

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرست مطالب

- تحلیل مفهوم شرط در عرف خاص فقیهان امامیه / احمد باقری و حسین داورزنی و سید محمود هل اتایی ۳
- تأملی فقهی حقوقی بر ماده ۴۰۱ قانون مدنی / سید محمد مهدی قبولی درافشان و مهدیه لطیف‌زاده ۲۳
- بررسی فقهی حبس داده‌ها در فضای مجازی
- علی‌اکبر ایزدی فرد و عابدین مؤمنی و سید مجتبی حسین نژاد و فاضل امیری سوادرودباری ۴۹
- تأملی بر انگاره فقیهان در باب اشتراط «اتحاد جنس» در تحقق ربای معاملی
- احسان علی‌اکبری بابوکانی و احمد علی قانع و محمد هادی حبیب‌اللهی ۷۷
- بررسی و نقد دلایل حکم بطلان معامله مشروط به عمل حرام (با تکیه به دلیل حرمت اکل مال به باطل)
- سجاد داورپناه مقدم و حسین ناصری مقدم ۱۰۱
- تحلیل انتقادی رویکرد فقیهان به سنت فعلی در استنباط احکام «مطالعه موردی روایت عبدالحمید بن سعید»
- راضیه امینی و حسین صابری و محمد حسن حائری ۱۲۹
- بررسی نظریه مشهور در شهادت بر شهادت / سید جعفر علوی و غلام‌حیدر رضوانی ۱۵۳
- اعمال قواعد سنتی مسئولیت مدنی غیر قراردادی بر مسئولیت شرکت هلدینگ در قبال اقدامات شرکت‌های تابعه
- ابراهیم عبدی‌پور و بشری کریمی ۱۷۹
- امکان سنجی فقهی و حقوقی جبران خسارت ناشی از مالکیت اشیاء خطرناک
- رضا دریایی و مصطفی کربلانی آقازاده ۲۱۳
- پژوهشی در ملاک تأثیر جهت نامشروع: تصریح یا احراز؟! (واکاوی مبانی فقهی ماده ۲۱۷ قانون مدنی)
- امین سلیمان کلوانق و محمد علی راغبی و احمد مرتاضی ۲۳۷
- پژوهشی در تأثیر تنگدستی دائن بر مسئله مستثنیات دین / موسی حکیمی صدر و فاطمه رجایی ۲۶۵
- کاوشی در نقش سیره عقلا در تعیین دامنه مسئولیت قراردادی با تکیه بر نظر امام خمینی و شهید صدر
- سید محمد حسن موسوی خراسانی ۲۸۷

ترجمه حکایات

- ترجمه عربی (موجز المقالات) / صقر صبح ۳۲۳
- ترجمه انگلیسی (Abstracts) / محمد حسن گلپاری ۳۴۶

راهنمای تدوین مقالات

- مقالات باید علمی - پژوهشی، مستند و دارای نوآوری باشند.
- مقاله ارسالی بین ۶۰۰۰ تا ۹۰۰۰ کلمه حروف چینی شده باشد.
- تیترهای اصلی با شماره‌های ۱، ۲، ۳ و ... و زیرمجموعه آن‌ها با ۱-۱، ۲-۱، ...، ۱-۲، ۲-۲ و ... مشخص شود.
- چکیده مقاله که آئینه تمام‌نما و فشرده بحث است، به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی، حداکثر در ده سطر ضمیمه باشد و واژگان کلیدی مقاله (سه تا هفت واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.
- ارجاعات در متن مقاله بین پراکنش به صورت (نام خانوادگی، سال انتشار: شماره صفحه یا شماره جلد/صفحه) نوشته شود.
- اگر ارجاع بعدی بلافاصله به همان مأخذ باشد از (همان یا همان: شماره جلد/صفحه) و اگر به مأخذ دیگری از همان نویسنده باشد (همو، سال انتشار: صفحه) استفاده شود.
- منابع لاتین، به صورت لاتین و از سمت چپ در بین پراکنش (صفحه/جلد: سال انتشار، نام خانوادگی) و در ارجاع بعدی اگر بلافاصله باشد (Ibid.) نوشته شود.
- ترتیب منابع:
- کتاب: نام خانوادگی، نام (نویسنده / نویسندگان)، نام کتاب، نام مترجم، محقق یا مصحح، نوبت چاپ (در صورتی که چاپ نخست باشد نیاز نیست)، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار.
- مقاله: نام خانوادگی، نام (نویسنده / نویسندگان)، «عنوان مقاله داخل گیومه»، نام نشریه، دوره / سال، شماره جلد، تاریخ انتشار.
- نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید شود و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد.
- مجله در ویرایش مقالات آزاد است.
- ارسال و دریافت مقالات صرفاً از طریق سامانه مدیریت نشریات به نشانی <www.razavi.ac.ir> انجام می‌گیرد.
- ارتباط با مدیریت مجله از طریق رایانامه <razaviunmag@gmail.com> امکان‌پذیر است.
- اصول اخلاقی مجله**
- فهرست نام نویسندگان نشان‌دهنده همکاری آن‌ها در تدوین مقاله است و لذا تعیین نام مسئول مقاله و نیز رعایت عدم وجود اسامی غیر مرتبط ضروری است.
- نویسنده مسئول فردی است که در تهیه، آماده‌سازی و ... مقاله، سهم عمده را بر عهده دارد و نیز مسئولیت هر گونه ایراد قانونی و رعایت ضوابط بر عهده وی می‌باشد.
- حقوق نویسندگان و داوران**
- اطلاعات شخصی نویسندگان برای عوامل اجرایی و اعضای تحریریه مجله محرمانه بوده و از آن محافظت می‌شود.
- داوری مقالات توسط داوران، بدون اطلاع از نام نویسندگان انجام می‌گردد.
- نام داوران مقاله، محفوظ است و به هیچ عنوان در اختیار نویسندگان قرار داده نمی‌شود.
- قانون کپی‌رایت**
- مقالات ارسالی نباید کپی‌برداری از آثار چاپ‌شده یا ترجمه آثار باشد و قبلاً در نشریه دیگری چاپ شده یا برای نشریه دیگری به طور همزمان ارسال شده باشد.
- در صورت تخلف نویسندگان، مطابق با ماده ۳ از فصل دوم قانون حمایت از حقوق پدیدآورنده (تأییدشده در وزارت علوم، تحقیقات و فناوری) رفتار خواهد شد.
- همپوشانی مقالات چاپ‌شده نویسنده یا نویسندگان تا ۱۰ درصد قابل قبول است و بیشتر از آن شامل قانون کپی‌رایت می‌گردد.

تحلیل مفهوم شرط در عرف خاص فقیهان امامیه*

- احمد باقری^۱
- حسین داورزنی^۲
- سید محمود هل اتایی^۳

چکیده

در روایات هرگز به ماهیت مفهومی واژه شرط پرداخته نشده است. مفهوم شرط از دید عرفی و بر اساس شواهد لغوی موجود، عبارت از دو چیز است: اول: جعل و قراری که در ضمن معامله می‌باشد؛ دوم: چیزی که چیز دیگری بر آن معلق می‌شود و از آنجایی که در بین مفهوم اول و دوم، قدر جامعی وجود ندارد و در بین فقیهان امامیه نیز اصطلاح خاص و متمایزی از عرف گزارش نشده است، باید دید کدام مفهوم عرفی در حوزه مباحث فقهی و به ویژه معاملات مورد توجه قرار دارد؟ به طور کلی در این زمینه سه رویکرد وجود دارد

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۹/۱۷ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۴/۱۲.

۱. استاد دانشگاه تهران (bagheri@ut.ac.ir).

۲. دانشیار دانشگاه تهران (hosein.d.davarzani@gmail.com).

۳. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) (smhalataee21@gmail.com).

که بر اساس هر یک، مفهوم محوری مباحث شرط عبارت است از: اول: مفهوم الزام و التزام؛ دوم: مفهوم تعلیق؛ سوم: مفهوم ربط. بر اساس یافته‌های این پژوهش که از بررسی و مطالعه ده‌ها اثر فقهی به دست آمده، مفهومی که از گذشته با استناد به قرائن قطعی، اساس مباحث فقهی قرار داشته، عبارت است از: «الزام و التزام در بیع و مثل آن» و بر پایه این ارتکاز، عنوان شرط هرگز بر شرط خارج عقد صدق نمی‌کند.

واژگان کلیدی: شرط، مفهوم شرط، عرف، عرف خاص فقیهان.

۱. طرح مسئله

موضوع شرط یکی از مهم‌ترین مباحث فقهی است که آثار آن در حوزه مسائل اجتماعی بسیار چشمگیر است و با توجه به اینکه شارع مقدس در مورد واژه شرط، مفهومی تازه و نو ارائه نکرده و در روایات بدون اینکه ماهیت شرط بیان شود، به احکام آن پرداخته شده است، شناخت مفهوم لغوی و عرفی آن از اهمیت به‌سزایی برخوردار است؛ زیرا در این موارد شناخت موضوع به فهم عرفی موکول می‌شود.

۱-۱. مفهوم شرط در لغت

واژه شرط از جهت مفهوم لغوی، دارای معانی مختلفی است:

۱. مفهوم معروفی که در بیع ثابت است (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۲۳۴/۶).
۲. علامت (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۲۶۰/۳-۲۶۱).
۳. الزام نمودن و ملتزم شدن به چیزی در بیع و مثل آن (ابن سیده المرسی، ۱۴۲۱: ۱۳/۸؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۲۹/۷).
۴. ایجاد زخم توسط حجّام؛ گاهی شرط مصدر و به مفهوم زخمی است که حجّام روی بدن ایجاد می‌کند (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۲۶۰/۳).
۵. قسمت وضع سرمایه؛ گاهی شرط اسم جامد و به مفهوم بخشش دون و وضع مال است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۳۱/۷).
۶. رذل و شریف (همان).
۷. ابتدای شیء (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۲۳۵/۶).

۱-۱-۱. مفهوم بنیادی لفظ شرط

به رغم تعدد و کثرتی که در مفهوم لغوی شرط وجود دارد، گاهی تلاش می‌شود یک مفهوم به عنوان اصل و اساس برای سایر موارد استعمال بیان شود.

ابن فارس ادیب به نام قرن چهارم هجری، معتقد است که سه حرف «ش، ر، ط» ماده و اصلی است که دلالت بر نشانه و چیزی نزدیک به این مفهوم دارد. او تلاش نموده سایر موارد استعمال این واژه را به این مفهوم بازگرداند (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۲۶۰/۳-۲۶۱).

شاید مفهوم اصلی شرط عبارت از چیزی باشد که وجود شیء توقف بر آن دارد و البته این اطلاق نیز از این بابت است که تحقق شرط، علامت تحقق آن چیز است (طباطبایی، ۱۳۹۰: ۲۳۶/۱۸).

برخی نیز معتقدند مفهوم اصیل و واحدی که برای شرط ثابت است، الزام و التزام به چیزی برای چیز دیگر است، به طوری که وجود شیء دیگر بر آن چیز توقف دارد و این توقف یا جلوه ذاتی و واقعی دارد و یا اینکه از بابت تعهد و التزام ناشی می‌شود (مصطفوی، ۱۳۸۵: ۳۹/۶).

به نظر می‌رسد مفهوم اصلی واژه شرط عبارت از یکی از دو معنای ذیل است:

اول: نشانه، علامت (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۲۶۰/۳-۲۶۱؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۴۵۰).

دوم: الزام و التزام به چیزی (ابن سیده المرسی، ۱۴۲۱: ۱۳/۸؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۲۹/۷) برای چیز دیگر به طوری که وجود شیء دیگر بر آن چیز توقف داشته باشد (مصطفوی، ۱۳۸۵: ۳۹/۶).

طبق هر دو مفهوم، عنصر لازم برای صدق عنوان شرط، مفهوم ربطی است که شرط با غیر خود دارد.

۲-۱. مفهوم شرط در عرف

در گذشته و تا زمان شهید اول، هرگز مفهوم شرط از حیث عرفی مورد مطالعه قرار نگرفت. ولی به تدریج و با ورود شهید اول به این بحث، مباحثی پیرامون مفهوم واژه شرط طرح و بحث گردید.

در این دوران هر یک از فقیهان تلاش نمودند تا مفهوم عرفی شرط را به طور مشخص بیان نمایند. مفاهیمی که از سوی فقیهان و از دوران حیات علمی شهید اول و پس از آن برای لفظ شرط بیان شده و همواره تصور می‌شده که لفظ شرط برای افاده آن وضع گردیده، به قرار زیر است:

۱-۲-۱. مفهوم اول: چیزی که مؤثر در اثرگذاری خود توقف بر آن دارد

از نظر شهید اول، مفهوم عرفی شرط عبارت است از چیزی که مؤثر در اثرگذاری خود توقف بر آن دارد و خاصیت آن این است که اگر شرط معدوم باشد، تأثیر مؤثر منتفی می‌شود، ولی هرگز از وجود شرط، وجود مؤثر لازم نمی‌آید (عاملی، بی‌تا: ۶۴/۱).

۲-۲-۱. مفهوم دوم: چیزی که وجود مشروط توقف بر آن دارد

مطابق این مفهوم، با انتفای شرط مشروط منتفی می‌شود و فرقی نمی‌کند که همانند سبب و مقتضی، از وجود آن وجود مشروط هم لازم آید یا نیاید (میرزای قمی، ۱۴۲۷: ۹۱۰/۲ و ۹۴۳).

۳-۲-۱. مفهوم سوم: چیزی که مورد الزام و التزام قرار می‌گیرد

از نظر میرزای قمی لفظ شرط دارای مفهوم عامی است که هر چیزی را که انسان بدان ملتزم می‌شود، مانند وعده، عهد، نذر و... در بر می‌گیرد و یکی از مصادیق آن الزام و التزامی است که در ضمن عقد واقع می‌شود؛ خواه لزوم و استمرار عقد نیز معلق بر آن باشد یا نباشد (همان: ۹۴۴-۹۴۵/۲).

۴-۲-۱. مفهوم چهارم: جعل، تقریر، اثبات

از نظر محقق یزدی (م. ۱۳۳۷ ق.) مفهوم شرط عبارت است از جعل خاص؛ یعنی جعلی که الزام و التزام را در پی دارد و موجب تنگنا بر مشروط‌علیه می‌شود. حاصل اینکه جعل به دو صورت می‌باشد: گاهی از باب الزام و التزام، و گاهی از باب تقیید است، و شرط مطابق نحوه اول جعل با حروف «لام» و «علی» متعدی می‌گردد و مطابق نحوه دوم با حرف «فی» متعدی می‌شود؛ یعنی گفته می‌شود: «بیشتر کذا فی کذا» یا «الشیء الفلانی شرط فی کذا» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۰۶/۲).

۵-۲-۱. مفهوم پنجم: تقید

برخی معتقدند که مفهوم عرفی شرط عبارت است از تقید داشتن یک چیز به چیز دیگر، به طوری که این تقید یا صورت واقعی دارد و یا به نحو اعتباری است. تقید واقعی مانند تقیدی است که معلول به علت خود دارد؛ زیرا وجود مشروط منوط به وجود تک تک اجزای علت خود است و نیز منوط به وجود مجموع اجزای علت است. بنابراین وجود علت، شرط وجود معلول است. تقید اعتباری نیز در مثل شرط ضمن عقد تجلی می‌یابد؛ چه آنکه عاقد بیع خود را به امر کذا مربوط می‌سازد که نام آن را شرط می‌گذارند (ایروانی نجفی، ۱۴۰۶: ۶۱/۲).

۶-۲-۱. مفهوم ششم: لزوم

برخی معتقدند که مفهوم شرط عبارت از لزوم است. از نظر این گروه، لزوم به سه صورت تصویر می‌شود:

صورت اول: لزومی که به استناد شرع و در ضمن معاملات جعل می‌شود؛ به صورتی که عمل یا نتیجه آن به معامله ربط پیدا کرده و برای آن لازم فرض می‌شوند.

صورت دوم: لزومی که به استناد شرع و در ضمن غیر معاملات جعل می‌شود؛ مثل لزومی که میان نماز و طهارت جعل شده و در اثر آن، نماز به طهارت تقید پیدا کرده است؛ به طوری که وجود نماز از طهارت غیر منفک است.

صورت سوم: لزومی که بدون استناد به جعل تشریحی و بلکه بدون هیچ جعلی ثابت است؛ مثل وضع و محاذات که برای تحقق احراق آتش لازم می‌باشند و در این فرض آن چیزی که جعل می‌شود، فقط ملزوم یا لازم است که جعل آن به صورت تکوینی است (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۰۳/۵).

۷-۲-۱. دیدگاه منتخب در مفهوم عرفی شرط

مفهوم عرفی شرط بر اساس شواهد لغوی و ادله دیگری که در مجال مناسب خود می‌تواند مورد بررسی قرار گیرد، عبارت از دو چیز است:

اول: جعل و قراری که در ضمن معامله می‌باشد؛ خواه این قرار از جنس الزام باشد و خواه اینکه خود از جنس الزام نباشد، ولی الزام را به همراه داشته باشد و یا اینکه الزام

از احکام آن باشد.

دوم: چیزی که چیز دیگری بر آن معلق می‌شود و این تعلیق ممکن است تشریحی و جعلی باشد و نیز ممکن است جنبه تکوینی و خارجی داشته باشد. مطابق این مفهوم، به شروطی که از جنس تعلیق می‌باشند و نیز به چیزی که شیء دیگری در وجود خود بر آن توقف دارد و از عدم آن، عدم شیء دیگر لازم می‌آید، لفظ شرط اطلاق می‌شود. روشن است که در بین مفهوم اول و دوم قدر جامعی وجود ندارد؛ زیرا در الزام و التزامی که در ضمن معامله است، وجود معامله معلق بر الزام و التزام نیست و در نتیجه در یک خطاب نمی‌توان لفظ شرط را بر هر دو مفهوم حمل نمود؛ زیرا چنان که مشهور گفته‌اند، استعمال لفظ واحد در بیش از یک معنا امکان ندارد و ناگزیر باید یک معنا اراده شود.

اکنون این پرسش مطرح است که با توجه به اینکه لفظ شرط نزد فقیهان اصطلاح خاصی ندارد، باید دید مباحث شرط بر اساس کدام مفهوم عرفی مورد بحث و بررسی قرار گرفته است؟

در اینکه کدام مفهوم مورد نظر فقیهان است، تردید و مجال برای بحث وجود دارد و در این زمینه به طور کلی چندین رویکرد اتخاذ شده است:

۲. رویکرد اول: مفهوم الزام و التزام مدار مباحث فقهی است

مقصود از شرط، شرطی است که در عقود مرسوم است و زاید بر ثمن و مثنی بوده و به طور التزامی ایراد می‌شود، نه تعلیقی (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۸/۲۳؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۷۵/۴؛ محقق عراقی، ۱۴۲۱: ۵۴۹).

ادله‌ای که گفته می‌شود بر اساس آن این مفهوم اراده شده است، عبارت‌اند از:

۲-۱. دلیل اول: استناد فقیهان به حدیث شریف «المؤمنون عند شروطهم»

فقیهان امامیه در تمام موارد مسئله اشتراط، به مثل روایت «المؤمنون عند شروطهم» استناد نموده‌اند و مقصود از شرط در «شروطهم» الزام و التزام است (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۳۳) و اگر در کنار اراده این معنا، مفهوم عرفی دیگر هم اراده شود، لازم می‌آید که لفظ

واحد در زمان واحد، در بیش از یک مفهوم استعمال شود که طبیعتاً نمی‌توان بدین امر ملتزم شد (میرزای قمی، ۱۴۲۷: ۹۱۰/۲).

گذشته از این، امکان اینکه لفظ شرط بر مفهوم عرفی دیگر یعنی تعلیق حمل شود، وجود ندارد؛ زیرا در روایات در فرض انتفای شرط، حکم به بقای عقد شده است و همچنین اراده این مفهوم نیازمند تقدیر مشروط است که خلاف اصل می‌باشد (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۳۴ و ۱۴۱).

۱-۱-۲. نقد و بررسی

الف) فقیهان امامیه در تمام مسائل مربوط به اشتراط به مثل حدیث نبوی استناد نکرده و فقط در بحث نفوذ و عدم نفوذ شرط (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۹/۳ و ۳۱) و احیاناً در بحث لزوم وفای به شرط به آن استناد کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۵۰/۱۰؛ عاملی کرکی، ۱۴۰۹: ۱۸۶/۱؛ محدث بحرانی، ۱۴۰۵: ۶۹/۱۹).

در سایر مباحث به ادله دیگری مانند تحلیل رابطه شرط و عقد، نسبت آن با سایر اجزای عقد، و روایات مختلفی که سیاق متفاوتی از حدیث نبوی دارند، استناد کرده‌اند.

ب) ایشان در بررسی‌های فقهی هرگز مفهوم و ماهیت لفظ شرط را مورد استناد قرار نداده‌اند، بلکه همواره بر سیاق و ظهور کلی روایت و مفاد فقراتی از آن مانند «... إلا من عصى الله» که در برخی از نسخ ذکر شده است، متمرکز شده‌اند.

ج) چیزی که به عنوان مفهوم عرفی برای لفظ شرط ثابت است، عبارت از چیزی است که وجود چیز دیگر متوقف بر آن است و انتفای شیء معلق (مشروط) در فرض عدم شرط، جزء لوازم این مفهوم محسوب می‌شود و در این صورت دیگر مجالی برای طرح موضوع تقدیر و عدم تقدیر لفظ نیست.

۲-۲. دلیل دوم: صدور احکام فقهی از جنس الزام

فقیهان در احکام فقهی گفته‌اند که مشروط‌علیه مکلف است بر اساس شرط عمل کند (طوسی، ۱۴۰۰: ۴۰۲؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۲۶/۲؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۲۴۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۳۵۹/۱؛ عاملی، بی‌تا: ۲۶۰-۲۵۸/۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۶۹/۸) و نسبت به این حکم، از جانب ابن زهره و ابن ادریس ادعای اجماع نیز شده است و در صورتی که

مشروط‌علیه از انجام شرط خودداری کند و اجبار او نیز میسر نباشد، مشروط‌له باید به منظور اجبار مشروط‌علیه، موضوع را نزد حاکم طرح نماید تا او اقدام لازم را در این خصوص انجام دهد (عاملی کرکی، ۱۴۰۹: ۱۸۶/۱؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۷۴/۳؛ محدث بحرانی، ۱۴۰۵: ۶۹/۱۹).

بدیهی است که این رویه با مفهوم الزام و التزام در عقود سازگاری دارد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۷۳/۲).

۲-۲. نقد و بررسی

الف) لزوم وفای به شرط به مفهوم ایجاب و اجبار، مورد اتفاق فقیهان قرار ندارد؛ به طوری که هیچ فقیهی تا زمان شیخ طوسی از الزام سخنی نگفته و شیخ طوسی نخستین کسی است که لزوم وفای به شرط را مطرح نموده است (طوسی، ۱۴۰۰: ۴۰۲).

ب) گروه کثیری از فقیهان وفای به شرط را واجب نمی‌دانند، در حدی که مشروط‌علیه مجبور به انجام شرط باشد؛ بلکه از نظر آنان، که تعدادشان به مرز شهرت هم می‌رسد (عاملی کرکی، ۱۴۰۹: ۱۸۶/۱)، تنها فایده شرط، ثبوت خیار است و در حقیقت وجود شرط، بیع را در معرض زوال قرار می‌دهد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۳۱/۲؛ عاملی، ۱۴۱۰: ۱۲۰).

ج) به نظر می‌رسد مقصود اغلب موافقان از الزام در وفای به شرط، به مفهوم وجوب نیست؛ بلکه مقصود لزومی است که در صورت تخلف مشروط‌علیه از شرط، برای مشروط‌له خیار فسخ ایجاد می‌شود (عاملی، ۱۴۱۷: ۲۱۴/۳).

بنابراین الزام و جواز اجبار مشروط‌علیه مورد تأمل است (همان) و برخی پا را فراتر گذاشته و گفته‌اند التزام به اینکه حدیث «المؤمنون عند شروطهم» ظهور در وجوب وفا به هر شرط و عقدی دارد، موجب تخریب فقه و بلکه به طور بدیهی باعث تخریب شریعت می‌شود (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷: ۲۴۱).

د) موافقان لزوم وفا هرگز در فتوای خود به مفهوم عرفی شرط مبنی بر الزام، استناد نکرده‌اند، بلکه اساس فتوای خود را ادله دیگری مانند سیاق کلی روایات، فقراتی از آن، اینکه شرط جزئی از ارکان عقد است، استناد به اینکه شرط جزئی از ایجاب و قبول است، عموم «أوفوا بالعقود» (قطب‌الدین راوندی، ۱۴۰۵: ۵۱/۲) و... قرار داده‌اند.

ه) به نظر می‌رسد نکته فتوای به لزوم، ویژگی موجود در عقدی است که شرط در ضمن آن قرار می‌گیرد و آن ویژگی عبارت است از الزامی که در وفای به عقد لازم وجود دارد. بدین جهت مسئله لزوم وفای به شرط شاید عموماً از سوی فقیهان، مقید به عقد لازم نشده باشد، ولی به طور کلی این حکم در خصوص شرط ضمن عقد لازم مانند بیع، رهن و... مطرح شده است و برخی حتی به این خصوصیت تصریح کرده و گفته‌اند که موضوع حکم، مقید است (عاملی کرکی، ۱۴۰۹: ۱۸۶/۱ و ۲۷۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۲/۲۳).

برخی فراتر رفته و حتی در بین عقود لازم هم تفصیل قائل شده و گفته‌اند که بودن در عقد لازم به تنهایی برای الزام به شرط کافی نیست، بلکه لازم است شرط به مثابه جزئی از ایجاب و قبول تلقی شود (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۵۰۷/۳-۵۰۸).

و) برخی از فقیهان معتقدند مشروطه به مجردی که مشروط‌علیه از انجام شرط امتناع می‌ورزد، همزمان با اختیاری که در الزام مشروط‌علیه و مطالبه شرط یا عوض آن از او دارد، این اختیار را نیز دارد که از عقد صرف نظر کرده و آن را فسخ نماید (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۵۲/۱۰ و ۲۵۶).

۳. رویکرد دوم: مفهوم تعلیق، مدار مباحث فقهی است

گفته می‌شود از ظاهر کلام بیشتر فقیهان برمی‌آید که مفهوم محوری در مباحث شرط، چیزی است که عدم آن موجب عدم شیء دیگر می‌شود (میرزای قمی، ۱۴۲۷: ۹۱۰/۲).

شواهد و ادله‌ای که می‌توانند این رویکرد را تأیید کنند، عبارت‌اند از:

۳-۱. دلیل اول: شهرت بیشتر این مفهوم در محاورات

گفته می‌شود این مفهوم از شهرت بیشتری برخوردار است و در مقایسه با معانی دیگر، بیشتر مورد استعمال قرار می‌گیرد (نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۰۷).

۳-۱-۱. نقد و بررسی

شهرت یک مفهوم در محاورات عرف عام کافی نیست در اینکه این مفهوم در عرف فقیهان هم مورد توجه قرار گیرد.

۲-۳. دلیل دوم: استناد فقیهان به حدیث شریف «المؤمنون عند شروطهم»

گفته می‌شود که استناد فقیهان به روایت «المؤمنون عند شروطهم» در تمام موارد مسئله اشتراط ایجاب می‌کند که لفظ شرط بر مفهوم تعلیق حمل شود (همان).

۱-۲-۳. نقد و بررسی

استناد به حدیث مزبور هرگز به مفهوم اراده معنای تعلیق نیست؛ زیرا در فضای متنی حدیث، زمینه برای اراده هر دو مفهوم یعنی الزام و تعلیق به طور برابر وجود دارد، بلکه شاید تناسب بیشتری هم با مفهوم الزام داشته باشد.

۲-۲-۳. دلیل سوم: مشروعیت خیار فسخ در فرض تخلف شرط

طبق نظر مشهور اگر شرط به شرط‌گذار تسلیم نشود، او مخیر است عقد را که در حکم مشروط است، فسخ یا امضا نماید و فرقی نمی‌کند که این تخییر در عقد شرط شده باشد یا نشده باشد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۳۱/۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۳۵۵/۲؛ عاملی، ۱۴۱۷: ۲۱۴/۳؛ عاملی کرکی، ۱۴۰۹: ۲۷۵/۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۷۳/۸).

بنابراین شرط مقوله‌ای است که عقد با انتقای آن منتفی می‌گردد و بدیهی است که این حکم با اراده مفهوم تعلیق سازگاری دارد؛ زیرا طبق این فرض، عقد معلق بر شرط شده و بدین جهت است که در اثبات خیار اشتراط، به مقتضای شرط استدلال شده است (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۲۸ و ۱۳۸).

۱-۲-۳. نقد و بررسی

الف) در مقام اثبات و بر اساس نظر مشهور، فسخ عقد در صورتی میسر است که مشروط‌علیه از انجام شرط تخلف کند و اجبار او متعذر باشد، در نتیجه مشروعیت خیار فسخ در طول جواز اجبار مشروط‌علیه است؛ زیرا گفته می‌شود در فرض تمکن از اجبار، مستند و دلیلی برای مشروعیت خیار وجود ندارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۳/۲۱۷).

ب) در مقام ثبوت هم برخی از فقیهان معتقدند صرف‌نظر از اجماعی که در فرض تخلف شرط و تعذر اجبار وجود دارد و نیز ادله دیگری مانند خبر نفی ضرر (کلینی، ۱۴۲۹: ۴۷۶/۱۰-۴۷۸) و خبر ابوالجارود (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۳/۷)، می‌شود گفت که خیار

فسخ مشروعیت ندارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱۹/۲۳) و گویی مشهور فقیهان، ثبوت خیار فسخ را نوعی حکم تعبدی می‌دانند که ثبوت آن نیازمند دلیل خارجی است.

ج) اگر مقصود از شرط، تعلیق باشد به طوری که در فرض نبود آن، چیزی که بر آن معلق گردیده، معدوم شود، نتیجه آن بطلان عقد است، نه ثبوت خیار اشتراط.

از این رو برخی صراحتاً ربط تعلیقی میان شرط و بیع را منکر شده‌اند (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۱/۵۱۸؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۶۹/۲-۷۱؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۶۷/۸؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۸/۲۳ و ۲۱۳).

بر همین اساس فخرالمحققین که به نظر می‌رسد از دیدگاه او مفهوم شرط عبارت از تعلیق است، در مورد اطلاق عنوان شرط بر شرط ضمن عقد گفته این اطلاق فقط از باب مجاز صحیح است؛ زیرا این نحوه از شروط تبعیت از عقد دارند؛ به طوری که عقد سبب وجود آن‌هاست و معقول نیست که آن‌ها هم شرط عقد باشند؛ زیرا در این صورت دور لازم می‌آید (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۱/۵۱۸).

گاهی در مقام پاسخ گفته می‌شود این نقد زمانی وارد است که شرط، متوجه اصل عقد باشد و طبیعی است که اگر شرط موجب ایجاد تعلیق در عقد شود، به اجماع همه فقیهان سبب فساد عقد می‌شود؛ حتی اگر شرط از شروط صحیح باشد. بنابراین شرط ضمن عقد، قید استمرار عقد است و زمانی که شرط منتفی می‌شود، زمینه برای ادامه یافتن عقد نیز از بین می‌رود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲/۲۷۳).

این بیان هم دارای اشکال است؛ زیرا فرقی نمی‌کند که شرط، شرط اصل عقد باشد یا استمرار و دوام آن؛ زیرا همان طوری که تعلیق اصل عقد مبطل است، تعلیق دوام نیز موجب بطلان می‌شود؛ زیرا قصد دوام در اعتبار عقد مدخلیت دارد.

در نتیجه فرقی نمی‌کند که گفته شود: «إن جاء زید بعثک» و از آن عدم ایقاع بیع در فرض انتفای شرط قصد شود یا گفته شود: «بعثک فی الجملة و دوامه مشروط بمجیء زید»؛ زیرا باید بیع به نحو دائمی و منجز انشاء شود و اگر از ابتدا دوام عقد بر چیزی که حصول آن متزلزل است، معلق شود، عقد باطل است.

گذشته از این اگر شرط، شرط استمرار عقد هم باشد، از انتفای شرط، ارتفاع استمرار لازم می‌آید که باید در این صورت به طور قطعی و معین، حکم به فسخ عقد

شود، نه حکم به ثبوت خیار؛ زیرا خیار فسخ غیر از استمرار است.

گاهی برای گریز از اشکال، معلق، لزوم عقد فرض می‌شود (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۳۹؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۳۶)؛ یعنی زمانی که گفته می‌شود: «... و شرطت کذا»، مقصود: «اِئتی علقّت لزوم العقد علیه» است.

پاسخ این است که لزوم، یک حکم شرعی است و دائرمدار جعل شرعی است و در اختیار متعاقدان قرار ندارد تا آنان بتوانند چیزی را به عنوان شرط برای حکم لزوم قرار دهند.

پاسخ نهایی و مشترکی که می‌توان به تمام این دفاعیه‌ها داد، عبارت از این است که ظهور الفاظ صیغه عقود در مثل: «بعتك بشرط أن تفعل کذا»، این است که شرط به اصل بیع بازمی‌گردد و در آن هرگز ذکری از استمرار، لزوم و خیار نشده است تا اینکه شرط به آن باز گردد.

۴. رویکرد سوم: مفهوم ربط، مدار مباحث فقهی پیرامون شرط است

از نظر برخی فقیهان، مفهوم زیربنایی در مباحث شرط، نوعی ربط و وابستگی است. گاهی در مقام استدلال برای این ادعا گفته می‌شود استناد به مفاد شرط در اثبات مشروعیت خیار اشتراط، از بابت این نکته است که شرط عبارت از ربط است و صیغه ایجاب بر موضوع مرکب از عقد و شرط به نحو مرتبط واقع شده است و بدیهی است زمانی که یک جزء از موضوع منتفی شود، مشروطه متحمل ضرر می‌شود. از این رو برای تدارک خسارت وارده، او را مجاز نموده‌اند که در صورت تمایل، عقد را فسخ یا بدان رضایت دهد (مامقانی، ۱۳۵۰: ۱۵۹).

برای مثال زمانی که گفته می‌شود: «بعتك و شرطت عليك کذا»، مقصود این است که: «بیع را انشاء نمودم و آن را در انشای خود به امر کذا مرتبط نمودم»؛ یعنی خواستار تحقق بیع و امر کذا به نحو مرتبط می‌باشم. در نتیجه شرط، جزئی از عوض و معوض محسوب می‌شود.

به دیگر سخن، چگونه اگر گفته شود: «بعتك السیف والفرس»، هدف بایع تملیک هر دو کالا است و غرض او به تمام مرکب از جهت اینکه مرکب است، تعلق گرفته است،

در شرط نیز همین طور است و هدف اصلی شرط‌گذار، ایجاد ارتباط میان شرط و مشروط در قصد و ظرف انشاء است.

۱-۴. نقد و بررسی

الف) افزون بر نقدهای «الف» و «ب» در بخش انتقاد از رویکرد دوم، نقدی که بر این رویکرد وارد است این است که مفهوم ربط شاید از خلال مفاهیم دیگر قابل انتزاع باشد، ولی هرگز به صورت مستقل به عنوان یک مفهوم عرفی برای لفظ شرط مطرح نبوده است.

ب) اگر خيار فسخ در فرض تخلف شرط، از جهت شرعی توجیهی داشته باشد، نکته آن همان طور که در بیان مستدل گذشت، خبر نفی ضرر است، نه اراده مفهوم ربط از شرط، و در ثبوت خيار، اراده مجموع عقد و شرط بدون اینکه بین آنها ربطی در نظر گرفته شود، کافی است؛ همان طور که در عوض چند جزئی و مرکب هم میان اجزاء، در حکم به ثبوت خيار ربطی تصور نمی‌شود.

۵. دیدگاه منتخب

مقصود از شرط در عقود، شاید نیازی به تفسیر جدی نداشته باشد و در بسیاری از معاجم لغوی نیز چنین نظری وجود دارد؛ به طوری که مفهوم آن را به ارتکاز معروفی که در بین عرف وجود دارد، احاله داده‌اند (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۲۳۴/۶؛ ابن درید ازدی، ۱۹۸۷: ۷۲۶/۲؛ جوهری، ۱۴۱۰: ۱۱۳۶/۳).

در هر صورت، مفهوم عرفی شرط ضمن عقد بر اساس اظهار نظر اغلب لغت‌شناسان عبارت است از: «الزام نمودن و ملتزم شدن به چیزی در بیع و مثل آن» (ابن سیده المرسی، ۱۴۲۱: ۱۳/۸) که به طور التزامی ایراد می‌شود، نه تعلیقی.

۶. تفاوت شرط تعلیقی و التزامی

تفاوت میان شرط تعلیقی و التزامی، هم معنوی است و هم لفظی. از جهت معنوی، شرط تعلیقی با جرم ناسازگاری دارد، به طوری که عقد مجزوم را

به عقد مردد مبدل می‌سازد؛ ولی شرط الزامی، جزم و قصد نسبت به عقد را مؤکد می‌سازد.

از حیث لفظی هم تفاوت میان آن‌ها در این است که شرط تعلیقی با حروف شرط و مانند آن بیان می‌شود، ولی شرط الزامی با «علی، علیک، ألزمک، شرطت علیک، اشترطت علیک، ...» بیان می‌شود (نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۲۸).
برای مثال در مقام اشتراط گفته می‌شود: «بعثک هذا المتاع وشرطت علیک صباغة هذا الثوب» و در مقام تعلیق هم گفته می‌شود: «بعثک هذا المتاع إن جاء زید» (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۶۷/۸).

۷. ارتکاز فقیهان قدیم از مفهوم شرط ضمن عقد

به رغم اینکه مفهوم شرط از قرن سوم تا قرن هشتم هجری، از سوی عموم فقیهان مورد تذکر و پردازش قرار نگرفته است و بعد از آن نیز تعداد کثیری همین رویه را پی گرفته و تنها به احکام شرط پرداخته‌اند، قرائن قطعی و آشکاری وجود دارد که نشان می‌دهد در ارتکاز آنان هم، شرط عبارت بوده است از: «الزام و التزام در بیع و مثل آن».

۷-۱. قرائن اراده مفهوم الزام

۷-۱-۱. قرینه اول: اظهار نظر ارباب لغت

ابن سیده (۳۹۸-۴۵۸ ق.)، ابن منظور (۶۳۰-۷۱۱ ق.)، فیروزآبادی (م. ۸۱۷ ق.) و زبیدی (۱۱۴۵-۱۰۲۵ ق.) به صراحت گفته‌اند که شرط عبارت است از: «الزام نمودن و ملتزم شدن به چیزی در بیع و مثل آن» (ابن سیده المرسی، ۱۴۲۱: ۱۳/۸؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۲۹/۷؛ فیروزآبادی، ۱۴۱۵: ۵۵۹/۲؛ حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۳۰۵/۱۰).

به نظر می‌رسد فقیهان امامیه با اتکال به ارتکازی که لغت‌شناسان و عرف از شرط ضمن عقد داشته‌اند، هرگز به تبیین مفهوم عرفی آن نپرداخته‌اند.

۷-۱-۲. قرینه دوم: نوع ادبیات نوشتاری

ادبیات نوشتاری در آثار فقیهان قدیم، نشان از اراده مفهوم الزام از لفظ شرط دارد

بدون اینکه در آن اثری از تعلیق باشد؛ برای مثال شیخ مفید، شیخ طوسی، ابن زهره و ابن ادریس در مقام بیان موضوع احکام شرط، از قالب «اشترط... علی...» (مفید، ۱۴۱۳: ۶۰۸؛ طوسی، ۱۴۰۰: ۴۰۲؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۱۵؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۲۷/۲) استفاده نموده‌اند یا ابوصلاح حلبی از تعبیر «... شرط علیه...» (۱۴۰۳: ۳۵۴) استفاده کرده است.

۲-۷. قرائن لزوم بودن شرط در ضمن عقد

۱-۲-۷. قرینه اول: بیان نهاد شرط در ظرف عقد

فقیهان قدیم، نهاد شرط را فقط در ظرف عقد مورد بررسی قرار داده و ارکان آن یعنی مشروطه (ملزم) و مشروط‌علیه (ملتزم) را در مقام تمثیل با الفاظ بایع و مشتری، راهن و مرتهن و متعاقد بیان نموده‌اند و هرگز از سوی ایشان در حد اشاره هم به شرط خارج از چارچوب عقد پرداخته نشده است؛ برای نمونه شیخ مفید در مقام بیان شرط صحیح گفته است:

«خریدار می‌تواند بر فروشنده، فعلی از افعال آدمی را شرط نماید، اما نمی‌تواند بر او فعلی را که... شرط کند؛ برای مثال او می‌تواند جامه‌ای را خریداری کند مشروط بر اینکه فروشنده آن را برای او کوتاه کند یا... یا کفشی را خریداری نماید همراه با این شرط که آن را از روی الگو بسازد یا آن را بند بیندازد یا پوستی را خریداری کند مشروط بر اینکه از آن برای او کفشی تهیه نماید یا گندم بخرد و بر او شرط کند که آن را آرد کند، اما نمی‌تواند بذری را بخرد و بر فروشنده شرط کند که آن را برای او تبدیل به خوشه کند...» (مفید، ۱۴۱۳: ۶۰۸).

یا شیخ طوسی نیز در این زمینه گفته است:

«... برای مثال، راهن در عقد رهن شرط کند که مرتهن عین مرهونه را در صورت پرداخت دین به او تحویل نماید، یا راهن با اشتراط، به مرتهن اجازه دهد که در صورت حلول دین، عین مرهونه را بفروشد، یا شرط شود که منافع عین مرهونه برای راهن باشد» (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۴۹/۲).

به جهت رعایت اختصار، از ذکر سخنان سایر فقیهان صرف نظر می‌شود که البته

علاقمندان می‌توانند برای پی‌گیری و اذعان به صدق این قرینه، به آثار فقهی ایشان مراجعه نمایند (برای نمونه ر.ک: محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۷/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۳۵۹/۱؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۱: ۴۹۳/۱؛ نراقی، ۱۴۲۵: ۱۵۷؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۶۷/۸).

۲-۲-۷. قرینه دوم: ملاکات صحت شرط

در بین ملاکاتی که برای شرط نافذ و صحیح ذکر می‌شود، ملاک‌هایی وجود دارد که موضوع آن فقط می‌تواند شرط ضمن عقد باشد، از جمله اینکه گفته‌اند شرط باید با مفاد عقد منافاتی نداشته باشد و در مقام طرح این ملاک هرگز نگفته‌اند که این ملاک زمانی مورد توجه قرار می‌گیرد که شرط در ضمن عقد باشد.

این ملاک نخستین بار توسط شیخ طوسی مطرح شده است:

«... شرطی که موافق با مقتضای عقد است... این نحوه از اشتراط جایز است، ... شرطی که برخلاف اقتضای عقد است... این نحوه از اشتراط، فاسد است و اثری ندارد» (طوسی، ۱۳۸۷: ۲/۲۴۴).

در این بخش نیز به جهت رعایت اختصار از ذکر سخن سایر فقیهان صرف نظر می‌شود که البته علاقمندان می‌توانند برای پی‌گیری و اذعان به صدق این قرینه به آثار فقهی ایشان مراجعه نمایند (برای نمونه ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۰/۲۴۵-۲۴۷؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۴/۴۱۶ و ۴/۴۱۶؛ عاملی جبعی، ۱۴۲۲: ۳۵۱؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۱/۴۹۳؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۳/۶۶؛ محدث بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۹/۶۶ و ۶۹؛ نراقی، ۱۴۲۵: ۱۵۹؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۶۸/۸).

ملاک دیگری که از سوی فقیهان قدیم، از ویژگی‌های شرط صحیح دانسته شده و نشان می‌دهد که شرط، فقط در چارچوب عقد قابل نفوذ است، عبارت است از اینکه شرط نباید در ناحیه عوضین جهالتی را پدید آورد. این شرط نخستین بار در قرن هفتم هجری و از سوی محقق حلی مطرح شده است:

«ضابطه شرط صحیح این است که موجب جهالت به مبیع یا ثمن نشود...» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۷/۲).

برای اطلاع از سخن سایر فقیهان که در این زمینه ایراد شده است، می‌توان به آثار

فقهی ایشان مراجعه نمود (برای نمونه ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۳: ۸۹/۲-۹۰ و ۹۳: عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۴/۴۱۵-۴۱۷ و ۴۳۱: عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۳/۵۰۵: محدث بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۹/۶۶: حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۴/۷۲۱: طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۸/۳۶۸).

۳-۲-۷. قرینه سوم: اقسام شرط

در مواردی که تعریف اشیاء از طریق حد و رسم ممکن نیست یا مشکل است، تقسیم راه منطقی است که در بیان مفهوم معرّف می‌تواند مورد اعتماد قرار گیرد. در موارد متعددی اقدام به تقسیم شرط شده است، ولی هرگز در میان اقسامی که برای شرط ذکر شده، اثری از شرط خارج عقد مشاهده نمی‌شود.

شیخ طوسی نخستین بار در فرازی، شرط در بیع را به چهار قسم تقسیم نمود:

«شرط در بیع بر چهار قسم است: قسم اول، شرطی که موافق با مقتضای عقد است... قسم دوم، شرطی که با آن مصلحت متعاقدان تأمین می‌شود، مانند اشتراط اجل،... قسم سوم، شرطی که با آن مصلحت متعاقدان تأمین نمی‌شود، ولی از شروط تغلیبی است، مانند اشتراط عتق... قسم چهارم، شرطی که نه جزء شروط تغلیبی است و نه با آن مصلحت متعاقدان تأمین می‌شود...» (طوسی، ۱۳۸۷: ۲/۱۴۹).

پس از شیخ طوسی، ابن حمزه هم به تقسیم بیع پرداخته که البته ملاک تقسیم او انحای مختلف شرط است که از این جهت می‌تواند شاهد دیگری برای صدق این ادعا باشد که فقیهان متقدم، عنوان شرط را بر شرط در چارچوب عقد منطبق می‌دانستند (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۲۳۹-۲۴۰).

نتیجه‌گیری

یافته‌های این تحقیق عبارت‌اند از:

الف) گرچه مفهوم عرفی شرط ضمن عقد، الزام و التزام در بیع و مثل آن است، ولی نمی‌توان اراده این مفهوم را به استناد فقیهان به حدیث شریف «المؤمنون عند شروطهم» و نیز صدور فتوا به لزوم الزام و اجبار مشروط‌علیه به انجام شرط دانست؛ زیرا ایشان در بررسی‌های فقهی پیرامون روایت، هرگز مفهوم و ماهیت لفظ شرط را مورد

استناد قرار نداده‌اند، بلکه همواره بر سیاق و ظهور کلی روایت و مفاد فقراتی از آن مانند «... إلا من عصى الله» که در برخی از نسخ ذکر شده است، متمرکز شده‌اند.

همچنین موافقان لزوم وفای به شرط، هرگز در فتوای خود به مفهوم عرفی شرط مبنی بر الزام و التزام استناد نکرده‌اند، بلکه اساس فتوای خود را ادله دیگری قرار داده‌اند.

ب) مقصود از شرط ضمن عقد نمی‌تواند تعلیق باشد، به طوری که در فرض نبود شرط، چیزی که بر آن معلق گردیده، معدوم شود؛ زیرا نتیجه آن، بطلان عقد است و احدی از فقها به چنین نتیجه‌ای ملتزم نشده است. از این رو برخی صراحتاً ربط تعلیقی میان شرط و بیع را منکر شده‌اند.

ج) برای توجیه رویکرد تعلیق نمی‌توان شرط را به استمرار و لزوم عقد ارجاع داد؛ زیرا بر پایه ظهور الفاظ صیغه عقود، شرط به اصل بیع بازمی‌گردد و در آن هرگز ذکر از استمرار، لزوم و اختیار نشده است تا اینکه شرط به آن بازگردد.

د) استناد فقیهان به حدیث شریف «المؤمنون عند شروطهم» و نیز صدور فتوا به مشروعیت خیار فسخ در فرض تخلف شرط، هرگز نمی‌توانند مفهوم تعلیق را به عنوان ارتکازی که از واژه شرط در عرف خاص فقیهان وجود دارد، موجه جلوه دهد؛ زیرا همان طوری که لفظ شرط در حدیث مزبور می‌تواند به مفهوم تعلیق باشد، به مفهوم الزام و التزام نیز می‌تواند تفسیر شود و همچنین هرگز در مقام افتاء، به جواز فسخ به مفهوم شرط استناد نشده است.

ه) مفهوم ربط که در رویکرد سوم به عنوان مفهوم عرف خاص فقیهان مطرح شد، شاید در ضمن مفاهیم دیگر قابل اصطیاد باشد، ولی هیچ گاه به عنوان یک مفهوم مستقل و عرفی مطرح نبوده است.

و) مفهوم شرط ضمن عقد در عرف خاص فقیهان، عبارت است از: «الزام و التزام در بیع و مثل آن» و هرگز عنوان شرط، به شرط خارج عقد به نحو حقیقی اطلاق نمی‌شود و این ارتکاز همواره در بین فقیهان قدیم یعنی از قرن سوم تا هشتم هجری ثابت بوده است و برای آن نیز قرائن متعدد و قطعی وجود دارد.

کتاب شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، حاشیة المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، الوسيلة الى نيل الفضيلة، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۴. ابن درید ازدی، ابوبکر محمد بن حسن، جمهرة اللغة، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۹۸۷ م.
۵. ابن زهره حلبی، سید حمزة بن علی حسینی، غنية النزوع الى علمی الاصول والفروع، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۷ ق.
۶. ابن سیده المرسی، ابوالحسن علی بن اسماعیل، المحکم والمحیط الاعظم، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۲۱ ق.
۷. ابن فارس، احمد، معجم مقانیس اللغة، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۸. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۹. ابوصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین، الکافی فی الفقه، تصحیح رضا استادی، اصفهان، کتابخانه امیرالمؤمنین (علیه السلام)، ۱۴۰۳ ق.
۱۰. ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین، حاشیة المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۱۱. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، بیروت، دار العلم، ۱۴۱۰ ق.
۱۲. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامه، قم، اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۳. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۴. حسینی واسطی زبیدی، سیدمحمد مرتضی بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقیق علی شیری، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۱۵. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، مفردات الفاظ القرآن، بیروت، دار العلم، ۱۴۱۲ ق.
۱۶. سیوری حلی (فاضل مقداد)، جمال الدین مقداد بن عبدالله، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۱۷. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمد، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم، آل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۱۸ ق.
۱۸. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، حاشیة المکاسب، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۱۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الخلافة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۲۰. همو، المسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۲۱. همو، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۲۲. همو، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۲۳. عاملی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۴. همو، القواعد و الفوائد، قم، کتابفروشی مفید، بی تا.
۲۵. همو، اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه، بیروت، دار التراث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۲۶. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.

٢٧. همو، حاشية شرائع الاسلام، قم، دفتر تبليغات اسلامي، ١٤٢٢ ق.
٢٨. همو، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلامية، ١٤١٣ ق.
٢٩. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح التواعد، چاپ دوم، قم، آل البيت للطباعة والنشر، ١٤١٤ ق.
٣٠. همو، رسائل المحقق الكرکي، قم، کتابخانه آية الله مرعشي نجفی، ١٤٠٩ ق.
٣١. علامه حلی، حسن بن يوسف بن مطهر اسدي، ارشاد الاذهان الى احكام الايمان، قم، اسلامي، ١٤١٠ ق.
٣٢. همو، تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الاماميه، قم، مؤسسه امام صادق عليه السلام، ١٤٢٠ ق.
٣٣. همو، تذكرة الفقهاء، قم، آل البيت للطباعة والنشر، ١٤١٤ ق.
٣٤. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمد حسين، حاشية كتاب المكاسب، قم، انوار الهدی، ١٤١٨ ق.
٣٥. فخرالمحققين حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن يوسف، ايضاح الفوائد فی شرح مشكلات القواعد، قم، اسماعيليان، ١٣٨٧ ق.
٣٦. فراهیدی، خليل بن احمد، العین، چاپ دوم، قم، هجرت، ١٤١٠ ق.
٣٧. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحيط، بیروت، دار الکتب العلمیه، ١٤١٥ ق.
٣٨. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، مفاتيح الشرائع، قم، کتابخانه آية الله مرعشي نجفی، بی تا.
٣٩. قطب الدين راوندي، ابوالحسن سعيد بن هبة الله، فقه القرآن فی شرح آیات الاحکام، چاپ دوم، قم، کتابخانه آية الله مرعشي نجفی، ١٤٠٥ ق.
٤٠. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، قم، دار الحديث، ١٤٢٩ ق.
٤١. مامقانی، عبدالله بن محمد حسن، نهاية المقال فی تکملة غاية الآمال، قم، مجمع الذخائر الاسلاميه، ١٣٥٠ ق.
٤٢. محدث بحرانی، يوسف بن احمد، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، اسلامي، ١٤٠٥ ق.
٤٣. محقق حلی، نجم الدين جعفر بن حسن هذلي، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم، اسماعيليان، ١٤٠٨ ق.
٤٤. محقق سبزواری، محمداقبر بن محمدمؤمن، كفاية الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤٢٣ ق.
٤٥. محقق عراقی، علی، حاشية المكاسب، قم، غفور، ١٤٢١ ق.
٤٦. مصطفوی، حسن، التحقيق فی كلمات القرآن الكريم، تهران، مركز الكتاب للترجمة و النشر، ١٤٠٢ ق.
٤٧. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، المقنعه، قم، کنگره جهاني هزاره شيخ مفید، ١٤١٣ ق.
٤٨. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، رسائل الميرزا القمي، قم، دفتر تبليغات اسلامي، ١٤٢٧ ق.
٤٩. نجفی کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، انوار الفقاهة (کتاب البيع)، نجف اشرف، مؤسسة کاشف الغطاء، ١٤٢٢ ق.
٥٠. نجفی کاشف الغطاء، علی بن جعفر بن خضر، شرح خيارات اللمعه، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤٢٢ ق.
٥١. نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الكلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربي، ١٤٠٤ ق.
٥٢. نراقی، احمد بن محمدمهدی، الحاشية على الروضة البهية، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤٢٥ ق.
٥٣. همو، عوائد الايام فی بیان قواعد الاحکام، قم، دفتر تبليغات اسلامي، ١٤١٧ ق.
٥٤. نراقی، محمدمهدی بن ابی ذر، انيس التجار، قم، دفتر تبليغات اسلامي، ١٤٢٥ ق.
٥٥. وحید بهبهانی، محمداقبر بن محمداكمل، حاشية مجمع الفائدة والبرهان، قم، مؤسسة العلامة المجدد الوحيد البهبهانی، ١٤١٧ ق.

تأملی فقهی حقوقی بر ماده ۴۰۱ قانون مدنی*

- سیدمحمد مهدی قبولی درافشان^۱
- مهدیه لطیف‌زاده^۲

چکیده

خيار شرط يکي از اختيارات منتسب به توافق طرفين عقد است. از مسائل مهم راجع به اين خيار، مدت اين خيار است که ماده ۴۰۱ قانون مدنی به پیروی از گروهی از فقیهان، عدم تعیین مدت را موجب بطلان شرط و عقد دانسته است و گروهی از حقوق دانان، توافق در مورد مدت مجهول را به پیروی از متون فقهی بدان ملحق نموده‌اند. حال سؤال این است که آیا حکم یادشده مبتنی بر ادله و مبانی قوی است یا خیر؟ خصوصاً اینکه در موارد متعدد در قراردادها در مورد تعیین مدت خيار، غفلت یا مسامحه صورت می‌گیرد. این پژوهش با بررسی نظرات فقهی و حقوقی مختلف و نقد و بررسی ادله، به این نتیجه دست یافته که در مورد سکوت طرفین در مورد مدت خيار و نیز مواردی که ضابطه‌ای برای تعیین مدت وجود دارد، اقوی صحت شرط و عقد است. بنابراین اصلاح و

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۵/۲۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۹/۲۹.

۱. دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول) (ghaboli@um.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه فردوسی مشهد (m.latifzadeh@mail.um.ac.ir).

تکمیل قانون مدنی در این زمینه پیشنهاد می‌شود.

واژگان کلیدی: شرط خیار، عدم تعیین مدت خیار، غرر، ماده ۴۰۱ قانون

مدنی، بطلان شرط و عقد.

مقدمه

یکی از موجبات فسخ قراردادها، خیار شرط است که به موجب اشتراط ضمن عقد پدید می‌آید. قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه، خیار شرط را در ماده ۳۹۹ قانون مدنی به رسمیت شناخته است. یکی از احکام مترتب بر خیار شرط، مدت این خیار است. در واقع قانون مدنی ذکر مدت معین برای این خیار را از شرایط لازم برای صحت شرط خیار دانسته است. به موجب ماده ۴۰۱ قانون مدنی «اگر برای خیار شرط، مدت معین نشده باشد، هم شرط خیار و هم بیع باطل است». بنابراین بر اساس این ماده که حکم آن اختصاص به بیع نیز ندارد و در سایر قراردادهای لازم نیز قابلیت اجرا دارد، عدم تعیین مدت برای خیار شرط، نه تنها موجب بطلان شرط است، بلکه بطلان قرارداد را نیز به دنبال دارد. حال سؤال این است که آیا حکم ماده ۴۰۱ قانون مدنی از مبانی فقهی قوی برخوردار است؟ آیا تفاوتی میان اینکه برای خیار مدت قرار داده نشود یا مدت مجهول باشد وجود ندارد؟ آیا اینکه قانون‌گذار عدم تعیین مدت را موجب بطلان عقد دانسته است می‌تواند مورد پذیرش باشد یا خیر؟ پاسخ این سؤالات از این جهت دارای اهمیت است که امروزه در معاملات رایج میان مردم، در بسیاری از موارد ممکن است تعیین مدت برای شرط خیار مغفول واقع شود یا جهالت‌هایی در مورد آن وجود داشته باشد و چنانچه این امر به طور مطلق موجب بطلان قراردادها دانسته شود، استحکام معاملات رایج مورد تهدید جدی است. از این رو طبیعی است که باید دنبال راه حل‌هایی بود که در عین مطابقت با اصول و موازین شرعی، پاسخ‌گوی نیازهای جامعه نیز باشد. در هر حال این پژوهش در صدد است با روشی توصیفی تحلیلی، موضوع یادشده را از نظر فقهی و حقوقی بررسی نموده و مبانی ماده ۴۰۱ قانون مدنی و احکام مربوط به تعیین مدت در شرط خیار را مورد بازپژوهی قرار دهد. در این راستا و قبل از شروع مباحث اصلی لازم است به این نکته اشاره گردد که منطقاً معین نبودن

مدت خیار به دو شکل متصور است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۳/۳۲-۳۳؛ موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۲/۲۰۷): یکی از موارد، موردی است که طرفین عقد توجهی به لزوم مدت‌دار بودن شرط خیار ندارند و این خیار را به صورت مطلق واقع می‌سازند؛ بدون آنکه متعرض هیچ گونه مدتی برای خیار گردند. حالت دیگر این است که مدت برای شرط بیان می‌گردد، لیکن مدت مزبور، مجهول است. حالت مجهول بودن مدت نیز به دو شکل متصور است؛ یکی اینکه فقط اشاره به مدت‌دار بودن خیار گردد، بدون اینکه مدت دقیقاً بیان گردد یا ضابطه‌ای برای آن مشخص شود؛ مانند اینکه در قرارداد گفته شود یکی از طرفین یا هر دو یا شخص ثالث تا مدتی حق فسخ معامله را داشته باشند، بدون اینکه مدت مزبور مشخص گردد. شکل دوم اینکه برای تعیین مدت، ضابطه مجهولی قرار داده شود؛ برای مثال، ممکن است مدت خیار شرط، از زمان عقد تا زمان وفات شخص معینی قرار داده شود یا خیار شرط تا زمان استطاعت خریدار در خصوص پرداخت ثمن تعیین گردد.^۱ در هر حال برای تحلیل حالات گوناگون فوق، از آنجا که قانون مدنی ایران در قسمت اختیارات، برگرفته از دستاوردهای فقه امامی است، ابتدا موضوع از نظر فقهی مورد بررسی استدلالی قرار می‌گیرد، سپس با توجه به نتایج حاصل، موضوع از نظر حقوق موضوعه ایران مطالعه می‌شود.

۱. بررسی ضمانت اجرای معین نبودن مدت شرط خیار از نظر فقهی

همان گونه که قبلاً بیان شد، معین نبودن مدت خیار شرط از دو جهت کلی قابل تصور است؛ یکی موردی که طرفین بر وجود خیار توافق می‌نمایند، ولی به هیچ وجه از مدت آن سخنی به میان نمی‌آورند (خیار شرط مطلق) و دیگری موردی که برای شرط خیار به مدت اشاره می‌گردد، لیکن مدت مورد اشاره مجهول می‌باشد. از آنجا که از نظر فقهی، تفکیک میان این دو حالت یادشده در حکم مسئله مؤثر است، ابتدا حالت

۱. گفتنی است که برخی فقیهان، شکل نخست را مجهول مطابقی و شکل دوم را مجهول التزامی دانسته‌اند (رشتی، ۱۴۰۷: ۲۸۴). برخی فقیهان، حالت اخیر را مدت مجهول می‌دانند و فرضی را که اشاره به این می‌شود که برای مدتی طرفین قرارداد یا یکی از ایشان یا شخص ثالث خیار دارد، با عنوان مدت مهمل یاد می‌نمایند (حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۲/۴۴). در هر حال به نظر می‌رسد مدت مهمل نیز نوعی مدت مجهول است.

نخست بررسی شده و سپس حالت دوم مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

۱-۱. خیار شرط مطلق

هنگامی که در قرارداد، شرط خیار مورد توافق طرفین قرار می‌گیرد، لیکن مدت خیار ذکر نمی‌گردد، در مورد وضعیت خود شرط، از نظر فقه امامی دو دیدگاه مختلف وجود دارد. بنا بر یک دیدگاه، شرط و عقد باطل محسوب می‌شود و بنا بر دیدگاه دیگر، شرط و عقد صحیح به شمار می‌آید. در ادامه به بررسی هر یک از دو دیدگاه و ادله قائلان آن پرداخته می‌شود.

۱-۱-۱. نظریه بطلان شرط خیار در صورت عدم ذکر مدت

گروهی از فقیهان اعتقاد دارند که شرط خیار در صورت عدم ذکر مدت باطل است و به بطلان قرارداد نیز می‌انجامد (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱۶/۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۶/۵؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۳۰/۲؛ نراقی، ۱۴۲۵: ۱۱۲؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۱۱۱/۴؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۳۶/۸-۳۷). در ادامه، ضمن تبیین ادله این گروه به نقد ادله ایشان پرداخته می‌شود.

۱-۱-۱-۱. تبیین ادله

۱-۱-۱-۱-۱. غرری شدن قرارداد و مخالفت با کتاب و سنت

یکی از ادله‌ای که برخی قائلان به بطلان شرط و عقد بیان نموده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۶/۵) این است که اگر شرط خیار به صورت مطلق و بدون ذکر مدت بیان گردد، شرط یادشده غرر محسوب می‌شود و دلیل آن این است که طرف مقابل نمی‌داند که آیا بالاخره قرارداد بیع را کسب می‌کند یا اینکه از دست خواهد داد. به اعتقاد ایشان با توجه به این نوع جهالت، بیع مشمول حدیث شریف نهی از بیع غرری شده و از این جهت باطل است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱۶/۵). طبیعتاً مخالفت شرط با کتاب و سنت نیز از این جهت است که به بیع غرری می‌انجامد که مشمول نهی در روایت نهی از «بیع غرری» است.

۱-۱-۱-۱-۲. مجهول شدن موضوع قرارداد

دلیل دیگری که برای بطلان قرارداد در بحث شرط خیار در بیع ذکر شده است این

است که شرط خیار به صورت مطلق، موجب جهالت به ثمن و مثن می‌گردد و به خاطر این جهالت، قرارداد باطل به شمار می‌آید (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵/۶۶). به اعتقاد برخی فقیهان (حسینی عاملی، بی‌تا: ۵۶۱/۴) دلیل سرایت جهل به عوضین این دانسته شده که مقداری از ثمن یا مثن در مقابل اجل و مدت قرار می‌گیرد و با معلوم نبودن مدت، مقدار عوضین مجهول می‌شود. جهالتی که هنگام عدم ذکر مدت - شرط خیار مطلق - وجود دارد، حتی از جهالتی که در شرط خیار مجهول حاصل می‌شود، بیشتر است و به طریق اولی باید باطل دانسته شود. البته برخی در اینجا تصریح نموده‌اند که جهالت موضوع قرارداد چون باعث غرر می‌گردد، بطلان قرارداد را به دنبال دارد (مشکینی، بی‌تا: ۳۱۲؛ موسوی خویی، بی‌تا: کتاب الاجاره/۳۲). اگر این نکته پذیرفته شود، بازگشت این دلیل به دلیل نخست یعنی غرری شدن قرارداد است.

