مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفت. دو انفجار انجام شده در محیط آزاد و دو انفجار در داخل اتوبوس‌ها رخ داده است که در هر کدام از مواد منفجره یکسان استفاده شده است. طبق نتایج تحقیق از ۲۰۴ نفری که در حادثه انفجار در هوای آزاد حضور داشتند تنها ۱۵ نفر از آنان یعنی ۷/۸ درصد کشته شدند اما در مقابل از ۹۳ فردی که در محیط بسته محل انفجار حضور داشتند، ۴۶ نفر که تقریباً ۵۰ درصد می‌شود، کشته شدند (Leibovici & etc, 1996: 1030).

آسیب‌های اولیه ناشی از انفجار را به میزان قابل توجهی افزایش می‌دهد؛ چراکه امواج ثانویه انفجار مقدار بیشتری از انرژی آسیب‌رسان را به مغز منتقل می‌کنند. در فضاها محدود، امواج انفجار متمرکز می‌شوند و ضمن تقویت اثرات زیان‌بخش انفجار، باعث ماندگاری بیشتر می‌شود. همچنین علاوه بر تمام آسیب‌های مغزی که در چنین انفجارهایی به قربانیان تحمیل می‌شود، صدمات مضاعف دیگری نظیر پارگی لاله گوش (Tympanic Perforation)، باروترما یا انفجار ریه (Blast Lung) و بهم‌ریختگی بافت‌ها و اجزای داخلی و بیرونی بدن، جزء لاینفک اثرات چنین انفجارهایی است (Richemond-Barak, 2017, pp.195-196). اکنون آنچه اهمیت می‌یابد، بررسی نحوه واکنش سلاح در محیط تونل‌های نظامی و همچنین تأثیر این فضا بر چگونگی وضعیت حقوقی استفاده از سلاح داخل آن است که با توجه به دو اصل کلی گفته‌شده در ذیل بخش‌های پیش‌روی تحقیق قابل ارزیابی و تدقیق است.

### ۳-۱. سلاح‌های کشنده با درد و رنج مضاعف

منع استفاده از روش‌ها و سلاح‌هایی که به‌طور طبیعی باعث آسیب‌دیدگی مضاعف به نظامیان می‌شود، در قواعد حقوقی حاکم بر درگیری‌های مسلحانه کاملاً محرز و به اثبات رسیده است. مضاف بر اینکه چنین ممنوعیتی، عرفی نیز تلقی گشته و در درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی و داخلی قابل اعمال است (Prosecutor v. Dusko Tadic, 1995, p.127). قرن‌هاست که این اصل به‌عنوان اساسی‌ترین قاعده درگیری‌های مسلحانه در نظر گرفته می‌شود، اما دامنه آن ثابت نمانده است. به‌طور مثال ماده ۲۳ مقررات ۱۹۰۷ لاهه استفاده از هرگونه سلاح، گلوله یا موادی که به‌طور طبیعی باعث ایجاد آسیب مضاعف به نظامیان شود را منع می‌کند؛ یا در اعلامیه ۱۸۷۴ بروکسل، اعلامیه ۱۸۶۸ سن پترزبورگ و کتابچه راهنمای آکسفورد، جملگی به این ممنوعیت اشاره داشته‌اند، اگرچه

از قدرت الزام‌آوری کمتری برخوردار بوده‌اند.

اما نکته‌ای که در تمام ممنوعیت‌های مصرح در قوانین و مقررات حقوق بین‌الملل بشردوستانه راجع به این اصل به چشم می‌خورد، بحث تشخیص حدود آسیب و ماهیت طبیعی سلاحی است که باعث رنج مضاعف می‌شود. در این خصوص باید پرسید آیا صرفاً اثر ذاتی سلاح است که باعث ممنوعیت آن می‌شود (رویکرد مبتنی بر طراحی) یا این روش و نحوه به‌کارگیری آن است که در صورت تحمیل آسیب غیرضرور، ممنوعیت آن را رقم می‌زند (رویکرد مبتنی بر اثر).

تعیین یکی از ملاک‌های فوق نقش مهمی در چگونگی وضعیت حقوقی استعمال سلاح در تونل‌های نظامی دارد. اگر رویکرد مبتنی بر طراحی را بپذیریم، صرفاً به‌کارگیری تسلیحاتی در سازه‌های زیرزمینی غیرقانونی خواهد بود که به‌طور کلی و صرف‌نظر از شرایط و اوضاع احوال، جزء تسلیحات ممنوعه می‌باشند، اما چنانچه رویکرد مبتنی بر اثر را ملاک عمل قرار دهیم، این شرایط و اوضاع و احوال خاص تونل‌های نظامی است که بر مشروعیت استفاده از سلاح‌های حتی متعارف و منع نشده اثرگذار است و جواز کاربرد آن را زیر سؤال می‌برد.

اما حقوق مخاصمات مسلحانه با اتخاذ یک موضع نسبی میان دو رویکرد فوق، ابهام را برطرف کرده است. ازطرفی پروتکل اول کنوانسیون سلاح‌های متعارف (CCW)<sup>۱</sup>، استفاده از هر سلاحی را که اثر اصلی و اولیه آن تکه‌تکه شدن در بدن انسان باشد و توسط اشعه X قابل شناسایی و تشخیص نباشد را ممنوع می‌سازد. بدین ترتیب مشخص می‌شود که طبق این کنوانسیون، شیوه و روش به‌کارگیری سلاح و اوضاع و احوال آن، تأثیری بر موقعیت حقوقی آن نداشته و این اثر ذاتی و اولیه سلاح است که تعیین‌کننده در تصمیم‌گیری‌های حقوقی است، لیکن ازسویی دیگر، تأثیر

1. . Convention on Certain Conventional Weapons.

رویکرد مبتنی بر اثر نادیده انگاشته نشده است و سعی در اعمال آن در برخی قواعد بوده است. به‌عنوان مثال، شعله‌افکن، فسفر سفید و ناپالم هر سه از جمله تسلیحاتی هستند که به‌طور کلی توسط قوانین مخاصمات مسلحانه منع نشده‌اند، ولیکن چنانچه به‌گونه‌ای مورد استفاده قرار گیرند که باعث ایراد آسیبی بیش از مزیت نظامی به‌دست آمده شوند، ممنوع تلقی خواهند شد (Solis, 2016, p.292).

حقوق بین‌الملل مخاصمات مسلحانه در تثبیت موضع خود با ارائه یک قاعده کلی، از بیان مصادیق خودداری می‌کند (ibid, p.290) و استفاده از هر نوع سلاحی را که بدون افزایش مزیت نظامی سبب آسیب به نظامیان شود را نامشروع می‌پندارد. تشدید درد نظامیان بدون به‌دست آوردن منفعتی مرتبط و مؤثر، فاقد وجاهت قانونی است (Boothby, 2009, p.47).

حکم دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق به طرز آشکاری زاویه دید قوانین مخاصمات مسلحانه را نسبت به رویکرد فوق مشخص می‌سازد. رأی دیوان در قضیه میلان مارتیچ این موضوع را تأیید کرد که اگرچه کاربرد راکت انداز M-87، فی‌نفسه منع قانونی ندارد اما در صورت به‌کارگیری آن در فاصله‌ای که از دقتش کاسته و در منطقه متراکم شهری استفاده شود، باعث ممنوعیت استعمال آن خواهد شد. از این رو اگر از یک سلاح مجاز در شرایطی و به روشی استفاده شود که باعث عدول از اصول بنیادین حقوق بشردوستانه شود، کاربرد آن غیرقانونی تعبیر خواهد شد.<sup>۱</sup>

با استناد به رویه مذکور، به‌کارگیری هر نوع سلاح در داخل تونل‌های نظامی که باعث صدمه و آسیب مضاعف به رزمندگان شود و در مقابل مزیت نظامی متناسبی را حاصل نکند، صرف‌نظر از متعارف‌بودن یا نبودن، نامشروع است.

برای ارزیابی اینکه استفاده از کدام سلاح در داخل تونل قانونی و مشروع

1. Prosecutor v. Milan Martić (Judgment), IT-95-11-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 12 June 2007.

است، باید چندین عامل از جمله عمق تونل، استحکامات سازه و جداره‌ها، میزان فشار و تهویه هوا را مورد مذاقه قرار داد تا برآورد ذهنی از میزان و امکان مزیت نظامی تحصیل شده به دست آید. براین اساس، فرماندهان نظامی باید همواره اثرات قابل پیش‌بینی یک سلاح را در مناطق منحصربه‌فرد، در نظر بگیرند و این اثرات را با دقت در برابر ضرورت‌های نظامی بسنجند.

علیهذا سلاح‌هایی که ممکن است متأثر از این محاسبه قرار گیرند، شامل تله‌های انفجاری (Booby Trap) و سلاح‌های آتش‌زا (Incendiary Device) می‌باشند که جملگی تسلیحاتی‌اند که ضمن قابلیت استفاده مؤثر در تونل‌های نظامی، باید اثرات استعمال آن در شرایط خاص را سنجید.

### ۳-۱-۱. تله‌های انفجاری

تله‌های انفجاری از جمله تسلیحات متداولی بودند که توسط نیروهای امریکا در جنگ علیه ویتنام مورد استفاده قرار گرفتند. پروتکل دوم کنوانسیون سلاح‌های متعارف، تله‌های انفجاری را چنین تعریف می‌کند: «هر وسیله یا ابزاری که برای کشتن یا صدمه‌زدن غیرمنتظره به طرف مقابل طراحی، ساخته یا پردازش شده باشد و در صورت تماس یا نزدیک‌شدن شخص به شیء موردنظر، اتفاق غیرمنتظره‌ای رخ دهد.»

طبق ماده ۶ پروتکل دوم کنوانسیون سلاح‌های متعارف، استفاده از تله‌های انفجاری صرفاً چنانچه موجب درد و رنج مضاعف به نظامیان شود، ممنوع است و همچنین استفاده از آن به روشی که نتواند به یک هدف نظامی خاص هدایت شود و یا علیه غیرنظامیان، اشیا و اماکن غیرنظامی استفاده شود، نامشروع است.

اما استفاده از تله‌های انفجاری در برخی موارد محدودیت‌هایی را در پی دارد. کارگذاران هر تله انفجاری در هر یک از اشیا ذیل، تحت هر شرایط ممنوع است:

- علائم حمایتی، نشانه‌ها یا هشدارها

- اشخاص مرده، مجروح یا مریض
- تجهیزات و امکانات پزشکی و وسایل حمل و نقل آن
- غذا یا نوشیدنی
- اهداف دارای ماهیت مذهبی
- اهداف فرهنگی
- اسباب‌بازی‌های کودکان
- حیوانات

باتوجه به محدودیت ذکرشده، استفاده از تله‌های انفجاری در تونل نظامی، باید کاملاً منطبق بر چنین هنجارهایی باشد. بیشترین نگرانی در ارتباط با کاربرد این سلاح، آسیبی است که به واسطه اثرات غیرقابل هدایت و کنترل آن ممکن است جمعیت غیرنظامی را تحت تأثیر قرار دهد. تله‌های انفجاری به علت ظاهر غلط‌اندازی که دارند، به هیچ عنوان نباید علیه جمعیت غیرنظامی به کار روند و اثری را متوجه آنان کند.

اما باتوجه به اینکه واکنش تله‌های انفجاری، در داخل یا خارج از تونل‌های نظامی معمولاً یکسان است، لذا اثرات این سلاح قاعدتاً نمی‌تواند باعث ایجاد آسیبی بیش از اندازه به نظامیان شود (مشروط بر اینکه اساساً این سلاح برای چنین هدفی طراحی نشده باشد). بنابراین کاربرد تله‌های انفجاری در تونل‌های نظامی فاقد تجهیزات و شرایط لازم برای جمعیت غیرنظامی مانند تونل‌های تهاجمی، نمی‌تواند منعی داشته باشد، اما چنانچه تونل از نوع تدافعی یا مرزی باشد که نشانی از وجود یا ارتباط با جمعیت غیرنظامی دارد، باعث ممنوعیت استعمال آن خواهد شد..

## ۱-۲. تسلیحات آتش‌زا

پروتکل سوم کنوانسیون سلاح‌های متعارف، تسلیحات آتش‌زا را چنین تعریف می‌کند: «سلاح یا مهماتی که در درجه اول برای آتش‌زدن اشیا یا اهداف یا سوزاندن افراد از طریق داغ‌شدن، یا ترکیبی از هردو که توسط

واکنش‌های شیمیایی با یک ماده موجود در هدف، طراحی شده باشد.» استفاده نیروهای ایالات متحده آمریکا از سلاح‌های آتش‌زا در تولن‌های ویت‌کنگ در جنگ ویتنام، بحث‌های زیادی را بر سر مشروعیت یا عدم مشروعیت کاربرد این سلاح به‌طور کلی ایجاد کرد. شماری از کشورهای شرکت‌کننده در کنفرانس ۱۹۸۰ سازمان ملل مربوط به سلاح‌های متعارف، در صدد ممنوعیت کاربرد سلاح‌های آتش‌زا به دلیل آسیب مضاعفی که به نظامیان وارد می‌کرد بودند، اما در نهایت به دلیل نفوذ آمریکا و اهمیت نظامی این سلاح، مشروعیت استعمال آن با ایجاد تعهدات و محدودیت‌هایی به‌طور خاص در این زمینه پذیرفته شد (کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، ۱۳۸۷، ص ۱۸۷).

فسفر سفید نیز یکی دیگر از عوامل چنین تسلیحاتی است که توسط رژیم صهیونیستی در جنگ علیه غزه و تولن‌های حماس به‌کارگرفته شد و بحث‌های زیادی را برانگیخت.<sup>۱</sup>

فسفر سفید سلاحی با کاربرد دوگانه است که در اثر تماس با اکسیژن، آتش می‌گیرد و دود غلیظی از خود ساطع می‌کند. از دود این سلاح می‌توان در جهت استتار مسیر حرکت و اختفای نیروهای نظامی استفاده کرد (Gill & etc, 2014, p.96)، لیکن کاربرد آن علیه افراد اعم از نظامی یا غیرنظامی به‌منظور ایجاد سوختگی و سوزاندن به علت درد و رنج مضاعفی که ایجاد می‌کند، کاملاً غیرقانونی است (کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، ۱۳۸۷، ص ۴۳۵). حتی چنانچه از این سلاح در جهت اختفای نظامی در مناطق متراکم شهری و در مراکزی که به علت نزدیکی جمعیت نظامی و غیرنظامی، رعایت اصل تفکیک ممکن نباشد، استفاده شود، به‌رغم کاربرد مشروع آن، حمله کورکورانه محسوب شده و زمینه ارتکاب جنایت جنگی را رقم می‌زند (Amnesty International, 2009, p.4).

1. Human Rights Watch Report, Rain of Fire - Israel's Unlawful Use of White Phosphorus in Gaza (Report on Israel's unlawful use of white phosphorus munitions during its 22-day military operations in Gaza), 25 March 2009, Available at: <https://www.hrw.org/report/2009/03/25/rain-fire/israels-unlawful-use-white-phosphorus-gaza>.

درواقع یکی از اصلی‌ترین تعهدات کاربران تسلیحات آتش‌زای، بحث مربوط به حفاظت و مراقبت از جمعیت و اماکن غیرنظامی است. جمعیت غیرنظامی به‌طور ویژه‌ای در پروتکل سوم کنوانسیون، در برابر حمله با سلاح‌های تصادفی در داخل شهر، روستا و مناطقی نظیر آن‌ها حمایت شده‌اند. بدین اساس طبق مواد ۲ و ۳ پروتکل سوم کنوانسیون، کاربرد سلاح‌های آتش‌زا در مواردی که اثر آن به جمعیت غیرنظامی قابل سرایت باشد، ممنوع است. کاربرد این سلاح در تونل‌هایی که در مناطق پرجمعیت غیرنظامی حفاری شده‌اند، اساساً می‌تواند نامشروع تلقی گردد.

محدودیت دیگر استفاده از سلاح‌های آتش‌زا، به‌کارگیری آن‌ها علیه جنگل‌ها یا دیگر انواع پوشش‌های گیاهی است. از آنجایی که برخی تونل‌های نظامی، معمولاً بر روی بافت‌ها و پوشش‌های طبیعی مانند جنگل‌ها و یا کوه‌ها حفر می‌شوند، لذا استفاده از سلاح‌های تصادفی طبق بند ۴ ماده ۲ پروتکل سوم کنوانسیون، در چارچوب قانونی مضیقی قرار می‌گیرند.

### ۳-۲. سلاح‌های غیرکشنده

تونل‌ها می‌توانند اثرات برخاسته از سلاح را تغییر دهند و باعث وارد ساختن آلام غیرضرور به رزمندگان شوند و امکان تفکیک اهداف نظامی از غیرنظامی را نداشته باشند، اما نگرانی دیگر زمانی است که دولت‌ها یا گروه‌های مسلح غیردولتی، بخواهند از سلاح نه به‌عنوان یک نیروی کشنده بلکه صرفاً به‌منظور ناتوان کردن موقت نیروهای دشمن استفاده کنند.

درواقع سلاح‌های غیرکشنده<sup>۱</sup> یا NLW، مهماتی هستند که مستقیماً و در درجه اول برای ناتوان ساختن یا از کار انداختن به‌موقع پرسنل یا اهداف نظامی مورد استفاده قرار می‌گیرند، درحالی که تلفات و آسیب‌های ثانویه را به حداقل می‌رسانند. جنگجویان از تسلیحات غیرکشنده به‌منظور بازداشتن

1. Non-Lethal Weapons (NLWs).

و ترغیب دشمن به عقب‌نشینی استفاده می‌کنند تا از مرگبارتر شدن درگیری بکاهند و تا جای ممکن تلفات را به حداقل رسانند (Silberman, 2014, p.347). گزینه استفاده از سلاح‌های غیرکشنده آزادی عمل بیشتری به نظامیان می‌دهد که به کمک آن آسیب‌های نامتناسب جنگ را کاهش دهند (Gross, 2008, p.1).

بنابراین حقوق مخاصمات مسلحانه با رعایت اصول تفکیک و درد و رنج غیرضرور که در مورد سلاح‌های کشنده اعمال می‌شد، استفاده و به‌کارگیری سلاح‌های غیرکشنده در مخاصمات را می‌پذیرد، اما عمده چالشی که در این بین مطرح می‌شود چگونگی رفتار سلاح‌های غیرکشنده در داخل تونل‌های نظامی است. فضای سربسته و بدون تهویه و اکسیژن کافی ممکن است بر نحوه واکنش تسلیحات غیرکشنده اثرگذار باشد و از این جنگ‌افزار، یک سلاح کشنده بسازند که در نتیجه مشروعیت استعمال آن را زیر سؤال ببرد. هرچند تاکنون تأثیر استفاده از جنگ‌افزارهای غیرکشنده در تونل‌های نظامی مشخص نشده است، ولی با وجود این می‌توان به‌طور حتم از خطر ایجاد آسیب‌کشنده سخن گفت.

سلاح‌های غیرکشنده شامل طیف وسیعی از مهمات به شرح ذیل می‌باشند که می‌توانند تأثیرات شدیدتری در زیر سطح زمین داشته باشند (Richemond-Barak, 2017, p.206).

- **گلوله‌های پلاستیکی (Plastic Bullet):** گلوله‌ای غیرکشنده که از اسلحه خاصی شلیک و منجر به کبودی و یا شکستگی استخوان می‌شود.
- **تفنگ توری (Net Gun):** طناب‌هایی که به وسیله شلیک اسلحه منحصر به فرد پهن می‌شوند و موجب به دام انداختن فرد و یا وسایل نقلیه خواهند شد.
- **مواد چسبنده (Sticky Substances):** نوعی سلاح که متشکل از

انواع مواد چسبنده سخت برای مسدودکردن راه یا جلوگیری از حرکت دشمن استفاده می‌شود.

- **محرك‌های بویایی** ("Smelly Substances" Malodorant): ترکیب شیمیایی که باعث ناتوانی موقت فرد خواهد شد به طوری که عصب‌های بویایی قربانی به‌طور کامل درگیر می‌شود.
- **جنگ‌افزار انرژی هدایت‌شده** (Directed-Energy Weapon "DEW"): سامانه‌ای که بدون استفاده از گلوله و تسلیحات کشنده، از انرژی جهت غلبه بر طرف مقابل بهره می‌گیرد که اثرات آن اغلب غیرکشنده است.

نکته مهمی که در استفاده از اینگونه تسلیحات وجود دارد، وابستگی تأثیر سلاح به اپراتور و نیروی انسانی است. لذا بدین وسیله می‌توان شدت اصلی و اولیه سلاح بر نیروهای دشمن را تنظیم کرد (Fidler, 1999, p.88). همانطور که متخصصین از آزادی عمل بیشتری نسبت به استفاده از اینگونه سلاح در مخاصمات برخوردارند، لیکن باید تا جای ممکن کنترل و هدایت سلاح را برعهده داشته باشند و از چارچوب‌های بنیادین حقوق بشردوستانه فراتر نروند. مع الوصف اصول تفکیک، رنج غیرضرور و ضرورت همچنان معیار اصلی ارزیابی قانونی بودن یا نبودن استفاده از سلاح غیرکشنده در تونل‌های نظامی است. اصل بر آن است که متخصصین تا جای ممکن از ابزارهای غیرکشنده، در جنگ علیه تونل‌های نظامی استفاده کنند؛ اثرگذاری استفاده از این تسلیحات در سازه‌ها به گونه‌ای است که ضمن به‌دست آوردن مزیت نظامی، باعث کاهش آسیب به جمعیت مجاور غیرنظامی خواهد شد.

### نتیجه

محیط سربسته و مستتر تونل‌های نظامی، شناسایی آنچه که درون آن درحال جریان است را غیرممکن می‌گرداند و این مهم زمینه‌ساز تبادر سؤالات

متعدد و پرچالشی است که موضوع اصلی این تحقیق را به خود اختصاص داده است. فضای نسبتاً تاریک زیر سطح زمین به طور قابل توجهی تفکیک میان نظامیان یا غیرنظامیان مستقر در آن را پیچیده و دشوار می کند. شبکه به هم پیوسته سازه‌ها که از بسیاری نقاط حساس و حیاتی نظیر بیمارستان، مدرسه، بازار و منازل مسکونی گذر کرده است احتمال برآوردی از میزان تلفات و جراحات احتمالی، جانبی و تصادفی را تا حد زیادی برای اجرای اصول تناسب و احتیاط سلب می کند. در نهایت با عنایت بر اثرات غیرقابل پیش‌بینی استعمال سلاح در محیط سربسته تونل‌های نظامی، استفاده از هر نوع سلاح متعارفی در آن کشنده‌تر، قدرتمندتر و بی‌رحمانه به نظر می رسد که منجر به عدول از اصل منع درد و رنج غیرضرور خواهد گردید. تمامی چالش‌های فوق که از رهگذر حفاری و ساخت تأسیسات نظامی زیرزمینی در میداین نبرد حاصل شده است، محورهای کاملاً مغفول در نزد حقوقدانان بوده است که به‌رغم چالش‌های آن مسکوت باقی مانده‌اند.

این تحقیق با اثبات فرضیه خود مبنی بر لزوم اعمال اصول حقوق بین‌الملل بشردوستانه در عملیات‌های حوزه تونل‌های نظامی و اقدامات پیرامونی آن، بر ضرورت رعایت هنجارهای بنیادین تفکیک، تناسب، احتیاط و منع درد و رنج غیرضرور به‌عنوان تعهدات لازم‌الاجرای طرفین نتیجه می‌گیرد. براین اساس عواملان نظامی برای اطمینان کامل از هدایت حمله به سمت نظامیان مستقر در تونل‌های نظامی و عدم سرایت آسیب به جمعیت غیرنظامی داخل یا مجاور آن، ناگزیر به اطمینان و تأیید کامل ماهیت هدف و آنچه که درون آن می‌گذرد می‌باشند که جز با تحصیل و تجمیع اطلاعات و همچنین نظارت و شناسایی قابل انجام نیست. کسب این اطلاعات از آنجایی واجد اهمیت است که هر تونل می‌تواند حاوی چندین ورودی و خروجی و یا تهویه هوا باشد و چنانچه سازه‌ای بر اثر مین‌گذاری یا سایر مواد انفجاری، منفجر شود، هریک از این شریان‌ها تهدیدی قریب‌الوقوع را برای جمعیت

غیرنظامی مجاور ایجاد می‌کنند. به همین جهت جمع‌آوری اطلاعات لازم جهت شناسایی و نقشه‌برداری از تمام ویژگی‌ها و مختصات یک سازه زیرزمینی، نقش بسزایی در تصمیم‌گیری عاملین نظامی ایفا می‌کند. کلید اصلی نیل به این مهم استنباط دقیق گزینه‌های موجود کسب اطلاعات برای شناسایی و نقشه‌برداری و انتخاب مؤثرترین آن است. همچنین تقویت اثرات زیانبخش سلاح در داخل فضاها سر بسته باعث می‌شود متخاصمین حتی در به‌کارگیری تسلیحات متعارف و مشروعی که در روی سطح زمین قدرت استفاده همه‌جانبه آن را دارند، جوانب احتیاط را تا حد ممکن لحاظ کنند. بر اساس رویکرد مبتنی بر اثر، جواز قانونی استعمال یک سلاح صرفاً تحت شرایطی است که محصول موازنه تناسب نظامی حاصل شده و صدمه ایراد شده به رزمندگان قرار گیرد که در این صورت عواملی چون عمق، استحکامات سازه و جداره، میزان فشار و تهویه هوا از اثرگذارترین مؤلفه‌های لازم بر مشروعیت استعمال سلاح در داخل تونل نظامی می‌باشند در هر مورد تابع بررسی موردی جداگانه است.

### حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسئول، این مقاله هیچ‌گونه حامی مالی ندارد..

### سهم نویسندگان در پژوهش

تمام نویسندگان در طراحی، اجرا و نگارش مقاله مشارکت داشته‌اند و محتوای نهایی مقاله را تأیید می‌کنند.

### تضاد منافع

نویسندگان تصریح می‌کنند که هیچ‌گونه تضاد منافی در ارتباط با این مقاله وجود ندارد.

## منابع

- کمیتة بین‌المللی صلیب سرخ (دفتر امور بین‌الملل قوه قضاییه): حقوق بین‌الملل بشردوستانه عرفی؛ ویرایش کتایون حسین‌نژاد و پوریا عسکری؛ ج ۱، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۷.
- Amnesty International, *Israel/Gaza - Operation "Cast Lead": 22 days of death and destruction*, 2 July 2009.
- Boothby, William, *Weapons and the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, 2009.
- Burchett, Wilfred G., *The furtive war: The United States in Vietnam and Laos*, International Publishers, 1963
- Corn, Geoffrey S. & Schoettler, James A., "Targeting and Civilian Risk Mitigation: The Essential Role of Precautionary Measures", *Military Law Review*, Vol. 223, Issue 4, 2015.
- Fidler, David P., "The International Legal Implications of "Non-Lethal" Weapons", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 21, 1999.
- Fry, James D., "Contextualized legal reviews for the methods and means of warfare: Cave combat and international humanitarian law", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 44, Issue 2, 2006.
- Gill & etc, *Yearbook of International Humanitarian Law 2013*, T.M.C. Asser Press, 2014.
- Givan, Rebecca Kolins & Roberts, Kenneth M. & Soule, Sarah A., *The Diffusion of Social Movements: Actors, Mechanisms, and Political Effects*, Cambridge University Press, 2010.
- Gross, Michael L., "The Second Lebanon War: The Question of Proportionality and the Prospect of Non-Lethal Warfare", *Journal of Military Ethics*, Vol. 7, Issue 1, 2008.
- Horowitz, Michael C., *The Diffusion of Military Power: Causes and Consequences for International Politics*, Princeton University Press, 2010.
- Human Rights Watch Report, *Rain of Fire - Israel's Unlawful Use of White Phosphorus in Gaza* (Report on Israel's unlawful use of white phosphorus munitions during its 22-day military operations in Gaza) , (25 March 2009) , Available at: <https://www.hrw.org/report/2009/03/25/rain-fire/israels-unlawful-use-white-phosphorus-gaza>
- Human Rights Watch Report, *Troops in Contact: Airstrikes and Civilian Deaths in Afghanistan* (Report on the use of airstrikes by US and NATO forces and resulting civilian casualties) , 3 September 2008, Available at: <https://www.hrw.org/reports/2008/afghanistan0908/>
- ICJ Reports, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opin-

- ion) , 8 July 1996.
- Leibovici & etc, “Blast Injuries: Bus Versus Open-Air Bombings--A Comparative Study of Injuries in Survivors of Open-Air Versus Confined-Space Explosions”, *The Journal of Trauma: Injury, Infection, and Critical Care*, Vol. 41, Issue 6, 1996.
- Moghadam, Assaf, *Nexus of Global Jihad: Understanding Cooperation Among Terrorist Actors*, Columbia University Press, 2017.
- Prosecutor v. Milan Martić (Judgment) , IT-95-11-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) , 12 June 2007
- Prosecutor v. Stanilav Galic, *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* (ICTY) , 5 December 2003.
- Quéguiner, Jean-François, “Precautions under the law governing the conduct of hostilities”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, Issue 864, 2006.
- Richemond-Barak Daphné, *Underground Warfare*, Oxford University Press, 2017.
- Rotter, Andrew J, *Light at the End of the Tunnel: A Vietnam War Anthology*, Rowman & Littlefield Publishers, 2010.
- Silberman, Jared, “Non-Lethal Weaponry and Non-Proliferation”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Vol. 19, Issue 1, 2014.
- Sloane, Robert D, “Puzzles of Proportion and the Reasonable Military Commander: Reflections on the Law, Ethics, and Geopolitics of Proportionality”, *Harvard National Security Journal*, Vol. 6, Issue 2, 2015.
- Solis, Gary D., *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, 2016.
- Tarrow, Sidney, *Power in Movement: Social Movements and Contentious Politics*, Cambridge University Press, 1998.
- Wang, Dan J. & Soule, Sarah A. “Tactical Innovation in Social Movements: The Effects of Peripheral and Multi-Issue Protest”, *American Sociological Review*, Vol 81, Issue 3, 2016.

# Deficiencies of Iran's legal system and international law in preventing international crimes: a case study of Gaza

Mohammad Saleh Taskhiri\* 

Assistant Professor, Department of International Law, Faculty of Law, Qom University, Qom, Iran  
Email: [taskhiri.ms@gmail.com](mailto:taskhiri.ms@gmail.com)



Use your device to scan  
and read the article online

**Citation** Taskhiri, M.S. (2025). Deficiencies of Iran's legal system and international law in preventing international crimes: a case study of Gaza . [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#). 22 (84): 95-128

 [10.22034/ilaw.2024.2026041.3413](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.2026041.3413)

Received: 27 March 2024 , Accepted: 13 August 2024

## Abstract

In response to catastrophic military attacks, international law, while providing for the "international responsibility" of states, has created "international criminal liability" for the military and political leaders. These measures, which are included under the humanitarian law or the law of armed conflicts (domestic and international), are aimed at reducing the pain caused by war by limiting the use of military tools. After the attack of the Israeli military forces in the Gaza Strip, its expansion to other parts of Palestine Territory in 2023-2024, the killing of tens of thousands of civilians and the destruction of countless civilian targets, the question arose that despite the legal mechanisms for prosecuting Israeli international crimes, what Are the obstacles which cannot be prevented from committing these crimes again? This article deals with two categories of domestic and international legal obstacles for the legal prosecution of Israeli crimes from a legal perspective and with an analytical-descriptive method. According to the findings of this article, "Iran's non-membership in the Statute of the International Criminal Court", "lack of criminalization of international crimes in domestic legislation" and "non-recognition of Israel" are three factors that make Iran face problems in legal prosecution. In addition, "the weak international position of the Palestinian state", "Israel's interest in using legal tools to its military interests" (warfare) and "the lack of legal bases necessary to support the resistance" (legal convergence) are three key obstacles to prevent the aforementioned crimes. Therefore, while addressing each of the domestic and international obstacles from a legal point of view, this article has examined solutions.

## Keywords

International Crimes Legal Convergence International Criminal Court Warfare Criminalization



## Extended Abstract

### 1. Introduction

The escalation of military operations in the Gaza Strip following the events of October 7, 2023, has highlighted a critical intersection between international law and global politics. International organizations, including the WHO and UNICEF, have documented actions by the Israeli regime that constitute "international crimes," encompassing war crimes and genocide. Traditionally, international law focused on state responsibility—a civil concept involving reparations and guarantees of non-repetition—but the post-WWII era introduced the concept of individual criminal responsibility for "international crimes," which pierces the veil of sovereign immunity for political and military leaders. Despite the establishment of the International Criminal Court (ICC) as a permanent body to prosecute such crimes, legal mechanisms often appear ineffective in preventing their recurrence.

The sources suggest that the persistence of these crimes is partly due to the strategic use of law by powerful actors. Great powers often attempt to align their actions with international law to maintain "the rule of law" and "legitimacy," yet they frequently employ "lawfare" to secure personal interests over collective goods. This includes "exceptionalism," where states seek legal exemptions, or "labeling," where they rebrand prohibited acts—such as calling torture "enhanced interrogation" or aggression "preemptive defense"—to escape liability. When legal institutions like the ICC attempt to prosecute their personnel, these powers may resort to sanctions or psychological warfare against judges. Israel similarly seeks international legitimacy and fears legal prosecution, as evidenced by its harsh reactions to the Goldstone Report and South Africa's genocide case at the International Court of Justice (ICJ). Consequently, understanding the legal obstacles to effective prosecution is essential for any state, particularly Iran, seeking to use legal tools to address these international crimes.

### 2. Research Methodology

This research utilizes an analytical-descriptive methodology to identify and categorize the barriers preventing the Islamic Republic of Iran from effectively prosecuting international crimes committed by the Israeli regime. The study focuses on two primary levels of obstacles: those rooted in the Iranian domestic legal system and those stemming from deficiencies in the international legal order. The objective is to go beyond mere summary and offer a strategic framework for legal activism in the context of the Gaza conflict.

### 3. Research Findings

The research identifies three major domestic barriers and three international obstacles that hinder efficient legal pursuit.

#### Domestic Barriers:

- **Non-accession to the Rome Statute:** Although Iran signed the Rome Statute, it has never ratified it. Historical pessimism regarding the ICC's perceived bias against Islamic and African states, alongside concerns over incompatibility with Sharia law—specifically regarding sentencing, the role of non-Muslim judges, and gender—has stalled ratification. While Iranian laws mandate the prosecution of Israeli leaders, effective use of the ICC remains legally difficult without full membership.

- **Lack of Specific Domestic Legislation:** There is a significant gap in Iran's internal laws regarding the specific criminalization of international crimes like genocide and war crimes. Since the ICC operates under the "principle of complementarity," it only intervenes if a state is "unwilling or unable" to prosecute; therefore, lacking robust domestic legislation limits Iran's ability to assert jurisdiction or prevent external judicial interference. Current provisions, such as Article 9 of the Islamic Penal Code, are criticized for being overly vague and insufficient for complex international cases.

- **The Dilemma of Recognition:** Iran's principled policy is the non-recognition of the Israeli regime, which it views as an illegal occupation. This creates a barrier in the ICJ's contentious jurisdiction, where litigation is strictly between "states". To avoid the "trap of recognition," Iran often relies on third-party states—such as supporting South Africa's case—rather than filing direct claims, which limits its primary legal agency.

#### International Barriers:

- **Status of the Palestinian State:** The legal standing of Palestine remains complex. While it has gained "non-member observer state" status at the UN and joined the ICC, it suffers from internal and external weaknesses. The internal split between Fatah in the West Bank and Hamas in Gaza, coupled with Israel's refusal to recognize Palestinian statehood despite past agreements, undermines Palestine's ability to act as a unified sovereign entity in international legal fora.

- **Systematic Lawfare:** Israel has spent decades developing a "lawfare" strategy, using legal instruments to achieve military objectives. By successfully lobbying allies to designate Palestinian resistance groups as "terrorists," Israel reframes its military actions as a "war on terror," thereby attempting to

bypass traditional humanitarian law protections. Furthermore, Israel has actively influenced international legal scholarship to portray its military codes as standard behavior for "customary international humanitarian law".

- Weakness of the "Right to Resistance": International law clearly defines "self-defense" for states under Article 51 of the UN Charter but is less definitive regarding the "right to resistance" for occupied peoples. While this right is rooted in the "right to self-determination," the lack of detailed international treaties or declarations specifically protecting the right to use force against a "prolonged occupation" leaves a gap that Israel exploits to delegitimize resistance.

#### 4. Conclusion

The study concludes that legal action is a vital component of modern political and military strategy. For Iran to overcome current obstacles, it must develop "indigenous" domestic legislation that criminalizes international crimes according to its own legal and religious requirements. Such a model could be exported to other Islamic nations that share similar jurisprudential concerns and are also frequent targets of international legal scrutiny.

Furthermore, Iran must engage in collective international activism. By collaborating with like-minded states that have shown willingness to challenge the status quo—such as South Africa, Bolivia, and Ireland—Iran can help build a "cumulative" international practice that strengthens the rights of the oppressed. Ultimately, the goal is to refine the international legal discourse surrounding the "right to resistance" and "prolonged occupation" to prevent legal frameworks from being weaponized solely by powerful actors. Strengthening these legal tools is not merely a judicial task but a strategic necessity to protect the rights of the Palestinian people and ensure accountability for international crimes.

#### Funding

According to the author, this research received no specific grant from any funding agency.

#### Author's Contribution

The author is solely responsible for the design, implementation, writing, and final approval of the manuscript.

#### Conflict of Interest

The author declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.



# موانع نظام حقوقی ایران و حقوق بین الملل در مقابله با جنایات بین المللی (مطالعه موردی غزه)

محمد صالح تسخیری\*

استادیار گروه حقوق بین الملل دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران.

Email: taskhiri.ms@gmail.com



Use your device to scan and read the article online

**Citation** Taskhiri, M.S. (2025). Deficiencies of Iran's legal system and international law in preventing international crimes: a case study of Gaza. [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#), 22 (84): 95-128

[10.22034/ilaw.2024.2026041.3413](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.2026041.3413)

Received: 27 March 2024 , Accepted: 13 August 2024

## چکیده

یکی از ابزارهای مقابله با جنایات بین المللی، کاربست ابزار حقوقی برای پیشگیری یا مجازات افرادی است که مرتکب آن شده اند. در جنایات ارتكابی توسط رژیم صهیونیستی در غزه در سال ۲۰۲۳ - ۲۰۲۴، احساسات عمومی جهانیان جریحه دار شد و دولتهای متعددی اقدام به استفاده ابزار حقوقی در این راستا کرده اند. مقاله پیش رو با روشی تحلیلی - توصیفی به این سؤال پاسخ می دهد که چه موانعی وجود دارد که مانع از پیگرد کارآمد حقوقی جنایات ارتكابی رژیم صهیونیستی توسط ایران می گردد؟ در پاسخ به این سؤال، نوشتار پیش رو دو دسته موانع با ریشه داخلی و بین المللی را مدنظر قرار می دهد. از منظر این مقاله، عدم الحاق ایران به اساسنامه دیوان کیفری بین المللی، فقدان قانون بسنده داخلی و عدم شناسایی، عواملی با ریشه داخلی هستند که ایران را در پیگرد حقوقی کارآمد با دشواری هایی روبه رو می سازند. همچنین جایگاه بین المللی ضعیف دولت فلسطین، اهتمام اسرائیل به استفاده از ابزار حقوقی در راستای منافع نظامی اش (جنگ حقوقی) و ضعف جایگاه حق بر مقاومت در حقوق بین الملل، موانعی است که ایران و دیگر دولتها را از کنشگری حقوقی شایسته باز می دارد. دستاورد و یافته این مقاله بر این ایده متمرکز می باشد که شایسته است ایران برای مقابله با این دسته از جنایات بین المللی، اقدام به قانونگذاری در خصوص جنایات بین المللی مبتنی بر الگوی بومی و داخلی کند (قانونی متناسب با نیازها و اقتضائات ایران) و در کنار آن ضمن اقناع دیگر دولتها، اقدامات جمعی در به کارگیری ابزارهای حقوقی علیه اسرائیل را به کار بندد.

## واژگان کلیدی

جنایات بین المللی، همگرایی حقوقی، دیوان بین المللی کیفری، جنگ حقوقی، جرم انگاری.



## مقاله

پس از وقوع عملیات هفتم اکتبر ۲۰۲۳ موسوم به «طوفان الاقصی»، رژیم صهیونیستی اقدام به حملات وسیع بر ضد اهداف نظامی و غیرنظامی در باریکه غزه کرد. بر اساس اطلاعات رسمی منتشرشده توسط مجموعه سازمان‌های تخصصی بین‌المللی همانند سازمان بهداشت جهانی، صندوق بین‌الملل کودکان ملل متحد (یونیسف) و سازمان خواربار جهانی (فائو) اسرائیل مرتکب اقداماتی شده است که از منظر حقوق بین‌الملل و منطق حاکم بر جامعه بین‌المللی، «جنایت بین‌المللی» به‌شمار می‌آید (UNICEF, 2024, p.7/ WHO, 2024, pp.1-3). حملات یادشده که از منظر تاریخی، موضوعی جدید به‌شمار نمی‌آمد، به دلیل تکرار چندین باره در عملکرد رژیم صهیونیستی، این سؤال را برانگیخت که چرا سازوکارهای حقوقی برای مقابله با این‌گونه جنایات به‌درستی عمل نمی‌کند و مانع از تکرار آنها نمی‌شود؟

در نظام حقوق بین‌الملل، اصل بر رسیدگی به تخلفات «دولتها» در قبال نقض تعهدات بین‌المللی برخاسته از معاهدات بین‌المللی است. در نتیجه در مواردی که تعهدی قراردادی و معاهداتی توسط یک دولت نقض شود، «مسئولیت بین‌المللی» دولت ایجاد می‌شود (Crawford, 2003, pp.446-)

447)؛ مسئولیتی که ماهیتی مدنی دارد و مبتنی بر جبران مالی

و تعهد به عدم تکرار، اقدام به ترمیم خسارات به‌وجودآمده می‌کند. از میانه قرن بیستم و با پایان جنگ جهانی دوم، همزمان با تأسیس دادگاه نظامی نورنبرگ و توکیو برای رسیدگی قضایی جرائم سران و مقامات سیاسی و نظامی دولتهای مغلوب، مفهوم دیگری نیز به مجموعه نظامات حقوق بین‌الملل اضافه شد تحت عنوان «جنایات بین‌المللی» (Armstead, 1997, p.746)؛ با این بیان که مفهوم جنایات بین‌المللی، با از بین بردن هسته سخت «اصل مصونیت دولتها و سران سیاسی و نظامی آن» (Kerr, 2020, pp.197-198)،

نویسد و دهنده این بشارت بود که زین پس، در صورت ارتکاب جنایاتی که منجر به آسیب عمده به بشریت شود و موجب برانگیختن عواطف عمومی جهانی گردد، به واسطه حقوق بین‌الملل به آنها رسیدگی خواهد شد.

تجربه تشکیل محاکم بین‌المللی برای جنایات ارتكابی در یوگسلاوی، روندا و سیرالئون، در کنار آنچه که از رویه قضایی نورنبرگ و توکیو باقی مانده بود، منجر به تأسیس دیوان بین‌الملل کیفری شد. این دیوان برخلاف محاکم بین‌المللی پیشین، به مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها نمی‌پرداخت بلکه غرض از تأسیس آن تمرکز بر مسئولیت سران بود؛ همچنین برخلاف محاکم بین‌المللی کیفری دیگر، موقت و خاص یک کشور نبود بلکه دامنه صلاحیت آن به صورت گسترده طراحی شده بود (Bassiouni and Schabas, 2021, pp.5-7)؛ هرچند که دیوان به واسطه رسیدگی به پرونده‌ها و قضایای مختلف و دادستان دیوان با عملکردش، منجر به توسعه این صلاحیت گسترده نیز شدند.

آنچه که بیان شد، نشان از توسعه دامنه مفهوم جنایات بین‌المللی در طول یک قرن اخیر می‌باشد. در متون تخصصی به فارسی از «جرائم بین‌المللی» و «جنایات بین‌المللی» در این خصوص استفاده می‌شود. دلیل این تفاوت را می‌توان در ترجمه «Crime» جست‌وجو کرد. اگر این لفظ در حقوق انگلوساکسون ترجمه گردد، «جرائم» تعبیر کاملی است اما از آنجاکه اساسنامه و اسناد حقوق بین‌المللی کیفری بسیار و امداار متون فرانسوی است؛ لذا برخی صاحب‌نظران این واژه را از منظر حقوق فرانسه نیز مدنظر قرار داده‌اند. در حقوق فرانسه جرائم بر اساس شدت مجازات، به سه دسته خلاف (Infraction) و جنحه (Délit) و جنایت (Crime) تقسیم می‌شود؛ از این رو تعبیر جنایت بین‌المللی که حاوی جرائم شدید در حقوق بین‌الملل می‌باشد، بیش از جرائم مورد توجه قرار گرفته است (شریعت باقری، ۱۳۹۰، ص ۵). از آنجاکه این نوشتار نیز در چارچوب حقوق بین‌الملل نوشته شده

است و نویسندگان حقوقی بین‌المللی از این تعبیر بیشتر استفاده می‌کنند، از این‌رو تعبیر «جنایت بین‌المللی» در این مقاله استفاده شده است. این توسعه، گواه از فزونی یافتن اهمیت رسیدگی کیفری به جنایات بین‌المللی است؛ جنایاتی که شامل چهار دسته با عناوین «جنایت نسل‌زدایی»، «جنایت علیه بشریت»، «جنایت تجاوز» و «جنایت جنگی» می‌شود. با توجه آنچه که در دوران پس از وقوع عملیات طوفان الاقصی یا هفتم اکتبر توسط رژیم صهیونیستی محقق شده است، ارتکاب دو دسته جنایت نسل‌زدایی و جنایت جنگی به این دولت منسوب می‌شود. از آنجا که از یک منظر، جنایت نسل‌زدایی بخشی از جنایت جنگی است که به دلیل ماهیت و اهمیتش بصورت مستقل جرم‌انگاری می‌شود و تعاملات فراوانی میان این دو عنوان در جریان می‌باشد (Bachman, 2020, p.22)، این مقاله بیشتر بر «جنایات جنگی» تأکید دارد.

مقاله پیش‌رو به این موضوع می‌پردازد که از منظر حقوق بین‌الملل، چه موانعی در مقابل ایران وجود دارد که در پیگرد جنایات بین‌المللی رژیم صهیونیستی منجر به کندی یا عدم‌وصول به نتیجه می‌گردد. مقاله ضمن بررسی اثرگذاری و اثرپذیری حقوق بین‌الملل و سیاست در موضوع جنایات بین‌المللی، بر موضوع جنایات اسرائیل در فلسطین متمرکز می‌شود و از آنجا که نویسنده به دنبال تبیین اهمیت بررسی موانع حقوقی موجود و لزوم تلاش برای رفع آنها می‌باشد، برشی حقوقی به نظم حقوقی ایران برای درک عمیق‌تر از موانع آن در برابر وقوع جنایات بین‌المللی خواهد زد.

## ۱. اثرگذاری حقوق بر سیاست بین‌الملل

ابتدای این بحث باید به این سؤال مفروض پاسخ داده شود که در جهان کنونی، حقوق چگونه می‌تواند مقابل ناملایمات ناشی از جنگ و جنایات جنگی را بکاهد؟ این سؤال بیشتر بر ناکارآمدی حقوق بین‌الملل متمرکز

است و اساساً فایده‌مندی مباحثی همانند موضوع این نوشتار را زیرسؤال می‌برد. برخلاف تصور عامیانه از مسائل بین‌المللی، دولتهایی که قدرت سیاسی و نظامی برتر جهانی را دارند، تلاش می‌کنند تا اقدامات خود را منطبق با حقوق جلوه دهند؛ منطق اصلی این تطابق، اهمیت «حاکمیت قانون» و تلاش دولتها برای تبعیت از قانون بین‌المللی است (Kosken- niemi, 2017, pp.4-5). این قدرتها در ابتدا می‌کوشند تا منافع خود را از طریق و در قالب‌های حقوقی پیگیری کنند. به بیان روشن‌تر دولتهای قدرتمند هیچ‌گاه با اتکا به قدرت اقتصادی و سیاسی و نظامی خود از ابزار حقوقی غافل نمی‌مانند و تلاش می‌کنند تا با استفاده از ابزار حقوقی، منافع خود را تأمین کنند. در برخی موارد این دولتها برخلاف نفع جمعی، نفع شخصی خود را به قالب‌های حقوقی تحمیل می‌کنند همانند درج حق وتو در منشور ملل متحد، تقسیم دولتها به دارندگان تسلیحات اتمی و فاقد آن در معاهده منع اشاعه سلاح‌های اتمی یا طراحی گروه بانک جهانی به شیوه‌ای که ایالات متحده آمریکا به‌تنهایی امکان عقیم کردن تصمیمات را داشته باشد. در تمامی مثال یادشده (منشور ملل متحد، معاهده منع اشاعه و اسناد بانک جهانی)، ابزار حقوقی برای تأمین نفع تبعیض‌آمیز این دولتها به کاربرده شده است. این کاربست ابزار حقوقی در راستای منافع حقوقی «معافیت‌گرایی» نامیده می‌شود (Bradford & Posner, 2011, p.50).

اهمیت تطابق با حقوق در عالم سیاست بین‌الملل تا جایی است که در مواردی که این دولتها امکان استفاده از ابزار حقوقی را به‌هر دلیلی پیدا نکنند یا اینکه نهادهای حقوقی، خلاف اقدامات آنها موضعی را اتخاذ کنند، این دولتها با استفاده از «عنوان جایگزین»، برای اقدامات متخلفانه، عناوین حقوقی جدیدی خلق می‌کنند. این فن را در عالم حقوق «کاربست برچسب مجزا» می‌نامند (Nolte & Aust, 2013, p.423)؛ برای مثال دولت ایالات متحده آمریکا برای فرار از محکومیت‌های حقوق بشری، مجازات‌های

شکنجه‌وار خود را «مجازات‌های شدید» می‌نامد (Koh, 2003, pp. 1484-5). همچنین این دولت، برای فرار از مسئولیت حقوقی ناشی از تجاوز، حملات تجاوزکارانه خود را «دفاع پیش‌دستانه» یا «مداخله بشردوستانه» می‌نامد. برچسب مجزا هرچند که ظاهر اقدام متخلفانه را ترمیم می‌کند، اما در ماهیت حقوقی خلاف، تأثیری ندارد.

قدرتهای بین‌المللی در مواردی که نتوانند از ابزارهای حقوقی برای پیگیری منافع خود استفاده کنند یا از تکنیک‌هایی مانند برچسب مجزا بهره‌مند شوند، اقدام به تهدید و تحقیر ابزارهای حقوقی می‌کنند. دولت آمریکا پس از بیست سال حضور نظامی در افغانستان، به دلیل مواجه شدن با پیگیری قضایی جنایات نیروهای نظامی آمریکایی در دیوان کیفری بین‌المللی، قضات این دیوان را تحریم و مخالفتهای شدید خود را با ادامه این پرونده علناً اعلام و جنگ روانی علیه این دیوان را به بالاترین سطح خود رسانید (Ochs, 2020, p. 610). روسیه نیز به‌عنوان قدرت بین‌المللی دیگر نیز به دلیل صدور قرار بازداشت رئیس‌جمهورش توسط دیوان بین‌المللی کیفری با ادعای ارتکاب جنایت جنگی، از تحریم قضات و دیگر ابزارهای سیاسی علیه دیوان استفاده کرده است.

اسرائیل نیز در همین منطق سیاسی جهانی، به‌شدت از پیگیری‌های حقوقی بین‌المللی ترسان است. دولت اسرائیل در فضای بین‌المللی به دنبال دو هدف «مشروعیت» و «حفظ موجودیت» خود می‌باشد و سعی فراوانی برای استفاده از ابزار حقوق بین‌الملل برای تقویت مشروعیت خود از خود بروز و ظهور می‌دهد (امیریان، ۱۳۹۵، ص ۲۶). از این‌رو این دولت می‌کوشد که اقدامات خلاف آن، تا جایی که ممکن است با محکومیت حقوقی روبه‌رو نشود. پس از وقوع جنایات این دولت علیه فلسطینیان در سال ۲۰۰۹، کمیته حقیقت‌یاب شورای حقوق بشر به ریاست قاضی گلدستون اقدام به ارائه گزارشی از جنایات ارتكابی توسط نیروهای نظامی اسرائیلی کرد (Human Rights Coun-

■ موانع نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل در مقابله با جنایات بین‌المللی (مطالعه موردی غزه)

روبه‌رو شد و گلدستون مدتی پس از انتشار گزارش اقدام به استعفا کرد. نمایندگان اسرائیل در زمان‌های مختلف اقدام به پاره کردن گزارش‌های حقوق بشری نهادهای بین‌المللی در مجامع بین‌المللی کرده‌اند. پس از طوفان الاقصی یا عملیات هفتم اکتبر، دولت آفریقای جنوبی اقدام به طرح پرونده‌ای نزد دیوان بین‌المللی دادگستری کرد و در آن مدعی شد که دولت اسرائیل مرتکب جنایت جنگی و نقض کنوانسیون منع نسل‌زدایی شده است (South Africa, 2023, pa.3). این اقدام آفریقای جنوبی با واکنش‌های شدیدی از جانب مقامات اسرائیلی و دولتهای حامی آنها روبه‌رو شد. علاوه بر این، وضعیتی نیز در دیوان بین‌الملل کیفری علیه جنایات یک‌دهه اخیر اسرائیل در حال طی کردن مسیر قانونی است (Bensouda, 2021, p.1).

حجم پیگردهای حقوقی نشان از خیزشی حقوقی علیه جنایات ارتكابی توسط اسرائیل است؛ موضوعی که با حمایت روزافزون نظام‌های قضایی داخلی دولتهای مختلف و استفاده از ابزارهای حقوقی بین‌المللی وارد مرحله جدیدی شده است. این روایت از اهمیت پیگردهای حقوقی و تشدید آنها، «مشروعیت» اقدامات اسرائیل را به‌شدت با آسیب روبه‌رو کرده و این دولت را وادار به استفاده از ابزارهای حقوقی برای ترمیم جنایات ارتكابی نموده است. تأثیر پیگردهای حقوقی یک مسأله دارای ماهیت سیاسی و نظامی در دو دهه اخیر اهمیت روزافزونی پیدا کرده است و با این منظر، توجه موانع پیگرد حقوقی مؤثر در خصوص اقدامات ارتكابی اسرائیل، اهمیتی سیاسی و بین‌المللی خواهد داشت.

## ۲. موانع داخلی پیگرد حقوقی

مبتنی بر آنچه که گفته شد، روند عمومی دولتها پیگرد جنایات بین‌المللی دولتهای دیگر می‌باشد. این پیگرد می‌تواند مبتنی بر نظام حقوقی داخلی

یک دولت باشد (همانند صدور احکام قضایی داخلی نسبت به مسببان یک حادثه) یا اینکه آن دولت مبتنی بر ابزارهای حقوقی بین‌المللی، اقدام به پیگیری یک موضوع کند. در این راستا به موانع پیگیری جنایات اسرائیل از جانب دولت جمهوری اسلامی ایران پرداخته می‌شود و این موضوع تبیین می‌گردد که چه موانعی با ریشه‌های داخلی (با اثری بین‌المللی) وجود دارد که مانع از پیگرد حقوقی جنایات اسرائیل توسط ایران می‌گردد.

## ۲-۱. عدم الحاق به اساسنامه رم

یکی از راه‌هایی که امکان پیگیری جنایات بین‌المللی را برای دولتها میسر می‌سازد، ارجاع پرونده جانیان به دیوان بین‌المللی کیفری است. نمایندگان جمهوری اسلامی ایران در زمان مذاکرات تصویب معاهده مؤسس دیوان معروف به «اساسنامه رم» در مذاکرات حضور داشتند و ایران نیز در آخرین فرصت قانونی، اساسنامه را به امضا رسانیدند (ذاکر حسین، ۱۳۹۹، ص ۱۶)؛ با این وجود، هیچ‌گاه اساسنامه رم برای تصویب نهایی به مجلس شورای اسلامی ارسال نشد و از منظر حقوقی، ایران عضو این اساسنامه نگردید. طبق اصول ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، صرف امضا بر معاهده برای ایران ایجاد تعهد نمی‌کند و تنها زمانی ایران ملتزم به تعهدات یک معاهده می‌شود که به تصویب مجلس برسد.

این موضوع را می‌توان در چند مسأله اصلی جست‌وجو کرد. نخست اینکه دولت ایران در نگرشی نظام‌مند نسبت به این سازوکار عدالت حقوقی، خوش‌بین نبود و بنابر پیش‌بینی تقریباً درستی، امکان سوءاستفاده از دیوان علیه منافع ملی ایران را مدنظر قرار داشت. علت اینکه این پیش‌بینی را می‌توان درست دانست آن است که دیوان در دهه نخست عمر خود عموماً پرونده‌های دولتهای اسلامی و آفریقایی را مدنظر قرار داد (همان، ص ۱۲-۱۴) و از جنایات بین‌المللی دیگر دولتهای غربی و شرقی صرف‌نظر کرد. این روند بعد از یک دهه متوقف شد و شروع فرایند وضعیت‌ها (قضایا) و

■ موانع نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل در مقابله با جنایات بین‌المللی (مطالعه موردی غزه)

پرونده‌های آمریکا، روسیه و اسرائیل در این دیوان ظهور رویکرد عدالت فراگیر نوید را داد.

نکته دیگر این بود که اساسنامه دیوان در خصوص جرائم بین‌المللی، نظام جزادهی متفاوتی از فقه و شریعت اسلامی را مدنظر قرار می‌داد، درحالی‌که این‌گونه جنایات در شریعت اسلامی، سزادهی شدیدتری دارند و شریعت اسلامی متفاوت می‌اندیشد (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۴۷۸). علاوه بر این در این دادگاه امکان سلطه قضات غیرمسلمان، تعریف متفاوت از جنایات، امکان قضاوت زنان و نظایر آن وجود دارد که محل تأمل جدی فقهی است (مهرپور، ۱۳۹۰، ص ۴۳۱). این موارد نیز منجر شد که فرایند تصویب اساسنامه رم در نظام حقوقی ایران با بی‌میلی روبه‌رو شود.

لازم به تذکر است که قانونگذار ایرانی در ماده ۱۱ از «قانون مقابله با اقدامات خصمانه رژیم صهیونیستی علیه صلح و امنیت» مصوب ۱۳۹۹ مقرر کرده است که «دادستان کل کشور با همکاری وزارت امور خارجه و دفتر خدمات حقوقی ریاست‌جمهوری مکلف است با بهره‌مندی از ظرفیت‌های مراجع و نهادهای داخلی، خارجی و بین‌المللی، نسبت به حمایت از مردم فلسطین و سایر قربانیان نسبت به طرح شکایت و محاکمه و اجرای احکام مجازات سران جنایتکار رژیم اشغالگر صهیونیستی به دلیل ارتکاب جنایت علیه بشریت، جنایت جنگی، نسل‌کشی، جنایت تجاوز و اقدامات تروریستی در داخل و خارج از سرزمین‌های اشغالی، در محاکم ذی‌صلاح داخلی و خارجی و دادگاهها و دیوان بین‌المللی اقدام نماید». همچنین پیشتر قانونگذار ایرانی با تصریح به پیگیری در دیوان بین‌المللی کیفری در ماده ۳ از «قانون الزام دولت به حمایت همه‌جانبه از مردم مظلوم فلسطین» مصوب ۱۳۸۷ تصریح کرده بود که «بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل، جنایات انجام‌شده در غزه، از مصادیق بارز جنایت علیه بشریت و نسل‌کشی می‌باشد. دولت موظف است از طریق مجامع بین‌المللی از جمله شورای امنیت سازمان

ملل متحد، موضوع محاکمه سران رژیم اشغالگر قدس را در دادگاه دیوان کیفری بین‌المللی و محاکم داخلی کشور به‌عنوان جنایتکار علیه بشریت و عاملان نسل‌کشی پیگیری نماید.» اجرای هردو مقرر فوق از یک منظر نیازمند الحاق ایران به اساسنامه رم برای پیگیری کیفری جنایات سران رژیم صهیونیستی است.

## ۲-۲. عدم قانونگذاری دقیق در قوانین داخلی نسبت به جرایم بین‌المللی

دومین دلیلی که ایران عملاً امکان پیگرد جنایات بین‌المللی را حداقل در محاکم داخلی خود را ندارد، عدم جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی در قوانین داخلی است. جنبش تقنین داخلی در خصوص جنایات بین‌المللی، جنبشی جهانی است و بسیاری از دولتها در طول سالیان پس از لازم‌الاجرا شدن اساسنامه رم، اقدام به قانونگذاری داخلی برای جرم‌انگاری داخلی این جنایات کرده‌اند (Randhawa, 2022, p.466). فلسفه اصلی این جنبش این است که صلاحیت دیوان نسبت به جنایات بین‌المللی، «صلاحیت تکمیلی» می‌باشد؛ صلاحیت تکمیلی دیوان به این معناست که اگر یک دولت نخواهد یا نتواند به جنایات بین‌المللی اتباع یا افراد در دسترس او رسیدگی قضایی کند، دیوان برای تکمیل اراده نقصان‌یافته آن دولت اقدام به رسیدگی می‌کند (Mayans-Hermida & Holá, 2020, p.1109). برای رسیدگی قضایی ابتدائاً باید قانون داخلی جنایات بین‌المللی را جرم‌انگاری کرده باشد و در مرحله بعد، برای محاکم داخلی نیز صلاحیت قضایی رسیدگی به این جنایات را قانوناً برقرار کرده باشد (دلخوش، ۱۳۹۵، ص ۲۷۸-۲۷۹).

در ایران نقصان قانون داخلی در خصوص صلاحیت قضایی در رسیدگی به این جنایات بسیار مشهود است. نیاز به قانونگذاری تفصیلی در زمینه جنایات بین‌المللی نه‌تنها در ایران، بلکه در تمامی دولتهای حامی مقابله با این جنایات توسط جامعه حقوقی احساس گردیده است. بیش از ده دولت فارغ از تصویب اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، اقدام به قانونگذاری داخلی

کرده‌اند. این قانونگذاری تفصیلی را باید ناشی از دو موضوع دانست. نخست اینکه تعدد مصادیق جنایات بین‌المللی منجر گردیده تا قانونگذاری بسیط و کوتاه، جوابگوی نیاز حقوقی نباشد. دوم اینکه نظام‌های حقوقی داخلی به‌درستی دریافته‌اند که یک معاهده بین‌المللی به‌تنهایی کفایت نمی‌کند، بلکه هر دولتی مطابق اقتضائات داخلی حقوقی، نیازمند بومی‌سازی این جنایات می‌باشد؛ برای مثال بلژیک به‌دلیل وجود سابقه استعمار در کارنامه خود و سوئیس به‌دلیل داشتن سابقه «بی‌طرفی بین‌المللی» معطوف به نیازهای داخلی خود اقدام به جرم‌انگاری داخلی جنایات بین‌المللی کرده‌اند (Marchand, 2020, p.417). نیاز به بومی‌سازی الگوی تقنین کیفری در حوزه جنایات بین‌المللی و تنوع مصادیق آن، درخصوص نظم حقوقی ایران نیز احساس می‌شود.

ماده نهم از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تصریح می‌کند «مرتکب جرائمی که به‌موجب قانون خاص یا عهدنامه‌ها و مقررات بین‌المللی در هر کشوری یافت شود، در همان کشور محاکمه می‌شود، اگر در ایران یافت شود طبق قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران محاکمه و مجازات می‌گردد». با آنکه ماده ۹ با بینش توسعه‌صلاحیت قضایی ایران درخصوص جنایات بین‌المللی نوشته شد، اما این ماده و مواد دیگر قانون مجازات اسلامی که به‌عنوان توسعه‌دهنده صلاحیت قضایی ایران شناخته می‌شوند، از ابهام و کلی بودن بیش از حد، رنج می‌برند (پورقهرمانی و دیگران، ۱۳۹۵، ص ۱۱۳) و به‌همین دلیل هیچ‌گاه نتوانستند محمل قضایی مناسبی را برای رسیدگی قضایی به جنایات بین‌المللی سران رژیم صهیونیستی را به‌همراه بیاورند.

از این‌رو دولت و قوه قضائیه طی سالیان گذشته چندین بار لوایحی برای جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی و توسعه صلاحیت قضایی ایران برای رسیدگی به این جنایات به مجلس ارائه کرده‌اند که هر یک بنابردلایلی به نتیجه نرسیده است؛ این درحالی است که بر اساس قوانینی همچون ماده ۳

از قانون «قانون الزام دولت به حمایت همه جانبه از مردم مظلوم فلسطین» مصوب ۱۳۸۷ نظام قضایی کشور مکلف به رسیدگی کیفری به جنایات سران رژیم صهیونیستی شده‌اند؛ درحالی که قانون لازم برای جرم‌انگاری داخلی جنایات بین‌المللی و ایجاد صلاحیت قضایی برای محاکم ایران در نظم حقوقی داخلی ایران وجود ندارد.

قانونگذار ایران با تقنین جنایات جنگی امکان ممانعت از ورود دیوان به رسیدگی قضایی جنایات اتباع خود را نیز فراهم می‌سازد (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۴۹۱) و در صورت عدم‌التفات به این موضوع، به دلیل فقدان قانون، امکان مداخله قضایی در امور داخلی به وجود می‌آید؛ آنچنان که در گزارش کمیته حقیقت‌یاب شورای حقوق بشر که در سال ۱۴۰۳ (۲۰۲۴م) منتشر شد، تلاش گزارشگران مبنی بر این بود که اقدامات ایران در خصوص زنان را «جنایت بین‌المللی» و از گونه «جنایت علیه بشریت» معرفی کنند (Human Right Council, 2024, pa.182) تا امکان ورود نهادهای قضایی و شبه قضایی به وجود آید.

علاوه بر این، نگرش غلط در خصوص عدم امکان مجازات سران یادشده و در نتیجه بی‌فایده بودن این موضوع منجر به دل‌سردی و کندگی در این موضوع شده است (بذار، ۱۳۹۹، ص ۲۷۹). درحالی که اثر این اقدامات قضایی در سطح بین‌المللی اثر تراکمی می‌باشد و صدور احکام داخلی در موضوع واحد، موجب رویه بین‌المللی در آن موضوع می‌گردد. با همین بینش برخی دولت‌ها برخلاف اصل مصونیت دولت‌ها اقدام به صدور احکام داخلی علیه اموال دولتی ایران کردند و بعد از یک دهه، برخلاف اصول مسلم حقوق بین‌الملل، رویه‌ای ایجاد کردند که دولت‌ها بنابر ادعاهای مختلف از جمله حمایت از اقدامات تروریستی می‌توانند اموال دولتهای دیگر را توقیف یا ضبط و صادره کنند (Wang, 2021, p.171). در نتیجه اقدام قضایی خصوصاً در این موارد که جمعی دولت‌ها نسبت به آن حساسیت قضایی کافی

■ موانع نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل در مقابله با جنایات بین‌المللی (مطالعه موردی غزه)

پیدا کرده‌اند می‌تواند عاملی برای همگرایی حقوقی و سیاسی برمحور مسأله دفاع از مظلوم شود.

### ۲-۳. عدم‌شناسایی وضعیت ناشی از اشغال

سیاست اصولی ایران در موضوع فلسطین، عدم‌برسمیت‌شناسی رژیم صهیونیستی است. این سیاست ناشی از نگرش کلان سیاست خارجی ایران در عدم‌شناسایی وضعیت «اشغال» و اشغالگری است. برخلاف نظریه «تأسیس دو دولت عربی و یهودی» که خواهان برسمیت‌شناسی توأمان اسرائیل و فلسطین و عادی‌سازی روابط است، طرح ایران در این خصوص، واگذاری تعیین تکلیف وضعیت اشغال به همه‌پرسی ملی به فلسطینیان اصیل می‌باشد؛ آنچه که تحت عنوان «طرح همه‌پرسی فلسطین» شناخته می‌شود (نامه نماینده دائم وقت ایران در ملل متحد خطاب به دبیرکل ملل متحد آنتونیو گوترش به شماره ۱۱۲۲۸۴ مورخ ۱ نوامبر ۲۰۱۹). این رویکرد اختصاص به دوران پس از انقلاب اسلامی ندارد؛ زیرا که منصورالسلطنه نماینده ایران در جلسه ملل متحد در زمان تصمیم‌گیری برای فلسطین در اظهاراتی شفاف بیان داشته بود که تعیین تکلیف باید به‌دست فلسطینیان باشد «اعم از این که آنها مسلمان باشند یا مسیحی یا یهودی، همین که این کشور آزادی خود را به‌دست آورد، اهالی آنجا پیرو هر دینی که باشند، برای اختلافی که امروز بین آنها تفرقه انداخته، راه‌حل عادلانه و منصفانه‌ای پیدا خواهند نمود و آن وقت این راه‌حل را که خود شخصاً ذینفع می‌باشند، آزادانه انتخاب و قبول می‌کنند، حسن استقبال خواهند کرد» (نورالدین کیا، ۱۳۷۷، ص ۱۵۶).

فارغ از اصولی‌بودن این سیاست، یکی از موانع برای اقدام ایران در خصوص دولت صهیونیستی و سران آن، عدم‌برسمیت‌شناسی آن به‌عنوان یک «دولت رسمی» است. این موضوع به‌ویژه در دیوان بین‌الملل دادگستری و در موارد مختلفی که صرفاً مجال رسیدگی به شکایات رسمی دولتها علیه یکدیگر برقرار می‌باشد، مشهودتر است. دیوان بین‌الملل دادگستری دارای

دو دسته صلاحیت ترافیعی و مشورتی است. در صلاحیت مشورتی دیوان، سازمان‌های بین‌المللی اجازه درخواست صدور نظر مشورتی غیرالزام‌آور از دیوان در خصوص مسائل تخصصی مرتبط با خود را دارند، اما در صلاحیت ترافیعی، صرفاً دولتها اجازه دارند در اختلافات میان یکدیگر اقدام به طرح دعوا کنند (مشهدی و تسخیری، ۱۳۹۳، ص ۶۶-۶۷). از این‌رو هرگاه یک دولت علیه دولت دیگری اقدام به طرح پرونده کند، ابتدائاً لازم است «موجودیت» آن را به‌عنوان دولت مستقل به‌رسمیت بشناسد.

این دلیل ریشه داخلی دارد و جزء عوامل بین‌المللی به‌شمار نمی‌آید؛ زیرا که سیاست خارجی هر کشور مبتنی بر منافع ملی و آرمان‌های ملت خود شکل می‌گیرد. به‌بیان روشن‌تر، به‌رسمیت‌شناختن یک موجودیت به‌عنوان دولت، عملی داخلی با اثری بین‌المللی است (Badarin, 2020, pp.3-4). ایران در مواردی که نیاز به پیگیری حقوقی مسائل مرتبط با اسرائیل و فلسطین وجود دارد، از طریق دولتهای دیگر و با واسطه پیگیری می‌کند تا در دام «به‌رسمیت‌شناسی» اسرائیل نیفتد. از این‌رو بود که با وجود اینکه در خصوص نقض کنوانسیون منع و مجازات جنایت ژنوسید توسط اسرائیل، به‌دلیل عضویت توأمان ایران و اسرائیل در این کنوانسیون، ایران می‌توانست مستقیماً علیه اسرائیل در دیوان بین‌المللی دادگستری طرح دعوای ترافیعی کند، اما برای گریز از دام به‌رسمیت‌شناسی، ترجیح داد تا دولت دیگری (آفریقای جنوبی) اقدام به طرح این پرونده در دیوان کرده و ایران صرفاً به ابراز حمایت سیاسی خود را از اقدام حقوقی صورت گرفته بسنده کند.

ایران حتی در استماع عمومی دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص نظریه مشورتی «پیامدهای حقوقی ناشی از سیاست‌ها و عملکرد اسرائیل در سرزمین‌های اشغال فلسطین» با ارائه بیانیه‌ای تفصیلی، تصریح کرد که صدور بیانیه در خصوص این نظر مشورتی به‌هیچ وجه به‌معنای شناسایی اسرائیل به‌شمار نمی‌آید (Oral Statement, 2024, p.17). این نظریه در

■ موانع نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل در مقابله با جنایات بین‌المللی (مطالعه موردی غزه)

مقام صلاحیت مشورتی دیوان بود و برخلاف صلاحیت ترافیعی، حضور دولت ایران در جلسه استماع، به معنای شناسایی دولت مقابل ارزیابی نمی‌شد، به‌ویژه اینکه دولتها و سازمانهای بین‌المللی متعددی اجازه اظهار نظر یافته بودند تا نظرات کارشناسی خود را ارائه کنند؛ با تمامی این تفصیلات، ایران در بیانیه ارائه‌شده تصریح به رویه همیشگی خود در خصوص عدم شناسایی اسرائیل کرد.

### ۳. کاستی‌های نظام حقوق بین‌الملل

در ساحت حقوق بین‌الملل کاستی‌هایی وجود دارد که با رفع بخشی از آن، امکان مقابله با جنایات بین‌المللی توسط رژیم صهیونیستی بیش از پیش میسر خواهد شد. هرچند که بخشی از سازوکارهای حقوقی بین‌المللی در حال حاضر به‌ویژه در سازوکارهای حقوق بشری و گزارشگران حقوق بشر ملل متحد پس از عملیات طوفان الاقصی به شدت علیه اسرائیل، اقداماتی را به سرانجام رسانیده‌اند که آثار آن با فاصله آشکار خواهد شد، اما برخی از ظرفیت‌های حقوق بین‌الملل به دلایلی دچار نقصان شده‌اند؛ دلایلی همچون ضعف جایگاه بین‌المللی دولت فلسطینی، اقدامات مبتنی بر جنگ حقوقی توسط اسرائیل و کاستی در ادبیات حقوقی حمایت‌کننده از حق‌های فلسطینیان. در این قسمت به کاستی‌های حقوق بین‌الملل در این موضوع پرداخته خواهد شد.

#### ۳-۱. تأثیر وضعیت خاص دولت فلسطین بر پیگیری‌های بین‌المللی

پس از اتمام جنگ جهانی دوم و در چارچوب سازمان ملل متحد، تصمیم‌گیری در خصوص فلسطین به‌عنوان سرزمین تحت قیمومت بریتانیا در ۲۷ آوریل ۱۹۴۷ به کمیته‌ای مستقل سپرده شد تا راه‌حل‌های حقوقی اتمام وضعیت قیمومت را ارائه کند. دو راه‌حل نهایی کمیته به صورت تشکیل دو دولت عربی-یهودی و تشکیل دولت فدراتیو با دو ایالت یهودی و عربی

به مجمع عمومی سازمان ملل پیشنهاد شد (دهقانی، ۱۳۸۸، ص ۱۳۲۰). مشروعیت حقوقی سازمان‌های بین‌المللی مبتنی بر اساسنامه و معاهده مؤسس آن سازمان سنجیده می‌شود. در این راستا، مجمع عمومی در اقدامی خلاف صلاحیت‌های مندرج در منشور ملل متحد اقدام به تصویب قطعنامه‌ای بی‌سابقه در خصوص تقسیم سرزمین فلسطین به دو بخش اسرائیلی و فلسطینی کرد. هرچند که بعدها نویسندگان حقوقی تلاش کردند تا برای عبور از این ایراد «اساسی»، عبارات قطعنامه مجمع عمومی را صرفاً «پیشنهادات» مصوب مجمع ارزیابی کنند (Hammond, 2010, p.4) اما این قطعنامه که به قطعنامه ۱۸۱ یا «قطعنامه تقسیم» معروف است با ۳۳ رأی موافق، ۱۳ مخالف و ۱۰ رأی ممتنع در حقیقت سرزمین عربی را به ساکنان جدیدش بخشید و مبنایی حقوقی برای دولت نوحاسته به وجود آورد. فارغ از فقدان مشروعیت حقوقی تصمیم مجمع عمومی، اسرائیل به دلیل فقدان عناصر تشکیل‌دهنده دولت یعنی سرزمین واقعی و جمعیت اصیل همواره برای نمونه استثنایی از دولت شناخته می‌شود و اساتید حقوق بین‌الملل در زمان بحث از عناصر تشکیل‌دهنده دولت، به دلیل وجود نقصان‌های مشهود در تشکیل دولت اسرائیل، صرفاً رأی مجمع را به عنوان عامل انحصاری موجد و مؤسس دولت اسرائیلی برمی‌شمارند (Crawford, 2006, pp.48 & 431) و از غور در وضعیت نابه‌سامان این دولت تحمیلی و جعلی‌گریز می‌کنند. با تمامی این تفصیلات، از ۱۹۴۵ میلادی تاکنون وضعیت دولت اسرائیل به دلیل حمایت‌های سیاسی، با مشکل خاصی روبه‌رو نشده است اما این موضوع در طرف فلسطینی در وضعیت بغرنجی به سر می‌برد. پس از اشغال فلسطین توسط صهیونیست‌ها اولین موجودیتی که توانست ویژگی‌های یک «سازمان آزادی‌بخش» در حقوق بین‌الملل را کسب کند، «سازمان آزادی‌بخش فلسطین» بود. بر اساس حقوق بین‌الملل، موجودیتی که دارای تشکیلات و ساختار فرماندهی باشد و بتواند از طرف مردمانی نمایندگی

■ موانع نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل در مقابله با جنایات بین‌المللی (مطالعه موردی غزه)

پیدا کند، می‌تواند از صلاحیت‌هایی نظیر دولت در فضای بین‌المللی بهره‌مند شود (Olalia, 2005, p.3). این سازمان آزادی‌بخش فلسطین که از جنبش فتح شکل گرفته بود، به تدریج توانست طرف مذاکرات اسرائیلی - فلسطینی قرار بگیرد.

در سال ۱۹۷۴ دولتهای عضو مجمع عمومی ملل متحد، وضعیت «ناظر» را به این سازمان اعطا کردند و با این اقدام، این دولت را به‌عنوان «نماینده مردمان فلسطینی» به رسمیت شناختند (Silverburg, 1977, p.373). مجمع عمومی پس از این در قطعنامه‌های ۴۷/۱۷۶ و ۴۷/۱۷۷ مصوب ۱۵ دسامبر ۱۹۸۸ از تعبیر «دولت فلسطین» به جای «شورای ملی فلسطین» (Palestine National Coucile) یا همان سازمان آزادی‌بخش فلسطین استفاده کرد تا تلویحاً ارتقای جایگاه بین‌المللی این سازمان را اعلام کرده باشد. آخرین اقدام کلیدی مجمع تصویب قطعنامه ۶۷/۱۹ در ۲۹ نوامبر ۲۰۱۲ بود و عضویت «ناظر» فلسطین را به عضویت «دولت ناظر غیرعضو» تغییر داد. عملاً با این مصوبه فلسطین شکل دولت ملی را برخوردار شد و برای اقداماتی که دولت رسمی اجازه انجام آن را در فضای حقوق بین‌الملل پیدا می‌کرد، مجوز حقوقی دریافت کرد. پس از این دولت فلسطین اقدام به کنشگری در سطح بین‌المللی در قالب دولت فلسطین کرد و با عضویت به‌عنوان دولت عضو در یونسکو و همچنین عضویت در اساسنامه رم دیوان بین‌المللی کیفری و ارجاع وضعیت جنایات اسرائیل به این دیوان از وضعیت تازه کسب کرده خود کمال استفاده را کرد (رمضانی قوام‌آبادی، ۱۳۹۵، ص ۸).

با این حال، وضعیت دولت فلسطین از دو مانع هنوز رنج می‌برد؛ یک مانع خارجی و یک مانع داخلی که هر دو بر وضعیت بین‌المللی این دولت اثرگذار هستند. مانع خارجی، عدم به رسمیت‌شناسی دولت فلسطینی و تلاش برای حذف آن است. پس از کنفرانس اسلو و شرم‌الشیخ، دولت فلسطین به‌رهبری فتح موجودیت اسرائیل را رسماً پذیرفت و قبول کرد که فرایند

«خلع سلاح» را آغاز کند و از مقابله مسلحانه دست بردارد (Fischer, 2021, p.2)؛ در مقابل اسرائیل نیز پذیرفت مقدمات پذیرش فلسطین را فراهم کند. این وعده اسرائیل هیچ‌گاه به عمل نرسید و روزبه‌روز، اقدامات اشغال‌گراانه اسرائیل توسعه پیدا می‌کرد تا جایی که جنبش فتح به شکست ایده دو دولتی پی‌برد. این پی‌بردن دیرهنگام منجر شد تا عملاً در کرانه باختری موجودیت دولت فلسطین در حد یک سازمان کوچک بدون حاکمیت باقی بماند (Greenstein, 2020, p.78) و عملاً اسرائیل حاکمیت خود را گستراند؛ در حالی که اسرائیل وعده پذیرش دولت فلسطینی را داده بود. همچنین در طول زمان و با روی کار آمدن جناح افراطی اسرائیلی در ساختار سیاسی، عملاً پذیرش ایده دو دولتی به کوچ اجباری اما تدریجی فلسطینیان تغییر پیدا کرد.

مانع داخلی نیز مولود همین روند بدعهدی طرف اسرائیلی بود. دیگر سازمان‌های آزادی‌بخش با رهبری حماس که به شکست ایده دو دولتی پی‌برده بودند، بر اساس انتخابات پارلمانی توانستند قدرت سیاسی را بدست بگیرند؛ قدرتی که در باریکه غزه به‌دست حماس رسید و حاکمیت این جناح سیاسی را گستراند. در این زمان، فتح تحولات جدید را نپذیرفت و کرانه باختری را در اختیار خود و تحت حاکمیت اسرائیلی نگه‌داشت. از این زمان به‌بعد، انشقاق داخلی پدید آمد و عملاً «نماینده‌گی واقعی و ملی» دولت فلسطینی مورد تردید واقع شد و پس از مدتی، این ادعا مطرح شد که هیچ‌گروه فلسطینی امکان ادعای نمایندگی تمامی مردمان فلسطین را نخواهد داشت (Johannsen et al., 2011, p.4). ثمره این اختلاف داخلی، منفعت اسرائیلی - آمریکایی بود که وجود دولت ناتوان فلسطینی را مولود تنش‌های داخلی نشان می‌داد.

راهبرد حقوقی دولت فلسطین، عضویت در معاهدات خصوصاً معاهدات مرتبط با حقوق بشر و حقوق بشردوستانه است و این دولت تلاش کرده

■ موانع نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل در مقابله با جنایات بین‌المللی (مطالعه موردی غزه)

است تا در پیگیری حقوقی نسبت به منافع خود جدیت نشان دهد (Sakran, 2019, pp.109-115)، اما عدم به رسمیت‌شناسی دولت فلسطین توسط طرف اسرائیلی به عنوان راهبردی اساسی و نزاع داخلی میان گروه‌های فلسطینی، منجر شده است تا برخی سازوکارهای حقوقی بین‌المللی نتواند به کمک فلسطین برای مقابله با جنایات اسرائیلی بیاید؛ به‌ویژه اینکه دولت فلسطین و اسرائیل در بیش از سی معاهده جهانی، عضویت همزمان دارند و دولت فلسطین امکان بازخواست حقوقی مبتنی بر این معاهدات نسبت به طرف اسرائیلی را داراست.

مهم‌ترین معاهداتی که فلسطین و اسرائیل توأمان عضو آن هستند، معاهدات حقوق بشر دوستانه یا حقوق جنگ می‌باشد. تفاوتی ندارد که اسرائیل دولت فلسطینی را به رسمیت بشناسد یا آن را بخشی از ساکنان خود تلقی کند؛ زیرا که حقوق بین‌الملل معیارها و سنجه‌های حقوق جنگ را حاکم بر مخاصمات مسلحانه داخلی و بین‌المللی می‌داند و اقدامات اسرائیل مبتنی بر بسیاری از این معیارها و سنجه‌ها، عنوان «جنایت جنگی» به خود می‌گیرد (Poissonnier & David, 2020, p.19)، اما آنچه که باقی می‌ماند و عدم به رسمیت‌شناسی دولت فلسطینی مانع آن می‌شود، پذیرش طرف اسرائیلی برای اجرای قواعد حقوق بشر دوستانه بین‌المللی است و این به فرار سیاست از حقوق و تفاوت «باید»ها از «هست»ها بازمی‌گردد.