۱-۱-۱-۲. نقد ادله

در نقد ادله فوق می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود:

۱-۱-۱-۱. تردید در دلالت غرر بر بطلان

به اعتقاد برخی فقیهان اینکه غرر، فساد قرارداد را به نحو مطلق و در هر حال به دنبال داشته باشد، امری مسلم نیست و دلیل محکمی بر آن وجود ندارد، مگر اینکه از راه اجماع یا تسالم بتوان از آن دفاع نمود (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۸/۳۶-۳۷). در زمینه موضوع مورد بحث نیز اجماعی بر بطلان قرارداد - با توجه به نظرات مخالف برخی فقیهان - وجود ندارد. بر فرض وجود اجماع نیز این اجماع معتبر محسوب نمی‌شود؛ زیرا اجماع مزبور مدرکی یا محتمل‌المدرک است و این نوع اجماع دلیل مستقلی نیست (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۲/۲۳۷؛ مرعشی، ۱۴۲۷: ۱/۴۴؛ سیفی، ۱۴۲۵: ۳/۳۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۲/۲۸۹؛ عرفانیان یزدی، ۱۴۱۷: ۱۸؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵: ۲/۲۰۰).

۱-۱-۱-۲. ضعف سندی و دلالتی حدیث نهی از غرر

برای بطلان شرط و عقد، به حدیث نهی از غرر استناد شده است، لیکن سند و دلالت (موسوی خویی، بی‌تا: ۵۶۱/۴؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۴/۳۶۵؛ غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۲/۴۶۷):

ایروانی، ۱۴۲۷: ۵۱/۲) این حدیث محل بحث است. به لحاظ سندی این حدیث مرسل است و طبیعی است که اگر شهرت فتوایی، موجب جبران ضعف سند حدیث دانسته شود، می‌توان به آن استناد نمود. در غیر این صورت نمی‌توان به آن استناد نمود و باید به دنبال ادله‌ای دیگر برای اثبات اینکه غرر موجب بطلان است، بود. از نظر دلالتی نیز نکاتی قابل ذکر است. توضیح اینکه در مورد غرر در این حدیث، این مسئله مطرح است که غرر به چه معناست؟ در مقام پاسخ باید گفت غرر از نظر لغوی به معانی مختلفی همچون خطر (ابن منظور، ۱۴۰۵: ۱۳/۵؛ واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۳۰۸/۷؛ سعدی، ۱۴۰۸: ۲۷۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۳۵/۳۰؛ همو، بی‌تا: ۲۱۱/۶؛ جمعی از مؤلفان، بی‌تا: ۴۹/۲۴)، ضرر (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۳۰۰/۷) و فریب (ابن منظور، ۱۴۰۵: ۱۱/۵؛ قرشی، ۱۴۱۲: ۹۲/۵) آمده است. حال برخی فقیهان معتقدند که اگر مفهوم غرر در حدیث شریف، خدعه و نیرنگ باشد، حدیث دلالت بر نهی تکلیفی خواهد داشت و دلالتی بر حکم وضعی بطلان ندارد؛ لیکن اگر غرر به معنای خطر دانسته شود، حدیث در مقام بیان حکم وضعی است و نهی ارشاد به بطلان قراردادی است که موجب خطر است (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۵۷/۵). البته اشاره به این نکته خالی از لطف نیست که خطر خود از نظر لغوی، معانی مختلفی دارد؛ از جمله: مجموعه بزرگی از شتران (تعداد هزار یا بیشتر)، بزرگی مرتبه و مال و شرف، مسابقه‌ای که نسبت به آن شرط‌بندی می‌شود (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۲۱۳/۴)، در معرض هلاک و نابودی بودن (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۳۵۸/۶). البته برخی از لغویان معتقدند که خطر دو مفهوم اصلی دارد: یکی قدر و منزلت و دیگری اضطراب و حرکت (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۱۹۹/۲-۲۰۰). برخی نیز معتقدند که اصل خطر به معنای مسابقه‌ای است که در آن شرط‌بندی می‌شود، سپس واژه خطر در مورد شرافت و امتیاز نیز به عاریت گرفته شده تا اینکه در مورد معنای اخیر نیز به صورت حقیقت عرفی درآمده است (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۳۵۸/۶). نکته قابل توجه این است که در برخی کتب لغت به حدیث پیامبر گرامی اسلام صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مبنی بر نهی از بیع غرر اشاره شده و مقصود از غرر در حدیث، خطر دانسته شده است (ابن منظور، ۱۴۰۵: ۱۳/۵؛ واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۳۰۰/۷) و این گونه استنباط می‌شود که این لغویان خطر را در این مورد به مفهوم «در معرض هلاک بودن» به شمار آورده‌اند. از مثال‌هایی که ایشان برای بیع غرر مطرح

نموده‌اند نیز فروش ماهی در آب و پرند در هواست. در هر حال استناد به حدیث در صورتی موجه است که از نظر سند و دلالت، اشکالات یادشده برطرف گردد.

۱-۱-۱-۳. تفاوت جهل و غرر

در استدلال به بطلان، ادعاشده که جهالت موجب غرر است، لیکن باید توجه داشت که نمی‌توان به نحو مطلق پذیرفت که هر جهلی غرر محسوب می‌شود؛ زیرا اگر پذیرفته شود که غرر در حدیث شریف به معنای خطر است، فقط جهالتی که خطری را به دنبال داشته باشد، به غرر می‌انجامد؛ مگر اینکه ادعا شود در مسئله مورد بحث چنین خطری وجود دارد. به علاوه بر فرض که غرر موجب بطلان قرارداد باشد، اینکه عدم ذکر مدت در همه قراردادهای لازم به غرر بینجامد، محل بحث است؛ زیرا اولاً در مورد دلیل بطلان غرر اگر قائل به اختصاص نهی از غرر به بیع باشیم، دیگر نمی‌توان قلمرو بطلان عقد را به سایر قراردادها سرایت داد و فقط باید به قرارداد بیع بسنده نمود. ثانیاً ممکن است در همه قراردادهای لازم، جهالت از نظر عرفی به غرر (در مفهوم خطر) نینجامد؛ زیرا شرط مجهول تنها در صورتی باطل است که موجب تحقق غرر گردد و شرط مجهولی که چنین خاصیتی ندارد، از حوزه شمول ادله بطلان غرر خارج خواهد بود. این مدعا با توجه به فتاوا و تعابیر فقها نیز تأیید می‌شود؛ زیرا برخی از فقها بطلان شرط مجهول و ابطال عقد در اثر آن را مقید به جهالتی نموده‌اند که موجب غرر گردد (موسوی خویی، بی‌تا: کتاب‌الاجاره/۳۲؛ حسنی، بی‌تا: ۳۶۸؛ جمعی از مؤلفان، بی‌تا: ۱۱۳-۱۱۲/۲۷؛ بهجت، ۱۴۲۸: ۲۶۲/۳).

۱-۱-۱-۴. وجود راهکارهای عقلایی برای منتفی نمودن غرر

در صورتی که پذیرفته شود غرر موجب بطلان قرارداد است، در مواردی که راه‌هایی برای رفع غرر وجود دارد، غرر منتفی گردیده و دلیلی برای بطلان قرارداد باقی نمی‌ماند. به نظر می‌رسد در مسئله مورد بررسی از دید عرفی، راه‌هایی برای گریز از غرر وجود دارد که با استحکام معاملات نیز سازگار است؛ به عنوان مثال، یکی از راه‌ها این است که مدت بیان‌نشده در خیار شرط را می‌توان حمل بر زمان‌های معهود و مدت شرعی -مانند سه روز که قول آن به تفصیل بیان خواهد شد- نمود تا موجب جلوگیری از

تزلزل و ابهام عقد گردد (طباطبایی قمی، ۱۴۰۰: ۱۴۱/۴) و بدین نحو شرط و عقد صحیح است. بر فرض که مدت معهود شرعی نیز برای خیار شرط پذیرفته نشود، می‌توان از مدت متعارف در این زمینه سخن گفت و عدم ذکر مدت برای خیار را حمل بر مدت متعارف نمود؛ خصوصاً اینکه در خیاراتی که توسط شارع مقرر شده است نیز در همه موارد، مدت برای خیار ذکر نگردیده است؛ برای مثال در مورد خیار تأخیر تأدیه ثمن نیز این گونه است؛ همچنان که راه دیگر، فوری دانستن خیار و اکتفاء به قدر متیقن آن است.

۱-۱-۲. نظریه صحت شرط خیار در صورت عدم ذکر مدت

فقیهانی که اعتقاد به صحت شرط و عقد در صورت عدم ذکر مدت برای خیار دارند، به دو دسته تقسیم می‌شوند. برخی از ایشان معتقدند که در این حالت مدت خیار سه روز خواهد بود و با باور برخی دیگر، در چنین حالتی مدت خیار همیشگی و ابدی خواهد بود. در ادامه، ضمن بیان این دو قول، به تبیین ادله هر یک از نظرات و نقد آن پرداخته می‌شود.

۱-۱-۲-۱. نظریه صحت شرط خیار بدون مدت و حمل آن بر مدت سه روز

گروهی از فقیهان شرط خیار بدون ذکر مدت را صحیح دانسته و مدت خیار را در این صورت تا سه روز دانسته‌اند (مفید، ۱۴۱۳: ۵۹۲؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۴۰/۳؛ شریف مرتضی، ۱۴۱۵: ۴۳۸؛ حلبی، ۱۴۰۳: ۳۵۳؛ ابن براج، ۱۴۱۱: ۵۴؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۱۹؛ عاملی، ۱۴۱۷: ۲۶۹/۳؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶: ۵۴۸/۳).^۱

برخی فقیهان این نظر را به مشهور متقدمان نسبت داده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳/۲۳). ادله این گروه را می‌توان به شرح ذیل تبیین نمود:

۱-۱-۲-۱-۱. اجماع

برخی فقیهان ادعا نموده‌اند که در زمینه صحت شرط و حمل آن بر سه روز، اجماع وجود دارد (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۴۰/۳؛ شریف مرتضی، ۱۴۱۵: ۴۳۹).

۱. شهید اول تمایل به این قول دارد و صراحتاً بدان اشاره نکرده است.

در نقد این نظر می‌توان گفت از سویی اجماع یاد شده، ادعایی بیش نیست؛ زیرا در مسئله مورد بررسی، نظرات دیگر نیز وجود دارد. از سوی دیگر، بر فرض وجود اجماع، این اجماع مدرکی یا حداقل محتمل‌المدرک است و از این رو به صورت مستقل دارای اعتبار نیست (ر.ک: موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۱۹۲/۲).

۲-۱-۲-۱-۱. روایات

برخی فقیهان برای صحیح دانستن شرط خیار بدون مدت و حمل آن بر سه روز، به وجود روایاتی استناد جسته‌اند (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۰/۳)، ولی مشخص نکرده‌اند که روایات مورد ادعای ایشان دقیقاً چیست. طبیعتاً استناد به روایات هنگامی پذیرفتنی است که روایت دقیقاً همراه با سند آن ذکر گردد تا بتوان در مورد آن از نظر سند و دلالت داوری نمود.

در این ارتباط و در مقام نقد، برخی فقیهان از سویی دستیابی به چنین روایاتی را در میان روایات موجود انکار نموده و از سوی دیگر احتمال داده‌اند که مقصود از روایات پیش گفته، روایات مربوط به خیار حیوان باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳/۲۳). توضیح اینکه در مورد خیار حیوان با صحیح علی بن رئاب روبه‌رو هستیم که متن آن به شکل ذیل است:

«ابن محبوب عن علی بن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمُشترى اشترط أم لم يشترط...» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۱۳/۱۸؛ کلینی، ۱۴۰۷: ۱۶۹/۵؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۸/۱۹)؛ خیار حیوان سه روز برای مشتری است چه در بیع شرط شود و چه شرط نشود....

در مورد این روایت برخی فقیهان ادعایی را از دیگران مطرح نموده‌اند بی‌آنکه مشخص نمایند چه کسی آن را مطرح نموده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳/۲۳؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ۵۶۱/۴-۵۶۲).

ادعا بدین ترتیب است که این روایت به مفهوم موافق، دلالت بر این دارد که چنانچه در غیر از مورد حیوان، خیار شرط شود، حمل بر سه روز می‌شود؛ زیرا این سه روز مختص خیار حیوان نیست؛ چرا که در مورد خیار حیوان نیز چنانچه شرط خیار بر مدت

معینی گردد، مدت مزبور معتبر است. بنابراین سه روز مربوط به حالت اطلاق اشتراط است. در همین راستا برخی فقیهان ضمن تأیید نکته یادشده، معتقدند که در مورد خیار حیوان نیز از این جهت به سه روز اشاره شده است که مدت معهود در شرط خیار، همان سه روز است. لیکن در موردی که مبیع حیوان است، با توجه به اینکه ممکن است عیوب مخفی در حیوان وجود داشته باشد و به زیان خریدار بینجامد، با وسعت نظر بیشتری به مسئله نگریسته شده و شرط نمودن خیار، لازم دانسته نشده است. بنابراین می‌توان با اشتراط، مدت سه روز مزبور را در مورد خیار حیوان نیز بیشتر یا کمتر نمود (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۱۹).

گفتنی است که به اعتقاد برخی فقیهان اگر پذیرفته شود که روایت فوق در مورد مدت خیار شرط (در مواردی که طرفین مدت خیار را تعیین نکرده‌اند)، نیز جاری می‌شود، این روایت موجب تخصیص روایات مربوط به نهی از غرر است و از باب تخصیص، شرط و عقد صحیح خواهد بود (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱۷/۵-۱۱۸).

لیکن برخی دیگر از فقیهان به درستی معتقدند که بر فرض پذیرش، در اینجا تخصیصی رخ نداده، بلکه با تعیین مدت خیار به حکم شارع، غرر منتفی شده و خیار شرط بدون مدت، تخصصاً از روایات نهی‌کننده از غرر خارج گردیده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۲/۲۴).

در هر حال اگر مدت سه روز به عنوان مدت خیار شرط در موارد عدم ذکر مدت دانسته شود، دیگر نمی‌توان شرط را باطل دانست؛ زیرا اگر دلیل بطلان شرط و عقد غرر دانسته شود، غرر با تعیین مدت خیار توسط شارع منتفی می‌گردد. همچنان که با رجوع به مدت سه روزه مزبور، جهالتی در مورد مدت خیار وجود نخواهد داشت و دیگر نمی‌توان این مورد را با قیاس اولویت نسبت به مدت ذکرشده برای شرط خیار مجهول، موجب بطلان شرط و عقد دانست (حسینی عاملی، بی‌تا: ۵۶۲/۴).

گفتنی است که در توجیه در نظر گرفتن مدت سه روزه برای شرط خیار بدون ذکر مدت، این نکته نیز بیان شده است که یا مدت سه روزه به این دلیل است که در صورت اطلاق، عرفاً کلام منصرف به سه روز است؛ چرا که سه روز، اولین مدت و زمان عرفی است که در موارد مشابه برای اندیشیدن در موضوع قرار داده

می‌شود و از آنجا که عرف یادشده، پنهان محسوب می‌شود، شرع کاشف از این عرف هست، یا اینکه مدت سه روزه خیار، به دلیل تعیین مستقیم سه روز توسط شارع است (همان).

ادعاهای فوق مورد نقد برخی دیگر از فقیهان قرار گرفته است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳/۲۳). در واقع اینکه مدت سه روز در روایت پیش گفته، اختصاص به خیار حیوان نداشته باشد و آنچه در این روایت اختصاص به خیار حیوان دارد، عدم نیاز به اشتراط این خیار باشد، مورد انکار ایشان قرار گرفته است. به دیگر سخن، روایت پیش گفته فقط مربوط به خیار حیوان است و قابل تسری به شرط خیار نیست. حتی برخی فقیهان در مقام تبیین تفاوت خیار حیوان و شرط خیار، به این نکته اشاره نموده‌اند که تفاوت آشکاری میان این دو وجود دارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۲۴/۲).

توضیح اینکه در مورد خیار حیوان، از آنجا که خیار حیوان توسط شارع مقرر شده است و طرفین آن را شرط نکرده‌اند، قرارداد بیع به صورت غرری واقع نگردیده است؛ حال آنکه در شرط خیار طرفین مدت مجهول مقرر نموده‌اند و همین امر موجب غرر گردیده و با توجه به ارزشی که برای شروط وجود دارد، به اصل قرارداد سرایت می‌نماید؛ چرا که موجب مجهول شدن عوض می‌گردد.

در برخی کتب فقهی در کنار بحث از خیار حیوان به دو روایت نبوی: «الخیار ثلاث» و «... ولك الخیار ثلاثاً» که مربوط به خیار حیوان نیست و در آن به مدت سه روزه برای خیار شرط تصریح شده است، نیز استناد شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳/۲۳). البته به رغم اشاره به این نکته که این دو روایت به دلیل قصور سندی و دلالتی، حجت نیستند، لیکن به دلیل استناد شیخ طوسی به این روایات و همراهی اجماع با آن‌ها و عدم وهن این روایات توسط متأخران، استناد به این روایات تقویت شده است.

در مقام نقد می‌توان گفت که استناد شیخ طوسی به این روایات مرسل، دلیلی بر اعتبار آن‌ها محسوب نمی‌شود. به علاوه اجماع مزبور نیز نه تنها محقق نمی‌باشد، بلکه بر فرض تحقق نیز مدرکی بوده و دلیل مستقل و معتبری نیست.

البته ممکن است برای اینکه مدت معهود شرعی سه روز است، به روایات مربوط به خیار تأخیر تأدیه ثمن نیز استناد شود. لیکن مسئله این است که در روایات مربوط به

خيار تأخير تأديه ثمن،^۱ تأخير سه روزه موجب پيدایش خيار است و به عنوان مدت خيار محسوب نمی‌شود. افزون بر این، دليل روشنی برای پذيرش قياس در اين زمينه وجود ندارد. به ديگر سخن، اينکه با گذشت سه روز خيار پديد می‌آيد، ارتباطی به مدت خيار ندارد.

۱-۲-۱. نظريه صحت شرط خيار بدون مدت و حمل آن بر دائمی و هميشگی بودن خيار تبیین نظر و دليل آن

برخی از فقيهان معتقدند که قرار دادن خيار شرط به صورت مطلق در صورتی که مقدمات حکمت وجود داشته باشد، با اشکالی روبه‌رو نیست (موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۱۹۶/۲-۱۹۷). توضیح اينکه در صورتی که طرفین قرارداد در مقام اجمال و اهمال نبوده، بلکه در مقام بیان بوده باشند و قرينه صارفهای وجود نداشته باشد، اطلاق کلام ایشان دلالت بر وجود دائمی خيار دارد. به اعتقاد ایشان مفهوم عرفی از اطلاق، استمرار است و مقتضی استمرار، ثبوت خيار مادام‌العمر است که در اين صورت اجمال و غرر منتفی می‌شود و حالت خيار شرط در اين فرض مانند جایی است که زمان به صراحت بیان شده باشد (همان: ۲۰۵/۲).

۱. برای نمونه روایات ذیل قابل ذکر است:

الف) صحیح زراره: «مَحْمَدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ حَلِيدٍ عَنْ جَمِيلٍ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: قُلْتُ: الرَّجُلُ يَشْتَرِي مِنَ الرَّجُلِ الْمَتَاعَ ثُمَّ يَدْعُهُ عِنْدَهُ يَقُولُ حَتَّى آتَيْكَ بِمَمْنِهِ. قَالَ: إِنْ جَاءَ بِمَمْنِهِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَإِلَّا فَلَا يَبِيعُ لَهُ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۷۱/۵؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۲۰۲/۳-۲۰۳؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۱/۷)؛ زراره گوید: به امام باقر عَلَيْهِ السَّلَامُ عرض کردم: شخصی از دیگری متاعی را می‌خرد، سپس نزد او باقی می‌گذارد و می‌گوید باشد تا قیمتش را آورده، آن را ببرم، حکمش چیست؟ فرمود: اگر تا سه روز بازگشت و به وعده‌اش عمل نمود فبها، وگرنه حقی نسبت به مال ندارد.

ب) صحیح علی بن یقطین: «عَنْهُ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ يَقُطَيْنَ أَنَّهُ سَأَلَ أَبَا الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الرَّجُلِ يَبِيعُ الْبَيْعَ وَلَا يَقْبِضُهُ صَاحِبُهُ وَلَا يَقْبِضُ الثَّمَنَ. قَالَ: الْأَجَلُ بَيْنَهُمَا ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ؛ فَإِنْ قَبِضَ بَيْعَهُ وَإِلَّا فَلَا يَبِيعُ بَيْنَهُمَا (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۲/۷)؛ علی بن یقطین گوید: از امام کاظم عَلَيْهِ السَّلَامُ درباره مردی پرسیدم که بیعی انجام داده است، ولی مبیع را به مشتری تحویل نداده و ثمن را نیز دریافت نکرده است. امام عَلَيْهِ السَّلَامُ فرمودند: بین این دو نفر مدت تحویل سه روز است؛ اگر در این سه روز تحویل انجام شد، بیع حاصل می‌شود، وگرنه بیعی بین این دو نفر واقع نشده است.

نقد و بررسی نظر

برای نقد و بررسی نظر باید به این نکته اشاره نمود که گرچه در برخی از منابع فقهی قرار دادن مدت دائمی و همیشگی برای خیار جایز دانسته شده است (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۳۰/۲؛ همو، بی‌تا: ۲۰۷/۶؛ حسینی روحانی، بی‌تا: ۶۱/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۲۴/۲)، در عین حال این ادعا مورد پذیرش برخی دیگر از فقیهان نیست و در فرضی که مدت خیار دائمی است، ادله‌ای برای بطلان شرط و عقد ارائه شده است. بنابراین برای داوری صحیح در مورد مسئله مورد بررسی باید به بررسی این نکته پرداخت که آیا مدت دائمی برای خیار لطمه‌ای به شرط و عقد وارد می‌نماید یا خیر؟

در این راستا برخی فقیهان معتقدند که مدت دائم و ابدی، خود مجهول است و از این جهت باید شرط را باطل دانست (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۴۰/۲). در واقع از آنجا که چنین شرطی موجب غرر است، شرط و عقد هر دو باطل هستند.

در پاسخ به این استدلال می‌توان گفت که اولاً در این مورد جهالتی وجود ندارد (موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۲۰۵/۲)؛ ثانیاً غرر نیز در اینجا منتفی است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۲۴/۲)؛ زیرا در این مورد خطری وجود ندارد، همچنان که در عقود جایزی چون وکالت که شخص مادام‌العمر می‌تواند اقدام به فسخ قرارداد بنماید، کسی توهم غرر را ننموده است (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۰۷/۶). ثالثاً به اعتقاد برخی اصولاً حدیث نهی از غرر به نحو مطلق و در مورد همه قراردادها اثبات نگردیده و نهی از بیع غرری نیز از راه معتبری روایت نشده است (موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۲۰۵/۲؛ ایروانی، ۱۴۲۷: ۵۱/۲). به علاوه بنای خردمندان نیز دلالتی بر بطلان شرط در فرضی که شرط خیار بدون ذکر مدت بوده و حمل بر دائمی بودن گردد، ندارد. حتی در موارد تردید در این خصوص نیز نمی‌توان به بنای خردمندان برای بطلان استناد نمود؛ زیرا در مورد ادله لبی باید به قدر متیقن آن بسنده نمود.

دلیل دیگری که برای بطلان شرط و عقد در صورت دائمی بودن مدت ذکر شده است، مخالفت شرط با مقتضای ذات عقد است. در این راستا ادعا شده است که مفاد شرط وصف التزام به عقد را که جوهر و مقتضای آن است، از بین می‌برد (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۴۰/۲). به اعتقاد این فقیه، مقتضای قرارداد بر اساس مدلول التزامی عقد، پایبندی

هریک از طرفین قرارداد به آن چیزی است که انشاء نموده است. حال چنانچه یکی از ایشان در مدت زمان محدودی به مفاد انشاء خود پایبند نباشد، منافی با اطلاق عقد است؛ ولی اگر قرار باشد به طور دائم به مفاد انشاء پایبند نباشد، مخالف با مقتضای ذات عقد بوده و بطلان عقد را به دنبال خواهد داشت.

به نظر می‌رسد در پاسخ به این استدلال باید با این نکته توجه نمود که مقتضای ذات عقد چیست و از چه راهی حاصل می‌شود و آیا پایبندی به عقد از مقتضیات ذاتی عقد به شمار می‌آید یا خیر؟

در این راستا برخی معتقدند که لزوم و پایبندی به قرارداد، از احکام قرارداد محسوب می‌شود و مقتضای ذات آن به شمار نمی‌آید و در مورد احکام قرارداد نیز دو دسته احکام وجود دارد: یک دسته، احکامی که امکان مخالفت با آن نیست و شرط خلاف آن، شرط مخالف با کتاب و سنت محسوب شود که در این صورت فقط شرط باطل است. ولی دسته‌ای دیگر از احکام وجود دارد که از قبیل حقوق بوده و امکان توافق بر خلاف آن وجود دارد، همچنان که در مورد پایبندی به قراردادی مانند قرارداد بیع چنین است. طبیعی است در این موارد نه تنها عقد باطل نیست، بلکه شرط نیز شرطی صحیح محسوب می‌گردد (تبریزی، ۱۴۱۶: ۱۱۵/۴).

جالب توجه است اینکه مدلول التزامی به عنوان مقتضای ذات عقد در نظر گرفته شود، با مبنایی که محقق نائینی در تبیین شرط خلاف مقتضا پذیرفته است، منطبق نیست. زیرا ایشان در مقام تبیین مقتضای ذات عقد، منشآت عقدی را به دو دسته مدلول مطابقی صریح انشاء و التزامات تبعی و فرعی (مدلول التزامی) تقسیم می‌نماید و فقط دسته نخست را مقتضای ذات عقد معرفی می‌کند (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱۱۳/۲)؛ حال آنکه در بحث فعلی از پایبندی به قرارداد به عنوان مدلول التزامی و مقتضای ذات عقد، سخن می‌گوید.

برخی فقیهان نیز معتقدند که بطلان شرط به دلیل مخالفت آن با مقتضای عقد از این جهت است که به تناقض میان مجموعه شرط و عقد می‌انجامد (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۰۸/۶)؛ برای مثال، چنانچه در قرارداد بیع شرط شود که مشتری مالکیت مبیع را به دست نیاورد، چنین شرطی متناقض با مقتضای عقد است، لیکن اینکه در عقد شرط

شود که یکی از طرفین قرارداد برای مدت عمر خود خیار داشته باشد، چنین امری موجب تناقض با مقتضای عقد نخواهد شد. طبیعتاً در این راستا باید گفت که پایبندی به قرارداد، جزء مقتضای ذات عقد محسوب نمی‌شود و به همین دلیل نیز در مسئله مورد بررسی، تناقضی پدید نمی‌آید.

۱-۲. خیار شرط مجهول

گاهی در قرارداد شرط خیار ذکر می‌شود و مدت خیار به گونه مجهولی بیان می‌گردد. حال باید دید که در این حالت، وضعیت شرط و عقد به چه ترتیب است. با بررسی‌های انجام‌شده در این فرض دو نظر به چشم می‌خورد: اکثر فقیهان قائل به بطلان شرط و عقدند، لیکن نظریه صحت عقد نیز در کلام برخی فقیهان مشاهده می‌شود. در ادامه ضمن تبیین هر دو نظر، به نقد و بررسی آن پرداخته خواهد شد.

۱-۱-۲. نظریه بطلان شرط و عقد

در این راستا برخی فقیهان ادعا نموده‌اند اینکه ضابطه مجهولی برای تعیین مدت خیار گذاشته شده باشد و احتمال کم و زیاد در مورد آن وجود داشته باشد، بدون هرگونه اختلاف فقهی، مجاز نیست (موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۲۰۷/۲؛ رشتی، ۱۴۰۷: ۲۸۴) و چنین شرطی در قرارداد بیع، موجب بطلان قرارداد نیز می‌گردد (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۲/۲۳). این دسته از فقیهان برای اثبات مدعای خود به دلایل ذیل تمسک جسته‌اند:

الف) اجماع

برخی فقیهان بر بطلان عقد و شرط در صورتی که زمان ذکر شود، ولی مجهول یا مهمل باشد، ادعای اجماع و نفی خلاف کرده و بطلان عقد و شرط را امری مسلم انگاشته‌اند (حسینی عاملی، بی‌تا: ۵۶۱/۴؛ موسوی خویی، ۱۴۱۴: ۲۰۷/۲؛ رشتی، ۱۴۰۷: ۲۸۴).

در مقام نقد این دلیل از سویی می‌توان گفت که با توجه به نظر مخالف برخی فقیهان که به صورت کلی یا حداقل در برخی حالات، از صحت عقد سخن گفته‌اند (فیاض، بی‌تا: ۱۴۷/۲؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۴۴/۲)، اجماعی محقق نیست. از سوی دیگر بر فرض وجود اجماع نیز این اجماع معتبر محسوب نمی‌شود؛ زیرا اجماع مزبور مدرکی

یا محتمل‌المدرک است و این نوع اجماع دلیل مستقلی نیست. به علاوه قدر متیقن اجماع، بطلان شرط است.

ب) غرر و نهی از آن

یکی دیگر از ادله‌ای که برای بطلان شرط و عقد در مورد مدت مجهول (اعم از اینکه مدت مهمل باشد یا اینکه ضابطه مجهولی برای آن قرار داده شده باشد)، ارائه شده است، غرر است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱۶/۵؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۳۰/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۲/۲۳؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ۵۶۱/۴).

در پاسخ به این دلیل باید گفته شود اینکه غرری شدن موجب بطلان شرط و عقد است، اگر به روایات مستند گردد، در این زمینه اشکالات وارد بر روایات از باب سند و دلالت، دوباره مطرح است. البته برخی فقیهان ضمن تأیید ضعیف بودن روایات یادشده، حکم شرطیت مدت معین برای خیار را از باب احتیاط برای عدم مخالفت با اجماع ادعایی در این زمینه دانسته‌اند (ایروانی، ۱۴۲۷: ۵۱/۲). در پاسخ به این استدلال نیز می‌توان گفت که اجماع مزبور (بر فرض وجود)، مدرکی بوده و از این جهت بی‌اعتبار است. در چنین مواردی، دلیلی بر لزوم احتیاط نیز وجود ندارد که بتوان به استناد آن از لزوم شرطیت مدت برای خیار سخن گفت. گفتنی است که اگر دلیل اینکه غرری شدن موجب بطلان شرط و عقد است، بنای عقلا دانسته شود، نیز باید به قدر متیقن آن بسنده نمود و چه بسا بتوان فقط از بطلان شرط (و نه عقد) سخن گفت.

ج) تسری جهالت از شرط به عوضین قرارداد

برخی فقیهان از تسری جهالت از شرط به عوضین قرارداد نیز به عنوان دلیلی بر بطلان شرط و عقد یاد نموده‌اند (حسینی عاملی، بی‌تا: ۵۶۱/۴). در تبیین بیشتر این دلیل می‌توان گفت از آنجا که اجل و مدت در معاملات، دارای ارزش مالی است، در نتیجه مجهول بودن آن، موجب سرایت به عوضین و مجهول شدن آن می‌گردد.

در پاسخ می‌توان گفت که از سویی شرط خیار مستقیماً مربوط به ارزش عوضین نیست و سرایت جهل از آن به عوضین محل تأمل است (در تأیید این نظر رک: موسوی خویی، بی‌تا: ۲۱۱/۶). از سوی دیگر بر فرض که سرایت پذیرفته شود، مسئله غرر به عنوان مبنای

بطلان در چنین فرضی مطرح می‌شود که نقدهای وارد بر دلیل غرر نیز در دلیل قبلی بیان گردید.

د) فساد شرط و بطلان عقد به دلیل فساد شرط

برخی فقیهان شرط خیار مجهول را باطل دانسته و با توجه به اینکه هر شرط فاسدی موجب فساد عقد است، عقد را باطل به شمار می‌آورند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۰۲/۳). در واقع طبق این نظر، دلیل بطلان شرط، مجهول بودن آن است و دلیل بطلان عقد این است که شرط فاسد موجب بطلان عقد است. البته در مورد اینکه چرا فساد شرط موجب فساد عقد است، استدلال‌های مختلفی مطرح شده است، از جمله اینکه شرط قید تراضی است و با منتفی شدن قید، تراضی نیز منتفی می‌گردد و نیز شرط جزئی از ثمن است و با فساد آن ثمن مجهول می‌گردد و از جهت جهل به موضوع قرارداد، قرارداد باطل خواهد بود. طبیعتاً این استدلال با استدلال گذشته که در مورد شرط خیار مجهول، پدیده سرایت جهل به قرارداد رخ می‌دهد، کمی متفاوت است؛ زیرا در این نظر میان شروط مختلف تفکیک نمی‌شود و به صورت مطلق هر شرط مجهولی موجب فساد عقد به شمار می‌آید.

در مقام نقد این نظر باید گفت اینکه شرط قید تراضی باشد یا در هر حال جهالت از شرط به عقد سرایت نماید، ادعایی بیش نیست و همان گونه که برخی فقیهان بیان داشته‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱۳۴/۱)، هر چند شروط ضمن عقد به عنوان جهات تعلیلیه می‌توانند مدنظر باشند، ولی اینکه قید تراضی باشند یا جزئی از عوضین قرارداد محسوب شوند، پذیرفته نیست. به همین جهت نیز گروهی از فقیهانی که در مسئله مورد بررسی، قائل به بطلان شرط و عقد هستند، هر شرط فاسدی را مفسد عقد نمی‌دانند.

ه) اجتناب از اختلاف به عنوان حکمت تشریح قراردادها و منافات شرط خیار مجهول با آن

برخی فقیهان در مقام باطل دانستن شرط و خیار معتقدند که حکمت تشریح قراردادها، دوری از اختلاف است و قرار دادن شرط خیار به صورت مجهول با چنین حکمتی منافاتی است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳/۲۳؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ۵۶۱/۴).

در پاسخ می‌توان گفت که حکمت با علت متفاوت است و نمی‌توان بر پایه حکمت به توسعه یا تضییق حکم مبادرت نمود (ر.ک: شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۳۱/۱: جمعی از مؤلفان، بی‌تا: ۱۱۰-۱۰۹/۲۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۴۱۷). گفتنی است به نظر می‌رسد فقهایی که به حکمت فوق استناد جسته‌اند، صرفاً آن را به عنوان مؤید بیان نموده‌اند و بعید است که مقصود ایشان استناد به آن به عنوان دلیلی مستقل باشد.

۲-۱-۲. نظریات مبتنی بر صحت عقد

به رغم اینکه با توجه به مطالب فوق، نظری که بیشتر در فقه امامی رایج است، بطلان شرط و عقد در فرض مجهول بودن مدت شرط خیار است، لیکن برخی فقیهان در فرضی که مدت مهمل است، قائل به بطلان شرط و صحت عقد هستند (حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۴۴/۲). در خلال برخی کتب فقهی در مسئله شرط خیار مجهول نیز به نظری اشاره شده است که فقط شرط را باطل می‌داند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۰۲/۳؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱۹/۵). در مقام دلیل آن نیز احتمال داده شده است که دلیل نظر، قاعده عدم فساد عقد به دلیل فساد شرط باشد (همان).

در مقام نقد این نظر گفته شده است که در مسئله مورد بررسی با توجه به اینکه شرط به اصل قرارداد لطمه وارد می‌نماید و مجهول بودن شرط، موجب غرری شدن قرارداد می‌گردد، نظریه بطلان قرارداد، صحیح است (همان). به دیگر سخن در اینجا بر فرض پذیرش قاعده عدم تسری بطلان از شرط به عقد، نمی‌توان به این قاعده استناد نمود؛ زیرا قاعده یادشده مربوط به مواردی است که شرط به اصل قرارداد لطمه وارد ننماید.

در پاسخ می‌توان گفت اینکه در مسئله مورد بررسی شرط خیار مجهول به اصل قرارداد لطمه وارد نماید، محل تأمل است؛ همان گونه که در بند پیشین و در قسمت ادله قائلان به فساد عقد نیز به این نکته اشاره گردید. جالب توجه است که در نظری شاذ، برخی فقیهان در فرضی که مدت شرط خیار قابل زیادت و نقصان است، در صورت قبول طرف قرارداد از صحت آن، سخن گفته‌اند (فیاض، بی‌تا: ۱۴۷/۲). هرچند ایشان دلیلی برای این نظر بیان نکرده‌اند، به نظر می‌رسد دلیل صحیح دانستن عقد و

شرط، عدم پذیرش ادله بطلان شرط و عقد باشد. لیکن پذیرش این نظر از جهت صحیح دانستن شرط با این اشکال روبه‌روست که اگر تسری جهالت از شرط به عقد پذیرفته نشود و حدیث نهی از غرر و دلالت آن بر بطلان عقد و شرط پذیرفته نگردد، حداقل به نظر می‌رسد که بنای عقلا چنین شرطی را صحیح نمی‌داند. بنابراین نظر میانه بطلان شرط و صحت عقد است. طبیعتاً اگر شرط مجهول باشد، ولی ضابطه‌ای که برای تعیین مدت در آن قرار داده شده است، عقلایی باشد، به نظر می‌رسد بنای عقلا دلالتی بر بطلان شرط در چنین حالتی نیز ندارد.

۳. حقوق موضوعه ایران

قانون‌گذار مدنی ایران در قسمت مربوط به خیار شرط، فقط سه ماده را به این خیار اختصاص داده است. در ماده ۳۹۹ قانون مدنی از امکان شرط خیار در مدت معین سخن گفته است. در ماده ۴۰۰ نیز در مواردی که مدت برای خیار مشخص شده است، ولی ابتدای مدت مورد تصریح قرار نگرفته است، شروع خیار را از تاریخ عقد دانسته و در نهایت در ماده ۴۰۱ قانون مدنی چنین بیان داشته است:

«اگر برای خیار شرط، مدت معین نشده باشد، هم شرط خیار و هم بیع باطل است.»

همان گونه که ملاحظه می‌شود، ماده ۴۰۱ فرضی را بیان می‌نماید که برای خیار شرط اصلاً مدتی تعیین نگردد. در واقع این حالت یکی از حالت‌های گوناگونی است که در متون فقهی مورد بررسی قرار گرفته است. در واقع این فرض، همان توافق در مورد خیار به نحو مطلق و بدون اشاره به مدت آن است که در مبحث پیشین تبیین گردید. در هر حال قانون‌گذار مدنی ایران فرضی را که مدت مجهول برای خیار شرط مشخص می‌شود، مورد تصریح قرار نداده است. حال سؤالی که وجود دارد این است که اولاً ماده ۴۰۱ قانون مدنی بر چه مبانی استوار است و ثانیاً در مواردی که مدت ذکر می‌شود، ولی مجهول است، از نظر حقوقی چه حکمی جاری است.

در مورد مبانی ماده ۴۰۱ قانون مدنی در متون حقوقی، نویسندگانی که به بررسی موضوع پرداخته‌اند، گوشه‌ای از همان ادله فقهی را که برای بطلان شرط و عقد در

مبحث پیشین بیان شد، متذکر گردیده‌اند. در این راستا از سویی به غری شدن معامله در صورت عدم ذکر مدت خیار استناد شده است (صفایی، ۱۳۸۵: ۲/۲۷۵؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۱۸۹؛ طاهری، ۱۴۱۸: ۴/۵۲۸؛ امامی، بی‌تا: ۲/۳۳۷). دلیل دیگری که مورد تمسک قرار گرفته است، سرایت جهل از شرط به عوضین قرارداد است. توضیح اینکه بر اساس بند ۲ ماده ۲۳۳ قانون مدنی، شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می‌گردد، از جمله شروط باطل و مبطل به شمار آمده است. بر اساس این استدلال در مواردی که مدت خیار معین نیست، معلوم نبودن مدت، باعث جهل به عوض می‌گردد؛ برای مثال چنانچه شرط خیار به نفع بایع قرار داده شود، علاوه بر ثمن، خیار نیز جزء عوض است و در صورت معلوم نبودن آن، معلوم نیست بایع دقیقاً چه چیزی به دست آورده است (صفایی، ۱۳۸۵: ۲/۲۷۴-۲۷۵). کما اینکه به اعتقاد برخی حقوق‌دانان از آنجا که در عقد خیاری تصرفات منافی خیار ممنوع است، همین مسئله از ارزش مبیع (موضوع قرارداد) می‌کاهد؛ همچنان که در مواردی که خیار برای مشتری قرار داده می‌شود، ارزش پولی که به بایع داده شده است و ممکن است در اثر فسخ قرارداد به مشتری بازگشت داده شود، با ارزش پولی که به طور قطعی به بایع منتقل شده است متفاوت است و اگر نتوان مدت تزلزل عقد را تشخیص داد، میزان آن ثمن مجهول می‌ماند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۵/۱۷۰).

برخی حقوق‌دانان در نقد این دلیل معتقدند که لزوم معلوم بودن عوضین قرارداد تنها در هنگام انعقاد قرارداد شرط صحت قرارداد است و در فرض شرط خیار با مدت مجهول نیز عوضین معلوم است. به اعتقاد ایشان، شرط خیار بدون تعیین مدت، موجب مجهول شدن سود ناشی از قرارداد می‌گردد و معلوم بودن سود ناشی از قرارداد شرط اعتبار قرارداد محسوب نمی‌شود (باریکلو، ۱۳۹۴: ۱/۱۹۳).

دلیل دیگری که برخی حقوق‌دانان به آن استناد جسته‌اند، مخالفت شرط خیار بدون مدت با مقتضای ذات عقد است. به اعتقاد ایشان در عقود لازم، لزوم مقتضای عقد است و اگر در عقد لازم، خیار شرط بدون ذکر مدت ذکر گردد، این شرط با مقتضای مزبور منافی بوده و در نتیجه شرط و عقد باطل است (عدل، ۱۳۷۸: ۲۱۵). برخی دیگر از حقوق‌دانان همین دلیل را با عباراتی دیگر بیان داشته‌اند؛ بدین ترتیب که چگونگی التزام

به قرارداد به خاطر اهمیت ویژه آن در تراضی، قید قرارداد به شمار می‌آید و جزء مقتضای ذات قرارداد است. به اعتقاد ایشان چنانچه شرط خیار مجهول بماند، با توجه به تنافی که مقتضای مزبور دارد، موجب غرری شدن و فساد عقد می‌گردد و فساد عقد تبعی محسوب نمی‌شود و قرارداد از اساس، به خاطر وجود شرط منافی با مقتضای آن، نفوذ حقوقی نخواهد داشت. طبیعی است که بند نخست ماده ۲۳۳ قانون مدنی از مبطل بودن شرط خلاف مقتضای عقد سخن گفته است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۷۰/۵).

در مقام نقد این نظر نیز همان گونه که قبلاً در قسمت فقهی بیان گردید، پابندی به قرارداد جزء مقتضای ذات عقد نیست و اینکه قید قرارداد به شمار آید نیز فقط ادعایی است که مطرح شده و برای آن دلیل قانع‌کننده ارائه نگردیده است.

برخی حقوق‌دانان نیز معتقدند که شرط خیار با مدت نامعلوم مشمول عنوان معامله غرری و موارد مندرج در ماده ۲۳۳ قانون مدنی (شرط مخالف مقتضا و شرط مجهول موجب جهل به عوضین) نیست، بلکه عنوان مستقلی دارد و دلیل بطلان آن، این است که در مدت خیار، شخص فاقد خیار باید از انجام تصرفات منافی با آن اجتناب نماید. به دیگر سخن وی متعهد به عدم انجام تصرفات منافی است. حال در صورتی که مدت خیار معلوم نباشد، چنین تعهدی، تعهدی همیشگی و ابدی است حال آنکه تعهدات ابدی باطل به شمار می‌آید. البته ایشان لزوم تعیین مدت برای خیار را ناظر به قراردادهای غیر موقت می‌دانند و در قراردادهای موقت تعیین مدت را دارای اهمیت به شمار نمی‌آورند. به اعتقاد ایشان اگر مدت عقد معلوم باشد، از آنجا که عقلاً مدت خیار بیشتر از مدت قرارداد نیست، شرط خیار مجهول خللی به اعتبار قرارداد وارد نمی‌نماید (باریکلو، ۱۳۹۴: ۱۹۴/۱-۱۹۵).

در مقام نقد این نظر نیز می‌توان گفت که از سویی، همیشگی بودن تعهد در صورتی است که مدت خیار دائمی دانسته شود و اگر خیار حمل بر مدت سه روز یا مدتی متعارف یا فوری گردد، دیگر نمی‌توان از تعهد دائمی سخن گفت. از سوی دیگر، دلیل روشنی بر اینکه تعهد دائمی باطل است، ارائه نشده است و معلوم نیست که چرا باید تعهد دائمی در موردی ویژه باطل باشد. به علاوه معلوم نیست که چگونه می‌توان با این نظر حکم ماده ۴۰۱ مبنی بر بطلان عقد را توجیه نمود.

برخی حقوق دانان در مقام تفسیر ماده ۳۹۹ قانون مدنی معتقدند که ذکر مدت، شرط حتمی برای خیار نیست و از این رو معتقدند در بیع شرط که نوعی بیع خیار است، می‌توان شرط نمود که بایع به محض رد ثمن، خیار فسخ بیع را داشته باشد و ادعا نموده‌اند که فرع مندرج در ماده ۴۰۱ قانون مدنی را مبنی بر اینکه عدم تعیین مدت موجب بطلان شرط و عقد است، در متون فقهی نیافته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۸۴).

در نقد این نظر می‌توان گفت که ظاهر ماده ۳۹۹ قانون مدنی این است که در مورد شرط خیار، تعیین مدت لازم است و معلوم نیست الزامی نبودن تعیین مدت، چگونه از این ماده استنباط گردیده است. به علاوه معلوم نیست ایشان چگونه فرع مندرج در ماده ۴۰۱ را در متون فقهی نیافته‌اند؛ حال آنکه در قسمت بررسی فقهی موضوع، بسیاری از فقیهان به آن پرداخته‌اند. البته فارغ از انتقادی که به ادعاهای ایشان وارد است، اینکه ایشان شرط خیار بدون مدت را منافی مقتضای عقد یا موجب جهل به عوضین ندانسته‌اند، قابل تأیید به نظر می‌رسد. البته اعتقاد ایشان درباره مدت خیار شرط در مواردی که مدت آن توسط طرفین ذکر نگردد و نیز سایر خیاراتی که مدت آن توسط قانون معین نشده باشد، فوری بودن خیار است (همان: ۸۲۶-۸۲۷). دلیل این حقوق دان در این باره، اصل عدم ولایت انسانی بر انسان دیگر است (همو، ۱۳۸۱: ۱۷۲-۱۷۳). در واقع اصل مزبور اقتضا می‌نماید که اصل در خیار، فوریت آن باشد. همچنین به اعتقاد ایشان، شرط خیار درازمدت با عنصر لزوم عقد مابینت دارد (همان: ۲۱۵).

همان گونه که ملاحظه می‌شود، استدلال‌های فوق، جزئی از استدلال‌هایی است که در متون فقهی بیان شده است و حقوق دانان نیز با اقتباس از فقه امامی به طرح آن پرداخته‌اند. بنابراین بدیهی است که همان انتقاداتی که در مبحث پیشین بر این استدلال‌ها وارد گردید، در اینجا نیز وارد است.

گفتنی است که هرچند در ماده ۴۰۱، عدم تعیین مدت موجب بطلان شرط و عقد دانسته شده است، لیکن برخی حقوق دانان، شرط خیار با مدت مجهول را نیز به خیار شرطی که برایش مدت تعیین نشده باشد، ملحق نموده یا تفکیکی میان آن قائل نشده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۵/۱۷۰؛ صفایی، ۱۳۸۵: ۲/۲۷۴؛ طاهری، ۱۴۱۸: ۴/۱۳۰؛ امامی، بی‌تا: ۴۹۰/۲).

نکته قابل توجه دیگر این است که اختلاف فقیهان در مورد امکان دائمی بودن خیار شرط، به حقوق دانان نیز راه یافته است. برخی حقوق دانان، همیشگی و دائمی بودن خیار را می‌پذیرند و آن را از دایره ماده ۴۰۱ خارج می‌دانند (همان: ۴۸۹)، در حالی که برخی دیگر، آن را مدت معین محسوب ننموده و شرط خیار همیشگی را مبطل عقد می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۶۷/۵-۱۶۸؛ صفایی، ۱۳۸۵: ۲/۲۷۵-۲؛ باریکو، ۱۳۹۴: ۱/۱۹۳). البته گروه اخیر نیز در مورد قراردادهای مسامحی اختلاف دارند. توضیح اینکه برخی، دائمی بودن خیار را حتی در قراردادهای مسامحی مخالف مقتضای ذات عقد می‌پندارند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۶۸/۵-۱۶۹). حال آنکه برخی دیگر، دائمی بودن خیار را در این قراردادها مغایر با مقتضای عقد به شمار نمی‌آورند (صفایی، ۱۳۸۵: ۲/۲۷۵-۲۷۶).

همان گونه که در قسمت نقد و بررسی نظرات فقهی نیز گذشت، اصولاً به نظر نمی‌رسد که دائمی بودن خیار منافاتی با مقتضای ذات عقد داشته باشد.

نتیجه‌گیری

با بررسی‌های به عمل آمده در این پژوهش، این نتیجه حاصل شده است که از نظر فقهی در مورد وضعیت شرط خیار بدون مدت یا با مدت مجهول، اجماعی وجود ندارد. در خصوص شرط خیار بدون مدت، گروهی از فقیهان به استناد ادله‌ای چون غرری شدن قرارداد، مخالفت با کتاب و سنت و مجهول شدن موضوع قرارداد، شرط را باطل و موجب بطلان قرارداد دانسته‌اند. لیکن ادله یادشده با این اشکال روبه‌روست که با توجه به مبانی، هر مجهولی موجب غرر محسوب نمی‌شود. افزون بر اینکه دلیل محکمی بر دلالت غرر بر بطلان وجود ندارد و حدیث نهی از غرر گذشته از ضعف سندی، از منظر دلالتی نیز دلالت آن بر بطلان، محل اختلاف است. به علاوه برای مشخص نمودن زمان برای خیار شرط بدون مدت، راه‌هایی چون پذیرش مدت سه روزه یا دائمی ارائه شده است. در این ارتباط، پذیرش مدت سه روزه با توجه به اینکه ادله محکمی برای آن ارائه نشده است، دشوار است؛ لیکن در صورتی که مقدمات حکمت وجود داشته باشد، منعی برای منتسب نمودن مدت دائمی به اراده طرفین و نیز برخورداری خیار از مدت همیشگی به نظر نمی‌رسد و ادعای مخالفت مدت دائمی خیار با مقتضای ذات قرارداد

پذیرفته نیست. همچنان که در موارد ابهام نیز توسل به عرف یا نهایتاً اکتفا به فوری بودن خیار می‌تواند سازگاری بیشتری با استحکام معاملات داشته باشد. بنابراین حکم ماده ۴۰۱ قانون مدنی که از بطلان شرط و عقد سخن گفته است، قابل انتقاد بوده و شایسته اصلاح است.

در مورد خیار شرط مجهول در مواردی که برای آن ضابطه مجهولی تعیین می‌گردد که احتمال کم و زیاد در آن وجود دارد، نظر غالب بر بطلان شرط و عقد است و در این زمینه نیز به اجماع، غرر و نهی از آن، تسری جهالت از شرط به عوضین قرارداد و فساد شرط و سرایت آن به عقد استناد شده است. لیکن هیچ یک از ادله یادشده نمی‌تواند ادعای بطلان عقد را اثبات نماید؛ زیرا نه تنها اجماعی در این زمینه وجود ندارد، ادعای سرایت جهالت به عوضین قرارداد و ادعای رخ دادن غرر، مبتنی بر ادله قانع‌کننده‌ای نیست و استحکام معاملات نیز ایجاب می‌نماید که شرط مجهول نتواند لطمه‌ای به عقد وارد نماید. حتی در مواردی که علم اجمالی به مدت خیار وجود دارد و با ضابطه‌ای عقلایی می‌توان جهل نسبت به مدت را ولو در آینده برطرف نمود، صحیح دانستن شرط در کنار عقد اقوی به نظر می‌رسد.

با توجه به مطالب فوق پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار در مواردی که مدت برای شرط تعیین نمی‌گردد و از اراده طرفین یا عرف نمی‌توان مدت مشخص یا دائمی بودن خیار را استنباط نمود، قانون خود مدت متعارفی را به عنوان مدت شرط مقرر نماید یا حکم به فوریت اعمال خیار نماید.

در مورد مجهول بودن مدت شرط خیار نیز پیشنهاد می‌شود جهل مطلق را موجب بطلان شرط دانسته و مواردی که علم اجمالی به مدت خیار وجود دارد و ضابطه عقلایی برای تعیین تفصیلی مدت قرار داده شده است، شرط را صحیح به شمار آورد.

کتاب شناسی

۱. ابن براج، قاضی عبدالعزیز، *جواهر الفقه - العقائد الجعفریه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۲. ابن زهره حلبی، سید حمزه بن علی حسینی، *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ق.
۳. ابن فارس، احمد، *معجم مقاییس اللغة*، قم، مکتبه الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۴. ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، قم، نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵ ق.
۵. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامی، بی تا.
۶. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۷. ایروانی، باقر، *دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری*، قم، بی تا، ۱۴۲۷ ق.
۸. باریکلو، علیرضا، *حقوق قراردادها - عقود معین*، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
۹. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۰. بروجرودی عبده، محمد، *حقوق مدنی*، تهران، مجد، ۱۳۸۰ ش.
۱۱. بهجت، محمد تقی، *استفتائات*، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۸ ق.
۱۲. تبریزی، جواد بن علی، *ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۶ ق.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل، تئوری موازنه*، ۱۳۸۱ ش.
۱۴. همو، *مجموعه محشی قانون مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۱۵. جمعی از پژوهشگران، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶ ق.
۱۶. جمعی از مؤلفان، *مجله فقه اهل بیت علیهم السلام*، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، بی تا.
۱۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، قم، آل البیت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
۱۸. حسینی، هاشم معروف، *نظریة العقد فی الفقه الجعفری*، بیروت، مکتبه هاشم، بی تا.
۱۹. حسینی روحانی، سید صادق، *منهاج الصالحین*، بی جا، بی تا، بی تا.
۲۰. حسینی سیستانی، سید علی، *منهاج الصالحین*، قم، دفتر معظم له، ۱۴۱۷ ق.
۲۱. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۲۲. حلبی، ابوالصلاح، *الکافی فی الفقه*، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۲۳. رشتی، میرزا حبیب الله، *فقه الامامیه - قسم الخیارات*، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۰۷ ق.
۲۴. سبحانی تبریزی، جعفر، *الرسائل الاربع*، قم، بی تا، ۱۴۱۵ ق.
۲۵. سعدی، ابوجیب، *القاموس الفقهی لغة واصطلاحاً*، دمشق، دار الفکر، ۱۴۰۸ ق.
۲۶. سیفی، علی اکبر، *مبانی الفقه الفعال فی القواعد الفقهیه الاساسیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۵ ق.
۲۷. شبیری زنجانی، سید موسی، *کتاب نکاح*، قم، رای پرداز، ۱۴۱۹ ق.
۲۸. شریف مرتضی، علی بن حسین، *الاتصار فی انفرادات الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۲۹. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقیه*، قم، اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۰. صفایی، سید حسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها*، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.

۳۱. طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۳۲. طباطبایی قمی، سید تقی، *الدلائل فی شرح منتخب المسائل*، قم، کتاب فروشی محلاتی، ۱۴۲۳ ق.
۳۳. همو، *دراساتنا من الفقه الجعفری*، قم، مطبعة الخيام، ۱۴۰۰ ق.
۳۴. همو، *مبانی منهاج الصالحین*، قم، قلم الشرق، ۱۴۲۶ ق.
۳۵. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *حاشیة المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۳۶. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *التخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۳۷. همو، *تهذیب الاحکام*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۳۸. عاملی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، *الدروس الشرعية فی فقه الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۳۹. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۴۰. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، قزوین، طه، ۱۳۷۸ ش.
۴۱. عرفانیان یزدی، غلامرضا، *تسمیم کتاب اصول الفقه*، قم، بی‌نا، ۱۴۱۷ ق.
۴۲. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *مختلف الشيعة فی احکام الشريعة*، قم، اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۴۳. غروی نائینی، میرزا محمد حسین، *المکاسب والبيع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۴۴. فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، چاپ دوم، قم، دار الهجره، ۱۴۱۰ ق.
۴۵. فیاض، محمد اسحاق، *منهاج الصالحین*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۴۶. قرشی، سید علی اکبر، *قاموس قرآن*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۱۲ ق.
۴۷. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها*، تهران، انتشار، ۱۳۷۶ ش.
۴۸. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۴۹. مرعشی، سید محمد حسن، *دیدگاه‌های نو در حقوق*، تهران، میزان، ۱۴۲۷ ق.
۵۰. مشکینی، میرزا علی، *مصطلحات الفقه*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۵۱. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، *المقنعه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
۵۲. مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الاصول*، قم، بی‌نا، ۱۴۲۸ ق.
۵۳. همو، *دائرة المعارف فقه مقارن*، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، ۱۴۲۷ ق.
۵۴. موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن، *قواعد فقهیه*، تهران، عروج، ۱۴۰۱ ق.
۵۵. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *المستند فی شرح العروة الوثقی*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۵۶. همو، *مصباح الفقاهه*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۵۷. همو، *منهاج الصالحین*، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۵۸. همو، *موسوعة الامام الخوئی*، قم، مؤسسة احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ ق.
۵۹. موسوی خویی، سید محمد تقی، *الشروط و الالتزامات التبعية فی العقود*، بیروت، دار المؤرخ العربی، ۱۴۱۴ ق.
۶۰. نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۶۱. نراقی، مولی محمد مهدی بن ابی ذر، *انیس التجار*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۵ ق.
۶۲. واسطی زبیدی، محب‌الدین سید محمد مرتضی، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ ق.

بررسی فقهی

حبس داده‌ها در فضای مجازی*

- علی اکبر ایزدی فرد^۱
- عابدین مؤمنی^۲
- سیدمجتبی حسین نژاد^۳
- فاضل امیری سوادرودباری^۴

چکیده

وقوع حبس در فضای مجازی، یکی از مهم‌ترین رخدادهای عصر حاضر است. در بسیاری از موارد در فضای مجازی، اطلاعات و داده‌های علمی، آموزشی و مالی افراد مورد حبس قرار می‌گیرد؛ به گونه‌ای که حابس، مانع استفاده صاحبان اثر از اطلاعات خود می‌گردد. سؤالی که مطرح است اینکه آیا حبس در فضای مجازی جایز است؟ در صورت عدم جواز، حکم آن به لحاظ تکلیفی و

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۹/۲ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۴/۱۲.

۱. استاد دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول) (Ali85Akbar@yahoo.com).

۲. دانشیار دانشگاه تهران (m.moumeni@gmail.com).

۳. استادیار مؤسسه آموزش عالی پارسا، بابلسر (mojtabahoseinnezhad4@gmail.com).

۴. دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد بابل (fazel.amirisavadrudbari@gmail.com).

وضعی چیست؟ آیا حبس در همه موارد، موجب حرمت و ضمان قرار می‌گیرد؟ وقوع حبس در فضای مجازی در مواردی موجب حرمت و ضمان است، اما در مواردی فقط حکم ضمان یا فقط حکم حرمت و وجوب رفع حبس می‌آید، هرچند که ممکن است در مصادیقی، نه حکم حرمت بیاید و نه حکم ضمان. در این پژوهش دلایلی چون حکم عقل به قبح تصرف در اموال دیگران بدون اذن ولی، حرمت اکل مال به باطل، قاعده علی‌الید و قاعده احترام در ارتباط با حرمت و ضمان و جهل و شبهه و انتفاء ادله ضمان در فرض اباحه و عدم ضمان از جمله موضوعاتی است که مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

واژگان کلیدی: حبس، غصب، حکم تکلیفی، حکم وضعی، حرمت، ضمان.

مقدمه

از جمله مسائل نوپیدای عصر کنونی که معلول فناوری بشری بوده است، مسائل مربوط به فعل و انفعالات در فضای مجازی است. یکی از مهم‌ترین این فعل و انفعالاتی که از شیوع به‌سزایی برخوردار می‌باشد، حبس در فضای مجازی است. با توجه به تشویش عبارات فقها در باب غصب و مسائل مختلف مربوط به استیلاء بر اموال دیگران بدون اذن ایشان و از طرفی قرار نگرفتن بسیاری از مصادیق استیلاء در قالب غصب و از طرفی دیگر، نبودن ضابطه و معیاری مشخص برای حکم تکلیفی و وضعی استیلاء بر اموال دیگران بدون اذن ایشان، نگارندگان با آوردن عبارت «هو الاستیلاء علی مال أو حقّ بغير حقّ وإن لم يتصرّف» به عنوان تعریف حبس که تعریفی اعم از غصب است و تمامی مصادیق استیلاء را در بر می‌گیرد و نیز تبیین و دسته‌بندی مصادیق آن از حیث حکم تکلیفی و وضعی، به بررسی نوع مجازی این مصادیق و تطبیق حکم تکلیفی و وضعی بر آن می‌پردازند. سؤالاتی که در این تحقیق مورد مذاقّه قرار می‌گیرند، عبارت‌اند از: معنای اصطلاحی حبس چیست؟ مصادیق حبس در فضای مجازی از جهت حکم تکلیفی و وضعی بر چند قسم می‌باشند؟ ادله حکم تکلیفی و وضعی مصادیق حبس در فضای مجازی چیست؟ ادله تسری حکم تکلیفی و وضعی به مصادیق حبس در فضای مجازی کدام‌اند؟

۱. مفهوم لغوی و اصطلاحی حبس

واژه «حبس» در لغت به معنای بازداشتن، ممانعت و محروم نمودن است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۲۱۶؛ فیومی مقری، بی تا: ۱۱۸/۲؛ حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۲۳۴/۸). در رابطه با تعریف اصطلاحی حبس، تعریف مشخصی از ناحیه فقها ارائه نشده است، ولی در عین حال با جستجو در سخنان فقها در باب غصب می توان به نتایجی در این مورد دست یافت. لذا تقریب معنای اصطلاحی حبس متوقف بر تبیین دقیق موضوع شناسی غصب است. عناصر تشکیل دهنده غصب در فقه شیعه عبارت اند از:

۱-۱. استقلال یا استیلاء

گروهی از فقها در تعریف غصب، آن را به استقلال بر مال دیگری تعریف نموده اند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۸۴/۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۲۱/۲)، در حالی که گروه دیگر به جای واژه استقلال در تعریف غصب، از واژه استیلاء استفاده نموده اند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۴۹/۱۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۶/۱۴). به نظر می رسد که تعریف ارائه شده از گروه اول، جامع افراد نباشد؛ زیرا دو مورد ذیل را شامل نمی شود:

مورد اول: شخص یا اشخاصی، قسمتی از اموال دیگری همچون خانه را تصرف نمایند و قسمت دیگر آن همچنان در دست مالک باقی بماند.

مورد دوم: دو یا چند نفر به صورت مشارکتی بدون اینکه مستقل در تصرف باشند، در اموال دیگری همچون خانه تصرف نمایند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۴۶/۱۲-۱۴۷؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۶/۱۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۱۰/۳۷).

بی شک دو مورد فوق، از مصادیق غصب به شمار می آیند، در حالی که بنا بر تعریف اول از آنجایی که در هر دو مورد، غاصب مستقل در تصرف نمی باشد، هیچ یک از این دو مورد غصب به شمار نمی آیند؛ لذا تعریف اول صحیح نیست. ولی با آوردن قید استیلاء به جای استقلال در تعریف غصب، دو مورد فوق نیز از مصادیق غصب به شمار می آیند.

البته شایان ذکر است که استیلاء در سخنان تعدادی از فقها به معنای مسلط شدن بر مال غیر است که لازمه اش تصرف در آن مال است؛ خواه آن مال منقول باشد یا غیر

منقول (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۸۴/۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۲۲/۲؛ قطن حلی، ۱۴۲۴: ۴۰۹/۲). بنابراین هر گاه کسی مانع تصرف مالک در مالش شود، بی‌آنکه تسلط بر آن مال پیدا کند، غاصب محسوب شمرده نمی‌شود؛ یعنی از منظر این گروه از فقها، جنبه سلبی (رفع ید) کافی شمرده نمی‌شود. شهید ثانی دلیل این گروه از فقها را عدم تحقق غصب در این مسئله می‌داند، اگرچه شخص متجاوز، آثم و گناهکار است (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۴۹/۱۲).

۲-۱. مال بودن

فقها در تعریف غصب، واژه مال را آورده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۸۴/۳؛ هذلی حلی، ۱۴۰۵: ۳۴۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۲۲/۲؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۱۶۶/۲) مراد از مال اعم از عین و منفعت است (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۴۶/۱۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰/۳۷). وجود این قید در تعریف غصب، موجب احتراز از اثبات ید بر انسان زنده می‌شود که این اثبات موجب ضمان نمی‌شود (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۴۶/۱۲؛ همو، ۱۴۱۰: ۲۱/۷؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰/۳۷؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۵/۱۴). منتها به نظر می‌رسد که نظریه فوق صحیح نباشد؛ زیرا این مسئله حتی اگر به عنوان غصب در اصطلاح فقها به شمار نیاید، باز هم شخص حابس ضامن است و چنان که خواهد آمد، هیچ تلازمی بین غصب و ضمان وجود ندارد؛ چرا که با ضامن شمردن این شخص، از مفاسد و ضرر بزرگی جلوگیری می‌شود، چه بسا با حبس یک صنعتگر، او و خانواده‌اش از گرسنگی هلاک شوند، لذا هیچ منعی برای ضامن شمردن چنین فردی وجود ندارد؛ چرا که اقدام او نوعی ستم و به تجاوز به حقوق دیگران است و به حکم شرع به همان اندازه می‌توان از او مطالبه ضرر و زیان نمود: «فاعتدوا بمثل ما اعتدی علیکم...» (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۵۱۳/۱۰). لذا اگر شخص آزاد، دارای شغل و حرفه معلومی باشد که هر روز و همیشه بدان می‌پردازد و کسی چنین شخصی را حبس کند و یا او را از کار باز دارد، ضامن است و باید از عهده خسارت برآید؛ زیرا عرف و سیره عقلا، چنین قضاوت می‌کنند که به وسیله این بازداشت، عمل آن شخص که سودآور بوده از دست رفته و یا لااقل جلوی منفعت وی گرفته شده است (موسوی خویی، بی‌تا: ۳۶/۲).

۳-۱. مال غیر بودن

وجود این قید در تعریف فقها (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۸۴/۳؛ هذلی حلی، ۱۴۰۵: ۳۴۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۲۲/۲؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۱۶۶/۲)، احتراز از مواردی است که شخص به صورت عدوانی بر مال خود استیلاء یابد؛ مانند زمانی که راهن، مالی را که شرط شده در دست مرتهن باشد، از تصرف مرتهن خارج نماید و خود بر آن مال استیلاء یابد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰/۳۷). در این صورت اگرچه راهن گناهگار و ضامن است، ولی بر حسب عرف غاصب نیست (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۶/۱۴).

۴-۱. تصرف به صورت عدوانی و یا از روی ناحق

گروهی از فقها غضب را به استیلاء بر مال غیر به صورت عدوانی تعریف نموده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۸۴/۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۲۲/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۴۹/۱۲؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۰۸/۶؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۶/۱۴). به طوری که راشد صیمری این نظریه را نظریه مختار کثیری از فقها و مشهور بین آن‌ها دانست (صیمری، ۱۴۲۰: ۸۱/۴). در برابر این نظریه تعداد اندکی از فقها از جمله علامه در تحریر (بی‌تا: ۱۳۷/۲)، به جای قید «عدواناً»، قید «بغیر حق» افزودند. این نظریه به عنوان نظریه غیر مشهور بوده و در کتب فقهی چون *المهذب البارع* در قالب «قیل» آمده است (اسدی حلی، ۱۴۰۷: ۲۴۵/۴). در مجموع به واسطه هر یک از این قیود، اثبات ید مرتهن و ولی و وکیل و مستأجر بر اموال، از تعریف غضب خارج می‌شوند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۴۶/۱۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۶/۱۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰/۳۷). در مقام بررسی این دو نظریه باید گفت:

تعریف دوم اعم از تعریف اول است و مانع اغیار نمی‌باشد؛ چرا که تمامی مصادیق استیلاء را نمی‌توان بر حسب مقتضای عرف غضب نامید. تصرف عدوانی و از روی ظلم در موردی است که متصرف بداند مال متعلق به غیر است و اجازه تصرف در آن را ندارد. بنابراین چنانچه متصرف بر یکی از آن دو جاهل باشد، غاصب محسوب نمی‌گردد؛ برای نمونه کسی به تصور آنکه اتومبیلی که پدرش سوار می‌شده، متعلق به پدرش بوده و اکنون که مرده است، جزء ترکه و متعلق به اوست، سوار آن بشود و حال آنکه پدرش اتومبیل را عاریه گرفته بوده است و یا آنکه کسی از مالک اتومبیلی اجازه می‌گیرد که

اتومبیل او را از گاراژ عمومی بردارد و سوار شود، چون به گاراژ می‌رود اشتباهاً اتومبیل دیگری را که شباهت به اتومبیل او دارد، سوار می‌شود. تصرف در دو مورد مزبور اگرچه بدون مجوز قانونی می‌باشد و در احکام و آثار با غصب یکسان است، ولی اصطلاحاً به آن غصب گفته نمی‌شود، بلکه در حکم غصب است. از اینجاست که قانون مدنی در ذیل ماده ۳۰۸ می‌گوید:

«... اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است» (امامی، بی‌تا: ۳۶۲/۱-۳۶۳).

نمونه‌های مذکور، به صورت قطعی بر حسب مقتضای عرف غصب شمرده نمی‌شوند، اگرچه موجب ضمان بر شخص می‌شوند؛ زیرا ضمان منحصر در غصب نیست و هیچ تلازمی به اجماع فقها بین ضمان و غصب نیست (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۶/۱۴) به خاطر همین، فقها اسباب ضمان را منحصر در غصب نمی‌دانند (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۹/۷؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۰/۴۹۳ و ۴۹۵). گذشته از اینکه غصب به اجماع فقها و بر حسب مقتضای روایات و آیات حرام است، در حالی که مواردی از استیلا همچون اثبات ید از روی جهل و شبهه اگرچه موجب ضمان می‌گردند، ولیکن به صورتی قطعی محکوم به حکم تکلیفی حرمت نمی‌باشند. لذا آوردن قید عدوانی که به عنوان قید احترازی از موارد یادشده تلقی می‌شود، متناسب با مقتضای غصب می‌باشد (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۷/۱۴؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۲/۱۴۸). لذا وجود قید عدواناً که دلالت بر ظلم می‌کند، در تعریف غصب ضروری می‌باشد.

۲. نظریه مختار در تعریف اصطلاحی غصب و مقایسه آن با حبس

در مقام تحقیق باید گفت که به نظر می‌رسد که نمی‌توان تعریفی از غصب به طوری که جامع افراد و در عین حال مانع اغیار باشد، ارائه نمود. برای نمونه در مورد قید دوم، چنان که گذشت، فقها این قید را برای احتراز از حبس و زندانی کردن انسان زنده از تعریف غصب آورده‌اند، در حالی که حبس و زندانی کردن انسان حر، استیلا بر منفعت وی است؛ چرا که مانع اشتغال وی شده و به تبع آن منفعت را از وی سلب نموده است و منفعت نیز حتی بنا بر نظریه فقهای از جمله شهید ثانی که قید دوم را

آورده‌اند و این مورد را داخل در غصب نمی‌دانند، از جمله اموال در نظر گرفته می‌شود (عاملی جعی، ۱۴۱۳: ۱۴۶/۱۲)؛ لذا آوردن قید دوم نمی‌تواند موجب خروج این مورد از تعریف غصب شود. بلکه در این مقام باید گفت که غصب دارای معنای شرعی نبوده، بلکه فقط دارای معنای لغوی و عرفی است؛ چنان که فقهای همچون محقق اردبیلی در این مقام نگاشته‌اند: واژه غصب دارای مفهوم شرعی که از شارع نقل شده باشد، نیست و این نکته‌ای است آشکار که همگان بر آن اتفاق نظر دارند. مفهوم شرعی غصب در واقع همان اصطلاح فقیهان است و به همین سبب در آن اختلاف پدید آمده است. لذا می‌توان بدانچه از معنای لغوی این واژه و احکام یقینی آن دریافت می‌شود، بسنده نمود؛ زیرا قاعده بر آن است که نقل در معنای واژه رخ نداده و حکم جدیدی برای آن پدید نیامده است، مگر همان احکامی که از طریق اجماع و نص وجود دارند و موجب یقین و ظن معتبر شرعی‌اند. پس می‌توان گفت که غصب همان معنای لغوی خود را دارد: گرفتن ظالمانه یک چیز (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۹۴/۱۰). چنان که صاحب جواهر نیز نگاشته است:

«برای غصب هیچ حقیقت شرعیه‌ای نیست؛ همان طوری که هیچ احکام مخصوصی اضافه بر قاعده ید و قاعده اتلاف نیست. لذا نیازی به زحمت افتادن در تنقیح معنای غصب نیست» (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰/۳۷).

در مقابل، از آنجایی که حبس دارای معنایی اعم از معنای غصب است، نقض و ابرام‌های بیان شده، نمی‌تواند موجب لطمه در تعریف آن شود و به راحتی می‌توان در تعریف آن گفت: «هو الاستیلاء علی مال أو حقّ بغير حقّ وإن لم يتصرّف».

به عبارت دیگر مواردی که توسط قید «استیلاء» یعنی منع مالک از تصرف در مالش بدون آنکه مسلط بر آن مال شود و در آن تصرف نماید، خارج می‌گردند، به واسطه قید «وإن لم يتصرّف» داخل در حبس می‌شوند، هرچند اطلاق واژه استیلاء ممکن است تنها به موردی انصراف پیدا کند که شخص مسلط بر مال شود و در آن مال تصرف کند و موردی را که شخص، مالک را از تصرف در مالش منع کند، بدون اینکه در آن مال تصرف کند، شامل نشود، منتها با آوردن قید «وإن لم يتصرّف» به‌عنوان قرینه در تعریف حبس، می‌توان این مورد را نیز داخل در حبس دانست. نیز

مواردی که توسط قید «ما للغير من مال» (مالی که متعلق به دیگری است) در عبارات فقها در تعریف غصب، خارج گردید، همچون استیلاي راهن بر مال مرهونه‌ای که شرط شده بود که در دست مرتهن باشد، هرچند غصب به شمار نمی‌آید، منتها از آنجایی که قرار گرفتن مال مرهونه در دست مرتهن در چنین فرضی، به عنوان حق مرتهن محسوب می‌شود و در عین حال در دست راهن است، به عنوان حبس به شمار می‌آید و به تبع آن قید «ما للغير» در تعریف حبس حذف شده است. نیز مواردی که به واسطه قید «استیلا به صورت عدوانی و بر اساس ظلم» از تعریف غصب خارج می‌گردند، همچون استیلاي بر مال دیگری از روی جهل و شبهه، از آنجایی که این موارد از مصادیق غصب به شمار نمی‌آیند، با آوردن قید «بغير حق» به جای «عدواناً» در تعریف حبس، داخل در تعریف حبس می‌گردند؛ زیرا استیلاء در این موارد هرچند عدوانی نیست، منتها از روی ناحق است. آوردن قید «من الحق» برای داخل نمودن استیلاي بر حقوقی همچون حقوق مؤلف در داخل تعریف غصب است. لذا در مجموع می‌توان گفت که نسبت بین حبس و غصب، عموم و خصوص مطلق است. با این اوصاف می‌توان گفت که مصادیق غصب، گذشته از حکم تکلیفی حرمت، موجب حکم وضعی ضمان نیز می‌باشند. در حالی که مصادیق حبس، تعدادی از آنها دارای حکم تکلیفی حرمت و حکم وضعی ضمان می‌باشند که از جمله آنها می‌توان به تمامی مصادیق غصب و نیز مواردی همچون استیلاي مرتهن بر مالی که شرط شده در دست مرتهن باقی باشد، اشاره نمود. همچنین بعضی از مصادیق حبس دارای حکم تکلیفی حرمت نبوده، بلکه فقط موجب ضمان می‌باشند. از جمله این مصادیق استیلاي بر مال دیگری از روی جهل و شبهه می‌باشد. بعضی از مصادیق حبس نیز همچون حبس نام اثر بر نوشته خود، دارای حکم تکلیفی حرمت بر حابس بوده، منتها مستلزم حکم وضعی ضمان نیستند. بعضی از موارد حبس نیز دارای حکم تکلیفی اباحه و نیز دارای حکم وضعی عدم ضمان می‌باشند که از جمله آنها بعضی از مصادیق کپی‌رایت در فضای سنتی می‌باشند که البته تبیین دو مورد اخیر با توضیح نوع مجازی آن، در آینده خواهد آمد.

۳. فضای مجازی

در رابطه با تبیین فضای مجازی، تعاریف مختلفی ارائه شده است. شاید بهتر باشد که به عنوان تعریفی مختصر و جامع و کامل‌تر، فضای مجازی و سایبری را این گونه تعریف کنیم:

«فضای مجازی محیط الکترونیکی واقعی است که ارتباطات انسانی به شیوه‌ای سریع و واقعی، فراتر از مرزهای جغرافیایی و با ابزار خاص خود، در آن زنده و مستقیم روی می‌دهد» (عباسی و مرادی، ۱۳۹۴: ۴۴).

قید واقعی، مانع از آن است که تصور شود مجازی بودن این فضا به معنای غیر واقعی بودن آن است؛ چرا که در این فضا نیز همان ویژگی‌های تعاملات انسانی در دنیای خارج همچون مسئولیت وجود دارد؛ ضمن اینکه فضای سایبر در واقع یک محیط است که ارتباطات در آن انجام می‌شود، نه صرف مجموعه‌ای از ارتباطات. از سوی دیگر، این ارتباطات اگرچه ممکن است در همه شرایط برخط^۱ نباشند، ولی زنده و واقعی و مستقیم هستند. از این رو، تأثیر و تأثر بالایی در این روابط رخ می‌دهد (همان).

فضای مجازی را می‌توان برای توصیف تمام انواع اطلاعاتی موجود شده از طریق شبکه‌های رایانه‌ای به کار برد. در حقیقت فضای مجازی نوع متفاوتی از واقعیت مجازی و دیجیتالی است که توسط شبکه‌های رایانه‌ای هم‌پیوند تأمین می‌شود که با اندکی مسامحه می‌توان آن را مترادف با شبکه جهانی اینترنت دانست. در مجموع فضای مجازی را می‌توان فضایی که در آن فعالیت‌های گوناگون در ابعاد داده‌ورزی و اطلاع‌رسانی، ارتباطات و ارائه خدمات، مدیریت و کنترل از طریق سازوکارهای الکترونیکی و مجازی انجام می‌پذیرد، تعریف کرد (صدری و کروی، ۱۳۸۴: ۵۸).

فضای مجازی در هر تعبیری و با هر تعریفی، قلمروی وسیع، بدیع و بکر است که برای ساکنان خود، امکانات، آزادی‌ها، فرصت‌ها، دلهره‌ها، آسیب‌ها و محدودیت‌های نوینی را به همراه دارد. اهمیت این قلمرو تا حدی است که امروزه برخی اندیشمندان صحبت از دو جهانی شدن دنیا معاصر می‌کنند؛ چرا که فضای مجازی از مشخصه‌های

کامل جهانی شدن محسوب می‌شود. در واقع انقلاب اطلاعاتی و ارتباطی و به تبع آن فضای مجازی، باعث تسریع روند جهانی شدن می‌گردد و از مهم‌ترین پیامد ظهور جهان مجازی در کنار جهان فیزیکی، بازتعریف توسعه اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و فرهنگی است؛ به طوری که می‌توان گفت «کره جدیدی» به جهان ما اضافه شده است که از آن می‌توان به کره زمین مجازی تعبیر نمود (عاملی، ۱۳۸۵: ۷).

۴. مصادیق حبس در فضای مجازی

۱-۴. مواردی که افزون بر حکم تکلیفی حرمت، موجب حکم وضعی

ضمان نیز می‌باشند

از جمله مصادیق این نوع از حبس در فضای مجازی، استفاده ناپذیر کردن داده‌های رایانه‌ای افراد است که ممکن است به صورت موقتی یا دائمی باشد؛ مثلاً با فرستادن ویروسی که فایلی از داده را به طور موقتی یا دائمی غیر قابل استفاده کند. برای نمونه، ویروس چرنوبیل در ۲۶ هر ماه فعال می‌شود، پس اگر شخصی چنین ویروسی را انتشار دهد و مانع استفاده از فایل‌ها مثلاً برای چند روز شود، بی‌شک عمل وی می‌تواند از مصادیق حبسی به شمار آید که گذشته از داشتن حکم تکلیفی حرمت، موجب حکم وضعی ضمان نیز می‌شود. نمونه دیگر اینکه شخصی با تغییر فونت، داده‌های شخص دیگری را ناخوانا کند و یا با آلوده کردن دیسکت و سی‌دی و گذاشتن رمز، مانع باز شدن برخی از فایل‌ها یا تمام فایل‌های اطلاعاتی شود.

مصادیق دیگر، استفاده از ویروس باجگیر در فضای مجازی است. ویروس‌های باجگیر^۱ به ویروس‌هایی گفته می‌شود که با نفوذ به سیستم قربانی با جستجو در اطلاعات سیستم، فایل‌ها را توسط کدهای رمزگذاری نظیر AES رمزگذاری کرده و سپس با ایجاد پیغام بر روی صفحه نمایش قربانی از او درخواست مبلغی پول می‌کند که به صورت bitcoin یا واحد پول اینترنتی است که قابلیت ردگیری ندارد. بعضی از این بدافزارها حتی در صورت پرداخت نکردن باج در موعد مشخص شده، مبالغ

1. Ransom-ware.

درخواستی را افزایش می‌دهند.

البته ماده ۷۳۸ قانون جرایم رایانه‌ای در رابطه با امثال مصادیق فوق می‌نویسد:

«هر کس به طور غیر مجاز با اعمالی از قبیل مخفی کردن داده‌ها، تغییر گذرواژه یا رمزنگاری داده‌ها، مانع دسترسی اشخاص مجاز به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی شود، به حبس از نود و یک روز تا یک سال یا جزای نقدی از پنج میلیون ریال تا بیست میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.»

باید در نظر داشت که وضع جزای نقدی، دلالت بر این ندارد که شخص حبس‌کننده در برابر این عمل ضامن نیست؛ زیرا مراد ما از ضمانت، ضمانت به قربانی است و منظور قانون از وضع جزای نقدی این است که چنین جرمه‌ای عاید بیت‌المال می‌شود نه به قربانی.

نیز از دیگر مصادیق بارز این قسم که می‌تواند از شیوع به‌سزایی برخوردار باشد، کپی‌رایت در فضای مجازی است، از اینکه شخص با هک کردن رایانه دیگری از طرق مختلفی همچون شکستن قفل و پسورد، بدون اجازه وی و به صورت عدوانی، اطلاعات وی را کپی کند. در بررسی فقهی حکم این مسئله مستحده و در شمرده شدنش از مصادیق غضب، بین فقها اختلاف نظر است. گروهی از فقها همچون امام خمینی معتقدند آنچه که معروف به حق طبع نزد افراد است، حق شرعی به شمار نمی‌آید و زایل نمودن سلطه مردم بر اموالشان بدون اینکه شرط و عقدی در بین باشد، جایز نیست و مجرد نوشتن جمله «حق چاپ و تقلید محفوظ است»، حقی به وجود نمی‌آورد و التزام دیگران را به دنبال ندارد. پس افراد می‌توانند آن را چاپ و تقلید نمایند و کسی نمی‌تواند آن‌ها را از این کار منع کند (موسوی خمینی، ۱۴۰۸: ۶۲۵-۶۲۶). در مقابل، گروهی دیگر از فقها از جمله آیه‌الله مرعشی معتقدند که حق تألیف یکی از حقوقی است که در جوامع گذشته وجود نداشته است؛ زیرا مؤلفان در تألیفات و نوشته‌های خود، منافع شخصی خویش را در نظر نمی‌گرفتند. اما پس از آنکه کتاب، وسیله‌ای برای تجارت و معامله گردید، مؤلف این حق را پیدا کرد که از تألیف خود، در مرحله اول خودش استفاده کند؛ زیرا کتابی را که تألیف کرده، ساخته و پرداخته خود اوست و منطقی به نظر نمی‌رسد که کسی دیگر از نوشته و اثر او ثروتمند گردد، اما خودش در

فقر و احتیاج به سر برد (مرعشی، ۱۴۲۷: ۲۳۹).

با توجه به نظریه اول، کپی‌رایت در فضای مجازی نمی‌تواند از مصادیق غصب به‌شمار آید، در حالی که بنا بر نظریه دوم، کپی‌رایت می‌تواند از مصادیق بارز غصب و نیز از مصادیق حبسی که گذشته از داشتن حکم تکلیفی حرمت، موجب ضمان بر فرد شود، به‌شمار آید. نقد و بررسی فقهی هر یک از دو نظریه، بسی طولانی است و تحقیق مستقلی را می‌طلبد. ولی توجه به این نکته لازم است که آثاری در قانون مورد حمایت قرار می‌گیرند و به تبع از مصادیق این نوع از حبس به‌شمار می‌آیند که دارای ویژگی‌های ذیل باشند:

۱- محسوس بودن شکل اثر: مسلماً افکار و اندیشه‌ها تا زمانی که از غالب ذهن خارج نشده و در قالب عینی و محسوس تجسم نیافته‌اند، قابل حمایت نمی‌باشند (الستی، ۱۳۸۳: ۳۱).

۲۲- اصالت اثر: اثری قابل حمایت است که ابتکاری و اصیل باشد؛ به این معنا که مظهر منویات پدیدآورنده و انعکاسی از افکار او باشد. اما نو بودن اثر شرط نیست (عبادی، ۱۳۶۹: ۸۵). قانون‌گذار ایران در ضمن مواد ۱ و ۲ قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ با به کار بردن کلمات ابداع و ابتکار در جملات مختلف، به این شرط اشاره نموده است.

۳- مالیت داشتن اثر: باید توجه داشت که تنها قابلیت مبادله و ارزش اقتصادی اثر، معیار مالکیت اثر نیست، بلکه نقش عرف و مطابقت اثر با نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز برای مورد حمایت قانونی واقع شدن اثر لازم است (آینی، ۱۳۷۵: ۸۲).

۴- چاپ یا نشر یا پخش یا اجرای اثر برای نخستین بار در ایران انجام شده باشد: این شرط مطابق ماده ۲۲^۱ قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان می‌باشد.

باید در نظر داشت که کپی‌رایت را می‌توان نقض حقوق مؤلف و استیلای بر آن

۱. ماده ۲۲: «حقوق مادی پدیدآورنده موقعی از حمایت این قانون برخوردار خواهد بود که اثر برای نخستین بار در ایران چاپ یا پخش یا نشر یا اجرا شده باشد و قبلاً در هیچ کشوری چاپ یا نشر یا پخش و یا اجرا نشده باشد».

دانست. فقها در معنای حق با یکدیگر اختلاف نظر دارند که بررسی آن بسیار مفصل است، ولی در مجموع می‌توان گفت که حق نوعی سلطنت است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۲۰). مطابق با این نظر، حق مرتبه ضعیفی از مالکیت است (آل بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱۳/۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۵۵)؛ لذا حق، مالکیت ضعیف بر مال است که مالکیت بر منفعت از آن قوی‌تر و مالکیت بر عین، از هر دو قوی‌تر است.

۲-۴. مواردی که حکم تکلیفی حرمت ندارند، ولی موجب حکم وضعی

ضمان می‌باشند

از جمله مصادیق بارز این قسم از حبس می‌توان به اثبات ید بر داده‌های دیگران از روی جهل و شبهه اشاره نمود؛ مانند اینکه شخص «الف» به خیال اینکه رایانه متعلق به وی یا کسی است که از جانب وی مأذون می‌باشد، داده‌های موجود در رایانه شخص «ب» را غیر قابل استفاده نماید و باعث شود که شخص «ب» نتواند از فایل‌های رایانه خود استفاده کند. در این صورت عمل شخص «الف» به خاطر جهل به اصل رخداد، حرام نیست، ولی ضامن این عمل می‌باشد.

۳-۴. مواردی که فقط حکم تکلیفی حرمت دارند، ولی موجب حکم

وضعی ضمان نمی‌باشند

از جمله مصادیق این قسم از حبس می‌توان به حبس نام اثر بر نوشته خود در فضای مجازی اشاره نمود. در ماده ۲۰ قانون حمایت از مالکیت ادبی و هنری در ارتباط با حق حرمت نام پدیدآورنده اثر و حق حرمت اثر، به حقوق مادی که قابلیت مالی و ارزش اقتصادی داشته باشد، قائل نبوده و در نتیجه حبس آن در فضای مجازی مشمول ضمان قرار نمی‌گیرد. اما حکم تکلیفی حرمت بر حابس مترتب می‌شود و او هر چه زوتر باید رفع مانع کند.

۴-۴. مواردی که نه تنها حکم تکلیفی حرمت ندارند، دارای حکم وضعی

ضمان نیز نمی‌باشند

از مصادیق بارز این قسم از حبس نیز می‌توان به کپی‌رایت آثاری که به هیچ وجه

تحت حمایت قانون قرار نمی‌گیرند، اشاره نمود، مانند حق استرداد و عدول؛ به این معنا که صاحب اثر وقتی اجازه انتشار اثرش را به ناشر داده، دیگر حق عدول از آن را ندارد، از این رو حبس آن توسط ناشر، نه دارای حکم تکلیفی حرمت است و نه حکم وضعی ضمان.

۵. حکم تکلیفی و وضعی حبس در فضای مجازی

همان طور که در بررسی معنای اصطلاحی حبس گذشت، موضوع حبس در بسیاری از موارد، مال بوده و به تبع آن در ترتب حکم تکلیفی و وضعی حبس سنتی بر هم تراز مجازی آن، در ابتدا لازم است که موضوع یعنی مالیت داده‌ها در فضای مجازی اثبات شود. سپس بعد از اثبات مالیت داده‌ها و امکان وقوع متعلق موضوع یعنی وقوع حبس در فضای مجازی، چنان که تعدادی از مصادیق آن گذشت، به بررسی حکم تکلیفی و وضعی حبس در فضای مجازی پرداخته می‌شود.

۱-۵. مالیت داده‌ها

اگرچه در قدیم، تمامی اموال و دارایی‌هایی که دارای ارزش اقتصادی بودند، به صورت مادی و قابل رؤیت و ملموس بودند، منتها با پیدایش فناوری دیجیتال این واقعیت که داده‌های عینی غیر ملموس نیز می‌توانند دارای ارزش اقتصادی باشند و به تبع آن اطلاعات موجود در رایانه نیز می‌توانند موضوع ارتکاب اعمالی چون حبس قرار گیرند، امری انکارناپذیر است. بر این اساس، موضوع در حبس رایانه‌ای داده‌هاست که به عنوان نماینده اموال مادی در سیستم‌های پردازش داده‌هاست.

مال در اصطلاح فقها عبارت است از: هر چیزی که دارای منفعت حلال و مورد رغبت عقلا باشد و شارع آثار مالیت را بر آن مترتب کند و طبعاً بیع، صلح و دیگر تصرفات در آن را اجازه دهد و اتلاف آن را موجب ضمان بداند. در مقابل، هر چیزی که منافع حلال ندارد و شارع مقدس نیز آثار مالیت را بر آن بار نکرده باشد، مال شمرده نمی‌شود (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱۰/۳).

از توضحات است که با توجه به عبارت فوق، ملاک مالیت در داده‌ها نیز می‌تواند

در عصر کنونی وجود داشته باشد و به تبع آن داده‌ها نیز مال محسوب شوند. البته توجه به این نکته لازم است که در حبس مجازی، اخذ اسناد و داده‌هایی که جنبه مالیت داشته باشند، محل بحث است، نه هر گونه اسناد و داده‌هایی که در فایل اشخاص ذخیره شده است.

۲-۵. مقتضای قاعده اولیه

بهرتر است در این مسئله قبل از هر چیزی مقتضای قاعده اولیه نسبت به حکم تکلیفی و وضعی مشخص شود تا اینکه به عنوان مرجع در هنگام شک در نظر گرفته شود. از واضحات است که در هنگام شک در حکم تکلیفی در موضوعات جدیدی همچون مسئله حاضر، تمسک به اصل اباحه و قاعده حلیت و پذیرفتن حکم تکلیفی جواز و اباحه نخستین گام است. به طوری که شیخ طوسی عدول و روی برگرداندن از این اصل را تنها به واسطه دلیل قطعی جایز دانسته و آن را اجماعی می‌داند (طوسی، ۱۴۰۷: ۶۸/۱).

در رابطه با حکم وضعی این مسئله مستحده نیز باید گفت با توجه به اینکه شک در اصل تکلیف می‌باشد، مجرای اصل برائت بوده و مقتضای این اصل، برائت ذمه حبس‌کننده از ضمانت است.

۳-۵. مقتضای قاعده ثانویه

۱-۳-۵. مقتضای حکم تکلیفی

شکی نیست که موارد اول از مصادیق حبس به حکم عقل حرام است و این موارد را می‌توان از مستقلات عقلیه برشمرد؛ چرا که مقتضای عقل، حکم به قبح تصرف در اموال و حقوق دیگران بدون اذن آن‌ها می‌باشد؛ زیرا عقل آن را از بدترین مصادیق ظلم به شمار می‌آورد. با شمردن قبح و حرمت این نوع از حبس توسط عقل، با توجه به قاعده ملازمه بین حکم و عقل، حکم شرعی این نوع از حبس را نیز می‌توان حرمت دانست (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۹: ۱۳). فقهای همچون شیخ طوسی (۱۳۸۷: ۵۹/۳)، ابن ادریس حلی (۱۴۱۰: ۴۹۷/۲) و شهید اول (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۱۰۵/۳)، اولین دلیل بر حرمت

غصب را حکم عقل دانسته‌اند و شکی نیست که مصادیق مورد اول از حبس در غالب اوقات از مصادیق غصب نیز به شمار می‌آیند. باید در نظر داشت که ملازمه بین حکم عقل و حکم شرع، مورد قبول اکثر اصولیان شیعه و جمعی از اهل سنت قرار گرفته است و بر فرض اینکه ملازمه بین حکم عقل و شرع پذیرفته نشود، چنان که عده‌ای از بزرگان از جمله اخباریان شیعه همچون محمدامین استرآبادی (۱۴۲۶: ۱۲۹-۱۳۰ و ۱۶۲) و در مجموع کسانی که عقل را به عنوان منبع احکام به شمار نیاورده‌اند، این ملازمه را نپذیرفته‌اند، در این صورت می‌توان با مستندات نقلی همچون آیات قرآن از جمله: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾^۱ (نساء/ ۲۹)، ﴿وَبَلِّغْ لِلْمُطَفِّفِينَ﴾^۲ (مطففین/ ۱)، ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا﴾^۳ (نساء/ ۱۰) و روایات از جمله: «إِنَّ دِمَاءَ كَم وَأَمْوَالَكُم عَلَيْكُمْ حَرَامٌ»^۴ (نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۲۰۶/۱۸)، «لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَبِئَةِ نَفْسِهِ»^۵ (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۷۳/۷ و ۲۷۵)، «لَا يَأْخُذَنَّ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ أَخِيهِ جَادًّا وَلَا لَاعِبًا»^۶ (نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۱۰۵/۱۲) و اجماع حرام دانست (ر.ک: طوسی، ۱۳۸۷: ۵۹/۳؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۱۰۵/۳؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۴۵/۱۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۷/۱۴). با دانستن حرمت به عنوان حکم تکلیفی این دسته از موارد حبس، بر حبس‌کننده واجب است که رفع حبس نماید.

در موارد دوم از مصادیق حبس در فضای مجازی نیز حرمت عمل حبس‌کننده به خاطر جهل و شبهه حبس‌کننده منتفی است و در موارد سوم نیز در نمونه یادشده برای آن، نام پدیدآورنده و اثر وی اگرچه توسط قانون مورد حقوق مادی قرار نگرفته است، ولی در عین حال قانون آن را محترم شمرده و به تبع آن مستلزم حکم تکلیفی حرمت است و حبس‌کننده هر چه زودتر باید رفع مانع کند. در موارد چهارم نیز حمایت نکردن قانون از آثار شخص به هیچ وجهی از وجوه، دلیلی بر حرمت عمل حبس‌کننده نیست.

۱. «ای کسانی که ایمان آورده‌اید! اموال یکدیگر را به باطل [و از طرق نامشروع] نخورید، مگر اینکه تجارتی با رضایت شما انجام گیرد».
۲. «وای بر کم‌فروشان».
۳. «در حقیقت، کسانی که اموال یتیمان را به ظلم می‌خورند، فقط در شکم‌هایشان آتش می‌خورند و به زودی در آتشی فروخته درآیند».
۴. «خون‌ها و اموال و آبروی شما بر یکدیگر محترم است».
۵. «مال هیچ مسلمانی حلال نیست، مگر به رضایت و طیب نفس او».
۶. «مبادا مال برادر خود را بگیری؛ خواه از روی جدی باشد یا از روی شوخی».

۵-۳-۲. مقتضای حکم وضعی

در موارد اول و دوم از مصادیق حبس در فضای مجازی باید گفت که حبس کننده ضامن منفعت است؛ چرا که در این صورت فرضاً در مصداق اول از موارد اول حبس، حبس کننده تنها داده را غیر قابل استفاده کرده است که در این صورت تنها ضامن منفعت آن البته به همراه برگرداندن فایل ها به صورت اول می باشد. یا اگر شخصی از ویروس باجگیر استفاده نماید، در صورتی که داده ها و اطلاعات قربانی دارای ارزش اقتصادی باشند، در این صورت گذشته از برگرداندن باج، ضامن منفعت داده به همراه برگردان داده و فایل ها به حالت اول می باشد. در تمامی این مصادیق با توجه به بقاء عین در دست قربانی، حابس تنها ضامن منفعت آن است. نیز در مصادیق موارد دوم حبس نیز فرض بر آن است که شخص از روی جهل، از داده های دیگران به همراه بقاء عین داده ها در رایانه دیگران، استفاده کرده است.

البته در ضمان منفعت بین فقها اختلاف نظر است که تحلیل و بررسی در این زمینه بسی طولانی است، ولی به صورت خلاصه می توان گفت: مشهور فقهای امامیه استیلا بر منافع را موجب ضمان می دانند، هر چند آن منافع، غیر مستوفات شمرده شوند (نراقی، ۱۳۹۶: ۳۶۷/۲؛ جزایری، ۱۴۱۶: ۲۶۳/۳). دیدگاه مشهور توسط قانون مدنی نیز اقتباس گردیده است (مواد ۳۲۰^۱ و ۲۶۱^۲). مستند اصلی مشهور، عموم روایت مشهور نبوی است: «علی الید ما أخذت حتی تودیته»^۳ (بیهقی، بی تا: ۹۵/۶؛ ابن ابی جمهور احسایی، ۱۴۰۵: ۳۸۹/۱). مطابق با مضمون این روایت، استیلاء بر مال دیگری بدون اذن ایشان، از موجبات ضمان قهری است که از آن به «ضمان ید» یاد می کنند؛ چرا که منافع عموماً مال محسوب می شوند و به تبع آن می توانند مستقلاً مشمول مفاد کلمه «ما»ی موصوله

۱. ماده ۳۲۰: «نسبت به منافع مال مغضوب هر یک از غاصبین به اندازه منافع زمان تصرف خود و مابعد خود ضامن است، اگرچه استیفاء منفعت نکرده باشد. لیکن غاصبی که از عهده منافع زمان تصرف غاصبین لاحق خود برآمده است، می تواند به هر یک نسبت به زمان تصرف او رجوع کند».
۲. ماده ۲۶۱: «نسبت به منافع مال مغضوب، هر یک از غاصبین به اندازه منافع زمان تصرف خود و مابعد خود ضامن است، اگرچه استیفاء منفعت نکرده باشد. لیکن غاصبی که از عهده منافع زمان تصرف غاصبین لاحق خود برآمده است، می تواند به هر یک نسبت به زمان تصرف او رجوع کند».
۳. «بر عهده و ذمه است آنچه را گرفته تا وقتی که آن را ادا کند».

در حدیث «علی الید» قرار گیرند. گذشته از اینکه منافع به تبع عین، تحت سلطه و استیلاهی متصرف قرار می‌گیرند و بنابراین در عهده متصرف‌اند و باید به صاحبش برگردانده شوند؛ خواه استیفا شده یا نشده باشند (محقق داماد، ۱۳۸۶: ۱۳۶۷/۲). به عبارت دیگر بر اساس این قاعده، استیلاء بر عین تحقق یافته، استیلاء بر منفعت نیز تحقق یافته است؛ زیرا با تسلط بر عین، منفعت نیز تحت استیلاء درمی‌آید و اصولاً در دیدگاه عرف نیز راه استیلاء بر منفعت، استیلاء بر عین است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۴۲۶/۲). در برابر نظریه مشهور، گروهی از فقها از جمله نراقی (۱۳۹۶: ۵۷۸/۲) و غروی اصفهانی (۱۴۱۸: ۳۱۷/۱)، استدلال به قاعده ید را بر ضمان منافع نپذیرفته‌اند و در این مقام معتقدند: متبادر از واژه ید، استیلاء بر عین است و عین عبارت است از اشیای واقعی موجود و مستقر در خارج. ید به این اعتبار، شامل آنچه تدریجاً به وجود می‌آید و یک‌جا و یک‌مرتبه مستقر نیست، نمی‌شود؛ یعنی بر اموری که هنوز ایجاد نگردیده، نمی‌توان وضع ید کرد. بنابراین منافع اعیان که تدریجاً ایجاد می‌گردند، قابلیت اعمال ید ندارند و اگر در مورد منافع، ید استعمال می‌گردد، ناظر به منافی است که ایجاد گردیده، یعنی فعلیت یافته‌اند و اطلاق ید بر منافی که تحقق نیافته و در آینده ایجاد خواهند شد، ناصحیح است و نسبت به منافع، قاعده ید قابل اعمال نیست (ر.ک: نراقی، ۱۳۹۶: ۵۷۸/۲؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۱۷/۱). بنا بر نظریه نراقی و اصفهانی، ید به معنای استیلاهی که یک نوع رابطه و نسبت و اضافه بین مستولی و مستولی‌علیه می‌باشد، در نظر گرفته می‌شود و بر حسب این دیدگاه چون هر اضافه، نیاز به مضاف و مضاف‌الیه دارد که باید موجود باشد، در تصرف بر منافع، مستولی که متصرف و یک طرف اضافه است، موجود می‌باشد؛ اما منفعت که یک امر معدوم و طرف دیگر اضافه است (مستولی‌علیه) موجود نیست. بنابراین «ید» رخ نمی‌دهد و استیلاء «ید» در مورد منافع که امر معدوم و غیر موجودند، تحقق نمی‌یابد. منتها باید در نظر داشت که «اضافه ید» را نباید اضافه مقولیه دانست. در اضافه مقولیه، ناچار می‌بایست دو طرف موجود باشند؛ همچون رابطه بین پدر و فرزند. اما اضافه ید را باید «اضافه اعتباری و قراردادی» دانست (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۲۶۶-۲۶۷/۱). البته ممکن است گفته شود که واژه اخذ، ظهور در گرفتن حسی دارد، لذا بر چیزی که قابل گرفتن حسی نباشد، «اخذ» اطلاق

نمی‌شود و از مفاد قاعده خارج است و پذیرش این ادعا که «اخذ» کنایه از مطلق استیلاست، اعم از استیلا بر عین و منافع، مشکل است. بنابراین منافع که قابل اخذ حسی نیست، از مفاد قاعده خارج و قاعده «علی‌الید» شامل منافع نمی‌شود (انصاری، ۱۴۲۰: ۲۰۷/۳). منتها باید در نظر داشت که اگرچه واژه اخذ، در گرفتن حسی ظهور دارد، اما استعمال آن در معنای استیلاء شایع است و در دوران امر بین تخصیص «ما»ی موصوله به امور حسی و یا اطلاق آن یعنی مطلق استیلاء - اعم از استیلا بر اعیان و منافع - بی‌شک حمل آن بر مطلق استیلاء اولی است؛ زیرا استعمال آن در اخذ خانه، ملک و... که قابل اخذ حسی نیستند، فراوان است. به عبارتی ملاک در این قبیل امور، متفاهم عرفی است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۴۰۷/۱).

از دیگر مستنداتی که می‌توان در موارد اول و دوم از مصادیق حبس در فضای مجازی به آن استناد نمود، قاعده احترام است. مطابق این قاعده، تصرف در اموال دیگران بدون اجازه آن‌ها جایز نیست و مال مسلمان همچون خون وی محترم است. این قاعده مستند به ادله‌ای چون آیات از جمله «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» (بقره/۱۸۸) و روایات مستفیض و حتی متواتر همچون: «وحرمة ماله كحرمة دمه»، «المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه» و «لا يحل ماله إلا عن طيب نفس منه» و حکم عقل به قبیح بودن تصرف در مال غیر بدون اذن وی (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۳۴۱/۷) می‌باشد؛ به طوری که حتی بعضی از فقها همچون صاحب ریاض (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۴۷۵/۱۳) و آل بحرالعلوم (۱۴۰۳: ۷۹/۱)، ادعای اجماع در این مسئله می‌کنند. بر اساس این قاعده، اتلاف مال مسلم، موجب ضمان و حرمت است و ضمان همان طور که شامل اعیان می‌شود، شامل منافع هم می‌گردد؛ زیرا مال بر منافع هم صدق می‌کند. البته باید در نظر داشت که قدر متیقن از این قاعده، استنتاج حکم تکلیفی حرمت است و در دلالت این روایت بر حکم وضعی ضمان اختلاف نظر است. گروهی از صاحب نظران معتقدند که این قاعده تنها دلالت بر حکم تکلیفی حرمت می‌کند و نمی‌توان حکم وضعی را از آن استفاده نمود (موسوی قزوینی، ۱۴۱۹: ۲۰۹؛ موسوی خوبی، بی‌تا: ۹۰/۳-۹۱ و ۱۲۹)، منتها باید در نظر داشت که تفکر فوق صحیح نمی‌باشد؛ چرا که در روایتی چون «وحرمة ماله كحرمة دمه» که به عنوان یکی از مهم‌ترین ادله قاعده احترام در نظر گرفته می‌شود،

مال مسلمان به خون وی تشبیه شده است و شکی در حرمت هدر رفتن خون مسلمان از صدر اسلام نیست. لذا آوردن مشبّه به (حرمت خون) تنها نمی‌تواند دلالت بر حکم تکلیفی حرمت ریختن خون مسلمان کند، بلکه علاوه بر این دلالت، دلالت بر هدر رفتن خون مسلمان نیز می‌کند و به نحوی از انحاء باید این هدر رفتن جبران شود. حال از آنجایی که در این تشبیه مال مسلمان نیز به عنوان مشبّه در نظر گرفته شده و احترام آن تشبیه به خون مسلمان شده است، می‌توان گفت که هم در حکم تکلیفی حرمت و هم در حکم وضعی تشبیه شده است؛ یعنی این عبارت گذشته از دلالت بر حرمت هدر رفتن مال مسلمان، دلالت بر هدر رفتن مال مسلمان نیز می‌کند و به نحوی از انحاء چون ضمان، باید این هدر رفتن جبران گردد و تشبیه و حمل بر بعضی از آثار احترام و وجوه شبه یعنی تشبیه تنها در حکم تکلیفی حرمت، خلاف ظاهر است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۴۱۷/۱-۴۱۸). آیه‌الله بجنوردی با استناد به این قاعده، حکم به ضمان منفعت می‌کند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۶۱/۴). لذا قاعده احترام می‌تواند از جمله مستندات ضمان حابس در موارد اول و دوم مصادیق حبس در فضای مجازی در نظر گرفته شود. البته در این موارد، به مقتضای قاعده اتلاف نیز می‌توان حبس‌کننده را ضامن منفعت دانست؛ چرا که مطابق با این قاعده هر گاه کسی مال دیگری یا منافع مترتب بر آن را بدون اذن صاحبش تلف کند، در برابر صاحب آن ضامن و مسئول است؛ خواه تلف از روی علم و قصد باشد یا نه (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۶/۳۷؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۵/۲). این قاعده مستند به دلایل متعددی همچون آیات،^۱ روایات،^۲ اجماع (نجفی، ۱۴۰۴:

۱. از جمله آیات، دو آیه ذیل می‌باشند: «وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَاقَبْتُمْ بِهِ» (نحل / ۱۲۶)؛ «فَمَنْ اغْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا غَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ» (بقره / ۱۹۴).

۲. از جمله روایات سه روایت ذیل می‌باشند: الف) «عَنْ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: سُئِلَ عَنِ الْقَصَارِ يُفْسِدُ. فَقَالَ: كُلُّ أَحْبَرٍ يُعْطَى الْأَجْرَةَ عَلَى أَنْ يُصْلِحَ، فَيُفْسِدُ، فَهُوَ ضَامِنٌ» (حرر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۹/۱۴۱)؛ ب) «عَنْ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الشَّيْءِ يُوضَعُ عَلَى الطَّرِيقِ، فَتَمَرُّ الدَّابَّةُ فَتُفْسِرُ بِصَاحِبِهَا فَتَعْفِرُهُ. فَقَالَ: كُلُّ شَيْءٍ يُضَرُّ بِطَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ، فَصَاحِبُهُ ضَامِنٌ لِمَا يُصِيبُهُ» (همان: ۲۹/۲۴۳)؛ ج) «عن سدير عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يأتي البهيمة. قال: يجلد دون الحد ويغرم قيمة البهيمة لصاحبها؛ لأنه أفسدها عليه وتذبح وتحرق، إن كانت مما يؤكل لحمه، وإن كانت مما يركب ظهره غرم قيمتها وجلد دون الحد، وأخرجها من المدينة التي فعل بها فيها إلى بلاد أخرى حيث لا تعرف، فيبيعها فيها كيلا يعبر بها (صاحبها)» (همان: ۲۸/۳۵۸).

۴۶/۳۷؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۵/۲؛ حسینی شیرازی، ۱۴۱۳: ۱۲۰) و بنای عقلا (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۴۶۶/۱؛ حسینی شیرازی، ۱۴۱۳: ۱۲۰) است. علاوه بر جریان این قاعده در اعیان، در منافع نیز جاری است (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۶/۳۷). مستندات قاعده اتلاف همچون روایات همچنان که بر ضمان عین مال تلف شده دلالت دارند، بر ضمان منافع اعم از مستوفات و غیر مستوفات هم دلالت دارند و از این نظر اطلاق دارند و عناوینی همچون ضیاع، اضرار و افساد که در این روایات به کار رفته‌اند، گذشته از شمولیت آن‌ها نسبت به عین، شامل منافع اعم از مستوفات و غیر مستوفات هم می‌شوند. همچنین با مراجعه به سیره عقلا که از مهم‌ترین ادله قاعده شمرده می‌شود (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۴۶۶/۱)، می‌توان بر ضمان منافع به وسیله قاعده اتلاف حکم کرد؛ زیرا عقلا در روابط اقتصادی، افرادی را که سبب اتلاف منافع اموال دیگران می‌شوند، ضامن می‌دانند؛ اعم از اینکه متلف عین باشند یا منفعت و اعم از اینکه آن منفعت مستوفات باشد یا غیر مستوفات. همچنین مال گذشته از صدق آن بر اعیان، بر منافع نیز صادق است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۹/۲) و به تبع آن گذشته از جریان قاعده اتلاف در اعیان، در منافع نیز اعم از مستوفات و غیر مستوفات جاری است.

بر این اساس با توجه به آنچه گذشت، در مجموع می‌توان استیلاهی بر منافع را از موجبات ضمان تلقی نمود، چنان که مقتضای عرف نیز بر همین منوال است؛ چرا که بر حسب مقتضای عرف در صدق مالیت، بین اعیان و منافع فرقی نیست و حتی می‌توان گفت که مالیت بسیاری از اعیان با توجه به منافعشان می‌باشد؛ به طوری که اگر این منافع از آن اعیان سلب شود، در ازای آن اعیان مالی پرداخت نمی‌شود (همان: ۶۱/۴). منافع از نظر عرف، دارای وجود اعتباری، ارزشمند و تابع مالکیت اعیان و در نتیجه قابل غصب است و سیره عقلا و عرف این حقیقت را به وضوح ثابت می‌کند (عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۲۴۰) و به تبع آن با توجه به شمرده شدن منفعت از جمله اموال، تعریف اصطلاحی حبس که توسط نگارندگان ارائه شده است، با نسبت به حبس منفعت نیز جامع افراد و تمام است.

با توجه به اینکه در مصادیقی چون مصادیق اول و دومی که به عنوان نمونه برای موارد اول و یا مصداق بیان شده به عنوان نمونه برای موارد دوم، گذشته از ضمان

منفعت، عین داده‌های دیگران نیز باید به حالت اول برگردانده شود؛ چنان که در نوع سنتی این نوع از حبس نیز لازم است که حبس‌کننده عین مال را برگرداند (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۸۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۸۸/۳)، به طوری که در حکم این مسئله ادعای اجماع نیز شده است (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۱۰۹/۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۷۵/۳۷). لذا در صورت از بین رفتن داده‌ها، همچون زمانی که حبس‌کننده در مصداق اولی که به عنوان نمونه برای موارد اول مصادیق حبس آورده شده است، قدرت بر برگردان داده‌ها از حالت غیر قابل استفاده بودن به حالت اول نداشته باشد و یا اینکه شخصی که از ویروس باجگیر استفاده نموده و با گذاشتن پسورد و قفل برای فایل دیگران، درخواست باج نموده است، قدرت بر شکستن قفل و پسورد را نداشته باشد تا اینکه فایل را به حالت اول به قربانی برگرداند، در این صورت داده‌ها به منزله داده‌های تلف‌شده محسوب می‌شوند که در این صورت حابس با توجه به قاعده علی‌الید و قاعده اتلاف، گذشته از اینکه ضامن منفعت داده‌هاست، ضامن عین داده‌ها نیز می‌باشد؛ چنان که در نوع سنتی این قسم از حبس که در غالب موارد از مصادیق غصب نیز در نظر گرفته می‌شود، حبس‌کننده در صورتی که موجب تلف عین مغضوبه شود، ضامن است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۸۸/۳؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۱۱۲/۳؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۸۲/۱۲)، به طوری که صاحب جواهر گذشته از اینکه در حکم این مسئله هر گونه خلافی را نفی نمود، آن را از ضروریات و قطعیات فقه شیعه دانست (نجفی، ۱۴۰۴: ۸۵/۳۷). منتها سؤال اینجاست که ضامن حبس‌کننده نسبت به داده‌های مجازی و فایل‌ها به چه نحوی است؟ توضیح اینکه بر حسب نظریه مشهور، اموال مثلی اموالی می‌باشند که اجزای آن از نظر قیمت با هم مساوی است (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۸۲/۱۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۸۹/۳۷)؛ منتها این تعریف از مشهور در رابطه با اموال مثلی مورد نقض و ابرام زیادی قرار گرفته شده است که آوردن آن بسیار طولانی است. ولی در مجموع به نظر می‌رسد قضاوت را در اینکه آیا ضامن حبس‌کننده به نحو قیمی می‌باشد یا مثلی، باید به عرف واگذار نمود؛ چرا که تعیین مال مثلی و قیمی موکول به عرف است و به تبع آن مثلی و قیمی بودن اموال به حسب زمان‌ها و مکان‌ها مختلف می‌شوند و تعریف فقیهان در عصرهای مختلف در مثلی و قیمی بودن اموال، ناظر به همان زمان و عصر است؛ مثلاً پارچه و لباس در قرون سابق

قیمی محسوب می‌شدند، اما در عصر حاضر، مثلی محسوب می‌شوند (ر.ک: موسوی خوبی، بی‌تا: ۱۵۳/۳). بدیهی است که معیار تشخیص اموال مثلی توسط عرف، میزان رغبت عمومی است؛ بدین معنا که هر دو مالی که ضمن داشتن تشابه اجمالی ظاهری، میل و رغبت یکسان نوع افراد را نسبت به خود داشته باشند، نسبت به هم مثلی خواهند بود. قانون مدنی ایران هم که نمادی از فقه اسلامی است، در ماده ۹۵۰ چنین می‌گوید:

«مثلی که در این قانون ذکر شده، عبارت از مالی است که اشیا و نظایر آن نوعاً زیاد و شایع باشد؛ مانند حیوانات و نحو آن و قیمی مقابل آن است؛ مع‌ذلک تشخیص این معنا با عرف است.»

قانون مدنی که معمولاً از نظر مشهور فقها پیروی کرده است، در این زمینه از نظر مشهور عدول کرده و به حق، قضاوت را به عرف سپرده است. بر حسب ظاهر، مقتضای عرف در این مسئله، مثلی بودن داده‌هاست؛ چرا که چیزهایی که با وسایل ماشینی در این زمان ساخته می‌شوند (از جمله داده‌های رایانه‌ای) مثلی یا در حکم آن می‌باشند، لذا ضمان حبس‌کننده نسبت به داده‌ها به نحو مثلی است. همچنین در مصداق کپی‌رایت نیز شخص حبس‌کننده از آنجایی که تنها از حق‌التالیف استفاده نموده است، با رعایت شرایط مذکور در قانون که تبیین آن گذشت، ضامن این حق می‌باشد.

در رابطه با حکم وضعی موارد سوم و چهارم مصادیق حبس در فضای مجازی نیز باید در نظر داشت از آنجایی که این موارد مورد حمایت مادی قانونی قرار نگرفته است و در نتیجه مقتضی برای حکم وضعی ضمان مفقود است، حابس ضامن نیست.

۶. ادله اجرای حکم تکلیفی و وضعی حبس در فضای مجازی

هرچند دلایلی همچون قاعده علی‌الد، قاعده احترام و قاعده اتلاف با توجه به اینکه به عنوان ادله اجتهادی هستند، می‌توانند وارد بر اصول اولیه، همچون اصل برائت باشند، منتها تکیه بر این ادله تنها در صورتی است که گستره این قواعد در فضای مجازی نیز اثبات شود. بر این اساس در صورت عدم اثبات، مقتضای اصل در رابطه با

حبس در فضای مجازی، اباحه و مبرا بودن ذمه شخص از ضمان است. هرچند ممکن است مقتضای بنای عقلا آن باشد که فرقی بین دو صورت سنتی و مجازی نیست، منتها باید در نظر داشت که شمولیت بنای عقلا نسبت به فضای مجازی به صورت احتمالی است و با احتساب بنای عقلا از جمله ادله لئیه باید به قدر متیقن از این بنا یعنی شامل شدن این بنا نسبت به وقوع متعلق حکم (حبس) در فضای مجازی اکتفا نمود و استفاده نمودن بالاتر از این مقدار یعنی اثبات حکم وضعی چون ضمان از این بنا جایز نیست. بر این اساس اگرچه تحقق حبس در فضای مجازی ممکن است، ولی در گستره ادله نسبت به فضای مجازی با توجه به نوظهور بودن آن جای بررسی است. در این قسمت به تبیین گستره ادله احکام حبس نسبت به حبس در فضای مجازی پرداخته می‌شود.

۱-۶. تمسک به اطلاقات ادله

با تمسک به اطلاقات ادله می‌توان احکام حبس را در نوع مجازی از حبس نیز جاری دانست. توضیح اینکه از جمله ادله اجتهادیه که در ابواب گوناگون فقه مورد استفاده فقیهان است و فواید و فروع گوناگونی بر آن مترتب می‌شود، «اطلاق» است و از آنجا که این دلیل، مبتنی بر بنای عقلا و مورد امضای شارع است (مظفر، ۱۴۳۰: ۷۷-۷۶/۱؛ مشکینی اردبیلی، ۱۳۷۴: ۵۷)، هیچ کس در حجیت و اعتبار آن مناقشه ننموده است. اصل بر آن است که احکام در سیستم تشریح الهی همیشه از نوع حقیقه باشند مگر اینکه شارع به گونه‌ای موقتی بودن آن را ابراز کند. برای اینکه یک حکم به صورت فراگیر زمانی و مکانی تشریح شود، شارع تمامی مصادیق موجود یا مصداق‌هایی را که در آینده به وجود می‌آیند، محاسبه کرده و با استفاده از قضیه حقیقه، حکم را انشاء می‌کند (ر.ک: مظفر، ۱۳۷۵: ۱۴۲-۱۴۳). لذا بیشتر احکام الهی فراگیرند و گستره زمانی و مکانی همه‌جانبه دارند. با توجه به این مطلب می‌توان مشکل بسیاری از مسائل مستحدثه را حل کرد؛ یعنی گره بسیاری از مسائل مستحدثه را با توجه به اینکه احکام شرعی به شکل قضایای حقیقه است، با تمسک به اطلاقات و عموومات می‌توان باز نمود؛ البته تا زمانی که دلیلی بر تقیید یا تخصیص آن وجود نداشته باشد (ر.ک: مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۴۷۵-۴۷۸؛ همو، درس خارج فقه المسائل المستحدثه). با حفظ این مطلب،

امام علیه السلام در قواعدی همچون قاعده «علی الید» به صورت قضیه حقیقه در مقام بیان این نکته است که استیلاء بر مال دیگری بدون اذن او از موجبات ضمان قهری است. شکی نیست که این ضمان اختصاص به فضای سنتی ندارد، بلکه همان طوری که گذشت، شخص از طریق فضای مجازی نیز قادر است که اموال مردم را حبس نماید. لذا اطلاق این روایت با عنایت به قضیه حقیقه بودن آن، شامل حبس کننده مجازی و اینترنتی نیز می‌شود.

۶-۲. تمسک به تنقیح مناط

گذشته از اطلاق ادله، از طریق تنقیح مناط نیز می‌توان احکام حبس در فضای مجازی را به فضای سنتی تسری داد. تنقیح مناط در اصطلاح که از آن به تفکیک حیثیات و شم‌الفقاهه نیز تعبیر می‌شود (همو، ۱۴۲۸: ۹۳۲/۳)، از روش‌هایی است که مجتهد به وسیله آن قصد شارع را از کلام (نص) وی استخراج می‌نماید و حکم واقع‌های را که در مورد آن نص وجود دارد، به واقع‌های دیگر که در مورد آن نص وجود ندارد، سرایت می‌دهد و آن در جایی مطرح می‌گردد که شارع حکم واقع و مناط آن را بیان نموده و همراه بیان مناط آن، اوصافی را ذکر نموده که مجتهد یقین دارد بعضی از این اوصاف در تعلق حکم به موضوع و یا واقع دخالت ندارد. به همین دلیل از راه شناسایی و حذف آن‌ها، مناط حقیقی حکم شارع را به دست آورده و از این طریق دامنه حکم را گسترش می‌دهد و موضوعات دیگری را که در مورد آن نص وارد نشده است، در تحت آن داخل می‌نماید (شعرانی، ۱۳۷۳: ۱۸۵؛ طباطبایی حکیم، بی تا: ۳۱۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۵۱۹/۲). حال با در نظر گرفتن نکات بیان شده، به راحتی می‌توان از باب تنقیح مناط، احکام حبس را برای حبس کننده در فضای مجازی استنتاج نمود. توضیح اینکه در روایاتی چون «علی الید ما أخذت حتی تؤذیه» یا «وحرمة ماله کحرمة دمه» که مهم‌ترین ادله ضمان در مصادیق حبسی - که گذشته از داشتن حکم تکلیفی حرمت، موجب حکم وضعی ضمان نیز می‌باشند - به شمار می‌آیند، وقوع استیلاء به صورت فیزیکی و بودن مال به صورت سنتی به طور قطع نمی‌تواند خصوصیتی داشته و در حکم به ضمان دخیل باشد، بلکه مناط ضمان مستولی و حبس کننده به خاطر

احترام اموال مسلمان و نفی ضرر از وی است و شکی نیست که این مناسبات در مصادیق مجازی از حبس نیز همان طوری که گذشت، وجود دارد. لذا از راه تنقیح مناسبات نیز می‌توان احکام حبس را بر حبس‌کننده مجازی و اینترنتی جاری دانست.

نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه آمد، می‌توان گفت:

اولاً: حبس معنایی اعم از غصب و مطلق استیفای از اموال یا حقوق دیگران به طور ناحق را شامل می‌شود.

ثانیاً: حبس در فضای مجازی به لحاظ حکم تکلیفی و وضعی دارای مصادیق متعدد است. بعضی از موارد، گذشته از داشتن حکم تکلیفی حرمت و وجوب رفع حبس، موجب حکم وضعی ضمان نیز می‌باشند. دلیل بر حکم تکلیفی این دسته، مستنداتی از جمله حکم عقل و آیه حرمت اکل به باطل و روایات دال بر احترام اموال مسلم، و دلایل بر حکم وضعی آن، مستنداتی چون قاعده علی‌الید، قاعده احترام و قاعده اتلاف می‌باشد. در برخی دیگر، حبس دارای حکم تکلیفی حرمت نمی‌باشد، ولی موجب حکم وضعی ضمان می‌باشد. دلیل بر حکم تکلیفی این دسته، جهل و شبهه، و دلایل بر حکم وضعی آن، مستنداتی از جمله قاعده «علی‌الید»، قاعده «احترام» و قاعده اتلاف است. در مواردی نیز به دلیل وجود ادله حرمت همچون محترم شمرده شدن در نزد قانون، دارای حکم تکلیفی حرمت و وجوب رفع حبس بوده و به دلیل انتفای ادله ضمان همچون تحت حمایت مادی قانون قرار نگرفتن، حکم وضعی ضمان بر آن مترتب نمی‌شود. نیز در مواردی نه تنها به خاطر فقدان ادله حکم تکلیفی حرمت، دارای حکم تکلیفی حرمت نمی‌باشند، دارای حکم وضعی ضمان نیز از جهت انتفای ادله ضمان نمی‌باشند.

ثالثاً: با توجه به امکان وقوع هر چهار دسته از حبس در فضای مجازی، می‌توان احکام حبس را با توجه به مستنداتی چون اطلاق ادله و تنقیح مناسبات به حبس در فضای مجازی تسری داد.

کتاب شناسی

۱. آل بحر العلوم، سیدمحمد بن محمدتقی، *بلغة الفقيه*، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۲. آیتی، حمید، *حقوق آفرینش های فکری*، تهران، حقوق دان، ۱۳۷۵ ش.
۳. ابن ابی جمهور احسایی، محمد بن زین الدین، *عوالی اللئالی*، قم، دار سیدالشهداء علیه السلام، ۱۴۰۵ ق.
۴. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور، *السرائر*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۵. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۶. استرآبادی، محمدامین، *الفوائد المدنية*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۶ ق.
۷. اسدی حلی، جمال الدین احمد بن محمد، *المهذب البارع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۸. الستی، ساناز، *حقوق کیفری مالکیت ادبی و هنری*، تهران، میزان، ۱۳۸۳ ش.
۹. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامی، بی تا.
۱۰. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب المکاسب*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۰ ق.
۱۱. بیهقی، ابوبکر احمد بن حسین، *السنن الکبری*، بیروت، دار المعرفه، بی تا.
۱۲. جزایری، محمدجعفر، *هدی المکاسب فی شرح المکاسب*، قم، دار الکتب، ۱۴۱۶ ق.
۱۳. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، قم، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
۱۴. ابن زهره حلی، سیدحمزه بن علی حسینی، *غنیة النزوع*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۷ ق.
۱۵. حسینی شیرازی، سیدمحمد، *الفقه، القواعد الفقهیه*، بیروت، مؤسسه امام رضا علیه السلام، ۱۴۱۳ ق.
۱۶. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۷. حسینی واسطی زبیدی، سیدمحمدمرتضی بن محمد، *تاج العروس*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۱۸. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، لبنان، دار العلم، ۱۴۱۲ ق.
۱۹. شعرانی، ابوالحسن، *المدخل الی عذب المنهل فی اصول الفقه*، قم، الهادی، ۱۳۷۳ ش.
۲۰. صدیقی، محمدرضا و محمدتقی کروبی، «ابعاد حقوقی سایبر در پرتو توسعه ملی»، *مجموعه سخنرانی ها و مقالات اولین همایش حقوق فناوری اطلاعات و ارتباطات کشور*، تهران، انتخابات بقعه، ۱۳۸۴ ش.
۲۱. صیمری، مفلح بن حسن، *غایة المرام*، بیروت، دار الهادی، ۱۴۲۰ ق.
۲۲. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمد، *ریاض المسائل*، قم، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۸ ق.
۲۳. طباطبایی حکیم، سیدمحمدتقی، *اصول العامة للفقه المقارن*، قم، آل البيت علیهم السلام، بی تا.
۲۴. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیة المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۸ ش.
۲۵. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلاص*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۲۶. همو، *المبسوط*، تهران، المکتبة المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.
۲۷. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة*، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۸. همو، *مسالك الافهام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۹. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن مکی، *الدروس الشرعیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۳۰. عاملی، سعیدرضا، «تحلیل فضای مجازی ایرانی»، *مجموعه مقالات دانشجویی*، ۱۳۸۵ ش.
۳۱. عبادی، شیرین، *حقوق مالکیت ادبی و هنری*، تهران، روشنگران، ۱۳۶۹ ش.
۳۲. عباسی، مجید و حسین مرادی، «جنگ سایبر از منظر حقوق بین الملل بشردوستانه»، *مجلس و راهبرد*، شماره ۸۱، ۱۳۹۴ ش.