### ۳-۲. جنگ حقوقی بلندمدت علیه گروه‌های فلسطینی

قریب به دو دهه است که رژیم صهیونیستی و حامیان سیاسی آن با درک درست از نیازهای این رژیم برای ادامه اقدامات نظامی، اقدام به طراحی مجموعه‌ای از تدابیر حقوقی کرده‌اند تا بتوانند به واسطه آنها به اهداف سیاسی و نظامی خود راحت‌تر نائل شوند. این رویکرد در حقوق بین‌الملل، «جنگ حقوقی» نامیده می‌شود. جنگ حقوقی یعنی به کاربردن ابزارهای حقوقی برای وصول به اهداف و راهبردهای سیاسی، نظامی و اقتصادی

(Fazaeli & Kosary, 2021, p.201). از این رو جنگ حقوقی به عنوان یک قطعه از پازل سیاست‌های کلی یک کشور تعریف می‌شود و بخشی از توان و سرمایه یک دولت را به خود جذب می‌کند.

رژیم صهیونیستی همواره به خاطر به کار بردن ابزار زور نظامی علیه فلسطین و گروه‌های فلسطینی مورد انتقاد سازمان‌های بین‌المللی و نهادهای حقوق بشری بوده است (High Commissioner for Human Rights, 2024, pp.9-11). از این رو اسرائیل برای فراهم کردن تکیه‌گاه و مستمسک حقوقی توجیه‌کننده عملکردش، دو دسته از اقدامات را در عالم حقوق بین‌الملل صورت داد. نخست اینکه در سطح داخلی (قانونگذاران دولت‌های همسو) یا سطوح بین‌المللی (همانند سیاست‌گذاران و قانونگذاران اتحادیه اروپا)، حامیانش را به درج نام گروه‌های فلسطینی در فهرست گروه‌های تروریستی ترغیب کرد (European Parliament, 2023, p.3). مهم‌ترین نتیجه ناشی از این اقدام این بود که هرگونه اقدام نظامی اسرائیل علیه فلسطینیان، تحت قالب «جنگ علیه تروریسم» شناخته شد و در ادبیات حقوقی حامی اسرائیل، اقدامات نظامی اسرائیل علیه «گروه‌های فلسطینی» نیز به عنوان جنگ علیه «گروه‌های تروریستی فلسطینی» صورت‌بندی گردید (Greenland et. al, 2024, p.2). جنگ علیه تروریسم، همان‌انوانی بود که ایالات متحده آمریکا و نیروهای ائتلاف به واسطه آن توانستند توجیهی حقوقی برای حمله به عراق و افغانستان فراهم کنند. اسرائیل نیز از این ابزار برای کاهش فشارهای حقوقی علیه خود استفاده کرد.

دومین اقدام اسرائیل و دولتهای همسوی آن، تلاش برای تنزل از جایگاه بین‌المللی گروه‌های مقاومت در ساختار حقوق بین‌الملل می‌باشد. همان‌طور که پیشتر توضیح داده شد، در یک کشور یا سرزمین تحت اشغال خارجی، سازمان‌های نظامی که دارای تشکیلات منسجم باشند و بتوانند از مردمان خود نمایندگی کنند، می‌توانند از برخی صلاحیت‌های بین‌المللی یک

■ موانع نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل در مقابله با جنایات بین‌المللی (مطالعه موردی غزه)

دولت بهره‌برند. مقامات سیاسی و نظامی ایالات متحده آمریکا به‌ویژه پس از عملیات هفتم اکتبر یا طوفان الاقصی با تکرار این جمله که «حماس نماینده مردم فلسطین» نیست، خط روایتی را آغاز کردند که نتیجه آن، از بین رفتن وصف «سازمان آزادی‌بخش» از گروه‌های فلسطینی بود. این جمله در بیانیه‌ها و مصوبات اتحادیه اروپا که دارای ۲۷ دولت عضو هست، نیز تکرار شد (European Parliament, 2023, p.3). «تروریستی معرفی کردن حماس و دیگر گروه‌های نظامی فلسطینی» و «فقدان ویژگی نمایندگی مردم»، ابزارهای حقوق بین‌المللی اسرائیل و حامیان آن علیه حماس و دیگر گروه‌های آزادی‌بخش فلسطینی به‌شمار می‌آید. موضوعی که دولت فلسطینی برخاسته از جنبش فتح نیز به‌دلیل اختلاف با حماس، به آن دامن می‌زند. علاوه بر این، دولت اسرائیل تلاش کرده است با عضویت در سازمان‌های بین‌المللی مختلف، تربیت حقوقدانان و تقویت نهادهای حقوقی حامی خود در مجموعه‌های مختلف حقوقی، ادبیات حقوقی حامی اسرائیل را تقویت کند؛ برای مثال در مجموعه موسوم به «حقوق بین‌الملل عرفی بشردوستانه» که نتیجه تألیف جمعی ده‌ها تن از حقوقدانان بین‌المللی است، نویسندگان اسرائیلی و حامیان آنها کوشیده‌اند تا مثال‌های متعددی از اقدامات نظامیان اسرائیلی، کدهای رفتاری نظامی اسرائیل و احکام دادگاه‌های اسرائیل در خصوص جنگ را به‌عنوان الگوی رفتاری صحیح از جنگ و حقوق بشردوستانه ترویج کنند (Henckaerts, 2005, p.36 & 140)؛ حال آنکه در عرصه عمل، اسرائیل در ارتکاب جنایات بین‌المللی به‌ویژه جنایات جنگی، دارای سوءعملکردهای بی‌شماری است و این پیرایش، چیزی از واقعیت‌های رنجبار عملکرد اسرائیل در چنددهه گذشته نمی‌کاهد.

### ۳-۳. جایگاه حق بر مقاومت در نظام حقوق بین‌الملل

آنچه در عنوان قبل بیان شد برشی از اقدامات حقوقی بین‌المللی بود که گویای اهمیت این حوزه از دانش بشری برای پیشبرد اهداف غیرحقوقی

است؛ موضوعی که عموماً در جبهه حامیان حقوقی فلسطین مغفول مانده است. تلاش برای درج معیارهای منطبق با اقدامات گروه‌های فلسطینی در اسناد بین‌المللی و داخلی، صدور بیانیه‌های جمعی دولتی به نفع فلسطین حاوی هنجارهای حقوقی حامی آرمان فلسطین، ارائه دعاوی حقوقی در مراجع بین‌المللی و به‌ویژه قانونگذاری داخلی به‌حمایت از فلسطینیان از اقدامات مهمی است که اثر فراوان در ممانعت اسرائیل در استمرار جنایات بین‌المللی دارد.

از موضوعاتی که در عالم حقوق بین‌الملل وانهاده شده است، موضوع «حق بر مقاومت» می‌باشد. حقوق بین‌الملل در زمانی که یک دولت علیه دولت دیگر متوسل به زور نظامی شود، از «حق بر دفاع مشروع» سخن می‌آورد (Bowett, 2009, p.182). این حق صراحتاً در ماده ۵۱ منشور ملل متحد و بسیاری از اسناد بین‌المللی درج شده است. حق دفاع مشروع برای عقب‌راندن یک نیروی نظامی خارجی به پشت مرزهای رسمی بین‌المللی است، اما راه‌حل حقوق بین‌الملل برای کشوری که در وضعیت اشغال به‌سرمی‌برد، «حق بر مقاومت» تا از بین‌بردن سلطه نظامی خارجی می‌باشد. این موضوع در خصوص فلسطین نیز صدق می‌کند و در آثار نویسندگان حقوقی نیز منعکس شده است (Roberts, 2017, p.49). وضعیت اشغال خارجی در خصوص فلسطین، وضعیت منحصر به فردی است زیرا در فلسطین، «اشغال مستمر و بلندمدت» در جریان است و همین عنصر بر اهمیت فزون‌تر امکان کاربست تسلیحات ضد نیروی اشغالگر در قالب «حق بر مقاومت» ایجاد می‌کند.

حق بر مقاومت مبتنی بر حق تعیین سرنوشت است. حق تعیین سرنوشت درحالتی که دولت ملی برقرار باشد، به‌صورت حق بر مشارکت سیاسی، فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی ظاهر می‌شود (Awawda, 2018, p.26)، اما در جایی که دولت ملی حکومت نکند و دولت حاکم، استعمار

■ موانع نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل در مقابله با جنایات بین‌المللی (مطالعه موردی غزه)

یا اشغال خارجی باشد، حق بر تعیین سرنوشت به اتباع یک کشور اجازه می‌دهد تا دست به سلاح برده و حاکمان خارجی را از خاک یک کشور خارج سازند. این تفسیر از حق بر تعیین سرنوشت توسط اسناد و نهادهای بین‌المللی مورد پذیرش قرار گرفته است (HRC, 1994, pa.3/ CERD, 1996, pa.7). در نتیجه «دفاع مشروع» در خصوص دفاع یک دولت مستقل علیه یک دولت اشغالگر یا مهاجم می‌باشد اما «مقاومت»، در مواردی است که دولت ملی بر سر کار نمی‌باشد و مقاومتی علیه نیروی اشغالگر خارجی حاکم بر سرزمین دیگری صورت می‌پذیرد.

در قضیه فلسطین، تفسیر دولت ایران این است که تمامی اراضی فلسطین متعلق به فلسطینیان است و حضور اسرائیل تماماً اشغالگری است. این موضوع در نظر نهادهای بین‌المللی و عموم دولتها متفاوت می‌باشد؛ با این بیان که دولتهایی و سازمان‌های بین‌المللی، در رأس آنها سازمان ملل و اتحادیه اروپا، که قائل به تشکیل دو دولت عربی - یهودی هستند، مرزهای قطعنامه تقسیم موسوم به «مرزهای ۱۹۴۷» را مرز دو دولت فلسطینی و اسرائیلی می‌دانند و حضور اسرائیل در سرزمین‌های فراتر از مرزهای ۱۹۴۷ را در اسناد خود رسماً «اشغال» معرفی می‌کنند و سرزمین‌های تحت سلطه اسرائیل فراتر از مرزهای یادشده را «سرزمین‌های اشغالی» می‌دانند (UNGA Res-olution, 2012; European Union Statement, 2020). این موضوع به تبع موضع‌گیری‌های رسمی در متون حقوقی نیز پذیرفته شده است (Reynolds, 2023, p. 104). حتی با عدول از تفسیر ایرانی از مسأله اشغال فلسطین، در فرض پذیرش تفسیر عموم دولتها و سازمان‌های بین‌المللی، همچنان عنوان «اشغال مستمر» بر وضعیت فلسطین حکم فرماست.

آنچه که اهمیت دارد اینست که حق بر مقاومت نیازمند پرداختن تفصیلی در اسناد بین‌المللی است تا ضمن تولید ادبیات و ابزار حقوقی حامی فلسطین، بتواند زوایای این حق را بیش از پیش روشن سازد. از آنجاکه در حال

حاضر، فلسطین تنها کشور تحت اشغال خارجی مستمر است، دولتها اهتمام جدی به صدور چنین سندی نمی‌کنند. سازمان همکاری‌های اسلامی نیز به دلیل تمایل دولتهای عربی برای برقراری رابطه رسمی میان اسرائیل و آنها و همچنین مراودات مالی فراوان میان دولتهای غیرعربی مسلمان با اسرائیل (بابایی و میریوسفی، ۱۴۰۱، ص ۷۹)، در پیگیری مسأله فلسطین دچار لنگش است.

در چنین فضایی لازم است تا دولت ایران به همراه دولتهای همسو مسلمان و غیرمسلمان که پس از جنگ هفتم اکتبر به حمایت از فلسطینیان علناً موضع‌گیری کرده‌اند، اقدام به صدور اسنادی بین‌المللی در حمایت از حق بر مقاومت کند؛ به‌ویژه اینکه فلسطین در اشغال عادی به‌سر نمی‌برد بلکه از منظر حقوق بین‌الملل، وضعیت «اشغال مستمر» در این سرزمین برقرار است. در زمان نگارش این، پنج دولت آفریقای جنوبی، بولیوی، بنگلادش، جیبوتی و جمهوری قمر، وضعیت اسرائیل را به دیوان بین‌الملل کیفری ارجاع داده‌اند و پس از طرح دعوای نقض کنوانسیون منع نسل‌زدایی در دیوان بین‌الملل دادگستری، نیکاراگوئه به‌عنوان ثالث وارد دعوا شده و دولت ایرلند نیز تمایلیش برای ورود علیه اسرائیل را اعلام رسمی کرده است. این تعداد از دولتها، نشان از آمادگی برای اقدام حقوقی اولیه به‌نفع فلسطین است؛ اقدامی که در مراحل ثانویه امکان توسعه در کمیت دولتها و کیفیت محتویات دارد.

### نتیجه

ابعاد حقوقی مسأله فلسطین در سطح داخلی و بین‌المللی بسیار گسترده است. این نوشتار بر کاربردن ابزار حقوقی برای مقابله با جنایات اسرائیل و تلاش برای کاهش سطح جنایات احتمالی در آینده تمرکز کرده است. جنایات بین‌المللی شامل چهار دسته جنایات جنگی، جنایات علیه بشریت،

■ موانع نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل در مقابله با جنایات بین‌المللی (مطالعه موردی غزه)

نسل‌زدایی و جنایت تجاوز می‌باشد که در خصوص عملیات هفتم اکتبر یا طوفان الاقصی، جنایت جنگی و نسل‌زدایی مورد ادعا قرار گرفته است. پیگیری جنایات بین‌المللی اثری فراحقوقی دارد و بر اساس شواهد متعددی که در این مقاله مورد اشاره قرار گرفت، مهم‌ترین ساحتی که پیگیری حقوقی بر آن اثر می‌گذارد، عرصه سیاسی - نظامی است. از این‌رو دولتها در عرصه داخلی و سطح بین‌المللی می‌کوشند تا برای اثرگذاری سیاسی و نظامی، از ابزارهای حقوقی استفاده کنند. در این نوشتار موانع حقوقی که مقابله مؤثر با جنایات بین‌المللی در سطح داخلی (حقوق ایران) و بین‌المللی (حقوق بین‌الملل) را با مانع را روبه‌رو می‌سازد، مورد بررسی قرار گرفت.

در سطح داخلی، نخستین مانعی که ریشه در حقوق و سیاست داخلی دارد، عدم تصویب معاهده مؤسس دیوان بین‌الملل کیفری (اساسنامه) است. پیوستن به اساسنامه دیوان هرچند اثری بین‌المللی دارد اما ریشه در عوامل داخلی دارد و به ساحت حقوق بین‌الملل بازمی‌گردد. علاوه بر این، سیاست عدم‌به‌رسمیت‌شناسی اسرائیل نیز مانع از پیگیری‌های قضایی و غیرقضایی علیه رژیم صهیونیستی شده است؛ زیرا که در بسیاری از سازوکارهای بین‌المللی، صرفاً دولتها حق طرح ادعا و شکایت و کنشگری را دارند و حضور ایران در آنها به معنای شناسایی ضمنی «دولت اسرائیل» توسط «دولت ایران» می‌باشد. علاوه بر دو مورد یادشده، فقدان قانون داخلی در خصوص جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی و ایجاد صلاحیت قضایی برای رسیدگی به جنایات سران نظامی و سیاسی خارجی، مانع از ورود قضایی محاکم داخلی به ادعاهای مرتبط با جنایات بین‌المللی شده است.

در حوزه حقوق بین‌الملل، روند تدریجی کسب جایگاه بین‌المللی برای دولت فلسطین و عدم قطعیت آن در برخی از مجامع بین‌المللی، در کنار عدم‌به‌رسمیت‌شناسی طرف فلسطینی به عنوان دولت توسط رژیم صهیونیستی منجر به عقیم ماندن برخی سازوکارهای حقوقی بین‌المللی شده است. جنگ

حقوقی این رژیم در تروریستی خواندن ماهیت اقدامات گروه‌های فلسطینی و عدم‌نماینده‌گی آنها از مردمان فلسطین و تلاش برای قانونی جلوه‌دادن اقدامات اسرائیل، عواملی است که احقاق حقوق فلسطینیان و محکومیت اسرائیل را با موانع جدی روبه‌رو ساخته است. علاوه‌براین عدم‌اهتمام عموم دولتها (حتی دولت‌های مسلمان) به هنجارسازی بین‌المللی در راستای حمایت از فلسطین و حقوق مردمان آن و اختلافات داخلی میان گروه‌های فلسطینی نیز به تقویت جبهه اسرائیلی کمک کرده است.

مبتنی بر آنچه که در این مقاله ارائه شد، به‌نظر می‌رسد دو دسته اقدامات حقوقی داخلی و بین‌المللی باید توسط دولت جمهوری اسلامی ایران پی‌گرفته شود. در ساحت حقوق داخلی ایران باید با طراحی الگوی بومی برای جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی در قوانین داخلی خود نیاز تقنینی و قضایی در این خصوص را تأمین کند؛ الگویی که به‌دلیل نیاز جوامع اسلامی در صورت طراحی درست قابلیت ترویج در میان کشورهای مسلمان را دارد به‌ویژه اینکه بیشترین پرونده‌های دیوان کیفری بین‌المللی مربوط به جوامع اسلامی و آفریقایی است (Schneider, 2020, p.107). از آنجا که نظام تقنین بسیاری از کشورهای اسلامی متأثر از فقه و شریعت اسلامی است (اکرمی، ۱۴۰۱، ص ۲۳)، این الگو ظرفیت استقبال از جانب این دولتها را خواهد داشت. این الگو باید مبتنی بر نیازها و اقتضائات داخلی باشد و نگاهی به چارچوبی به حقوق کیفری بین‌المللی داشته باشد.

در عرصه بین‌المللی ایران نیازمند اقناع جمعی برای صورت‌دهی به اقدامات حقوقی علیه اسرائیل است. آغاز فرایندهای قضایی بین‌المللی و داخلی علیه سران و مقامات اسرائیلی به‌دلیل ارتکاب جنایات بین‌المللی، شرایط مساعدی را برای پیش‌بردن این راهبرد پیش‌روی ایران باز کرده است. ظرفیت حقوق بین‌الملل، ظرفیت مهمی است زیرا که ادبیات حقوقی، ادبیاتی غیرسیاسی و کم‌چالش به‌شمار می‌آید و منطق حقوق بین‌الملل

■ موانع نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل در مقابله با جنایات بین‌المللی (مطالعه موردی غزه)

قابلیت توسعه راحت‌تری نسبت به ادبیات ایدئولوژیک خواهد داشت و به‌همین سبب است که دولتها برای انتقال مفاهیم بین‌المللی از زبان حقوق بین‌الملل و معیارهای آن استفاده می‌کنند (Ginsburg, 2020, pp.221-222). همچنین دولت ایران باید با استفاده از توان حقوقی بین‌المللی خود و همراهان بین‌المللی خود، به تقویت ادبیات حقوقی حمایت‌کننده از فلسطین در اسناد و معاهدات بین‌المللی بپردازد و در این راستا، باید با تعدادی از دولت‌های همفکر حامی فلسطین، مسیری را آغاز کند؛ مسیری که در ادامه در کمیت تعداد دولتها و کیفیت محتویات حقوقی تقویت خواهد شد.

### منابع

اکرمی، روح‌الله؛ «موقعیت فقه حنفی در حقوق کیفری کشورهای اسلامی، مطالعه موردی: افغانستان، سودان و امارات متحده عربی»، فصلنامه دین و قانون، ش ۱۰، بهار ۱۴۰۱، ص ۲۶-۱۰.

امیریان، محمدباقر؛ «حقوق بین‌الملل و اختلاف اسرائیل و فلسطین»، مطالعات بین‌المللی؛ ش ۳، زمستان ۱۳۹۵، زمستان، ص ۲۱-۴۰.

بابایی، محمد و میرعلی میریوسفی؛ «تأثیر پیمان صلح آبراهام بر مجموعه امنیتی منطقه‌ای خاورمیانه»، فصلنامه مطالعات فرهنگ دیپلماسی؛ ش ۱، بهار ۱۴۰۱، ص ۷۰-۹۲.

بذار، وحید؛ «مسئولیت بین‌المللی دولت کانادا به‌واسطه نقض مصونیت دولت ایران در نتیجه توقیف حساب‌های بانکی و فروش اموال ایران به منظور اجرای آرای دادگاه‌های امریکا»، مجله حقوقی بین‌المللی؛ ش ۳۷، پاییز - زمستان ۱۳۹۹، ص ۲۶۵-۲۸۲.

پورقهرمانی، بابک، جمال بیگی و فاطمه احدی؛ ایران و چالش‌های حقوقی بین‌المللی (حقوق بین‌الملل کیفری)؛ تهران: میزان، ۱۳۹۵.

دهقانی، حمیدرضا؛ «قطعه‌نامه تقسیم فلسطین مبنای "راه‌حل دو دولت" و ملاکی برای "راه‌حل همه‌پرسی"»، فصلنامه سیاست خارجی؛ ش ۲۳، زمستان ۱۳۸۸، ص ۱۵-۱۰۳۲.

ذاکرحسین، هادی؛ آیین پیش‌دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی؛ تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۹.

رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین؛ «از شناسایی دولت فلسطین تا عضویت در دیوان بین‌الملل کیفری»، فصلنامه دولت‌پژوهی (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه)؛ ش ۷، پاییز ۱۳۹۵، ص ۹-۳۱.

شریعت‌باقری، محمدجواد؛ اسناد دیوان کیفری بین‌المللی؛ تهران: نشر جنگل، ۱۳۹۰.

محقق داماد، سیدمصطفی؛ «الحاق ایران به دیوان بین‌الملل کیفری از منظر قاعده نفی سبیل»،

- جمهوری اسلامی ایران و دیوان بین‌المللی کیفری؛ تهران: پژوهشکده تحقیقات استراتژیک، ۱۳۹۰، ص ۴۳۷-۵۲۲.
- مشهدی، علی و محمد صالح تسخیری؛ *بایسته‌های حقوق سازمان‌های بین‌المللی*؛ ج ۲، تهران: خرسندی، ۱۳۹۳.
- مهرپور، حسین؛ «بررسی موانع شرعی الحاق ایران به اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری»، *جمهوری اسلامی ایران و دیوان بین‌المللی کیفری*؛ تهران: پژوهشکده تحقیقات استراتژیک، ۱۳۹۰، ص ۴۰۱-۴۳۵.
- نورالدین کیا، فضل‌الله؛ *خاطرات خدمت در فلسطین (۱۳۲۵-۱۳۲۰)*؛ تهران: نشر آبی، ۱۳۷۷.
- Armstead Jr, J. Holmes (1997), "The International Criminal Court: History, Development and Status", *Santa Clara Law Review*, 38, 745.
- Bachman, Jeffrey S (2020), "Four Schools of Thought on the Relationship Between War and Genocide," *Journal of Genocide Research*, 22, 4: 479-501.
- Badarin, Emile (2020), "States Recognition in Foreign Policy: The Case of Sweden's Recognition of Palestine", *Foreign policy analysis*, 16, 1: 78-97.
- Bassiouni, M, Cherif and William A, Schabas (2021), eds, *The Legislative History of the International Criminal Court: Introduction, Analysis, and Integrated Text* (3 vols), Vol, 18, Netherland, Brill.
- Bensouda, Fatou (2021), *Statement of ICC Prosecutor respecting an investigation of the Situation in Palestine*.
- Bradford, A., & Posner, E, A (2011), Universal Exceptionalism in International Law, *Harvard International Law Journal*, Spring, 52 (1), 1-54,
- CERD (1996), *Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation XXI on the Right to Self-Determination*, 1996 (Forty-Eighth Session, A/51/18)
- Crawford, James, and Simon Olleson (2003), "The nature and forms of international responsibility", *International law*, 445.
- Crawford, James (2006), *The creation of states in international law*, London, Oxford University Press.
- European Union Statement (2020), *delivered at the 75th United Nations General Assembly Plenary on the presentation of the resolution on "Assistance to the Palestinian people" under agenda item 73 (b) at 11 December 2020*
- Fischer, Nina (2021), "Palestinian Non-Violent Resistance and the Apartheid Analogy: Framing Israeli Policy in the 1960s and 1970s," *Interventions*, 23, 8: 1124-1139.
- Ginsburg, T (2020), "Authoritarian international law", *American Journal of*

■ موانع نظام حقوقی ایران و حقوق بین‌الملل در مقابله با جنایات بین‌المللی (مطالعه موردی غزه)

*International Law*, Summer, 114 (2), 221-260.

Greenstein, Ran (2020), "Israel, Palestine, and Apartheid", *Insight Turkey*, 22, 1: 73-92.

Hammond, Jeremy R (2010), "The Myth of the UN Creation of Israel", *Foreign Policy Journal*, 26

High Commissioner for Human Rights (2024), *Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports*, the Office of the High Commissioner and the Secretary-General, 13 February 2024 (A/HRC/55/28)

HRC (1994), Human Right Committee, *General Comment, No. 23 (50) About Article 27*.

Human Rights Council (2009), *Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories*, Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, A/HRC/12/48 25 September 2009.

Human Rights Council (2024), *Report of the independent international fact-finding mission on the Islamic Republic of Iran*, 26 February–5 April 2024

Johannsen, M, AbuZayyad, Z, El Ouazghari, K, Harik, J., Kurz, A, & Rabah, J (2011), "The Reconciliation of Hamas and Fatah", *Policy Brief*, 3, 1-8.

Kerr, Christa-Gaye (2020), "Sovereign immunity, the AU, and the ICC: Legitimacy undermined", *Michigan Journal of International Law*, 41: 195.

Koh, H. H (2003), "On American Exceptionalism", *Stanford Law Review (Yale Law School Legal Scholarship Repository)*, 55, 1479-1527

Koskenniemi, Martti (2017), *The politics of international law, The Nature of International Law*, London, Routledge, 355-384.

Marchand, C., Uwashema, C., & Deprez, C (2020), *Possible Impediments to Justice for Colonial Crimes: A Belgian Perspective*, Torkel Opsahl Academic Epublsher, Italy.

Mayans-Hermida, Beatriz & and Barbora Holá (2020), "Balancing 'the International' and 'the Domestic' Sanctions under the ICC Principle of Complementarity", *Journal of International Criminal Justice*, 18. 5: 1103-1130.


Nolte, G., & Aust, H. P (2013), "European exceptionalism", *Global Constitutionalism (Cambridge University Press)*, 2 (3), 407-436.

Ochs, S. L (2020), "Propaganda Warfare on the International Criminal Court", *Michigan Journal of International Law*, 42: 581.

Olalia, Eder. U (2005), *The Status in International Law of National Liberation Movements and Their Use of Armed Force*, SMA-IAPL.

- Oral Statement of the Islamic Republic of Iran in advisory proceedings concerning (2024), *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory including East Jerusalem*, 22 February 2024
- Poissonnier, Ghislain, and David, Eric (2020), “Israeli Settlements in the West Bank, a War Crime”, *La Revue des droits de l’homme. Revue du Centre de recherches et d’études sur les droits fondamentaux*, 17.
- Randhawa, Suwita Hani (2022), “International criminalization and the historical emergence of international crimes”, *International Theory*, 14 (3): 460-502.
- Reynolds, John (2023), *Apartheid and International Law in Palestine. In Prolonged Occupation and International Law* (pp. 104-132). Netherland, Brill Nijhoff.
- Sakran, S (2019), *The Legal Consequences of Limited Statehood: Palestine in Multilateral Frameworks*, London, Routledge.
- Silverburg, Sanford R, (1977), “The Palestine Liberation Organization in the United Nations: Implications for International Law and Relations” *Cambridge Israel Law Review*, 12 (3), 365-392.
- South Africa (2023), *Application Instituting Proceedings before International Criminal Court*, 29 December 2023
- UNGA Resolution (2012), Resolution adopted by the General Assembly on 29 November 2012 (A/RES/67/19)
- UNICEF (2024), *UNICEF in the State of Palestine 2023 Year End SitRep*, Reporting Period: 1 January to 31 December 2023
- Wang, Jia (2021), “Certain Iranian Assets: The Judgment on Preliminary Objections and the Terrorism Exception to State Immunity”, *US-China Law Review*, 18: 162.
- WHO (2024), *Multi-Country Appeal: Occupied Palestinian Territory (oPt)*, Global humanitarian Overview 2024
- Schneider, L (2020), “The International Criminal Court (ICC) –a postcolonial tool for Western states to control Africa”, *Journal of International Criminal Law (JICL)*, 1 (1), 90-109.

## Determining the amount of compensation in the reconciliation contract

Seyyed Ali Sedaghat\* (Corresponding Author) 

Level Four Graduate of Islamic seminaries, Senior Instructor at Qom Seminary, and MA Student in Economics, University of Qom, Qom, Iran.

Email: [ali.sedaghat1372@gmail.com](mailto:ali.sedaghat1372@gmail.com)

**Gholamali Masouminia**

Associate Professor, Faculty of Economics, Kharazmi University, Tehran, Iran; Member of the Islamic Economics and Banking Group.

Email: [masuminia@khu.ac.ir](mailto:masuminia@khu.ac.ir)

Use your device to scan  
and read the article online



**Citation** Sedaghat, S.A. ,Masouminia, GH.A. (2025). Determining the amount of compensation in the reconciliation contract. [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#). 22 (84): 129-157

 [10.22034/ilaw.2025.713384](https://doi.org/10.22034/ilaw.2025.713384)

Received: 16 November 2023 , Accepted: 08 May 2024

### Abstract

Today, in many big contracts that are conventionally done in the form of a sales contract, it is not possible to determine the minimum amount of one of the substitutes or it is very risky, it is never acceptable in commercial practice; Therefore, clear and indisputable processes have been designed to determine the substitutes in the future of the contract, which are used in the text of the contracts.

But keep in mind that the opinion of many jurists and civil law is that in the contract of sale, the knowledge of the parties to the contract is a condition at the time of concluding the contract, the question arises whether it is possible to perform Is this the benefit of the contracts or is the same condition in the peace contract? The researches of this article prove that the peace contract is not subject to the determination of the amount of the replacement at the time of the conclusion of the contract, and the peace contract in which a disciplined process for determining the replacement in the future is foreseen in the text of the contract and is the basis for disputes between the parties or loss. And the deception is not towards one side, it is correct.

### Keywords

Peace contract, amount of exchange, determination, Gharar.



## Extended Abstract

### 1. Introduction

In the landscape of modern macro-scale commercial transactions, determining the exact quantity or value of the exchange considerations (awadhain)—or at least one of them—is frequently impossible at the inception of the agreement. Even when such determination is technically feasible, the inherent risks associated with high volatility in markets, fluctuating currency values, or the unprecedented nature of certain production costs often make immediate fixed pricing unacceptable in contemporary trade practices. For instance, in long-term contracts involving commodities like oil or during periods of hyperinflation, insisting on a fixed price at the time of signing could result in catastrophic financial risk for one of the parties. To mitigate this, commercial entities utilize sophisticated and unambiguous processes within the contract to determine values at a future date.

However, a legal dilemma arises within the framework of Islamic jurisprudence (fiqh) and the Iranian Civil Code, both of which traditionally maintain that for a contract of sale (bay') to be valid, the parties must possess precise knowledge (ilm) of the amount and value of the considerations at the time of the contract. This raises the pivotal research question: Can the contract of sulh (settlement or reconciliation) serve as a legal alternative for these modern agreements, or is sulh also subject to the same requirement of immediate determination?. This study aims to investigate this necessity, hypothesizing that sulh does not require immediate determination of the awadhain, provided a disciplined mechanism is established to prevent future disputes or deception. This research is particularly crucial given that a failure to recognize the validity of such contracts under sulh could potentially hinder large-scale trade and lead to the invalidation of modern commercial practices under Article 4 of the Iranian Constitution.

### 2. Research Methodology

This research utilizes a qualitative, analytical-critical methodology to process information gathered from a wide array of sources. The data collection process involved an extensive review of library documents, computerized legal systems, and specialized scientific software dedicated to Islamic jurisprudence and law. The methodology focuses on a comparative analysis of primary juridical texts, ranging from classical scholars like Muhaqqiq Hilli and Allameh Hilli to contemporary authorities. Furthermore, the study

## Determining the amount of compensation in the reconciliation contract

critically examines the linguistic roots of key legal concepts such as gharar (uncertainty/risk) and jahalat (ignorance) to assess their impact on contract validity. By evaluating the arguments of both proponents and opponents of the "knowledge requirement" in sulh, the research seeks to provide a comprehensive legal interpretation that aligns with both traditional jurisprudence and modern economic necessities.

### 3. Research Findings

The investigation reveals a significant divergence in the opinions of jurists regarding the necessity of knowledge in sulh. Early and middle-period scholars such as Muhaqqiq Hilli and Allameh Hilli argued that sulh on unknown quantities is absolutely valid, with Allameh Hilli even citing a consensus (ijma) on this position based on the general nature of the evidence supporting sulh. Conversely, other jurists like Ibn Idris and Shahid II contended that sulh involving ignorance is void, or at least only permissible when knowledge is impossible to obtain.

The primary argument for requiring knowledge is the Prophetic tradition: "The Prophet prohibited gharar". Proponents of the knowledge requirement argue that any transaction where values are unknown is inherently "gharari" and therefore void. However, this study finds that this argument is flawed for several reasons. First, the term gharar is defined by leading lexicographers (such as those in *Kitab al-Ayn* and *Lisan al-Arab*) as "risk" (khatar) or "deception" (khud'ah) rather than mere "ignorance". Therefore, if a contract utilizes a disciplined mechanism for future determination, the risk is managed, and the transaction is not "gharari". Second, the hadith prohibiting gharar is predominantly linked specifically to the contract of sale (bay'), and its extension to all contracts is not universally accepted.

Furthermore, the research establishes the independence of the sulh contract. Juridical consensus and Article 758 of the Civil Code affirm that sulh is an independent legal institution. While it may achieve the results of other contracts, it does not inherit their specific technical conditions, such as the requirement for immediate knowledge of values required in bay'. This independence is further supported by the Quranic principle "Sulh is better" (4:128) and the general command to "Fulfill the contracts" (5:1). The study notes that many jurists use the "Fulfill the contracts" verse to validate modern agreements like insurance, suggesting it equally applies to sulh with deferred value determination.

Specific narrations also support this finding. For example, a valid narra-

tion from Imam Sadiq regarding a man settling an unknown debt indicates that if the settlement is done with mutual consent (*tiba nafsin*), it is valid. Another absolute narration states, "Sulh is permissible among people," which includes cases where values are currently unknown. While some counter-arguments exist, such as the hadith of Ali b. Abi Hamza requiring disclosure of debt amounts, these are often interpreted as measures to prevent the "halaling of the haram" (deception of heirs) rather than a general requirement for the validity of the contract structure itself.

#### 4. Conclusion

In conclusion, the research demonstrates that determining the exact quantity of exchange considerations in the text of a sulh contract is not a requirement for its validity, even if such determination is possible. The contract is valid as long as it incorporates a disciplined, unambiguous process for future determination that precludes deception (*khud'ah*) or significant risk (*khatar*) that would lead to dispute. Because sulh is an independent contract designed for reconciliation and the prevention of conflict, the strict "knowledge" requirements of the contract of sale do not apply to it. This legal flexibility allows sulh to act as a robust framework for complex modern commercial agreements that require adaptability to future market conditions. By adhering to the general principles of contractual validity found in the Quran and the traditions of the Imams, the legal system can effectively support contemporary trade without compromising the foundational ethics of Islamic law.

#### Funding

According to the corresponding author, this research received no specific grant from any funding agency.

#### Authors' Contributions

All authors contributed to the design, implementation, and writing of the manuscript and approved the final version of the article.

#### Conflict of Interest

The authors declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.



## بررسی لزوم تعیین مقدار عوضین در عقد صلح

سیدعلی صداقت\* (نویسنده مسئول)

سطح چهار حوزه علمیه، مدرس سطوح عالی حوزه علمیه قم و دانشجوی کارشناسی ارشد اقتصاد، دانشگاه قم، قم، ایران.  
 Email: ali.sedaghat1372@gmail.com

غلامعلی معصومی نیا

دانشیار دانشکده اقتصاد، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران؛ عضو گروه اقتصاد و بانکداری اسلامی.

Email: masuminia@khu.ac.ir



**Citation** Sedaghat, S.A., Masouminia, GH.A. (2025). Determining the amount of compensation in the reconciliation contract. *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 22 (84): 129-157  
 doi [10.22034/ilaw.2025.713384](https://doi.org/10.22034/ilaw.2025.713384)

Received: 16 November 2023 , Accepted: 08 May 2024

### چکیده

امروزه در بسیاری از قراردادهای کلان، تعیین مقدار عوضین یا دست کم یکی از آن‌ها، امکان‌پذیر نیست و یا اگر امکان‌پذیر باشد، به‌خاطر ریسک بسیار، در عرف تجاری هرگز قابل پذیرش نمی‌باشد؛ از این رو برای تعیین یافتن عوضین در آینده قرارداد، فرآیندهای روشن و اختلاف‌ناپذیری طراحی شده است که در متن قراردادها مورد استفاده قرار می‌گیرند. اما نظر به اینکه از دیدگاه بسیاری از فقها و قانون مدنی در قرارداد بیع، علم طرفین قرارداد به مقدار عوضین در زمان انعقاد قرارداد شرط است، این پرسش به‌وجود می‌آید که آیا می‌توان از بستر عقد صلح برای انجام این‌گونه از قراردادها بهره برد یا در عقد صلح نیز همین شرط وجود دارد؟

بررسی‌های این مقاله گواه آن است که عقد صلح مشروط به تعیین مقدار عوضین در زمان انعقاد قرارداد نیست و عقد صلحی که در آن فرآیند منضبطی برای تعیین عوضین در آینده در متن قرارداد پیش‌بینی شده و عرفاً زمینه‌ساز اختلافات طرفین یا ضرر و فریب نسبت به یک طرف نیست، صحیح می‌باشد.

### واژگان کلیدی

قرارداد صلح، مقدار عوضین، تعیین، علم، غرر.



## مقاله

امروزه در بسیاری از قراردادهای کلان، امکان تعیین مقدار دقیق کالا یا بهای آن وجود ندارد و یا تعیین آن ریسک فراوانی برای طرفین قرارداد داشته، در عرف تجاری هرگز قابل پذیرش نیست.

از سوی دیگر، بسیاری از فقهای امامیه بر آنند که علم طرفین قرارداد بیع به مقدار ثمن و مقدار مثنی، شرط صحت قرارداد است (ابن زهره، ۱۴۱۷، ص ۲۱۱ / علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۷۱-۷۲ / شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۲۶۴) و در ماده ۳۳۸ و ۳۴۲ قانون مدنی نیز به این دو شرط تصریح شده است.

بنا بر این‌ها این پرسش مطرح می‌شود که آیا می‌توان از بستر عقد صلح برای این قراردادها بهره برد یا در عقد صلح نیز تعیین مقدار عوضین در متن قرارداد لازم است؟

برای نمونه در صورتی که به‌خاطر تورم زیاد و کاهش روزافزون ارزش پول ملی یا نوسان شدید در نرخ یک کالای خاص - هم‌چون نفت - یا نامعلوم بودن هزینه نهایی ساخت کالا به‌خاطر بی‌سابقه بودن تولید آن، تعیین مقدار ثمن یک معامله نسبه در متن معامله، ریسک فراوان داشته، هرگز عقلانی نباشد، آیا به‌لحاظ فقهی می‌توان عقد صلح را بستر مناسبی برای قراردادهایی که در این شرایط منعقد می‌شوند، معرفی نمود و در متن قرارداد به معیارهای منضبطی برای تعیین عوضین در آینده قرارداد (هم‌چون «متوسط قیمت کالا از زمان قرارداد تا زمان تحویل کالا» یا «هزینه نهایی ساخت کالا به علاوه نرخ مشخصی سود») اکتفا نمود یا در عقد صلح نیز تعیین مقدار عوضین در متن قرارداد لازم است؟

اگرچه برخی از فقها تعیین مقدار عوضین در عقد صلح را همواره یا در خصوص مواردی که امکان آن وجود داشته باشد، لازم دانسته‌اند اما فرضیه این تحقیق آن است که چنین شرطی در عقد صلح وجود نداشته، تعیین

ضوابط مشخص برای تعیین مقدار عوضین در آینده قرارداد کافی است؛ چنان که برخی دیگر از فقها به همین نظر معتقدند و احتمالاً به خاطر نظر ایشان، چنین شرطی در قانون مدنی نیز مطرح نشده است.

البته نگاه ویژه به این موضوع و بررسی تفصیلی آن نه تنها با جستجوی بسیار، در هیچ‌یک از مقالات و پایان‌نامه‌های پژوهشگران یافت نشد بلکه جز در «العناوین الفقهیة» (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۱۲-۳۱۳)، بررسی تفصیلی این موضوع در هیچ کتاب فقهی نیز دیده نشد.

اما نظر به اینکه ادله «العناوین الفقهیة»، برخوردار از اتقان کافی به نظر نرسید، تدوین این مقاله در جهت تسهیل امر تجارت ضروری به نظر آمد خصوصاً آنکه در قانون مدنی، عدم اشتراط این شرط نیز مطرح نشده و ممکن است نظر به ادله‌ای که فقها قائل به اشتراط اقامه نموده‌اند، اطلاق قانون مدنی، مخالف شرع تلقی شده، سخن از رد آن با استناد به ماده چهارم قانون اساسی مطرح گردد.

شایان ذکر است که این پژوهش به داده‌پردازی تحلیلی - انتقادی اطلاعاتی پرداخته است که از طریق اسناد کتابخانه‌ای، سامانه‌های رایانه‌ای و نرم‌افزارهای علمی گردآوری شده است.

## ۱. نگاهی به آرای فقها در مسئله اشتراط علم به عوضین در عقد صلح

محقق حلی (محقق حلی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۴۴ / محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۹۹) و علامه حلی (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶، ص ۱۷) به طور مطلق عقد صلحی که در آن علم به مقدار عوضین نباشد را صحیح دانسته‌اند بلکه علامه حلی، اجماع بر این مطلب را نقل نموده و دلیل آن را عمومیت ادله عقد صلح دانسته است.

در طبقات بعدی فقها هم صاحب حدائق (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۱، ص ۹۶)، سیدمجاهد (مجاهد طباطبایی، [بی‌تا]، ص ۱۵۵)، صاحب جواهر

(نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۲۱۸)، شیخ حسن کاشف الغطاء (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ص ۳)، محقق همدانی (همدانی، ۱۴۲۰، ص ۳۷۸)، سیدزیدی (یزدی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۱۷۱)، محقق اصفهانی (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۰۲)، آیت الله خوانساری (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۳۸۸) و آیت الله بهجت (بهجت، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۵۳۲) نیز در زمره فقہائی هستند که به عدم اشتراط اندازه گیری شیء مورد مصالحه تصریح کرده اند.

اما تحقق اجماع مطلق بر عدم اشتراط، درست به نظر نمی رسد زیرا اولاً ابن ادریس، صریحاً عقد صلح آمیخته به جهل را باطل دانسته (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۵۰) و ثانیاً مفهوم عبارت خود علامه حلی در کتابی دیگر آن است که «صلح بر مجهول» صرفاً در صورتی صحیح است که تحصیل علم امکان پذیر نباشد (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۱۲).

علاوه بر ایشان، شهید اول (شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۲۷)، جمال الدین حلی (حلی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۵۳۹)، شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۲۶۳) و صاحب ریاض (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۹، ص ۳۰۳) نیز به اختصاص صحت صلح بر مجهول به فرض عدم امکان تحصیل علم قائل شده اند. ابتدا به نقل و بررسی ادله قابل ذکر برای ایشان - به عنوان مخالفان فرضیه تحقیق - پرداخته، سپس به بیان دلیل گروه اول فقها و نتیجه گیری از بررسی ها می پردازیم.

## ۲. ادله اشتراط علم به مقدار عوضین در همه انواع عقد صلح

برای اشتراط علم به مقدار عوضین در همه انواع عقد صلح، این ادله مطرح شده است:

### ۲-۱. حدیث «نهی النبی (ص) عن الغرر»

لفظ این حدیث مشهور، طبق برخی از نقل ها، اختصاص به بیع ندارد و از مطلق «غرر» نهی می کند.

حال اگرچه برخی از فقها (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۱۳/ اصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۴۷/ همدانی، ۱۴۲۰، ص ۳۷۸) تصور کرده‌اند نخستین دانشمند شیعی که این حدیث را به این صورت نقل کرده، علامه حلی یا حتی شهید ثانی بوده‌اند، اما واقعیت آن است که این نقل، قرن‌ها پیش از ایشان در کلمات فقهای چونان شیخ طوسی (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، صص ۳۱۹ و ۳۳۰)، سیدابوالمکارم (ابن زهره، ۱۴۱۷، ص ۲۶۴) و ابن‌ادریس حلی (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، صص ۷۷ و ۳۵۸) نیز مطرح شده است.

دلالت حدیث مبتنی بر دو مقدمه است:

الف: هر معامله‌ای که در آن طرفین قرارداد، علم به مقدار عوضین نداشته باشند، غرری است؛ شیخ انصاری پس از نقل کلمات بسیاری از لغویین، در بیان معنای «غرر» می‌فرمایند:

«همگان متفقند بر اینکه "جهالت" در معنای غرر اخذ شده است چه جهل به اصل وجود یکی از عوضین، چه جهل به حصول آن به کسی که باید به او منتقل شود و چه جهل به صفات کمی یا کیفیش» (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۱۷۸).

ب: نهی از یک معامله، ظهور در بطلان آن دارد.

نتیجه: علم به مقدار عوضین شرط صحت عقد صلح می‌باشد.

#### ۱-۲. بررسی سند روایت

گذشته از آنکه برخی از فقها حتی حجیت سند متن مشهور و مقید به بیع را هم انکار نموده‌اند (مجاهد طباطبایی، [بی‌تا]، ص ۱۵۵/ خویی، ۱۴۱۷، ج ۵، ص ۳۱۸/ طباطبایی قمی، ۱۴۰۰، ج ۳، ص ۳۱۰)، اما اثبات اعتبار اسناد این متن مطلق، هرگز امکان‌پذیر نیست زیرا اولاً در هیچ‌یک از نقل‌های کتب حدیثی عامه، این نهی مطلق یافت نشد و ثانیاً نقل مقید به بیع این روایت در کلمات فقهاء امامیه فراوان مطرح شده و احتمال تعدد حدیث هم بسیار ضعیف می‌نماید؛ از این رو بر فرض اصل صدور حدیث پذیرفته

شود، باید به قدر متیقن از دائره نهی این حدیث (عقد بیع) اکتفا نمود. صاحب جواهر، محقق همدانی، محقق اصفهانی و آیت‌الله خوانساری نیز سند متن مطلق حدیث را نامعتبر دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۲۱۸-۲۱۷ / همدانی، ۱۴۲۰، ص ۳۷۸ / اصفهانی، ۱۴۱۸، ص ۳ / خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۳۸۸).

## ۲-۱-۲. بررسی دلالت روایت

دلالت روایت نیز از چند جهت قابل بررسی است:

### الف) عدم ملازمه میان جهل به مقدار عوضین و غرر

«غرر» بر معامله مورد بحث صدق نمی‌کند، زیرا هیچ‌یک از معانی مطرح شده توسط لغت‌نگاران برای لفظ غرر، هم‌سانی مفهومی یا مصداقی با «نامعلوم بودن مبیع» ندارد؛ توضیح آن‌که:

اولاً: قریب به اتفاق لغت‌نگاران نام‌آور، «غرر» را - خصوصاً در توضیح همین حدیث - مرادف «خطر» دانسته‌اند (خلیل‌بن‌احمد، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۳۴۵ / جوهری، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۷۶۷ / ابن‌فارس، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۳۸۰ / راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۶۰۳ / حمیری، ۱۴۲۰، ج ۸، ص ۴۸۷۴ / ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۱۱ / فیومی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۴۴۴ / زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۷، ص ۲۹۹)؛ این حدیث مرسله هم که صاحب جواهر از حضرت امیر المؤمنین (ع) نقل می‌کند، مؤید همین معنا است:

«الغرر عمل ما لا یؤمن معه الخطر». غرر انجام کاری است که با آن ایمنی از خطر نیست (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲، ص ۳۸۷).

در صورتی که مقصود از غرر در این حدیث، همین معنا باشد، به روشنی نمی‌توان طرفین قرارداد را در هر معامله‌ای که مقدار عوضین آن مشخص نیست، در معرض خطر عقلائی<sup>۱</sup> دانست، بلکه در معاملاتی که در آغاز مقاله

۱. این قید را از آن جهت به کلمات لغویین افزودیم که به روشنی هر معامله‌ای مستلزم اندکی ریسک و خطر می‌باشد و خطر اندک و غیر عقلائی در نظر عرف نمی‌آید تا لغوی آن را با قیدی اخراج نماید پس کسانی که از این روایت، نهی از بیع غرری را برداشت کرده‌اند، مقصودشان خطر عقلائی است.

برای نمونه مطرح شد، ترک معامله به خاطر احتمال خطر، کاملاً غیر عقلانی به نظر می‌رسد و لذا بر فرض پذیرش صحت سند روایت، این حدیث بیش از این بیان نمی‌کند که طرفین قرارداد باید سازوکارهای مشخص و معقولی را برای تعیین عوضین در نظر بگیرند و معامله‌ای که در آن مقدار عوضین به کلی فروگذار شده یا سازوکار دقیق و مانع خطر و اختلافی برای تعیین مبیع در آن طراحی نشده، باطل می‌باشد.

و ثانیاً: برخی از نگاه‌های معتبر لغوی، «غرر» را به «خدعه و فریب» معنا کرده‌اند (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۷۶۷/ ابن اثیر، ۱۳۶۷، ج ۳، ص ۳۵۳) و برخی از فقها نیز همین معنا را معنای اصلی این واژه دانسته‌اند (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۲۷۷/ ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۹۳/ شهیدی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۳۶۸).

بر این اساس نیز روایت فقط بیان گر نهی از معامله‌ای است که در آن یکی از طرفین قرارداد از حربه نیرنگ و مکر به طرف دیگر قرارداد بهره می‌برد حال آنکه به روشنی این نیز ملازمه‌ای با «جهل به مقدار عوضین» ندارد و ممکن است طرفین قرارداد بدون قصد هیچ‌گونه نیرنگ و فریبی، فرآیند مشخصی را برای تعیین عوضین در آینده پیش بینی کنند حال آنکه خود در هنگام عقد، هیچ اطلاع دقیقی از مقدار آن نداشته باشند.

و ثالثاً: در عبارت برخی از لغت‌نگاران نیز تفسیر «غرر» به «غفلت» به چشم می‌خورد (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۷۶۸/ مصطفوی، ۱۴۰۲، ج ۷، ص ۲۰۶).

در این صورت نیز به روشنی نمی‌توان بطلان معامله مورد بحث را از روایت برداشت نمود، زیرا در این گونه از معاملات، طرفین قرارداد با کمال دقت و هوشمندی، عوضینی را که طی فرآیندی منضبط، در آینده مشخص خواهد شد را مورد توافق قرار داده‌اند و هیچ‌گونه غفلتی از این ناحیه ندارند. به هر حال - همان‌طور که امام خمینی بیان کرده (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۲۹۶-۲۹۷) - اخذ «جهالت» در معنای «غرر» را در کلام هیچ‌یک از دانشمندان علم لغت نیافتیم و روشن است که صرف نشأت گرفتن خطر و

فریب از جهالت، به معنای مبطل بودن هرگونه جهالتی نیست. شبیه این اشکال به دلالت حدیث - مبنی بر عدم ملازمه مفهومی و مصداقی میان «غرر» و «جهالت» - در کلمات برخی از بزرگان نیز بیان شده است (لاری، [بی تا]، ج ۲، ص ۲۲۹/ خویی، ۱۴۱۷، ج ۵، صص ۲۵۹ و ۳۲۷/ طباطبایی قمی، ۱۴۰۰، ج ۳، ص ۳۳۵).

ب) حکومت ادله عقد صلح بر دلیل نهی از غرر

بر فرض که اعتبار سند این متن مطلق اثبات گردد و «غرر» هم به معنای «جهالت» باشد تا نسبت میان اطلاق این حدیث (شامل عقد صلح و سایر عقود)، با اطلاق ادله صحت عقد صلح (شامل قراردادی که عوضین آن تعیین شده و قراردادی که عوضین آن تعیین نشده‌اند) عموم و خصوص من وجه باشد، باز از دیدگاه محقق اصفهانی، نوبت به تعارض و تساقط اطلاق این دو دلیل در ماده اجتماع (صلح غرری) و پس از آن جریان اصل فساد در این معامله نمی‌رسد زیرا ادله صحت عقد صلح بر حدیث نفی غرر حاکم است. توضیح مطلب ایشان آن‌که:

در قراردادهایی از قبیل بیع و اجاره که برای مقابله و مبادله میان دو مال تأسیس شده و قرار است هر مال، جای دیگری را بگیرد، تقسیم معامله به غرری و غیر غرری صحیح است و دلیل نفی غرر نیز صحت این‌گونه از معاملات را به صورت عدم غرر اختصاص می‌دهد.

اما در عقد صلح که به خودی خود برای مسالمت و گذشت وضع شده است و طرفین عقد، مقابله و مبادله بین دو مال را مد نظر ندارند، اصلاً دیگر فرد غرری برای این معامله باقی نمی‌ماند تا از آن نهی شود (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۰۳).

نقد و بررسی: فرمایش محقق اصفهانی درست به نظر نمی‌رسد زیرا این ادعا که غرر در صورت تصالح معنا ندارد، قابل پذیرش نیست چراکه اگر «غرر» مرادف یا ملازم «جهل» باشد - چنان‌که پیش فرض بزرگانی

که به حدیث استدلال کرده‌اند، همین است؛ «تسالم و تصالح بر مجهول» نیز کاملاً ممکن است و از همین جهت طرفین قرارداد در معرض خطر و اختلاف هستند، زیرا ممکن است پس از علم به مقدار شیء مورد تصالح و روشن شدن فراوانی ضرر یکی از طرفین، کشمکش و اختلاف بزرگی روی دهد و لذا شارع می‌تواند برای جلوگیری از این اختلاف، از تسالم بر مجهول نیز نهی فرماید.

گواه این سخن آنکه اگر دلیلی به صراحت، صلح غرری را باطل بشمارد، برای عرف دلیل غریب و مبهمی به نظر نمی‌آید و برایش سؤال نمی‌شود که «مگر صلح غرری هم ممکن است؟!»

## ۲-۲. حدیث نبوی نهی از بیع غرر

بر فرض اینکه اشکالات دلالتی بیان شده به حدیث نهی از مطلق غرر پذیرفته نبوده و اعتبار صدور حدیث نهی از خصوص بیع غرر مقبول باشد، با دو بیان می‌توان به این حدیث برای ابطال صلحی که در آن مقدار عوضین مشخص نیست، تمسک نمود:

### ۲-۲-۱. عدم خصوصیت بیع و عمومیت مناظ حکم

محقق مراغی بعید ندانسته‌اند که از خود متن مختص به بیع حدیث نفی غرر، عموم آن نسبت به همه عقود قابل برداشت بوده، ظاهر حدیث آن باشد که مناظ نهی حضرت از بیع، ذات غرر است و لذا باید حکم به بطلان همه عقود غرری کرد مگر آنکه دلیل خاصی بر صحت یک عقد غرری ثابت شود. ایشان مؤید فرمایش خود را استدلال فقهاء به این حدیث برای بطلان برخی دیگر از عقود لازمه یا حتی جائزه دانسته‌اند (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۱۱-۳۱۲). این استدلال محقق مراغی را می‌توان تأیید نمود به اینکه برخی از فقهاء، جعل صلح را برای رفع تنازعات دانسته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۹۹). نقد و بررسی: گذشته از اشکالی که به دلالت حدیث نهی از غرر بیان شد، استظهار علیت تامه غرر از این روایت که عنوان مرکب «بیع غرر» موضوع

آن می‌باشد، بسیار دشوار به نظر می‌رسد؛ چنان‌که محقق همدانی، محقق اصفهانی و آیت‌الله حکیم نیز بیان کرده‌اند (همدانی، ۱۴۲۰، ص ۳۷۸/ اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۰۲/ حکیم، [بی‌تا]، ص ۴۰۶).

مستند فتوای مطلق برخی از اصحاب هم ممکن است همان حدیث مطلق نهی از غرر باشد - که نادرستی استدلال بدان روشن شد - و نه این حدیث مقید به بیع.

این هم که برخی از فقها عقد صلح را برای رفع تنازعات دانسته‌اند - همان‌طور که بسیاری از فقها بیان کرده‌اند (برای نمونه، ر.ک: شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۲۵۹/ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۲۱۱/ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص ۳۳۱) - مقصودشان بیش از این نیست که رفع تنازعات، حکمت التزام به این قرارداد بوده نه اینکه سبق تنازع و اختلاف، شرط صحت عقد صلح باشد، بلکه همین مقدار که انشاء تسالم و تصالح شود تا زمینه اختلاف و کشمکش در آینده از بین برود نیز برای تحقق عقد صلح کافی می‌باشد.

ماده ۷۵۲ قانون مدنی نیز عدم اختصاص عقد صلح به فرض سبق تنازع را به روشنی بیان کرده است.

### ۲-۳. عدم استقلال عقد صلح

نظر شیخ طوسی در مبسوط آن است که عقد صلح، عقد مستقلی نبوده، به تبع اینکه نتیجه آن در هر مورد، شبیه چه عقدی باشد، حقیقت آن صلح نیز تابع همان عقد خواهد بود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۸۸).

بنا بر این چون عقد صلح مورد بحث، شبیه عقد بیع است و معلومیت عوضین در عقد بیع شرط می‌باشد، پس در عقد صلح نیز این شرط وجود دارد. نقد و بررسی: اگرچه شیخ طوسی یک‌بار در کتاب مبسوط، عقد صلح را فرع عقود دیگر دانسته و استقلال آن را نفی کرده است، اما خود ایشان پس از چند سطر از همین عبارت، احتمال مستقل بودن عقد صلح از عقد بیع را احتمالی قوی در نگاه خود دانسته و به همین دلیل، اشتراط شروط عقد بیع و

اعتبار خیار مجلس در آن را نفی نموده است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۸۹). به‌خاطر همین ناسازگاری در عبارات ایشان، محقق اردبیلی، کلام اول شیخ طوسی را نقل قول عامه و کلام دوم را نظر خود ایشان دانسته است (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص ۳۳۴).

مؤید آنکه نظر اصلی شیخ طوسی، همان است که در ادامه عبارت مطرح کرده، آن است که ابن‌ادریس و علامه حلی، اجماع بر استقلال عقد صلح را نقل نموده‌اند (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۶۵-۶۴ / علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶، ص ۶) و احتمال اینکه ایشان از مخالفت شیخ طوسی مطلع نبوده یا به مخالفت ایشان بها نداده باشند، بسیار ضعیف است.

صاحب جواهر ضمن کافی شمردن این اجماع برای التزام به این نظر، به این نکته استدلال کرده: اگر به صرف اینکه یک عقد، فائده عقد دیگر را دارد، آن را فرع همان عقد دیگر بدانیم، باید هبه معوضه را نیز بیع بشماریم حال آنکه به‌روشنی این‌طور نیست (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۲۱۲).

بنا بر این صرف شباهت عقد صلح در هر شکل آن با عقدی دیگر، نمی‌تواند برای هم‌سانی حکم این دو با یکدیگر کافی باشد و اگر دلیلی بر اشتراط شرطی که در عقود مشابه صلح مطرح شده در این عقد نداشته باشیم، همین که طرفین قرارداد، بناء بر توافق و تسالم داشته، قصد نداشته باشند که روی امکاناتی که شارع در هر عقد برای آن‌ها فراهم کرده است - هم‌چون علم به مقدار عوضین در قرارداد بیع -، پافشاری کنند، می‌توانند از عقد صلح بهره برند.

به همین دلیل بسیاری از فقهای قائل به بطلان بیع کالی به کالی، صلح کالی به کالی را صحیح شمرده‌اند (برای نمونه، ر.ک: محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۴۱۲ / همو، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۲۷۱ / یزدی، ۱۴۲۵، ص ۲۴۷ / خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۵۶۲ / صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۳۵۳)، چنان‌که محقق اردبیلی و شهید ثانی به عدم اشتراط قبض در صلح بر معاوضه نقدین

تصریح نموده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص ۳۴۰ / شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۲۶۹) حال آنکه به روشنی در بیع آن‌ها، قبض شرط می‌باشد. هم‌چنین در عبارت شیخ طوسی دیدیم که ایشان خیار مجلس را نسبت به صلحی که شبیه بیع باشد، نفی کرده است. ماده ۷۵۸ قانون مدنی نیز استقلال عقد صلح را به روشنی بیان کرده است.

### ۳. ادله اشتراط علم به عوضین در صورت امکان به دست آوردن علم

با کاوش بسیار در کلمات بزرگانی که در اشتراط علم به عوضین در عقد صلح، میان صورت امکان تحصیل علم و عدم امکان آن تفصیل داده‌اند، به این چند دلیل دست یافتیم:

#### ۳-۱. استلزام تحلیل حرام

در صورتی که شخصی به دیگری بدهکار باشد و یکی از آن‌ها از مقدار آن مطلع باشد و دیگری بی اطلاع و طرف مطلع، مصالحه را به نحوی که به سود او باشد، تنظیم کند، سیوری حلّی این مصالحه را باطل دانسته است با این استدلال که این صلحی است که حرامی را حلال می‌کند (سیوری حلّی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۲۰۲).

ظاهراً اشاره ایشان به این دلیل از ادله تصحیح عقد صلح می‌باشد:

«الْصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۱۳ / صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۳۲). صلح میان مسلمانان نافذ است مگر صلحی که حلالی را حرام کند یا حرامی را حلال نماید. هم‌چنین از عبارت صاحب ریاض (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۹، ص ۳۰۳) و سیدعاملی (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۷، ص ۲۷) برمی‌آید که ایشان نظر به «استلزام ضرر به مؤمن در صلح بر مجهول»، حکم به بطلان صلح بر مجهول نموده‌اند.<sup>۱</sup>

۱. هم‌چنین صاحب حدائق نیز از پدر خود همین استدلال را نقل می‌فرماید (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۱، ص ۹۲).

### ۳-۲. روایت علی بن ابی حمزه بطائنی

شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۲۶۳) به این حدیث تمسک کرده است:

«عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي حَمْزَةَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي الْحَسَنِ (ع) يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ كَأَنْتَ لَهُ عِنْدِي أَرْبَعَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ فَهَلْكَ أَيْ جُوزُ لِي أَنْ أَصَالِحَ وَرَثَتَهُ وَ لَا أُعْلِمَهُمْ كَمْ كَانَ فَقَالَ لَا حَتَّى تُخْبِرَهُمْ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۲۵۹ / صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۳۳ / طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۰۶). علی بن ابی حمزه گوید: به امام کاظم (ع) گفتم: یک یهودی یا مسیحی نزد من چهار هزار درهم داشته و مرده است؛ آیا جایز است که با ورثه اش مصالحه کنم و به آنها نگویم که چقدر نزد من داشته؟ حضرت فرمود: نه، تا زمانی که به آنها اطلاع ندهی، جایز نیست.

تقریب دلالیت حدیث آن است که چون امکان مشخص نمودن مقدار مورد مصالحه در عقد وجود داشته، حضرت این مصالحه را امضاء نفرمودند.

### ۳-۳. انصراف اطلاعات عقد صلح

نکته دیگری که در کلام محقق مراغی برای عدم صحت صلح بر مجهول مطرح شده، آن است که عمومات و اطلاعات ادله، ناظر به متعارف میان مردم است و بی تردید عقلاً به هیچ وجه اقدام بر غرر - که از نگاه ایشان صلح بر مجهول نیز از آن قبیل است - نمی کنند و هرگز چنین معامله ای نزدشان متعارف نیست؛ پس سایر معاملات غرری نیز مشمول ادله صحت عقود نبوده، بلکه محکوم به اصل فساد خواهد بود.

همچنین محقق مراغی نظر بدان که روش شرع را در جلوگیری از هرگونه کشمکش و مشاجره میان مردمان دانسته و معامله غرری را از اسباب این کشمکش ها و اختلافات شمرده، مقتضای حکمت را منع از صحت این معاملات دانسته است تا نزاع و اختلاف میان مردم ریشه کن گردد (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۱۳).

## ۳-۳-۱. نقد و بررسی ادله سه گانه

به نظر می‌رسد این هر سه استدلال، کاشف از این ذهنیت مشترک در ارتکاز بزرگان است:

«میان "جهل به مقدار هر یک از عوضین در صورت امکان کشف آن"، با "فریب مؤمن" یا "اضرار به او" و یا "اقدام لغزنده‌ای که به شدت می‌تواند زمینه‌ساز اختلاف و کشمکش باشد"، ملازمه برقرار است» و این مقاله هم در صدد اثبات صحت صلح با عوضین نامعلوم در صورتی که چنین لوازمی داشته باشد، نیست؛ آنچه مهم است، اینکه هرگز چنین ملازمه دائمیه‌ای واقعیت ندارد و در نمونه‌هایی که در آغاز مقاله بیان شد، مشاهده کردیم که فراوان ممکن است طرفین قرارداد بدون اینکه قصد فریب دیگری یا اضرار به او را داشته باشند، به صلح درباره‌ی اشیائی که مقدار آن‌ها دقیقاً معلوم نیست، اقدام نمایند و چون در متن قرارداد، سازوکارهای عقلائی و منضبطی برای تعیین ثمن و اختلاف انگیز نبودن مقدار مثن در آینده پیش‌بینی کرده‌اند، هرگز عقلاً این قرارداد را اقدام خطرناک و زمینه‌ساز نزاع و اختلاف نمی‌انگارند و در خارج هم چنین نزاعاتی روی نمی‌دهد.

از این جهت شاید محقق اردبیلی هم که حکم به بطلان «صلح غرری» نموده، صحت صلح در این صورت را بپذیرد چراکه ایشان «علم فی الجمله» را در این عقد کافی شمرده، وزن و پیمانانه کردن را - که در بیع و مثل بیع شرط شده - لازم ندانسته و برای آن به عمومیت ادله صحت عقد صلح و عدم دلیل بر لزوم وزن یا پیمانانه کردن استدلال کرده است (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص ۳۳۹).

تنی چند از فقها نیز برای تصحیح عقد صلح در فرض عدم امکان تحصیل علم به مقدار، سخن از "نیاز اشخاص به تبادل کالاهای مجهول المقدار" مطرح نموده‌اند (شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۳۰ / شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۲۶۳ / عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۷، صص ۲۵ و ۲۷) و همین نیز شاهد آن است که ایشان دلیلی بر بطلان صلح بر مجهول به خودی خود نداشته‌اند بلکه

به خاطر عناوین ثانوی که بر این عقد مترتب دیده‌اند، حکم به لزوم تحصیل علم به مقدار در فرض امکان کرده‌اند؛ چراکه - همان‌طور که صاحب جواهر در نقد این سخن بیان کرده (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۲۱۸) - اگر دلیلی بر لزوم معلوم کردن مقدار کالای مورد مصالحه وجود داشت، صرف وجود نیاز به تبادل، مجوز شرعی کنار نهادن حجت بر لزوم اندازه‌گیری نمی‌شد.

#### ۴. بررسی ادله عدم اشتراط معلوم بودن مقدار عوضین در عقد صلح حتی در صورت امکان علم به آنها

پس از آنکه نادرستی همه ادله اشتراط علم به مقدار عوضین در عقد صلح معلوم شد، اینک باید بررسی نمود که آیا دلیلی بر صحت عقد صلح در فرضی که مقدار عوضین معلوم نباشد، وجود دارد یا خیر؟  
سه دسته دلیل در این زمینه قابل طرح است:

##### ۴-۱. دو حدیث مختص صحت صلح بر مجهول

الف: علامه حلی پس از آنکه به طور مطلق، صلح بر مجهول را صحیح می‌شمارند، به این حدیث صحیح تمسک می‌فرمایند (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶، ص ۱۷):  
«عَلِيٌّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ حَمَّادٍ عَنْ حَرِيْزٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا (ع) أَنَّهُ قَالَ: فِي رَجُلَيْنِ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَعَامٌ عِنْدَ صَاحِبِهِ وَلَا يَدْرِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمْ لَهُ عِنْدَ صَاحِبِهِ فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ لَكَ مَا عِنْدَكَ وَ لِي مَا عِنْدِي قَالَ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا تَرَاضِيَا وَ طَابَتْ أَنْفُسُهُمَا» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۲۵۸ / برای دیدن موارد مشابه، ر.ک: صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۳۳ / طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۰۶). از یکی از باقرین<sup>†</sup> درباره دو مردی پرسیده شد که هرکدام نزد دیگری مقداری طعام دارد اما هیچ‌یک نمی‌دانند که چه مقدار طعام نزد دیگری دارند؛ پس هریک از آن‌ها به دیگری می‌گویند: آن مقدار طعام که نزد تو است، مال تو باشد و آن مقدار که نزد من است، مال من باشد؛ امام (ع) فرمود: اگر هر دو بدین راضی شده‌اند و رضایت خاطر دارند، اشکالی ندارد.

تقریب دلالت روایت آن است که حضرت در صورت رضایت طرفینی دو طرف، حکم به صحت توافقی که میان ایشان درباره دو شیء مجهول صورت گرفته، فرموده‌اند و این توافق جز بر عقد صلح نمی‌تواند منطبق باشد. نقد و بررسی: شهید ثانی که صلح بر مجهول را فقط در صورت عدم امکان تعیین مقدار شیء مورد مصالحه قبول دارد، برای این نظر به این روایت استدلال کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۲۶۳).

اما دلالت این روایت فراتر از این است، زیرا چه بسا مقدار طعامی که هریک نزد دیگری داشته، پس از تحقیق و بررسی قابل کشف بوده اما با این حال حضرت پرسشی از امکان یا عدم امکان تعیین مقدار عوضین مصالحه مطرح نفرمودند و به صورت مطلق حکم به صحت این مصالحه نمودند. بلی، اشکالی که به دلالت این حدیث وارد به نظر می‌رسد، آن است که این حدیث مربوط به صورت اختلاط اموال دو طرف بوده، شامل همه انواع عقد صلح - از جمله صورت مورد بحث که بناء بر تبادل دو شیء مجزا است که مالک هریک کاملاً معلوم است - نمی‌شود.

ب: در کلام بسیاری از بزرگان استدلال به مذاق شارع مطرح شده است با این تقریب که بناء شارع در عقد صلح بر مسامحه و آسان گرفتن است و اراده طرفین قرارداد را در آن اصیل شمرده است (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص ۳۳۹/ عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۷، ص ۲۷/ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۱، ص ۹۶/ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۱۹۷). نقد و بررسی: این دلیل نیز دلیلی لبی و تابع اطمینان شخصی هر فقیه است و نمی‌تواند دلیلی غیرقابل اشکال و پیراسته از شک و تردید باشد.

#### ۲-۴. اطلاقات عقد صلح

اطلاق ادله‌ای که برای تصحیح عقد صلح مطرح شده نیز می‌تواند بیان‌گر صحت صلح با عوضین نامعلوم باشد و تعیین مقدار آن‌ها ممکن باشد؛ عمده این ادله عبارتند از:

الف: آیه شریفه‌ی: «الصُّلْحُ خَيْرٌ» (نساء: ۱۲۸). «صلح بهتر است».

بسیاری از فقها استدلال به این آیه شریفه را در صدر ادله امضاء صلح مطرح نموده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۸۸ / قطب راوندی، ۱۴۰۵، ج ۱، ص ۳۸۵ / ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۶۴ / علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶، ص ۱۷). نقد و بررسی: این فراز از آیه شریفه پس از طرح موضوع اختلافات زناشویی مطرح شده و لذا ظاهر در سازش و صلح تکوینی است و نه عقدی که دو طرف برای تبادل کالا انشاء می‌کنند. صاحب جواهر نیز اشاره‌ای به نادرستی استدلال به این آیه شریفه نموده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۲۱۰).

ب: «عَلِيٌّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَجْزُوبٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ أَبِي الْمِقْدَامِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ سَلْمَةَ بْنِ كَهَيْلٍ قَالَ: سَمِعْتُ عَلِيًّا يَقُولُ لِشَرِيحٍ: ... الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا حَرَمًا حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۱۲-۴۱۳ / طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۲۵). سلمة بن كهيل گوید: شنیدم که علی (ع) به شریح می‌فرمود: صلح میان مسلمانان نافذ است مگر صلحی که حلالی را حرام کند یا حرامی را حلال کند.

تقریب دلالت حدیث آن است که هم به قرینه کلمه «جائز» و هم به قرینه آنکه این عبارت در ضمن توصیه‌هایی که حضرت به شریح به‌عنوان قاضی فرموده‌اند، مطرح شده است، ظاهر «الصلح»، معنای تشریحی آن است که اگر مختص قرارداد و نهاد حقوقی مورد بحث نباشد، لااقل معنای جامعی دارد که شامل این عقد نیز می‌شود.

درباره سند این حدیث، شایان تذکر است که اگرچه در بسیاری از کتب فقهی، این حدیث مرسله شمرده شده است (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص ۳۲۹ / نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۲۱۰) اما این مطلب درست نیست بلکه فقط در «من لایحضره الفقیه» به صورت مرسله از رسول مکرم اسلام (ص) نقل شده است (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۳۲) اما در کافی و تهذیب، به صورت مسند نقل شده است.

نقد و بررسی: این سند به خاطر وجود «ابو المقدم» - که نه تنها هیچ توثیقی درباره او نرسیده، بلکه در روایتی به شدت مذمت شده است (کشی،

[بی تا]، ص ۲۴۱ - معتبر نیست.

بله، چه بسا نقل این روایت در سه کتاب از کتب اربعه شیعه، سبب اطمینان به صدور آن شود.

ج: «عَنْهُ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) وَ غَيْرِ وَاحِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي الرَّجُلِ يَكُونُ عَلَيْهِ الشَّيْءُ فَيَصَالِحُ فَقَالَ إِذَا كَانَ بِطَيْبَةِ نَفْسٍ مِنْ صَاحِبِهِ فَلَا بَأْسَ» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۰۶). از امام صادق (ع) درباره مردی پرسیده شد که چیزی بر ذمه اش بوده است و آن را مصالحه می کند؛ امام (ع) فرمود: اگر مصالحه با رضایت خاطر طرف دیگر انجام شده باشد، اشکالی ندارد.

صحت سند این روایت و دلالت آن بر صلح به معنای تشریعی آن روشن است. نقد و بررسی: این روایت نیز شامل همه انواع عقد صلح - از جمله صورتی که طرفین قرارداد بناء بر تبادل دو شیء دارند - نمی شود بلکه مربوط به صورتی است که طرفین درباره مقدار دینی که یکی بر عهده دیگری داشته، مصالحه می کنند.

د: «عَلَى بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَفْصِ بْنِ الْبَخْتَرِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: الصَّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ النَّاسِ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۲۵۹/ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۰۸). امام صادق (ع) فرمود: صلح میان مردم، نافذ است.

هیچ نقد و اشکالی به سند و دلالت این روایت قابل طرح به نظر نمی رسد زیرا حفص بن بختری صریحا توسط نجاشی توثیق شده است (نجاشی، ۱۴۰۷، ص ۱۳۴) و همان طور که پیش تر بیان شد، لفظ «جائز» قرینه خوبی بر اراده معنای تشریعی صلح است.

لفظ روایت هم کاملا مطلق است و شامل عقد صلح در غیر مورد دین و با عوضین مجهول در فرض امکان تحصیل علم بدان می شود.

۱. نظر به اسناد پیشین، روشن است که این ضمیر به «حسین بن سعید اهوازی» رجوع می کند.

### ۴-۳. اطلاعات صحت عقود

برخی از ادله نیز بدون هرگونه قیدی هر عقدی را صحیح شمرده‌اند که باز شامل عقد مورد بحث می‌شود؛ به عمده آنها توجه کنید:

#### ۴-۳-۱. آیه وفای به عقود

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ». ای کسانی که ایمان آورده‌اید، به قراردادهای وفا کنید (مائده: ۱).

تقریب دلالت آیه شریفه آن است که عموم «العقود»، شامل عقد صلحی که عوضین آن نامعلوم باشند نیز می‌شود و لو تحصیل علم بدان‌ها ممکن باشد. تمسک به این آیه شریفه برای نفی شروط محتمل در عقود مختلف تا حدی در میان فقها شایع و مقبول است که اولاً در میان طبقات مختلف فقها دیده می‌شود (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، صص ۱۷۷، ۲۰۷، ۲۲۳ و ۴۸۹ / قطب راوندی، ۱۴۰۵، صص ۳۸۷ / ابن زهره، ۱۴۱۷، صص ۲۸۶ / ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، صص ۳۱۸ / علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۱، صص ۱۲ / فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲، صص ۹۴ / عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۴، صص ۱۷۴ / میرزای قمی، ۱۴۱۳، ج ۲، صص ۳۲۹ / نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷، صص ۷۶ / خوبی، ۱۴۱۷، ج ۱، صص ۵۰ و ۵۱ / ثانیاً بسیاری از ایشان حتی دلالت آن برای تصحیح قراردادهای نوپدید که در عصر تشریع وجود نداشته - هم‌چون عقد بیمه - را نیز کافی دانسته‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۰، صص ۱۴۴ / سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱، صص ۶۴۵ / مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، صص ۱۰ / حلی، ۱۴۱۵، ج ۴، صص ۴۰-۴۱ / خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، صص ۵۰ / طباطبایی، ۱۴۱۷، ج ۵، صص ۱۵۸ / تبریزی، [بی‌تا]، ۲۷۵ / وحید خراسانی، ۱۴۲۸، ج ۲، صص ۴۷۷، تعلیقه ۷۶۰ / حائری، ۱۴۲۳، ج ۱، صص ۲۷۱ / هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶، صص ۲۷۴ / سیستانی، [بی‌تا]، ج ۱، صص ۴۵۱ و ج ۲، صص ۱۶۹).

بررسی دلالت آیه شریفه: اشکالی که به دلالت آیه شریفه مطرح شده است آن است که اگر مقصود از عقود، قراردادهای انسان‌ها با یکدیگر باشد، این فراز از آیه شریفه با ادامه آن هیچ ارتباطی پیدا نمی‌کند زیرا در ادامه آمده است:

«أَحَلَّتْ لَكُمْ بِهَيْمَةَ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ». برای شما [گوشت] چارپایان حلال گردیده، جز آنچه [حکمش] بر شما خوانده می‌شود، در حالی که نباید شکار را در حال احرام، حلال بشمرید. پس به قرینه سیاق، باید مقصود از عقود را تعهداتی بدانیم که انسان‌ها در عالمی پیش از دنیا، در پیشگاه حضرت حق جل جلاله بدان‌ها ملتزم شده‌اند که طبق آن تعهدات، ایشان موظف به رعایت آداب عبودیت و از جمله حکمی که در ادامه آیه شریفه بیان شده است، می‌باشند.

تفسیر کشاف و جوامع الجامع به همین تقیید متمایل شده‌اند (زمخشری، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۶۰۰-۶۰۱ / طبرسی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۲۸).

اما این اشکال وارد نیست چرا که این نکته فقط اقتضای آن دارد که آیه شریفه مختص قرارهای میان انسان‌ها با یکدیگر نباشد، اما اینکه عموم آیه شریفه علاوه بر قرارهای میان انسان و خداوند متعال، شامل قرارهای میان انسان‌ها نشود، وجهی ندارد و از همین رو بسیاری از مفسران و فقها به همین نکته عمومیت آیه شریفه نسبت به تعهدات انسان در پیشگاه خداوند متعال و قراردادهای میان انسان‌ها تصریح کرده‌اند (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۳، ص ۲۳۴-۲۳۵ / مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۱۱ / طباطبایی، ۱۴۱۷، ج ۵، ص ۱۵۸ / حائری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۲۰۸).

### ۲-۳-۴. آیه تجارت

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ». ای کسانی که ایمان آورده‌اید، اموال همدیگر را به ناروا نخورید مگر آنکه داد و ستدی با تراضی یکدیگر، از شما [انجام گرفته] باشد (نساء: ۲۹).

تقریب استدلال به آیه این است که نهی از اکل اموال یکدیگر به باطل و پس از آن، استثناء منقطع «تجارت برآمده از تراضی»، ظاهر در آن است که همه انواع این تجارت‌ها صحیح است (مفید، ۱۴۱۳، ص ۵۹۰) پس عقد صلح با عوضین مجهول نیز چون طبق فرض برآمده از تراضی است، طبق این آیه شریفه صحیح می‌باشد.

تمسک به این آیه شریفه نیز میان طبقات گوناگون فقها بسیار مشهور است (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، صص ۶۱ و ۱۴۲ / ابن زهره، ۱۴۱۷، ص ۲۱۱ / ابن شهر آشوب، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۲۱۲ / ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۵۹ / علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۱۴۸ / عمیدالدین، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۷۶ / فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۴۴۶ / نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲، صص ۱۴۰ و ۲۱۴ / انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۴۱ / بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۲۷۹ / خویی، ۱۴۱۷، ج ۵، ص ۱۸۱) و اشکالی بدان وارد به نظر نمی‌رسد.

### نتیجه

در قرارداد صلح، تعیین مقدار عوضین در متن قرارداد لازم نیست حتی اگر امکان تعیین آن‌ها وجود داشته باشد؛ بلکه اگر در متن قرارداد، فرآیندهای منضبطی برای روشن شدن مقدار عوضین در آینده قرارداد پیش‌بینی شود نیز برای صحت قرارداد کافی است، زیرا عقد صلح عقد مستقلی است که از یک سو، اطلاعات تصحیح صلح و تصحیح انواع قراردادها شامل چنین صلحی نیز می‌شود و هم این عقد مستلزم ضرر یا فریب یکی از طرفین قرارداد و کشمکش میان آن‌ها نمی‌شود و لذا وجهی برای تقیید اطلاعات یاد شده وجود ندارد.

### حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسئول، این مقاله هیچ‌گونه حامی مالی ندارد..

### سهم نویسندگان در پژوهش

تمام نویسندگان در طراحی، اجرا و نگارش مقاله مشارکت داشته‌اند و محتوای نهایی مقاله را تأیید می‌کنند.

### تضاد منافع

نویسندگان تصریح می‌کنند که هیچ‌گونه تضاد منفعی در ارتباط با این مقاله وجود ندارد.