۳۳. علامه حلی، جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۴. عمید زنجانی، عباسعلی، *موجبات ضمان*، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.
۳۵. غروی اصفهانی، محمدحسین، *حاشیه کتاب مکاسب*، قم، دارالمصطفی (ص)، ۱۴۱۸ ق.
۳۶. فاضل لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة - الغصب*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۴۲۹ ق.
۳۷. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۳۸. فیومی مقری، احمد بن محمد، *المصباح المنیر*، قم، دار الرضی، بی تا.
۳۹. قطان حلی، شمس‌الدین محمد بن شجاع، *معالم‌الدین*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۴ ق.
۴۰. کرکی عاملی، علی بن حسین، *جامع المقاصد*، قم، آل‌البيت (ع)، ۱۴۱۴ ق.
۴۱. کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۴۲. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن هذلی، *شرائع الاسلام*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۴۳. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه (بخش مدنی)*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۶ ش.
۴۴. مرعشی، سیدمحمدحسن، *دیدگاه‌های نو در حقوق*، تهران، میزان، ۱۴۲۷ ق.
۴۵. مشکینی اردبیلی، علی، *اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها*، قم، الهادی، ۱۳۷۴ ش.
۴۶. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۳۰ ق.
۴۷. همو، المنطق، قم، فیروزآبادی، ۱۳۷۵ ش.
۴۸. مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الاصول*، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۸ ق.
۴۹. همو، *دائرة المعارف فقه مقارن*، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۷ ق.
۵۰. همو، *درس خارج فقه المسائل المستحدثه*، تقریر سیدمجتبی حسین نژاد، نسخه خطی.
۵۱. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۵۲. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *الرسائل*، قم، دار العلم، ۱۳۷۲ ش.
۵۳. همو، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، ۱۴۰۸ ق.
۵۴. همو، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۵۵. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، بی جا، بی نا، بی تا.
۵۶. موسوی قزوینی، سیدعلی، *رسالة قاعدة «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۵۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۵۸. نراقی، احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعه*، تهران، المكتبة المرتضویه، ۱۳۹۶ ق.
۵۹. نوری طبرسی، حسین بن محمدتقی، *مستدرک الوسائل*، بیروت، آل‌البيت (ع)، ۱۴۰۸ ق.
۶۰. هذلی حلی، یحیی بن سعید، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.

تأملی بر انگاره فقیهان در باب

اشتراط «اتحاد جنس» در تحقق ربای معاملی*

- احسان علی اکبری بابوکانی^۱
- احمدعلی قانع^۲
- محمدهادی حبیب‌اللهی^۳

چکیده

ربای معاملی یکی از اقسام ریاست که مشهور فقها سه شرط: ۱. مکیل و موزون بودن، ۲. اخذ زیاده و ۳. هم‌جنس بودن عوضین را شرط تحقق آن می‌دانند. منظور از هم‌جنس بودن در کلام فقها این است که اگر عرف یک لفظ خاص را بر دو شیء مشابه حمل کند، نمی‌توان آن دو را با تفاضل با هم معامله کرد و حتماً باید از لحاظ مقدار برابر باشند. این قول فقها در حالی است که عرف مردم برای دو کالای مشابه ولی با صفات متفاوت، ارزش معاملاتی متفاوت قائل می‌شوند و عقل هم حکم می‌کند که گرفتن زیاده نه تنها جایز است، بلکه لازمه انعقاد معامله خواهد بود. فقها ضمن اشاره به روایاتی که در این باب ذکر شده،

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۹/۲۳ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۴/۱۲.

۱. استادیار دانشگاه اصفهان (نویسنده مسئول) (e.aliakbari@ahl.ui.ac.ir).

۲. دانشیار دانشگاه امام صادق (ع) (4ghane@gmail.com).

۳. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق (ع) (mhhhabib.67@gmail.com).

این شرط را تعبدی فرض کرده و همگی به صورت اجماعی بر آن حکم داده‌اند. در این مقاله ضمن بررسی ادله بدین نتیجه رسیدیم که روایات این باب، لزوم هم‌جنس بودن را با تعبیری که فقها دارند، نمی‌رساند و می‌توان معیار «هم‌ارزش بودن» را جایگزین هم‌جنس بودن نمود. بدین ترتیب اگر ارزش دو کالا مشابه نبود، نه تنها گرفتن زیاده جایز است، بلکه نگرفتن زیاده عین ربا خواهد بود.

واژگان کلیدی: ربا، ربای معاملی، مکیل و موزون، تفاضل عوضین، اتحاد جنس عوضین.

درآمد

ربا از جمله گناهان کبیره است که روشنی حکم تحریم ربا و مستند بودن آن به قرآن و سنت و اجماع و اتفاق مسلمانان به قدری واضح است که جای هیچ بحث و گفت‌وگویی نمی‌ماند؛ به طوری که در طول تاریخ اسلام هیچ کس در آن تردید نکرده است. امام خمینی در *تحریر الوسیله* آورده‌اند:

«حرمت ربا به وسیله قرآن و سنت و اجماع مسلمانان ثابت است. بلکه بعید نیست که حرمت آن از ضروریات دین باشد» (موسوی خمینی، ۱۴۱۶: ۱/۴۹۲).

در اینکه ربا حرام است و دلایل محکم قرآنی و روایی وجود دارد، جای تردید نیست. ولی در رابطه با مصادیق ربا و شناسایی معاملات ربوی و اینکه چه کالاها یا معاملاتی ربوی هستند، اتفاق نظر کامل میان صاحب‌نظران مسلمان وجود ندارد. با این حال در یک تقسیم‌بندی کلی می‌توان ربا را بر دو قسم ربای قرضی و ربای معاملی تقسیم نمود. ربای قرضی زیاده‌ای است که در قرارداد قرض شرط شده است. «همانا زیاده با شرط، حرام است و بدون شرط اشکالی ندارد، بلکه برای قرض‌کننده از باب پرداخت نیکو، مستحب است که چیزی اضافه پردازد» (موسوی خمینی، ۱۴۱۶: ۲/مسئله ۱۱). همچنین در تعریف ربای معاملی نوشته‌اند: ربای معاملی عبارت است از دادوستد دو جنس مثلی در مقابل همدیگر با زیادی کمی یکی از آنها؛ مانند دادوستد یک من گندم به دو من گندم، یا یک من با یک درهم، یا با زیادی حکمی، مانند دادوستد یک من گندم نقدی با یک من گندم نسیه‌ای» (همان: ۱/۴۹۳).

پیرامون ربای معاملی بحث‌های مفصلی وجود دارد؛ از جمله اینکه: چه اجناسی

مصادیق ربای معاملی هستند؟ آیا ربا تنها در اجناس مکیل و موزون جریان دارد؟ آیا ربا تنها در دادوستد و بیع وجود دارد یا در هر عقد معاوضی و غیر معاوضی مطرح است؟ حیل‌های جایز ربای معاملی چیست؟ معنای دقیق زیاده چیست؟ ملاک و معیار تشخیص وحدت جنس چیست؟ پاسخ به سؤالات فوق به ویژه در تشخیص مسائل مستحدثه، حائز اهمیت بسیار و نیازمند تحقیق علمی و عالمانه است. در این مقاله قصد داریم ضمن تمرکز بر دو سؤال آخر، به این پرسش پاسخ دهیم که معیار تشخیص وحدت که یکی از شرایط ربای معاملی است، چیست؟

وحدت بدین معناست که ثمن و مثن باید از نظر جنس، وحدت داشته باشند. بنابراین زیادی در ثمن یا مثن در دو جنس، ربوی نیست. اکثر فقها در فتاوی خود بیان داشته‌اند که اگر دو جنس مشابه، از نظر صفات و خواص تفاوت داشته باشند، نافی اصل وحدت نیستند و همچنان نمی‌توان به تفاضل معامله نمود. امام خمینی آورده‌اند:

«تفاضل میان گندم غیر مرغوب با گندم سفید خوب و... که عرف آن‌ها را یک جنس تلقی می‌کند، جایز نیست» (همان).

سؤالی که مطرح می‌شود این است که عقل و عرف دو جنسی را که از نظر صفات و خواص با هم متفاوت هستند، دو جنس متفاوت تلقی می‌کند و در معاملات خود ارزش آن‌ها را یکسان قرار نمی‌دهد. پس چگونه است که نمی‌توان گندم غیر مرغوب را با گندم سفید خوب، به تفاضل وزن معامله کرد؟ این مقاله قصد دارد ضمن بررسی ادله و آرای فقها، ملاک تشخیص وحدت جنس را مشخص کند.

۱. پیشینه تحقیق

موضوع ربا از مهم‌ترین مباحث در فقه اسلامی و اقتصاد اسلامی است و اندیشمندان و فقها در طول تاریخ بدان پرداخته‌اند. فتاوی که فقها در طول تاریخ داده‌اند، به ضرورت هر بحث اشاره می‌شود. همچنین فقهای اهل سنت نیز نظراتی در این باب ارائه داده‌اند که چون مبنای فتاوی آن‌ها در ربای معاملی با فقهای شیعه متفاوت است، لذا به ذکر آرای آنان در این تحقیق پرداخته نشده است. همچنین در فضای علمی و

دانشگاهی کشور نیز مقالات مفیدی نگاشته شده‌اند که در ادامه به مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌کنیم:

- محمد درویش پورفا با توجه به فلسفه تحریم ربا، در شرط مکیل و موزون بودن و اتحاد در جنس در ربای معاملی خدشه وارد می‌کند و بیان می‌کند در شرایطی که برای تحقق ربای معاملی وضع شده، باید تأمل بیشتری صورت گیرد (درویش پورفا، ۱۳۸۵).

- علی اکبر ابوالحسینی نیز ربای معاملی را موضوع تحقیق خود قرار داده و به جمع‌آوری ادله حرمت و شرایط تحقق آن پرداخته و همین راستا از اقوال فقهای اهل تسنن و فقهای شیعی بهره جسته است. تحقیق ایشان از حیث جمع‌آوری آراء و اقوال فقها بسیار ارزشمند بوده، ولی نظریه خاصی ارائه نداده است (ابوالحسینی، ۱۳۸۶).

مقالات در باب ربای قرضی نیز بسیار است که چون از موضوع مقاله خارج است، اشاره نمی‌کنیم. نوآوری این مقاله در این است که اولاً، صرفاً قصد بررسی ربای معاملی را دارد. ثانیاً، تعریف متفاوتی از شرط وحدت در جنس در قول مشهور داشته و با بررسی ادله پیرامون این موضوع، بر اجماعی که فقها در این مسئله داشته‌اند، خدشه وارد می‌کند و نظریه جدیدی ارائه می‌دهد. در این مقاله، «هم‌ارزش بودن» دو کالا شرط وحدت شناخته می‌شود.

۲. ادبیات تحقیق

همان‌طور که بیان شد، هرچند در حرمت ربا اختلافی بین شیعه و سنی وجود ندارد، ولی در تعریف ربا و تعیین مصادیق معاملات ربوی بین فقها اختلافات مهمی بیان شده است. ربا مفهومی است که هم بیان لغوی دارد و هم بیان اصطلاحی و شرعی. برای روشن‌تر شدن موضوع، به طور اجمال به برخی تعاریفی که از ربا صورت گرفته، اشاره می‌شود.

۲-۱. تعریف لغوی ربا

ربا در لغت عرب به دو معنای «زیادی و نمو» و «بلندی و ارتفاع» به کار رفته است. در *لسان‌العرب* اصل ربا به معنای اضافی و زیادتی است که در اموال و ثروت در

هنگام زیادی و رشد به وجود می‌آید (ابن منظور، ۱۴۰۵: ۳۰۴/۱۴). راغب معنای زیادی و علو و رفعت را انتخاب کرده و با استفاده از آیات قرآن چنین نتیجه‌گیری کرده که ربا افزایش سرمایه است، اما در شرع اسلام به معنای یک نوع اضافی ویژه‌ای در سرمایه است، نه مطلق افزایش (راغب اصفهانی، ۱۳۶۲: ۱۸۷). به نظر می‌رسد معنایی که راغب اصفهانی از ربا ارائه داده، بیشتر شبیه معنای اصطلاحی آن است. سایر لغویان نیز تعاریفی مشابه ارائه داده‌اند که برگشت همه آن‌ها به معنای زیادی و افزایش و رشد و نمو است.

۲-۲. تعریف اصطلاحی ربا

طبق تعریف برخی واژه‌شناسان، مطلق زیاده ریاست که البته راغب اصفهانی چنین بیانی را نداشت. همان طور که در کتب فقهی بیان شده است، زیاده به غیر حق ریاست و به همین دلیل فقها گفته‌اند ربا (گرفتن زیاده) دو نوع است؛ ربایی که گرفتن آن جایز است و آن هدیه به نیت ثواب می‌باشد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۱: ۴۴۴/۱۶؛ طباطبایی، ۱۳۹۰: ۱۸۵/۱۶). این نوع زیاده همان ربایی است که خداوند در قرآن کریم می‌فرماید: ﴿وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبِّالْرِبْوَانِیْ اَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا یَرْبُوْا عِنْدَ اللّٰهِ﴾ (روم/ ۳۹) و ربایی که گرفتن آن جایز نیست که در آیه شریفه ﴿یَا اَیُّهَا الَّذِیْنَ اٰمَنُوا اتَّقُوا اللّٰهَ وَذُرُوْا مَآبِغِیْ مِنَ الرِّبَا اِنَّ کُمْ مِّنْ مُّؤْمِنِیْنَ﴾ (بقره/ ۲۷۸)، از آن نهی شده است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۱: ۳۷۵/۲؛ طباطبایی، ۱۳۹۰: ۴۲۲/۲). از آنجایی که ربا به لحاظ کاربرد لفظی، در دو معنا به کار رفته است، لذا لازم است یک تعریف اصطلاحی یا شرعی نیز از ربا ارائه گردد.

در کلام فقها تعاریف مختلفی مطرح شده که به برخی موارد -با تأکید بر ربای معاملی- اشاره می‌شود. شهید ثانی در شرح لمعه بیان می‌کند:

«الربا شرعاً یبع أحد المتماثلین المقدرین بالکیل والوزن مع الزیادة فی أحدهما حقیقة أو حکماً» (عاملی جبعی، ۱۳۹۶: ۱۵۸/۱)؛ ربا عبارت از آن است که جنسی که مکیل (پیمان‌های) یا موزون (کشیدنی) است، در مقابل همان جنس با زیادتی در یکی از آن‌ها فروخته شود. در تحقق ربا فرقی نمی‌کند که زیادتی که یک جنس بر دیگری دارد، زیادتی عینی باشد یا زیادتی حکمی.

در شرایع الاسلام آمده است:

«الربا وهو یثبت فی البیع مع وصفین الجنسیة والکیل أو الوزن. وضابطه کُل شیئین یتناولهما لفظ خاصّ كالحنطة بمتلها والأرز بمتله فیجوز بیع المتجانس وزناً بوزن نقداً ولا یجوز مع زیادة ولا یجوز إسلاف أحدهما فی الآخر علی الأظهر» (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۳۸/۱)؛ ربا در بیع با دو شرط اتحاد در جنس و مکیل و موزون بودن محقق می‌شود. دو شیئی که لفظ واحدی پیرامون آنها به کار می‌رود، مثل گندم یا برنج، نباید با گرفتن زیاده بر آنها یا تأخیر انداختن بین پرداخت و دریافت آنها، معامله شوند.

همان طور که مشخص است در کلام فقها سه شرط اساسی برای ربای معاملی ذکر شده است: ۱. اعتبار کیل و وزن، ۲. تفاضل یا زیاده، ۳. اتحاد در جنس. هرچند این سه شرط، مورد اتفاق اکثر فقهای شیعه است، اختلافاتی نیز در اقوال آنها وجود دارد. در ادامه ضمن اشاره اجمالی به آنها، به موضوع اصلی مقاله که بحث بر اتحاد در جنس است، پرداخته می‌شود.

۲-۲-۱. شرط مکیل و موزون بودن

در مورد مکیل و موزون بودن، اکثریت قریب به اتفاق فقها بر این عقیده‌اند که ربای معاملی، فقط در اجناسی است که به وزن یا پیمانه معامله می‌شوند. لذا در آن کالاهایی که به صورت عددی مبادله می‌گردند، ربای معاملی تحقق پیدا نمی‌کند (علامه حلی، ۱۴۱۰؛ عاملی جبعی، ۱۳۹۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۹؛ نجفی، ۱۴۰۴؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۶؛ و...).

هرچند احراز قلمرو این شرط با اهمیت است و می‌تواند در مسائل مستحدثه بسیار مؤثر باشد، لکن از حوصله مقاله خارج است و بررسی فقهی آن نیازمند پژوهشی مجزاست. به همین خاطر، این مقاله نظر مشهور را پیش فرض بحث قرار می‌دهد و ربای معاملی را صرفاً در اجناس مکیل و موزون مورد بررسی قرار می‌دهد.

۲-۲-۲. تفاضل و زیاده

در تعریف لغوی بیان شد که ربا به معنای زیاده است و این تعریف مورد اتفاق همه

فقیهان است. اما در اینکه مصداق زیاده چیست، اختلافاتی وجود دارد. امام خمینی زیاده را اعم از عینی و حکمی بیان کرده‌اند:

«... جنسی را بفروشی در مقابل همان جنس با وزن بیشتر و یا به همان وزن به ضمیمه چیز دیگر؛ مثلاً یک تن گندم را بفروشی به دو تن گندم و یا به یک تن و یک درهم. و یا به همان وزن با زیادی حکمی مثل اینکه یک من گندم را به نقد بفروشی به یک من گندم نسیه» (موسوی خمینی، ۱۴۱۶: ۵۳۶/۱).

در تعریف صاحب جواهر نیز مشابه این تعریف آمده و از واژه زیاده حقیقی به جای عینی استفاده کرده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳۶/۲۳).

برخی فقها هر گونه زیادی را هر چند جنبه مالی نداشته باشد، ربوی دانسته‌اند؛ از جمله صاحب عروه آورده است:

«ریا عبارت است از زیادی عینی به گونه جزء یکی از عوضین و یا غیر عوضین، و یا زیادی عینی به گونه اشتراط و یا زیادی غیر عینی از چیزهایی که حیث مالی دارد (مانند سکونت در خانه)؛ و یا عملی که حیث مالی دارد (مثل دوختن لباس)؛ و یا عملی که در آن صفتی است (مانند شرط مصالحه و یا بیع محاباتی)؛ و یا شرط خیار و شرط تسلیم مبیع در مکان خاص و یا شرطی که در آن غرض عقلایی باشد (مثل شرط جاروب کردن مسجد و یا بخشش چیزی به فقیر و یا خواندن قرآن و یا انجام نماز در اول وقت و یا مواظبت بر نماز شب و یا انجام واجبات شرعی و امثال ذلک)» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۲/۲).

هر چند این شرط و تشخیص نوع زیاده در تشخیص ربا بسیار اهمیت دارد، ولی از آنجایی که موضوع مقاله نیست، لذا به همین قدر کفایت می‌کنیم و مقاله را با این پیش‌فرض ادامه می‌دهیم که «هر نوع زیاده‌ای که منفعت عقلایی داشته باشد، مصداق

۱. در این مقاله در صدد نقد و بررسی تمام جزئیات کلام فقها نیستیم، اما اشاره می‌کنیم که از باب «کَلَّ قَرْضٌ يَجْزُ نَفْعًا فَهوَ رِبَا»؛ هر قرضی که نفعی را به سوی خود بکشاند، رباست. اما اگر قرضی باشد که نفعی را به جانب مستقرض بکشاند، آیا باز هم ربا خواهد بود؟ مثلاً اگر کسی یک میلیون تومان به کسی قرض بدهد و با او شرط کند که باید نمازهای واجب را بخواند، به نظر نمی‌رسد مصداق زیادی باشد؛ زیرا قرض دهنده آنچه را پس خواهد گرفت، همان یک میلیون تومان است و شرط به نفع قرض‌گیرنده است، نه به نفع قرض‌دهنده. البته ثواب اجرای این شرط به قرض‌گیرنده هم می‌رسد؛ همان طور که ثواب قرض‌الحسنه به او می‌رسد.

رباست). مقاله حاضر به دنبال تبیین این مسئله است که عوضین در یک معامله باید چه ویژگی‌هایی داشته باشند که هم جنس و مثل هم تلقی شوند. اگر این مسئله به خوبی تبیین شود، آنگاه می‌توان زیاده بر عوضین را نیز به خوبی تشخیص داد و پیرامون آن حکم کرد.

۲-۳. شرط هم جنس بودن

یکی از شروطی که در تعریف همه فقها آمده و بحث اصلی مقاله نیز می‌باشد، شرط هم «جنس» بودن است. در بیان فقها صرف اینکه دو کالا از لحاظ جنس شبیه هم باشند، زیاده بر آن را ربا می‌دانند.

فقها علاوه بر واژه «جنس» از «مثل» هم استفاده کرده‌اند. عاملی در تعریف ربا می‌گوید: «أنه (الربا) شرعاً بيع أحد المتماثلين بالآخر مع شرائط أخر» (حسینی عاملی، بی‌تا: ۵۰۲/۴). اما به نظر می‌رسد که این تفاوت واژه معنای خاصی ایجاد نمی‌کند؛ چراکه عاملی در ادامه یکی از دو شرط اصلی ربا را «اتفاق العوضین فی الجنس» می‌داند.

اما سؤال اساسی این است که منظور از اتحاد جنس چیست؟ صاحب جواهر اشاره کرده که منظور از «جنس» معنای آن در علم منطق نیست، بلکه منظور یک لفظ است که با بحث «نوع» در علم منطق مطابقت دارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳۷/۲۳). حال که منظور از اتحاد در جنس در کلام فقها مشخص شد، سؤال بعدی این است که این اتحاد در جنس را چگونه باید تشخیص داد؟ فقها مطرح کرده‌اند که همیشه تشخیص هم جنس بودن کار آسانی نیست و در بعضی مواقع در اینکه بتوان دو چیز را به لحاظ ذات و جنس آن‌ها با هم مقایسه کرد، سختی و دشواری وجود دارد. لذا صاحب جواهر یک ضابطه برای آن مطرح کرده و می‌گوید:

«اشیایی که لفظ خاصی مثل گندم یا برنج بر آن‌ها حمل می‌شود، همین اتفاق لفظ خاص بر آن‌ها، حاکی از حقیقت نوعیه بین کلیه اقسام آن می‌شود» (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳۷/۲۳).

پس ضابطه مزبور چنین می‌گوید که وقتی یک لفظ خاص مثل خرما برای چند

شیء به کار رفت، همه آنها اتحاد در جنس دارند.^۱

امام خمینی در بیان خود، تشخیص عرف جامعه را در هم جنس بودن شرط دانسته و نوشته‌اند:

«تشخیص اتحاد جنس یک امر عرفی است. هر چیزی که از نظر عرف، مصداق گندم، برنج، خرما یا انگور باشد، نمی‌توان در معامله دو جنس مشابه زیاده‌ای اخذ کرد» (موسوی خمینی، ۱۴۱۶: ۴۹۳/۱).

از مجموع مباحثی که مطرح شد، می‌توان چنین برداشت کرد که اگر دو چیز لفظاً متحد باشند، مثل اینکه هر دو برنج باشند، نمی‌توان در معامله و بیع زیادتز از آن را طلب کرد. فقها با چنین استدلالی مصادیق مختلفی را که مصداق ربای معاملی می‌شود، نام برده‌اند. در ادامه به برخی فتاوی‌ای مراجع در تشریح این حکم اشاره می‌شود.

امام خمینی می‌گویند:

«هر چیزی که عرف آن را یک جنس بداند، جائز نیست مقداری از آن را در مقابل بیش از آن مقدار بفروشد، هرچند که از نظر صفات و خواص، مختلف باشند؛ مثلاً گندم فروشنده، معمولی یا سرخ‌رنگ و گندم خریدار، ممتاز و سفیدرنگ باشد، برنج فروشنده، عنبر ممتاز و برنج خریدار، چمپای پست باشد، خرما یکی زاهدی و پست و از دیگری خستای و ممتاز، و همچنین هر کالای دیگری از فروشنده ممتاز و از خریدار پست باشد، چون به حسب نظر عرف جنس واحد است» (همان).

اکثر فقهای شیعه و اهل سنت معتقدند که در باب ربا هر فرعی از نظر ربوی بودن، تابع اصل خود است، مشروط بر اینکه فرع آن از مکیل و موزون بودن خارج نشده باشد (ابوالحسینی، ۱۳۸۶: ۱۰۶). صاحب جواهر می‌گوید: «قاعدة إلحاق كل فرع بأصله» از

۱. آقازیا عراقی می‌گوید: مشتقاتی که از یک چیز گرفته می‌شوند، در اسم مختلف‌اند، مانند ماست، پنیر و کره که همگی از شیر گرفته می‌شوند، اما دارای یک حقیقت هستند. از طرف دیگر، چیزهایی چون گوشت گوسفند و گاو و یا شیر گوسفند و گاو با اینکه از حقایق متعدد گرفته شده‌اند، ولی در اسم مشترک‌اند. بنابراین محققانه این است که گفته شود: مقصود از اتحاد در جنس این است که به یک حقیقت واحد منتهی شوند (بی‌تا: ۲۴۸/۵). البته این تعبیر نیز صحیح نمی‌باشد و با فهم عرف منطبق نیست. عرف هرگز شیر و کره و پنیر را یک جنس نمی‌داند و نیز طلای ۲۴ عیار را هم جنس ۱۰ عیار و یا خاک طلا نمی‌داند و نیز بنزین را هم جنس نفت خام ندانسته و برای آنها قیمت واحد قرار نمی‌دهد.

گذشته بین فقها مطرح بوده و گرفتن تفاضل در تمام چیزهایی که جنس واحد دارند، حرام است، اگرچه شیء جدید اسم خاصی داشته باشد؛ مانند گندم به آرد، و شیر خرمبا با خرما و امثال آن، که در همه این موارد در باب ربا فرع به اصل خود ملحق می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۳/۳۴۷).

همچنین در باب ربای معاملی، بحثی مفصل بین فقها وجود دارد که آیا گندم و جو از یک جنس هستند؟ در این بحث اکثر فقها قائل به این هستند که گندم و جو از یک جنس هستند و در این مسئله ادعای اجماع شده است (حسینی عاملی، بی‌تا: ۵۱۱/۴). البته هرچند خلاف اجماع نیز نظراتی وجود دارد و قائل به اختلاف جنسیت گندم و جو هستند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۱: ۲/۲۵۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۶/۸۶)، ولی نظر مشهور این است که این دو از یک جنس هستند.

به طور خلاصه مشهور فقهای شیعه، اتحاد در جنس را شرط ربای معاملی می‌دانند و در فتاوی خود دو جنسی که لفظاً یک عنوان دارند یا اینکه اصل آنها یکی است و همچنین گندم و جو را متحد در جنس می‌دانند. به طور خلاصه مصادیقی که فقها آنها را در مسئله ربا متحد در جنس می‌دانند، به شرح زیر است:

- گندم و جو.
- هر چیزی با اصل خودش؛ مثل کنجد و ارده، یا پنیر و شیر، یا شیر و انگور.
- دو فرع از یک اصل؛ مثل پنیر و کشک.
- گوشت و شیر و روغن یک حیوان. با اختلاف حیوان اتحاد در جنس از بین می‌رود.
- تفاوت داشتن عوضین به خوبی و بدی جنس ربطی ندارد.

۳. تبیین محل نزاع و بیان حکم عقل

در قسمت قبل، مصادیقی از ربای معاملی که بین مشهور فقها مورد اتفاق است، ذکر شد. همچنین بیان شد که معیار تشخیص اتحاد جنس، عرف جامعه است؛ بدین معنا که اگر عرف بر دو جنس، لفظی واحد را استعمال کند، جنس آنها یکی خواهد بود. اما مسئله این است که عرف بین دو کالای هم‌جنس ولی با صفات متفاوت، تفاوت قائل می‌شود و در معاملات ارزش یکسانی برای آنها قائل نیست. در واقع به حکم

عقل و عرف، اگر فردی برنج درجه ۱ را بفروشد و در مقابل برنج درجه ۳ را به همان میزان تحویل بگیرد، این عمل نزد عقلا ناپسند شمرده می‌شود و در اینجا ظلمی رخ می‌دهد که عقلا آن را تقبیح می‌کنند و انجام‌دهنده آن را مورد سرزنش قرار می‌دهند.

به نظر می‌رسد که عقلا در اینجا نه تنها حکم به جواز مازاد می‌کنند که آن را ضروری هم می‌دانند؛ زیرا آثار مهم و سودمندی دارد و این عمل در واقع تشویق افراد به تلاش برای تولید کالای بهتر و کوشش جهت افضلیت بخشیدن به محصولات خود است. اگر میزان زائد گرفته نشود و هر کالای مرغوبی در مبادله کالا به کالا با غیر مرغوب خود بدون اخذ مازاد در مقابل مرغوب بودن کالا معاوضه شود، انگیزه‌ای برای تلاش جامعه و افراد برای اصلاح بذر و تولیدات خود باقی نمی‌ماند و نوعی بی‌عدالتی و ظلم است؛ زیرا ممکن است تولید کالای برتر، زحمات و تلاش و مایه بیشتری را مطالبه کند و با فرض آنکه مبادله در جامعه هم به نقدین نباشد و منحصر به تولید کالا به کالا باشد، صاحب کالای برتر مجبور است کالای خود را بدون اخذ مازاد بدهد، در حالی که زحمت بیشتری را متحمل شده است.

تا کنون به نظر می‌رسد به حکم عقل که از اصلی‌ترین ادله احکام است، صرف هم‌جنس بودن دو شیء، باعث نهی از تفاضل نمی‌شود، بلکه باید به جای هم‌جنس بودن از لفظ «هم‌ارزش» بودن استفاده کرد. در بحث لغوی بیان شد که ربا به معنای زیاده است؛ یعنی اگر در معامله‌ای عوضین در تساوی باشند، ربا محقق نمی‌شود. حال آیا تنها هم‌جنس بودن دو کالا به معنای تساوی آنهاست یا اینکه هم‌ارزش بودن آنها معنای دقیقی از تساوی است و ملاک هم‌ارزش بودن را عرف جامعه تشخیص می‌دهد. بر این اساس اگر یک کیلو شیر مشخص با نیم کیلو پنیر مشخص، ارزش برابر داشته باشند، باید طبق تعریف ربا، یک کیلو شیر با نیم کیلو پنیر معامله شود و اگر یک کیلو شیر با یک کیلو پنیر معامله شد، چون اخذ زیادی محقق شده، این معامله مصداق ربای معاملی است.

۳-۱. آیات قرآن و تبیین محل نزاع

قرآن کریم یکی دیگر از ادله احکام است که به نظر می‌رسد محتوای آیات به

ادعای مقاله حاضر نزدیک‌تر است. قرآن کریم در خصوص مصداق معامله ربوی هیچ آیه‌ای نازل نکرده است. به طور کلی آیات قرآن، از ربا نهی و به انجام معاملات دیگر مثل بیع و قرض الحسنه تشویق کرده است: ﴿أَمَّا الْبَيْعُ مِثْلَ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ (بقره/ ۲۷۵)، ﴿حَقُّ اللَّهِ الرِّبَا وَرِزْقُ الصَّادِقَاتِ﴾ (بقره/ ۲۷۶) و ﴿فَلَا يَرْبُوا عِنْدَ اللَّهِ وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ﴾ (روم/ ۳۹).

با وجود اینکه قرآن کریم مصداق مشخصی را برای ربا مشخص نکرده، با این حال توصیفات را برای ربا و آثار آن و برخی حکمت‌های منع آن بیان نموده است. نهی از اکل مال به باطل: ﴿وَأَخَذُوا الرِّبَا وَقَدُّهُوا عَنْهُ وَأَكَلِهِمْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ﴾ (نساء/ ۱۶۱) و نهی از ظلم: ﴿...لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ (بقره/ ۲۷۸-۲۷۹)، از موارد آشکاری است که در قرآن ذکر شده است. گفته شد که به حکم عقل در صورتی که دو کالای هم‌جنس با ویژگی‌ها و صفات متفاوت وجود داشته باشند، بین آن‌ها اختلاف ارزش وجود دارد و اگر بخواهیم این اختلاف ارزش را در معامله نادیده بگیریم، هم مصداق اکل مال به باطل شده و هم به تبع آن ظلم رخ داده است و با آیات قرآن، مقابله و ناسازگاری خواهد داشت.

فردی را در نظر بگیرید که با زحمت بسیار شیر گوسفند را به روغن حیوانی تبدیل می‌کند. آیا جایز است که به او گفته شود حق نداری در معامله شیر با روغن، نسبت به روغن خود، سهم بیشتری از روغن طلب کنی و این در حالی باشد که ارزش هر کیلو روغن، ده برابر یک کیلو شیر باشد؟ آیا دعوت به معامله شیر و روغن به مساوات، مصداق ظلم نیست؟ به نظر می‌رسد که هم عرف مردم و هم عقل در قضاوت این معامله، یکسان عمل می‌کنند و چنین معامله‌ای را مصداق ظلم می‌دانند. حال آیا می‌توان باور کرد که خداوند خود به انجام معامله‌ای دستور داده که مصداق ظلم است. نتیجه اینکه طبق آیات قرآن کریم، اگر معیار هم «ارزش» بودن دو کالا را بپذیریم، در ضابطه هم «جنس» بودن هم ظلم رخ داده است و هم مصداق بارز ربای معاملی اتفاق افتاده است.

۳-۲. علت تحریم ربای معاملی

از اساسی‌ترین بحث‌های مربوط به ربا، تجزیه و تحلیل علت حرمت آن است. علت

تام ربا، مشابه بسیاری از احکام خداوند مشخص نیست و صرفاً برخی از حکمت‌های تحریم آن در روایات اشاره شده است که در ادامه به برخی از آن‌ها اشاره خواهیم کرد:

- امام باقر علیه السلام:

«خدا ربا را از آن جهت حرام کرد که نیکوکاری از میان نرود» (حکیمی، ۱۳۹۱: ۶۱۸/۵).

- امام صادق علیه السلام:

«خداوند ربا را حرام کرد تا مردم از حرام به کسب و کار روی آورند و به خرید و فروش بپردازند» (همان: ۶۱۰/۵).

«خدای بزرگ ربا را از آن جهت حرام کرد تا شما از پرداختن به کارهای نیک باز نمانید» (همان: ۶۱۹/۵).

«اگر ربا حلال باشد، مردم تولید و تجارت [اصولی و درست] را رها می‌کنند و نیازهای واقعی خویش و جامعه را از یاد می‌برند» (همان: ۴۰۴/۵).

- امام رضا علیه السلام:

«علت تحریم ربا... برافتادن کار خیر... و ترک قرض دادن به نیازمندان است» (همان: ۶۱۰/۵).

«علت حرام بودن ربا... این است که مایه تباهی اموال می‌شود... خرید و فروش ربوی در هر حال به زیان خریدار و فروشنده خواهد بود» (همان).

همچون روایات ذکر شده، روایات متعددی وجود دارند که حکمت تحریم ربا را ترک تجارت، ترک افعال نیک، ترک قرض الحسنه، تباهی اموال و... معرفی می‌کنند. حال سؤال اساسی این پژوهش این است که اگر شرط هم‌جنس بودن را طبق تعریف فقها بپذیریم، آیا از همه حکمت‌های ذکر شده در روایات فاصله می‌گیریم؟ یعنی اگر در معامله برنج درجه ۱ با درجه ۲، زیاده‌ای گرفته شود، در این صورت مال خود را تباه ساخته‌ایم؟ یا شیوع این مسئله باعث ترک تجارت و افعال نیک می‌شود؟ حقیقت این است که با کمی تفکر متوجه می‌شویم که اتفاقاً چنین اقدامی باعث می‌شود همه حکمت‌هایی که برای حرمت ربا در روایات ذکر شده، محقق شود.

علاوه بر روایات فوق که به دلایل حرمت ربا اشاره می‌کنند، شهید مطهری نیز

نظریه‌ای در باب ربای معاملی بیان کرده‌اند که بسیار مورد توجه قرار گرفته است:

«ربای معاملی حریمی است برای ربای قرضی؛ یعنی این معامله به این دلیل حرام شده که جلو ربای قرضی گرفته شود؛ یعنی اگر ربای معاملی حرام نباشد و فقط ربای قرضی حرام باشد، همین حیل‌های ربایی که الآن انجام می‌دهند، رواج می‌یابد؛ مثلاً من به جای اینکه بگویم صد من گندم به شما قرض می‌دهم که سر سال، ۱۵۰ من گندم بگیرم، می‌گویم: صد من گندم به شما می‌فروشم، در مقابل ۱۵۰ من گندم. به نظر من این طور آمد که حکمت حرمت ربای معاملی با اینکه از باب قرض نیست، این است که قرض به این صورت درنیاید؛ همین کاری که اتفاقاً معمول شده و به شکل‌های مختلفی به صورت حیل ربا درآمده است» (مطهری، ۱۳۷۲: ۷۷).

طبق قول شهید مطهری، اگر شرط هم‌جنس بودن را صرفاً به استعمال لفظ مشترک بدانیم، خود حریمی بر ربای قرضی خواهد شد؛ مثلاً فردی می‌گوید: «۱۰ کیلو برنج درجه ۳ را می‌فروشم به شرط اینکه ۳ ماه آینده، ۱۰ کیلو برنج درجه ۱ به من بفروشی». مشخص است که مابه‌التفاوت قیمت برنج درجه ۳ و درجه ۱ مصداق زیاده و ربا خواهد بود. همچنین شهید مطهری معتقد است که علت اصلی حرمت ربا، ظلم محقق شده در آن است. اگر مجموع حکمت‌هایی را که بدان اشاره نمودیم، مدّ نظر قرار دهیم، متوجه می‌شویم تبیینی که از اتحاد در جنس در فتاوی‌ای فقها شده است، تبیین کاملی نیست.

۳-۳. چرا فقها به جای توجه به ارزش کالا به هم‌جنس بودن توجه

کرده‌اند؟

اما سؤال اساسی دیگر این است فقها دو دلیل عمده برای ادعای خود وضع کرده‌اند: یکی اجماع و دیگری روایات. در واقع فقها چنین بیان کرده‌اند که در خصوص ربای معاملی، دلیل خاص وجود دارد، لذا حکم حرمت معامله دو کالای هم‌جنس، تبعیدی است. فقها ضمن اشاره به روایات متعددی که در این زمینه وارد شده است، چنین برداشت کرده‌اند که شرط ربای معاملی، صرفاً هم‌جنس بودن آن است. حال در مقام استدلال اگر بتوانیم ادله فقها را مخدوش نماییم، طبق آیه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا» (بقره/ ۲۷۵)، معامله دو جنس هم‌ارزش مصداق ربای معاملی نخواهد بود و لذا از عنوان عام

بیع تخصیص نمی‌خورد و باید به حکم عام که صحت چنین معاملاتی است، عمل کرد. همچنین اگر بتوانیم به این نتیجه برسیم که آنچه در روایات از آن نهی شده، بیع دو کالای هم‌ارزش همراه با زیاده است و نه فقط دو کالای هم‌وزن (کیل) بدون توجه به ارزش آن‌ها، لذا خلاف آن مصداق ربای معاملی خواهد بود و اگر دو کالا هم‌جنس بودند ولی ارزش برابر نداشتند، اگر به مساوات (کیل یا وزن) با هم معامله شدند، معامله حرام و ربوی خواهد بود.

۴. ادله

۱-۴. اجماع

اتحاد در جنسیت شرط می‌باشد و صاحب *جوهر ادعای اجماع* و عدم خلاف بین مسلمانان را مطرح کرده است (نجفی اصفهانی، ۱۴۰۰: ۳۳۸/۲۳). صاحب *مفتاح الکرامه* نیز شرط جنسیت و شرط مکیل و موزون بودن را اجماعی می‌داند و به اجماع سایر فقها پیرامون این موضوع اشاره می‌کند (عاملی، بی‌تا: ۵۰۴/۴).

اکثر فقهای که بحث اجماع را مطرح کرده‌اند، به روایات این باب نیز اشاره داشته‌اند. وجود روایات متعدد، احتمال مدرکی بودن این اجماع را تقویت می‌کند. از آنجایی که اجماع محتمل المدرک حجیت و کاشفیت ندارد، لذا می‌توان در این دلیل مناقشه کرد و آن را کنار گذاشت.

۲-۴. روایات

به نظر می‌رسد مهم‌ترین دلیلی که فقها در ربای معاملی قائل به شرط هم‌جنس بودن هستند، روایات متعددی است که در این باب ذکر شده‌اند. از آنجایی که اکثر این روایات در فتاوی فقها مورد استفاده قرار گرفته‌اند، لذا به بررسی سندی این روایات نخواهیم پرداخت و فرض بر این است که حتی در صورت وجود ضعف سندی، عمل فقها به این روایات، ضعف سند را پوشش می‌دهد و قابل استناد هستند. در ادامه به برخی از این روایات که معروف‌ترین آن‌ها نیز هستند، اشاره می‌شود و به تحلیل و بررسی آن‌ها می‌پردازیم. سایر روایاتی که در این باب وجود دارد، به لحاظ معنایی مشابه

روایاتی است که مورد بررسی قرار گرفته است.

در بررسی روایات به این نکته توجه می‌کنیم که آیا معیار تساوی صرفاً هم‌جنس بودن و هم‌وزن بودن آن‌هاست یا منظور هم‌ارزش بودن دو کالا است. اگر روایات هم‌جنس بودن و هم‌وزن بودن را تأیید کند، فتوای فقها صحیح است و این امر کاملاً تعبدی می‌شود. ولی اگر روایات، هم‌ارزش بودن دو کالای هم‌جنس را مدّ نظر قرار دهد و یا صرف هم‌وزنی را مطرح نکند، مشخص می‌شود که فتوای فقها ناتمام است و در این خصوص باید تأمل بیشتری صورت پذیرد.

۴-۲-۱. روایت اول و دوم

«عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - أنه قال: يا عمر قد أحلّ الله البيع وحرّم الربا، بع واربح ولا تربه، قلت: وما الربا؟ قال: درهم بدرهم مثلين بمثل، وحنطة بحنطة مثلين بمثل» (حزّ عاملی، ۱۴۱۶: ۱۳۳/۱۸)؛ خداوند بیع را حلال و ربا را حرام کرده است. ای عمر! بیع انجام بده و سود به دست بیاور، ولی ربا مستان. پرسیدم ربا چیست؟ فرمود: درهم در مقابل دو برابر آن و گندم در مقابل دو برابر آن.

بررسی روایت: از آنجا که درهم‌ها همواره عیار یکسان داشته و در مقایسه با هم ارزش یکسانی دارند، لذا می‌توان معیار هم‌ارزش بودن دو کالا را از این روایت برداشت کرد. همچنین وقتی درهم و گندم در کنار هم به کار می‌روند، می‌توان چنین برداشت کرد که در گندم هم، هم‌ارزش بودن ملاک است و مقصود روایت می‌تواند معامله دو نوع گندمی باشد که کیفیت یکسانی دارند. همچنین بعید نیست که این روایت در باب نهی از ربای قرضی وارد شده باشد و نه ربای معاملی. مشابه این روایت، روایت «قوله أيضاً في صحيح الحلبي: الفضة بالفضة مثلاً بمثل ليس فيها زيادة ولا نقصان الزائد والمستزيد في النار» (همان: ۱۶۵/۱۸) نیز وجود دارد که اگر فضا به معنای درهم باشد، از این باب گرفتن زیاده اشکال دارد که همواره ارزش درهم‌ها برابر بوده است و اگر به معنای زیورآلات باشد، باز غالباً زیورآلات یک شهر از نظر عیار یکسان‌اند و در آخر روایت با بیان «ليس فيها زيادة ولا نقصان»، تفاوت عیار و ارزش را نفی می‌کند؛ زیرا تفاوت عیار و ارزش عرفاً نوعی زیاده و نقصان است.

۲-۲-۴. روایت سوم

موثقه منصور بن حازم:

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال في حديث: كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد» (همان: ۴۴۸/۱۲)؛ امام صادق عليه السلام فرمود: هر چیزی که به صورت پیمانه‌ای یا وزنی می‌شود، اگر عوضین از یک جنس باشند، صحیح نیست که دو تا در مقابل یکی معامله شود.

بررسی روایت: در این روایت، شرط مکیل و موزون بودن مطرح شده که چون موضوع مقاله نیست، از آن می‌گذریم. همچنین روایت دو برابر گرفتن را صحیح نمی‌داند. اگر اصطلاح «مثلین بمثل» صرفاً در مقام بیان تفاضل باشد، می‌توان چنین استدلال کرد که این روایت، هرچند شرط هم‌جنس بودن را مطرح کرده است، ولی ملاک هم‌جنس بودن را مطرح نکرده است؛ مثلاً عرف ماست و کره را دو جنس متفاوت می‌داند یا اینکه بین گندم و جو تفاوت قائل می‌شود. لذا می‌توان مفهوم جنس واحد را از همه نظرات حتی کیفیت و قیمت هم توسعه داد و «مثلین بمثل» را در مورد دو شیء از هر جهت مساوی دانست که منع شده و یا دو شیء که با توجه به کیفیت آن‌ها یکی دو برابر دیگری ارزش داشته باشد.

۲-۲-۴. روایت چهارم

موثقه سماعه:

«قال: سألته عن الطعام والتمر والزبيب، فقال: لا يصلح شيء منه اثنان بواحد إلا أن يصرفه نوعاً إلى آخر فإذا صرفته فلا بأس اثنین بواحد و أكثر» (همان: ۴۴۳/۱۲)؛ سماعه گفت: از امام عليه السلام درباره معامله طعام، خرما و کشمش سؤال کردم، فرمودند: در هیچ یک از این‌ها معامله یکی با دو تا جایز نیست؛ مگر اینکه یک نوع را با نوع دیگر معاوضه کند. در این صورت، مبادله یکی با دو تا و بیشتر جایز است.

بررسی روایت: اولاً احتمال اینکه مقصود این روایت ربای قرضی باشد، وجود دارد. اما در صورتی هم که موضوع ربای معاملی باشد، مفاد روایت به دو جنس مساوی اشاره می‌کند و می‌تواند منظور دو جنس از لحاظ ویژگی‌های یکسان باشد؛ یعنی اگر خرمایی با خرمای دیگر معامله شد که از لحاظ کیفیت مشابه هم بودند، نمی‌توان

زیاده‌ای بر آن گرفت. در واقع می‌توان چنین گفت که فرض شخص سؤال‌کننده و امام علیه السلام این بوده که پیرامون دو کالایی صحبت می‌کنند که هم‌جنس و دارای ویژگی‌های یکسان هستند.

۴-۲-۴. روایت پنجم

«کان علی علیه السلام یکره أن یستبدل وسقاً من تمر المدینة بوسقین من تمر خیبر، ولم یکن علی علیه السلام یکره الحلال» (همان: ۱۵۱/۱۸)؛ علی علیه السلام اکراه داشت از اینکه یک وسق از خرماى مدینه را با دو وسق از خرماى خیبر معاوضه کند، در حالی که آن حضرت از یک امر حلال کراهت نمی‌ورزید.

بررسی روایت: اولاً ظاهر این روایت اشاره به یک امر مکروه دارد؛ هرچند ممکن است با استناد به آخر روایت، دلیل بر حرمت باشد. در این صورت چند نکته وجود دارد: اول اینکه ممکن است این روایت دلیل حرمت را غرری بودن معرفی کرده است؛ یعنی چه‌بسا اگر هر دو نوع خرما با اوصاف خود دقیقاً مشخص بودند، امکان معامله به تفاضل وجود داشت. ثانیاً این روایت کیفیت و ارزش معاملاتی دو نوع خرما را بیان نکرده است. چه‌بسا این دو نوع خرما دارای یک کیفیت بوده‌اند و به همین خاطر امکان تفاضل وجود نداشته است یا اینکه تفاضل آن‌ها به حدی نبوده که یک پیمانانه از خرماى مدینه معادل دو پیمانانه از خرماى خیبر باشد و باید به گونه‌ای دیگر پیمانانه می‌شده است.

۴-۲-۵. روایت ششم

محمد بن مسلم از امام صادق علیه السلام چنین روایت کرده است:
«إذا اختلف الشیطان فلا بأس مثلین بمثل یداً بید» (همان: ۱۴۱/۱۸)؛ هنگامی که دو چیز با هم فرق داشته باشند، اشکال ندارد که یکی دو برابر دیگری دست به دست (معامله) شود.

بررسی روایت: این روایت به خوبی بیان می‌کند که اگر دو چیز اختلاف داشته باشند، می‌توانند با تفاضل معامله شوند. از آنجایی که عرف بین دو کالای یک جنس ولی با صفات مختلف، تفاوت قائل می‌شود و آن‌ها را مختلف می‌داند، لذا می‌توان شرط تحقق ربای معاملی را هم‌ارزش بودن دانست. همچنین اگر «یداً به ید» را به معنای

نقدی معنا کنیم، آنگاه روایت با ربای قرضی هم تناسب خواهد داشت و از استدلال به روایت برای ربای معاملی صرف نظر می‌شود.

۴-۲-۶. روایت هفتم

«وسأل محمدُ أبا جعفرٍ عليه السلام عن الرجل يدفع إلى الطَّحَّانِ الطعامَ فيقاطعه على أن يعطى صاحبه لكلِّ عشرة أرطالٍ اثني عشر رطلاً دقيماً فقال: لا. قلت: الرجل يدفع السمسم إلى العَصَّارِ ويضمن لكلِّ صاعٍ أرطالاً مسمّاةً، قال: لا» (همان: ۱۴۱/۱۸)؛ شخصی از امام باقر عليه السلام پرسید: مردی به آسیابانی طعامی می‌دهد و بنا می‌گذارند که به ازای هر ۱۰ رطلی که می‌دهد، ۱۲ رطل آرد تحویل گیرد. امام پاسخ دادند که این معامله صحیح نیست. ادامه داد که آن مرد به اندازه یک صاع کنجد می‌دهد و آسیابان ضمانت می‌کند که چند رطل مشخص، روغن کنجد بپردازد. امام فرمودند که این معامله نیز صحیح نیست.

بررسی روایت: ظاهر روایت این است که زمان در معامله نقش جدی ایفا می‌کند و بین زمان تحویل دادن کالا و تحویل گرفتن، مدت زمانی فاصله وجود دارد که عبارت «یضمن» نیز به همین امر دلالت دارد. به همین خاطر بعید نیست که حرمت این معامله به خاطر حرمت ربای قرضی باشد و در واقع این معامله تحت عنوان ربای قرضی که مدت‌دار است، قرار می‌گیرد؛ وگرنه معنا ندارد آسیابان ده رطل گندم بگیرد و علاوه بر خُرد کردن آن، دوازده رطل را برگرداند. این عقلایی نیست و هرگز مورد سؤال قرار نمی‌گیرد، مگر آنکه کیفیت گندم و آرد متفاوت باشد که در آن صورت نهی روایت به خاطر غرر است، نه بحث تأکید بر وزن و ربای معاملی.

۴-۲-۷. روایت هشتم و نهم

صحیحه محمد بن مسلم:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الثوبين الرديين بالثوب المرتفع، والبعير بالبعيرين والدابة بالدابتين؟ فقال: كره ذلك على عليه السلام فنحن نكرهه، إلا أن يختلف الصنفان» (همان: ۱۵۴/۱۸)؛ از امام صادق عليه السلام درباره معامله دو لباس ارزان‌قیمت در مقابل یک لباس فاخر پرسیدم. فرمودند: علی عليه السلام آن را ناپسند می‌شمرد، ما نیز ناپسند می‌دانیم، مگر اینکه از دو صنف مختلف باشند.

صحیحہ ابن مسکان:

«عاوضنی بفرسی و فرسك و ازيدك؟ قال: فلا يصلح، ولكن يقول أعطني فرسك بكذا وكذا وأعطيك فرسی بكذا وكذا» (طباطبایی بروجردی، ۱۳۸۶: ۴۵۸/۲۳)؛ [از امام صادق علیه السلام درباره مردی سؤال شد که به دیگری می‌گوید: اسب خود را با اسب من معاوضه کن، به تو زیادی می‌دهم. امام علیه السلام فرمودند: این کار درست نیست، بلکه بگوید: اسبت را به فلان مبلغ به من بفروش و من اسبم را به فلان مبلغ به تو می‌فروشم.

بررسی روایات: اولاً دو روایت در مورد معدودات است و با قول مشهور سازگار نیست؛ لذا باید در قول مشهور تردید کرد. ثانیاً هر دو روایت می‌تواند به همان بحث غرر و جهالت اشاره داشته باشد؛ زیرا بعیر و دابه ... باید توسط کارشناس قیمت‌گذاری شود و همیشه یکی به دو تا تساوی ارزشی را به دنبال ندارد. همچنین چون با سایر روایات مشهور در تعارض است، برخی این دو روایت را حمل بر کراهت کرده‌اند و نه حرمت.

از مجموع روایات فوق به این نتیجه رسیدیم که از هیچ روایتی نمی‌توان چنین برداشت کرد که شرط دو کالا این است که «صرفاً یک جنس داشته باشند و وجود صفات خاص، آن‌ها را به دو جنس متفاوت تبدیل نمی‌کند». در روایات مصادیق متعددی ذکر شده‌اند که گویا پیش‌فرض روایت سؤال‌کننده و امام علیه السلام این بوده که وقتی دو کالا با هم معامله می‌شوند، دارای ویژگی‌ها و صفات مشترک هستند یا به عبارت دیگر دارای ارزش یکسانی هستند و همین امر، امکان گرفتن زیاده در دو کالای هم‌ارزش را نمی‌دهد.

تقریباً در همه روایات این باب، از واژه «مثلاً بمثل» استفاده شده است. آیا از این واژه، اتحاد در جنس فهمیده می‌شود؟ وقتی می‌گوییم دو کالا مثل هم هستند، یعنی صرفاً یک جنس هستند؟ برای پاسخ به این سؤال می‌توان از اقوال فقها در تعریف مال مثلی و قیمی استفاده کرد. در تعریف مال مثلی آورده‌اند:

«مالی است که برای آن مماثل وجود دارد و اوصاف آن قابل تشخیص و تعیین است» (حسینی عاملی، بی‌تا: ۴۶/۵).

اگر مال مثلی قرض داده شود، مثل آن به عهده قرض گیرنده می‌آید و بایستی حین قرض، اوصاف و خصوصیات که در قیمت و رغبت مردم دخالت دارد، مشخص شود؛ مثلاً گندم، جو، حبوبات مثلی هستند و اصناف مختلفی دارند و با مشخص ساختن نوع و صنف آن‌ها مشخص می‌شوند (همان: ۴۷-۴۶/۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۲/۲۵؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۶: ۶۲۵/۱). لذا خصوصیات و ویژگی‌های یک جنس در مشخص شدن مثل آن حائز اهمیت است. پس تعبیری که در روایات از «مثلاً بمثل» شده است، شامل در نظر گرفتن ویژگی‌ها و خصوصیات خاص هر کالا نیز می‌شود.

ادعای مقاله، با دو روایتی که در ادامه می‌آید، تکمیل می‌شود. در این روایات نقل شده که هنگام معامله گندم با جو، حق گرفتن زیاده وجود ندارد. اگر منطق قول مشهور فقها را در این مسئله پیش بگیریم، گندم با جو چون از یک جنس نیستند، لذا می‌توانند به تفاضل معامله شوند. ولی روایت به صراحت بیان می‌کند که گندم و جو نمی‌توانند با تفاضل معامله شوند. بسیاری از فقهای بزرگ شیعه در برخورد با این روایات، اتحاد در جنس گندم و جو را تعبدی دانسته و حتی اتحاد در جنس را صرفاً در باب ربا مطرح کرده و در سایر مسائل مثل تعیین حد نصاب گندم و جو در بحث زکات، این دو را کاملاً از هم تفکیک کرده‌اند (عاملی جبعی، ۱۳۹۶: ۳۳۱/۳). البته فقهای نیز هستند که به طور کل، اتحاد در جنس گندم و جو را قبول ندارند و روایات این باب را در اتحاد گندم و جو کافی نمی‌دانند. ابن ادریس حلی (۱۴۱۱: ۲/۲۵۵) و ابن جنید اسکافی و ابن عقیل (علامه حلی، ۱۴۱۰: ۸۶/۶) بر خلاف مشهور فقها قائل به دو جنس بودن گندم و جو هستند.

۴-۲-۸. روایت دهم و یازدهم

- «قال عبد الرحمن للصادق عليه السلام أيضاً: أيجوز قفيز من حنطة بقفيز من شعير؟ فقال: لا يجوز إلا مثلاً بمثل» (طباطبایی بروجردی، ۱۳۸۶: ۴۶۶/۲۳)؛ همچنین عبد الرحمن از امام صادق عليه السلام پرسید: آیا معامله یک قفيز از گندم با دو قفيز از جو جایز است؟ حضرت فرمودند: جایز نیست مگر اینکه مثل به مثل معامله شوند.

- «قول الصادق عليه السلام في صحيح أبي نصر: الحنطة والشعير رأساً برأس لا يزداد واحد منهما على الآخر، إلى أن قال: والدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثلاً بمثل لا بأس به»

(حرّ عاملی، ۱۴۱۶: ۱۴۲/۱۸)؛ سخن امام صادق علیه السلام در صحیح ابونصر: گندم و جو باید در معامله با یکدیگر برابر باشند و گرفتن زیاده صحیح نیست. همچنین در معامله آرد با گندم یا بلغور با آرد نیز باید مثل به مثل باشد.

بررسی روایت: اولاً احتمال اینکه روایت در مورد ربای قرضی باشد، وجود دارد. ثانیاً احتمال مساوی بودن قیمت شعیر و حنطه در آن زمان خاص وجود دارد. ثالثاً احتمال اینکه معنای «لا یزداد واحد منهما علی الآخر» عدم زیادت ارزشی باشد (نه تنها زیادت وزنی) وجود دارد.

منطقی که مقاله برای ملاک اتحاد دو جنس، یعنی هم‌ارزش بودن دو جنس داده است، در تفسیر این احادیث بسیار راهگشا است. روایات این باب، گندم و جو را از یک جنس می‌داند، چون در آن زمان به لحاظ ارزش معاملاتی، گندم و جو دارای ارزش مساوی بودند؛ یعنی هرچند جنس دو کالا با هم تفاوت دارد، ولی چون ارزش یکسانی داشته‌اند، لذا گرفتن تفاضل جایز نبوده است. لازم به ذکر است که ملاک هم‌ارزش بودن دو کالا به عرف جامعه برمی‌گردد. در زمان ائمه به دلیل اینکه مصرف جو همچون گندم شایع بوده، لذا ارزش یکسانی داشته‌اند، ولی ممکن است در زمان دیگری این دو، ارزش یکسانی نداشته باشند. لذا طبق قاعده می‌توان دو کالا را با تفاضل با هم معامله کرد.

نتیجه‌گیری

یکی از اساسی‌ترین شروطی که برای ربای معاملی برشمرده می‌شود، شرط هم‌جنس بودن عوضین معامله است. فقها در فتاوی خود منظور از هم‌جنس بودن را استعمال لفظ مشترک یا حقیقت مشترک در عرف دانسته‌اند. با این حال با بررسی صورت گرفته، چنین نظریه‌ای در بسیاری از موارد مصداق ظلم خواهد بود و با عقل و عرف سازگار نیست. به نظر می‌رسد مهم‌ترین دلیلی که فقها ذکر کرده‌اند، روایات صحیحی است که در این موضوع وجود دارند. وجود این روایات باعث شده که پذیرش این مسئله کاملاً تعبدی قلمداد شود. اما پذیرش تعبدی بودن احکامی که مربوط به معاملات است و عقل بشر مصلحت آن‌ها را متوجه می‌شود، امری مشکل

است، به ویژه اینکه حکمی کاملاً مصداق ظلم باشد. به همین منظور روایاتی که در این باب مبنای استدلال فقها قرار گرفته‌اند، مطالعه و بررسی شدند. بررسی روایات نشان داد که: اولاً دلیل حرمت معامله ربوی صرفاً به خاطر اتحاد دو جنس نیست، بلکه دلیل حرمت می‌تواند مواردی مثل ربای قرضی، وجود غرر و... باشد. ثانیاً بر فرض که روایات دلیل حرمت را هم‌جنس بودن بیان کرده باشند، برداشتی که از هم‌جنس بودن می‌شود، می‌تواند با فتوای فقها متفاوت باشد. نتایج تحقیق بیان می‌کند که شرط تحقق ربای معاملی، هم‌ارزش بودن دو کالا است، تا جایی که حتی گندم و جو هم ممکن است به لحاظ ارزش معاملاتی، هم‌ارزش شوند. این قول، هم به نظر عرف نزدیک است و هم با سیره عقلا سازگار است.

اگر شرط ربای معاملی را هم‌ارزش بودن دو کالا قرار دهیم، آنگاه اگر بخواهیم شرط ممنوعیت اخذ زیاده را اجرا کنیم، لزوماً باید بین دو کالا به لحاظ کیل و وزن تفاوت قائل شویم؛ مثلاً فرض کنید برنج ایرانی دو برابر برنج هندی ارزش دارد، در معامله این دو برنج با یکدیگر، باید هر کیلو برنج ایرانی با دو کیلو برنج هندی معامله شود. اگر چنین نشود و هر دو به یک میزان با هم معامله شوند، چون عوضین به لحاظ ارزش با هم برابر نیستند، لذا ربای معاملی محقق شده است.

کتاب شناسی

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۲. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، *لسان‌العرب*، قم، ادب‌الحوزه، ۱۴۰۵ ق.
۳. ابوالحسینی، علی‌اکبر، «بررسی تطبیقی ربای معاملی (فضلی) و شرایط تحقیق آن»، *نشریه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۹، ۱۳۸۶ ش.
۴. جعفرپور، جمشید، «بررسی فقهی ماهیت ربا»، *نشریه زبان و ادبیات فارسی*، شماره ۳۴، ۱۳۸۰ ش.
۵. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل‌الشیعة الی تحصیل مسائل‌الشریعه*، قم، مؤسسه آل‌البتین، ۱۴۱۶ ق.
۶. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح‌الکرامه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
۷. حکیمی، محمد و دیگران، *ترجمه‌الحیة*، چاپ دهم، ترجمه احمد آرام، قم، دلیل‌ما، ۱۳۹۱ ش.
۸. خوانساری، محمد، *منطق‌صوری*، چاپ چهل و هشتم، تهران، دیدار، ۱۳۹۴ ش.
۹. درویش پوروفا، محمد، «نقد و بررسی تعریف و موضوع ربا با توجه به فلسفه و سابقه تحریم آن»، *پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۳، ۱۳۸۵ ش.
۱۰. راغب اصفهانی، حسین بن محمد بن فضل، *مفردات‌الفاظ‌القرآن*، تهران، المکتبه‌المرتضویه، ۱۳۶۲ ش.
۱۱. طباطبایی، سیدمحمدحسین، *المیزان فی تفسیر‌القرآن*، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه‌الاعلمی، ۱۳۹۰ ق.
۱۲. طباطبایی بروجردی، سیدحسین، *جامع‌احادیث‌الشیعه*، تهران، فرهنگ‌سبز، ۱۳۸۶ ش.
۱۳. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، *تکملة‌العروة‌الوثقی*، قم، مکتبه‌داوری، ۱۴۱۴ ق.
۱۴. عاملی جبعی، زین‌الدین بن علی، *الروضة‌البهیة فی شرح‌اللمعة‌الدمشقیه*، انتشارات علمی، ۱۳۹۶ ق.
۱۵. عراقی، آقاضباء‌الدین، *شرح‌تبصرة‌المتعلمین*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی‌تا.
۱۶. علامه حلی، حسن بن یوسف بن علی بن مطهر، *ارشاد‌الاذهان الی احکام‌الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۱۷. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، *شرایع‌الاسلام*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۹ ق.
۱۸. مطهری، مرتضی، *مسئله‌ربا*، چاپ پنجم، تهران، صدرا، ۱۳۷۲ ش.
۱۹. مکارم شیرازی، ناصر، *تفسیر‌نمونه*، تهران، دار‌الکتب‌الاسلامیه، ۱۳۷۱ ش.
۲۰. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر‌الوسیله*، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۲۱. نجفی، محمدحسن، *جواهر‌الکلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

بررسی و نقد

دلایل حکم بطلان معامله مشروط به عمل حرام

(باتکیه به دلیل حرمت اکل مال به باطل)*

- سجاد داورپناه مقدم^۱
- حسین ناصری مقدم^۲

چکیده

یکی از موضوعاتی که در فقه مدنی مورد واکاوی قرار گرفته است، مشروط کردن معامله به شرط حرام از سوی بایع است. یکی از سه دلیل فقهای قائل به بطلان این نوع معامله، تطبیق عنوان اکل مال به باطل، بر این دادوستد است. مدعای بطلان بر اساس دلالت کتاب بر سلب مالیت از این نوع معامله، عدم امکان تفکیک میان شرط و مشروط و روایات خاص شکل گرفته است.