## منابع

- ابن اثیر جزری، مبارک؛ *النهاية في غريب الحديث والأثر*؛ قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۶۷.
- ابن زهره، حمزة بن علی؛ *غنية النزوع إلى علمی الأصول والفروع*؛ قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۷ق.
- ابن شهر آشوب، رشیدالدین؛ *متشابه القرآن و مختلفه*؛ قم: دارالبيدار للنشر، ۱۳۶۹ق.
- ابن فارس، احمد بن زکریا؛ *معجم مقائیس اللغة*؛ قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم؛ *لسان العرب*؛ ج ۳، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ق.
- اردبیلی، احمد بن محمد؛ *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان*؛ تحقیق و تصحیح مجتبی عراقی، علی پناه اشتهاردی و حسین یزدی اصفهانی؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ق.
- اصفهانی، محمد حسین؛ *الإجارة*، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۹ق.
- اصفهانی، محمد حسین؛ *حاشیة کتاب المکاسب*؛ تحقیق و تصحیح عباس محمد آل سباع قطیفی؛ قم: أنوار الهدی، ۱۴۱۸ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین؛ *المکاسب*؛ قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری (ره)، ۱۴۱۵ق.
- ایروانی، علی؛ *حاشیة المکاسب*؛ تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- بحرانی، یوسف؛ *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*؛ تحقیق و تصحیح محمد تقی ایروانی و سید عبدالرزاق مرقم؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵ق.
- بهجت، محمد تقی؛ *جامع المسائل*؛ ج ۲، قم: دفتر معظم له، ۱۴۲۶ق.
- تبریزی، جواد؛ *أسس القضاء والشهادة*؛ قم: دفتر آیت الله تبریزی، [بی تا].
- جوهری، اسماعیل بن حماد؛ *تاج اللغة وصحاح العربية*؛ تحقیق و تصحیح احمد عبدالغفور عطار؛ بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۴۱۰ق.
- حسینی حائری، سید کاظم؛ *فقه العقود*؛ ج ۲، قم: مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ق.
- حکیم، سید محسن؛ *نهج الفقهائه*؛ قم: انتشارات ۲۲ بهمن، [بی تا].
- حلی (محقق حلی)، جعفر بن حسن؛ *المختصر النافع فی فقه الإمامیه*؛ ج ۶، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة، ۱۴۱۸ق.
- حلی (محقق حلی)، جعفر بن حسن؛ *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*؛ تحقیق و تصحیح عبدالحسین محمد علی بقال؛ ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر؛ *تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه*، تحقیق

## بررسی لزوم تعیین مقدار عوضین در عقد صلح

- و تصحیح ابراهیم بهادری؛ قم: مؤسسه امام صادق(ع)، ۱۴۲۰ ق.
- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر؛ تذکرة الفقهاء؛ قم: مؤسسه آل البيت(ع)، ۱۴۱۴ ق.
- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر؛ مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- حلی، ابن ادريس؛ السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.
- حلی، حسین؛ بحوث فقهیه؛ ج ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۵ ق.
- حمیری، نشوان بن سعید؛ شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام؛ بیروت: دارالفکر المعاصر، ۱۴۲۰ ق.
- خمینی، سیدروح الله؛ تحریر الوسیلة؛ قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، ۱۳۷۸.
- خمینی، سیدروح الله؛ کتاب البیع؛ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره)، ۱۴۲۱ ق.
- خوانساری، سیداحمد؛ جامع المدارک فی شرح مختصر النافع؛ تحقیق و تصحیح علی اکبر غفاری؛ ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
- خویی، سیدابوالقاسم و حسین وحید خراسانی؛ منهاج الصالحین؛ ج ۵، قم: مدرسه امام محمد باقر(ع)، ۱۴۲۸ ق.
- خویی، سیدابوالقاسم؛ مصباح الفقاهة؛ تقریر محمد علی توحیدی؛ قم: انصاریان، ۱۴۱۷ ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد؛ مفردات ألفاظ القرآن؛ بیروت: دمشق: دارالعلم، ۱۴۱۲ ق.
- راوندی، قطب الدین؛ فقه القرآن؛ ج ۲، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی(ره)، ۱۴۰۵ ق.
- زمخشری، محمود؛ الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل؛ ج ۳، بیروت: دارالکتاب العربی، ۱۴۰۷ ق.
- سبزواری، محمدباقر؛ کفایة الأحکام؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۳ ق.
- سیوری حلی، مقداد بن عبدالله؛ التنیح الرائع لمختصر الشرائع؛ تحقیق و تصحیح سید عبداللطیف حسینی کوه کمری؛ قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی(ره)، ۱۴۰۴ ق.
- شبییری زنجانی، سیدموسی؛ کتاب نکاح؛ قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، ۱۴۱۹ ق.
- شهیدی، میرزافتاح؛ هدایة الطالب إلى أسرار المکاسب؛ تبریز: چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵ ق.
- صافی گلپایگانی، لطف الله؛ هدایة العباد؛ قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۶ ق.
- صدوق، محمد بن علی بن بابویه؛ من لایحضره الفقیه؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ق.
- طباطبایی، سید محمد حسین؛ المیزان فی تفسیر القرآن؛ ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به

جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.

طباطبایی، سیدعلی؛ ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل؛ تحقیق و تصحیح محمد بهره‌مند، محسن قدیری، کریم انصاری و علی مروارید؛ قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع)، ۱۴۱۸ق.

طبرسی، فضل‌بن حسن؛ ترجمه تفسیر جوامع الجامع؛ ترجمه احمد امیری شادمهری؛ مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۷۴.

طبرسی، فضل‌بن حسن؛ مجمع‌البیان فی تفسیرالقرآن؛ تحقیق محمدجواد بلاغی؛ چ ۳، تهران: انتشارات ناصرخسرو، ۱۳۷۲.

طوسی، محمدبن حسن؛ الخلاف؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ق.

طوسی، محمدبن حسن؛ الميسوط فی فقه الإمامية؛ تحقیق و تصحیح سیدمحمدتقی کشفی؛ چ ۳، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ق.

طوسی، محمدبن حسن؛ تهذیب الأحكام؛ چ ۴، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ق.

عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی؛ الدروس الشرعية فی فقه الإمامية؛ چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۱۷ق.

عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی؛ الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية؛ قم: انتشارات داوری، ۱۴۱۰ق.

عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی؛ مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام؛ قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ق.

عاملی، سیدجواد؛ مفتاح‌الكرامة فی شرح قواعد‌العلامه؛ تحقیق و تصحیح محمدباقر خالصی؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ق.

عمیدالدین، ابن محمد اعرج؛ كنزالفوائد فی حل مشكلات القواعد؛ تحقیق و تصحیح محی‌الدین واعظی حاج کمال کاتب و جلال اسدی؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ق.

فخرالمحققین، محمد؛ ایضاح‌الفوائد فی شرح مشكلات القواعد؛ قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق.

فراهیدی، خلیل‌بن احمد؛ کتاب‌العین؛ چ ۲، قم: نشر هجرت، ۱۴۱۰ق.

فیومی، احمدبن محمد؛ المصباح‌المنیر؛ قم: منشورات دارالرضی، [بی‌تا].

قمی، سیدتقی؛ دراساتنا من الفقه الجعفری؛ قم: مطبعة النخيام، ۱۴۰۰ق.

کاشف‌الغطاء، حسن بن جعفر؛ أنوارالفقاهة (کتاب‌الصلاح)، نجف: مؤسسه کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق.

کرکی، علی بن حسین؛ جامع‌المقاصد فی شرح القواعد؛ تحقیق و تصحیح گروه پژوهش مؤسسه آل‌البتیت (ع)؛ چ ۲، قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع)، ۱۴۱۴ق.

## بررسی لزوم تعیین مقدار عوضین در عقد صلح

کرکی، علی بن حسین؛ رسائل المحقق الکرکی؛ تحقیق و تصحیح محمد حسون؛ قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره) و دفتر نشر اسلامی، ۱۴۰۹ ق.

کشی، محمد بن عمر؛ إختيار معرفة الرجال؛ مشهد: مؤسسه نشر دانشگاه فردوسی، [بی تا].

کلینی، محمد بن یعقوب؛ الکافی؛ تحقیق و تصحیح علی اکبر غفاری؛ چ ۴، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ق.

لاری، سید عبدالحسین؛ التعلیقه علی المکاسب؛ قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، [بی تا].

مجاهد طباطبایی، سید محمد؛ المناهل؛ قم: مؤسسه آل البيت (ع)، [بی تا].

مراغی، سید میر عبد الفتاح؛ العناوین الفقهیة؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۱۷ ق.

مصطفوی، حسن؛ التحقیق فی کلمات القرآن الکریم؛ تهران: مرکز کتاب للترجمة والنشر، ۱۴۰۲ ق.

مفید، محمد بن محمد؛ المقنعة؛ قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید (ره)، ۱۴۱۳ ق.

موسوی بجنوردی، سید حسن؛ القواعد الفقهیة؛ تحقیق و تصحیح مهدی مهریزی و محمد حسن درایتی؛ قم: الهادی (ع)، ۱۴۱۹ ق.

میرزای قمی، ابوالقاسم؛ جامع الشتات فی أجوبة السؤالات؛ تهران: مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳ ق.

نجاشی، ابوالحسن؛ فهرست أسماء مصنفی الشيعة؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.

نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ تحقیق و تصحیح عباس قوچانی و علی آخوندی؛ چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

واسطی زبیدی، سید محمد مرتضی؛ تاج العروس من جواهر القاموس؛ بیروت: دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.

هاشمی شاهرودی، سید محمود؛ بحوث فی الفقه الزراعی؛ قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی منطبق بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۴۲۶ ق.

همدانی، رضا؛ حاشیة کتاب المکاسب؛ تحقیق و تصحیح محمدرضا انصاری قمی؛ قم: [بی تا]، ۱۴۲۰ ق.

یزدی، سید محمد کاظم؛ حاشیة المکاسب؛ چ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.

یزدی، سید محمد کاظم؛ سؤال و جواب؛ تهران: مرکز نشر العلوم الإسلامی، ۱۴۲۵ ق.



## Codeology of the flow of conditions in contracts based on the principle of the rule of will

**Mohammadali Saeedi**


Assistant Professor of Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran.

Email: saeedi\_mha@yahoo.com

**Mahdi Miri**

PhD Candidate in Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran.

Email: mahdimiri427@yahoo.com

**Farzaneh Karami\*** (Corresponding Author) 

PhD Candidate in Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran.

Email: f\_karami91@yahoo.com



Use your device to scan  
and read the article online

**Citation** Saeedi, M. ,Miri, M. ,Karami, F. (2025). Codeology of the flow of conditions in contracts based on the principle of the rule of will. [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#). 22 (84): 159-194

 [10.22034/ilaw.2025.708996](https://doi.org/10.22034/ilaw.2025.708996)

Received: 24 April 2023 , Accepted: 21 October 2023

### Abstract

A condition option is a type of right to terminate a contract necessary for a certain period of time, which arises based on the consent and agreement of the will of the parties to the transaction in the form of a condition included in the contract, which is necessary for one of the parties or both or a third party. The extent of the option of the condition in the necessary contracts is one of the challenges that can be raised, which in Islamic jurisprudence includes criteria such as the combination between the possibility of abatement in the contract and the option of the condition, or the basis of the contract on the contract or the criterion of the duration of the contract. This diversity and difference among the rules and the lack of comprehensive rules to distinguish the mechanisms of the flow of conditions in contracts have been reflected in the legal texts of Iran and other Islamic countries, which makes it necessary to study this issue and reach a proper attitude. The results of the present article, which was carried out with a descriptive-analytical method, state that the condition option is a product of the agreement of the parties to the transaction, and the freedom of will is not absolute and is limited to the way that it does not contradict the book and the Sunnah and causes the analysis of haram or sanctions. Do not become halal. Also, it should not be against good morals and public order. Therefore, by focusing on the principle of sovereignty of the will, non-opposition to Sharia and the law, and considering the role of the nature and necessity of that contract, comprehensive and systematic rules can be presented for the flow of the condition option in contracts.

### Keywords

The flow of the condition, the principle of sovereignty of the will, the nature of the contract, the consent of the parties, necessary contracts



## Extended Abstract

### 1. Introduction

The Option of Condition (Khiyar al-Shart) is defined as a specific right to rescind a binding contract within a determined period, established through the mutual agreement of the parties or for the benefit of a third party. While the principle of contractual stability is paramount in Islamic jurisprudence and modern civil laws, the inclusion of an option to rescind introduces a state of potential instability (Tazalzul) to the legal relationship. The central legal challenge addressed in this research is the determination of a comprehensive criterion to identify which binding contracts permit the inclusion of Khiyar al-Shart and which exclude it due to their inherent nature or religious prohibitions.

In Imami jurisprudence, various criteria have been proposed, such as the correlation between the validity of bilateral rescission (Iqala) and the option of condition, or the distinction between "divine" acts involving the intent of proximity to God (Qasda al-Qurbah) and purely commercial transactions. Similarly, Sunni schools of thought (Hanafi, Shafi'i, Maliki, and Hanbali) have introduced criteria based on the compensatory nature of contracts (Mughabanah), the prevention of the loss of benefits, or the necessity of the option holder's consent. These jurisprudential differences are mirrored in modern legal systems. For instance, while Article 456 of the Iranian Civil Code suggests that all options (except those specific to sale) are generally applicable to all binding contracts, legal scholars argue that the nature of contracts like marriage, endowment (Waqf), and guarantee (Dhaman) necessitates their exclusion. A similar lack of a unified criterion is observed in Iraqi law, which specifies the option's applicability in certain contracts like sale and lease but remains silent on a general rule. This research seeks to bridge these gaps by proposing a systematic, three-stage framework for determining the applicability of Khiyar al-Shart.

### 2. Research Methodology

This study employs a descriptive-analytical approach to examine the legal and jurisprudential principles governing the option of condition. The methodology involves a comparative analysis across three primary dimensions: Imami jurisprudence, the four Sunni schools, and the civil laws of Iran and Iraq. The research first reviews existing criteria proposed by classical and contemporary jurists, subjecting them to critical evaluation based on their

■ Codeology of the flow of conditions in contracts based on the principle of

logical consistency and practical applicability. By identifying the shortcomings of these partial criteria—such as their inability to account for all contract types or their reliance on inconsistent rationales—the study moves toward synthesizing a "comprehensive and systematic" model. Sources include primary jurisprudential texts (Al-Mabsut, Jawahir al-Kalam, Al-Mughni), civil codes, and contemporary legal commentaries.

### 3. Research Findings

The research findings indicate that existing criteria are often insufficient or lack universality. For example, the theory linking *Khiyar al-Shart* to *Iqala* (rescission) is flawed because *Iqala* depends on mutual agreement at the time of termination, whereas a "condition" is a unilateral right established at the time of contract formation. Furthermore, some contracts may not permit *Iqala* but could logically allow a pre-agreed option to rescind.

The study proposes a three-stage systematic criterion for the applicability of the option of condition:

**1. The Principle of Party Autonomy (Rule of Will):** The foundation of any contract is the freedom of the parties to define its terms. Since the option of condition is a product of mutual consent, it should theoretically be permissible in all binding contracts unless a specific barrier exists. This principle is supported by the general religious command to "fulfill all obligations" and "abide by conditions".

**2. Compatibility with the Essence (Maqtada) of the Contract:** The option must not contradict the primary purpose or nature of the contract. For example, in a pledge/security contract (*Rahn*), the essence is to provide security and "peace of mind" to the creditor; allowing the debtor to unilaterally rescind the contract through an option would negate this very purpose. Similarly, marriage is intended for stability and permanence, making a rescission option contrary to its social and legal essence.

**3. Compliance with Sharia and Public Order:** The autonomy of will is not absolute and is limited by divine prohibitions and public policy. Contracts categorized as "semi-worship" or "devotional" (such as marriage or certain forms of charity/endowment) involve a level of sanctity and public interest that precludes private parties from introducing instability through rescission options. In Iranian and Iraqi law, the exclusion of options in marriage is justified by public order and morality.

The findings also highlight a distinction between commercial contracts and non-commercial/devotional contracts. While commercial contracts

prioritize flexibility and the protection of financial interests (justifying the broad use of options), devotional contracts prioritize stability and the fulfillment of a specific religious or social status, thereby limiting the role of party autonomy.

#### **4. Conclusion**

The study concludes that the diverse and often conflicting criteria found in Islamic jurisprudence and modern legislation stem from a failure to view the problem through a multi-layered lens. By adopting the proposed three-stage framework, legal practitioners and jurists can achieve a more consistent and predictable application of the law.

The principle of party autonomy serves as the general rule, granting parties the right to include *Khiyar al-Shart* in most binding transactions. However, this right is systematically restricted when it interferes with the essential nature of the contract or violates public order and Sharia principles. This approach explains why the option is readily accepted in sale and lease but rejected in marriage, endowment, and security contracts. Ultimately, a comprehensive criterion must balance the need for contractual flexibility with the necessity of preserving the fundamental legal and social structures intended by the legislator. This systematic model provides a "worthy attitude" and a "comprehensive perspective" for future legal indexing and judicial decision-making in international Islamic law contexts.

#### **Funding**

According to the corresponding author, this research received no specific grant from any funding agency.

#### **Authors' Contributions**

All authors contributed to the design, implementation, and writing of the manuscript and approved the final version of the article.

#### **Conflict of Interest**

The authors declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.



## ضابطه‌شناسی جریان خیار شرط در عقود

محمدعلی سعیدی

Email: saeedi\_mha@yahoo.com. استادیار حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.

مهدی میری

Email: mahdimiri427@yahoo.com. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.

فرزانه کرمی\* (نویسنده مسئول)

Email: f\_karami91@yahoo.com. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.



Use your device to scan and read the article online

**Citation** Saeedi, M., Miri, M., Karami, F. (2025). Codeology of the flow of conditions in contracts based on the principle of the rule of will. [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#). 22 (84): 159-194

[10.22034/ilaw.2025.708996](https://doi.org/10.22034/ilaw.2025.708996)

Received: 24 April 2023 , Accepted: 21 October 2023

### چکیده

خیار شرط نوعی حق فسخ عقد لازم برای مدت معین است که بر اساس تراضی و توافق اراده طرفین معامله در قالب شرط ضمن عقد برای یکی از طرفین یا هردو یا شخص ثالث به وجود می‌آید. گستره جریان خیار شرط در عقود لازم از چالش‌های قابل طرح است که در فقه اسلامی ضوابطی همچون تلازم میان امکان اقاله در عقد و خیار شرط یا بناگذاری عقد بر مغاینه یا ملاک قراردادان دوام عقد، طرح گردیده شده است. این گوناگونی و اختلاف در میان ضوابط و فقدان ضابطه‌ای جامع برای تشخیص سازوکارهای جریان خیار شرط در عقود، در متون حقوقی ایران و سایر کشورهای اسلامی نیز بازتاب داشته است که مطالعه این مسئله و رسیدن به نگرشی شایسته را ضروری می‌نماید. نتایج نوشتار حاضر که با روش توصیفی-تحلیلی انجام شده است، چنین بیان می‌دارد که خیار شرط، ساخته تراضی طرفین معامله است و آزادی اراده به‌طور مطلق نبوده و محدود به‌صورتی است که مخالف کتاب و سنت نباشد و موجب تحلیل حرام یا تحریم حلال نگردد. همچنین بر خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد؛ لذا با محور قراردادن اصل حاکمیت اراده، عدم مخالفت با شرع و قانون و با در نظر گرفتن نقش ماهیت و اقتضای آن عقد، می‌توان ضابطه‌ای جامع و نظام‌مند برای جریان‌پذیری خیار شرط در عقود ارائه نمود.

### واژگان کلیدی

خیار شرط، حاکمیت اراده، عقد لازم، تراضی و توافق، فقه اسلامی.



## مقاله

خیار شرط نوعی از حق شمرده می‌شود که مبتنی بر رضایت و اراده هریک از طرفین معامله بوده و در قالب شرط ضمن عقد لازم محقق می‌گردد و عقد را متزلزل می‌نماید. این شرط برای مدتی اختیار برهم‌زدن عقد را به مشروطه می‌دهد. در این گونه شرط، هریک از متعاملین می‌توانند بر خلاف میل و رضایت طرف دیگر عقد را منحل سازند. در فقه امامیه و فقه مذاهب اربعه، جریان خیار شرط در همه عقود، مورد چالش و اختلاف واقع شده است و هریک از آنها برای جریان یا عدم جریان چنین خیاری ضابطه‌ای را مشخص نموده‌اند. در فقه امامیه ضوابطی از جمله تلازم میان جریان اقاله و خیار شرط می‌توان اشاره نمود و همچنین در میان فقهای اهل سنت بناگذاری عقد بر مغابنه و ملاک قرارداد دوام عقد برای جریان خیار شرط را می‌توان نام برد. چنین اختلافاتی در نصوص قوانین ایران و سایر کشورهای اسلامی نیز نمود پیدا کرده و نمی‌توان نسبت به ضابطه‌ای مشخص در جریان خیار شرط در همه عقود اطمینان حاصل نمود. در این راستا قانونگذار ایرانی در ماده ۴۵۶ قانون مدنی مسئله اشتراک اختیارات را مورد امعان نظر قرار داشته است و چنین مقرر می‌دارد: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خیار مجلس و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است». از این ماده چنین برداشت می‌شود که به جز اختیارات مختص بیع، سایر اختیارات در همه عقود قابلیت جریان دارد، ولی با ژرف اندیشی در این مسئله چنین رهیافت می‌شود که خیار شرط در نکاح، وقف و ضمان با توجه به طبیعت این عقود که اقتضای استمرار دارد، سازگار نیست. آنچه در مورد ضوابط متعدد ارائه شده قابل طرح است، گوناگونی و اختلاف‌های زیاد در میان ضوابط پیشنهادی است، به گونه‌ای که هر کدام از آنها بخشی از یک معیار جامع را می‌تواند تبیین نماید. آنچه نقطه ضعف مشترک در تمام این موارد است، اشاره هر کدام از این ضوابط به بخشی

از شرایط جریان خيار شرط در عقود است و فقدان نظام جامعی است که بتواند برای خواننده به صورت کامل سازوکارهای جریان خيار شرط را در عقود مشخص نماید؛ لذا لازم است برای رسیدن به ضابطه‌ای جامع و دقیق هرکدام از ضوابط ارائه شده را بررسی و ارزیابی نموده تا به نگرش جامع و ضابطه‌ای نظام‌مند در این مسئله دست یافت.

در رابطه با پیشینه مسئله حاضر می‌توان به مقاله‌ای با عنوان «بررسی فقهی حقوق مبانی عدم جریان خيار شرط در پاره‌ای از عقود» نوشته کرمی و همکاران اشاره نمود که نویسندگان به بررسی مبانی عدم جریان خيار شرط در پاره‌ای از عقود پرداخته و به ترتیب جریان خيار شرط را در عقد ضمان، رهن، نکاح و اجاره بر اساس دیدگاه فقهی و قوانین حقوقی مورد بررسی قرار می‌دهند.

همچنین مقاله «بررسی خيار شرط در قانون مدنی و فقه امامیه» نوشته رضا روزبه که خيار شرط را در محور ماهیتی، مفهوم‌شناسی و مبانی نظری، تجزیه - تحلیل شرط ضمن عقد در فقه امامیه و حقوق مدنی، مورد بحث و بررسی قرار داده است، ولی در این بررسی ضابطه کلی جریان خيار شرط مورد بحث و پژوهش قرار نگرفته است.

مقاله دیگر با عنوان «بازپژوهی ادله عدم جواز دخول خيار شرط در ایقاعات» نوشته سیف‌الله احدی و محمدحسن حائری یزدی به بررسی ادله ممنوعیت خيار شرط در ایقاعات پرداخته و معتقد است؛ کلیت قضیه جریان خيار شرط در ایقاعات، نه از جهت ثبوت و نه از جهت عدم آن صحیح نیست.

همچنین مقاله «خيار شرط در صلح» نوشته عبدالله بهمن پوری و همکاران که نویسنده در آن به بررسی خيار شرط در صلح پرداخته و در انتها با تکیه بر اصل حاکمیت اراده آن را می‌پذیرد.

اما نوشتار حاضر با توجه به بررسی و نقد ضوابط گوناگون ارائه شده

در فقه امامیه و مذاهب اربعه و نمود چنین اختلافی در قوانین ایرانی و سایر کشورهای اسلامی ضوابط ارائه شده را مورد نقد و ارزیابی قرار داده، تا به نظریه شایسته دست یابد؛ لذا پژوهش حاضر در تحلیل و دست‌یابی و گزینش نظریه با پژوهش‌های پیشین متفاوت است.

## ۱. تبیین قلمرو و خیار شرط

خیار شرط خیاری است که به واسطه شرط کردن آن در ضمن عقد ثابت می‌شود (خمینی، [بی‌تا]، ص ۵۱۹) در خیار شرط دارنده حق خیار، تسلط بر فسخ عقد پیدا می‌کند. ظاهر مطلب نشانگر آن است که در گذشته فقها اختلافی در عدم اختصاص خیار شرط به بیع نداشته و معتقد بوده‌اند که در هر معامله لازمی قابلیت درج خیار شرط وجود دارد مگر در جایی که دلیلی بر عدم جریان خیار شرط در آن مورد وجود داشته باشد مثل عقد نکاح (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱۷ / علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۱، ص ۶۳ / همان، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۳۷۵ / محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۸، ص ۴۱۱ / نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳، ص ۶۲ / انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۱۴۷ / نراقی، ۱۴۲۲، ص ۳۲۹ / خویی، [بی‌تا]، ج ۶، ص ۲۶۵ / سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۷، ص ۱۱۷ / شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۲۶۸ / عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۱۰۳ / محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۴۷۰) برخی دیگر با اینکه جایز بودن شرط خیار در عقود را به عنوان یک اصل می‌پذیرند، ولی اثبات آن با دلیل شروط را صحیح ندانسته بدین جهت که ادله شروط را مشرّع ندانسته و معتقدند پیش شرط دلالت این ادله بر وجود عمل به یک شرط، زمانی است که صحت آن شرط ثابت گردیده باشد (روحانی قمی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۳۹۳). قداما نیز جواز شرط خیار در عقود را امری مسلم می‌دانند برای مثال قاضی ابن‌براج در المهدّب تک‌تک قراردادهایی که امکان درج خیار شرط در آنها وجود دارد را احصاء نموده و وجود یا عدم‌خیار در آن را بررسی می‌نماید و مواردی که امکان درج

خيار در آنها نيست را با ذكر دليل خارج مي‌كند (ابن براج، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۳۵۳). صاحب مفتاح الكرامه بيان داشته؛ مقدس اردبيلي با توجه به عموم ادله عقود، وجوب وفای به عقود و ادله وجوب وفای به شروط اين گونه برداشت کرده است که شرط خيار در هر معامله‌ای داخل می‌شود مگر اينکه مانعی نظير اجماع و مانند آن يافت شود که به نظر می‌رسد حق با ايشان است» (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۳۵۳).

با وجود اين برخی معتقدند اصل عدم جواز درج شرط خيار در عقود است. در تشریح اين دیدگاه بيان شده «مقتضای قاعده صحيح نبودن درج خيار شرط در عقود و ایقاعات است، مگر در معاملاتى که مشروعیت فسخ آنها محرز شود؛ بنابراین در هر موردی که مشروعیت فسخ احراز شود، شرط خيار در انشای معامله، امکان پذیر است ولی تمسک به اطلاق ادله شروط برای اثبات مشروعیت آن صحيح نيست؛ چراکه ادله شروط، مشروع نبوده و صرفاً نقش آنها واجب نمودن عمل به شرطی است که قبلاً مشروعیت آن ثابت گردیده است» (سبحانی، ۱۴۱۴، ص ۱۷۷ / همچنين ر. ک: روحانی قمی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۳۹۳).

## ۲. ضابطه کلی اشتراط خيار در عقود لازم

شناخت ضابطه صحيح در جریان خيار شرط در عقود مستلزم بررسی در فقه اماميه و مذاهب اربعه و حقوق ايران و کشورهای اسلامی است.

### ۲-۱. دیدگاه فقهای اماميه

قبل از بررسی نظریات فقها در موضوع جریان خيار شرط در عقود بایستی به بررسی ضابطه کلی جریان خيار شرط در عقود پرداخت. پرداختن به این موضوع کمک می‌کند که در موارد تردید با تکیه بر این قاعده به صحت یا سقم جریان خيار شرط در آن مورد دست يافت.

## ۲-۱-۱. تلازم اقاله و جریان خیار شرط

شرط خیار و حق فسخ صرفاً در مواردی که اقاله صحیح بوده و مشروع باشد جریان دارد. برای چنین ضابطه‌ای تقریرات گوناگونی اراده شده است که نیازمند به بررسی و ارزیابی است.

### ۲-۱-۱-۱. ارتباط اقاله و خیار در جریان‌پذیری در عقد

برخی معتقدند جریان خیار شرط در عقد، با جریان اقاله در آن عقد ارتباط دارد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۱۵۶) بدین صورت که اگر پس از عقد، شارع تراضی و توافق متعاقبین بر اقاله آن عقد را بپذیرد امکان جعل خیار شرط در عقد مزبور وجود دارد. عکس قاعده نیز صادق است یعنی اگر شارع توافق و تراضی طرفین را پس از عقد مبنی بر اقاله عقد مزبور امضاء نکند جریان خیار شرط در عقد مزبور با مانع روبرو بوده و امکان نخواهد داشت؛ چراکه وقتی فسخ بعد از عقد با رضایت طرفین بی‌تأثیر باشد، شرط و التزام در هنگام عقد تأثیری نخواهد داشت. نقش و اثر شرط ضمن عقد، همان نقش رضایت فعلی بعد از عقد را دارد و نمی‌توان فسخ را سبب و مؤثر شرعی قرار داد.

هنگامی که شارع پس از عقد، تراضی بر فسخ معامله یعنی اقاله آن را تأیید و امضاء نماید مفهومی این است که اگر، یکی از متعاملین در عقد مزبور برای خودش خیار فسخ قرار دهد، شخص مزبور مشروطه و طرف دیگر مشروط‌علیه محسوب می‌شود، حال اگر بعد از عقد مشروطه اراده فسخ قرارداد را داشته باشد، فسخ از جانب او مانعی ندارد چراکه مشروطه توانایی فسخ قرارداد را دارد و نسبت به مشروط‌علیه نیز شارع می‌گوید؛ با عنایت به اینکه مشروط‌علیه در متن قرارداد پای‌بندی و رضایت خود را به این شرط اعلام داشته، پس ضرورتاً به فسخ مشروطه پس از عقد رضایت داشته و ملتزم است. حال الزام شارع نسبت به پای‌بندی مشروط‌علیه به شرط، به منزله رضای فعلی است؛ یعنی علی‌رغم عدم رضایت فعلی

مشروط‌علیه، ولی چون شارع او را ملزم نموده لذا مشروط‌علیه ملزم به پای‌بندی به شرط مزبور است. در نتیجه در صورتی که یکی از متعاملین در قرارداد جعل خيار نموده و آن را پس از عقد اعمال نمود، عملش شبیه تقابیل است؛ یعنی مشروط‌له که می‌خواهد فسخ کند، رضایتش قطعی است و مشروط‌علیه به جهت الزام شارع، که مفهومش رضایت فعلی است؛ لذا انگار هر دو رضایت دارند و اقاله تحقق پیدا کرده است.

در نقد این ضابطه بیان شده هر چند اصل قاعده صحیح است، ولی عکس قاعده با اشکال روبرو است یعنی اینکه هر عقدی که اقاله در آن راه ندارد خيار شرط در آن متصور نیست صحیح نیست؛ چرا که ممکن است در برخی موارد برای عقد قبل از حدوثش حکمی باشد که با بعد از ایجاد و تحقق عقد مغایر باشد؛ یعنی متعاقدین قبل از عقد بتوانند سرنوشت عقد را به هر طریقی که بخواهند تعیین کنند، مثلاً در آن جعل خيار کنند ولی پس از عقد از این چنین اختیار و آزادی اراده‌ای برخوردار نباشند و نتوانند آن را با اقاله از بین ببرند (سبحانی، ۱۴۱۴، ص ۱۸۷ / محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۳۹۶) به علاوه دلیلی بر اختصاص خيار شرط به مواردی که اقاله در آن مشروع است موجود نیست (روحانی قمی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۲۷۳). در نقد این ضابطه که جریان شرط خيار را منوط به جریان اقاله می‌داند باید افزود در اقاله آنچه که معتبر است مقارنت و همراهی رضایت دو طرف عقد است و رضایت یکی از طرفین در زمان عقد و رضایت طرف دیگر بعد از عقد در زمان فسخ کفایت نمی‌کند لذا بین شرط خيار و اقاله تفکیک باید کرد به علاوه اینکه شما که امر شارع را به جای رضایت فعلی قرار می‌دهید متفرع بر صحت چنین شرطی است در حالی که این مطلب محل بحث است (اراکي، ۱۴۱۴، ص ۱۵۴).

برخی در تعلیل و نقد دلیل انصاری بیان می‌دارند؛ از معامله‌ای که در آن اقاله جریان می‌یابد کشف می‌شود که معامله بعد از تحقق لزومش

تحت تصرف متعاملین بوده و سرنوشت آن در دست آن هاست؛ لذا به نحو اولویت کشف می‌شود که تعیین سرنوشت عقد قبل از تحقق و لزوم عقد به دست آن هاست و به تعبیر دیگر متبایعین دارای لزوم حقی هستند یعنی با تراضی یکدیگر می‌توانند بقای این حق را از بین ببرند، اما علت صحیح نبودن عکس قاعده این است که به خاطر اینکه محتمل است عقد صرفاً بعد از تحقق و لزومش موضوع حکم شرعی قرار می‌گیرد نه قبل از تحقق؛ لذا متبایعین می‌توانند صرفاً در حالت تشکیل عقد و نه بقاء آن، حق تصرف داشته باشند (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۴، ص ۳۹۰-۳۹۱).

همچنین در انتها باید گفت، این ادعا که التزام مشروط‌علیه در عقد به منزله تراضی پس از عقد است، از امور مورد اعتبار توسط شارع مقدس نیست و دلیلی بر این مسئله وجود ندارد که این امر به حسب جعل شرعی صورت گرفته باشد لذا وجه و اعتباری برای این ادعا وجود ندارد (روحانی قمی، ۱۴۲۹، ج ۵، ص ۳۸۸).

## ۲-۱-۲. ارتباط اقاله با مشروعیت فسخ

محقق اصفهانی در حاشیه خود بر مکاسب بیان می‌دارد که معنای نفوذ شرط این است که موجب الزام مشروط‌علیه به پای‌بندی به شرط و ممنوعیت او از امتناع به التزام شرط می‌گردد و الزام مشروط‌علیه به شرط خود متفرع بر این است که مشروط‌له بتواند عقد را منحل و فسخ نماید یا به تعبیری فسخ او مشروعیت داشته باشد و این مسئله در جایی قابل تطبیق است که اقاله کردن عقد مشروعیت داشته باشد (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۲۲۰).

محقق اصفهانی معتقد است که شرط خیار، شرط سلطنت تکلیفی یا وضعی نیست (همان)؛ یعنی مقتضا و مفاد دلیل خیار این نیست که شخص از باب حکم تکلیفی یا وضعی سلطنت و توانایی برهم‌زدن معامله و فسخ آن را داشته باشد؛ بلکه مقتضای دلیل خیار این است که شخص برخوردار از حقی است که به او توانایی فسخ عقد و الزام مشروط‌علیه به پای‌بندی

به عقد را می‌دهد. به علاوه عدم‌جواز امتناع مشروط‌علیه از التزام به شرط اثر همین حق مشروطه است نه اینکه اثر متعلق شرط باشد یا اینکه ابتداء حکمی متخذ از ذات شرط باشد. همچنین داشتن حق فسخ عقد و الزام مشروط‌علیه متفرع بر این نیست که مشروطه توانایی فسخ و انحلال عقد را ولو با اقاله داشته باشد.

نسبت به این تقریر ملاحظاتی وارد شده است. برخی فقها بیان داشته‌اند که مقتضای دلیل برای نفوذ شرط، الزام مشروط‌علیه به پای‌بندی به شرط نیست، بلکه تحقق شرط و مشروط به‌عنوان حق مشروطه است و اثر تحقق این حق، الزام و اجبار مشروط‌علیه به التزام به مفاد شرط است؛ بنابراین الزام مشروط‌علیه نه متعلق شرط است و نه مفاد دلیل نفوذ شرط که از مفاد شرط تبعیت می‌کند (روحانی قمی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۲۶۹).

بین این دو دیدگاه؛ در دیدگاه محقق اصفهانی، نفوذ شرط به‌معنای تعهد شخص به پای‌بندی به شرط و اجازه‌دادن به وی برای فسخ عقد است، ولی در دیدگاه محقق قمی، تحقق شرط منجر به تحقق حق مشروطه و اجبار مشروط‌علیه به پای‌بندی به شرط می‌شود.

این دو دیدگاه نشان می‌دهند که مفهوم و تبعات نفوذ شرط در قراردادها به‌نحوی پیچیده است و تفسیر آن به مبانی فقهی، حقوقی برمی‌گردد.

## ۱-۲. عدم‌جریان خيار در عمل حقوقی با قصد قربت

یکی دیگر از ضوابطی که نسبت به جعل خيار در عقود لازم مطرح گردیده این است که بر اساس روایت عملی که برای خدا صورت گرفته است، امکان رجوع از آن توسط فاعل عمل وجود ندارد.<sup>۱</sup> برخی ادعا کرده‌اند که این روایت شامل هر معامله‌ای می‌شود که در آن قصد قربت وجود داشته

۱. مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرٍ عَنِ الْحَكَمِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) إِنَّ وَالِدِي تَصَدَّقَ عَلَيَّ بِدَارٍ - ثُمَّ بَدَأَ لِي أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا - وَ إِنْ قَضَيْتُنَا يَقْضُونَ لِي بِهَا - فَقَالَ نَعَمْ مَا قَضَيْتَ بِه قَضَائِكُمْ - وَ بَسَّ مَا صَنَعَ وَالِدُكَ - إِنَّمَا الصَّدَقَةُ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ - فَمَا جَعَلَ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَلَا رَجْعَةَ لَهُ فِيهِ - فَإِنَّكَ حَاصِمْتَهُ فَلَا تَرْفَعُ عَلَيْهِ صَوْتَكَ - وَ إِنْ رَفَعْتَ صَوْتَهُ فَاحْفَظْ أَنْتَ صَوْتَكَ قَالَ قُلْتُ: فَإِنَّهُ تَوَفَّى قَالَ فَاطِبُ بِهَا (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۹، ص ۲۰۴).

باشد؛ لذا در معامله مزبور شرط خیار صحیح نمی‌باشد (همان). آنچه مورد استناد در ارائه این ضابطه است، روایت است که برای روشن شدن مراد این روایت ناچار باید جهات و عبارات مربوط به بحث ضابطه خیار شرط در این روایت را تحلیل نمود.

#### ۲-۱-۲. جهت نخست: معناکاوای تعبیر «ما جعل الله»

نسبت به تعبیر «ما جعل الله» سه احتمال داده شده است (همان، ص ۲۷۰) نخست، اینکه عمل مزبور به داعی و انگیزه تقرب به سوی خدا انجام گیرد. این احتمال در صورتی شامل بیع و نکاح می‌شود که به خاطر استحباب و محبوبیتشان در نزد خدا واقع شوند. احتمال دوم، این است که صحت عمل مزبور شرعاً متوقف بر قصد قربت باشد مانند وقف همان‌طور که برخی فقها بر این باورند (مفید، ۱۴۱۴، ص ۶۵۲/ بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۲، ص ۱۵۳). احتمال سوم، این است که قصد قربت قوام ذاتی عمل مزبور را شکل دهد به نحوی که قصد قربت فصل مقوم آن شمرده شود نه شرط آن مانند ناطق که فصل مقوم انسان و قوام‌دهنده ماهیت انسان است همچنین صدقه به معنای اخص که قصد قربت فصل مقوم آن است در مقابل وقف و هبه که قصد قربت شرط آن است.

به نظر می‌رسد که جامع این سه احتمال، این است که عمل حقوقی مزبور با انگیزه امتثال امر خدای تعالی انجام گیرد که تعبیر به قصد قربت می‌توان کرد، اما بررسی دقیق‌تر روایت نشان می‌دهد که منظور از ما جعل لله یعنی عملی که صرفاً برای خدا و جلب رضای او است و فعلی که در مسیر خدای تعالی انجام می‌پذیرد؛ لذا منظور از انگیزه عمل چیزی نیست جز اینکه عمل مزبور مورد رضایت و عنایت اوست مانند وقف در راه خیر و... شاهد بر معنای اخیر را می‌توان تعبیر برخی از نصوص دانست که توصیه به عمل خیر صرفاً برای طلب رضای خدا می‌کند بدون اینکه نسبت به وجود قصد قربت یا عدم آن سخنی گفته باشد (روحانی قمی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۲۷۰).

## ۲-۱-۲. جهت دوم: معناکاوی تعبیر «فلا رجعه له فیه»

نسبت به تعبیر «فلا رجعه له فیه» نیز احتمالات متعددی مطرح گردیده است (همان، ص ۲۷۱). احتمال نخست؛ این است که برگشت مال به کسی که از دستش خارج گردیده به هیچ وجه پذیرفته نیست حتی اگر کالای مزبور را بخواهد خریداری کند یا به او هبه گردد یا به واسطه دیگری مالک مال مزبور گردد. این احتمال را برخی نصوص که صدقه را تشبیه به عتق می‌کند از این حیث مانند آزاد کردن عبد که دیگر از حالت حریت به عبد بودن سابق و مالکیت شخص آزادکننده بر نمی‌گردد صدقه نیز به مالکیت صدقه‌دهنده بر نمی‌گردد. به علاوه برخی نصوص بر عدم رجوع مال به مالک با شراء و... دلالت دارند. احتمال دوم؛ این است که عملی که برای خدا صورت گیرد بدون در نظر گرفتن چیز دیگری صرفاً یک عقد لازم است مانند بیع در مقابل هبه که عقدی جایز و قابل رجوع است. با این وصف می‌توان در این عقد که طبعش عقد لازم است جعل خیار کرد چراکه لزوم طبعی یک عقد مانند بیع منافاتی با خیار شرط ندارد. احتمال سوم؛ این است که عمل مزبور عقد لازم است مطلقاً یعنی به هیچ عنوان قبول فسخ نمی‌کند و لذا لزوم جزء لوازم ذاتی آن عقد بوده و قابل انفکاک از آن نیست.

در تحلیل این احتمالات باید افزود که معنای نخست را نمی‌توان پذیرفت اگرچه که به وسیله مفاد برخی نصوص مورد تأیید قرار گرفته است چراکه معنای مزبور بر خلاف اتفاق و سیره متشرعه می‌باشد چراکه احدی تاکنون در این مسئله که صدقه‌دهنده می‌تواند صدقه‌ای را که به فقیر داده است - البته زمانی که فقیر بخواهد بفروشد - بخرد درنگ و تأملی ننموده است. البته برخی فقها با اعتقاد بر اینکه سیاق روایت در معنای سوم ظهور دارد تعبیر فلا رجعه له فیه را حمل بر معنای سوم نموده‌اند (اصفهانی، ۱۴۱۸، ص ۵۰). که البته نمی‌توان آن را پذیرفت، چراکه از روایت این معنا به دست نیامده و ثابت نمی‌گردد بلکه آنچه از روایت ظاهر می‌گردد لزوم طبعی عقدی است

که طبیعت آن اقتضای لزوم دارد مانند عقد بیع و روایت بر چیزی بیشتر از این دلالت نمی‌کند (روحانی قمی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۲۷۱-۲۷۲).

۲-۱-۲-۳. جهت سوم: معناکاوی تعبیر «شرط خیار در عمل مزبور موجب رجوع از عمل است»

در این فقره نیز احتمالاتی قابل طرح است؛ احتمال اول؛ اینکه با وجود شرط خیار در صدقه با فسخ رجوع از عقد صدق نمی‌کند، چراکه عقد مقید به شرط خیار شده است؛ یعنی قرار است با کیفیت خاصی محقق گردد؛ از این رو با اعمال حق یعنی شرط خیار رجوع صدق نمی‌کند. مانند جایی که رجوع مقید به زمان خاصی مثلاً سه روز شود؛ لذا استرداد مال بعد از سه روز دیگر صدق رجوع نمی‌کند (همان). در نقد این احتمال برخی گفته‌اند خیار شرط موجب مقید کردن متعلق عقد یا تحقق آن با کیفیت خاصی نمی‌شود بلکه التزامی است که در ضمن التزامی دیگر یعنی عقد محقق گردیده است؛ از این رو التزام به چنین عقدی مقید نشده است که التزام به رجوع از آن با عقد مزبور در تنافی باشد (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۱۷۵-۱۷۶).

احتمال دوم: برخی معتقدند فسخ عقدی که متزلزل است مانند عقدی که در آن شرط خیار صورت گرفته است موجب نمی‌شود که گفته شود از عقد رجوع نمود زیرا رجوع از یک عمل حقوقی زمانی صدق می‌کند که مالی بر وقفیت یا صدقه بودن خود بدون هیچ تزلزلی باقی باشد نه در بحث ما که صدقه و وقف با وجود شرط خیار مورد تردید است؛ لذا در فرض بحث ما با اعمال فسخ، رجوع از عقد صدق نمی‌کند (طباطبایی، ۱۴۱۰، ص ۳۳).

در نقد دیدگاه مزبور باید گفت که رجوعی که در روایت مورد نهی واقع گردیده رجوعی نیست که با قهر و غلبه صورت گیرد و شخص با اجبار و زور بخواهد مالی را که صدقه داده از فقیر بگیرد و موجب غصب مالش گردد بلکه مراد از رجوع مورد نهی در روایت رجوعی است که شخص ارتباط و علقه خود را با صدقه و وقفی که در قالب یک قرارداد نموده زایل و قطع

نماید و عقد مزبور را فسخ نماید، لذا بر صرف فسخ رجوع صدق می‌کند (روحانی قمی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۲۷۲)؛ لذا دیدگاه مزبور در توجیه شرط خيار صحيح نیست، بلکه شخص به صرف اعمال خيار و فسخ عقد از عمل خود رجوع نموده است و مرتکب فعل حرامی گردیده است. شاید مراد عبارت سید یزدی وجه اول؛ یعنی قهر و غلبه باشد همان‌طور که شاید بتوان صدر کلام ایشان را ظاهر در این وجه دانست.

### ۳-۱-۲. شرط منوط به عدم لزوم ذات عقد و اختیار بر فسخ

دسته‌ای دیگر از فقها ضمن موافقت با ضابطه شیخ انصاری در تکمیل آن، جزئی دیگر به آن افزوده‌اند. این ضابطه از دو جزء ترکیب یافته است و محقق ایروانی آن را تکمیل نموده است (ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۲۶).

در تبیین این ضابطه بیان می‌دارد: «اشتراط خيار در عقد لازم منوط به این است که وصف لزوم عقد جزئی از مقتضای ذات آن نباشد. به گونه‌ای که با اشتراط خيار معامله از اینکه آن معامله خوانده شود خارج شود یعنی عقد واقع شده آن معامله خوانده نشود. مثلاً در عقد رهن که مبتنی بر وثیقه گرفتن و اطمینان است شرط خيار در آن منافی این وثیقه و اطمینان که وصف لزوم عقد و ذاتی آن است می‌باشد. در تکمیل این ضابطه افزوده‌اند اشتراط خيار منوط به این است اختیار بقاء و انحلال عقد مانند اختیار ایجاد آن به دست متعاملین باشد به گونه‌ای که اگر بر انحلال عقد اجتماع کردند بتوانند آن را منحل نمایند. در نتیجه اگر این اختیار بر فسخ وجود نداشته باشد مانند عقد نکاح اشتراط خيار توسط متعاقدين صحيح نمی‌باشد». بیان دیگری برای این ضابطه ذکر گردیده است (جهت آشنایی بیشتر با این تقریب و اشکال وارده بر آن، ر.ک: اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۲۳۲). اگرچه می‌توان بیان داشت که این جزء همان ضابطه شیخ انصاری با بیانی دیگر است؛ به تعبیر دیگر تکرار همان ضابطه قبلی با بیانی دیگر است. علاوه بر این،

چگونه می‌توان ملاک این که وصف لزوم، جزئی از مقتضای عقد است را به دست آورد.

#### ۲-۱-۴. شرط منوط به لزوم قابل انفکاک

برخی دیگر از فقها معتقدند آنچه می‌تواند به‌عنوان معیاری قابل اعتماد در صحت اقاله و شرط خیار در عقود لازم نقش ایفا نماید این است که زمانی اقاله و شرط خیار در عقود لازم قابلیت تطبیق و اجرا دارد که لزوم عقد، حکم شرعی مفارق و جدا شدنی از عقد باشد (خویی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۲۷)؛ لذا در جایی که لزوم عقد حکمی شرعی ذاتی و غیر قابل انفکاک از عقد باشد اقاله و شرط خیار جریان پیدا نمی‌کند مانند عقد نکاح که لزوم عقد ذاتی آن و دائمی بوده و نمی‌توان آن را به‌وسیله اقاله یا شرط خیار منحل نمود، اما تفصیل بین اقاله و شرط خیار که در ضابطه نخست بررسی شد و وجود خیار شرط منوط به امکان جریان اقاله گردد در این ضابطه مردود است چرا که امکان دارد در مواردی شرط خیار به‌جهت منافی بودن با مقتضای عقد منتفی باشد درحالی که اقاله امکان جریان داشته باشد این مطلب به این خاطر است که اگر در عقدی شرط خیار منافات با مقتضای عقد داشته باشد، این تنافی به‌خاطر لحاظ شدن لزوم به‌صورت غیر قابل انفکاک در ماهیت عقد مزبوره بوده و مرجع اشتراط قصدی است که به دو امر منافی با هم تعلق گرفته است (قصد شرط خیار که منافی با لزوم عقد است) و این لحاظ لزوم موجب می‌شود که اقاله نیز صحیح نباشد درحالی که اگر لزوم عقد به‌صورت قابل انفکاک از عقد باشد امکان جعل خیار به‌جهت عدم تنافی با مقتضای عقد امکان پذیر بوده و اقاله نیز صحیح است.

در نقد این ضابطه باید اظهار داشت که تفکیک بین لزوم حکمی و حقی و عدم جریان خیار در عقدی که واجد وصف لزوم حکمی غیر مفارق است صحیح به‌نظر نمی‌رسد چرا که اولاً وصف لزوم، حکمی است که از ناحیه

شارع جعل گردیده است. و فرقی بین لزوم حقی و حکمی از حیث ماهیت و حقیقت وجود ندارد، بلکه هر دو یک حقیقت واحده دارند و مجعول از سوی شارع می‌باشند. نهایت امر اینکه شارع در برخی عقود اختیار فسخ معامله را به متعاملین داده است تا عقد را فسخ نمایند و آن عقد قابلیت فسخ و منحل شدن را دارد که در اصطلاح حق نامیده می‌شود ولی در برخی عقود چنین اختیاری را برای هیچکدام از طرفین قرار نداده است و لذا آن عقد قابلیت فسخ را ندارد همان‌طور که جواز حکمی بدین صورت می‌باشد که قابلیت نقل و اسقاط در آن وجود ندارد و این در اصلاح حکم نامیده می‌شود؛ بنابراین وصف حق و حکم تحت عنوان لزوم حقی و حکمی باعث اختلاف ماهیت آن دو نیست، بلکه در نهایت هر دو وصف به شارع برگشته و هر دو یک ماهیت دارند (خویی، [بی‌تا]، ج ۶، ص ۲۶۷).

ثانیا: اینکه ضابطه جریان و عدم جریان خیار را در عقود بر مبنای لزوم وصف حکمی مفارق و غیرمفارق قرار دهیم خود اول کلام است چرا که پرسشی که مطرح می‌شود این است که از کجا بدانیم لزوم یک عقدی لزومی حکمی و مفارق است تا خیار شرط در آن جریان داشته باشد و در عقدی که غیرمفارق است جریان خیار ممکن نباشد (سبحانی، ۱۴۱۴، ص ۱۸۵). به تعبیر دیگر از کجا بدانیم که لزوم در یک معامله خاص ناشی از حکم شارع است تا خیار شرط جریان نداشته باشد یا منشأ آن التزام متعاقدين است تا جریان خیار بلامانع باشد.

#### ۱-۵. شرط منوط به عدم تنافی با عقد

بررسی در کلمات برخی دیگر از فقها ضابطه دیگری را در این جهت نشان می‌دهد. به عقیده ایشان ضابطه کلی در جعل خیار در عقد یا ایقاع، این است که خیار مندرج در عقد با مفهوم عقد یا ایقاع منافات نداشته باشد. مثلاً در طلاق زنش را طلاق بدهد و در ضمن جعل خیار برای خود نماید چرا که معنای طلاق، اطلاق (آزادکردن) است و جعل خیار در آن به معنای توقیت

در طلاق و موقت بودن آن است که با اطلاق در طلاق منافی است (موسوی خویی، [بی تا]، ج ۶، ص ۲۸۱). ایشان در جای دیگری مقرر می‌دارد که هر جا که دلیلی بر عدم اندراج خیار شرط در عقد و ایقاعی دلالت کند به گونه‌ای که آن عقد و ایقاع از جمیع جهات لازم است به آن دلیل اخذ می‌شود و الا عموماً و وجوب وفای به شرط مورد تبعیت بوده و خیار در هر عقد و ایقاعی جریان دارد تا زمانی که دلیلی برخلافش نباشد (همان، ص ۲۶۷).

مطابق این ضابطه، ملاک جریان و عدم جریان خیار در عقد و ایقاع هنگامی است که دو شاخصه وجود داشته باشد: اولاً خیار منافی با مفهوم عقد نبوده و ثانیاً: دلیلی نیز بر عدم جواز جعل خیار در عقد مربوطه از سوی شارع نرسیده باشد و منشیء بتواند در عقد از ابتدا اثر عقد را محدود به عدم فسخ انشاء کند. با این دو شاخصه جریان خیار شرط در عقود بلامانع است.

اما در تحلیل این ضابطه باید گفت: شاخصه نخست این ضابطه تکرار سخن محقق ایروانی است و سخن جدیدی نیست هرچند در مقایسه با برخی ضوابط فوق از جهاتی کامل‌تر است چرا که در بیان معیار هم مفهوم عقد در جریان خیار ملاک قرار گرفته و هم نگاه شارع لذا می‌تواند از جهاتی ضابطه بهتری باشد، اما نکته مغفول در این ضابطه که بهتر بود مورد تصریح قرار می‌گرفت ذکر اراده طرفین می‌بود چرا که تکمیل این ضابطه با اراده طرفین می‌تواند در جامعیت این معیار بسیار مؤثر باشد.

## ۲-۲. دیدگاه فقهای عامه

بررسی در متون فقهی اهل سنت نیز نشانگر وجود ضوابط مختلفی در این موضوع می‌باشد:

### ۲-۲-۱. جریان خیار در عقود مغابنه‌ای

شافعیه یکی از ملاکهای اندراج خیار شرط را بناگذاری عقد بر مغابنه یا دقت می‌دانند (نووی، ۱۴۱۷، ج ۱۳، ص ۴۳۳/ وزارت اوقاف کویت، ۱۴۲۷،

ج ۱۸، ص ۲۱۵ / عمرانی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۲۶) به همین دلیل در عقد حواله که بر مبنای مغاینه بناگذاری نشده است اندراج خيار شرط را غیرممکن می‌دانند.

### ۲-۲-۲. جریان خيار در عقود قابل فسخ

معیار دیگر جواز اندراج خيار شرط در عقد آن است که عقد لازم بوده و دوام داشته باشد (عمرانی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۲۷) و قابلیت فسخ را داشته باشد. چون اگر عقد جایز باشد طبیعتاً بدون شرط خيار می‌تواند فسخ شود و اگر قابلیت فسخ نداشته باشد، مثل عقد مساقات که اگر فسخ شود امکان رد معقود علیه وجود ندارد (نووی، ۱۴۱۷، ج ۱۴، ص ۴۰۹ / ابن‌قدامه، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۱۶۵ / همو، ۱۴۱۷، ج ۱۱، ص ۳۲۷) ایجاد خيار شرط برای چنین عقدی جایز نیست و جواز شرط خيار فسخ با عدم قابلیت فسخ عقد ناسازگار است (وزارت اوقاف کویت، ۱۴۲۷، ج ۲۰، ص ۸۸). به همین جهت در بیع غیر مشروط به قبض در مجلس (زهري، [بی‌تا]، ص ۱۸۵)، اجاره، مزارعه و همچنین در مورد دو عقد سبق و رمی بنا بر اینکه این دو عقد مانند اجاره باشند و هبه بعد از قبض که مقتضی ثواب است (عمرانی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۲۸) که عقدی لازم و قابل فسخ هستند چنین اشتراطی جایز است (زحیلی، ۲۰۱۱، ص ۲۴۳۶) اما در عقود جایز مثل وکالت که شرط خيار باید در عقد لازم دیگری قرار داده شود (ابن‌عابدین، ۱۴۲۱، ج ۴، ص ۴۱۶ / قاضی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۵۶۷) یا در عقد رهن برای مرتهن (نسفی، ۱۴۱۸، ج ۸، ص ۲۶۴) طلاق خلع برای زوجه که عقد از جانب او جایز است و عقد قرض (عمرانی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۴۵۷) چنین شرط خياری وجود ندارد (جزیری، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۱۵۹).

### ۲-۲-۳. جریان خيار منوط به عدم فوت منافع

از جمله ضابطه‌های دیگر اندراج خيار شرط در عقد آن است که خيار شرط سبب فوت منافع نشود (ابن‌قدامه، ۱۴۱۷، ج ۱۱، ص ۵۳۱). بنابراین در

برخی از عقود مثل عقد اجاره معینه که از زمان فوریت عقد ایجاد شده یا استیفاء منفعت در زمان خیار وجود دارد (بهوتی، ۱۴۱۷، ص ۳۲۴/ ضناوی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۲۰۳) خیار شرط وجود نخواهد داشت.

#### ۲-۲-۴. جریان خیار منوط به لزوم رضایت صاحب خیار

از دیگر ملاکها و ضوابط اندراج خیار شرط در عقود آن است که رضایت دارای خیار در عقد واجب باشد (ابواسحاق، ۱۴۳۶، ج ۱، ص ۲۳۸/ همان، ج ۲، ص ۲۴۳/ ابن قدامه، ۱۴۱۷، ج ۵، ص ۵۴). مثلاً در عقد حواله از نظر حنفیه علت اینکه برای محال و محال علیه شرط خیار وجود دارد، اما برای محیل چنین امتیازی وجود ندارد به سبب آن است که رضایت محتال و محال علیه در عقد حواله واجب است، اما رضایت محیل واجب نیست. به همین دلیل در عقد کفاله برای مکفول له و کفیل شرط خیار وجود دارد (جزیری، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۱۵۹). هرچند از نظر شافعی و حنبله به طور کلی در عقد حواله برای هیچ یک از طرفین شرط خیار وجود ندارد، زیرا عقد حواله بر اساس مغابنه بنا نشده است (ابن قدامه، ۱۴۱۷، ج ۵، ص ۵۴/ ابواسحاق، ۱۴۳۶، ج ۱، ص ۲۳۸).

#### ۲-۲-۴-۱. جریان خیار منوط به عدم تنافی با مقتضای آن

از دیگر ملاکهای امکان شرط خیار اختیار متعاقدین در انهاء مدت عقد است بنابراین در مثل عقد ازدواج دائم که نهایت عقد به طرق شرعی مثل طلاق و خلع است یا عقد شفعه که متوقف بر تراضی نیست (عمرانی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۲۶). خیار شرط برای طرفین وجود ندارد (زحیلی، ۲۰۱۱، ص ۳۱۸۹). از نظر برخی از اهل سنت از جمله شافعی و احمد، خیار شرط در بعضی از عقود با مقتضای آن عقد منافات دارد چنانکه در عقد سلم باعث اخلال در تسلیم شده و در بیع صرف خیار شرط سبب نفی استحقاق قبض می شود (موصلی، ۱۳۵۶، ج ۲، ص ۳۶-۴۰) و در وقف نیز چنین خیاری باطل

۱. در برخی از کتب فقهی رضایت محیل و محتال شرط صحت عقد حواله بیان شده است (ر.ک: فیروزآبادی شیرازی، ۱۴۰۳، ص ۱۰۵).

بوده و باعث فساد عقد می‌شود (ابن‌قدامه، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۵۳۱/ نسفی، ۱۴۱۸، ج ۶، ص ۴/ نووی، ۱۴۱۷، ج ۹، ص ۱۷۷). توجیهی که می‌توان برای این نظر بیان کرد آن است که شرط خيار با مقتضای انشاء وقف که ازاله ملک به قصد قربت بوده (عمرانی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۲۷) با قصد تابدید واقف، منافات دارد و هرچند نزد ابی‌یوسف چنین خیاری برای واقف وجود دارد. به همین جهت می‌توان گفت از نظر مالکیه و حنابله که تابدید را برای صحت وقف، شرط نمی‌دانند (وزارت اوقاف کویت، ۱۴۲۷، ج ۴۴، ص ۱۲۴). نباید از این جهت مشکلی برای شرط خيار در وقف وجود داشته باشد. در اقرار نیز در صورت هم‌زمانی اقرار به شی با اسقاط شرط خيار، خيار شرط از مقرر سلب می‌شود زیرا شرط خيار با انشاء اقرار او به عدم خيار منافات دارد (جزیری، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۱۵۹).

#### ۲-۲-۴-۲. جریان خيار منوط به قصد عوضیت

دیگر از ملاک‌هایی که برای جواز اندراج خيار شرط مورد توجه برخی فقهای اهل سنت است آن است که قصد طرفین از اجرای عقد به دست آوردن عوض باشد بنا براین در عقود همچون هبه قبل از قبض و ضمان (نووی، ۱۴۱۷، ج ۱۴، ص ۲۲) و کتابت مقرون با قصد قربت و نکاح و همچنین ایقاعاتی همچون عتق که عوضیت در آن مورد قصد قرار نگرفته (عمرانی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۲۸) اندراج خيار شرط با اشکال مواجه می‌شود.

#### ۲-۳. دیدگاه حقوق ایران

قانونگذار ایران در ماده ۴۵۶ قانون مدنی مسئله اصل اشتراک اختیارات و اختیارهای ویژه بیع را مورد توجه قرار داده است و مقرر می‌دارد: «تمام انواع خيار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خيار مجلس و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است».

آنچه ظاهر ماده نشان می‌دهد این است که به جز اختیارات مختص بیع سایر اختیارات در عقود قابلیت جریان دارد. برخی حقوق‌دانان در شرح این

ماده بیان داشته‌اند که در خیارهای مشترک باید شرط سازگاری با طبیعت عقد را از شرایط جریان خیار محسوب نمود و عموم ماده ۴۵۶ را تا حدودی تعدیل نمود (امامی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۳۹۹). همچنان که دیگر اساتید حقوق در ذیل ماده در تعدیل آن افزوده‌اند: خیار شرط در نکاح و وقف و ضمان جریان نمی‌یابد و با طبیعت این عقود که اقتضای استمرار دارد مخالفت دارد (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ج ۵، ص ۵۸).

برخی عقود مانند عقد نکاح باتوجه به ممنوعیت خیار در آن که مورد تصریح ماده ۱۰۶۹ است باید اظهار داشت که مبنای عدم جریان شرط خیار در نکاح، نظر شارع بر دوام و ثبات آن و مخالفت شرط با نظم عمومی است و باتوجه به اینکه طرق انحلال این عقد محصور می‌باشند نمی‌توان اراده طرفین را در درج شرط خیار در آن مؤثر دانست همان‌گونه که اراده طرفین در حدوث آن منوط به شرایط و رعایت اسباب خاصی شده است (کرمی و همکاران، ۱۴۰۰، ص ۱۲۷) همین مسئله موجب شده قانونگذار در ماده ۱۰۶۹ جریان خیار را در عقد نکاح مردود شمارد، چراکه شرطی نامشروع و باطل است (بیات، ۱۳۹۲، ص ۶۱۹).

درمورد عقد اجاره نیز در قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ در ماده ۱۴ در مقام احصاء موارد فسخ اجاره توسط موجر ذکری از خیار شرط ننموده است درحالی که در بند ۲ ماده ۱۲ قانون اخیر الذکر جریان خیار شرط را نسبت به مستأجر پذیرفته است؛ بنابراین در عین تأکید قانونگذار بر صحت خیار نسبت به مستأجر، اما نمی‌توان برداشت نمود که نسبت به موجر صحیح نیست، ولی با عنایت به اینکه درج خیار شرط در عقد اجاره در تنافی با طبیعت و مقتضای آن نبوده و مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز نمی‌باشد؛ لذا باتوجه به مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی، خود شرط واجد وصف بطلان نمی‌باشد (کرمی و همکاران، ۱۴۰۰، ص ۱۳۲). البته که مبنای این اقدام قانونگذار را باید در جنبه حمایتی بودن قانون از قشر مستأجر و به تبع

آن وصف آمرانه قانون در جهت ثبات اقتصادی در سطح کلان جستجو کرد. در عقودی مثل ضمان با عنایت به اخذ ملاک ماده ۷۳۲ و ۴۵۶ قانون مدنی جریان خيار را در آن می‌پذیرد البته در برخی عقود دیگر مثل وقف با عدم اظهار نظر صریح و صرفاً ذکر مقررات مواد ۵۵ و ۶۱ و ۶۵۴ بر ابهامات جریان خيار در آن افزوده و موجب سردرگمی قضات در رسیدن به رأی صحیح و جامع و حقوقدانان در وصول به تحلیل عمیق و درست در این امر گردیده است چراکه از یکسو با عنایت به اینکه وقف برابر ماده ۵۵ عبارت از حبس عین و تسبیل منافع است لذا شرط خيار فسخ منافی با مقتضای عقد که تسبیل منافع بوده است می‌باشد و چنین شرطی طبق ماده ۲۳۳ مبطل می‌باشد. از جهتی ماده ۶۱ که مقرر می‌دارد واقف نمی‌تواند از وقف رجوع کند این ابهام را ایجاد نموده که عدم امکان رجوع شامل وقف مشروط به خيار شرط نیز می‌گردد یا خیر؟ فارغ از مواد قانونی این مسئله در میان فقها و حقوقدانان نیز محل چالش و اختلاف نظر می‌باشد.

جمع‌بندی از نگرش قانون مدنی ایران نشان می‌دهد که قانونگذار مدنی ایران با احترام به مسئله حاکمیت اراده در جریان خيار شرط در عقود لازم، آن را به عنوان یک اصل و قاعده پذیرفته و با تأیید آن در مواد ۱۰ و ۳۹۹ و ۴۵۶ به آن اعتبار بخشیده است لذا آن را در بسیاری از عقود پذیرفته است، ولی در برخی عقود مثل نکاح با توجه به حساسیت شارع و عبادی بودن آن و مخالفت خيار شرط با اقتضای ذاتی آن که استمرار بوده و مخالفت خيار شرط با نظم عمومی مانع جریان خيار گردیده است لذا قانون مدنی در تبیین ضابطه خيار شرط به صورت مطلق وارد نمی‌گردد، بلکه ابتدا آن را با تأسیس اصل حاکمیت اراده عمومیت بخشیده و عدم جریان خيار را منوط به تصریح قانونگذار می‌داند. و این تصریح در برخی موارد مبنی بر عدم جریان خيار در عقد مزبور با تکیه بر ظرفیت و ماهیت عقد مزبور و لوازم جریان خيار در آن می‌باشد.

## ۲-۴. دیدگاه حقوق موضوعه عراق

بررسی در قانون مدنی کشورهای اسلامی از جمله عراق نشان می‌دهد که قانونگذار عراق صریحاً ضابطه‌ای برای جریان خیار شرط در عقود مشخص ننموده است و صرفاً به جریان خیار در برخی عقود تصریح نموده است مثلاً در مواد ۳۵۷ و ۵۰۹ و ۷۲۶ به ترتیب به جواز جریان خیار در حواله، بیع و اجاره حکم نموده است. این جریان خیار در عقود مذکور نشان می‌دهد که قانون عراق چندین ضابطه را محور جریان خیار شرط در عقود می‌داند.

### ۲-۴-۱. جریان خیار در عقد لازم قابل فسخ

اولین ملاکی که به چشم می‌آید این است که عقد مزبور باید عقد لازم قابل فسخ باشد بنابراین در عقود جایز که شخص هر زمان بخواهد می‌تواند عقد را فسخ کند نیازی به خیار شرط نیست. لذاست که صرفاً در برخی عقود مثل بیع، اجاره و حواله که عقد لازم و قابل فسخ می‌باشد جریان خیار شرط را تصریح نموده است. برخی از نویسندگان حقوقی در تبیین ضابطه فسخ عقد به وسیله شرط، جریان فسخ عقد را منوط به سه شرط می‌کنند؛ اول اینکه فسخ عقد باید در عقدی صورت گیرد که برای هردو طرف الزام‌آور بوده و از جانب هردو واجد وصف لزوم باشد. دومین شرط این است که یکی از طرفین التزام خویش به عقد را نهایی ننموده و خود را از حق فسخ محروم ننماید. همچنین کسی که مطالبه فسخ می‌کند باید این توانایی را داشته باشد که التزام خود را به عقد نهایی کرده و از سوی دیگر بتواند وضعیت فعلی عقد را به حالت سابق برگرداند؛ لذا کسی که مبیع مثلاً در یدش از بین رفته نمی‌تواند عقد را به حالت سابق و اولیه برگرداند لذا نمی‌تواند مطالبه حق فسخ نماید (احمد، ۱۹۹۹، ص ۱۶۶) همچنانکه به این شروط در ماده ۱۵۷ قانون مدنی مصر اشاره گردیده است (سنه‌وری، [بی‌تا]، ج ۴، ص ۸۱۳).

## ۲-۴-۲. جریان خیار منوط به لزوم قابل انفکاک

دومین معیار قابل برداشت این است که لزوم عقد لازمی که خیار شرط در آن جریان دارد نباید لزوم حکمی شرعی ذاتی و غیر قابل انفکاک از عقد باشد مانند عقد نکاح که لزوم عقد ذاتی آن و دائمی بوده و نمی‌توان آن را به‌وسیله اقاله یا شرط خیار منحل نمود؛ لذا در عقودی مثل نکاح جریان خیار شرط مردود است. در توجیه این تصمیم قانونگذار عراق نسبت به عدم جریان در برخی عقود می‌توان افزود که برخی عقود مثل عقد نکاح پایان‌دادن به حیات حقوقی آن از حیطة اختیار طرفین خارج است و صرفاً به‌واسطه اسباب مشخص شده از جانب قانونگذار صورت می‌گیرد لذا جریان خیار در نکاح با مانع روبرو است. شاهد این استنتاج با مراجعه به قانون احوال شخصیه عراق روشن می‌شود چراکه قانون احوال شخصیه عراق بعد از آن که شرایط تحقق و انعقاد نکاح را احصاء می‌نماید مقرر می‌دارد که فسخ نکاح جز در مواردی مثل عدم ایفای زوج به شروط مقررہ ضمن عقد ازدواج (بند ۴ ماده ششم) امکان پذیر نیست. این ممنوعیت نشانگر آن است که قانونگذار عراق فسخ عقد نکاح را به‌وسیله خیار شرط برنمی‌تابد و لزوم آن را تأکید می‌کند، بلکه فسخ نکاح را در چارچوب مشخصی تعریف می‌کند که بیرون از این چارچوب مشخص، فسخ عقد با خیار شرط امری ناممکن است؛ لذا لزوم عقد نکاح امری است که جز در موارد مشخصی امکان نقض آن وجود ندارد. این مسئله را نیز می‌توان در متون حقوقی عراق به دست آورد چراکه عقودی مثل عقد ازدواج، طلاق، نذر و یمین، خلع بدون دادن مال از جانب زوجه را قابل فسخ نمی‌دانند (جزیری، ۱۴۲۴، ص ۱۷۵-۱۷۶ / حسون، ۱۹۲۷، ج ۱، ص ۱۳۴). هرچند دفع صفت لزوم از آثار خیار شرط است، اما می‌توان گفت در عقود جایزی که طرف مقابل علم به جواز ندارد امکان جریان خیار شرط وجود دارد چون وقتی طرف به عدم لزوم جهل دارد برای دفع لزوم عقد احتیاج به چنین اشتراطی دارد. بنا

براین در طلاق زوج به چیزی ملتزم نمی‌شود تا بخواهد با شرط خیار دفع صفت لزوم داشته باشد (سرخسی، ۱۴۲۱، ج ۱۳، ص ۴۶). در مواد قانونی کشور عراق به همین مطلب اشاره شده است.<sup>۱</sup> هرچند در بعضی از عقود از جمله عقد بیع و عقد اجاره شرط خیار به شرط معلوم بودن مدت مورد تصریح قانونگذار بوده است.<sup>۲</sup>

### ۲-۴-۳. جریان خیار منوط به عدم مخالفت با مقتضای ذات عقد

سومین مسئله‌ای که می‌توان آن را معیار جریان خیار شرط از نگاه قانون مدنی عراق دانست، این است که خیار شرط نباید مخالف مقتضای ذات عقد باشد چراکه در این صورت جریان خیار شرط امکان پذیر نمی‌باشد مانند عقد رهن که استیثاق و وثیقه گرفتن مقتضای ذات آن است و گرفتن رهن برای اطمینان و آرامش خاطر رهن است، لذا شرط خیار در تنافی با این اقتضای ذاتی بوده و مردود است. در متون حقوقی عراق برای جریان خیار شرط در عقود این ضابطه تعریف گردیده است که عقود امکان درج خیار شرط در آن وجود دارد که از جانب یکی از طرفین عقد یا هر دو لازم باشد و فسخ عقد نیز جایز باشد. این ضابطه را در عقود مانند بیع، اجاره، مزارعه، کفالت، حواله، شفعه و اقاله می‌توان جاری دانست، اما در عقود غیر لازم مانند عاریه و ودیعه درج خیار شرط معنایی ندارد زیرا بدون درج خیار شرط هم امکان رجوع از عقد امکان پذیر است (حسون، ۱۹۲۷، ج ۱، ص ۱۳۴).

### ۲-۴-۴. جریان خیار منوط به ممانعت از غرر

ضابطه خیار شرط در نظر برخی از دولتهای عربی این است که از غرر در آن

۱. اذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار لزم البيع (ماده ۵۱۱ قانون مدنی عراق)، اذا مضت مدی الخيار ولم يفسخ من له الخيار لزم الايجار (ماده ۷۲۸ قانون مدنی عراق).

۲. اذا شرط الخيار للبائع والمشتري معاً فأيهما فسخ في اثناء المدة انفسخ البيع، وايهما اجاز سقط خيار المجيز وبقى الخيار للآخر الى انتهاء المدة (ماده ۵۱۰ قانون مدنی عراق) يصح ان يكون عقد الايجار مقترناً بشرط الخيار فيجوز الايجار والاستئجار، على ان يكون احد الطرفين او كلاهما مخيراً في فسخ الايجار في مدة معلومة (ماده ۷۲۶ قانون مدنی عراق) اذا شرط الخيار للمؤجر والمستأجر معاً فأيهما فسخ في اثناء المدة انفسخ الايجار، وايهما اجاز سقط خياره وبقى الخيار للآخر الى انتهاء المدة (ماده ۷۲۷ قانون مدنی عراق).

معامله جلوگیری شود و چون در نکاح غرری وجود ندارد خيار شرط تصور نمی‌شود (ابن‌رشد، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۷). بررسی در منابع فقهی قانونگذاری برخی کشورهای اسلامی مانند سوریه نشان می‌دهد که دو ضابطه مهم برای جریان خيار شرط وجود دارد لزوم و قابلیت فسخ (زحیلی، ۲۰۱۱، ج ۴، ص ۱۰۹) بنابراین علت عدم امکان خيار شرط در بیع سلم و سلف این است که در بیع سلم و صرف تاخیر قبض از مجلس عقد که اقتضای خيار شرط است اگر وجود داشته باشد سبب بطلان بیع می‌شود (زحیلی، ۲۰۱۱، ج ۴، ص ۱۱۰). در این میان می‌توان به حق هریک از طرفین بر امکان چنین خياری اشاره کرد که هر کجا متعاملین حق بر اعمال خيار عیب و رویت از جانب خود یا وکیل خود را دارند حق اعمال خيار شرط بر خود و وکیل خود را دارند پس اشتراط خيار شرط برای شخص ثالث می‌تواند مصداقی از حق هریک از طرفین بر اختیار وکیل بر فسخ باشد و چنین حقی در مواردی که خيار عیب و رویت مصداق دارد ظهور پیدا می‌کند (سرخسی، ۱۴۲۱، ج ۱۳، ص ۴۷).

## ۲-۵. دیدگاه برگزیده

در مباحثی که گذشت ضوابط متعددی از فقه امامیه، فقه عامه و حقوق کشورهای اسلامی مورد بررسی قرار گرفت. گوناگونی و اختلاف زیاد در بین ضوابط پیشنهادی به نحوی بود که هر کدام از آنها تنها بخشی از یک معیار جامع را می‌توانست تبیین نماید. مثلاً در برخی از ضوابط به تلازم جریان اقاله و خيار شرط اشاره شد در حالی که فی الواقع ارتباط و ملازمه‌ای بین این دو موضوع وجود ندارد، چراکه مجرای تحقق اقاله را می‌توان اراده و تراضی طرفین دانست، ولی در فسخ یک اراده در انحلال عقد نقش دارد. علاوه بر اینکه نقش اراده شارع در تجویز جریان خيار و عدم آن نادیده گرفته شده است. در برخی دیگر از ضوابط به لزوم قابل انفکاک از عقد و عدم مخالفت خيار با ماهیت عقد و عدم جریان خيار در عملی که برای خدای متعال صورت می‌گیرد اشاره گردید. آنچه نقطه ضعف مشترک در تمام این موارد

است اشاره هرکدام از ضوابط به بخشی از شرایط جریان خیار شرط در عقود است و نظام جامعی که بتواند برای خواننده به صورت کامل مشخص کند حقیقتاً خیار شرط با چه سازوکاری می‌تواند در عقود جریان پذیرد وجود ندارد. هرکدام از ضوابط مبتلا به اشکالاتی است از جمله اینکه هرکدام از فقها با زوایه دید خود این مسئله را تحلیل نموده و نتوانسته‌اند طریقی را پیشنهاد نمایند که توانایی پاسخگویی به اشکالات ضوابط مقابل خود را داراست باشد؛ لذا آنچه ضروری می‌نماید ارائه معیاری جامع و نظام مند و مرحله‌ای است که با تمسک به آن بتوان چگونگی جریان و شرایط اندراج آن در عقود را مورد تحلیل قرار داد.

قبل از رسیدن به این نگرش جامع با طرح چند سوال اهمیت ارائه این نگرش نمایان می‌شود و آن این است که آیا در ارائه ضابطه نباید نقش مقتضای ذات عقد و ماهیت ذاتی آن را به ضمیمه لوازم و آثار جریان خیار شرط در آن در نظر داشت؟ آیا در کنار مسئله قبل نباید نگرش و حساسیت شارع را به عنوان مؤسس بسیاری از تأسیسات و قانونگذار و تحدیدکننده حدود و ثغور عقود مورد توجه قرار داد تا بتوان جریان خیار را با راهبردی کاملتر در عقود مورد تحلیل قرار داد؟ آیا اراده متعاقدين به عنوان زیر بنای تحقق و شاکله عقود نقشی حیاتی در جریان‌پذیری خیار ایفاء نمی‌نماید؟ آیا صرف تمسک به اقاله و مغاینه‌ای بودن عقود و سایر موارد می‌تواند پاسخگوی چالش‌های جریان خیار در عقود باشد؟ در پایان آیا عبادی و تجاری بودن عقود در این مسئله نمی‌تواند نقش ایفاء نماید؟ عدم پاسخ جامع به این پرسش‌ها موجب گردیده است که این همه تشتت و اختلاف در نگرش‌های مربوطه نسبت به ضابطه جریان خیار وجود داشته باشد. حال برای ارائه نگرش نهایی باید آن را در چند جهت مورد کاوش و تحلیل قرار داد تا بتوان به پاسخی جامع در این موضوع دست یافت.

## ۲.۵.۱. مرحله نخست: توجه به اصل حاکمیت اراده

آنچه در ابتدا باید بدان توجه نمود، آزادی اراده طرفین قرارداد در تعیین حدود و ثغور قرارداد است یعنی همان‌طور که طرفین قرارداد در ایجاد یک قرارداد آزادی اراده دارند و حاکمیت اراده ایشان به‌عنوان شکل‌دهنده ساختمان تراضی عقد نقش ایفاء می‌کند به‌طور مسلم این امکان را دارند که بتوانند حدود و ثغور عقد را مورد بازبینی و تغییر قرار دهند. در تعلیل این مسئله باید گفت: سیره عقلاء برای طرفین سلطنت ابقائیه را همانند سلطنت ایجادیه قائل است؛ یعنی همان‌طور که در ایجاد و انعقاد عقد مختار و دارای سلطنت مطلق است و به هر نحو خواست می‌تواند اراده‌اش را اعمال نماید در ادامه (در تعیین حد و مرز فروعات و توابع عقد) نیز سلطنت دارد. بلکه حتی می‌توان گفت که شرط خیار از شوون سلطنت مطلقه منشی عقد است و این سلطنت مطلق اقتضا می‌کند که اگر در عقد شرط خیاری مطابق میل و اراده و دلخواه منشی صورت گرفت صحیح باشد (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۷، ص ۱۱۷). در اثبات این سخن علاوه بر دلیل فوق باید یادآور شد که قانون مدنی در ماده ۱۰ و عموماً در کتاب مثل روایت المسلمون عند شروطهم (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۶۹ و ۱۷۰ / صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۲۰۲ / طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۲۲ / عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۸، ص ۱۶) حاکمیت اراده طرفین را مورد تأیید قراردادده‌اند تا جایی که مخالف کتاب و سنت نباشد لذا هنگامی که این اراده بتواند در تکوین و شکل‌گیری عقد به‌عنوان مهم‌ترین رکن و عامل عمده ایجاد عقد و آثار آن نقش ایفا کند مسلماً می‌تواند در جهت انحلال و از بین بردن آثار عقد هم با توافق اراده‌ها عاملی تعیین‌کننده باشد (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۳۷۴)؛ بنابراین در وهله اول این اراده طرفین است که باید آن را در تعیین جریان‌پذیری خیار در عقود مورد تحلیل قرار داد و آن را معتبر دانست چراکه اصل بر جریان خیار در هر عقدی است و عدم جریان آن در عقود نیاز به دلیل متقن نقلی و عقلی دارد.

## ۲.۵.۲. مرحله دوم: توجه به مقتضای عقد

بعد از تحدید مسئله حاکمیت اراده باید مسئله دیگری را در جریان خیار شرط در عقود، مدنظر قرار داد و آن ماهیت عقد مورد نظر است. به این بیان که جریان‌پذیری خیار در برخی عقود مثل بیع، اجاره و... بدون چالش است اما جریان خیار در برخی دیگر از عقود با ماهیت و مقتضای عقد در تضاد است. مانند عقد رهن که مقتضای ذاتی آن استیثاق و گرفتن رهن است و جریان‌پذیری خیار شرط برای رهن در آن در تضاد کامل با این مقتضای ذاتی عقد است به نحوی که جریان خیار اصل غایت و هدف انعقاد عقد رهن را با چالش و مانع روبرو می‌کند؛ لذا جریان خیار در برخی عقود با ماهیت و مقتضای ذاتی عقود مورد نظر در تضاد است که اندراج خیار شرط را ناممکن می‌سازد. مسئله نکاح را نیز می‌توان در همین چارچوب مورد تحلیل قرار داد و جریان خیار را در آن نپذیرفت. هرچند می‌توان علاوه بر دلایلی که گذشت در ممنوعیت جریان خیار، آن را در چارچوب سیره عقلا مورد تحلیل قرار داد و آن را ممنوع دانست چراکه حکم اسلام در مسئله نکاح تأیید تأسیسات عقلی بوده و حکم امضایی است و تأسیس مستقلاً جدای از عقل ندارد و ممنوعیت نکاح از پذیرش خیار با صرف نظر از شریعت، وابسته به این امر است که در هیچ جامعه‌ای ولو غیر دینی مسئله نکاح قابل انعطاف نبوده و آن را قابل فسخ با خیار نمی‌دانند چراکه نوعی تقدس داشته و به نظم عمومی گره خورده لذا شرط خیار در آن مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه است و عقلاً و خردمندان بر این امر تأکید می‌ورزند.