در این مقاله به بررسی دلایل بطلان معامله با رویکرد اکل مال به باطل پرداخته می‌شود و این بررسی به لزوم مالیت در معاملات، عدم دلالت کتاب بر سلب مالیت از معامله، تفکیک میان شرط و مشروط، قرار ثمن معامله در برابر مبیع جز در موارد تأثیر شرط در کاهش و افزایش قیمت، و در پایان عدم دلالت

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۵/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۹/۲۹.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول)
(sajjad.davarpanah@mail.um.ac.ir)

۲. استاد دانشگاه فردوسی مشهد (naseri1962@um.ac.ir).

صریح روایات بر بطلان معامله مشروط به حرام ختم خواهد شد. لذا حکم به بطلان این معامله تنها در شروطی که سبب کاهش قیمت کالا می‌شوند، ثابت خواهد بود.

واژگان کلیدی: سلب مالیت، شرط حرام، اکل مال به باطل، معامله باطل.

مقدمه^۱

شیخ انصاری معامله‌ای را که در آن بایع شرط فروش انگور را مبادرت مشتری به تخمیر آن قرار می‌دهد، به چند دلیل مردود می‌داند. این معامله می‌تواند از مصادیق اعانت بر اثم و عدوان و مقرون به شرط فاسد که از توان مفسدیت برخوردار است، باشد که بر اساس مبانی خاص، هر دوی این معاملات محکوم به بطلان خواهند بود. دلیل دیگر شیخ انصاری قرارگیری این معامله از مصادیق اکل مال به باطل است؛ زیرا از یک سو منفعت حلالی مورد قصد نبوده و از سوی دیگر منافع حرامی نیز که مورد قصد قرار گرفته است، از طرف شارع سلب مالیت شده است؛ در نتیجه مشتری معوضی مشروع دریافت نکرده است. بنابراین عوض معامله که تحت ید بایع قرار دارد، داخل در عنوان اکل مال به باطل قرار می‌گیرد که علاوه بر حرمت تصرف، فساد معامله را نیز در بر خواهد داشت (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۲۳/۱). شیخ دلیل این امر را عدم قابلیت انفکاک شرط از مشروط (مبیع) می‌داند که نتیجه تأکید بر نقش شرط و مشروط به صورت توأمان در معامله است. بر این اساس، مدعای شیخ بر چندین مبنا استوار است، از جمله: لزوم مالیت در معاملات، سلب مالیت با نهی از جانب شارع، قرار گرفتن ثمن معامله در برابر شرط و ثمن و عدم تفکیک‌پذیری شرط و مشروط.

فقهایی همسو با شیخ انصاری قائل به بطلان این معامله شده‌اند (شیرازی، ۱۴۱۲: ۴۶/۱-۴۹؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۷/۸؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۱۷۶/۱-۱۷۹؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۰۶/۱۸)، اما دسته‌ای با تشکیک و تردید در هر یک از مبانی، حکم به صحت این معامله کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۶/۱؛ ابروانی، ۱۴۰۶: ۱۵/۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۷:

۱. در ابتدا بایسته است این نکته مورد توجه قرار گیرد که منظور از شرط حرامی که در این مقاله به صورت مطلق ذکر می‌شود، شرطی است که از ناحیه بایع بر مشتری تحمیل می‌شود. اما شرط حرام از ناحیه مشتری (در صورت لزوم بیان) به صورت مقید بیان می‌شود.

۳۶۴/۱: موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۱۶۳/۱؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۶۳/۱۴؛ برای نمونه، سید خویی مالیت را در معامله لازم نمی‌داند تا بنا بر فرض نهی شارع و سلب مالیت، چنین معامله‌ای باطل باشد (موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۱۶۳/۱). عده‌ای از فقها نیز در دلالت آیات و روایات تردید کرده و این نوع از معامله را مصداقی برای این دلایل نیافته‌اند (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۲۵۱/۴؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۷: ۱۰۵؛ ایروانی، ۱۴۲۷: ۱۱۷/۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۶۳/۱۴؛ ایروانی، ۱۴۰۶: ۱۴/۱). مبنای فقهای دیگر نیز تفکیک‌پذیری میان شروط و مشروط است (تبریزی، ۱۴۱۶: ۸۳/۱؛ شیرازی، ۱۴۱۲: ۴۸/۱؛ شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵: ۳۲/۱؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۱۹۵/۱؛ منتظری، ۱۴۱۵: ۲۵۴/۲). این موارد تنها بخشی از ایراداتی است که به مدعای شیخ وارد شده است. در این مقاله سعی بر آن است تا هر یک از این مبانی مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

۱. مفهوم مالیت

قبل از بیان دیدگاه‌های مختلف درباره لزوم و یا عدم لزوم مالیت، شایسته است که خاستگاه و مبنای نظرات نیز بررسی شود؛ چرا که بدون در نظر گرفتن ریشه نظریه مالیت در معاملات، ترجیح هر یک از اقوال شایسته نیست. چند قول در این زمینه وجود دارد:

اول. مالیت تابع منافع نیست. ممکن است چیزی مالیت داشته باشد، اما برای آن منافی وجود نداشته باشد، همانند جواهر نفیسه. اما در مقابل، در بعضی موارد مالیتی وجود ندارد، در حالی که برای آن منافع متصور می‌شود؛ مانند آبی که در شط وجود دارد (ایروانی، ۱۴۰۶: ۱۲/۱).

ظاهر این استدلال، نفی تلازم میان منفعت و مالیت است؛ در حالی که در جواهر نفیسه نیز منفعتی که مورد توجه عقلا باشد، نهفته است؛ منافی همچون استفاده مادی و تزئینی. افزون بر اینکه تسمیه آب شط به عدم مالیت گویا به جهت عدم حق فروش آن توسط شخص خاص به افراد دیگر به جهت شمولیت در اموال عمومی است. اما باید به یاد داشت که اگر مالکیت عمومی به جهتی از جهات مشخص شود، در این صورت علاوه بر منفعت، حق فروش نیز وجود خواهد داشت. لذا در آب شط، مالیت مقرون به

منفعت است که البته به جهت تساوی افراد در آن از قابلیت معامله برخوردار نیست. دوم. مالیت تابع وجود منافی است که عرف برای آن کالا با توجه به شرایط مکانی و زمانی در نظر می‌گیرد (موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۳۴/۱؛ موسوی خلخالی، ۱۴۲۷: ۸۷۲؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳: ۷۶/۴). میرزای نائینی معتقد است:

«اگر در مبیع خاصیت و منافی وجود نداشته باشد و یا آن قدر کم باشد که در نزد عرف مورد اعتنا نباشد، برای آن مبیع مالیتی در نظر گرفته نخواهد شد» (غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۶/۱).

علامه حلی مالیت را تابع نظر عرف می‌داند، به شرطی که این نظر عقلاء شیوع در نظر شرع هم داشته باشد (علامه حلی، ۱۴۱۹: ۴۶۵/۲). ظاهراً شیوعی که علامه از آن نام می‌برد، همان عدم تحریم منافع از ناحیه شارع است.

سوم. مالیت شیء به اعتبار منافع محلل مقصود شکل می‌گیرد و مطلق منافع غیر ملحوظ و منافع حرام ملحوظ، نقشی در مالیت کالا ندارند. دلیل این تعریف، انصراف ادله مالیت به منافع محلله مقصوده است (انصاری، ۱۴۱۵: ۶۹/۱).

این کلام شیخ با ایراد مواجه است: اولاً باید روشن شود که منظور از منافع مقصوده تحت عنوان قصد چه کسی است؟ اگر منظور از «مقصوده» قصد مشتری باشد در این صورت شرط حرام از ناحیه بایع متصور نیست؛ زیرا شرط حرام در صورتی متصور است که قصد منافع حرام در مشتری وجود ندارد، وگرنه با وجود قصد مشتری بر منافع غیر محلله شرط آن منافع از جانب بایع تحصیل حاصل خواهد بود و اگر مراد از قصد، قصد بایع باشد، شرط حرام از ناحیه وی دلیل بر فقدان قصد استیفاء از منافع حرام توسط مشتری است. حق آن است که چنین قصدی نباید مبطل عقد باشد؛ چرا که این مورد ادون از علم بایع به صرف مبیع در جهت حرام است که شیخ انصاری در آن قائل به صحت شده است (همان: ۱۴۵/۱).^۱ ثانیاً مبنای شیخ انصاری در موارد دیگر، عدم موضوعیت

۱. احتمال فساد بیع در صورت علم بایع به صرف مبیع توسط مشتری در جهت حرام در روایت وجود دارد (ابن شعبه حرانی، ۱۴۰۴: ۳۳۳)، اما شیخ انصاری نهایت دلالت آن را در صورت قصد مشتری در صرف مبیع در وجه حرام می‌داند (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۴۵/۱) که خود مؤیدی بر تأثیر قصد مشتری در مالیت خواهد بود.

قصد متبایعین قرار داده شده است. وی در مباحث معاطات معتقد است هر عقدی که صحیح آن ضمان آور باشد، فاسد آن نیز ضمان آور خواهد بود؛ در حالی که این ضمانت در حالت فساد از جانب هیچ یک از طرفین قصد نشده است. به علاوه در شرط فاسدی که بر اساس نظر جمعی مفسد نیست، قصد طرفین بر وقوع عقد به شرط مقرونیت به شرط و یا شروط فاسد و عدم عقد در صورت عدم شرط و یا شروط قرار گرفته است، اما بر خلاف قصد ایشان چنین معامله‌ای صحیح قلمداد می‌شود (همان: ۴۸-۴۷/۳).

چهارم. «عدم مالیت در حالت فقدان منافع تکوینی در مبیع قابل تصور است. بر این اساس در مواردی که سلب منفعت از ناحیه بایع باشد، در صورت وجود منافع تکوینی، عرف آن کالا را دارای مالیت می‌انگارد» (سبحانی، ۱۴۲۴: ۲۸۱). تفاوت دو دیدگاه اخیر در معامله‌ای قابل تصور است که مشتری به گمان وجود منفعت معین در کالا اقدام به خرید آن می‌کند و کالا دارای منافع محلی می‌باشد که مقصود مشتری نبوده و اما مشتری تنها منافع حلال و یا حرامی را در نظر داشته است که آن منافع در کالا وجود ندارد. بر اساس رأی اول معامله باطل و بر اساس دیدگاه اخیر صحیح خواهد بود.

پنجم. وجود منافع ولو به صورت فی الجمله. «اگر مبیع مورد معامله فی الجمله دارای انتفاع باشد، برای صحت چنین معامله‌ای صحیح است. البته باید عوضی که در مقابل آن مال قرار می‌گیرد، سفهاً و تبذیراً نباشد. بله آنچه هیچ نفعی ندارد معامله بر آن باطل خواهد بود» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۹/۱۳).

آیا معامله طرفین باید به گونه‌ای باشد که هر فردی رغبت به انجام آن داشته باشد و یا تنها در صورتی که عقلاء این معامله را عقلائی و مشتمل بر منفعت برای طرفین بدانند - گرچه برای آحاد عرف منفعتی متصور نباشد - صحیح قلمداد می‌شود؟ تعاریفی که از بعضی از فقها در رابطه با مالیت بیان می‌شود (موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۳۴/۱؛ موسوی خلخالی، ۱۴۲۷: ۸۷۲؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳: ۷۶/۴؛ غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۷/۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۹: ۴۶۵/۲)، وضوح چندانی ندارد؛ زیرا در کلام ایشان مشخص نشده است که منظور از عدم تأیید عرف، عدم مبادرت آحاد عرف و یا عدم تأیید عمل متبایعین توسط

عرف است. در این بین، فقهای به تبیین این نظر پرداخته و دلیل بر مالیت را رغبت آحاد افراد برای انجام معامله دانسته‌اند (موسوی گلپایگانی، ۱۳۹۹: ۱۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۳۶: ۱۴۰؛ حسنی، ۱۴۱۶: ۳۰۹؛ آل کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۱۲۹). اما در مقابل، افرادی مالیت را بر اساس اغراض و نیاز شخصی طرفین عقد تفسیر می‌کنند (بروجردی، ۱۴۱۸: ۲۱۶؛ رشتی، بی‌تا: ۸۵) و برای رفع ابهام این گونه بیان می‌کنند:

«بنا بر فرض وجوب مالیت، لازم نیست که عوضین در نظر تمامی عقلاء مال به شمار آید، بلکه مالیت باید تنها در نظر طرفین عقد متصور باشد» (موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۳۴/۱).

با وجود این باید به این نکته توجه داشت که عمل انعقاد معامله طرفین، دال بر مالیت است؛ زیرا تا زمانی که مالیت کالایی برای متبایعین احراز نشده باشد، هیچ‌گاه طرفین - که دارای شرایط ضروری معامله هستند - اقدام به معامله نخواهند کرد؛ اما این گفتار که مالیت و اقدام به معامله از نظر متبایعان دال بر صحت و مالیت معامله نیست و لاجرم صحت این معامله نیز باید از نظر عرف نیز صحیح باشد، نیازمند تبیین است. در ابتدا باید مشخص شود که آیا عرف خاص مدّ نظر ایشان می‌باشد و یا این عرف عام است که در مقام استدلال به آن رجوع شده است. اگر منظور از عرف، اعم از خاص و عام باشد، ثبوت این امر قطعی نیست؛ زیرا در مواردی کثیری از معاملات، عرف عام اقدام به تأیید معامله‌ای می‌کند که کالا تنها از نظر طرفین معامله و یا عرف خاصی دارای ارزش و مالیت است، در حالی که هیچ‌گاه خود اقدام به معامله در این شرایط نخواهد کرد و گاه عرف خاص معامله فردی را تأیید می‌کند که خود هیچ‌گاه چنین معامله‌ای را انجام نخواهد داد. بنابراین باید مالیت را به سه نوع تقسیم کرد که وجود هر یک از آن‌ها مصحح انعقاد معامله خواهد بود:

الف) مالیت عامه‌پسند: که در اقلامی همچون مأكولات ظهور دارد که صدق مالیت و انگیزه معامله بر آن در تمامی افراد عقلاء وجود دارد.

ب) مالیت برای صنف و عرف خاص: این نوع مالیت در کالاهایی خاص که مورد استفاده بعضی خاص از اقشار جامعه است، پدیدار می‌شود.

ج) مالیت برای شخص: همچون خریداری بعضی از اقلام خاص که مورد توجه

معنوی خریدار است (مصطفوی، ۱۴۲۳: ۴۵).

بنابراین نه تنها ملاک مالیت، اقدام طرفین معامله‌ای است که دارای شرایط اساسی برای انعقاد آن هستند، بلکه عرف نیز نمی‌تواند به این بهانه که آحاد و یا کلی افراد جامعه و یا صنفی خاص مبادرت به نوعی خاص از معاملات نداشته‌اند تا زمانی که نهی خاص از شرع وارد نشده باشد. مانع از انعقاد معامله‌ای به جهت فقدان مالیت شود.

۲. لزوم مالیت در مبیع

اگر دیدگاه عدم لزوم مالیت در معاملات پذیرفته شود، نیازی به دیگر مبانی مطرح شده برای صدق عنوان اکل مال به باطل نخواهد بود؛ چرا که لزوم مالیت، رکن اصلی این مبانی محسوب می‌شود و بنا بر پذیرش این رأی، بحث در دیگر مبانی تنها از جهت علمی در این مسئله و از جهت علمی و عملی در مسائل دیگر، مقرون به فایده خواهد بود. لذا در ابتدا باید به بیان دیدگاه فقها در این رابطه و دلایل ایشان در رابطه با لزوم و یا عدم لزوم مالیت پرداخته شود.

۱-۲. اقوال فقها در لزوم مالیت

آرای فقها درباره مالیت به دو دیدگاه تقسیم می‌شود: عده‌ای مالیت را از ارکان اصلی معامله می‌دانند (انصاری، ۱۴۱۵: ۶۹/۱؛ شیرازی، ۱۴۱۲: ۳۳۷/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۳۶: ۵۵)، اما در مقابل، جمعی قائل به عدم لزوم مالیت هستند (موسوی خلخالی، ۱۴۲۷: ۸۷۴؛ طباطبایی قمی، ۱۴۰۰: ۱۵۷/۳؛ منتظری، ۱۴۱۵: ۱۹۳/۱؛ موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۳۴/۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۷/۳).

قول نخست: لزوم مالیت در زمان بیع - نه قبل از زمان بیع - (موسوی خمینی، ۱۴۱۸ الف: ۴۵)، صدق مالیت بر عمل حر قبل از اقدام به معامله بر آن، نزد فقها مورد مناقشه است؛

۱. امام خمینی در زمره فقهایی قرار می‌گیرد که نه تنها مالیت را از ارکان معامله، بلکه از ذاتیات آن می‌دانند. وی در ابتدا مالیت را از ملزومات بیع می‌داند، اما در ادامه، فرعی وارد کرده و قائل به امکان این فرض که معامله تنها باید جنبه عقلایی داشته باشد، می‌شود که از جمله مصادیق عقلایی بودن معامله، مالیت عوض و معوض است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۷/۳).

لذا ظاهراً لزوم مالیت بدین گونه به جهت تصحیح معامله بر عمل حر است. بر اساس این تعریف، الزامی بر وجود مالیت پیش از معامله نیست، بلکه حین و پس از معامله صدق مالیت کافی خواهد بود.

با بهره‌گیری از این تعریف، شاید بتوان در معامله مشروط به شرط حرام با الغای شرط حرام (که مؤثر در قیمت نباشد) صدق مالیت را بر هر کالای مقرون به شرط حرام امکان‌پذیر کرد؛ زیرا در این مورد پس از اقدام به معامله و الغای شرط حرام، مالیت با ایرادی مواجه نخواهد بود؛^۱ بر خلاف معامله بر عمل حر که پس از معامله نیز بدان جهت که عمل وی تدریجی تلقی می‌شود، صدق مالیت بر آن نسبت به مبیع پس از الغاء شرط حرام از سهولت کمتری در جهت صحت معامله برخوردار خواهد بود.^۲

قول دوم: عدم لزوم مالیت. دلایل این دیدگاه به سه دسته: عدم وجود دلیل بر مالیت، دلیل شرعی و دلیل بیان معاملاتتی که در عین عدم وجود مالیت صحیح محسوب می‌شوند، تقسیم می‌شود:

۱. «اولاً دلیلی بر مالیت وجود ندارد، بلکه مناط تنها صدق عنوان معاوضه است و همچنین قول مصباح^۳ نیز حجیت ندارد. ثانیاً بر فرض پذیرش اشتراط مالیت، دلیلی وجود ندارد که ابوال حیوانات که گوشت آن‌ها حلال نیست در تمامی زمان‌ها و مکان‌ها مال محسوب نشود؛ چرا که انتفاع از آن به صورت استخراج دارو و استعمال آن در ساخت عمارت در زمان کمبود آب ممکن است. بنابراین به اعتبار این منافع، ابوال مال محسوب می‌شوند» (موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۱/۳۴).

خوبی در ابتدای گفتار خود برای تصحیح معامله بر ابوال غیر مأکول اللحم ابتدائاً مالیت را لازم نمی‌داند؛ اما در ادامه با ظن به فقدان بنیان این استدلال با بیان لزوم مالیت

۱. ایراد عدم تطابق معامله و صدق مالیت در این مورد از لحاظ دقت عقلی صحیح است؛ زیرا ابتدا باید شرط باطل شود و پس از آن مالیت برای کالا محسوب گردد که نتیجه آن عدم مالیت در زمان معامله خواهد بود. اما در پاسخ باید گفت که این ایراد تنها از جهت عقلی است و عرف با نادیده گرفتن این ترتیب زمانی، مالیت را همزمان با معامله می‌انگارد.

۲. حق آن است که این استدلال جنبه جدلی دارد و چون عرف هر دو مورد را مال محسوب می‌کند و معامله بر آن را صحیح می‌داند.

۳. بیع: مبادله مال به مال (مقری فیومی، بی تا، ۲/۶۹).

و تابعیت آن از منافع، ابوال غیر مأکول اللحم را نیز دارای وجوه مالی برمی شمارد. لذا مالیت از دیدگاه وی بر اساس عرف و بر پایه منافع با توجه به زمان و مکان است که قول صحیح نیز همین قول است.

۲. در وجه شرعی، به دو آیه ﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ﴾ (توبه/ ۱۱) و ﴿لَبَسَ مَاشِرًا بِهِ أَنْفُسَهُمْ﴾ (بقره/ ۱۰۲) استناد شده است.^۱ در هر دوی این آیات، مواردی توسط شارع تحت عنوان فروش قرار گرفته اند که هیچ مالیتی برای آن‌ها متصور نیست. لذا مالیت را نمی توان از ارکان معاملات دانست.

این استدلال مخدوش است؛ زیرا اطلاق لفظ بیع و شراء در این دو آیه به صورت عنایت و مجاز به کار رفته است، لذا این آیات نمی توانند دلیلی بر عدم لزوم مالیت در معاملات باشند (تبریزی، ۱۴۱۶: ۱/۱۰۷). فارغ از اینکه لفظ بیع و شراء به صورت مجاز و یا حقیقت به کار رفته باشد، باید به این نکته توجه داشت که در این موارد برای مؤمنان و بدکاران نفعی بر اساس تفکرات ایشان به جهت وعده حاصل شده است و این همان چیزی است که عقلاء برای آن اقدام به معامله می کنند. بنابراین این آیات نه تنها در مقام عدم وجوب مالیت در معاملات نیستند، بلکه دلیلی در مقام اثبات آن در معاملات خواهند بود. باید به این نکته توجه داشت که تفاوت میان مالیت اخروی با مالیت دنیوی روشن است و مقایسه میان این دو صحیح نمی باشد. اما نقطه اشتراک این دو کسب منفعت است که در هر معامله ای اعم از دنیوی و اخروی، آن مالیت که همان کسب منافع است، اساس قرار می گیرد.

۳. دلیل دیگر بر عدم لزوم مالیت در معاملات را جواز خرید و فروش حیوانات وحشی و حشرات ذکر کرده اند.^۲ این استدلال نیز مخدوش است؛ زیرا این موارد نیز در نزد عقلاء دارای مالیت هستند و منفعت تنها در خوردن خلاصه نمی شود. مؤید این

۱. سید خوبی بدون استناد به آیه ای مشخص، به نقل از راغب اصفهانی عدم لزوم مالیت را به آیات کثیری در قرآن ارجاع می دهد که بیع و شراء ذکر شده در آن‌ها بدون وجود مالیت در عوضین است (موسوی خوبی، ۱۴۱۷: ۱/۱۹۳). جواد تبریزی استناد خوبی را به دو آیه ذکر شده در متن می داند (تبریزی، ۱۴۱۶: ۱/۱۰۷).
 ۲. جواد تبریزی این ایراد را بدون ارجاع به منبعی خاص که ظاهراً تحت عنوان احتمال است، بیان می کند (همان، ۱۱۸: ۱/۱۱۸). جستاری در رابطه با این ادعا صورت گرفت، اما ظاهراً هیچ فقهی از این استدلال برای اثبات عدم لزوم مالیت بهره نگرفته است.

دیدگاه، روایاتی^۱ است که در جواز خرید و فروش گربه آمده است (همان).

قول سوم: لزوم مالیت نه به معنای شرط بلکه به معنای مقوم معامله (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۷/۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۳۶: ۵۵؛ عراقی، ۱۴۱۴: ۶۴/۵).

بر اساس این دیدگاه، مالیت از شروط بیع محسوب نمی‌شود، بلکه از مقومات آن خواهد بود؛ بنابراین نه به بیع اضافه و نه از آن سلب می‌شود. لذا بیع تنها معاوضه از روی تراضی بر روی دو کالا نیست، بلکه این معاوضه باید معاوضه‌ای عقلانی باشد که عقلاء در آن به خرید کالای خاصی رغبت دارند (و این رغبت جز در کالایی که در آن مالیت متصور است وجود نخواهد داشت). بنابراین مالیت و معاوضه عقلایی در تلازم با یکدیگرند.

قول چهارم: لزوم مالیت به عنوان شرط. دیدگاه چهارم، مالیت را از شروط بیع قلمداد می‌کند. عمده دلیل استنادشده توسط فقها در این دیدگاه، قول فیومی در *المصباح المنیر* است^۲ (مقری فیومی، بی‌تا: ۶۹/۲؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۹/۴؛ همدانی، ۱۴۲۰: ۱۲؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۰۳).

با بیان دیدگاه‌های مختلف فقها درباره لزوم و عدم لزوم مالیت و مفهوم آن، آشکار است که قصد فقهای منکر لزوم مالیت، تنها تصحیح معاملاتی است که دیگر فقها، شرط مالیت در آن را تأیید و حتی عمل عرف دانسته‌اند. لذا فقهای متخاصم برای تصحیح معاملاتی همچون ابوال غیر مأکول اللحم ابتدائاً مالیت را از ارکان معاملات نشمرده‌اند؛ اما در ادامه با بیان لزوم مالیت، آن را بر اساس تأیید عرف و حتی بنا بر اغراض شخصی و نیازمندی‌های طرفین عقد تفسیر کرده و از این جهت گامی در تصحیح معاملات مختلف‌فیه برداشته‌اند. بنابراین اساس انکار مالیت توسط بعضی از فقها تنها از جهت اسمی و به نوعی جدلی از ناحیه ایشان برای تصحیح معاملاتی است که فقهای قائل به لزوم مالیت، تأیید مالیت را تنها بر اساس اقدام و یا تأیید عرف دانسته‌اند.

۱. در کتب روایی تنها در *دعائم الاسلام*، نهی امام علی علیه السلام از فروش گربه و وجوب ادای صدقه بر ثمن آن ذکر شده است (ابن حیون، ۱۳۸۵: ۲۰/۲). علامه نیز از قول قاضی ابن براج همین حکم را بیان می‌کند، اما خود، حکم به صحت این معامله می‌کند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۴/۵).

۲. «الأصل فی البیع مُبادلة مالٍ بمالٍ».

پس با تنقیح معنای مالیت بر اساس اغراض دسته‌ای خاص و اغراض شخصی، به عبارت دیگر عقلایی بودن معاملات، فقهای منکر مالیت نیز نه تنها دست از انکار لزوم مالیت شسته‌اند، بلکه میان مالیت و صدق معامله تلازمی وصف‌ناپذیر یافته‌اند.

۲-۲. بررسی آیه اکل مال به باطل و امکان سلب مالیت

پس از بیان مفاهیم مستنبط از مالیت و اخذ به مفهوم مالیت بر اساس اغراض و منافع طرفین معامله، پدیدار گردید که اگر معامله فاقد منفعت عقلایی باشد، اخذ ثمن از مصادیق اکل مال به باطل به شمار خواهد آمد. بنابراین با بیان این موضوع که مالیت نه تنها شرط معاملات بلکه از فقره ذات و ذاتیات معاملات است، باید به این سؤالات پاسخ داده شود که آیا آیه حرمت اکل مال به باطل که به عنوان دلیلی بر اکل مال به باطل از آن استفاده شده است، شمولی نسبت به لزوم مالیت دارد؟ آیا شرع نیز همانند عرف، توانایی سلب مالیت را دارد؟ منظور از باطل در آیه شریفه چیست؟^۱

آیه نهی از اکل مال به باطل یکی از دلایلی است که دسته‌ای از فقها و مفسران از آن در راه استدلال بر بطلان معاملات در صورت عدم صدق مالیت در عوضین بهره گرفته‌اند: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ (نساء / ۲۹).

فقها در مقام تفسیر به دو دسته تقسیم می‌شوند:

الف) آیه دلالت بر تفکیک اسباب باطل از غیر باطل در معاملات دارد، لذا در مقام تصحیح و تبطیل معاملات از جهت صدق مالیت در عوضین وارد نشده است (موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۳۴/۱؛ موسوی خلخالی، ۱۴۲۷: ۸۷۳؛ نجفی تبریزی، ۱۴۱۳: ۸۶؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۲۲۶/۲؛ طباطبایی قمی، ۱۴۰۰: ۳۱۶/۴؛ مامقانی، ۱۳۱۶: ۵۲/۱؛ ایروانی، ۱۴۰۶: ۱۸/۱).

منتظری بر این عقیده است:

۱. سلب مالیت از ناحیه عرف بر اساس هر یک از دو طریق مفهومی مالیت که اولی بر اساس عرفی بودن معامله در لزوم مالیت و دیگری بر اساس اغراض شخصی در لزوم مالیت بود، مشتمل بر صور مختلف است. اگر مالیت تنها بر اساس دیدگاه و تأیید عملی عرف، بنا گذارده شود، در این صورت علاوه بر نبود غرض عقلایی در معامله به جهت نبود منفعت در مبیع، پست شمردن مبیع و کمبود کمیتی آن، از موارد سلب مالیت خواهد بود؛ زیرا در این موارد گرچه اقدام اشخاص خاص متصور است، اما به جهت عدم اقدام عرف، نوع مبیع فاقد مالیت خواهد بود. اما با اتخاذ مفهوم مالیت بر اساس اغراض و منافع شخصی طرفین معامله، سلب مالیت تنها در صورت عدم عقلایی دانستن معامله امکان‌پذیر خواهد بود.

«از آن جهت که تجارت یکی از اسباب مملک است، بنابراین منظور از باطل نیز باید اسباب باطل باشد» (منتظری، ۱۴۱۵: ۱۹۱/۱).

مؤید این دیدگاه روایاتی است که در وجه بطلان قمار به استناد آیه بیان می‌شود؛ چرا که در این روایات از قمار به عنوان یکی از اسباب اکل مال به باطل نام برده شده است (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۱۶۴/۱۷، ح ۲۲۲۵۴؛ کلینی، ۱۴۲۹: ۶۷۲/۹).

ب) دلالت آیه بر لزوم مالیت و صدق اکل مال به باطل، در صورت فقدان مالیت است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۲۵/۱؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۴۰۲/۱؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳: ۸۸؛ سبحانی، ۱۴۳۰: ۲۰۶).

اختلاف فقها به جهت وجود «باء» پیش از کلمه «باطل» است، دسته اول «باء» را حمل بر سببیت می‌کنند و به تبع آن، منظور از اکل مال به باطل را اکل به اسباب باطل می‌دانند. اما دسته دوم از فقها «باء» را حمل بر مقابله کرده و آیه را معیاری برای معاملات صحیح و فاسد و دلالت آن بر لزوم مالیت به شمار می‌آورند.^۱

۱. همانند کتب فقهی، کتب تفسیری نیز رویکردهای گوناگون دارند:

الف) باطل آن چیزی است که به غیر عوض گرفته می‌شود (فخرالدین رازی، ۱۴۳۰: ۵۶/۱۰). مؤید این نظر را باید آیات پیش از آیه مورد بحث دانست که در باب مهریه و درباره مردانی است که پس از تمتع از زوجات خود، قصدی برای ادای مهریه ایشان ندارند. بنابراین خداوند پس از بیان رفتار و قصد این افراد، به بیان نهی از اکل مال به باطل می‌پردازد.

ب) هر چیزی که ناحق، بی‌هدف و بی‌پایه باشد باطل است که در برابر حق قرار می‌گیرد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۱: ۲۰۰/۳).

ج) «هر گونه تجاوز، تقلب، غش، معاملات ربوی، معاملاتی که حد و حدود آن کاملاً نامشخص باشد، خرید و فروش اجناسی که فایده منطقی و عقلایی در آن نباشد، خرید و فروش وسایل فساد و گناه، همه در تحت این قانون کلی قرار دارند و اگر در روایات متعددی کلمه «باطل» به قمار و ربا و مانند آن تفسیر شده در حقیقت معرف مصداق‌های روشن این کلمه است نه آنکه منحصر به آنها باشد» (همو، ۱۳۷۴: ۳۵۶/۳).

با توجه به تفاسیر مقدم همچون *التفسیر الکبیر* و فقهای متقدم همچون شیخ طوسی (۱۳۸۷: ۵۹/۳)، این براج (۱۴۰۶: ۴۳۴/۱)، قطب‌الدین راوندی (۱۴۰۵: ۳۸۱/۱) و...، استفاده از این آیه تنها در مواردی همچون غضب، عدم تأدیه دین و برداشتن از مال آب بدون اذن وی رواج داشته است. لذا هویدا است که در نظر ایشان، این آیات دلالتی بر لزوم مالیت در معاملات نداشته و ظاهراً تنها در باب ناحق بودن عمل و عدم اعطای عوض بیان شده است. سازگاری این برداشت با آیات پیش از آن، که در مقام عدم اعطای حق زوجه پس از تمتع از وی است، روشن‌تر جلوه می‌نماید.

پاسخ به سؤال دوم، در توانایی سلب مالیت از ناحیه شرع است. بر اساس نظر افرادی که آیه را نهی از اکل به وسیله اسباب باطل و مقصود از باطل را عرفی بودن آن می‌دانند، سلب مالیت از ناحیه شارع انجام نمی‌گیرد، بلکه عدم صحت معامله بر اقلامی همچون خمر، خوک و... صرفاً جهت تعبد به حکم شارع است (مامقانی، ۱۳۱۶: ۵۲/۱). اما بر اساس تفسیر دوم از آیه و بطلان شرعی این سلب مالیت توسط شارع امکان‌پذیر خواهد بود (علامه حلّی، ۱۴۱۴: ۳۶/۱۰).

«اگر شارع منفعت کالایی را سلب کند، همانند بت، آلات قمار، نرد و شطرنج و این موارد مال محسوب نمی‌شوند و معامله بر آن‌ها محکوم به بطلان است» (رافعی قزوینی، ۱۴۱۷: ۳۰/۴).

لذا پاسخ به این سؤال، مستلزم پاسخ به این پرسش است که آیا عرف، معین باطل است و یا این شرع است که خطی مشی اکل مال به باطل را مشخص می‌کند؟ اگر منظور از باطل، شرعی بودن آن باشد، بنابراین آیه شریفه می‌تواند به عنوان دلیلی مستقل بر مواردی که شارع از آن سلب مالیت کرده است، مورد استفاده قرار گیرد. اما در صورت عرفی بودن عنوان باطل، استدلال به آیه جهت صدق عنوان اکل مال به باطل به جهت عدم مالیت موجه نخواهد بود. لذا شایسته است به جهت روشنی مبحث، گفتار فقها در ارتباط با این موضوع بیان شود:

الف) مراد از باطل شرعی بودن آن است (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۱۵/۵). با وجود نسبت باطل به شرع، این نسبت مستلزم بطلان معامله در نزد تمامی فقها با رویکردهای مختلف ایشان نیست. چه بسا باطل از دیدگاه فقیهی تحت عنوان شرعی قرار گیرد، در حالی که اکل مال به باطل و عدم مالیت از دیدگاه وی، مبطل بیع و معاملات نباشد:

«ثابت نشده است که اکل مال به باطل مانع مستقلاً برای صحت بیع باشد، بلکه چه بسا آیه مشمول حرمت اکل مال به باطل باشد. پس مدلول آیه نهی از ظلم نسبت به اموال و نفوس است و حتی احتمال دارد که منظور آیه، نهی از مقابله مال به باطل شرعی باشد، اما بعید است که منظور از باطل، باطل در نزد عرف باشد؛ چرا که عرف اقدام به معامله باطل نمی‌کند» (حائری یزدی، ۱۴۲۶: ۶۵/۲).

این گفتار که عرف اقدام به اعمال باطل نمی‌کند، کلام صحیحی نیست، بلکه

اعمال باطلی وجود دارند که گرچه در کنه آن باطل نام می‌گیرد، اما به جهت منافع کثیر محتمل، توسط بعضی یا اکثر افراد جامعه - که خود شکل‌دهنده عرف است - صورت می‌گیرد. قمار را می‌توان یکی از مصادیق نخ‌نما و بازاریابی شبکه‌ای را مصداقی نوظهور برای این عمل باطل عرفی که مصداق بارز اکل مال به باطل است، نام برد؛ گرچه افراد به جهت منافع محتمل، اقدام به انجام آن می‌کنند.^۱

ب) بطلان عرفی. دو دلیل برای این دیدگاه قابل طرح است: اولاً منبع و مأخذ موضوعات روایات و احادیث - جز در موارد خاص که مخترع شارع است - عرف است لذا برای عناوین مطرح‌شده در این دو باید به عرف رجوع شود. ثانیاً فقهای همچون امام خمینی بر این عقیده‌اند که اگر منظور از باطل، وجه شرعی باشد، در این صورت در موارد شبهه که آیا معامله تحت عنوان شرعی و یا غیر شرعی است، شبهه مصداقیه صدق خواهد کرد. لذا مناط در حق و بطلان، عرف هست البته این به معنای عدم صدور نهی از ناحیه شارع نیست. بلکه شارع گاهی از این عناوین نیز نهی می‌کند (موسوی خمینی، ۱۴۱۸ الف: ۱۱۹).

بنابراین اگر ممیز باطل عرف قلمداد شود و دلالت آیه بر اسباب باطل باشد، لاجرم مراد از آیه نهی از اکل مال به باطل نه تنها لزوم مالیت در عوضین نیست، بلکه مراد از باطل در آن نیز با رجوع به سیره عقلاء تبیین می‌شود که می‌توان برای آن مؤیداتی را برشمرد: اولاً عمل موضوع‌شناسی - جز در موارد خاص - در روایات و قرآن بر دوش عرف است؛ از باب بیان مورد، آیات پیش از نهی از اکل مال در باب نهی از عدم اعطاء مهر به زنان بیان شده است که یکی از مصادیق ظلم و ناحقی در عرف است. ثانیاً فقهای متقدم از این آیات تنها در ابواب غصب و سرقت که از مصادیق عرفی است بهره گرفته‌اند.^۲

پس باید مقرر به این بیان شد که زادگاه مالیت را باید در عرف و سیره عقلاء دانست. البته این دیدگاه که دیگر ایراد بطلان بر معاملاتی خاص از ناحیه شرع امکان‌پذیر نخواهد بود، سخنی بس گزاف است؛ چرا که بر اساس هر یک از دو دیدگاه در رابطه

۱. این خود از موارد اعمال آشکار اغلاط عرفی است که ممیز حد عرف با سیره عقلاء قرار می‌گیرد.

۲. ذکر نام این فقها در باورقی صفحه قبل گذشت.

با عرفی و یا شرعی بودن «باطل»، این امر برای شارع امکان‌پذیر است که معاملات چند را با عنوان باطل مخصّص نماید، اما با وجود این تخصیص، رفع مالیت تنها بر اساس دیدگاه کسانی است که قابلیت سلب مالیت را برای شارع مأخوذ می‌دانند. لذا شایسته آن است که عرف و سیره عقلایی که خود مبدع مالیت نام می‌گیرد، در رفع آن نیز دخیل باشد و عنوان باطل از ناحیه شرع تنها به جهت تعبد باشد و عدم مالیت تنها از باب مجاز بر آن اطلاق شود.

پس واضح شد که آیه دلالتی بر اثبات و رفع مالیت در معاملات ندارد، اما با وجود این، پذیرش مناهی صادره از شارع به عنوان مبطل معاملات، شیوه‌ای بس پسندیده و در راستای احتیاط است. همچنین با وجود اثبات این امر که مناهی شارع دلالتی بر زدودن مالیت در معاملات عقلایی ندارند، ادامه مباحث را بر اساس لزوم مالیت و امکان رفع مالیت از ناحیه شارع و به تبع آن امکان استدلال به این آیه در بطلان معامله مشروط به شرط حرام پی خواهیم گرفت.

۳. ثمن در مقابل مبیع و یا در مقابل مبیع و شروط؟

آیا ثمن پرداخت‌شده توسط مشتری در مقابل مبیع قرار می‌گیرد و یا در مقابل مبیع و شروط؟ اگر قرارگیری ثمن در مقابل تمام مبیع پذیرفته شود و برای مبیع هم مالیت مفروض باشد، شرط حرام در این معامله، دلیل بر بطلان معامله به جهت اکل مال به باطل نخواهد بود. تفاوت مبانی و اعلام شرط از ناحیه مشتری یا بایع، دلیل بر شکل‌گیری نظرات مختلف است. لاجرم دسته‌ای شرط و معامله را محکوم به بطلان می‌دانند و دسته‌ای دیگر، نتیجه را تنها در بطلان شرط یافته‌اند. اساس این بخش از گفتار، بررسی امکان ثبوتی قرار و یا عدم قرار ثمن در مقابل شرط و مشروط از جهت قواعد، بر اساس عدم مفسدیت شرط فاسد، فارغ از روایاتی است که در این باب وارد شده است:

۱. شرط حرام نه تنها باطل است، بلکه مبطل عقد متضمن آن (مشروط) به جهت

صدق مصداق اکل مال به باطل بر معامله می‌باشد (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۲۳/۱).

۲. شرط باطل است و وجهی ندارد که معامله هم باطل باشد؛ زیرا ثمن تنها در

مقابل مبیع قرار گرفته و هیچ بخشی از ثمن در مقابل شرط واقع نشده است. حصر

منافعی که نتیجه آن مخالفت با مقتضای عقد است، به دلیل فساد و بطلان شرط وجود ندارد. بنابراین به جهت وجود منافع محله متصور برای مبیع، این چنین معاملات صحیح هستند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۳۵/۲؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۷۹/۱).

فقه‌های قائل به این دیدگاه در معامله مشروط به شرط حرام از ناحیه بایع، ثمن را در مقابل مبیع قرار می‌دهند؛ زیرا در این معامله، افزایش و کاهش قیمت به جهت شرط وجود نداشته است. لذا اگر شرط حرام نباشد، چیزی جز التزام از ناحیه مشتری نخواهد بود که در نتیجه اتصاف شرط به حرمت تنها عدم التزام به شرط را در پی خواهد داشت و دلیلی بر بطلان اصل معامله نخواهد بود.

به عبارت دیگر شرط مبطل به شرطی اطلاق می‌شود که در معامله متضمن آن، قصد انتقال مال به مشتری وجود نداشته باشد (همانند شرط عدم ملکیت مشتری) و یا شرط نقش در افزایش و کاهش قیمت داشته باشد، اما معامله‌ای که متضمن قصد انتقال ملکیت به مشتری است، وجود شروط باطل، مبطلیت آن شروط را اثبات نمی‌کند. لذا پس از آنکه شرط عدم انتفاع، جز در منافع حرام مشمول اطلاق آیات حل معاملات قرار نمی‌گیرد و صحت این معاملات تنها در صورت عدم این شروط قابل تصور است، پس از بطلان این شروط، حکم به صحت معاملات خواهد شد و از آن جهت که شرط انجام فعل، تنها التزام مشتری به ادای آن‌ها هستند، پس از عدم وفا به آن شروط، بایع حق الزام مشتری را خواهد داشت. اما در مورد شرط حرام، حق الزام به جهت حرام بودن شرط برای بایع متصور نخواهد بود (همان: ۸۲). پس ملزومیت شروط تنها در صورت تأیید این شروط از ناحیه شرع است و از آن جهت که افعال حرام در عنوان اولی متصف به حرمت هستند، به تبع همین حرمت، متصف به عدم لزوم و در نتیجه عدم نفوذ شرط می‌شوند (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۶۸/۲).

۳. گاه بایع با انگیزه انجام شرط از ناحیه مشتری، اقدام به کسر قیمت مبیع می‌کند و گاه شرط بایع فاقد کاهش قیمت از طرف وی است. در فرض دوم بر خلاف فرض اول، ثمن معامله تنها در برابر مبیع قرار می‌گیرد (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۱۸۲/۱).

«ثمن تنها در مقابل مبیع قرار می‌گیرد؛ البته تصور قرارگیری ثمن در برابر شروط تنها در فرض شروط مشتری که دلیل بر افزایش قیمت مبیع می‌شوند، قابل صدق خواهد

بود) (موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۱۶۲/۱). از تأثیر شروط در افزایش و کاهش قیمت، تحت عنوان تقیید یاد شده است که بطلان شرط در این موارد بر خلاف عدم تأثیر در قیمت که تنها به عنوان داعی بر انجام معامله عمل می‌کند، دلیل بر بطلان معامله به جهت اکل مال به باطل خواهد بود (شیرازی، ۱۴۱۲: ۴۸/۱).

با جمع‌بندی میان نظرات، واضح و میرهن است که تقابل ثمن با مبیع و شروط تنها در فرض افزایش و کاهش قیمت مبیع که از آن به عنوان تقیید یاد می‌شود، قابل طرح است. لذا در شروطی که نقشی در قیمت کالا ندارند، قرار ثمن در برابر مبیع متعین است. مؤید این دیدگاه معاملاتی است که شیخ انصاری تحت عنوان خرید و فروش جاریه مغنیه و حرمت آن در صورت افزایش قیمت بیان می‌کند. شیخ در این معامله معتقد است که اگر صفت غنا دلیل بر افزایش قیمت کنیز باشد، در این صورت معامله مصداق اکل مال به باطل خواهد بود؛ بر خلاف حالتی که مغنی بودن تنها به عنوان داعی خریدار باشد و نقشی در افزایش قیمت نداشته باشد (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۲۷/۱). بنابراین شرط تخمیری که به عنوان داعی بایع مطرح می‌شود، دلیلی بر قرارگیری ثمن در مقابل شروط نخواهد بود؛ در عین حال اگر همین شرط سبب در کاهش قیمت مبیع باشد، تقابل ثمن و شروط قابل فرض است.^۱

۴. قابلیت تفکیک‌پذیری شرط و مشروط

با توجه به گفتار قبل، اگر مبنا بر قرارگیری ثمن در مقابل مبیع باشد، نیازی به مباحث تفکیک‌پذیری شرط از مشروط نیست. در مقابل، پیشبرد مطالب بر اساس قرارگیری ثمن در برابر شرط و مشروط نیاز به مبحث پیش رو را روشن می‌کند. اگر نظریه تفکیک میان شرط و مشروط پذیرفته شود، در این صورت بطلان معامله به جهت اکل مال به باطل، صحیح نخواهد بود و در غیر این صورت، این معامله به عنوان معنون باطل

۱. در این مورد، فرض اکل مال به باطل در مورد مشتری خواهد بود. غفلت از این نکته شایسته نیست که مشهور فقها مبحث اکل مال به باطل در فرض شرط حرام را تنها از ناحیه بایع بیان کرده‌اند؛ در حالی که شرط حرام از ناحیه بایع که سبب در کاهش قیمت قلمداد می‌شود، می‌تواند دلیل بر تشکیل اکل مال به باطل از سوی مشتری شود؛ زیرا میزان بیشتر مبیع دریافتی نسبت به ثمن پرداختی به جهت شرط حرام منجر به شکل‌گیری اکل مال به باطل در ناحیه مشتری می‌شود.

بر اساس اکل مال به باطل - بنا بر پذیرش لزوم مالیت در معاملات، دلالت آیه بر صحت سلب مالیت در معاملات و قرارگیری ثمن در برابر شرط و مشروط - بیان خواهد شد.

شیخ انصاری دلیل بر بطلان معامله در اکل مال به باطل را عدم قابلیت انفکاک میان شرط و مشروط بیان می‌کند؛ زیرا در ماده و هیئتی که از قابلیت بیشتری برای تفکیک‌پذیری برخوردارند، حکم به عدم صحت انفکاک میان آن دو می‌شود، لذا در شرط و مشروط نیز به طریق اولی تفکیک ممکن نخواهد بود (همو: ۱۲۶/۱). دلیل شیخ بدان‌خاطر است که افزایش ثمن در معامله آلات موسیقی و قمار که از هیئت و ماده برخوردارند، به جهت هیئت خاص آن مواد صورت گرفته است. بنابراین در این معامله به رقم وجود هیئت و ماده که از قابلیت بیشتری برای تفکیک‌پذیری به نسبت شرط و مشروط برخوردارند، حکم به عدم انفکاک و بطلان معامله شده است. لذا در شرط و مشروط نیز عدم تفکیک و حکم به بطلان اولویت خواهد داشت.

به جز توجهات وارد شده در صدق گفتار شیخ انصاری، به دو صورت به کلام شیخ ایراد شده است (شیرازی، ۱۴۱۲: ۴۸/۱؛ شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵: ۳۲/۱): اولین ایراد به صورت جواب نقضی بر کلام شیخ وارد می‌شود. شیخ انصاری در معامله بر صنم و آلات لهو گرچه اعتقاد به افزایش قیمت ماده به جهت هیئت دارد، اما با وجود این معتقد است که تمام ثمن در برابر تمام ماده قرار می‌گیرد و هیئت هیچ سهمی از ثمن نخواهد داشت. همچنین هیئت از قبیل قید برای ماده و جزئی عقلی است که در نتیجه، تصور ثمن برای جزء عقلی امکان‌پذیر نیست؛ بنابراین تفکیک میان ماده و هیئت همانند قید و مقید امکان‌پذیر نخواهد بود (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۲۰/۱). اما در ادامه و در مبحث شرط حرام برای استدلال بر تفکیک‌ناپذیر بودن شرط و مشروط، مثال تفکیک‌پذیری در هیئت و ماده را بیان و از آن تحت عنوان جزء یاد می‌کند؛ در حالی که پیش از آن از هیئت تحت عنوان قید نام می‌برد و قائل به عدم امکان انفکاک میان هیئت و ماده به‌سان قید و مقید می‌شود (همان: ۱۲۶/۱). بنابراین بنا بر گفتارهای قبل شیخ (مبحث هیئت و ماده)، هیئت و ماده نه تنها از شمول جزء خارج هستند، بلکه تحت عنوان «عنوان و قید» که از لحاظ پذیرش تفکیک اخس از شرط و مشروط است، قرار دارند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۶/۱؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۶۱/۱۶).

دومین ایراد در رد اولیت بیان شده در تفکیک پذیرتر بودن هیئت و ماده نسبت به شرط و مشروط گنجانده می شود:

الف) از آن جهت که شرط و مشروط تحلیلی عقلی و شرط، التزامی مستقل در ضمن عقد است، قابلیت تفکیک پذیری بیشتری نسبت به هیئت و ماده که در خارج متحد هستند، دارد (ایروانی، ۱۴۰۶: ۱۵/۱).

ب) شرط به عوضین باز نمی گردد؛ چون مقید وجود واحدی است و منحل به دو جزء خارجی نمی شود، بلکه التزام در التزام است و اقبل به تفکیک (حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۱۹۵/۱).

ج) هیئت جزء عقلی است و در اجزای عقلی قابلیت تفکیک وجود ندارد (منتظری، ۱۴۱۵: ۲۵۴/۲). اما این مورد نباید با شرط مقایسه شود؛ چرا که در معامله، ثمنی در مقابل شرط قرار نمی گیرد تا با آلات محرمه مقایسه شود (موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۱۶۶/۱).

همان طور که مشخص است، ریشه گفتار تفکیک و عدم آن از نقش شرط در نوسان قیمت مبیع ناشی می شود. بر این اساس شروطی که همانند هیئت مؤثر در افزایش قیمت باشند، در سیطره حکم به عدم انفکاک میان شرط و مشروط قرار می گیرند؛ اما شروطی که از این ویژگی برخوردار نیستند، تحکیم به انفکاک آن شروط از مشروط را به همراه خواهند داشت. بنابراین تفکیک پذیرتر بودن شرط و مشروط در آرای فقهای ظهور دارد که ایشان ملتزم به عدم تأثیر شرط در قیمت شده اند.

بر این اساس، ادعای شیخ مبنی بر قابلیت تفکیک پذیری بیشتر هیئت و ماده نسبت به شرط و مشروط با دو ایراد کلام نقضی ایشان در آلات محرمه و عدم پذیرش تفکیک پذیری بیشتر در هیئت و ماده همراه شد.

تا به اینجا بحث از شرایط و امکانات حالات ثبوتی قضیه بررسی شد و مشخص گردید که مالیت نه تنها لازم بلکه رکن اصلی و در تلازم ماهیت معاملات است و تقابل ثمن در برابر شرط و مشروط تنها در حالت افزایش و کاهش قیمت به دلیل وجود شرط قابل تصور است؛ به علاوه امکان تفکیک میان شرط و مشروط در فرض عدم نوسان قیمت به جهت شرط حرام نیز ثابت است. در ادامه لازم است روایاتی بررسی شود که فقها از آن در مسیر استنباط بطلان معامله مشروط به شرط حرام استفاده کرده اند.

۵. روایت

یکی از دلایل فقهای قائل به حرمت و فساد معامله مقرون به شرط حرام، روایتی است که در باب اجاره بر وجه حرام وارد شده است:

«سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الرَّجُلِ يُؤَاجِرُ بَيْتَهُ، فَبَيَّاعٌ فِيهِ الْخَمْرُ. قَالَ: حَرَامٌ أَجْرُهُ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۷۴/۱۷).

ظاهر خبر جابر، حرمت اجرت اجاره خانه را برای فروش خمر در صورت علم موجر بر وقوع حرام بیان می‌کند. بنابراین روایت نیازمند سوق ظاهر و تأویل در جهت اثبات فساد در بیع مشروط به حرام است. این روایت علاوه بر ایرادات و مناقشات دلالی، از حیث سند نیز با آرای مختلفی روبه‌رو شده است که پیش از ورود به بحث دلالی، به بررسی سند آن خواهیم پرداخت:

الف) جبران ضعف سندی روایت

شیخ طوسی در *تهذیب الاحکام* روایت را به دو طریق استناد می‌دهد. در بخشی راوی را صابر (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۳۴/۷) و در قسمتی دیگر جابر (همان: ۳۷۱/۶) بیان می‌کند. اختلاف میان جابر و صابر در دو طبع مختلف کافی نیز به چشم می‌خورد (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۲۷/۵؛ همو، ۱۴۲۹: ۲۶۱/۱۰). اما شیخ طوسی در *الاستبصار* (طوسی، ۱۳۹۰: ۵۵/۳) تنها جابر را بیان می‌کند؛ در حالی که در *وسائل* تنها به صابر استناد داده می‌شود (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۷۴/۱۷).

فقدان توثیق صابر در برابر اختلاف روایات درباره جابر جعفی، دلیل بر تشتت نظرات شده است. دسته‌ای از روایات، جابر را توثیق و در مقابل امام صادق ع از شرفیابی وی جز در یک مرتبه اظهار بی‌اطلاعی می‌کند (کشی، ۱۳۴۶: ۱۹۱). بر اساس همین روایات، نجاشی وی را مختلط می‌نامد که افراد ضعیف از وی روایت می‌کنند (نجاشی، ۱۴۰۷: ۱۲۸؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۹/۳۶). اما سید خوبی و منتظری با استناد به آرای رجال‌شناسان وی را توثیق می‌کنند (موسوی خوبی، ۱۳۷۲: ۳۴۴/۴؛ منتظری، ۱۴۱۵: ۲۴۱/۲). با وجود این، قولی نیز معتقد به ضعف سندی روایت از طریق هر دو راوی آن است (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۱۸۴/۱).

اما حق آن است که بنا بر شهرت روایت و استناد اکثر فقها، پذیرش آن با ایراد چندان مواجه نخواهد شد.



ب) جمع بین روایات متعارض

نقطه مقابل روایت حرمت در اجاره بر حرام را روایت ابن اذینه تشکیل می‌دهد که دلالت بر عدم حرمت اجاره بر عمل حرام می‌کند:

«کتبتُ إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن الرجل يؤجر -سفينته ودابته ممن يحمل فيها- أو عليها الخمر والخنازير. قال: لا بأس» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۱۷۴/۱۷).

عدم حرمت در روایت ابن اذینه در ظاهر تعارض میان فتوا در دو روایت را ایجاد می‌کند که نیازمند جمع میان آن دو بر اساس موارد ذیل شده است:

۱. وجود «فاء» در «بیاع» دلالت بر اتفاق و عدم قصد طرفین خواهد داشت که سبب ایجاد تعارض میان دو روایت می‌شود که ماحصل آن، دوران روایت جابر مابین طرح و تأویل بر تقیید به حرام خواهد بود. اما اگر روایت جابر فاقد «فاء» باشد، در این صورت تعارضی وجود نخواهد داشت؛ زیرا دلالت روایت جابر بر تقیید به حرام و ابن اذینه بر اتفاق و عدم قصد خواهد بود (موسوی خلخالی، ۱۴۲۷: ۸۴).

۲. از «فاء» موجود در «فیباع» دو برداشت متصور است: اول به معنای «حَتَّى بیاع» و دیگری به معنای تفریع (صرف صدقه و بدون تعلق غرض). از میان این دو برداشت، ظاهر با تفریع سازگاری دارد که لازمه آن تعارض بین دو روایت و اخذ روایت تحلیل به جهت موافقت با کتاب است (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۳۶۳/۱).

هر دو تفسیر اخیر، وجود «فاء» را دلیل بر عدم تعلق غرض متباین می‌دانند. اما نظر مقابل ایشان، وجود این حرف را دلیل بر علم و قصد و شرط -که سازگاری بیشتری با بلاغت ادبی دارد- می‌داند (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۲۴/۱). بنابراین وجهی برای ترجیح دو قول اول وجود ندارد.

۳. روایت جابر نص در علم و شرط حرام و ظاهر در اتفاق بر وقوع حرام، و روایت ابن اذینه نص در صورت عدم علم و شرط و ظاهر در شرط و علم می‌باشد. بنابراین ظاهر هر روایت به وسیله نص دیگری رفع می‌شود که ماحصل آن، حرمت در صورت

علم و شرط، و تحلیل در صورت جهل خواهد بود (همان؛ مقدس اردبیلی، بی‌تا: ۲۹۱/۴).
 اساسی‌ترین ایراد بر این جمع، عدم امکان تصور نص و ظاهر به صورت توأمان برای متن است؛ چرا که رابطه نص و ظاهر، رابطه عدم و ملکه‌ای است که وجود هر یک از آن‌ها عدم دیگری را در پی خواهد داشت. به علاوه علم به حرمت در روایت جابر و عدم علم به حرمت در روایت ابن اذینه، قدر متیقن خارجی است و جمع در این مورد جمع تبرعی قلمداد می‌شود (موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۱/۱۶۶).

۴. در روایت ابن اذینه مراد از مستأجر، فرد غیر مسلمانی است که حمل شراب و خوک علناً توسط وی منعی ندارد. اما مراد از روایت جابر، فرد مسلمانی است که می‌خواهد به صورت مخفیانه اقدام به فروش شراب کند (حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۱/۳۹۳).
 ظاهراً ارجحیتی در جمع بر اساس علم، بر جمع بر اساس دین فرد وجود ندارد؛ اما با وجود این، فروش شراب در مکان استیجاری به صورت مخفیانه توسط مسلمان و حمل خمر و خنزیر توسط کافر به صورت علنی، چنان که باید از ظاهر روایات برداشت نمی‌شود؛ زیرا این استدلال نیازمند دو تأویل است: اول آنکه مستأجر در روایت جابر مسلمان است و علاوه بر آن به صورت مخفیانه اقدام به فروش می‌کند؛ همان طور که این دو مرحله در روایت ابن اذینه نیازمند تصور غیر مسلمان و حمل علنی است،^۱ در حالی که در جمع اول، نیازمندی هر دو روایت به علم و عدم علم، جمع میان دو روایت را سازگارتر با عمل عقلاء و جمع عرفی می‌کند.

ج) پذیرش دلالت روایت بر بطلان معامله مشروط به عمل حرام

متن روایت همچون راوی آن به دو صورت بیان شده است. شیخ انصاری اولویت شرط نسبت به علم را دلیل بر فساد بیع مقرون به شرط حرام بیان می‌کند (انصاری، ۱۴۱۵: ۱/۱۲۴) که اساس پیروی دیگران از وی قرار گرفته است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱/۶۶؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱/۴۷).

اما مخالفان دلالت روایت بر شرط حرام، به سه طریق استدلال می‌کنند: اولاً روایت

۱. ظاهراً جمع بر طبق مسلمان و غیر مسلمان بودن و عدم استناد حرمت به علم برای فرار از بطلان شرط حرام، شیوه کارآمدی به نظر می‌رسد؛ زیرا اگر مستدل این قول، جمع به صورت علم را بپذیرد، شاید نتواند از اولویت شرط در بطلان و یا الغاء خصوصیت و تسری حکم به بیع رهایی یابد.

با حالت داعی و شرط حرام اجنبی بوده و تنها دلالت بر علم موجر به وقوع حرام دارد. ثانیاً دلالت فحوا نیز باطل است؛ چرا که اولویت برای معامله مقرون به شرط حرام نسبت به معامله مقرون به وقوع حرام وجود ندارد (موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۱۶۵/۱؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۸۰/۱). ثالثاً اخذ به فحوا، در حالی که روایت حتی در صورت علم به وقوع حرام با دیگر روایات در تعارض است، وجهی ندارد (ابروانی، ۱۴۰۶: ۱۴/۱).

د) تساوی حکم بین اجاره و بیع

پذیرش جبران ضعف سندی روایت و عمل به آن به جهت عمل مشهور و پس از آن پذیرش جمع میان دو روایت بر اساس علم و حرمت و قبول اولویت شرط حرام در بطلان اجاره نسبت به علم به وقوع حرام، نیازمند تسری حکم اجاره به بیع است که در مبحث ذیل به آن پرداخته می‌شود.

مورد روایت اجاره خانه‌ای است که مستأجر اقدام به فروش خمر در آن می‌کند. امام صادق علیه السلام کرایه این خانه را حرام و غیر مشروع بیان می‌فرماید. برای تصحیح صدق عنوان فساد بر بیع مقرون به شرط حرام باید امکان تسری حکم از معامله مربوط به اجاره به بیع وجود فراهم شود. مشهور فقها تسری را فرض گرفته و تعدادی نیز به آن تصریح کرده‌اند (ترجینی عاملی، ۱۴۲۷: ۲۹۱/۴؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۴۵/۸؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۰۶/۱۸). ایشان اساس این تسری را به دو شکل الغاء خصوصیت و اولویت فساد در بیع نسبت به اجاره بنا نهاده‌اند (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۷: ۱۰۷).

الغاء خصوصیت به معنای حذف ویژگی‌های غیر مؤثر در حکم است (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶: ۶۳۹/۱)؛ اما درج مهر ویژگی غیر مؤثر بر اجاره در ایجاد مبطلت برای شرط حرام در بیع به آسانی امکان‌پذیر نیست. علاوه بر این رها شدن تفسیر بر چگونگی اولویت افساد در بیع نیز بدون تبیین مشخصی از جانب طرفداران آن، خود دلیلی بر عدم استواری این قول است.

اما قول دیگری علاوه بر اینکه مورد روایت را تنها در اجاره دانسته، بلکه بر خلاف قائلان به تسری، به تبیین نظریه خود نیز پرداخته است: بطلان اجاره دلالت بر بطلان بیع ندارد؛ زیرا در بیع بر خلاف اجاره، متعلق شرط خارج از بیع است (حائری یزدی،

۱۴۲۶: ۶۵/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۱۶۳/۱). به عبارت دیگر، «قدر متیقن از بطلان معامله مشروط به شرط حرام اجاره مشروط به حرام است؛ زیرا در اجاره موجر مالک منافع است و با استثنای منافع حلال، در عمل منفعتی را در اختیار مستأجر قرار نداده است. اما بیع مشروط به شرط حرام در تملیک عین وارد می‌شود و داخل در شرط فاسد خواهد بود» (منتظری، ۱۴۱۵: ۲۵۷/۲).

ظاهراً امکان تسری مبطلیت شرط حرام در اجاره به بیع به راحتی امکان‌پذیر نیست؛ چه رسد به آنکه این تسری فرض گرفته شود.

بررسی مجزای روایات، فارغ از لزوم مالیت، امکان سلب مالیت، تقابل ثمن با مبیع و شروط و قابلیت تفکیک‌پذیری مشروط و شرط، مبین این موضوع است که در وجه اثباتی موضوع همانند وجوه مبنایی، اختلاف آراء به چشم می‌خورد. بطلان بیع مشروط به شرط حرام در هیچ یک از روایات به صورت نصی که اختلاف در آن وجود نداشته باشد، بیان نشده است، لذا فقها به جمع و تفسیر روایات متعارض در این باب روی آورده‌اند که همین امر دلیل بر تعدد آرای ایشان شده است. به نظر می‌رسد وجه بهتر - با واگذاری موضوع روایات به مخاطب خاص خود - با جمع میان روایات و اصول مبنایی حاصل می‌شود و بطلان بیع مقرون به شرط حرام تنها در مورد شروطی که سبب در افزایش و کاهش قیمت مبیع می‌شوند، پذیرفته شده و دیگر شروط از باب شرط فاسد و امکان مفسدیت آن شروط تحت بررسی قرار گیرد.