## ۲.۵.۳. مرحله سوم: عدم مخالفت با شرع و قانون

پس از توجه به مسئله آزادی طرفین در اندراج خیار شرط در عقود و توجه به مقتضای عقد باید به این مسئله توجه نمود که این اراده مطلق نبوده بلکه محدود به صورتی است که اندراج شرط مخالف کتاب و سنت نباشد همچنان که در ادامه روایت المسلمون عند شروطهم به مسئله عدم نفوذ

حاکمیت اراده در جایی که موجب تحلیل حرام یا تحریم حلال گردد اشاره گردیده است و ماده ۱۰ قانون مدنی آن را تا جایی اعتبار بخشیده است که مخالف اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد؛ بنابراین یکی از اموری که موجب محدودیت در آزادی حاکمیت اراده طرفین است مسئله عدم مخالفت آن با شرع و اخلاق حسنه و مقررره آمره قانونگذار است. جریان‌پذیری خیار در عقود مثل نکاح، طلاق و... با عنایت به حساسیت شارع در این امور و عبادی‌بودن برخی با مانع روبروست و نمی‌توان آن را در ذیل اصل حاکمیت اراده دارای نفوذ دانست. بعد از گذر از این سه مرحله یعنی اصل حاکمیت اراده و عدم مخالفت با شرع و عدم مخالفت با مقتضای ذاتی عقود می‌توان جریان خیار شرط در عقد را پذیرفت. به تعبیر دیگر باید با تمسک به مسئله اصل حاکمیت اراده به‌عنوانی اصلی مترقی و پیشرفته که مورد تأیید عقل، شرع و قانون است، جریان‌پذیری خیار را در عقود پذیرفت و عدم جریان خیار در برخی عقود را به‌عنوانی امری استثنایی مورد تحلیل و تبیین قرار داد و آن را توجه به سه شاخصه‌ای که مورد اشاره قرار گرفت بررسی نمود تا به نتیجه جریان یا عدم‌جریان خیار شرط در آن پی برد؛ لذا نمی‌توان به‌صورت کلی و بدون توجه به این سه شاخصه در ضابطه‌ای کلی جریان خیار شرط در عقود را ممکن یا ناممکن دانست، بلکه باید ماهیت عقد مورد نظر شارع و مقتضای ذاتی عقد و مسائل دیگر را مدنظر قرار داد تا به نتیجه‌ای جامع در آن دست یافت. در انتها باید افزود هرکدام از عقود باتوجه به شرایط و ضوابطی که در انعقاد و بقای حیات حقوقیشان حاکم است ظرفیت‌های مختلف را در پذیرش خیار شرط و عدم‌پذیرش آن دارند که باید مورد توجه قرار گیرد. ازجمله این ظرفیت‌ها مسئله عبادی‌بودن (نکاح) و تجاری‌بودن برخی عقود است که امکان‌پذیری خیار را در دسته اول ممکن و در گروه دوم ناممکن ساخته است.

## نتیجه

برآیند بررسی ضوابط گوناگونی در فقه امامیه و مذاهب اربعه و حقوق ایران و کشورهای اسلامی این است که ضوابط ارائه شده دارای اشکالاتی بوده که هرکدام از آنها با نگاهی جامع جریان خیار شرط در عقود را مورد بررسی قرار نداده است؛ لذا با محور قرار دادن حاکمیت اراده در اصل آزادی قراردادها و در نظر گرفتن نقش مقتضای عقد که مبتنی بر توجه به لوازم و آثار جریان خیار شرط است، می توان ضابطه‌ای جامع و نظام‌مند ارائه نمود. البته حاکمیت اراده به‌طور مطلق نبوده و در مواردی که شارع و قانونگذار به‌طور صریح حدود و ثغور آن را مشخص کرده است، محدود می‌گردد. طرفین قرارداد همان‌طور که در ایجاد قرارداد بر اساس اصل حاکمیت اراده، می‌توانند آزادانه قراردادی را ایجاد نموده و در این ایجاد و انعقاد عقد دارای سلطنت بوده و به هر نحوی که بخواهند می‌توانند اراده خود را اعمال نمایند. با این وصف جریان‌پذیری خیار در عقود همچون نکاح، طلاق و... با عنایت به حساسیت شارع در این امور و تعیین حدود و ثغور خاص و شبه عبادی بودن برخی از آنها، اصل حاکمیت اراده محدود می‌گردد. عامل مهم دیگری که در ضابطه جریان خیار شرط در عقود، نقش اساسی دارد، توجه به ماهیت و سرشت آن عقد است. باتوجه به این موضوع برخی از عقود همچون بیع و اجاره و... جریان‌پذیری خیار در آن بدون چالش است، اما در برخی دیگر از عقود جریان خیار با ماهیت و مقتضای عقد مورد نظر در تضاد است، برای نمونه عقد رهن است که مقتضای ذاتی آن استیثاق و گرفتن رهن است و جریان‌پذیری خیار شرط برای رهن در آن در تضاد کامل با مقتضای ذاتی عقد است که در این صورت جریان خیار شرط با اصل غایت انعقاد رهن با چالش مواجه می‌شود و اندراج خیار شرط را ناممکن می‌سازد؛ بنابراین باتوجه به اصل حاکمیت اراده و عدم مخالفت با شرع و قانون و توجه به مقتضای ذاتی عقود می‌توان به ضابطه‌ای جامع دست یافت.

بنابراین ضابطه جریان خيار شرط در عقود لازم بر مبنای اصل حاکمیت اراده اصولاً صحیح است، با این حال باید در چارچوب مشخصی و با رعایت حدود و ضوابطی قرار گیرد. این حدود و ضوابط به توجه به ماهیت و سرشت عقد لازم و مقتضای ذاتی آن محدود می‌شوند. همچنین، جریان خيار نباید با اخلاق و نظم عمومی مرتبط با عقد مذکور مخالف باشد؛ بنابراین با تمرکز بر اصل حاکمیت اراده و عدم مخالفت با شرع و قانون، و با در نظر گرفتن نقش ماهیت و اقتضای عقد، می‌توان ضابطه‌ای جامع و نظام‌مند برای جریان خيار شرط در عقود ارائه کرد.

### منابع

- اراکي، محمدعلي؛ الخيارات؛ مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۴ ق.
- اردبیلی، احمدبن محمد؛ مجمع‌الفائده والبرهان فی شرح إرشادالأذهان؛ قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ ق.
- حسینی روحانی، صادق؛ منهاج‌الفقاهه؛ أنوارالهدی، ۱۴۲۹ ق.
- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف؛ إرشادالأذهان إلی أحكامالإیمان؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.
- حلی (محقق حلی)، نجم‌الدین جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام؛ مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
- خمینی، سیدروح‌الله؛ تحریرالوسیله؛ مؤسسه مطبوعات دارالعلم، [بی‌تا].
- خمینی، سیدروح‌الله؛ کتاب‌البیع؛ مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ ق.
- زهری، محمد؛ السراج‌الوہاج؛ دارالمعرفه، [بی‌تا].
- سبحانی، جعفر؛ المختار فی أحكامالخيار؛ مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۴ ق.
- سبزواری، سیدعبدالاعلی؛ مهذب‌الأحكام؛ مؤسسة المنار، ۱۴۱۳ ق.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد؛ الوسيط فی شرح القانون المدني؛ دار إحياء التراث العربي، [بی‌تا].
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن؛ الإستبصار فیما إختلف من الأخبار؛ دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۹۰ ق.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن؛ تهذیب‌الأحكام؛ دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
- کرمی کلمتی، فرزاد و سیدمهدی دادمزنی «بررسی فقهی - حقوقی مبانی عدم جریان خيار شرط در پاره‌ای از عقود»، پژوهش‌های حقوقی؛ ش ۲۰، شهریور ۱۴۰۰.

محقق داماد، سیدمصطفی؛ نظریه عدومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.

مکی عاملی، محمد؛ الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.

موسوی خویی، سیدابوالقاسم؛ مصباح الفقاهة؛ [بی جا]: [بی نا]، [بی تا].

موسوی خویی، سیدمحمدتقی؛ الشروط أو الإلتزامات التبعية فی العقود؛ دارالمورخ العربی، ۱۴۱۴ق.

مؤمن سبزواری (محقق سبزواری)، محمدباقرین محمد؛ کفایة الأحكام؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۳ق.

نجفی ایروانی، علی بن عبدالحسین؛ حاشیة المکاسب؛ وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.

نراقی، مولی محمدبن احمد؛ مشارق الأحكام؛ کنگره نراقیین ملامهدی و ملااحمد، ۱۴۲۲ق.

## The concept of honor in Islamic jurisprudence and law

**Samad Behrouz\*** (Corresponding Author)

Assistant Professor, Department of Islamic Studies, University of Tabriz, Tabriz, Iran.

Email: [s.behrouz@tabrizu.ac.ir](mailto:s.behrouz@tabrizu.ac.ir)

**Ahmad Mortazi**

Associate Professor, Department of Fiqh and Islamic Law, University of Tabriz, Tabriz, Iran.

Email: [a.mortazi@tabrizu.ac.ir](mailto:a.mortazi@tabrizu.ac.ir)

**Hadi Jafari**

MA Graduate in Islamic Law, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran.

Email: [Jafari.hadi@yahoo.com](mailto:Jafari.hadi@yahoo.com)



Use your device to scan  
and read the article online

**Citation** Behrouz, S. ,Mortazi, A. ,Jafari, H. (2025) The concept of honor in Islamic jurisprudence and law. [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#). 22 (84): 195-225

 [10.22034/ilaw.2025.709545](https://doi.org/10.22034/ilaw.2025.709545)

Received: 01 July 2022 , Accepted: 21 November 2023

### Abstract

The term honor, despite its common use, in jurisprudence and Islamic legal texts and Iranian laws, a single and clear concept of it has not been presented, which causes ambiguity in determining the rights and duties of individuals; Because abbreviating words naturally also summarizes the sentence, and as a result, applicable rules may be disturbed and not implemented due to the abbreviation of one of the words and its ambiguity. This article aims to conceptualize and examine the different uses of honor in Islamic jurisprudence and legal texts and Iranian laws in a descriptive-analytical way. By examining the various uses of this term in the mentioned texts, this research has come to the conclusion that there is no comprehensive and specific definition of the range of people that this term includes, but it is certain from the examination of the various uses that it is applied to relatives. The relative and causal females of a person such as a person's wife, mother, sister and daughter; Although in some applications, it is also applied to male relatives, but its inclusive circle has not been specified in detail. Also, the meaning of the concept of defamation is an illicit sexual act; However, in some applications, other behaviors such as touching out of lust and even inappropriate sexual relationships with people are also considered as dishonor.

### Keywords

Honor, relative and causal relatives, defense of honor, violation of honor



Copyright © 2024 The Author(s);

This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License (CC-BY-NC: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.en>),

which permits use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited and is not used for commercial purposes.

## Extended Abstract

### 1. Introduction

The term "Namus" is a prevalent concept within the linguistic and legal landscape of Islamic jurisprudence (Fiqh) and Iranian legislation. Despite its frequent usage, there is a conspicuous absence of a singular, clear definition in both traditional and modern legal contexts. This conceptual ambiguity often leads to significant inconsistencies in determining the legal rights and obligations of individuals. The term's lack of precision is particularly problematic in criminal law, where legal terminology must be explicit to ensure justice and the protection of human life.

The central research problem revolves around identifying the precise conceptual scope and various applications of "Namus". Key questions include whether the term applies exclusively to female relatives or extends to male family members, and what degree of kinship it encompasses. Furthermore, the study explores whether the term can be interpreted broadly to include all individuals toward whom one feels a natural, instinctive urge to protect, or even those sharing common religious, linguistic, or national bonds.

The necessity of this research is underscored by its practical implications, most notably in the context of "legitimate defense". In Iranian law, a person who commits a crime (such as murder) while defending their "Namus" may be exempt from punishment. For instance, a woman defending her young son from sexual assault might invoke the defense of "Namus" to justify her actions. Additionally, the term is vital in defining crimes such as "Moharebeh" (waging war against God), which involves drawing a weapon to threaten the life, property, or "Namus" of the people. Therefore, clarifying the boundaries of this concept is essential for judicial accuracy and consistency.

### 2. Research Methodology

This study employs a descriptive-analytical methodology to investigate the conceptualization and applications of "Namus" in Islamic jurisprudential texts and Iranian statutes. The research involves a comprehensive review of linguistic dictionaries, Shiite traditions (Hadith), the writings of both ancient and contemporary jurists, and the historical evolution of Iranian law from the early 20th century to the present. By analyzing the usage of the term across these diverse sources, the study seeks to identify the "certain minimum" (qadr-e motayaqqan) of its meaning and highlight the contradictions and ambiguities that necessitate legislative reform.

### 3. Research Findings

The research findings reveal a significant divergence between the linguistic roots of the word and its modern legal applications. Linguistically, "Namus" is an Arabic word derived from *namas*, meaning "keeper of a secret". In religious contexts, it was famously used to refer to the Angel Gabriel (the "Great Namus") because he was entrusted with divine secrets.

In the realm of Islamic jurisprudence, the term "Namus" is notably absent from primary narrations (Hadith) and the works of early jurists. Instead, early scholars used terms like "Haram" or "Harim" (sanctity/domain) when discussing the obligation to defend one's family. Modern jurists, however, have integrated "Namus" into various legal chapters, such as those regarding Hajj or legitimate defense, yet they offer conflicting definitions. While some limit "Namus" to female relatives (wife, mother, sister, and daughter), others expand the scope to include male relatives like sons or even any Muslim whose honor is under threat. Some contemporary scholars equate the term with general concepts like reputation, honor, and chastity.

The analysis of Iranian legislation shows that the meaning of "Namus" has shifted based on the specific legal context. Early laws, such as the 1908 Press Law, used "Namus" synonymously with "reputation" or "honor". Conversely, in various iterations of the Penal Code (1925, 1992, and 2013), the term often acquired a more specific sexual connotation. For example, the phrase "violation of Namus" (*hatk-e namus*) has been frequently interpreted as synonymous with "illicit sexual intercourse" (*movaqe'eh*) or sexual assault. In some statutes, the term is used broadly to include both men and women, while in others, it refers specifically to the protection of sexual organs.

Despite these variations, the study identifies a "certain minimum" (*qadr-e motayaqqan*) common to most interpretations: "Namus" generally refers to one's female relatives (by blood or marriage), and "violation of Namus" typically refers to unlawful sexual acts or the public accusation of such acts. Nevertheless, the research highlights that the term remains an "expression of leniency" (*ta'bir-e tasamuhi*) that lacks a stable legal definition, often leaving judges with the difficult task of interpreting its scope on a case-by-case basis.

### 4. Conclusion

The investigation concludes that "Namus" is a complex, multi-faceted term that has evolved from a linguistic root signifying "secrecy" to a legal concept encompassing family honor, physical sanctity, and sexual integrity.

The lack of a unified definition in Fiqh and Iranian law has created a state of conceptual ambiguity that can undermine the principle of legality, particularly in criminal matters where the stakes involve life and liberty.

The study offers two primary recommendations. First, it strongly suggests that legislators avoid using the term "Namus" in future civil and criminal statutes without providing a precise definition. Because the word suffers from "linguistic overlap" (*ishtirak-e lafzi*) and carries diverse meanings in both Arabic and Persian, its use without clarifying qualifiers creates legal "briefness" or "vagueness" (*ijmal*). Second, the study proposes the enactment of a single-article law that explicitly defines "Namus" and its scope within the Iranian legal system. Such legislative clarity would resolve existing contradictions, harmonize judicial interpretations, and ensure that the rights and duties of citizens are clearly understood and protected.

### **Funding**

According to the corresponding author, this research received no specific grant from any funding agency.

### **Authors' Contributions**

All authors contributed to the design, implementation, and writing of the manuscript and approved the final version of the article.

### **Conflict of Interest**

The authors declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.



## مفهوم شناسی ناموس در فقه و حقوق اسلامی

صمد بهروز\* (نویسنده مسئول)

استادیار گروه معارف اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.

Email: s.behrouz@tabrizu.ac.ir

احمد مرتاضی

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.

Email: a.mortazi@tabrizu.ac.ir

هادی جعفری

دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق اسلامی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

Email: Jafari.hadi@yahoo.com



**Citation** Behrouz, S., Mortazi, A., Jafari, H. (2025) The concept of honor in Islamic jurisprudence and law. *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 22 (84): 195-225

doi [10.22034/ilaw.2025.709545](https://doi.org/10.22034/ilaw.2025.709545)

Received: 01 July 2022 , Accepted: 21 November 2023

### چکیده

اصطلاح ناموس، با وجود کاربرد شایع آن در متون فقهی، حقوقی اسلام و قوانین ایران، مفهوم واحد و روشنی از آن ارائه نشده که این امر، موجب ابهام در تعیین حقوق و تکالیف افراد می‌گردد. این مقاله در صدد مفهوم‌شناسی و بررسی کاربردهای مختلف ناموس، در متون فقهی، حقوقی اسلام و قوانین ایران به روش توصیفی-تحلیلی است. این پژوهش با بررسی کاربردهای مختلف این اصطلاح، در متون مذکور، به این نتیجه رسیده که تعریف جامع و مشخصی درباره محدوده افرادی که این واژه شامل آنها می‌شود، وجود ندارد، ولی قدر متیقن از بررسی کاربردهای مختلف، اطلاق آن، به بستگان اناث نسبی و سببی فرد از قبیل همسر، مادر، خواهر و دختر فرد است؛ گرچه در برخی کاربردها، به بستگان ذکور نیز اطلاق گردیده است، اما دایره شمولی آن نسبت به بستگان به صورت دقیق مشخص نشده است. هم‌چنین قدر متیقن از مفهوم اصطلاح هتک ناموس، عمل نامشروع جنسی است؛ گرچه در برخی کاربردها، رفتارهای دیگر از قبیل ملامسه از روی شهوت و... و حتی نسبت‌های ناروای جنسی به افراد نیز هتک ناموس تلقی شده است.

### واژگان کلیدی

ناموس، بستگان نسبی و سببی، دفاع از ناموس، هتک ناموس.



## مقاله

یکی از واژگان به کار رفته در متون فقهی و حقوقی و قوانین موضوعه ایران، که با وجود نامشخص بودن مفهوم و قلمرو شمول و مصادیق آن، نه در میان فقها و متقدمان و نه در میان حقوقدانان و متأخران، بحث مفصل و شایسته‌ای در مورد آن صورت نگرفته، واژه ناموس است و این امر، موجب بروز تفاوت و در برخی موارد، تناقض در برداشت از مفهوم و تعیین قلمرو آن شده که تبعات حقوقی و قانونی خاص خود را دارد و ضرورت تبیین دقیق مفهوم و قلمرو آن را اقتضا می‌کند؛ زیرا ذکر کلماتی که معنای دقیق و صریحی ندارد، از صراحت و روشنی قانون می‌کاهد و ضرورت استفاده از کلمات و اصطلاحات صریح به هنگام نگارش مواد قانونی، در قوانین کیفری که با جان مردمان ارتباط دارد، دوچندان است. البته شاید فقها و حقوقدانان آن را از بدیهیات دانسته و نیازی به تبیین و تعریف آن ندیده‌اند، اما با بررسی نظرات و برداشت‌های صاحب‌نظران از این واژه، روشن می‌شود، نه تنها بدیهی نیست، بلکه در برخی موارد، باورهای متناقضی در این خصوص وجود دارد که نیاز به تتبعی جامع را اقتضا می‌کند.

سؤال اصلی پژوهش، این است که مفهوم دقیق واژه ناموس و قلمرو آن چیست و شامل چه مصداق یا مصادیقی می‌شود؟ آیا واژه ناموس صرفاً به بستگان اناث نسبی و سببی فرد اطلاق می‌شود یا بستگان ذکور را نیز در بر می‌گیرد. کدامیک از بستگان و تا چه طبقه و درجه از قرابت، مشمول قلمرو ناموس می‌شوند؟ آیا می‌توان گفت تمامی اشخاصی که خطری، متوجه آنان است و انسان، ناخودآگاه و به صورت غریزی به سمت حمایت و دفاع از آنان کشیده می‌شود، ناموس او محسوب می‌شوند؟ در تفسیر وسیع‌تر آیا می‌توان تمامی افرادی را که به نوعی، علقه مشترک (دین، زبان، وطن و ... مشترک) با یکدیگر دارند، ناموس یکدیگر قلمداد کرد؟ آیا می‌توان مدعی شد که عرفاً نمی‌توان مفهوم و قلمرو مشخصی برای این واژه تعریف نمود

و بسته به محل استفاده، تمامی تعابیر فوق را می‌توان صحیح تلقی کرد؟ ضرورت این بحث از آن جهت است که می‌تواند آثار کاربردی متعددی داشته‌باشد و مهم‌ترین ثمره آن، در موضوع دفاع مشروع از ناموس عینیت می‌یابد که یکی از استثنائات در خصوص لزوم مجازات مرتکبین جنایات محسوب می‌شود و با استناد به آن می‌توان شخصی را که مرتکب قتل شده، از مجازات نجات داد، مانند زنی که در مقام دفاع از پسر ۱۲ ساله خود که مورد تعرض قرار گرفته، فرد مهاجم را به قتل برساند و برای اباحه عمل خود، به ناموس بودن شخص مورد حمله برای خود و لزوم دفاع مشروع از ناموس استناد کند.

از دیگر آثار کاربردی آن، در موضوع محاربه است که به حکم ماده ۲۷۹ ق.م.ا عبارت است از «کشیدن سلاح به قصد جان، مال یا ناموس مردم یا ارباب آنها» که در آنجا نیز همین سؤال مطرح می‌شود. هم‌چنین در موضوع کمک به دیگری در راستای حفظ مال، جان، عرض یا ناموس، که در ماده ۵۱۰ قانون فوق آمده، نامعلوم بودن مفهوم ناموس، قاضی را در صدور حکم صحیح، با مشکل مواجه می‌سازد؛ چرا که قدر متیقن از موارد کاربرد واژه ناموس در متون فارسی، بستگان اناث نسبی و سببی مرد است و در برخی کاربردها به بستگان ذکور نیز اطلاق شده‌است. هم‌چنین، اصطلاح هتک ناموس، به عمل منافی عفت و گاه به امور دیگری از قبیل ملامسه از روی شهوت و... نیز اطلاق گردیده است. بدین ترتیب روشن می‌گردد که بحث ناموس در عمده منابع فقهی و حقوقی مطرح شده و قوانین و مقررات خاصی در مورد آن وضع شده‌است، اما مفهوم و قلمرو آن، به صورت دقیق مشخص نشده است.

یکی از موضوعات مرتبط با ناموس، موضوع دفاع مشروع است که در این زمینه مقالاتی نوشته شده و از جمله آنها مقاله «بررسی فقهی حکم قتل در مقام دفاع از ناموس یا ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی» است که به

تحلیل فقهی قانون مجازات اسلامی در مورد دفاع از ناموس و علت وضع این حکم پرداخته است. هم‌چنین «قتل در مقام دفاع»، عنوان مقاله دیگری است که در این خصوص چاپ شده و در آن، کشته‌شدن زن و مرد اجنبی توسط شوهر آن زن که به خاطر مشاهده آن مرد بیگانه در کنار همسرش، با وضع نامناسبی، آن دو را به قتل رسانده بود، از جهت قضایی و اجتماعی مورد بررسی قرار گرفته است.

پایان‌نامه‌ای هم با عنوان «واکای جامعہ شناختی مفهوم ناموس با تأکید بر کردستان» در دانشگاه تهران دفاع شده که در آن، مفهوم ناموس از نگاه زنان ۳۰ تا ۴۵ ساله سنندجی، با توجه به دو عامل طبقه اجتماعی و تحصیلات، مورد بررسی قرار گرفته و پژوهشگر چنین نتیجه گرفته که ناموس، شکلی از نظام سلطه است که طبق آن، زن مشروعیت و جایگاه اجتماعی لازم را نداشته و در موقعیت فرودستی قرار می‌گیرد و از همین رو، خشونت‌های زیادی بر او اعمال می‌شود. مقاله‌ای نیز از همین نویسنده با عنوان «مفهوم ناموس و نقش آن در خشونت علیه زنان» نوشته شده که ظاهراً مستخرج از همین پایان‌نامه است و با وجود جستجوی زیاد، دسترسی به این مقاله امکان‌پذیر نشد.

وجه امتیاز این پژوهش نسبت به پژوهش‌های مشابه، در این است که به مفهوم‌شناسی و تعیین قلمرو معنایی آن، در فقه و حقوق اسلامی پرداخته که در هیچ‌کدام از منابع فقهی و حقوقی و هم‌چنین مقالات یادشده، این کار صورت نگرفته است.

## ۱. مفهوم‌شناسی ناموس در منابع لغوی

ناموس، واژه‌ای عربی از ماده نمس است که در قاموس‌های عربی معانی متعددی برای آن ذکر شده است؛ برخی آن را به «صاحب سر» معنا کرده‌اند که انسان، او را از باطن امورش که از دیگران پنهان است، آگاه می‌گرداند (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۷، ص ۲۷۶ / جوهری، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۹۸۶/

اسماعیل بن عباد و صاحب بن عباد، ۱۴۱۴، ج ۸، ص ۳۴۶/ حمیری، ۱۴۲۰، ج ۱۰، ص ۶۷۵۸) و یا از آن به «صاحب سرّ خیر» نقطه مقابل جاسوس که صاحب سرّ شر است، تعبیر کرده‌اند. بر فرشته مقرب خدا، جبرئیل نیز از آن جهت که خدای متعال، او را از وحی و غیب که بر دیگران پنهان است، آگاه می‌گرداند، «ناموس» یا «الناموس الاکبر» اطلاق شده است (فراهیدی، ج ۷، ص ۲۷۶/ ابن اثیر جزری، بی‌تا، ج ۵، ص ۱۱۹/ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۲۴۴/ زمخشری، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۱۶۰/ فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۲۶/ ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۵، ص ۴۸۱/ طریحی، ۱۴۱۶، ج ۴، ص ۱۲۰/ سعدی، ۱۴۰۸، ص ۶۳). این اطلاق توسط شخص پیامبر اعظم (ص) نیز صورت گرفته است (رضی، ۱۳۸۰، ص ۲۱۷).

هم‌چنین به تعبیر طریحی، از صحیفه‌ای که دیوان شیعه در آن قرار دارد، نیز تعبیر به ناموس شده است؛ چنان‌که در حدیثی آمده که «یا فلان هات الناموس...»؛ ناموس را بیاور، و آن شخص، صحیفه بزرگی را می‌آورد که طریحی از این عبارت استفاده می‌کند مراد از ناموس در اینجا، صحیفه‌ای است که دیوان شیعه در آن است و اسامی شیعه و پدرانشان، در آن صحیفه قرار دارد (طریحی، ۱۴۱۶، ج ۴، ص ۱۱۹). در برخی قاموس‌های فارسی نیز، واژه ناموس را به معنای: ۱- شرع و دین و احکام الهی؛ ۲- قاعده، دستور و قانون (دهخدا، ۱۳۴۲، ج ۴۹، ص ۲۳۷) دانسته‌اند، هرچند به نظر می‌رسد بیان معنای «ملائکه» برای ناموس (دهخدا، ۱۳۴۲، ج ۴۹، ص ۲۳۷)، ناشی از اشتباه در برداشت، از مفهوم لقب جبرئیل است که او را ناموس اکبر خوانده‌اند. هم‌چنین در برخی قاموس‌های دیگر، معانی زیر برای آن بیان شده است: ۱- قانون و شریعت الهی؛ ۲- آبرو و نیک‌نامی؛ ۳- عصمت و شرف (معین، ۱۳۹۲، ج ۶، ص ۴۱۱). در باب‌های گوناگون فقهی از آبرو به ناموس تعبیر شده است، مانند باب طهارت، صلاة، حج، جهاد و تجارت (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶، ج ۱، ص ۸۳).

## ۲. مفهوم‌شناسی و مصداق‌شناسی ناموس در روایات شیعی

در روایات شیعی، از حجت خدا تعبیر به ناموس شده است؛ چنان‌که ابوبصیر، امام باقر (ع) را با وصف ناموس دهر توصیف کرده است «أَلَا إِنَّ هَذَا... نَامُوسُ الدَّهْرِ» (ابن شهر آشوب مازندرانی، ۱۳۷۹، ج ۴، ص ۱۸۳/ بحرانی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۱۳۲). در برخی از زیارات امام علی (ع) نیز، از آن حضرت، تعبیر به ناموس دهر شده است «وَأَشْهَدُ أَنَّكَ خَيْرُ الدَّهْرِ وَ نَامُوسُهُ» (حائری مشهدی، ۱۴۱۹، ص ۲۴۵) چنان‌که روایات متواتر از اهل بیت (ع)، امام زمان (عج) را ناموس عصر توصیف می‌کند (عاملی استرآبادی، ۱۴۲۶، ص ۵۳۲). سیدبن طاووس نیز به این موضوع اشاره کرده است «أَنَّ إِمَامَ الزَّمَانِ نَامُوسَ الْعَصْرِ» (ابن طاووس حلی، ۱۴۲۹، ص ۵۲۰). این تعبیر، به لحاظ صاحب اسرار الهی بودن آن حضرت است. در مناظره بین امام علی (ع) و مرد یهودی، آن حضرت، ناموس حضرت موسی (ع) توصیف شده «أَشْهَدُ أَنَّكَ نَامُوسُ مُوسَى» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۱۸۳) که مراد وی، این بود که آن حضرت، صاحب سر حضرت موسی (ع) بود و از باطن امر او آگاه بود (مجلسی، ۱۴۰۴، ج ۱۶، ص ۴۴۲). هم‌چنین از زنان صالحی که حافظ اسرار، آبرو، ناموس، اموال و شؤون همسران خود هستند، تعبیر به «حَافِظَاتُ لُغَيْبٍ» شده است (نساء، ۳۴) (حسینی تهرانی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۶۹).

اطلاق ناموس، به حجت‌های الهی، به لحاظ حافظ اسرار الهی بودن آنها است و این، یکی از مصادیق ناموس است و از کاربردهای شایع ناموس در اسلام، بستگان انثا انسان است که این دین، برای آنها، جایگاه ویژه‌ای قائل است و حفظ ناموس خود و دیگران را در کنار حفظ دین، جان و مال، جزو واجبات دانسته و حتی دروغی را که جان، ناموس یا آبروی شخص محترمی را حفظ کند، نیکو شمرده (جناتی شاهرودی، بی‌تا، ص ۳۳۴) و در روایات اسلامی، در کنار دفاع از جان و مال، از کسی که در راه دفاع از ناموس کشته

شود، شهید تعبیر شده<sup>۱</sup> (مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۵۶۸) و بلکه ارزش دفاع از ناموس، بالاتر از دفاع از جان و مال دانسته شده است؛ چراکه دفاع از ناموس، دفاع از شرافت است (مطهری، بی تا، ج ۲۰، ص ۲۴۱) و ارباب مردم و سلب امنیت از زندگی، مال و ناموسشان، محاربه و افساد در زمین تلقی شده و مشمول اطلاق آیه (مائده، ۳۳)<sup>۲</sup> و روایاتی دانسته شده که در مورد افساد در زمین نقل شده (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۹، ص ۳۰۸) و کشتن کسی که به ناموس انسان، تجاوز کند، مباح دانسته شده است؛ چنان که در روایت نبوی آمده: «الدَّارُ حَرَمٌ فَمَنْ دَخَلَ عَلَيْكَ حَرَمَكَ فَاقْتَلْهُ» (پاینده، ۱۳۸۲، ص ۴۸۵). اهمیت این موضوع تا آنجا است که اسلام، حتی حفظ ناموس غیر مسلمانان را نیز در کنار حفظ جان و مال آنها، در قبال دریافت جزیه، جزو وظایف حکومت اسلامی می داند (منتظری، ۱۴۰۶، ج ۸، ص ۴۰۵).

از تحلیل روایات روشن می شود در هیچ یک از روایات فقهی، اثری از کاربرد واژه ناموس، مشاهده نمی گردد و تنها در ادبیات برخی فقیهان می توان کاربرد این واژه را یافت. این نکته، حاکی از آن است که در خصوص معنای واژه ناموس، حقیقت شرعی و یا حتی متشرعه، وجود ندارد و در مقام درک معنا، می بایست به حقیقت لغوی آن مراجعه نمود.

### ۳. مفهوم شناسی و مصداق شناسی ناموس در عبارات فقها و برخی ابواب فقهی

بین معنای بیان شده برای ناموس در قاموس های مشهور عربی و کاربرد آن در عبارات و اصطلاحات فقها تفاوت چشم گیری وجود دارد. مهم ترین مفهوم مشترکی که از بررسی قاموس های عربی از این واژه می توان به دست آورد، معنای «حافظ سر بودن» است. ناموس مرد را حافظ سر وی معنا

۱. قد أطلقت الشهادة في الأخبار على المقتول دون أهله وماله...

۲. إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ

کرده‌اند. اما در کتب فقهی قدیم و جدید، این واژه، در کاربرد رایج در عرف زبان فارسی و حتی عرف حقوق‌دانان (بستگان انانث نسبی و سببی مرد) به کار برده شده است.

اصطلاح ناموس، چندان در عبارات فقهای قدیم به چشم نمی‌خورد و آنها به جای اصطلاح «دفاع از ناموس» عمدتاً معادل آن، (اصطلاح «دفاع از حریم یا حرم») را به کار برده‌اند، بدون این که محدوده آن را به صورت مشخص بیان کنند. به عنوان مثال علامه حلی، شهید اول، شهید ثانی، حر عاملی، فاضل هندی و نجفی (صاحب جواهر)، دفاع از نفس و حریم (یا حرم) را به مقدار استطاعت واجب دانسته و تسلیم را در صورت در معرض خطر قرار گرفتن این امور، جایز نمی‌دانند. (حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۵۷۱/ عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۵۹/ عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۵۰/ حر عاملی، ۱۴۱۲، ج ۸، ص ۴۶۰/ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰، ص ۶۴۹/ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱، ص ۶۵۳) و حتی برخی از این فقها، کسی را که در این راه کشته شود، مانند شهید می‌دانند (حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۵۷۱). فاضل هندی در توجیه و جوب این حکم، به دلیل عقلی و جوب دفع ضرر و نهی از منکر، با رعایت مراتبش و روایتی که امام صادق (ع) از پدر بزرگوارش امام باقر (ع) نقل فرموده (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۱۳۶)¹، اشاره می‌کند (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰، ص ۶۴۹) که آن حضرت، در این روایت، دفاع از مال و حریم خانه را در صورت در معرض تجاوز قرارگرفتن آنها، واجب می‌داند.

اما در عبارات برخی فقهای متأخر و معاصر، این واژه، در برخی ابواب فقه به کار برده شده است. شیخ انصاری بر این باور است از زن، خواهر، مادر و دختر انسان، تعبیر به ناموس می‌شود. (دزفولی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۸۰)

۱. إِذَا كَخَلَ عَلَيْكَ اللَّيْثُ يُرِيدُ أَهْلَكَ وَ مَالَكَ فَإِنْ اسْتَطَعْتَ أَنْ تَبُدَّهُ وَ تَضْرِبَهُ فَأَبْدُهُ وَ اضْرِبْهُ وَ قَالَ: اللَّيْثُ مُحَارِبٌ لِلَّهِ وَ رَسُولِهِ فَأَقْتَلَهُ فَمَا مَسَكَ مِنْهُ فَهُوَ عَلَيَّ.

برخی فقها دایره ناموس را گسترده‌تر دانسته و بر این باور هستند که در اطلاق ناموس، فرقی بین زن، دختر، خواهر، مادر و پسر و امثال آنها نیست (منتظری، بی تا، ص ۱۳۶). برخی دیگر از فقها محدوده آن را توسعه داده و بر این باور هستند که این واژه، علاوه بر موارد یادشده، حتی پسر انسان و هر کسی را که با او مرتبط است، در برمی گیرد و آنها را نیز می توان ناموس وی تلقی کرد (حسینی تهرانی، ۱۴۰۱، ج ۴، ص ۱۸۶). از همین رو حفظ حرمت نفوس و نوامیس مسلمانان را بر عهده حاکم شرع می دانند (حسینی تهرانی، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۱۸۶). فاضل لنکرانی از فقهای معاصر، در جامع المسائل خود آورده: «اگر کسی به خود انسان، یا ناموس، یا خویشان و بستگان انسان، یا به مسلمانی دیگر به قصد کشتن یا تجاوز، هجوم آورد، بر انسان واجب است به هر نحو که ممکن است دفاع کند، هر چند منجر به کشتن مهاجم شود؛ بلکه واجب است انسان از ناموس مسلمانان دیگر هم دفاع کند.» (فاضل موحدی لنکرانی، بی تا، ج ۲، ص ۴۷۹ - ۴۸۰) اما وی همانند بسیاری از فقهای دیگر، محدوده شمولی این واژه را روشن نکرده و دفاع از خویشان و بستگان انسان را در کنار دفاع از ناموس مطرح کرده است. در برخی ابواب فقهی، واژه ناموس به کاربرده شده که در این قسمت به دو نمونه اشاره می شود:

### ۳-۱. شرط استطاعت زن برای رفتن به حج

برخی فقها امنیت ناموس زن را از جمله ارکان استطاعت زن در سفر حج دانسته و در صورت عدم امنیت ناموس زن، حج را بر وی واجب نمی دانند. امام خمینی (ره) در قالب مسأله ۳۱، همراه بردن محرم را در سفر حج، بر زن مستطیع، در صورتی که نسبت به خود و ناموسش در امان باشد، شرط نمی داند و در غیر این صورت لازم می داند (خمینی، ۱۴۲۲، ص ۲۱۰). وی، ناموس را در مفهومی متفاوت از مفهوم عرفی آن، و به معنای حیثیت، آبرو و پاکدامنی زن به کاربرده است.

برخی فقها نیز برای استطاعت حج، چند رکن قائل هستند که امکانات مالی و امتیّت، از جمله آن است و مراد از امنیت را سلامتی انسان و مال و ناموسش در مسیر رفت و برگشت به حج و حین انجام مناسک می‌دانند (فیاض کابلی، ۱۴۲۶، ص ۹).

### ۲-۲. بیتوته در منا در اعمال حج

برخی فقها از جمله موارد معاف از بیتوته در منا در شب‌های یازدهم، دوازدهم و سیزدهم ذی‌حجه در حج تمتع را ترس بر خود یا ناموس فرد، بر اثر ماندن در منا می‌دانند؛ به گونه‌ای که بر اثر ماندن در منا بر خود، ناموس یا اموالشان بترسند (مرتضوی لنگرودی، ۱۴۲۳، ص ۳۱۱) در این عبارات فقها، گرچه واژه ناموس به کار برده شده، اما مبهم است و در هیچ‌کدام از آنها به محدوده و قلمرو معنایی آن اشاره نشده است.

### ۴. مفهوم‌شناسی و کاربرد ناموس در منابع حقوقی

در منابع حقوق جزای عمومی و اختصاصی که انتظار می‌رود به دلیل استعمال آن در مواد ۱۵۶، ۱۵۷، ۲۷۹ و ۵۱۰ قانون مجازات اسلامی، محل پرداختن و کنکاش دقیق واژه ناموس باشد، اشارات بسیار مختصری در مورد آن وجود دارد که به ذکر مهم‌ترین این منابع پرداخته می‌شود:

در کتاب «جرایم علیه اشخاص» آمده:

تعرض به عرض را می‌توان عمل منافی عفت، پایین‌تر از هتک ناموس دانست؛ از قبیل بوسیدن، در آغوش کشیدن، لمس کردن اعضای بدن و غیره. از سوی دیگر می‌توان تعرض به ناموس را عبارت از هرگونه عمل منافی عفت و تعرض به عرض را عبارت از هرگونه عملی که موجب آبروریزی طرف مقابل شود، دانست. (میر محمدصادقی، ۱۳۸۹، ص ۳۲۷)

در این عبارت گرچه هتک ناموس تعریف شده، اما خود واژه ناموس و دایره شمولی آن، مشخص نشده است.

در کتاب «حقوق جزای عمومی» مراد از ناموس، عفت خود انسان و یا عصمت خانوادگی او دانسته شده و چنین آمده است: «تعرض به ناموس یعنی لکه دار کردن دامن عفت و حتی عصمت انسان، و در اصطلاح، هر نوع فعل اعم از ملامسه و برقرار کردن رابطه نامشروع جنسی، تعرض به ناموس محسوب می شود» (اردبیلی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۲۰۶). در این کتاب نیز صرفاً به تعریف هتک ناموس پرداخته شده و آن را به اعم از برقراری رابطه جنسی معنا کرده، اما از دایره شمولی واژه ناموس، سخنی به میان نیامده است.

در کتاب «زمینه حقوق جزای عمومی» ناموس به معنای «شرف و عصمت» به کار رفته است. نوریها معتقد است این کلمه در معنای عام خود نباید به کار گرفته شود؛ بلکه معنای خاص آن مورد توجه بوده است. وی گفتن ناسزا به دیگری را که عرف این گونه ناسزاها را ناموسی نمی داند، تجاوز به ناموس، به معنای خاص کلمه نمی داند و همانند اکثر حقوقدانان، تجاوز به ناموس را تا حدود زیادی، امری اعتباری می داند و بر این باور است که با توجه به خصوصیات نژادی- قومی و آداب و رسوم، ممکن است مصادیق مختلف داشته باشد. از همین رو، وی معتقد است ماهیت تجاوز، باید در مفهوم عرفی آن، در تمام موارد مورد توجه قرار گیرد. (نوریها، ۱۳۸۷، ص ۲۹۲) در این کتاب نیز، گرچه ناموس به معنای شرف و عصمت، در نظر گرفته شده، اما همانند منابع پیشین، محدوده شمول آن بیان نشده است.

گلدوزیان بر این باور است که کلمات «عرض» یا «ناموس» در قانون مجازات اسلامی، به صورت مترادف به کار برده شده، ولی با توجه به مفاهیم عرفی این دو واژه، می توان گفت مقصود از عرض، آبرو و شرافت و حیثیت خانوادگی و اجتماعی و منظور از ناموس، زنان خانواده و وابسته به فرد و رعایت حقوق و حرمت آنان از نظر موازین اخلاقی و مذهبی است. از نگاه وی، تعرض به عرض، از طریق جریحه دار نمودن شرافت و حیثیت فردی یا خانوادگی است و در اغلب موارد، از طریق نسبت دادن اعمال منافی عفت

صورت می‌گیرد و تعرض به ناموس، از طریق تجاوز به زنان خانواده، اعم از همسر، مادر، خواهر، دختر و لکه‌دار نمودن عفت و عصمت آنان صورت می‌گیرد، در عین حال که وی تعرض به برادر و پسر شخص را نیز تجاوز به ناموس تلقی می‌کند و در صورتی که شخصی، از طریق انجام اعمال منافی عفت، در صدد تجاوز به حرمت اخلاقی، اجتماعی و شرعی برآید و در این حالت از طرف شخصی که ناموسش در معرض تجاوز است، مورد قتل و جرح قرار گیرد، عمل دفاع‌کننده را مشروع می‌داند. (گلدوزیان، ۱۳۸۴، ص ۳۳۱) وی با این که ناموس را به زنان خانواده، معنا می‌کند، ولی در عین حال، تعرض به مردان، از قبیل پسر و برادر را نیز تجاوز به ناموس تلقی می‌کند و در هر صورت، مانند بسیاری از صاحب‌نظران، دایره شمولی ناموس را به صورت دقیق مشخص نمی‌کند.

در مقاله «بررسی فقهی حکم قتل در مقام دفاع از ناموس، یا ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی» (قانع‌ی راد، ۱۳۸۸، ص ۱۱۷) نیز هرچند در عنوان مقاله، عبارت «ناموس» به کار رفته، اما در متن مقاله، هیچ توضیح و تفسیری در خصوص معنای واژه مذکور ارائه نشده و ظاهراً نویسنده مقاله فوق نیز، همانند بسیاری از حقوق‌دانان و فقهای دیگر، معنای آن را واضح و بی‌نیاز از تعریف و تفسیر دانسته است. شایان ذکر است که در این مقاله، ناموس به معنای آبرو و حیثیت مرد به کار رفته است.

## ۵. کاربرد واژه ناموس در قوانین موضوعه ایران

مطالعه قوانین مختلف موضوعه ایران، چه قوانین قبل از انقلاب و چه قوانین بعد از انقلاب، ما را به این نتیجه منتهی می‌کند که واژه ناموس در قانون ایران نیز، در معانی متفاوتی به کار برده شده و این تفاوت، از اطلاق آن به اشخاص وابسته به فرد تا اعضای بدن و نیز حیثیت و آبرو گسترده است. شاید بتوان اولین کاربرد مفهوم ناموس در قوانین موضوعه ایران را مربوط

به قانون مطبوعات مصوب ۱۲۸۶/۱۱/۱۸، یعنی تنها یک سال پس از آغاز قانون‌گذاری نوین در ایران دانست که در ماده ۴۳ آن و در مقام بیان مطالب غیر قابل انتشار برای نشریات، به مراعاتی اشاره شده که محکمه به خاطر حفظ ناموس، انتشار آن را منع کرده است.<sup>۱</sup> تأکید این ماده قانونی به حفظ ناموس از طریق عدم انتشار محتوای برخی مراعات قضایی، قرینه‌ای است بر این که مقصود از ناموس در این ماده، «آبرو» می‌باشد.

در ماده ۹۴ قانون اصول تشکیلات عدلیه و محاضر شرعیه و حکام صلحیه مصوب ۱۲۹۰/۴/۲۷ نیز برای به‌کاربردن الفاظی که موجب هتک عرض و ناموس طرف مقابل، توسط یکی از اصحاب دعوا در محاکم قضایی شود، مجازاتی تعیین کرده که در ماده ۹۳ این قانون، به آن اشاره شده است.<sup>۲</sup> از قراین پیدا است که مراد از هتک ناموس در اینجا، چیزی غیر از معنای مصطلح امروزی یعنی خود عمل منافی عفت است و ظاهراً مراد قانون‌گذار، فحاشی نسبت به اعضای خانواده فرد و استناد اعمال منافی عفت به آنها می‌باشد؛ چرا که در این ماده، هتک ناموس، از طریق هتاک لفظی، مدنظر بوده است.

طبق ماده ۳۴ قانون تشکیل ایالات و ولایات و دستورالعمل حکام، مصوب ۱۲۸۶/۹/۱۷، دستورالعمل‌های حاکم به اداره نظمیه، ضبطیه و غیره در حفظ نظم و امنیت، باید طوری روشن و موافق قوانین موضوعه باشد که مأموریت اداره نظمیه و ضبطیه، موجب اجحاف، تعدی و هتک ناموس نشود. به نظر می‌رسد مقصود از ناموس در این ماده، «آبرو» بوده و هتک ناموس به

۱. ماده ۴۳: طبع و نشر مراعاتی که محکمه برای حفظ ناموس نشر آن را منع کرده، مادامی که در محکمه علناً قرائت نشده است، ممنوع است، مرتکب ملتزم ملزم است که از پنج تومان الی دویست تومان مجانی دادنی باشد و مرتکب غیر ملتزم از یک ماه الی یک سال حبس می‌شود، ولی شکایت مدعی و حکم قضیه را در هر حال روزنامه حق انتشار دارد.

۲. ماده ۹۴: مفاد ماده قبل لازم‌الرعایه است. هم‌چنین در مواردی که یکی از اصحاب دعوا الفاظی استعمال کند که باعث هتک عرض و ناموس طرف مقابل است یا نسبت به طرف خود افشاء کند اوضاع و احوالی را که هیچ مربوط به قضیه که در تحت محاکمه است، نبوده و برای توضیح مطلب لزومی نداشته باشد.

معنای هتک آبروی اشخاص، مورد لحاظ قرار گرفته است.

در مواد ۴۱، ۱۸۸، ۲۰۸، ۲۰۹ و ۲۱۳ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴/۱۰/۲۳، به واژه ناموس اشاره شده بود و ماده ۴۱ مقرر می‌داشت هر کسی که به موجب ضرورت برای دفاع و حفظ نفس یا ناموس خود، مرتکب جرمی شود، مجازات نخواهد شد. طبق ماده ۱۸۸ نیز قاتل عمد، در مقام دفاع از نفس و عرض، با وجود شرایطی، از مجازات معاف خواهد بود که از جمله آن، دفاع از کسی است که در صدد هتک عرض و ناموس دیگری به اکراه و عنف برآید. از این ماده قانونی، به قرینه تجویز دفاع مشروع منجر به قتل در موارد هتک ناموس، اراده معنای واقعه و تجاوز جنسی، از عبارت «هتک ناموس» برداشت می‌شود.

قانونگذار ایران در ماده ۲۰۸ و ۲۰۹، بعد از عبارت «هتک ناموس»، در داخل پرانتز، واژه «واقعه» را آورده است و بنابراین، هتک ناموس را مترادف با واقعه دانسته و افزون بر این، در همان ماده ۲۰۸<sup>۱</sup>، ناموس، به اعم از زن و مرد اطلاق شده، ولی محدوده آن، به لحاظ شمول افرادی، روشن نگردیده است. قانون یادشده، در ماده ۲۱۳ ورود موضوعی به ناموس نداشته، بلکه به لحاظ حکمی، مجازات ازاله بکارت را همسان با مجازات هتک ناموس مقرر داشته است.

در ماده واحده قانون اصلاح مواد ۲۰۷ تا ۲۱۴ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۱۲/۶/۲۹، در مواردی، به واژه ناموس اشاره شده است. در ماده ۲۰۷ و ۲۰۸، هتک ناموس به دو نوع همراه با تهدید و بدون آن تقسیم شده و حکم آن بیان شده است<sup>۲</sup> که تفکیک تهدید و عنف برای «هتک ناموس» از تهدید برای «غیر هتک ناموس» از یک سو و تعمیم مجازات تهدید

۱. ماده ۲۰۸: هر کس به عنف یا تهدید و اکراه هتک ناموس (واقعه) دیگری اعم از ذکور و اناث بنماید، جزای او حبس با اعمال شاقه است از چهار تا دوازده سال.

۲. ماده ۲۰۷: الف) هر کس به عنف یا تهدید هتک ناموس زنی را بنماید به حبس با اعمال شاقه از ۳ تا ۱۰ سال محکوم خواهد شد و همین مجازات مقرر است درباره کسی که مرتکب لواط شود.

جهت هتك ناموس زن به هتك ناموس مرد، از سوی دیگر، در این مواد اصاحی؛ قرینه‌ای است قاطع بر اینکه مراد از «هتك ناموس» در این ماده، فقط «مواقعه» است و مقصود از «ناموس»، عورت به معنای خاص آن یعنی قُبُل و دُبُر است.

در ماده ۵ قانون ثبت عمومی املاك و مرور زمان مصوب ۱۳۰۶/۱۱/۲۱، نیز واژه ناموس، به کار برده شده و به خطر تهدیدگر ناموس، اشاره کرده است و ظاهراً در مقام بیان شمول افرادی ناموس بوده، ولی افراد و مصادیق را به صورت کامل و دقیق مورد تصریح قرار نداده است. در ماده ۲۳۲ قانون محاکمات نظامی مصوب ۱۳۰۷/۴/۳۰ نیز، مجازات هتك ناموس نظامی، توسط نظامی دیگر، بیان شده، اما مراد از هتك ناموس، مشخص نشده است، ولی ظهور در نزدیکی جنسی و واقعه دارد.

شایان ذکر است که کاربرد ناموس محدود به قوانین جزایی نمی‌شود و در بخش سوم قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴/۸/۸ نیز در مبحث مربوط به بیان اشخاص ممنوع از قیمومت، به کار رفته است. مطابق ماده ۱۲۳۱ این قانون، از جمله افراد ممنوع از قیمومت، کسانی هستند که به علت ارتکاب هتك ناموس یا منافیات عفت، به حکم قطعی محکوم شده باشند. در ماده ۱۲۴۸ قانون یادشده نیز در بیان موارد عزل قیم، ناموس، در همان سیاق به کار رفته، ولی منظور از هتك ناموس مشخص نشده است.

هم‌چنین در ماده ۴۰۹ قانون دادرسی و کیفر ارتش مصوب ۱۳۱۸/۱۰/۴، ناموس به کار برده شده و مجازات تعرض به جان و ناموس مردم توسط اشراق مسلح، حبس دائم با کار یا اعدام مقرر شده است و به نظر می‌رسد خود همین مجازات شدید، قرینه‌ای است بر حمل واژه هتك ناموس بر

۱. ماده ۵: مرور زمان بر علیه کسانی که به علت خطر جانی یا ناموس و یا به علت مخاطره در اموال خود یا اقرباء نزدیک خود نتوانسته‌اند اقامه دعوا نمایند، جاری نمی‌شود مگر بعد از زوال مانع.

۲. ماده ۲۳۲ - هر نظامی که هتك ناموس نظامی دیگری را بنماید، از خدمت نظام اخراج و مطابق مقررات قانون مجازات عمومی مجازات خواهد شد.

معنای موافقه و تجاوز جنسی.

در ماده ۲۴ لایحه قانون مطبوعات مصوب ۱۳۳۱/۵/۲۰، نیز مجازات جرم‌های هتك شرف و ناموس و امثال آن، توسط روزنامه‌ها یا مجلات، بیان شده است. در ماده ۲۰ و ۳۰ لایحه قانون مطبوعات مصوب ۱۳۳۴ نیز ناموس به همین روال به کار برده شده و به همین جرم، با همان مجازات اشاره شده است. روشن است که هتك ناموس در این عبارت، به معنای «استناد عمل منافی عفت» است؛ چون هتك ناموس توسط روزنامه‌نگار و انتشاراتی، از طریق نشر، معنایی غیر از این ندارد.

در ماده واحده لایحه تشدید مجازات سارقین مسلح مصوب ۱۳۳۳/۴/۲۵، حکم هتك ناموس در موقع سرقت، بیان شده و در تبصره یک این ماده واحده، افرادی را که در مقام دفاع از مال یا جان یا ناموس، مرتکب قتل یا جرح یا ضرب سارقین بشوند، از مجازات معاف نموده است. بنابراین، در ماده واحده یادشده، دفاع در مقابل هتك ناموس، معنای مطلق داشته و از همین رو، هتك ناموس، افزون بر موافقه، مواردی همچون تقبیل و لمس را هم دربرمی‌گیرد.

ماده واحده قانون تشدید مجازات رانندگان متخلف مصوب ۱۳۳۵/۹/۶ نیز برای راننده‌ای که به قصد قتل، یا سرقت اموال و یا هتك ناموس، مرتکب ربودن شخص یا اشخاصی که در آن وسیله نقلیه است، بشود، در صورت وقوع قتل، حکم اعدام و در صورت وقوع سرقت و یا هتك ناموس به عنف، حبس ابد و در صورت شروع به این جرم‌ها، حبس با اعمال شاقه از پنج تا پانزده سال در نظر گرفته است. در این مواد قانونی نیز تعریف روشنی از ناموس و هتك ناموس نیامده، ولی اطلاق آن، مواردی همچون

۱. ماده ۲۴: هر يك از افراد مردم اعم از مأمورین رسمی یا غیر آنها که در روزنامه یا مجله یا هر نوع نشریه دیگر مندرجاتی مشتمل بر تهمت و افتراء و یا فحش و الفاظ رکیکه و یا نسبت‌های توهین‌آمیز در زندگانی خصوصی و یا هتك شرف و ناموس و امثال آن نسبت به خود مشاهده نماید، می‌تواند از نویسنده یا ناشر آن به دادگاه شکایت نماید. مرتکب به ۲ ماه تا ۶ ماه حبس تادیبی و از يك هزار ریال تا پنجاه هزار ریال جریمه نقدی محکوم خواهد شد.

مواقعه، تقبیل و لمس را شامل می‌شود.

یکی از کاربردهای مهم ناموس توسط قانون‌گذار، به کاربردن آن، در بحث دفاع مشروع است که شاید شایع‌ترین کاربرد آن در قانون باشد و مهم‌ترین آثار نیز بر آن مترتب است. ماده ۴۳ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲/۲/۱۱، عمل کسی را که در مقام دفاع از نفس، عرض، ناموس و یا مال خود یا دیگری و یا آزادی تن خود یا دیگری، در برابر هر گونه تجاوز فعلی و یا خطر قریب‌الوقوع برآید، با وجود شرایطی، معاف از تعقیب و مجازات می‌داند و در تبصره این ماده قانونی، دفاع از نفس، ناموس، عرض یا مال و یا آزادی تن دیگری را در صورتی جایز می‌داند که او ناتوان از دفاع بوده و تقاضای کمک کند و یا در وضعی باشد که امکان استمداد نداشته باشد. در ماده ۴۴ همین قانون، مقاومت با قوای انتظامی را در مواقعی که مشغول انجام وظیفه خود باشند، دفاع نمی‌داند، ولی در صورت خروج از حدود وظیفه خود و وجود خوف از قتل یا جرح یا تعرض به عرض یا ناموس، به واسطه عملیات آنان، دفاع را جایز می‌داند.

در ماده ۳۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱/۷/۲۱ نیز واژه ناموس به کار برده شده که این ماده قانونی، دقیقاً مشابه ماده ۴۳ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲/۲/۱۱ می‌باشد. ماده ۳۴ این قانون نیز عیناً مشابه ماده ۴۴ همان قانون است. این ویژگی‌ها به صورت دقیق عیناً در ماده ۶۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰/۵/۸، تبصره آن و نیز ماده ۶۲ آن تکرار شده است. همچنین این رویه، در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ نیز بعینه تکرار شده است. ماده ۱۵۶ این قانون نیز دقیقاً مشابه ماده ۴۳ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲/۲/۱۱ می‌باشد که مطابق آن، عمل شخصی که در مقام دفاع از نفس، جان، مال یا ناموس خود و یا دیگری، مرتکب قتل یا جرح شود، در صورت وجود شرایط خاص، مشروع و معاف از مجازات تلقی شده است.

از این عبارات می‌توان به این نکته پی‌برد که قانون‌گذار، ناموس را در مفهومی، غیر از مفهوم مصطلح امروزی، یعنی بستگان اناث فرد به کار برده و در برخی موارد، اساساً آن را چیزی، غیر از شخصیت انسانی قلمداد نموده‌است. برای فهم مقصود قانون‌گذار، از وضع این واژه در این مقام، باید به قوانین پیشین رجوع کرد. ماده ۱۵۷ قانون فوق نیز، دقیقاً مشابه ماده ۴۴ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲/۲/۱۱ می‌باشد.

بدین ترتیب باید مواد ۱۵۶ و ۱۵۷ قانون فوق را چنین تفسیر نمود که اگر کسی قصد تعدی به دیگری، از طریق بی‌آبرو کردن وی، به وسیله تماس جنسی داشته باشد، عمل حمایتی فرد از شخص مورد تهاجم، دفاع مشروع تلقی خواهد شد. در مبحث مربوط به محاربه نیز در ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱، ناموس در کنار عبارات جان، مال و عرض به کار رفته که مؤید برداشت اخیر در خصوص مقصود قانون‌گذار است.

در ماده ۴ قانون تشدید مجازات ربایندگان اشخاص، مصوب ۱۳۵۳/۱۲/۱۸، ناموس، در هیچ‌یک از معانی پیشین به کار برده نشده و در مقام بیان مجازات کسانی که در حین سرقت، مرتکب یکی از افعال نامشروع می‌شوند، بعد از بیان عبارت لواط، هتک ناموس مطرح شده که ظاهراً مقصود از آن، انجام اعمال منافی عفت، غیر از لواط، از قبیل تفخیز و ملامسه از روی شهوت و یا حتی زنا، است. مطابق همان ماده قانونی، مجازات مرتکب با وجود شرایط خاصی، اعدام یا حبس دائم در نظر گرفته شده است.

مطابق ماده ۳۲۸ قانون اصلاح قسمتی از قانون دادرسی و کیفر ارتش و نسخ بعضی از مواد قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۴/۴/۱۸، برخی نظامیان، از جمله نظامیان مسلحی که با تباری قبلی به جان یا ناموس مردم تعدی و تجاوز نموده، یا مرتکب غارت و یا تخریب اموال متعلق به مردم شده‌باشند، به اعدام محکوم شده‌اند. در این قوانین نیز، مراد از ناموس به صورت دقیق مشخص نشده و کاربرد مطلق دارد.

ماده ۹۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۲/۵/۱۸، قتل عمد را در موارد خاصی، به شرط آن که دفاع متوقف به قتل باشد، جایز شمرده که از جمله آن موارد، دفاع در مقابل کسی است که در صدد هتك عرض و ناموس دیگری به اکراه و عنف برآید. از کلمه «به اکراه» می توان استنباط کرد که مراد از هتك ناموس در اینجا، عمل منافی عفت می باشد. کلمه عرض نیز در کنار ناموس، قرینه دیگری است بر این که مراد، عمل منافی عفت می باشد.

مطابق ماده ۱ قانون خدمت وظیفه عمومی مصوب ۱۳۶۳/۷/۲۹، دفاع از استقلال و تمامیت ارضی و نظام جمهوری اسلامی ایران و جان و مال و ناموس مردم، وظیفه دینی و ملی هر فرد ایرانی شمرده شده است. در این ماده، که در مقام بیان شمول افرادی ناموس است، نه شمول فعلی آن، افراد و مصادیق ناموس به طور دقیق تبیین نشده است. در ماده ۱۸ قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۱/۵/۱۷ نیز این واژه به کار برده شده است. در ماده ۳۳ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۹ نیز مشابه همین تعبیر به کار برده شده است. در هیچ کدام از این قوانین، دایره شمولی واژه ناموس، به طور دقیق مشخص نشده است.

ماده ۶۲۷ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات های بازدارنده) مصوب ۱۳۷۵/۳/۲، از جمله مواردی که دفاع را صادق می داند، خوف برای نفس یا عرض یا ناموس یا مال است که مستند به قرائن معقول باشد و مطابق ماده ۶۲۹ این قانون، با وجود شرایطی، قتل عمدی به شرط آن که دفاع متوقف بر آن باشد، مجازات نخواهد داشت که از جمله آن، دفاع از هتك ناموس خود، اقارب و نیز ناموس دیگری است. در این ماده قانونی نیز مراد از واژه ناموس و همین طور اصطلاح هتك ناموس بیان نشده است. در بند «ز» ماده ۱۲۷ قانون استخدام نیروی انتظامی جمهوری اسلامی

ایران مصوب ۱۳۸۲/۱۲/۲۰، از جمله موارد شهید محسوب شدن کارکنان نیروهای انتظامی را، کشته شدن آنان، توسط متجاوزان به جان، مال و ناموس مردم بیان می‌دارد.

در ماده ۱۲۴ منشور حقوق و مسئولیت‌های زنان در نظام جمهوری اسلامی ایران مصوب جلسه ۵۴۶ مورخ ۱۳۸۳/۶/۳۱ شورای عالی انقلاب فرهنگی، در بیان حقوق و مسئولیت‌های زنان در امور دفاعی- نظامی، به حق و مسئولیت زنان در دفاع مشروع از دین، کشور و نیز جان، مال و ناموس خود و دیگران اشاره شده و در ماده ۱۲۶ آن منشور، حق برخورداری زنان، از حمایت‌های لازم به منظور حفظ تمامیت جسمانی و جلوگیری از هتک حیثیت و ناموس آنان در دوران جنگ، اسارت و اشغال نظامی مورد تأکید قرار گرفته است. در این مورد و مورد پیشین نیز تعریف دقیقی از ناموس و نیز هتک ناموس ارائه نشده است.

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ نیز چنان‌که پیش‌تر نیز بیان شد، قانون‌گذار، از سلف خود پیروی کرده و از قصدکردن و هتک ناموس، معنای اخص آن را که همان عمل جنسی می‌باشد، اراده کرده است. مطابق ماده ۲۷۹ این قانون، محاربه عبارت است از کشیدن سلاح به قصد جان، مال یا ناموس مردم یا ارباب آنها، به نحوی که موجب ناامنی در محیط گردد. در این ماده قانونی، ناموس در کنار عبارات جان، مال و عرض به کار رفته که مؤید برداشت اخیر در خصوص مقصود قانون‌گذار است. در مبحث مستثنیات ضمان قانون فوق نیز واژه ناموس، به همان شکل به کار رفته است. طبق ماده ۵۱۰ این قانون، هرگاه شخصی با انگیزه احسان و کمک به دیگری، رفتاری را که به جهت حفظ مال، جان، عرض یا ناموس او لازم است، انجام دهد و همان عمل موجب صدمه و یا خسارت شود، در صورت رعایت مقررات قانونی و نکات ایمنی، ضامن نیست. در موارد فوق نیز، دایره افرادی که واژه ناموس، آنها را در بر می‌گیرد، مشخص نشده است.

## ۶. تحلیل و بررسی مفهوم ناموس

واکاوی ریشه لغوی واژه «ناموس» نشانگر این است که این واژه، واژه عربی است از ریشه‌ی نَمَس، که در لغت به سه معنای سرّ، رنگ تیره و فساد به کار رفته است و در صورت اضافه شدن به انسان، به معنای صاحب سرّ می‌باشد. این واژه در آیات و روایات فقهی استفاده نشده و در متون فقهی عربی نیز اثری از آن دیده نمی‌شود و در نتیجه می‌توان گفت دارای حقیقت شرعی و یا حتّی متشرعه نمی‌باشد. اما در متون فقهی و حقوقی فارسی و در نصوص قانونی مختلف در موارد متعدد به کار رفته که هم از جهت شمول فعلی و هم از جهت شمول افرادی، حدود آن به صورت کامل و دقیق، تبیین نشده است، ولی به هر روی، در اغلب موارد، به لحاظ فعل، ناموس، در معنای «عورت» به کار رفته و هتک ناموس در مفهوم «مواقعه» استعمال گردیده است و به لحاظ افراد و مصادیق، واژه ناموس، در معنای بستگانِ اِناث نسبی و سببی و گاه علاوه بر آن، در معنای بستگان ذکور نیز مورد استفاده قرار گرفته است. تعبیر هتک ناموس نیز همچنان که اشاره شد، در متون یادشده، در معنای ارتکاب عمل جنسی نامشروع یا متهم‌سازی فرد به ارتکاب این عمل، به کار برده شده است. با توجه به این که واژه ناموس، ریشه عربی داشته و در کاربردهای عربی و فارسی به دو گونه متفاوت، به کار برده شده که قدرجمعی بین آنها قابل تصور نیست، بنابراین، به کارگیری آن در متون سرنوشت‌ساز حقوقی، شکل یک تعبیر تسامحی را به خود می‌گیرد که لازم می‌نماید قانون‌گذار در مرحله قانون‌گذاری، از به کار بردن آن اجتناب نموده یا مقصود خود از مصادیق آن را به صورت روشن بیان نماید.

### نتیجه‌گیری

با بررسی موارد کاربرد ناموس در متون فقهی، حقوقی و قانون ایران روشن شد که این واژه در متون یادشده، در مفاهیم، مصادیق و کاربردهای

متعددی به کار برده شده است.

این واژه نه تنها در روایات فقهی، بلکه در عبارات فقهای متقدم نیز به چشم نمی خورد و به جای آن، معادل آن - «حرم» یا «حریم» - را به کار برده اند و فقهای متأخر و معاصر، در تعریف آن، نظر یکسانی ندارند؛ برخی، آن را بستگان اناث نسبی و سببی مرد، از قبیل زن، مادر، خواهر و دختر دانسته اند و برخی دیگر، آن را به بستگان ذکور، مانند پسر و... و برخی دیگر، به هر کسی که با انسان مرتبط باشد، تعمیم داده اند. برخی نیز آن را به حیثیت، آبرو و پاکدامنی تفسیر کرده اند و در نهایت برخی فقها، این اصطلاح را در ابواب مختلف فقهی آورده اند و دفاع از ناموس را جزو واجبات مسلم دین دانسته اند، بدون تبیین محدوده شمولی آن.

در منابع حقوقی نیز دیدگاه یکسانی وجود ندارد و تعریف های ذیل در مورد مفهوم آن به چشم می خورد:

۱ - تعریف ناموس، به زنان خانواده، اعم از همسر، مادر، خواهر و دختر و تعریف تعرض به ناموس، به تجاوز به زنان خانواده؛ در عین حال که تجاوز به برادر و پسر شخص نیز تجاوز به ناموس تلقی شده است.

۲ - تعریف ناموس، به عفت خود انسان یا عفت خانوادگی او و تعریف تعرض به ناموس، به عمل منافی عفت، اعم از ملامسه و رابطه نامشروع جنسی، بدون پرداختن به مصادیق آن.

۳ - اعتباری دانستن تجاوز به ناموس که با توجه به خصوصیات نژادی، قومی و آداب و رسوم ممکن است مصادیق مختلف داشته باشد.

۴ - برخی منابع حقوقی ظاهراً معنای آن را جزو بدیهیات دانسته و هیچ توضیحی درباره آن نداده اند.

در قوانین موضوعه ایران نیز در مواد قانونی مختلف، کاربردهای متفاوتی از اصطلاح ناموس و همین طور هتک ناموس، منظور شده است که از بررسی آنها مفاهیم و مصادیق ذیل به دست می آید:

- ۱- اطلاق ناموس، به اعم از زن و مرد.
  - ۲- مترادف دانستن هتک ناموس با مواقعه و تقسیم آن، به دو نوع همراه با تهدید و بدون آن.
  - ۳- اطلاق هتک ناموس، به اموری از قبیل ملامسه از روی شهوت و...
  - ۴- اطلاق هتک ناموس به وارد کردن اتهام جنسی به بستگان اناث مرد.
  - ۵- در بسیاری از مواد قانونی نیز ناموس و تعرض به ناموس به کار برده شده، بدون اشاره به دایره شمولی آن.
- از بررسی کاربردهای مختلف ناموس در متون یادشده، روشن می شود قدر متیقن- به معنای مصداق حداقلی و مورد قبول همگان- از مفهوم ناموس در این متون، بستگان اناث سببی و نسبی انسان مانند همسر، مادر، دختر و خواهر است؛ گرچه به صورت نادر، به شمول آن، به بستگان ذکور نیز اشاره شده است. برخی فقها و حقوق دانان نیز آن را به معنای شرف، عصمت، حیثیت، آبرو و پاکدامنی زن دانسته اند. هم چنین قدر متیقن از مفهوم هتک ناموس یا تعرض به ناموس، انجام عمل منافی عفت (مواقعه) با بستگان اناث فرد است؛ گرچه در برخی کاربردها به اموری از قبیل ملامسه از روی شهوت و... نیز توسعه داده شده است و در برخی کاربردها، به تجاوز به برادر و پسر شخص نیز توسعه داده شده است.

### پیشنهادات

- ۱- پیشنهاد جدی تحقیق حاضر، اجتناب قانون گذار از به کار بردن واژه ناموس در مواد قانونی کیفری و مدنی و غیر آن، بدون تعیین دقیق مصادیق آن است؛ چراکه از یک سو، این واژه عربی دارای اشتراک لفظی بوده و طبق موازین ادبی و اصول فقهی، استعمال مشترک لفظی، بدون قرینه معین، نادرست است و عبارت را دچار اجمال می نماید. به دیگر سخن، اشتراک لفظی منشأ اجمال در تعبیر شده و بدیهی است که مراد قانونگذار با لفظ

مجمّل، قابل فهم و تفسیر نخواهد شد. از سوی دیگر، در زبان فارسی، واژه ناموس، کاربرد مجزایی پیدا کرده و برای آن، معانی متعدد و در عین حال، غیرقابل جمع، مطرح گردیده است و طبیعی است که این امر، مقصود گوینده از لفظ را مبهم سازد.

۲ - پیشنهاد دوم تحقیق حاضر، تصویب قانون ماده واحده تعریف ناموس در قوانین کیفری و مدنی، توسط قانونگذار ایران می باشد تا ابهام و اجمال موجود در مفهوم آن برطرف گردد.

## منابع و مأخذ:

### الف) کتب

قران کریم.

- ابن اثیر جوزی، مبارک بن محمد؛ النهاية فی غریب الحدیث و الاثر؛ قم: اسماعیلیان، بی تا.
- ابن شهر آشوب مازندرانی، محمد بن علی؛ مناقب آل ابی طالب؛ قم: علامه، ۱۳۷۹ ق.
- ابن طاووس حلی، رضی الدین؛ رسالة الموسعة والمضایقة؛ قم: دلیل ما، ۱۴۲۹ ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس بن زکریا؛ معجم مقاییس اللغة؛ قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم؛ لسان العرب؛ بیروت: دارصادر، ۱۴۱۴ ق.
- اردبیلی، محمد علی؛ حقوق جزای عمومی؛ تهران: میزان، ۱۳۸۹ ش.
- اسماعیل بن عباد، صاحب بن عباد؛ المحيط فی اللغة؛ بیروت: عالم الکتب، ۱۴۱۴ ق.
- امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی؛ تهران: انتشارات اسلامی، بی تا.
- بحرانی، سید هاشم؛ مدینه معاجز الائمة الاثنی عشر؛ قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
- پاینده، ابوالقاسم؛ نهج الفصاحه؛ تهران: دنیاى دانش ۱۳۸۲ ش.
- جناتی شاهرودی، محمد ابراهیم؛ منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی؛ بی جا: بی تا، ۱۳۶۷ ش.
- جوهری، إسماعیل بن حماد؛ تاج اللغة و صحاح العربیة؛ بیروت: دار العلم، ۱۴۱۰ ق.
- حائری مشهدی، محمد بن جعفر؛ المزار الکبیر؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن؛ هداية الامة الى احکام الائمة؛ مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۲ ق.
- حسینی تهرانی، سید محمد حسین؛ ولاية الفقیه فی حکومت الاسلام؛ بیروت: دار الحجة البيضاء،

۱۴۱۸ ق.

- حلی، حسن بن یوسف؛ قواعد الاحکام؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- حمیری، نشوان بن سعید؛ شمس العلوم؛ بیروت: دارالفکر، ۱۴۲۰ ق.
- خمینی، سید روح الله؛ نجات العباد؛ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ ق.
- دزفولی، مرتضی بن محمد؛ کتاب المکاسب (محمشی کلانتر)؛ قم: دارالکتاب، ۱۴۱۰ ق.
- دهخدا، علی اکبر؛ لغت نامه دهخدا؛ تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۲ ش.
- رضی، محمد بن حسین؛ المجازات النبویة؛ قم: دارالحديث، ۱۳۸۰ ش.
- زمخشري، محمود بن عمر؛ اساس البلاغة؛ بیروت: دار صادر، ۱۹۷۹ م.
- زمخشري، محمود بن عمر؛ الفائق فی غریب الاثر؛ بیروت: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۱۷ ق.
- طریحی، فخرالدین بن محمد؛ مجمع البحرین؛ تهران: کتاب فروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ ق.
- طوسی، محمد بن الحسن؛ تهذیب الاحکام؛ تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
- عاملی استرآبادی، محمد امین؛ الفوائد المدنیة؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۶ ق.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی؛ الدروس الشرعیة؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین؛ مسالک الأفهام؛ قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد؛ جامع المسائل؛ قم: امیر قلم، بی تا.
- فاضل هندی اصفهانی، محمد حسن؛ کشف اللثام؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد؛ کتاب العین؛ قم: هجرت، ۱۴۱۰ ق.
- فیاض کابلی، محمد اسماعیل؛ مناسک حج؛ قم: دفتر آیه الله فیاض کابلی، ۱۴۲۳ ق.
- فیومی، احمد بن محمد؛ المصباح المنیر؛ قم: دارالرضی، بی تا.
- کلینی، محمد بن یعقوب؛ الکافی؛ تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
- گلدوزیان، ایرج؛ حقوق جزای عمومی ایران؛ تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴ ش.
- مجلسی، محمد باقر؛ مرآة العقول؛ قم: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ ق.
- مجلسی، محمد باقر؛ ملاذ الاخیار؛ قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
- مرتضوی لنگرودی، سید محمد حسن؛ توضیح المناسک؛ قم: دفتر آیه الله مرتضوی لنگرودی، ۱۴۲۳ ق.
- مرعشی شوشتری، سید محمد حسن؛ دیدگاه های نو در حقوق؛ تهران: نشر میزان، ۱۴۲۷ ق.
- مطهری، مرتضی، مجموعه آثار (فقه و حقوق)، قم: صدرا، بی تا.
- منتظری، حسینعلی؛ کتاب الحدود؛ قم: دارالفکر، بی تا.

منتظری، حسینعلی؛ مبانی فقهی حکومت اسلامی؛ قم: مؤسسه کیهان، ۱۴۰۹ ق.  
میرمحمد صادقی، حسین؛ جرایم علیه اشخاص؛ تهران: میزان، ۱۳۸۹ ش.  
نجفی، محمدحسن؛ جواهرالکلام؛ بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.  
نوربها، رضا؛ زمینه حقوق جزای عمومی؛ تهران: گنج دانش، ۱۳۸۴ ش.  
هاشمی شاهرودی، سید محمود؛ بایسته‌های فقه جزا؛ تهران: دادگستر، ۱۴۱۹ ق.  
هاشمی شاهرودی، سید محمود (جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی)؛ فرهنگ فقه اسلامی مطابق مذهب اهل بیت (ع)؛ قم: مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی مطابق مذهب اهل بیت (ع)، ۱۴۲۶ ق.

### ب) مقالات

قانع‌راد، صدیقه؛ «بررسی فقهی حکم قتل در مقام دفاع از ناموس یا ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی»؛ فقه و تاریخ تمدن، شماره ۲۱، سال ششم، ۱۳۸۸ ش.

### ج) قوانین و مقررات

آیین نامه تعیین و احراز مصادیق عملی شهید، مصوب ۲۴ اردیبهشت ۱۳۹۳ هیأت وزیران.  
قانون مطبوعات؛ مصوب ۱۸ بهمن ۱۲۸۶ مجلس شورای ملی.  
قانون تشکیل ایالات و ولایات و دستورالعمل حکام؛ مصوب ۱۷ آذر ۱۲۸۶ مجلس شورای ملی.  
قانون اصول تشکیلات عدلیه و محاضر شرعیه؛ مصوب ۲۷ تیر ۱۲۹۰ مجلس شورای ملی.  
قانون مجازات عمومی؛ مصوب ۲۳ دی ۱۳۰۴ مجلس شورای ملی.  
قانون ثبت عمومی املاک و مرور زمان؛ مصوب ۲۱ بهمن ۱۳۰۶ مجلس شورای ملی.  
قانون محاکمات نظامی؛ مصوب ۳۰ تیر ۱۳۰۷ مجلس شورای ملی.  
قانون نظامنامه اجرای ماده ۷ قانون محاکم شرع؛ مصوب ۹ آذر ۱۳۱۰ مجلس شورای ملی.  
قانون اصلاح مواد ۲۰۷ الی ۲۱۴ قانون مجازات عمومی؛ مصوب ۲۹ شهریور ۱۳۹۰ (ماده واحده).  
قانون مدنی؛ مصوب ۵ آبان ۱۳۱۴ مجلس شورای ملی.  
قانون دادرسی و کیفر ارتش؛ مصوب ۴ دی ۱۳۱۸ مجلس شورای ملی.  
قانون مطبوعات؛ مصوب ۲۰ مرداد ۱۳۳۱ مجلس شورای ملی.  
قانون تشدید مجازات سارقین مسلح؛ مصوب ۲۵ تیر ۱۳۳۳ (ماده واحده).  
قانون مطبوعات؛ مصوب ۱۳۳۴ مجلس شورای ملی.  
قانون تشدید مجازات رانندگان متخلف؛ مصوب ۶ آذر ۱۳۳۵ مجلس شورای ملی.  
قانون مجازات عمومی، مصوب ۱۱ اردیبهشت ۱۳۵۲ مجلس شورای ملی.

## ■ مفهوم شناسی ناموس در فقه و حقوق اسلامی

- قانون تشدید مجازات ربایندگان اشخاص؛ مصوب ۱۸ اردیبهشت ۱۳۵۳ مجلس شورای ملی.
- قانون اصلاح قسمتی از قانون دادرسی و کیفر ارتش و نسخ بعضی از مواد قانون مجازات عمومی؛ مصوب ۱۸ تیر ۱۳۵۴ مجلس شورای ملی.
- قانون مجازات اسلامی؛ مصوب ۲۱ مهر ۱۳۶۱ کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی.
- قانون مجازات اسلامی؛ مصوب ۱۸ مرداد ۱۳۶۲ کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی.
- قانون خدمت وظیفه عمومی؛ مصوب ۲۹ مهر ۱۳۶۳ مجلس شورای اسلامی.
- قانون مجازات اسلامی؛ مصوب ۸ مرداد ۱۳۷۰ مجلس شورای اسلامی.
- قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران؛ مصوب ۱۷ مرداد ۱۳۷۱ مجلس شورای اسلامی.
- قانون مجازات اسلامی (کتاب پنجم) (تعزیرات و مجازات های بازدارنده)؛ مصوب ۲ خرداد ۱۳۷۵ مجلس شورای اسلامی.
- قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح؛ مصوب ۹ دی ۱۳۸۲ مجلس شورای اسلامی.
- قانون استخدام نیروهای انتظامی جمهوری اسلامی ایران؛ مصوب ۲۰ اسفند ۱۳۸۲ مجلس شورای اسلامی.
- قانون مجازات اسلامی؛ مصوب ۱ اردیبهشت ۱۳۹۲ مجلس شورای اسلامی.
- منشور حقوق و مسئولیت های زنان در نظام جمهوری اسلامی ایران؛ مصوب ۳۱ شهریور ۱۳۸۳ شورای عالی انقلاب فرهنگی.



## Contents

<b>Unity or Duality of the Treasury of Muslims and the Assets of the Imamate Office</b>	
Hossein-Ali Bay & Mahmoud Hekmatni .....	5
<b>The principle of proportionality in Iranian criminal law</b>	
Abbas Mansourabadi & Mohammadjavad Fathi .....	31
<b>The challenge of enforcing the legal norms governing armed conflict in the field of tunnels warfare</b>	
Seyyed Fazlollah Mousavi & Amir Lohrasbi .....	65
<b>Deficiencies of Iran's legal system and international law in preventing international crimes: a case study of Gaza</b>	
Mohammad Saleh Taskhiri .....	95
<b>Determining the amount of compensation in the reconciliation contract</b>	
Seyyed Ali Sedaghat & Gholamali Masouminia .....	129
<b>Codeology of the flow of conditions in contracts based on the principle of the rule of will</b>	
Mohammadali Saeedi, Mahdi Miri & Farzaneh Karami .....	159
<b>The concept of honor in Islamic jurisprudence and law</b>	
Samad Behrouz, Ahmad Mortazi & Hadi Jafari.....	195





IN THE NAME of GOD  
Vol.22 / No.84 / Spring 2025  
A Quarterly Journal

# Islamic Law

**Proprietor:** Ali-Akbar Rashad  
**Managing Director:** Ali-Akbar Rashad  
**Editor-in-Chief:** Mahmoud Hekmatnia  
**Editorial Board Members:**

**Najadali Almasi;** Professor, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. / **Alireza Barikloo;** Professor, Department of Private Law, Farabi Faculty, University of Tehran, Qom, Iran. / **Ahmad Haji Deh Abadi;** Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Qom, Iran. / **Ali Akbar Rashad;** Professor, Research Institute for Islamic Culture and Thought (IICT), Tehran, Iran. / **Abdolhossein Shirovi;** Professor of Private Law, Qom Campus, University of Tehran, Iran. / **Abolghasem Alidoust;** Professor, Department of Fiqh and Law, Research Institute for Islamic Culture and Thought (IICT), and Professor of Fiqh and Usul, Qom Seminary, Iran. / **Ebrahim Abdipourfard;** Professor, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran. / **Jalil Qanavati;** Associate Professor of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Tehran, Iran. / **Ali Mohammadi Jorkouyeh;** Associate Professor, Department of Fiqh and Law, Research Institute for Islamic Culture and Thought (IICT), Qom, Iran. / **Farajollah Hedayatnia Ganji;** Associate Professor, Department of Fiqh and Law, Research Institute for Islamic Culture and Thought (IICT), Qom, Iran.

## **International Editorial Board Members:**

**Nabil Mahdi Al-Subhawi;** Professor, University of Pennsylvania., **Mohammad Jasim Mohammad Al-Atabi;** Professor, University of Thi-Qar, Iraq.

## **Journal Address:**

**Tehran Office:** No. 2, Pazhooheeshgah St., Ahmad Ghasir St., Shahid Beheshti St., Tehran, Iran

**Phone:** +98 21 88734863 ext. 4

**Qom Office:** Shahid Meisami St., 15 Khordad Blvd., Qom, Iran, **Phone:** +98 25 37603569

**Fax:** +98 25 37602997

**Postal Code:** 15911-15146

**Email:** hoquq@iict.ac.ir

**Website:** <https://hoquq.iict.ac.ir>