نتیجه‌گیری

بررسی اقوال محصل این نظر است که:

۱. مالیت نه تنها شرط معاملات، بلکه در تلازم با معاملات است. لذا عدم مالیت در نزد عقلاء، دلیل بر عدم ایجاد معامله در نزد ایشان خواهد بود.
۲. از آیه حرمت اکل مال به باطل نمی‌توان به عنوان دلیلی بر بطلان بیع مشروط به شرط حرام استفاده کرد؛ زیرا دلالت آیه تنها در اسباب باطل ظهور دارد و دلالتی بر بطلان بیع مشروط به حرام به جهت عدم مالیت در معامله ندارد. آری در مصادیقی، مناهای شارع دال بر بطلان معاملاتی خاص خواهد بود، اما بطلان این معاملات نه به

جهت عدم مالیت، بلکه به جهت تعبد به حکم شارع است.

۳. تقابل ثمن با شرط و مشروط تنها در شروطی که مؤثر در قیمت مبیع می‌باشند، قابل تصور است؛ لذا عدم تفکیک میان شرط و مشروط تنها در شروط مؤثر در قیمت وجود خواهد داشت. بنابراین ولو در صورت دلالت آیه بر عدم صحت معامله فاقد مالیت، نقش این دلیل تنها در شروط مؤثر در قیمت خواهد بود که امکان تفکیک شرط از مشروط را سلب می‌کند که نتیجه این امر دریافت ثمن و یا مبیع به شکل گراف و به ناحق خواهد بود.

۴. پس از پذیرش امکان تصحیح ایراد سندی روایت جابر و امکان جمع با روایت ابن اذینه و قبول اولویت شرط حرام در مبطلت نسبت به علم به حرام - که تمامی این موارد با اقوال مخالف و عدم پذیرش مواجه است - برای اخذ مبطلت شرط حرام در بیع، نیازمند امکان تسری این حکم از اجاره به شرط حرام خواهیم بود که عملاً قابل تصور نیست.

۵. کوتاه سخن آنکه بطلان معامله مشروط به شرط حرام فارغ از امکان مفسدیت شرط فاسد و بطلان معامله در فرض اعانه بر اثم و عدوان و تنها با استناد به دلیل اکل مال به باطل با توجه به لزوم مالیت در نزد عرف و فرض امکان سلب مالیت از جانب شارع، تنها در معاملاتی که شرط و یا مشروط مؤثر در افزایش و کاهش قیمت کالا می‌باشند، متصور خواهد بود.

کتاب‌شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، حاشیه‌ی مکاسب، سیدمهدی شمس‌الدین، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲. آل کاشف‌الغطاء، محمدحسین، تحریرالمجله، نجف، المكتبة المرتضوية، ۱۳۵۹ ق.
۳. ابن براج، عبدالعزيز بن نحریر، المهذب، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۴. ابن حیون، نعمان بن محمد، دعائم الاسلام، چاپ دوم، قم، آل البيت (ع)، ۱۳۸۵ ق.
۵. ابن شعبه حرّانی، حسن بن علی، تحف العقول عن آل الرسول، چاپ دوم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۶. انصاری، مرتضی بن محمدامین، المكاسب المحرمه، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۷. ایروانی، باقر، دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری، چاپ دوم، قم، مؤسسه الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۷ ق.
۸. ایروانی، علی، حاشیه‌ی مکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۹. بجنوردی، سیدمحمدحسن، القواعد الفقهيہ، تحقیق مهدی مهریزی و محمدحسن درایتی، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۱۰. بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، تحقیق محمدتقی ایروانی و سیدعبدالرزاق مقرم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۱. بروجردی، مرتضی، المستند فی شرح العروة الوثقی، تقریر ابیحات سیدابوالقاسم موسوی خویی، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ ق.
۱۲. تبریزی، جواد، ارشاد الطالب الی التعلیق علی مکاسب، چاپ سوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۶ ق.
۱۳. ترحینی عاملی، محمدحسن، الزیادة الفقهیة فی شرح الروضة البهیة، چاپ چهارم، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۷ ق.
۱۴. جمعی از پژوهشگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۶ ق.
۱۵. جمعی از پژوهشگران، موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت (ع)، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۴۲۳ ق.
۱۶. حائری یزدی، مرتضی، شرح العروة الوثقی، تحقیق محمدحسین امراللهی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۶ ق.
۱۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، قم، آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ ق.
۱۸. حسینی، هاشم معروف، نظریة العقد فی الفقه الجعفری، بیروت، مكتبة هاشم، ۱۴۱۶ ق.
۱۹. حسینی حائری، سیدکاظم، فقه العقود، چاپ دوم، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۲۰. حسینی روحانی، سیدصادق، فقه الصادق (ع)، قم، دار الكتاب - مدرسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۲ ق.
۲۱. همو، منهاج الفقاهه، چاپ پنجم، قم، انوار الهدی، ۱۴۲۹ ق.
۲۲. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد بن محمد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، تحقیق محمدباقر خالصی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.

۲۳. رافعی قزوینی، عبدالکریم بن محمد، *العزیز شرح الوجیز*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۷ ق.
۲۴. رشتی، حبیب‌الله بن محمدعلی، *کتاب الغصب* (برگرفته از جامع‌الفرقه نور، بدون ذکر از سال نشر و ناشر آن)، بی‌تا.
۲۵. سبحانی، جعفر، *الاعتصام بالکتاب والسنه*، چاپ سوم، قم، المجمع‌العالمی لاهل‌البيت علیهم‌السلام، ۱۴۳۰ ق.
۲۶. همو، *المواهب فی تحریر احکام المکاسب*، قم، مؤسسه امام صادق علیه‌السلام، ۱۴۲۴ ق.
۲۷. شهیدی تبریزی، میرزا فتح، *هدایة الطالب الی اسرار المکاسب*، تبریز، چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵ ق.
۲۸. شیرازی، میرزا محمدتقی، *حاشیة المکاسب*، قم، الشریف‌الرضی، ۱۴۱۲ ق.
۲۹. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، تحقیق محمد بهره‌مند، محسن قدیری، کریم انصاری و علی مروارید، قم، آل‌البيت علیهم‌السلام، ۱۴۱۸ ق.
۳۰. طباطبایی قمی، سیدتقی، *الدلائل فی شرح منتخب المسائل*، قم، کتاب‌فروشی محللاتی، ۱۴۲۳ ق.
۳۱. همو، *دراساتنا من الفقه الجعفری*، قم، مطبعة الخيام، ۱۴۰۰ ق.
۳۲. طباطبایی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیة المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۳۳. طوسی، محمد بن حسن، *الاستیصار فیما اختلف من الاخبار*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق.
۳۴. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تصحیح سیدمحمدتقی کشفی، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۳۵. همو، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۳۶. عراقی، ضیاء‌الدین، *شرح تبصرة المتعلمین*، تحقیق محمد حسون، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۳۷. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکرة الفقهاء*، قم، آل‌البيت علیهم‌السلام، ۱۴۱۴ ق.
۳۸. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۹. همو، *نهایة الاحکام فی معرفة الاحکام*، قم، آل‌البيت علیهم‌السلام، ۱۴۱۹ ق.
۴۰. غروی نائینی، محمدحسین، *المکاسب والبیع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۴۱. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - المکاسب المحرمه*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام، ۱۴۲۷ ق.
۴۲. فخرالدین رازی، محمد بن عمر، *التفسیر الکبیر (مفاتیح الغیب)*، چاپ سوم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۳۰ ق.
۴۳. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، تحقیق و تصحیح سیدحسین موسوی کرمانی، علی‌پناه اشتهاردی و عبدالرحیم بروجردی، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۴۴. قطب‌الدین راوندی، سعید بن هبة‌الله، *فقه القرآن*، تحقیق سیداحمد حسینی، چاپ دوم، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ ق.
۴۵. کاشف‌الغطاء، مهدی، *احکام المتاجر المحرمه*، نجف، مؤسسه کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳ ق.
۴۶. کشی، محمد بن عمر، *رجال الکشی (اختیار معرفة الرجال)*، تصحیح حسن مصطفوی، مشهد، دانشگاه مشهد، ۱۳۴۶ ش.
۴۷. کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تصحیح علی‌اکبر غفاری، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۴۸. همو، *الکافی*، تصحیح علی‌اکبر غفاری، قم، دار الحدیث للطباعة و النشر، ۱۴۲۹ ق.

۴۹. مامقانی، محمدحسن بن عبدالله، *غایة الآمال*، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۱۶ ق.

۵۰. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه*، چاپ دوازدهم، قم، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.

۵۱. مصطفوی، محمدکاظم، *فقه المعاملات*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.

۵۲. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *زبدة البیان فی احکام القرآن*، تهران، المكتبة الجعفریة لاحیاء الآثار الجعفریة، بی تا.

۵۳. همو، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازنهان*، تصحیح مجتبی عراقی، علی پناه اشتهاودی و حسین یزدی اصفهانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.

۵۴. مقرئ فیومی، احمد بن محمد، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی*، قم، دار الرضی، بی تا.

۵۵. مکارم شیرازی، ناصر، *الامثل فی تفسیر کتاب الله المنزل*، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۱ ق.

۵۶. همو، *انوار الفقاهة - کتاب التجاره*، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۳۶ ق.

۵۷. منتظری، حسینعلی، *دراسات فی مکاسب المحرمه*، قم، تفکر، ۱۴۱۵ ق.

۵۸. موسوی خلخالی، محمد مهدی، *فقه الشیعة - کتاب الاجاره*، تهران، منیر، ۱۴۲۷ ق.

۵۹. موسوی خمینی، سیدروح الله، *المکاسب المحرمه*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ ق.

۶۰. همو، *کتاب البیع*، تقریرات سیدحسن طاهری خرم آبادی، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق. (الف)

۶۱. همو، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.

۶۲. موسوی خمینی، سیدمصطفی، *الخيارات*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق. (ب)

۶۳. همو، *مستند تحریر الوسیله*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۷ ق.

۶۴. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، چاپ چهارم، قم، انصاریان، ۱۴۱۷ ق.

۶۵. همو، *معجم رجال الحدیث و تفصیل طبقات الرجال*، قم، مرکز نشر الثقافة الاسلامیة فی العالم، ۱۳۷۲ ق.

۶۶. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام*، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق.

۶۷. موسوی گلپایگانی، سیدمحمد رضا، *بلغة الطالب فی التعلیق علی بیع المکاسب*، قم، چاپخانه خیام، ۱۳۹۹ ق.

۶۸. نجاشی، احمد بن علی، *رجال النجاشی - فهرست اسماء مصنفی الشیعه*، تحقیق سیدموسی شبیری زنجانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.

۶۹. نجفی تبریزی، راضی بن محمدحسین، *تحلیل الاحکام فی فقه الاسلام*، تهران، امیر قلم، ۱۴۱۳ ق.

۷۰. همدانی، آقارضا بن محمد هادی، *حاشیة کتاب المکاسب*، تحقیق محمدرضا انصاری قمی، قم، نشر مؤلف، ۱۴۲۰ ق.

تحلیل انتقادی

رویکرد فقیهان به سنت فعلی در استنباط احکام

«مطالعه موردی روایت عبدالحمید بن سعید»*

- راضیه امینی^۱
- حسین صابری^۲
- محمدحسن حائری^۳

چکیده

سنت فعلی که همان نفس عمل معصوم علیه السلام است، بی تردید دارای اعتبار بوده و تحت شرایطی در فرایند استنباط مورد استناد قرار می‌گیرد. اما آنچه در این بین قابل تأمل می‌نماید، اینکه علی‌رغم تأثیر ژرف‌تر افعال در مقایسه با اقوال، این بخش از تراث اسلامی مغفول مانده و آن‌چنان که باید مورد اهتمام قرار نگرفته است. جستار حاضر با عنایت به این نکته که کشف موانع از رهگذر بررسی مصادیق امکان‌پذیر است، یکی از روایاتی را که حاکی از سنت فعلی معصوم علیه السلام است، مورد مطالعه قرار داده است. مفاد روایت مزبور بیانگر رفتار امام علیه السلام در مواجهه با مال کسب‌شده از طریق مقامره است که فقیهان با خدشه در سند و

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱/۱۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۵/۱۸.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد (raziyeh.amini66@gmail.com).

۲. استاد دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول) (saberi@um.ac.ir).

۳. استاد دانشگاه فردوسی مشهد (haeri@um.ac.ir).

دلالت خبر، حکم به ناسازگاری مفاد روایت با مبانی اعتقادی امامیه از جمله عصمت و علم امام داده‌اند.

نگارنده در خلال پژوهشی توصیفی - تحلیلی، خبر مزبور و نحوه مواجهه فقیهان را با آن به عنوان یکی از مصادیق سنت فعلی معصومان علیهم‌السلام مورد مطالعه قرار داده است. مطابق تحقیق، در فرض مسئله، امام در حالی که می‌توانست به نهی قولی اکتفا نماید، به منظور نهی مؤکد، اقدام به قی کردن مال نمود؛ چه اینکه نهی فعلی نسبت به نهی قولی، انکار و ردع بیشتری را تداعی می‌کند. لذا طبق دیدگاه مختار، روایت با مبانی اعتقادی از جمله عصمت و علم امام - آن‌طور که برخی فقیهان بر آن هستند، منافاتی ندارد؛ افزون بر اینکه از رهگذر تحلیل خبر مزبور، این نتیجه حاصل شد که در بررسی احادیث، باید مجموعه‌ای از قرائن لحاظ گردد که بررسی محتوا و سند نیز از جمله این قرائن خواهد بود. لذا بسندگی به یکی از آن‌ها صحیح به نظر نمی‌رسد؛ بلکه برای داوری نهایی، برابند مجموع قرائن باید مبنای عمل قرار گیرد.

واژگان کلیدی: سنت فعلی، رفتار معصوم علیهم‌السلام، سنت قولی، خبر عبدالحمید ابن سعید.

۱. بیان مسئله

دومین منبع استنباط به اتفاق تمامی فقهای اسلام، سنت است. سنت در اصل عبارت است از آنچه به جز قرآن از نبی اسلام صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم صادر شده است؛ چه قول باشد و چه فعل یا تقریر (میرزای قمی، ۱۳۷۸: ۴۰۹؛ مظفر، ۱۳۷۵: ۶۱/۲؛ مشکینی، ۱۳۷۷۴: ۱۴۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۱۶۴). آنچه مسلم است اینکه در میان اقسام سنت معصومان علیهم‌السلام آنچه بیشتر بدان پرداخته شده، سنت قولی ایشان است و در این زمینه پژوهش‌های متعددی نیز انجام شده است. اما گذشته از اقوال، علی‌رغم اهمیت رفتار و فعل معصومان علیهم‌السلام، این قسم از سنت کمتر مورد توجه قرار گرفته است؛ حال آنکه «فعل معصوم علیهم‌السلام» به عنوان الگوی عملی شریعت، می‌تواند کمک زیادی به فهم مسائل، موضوعات، روش‌ها و شیوه‌های شرعی برخورد با پیشامدهای جاری نماید و منبع مفیدی برای فقیهان در استنباط احکام شرعی باشد» (سمنون، ۱۳۸۵: ۴-۳).

هرچند اکنون به دلیل عدم دسترسی به معصوم علیهم‌السلام این منبع تشریحی در دسترس

بشر نیست (همان)، اما همین بخش از افعال و شیوه‌های رفتاری که در میراث مکتوب اسلامی بدان‌ها اشارت رفته است، می‌تواند نقش مهمی در استنباط احکام داشته باشد. پژوهش حاضر با در نظر داشتن نقش بعثت و امامت در تعلیم و راهنمایی آدمیان، در پی کشف میزان کاربست فعل معصومان علیهم‌السلام در فرایند استنباط حکم شرعی توسط فقیهان برآمده و تمرکز موضوعی بر روی روایت حاکی از فعل امام موسی کاظم علیه‌السلام خواهد داشت و در خلال آن، آرای فقها در مورد فعل معصوم علیه‌السلام تحلیل می‌شود.

۲. پیشینه پژوهش

مطابق تتبع جستار حاضر، پژوهش‌های صورت گرفته در زمینه فعل معصوم علیه‌السلام به چند دسته تقسیم می‌شوند: برخی مربوط به اصل دلالت و حجیت فعل معصوم علیه‌السلام هستند؛ برای نمونه نگارنده پژوهشی با عنوان «قلمرو شریعت و حجیت فعل معصوم علیه‌السلام» (سمنون، ۱۳۸۵)، ضمن بررسی دلالت و ظهور افعال، به این نتیجه دست یافته است که افعال دلالت بر حکم شرعی دارند. در همین راستا در پژوهشی دیگر با عنوان «مبانی کلامی توسعه استنباط از رفتار معصوم علیه‌السلام» (مردانی، ۱۳۹۵)، با بررسی سه عنوان: «حجیت رفتار معصوم پیش از نبوت / امامت»، «حجیت رفتار انبیای پیشین» و «حجیت رفتار حضرت زهرا علیها‌السلام»، حجیت فعل معصوم علیه‌السلام از منظر ادله مورد بررسی قرار گرفته است. مورد دیگر از پژوهش‌های صورت گرفته در زمینه فعل معصوم علیه‌السلام، بررسی و تفکیک بین افعال تشریحی و غیر تشریحی پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم و سایر معصومان علیهم‌السلام است که از آن جمله می‌توان به مقاله «سنت فعلی پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم و جایگاه آن در استنباط احکام از نگاه فریقین» (اردستانی، ۱۳۹۳) اشاره نمود که در آن نگارنده با ذکر گونه‌های مختلف فعل پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم، به بررسی و بیان اختلاف نظرات موجود در زمینه تشریحی و غیر تشریحی بودن هر کدام از افعال صادره از پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم به صورت مجزا پرداخته است. لذا همان‌طور که مشخص است، پژوهشی که در آن به بررسی رویکرد عملی فقیهان به فعل معصوم علیه‌السلام و نحوه مواجهه ایشان با این قسم از سنت پردازد، وجود نداشته و از این حیث آسیب‌شناسی سیره فقیهان در این امر، ضروری می‌نماید. بنابراین پژوهش حاضر در صدد تبیین و تحلیل مسئله مزبور خواهد بود.

۳. مفهوم‌شناسی سنت فعلی

هر گونه کنش و واکنش غیر قولی که در مواجهه با وقایع و مسائل جاری زمان، ظهور پیدا کند فعل است؛ خواه مستمر و تکرارپذیر باشد و خواه مقطعی. بر این اساس وقتی این تعریف نسبت به معصومان عَلَيْهِمُ السَّلَامُ به کار می‌رود، با تعبیری چون سیره عملی و سنت فعلی در یک معنا بوده و به صورت واژگان جانشین استعمال می‌شود (مردانی، ۱۳۹۵: ۱۰).

در کلام اصولیان، سنت فعلی در دو معنا به کار رفته است؛ در یک معنا سنت فعلی به اعمالی گفته می‌شود که به قصد تشریح انجام شده است (جناتی، بی‌تا: ۱۵۶؛ ادریس، ۱۴۱۶: ۱۶). اما در معنایی وسیع‌تر، تمامی رفتارهای صادره از معصوم عَلَيْهِمُ السَّلَامُ سنت فعلی تلقی می‌شود؛ با این توضیح که گروهی از اصولیان با در نظر گرفتن عصمت پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، کل اعمال صادره از ایشان را موافق احکام شرعی دانسته و مادامی که فعل و رفتاری از سر اراده از ایشان صورت گرفته باشد، آن رفتار را محکوم به یکی از احکام شرعی دانسته و بر همین مبنا کل سنت را تشریحی می‌دانند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۸: ۲۲۳).

به نظر نگارنده با در نظر گرفتن دو مبنای مشهور اصولیان در زمینه افعال صادر از معصوم - که عبارت است از: ۱- فعل معصوم را در موردی که قرینه بر حکم خاصی نباشد، دال بر اباحه می‌دانند، ۲- اباحه نیز جزء احکام خمسسه تکلیفی محسوب شده است-، قول به دینی بودن تمام افعال معصوم، ارجح است (برای آگاهی بیشتر در این درباره ر.ک: مردانی، ۱۳۹۵).

۳. موانع استنباط حکم فقهی از فعل معصوم

فقه‌های امامیه از نقطه نظر توجه به فعل معصوم عَلَيْهِمُ السَّلَامُ در صدور فتاوی خود، در یک درجه نیستند. اما آنچه آشکار است اینکه منابع فقهی غالباً رویکردی حداقلی به این مسئله داشته‌اند؛ با این توضیح که روایات حاکی از فعل و رفتار معصومان عَلَيْهِمُ السَّلَامُ، در آثار فقها در غالب موارد، بعد از ادله دیگر از جمله اجماع و اصل عملی، به عنوان منبع تکمیلی بیان شده و حتی موارد معدودی که فتوای فقیه صرفاً با استناد به فعل معصوم

باشد، یافت نمی‌شود. در مواردی فقیه در خلال بیان حجم کثیری از روایات حاکی از قول معصوم علیه السلام، روایت حاکی از فعل را نیز ذکر کرده است. اما به صورت گذرا از آن عبور نموده و در برخی موارد نیز بدون توجه به آن، به صدور حکمی متفاوت با دلالت روایت پرداخته و ادله دیگر را بر آن ترجیح داده است که نتیجه آن فقر استنادی فعل معصوم در مقایسه با کثرت اقوال ایشان است.

بی تردید توقع اولیه از فعل معصوم علیه السلام این است که کاملاً عقلانی و مطابق با قرآن و سنت باشد و با احکام مسلم و باورهای معتبر اعتقادی تنافی نداشته باشد؛ همچنین تهافتی در رفتار معصومان علیهم السلام ملاحظه نشود. اگر رفتار معصوم در نظر فقیه این گونه نرسد، در استخراج حکم از آن توقف می‌کند (نوری طبرسی، ۱۳۴۹: ۶۷).

عرصه‌هایی که استناد به فعل معصوم علیه السلام را با چالش مواجه می‌کنند، عبارت‌اند از:

- ۱- احتمال مخالفت رفتار معصوم علیه السلام با توصیه‌های قرآن، ۲- احتمال مخالفت رفتار معصوم علیه السلام با سخن معصومان دیگر، ۳- احتمال مخالفت رفتار معصوم علیه السلام با عمل معصومان دیگر، ۴- احتمال مخالفت رفتار معصوم علیه السلام با عمل دیگر از خود آن معصوم، ۵- احتمال مخالفت رفتار معصوم علیه السلام با ادله کلامی و باورهای اعتقادی، ۶- احتمال مخالفت رفتار معصوم علیه السلام با عرف، ۷- احتمال مخالفت رفتار معصوم علیه السلام با شرایط اجتماعی کنونی، ۸- عدم امکان تأسی یا غیر قابل عمل بودن رفتار معصوم علیه السلام، ۹- عدم اطمینان به حجیت روایت حاکی از رفتار معصوم علیه السلام و تردید در صحت نقل، ۱۰- ابهام و غموض رفتار معصوم علیه السلام و ذوجوه بودن آن» (همان: ۶۸)، که بررسی تفصیلی هر کدام، پژوهشی مستقل را می‌طلبد.

پژوهش حاضر که به مطالعه موردی یکی از افعال معصومان علیهم السلام پرداخته است، خواهد کوشید در خلال تحقیق، به توضیح تفصیلی سه مورد از این چالش‌ها در برداشت حکم از رفتار معصوم علیه السلام پردازد که عبارت‌اند از: ۱- عدم اطمینان به حجیت روایت حاکی از سنت با بسندگی به روش سندشناسی، ۲- عدم اهتمام کافی در بررسی دلالت فعل و حکم به مخالفت فعل معصوم علیه السلام با باورهای اعتقادی، ۳- حکم به ابهام در فعل معصوم علیه السلام و احتمال برداشت‌های متفاوت از آن و در نتیجه کم‌رنگ کردن نقش استنادی آن.

۴. روایت عبدالحمید بن سعید و تحلیل فعل معصوم عَلَيْهِ السَّلَامُ

اختلاف نظرهای فقهی معمولاً ناشی از علل مختلفی است؛ یکی از این عوامل، رویکردهای متفاوت فقها در برخورد با فعل معصوم عَلَيْهِ السَّلَامُ است که البته این تفاوت، ناشی از اعمال سلیقه در برخورد با سنت فعلی نیست؛ بلکه به سبب قواعد و پیش فرض‌هایی است که در فرایند استنباط احکام مدون شده است. اختلافاتی که فقها در وجه دلالت فعل معصوم دارند، زمینه‌های اختلاف در صدور فتوا را فراهم کرده است. یکی از مواردی که این پژوهش سعی دارد آن را بررسی کند، روایت عبدالحمید بن سعید از فعل امام کاظم عَلَيْهِ السَّلَامُ است. توضیح مطلب اینکه فقیهان در بحث مکاسب محرمه و ذیل بحث از حرمت فعل قمار، فرعی را مطرح نموده‌اند مبنی بر اینکه اگر کسی ندانسته مال به دست آمده از قمار را بخورد، بعد از فهمیدن، آیا وظیفه‌ای در قی کردن آن خواهد داشت یا خیر؟ که در این باره دو قول مطرح شده است. علت اختلاف نظر، وجود روایتی است که بر اساس آن امام کاظم عَلَيْهِ السَّلَامُ مال به دست آمده از قمار را بدون علم خوردند و وقتی مطلع شدند که آن مال از طریق قمار حاصل شده است، آن را قی نمودند.^۱

به طور کلی روایت مذکور در منابع روایی در این ابواب آمده است: ۱- تحریم بازی با شطرنج و نرد و غیر این دو از آلات قمار؛ حتی بازی با گردو و تخم مرغ (طباطبایی بروجردی، ۱۳۸۶: ۴۴۴/۲۲)، ۲- باب تحریم کسب قمار حتی گردو و تخم مرغ؛ هرچند که فاعل آن غیر مکلف باشد و حرمت فعل قمار (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۶۵/۱۷)، ۳- «عبادت و سیره و مکارم اخلاقی امام معصوم عَلَيْهِ السَّلَامُ» (مجلسی، ۱۴۰۳: ۱۰۰/۴۸).

در مقام تحلیل به نظر می‌رسد که صاحبان منابع روایی از خبر مزبور، احکامی از قبیل اینکه فعل معصوم عَلَيْهِ السَّلَامُ دال بر حرمت تکلیفی بازی با آلات قمار دارد و اینکه تخم مرغ نیز از جمله آلات قمار است، استخراج نموده‌اند. همچنین احکامی مانند

۱. «عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَأَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعًا عَنِ ابْنِ مَجْنُوبٍ عَنْ يُونُسَ بْنِ يَعْقُوبَ عَنْ عَبْدِ الْحَمِيدِ بْنِ سَعِيدٍ قَالَ: بَعَثَ أَبُو الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ غُلَامًا يُشْتَرَى لَهُ بَيْضًا فَأَخَذَ الْغُلَامُ بَيْضَةً أَوْ بَيْضَتَيْنِ فَقَامَرَ بِهَا فَلَمَّا أَتَى بِهِ أَكَلَهُ. فَقَالَ لَهُ مَوْلَى لَهُ: إِنَّ فِيهِ مِنَ الْقِمَارِ. قَالَ قَدَعَا بَطْشَتْ فَتَقَيَّأَهُ» (كلینی، ۱۴۰۷: ۱۲۳/۵)؛ نیز ر.ک: حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۶۵/۱۷؛ مجلسی، ۱۴۰۳: ۱۱۷/۴۸.

حرمت وضعی مال به دست آمده از قمار استنباط شده است. از منظر وجه دلالت فعل نیز با توجه به ابوابی که روایت ذیل آنان ذکر شده است، علت قی کردن معصوم عَلَيْهِ السَّلَامُ شدت زهد و ورع ایشان دانسته شده است.

اما از منظر متون فقهی، فقها از دو جهتِ سندی و دلالی، در مورد روایت مزبور با یکدیگر اختلاف نظر دارند:

از نظر سند، برخی از فقیهان خبر فوق را به خاطر وجود «سهل» در سلسله روایت آن، اشتراک «احمد بن محمد» و نیز به سبب وجود «عبدالحمید» که مجهول است، ضعیف دانسته و افزوده‌اند که مدلول آن نیز مطابق با رأی عامه است (لازی، ۱۴۱۸: ۱۸۷/۱) و لذا محکوم به طرد است. اما در مقابل، جماعتی دیگر از فقیهان، از خبر مزبور با عنوان موثقه یاد نموده و بر مبنای آن حکم به استحباب قی کردن (نراقی، ۱۴۱۵: ۲۸۶/۴) یا وجوب آن بعد از شرب خمر یا اکل میته داده‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۴۴/۵). یکی از فقهای معاصر نیز روایت را دال بر حجیت خبر واحد در موضوعات دانسته است (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵: ۹۸/۱).

۱-۴. تحلیل سندی

۱-۱-۴. سهل بن زیاد

در برخی کتب رجالی از «سهل بن زیاد» به عنوان شخصی عامی مذهب یاد شده و همین امر موجب تضعیف وی قلمداد شده است (حلی، ۱۴۰۷: ۳۰۲/۵). شهید ثانی وی را «فاسد المذهب» معرفی کرده و حدیث منقول از وی را فاقد اعتبار دانسته است (عاملی جبعی، ۱۴۲۱: ۴۵۹/۱).

در عین حال شیخ طوسی در وصف او آورده است: «یکتای ابا سعید، ثقة، رازی» (طوسی، ۱۴۲۷: ۳۸۷). شیخ حرّ عاملی نیز قول اقرب را وثاقت وی می‌داند: «رَجَّحَ بَعْضُ مَشَائِخِنَا الْمَعَاصِرِينَ تَوْثِيقَهُ وَلَعَلَّهُ أَقْرَبُ» (عاملی، ۱۴۰۹: ۳۸۸/۳۰). بهبهانی با رویکردی مشابه وی را توثیق نموده است: «هو ثقة عندی من دون ضعف» (کرمانشاهی، ۱۴۲۴: ۴۰۸/۹) و در جای دیگر می‌نویسد: «سهل أيضاً ثقة علی الأقری» (همو، ۱۴۱۷: ۷۰۴). برخی دیگر نیز او را از مشایخ اجازه دانسته‌اند (مجلسی، ۱۴۱۴: ۳۸۴/۴).

بنابراین باید گفت «اگرچه وثاقت سهل بن زیاد محل خلاف است، لکن به نظر می‌رسد می‌توان وی را از ثقات به شمار آورد؛ چرا که اولاً: مرحوم کلینی در کافی با آن دقت نظری که به خرج می‌داده است، روایات فراوانی را «عن عدّة من أصحابنا عن سهل بن زیاد» روایت نموده است و این نشانه اعتماد کلینی بر اوست و اینکه بعضی او را تضعیف کرده‌اند به جهت نقل روایات غلوآمیز توسط او بوده است، در حالی که اولاً: نقل روایات به معنای اعتقاد به آن‌ها نیست و ثانیاً: در اینکه چه چیزی غلو است مورد اختلاف است، پس تضعیفات مبتنی بر مشاهده غلو در بین روایات راوی محل خدشه است» (شبیروی زنجانی، ۱۴۱۹: ۶۸۳۵/۲۱). همچنین برخی از روایاتی که وی در سلسله سندش وجود داشته، نزد فقها به عنوان صحیح‌ه یاد شده (کرمانشاهی، ۱۴۲۱: ۴۷۲/۲) و چون از مشایخ اجازه شمرده شده است، لذا خدشه‌ای به صحت روایات او مانند دیگر مشایخ اجازه وارد نیست؛ هرچند که در کتب رجالی توثیق نشده باشند (کاطمی، بی‌تا: ۳۵۱/۱).

۲-۱-۴. احمد بن محمد

در مورد اشتراک احمد بن محمد سه احتمال وجود دارد: ۱- احمد بن محمد بن عیسی اشعری، ۲- احمد بن محمد خالد برقی، ۳- احمد بن محمد بن ابی نصر بزنطی. نجاشی در مورد «احمد بن محمد بن عیسی» معتقد است که وی از حسن بن محبوب نقل نمی‌کند (نجاشی، ۱۴۰۷: ۸۲)، در حالی که «احمد بن محمد» مذکور در روایت، از ابن محبوب نقل روایت کرده است.

در رجال شیخ طوسی در مورد «احمد بن محمد بن محمد ابی نصر» این طور برمی‌آید که ایشان به نقل مستقیم از امام موسی کاظم علیه السلام پرداخته، در حالی که فرد مذکور در روایت، با واسطه از امام کاظم علیه السلام نقل روایت کرده است. لذا به نظر می‌رسد مراد از «احمد بن محمد»، «احمد بن محمد خالد برقی» باشد؛ چرا که «سهل بن زیاد» از شاگردان ایشان و خودش از شاگردان ابن محبوب بوده است که احتمال می‌رود این قرینه باشد بر اینکه ایشان از استاد خود، ابن محبوب، روایت را نقل کرده باشد. البته هریک از احتمالات سه‌گانه فوق در مورد «احمد بن محمد» مقبول واقع شود، خدشه‌ای به سند روایت وارد نمی‌کند؛ چه اینکه هر سه در کتب رجالی توثیق شده‌اند.

۳-۱-۴. عبدالحمید بن سعید

اما علت اینکه برخی «عبدالحمید بن سعید» را مجهول دانسته‌اند، بدین خاطر است که در کتب رجال و روایی به دو صورت «عبدالحمید بن سعید» و «عبدالحمید بن سعد» آمده است. شیخ طوسی گاهی او را از اصحاب امام کاظم علیه السلام برشمرده و با نام «عبدالحمید بن سعید» از او یاد نموده و گاهی از اصحاب امام رضا علیه السلام که «صفوان بن یحیی» از او روایت کرده است (طوسی، ۱۴۲۷: ۳۴۰-۳۴۱).

آیه‌الله خوبی معتقد است:

«پدر عبدالحمید گاهی با نام سعد آمده و گاهی با نام سعید؛ اما آنچه از کلام شیخ طوسی فهمیده می‌شود، تعدد آن‌هاست و روایت صفوان از آن‌ها دلیل بر اتحاد آنان نیست. اگر روایت صفوان از کسی، دال بر وثاقت او باشد، پس هر دو ثقه خواهند بود، در غیر این صورت با آن‌ها معامله ثقه نمی‌شود؛ چه متحد باشند و چه متعدد (موسوی خوبی، بی‌تا: ۳۰۰/۱۰).

اما در پاسخ گفته شده است که هرچند شیخ آن‌ها را به صورت مختلف ذکر کرده است، اما مثل این مورد در کلام شیخ زیاد است؛ با اینکه جرم به اتحاد آنان وجود دارد (حسینی تفرشی، ۱۴۱۸: ۳/۳۵) و روایت صفوان از او، کاشف از وثاقت اوست (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۲۱/۱۱). محقق اردبیلی نیز به نقل از علامه حلی، به قرینه راوی و مروی عنه این دو را یکی می‌داند (همان).

بنابراین به نظر می‌رسد نظریه اتحاد «عبدالحمید بن سعد» و «عبدالحمید بن سعید» از قوت بیشتری برخوردار بوده و نقل صفوان از وی، دال بر وثاقت اوست؛ افزون بر آنکه از ظاهر کلام اصحاب برمی‌آید که امامی نیز بوده است (همان) و در نتیجه روایت مزبور از نظر سندی قابل اعتماد است.

در خاتمه این بخش، ذکر این نکته ضروری می‌نماید که اگرچه در خلال سطور فوق با توجه به تحلیل ارائه‌شده و کنکاش در مصادر رجال، اعتبار سندی روایت مورد بحث ثابت شد و اعتبار روایت از این بابت بلااشکال است، اما در بحث روش‌های احراز صدور روایات حاکی سنت، کاستی‌هایی وجود دارد؛ یکی از آن‌ها که روایت پیش گفته نیز با آن مواجه بود، مبنای رجال فقیهان در اعتبارسنجی روایات با بسندگی

به روش «سندشناسی» است که البته این مهم اختصاص به استنباط حکم از رفتار معصوم ندارد، بلکه در حکایت قول و تقریر نیز دیده می‌شود، لذا اهتمام کافی در کاربرد روش «نقد متن» در ارزیابی وثاقت اخبار، از جمله بایسته‌های طرق احراز صدور روایات حاکی از سنت است (رشاد، ۱۳۸۹: ۳۵۵)؛ چرا که این روش، هم در وثاقت‌سنجی، هم در ماهیت‌شناسی قول و فعل معصوم و هم در معنایابی سنت می‌تواند کاربرد کارسازی داشته باشد؛ زیرا با ارزیابی و سنجش متن، علاوه بر اینکه صدور عدم صدور یا دست کم عدم وثاقت خبر مشخص می‌گردد، از طریق آن، گاه می‌توان پی برد که قول و فعل صادره از معصوم آیا از نوع تشریعی است یا تدبیری و در صورت شناخت ماهیت نوعی قول یا فعل، چه قسمی از آن دو نوع (تشریعی و تدبیری) است (همان: ۳۵۶).

در واقع توجه به سلسله سند، یکی از ابزار سنجش اعتبار صدور روایت از معصوم است؛ اما حکم به صحت روایت منحصر در این امر نیست. حتی بنا بر قول برخی محققان، اگر روایت از لحاظ سندی خالی از اشکال نباشد، اما «عملکرد منقول از معصوم علیه السلام، با قرآن، سایر روایات، عقل، عرف، عقاید و... موافق باشد، دلیلی برای رد آن وجود ندارد» (عالم‌زاده نوری، ۱۳۹۲: ۲۰۳-۲۰۴).^۱

۱. البته سخن در این نیست که نقد محتوایی می‌تواند ما را از بررسی سندی بی‌نیاز کند؛ همان طور که صحت سند به تنهایی موجب قطع به صدور روایت از معصوم نمی‌شود. در واقع وثاقت سند مجوز انتساب به گوینده، و درستی محتوا مجوز درستی عمل به آن محتواست، نه اینکه مجوز انتساب به معصوم باشد؛ چون هستند سخنانی که از محتوای خوبی برخوردارند، اما از گوینده صادر نشده‌اند. بلکه سخن این است که صرف ضعف سند روایت، نباید موجب طرد آن شود؛ چرا که برخی محققان مؤلفه‌های دیگری را برای تعاضد مضمونی مطرح می‌کنند که ضعف سندی را پوشش می‌دهد و بر این باورند که «با کاوش دقیق و به دست آوردن اطمینان عرفی و عقلایی و سنجش متن با قرآن و سنت قطعی و موازین مقبول و یافتن احادیث مؤید و هم‌مضمون، گونه‌ای تعاضد مضمونی پدید خواهد آمد که آسیب سندی را جبران کند و حدیث را از طرد برهاند که البته این طریق مضمون روایت را تصحیح می‌کند، نه اینکه راویان واقع در سند را توثیق نماید» (همان)؛ همان طور که در برخی موارد دیده شده که از ضعف سندی روایت به خاطر موافقت مضمون با عقل و نقل، چشم‌پوشی شده است (ر.ک: مازندرانی، ۱۳۸۲: ۱۲۳/۲). در نهایت می‌توان گفت که در بررسی صحت احادیث، باید مجموعه‌ای از قرائن و شواهد را در نظر گرفت که بررسی محتوا و سند نیز از جمله این قرائن خواهد بود و برای حکم نهایی به صحت یا عدم صحت روایت، برابند مجموع قرائن ملاک است.

۲-۴. تحلیل دلالی

در باب تحلیل دلالت خبر عبدالحمید بن سعید باید گفت فقیهان امامیه در دو مقام به بحث پرداخته‌اند: ۱- مقام ثبوت و امکان، ۲- مقام اثبات و دلالت فعل.

۱-۲-۴. مقام ثبوت

در این مقام به بررسی این مطلب پرداخته شده است که آیا امکان صدور چنین فعلی از معصوم وجود دارد یا خیر. اقوال فقها در این مورد مختلف است:

الف) ناسازگاری روایت با مبانی اعتقادی شیعه

برخی از فقیهان با این بیان که ظاهر روایت نشان می‌دهد که امام علیه السلام از روی جهل، حرام واقعی را مرتکب شده‌اند، این را با مبانی اعتقادی امامیه سازگار نمی‌دانند. لذا قائل‌اند که امکان صدور چنین عملی از معصوم وجود ندارد؛ زیرا شیعه امامیه معتقد است همان‌طور که معصوم علیه السلام هیچ‌گاه از روی بی‌توجهی و غفلت، حرام واقعی را انجام نمی‌دهد، به همین صورت با جهل و ناآگاهی نیز حرام واقعی را مرتکب نمی‌شود.

صاحب *جوهر* در زمره فقیهانی است که با استدلال فوق‌همراهی دارد. ایشان در دو مقام به بحث درباره این روایت پرداخته است و از نظر ثبوتی معتقد است که این روایت با عصمت امام علیه السلام در تضاد است؛ لذا امکان صدور چنین عملی از معصوم علیه السلام بعید است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۱۰/۲۲).

لیکن به نظر می‌رسد مناقشه فوق‌وارد نبوده و از دو جهت می‌توان در آن خدشه نمود:

۱- پاسخ نقضی: صاحب *جوهر* و شیخ انصاری از جمله فقهایی هستند که روایت مزبور را مخالف با خصوصیت علم امام علیه السلام و عصمت ایشان می‌دانند؛ در حالی که خود ایشان احتیاط را که ناشی از عدم اطلاع از واقع است، در حق امام جایز دانسته و منافی با مقام عصمت نمی‌دانند؛ برای نمونه صاحب *جوهر* در این مورد می‌نگارد: «احتیاط از جهت موضوع، منافاتی با مقام عصمت ندارد» (همان: ۵۸/۸). شیخ انصاری نیز در خلال یکی از مباحث فقهی تأکید می‌کند: «عمل امام از باب حسن احتیاط در اصول دین است» (انصاری، ۱۴۱۳: ۳۶).

۲- پاسخ حلی: ایراد مطرح از دو جهت قابل بررسی است:

۱. از نظر حکم تکلیفی: اشکال وارد کردن به اکل تخم مرغ توسط امام علیه السلام مستلزم تسلیم به دو امر است: الف) عدم امکان جهل امام علیه السلام به موضوعات، ب) امام علیه السلام مکلف به عمل به علم خویش است؛ حتی با علمی که از مقام امامت برای او حاصل شده است.

اما اگر گفته شود که امام علیه السلام مکلف به عمل بر طبق حجج متعارف نزد مردم، از قبیل قاعده ید، اصالت صحت، اصالت حلیت و... است، اشکالی در اکل که آن را با حجج شرعی اخذ کرده، به وجود نمی‌آید. لذا وقتی که امام علیه السلام از طرق عادی و متعارف از حقیقت امر مطلع شدند، از باب تنزه از اینکه حرام واقعی جزء بدن ایشان نشود، قی کردند؛ اما این کار حکم الزامی نیست (تبریزی، ۱۴۱۶: ۱/۲۲۰).

البته اشکالی در این بیان وجود دارد و آن اینکه با وجود علم به واقع، امکان عمل به اصالت صحت و غیر آن وجود ندارد؛ چرا که این اصول مقوم حکم ظاهری هنگام جهل به واقع هستند و فرض این است که جهل به واقع در حق امام علیه السلام منتفی است. لذا با وجود علم امام علیه السلام به واقع، این ادعا که ایشان مکلف به عمل بر طبق حجج ظاهری هستند که برای جاهل به واقع قرار داده شده است، از قبیل ثبوت حکم بدون موضوع است (همان).

به طور کلی باید گفت که در مورد احکام شرعی، امکان غفلت و جهل امام نسبت به احکام مجعول در شریعت وجود ندارد؛ زیرا با مقام هدایت و مبین احکام شرعی بودن تنافی دارد. اما در باب موضوعات خارجی در مورد اینکه علم امام نسبت به آنان مطلق است یا تابع اراده ایشان، اطلاع درستی از آن در اختیار ما نیست تا آن را منشأ اشکال در مورد این روایت قرار دهیم (همان). لذا بهترین پاسخ در مورد این روایت آن است که گفته شود: بنا بر اینکه علم امام علیه السلام در موضوعات، علمی حضوری باشد، این مطلب که بگوییم چون امام علیه السلام علم نداشته، پس این تصرف در حق او حرام نیست، اشکال دارد. اما در پاسخ این اشکال که ناشی از سؤال دیگری است مبنی بر اینکه: «آیا امام در موضوعات خارجی به علم خود عمل می‌کند و اینکه آیا عدم عمل امام به علمش در موضوعات، موجب نقص بر ایشان است یا نه؟ که اگر موجب نقص باشد، لازم

است به آن عمل کند و در غیر این صورت خیر»، در پاسخ باید گفت: اینکه ائمه علیهم‌السلام دارای علمی فوق بشری هستند، امری ثابت شده است؛ اما این به معنای آن نیست که ایشان این علم را مبنای عمل خود در امور روزمره قرار می‌دهند و شاید دلیل بر این ادعا روایت معروف هشام بن حکم از امام صادق علیه‌السلام باشد که حضرت علیه‌السلام از قول رسول خدا صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وآلهم‌وسلم نقل می‌کنند:

«من در میان شما طبق گواهی گواهان و سوگندها دادرسی می‌کنم و چه بسا که برخی از شما از برخی دیگر بهتر دلیل می‌آورد. بنابراین هر فردی که من از مال برادرش چیزی را برای او [به واسطه بینه یا سوگند دروغ] جدا کنم، مثل آن است که قطعه‌ای از آتش برایش جدا کرده‌ام» (حز عاملی، ۱۴۰۴: ۲۳۲/۲۷).

صاحب جواهر در این باره می‌نویسد:

«امام علیه‌السلام مکلف به استفاده از امارات ظنیه است؛ مانند تکلیف ایشان به حکم کردن بر طبق بینه و یمین و شاهد و غیر این‌ها از احکام ظاهری. فرق است بین خطایی که ناشی از قصور علم ایشان به معرفت موضوعات باشد و بین موردی که این چنین نیست؛ چرا که اولی نقص است و مورد دوم نه، و عمل امام بر طبق امارات ظنیه، موجب نقصی بر ایشان نیست؛ هرچند ایشان با علم الهی که خارج از طریق بشری است، بدانند که واقع، خلاف آنچه بدان حکم کرده است، می‌باشد؛ چرا که ظاهر این است که امام علیه‌السلام مکلف به عمل بر طبق علم الهی در موضوعات نیست و شاهد این مطلب برخی از افعال واقعی ایشان است که نشان می‌دهد ایشان از این علم گذشته‌اند؛ مثل مسئله خروج امام حسین علیه‌السلام به کربلا که اگر مکلف به عمل بر طبق علمشان بودند، تحرز از آن لازم می‌بود (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳۳/۷).

از ظاهر کلام شیخ انصاری نیز برمی‌آید که به اعتقاد ایشان، امام علیه‌السلام در زندگی روزمره خود، مکلف به عمل بر طبق علوم خاص خود نیست؛ بلکه بسنده کردن به سبب شرعی که قائم مقام علم است، مثل بینه و مانند آن، هرچند که مخالف با واقع باشد، کفایت می‌کند (ر.ک: انصاری، ۱۴۱۵: ۱۶۳/۱)؛ افزون بر اینکه ظاهر روایت گویای آن است که تخم مرغ‌ها با پول امام علیه‌السلام خریده شده، مجرد قمار غلام با آن تخم مرغ‌ها بعد از خریدن، موجب حرمت آن‌ها نمی‌شود و حتی موجب کراهت آن‌ها بر امام نمی‌شود تا اینکه لازم باشد به جهت حصول علم به حرمت بعد از جهل حین اکل،

آن‌ها را قی کرده باشند. اما بنا بر اینکه علم امام در موضوعات تابع اراده ایشان باشد، اشکالی متوجه روایت نیست؛ به خاطر امکان صدور فعل از ایشان از روی جهل قبل از اراده، و در مورد روایت، امام علیه السلام تا قبل از خوردن تخم مرغ به حرمت علم نداشتند (موسوی خویی، بی‌تا: ۳۷۹/۱) و لذا اشکالی نیز طبق این مبنا متوجه روایت نیست.^۱

۲. از نظر اثر وضعی: این مطلب که علم و جهل در آثار وضعی دخالتی ندارد، بدیهی است؛ مثلاً کسی که داروی خواب‌آور بخورد، به خواب می‌رود؛ چه بداند دارو خواب‌آور بوده و چه نداند؛ ولی تأثیر واقعی در صورتی است که این دارو در معده بماند و معده روی آن کارش را انجام دهد. در صورتی که در روایت مذکور، مفروض این

۱. البته ممکن است به این بیان این اشکال وارد شود که اگر امام با یک اراده می‌تواند جلو خطا را بگیرد، چرا اراده نفرموده است؛ با این توضیح که: «در بسیاری از موارد یقین داریم که عقلاً یا شرعاً انسان اگر بتواند به چیزی علم پیدا کند، باید برای تحصیل علم تلاش نماید و لذا بر امام هم لازم است که مختصر التفاتی نموده و به آن حقیقت علم پیدا کنند. به عنوان مثال، فرزند خردسال امام علیه السلام در اثر حادثه‌ای ساده در منزل و در محضر امام از دنیا می‌رود؛ توقع است امام مختصر التفاتی به این مسائل حیاتی بنماید و در زندگی عادی با تحصیل علم به این مسائل جلوی پیش آمدن چنین اتفاقاتی را بگیرند. همچنین در جنگ‌ها، گاهی شخصی در کمین حضرت می‌نشیند و به حضرت ضربه‌ای می‌زند و حضرت مجروح می‌شوند، در حالی که سزاوار است که حضرت با مشاهده حقیقت زودتر خود را نجات دهند» (ر.ک: وکیلی، ۱۴۳۸). در پاسخ این اشکال باید به «کیفیت حصول اراده در قلب اولیاء الهی و تفاوت آن با دیگران توجه کرد. در انسان‌های متعارف به طور طبیعی اراده از طریق مقدمات مشهور آن چون: تصور فایده، سنجش منافع و مفساد، تصدیق به فایده و شوق به وجود می‌آید و لذا حکما این امور را به عنوان مقدمات اراده در کتب حکمی شمرده‌اند. بر خلاف ما که اراده‌مان از بیرون و تحت تأثیر علوم پیشین و تصور اغراض و مقاصد و تصدیق آن و به تعبیری از عالم کثرت پدید می‌آید، اراده اولیاء الهی چه بسا مستقیماً تحت تأثیر عالم ملکوت به وجود آمده و از عالم وحدت نزول می‌کند. قلب ولی خدا در دست خداست و بر طبق اراده الهی اگر خداوند برای او بخواهد، در او اراده متولد می‌شود و اگر خداوند نخواهد، اراده‌ای به وجود نخواهد آمد و به تعبیر روایات شریفه، اراده او تابع اراده خداوند است. خلاصه کلام اینکه اگر اراده امام علیه السلام به التفات به چیزی تعلق بگیرد و بدان التفات کنند، فوراً آن چیز با تمام جهاتش منکشف می‌شود؛ ولی چون در مقام رضا و تسلیم متمکن‌اند و اراده‌شان فانی در اراده خداوند است، جز بر طبق اراده الهی اراده نمی‌کنند و لذا طبق اراده الهی به بسیاری از امور ملتفت نشده و از آن‌ها تفصیلاً مطلع نمی‌شوند و به همین جهت، حال خوف و رجاء در امور دنیوی در قلبشان باقی است و دعا می‌کنند و گاهی آن‌چنان رفتار می‌کنند که شخص غیر مطلع رفتار می‌کند. پس ما با دو قضیه مواجهیم: «إذا شأوا أن يعلموا علموا» و «لا يشاؤون إلا أن يشاء الله». نتیجه این دو شرط این است که امام فقط وقتی به حقایق باطنی علم پیدا می‌کند که خداوند بخواهد و در غیر این صورت خود امام هم نمی‌خواهد که علم پیدا کند و لذا علم پیدا نمی‌کند» (ر.ک: همان).

است که تخم مرغ در معده نمانده و جذب بدن نشده است؛ بلکه امام علیه السلام به محض آگاه شدن آن را دفع کرده است. لذا می توان گفت که وجود استمراری غذا در معده دارای اثر وضعی است؛ نه وجود ابتدایی آن (انصاری، ۱۴۱۵: ۱/۳۷۹).

نگارنده معتقد است که اشکالات مطرح توسط فقیهان بدین جهت است که ایشان عمل امام را به خاطر علم به حرمت بعد از جهل به آن حین اکل می دانند و در صدد توجیه آن برآمده اند؛ در حالی که ظاهر روایت بر این است که غلام تخم مرغ را از مال امام خریده است، لذا مجرد قمار غلام با آن تخم مرغها بعد از خریدن، موجب حرمت آن و حتی موجب کراهت آن بر امام نمی شود تا اینکه لازم باشد به جهت حصول علم به حرمت بعد از جهل حین اکل، آن را قی کند. بلکه قی کردن امام ثمره دیگری دارد که عبارت است از: نهی فعلی غلام و ردع او به خاطر قماربازی. توضیح اینکه افعال تأثیر عمیق تری به نسبت اقوال در تأسی و پیروی دارند. لذا در بحث مورد نظر، فعل قی کردن به نسبت نهی قولی، شدیدترین نوع انکار و ردع است؛ چرا که باعث بالا بردن بیشتر حساسیت مردم نسبت به دوری از قماربازی می شود. این امر به مانند تصریح ایشان به شدت تحرز از خمر است که می فرمایند:

«اگر قطره ای از خمر در دریا بیفتد، سپس دریا خشک شود و جای آن گیاه بروید و گوسفندی آن را بخورد، من از شیر آن گوسفند نمی خورم» (لاری، ۱۴۱۸: ۱/۱۸۸).

لذا امام علیه السلام با قی کردن مال خودش که با آن قمار شده بود، در پی دور کردن و حفظ مردم از اکل مال غیر به وسیله قمار است که این گزاره رفتاری معصوم مشابه موردی است که امام در حفظ کردن مردم از افتادن در محرمات می فرماید:

- «اتركوا ما لا بأس به حذرًا عمًا فيه البأس» (همان)؛ از چیزی که مشکلی در آن نیست حذر کنید تا در امور مشکل دار گرفتار نشوید.

- «خالقوهنّ فی المعروف، حتّٰی لا یطمعن فی المنکر» (همان)؛ در امور معروف حساس باشید و بترسید تا به منکرات دچار نشوید.

ب) عدم ترتب فایده بر قی کردن

برخی از فقها با محدود کردن علت و فلسفه قی کردن به رد مال به مالک اصلی، قبول چنین چیزی را در حق معصوم علیه السلام بعید دانسته و در صدد طرد روایت برآمده اند.

توضیح مطلب اینکه اگر شخص مال به دست آمده از قمار را بخورد، بعد از خوردن چون از خبث است، در ملک شخص وارد نمی‌شود و بعد از خروج از ملک، حکم کردن به قی وجهی ندارد. بر فرض اینکه بر ملک او باقی مانده باشد نیز ظاهر عدم لزوم قی کردن است؛ زیرا بعد از خوردن، آکل ضامن مثل یا قیمت آن است و عین مال داخل در ملک آکل است؛ در غیر این صورت مالک جامع بین عوض و معوض است (نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۳: ۲۲۲)؛ در حالی که بنا بر این دیدگاه روایت دلالت دارد بر اینکه آن‌ها را امام قی کرده که ظاهرش این است که نفس آن‌ها را به صاحبش رد کند؛ با اینکه تخم مرغ پس از خورده شدن، تالف محسوب می‌شود نه باقی و موجود (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۷۹/۱)؛ پس چه داخل در ملک شخص بشود و چه نشود، وجهی برای لزوم قی کردن وجود ندارد؛ لذا انجام چنین عملی در حق امام بعید است (نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۶۱).

در نقد دیدگاه فوق باید گفت اینکه قی کردن برای رد مال به مالک باشد، موجه نیست؛ زیرا بر خورنده حرام، رد عین واجب نیست؛ حتی در فرضی که عالم به حرمت باشد؛ چه رسد به اینکه از روی جهل خورده باشد. لذا طعام بعد از خوردن در حکم تلف است؛ خاصه بعد از اینکه به معده رسد و بعد از قی کردن از خبث عرفی است و رد عین آن به مالک لازم نیست. افزون بر اینکه طبق دیدگاه مختار، ظاهر روایت این است که غلام تخم مرغ را با پول امام علیه السلام خرید و در راه با آن قمار کرد. لذا از اساس وجهی برای ضمان نیست.

با توجه به مطالب ذکر شده، یکی از چالش‌های استنباط حکم از رفتار معصوم علیه السلام، احتمال ناسازگاری آن با مبانی اعتقادی از جمله عصمت و علم امام است که این مورد نیز اختصاص به استنباط حکم از رفتار امام ندارد، بلکه در استنباط حکم از قول و تقریر امام نیز وجود دارد. در روایت پیش گفته، برداشت‌های نادرست فقیهان از روایت سبب شد که آن را با عصمت و علم امام علیه السلام در تضاد بدانند و در نهایت طرد روایت را ترجیح دهند، در حالی که بنا بر دیدگاه مختار نگارنده، روایت منافاتی با علم و عصمت امام علیه السلام نداشت. با توجه به این مطلب، در تحلیل روایات باید این مطلب را مد نظر داشت که «شخصیت معصوم و مقام عصمت، یکی از قرائن مفسر فعل است که ۱- به

فعل معصوم زبان می‌بخشد، ۲- آن را از مظان تهمت خارج می‌کند، ۳- منطق استنباط را قوی‌تر می‌گرداند» (عالم‌زاده نوری، ۱۳۹۲: ۲۹۸). لذا باید گفت: «اصل در مورد فعل معصوم این است که فعل او حمل به صحت شود» (همان). شیوه حمل فعل معصوم بر صحت به این گونه است که «اگر فعل معصوم دارای احتمالات مختلف باشد، احتمال حسن، بلکه احسن‌الاحتمالات را باید در حق او روا دانست» (همان)؛ به گونه‌ای که اگر فعل را در فضایی آزاد بدون در نظر گرفتن مقام و جایگاه معصوم معنا کنیم، ممکن است انصرافات و تبادرات دیگری داشته باشد؛ اما وقتی توجه کنیم که این رفتار از معصوم سر زده است، در تفسیر آن باید احتیاط کرد. لذا در یک کلام می‌توان گفت که فعل معصوم قرینه‌ای برای فهم مقام اوست؛ مقام معصوم نیز قرینه‌ای برای فهم فعل اوست.

۲-۲-۴. مقام اثبات و دلالت

دلالیت فعل بر حکم شرعی در دو مقام قابل بحث است: الف) اصل دلالت و بیان بودن فعل، ب) وجه دلالت فعل. در ادامه به بررسی هر یک از این وجوه می‌پردازیم.

الف) اصل دلالت و بیان بودن فعل

با توجه به الگو بودن معصوم و معرفی فعل ایشان به عنوان یک منبع مستقل در کنار قول و تقریر، بحث فراوانی در مورد اصل دلالت و بیان بودن فعل وجود ندارد. اما در اینکه فعل باید به همراه قول یا قرینه‌های دیگر باشد تا دلالتش مشخص باشد یا اینکه دلالتش مستقل و بدون نیاز به قرینه است، فقها به دلالت مستقل افعال معصوم قائل می‌باشند. نمونه آن شواهدی است که از افعال معصومان آورده و بر آن اثر فقهی بار کرده‌اند؛ چنان که در مورد اینکه پیامبر زره خود را نزد یهودی به رهن گذاشت، حکم به جواز رهن در سفر و حضر می‌کنند (نجفی، ۱۴۰۴: ۹۹/۲۵) یا در مورد دیگر، در باب سؤال از جواز خرید و فروش عاج فیل، به عمل یکی از معصومان (امام موسی کاظم علیه السلام) مبنی بر اینکه ایشان با شانه ساخته شده از عاج شانه می‌کردند، استناد شده است (اصفهانی، ۱۴۱۳: ۱۶۲/۲۰) که نشان از دلالت مستقل فعل نزد ایشان است.

ب) وجه دلالت فعل معصوم

در وجه دلالت فعل معصوم در خصوص روایت مذکور، فقها در دو موضع متفاوت به بحث پرداخته‌اند:

۱. اینکه اگر مال حرامی خورده شود، آیا مادامی که در معده هست، قی کردن آن واجب است یا خیر؟ از عبارات صاحب جواهر چنین برمی‌آید که فعل صادر از معصوم را اعم از وجوب، ندب و جواز می‌دانند و مبنای ایشان در وجه دلالت فعل این است که فعل ذاتش اباحه بالمعنی العام است، نه فراتر از آن؛ از این رو با وجوب و استحباب هم جمع می‌شود؛ اما از فعل استحباب و وجوب استفاده نمی‌شود و استفاده چنین امری، مستلزم وجود قرینه و دلیل متقن است. لذا در نهایت ایشان چنین نتیجه می‌گیرد که فعل امام علیه السلام نه از باب وجوب، بلکه از باب مبالغه در حرمت مال به دست آمده از قمار است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۱۰/۲۲)؛ چرا که روایت حاکی از فعل است و فعل معصوم وجهش مشخص نیست، لذا وجوب تأسی در مثل این مورد ثابت نیست و نهایت اینکه بر رجحان این عمل دلالت دارد و رسیدن آن تا حد وجوب واضح نیست (موسوی قزوینی، ۱۴۲۴: ۳۴۸/۲).

در مقابل این قول، برخی از فقها فعل امام علیه السلام را دال بر استحباب قی کردن مال حرام می‌دانند (نراقی، ۱۴۱۵: ۲۸۶/۴) و عده‌ای دیگر، دال بر وجوب این عمل می‌دانند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۴۴/۵).

به نظر می‌رسد بهترین پاسخ در وجه دلالت فعل امام کاظم علیه السلام با توجه به اینکه قرینه‌ای بر وجوب این عمل وجود ندارد، این است که عمل امام علیه السلام عمل استحبابی دانسته شود.

توضیح اینکه وقتی عملی از معصوم علیه السلام سر می‌زند و ما وجه آن را نمی‌دانیم، مستحب است که آن عمل را انجام دهیم. در تأیید این قول دو دلیل می‌توان برشمرد: الف) استحباب احتیاط در دوران بین وجوب و غیر وجوب،^۱ (ب) حسن اقتدا و تأسی به معصوم که مفید رجحانی است که مشترک بین وجوب و استحباب است (میرزای

۱. علت عدم وجوب احتیاط در اینجا، اصالت براءت است.

قمی، ۱۴۳۰: ۵۵۳/۲). با توجه به اینکه فعل معصوم بدون قرینه و بیانی از سوی خود ایشان حمل بر وجوب نمی‌شود، چون ممکن نیست تا شهادت ایشان صفت و چگونگی وجوب بر اصحابش مجهول بماند و در نتیجه زمینه اختلاف و نزاع را فراهم آورد، افزون بر اینکه پنهان ماندن وصف وجوب عمل با توجه به منصب ایشان که وجوب بیان شریعت است، سازگاری ندارد (زلمی، ۱۳۸۷: ۲۷۷)، لذا حمل بر وجوب منتفی است. البته بنا بر دلیل اول می‌توان گفت آنچه باعث استحباب انجام عمل شده، خود احتیاط است؛ بدین معنا که مستحب است احتیاطاً آن فعل انجام شود. این چیزی است که در ادبیات فقهای معاصر به «احتیاط مستحب» معروف است (علی‌اکبریان، ۱۳۹۵: ۱۳۱).

اما در پاسخ این اشکال که گفته شده فعل امام بر اباحه بالمعنی الاعم دلالت می‌کند که با وجوب، استحباب و اباحه سازگار است، اما اینکه کدام یک از این سه است قرینه می‌خواهد، نظری اختلافی بین اصولیان است؛ چرا که امتثال به مباح مطلوب نیست تا بتوان فاعل آن را فرمانبردار و ممتثل امر نامید (اشقر، ۱۴۲۴: ۱۸۱/۱). ضمن اینکه اگر معتقد باشیم برای وجوب و استحباب نیاز به قرینه است، مباح نیز بی‌نیاز از قرائن نیست که مورد آن در کتاب و سنت موجود است.^۱ لذا علاوه بر اینکه برخی از اصولیان صدق عنوان حکم بر اباحه را منکرند (طباطبایی حکیم، ۱۴۲۳: ۵۳)، باید گفت «آنچه از معصوم به عنوان پیشوای امت سر می‌زند، نمی‌تواند بر اباحه حمل شود؛ چرا که پیش از تشریح نیز اباحه وجود داشته است» (زلمی، ۱۳۸۷: ۲۷۷). در ثانی با توجه به اینکه اکثر افعال معصومان واجب یا مستحب است، لذا قول به اباحه مرجوح است (اردستانی، ۱۳۹۳: ۱۶)؛ چرا که مناسب شأن معصوم این است که از ارتکاب اعمال غیر راجح دوری کند. بلکه حتی از صالحان نقل شده بعد از اینکه به درجات بالا در ورع و پرهیزگاری می‌رسند، عملی غیر از واجب و مستحب را اصلاً مرتکب نمی‌شوند؛ در حالی که معصوم در این امر، یعنی نپرداختن به کار غیر مستحب و غیر واجب، نسبت به سایر افراد اولویت دارد (حائری اصفهانی، ۱۴۰۴: ۳۱۳). افزون بر اینکه دلیل قول به اباحه، اصل برائت است، اما اصالت برائت وقتی جاری است که اماره‌ای بر حکم وجود

۱. برای نمونه از کتاب: «مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لَيْنٍ أَوْ تَرَكْتُمْوهَا فَاثِمَةٌ عَلَىٰ أَوْلِيَّهَا فَإِذْنُ اللَّهِ وَلِيُخْرِجَ الْفَاسِقِينَ» (حشر / ۵)، و از سنت: «استأذنت ربِّي أن أזור قبر أُمِّي فأذن لي، واستأذنته في الدعاء لها بالمغفرة فلم يأذن لي» (همان: ۱۸۱).

نداشته باشد؛ در حالی که گفتیم اماره بر استحباب وجود دارد و در جایی که اماره هست، اصل برائت جاری نمی‌شود. البته این بیان بر مبنای دلیل دوم نظریه استحباب که از سنخ اماره می‌باشد، صحیح است؛ چرا که بر مبنای دلیل اول، حسن احتیاط با برائت منافاتی ندارد و هر دو جاری خواهند شد. در کل ایرادی که بر نظریه اباحه و اصل برائت جاری است این است که این دیدگاه نظریه کاملی نیست و همچنان پس از نفی وجوب باید ادله استحباب را بیاورد (علی‌اکبریان، ۱۳۹۵: ۱۰).

۲. حکم رهن مجعول میان متلاعبین در بازی با غیر آلات قمار: به عنوان مقدمه لازم به ذکر است که افعال معصومان عَلَيْهِمُ السَّلَام بر مبنای عصمت ایشان یکی از منابع تشریح است که از آن حکم تکلیفی به دست می‌آید. اما در اینکه بر حکم وضعی^۱ نیز دلالت دارد یا خیر، در این زمینه اقوالی مطرح است؛ برخی معتقدند که از قاعده تأسی، وجوب تأسی از جمیع افعال پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ حتی در معاملات برداشت شود و واجب آید که دقیقاً به همان صورتی معامله انجام شود که ایشان انجام داده‌اند و غیر آن جایز نباشد، صرف ادعاست و تأکید می‌کنند که ما از عموم وجوب تأسی به گونه‌ای که شامل معاملات نیز شود، منع می‌کنیم (مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۲۲۱).

در مقابل این دیدگاه برخی معتقدند که از افعال نبی صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ حکم وضعی نیز استفاده می‌شود؛ مثلاً در مورد اینکه آیا لازم است صیغه عقود به زبان عربی خوانده شود یا خیر؛ مراغی معتقد است اینکه گفته شود تأسی از پیامبر در اجرای صیغه لازم نیست، چون این امور از امور عرفی و عادی هستند، صحیح به نظر نمی‌رسد؛ چرا که در هنگام شک در اینکه فعل از کدام شأن پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ نشئت گرفته، حمل بر شأن تشریحی ایشان می‌شود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۱۴۶/۲).

۱. «حکم وضعی معمولاً به وسیله مقابله با حکم تکلیفی معرفی می‌شود و تعریف مستقلی از آن ارائه نمی‌شود. لذا در تعریف آن گفته شده: حکم وضعی عبارت است از هر حکم شرعی که تکلیفی نباشد. به قرینه تقابل باید گفت حکم وضعی مستقیماً به فعل تعلق نمی‌گیرد و تعیین وضعیت فعل او را بر عهده ندارد، بلکه به امور دیگری می‌پردازد که به نحوی در آن تکالیف دخالت دارد؛ مثل صحت، فساد، زوجیت، ملکیت که هیچ کدام به فعل مکلف تعلق ندارند، اما به نحوی با آن مرتبط می‌شوند» (عسکری، ۱۳۹۴: ۳۰-۳۱). مثلاً در بحث مورد نظر، اگر معصوم عقد بیع را به صیغه عربی انشاء کرده است، آیا می‌توان گفت که شرط صحت عقد بیع، اجرای صیغه آن به زبان عربی است؟

به رغم این اختلاف نظرات، به کتب فقهی که مراجعه می‌کنیم، در عمل به مباحثی برمی‌خوریم که فقیهان فارغ از هر گونه اختلاف نظر و ابهامی، به برداشت حکم وضعی از فعل معصوم مبادرت ورزیده‌اند که موارد آن کم نیست؛ برای نمونه در بحث اینکه پیامبر صلی الله علیه و آله زره خود را نزد یهودی به رهن گذاشتند با اینکه در مدینه بودند، فقها متفق القول حکم به صحت رهن در حضر می‌کنند، بر خلاف ظاهر آیه قرآن که رهن را مخصوص سفر قرار داده است. اما در مورد روایت مورد بحث، اقوال فقها مختلف است؛ برخی فعل امام را دال بر حرمت وضعی^۱ رهن مجعول میان طرفین بازی می‌دانند؛ چه بازی با آلات معد قمار باشد یا غیر آن (طباطبایی قمی، ۱۴۲۵: ۲۵۰).^۲

برخی از فقیهان در بحث حرمت تکلیفی بازی با آلات قمار به همراه گروه‌بندی، با استناد به روایت پیش گفته، بازی با تخم مرغ را نیز از آلات قمار محسوب کرده و حکم به حرمت آن داده‌اند (موسوی قزوینی، ۱۴۲۴: ۳۴۶/۲).

توضیح اینکه در مورد حرمت بازی با آلات قمار، مبنای فقیهان بر این نیست که فقط ابزارهای خاصی را آلت قمار محسوب کرده و صرف بازی با همان ابزار را حرام اعلام کنند، بلکه ایشان هر وسیله‌ای را که به عنوان آلت قمار به کار گرفته شود و در آن شرط برد و باخت مطرح باشد، چه معد برای قمار باشد و چه نباشد، حرام معرفی کرده‌اند. تخم مرغ هم در روایت مذکور با اینکه استفاده حلال دارد، اما به جهت اینکه ابزاری برای قمار قرار گرفته و برد و باخت و رهان در آن مطرح است، شرایط قمار حرام را دارد.

البته دلیل اصلی این حکم، اجماع معرفی شده و استناد به روایت مذکور در مرتبه بعد از اجماع و به عنوان دلیلی تکمیلی است که این نقد بر ایشان وارد است که با وجود روایت، اجماع فاقد اعتبار است.

۱. منظور از حرمت وضعی، باطل و فاسد بودن عوضی است که بر آن توافق صورت گرفته است. لذا عوض تعیین شده به ملکیت طرف مقابل در نمی‌آید.

۲. البته موقعیت فعل امام صلی الله علیه و آله در بحث مزبور به عنوان یک منبع امضایی و تکمیلی است؛ چرا که برای اثبات حرمت وضعی آن ابتدا به آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (نساء / ۲۹) استناد شده و در توضیح آن آمده است که حلیت تملک مال غیر، متوقف بر تجارت عن تراض است و قمار، بیع و تجارت نیست و برخی از روایات را دلیل یا مؤید این مطلب می‌دانند که یکی از آنها اقدام امام صلی الله علیه و آله بر قی کردن مال به دست آمده از حرام است.

نتیجه‌گیری

مطابق دستاورد پژوهش حاضر و با مطالعه موردی روایت حاکی از عکس‌العمل امام کاظم علیه‌السلام در مورد مال به دست آمده از قمار (به عنوان نمونه‌ای از روایت حاکی از فعل معصوم)، این نتیجه حاصل شد که در بررسی صحت احادیث، باید مجموعه‌ای از قرائن و شواهد را در نظر گرفت که بررسی محتوا و سند نیز از جمله این قرائن خواهد بود. لذا بسندگی به یکی از آن‌ها صحیح به نظر نمی‌رسد و برای حکم نهایی به صحت یا عدم صحت روایت، برابند مجموع قرائن ملاک است. در مورد مطالعه موردی روایت عبدالحمید بن سعید، با نقد احتمالات مطرح در مورد فعل امام علیه‌السلام، این نتیجه حاصل شد که امام علیه‌السلام جهت ردع و نهی غلام به خاطر قمار، اقدام به قی کردن مال کردند، با اینکه می‌توانستند به نهی قولی اکتفا نمایند؛ چرا که نهی فعلی و رفتاری به نسبت نهی قولی، شدیدترین نوع انکار و ردع بوده و تأثیر بیشتری را در مخاطب برمی‌انگیزاند. لذا طبق دیدگاه مختار، روایت مزبور منافاتی با مبانی اعتقادی از جمله عصمت و علم امام، آن طور که برخی از فقیهان متعرض آن شده‌اند، ندارد. همچنین از رهگذر بررسی روایت مزبور، این نتیجه نیز حاصل شد که در وجه دلالت فعل معصوم، بر خلاف نظر مشهور که قائل به این هستند که فعل دال بر اباحه به معنای اعم است، نگارنده با دو دلیل، قول به استحباب را برگزید: ۱. استحباب احتیاط در دوران بین وجوب و غیر وجوب، ۲. حسن اقتدا و تأسی به معصوم که مفید رجحانی است که مشترک بین وجوب و استحباب است؛ و با نفی قول به وجوب، قول به استحباب را ثابت دانست.

کتاب‌شناسی

۱. ادریس، عوض احمد، *الوجیز فی اصول الفقه*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۶ ق.
۲. اردستانی، فاطمه و عابدین مؤمنی، «سنت فعلی پیامبر ﷺ و جایگاه آن در استنباط حکم از دیدگاه فریقین»، *مطالعات اسلامی: فقه و اصول*، سال چهل و ششم، شماره ۹۷، ۱۳۹۳ ش.
۳. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *احکام الخلل فی الصلاة*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۳ ق.
۴. همو، *المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۵. همو، *کتاب الصلاة*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۶. بحرانی، سیدهاشم بن سلیمان، *حلیة الابرار فی احوال محمد و آله الاطهار*، قم، ۱۴۱۱ ق.
۷. تبریزی، جواد بن علی، *ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب*، چاپ سوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۶ ق.
۸. جناتی، محمد ابراهیم، *منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی*، بی‌جا، بی‌تا.
۹. حائری اصفهانی، محمدحسین بن عبدالرحیم، *الفصول الغروریة فی الاصول الفقهیة*، قم، دار احیاء العلوم الاسلامیه، ۱۴۰۴ ق.
۱۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، قم، آل‌البتیة، ۱۴۰۹ ق.
۱۱. حسینی تفرشی، سیدمصطفی بن حسین، *نقد الرجال*، قم، آل‌البتیة، ۱۴۱۸ ق.
۱۲. رشاد، علی‌اکبر، *منطق فهم دین*، قم، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۹ ش.
۱۳. زلمی، مصطفی ابراهیم، *خاصگاه‌های اختلاف در فقه مذاهب*، ترجمه حسین صابری، چاپ دوم، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی، ۱۳۸۷ ش.
۱۴. سروی مازندرانی، محمد صالح بن احمد بن شمس‌الدین، *شرح الکافی*، تهران، المكتبة الاسلامیه، ۱۳۸۲ ش.
۱۵. سمون، مرتضی، «قلمرو شریعت و حجیت فعل معصوم»، *آینه معرفت*، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۸، تابستان ۱۳۸۵ ش.
۱۶. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، *هدایة الطالب الی اسرار المکاسب*، تبریز، اطلاعات، ۱۳۷۵ ق.
۱۷. طباطبایی بروجردی، سیدحسین، *جامع احادیث الشیعه*، تهران، فرهنگ سبز، ۱۳۸۶ ش.
۱۸. طباطبایی حکیم، سیدمحمدتقی، *الاصول العامة فی الفقه المقارن*، قم، مجمع جهانی اهل بیت، ۱۴۱۸ ق.
۱۹. طباطبایی قمی، سیدتقی، *هدایة الاعلام الی مدارک شرائع الاحکام*، قم، محلاتی، ۱۴۲۵ ق.
۲۰. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *رجال الشیخ الطوسی*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۷ ق.
۲۱. عالم‌زاده نوری، محمد، *استنباط حکم اخلاقی از سیره و عمل معصوم*، چاپ دوم، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۲ ش.
۲۲. عسکری، رضا، «ماهیت حکم وضعی و تفاوت آن با حکم تکلیفی از منظر اصولیون شیعه»، *مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش‌های تخصصی فقه*، شماره ۴، ۱۳۹۴ ش.
۲۳. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *منتهی المطلب فی تحقیق المذهب*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۲ ق.
۲۴. علی‌اکبریان، حسنعلی، «حجیت و دلالت فعل معصوم در آراء وحید بهبهانی»، *مطالعات فقه معاصر*، شماره ۲، ۱۳۹۵ ش.

۲۵. کرمانشاهی، سیدمحمدعلی بن وحید بهبهانی، *مقام الفضل*، قم، مؤسسه علامه مجدّد وحید بهبهانی، ۱۴۲۱ ق.
۲۶. لاری، سیدعبدالحسین، *التعلیقة علی المکاسب*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۸ ق.
۲۷. مجاهد طباطبایی حائری، سیدمحمد بن علی، *المناهل*، قم، آل البيت علیهم السلام، بی تا.
۲۸. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، *بحار الانوار*، چاپ دوم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ ق.
۲۹. مردانی، مهدی، *نظریه توسعه کارکرد فعل معصوم*، قم، دانشگاه علوم قرآن حدیث، ۱۳۹۵ ش.
۳۰. مشکینی اردبیلی، علی، *اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها*، چاپ ششم، قم، الهادی، ۱۳۷۴ ش.
۳۱. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، چاپ پنجم، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۵ ش.
۳۲. مکارم شیرازی، ناصر، *دائرة المعارف فقه مقارن*، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیهم السلام، ۱۴۲۷ ق.
۳۳. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهة (المکاسب)*، بی جا، بی تا.
۳۴. همو، معجم رجال الحدیث و تفصیل طبقات الرجال، بی جا، بی تا.
۳۵. موسوی قزوینی، سیدعلی، *ینایع الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۴ ق.
۳۶. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، *القواتین المحکمة فی الاصول*، طبع جدید، قم، دار احیاء الکتب الاسلامیه، ۱۴۳۰ ق.
۳۷. همو، *قوانین الاصول*، طبع قدیم، چاپ دوم، تهران، مکتبه العلمیه الاسلامیه، ۱۳۷۸ ق.
۳۸. نجاشی، ابوالحسن احمد بن علی، *رجال النجاشی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۳۹. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۴۰. نجفی کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، *انوار الفقاهه*، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق.
۴۱. نجفی کاشف الغطاء، مهدی، *احکام المتاجر المحرمه*، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ ق.
۴۲. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۵ ق.
۴۳. نوری طبرسی، میرزا حسین بن محمدتقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۸ ق.
۴۴. وکیل، محمدحسن، «علم غیب امام (تکمیل نظریه اعتدالی و پاسخ به شبهات)»، ۱۴۳۸ ق.، قابل دستیابی در وبگاه عرفان و حکمت.

بررسی نظریه مشهور در شهادت بر شهادت*

□ سیدجعفر علوی^۱

□ غلامحیدر رضوانی^۲

چکیده

شاهد یا خود مستقیم گواه واقعه بوده و بر آن شهادت می‌دهد و یا به واسطه شاهد واقعه از آن رخداد اطلاع یافته و بر شهادت او گواهی می‌دهد. کسی که خودش گواه واقعه بوده است و بر آن شهادت می‌دهد، شهادتش شهادت اصل و خود وی شاهد اصل و کسی که بر شهادت او نزد حاکم شهادت می‌دهد، شهادتش شهادت فرع و خود او شاهد فرع نامیده می‌شود. از آنجا که حضور شاهد اصلی در بسیاری از موارد متعذر می‌گردد، تبیین و تنقیح این بحث ضروری است. بسیاری از فقیهان، شهادت بر شهادت را با رعایت هفت شرط به عنوان دلیل اثبات دعوی پذیرفته‌اند که به اشتراط برخی تصریح کرده و برخی را در ضمن عباراتشان بیان کرده‌اند. اما از نگاه این تحقیق، دلیل قانع کننده‌ای برای اشتراط شرط اول، دوم، پنجم، ششم و هفتم، از سوی فقها ارائه نشده است؛ از

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۰/۱۸ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۴/۱۲.

۱. استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی (alavi.s.j@googlemail.com).

۲. دانشجوی دکتری فقه جزایی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (rezvani_76@yahoo.com).

این رو این شروط قابل نقد است و غیر لازم به نظر می‌رسد. همچنین ادله مشهور در رابطه با اثبات عدم مقبولیت شهادت بر شهادتِ شهود فرع که اصطلاحاً به آن شهادت ثالثه می‌گویند نیز نارسا و قاصر است و اعتبار شهادت سوم قابل دفاع می‌باشد.

واژگان کلیدی: شهادت، شهادت بر شهادت، نیابت در شهادت، شاهد اصل، شاهد فرع.

مقدمه

اساسی‌ترین خواسته جامعه از دستگاه اجرای عدالت، صدور حکم عادلانه و احقاق حق است؛ همان گونه که مهم‌ترین دغدغه قضات و حقوق‌دانان، کشف حقیقت و مبنا قرار دادن حقیقت در صدور حکم است. بدیهی است برای کشف حقیقت نمی‌توان به هر دلیل و وسیله‌ای متوسل شد و به مشروعیت و عدم مشروعیت آن توجه نکرد؛ بلکه پیمودن طریق مشروع و قانونی، بخشی مهم از اجرای عدالت می‌باشد. در میان ادله اثبات دعاوی، شهادت یکی از مهم‌ترین و متقن‌ترین ادله شرعی برای اثبات دعاوی است که هم در حقوق کیفری کاربرد دارد و هم در حقوق مدنی. به این مسئله در فقه و حقوق اسلامی تأکید فراوان شده است تا جایی که نسبت به ادای شهادت، ترغیب و از کتمان آن، نکوهش شده است. بر همین اساس، شهادت در فقه اسلامی نوعی تکلیف و ترک آن گناه و معصیت به حساب آمده است (کلینی، ۱۴۰۸: ۲/۲۸۷).

مباحث مفصل فقهی در رابطه با صفات شاهد و شرایط شهادت و اینکه شهادت هر کسی را و هر شهادتی را نمی‌توان مبنای صدور حکم قرار داد، نیز گویای اهمیت شهادت است.

در پاره‌ای از موارد ممکن است حضور شاهد اصلی به خاطر موانع احتمالی میسر نباشد. اگر در این فرض از شهادت شاهد صرف نظر کنیم، حقوق زیادی تضییع می‌گردد و عدالت در برخی از امور راه نخواهد یافت. با توجه به این ضرورت، در صورت تعذر حضور شاهد اصلی، برای حفظ و پاسداشت حقوق افراد جامعه، بررسی جایگاه شهادت بر شهادت در شریعت و حقوق اسلامی ضروری به نظر می‌رسد. مبحث شهادت بر شهادت دارای فروعات و مسائل زیادی است که پرداختن به همه

آن‌ها از رسالت و حوصله این نوشته خارج می‌باشد. در این مقاله تلاش شده است تا نظر مشهور فقهای امامیه در رابطه با اصلی‌ترین مباحث شهادت بر شهادت و نیز شهادت سوم - که فرعی از شهادت بر شهادت محسوب می‌شود - مورد بررسی و نقد قرار گیرد و جهت تنقیح بیشتر، به مهم‌ترین آرای فقهای دیگر مذاهب و مواد قانونی نیز اشاره شود.

تعریف شهادت بر شهادت

بیشتر فقها از تعریف شهادت بر شهادت - که به آن شهادت فرع نیز گفته می‌شود - چشم پوشیده و به موارد کاربرد، شرایط و دیگر زوایای آن بسنده کرده‌اند. در این میان، محمدجواد مغنیه در عبارتی مختصر، شهادت بر شهادت را این‌گونه تعریف کرده است:

«شهادت بر شهادت عبارت است از شهادت دادن دو عادل در نزد حاکم به اینکه فلانی در حضور ما به فلان امر شهادت داد» (مغنیه، ۱۴۲۱: ۱۵۳/۵).

جعفری لنگرودی آورده است:

«[شاهد فرع] شاهدی را گویند که شخصاً واقف به مورد شهادت نگردیده باشد، بلکه شهادت بر شهادتِ شاهد اصل دهد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۲۳۶/۳).

شهادت بر شهادت یا نیابت (وکالت) در شهادت

در رابطه با شهادت با واسطه در میان فقهای اسلامی دو رویکرد به چشم می‌خورد. فقهای امامیه این مبحث را تحت عنوان شهادت بر شهادت مطرح و بررسی کرده‌اند. فقهای اهل سنت با آنکه عنوان بحث را شهادت بر شهادت قرار داده‌اند، از نیابت در شهادت سخن گفته‌اند. روشن است که «شهادت» و «نیابت» دو گزاره فقهی و حقوقی است که هر کدام بار معنایی متفاوت و آثار و احکامی جداگانه دارد.

چنانچه شاهد یا شاهدان فرعی را شاهد بر شهادت شاهد اصل دانستیم، همان‌گونه که در روایات و لسان فقهای اسلامی تعبیر «الشهادة علی الشهادة» به کار رفته است، باید تعدد را در شهود فرع اعتبار کنیم؛ چون شهود فرع، بر شهادت شهود اصل که خود

از موضوعات خارجی است، شهادت می‌دهند و موضوعات خارجی که حکم شرعی بر آنها مترتب می‌گردد، با شهادت کمتر از دو شاهد اثبات نمی‌گردد. از آنجا که در شهادت تعدد شرط است و در نیابت تعدد شرط نمی‌باشد، فقهای امامیه نیابت در شهادت را پذیرفته و آن را مجاز ندانسته‌اند.

علامه حلی می‌فرماید:

«وکیل گرفتن در شهادت جایز نیست، مگر اینکه در قالب شهادت بر شهادت باشد»
(۱۴۱۳: ۳۵۵/۲).

سیدکاظم طباطبایی یزدی می‌فرماید:

«ظاهراً نیابت در شهادت جایز نیست؛ چون ادله پذیرفتن شهادت شامل نیابت در شهادت نمی‌شود. آنچه پذیرفته شده است شهادت بر شهادت است که غیر از نیابت در شهادت می‌باشد» (بی‌تا: ۱۳۳/۲).

اگر مبنای شهادت بر شهادت را نیابت و واسطه‌گری در شهادت بدانیم، همان گونه که از سخنان فقهای مذاهب اربعه پیداست که گفته‌اند: «شاهدان فرع به نیابت از شاهدان اصل شهادت می‌دهند و در واقع شهادت شاهدان فرع، همان شهادت شاهدان اصل است» (کاسانی حنفی، بی‌تا: ۴۲۶/۶)، آنگاه بحث تعدد در شهود مطرح می‌شود.

در نیابت در شهادت برخی تعدد را شرط دانسته و برخی مانند مالک، آن را شرط ندانسته‌اند. بر اساس دیدگاه نیابت، نظریه مالک در شرط ندانستن تعدد در شهود فرع، (سرخسی حنفی، بی‌تا: ۱۲۰/۸) دقیق‌تر و استوارتر به نظر می‌رسد؛ زیرا همان گونه که در تعریف وکالت آمده است، «نیابت آن است که انسان دیگری را در یک رفتار مجاز و معلوم به جای خودش نایب قرار دهد» (جزیری، بی‌تا: ۱۲۴/۳)، در وکالت و نیابت تعدد شرط نیست. یک نفر می‌تواند نایب دیگری شود؛ بلکه بالاتر از این می‌توان ادعا کرد که نیابت و وکالت به خاطر ظهور عرفی و غلبه خارجی، فردیت و یک نفر بودن نایب و وکیل را به ذهن متبادر می‌سازد. از سوی دیگر در نیابت و وکالت، عدالت نیز شرط نمی‌باشد. بر این اساس، مسئله مورد بحث به نحوی از مبحث شهادت بر شهادت خارج گردیده، با عنوان نیابت در شهادت تناسب پیدا می‌کند.

مراتب تحمل شهادت بر شهادت

فقها برای تحمل شهادت بر شهادت مراتبی را ذکر کرده‌اند:

۱. مرتبه اول استرعاء است. ریشه لغوی این واژه «رعی» است و اهل لغت آن را حفظ و مراقبت معنا کرده‌اند (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۴۰۹/۲). استرعاء در اصطلاح آن است که شاهد اصل به شاهد فرع بگوید: شاهد باش بر اینکه من شهادت می‌دهم به... (ابن ادربس حلی، ۱۴۱۰: ۱۲۹/۲). استرعاء کامل‌ترین مرتبه شهادت بر شهادت است (علامه حلی، ۱۴۱۰: ۱۶۴/۲).

۲. مرتبه دوم این است که شاهد فرع به صورت قطعی بشنود که شاهد اصل در نزد حاکم به فلان امر شهادت داد.

۳. مرتبه سوم شهادت بر شهادت این است که شاهد فرع بشنود که شاهد اصل می‌گوید: من به فلان امر شهادت می‌دهم. از آنجا که در غیر مجالس دادرسی، گفت‌وگوها با تسامح و سهل‌انگاری همراه است، این احتمال وجود دارد که مرتبه سوم از بحث شهادت بر شهادت خارج گردد (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۵۰۴/۳).

فقهای حنفی در رابطه با تحمل شهادت بر شهادت، صرف شنیدن شهادت شاهد اصل را کافی نمی‌دانند؛ بلکه بر این باورند که شاهد اصل باید در قالب عباراتی خاص، شاهد فرع را بر شهادت خویش شاهد بگیرد؛ مثلاً بگوید: «أشهد علی شهادتی أنّی أشهد أنّ لفلان علی فلان كذا» یا اینکه بگوید: «أشهد أنّ لفلان علی فلان كذا، فأشهد علی شهادتی بذلك». می‌تواند عبارت طولانی‌تری را انتخاب نموده، بگوید: «أشهد أنّ لفلان علی فلان كذا. أشهدك علی شهادتی هذه وأمرك أن تشهد علی شهادتی هذه فأشهد» (کاسانی حنفی، بی‌تا: ۶۲۷/۶؛ الشیخ نظام، بی‌تا: ۴۴۷/۳). این عبارات مضمون واحدی را افاده می‌کنند که همان شاهد گرفتن شاهد اصل بر شهادت خویش است. این نظریه مرتبه دوم و سوم شهادت بر شهادت یعنی صرف شنیدن شهادت شاهد اصل را در محکمه یا جای دیگر، برای شهادت دادن شاهد فرع کافی نمی‌داند. در بدائع الصنائع برای این سخن این گونه استدلال کرده است:

«شاهد فرع به نیابت از شاهد اصل شهادت می‌دهد. از این رو شاهد اصل باید او را نایب گرفته باشد و این نایب گرفتن تنها با اشهد میسر است؛ به گونه‌ای که شاهد

اصل بگوید: «شَهِدَ عَلَيَّ شَهَادَتِي» چنانچه به جای «شَهِدَ عَلَيَّ شَهَادَتِي» تعبیر «بمثل ما شَهِدْتُ» یا «کَمَا شَهِدْتُ» را به کار برد، پذیرفته نیست؛ زیرا معنای نیابت در شهادت با گفتن «شَهِدَ عَلَيَّ شَهَادَتِي» تحقق می‌یابد» (کاسانی حنفی، بی‌تا: ۶/۶۲۷).

مستندات شرعی شهادت بر شهادت

شهادت بر شهادت به صورت کلی در فقه پذیرفته شده است. در کیفیت پذیرش و قلمرو کاربرد آن مباحثی وجود دارد که در ادامه مطرح می‌گردد.

۱. عمومات و اطلاعات ادله شهادت

عمومات و اطلاعاتی که بر شهادت شاهد اصل اعتبار و مشروعیت می‌بخشد، همانند «وَأَسْتَشْهَدُوا شَهِدِينَ مِنْ رِجَالِكُمْ» (بقره / ۲۸۲) و «وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ» (طلاق / ۲) صلاحیت تسری و تعمیم به شاهد فرع را نیز دارد؛ زیرا در این ادله قیدی وجود ندارد که این شهادت باید از نوع شهادت اصل باشد و شهادت بر شهادت پذیرفته نیست. اگر کسی ادعا کند که این ادله به شهادت شاهد اصل انصراف دارد و شهادت شاهد فرع از شعاع دلالت ادله شهادت به دور است، باید برای ادعای خود دلیل اقامه کند.

۲. روایات

محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام روایت کرده است که حضرت در مورد شهادت بر شهادت مردی که او خود در شهر حاضر است، پاسخ مثبت داده است؛ البته در صورتی که شهادت شاهد فرع در غیاب شاهد اصل باشد و شاهد اصل به خاطر علت و مانعی نتواند جهت اقامه شهادت حضور یابد.^۱

شیخ صدوق به صورت مرسل از امام صادق علیه السلام نقل کرده است:

«قَالَ الصَّادِقُ علیه السلام: إِذَا شَهِدَ رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ شَهَادَةً رَجُلٌ فَإِنَّ شَهَادَتَهُ تُقْبَلُ وَهِيَ نِصْفُ شَهَادَةٍ وَإِنْ شَهِدَ رَجُلَانِ عَدْلَانِ عَلَى رَجُلٍ فَقَدْ ثَبَتَ شَهَادَةُ رَجُلٍ وَاحِدٍ»

۱. «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ دُبْيَانَ بْنِ حَكِيمٍ عَنْ مُوسَى بْنِ أَكْبِيلٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ علیه السلام فِي الشَّهَادَةِ عَلَى شَهَادَةِ الرَّجُلِ وَهُوَ بِالْحَضْرَةِ فِي الْبَلَدِ، قَالَ: نَعَمْ وَلَوْ كَانَ خَلْفَ سَارِيَةٍ، يَجُوزُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يُقِيمَهَا هُوَ لِعَلَّةٍ تَمْنَعُهُ عَنْ أَنْ يَحْضُرَهُ وَيُقِيمَهَا فَلَا بَأْسَ بِإِقَامَةِ الشَّهَادَةِ عَلَى شَهَادَتِهِ» (حرر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷/۴۰۳).

(صدوق، ۱۴۱۳: ۶۹/۳)؛ امام صادق علیه السلام فرمود: هر گاه مردی بر شهادت مردی شهادت بدهد، شهادتش به عنوان نصف پذیرفته می‌شود. اگر دو مرد عادل بر شهادت مردی شهادت بدهند، شهادت یک مرد محسوب می‌گردد.

طلحة بن زید در روایتی که فقها آن را معتبره دانسته‌اند از امام صادق علیه السلام و ایشان از امام علی علیه السلام نقل کرده است که حضرت اجازه نمی‌داد که یک مرد به جای یک مرد شهادت دهد، مگر اینکه دو مرد به جای یک مرد شهادت می‌داد.^۱ روایت دیگری با همین مضمون و به همین درجه از اعتبار سندی از غیاث بن ابراهیم نیز روایت شده است.

صفوان بن یحیی در روایت صحیحی از امام کاظم علیه السلام روایت کرده است که از حضرت در مورد کسی سؤال کردم که اجیرش را بر شهادت خویش شاهد گرفته و سپس از او جدا شده بود، حضرت پاسخ مثبت داد و افزود که عبد نیز هر گاه آزاد شود، می‌تواند شاهد فرع قرار گیرد.^۲

به نظر می‌رسد در دلالت روایات فوق بر مشروعیت و مقبولیت شهادت بر شهادت تردیدی وجود ندارد. هر سه روایت شهادت بر شهادت را مسلم انگاشته، به تعیین حدود و شرایط آن پرداخته‌اند. اما در سند برخی از روایات تردید وجود دارد. روایت محمد بن مسلم که از طریق تهذیب (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۵۶/۶) و من لایحضر (صدوق، ۱۴۱۳: ۷۱/۳) نقل شده است، طریق تهذیب به خاطر ذبیان بن حکیم و طریق من لایحضر به خاطر علی بن احمد ضعف دارد (موسوی خویی، بی‌تا: ۱۷۷/۱). روایت طلحة بن زید و غیاث بن ابراهیم را برخی (همان: ۱۷۳/۱) معتبره و برخی (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰: ۵۷۰) موثقه دانسته‌اند. ضعف سندی و ارسال برخی از روایات، خدشه‌ای در استدلال به این روایات برای اثبات شهادت بر شهادت وارد نمی‌کند؛ زیرا با تجابر و تعاضد، مطلوب را به خوبی

۱. «وَبِإِسْنَادِهِ [الطوسی] عَنْ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ طَلْحَةَ بْنِ زَيْدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ [عَنْ أَبِيهِ] عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي تَالِبٍ أَنَّهُ كَانَ لَا يُجِيزُ شَهَادَةَ رَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ، إِلَّا شَهَادَةَ رَجُلَيْنِ عَلَى رَجُلٍ» (همان).

۲. «مَا رَوَاهُ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ علیه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ أَشْهَدَ أُجِيرَهُ عَلَى شَهَادَةٍ ثُمَّ فَارَقَهُ. أَتَجُوزُ شَهَادَتُهُ لَهُ بَعْدَ أَنْ يُفَارِقَهُ؟ قَالَ: نَعَمْ وَكَذَلِكَ الْعَبْدُ إِذَا أُغْتِقَ جَارَتْ شَهَادَتُهُ» (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۱/۲).

اثبات می‌کنند. همان گونه که صاحب جواهر دلالت مجموع نصوص را بر اثبات شهادت بر شهادت قطعی دانسته است (نجفی، بی‌تا: ۱۸۹/۴۱).

۳. اجماع

در اتفاقی بودن شهادت بر شهادت به عنوان دلیل اثبات دعوی، در میان فقهای امامیه تردیدی وجود ندارد. صاحب جواهر علاوه بر آنکه ادعای اجماع محصل دارد، اجماع منقول را نیز متواتر می‌داند.^۱ همچنین در میان فقهای اهل سنت نیز مخالفتی صورت نگرفته است. پس می‌توان اصل پذیرش شهادت بر شهادت را در میان فقهای اسلامی اتفاقی دانست. اختلاف نظری که وجود دارد، در رابطه با قلمرو شهادت بر شهادت است.

شرایط شهادت بر شهادت

شاهد فرع از نظر عرف و لغت شاهد است (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۵: ۳۴۵). از این رو فقها نوعاً به بیان شرایط عمومی شهادت در ابتدای مبحث شهادت بسنده نموده، از تکرار آن امتناع ورزیده‌اند. پس می‌توان گفت که تمامی شرایط عمومی شهادت از قبیل: بلوغ، عقل، ایمان، عدالت، طهارت مولد و انتفای تهمت (علامه حلّی، ۱۴۱۰: ۱۵۶/۲) که در شاهد اصل اعتبار شده است، در شاهد فرع نیز معتبر می‌باشد^۲ (موسوی خمینی، ۱۴۰۹: ۴۴۹/۲؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۱۱۴/۵). علاوه بر آن، برای شاهد فرع شرایط اختصاصی نیز بیان شده است. همچنین تبصره ۱ ماده ۱۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تصریح کرده است: «شاهد بر شهادت شاهد اصلی باید واجد شرایط مقرر برای شاهد اصلی باشد».

۱. تعذر حضور شاهد اصلی

شاهد اصلی توانایی حضور در مجلس قضاوت را نداشته باشد؛ مثلاً غایب باشد یا فوت کرده باشد یا اینکه مریض باشد (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۱۴/۶). در اینکه معیار غیبت

۱. «بل الإجماع بقسمیه علیه، بل لعل المحکمی منه علی ذلك متواترة» (نجفی، بی‌تا: ۱۸۹/۴۱).

۲. «يعتبر في الشهادة على الشهادة ما يعتبر في شهادة الأصل من العدد والأوصاف».

چیست، فقها نظرات مختلفی را ارائه نموده‌اند. برخی معیار غیبت را مساحت سه روز و معیار مریضی را عدم قدرت حضور در مجلس محاکمه دانسته‌اند (زحیلی، بی‌تا: ۴۹۴/۶). برخی دیگر از مساحتی که در آن نماز قصر می‌شود، سخن گفته‌اند. اما مشهور فقهای اسلامی مشقت و صعوبت حضور شاهد اصل را معیار پذیرش شهادت شهود فرع دانسته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۳۳/۸). این شرط میان فقها مشهور است (نجفی، بی‌تا: ۱۹۹/۴۱) و برخی آن را اجماعی دانسته‌اند (طوسی، ۱۴۰۷: ۶۳۱۴). این شرط را می‌توان از روایت محمد بن مسلم که در گذشته اشاره شد، به دست آورد.

قوانین ایران به تبعیت از نظر مشهور فقها، تعذر حضور شاهد اصلی را شرط دانسته است. در ماده ۱۳۲۰ قانون مدنی آمده است:

«شهادت بر شهادت در صورتی مسموع است که شاهد اصل وفات یافته یا به واسطه مانع دیگری مثل بیماری و سفر و حبس و غیره نتواند حاضر شود».

چنانچه از تعبیر «نتواند حاضر شود» به دست می‌آید، مقصود بیماری، سفر و حبسی است که توان حاضر شدن در محکمه و ادای شهادت را از شاهد گرفته باشد. ماده ۱۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز این مضمون را تأکید کرده و آورده است:

«شهادت بر شهادت شرعی در صورتی معتبر است که شاهد اصلی فوت نموده و یا به علت غیبت، بیماری و امثال آن، حضور وی متعذر باشد».

در ماده ۲۳۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۹ نیز آمده است:

«در کلیه دعاوی که جنبه حق‌الناسی دارد، اعم از امور جزائی یا مدنی (مالی و غیر آن) به شرح ماده فوق هر گاه به علت غیبت یا بیماری، سفر، حبس و امثال آن، حضور گواه اصلی متعذر یا متعسر باشد، گواهی بر شهادت گواه اصلی مسموع خواهد بود».

این ماده همان گونه که تصریح کرده است، امور مدنی و جزایی را شامل می‌شود.

نقد شرط اول

پشتوانه این شرط، روایت محمد بن مسلم است و این روایت ضعف سندی دارد که

به آن اشاره شد. با توجه به ضعف این روایت و مخالفت برخی از فقهای قدیم و جدید، اجماع مدرکی و غیر قابل اعتنا به نظر می‌رسد و توان مقابله با اطلاق ادله اعتبار شاهد فرع را ندارد. از این رو برخی از فقها برای قبول شهادت شاهد فرع، تعذر حضور شاهد اصل را شرط ندانسته‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۳۶۶/۱۰؛ نجفی، بی‌تا: ۱۹۹/۴۱). پس از اثبات مقبولیت شهادت بر شهادت، اختصاص آن به موارد و حالات خاص، نیازمند دلیل متقن و روشن است.

۲. باقی ماندن شاهد اصلی بر اوصاف لازم

مراد این است که هنگام شهادت دادن شهود فرع در محکمه، حال شاهد اصلی از اسلام به کفر یا از عدل به فسق تغییر نکرده باشد. مبنای اشتراط این شرط آن است که اگر در حال شهادت شهود فرع، شهود اصلی فاسق شده باشند، حکم بر اساس شهادت فاسق صادر شده است و باطل خواهد بود (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۸۲/۱۴). از سوی دیگر، ظهور فسق و کفر شاهد اصل، عدالت گذشته او را نیز مورد تردید قرار می‌دهد؛ زیرا فسق و کفر معمولاً دفعی و آنی به وجود نمی‌آید (همان).

نقد شرط دوم

برخی در این سخن خدشه کرده و گفته‌اند: معیار صحت شهادت، داشتن عدالت در هنگام ادای شهادت است، نه هنگام صدور حکم. از این رو اگر شهود اصلی در وقت ادای شهادت در نزد شهود فرع عادل بوده‌اند، فسق آن‌ها در وقت شهادت دادن شهود فرع، مورد توجه و اعتنا قرار نمی‌گیرد؛ زیرا فرض بر این است که شهود فرع آنچه را که از انسان عادل شنیده‌اند، بدان شهادت می‌دهند و مورد تردید قرار دادن عدالت شاهد اصل، خارج از محل کلام و مصادره به مطلوب است (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۵: ۳۶۸). مبنای مقبولیت شهادت شاهد فرع، شهادت بر شهادت است، نه نیابت در شهادت، و شاهد فرع آنچه را که از انسان عادل دریافت کرده است، در محکمه عرضه می‌کند و فسق بعدی شاهد اصل، دخالتی در شهادت شاهد فرع ندارد. اگر مبنای شهادت بر شهادت نیابت باشد، شاهد فرع در زمان حضور در محکمه، از هویت و جایگاه مستقل برخوردار نمی‌باشد، بلکه به نیابت از انسانی که در حین ادای شهادت

فاسق است، شهادت را ادا می‌کند و می‌توان در این فرض شهادت او را نپذیرفت. از سوی دیگر، مورد تردید قرار دادن عدالت سابق شاهد اصل با فسق لاحق او، مستلزم استصحاب قهقرایی است که احدی به آن ملتزم نمی‌باشد.

۳. نام بردن شاهد اصلی

شاهد فرع باید در محکمه، شاهد اصلی را با نام مشخص کند و اینکه بگوید شخص عادل در نزد من شهادت داد، کافی نیست (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۲۸۳/۵؛ نجفی، بی‌تا: ۲۰۹/۴۱). گفتن نام و مشخصات بارز شاهد اصل بدان جهت است که ممکن است قاضی شاهد اصل را بشناسد و از عدالت یا فسق او اطلاع داشته باشد. همچنین نام بردن شاهد اصلی، زمینه جرح او را برای مشهود علیه فراهم می‌سازد (نجفی، بی‌تا: ۲۰۹/۴۱) و جرح شاهد از جمله حقوقی است که شرع و قانون برای مشهود علیه در نظر گرفته است. گذشته از این، نام نبردن شاهد اصلی، شائبه توطئه و تبانی قاضی را با مشهودله و شاهد در پی دارد.

۴. تعدد در شهود فرع

باید بر شهادت هر یک از دو شاهد اصل، دو شاهد فرع شهادت دهند. اگر بر شهادت یکی از دو شاهد اصل، دو نفر و بر دیگری، یک نفر شهادت دهد، شهادت شهود فرع پذیرفته نیست (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۱۷/۶). آری دو نفر به عنوان شاهد فرع می‌توانند برای هر یک از دو شاهد اصل شهادت دهند. مشهور فقهای اسلامی پذیرفته‌اند که دو مرد می‌توانند بر شهادت هر یک از دو شاهد اصل شهادت باشند. تنها شافعی بر این باور است که باید بر شهادت هر یک از دو شاهد فرع، دو مرد به صورت جداگانه، یعنی در واقع چهار مرد شاهد قرار گیرند. در میان فقهای مذاهب چهارگانه اهل سنت تنها مالک در شهود فرع، تعدد را شرط نمی‌داند و بر این باور است که یک شاهد فرع می‌تواند قائم مقام شاهد اصل گردد تا به عنوان فرستاده شاهد اصل، شهادت او را در محکمه ابلاغ نماید؛ همان گونه که در نقل اخبار، یک نفر راوی می‌تواند روایت را از راوی قبلی دریافت نموده، به راوی بعدی منتقل سازد (سرخسی حنفی، بی‌تا: ۱۲۰/۸).

۵. زن نبودن شاهد فرع

بدیهی است که در شریعت اسلام در رابطه با گستره شهادت زن‌ها، محدودیت‌هایی وجود دارد. این محدودیت‌ها شهادت بر شهادت را نیز شامل می‌شود. در رابطه با شهادت زن‌ها به عنوان شاهد فرع در میان فقهای امامیه سه دیدگاه وجود دارد.

الف) دیدگاه مشهور خصوصاً متأخران این است که شهادت زن‌ها به عنوان شاهد فرع پذیرفته نمی‌شود. صاحب جواهر می‌فرماید: در میان متأخران درباره این سخن مخالفی نیافتم (نجفی، بی‌تا: ۲۰۷/۴۱). علامه نیز در تحریر (علامه حلّی، ۱۴۲۰: ۲۸۳/۵) و قواعد (همو، ۱۴۱۳: ۵۰۵/۳) همین دیدگاه را پذیرفته است.

ب) برخی بر این باورند که در مواردی که شهادت زن‌ها پذیرفته می‌شود، مانند امور مالی یا اموری که شهادت زن‌ها به صورت انفرادی هم پذیرفته می‌شود، مانند عیب‌های باطنی زنان، استهلال و وصیت، اگر شهود اصلی، مرد و دو زن یا چهار زن باشند، چنانچه شهود فرعی زن باشند، باز هم شهادت دو زن با شهادت یک مرد برابری می‌کند. به دیگر بیان، در مسئله شهادت بر شهادت نیز همان قانون مساوی بودن شهادت دو زن با شهادت یک مرد پذیرفته شده است (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۳۳/۸).

ج) دیدگاه دیگر این است که شهادت زن‌ها به عنوان شاهد فرع در اموری که شهادت آن‌ها به تنهایی دارای اعتبار است، مانند عیب‌های باطنی زنان، استهلال و وصیت پذیرفته می‌شود (همو، ۱۴۰۷: ۳۱۶/۶).

بر اساس فقه حنفی در مواردی که شهادت زن‌ها پذیرفته می‌شود، شهود فرع می‌توانند یک مرد و دو زن باشند (سرخسی حنفی، بی‌تا: ۱۲۰/۸).

برخی برای مشروعیت شهادت زنان به عنوان شاهد فرع به سه دلیل تمسک کرده‌اند:

۱. ﴿...وَأَشْهَدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ...﴾ (بقره/۲۲۸).

ظاهر این آیه آن است که در مواردی که مرد بودن یا زن بودن شاهد تصریح نشده است، زنان می‌توانند در کنار مردان شهادت دهند.

۲. قیاس؛ مقتضای قیاس این است که در شهود فرع، مرد بودن شرط نیست (کاسانی

حنفی، بی‌تا: ۴۲۸/۶). منظور قیاس شاهد فرع به شاهد اصل می‌باشد. روشن است که

قیاس در فقه امامیه جایگاهی ندارد.

۳. اصل؛ اصل در شهادت این است که هر انسانی که دارای شرایط شهادت است، می‌تواند شهادت دهد. مرد بودن شهود اصل، تنها در حدود و قصاص به دلیل خاص ثابت شده است (همان). به نظر می‌رسد محتوای دیدگاه فقه حنفی با آنچه که به عنوان قول دوم فقهای امامی مطرح شد، تفاوتی ندارد. هر دو در مواردی که شهادت زنان پذیرفته می‌شود، تفاوتی میان شاهد اصل و فرع قائل نشده‌اند. اما شافعی شهادت زن‌ها را بر شهادت به صورت مطلق قبول ندارد (ابن قدامه مقدسی، بی‌تا: ۹۴/۱۲).

نقد شرط پنجم

در کلام فقها دلیل روشن و قانع‌کننده‌ای برای پذیرفتن شهادت زنان به عنوان شاهد فرع مشاهده نشد. استناد به شهرت و ادعای اجماع با وجود مخالفان و تعدد دیدگاه‌ها راهگشا نمی‌باشد. از سوی دیگر از ادله اثبات اعتبار شهادت زن‌ها به دست نمی‌آید که شهادت آن‌ها در صورتی پذیرفته می‌شود که شاهد اصل باشند (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۵: ۳۷۶). از این رو باید در عدم مقبولیت شهادت زنان فقط به مواردی که دلیل خاص و قانع‌کننده وجود دارد، بسنده شود و در ماورای آن، نص قرآنی «فَإِنْ لَمْ يَكُنْ جُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَأَمْرَاتَانِ» که شهادت دو زن را برابر با شهادت یک مرد می‌داند، معیار قرار گیرد. بنابراین در موارد و موضوعاتی که شهادت زنان به عنوان شاهد اصل پذیرفته می‌شود، دلیلی ندارد که به عنوان شاهد فرع پذیرفته نشود.

۶. از حدود نبودن مورد شهادت بر شهادت

در رابطه با قلمرو شهادت بر شهادت در حدود نیز دست کم دو دیدگاه وجود دارد: الف) فقهای امامیه شهادت بر شهادت را در گونه‌های مختلف حق‌الناس معتبر می‌دانند؛ خواه در قلمرو حقوق کیفری جای بگیرد، مانند قصاص، یا از حقوق مدنی باشد، مانند طلاق، عتق و نسب، قرض، دین، بیع، اجاره و صلح (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۲۷/۴).

برای اثبات این نظریه، به اجماع و عموم ادله شهادت استدلال کرده‌اند (نجفی، بی‌تا: ۱۹۰/۴۱). اصلاً می‌توان گفت پذیرفتن شهادت بر شهادت در امور فوق که مورد ابتلای مردم است، از ضرورت‌های اجتماع به حساب می‌آید؛ چون در بسیاری از موارد،

حضور شاهد اصل به خاطر موانعی از قبیل مرگ، دوری راه، مریضی و... امکان ندارد. در این موارد، نپذیرفتن شهادت شهود فرع، موجب تضییع حقوق و ضرر و زیان می‌گردد. اما در خصوص حدود به دلایلی که ذکر خواهد شد، شهادت بر شهادت را نپذیرفته‌اند (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۰۴/۲۷).

از دیدگاه ابوحنیفه نیز شهادت بر شهادت در حدود پذیرفته نمی‌شود. ولی ابوحنیفه در قصاص نیز شهادت بر شهادت را مردود می‌داند (کاسانی حنفی، بی‌تا: ۴۲۷/۶). دلیل این سخن آن است که حدود و قصاص با شبهه برداشته می‌شود و شهادت بر شهادت خالی از شبهه نیست و به همین جهت است که شهادت زنها در حدود و قصاص پذیرفته نیست و از آنجا که حدود مبتنی بر درء است، باید اثبات آن بر اساس دلایل مخصوص و متقن باشد؛ همان‌گونه که در حد زنا، شهادت چهار مرد عادل به صورت مخصوص لحاظ شده است و این‌گونه شهادت در عالم خارج به ندرت اتفاق می‌افتد (همان).

ب) در میان فقهای اهل سنت تنها شافعی شهادت بر شهادت را در حدود و قصاص مجاز می‌داند. شافعی این‌گونه استدلال کرده است که: شاهدان فرع به نیابت از شاهدان اصل شهادت می‌دهند و در واقع شهادت شاهد فرع همان شهادت شاهد اصل می‌باشد و شهادت شاهد اصل در حدود و قصاص معتبر است (همان: ۴۲۶/۶).

در ماده ۱۸۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ آمده است:

«جرائم موجب حد و تعزیر، با شهادت بر شهادت ثابت نمی‌شود؛ لکن قصاص، دیه و ضمان مالی با آن قابل اثبات است.»

روشن است که این ماده تنها به بی‌اعتبار بودن شهادت بر شهادت در حدود و تعزیرات اشاره کرده است، اما اینکه وساطت و وسایل الکترونیکی در انتقال شهادت شاهد اصل که ماده ۱۸۶ همین قانون به آن اختصاص یافته است، در حدود و تعزیرات پذیرفته می‌شود یا نه، قانون‌گذار مسکوت گذاشته است.

دلایل ناکارآمدی شهادت بر شهادت در حدود

گفتنی است که بی‌اعتباری شهادت بر شهادت در حدود، مربوط به اجرای حد است. غیر از اجرای حد، دیگر آثار کیفری ثابت و اجرا می‌گردد؛ مثلاً اگر موضوع

شهادت بر شهادت، سرقت، لواط، زنا با محارم یا غیر محارم باشد، حد جرایم ارتكابی ساقط می‌شود، ولی دیگر آثار فقهی و حقوقی آن مترتب می‌گردد؛ مال از سارق پس گرفته می‌شود، حرمت ازدواج در مورد جرایم جنسی به اثبات می‌رسد. اگر اتهام شخص، نزدیکی با حیوانات باشد، تعزیر ساقط است، ولی حرمت گوشت حیوان و دور نمودن آن از محل ارتكاب جرم، قطعی و لازم‌الاجرا خواهد بود (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۲۸۴/۵؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۴۴۹/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۳: ۱۷۶/۴۱). تفکیک میان اجرای حد و دیگر آثار و تبعات بدان جهت است که بر اساس نظر مشهور، حدود با وجود روایات از قلمرو شهادت بر شهادت خارج گردیده است. از آنجا که ادله تنها حدود را استثنا کرده و دیگر آثار و تبعات فقهی و حقوقی را متعرض نشده است، دیگر آثار و پیامدهای جرایم ارتكابی، مشمول ادله شهادت بر شهادت خواهد بود و دلیلی بر عدم ترتب آن‌ها وجود ندارد. برای نپذیرفتن شهادت بر شهادت در حدود، به ادله زیر تمسک کرده‌اند:

۱. روایات

گفتنی است که مشهور فقها به خاطر عموم روایت طلحة بن زید و غیاث بن ابراهیم، شهادت بر شهادت را در حد سرقت و قذف نپذیرفته‌اند؛ ولی مقتضای ادله این است که در حدود، تفاوتی میان حدودی که حق‌الله محض است، مانند زنا، لواط و مساحقه، و حدودی که هم جنبه حق‌اللهی دارد و هم جنبه حق‌الناسی، مانند حد سرقت و قذف، وجود ندارد. در این روایات صحبت از حق‌الناس و حق‌الله مطرح نیست، بلکه تعبیر حد به صورت مطلق به کار رفته است. همان‌گونه که واژه حد در رابطه با حد زنا کاربرد دارد و صدق می‌کند، در رابطه با سرقت و قذف نیز این‌گونه است؛ فلذا تفکیک حق‌الله و حق‌الناس در این بحث ضرورت ندارد (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۵: ۳۴۷).

طلحة بن زید از امام صادق و ایشان از طریق پدرش از امام علی عَلَيْهِ السَّلَامُ چنین روایت کرده است:

(عَنْ طَلْحَةَ بْنِ زَيْدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي تَالِبٍ، أَنَّهُ كَانَ لَا يُجِزُّ شَهَادَةً

عَلَى شَهَادَةِ فِي حَدِّ» (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷/۴۰۴): ... امام علی عَلَيْهِ السَّلَامُ هیچ‌گاه شهادت بر شهادت در حد را اجازه نمی‌داد.

غیاث بن ابراهیم نیز از امام صادق و ایشان از طریق پدرش از امام علی عَلَيْهِ السَّلَامُ چنین نقل کرده است:

«عَنْ غِيَاثِ بْنِ اِبْرَاهِيمَ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ أَبِيهِ قَالَ: قَالَ عَلِيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ: لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ عَلِيٍّ شَهَادَةَ فِي حَدٍّ وَلَا كِفَالَةً فِي حَدٍّ» (همان: ۲۷/۴۰۵); ... شهادت بر شهادت و کفالت در حد جایز نمی‌باشد.

نقله و بررسی

همان‌گونه که برخی متأخران این دو روایت را ضعیف دانسته‌اند (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۵: ۳۴۷)، برخی دیگر از جمله آیه‌الله موسوی خویی (۱۴۱۳: ۴۱/۱۷۴)، آن دو را معتبره و آیه‌الله فاضل لنکرانی (۱۴۲۰: ۵۷۲) موثقه دانسته‌اند. ولی به نظر می‌رسد که بر اساس معیارهای رجالی، این دو روایت از لحاظ سند ضعیف‌اند؛ در سند روایت طلحه بن زید، خود طلحه بن زید وثاقتش ثابت نیست. تنها توصیفی که درباره او وارد شده این است که شیخ طوسی در کتاب فهرست کتاب او را مورد اعتماد دانسته است: «له کتاب وهو عامی المذهب إلا أن کتابه معتمد» (طوسی، بی‌تا: ۸۶).

علمای علم رجال نوعاً «معتمد الکتاب» بودن را از الفاظ دال بر وثاقت نمی‌دانند؛ از این رو نمی‌توان با تمسک به این روایت، ادله شهادت بر شهادت را به غیر حدود اختصاص داد.

همچنین در سند روایت غیاث بن ابراهیم، احمد بن محمد بن یحیی العطار وجود دارد که در مورد او نیز توثیقی وارد نشده است. تنها اینکه احمد بن محمد بن یحیی العطار از مشیخه صدوق است، برای وثاقت او کافی نیست.

آیه‌الله خویی پس از بحث و بررسی در رابطه با وثاقت احمد بن محمد بن یحیی العطار قمی فرموده است:

«فالمتحصّل ممّا ذکرناه، أنّ الرجل مجهول؛ كما صرّح به جمع، منهم صاحب المدارک» (موسوی خویی، ۱۴۱۳: ۳/۱۲۲).

با اینکه آیه‌الله خویی ایشان را مجهول می‌داند، این روایت را معتبره دانسته است^۱ (همو، ۱۴۱۸: ۱۷۳/۴۱)؛ در حالی که طبق مبنای ایشان، تنها روایت صحیح و موثقه را می‌توان معتبره نامید (همو، ۱۴۲۲: ۲۳۶/۱). در هر حال، ضعف سند این دو روایت محرز است. اگر همانند مشهور، عمل اصحاب را موجب جبران ضعف سند بدانیم (نجفی، بی‌تا: ۱۹۱/۴۱)، این دو روایت قابلیت استناد را دارد. اگر به مبنای آیه‌الله خویی ملتزم شویم که عمل اصحاب را جابر ضعف سند نمی‌داند (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۴۷۸/۱)، تمسک به این دو روایت برای ناکارآمدی شهادت بر شهادت در حدود، جایز نخواهد بود.

۲. قاعده درأ

این قاعده بر پایه روایت منتسب به پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شهرت یافته است:

«مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اذْرَوْوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ، وَلَا شَفَاعَةَ وَلَا كَفَالَهَ وَلَا يَمِينٍ فِي حَدٍّ» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۴۷/۲۸).

نقد و بررسی

در رابطه با قاعده درأ باید یادآور شد که این قاعده، مستند قطعی و محکمی ندارد. عمده مستند آن مرسله صدوق «ادرووا الحدود بالشبهات» و برخی از روایات خاصه است که برخی از لحاظ دلالت و برخی از لحاظ سند مخدوش می‌باشد. از این رو بعضی از محققان این قاعده را اصطیادی دانسته و مفاد آن را در محدوده شبهات عقلایی پذیرفته‌اند، نه مطلق شبهات (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۹: ۸۴). حال پرسش این است که آیا شبهه‌ای را که از شهادت بر شهادت در حدود به وجود می‌آید، می‌توان شبهه عقلایی دانست؟ ظاهراً پاسخ منفی است. اگر با شبهاتی از این دست، از اجرای حدود دست برداریم، بدون تردید تعطیل شدن حدود لازم می‌آید.

۳. اجماع

بسیاری از فقها در رابطه با اینکه شهادت بر شهادت در حدود پذیرفته نیست،

۱. «منها: معتبره غیث بن ابراهیم، عن جعفر بن محمد، عن أبيه عَلَيْهِ السَّلَامُ: "أَنَّ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ لَا يَجِيزُ شَهَادَةَ رَجُلٍ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ، إِلَّا شَهَادَةَ رَجُلَيْنِ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ" وقریب منها معتبره طلحة بن زید».

ادعای اجماع کرده‌اند (علامه حلّی، ۱۴۱۰: ۱۶۴/۲). صاحب جواهر نیز این اجماع را پذیرفته است (نجفی، بی‌تا: ۱۹۱/۴۱).

نقد و بررسی

ادله ارائه شده برای پذیرفتن شهادت بر شهادت در حدود، قابل خدشه است. عمده دلیل همان دو روایت بود که ضعف سندی داشتند و با توجه به دو روایت، اجماعی که در رابطه با پذیرفتن شهادت بر شهادت در حدود ادعا شده است، مدرکی بوده، از درجه اعتبار ساقط می‌باشد.

۷. از تعزیرات نبودن مورد شهادت بر شهادت

فقها فرموده‌اند که شهادت بر شهادت در تعزیرات به دو دلیل پذیرفته نمی‌شود:
 ۱. واژه حد که در روایات آمده است، احتمالاً شامل تعزیر نیز می‌شود؛ همان گونه که در روایات و موارد دیگر، واژه حد در رابطه با تعزیر به کار رفته است (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۱۵/۴؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰: ۵۷۲). از این رو فقها با طرح بحث حد، از آوردن مباحث مربوط به تعزیر خودداری کرده‌اند (علامه حلّی، ۱۴۱۰: ۱۶۹/۲؛ ابن ادریس حلّی، ۱۴۱۰: ۴۲۸/۳).

۲. حد و تعزیر هر دو در بنای بر تخفیف مشترک‌اند. پس همان گونه که در حدود، شهادت بر شهادت پذیرفته نمی‌شود، در تعزیرات نیز نباید پذیرفته شود (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۵: ۳۴۸).

نقد و بررسی

در رابطه با دلیل اول باید گفت:

اولاً، اگر واژه حد شامل تعزیر نیز بشود و عدم طرح مبحث تعزیرات با طرح بحث حدود از سوی برخی از فقها اتحاد آن دو تلقی شود، در مبحث شهادت بر شهادت در حدود، گفته شد که به خاطر عمومات ادله شهادت و نارسایی ادله در استثنای شهادت بر شهادت در حدود، اعتبار شهادت بر شهادت در حدود قابل دفاع می‌باشد.
 ثانیاً، بسیاری از فقها برای طرح مبحث حدود و تعزیرات تنها به واژه «حد» بسنده

نکرده و عنوان تعزیر را نیز نام برده‌اند (فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۵۳۸/۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۳۶/۴؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۳۲۷/۴).

ثالثاً، بر فرض پذیرفتن مبنای مشهور و نپذیرفتن شهادت بر شهادت در حدود، شهادت بر شهادت در تعزیرات باید قابل پذیرش باشد؛ زیرا تعزیر به لحاظ مفهوم، ماهیت و آثار با حد متفاوت است؛ تعزیر مجازات عمل حرامی است که قصاص یا حد نباشد، میزان تعزیر باید کمتر از حد باشد، میزان تعزیر در شرع معین نشده است و تعیین نوع و مقدار آن به دست قاضی است (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۹: ۵۱). از سوی دیگر تنها موردی که از عموم ادله شهادت در روایات استثنا شده و شهادت بر شهادت مورد پذیرش قرار نگرفته است، حد است و اطلاق واژه حد بر تعزیر مجاز است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۷۶؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۲۹۱/۱) و فقط در صورت وجود دلیل و قرینه پذیرفته می‌شود.

در نقد دلیل دوم می‌توان گفت:

۱. مبنای تخفیف در حدود قاعده در آن است که اولاً خود قاعده از اتقان لازم برخوردار نمی‌باشد؛ ثانیاً در قاعده، سخن از رفع حد به وسیله شبهه مطرح می‌باشد، نه تعزیر، و روشن است که حد و تعزیر، دو گزاره مجزایند و تسری دادن حکم یکی بر دیگری دلیل روشن می‌طلبد.

۲. همان‌گونه که بیان شد، نمی‌پذیریم که قاعده تخفیف، مورد شهادت بر شهادت را شامل شود. شبهه برخاسته از شهادت بر شهادت، از آن دست شبهه‌هایی که موجب تخفیف گردد، نمی‌باشد.

بدین ترتیب در میان شرایط مذکور تنها دو شرط یعنی «نام بردن شاهد اصلی» و «تعدد شهود فرع» خدشه‌ناپذیر به نظر می‌رسد.

دیگر شرایط از قبیل: «تعذر حضور شاهد اصلی» و «تغییر نکردن حال شاهد اصلی» مورد تردید و نقد قرار گرفته است. اما اثبات سه شرط اخیر، یعنی «زن نبودن شاهد فرع»، «نبودن مورد شهادت بر شهادت از حدود» و «نبودن مورد شهادت از تعزیرات» به راحتی امکان‌پذیر نیست.

شهادت سوم

در مقدمه گفته شد که یکی از فروعات شهادت بر شهادت، شهادت سوم است. مراد از شهادت سوم، شهادت بر شهادت شاهد فرع می‌باشد. با توجه به اینکه شهادت دو شاهد عادل از امارات شرعی است، هر گاه اماره شرعی نسبت به موضوعی اقامه شد، مانند دیگر امارات باید نسبت به تمامی آثار و پیامدها و همچنین تمامی افراد و در تمامی مراتب حجیت داشته باشد. بر این اساس، حجیت شهادت بر شهادت شاهد اصل در مرتبه دوم، و شهادت بر شهادت شاهد فرع در مرتبه سوم، نباید مورد تردید قرار گیرد؛ چون شهود در هر مرتبه‌ای آنچه را که از موضوعات خارجی می‌بینند یا می‌شنوند، بر آن شهادت می‌دهند و شهادتشان باید پذیرفته شود. اطلاق این سخن، شهادت بر شهادت در حدود و تعزیرات را نیز شامل می‌شود.

آری، احتیاط و دقت در صدور حکم قضایی و رعایت حقوق مردم، باعث شده است تا در گستره کاربرد و مراتب شهادت، محدودیت‌هایی پیش‌بینی و اعمال گردد و در واقع قانون حاکم بر امارات تا حدودی در شهادت نادیده انگاشته شده، شهادت حقوقی و قضایی معنای خاصی پیدا کند. در نظر گرفتن شرایط خاص برای قاضی و شاهد نیز بیانگر همین واقعیت است. بر همین اساس، شعاع اطلاق ادله شهادت نسبت به شهادت سوم، با مستندات و ادله‌ای نه چندان قانع‌کننده محدود گردیده و شهادت بر شهادت شاهد فرع در دیدگاه مشهور فقهای اسلامی پذیرفته نشده است.

فقهای امامی همانند ابن زهره حلبی، ابن ادریس حلی، محقق حلی، سیدعلی طباطبایی حائری، مقدس اردبیلی، صاحب جواهر و...، به اتفاق شهادت بر شهادت شاهد فرع را نپذیرفته و بر بی‌اعتباری آن ادعای اجماع نموده‌اند و در میان فقهای معاصر، آیه‌الله خویی قبول شهادت سوم را قوی دانسته است (موسوی خویی، بی‌تا: ۱۷۵/۴۱).

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز با پیروی از مشهور فقها، شهادت سوم را مردود دانسته است. در تبصره ۲ ماده ۱۸۸ این قانون آمده است: «شهادت بر شهادت شاهد فرع، معتبر نیست».

دلیل بی اعتباری شهادت سوم

کسانی که شهادت شاهد سوم را بی اعتبار دانسته‌اند، به دو دلیل تمسک کرده‌اند:

۱. نبود دلیل بر قبول آن؛ روایاتی که اعتبار شهادت بر شهادت را ثابت می‌کنند، شهادت بر شهادت شاهد فرع را شامل نمی‌شوند. بنابراین عدم اعتبار شهادت سوم مطابق اصل می‌باشد. این استدلال مبتنی بر این است که ادله اعتبار شهادت و ادله حجیت شهادت بر شهادت، هیچ کدام شامل شهادت سوم نمی‌شود. از این رو باید برای قبول شهادت سوم دلیل جداگانه اقامه نمود.

آیه‌الله خویی در نقد این دلیل فرموده است:

«اگرچه ادله حجیت شهادت بر شهادت که مراد معتبره طلحة بن زید و روایت غیاث بن ابراهیم است، شامل شهادت سوم نمی‌شود، ولی ادله حجیت بینه که حجیت بینه را به صورت قضیه حقیقه ثابت می‌کند، شهادت سوم را شامل می‌شود (همان).

با این لحاظ، جایی برای اصل عدم حجیت شهادت سوم باقی نمی‌ماند. بدیهی است که شهادت بر شهادت شهود فرع به صورت مستقل بینه به حساب می‌آید.

با وجود این، هر جا تعریف شهادت صادق باشد، مصداق همان قضیه حقیقه و مشمول ادله اعتبار شهادت خواهد بود. از سوی دیگر آن گونه که فقها شهادت را تعریف کرده‌اند، تعریف شهادت، بر شهادت سوم نیز صادق است که به چند نمونه از تعاریف فقها اشاره می‌گردد.

- «شهادت اخبار قاطعانه از حق مسلم دیگری است» (مشکینی، بی تا: ۳۱۹).

- «الشهادة لغة الحضور والعلم والإخبار عن اليقين وشرعاً قيل هو إخبار جازم عن حق لازم لغیره واقع من غیر الحاکم» (نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۱)؛ شهادت در لغت به معنای حضور، علم و اخبار از روی یقین است و در اصطلاح شرع، اخبار قاطعانه غیر حاکم از حق مسلم دیگری می‌باشد.

- «والمراد من الشهادة في كتاب الشهادات هو الإعلام والإخبار، ويعتبر فيه الجزم واليقين، ويرادفه في الفارسية "گواهی" و...» (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۵: ۱۷)؛ مراد از شهادت در باب شهادت، اعلام و اخبار می‌باشد که در آن جزم و یقین نیز معتبر است. در فارسی به آن «گواهی» گفته می‌شود....

چنانچه برخی از فقها اشاره نموده‌اند، اهل لغت نیز در تعریف شهادت با فقها اختلافی ندارند:

«شهود و شهادت به معنای حضور توأم با مشاهده می‌باشد؛ مشاهده خواه با چشم باشد یا با بصیرت و آگاهی» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۴۶۵).

با توجه به این تعاریف، حقیقت و ماهیت شهادت، اخبار جازم از حق متعلق به غیر است. در شهادت سوم نیز این حقیقت ملموس و مشهود است. شاهد سوم در رابطه با حق متعلق به غیر، شهادت جازم و قاطع می‌دهد. تنها تردیدی که وجود دارد این است که در شهادت سوم، واسطه وجود دارد. پاسخ این تردید روشن است؛ ادله اعتبار شهادت از این جهت اطلاق دارد و فقها هم با توجه به اطلاق ادله، اخبار جازم در شهادت را به نبود واسطه مقید نکرده‌اند. از این رو منعی برای شمول ادله حجیت شهادت و تعریف شهادت نسبت به شهادت سوم وجود ندارد.

۲. عمرو بن جَمِیع از امام صادق علیه السلام و ایشان از امام باقر علیه السلام روایت کرده است که حضرت فرمود:

«وَرَوَى عَمْرُو بْنُ جَمِيعٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِيهِ عليه السلام قَالَ: أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِكَ مَنْ يَنْصَحُكَ. قَالُوا: أَصْلَحَكَ اللَّهُ، كَيْفَ يَزِيدُ وَيَنْقُصُ؟ قَالَ: لَا، وَلَكِنْ مَنْ يَحْفَظُهَا عَلَيْكَ وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةٌ عَلَى شَهَادَةٍ» (صدوق، ۱۴۱۳: ۷۱/۳)؛ ... کسی را که خیرخواه توست، بر شهادتت گواه بگیر. [جماعتی از حاضران] پرسیدند: ... چگونه خیرخواه است، در حالی که کم و زیاد می‌کند؟ حضرت فرمود: چنین کسی را گواه مگیر. بلکه کسی [را گواه بگیر] که شهادتت را برای تو حفظ کند. شهادت بر شهادت جایز نیست.

در فراز پایانی این روایت با صراحت آمده است که شهادت بر شهادت بر شهادت جایز نمی‌باشد.

در رابطه با روایت عمرو بن جمیع چند نکته قابل یادآوری است:

۱. هم خود عمرو بن جمیع ضعیف است (نجاشی، ۱۳۶۵: ۲۸۸) و هم طریق صدوق به عمرو بن جمیع ضعیف می‌باشد (موسوی خویی، ۱۴۱۳: ۹۱/۱۴)؛ پس نمی‌توانیم برای ردّ شهادت سوم به این روایت تمسک کنیم. با توجه به وجود این روایت، اجماع ادعاشده

در فرض اثبات نیز ارزشی نخواهد داشت؛ چون به احتمال زیاد اجماع بر محور همین روایت شکل گرفته است یا حداقل این احتمال مطرح می‌باشد. در نتیجه مانعی برای پذیرفتن شهادت سوم وجود ندارد (همو، ۱۴۱۸: ۱۷۵/۴۱).

۲. احتمال دارد فراز آخر: «وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةٌ عَلَى شَهَادَةٍ عَلَى شَهَادَةٍ» که به عنوان ادامه روایت نقل شده است، فتوای فقهی خود صدوق بوده یا حاشیه و شرح ایشان بر روایت باشد (مجلسی، ۱۴۰۶: ۱۸۷/۶)؛ چه اینکه دأب صدوق بر این بوده که گاهی روایات را معنا می‌کرده و برداشت خودش را نیز نقل می‌نموده، چنانچه در برخی از روایات دیگر این اتفاق مشاهده شده است.

۳. این فقره با قسمت اول روایت از لحاظ سیاق و محتوا هم چندان ارتباطی ندارد. این احتمال از آنجا تقویت می‌شود که برخی از محققان، این قسمت از روایت را با خط متفاوت به ثبت رسانده‌اند؛ چنان که در دیگر مواردی که احتمال تعلق متنی که به عنوان حدیث نقل شده است، به صدوق وجود داشته است، این کار را کرده‌اند (نرم‌افزار جامع فقه اهل بیت علیهم‌السلام، ۲، ذیل همین روایت در کتاب *من لایحضره الفقیه*).

۴. از آنجا که این روایت در کتاب *من لایحضره الفقیه*، آخرین روایت باب «الشهادة علی الشهادة» قرار داده شده است، این احتمال تقویت می‌شود که این فقره که به عنوان قسمت آخر روایت ذکر شده است، نتیجه‌گیری صدوق از روایاتی باشد که در باب شهادت بر شهادت وارد شده است؛ یعنی تمامی روایات وارد شده در این باب، مربوط به شهادت بر شهادت است، پس شهادت بر شهادت شاهد فرع پذیرفته نیست.

۵. این روایت در *کافی* و *تهذیب* نیز ذکر نشده است. ذکر نشدن این روایت در *کافی* و *تهذیب* می‌تواند نشانگر عدم مقبولیت این روایت در نظر مؤلفان این دو کتاب باشد.

با توجه به نکات فوق به این نتیجه می‌رسیم که «وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةٌ عَلَى شَهَادَةٍ عَلَى شَهَادَةٍ» از معصوم صادر نشده است. اگر هم تردید در صدور حاصل شود، مقتضای اصل این است که صادر نشده است و با توجه به نکاتی که بیان شد، این اصل بر اصل عدم زیاده برتری خواهد یافت.

سخن آیه‌الله خویی در رابطه با پذیرفتن شهادت سوم، همچنان که با اطلاعات و

عمومات ادله شهادت و بینه تناسب دارد، با ضرورت و حکمت مطرح شده در پذیرش شهادت بر شهادت نیز کاملاً سازگار است؛ شهادت بر شهادت مشروعیتش بدان جهت است که گاه دسترسی به شهود اصل میسر نیست. در این فرض، پذیرفتن شهادت بر شهادت موجب تضییع حقوق می‌گردد. این سخن در شهادت سوم نیز مطرح می‌باشد.

نتیجه‌گیری

شهادت بر شهادت در فقه اسلامی و به تبع آن در حقوق به عنوان دلیل اثبات دعوی از اعتبار برخوردار می‌باشد. اما این اعتبار را فقهای امامیه منوط به وجود هفت شرط دانسته‌اند؛ شروطی که برخی به عنوان شرط به آن‌ها تصریح شده است و برخی را می‌توان از عبارات و توضیحات فقها به دست آورد. در میان شرایط مذکور تنها دو شرط یعنی «نام بردن شاهد اصلی» و «تعدد شهود فرع» خدشه‌ناپذیر به نظر می‌رسد. دیگر شرایط، از قبیل: «تعذر حضور شاهد اصلی» و «تغییر نکردن حال شاهد اصلی» مورد تردید و نقد قرار گرفته است. اما اثبات سه شرط اخیر یعنی: «زن نبودن شاهد فرع»، «نبودن مورد شهادت بر شهادت از حدود» و «نبودن مورد شهادت از تعزیرات» به راحتی امکان‌پذیر نیست. این شرایط غیر از احتیاط فقها و تسالمی که در مرور زمان شکل گرفته است، دلیل معتبری ندارد. از این رو نادیده گرفتن شرایطی که از اعتبار لازم برخوردار نمی‌باشد، می‌تواند موانع را از سر راه شهادت بر شهادت برداشته و زمینه را برای کارایی بهتر و بیشتر آن به عنوان دلیل اثبات دعوی فراهم سازد.

همچنین شهادت سوم یعنی شهادت بر شهادت شاهد فرع را که اصطلاحاً شهادت ثالثه می‌گویند، مشهور فقها فاقد اعتبار دانسته‌اند، ولی دلیل روشنی برای عدم اعتبار آن ارائه نکرده‌اند و از آنجا که شهادت سوم مشمول عمومات و اطلاقات ادله شهادت می‌باشد، از مصادیق شهادت و دلیل شرعی به حساب می‌آید.

کتاب شناسی

۱. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور، *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲. ابن فارس، ابوالحسن احمد، *معجم مقائیس اللغة*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۳. ابن قدامه مقدسی، موفق الدین عبدالله بن احمد، *المعنی*، بیروت، دار الکتب العربی، بی تا.
۴. جزیری، عبدالرحمن بن محمد عوض، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، قاهره، دار الآفاق العربیه، بی تا.
۵. جزیری، عبدالرحمن، سیدمحمد غروی و یاسر مازح، *الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب اهل البيت (علیهم السلام)*، بیروت، دار التقلین، ۱۴۱۹ ق.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸ ش.
۷. حاجی ده آبادی، احمد، *قواعد فقه جزایی*، چاپ دوم، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۹ ق.
۸. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، قم، آل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۰۹ ق.
۹. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، بیروت، دار العلم - الدار الشامیه، ۱۴۱۲ ق.
۱۰. زحیلی، وهبه، *الفقه الاسلامی و ادلته*، دمشق، دار الفکر، بی تا.
۱۱. سرخسی حنفی، شمس الدین ابوبکر محمد بن احمد، *المبسوط*، بیروت، دار الفکر، بی تا.
۱۲. سیوری حلی (فاضل مقداد)، جمال الدین مقداد بن عبدالله، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۱۳. الشیخ نظام، *الفتاوی الهندیه*، بیروت، دار الفکر، بی تا.
۱۴. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۵. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، *تکملة العروة الوثقی*، قم، کتاب فروشی داوری، بی تا.
۱۶. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ش.
۱۷. همو، *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ش.
۱۸. همو، *الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۱۹. همو، *الفهرست*، نجف اشرف، المكتبة الرضویه، بی تا.
۲۰. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ش.
۲۱. همو، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۲۲. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۳. علامه حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲۴. همو، *تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه*، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۲۰ ق.
۲۵. همو، *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۶. فاضل آبی، زین الدین حسن بن ابی طالب یوسفی، *کشف الرموز فی شرح المختصر النافع*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

۲۷. فاضل لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - القضاء و الشهادات*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۰ ق.
۲۸. فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن حسن اصفهانی، *کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۲۹. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۳۰. کاسانی حنفی، علاء الدین ابوبکر بن مسعود، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، بیروت، دار الفکر، بی تا.
۳۱. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۳۲. مجلسی، محمدتقی، *روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه*، تحقیق حسین موسوی کرمانی و علی پناه اشتهاردی، قم، کوشانپور، ۱۴۰۶ ق.
۳۳. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن هذلی، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۳۴. مشکینی، میرزاعلی، *مصطلحات الفقه*، بی جا، بی تا.
۳۵. مغنیه، محمدجواد، *فقه الامام الصادق علیه السلام*، چاپ دوم، قم، انصاریان، ۱۴۲۱ ق.
۳۶. موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم، *فقه الحدود و التعزیرات*، چاپ دوم، قم، دانشگاه مفید، ۱۴۲۷ ق.
۳۷. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.
۳۸. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، بی جا، بی تا.
۳۹. همو، مصباح الاصول، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
۴۰. همو، معجم رجال الحدیث و تفصیل طبقات الرواة، چاپ پنجم، بی جا، ۱۴۱۳ ق.
۴۱. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *کتاب الشهادات*، قم، دفتر معظم له، ۱۴۰۵ ق.
۴۲. نجاشی، ابوالحسن احمد بن علی، *رجال النجاشی*، چاپ ششم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۵ ش.
۴۳. نجفی کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، *انوار الفقاهة - کتاب الشهادات*، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق.
۴۴. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جوهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.

اعمال قواعد سنتی مسئولیت مدنی غیر قراردادی بر مسئولیت شرکت هلدینگ در قبال اقدامات شرکت‌های تابعه*

- ابراهیم عبدی پور^۱
- بشری کریمی^۲

چکیده

گروه شرکت‌های هلدینگ و تابعه، یکی از فعالان جامعه اقتصادی امروز بوده که علی‌رغم نداشتن مقررات ویژه‌ای در نظام حقوقی ایران، چندی است در نظام اقتصادی ایران به فعالیت می‌پردازند. از این رو برای استنباط احکام و قوانین حاکم بر روابط آن‌ها، ناگزیر از مراجعه به قواعد و قوانین عمومی موجود هستیم. یکی از مسائلی که در رابطه با گروه شرکتی مزبور مبتلا به است، مسئولیت و یا عدم مسئولیت شرکت هلدینگ در برابر طلبکاران شرکت‌های تابعه با توجه به سهامدار و مدیر بودن شرکت هلدینگ در شرکت‌های تابعه و شخصیت حقوقی مستقل هر یک از آنان است. پس از اختلاف‌نظراتی راجع به وحدت و یا تعدد شخصیت حقوقی مابین این گروه شرکتی و در نتیجه مسئولیت و یا عدم مسئولیت مطلق شرکت هلدینگ، حقوق غرب نظر بینابین سومی را مبنی بر استقلال نسبی

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۶/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۹/۲۹.

۱. استاد دانشگاه قم (نویسنده مسئول) (drabdi pour@yahoo.com).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم (boshra.karimi@gmail.com).

شرکت هلدینگ در برابر اعمال شرکت‌های تابعه برگزید که مطابق با آن برای تحقق عدالت، با توسل به دکترین خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت، تقلب نسبت به قانون، منع سوءاستفاده از حق و... در مواردی اصل استقلال شخصیت حقوقی شرکت از شرکا نادیده گرفته می‌شود و در صورت وجود شرایطی، شرکت هلدینگ مسئول جبران خسارات وارده از سوی شرکت تابعه می‌باشد.

این در حالی است که با وجود قواعد فقهی همچون لاضرر، غرور، «من له الغنم فعليه الغرم»، تسبیب و... در نظام حقوقی اسلام و همچنین مواد قانونی مرتبط با آن‌ها در نظام حقوقی ایران، ضمن اعمال نظریه استقلال شخصیت حقوقی شرکت‌ها در رابطه با موضوع، با توسل به قواعد فقهی و خصوصاً قاعده تسبیب و مواد قانونی مرتبط با آن، معرفی قاعده تسبیب و شناسایی شرایط ایجاد مسئولیت ناشی از آن به عنوان معیار کلی در احراز و مبنای مسئولیت شرکت هلدینگ در برابر اعمال شرکت‌های تابعه، موجه به نظر می‌آید.

واژگان کلیدی: شرکت هلدینگ، شرکت‌های تابعه، اصل استقلال شخصیت حقوقی شرکت از شرکا، دکترین خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت، تسبیب.

مقدمه

مطابق بند ۲۲ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران، هلدینگ شرکتی است که با سرمایه‌گذاری در شرکت سرمایه‌پذیر جهت کسب انتفاع، آن‌قدر حق رأی کسب می‌کند که برای کنترل عملیات شرکت، هیئت‌مدیره را انتخاب می‌کند و یا در انتخاب اعضای هیئت‌مدیره مؤثر می‌باشد. به عبارتی دیگر، شرکت هلدینگ شخصی است که با برنامه‌ریزی و به صورت هدفمند، خود را از نظر کمی، کیفی و یا هر دو، در مالکیت سهام و یا سهم‌الشرکه شرکت‌های دیگری که از نظر موضوع فعالیت در راستای یکدیگر هستند، به آن میزان سهم قرار داده که با در دست گرفتن کنترل و اعمال حاکمیت و مدیریتی جامع و تخصصی، آن‌ها را در جهت تحقق سیاست‌های کلی اقتصادی و تولیدی خود راهبری نماید و در نهایت نیز با ایجاد هم‌افزایی میان خود و آن‌ها و کاهش ریسک و هزینه‌ها، موجب افزایش سود کل مجموعه گردد. منظور از کنترل نیز اعمال کنترل بر دیگر شرکت‌ها در ساختار شرکتی بوده و با کنترل بر بازار و

ایجاد انحصار متفاوت می‌باشد. همچنین شرکت تابعه نیز شرکتی تجاری است که حق انتخاب اکثریت اعضای هیات مدیره آن به واسطه تعلق اکثریت سرمایه، قواعد اساسنامه آن و یا طرق دیگر، متعلق به شرکت دیگر بوده و با حفظ استقلال حقوقی و مالی، استقلال تصمیم‌گیری و عملیاتی خود را تا حدودی از دست داده است.

تولد نهاد هلدینگ در آمریکا و پس از تجویز سهامداری شرکت‌ها در یکدیگر در سال ۱۸۸۹ رخ داد. ثمره این تولد ایجاد لایه‌های متعدد شرکت و امکان اخذ سود بدون تقبل مسئولیت احتمالی و واسپاری مسئولیت به لایه‌های مذکور بود که در عمل، زمینه برای بی‌عدالتی و انجام فعالیت‌های پرریسک فراهم گردید. هرچند قدرت ریسک‌پذیری خود محرک اصلی در امر تولید و اقتصاد است، اما این قدرت نباید بی‌محابا اعمال گردد و می‌بایست با محاسبه دقیق و امکان‌سنجی بازار صورت پذیرد. از این رو در صورتی که مسئولیت متوجه خود ریسک‌کننده باشد، ملاحظه و مذاقه وی بیشتر بوده و این قدرت مهار می‌گردد، ولی در صورتی که وی به طور کامل از مسئولیت مبرا باشد، در نهایت این قدرت ریسک‌پذیری نه تنها باعث رونق اقتصاد کشور نمی‌شود، بلکه موجب رکود و بروز ورشکستگی اشخاص متعدد در بازار می‌گردد.

از آنجا که مبنای رابطه شرکت هلدینگ و شرکت‌های تابعه، سهامداری شرکت هلدینگ در شرکت‌های تابعه به میزان عمده و در نتیجه استفاده از امتیازات سهام عمده از جمله اکتساب اکثریت حق رأی مجامع و در نتیجه قدرت اعمال نفوذ در تصمیم‌گیری‌ها همچون انتخاب اعضای هیئت مدیره و بازرس یا بازرسان و در نهایت کنترل شرکت است، سؤال اصلی آن است که آیا خرید و تملک اکثریت سهام یا سهم‌الشرکه شرکت‌های تابعه توسط شرکت هلدینگ و کنترل و اعمال حاکمیت بر آنها، باعث از بین رفتن شخصیت حقوقی شرکت‌های تابعه و یا ادغام آنها در شرکت هلدینگ می‌شود؟ و یا اینکه علی‌رغم تسلط حاکمیتی شرکت هلدینگ بر شرکت‌های تابعه، شخصیت حقوقی هر کدام مستقل از دیگری باقی می‌ماند؟ و به طور دقیق‌تر در صورتی که شرکت تابعه خسارتی قراردادی و یا غیر قراردادی به اشخاص ثالث وارد نمایند، آیا می‌توان با فرض عدم مداخله شرکت هلدینگ در قرارداد به عنوان طرف قراردادی، ضامن و غیره، و در نتیجه منتفی دانستن مسئولیت قراردادی وی، شرکت

هلدینگ را مسئول جبران خسارات وارده به اشخاص ثالث از جانب شرکت تابعه دانست؟ و در صورتی که پاسخ سؤال مذکور مثبت باشد، در چه مواردی می‌توان نظر به مسئولیت وی داد؟ و مبنای این مسئولیت چه بوده و چگونه می‌توان آن را توجیه نمود؟ همچنین مسئولیت مزبور، اعم از اشتراکی (نسبی) و یا تضامنی اعم از طولی یا عرضی چگونه است؟

اولین نظریه‌ای که برای پاسخ به سؤال فوق به ذهن حقوق دانان متبادر گردید، نظریه استقلال شخصیت حقوقی شرکت هلدینگ از شرکت‌های تابعه خویش و عدم مسئولیت مطلق و بی‌قید و شرط وی در برابر اقدامات آن‌ها بود؛ چرا که این نظریه علاوه بر حفظ و پاسداری از تلاش گذشتگان برای دستیابی به نظریه استقلال شخصیت حقوقی سهامدار از شرکت تجاری و مطابقت آن با قواعد و اصول حقوقی، مهم‌ترین اهداف شرکت هلدینگ مبنی بر تمرکززدایی، فرار از سیستم قانونی کشورها و عدم مداخله در مسائل حقوقی شرکت‌های تابعه و همچنین گزینه‌های مالیاتی کمتر و غیره را - که منجر به کاهش ریسک، خسارات و هزینه‌های شرکت هلدینگ، افزایش حداکثری سود، جذب هر چه بیشتر سرمایه‌گذار و توسعه شرکت‌های تابعه و هلدینگ‌ها و در نهایت برد دوسویه شرکت هلدینگ و شرکت‌های تابعه می‌شود، تأمین می‌نماید. اما از آنجا که این نظریه تالی فاسد فراوانی را در پی داشت و منجر به اقدامات پرخطر و غیر منطقی سرمایه‌گذاران و ورود خسارات فراوانی به اشخاص ثالث می‌شد و در نهایت شرکت هلدینگ نیز از مسئولیت فرار می‌کرد. گروهی از حقوق دانان با هدف حفظ حقوق اشخاص ثالث و جلوگیری از تالی فاسد نظریه عدم مسئولیت مطلق، نظریه وحدت شخصیت حقوقی شرکت هلدینگ و شرکت‌های تابعه و مسئولیت بی‌قید و شرط و تام شرکت هلدینگ در برابر تعهدات شرکت‌های تابعه را مطرح نمودند. این گروه برای تبیین نظریه خود، به اقدام عملی گروه شرکت‌های هلدینگ و تابعه به ادغام در یکدیگر و همچنین واحد دانستن مجموعه شرکت‌های مذکور، به استناد ماده ۲۲۰ قانون تجارت و تضامنی عملی دانستن قالب آن‌ها به دلیل عدم ثبت این گروه شرکتی تحت قالب خاصی از موارد ماده ۲۰ قانون تجارت، و برخی دیگر از دلایل که موجه به نظر نمی‌رسد، توسل جست‌اند. حقوق دانان پس از چندی،

نظریه مذکور را نیز به علت معایبی که داشت، از جمله عدم تأمین هدف سرمایه‌گذاران و تولیدکنندگان از ایجاد گروه شرکت‌های هلدینگ و در نتیجه عدم استقبال آنان از این قالب شرکتی، عدم انگیزه سرمایه‌گذاران به فعالیت‌های اقتصادی و تولیدی دارای ریسک زیاد و ورود آن‌ها به حوزه‌های جدید تولید، تحمیل هزینه‌های نظارتی و کنترلی قابل توجه به شرکت هلدینگ (کاویانی و قاسمی مقدم، ۱۳۹۴: ۳۰-۳۹) و در نهایت ایجاد مانعی جدی در مسیر تحرک و پویایی بازار، کاربردی ندانسته و در صدد ارائه راهکاری برای حفظ حقوق اشخاص ثالث ضمن حفظ رغبت و منافع تولیدکنندگان و سرمایه‌گذاران برای فعالیت در قالب شرکت هلدینگ بودند. از آنجا که دو نظریه قبل هیچ کدام پاسخ‌گوی نیاز جامعه حقوقی و تجاری نبودند و در ادامه انقلابی که در تفکرات طرفداران نظریه تعدد و وحدت شخصیت حقوقی شرکت رخ داد و منجر به نزدیک شدن طرفداران هر دو نظریه به یکدیگر و در نظر گرفتن معایب و محاسن هر نظریه گردید، تصمیم به ایجاد تئوری معتدلی تحت عنوان «استقلال نسبی» شخصیت حقوقی شرکت هلدینگ از شرکت‌های تابعه گرفته شد تا ضمن احترام به میراث و تلاش گذشتگان مبنی بر شناسایی استقلال شخصیت حقوقی شرکت از شخصیت سهامداران و تفکیک دارایی و مسئولیت آن‌ها، راهی نیز برای جبران خسارت طلبکاران، اشخاص ثالث و سهامداران اقلیت یافته و راه را برای سوءاستفاده مسدود نمایند.

۱. راهکار حقوق غرب؛ نظریه استقلال نسبی شخصیت حقوقی

شرکت هلدینگ از شخصیت حقوقی شرکت‌های تابعه

مطابق با نظریه استقلال نسبی، شرکت هلدینگ نیز صرفاً سهامدار شرکت تابعه است و تنها تفاوت وی با سایر سهامداران در میزان سهام او خواهد بود که البته چنین سهام عمده‌ای منجر به بهره‌مندی مالک وی از امتیارات قانونی عمده و مؤثر همچون حق رأی در مجامع صاحبان عمومی سهام و در نهایت انتصاب هیئت مدیره و بازرسان می‌گردد و وی را تبدیل به سهامداری حرفه‌ای، کنترلی و با سمت مدیریتی می‌نماید. همچنین بدان علت که نمی‌توان شخصی را به دلیل استفاده از حق قانونی خویش،

مكلف به تعهدی اضافه نمود، اصل بر عدم مسئولیت شرکت هلدینگ در برابر طلبکاران شرکت‌های تابعه است. انتخاب این نظر از دیدگاه اقتصادی و حقوقی در صحنه بین‌المللی اهمیت خود را نشان می‌دهد؛ چرا که بیشتر شرکت‌ها برای فرار از سیستم قانونی کشورهای بیگانه به علت عدم آشنایی و جلوگیری از درگیر شدن با مسائل قانونی و حقوقی ناشناخته، گزینه‌های مالیاتی کمتر و همچنین کاهش هزینه‌های پیش رو در سیستم محلی هر کشور، دست به تشکیل شرکت‌های هلدینگ و سرمایه‌گذاری و خرید سهام سایر شرکت‌ها می‌زنند. از این رو در صورت بروز مشکلات عدیده حقوقی، این خود شرکت‌های تابعه (تبعه کشوری غیر از کشور متبوع شرکت هلدینگ) هستند که به تنهایی و با داشتن آشنایی کامل با قوانین آن کشور، قادر به حل مسائل خواهند بود و شرکت هلدینگ دغدغه ورود به دادگاه‌های کشورهای بیگانه و درگیری با مسائل حقوقی آن‌ها را ندارد و این امر منتج به صرفه‌جویی در هزینه و زمان وی خواهد شد.

شایان ذکر است که به رغم نظر انتخابی و نتیجه منتج‌شده از آن مبنی بر وجود تعدد شخصیت حقوقی و استقلال مالی مابین شرکت‌های هلدینگ و تابعه و بالتبع عدم مسئولیت شرکت هلدینگ در قبال دیون شرکت‌های تابعه و همچنین این حقیقت که شرکت هویتی جداگانه از سهامدارانش دارد، نباید این نکته را از نظر دور نگاه داشت که یکی از اهداف قانون‌گذار برای شناسایی مسئولیت برای اشخاص، ترغیب و توجه آن‌ها به انجام تکالیف قانونی خویش بوده و نباید از امتیازی که قانون‌گذار با شناسایی شخصیت حقوقی مستقل برای شرکت‌های تجاری قائل شده است، سوءاستفاده شود. از این رو قانون‌گذار هر جا که لازم باشد، وجود شخصیت حقوقی شرکت را نادیده می‌گیرد (اسکینی، ۱۳۸۳: ۴۹/۱). همچنین از آنجا که شرکت هلدینگ نقش سهامدار کنترلی را ایفاء می‌نماید و به دلیل خصیصه مدیریتی سهام وی و تأثیر سیاست‌گذاری او بر اقدامات شرکت‌های تابعه، در صورتی که برای وی با توجه به نقش ناظر و کنترل‌کننده بودن، مسئولیتی از باب جبران خسارت ناشی از رفتار فاعل زیان‌بشناسیم، به صورت طبیعی در انجام وظیفه‌اش دقت بیشتری می‌کند و از بروز حادثه تا حد امکان جلوگیری به عمل می‌آورد (لوراسا، ۱۳۷۵: ۶۳). همچنین با لحاظ اصل انصاف و به جهت

حفظ حقوق طلبکاران شرکت‌های تابعه و بنا بر عقیده‌ای که در ساده‌ترین شکل آن، می‌توان قائل به این بود که شرکت‌های هلدینگ به همراه شرکت‌های تابعه خود، نوعی گروه بهره‌برداری از دو یا چند شرکت هستند که علی‌رغم داشتن شخصیت حقوقی مستقل و متعدد و مسئولیت محدود منتج شده از آن، به عنوان یک سازمان اقتصادی واحد عمل می‌کنند، می‌توان ضمن احترام به شخصیت حقوقی متعدد و مستقلی که مابین شرکت تابعه و هلدینگ وجود دارد، این استقلال را نسبت به سهامداران اقلیت و جزء شرکت تابعه و یا هلدینگ به رسمیت شناخت؛ ولی نسبت به هلدینگ با توجه به تخصیص سهامدار عمده و کنترلی بودن وی در شرکت تابعه، در موارد خاصی می‌بایست قائل به مسئولیت مدنی غیر قراردادی شرکت هلدینگ نسبت به دیون ناشی از فعالیت شرکت‌های تابعه بود.

کشورهای موفق در عرصه تجارت نیز رویکرد استقلال نسبی را مورد توجه قرار داده‌اند؛ برای نمونه، ضمیمه‌ای^۱ مبنی بر به رسمیت شناختن مسئولیت شرکت هلدینگ

1. Division 5—Liability of holding company for insolvent trading by subsidiary

588V When holding company liable

(1) A corporation contravenes this section if:

- (a) the corporation is the holding company of a company at the time when the company incurs a debt; and
- (b) the company is insolvent at that time, or becomes insolvent by incurring that debt, or by incurring at that time debts including that debt; and
- (c) at that time, there are reasonable grounds for suspecting that the company is insolvent, or would so become insolvent, as the case may be; and
- (d) one or both of the following subparagraphs applies:
 - (i) the corporation, or one or more of its directors, is or are aware at that time that there are such grounds for so suspecting;
 - (ii) having regard to the nature and extent of the corporation's control over the company's affairs and to any other relevant circumstances, it is reasonable to expect that:
 - (A) a holding company in the corporation's circumstances would be so aware; or
 - (B) one or more of such a holding company's directors would be so aware; and
- (e) that time is at or after the commencement of this Part.

(2) A corporation that contravenes this section is not guilty of an offence.

در قبال دیون شرکت‌های تابعه در قانون اصلاحی قانون شرکت‌های استرالیا مصوب ۱۹۹۲^۱ الحاق شد. در حقوق آلمان نیز مطابق تئوری «علقه کارآمد»^۲ زمانی که یک شرکت کنترل‌کننده (هلدینگ) دست به مداخله و نظارت برجسته در مدیریت شرکت تابعه بزند و این شرکت در اثر فعالیت تجاری و فراز و فرودهای روی داده ورشکسته شود، در این حالت شرکت کنترل‌کننده باید خسارت دُیان شرکت تابعه را که به دلیل ورشکستگی، خواستار حق خود هستند، جبران کند (حسینائی، ۱۳۸۹: ۱۷۸). در قانون تجارت فرانسه نیز در فرض ورشکستگی شرکت، مقررات ویژه‌ای مبنی بر مسئولیت مدیران با عنوان مطالبه دیون پیش‌بینی شده است.

اما آنچه مسلم است اینکه در هر حال مسئول دانستن شرکت هلدینگ امری استثنایی است و اصولاً باید به قواعد و اصول حاکم بر حقوق شرکت‌ها پایبند بوده و در موارد استثنایی با توجه به راه حل‌های موجود، وی را با هدف جلوگیری از ورود ضرر به اشخاص ثالث با حسن نیت و اخلال در نظام اقتصادی مسئول دانست. تعیین معیاری برای این موارد استثنایی، کاری بسیار دشوار است. حقوق‌دانان در صدد ارائه معیاری مناسب و عادلانه، همچون عدم وجود اراده‌ای مستقل برای مدیران شرکت‌های تابعه، قابلیت پیش‌بینی ورشکستگی محتمل‌الوقوع شرکت تابعه، انجام کارهایی که احتمال شکست آن بسیار بیش از احتمال موفقیت آن است، عدم رعایت احتیاط و مقررات را ارائه نموده‌اند. دکترین «نفوذ» و «مدیریت در سایه» از مبانی نظریه اخیرالذکر در حقوق غرب هستند.

۱-۱. دکترین نفوذ

«دکترین نفوذ» و یا «خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت تجاری» حاکی از ایجاد وضعیتی است که طلبکاران شرکت معمولاً در فرض سوءاستفاده از حق و یا تقلب نسبت به قانون سهامداران، بتوانند در صورت کافی نبودن سرمایه شرکت، مسئولیت محدود شرکا را نادیده گرفته، برای استیفای مطالبات خود به دارایی‌های

1. Corporate Law Reform Act 1992 of Australia.
2. Qualified Concern.

شخصی آن‌ها مراجعه کنند و از این رو شخصیت حقوقی شرکت که به مثابه حجاب و حائلی مانع از رجوع به شرکاست، در شرایط خاص «خرق» شود تا امکان مراجعه به اشخاص فرای شرکت فراهم شود (جنیدی و زارع، ۱۳۹۴: ۸۷). رویه قضایی ایالات متحده آمریکا معیارهایی همچون ارائه اطلاعات نادرست و تظاهر به توانمندی شرکت تابعه، عدم وجود تفکیک مالی میان حساب‌های شرکت‌های تابعه و هلدینگ، ارائه نادرست اطلاعات مالی و کم نشان دادن هزینه‌ها، ارائه گزارش‌های دروغین توسط مدیران و یا کارمندان شرکت‌های تابعه و عدم کارایی آنان، عدم رعایت عدالت و انصاف، خطرپذیری غیر متعارف شرکت‌های تابعه و اعمال کنترل توسط شرکت هلدینگ بر شرکت‌های تابعه را برای اعمال دکترین فوق در نظر می‌گیرد (Matheson, 2009: 1112-1113).

۲-۱. دکترین مدیریت در سایه

مطابق با «دکترین مدیریت در سایه» نیز در صورتی که میزان دخالت سهامدار در قالب مدیری بانفوذ و تأثیرگذار همچون شرکت هلدینگ در هیئت مدیره شرکتی همچون شرکت تابعه زیاد و تعیین‌کننده باشد، در صورت بروز مشکل و عدم توانایی شرکت تابعه در ایفای تعهدات خود، سهامدار و مدیر مزبور (شرکت هلدینگ) به علت مدیریتی که در سایه داشته، مکلف به جبران خسارات وارده به اشخاص ثالث می‌باشد. البته لازم به ذکر است که مطابق این نظریه نمی‌توان تمام شرکت‌های هلدینگ را در قبال تعهدات شرکت‌های تابعه مسئول دانست، بلکه برای تعیین و تفکیک مدیر در سایه از مدیری که مسئولیتی بر وی تحمیل نمی‌شود و با وی مطابق مقررات و اصل استقلال شخصیت حقوقی رفتار می‌گردد، ملاک‌هایی را همچون اعمال دخالتی بیش از تعیین خط مشی و سیاست‌های کلی در امور و تصمیمات شرکت‌های تابعه از طریق نصب هیئت مدیره و یا لزوم به تصویب رساندن صورت جلسات هیئت مدیره شرکت‌های تابعه و یا به طرق دیگر می‌توان مدیر در سایه تلقی نمود.^۱

1. Judge Paul Baker said: [The definition of shadow director] is directed to the case where nominees are put up but in fact behind them strings are being pulled by some other persons who do not put themselves forward as appointed directors (Pettet, 2005: 35).

۲. بررسی راهکارهای موجود در نظام حقوقی اسلام و ایران نسبت به

مسئولیت شرکت هلدینگ در برابر اقدامات شرکت‌های تابعه

نظام حقوقی اسلام به آن میزان غنی می‌باشد که حتی در زمینه مسائل جدید نیز ما را بی‌نیاز از توسل به نظام‌های حقوقی دیگر و ترجمه دکترین جدید نماید؛ چرا که نظام حقوقی اسلام به دنبال ایجاد قواعدی عام و در عین حال دارای حدود و ثغور مشخص بوده تا سالیان سال بتواند مصادیق مختلف را در خود جای داده و میان مردم اصلاح ذات‌البین نماید. از قواعدی که در ادامه و در راستای تحلیل موضوع پژوهش بدان‌ها پرداخته خواهد شد، می‌توان به «حیل مردود شرعی» و قواعد فقهی «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام»، «المغرور یرجع الی من غره»، «من له الغنم فعليه الغرم» و «تسیب» اشاره نمود.

دکترین منع سوءاستفاده از حق و منع تقلب نسبت به قانون، دو دکترین عاریتی از حقوق غرب هستند که نظام حقوقی ایران نیازی به آن‌ها نداشته است؛ بدین توضیح که با توجه به غنای فقه اسلام و دارا بودن «قاعده لاضرر» و «حیل مردود شرعی»، نیازی بدان‌ها احساس نمی‌شود. همان‌طور که می‌دانیم حدود بیش از ۱۳ قرن قبل از آنکه فرانسویان دکترین منع سوءاستفاده از حق را ایجاد نمایند،^۱ بر مبنای حدیث نبوی «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام»، این قاعده به‌طور کامل‌تر و جامع‌تری در نظام حقوقی اسلام اعمال می‌شد. همان‌طور که می‌دانیم، احکام به‌طور کلی متضمن تکلیف و یا حق هستند. در موردی که قاعده لاضرر حکمی را که متضمن حقی است، رفع نماید، داخل در حوزه دکترین منع سوءاستفاده از حق می‌گردد؛ چرا که مطابق با قاعده مزبور، حکمی که منتج به ضرر غیر متعارف گردد، مشروع نیست. قلمرو دکترین منع سوءاستفاده از حق نیز آنجایی است که شخص با قصد اضرار در چارچوب تعیین شده برای حقی، به گونه‌ای عمل می‌نماید که بر خلاف اراده قانون‌گذار در وضع چنین حقی است؛ وگرنه در صورتی که از حدود تعیینی برای حقی فراتر رود، مشمول قاعده

۱. هرچند می‌توان این گونه بیان داشت که تفکر اولیه دکترین منع سوءاستفاده از حق نیز که توسط قاضی مسلمان دیوان عالی کشور فرانسه ایجاد شده است، با الهام از حدیث نبوی لاضرر بوده است.

مزبور نخواهد بود. معیار تشخیص سوءاستفاده از حق با مرور زمان تغییر و تکامل یافته و در نهایت علی‌رغم اختلاف نظرهای موجود، با معیار لاضرر که همان ضرر غیر متعارف است، همسو گشته است.

لازم به توضیح است از آنجا که مطابق با نظر شیخ انصاری، قاعده لاضرر صرفاً نفی حکم ضرری می‌نماید (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۴: ۱۹۳/۱-۱۹۴) و مجرای در مسئولیت مدنی ندارد، در تقدیر گرفتن قید «غیر متدارک» در عبارت «لا ضرر ولا ضرار غیر متدارک فی الإسلام»، اضافه و خلاف نظر واضح است؛ چرا که در صورتی که بپذیریم قاعده لاضرر علاوه بر نفی حکم، اثبات حکم نیز می‌کند و به جبران خسارت ناشی از ضرر حکم می‌دهد، در عمل وضع قواعدی همچون اتلاف، تسبیب، غرور و... را که با هدف جبران خسارت و تعیین مسئول وضع گردیده‌اند، زیر سؤال می‌بریم. از این رو به نظر می‌رسد قاعده لاضرر در رابطه با موضوع مورد بحث تنها زمانی کاربرد دارد که مصونیت قانونی مبنی بر عدم مسئولیت سهامدار کنترلی در قبال اقدامات شرکت‌های تابعه را نفی می‌کند و پس از آن با سلب مصونیت مذکور، به مدد سایر قواعد فقهی می‌توان آن‌ها را ملزم به جبران خسارات وارده به ذی‌نفعان نمود؛ وگرنه تا زمانی که شرکت هلدینگ تحت حمایت قانونی باشد، تابع اصل عدم مسئولیت سهامدار و جدایی شخصیت حقوقی شرکت از شرکا هستیم و نمی‌توانیم شرکت هلدینگ را مسئول بدانیم. از این رو باب جداگانه‌ای بدان اختصاص نخواهیم داد.

۱-۲. قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم»

مبنای دیگری که می‌توان برای مسئولیت شرکت هلدینگ در برابر خسارات و اقدامات شرکت تابعه در نظر گرفت، قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم»^۱ است. به موجب

۱. لازم به ذکر است که قاعده فقهی مزبور، بیانی دیگر از نظریه خطر در مسئولیت مدنی حقوق غرب است. انتقاداتی که از لحاظ نظری، اجتماعی، اقتصادی و اجرایی بر نظریه خطر وارد آمد، علاوه بر اینکه شمار کسانی را که به طور مطلق و بی‌قید و شرط به نظریه خطر عقیده داشتند، کاهش داد، طرفداران این نظریه را به تجدیدنظر و تعدیل اصل نظریه و در نهایت ارائه ضوابط و معیارهای جدیدی وادار نمود که موجب پیدایش سه نظریه «خطر در برابر انتفاع مادی»، «خطر در برابر هر گونه انتفاع» و «خطر نامتعارف» گردید.

این نظریه، هر کس به فعالیتی بپردازد، محیط خطرناکی برای دیگران به وجود می‌آورد و کسی که از این محیط منتفع می‌شود، باید زیان‌های ناشی از آن را نیز جبران کند. به این ترتیب، مبنای مسئولیت مدنی مکافات تقصیر نیست؛ بلکه عوض سودی است که شخص از فراهم آوردن محیط خطرناک می‌برد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۳-۲۴). به بیان دیگر، تقصیر در زمره ارکان ایجاد مسئولیت نمی‌باشد، بلکه همین که شخص زیانی به بار آورد، باید آن را جبران کند؛ خواه کاری که سبب ایجاد ضرر شده است، صواب باشد یا خطا. در واقع سرمایه‌داران بزرگ از محیط خطرناکی که به وجود آورده‌اند، سود می‌برند، ولی در پناه پیچیدگی‌های خاص قوانین از جبران زیان‌هایی که به بار آورده‌اند، معاف می‌شوند و این در حالی است که هر عرف و وجدان بیداری، قاعده «من له الغنم فعليه الغنم» را برای جبران خسارات وارده توسط آنان می‌پذیرد (همو، ۱۳۸۴: ۲۲۵/۲).

قاعده مزبور در بسیاری از موارد، راهگشای فقها بوده است؛ برای مثال، یکی از مبانی ضمان عاقله،^۱ همین قاعده است. مبانی و فلسفه وجودی ضمان عاقله شامل اهمیت تعاون و همیاری در اسلام، توزیع خسارات در جمع همانند بیمه، اهرمی نظارتی و بازدارنده، حرمت خون مسلمان، حق و تکلیف متقابل ناشی از ارث می‌باشد (بادینی، ۱۳۸۴: ۵۳۳-۵۳۴). حدیثی نبوی نیز مبنی بر اهمیت مال مسلمان و همانندی آن با خون مسلمان وجود دارد که می‌توان گفت همان طور که راهکار و شیوه تعاون و همکاری برای پرداخت دیه خون مسلمان، وجود دارد، پس می‌توان تعاون را در پرداخت خسارت وارده به مال مسلمان نیز وارد دانست؛ به ویژه آنجا که شرکت هلدینگ از محاسن و در منافع شرکت‌های تابعه استفاده می‌نماید و بر آن‌ها اعمال مدیریت نموده و در تصمیمات آن‌ها مداخله می‌کند، می‌توان وی را مکلف به انجام تعهدات شرکت تابعه در برابر اشخاص ثالث نمود. البته در صورتی که بخواهیم در برابر تعهد شرکت تابعه‌ای

۱. ماده ۴۶۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در مقام بیان تعریفی از ضمان عاقله این گونه مقرر می‌دارد: «عاقله عبارت از پدر، پسر و بستگان ذکور نسبی پدری و مادری یا پدری به ترتیب طبقات ارث است. همه کسانی که در زمان فوت می‌توانند ارث ببرند، به صورت مساوی مکلف به پرداخت دیه می‌باشند».

علاوه بر هلدینگ، شرکت‌های تابعه دیگری را که تحت مدیریت واحد یک هلدینگ به فعالیت می‌پردازند، مسئول بدانیم، می‌توان علاوه بر تمسک به قاعده فقهی «من له الغنم فعلیه الغرم»، از نهاد عاقله نیز کمک جست؛ چرا که به هر حال شرکت‌های تابعه نیز در این زنجیره نفع برده و با دستیابی به مواد اولیه ارزان‌تر و البته مشتری و بازار تضمین شده، با کاهش هزینه‌های خود در جهت خرید مواد گران‌تر و جذب مشتری، در نهایت به سود بیشتری دست می‌یابند. لذا می‌توان با توسل به قاعده فقهی مزبور در موارد خاص، قائل به مسئولیت سایر شرکت‌های تابعه بود. البته لازم به یادآوری است که اصولاً پیش‌فرض، عالم و عادل بودن قاضی رسیدگی‌کننده است و انتظار می‌رود که همچون اکثر مقررات قانون تجارت، قاضی محترم با توجه به اوضاع و احوال، رأی منصفانه صادر نماید که منافع اشخاص بیشتر تأمین گردد. حال این رأی ممکن است حاکی از مسئولیت شرکت هلدینگ، سایر شرکت‌های تابعه و یا عدم مسئولیت آن‌ها باشد.

مطابق با قاعده فقهی مزبور، مسئولیت جبران خسارت منتج شده از فعالیتی، بر عهده کسی است که از آن فعالیت منتفع می‌گردد. از این رو از آنجا که شرکت هلدینگ به عنوان سهامدار اصلی و مؤثر، علاوه بر سود حاصله از فعالیت شرکت تابعه، از سایر مزایای غیر مستقیم آن منتفع می‌گردد، لذا در صورتی که خسارتی نیز به شخص ثالثی وارد گردد، انصاف و عدالت حکم می‌نماید که وی جبران نماید و در زمان بروز خسارت، در کنار شرکت تابعه در صدد جبران آن برآید.

لازم به ذکر است که به باور برخی نویسندگان، زمانی می‌توان از این قاعده فقهی و تئوری استفاده نمود که جبران خسارت از طریق قواعد متعارف و مسلم مسئولیت مدنی امکان‌پذیر نباشد؛ برای مثال، عامل واردکننده زیان مجهول باشد و یا اینکه توانایی جبران خسارت را نداشته باشد و ضرر وارده نیز معتابه باشد^۱ و در صورتی که از قاعده

۱. مطابق با نظریه «خطر نامتعارف» نیز زمانی شرکت هلدینگ را می‌توان مسئول جبران خسارت ناشی از فعالیت شرکت تابعه دانست که با سوءاستفاده از امتیاز عدم مسئولیتی که قانون برای وی در نظر گرفته، تصمیماتی بی‌محابا و نامتعارف اخذ نماید و این خسارات ناشی از آن تصمیمات باشد. ولی اگر در چارچوب عرف و مقررات عمل نموده باشد، نمی‌توان به علت بهره‌مندی از امتیازی که قانون برای وی محترم دانسته، وی را مسئول دانست.

مزبور استفاده نکنیم، ضرر سنگینی بدون جبران باقی بماند. از این رو برای جلوگیری از تحمیل خسارت وارده به زیان‌دیده، شاید رجوع به کسانی که تا کنون از سود ناشی از فعالیت بهره‌مند گردیده‌اند، راهکار مناسبی باشد (قزوینی، ۱۳۹۳: ۸۴).

علاوه بر توجهی که قانون‌گذار ایران به قاعده مزبور در قانون حمایت از مصرف‌کنندگان داشته است، در رویه قضایی نیز به طور مثال در صورتی که هواداران یک تیم فوتبال به ورزشگاهی خسارت وارد آورند، آن تیم مکلف به جبران خسارت است؛ زیرا همان طور که آن تیم از حضور هواداران در ورزشگاه منتفع می‌گردد، باید در خسارتی که آن‌ها وارد می‌آورند نیز متضرر گشته و آن را جبران نماید و این در حالی است که ممکن است هیچ رابطه استنادی بین افعال تماشاگران و باشگاه ورزشی مسئول به جز فراهم آوردن محیط خطر وجود نداشته باشد (مسعودیان‌زاده، ۱۳۸۹: ۶۷).

در شمول قاعده مورد بحث باید این نکته را مدّ نظر قرار داد که علاوه بر عدم حصول هدف و انگیزه اصلی شرکت هلدینگ و نادیده گرفتن خصیصه اصلی شرکت‌ها و تعدد شخصیت حقوقی، اصل شخصی بودن مسئولیت و فلسفه آیه «لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى» (فاطر/ ۱۸) نیز نادیده انگاشته خواهد شد. مطابق حدیث شریف پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مبنی بر محترم دانستن مال مؤمن به اندازه جان وی،^۱ مسئول دانستن شرکت هلدینگ در برابر دیون شرکت‌های تابعه در هر شرایط و موقعیتی، منتج به نقض فلسفه وضع آیه شریفه و اصل مزبور می‌گردد. از این رو به نظر می‌رسد که می‌بایست در تفسیر و شمول قاعده مذکور، تمامی جوانب امر را سنجید و سپس حکم به پرداخت خسارت از سوی منتفع‌داد (احمدزاده، ۱۳۹۴: ۵۸). بنابراین مطابق با این قاعده نیز اصل کلی که همانا استثناء بودن مسئولیت شرکت هلدینگ است، باید مدّ نظر قرار گیرد.

خرق حجاب افقی (به رسمیت شناختن حق طلبکاران شرکت تابعه‌ای برای مراجعه به شرکت تابعه‌ای دیگر) و خرق حجاب عمودی نزولی (قائل شدن حق مراجعه طلبکاران شرکت هلدینگ به شرکت‌های تابعه) نیز با قاعده فقهی مذکور قابل توجیه است؛ همان طور که شرکت تابعه مسئول نیز از «غنم» این گروه شرکتی همچون تأمین

۱. «حرمة مال المسلم كحرمة دمه».

مواد اولیه با کیفیت مطلوب و ارزان‌تر از بازار و یا بازار تضمین‌شده برای محصولات تولیدی خود بهره‌مند شده است، «غرم» آن را نیز باید عنداللزوم تقبل نماید.

۲-۲. قاعده غرور

مطابق با قاعده غرور^۱ کسی که به واسطه فریبکاری دیگری گول خورده و متحمل ضرر شده است، حق مراجعه به فرد فریبکار را دارد. برای تحقق غرور چهار شرط ذکر شده است: اولاً زیان‌دیده جاهل به واقع باشد. ثانیاً جهل، انگیزه اتلاف یا استیلا باشد. ثالثاً بین کار عامل غرور و این پندار نادرست، رابطه علیت وجود داشته باشد. رابعاً مغرورکننده مقصر باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۵۹). در خصوص شرط بودن تقصیر در تحقق ضمان غرور بین فقها اختلاف نظر است. بنا بر نظر مشهور، جایی که کسی حقیقت را می‌داند، ولی قصد فریفتن دیگری را ندارد، هر گاه افعالی از او سر بزند که در دید عرف باعث فریب دیگران و اضرار به آنان شود، ضامن است. از نظر ایشان، آنجایی که رابطه عرفی میان فعل او و فریب خوردن زیان‌دیده وجود دارد، عرف او را مغرورکننده قلمداد می‌کند؛ چرا که آنچه اهمیت دارد این است که منشأ غرور و فریب مغرور، فعل چنین فردی بوده است و به عبارت دیگر، عرف صدق عناوین فعلیه همانند غرور را نیازمند قصد ندانسته و به همان اندازه که عرفاً عنوان فریب دادن و فریب خوردن از عمل غارّ فهمیده شود، غرور و ضمان وی را ثابت و مدلل می‌داند (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۱۶۴/۱).

ملاحظه می‌شود که مطابق این نظر در تحقق ضمان ناشی از غرور، تقصیر نقشی ندارد.

در نگاه دیگر، غرور به معنای خدعه و فریبکاری می‌باشد و در موردی که شخصی قصد فریب دادن نداشته باشد، تحقق ضمان ناشی از غرور را نمی‌توان پذیرفت (نراقی، ۱۴۱۹: ۲۹۶/۱۴). پس برای جمع میان این دو نظر و رفع اختلاف نظر موجود، بهتر است قائل به این باشیم که برای تحقق غرور، یکی از دو حالت زیر باید رخ دهد:

نخست، قصد فریب و گمراه کردن طرف با اعمال یا اقوال و یا کتمان کاری‌هایی

۱. «المغرور یرجع إلى من غره».

که او را فریب داده و دچار خسارت نماید.

دوم، انجام اعمال یا اقوال یا کتمان کاری‌هایی که عادتاً موجب گمراهی مردم می‌شود؛ هرچند انجام‌دهنده قصد فریبکاری نداشته باشد و به طور عادی طرف به علت عوامل مذکور دچار خسارت گردد (عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۱۶۷-۱۶۸).

به عبارت دیگر، هرگاه تقصیری به اغواکننده نسبت داده شود، غرور تحقق می‌یابد، هرچند که او قصد فریب نداشته باشد و از حقیقت نیز آگاه نباشد؛ زیرا احراز رابطه سببیت بین فعل مغرورکننده و اغوای فریب‌خورده کافی است. ولی هرگاه تقصیری نتوان به او نسبت داد، اغواء تحقق نمی‌یابد؛ خواه جاهل به حقیقت باشد یا عالم (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۶۰).

در خصوص موضوع مانحن‌فیه نیز به نظر می‌رسد با مذاقه در فلسفه وضع ماده ۹۵ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ مبنی بر شریک ضامن تلقی نمودن شریکی که موجب فریب دیگران شده و نامش در عنوان شرکت با مسئولیت محدود آمده است، در صورتی که شرکت تابعه‌ای همچون «شرکت تأمین قطعات ایران خودرو» در عنوانش نامی از شرکت هلدینگ آورده باشد، در این صورت علاوه بر شرکت تابعه، شرکت هلدینگ نیز به صورت تضامنی عرضی با وی مسئولیت دارد (احمدزاده، ۱۳۹۴: ۷۰).

به بیانی واضح‌تر، شرکت هلدینگی که به دلیل منافعش اقدام به فریبکاری نموده و در بدو امر به عنوان یکی از مؤسسان اصلی، از نام و اعتبار خود سوءاستفاده کرده و به نوعی در نام شرکت تابعه درج کرده است و یا اینکه به وی اجازه داده است که از نام وی استفاده تجاری کند و در واقع حتی اگر قائل به این باشیم که هلدینگ چنین قصدی را نداشته است، عرفاً به نحوی القاء نموده است که شرکت تابعه جزئی از وی بوده، از این رو با شرکت تابعه که برای جذب اشخاص ثالث از اعتبار نام شرکت هلدینگ استفاده نموده و در بازار جلب اعتماد می‌نماید، متضامناً مسئول پرداخت بدهی اشخاص ثالث هستند. همچنین به نظر می‌رسد با توجه به اینکه وجه تمایز ویژه‌ای مابین شرکت سهامی و شرکت با مسئولیت محدود از نظر سرمایه‌ای بودن و نوع مسئولیت شرکای آن‌ها نیست، می‌توان با تنقیح مناط از ماده مذکور، همین حکم را راجع به شرکت تابعه‌ای که در قالب شرکت سهامی به ثبت رسیده باشد نیز

اعمال نمود.^۱

البته همان طور که گفته شد، معمولاً در صورتی که در انعقاد قراردادها شرکت‌های تابعه به نحوی به طرف مقابل القاء نمایند که آن‌ها تحت لوا و حمایت شرکت هلدینگ می‌باشند و یا بخشی از نام خود را به شرکت هلدینگ اختصاص دهند، علی‌رغم قاعده مسئولیت محدود سهامداران در شرکت‌های سرمایه، حکم به مسئولیت سهامدار حرفه‌ای و کنترلی شرکت تابعه (شرکت هلدینگ) در برابر طلبکاران شرکت تابعه می‌توان صادر نمود.

۲-۳. حیل مردود شرعی

«حیل» جمع حيله و از ماده «حول» به معنای تغییر و دگرگونی است و معنای اصطلاحی آن که معادل چاره‌جویی است، عبارت است از رسیدن به یک مسئله از راه اسباب و علل خفیه و پنهانی که می‌تواند ممدوح و یا مذموم باشد، هرچند جنبه مذموم آن که دستیابی به مطلوبی حرام از طریق توسل به وسیله و مقدمه‌ای حلال است، بیشتر مورد استعمال قرار گرفته است. البته قسم سومی نیز از حیل وجود دارد که بر خلاف دو مورد فوق، غیر واقعی و صوری بوده و قصد جدی در آن وجود ندارد. لذا از سه قسم مزبور تنها نوع ممدوح آن مجاز و صحیح بوده و دو قسم دیگر باطل است.

۱. نظریه‌ای نیز تحت عنوان «ایجاد ظاهری گمراه‌کننده» و یا «ظاهری فریبنده» توسط قضات و رویه قضایی فرانسه ایجاد شده است که بر مبنای نظریه قاعده فقهی مزبور و بسیار شبیه بدان بوده و در واقع ردّ پایی از این قاعده در حقوق فرانسه محسوب می‌گردد. نظریه مزبور بیان می‌دارد که چنانچه شخص ثالثی به وضعیتی اعتماد کند، این وضعیت باید از سوی شخصی که این ظاهر را ایجاد کرده است، حفظ شود؛ یعنی اگر ثالث به طور متعارف و معقولی این گونه تصور نماید که شرکت تابعه وابسته و تحت حمایت شرکت هلدینگ است و به این اعتماد با وی معامله‌ای نماید، در صورت نقض تعهد قانونی و یا قراردادی شرکت تابعه، شرکت هلدینگ که این ظاهر را ایجاد کرده است، باید پاسخ‌گوی خسارات وارده باشد.

شایان ذکر است که رکن لازم برای اثبات این مسئولیت ناشی از نظریه مزبور، وجود «اطمینان و اعتماد قانونی» است و چنانچه ثالث هیچ‌گونه تصور و اعتمادی به عنوان مزبور و ظاهر گمراه‌کننده ایجاد شده نداشته باشد و بداند که شرکت تابعه، مستقل از شرکت هلدینگ بوده و انتظار حمایتی از شرکت هلدینگ در وی شکل نگرفته باشد، بدیهی است به دلیل نبود این عنصر، دیگر استناد به این نظریه ممکن نیست (رضائی، ۱۳۹۶: ۱۶۶).

حیله‌ها و چاره‌ها هرچند در بحث طلاق و ربا به نحو گسترده‌ای بیان شده، اما اختصاصی به این دو مبحث نداشته و در ابواب مختلف فقه از آن بهره جسته و می‌جویند. دکترین تقلب نسبت به قانون نیز بیانگر مبحث حیل شرعی فقه بوده و لذا از این باب نیز بی‌نیاز از ترجمه و ورود دکترین جدید مذکور در موضوع مورد بحث هستیم. از این رو در صورتی که برای فرار از مسئولیت در برابر طلبکاران و یا رفع ممنوعیت‌های قانونی، اقدام به تشکیل شرکت‌های تابعه بنمایند، شخصیت حقوقی مستقل نادیده گرفته شده و ممنوعیت‌ها لحاظ و مسئولیت مزبور تحمیل خواهد شد.

۲-۴. قاعده تسبیب

مسئولیت ناشی از تسبیب زمانی محقق می‌گردد که فعل منشأ ضرر، در وارد کردن ضرر به مال غیر، به وسیله خود فاعل، به هدف هدایت نشده باشد، بلکه بر اثر تقصیر یا بی‌مبالاتی یا غفلت و عدم احتیاط وی، ضرر متوجه غیر گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ۱۵۱). در فقه نیز هر گاه عمل شخص، مع‌الواسطه باعث تلف مال دیگری شود، عامل ضامن و این عمل را تسبیب می‌گویند (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۱۱۷/۱). مطابق با قاعده تسبیب، فرد مستقیماً خسارتی را به بار نمی‌آورد، بلکه موجبات تحقق آن را فراهم می‌کند. برای تحقق این نوع از ضمان قهری، علاوه بر سه عنصر ورود خسارت اعم از مادی و یا غیر مادی، فعل زیانبار و رابطه سببیت میان این دو، وجود عنصر تقصیر برای احراز رابطه سببیت نیز شرط می‌باشد. شایان ذکر است که مفهوم سبب در تسبیب نسبت به معنای فلسفی آن (علت) متفاوت است. در اینجا سبب به معنای زمینه و مقتضای فعلی است، به نحوی که از وجودش وجود دیگری لازم نیاید، ولی از عدمش عدم دیگری لازم بیاید. بر همین مبنا عنصر عمد و قصد در تحقق ضمان ناشی از تسبیب، شرط نمی‌باشد و از این بابت همانند اتلاف است؛ اما به لحاظ اینکه در تسبیب، ضرر با واسطه وارد شده است، از این رو عرف برای اتساع و احراز رابطه سببیت میان زیان وارده و فعل زیانبار به ناچار به ملاک تقصیر متوسل می‌شود و این به معنای شرط بودن تقصیر در تحقق تسبیب نمی‌باشد، بلکه ملاکی برای احراز رابطه سببیت است. مبنای واقعی که برای چنین حکمی وجود دارد آن است که مباشر، سبب نزدیک‌تر بوده

و او بوده که موجب خسارت به دیگری شده است. تأثیر فعل مباشر به حدی است که نقش مسبب را چندان کم‌رنگ می‌سازد که انتساب خسارت حاصل به فعل شخص اخیر را نامحسوس می‌سازد. اما باید فرضی را در نظر گرفت که در آن نقش و تأثیر مباشر به دلیل ضعف و جهل او و یا نفوذ بیش از حد مسبب اندک است؛ به نحوی که تأثیر عمل مسبب، فعل زیانبار مباشر را خنثی می‌سازد و به عبارت بهتر، رابطه علیت میان فعل مباشر و زیان حاصل قطع می‌گردد.

به طور کلی نویسندگان، سبب را به سه نوع تقسیم می‌کنند:

(۱) جایی که اثر سبب تنها ایجاد داعی و تحریک مباشر است و فعلی به آن نسبت داده نمی‌شود؛ مانند اینکه شخصی دیگری را امر به کشتن کند یا راه سرقت را به او بیاموزد. در این صورت ضمان بر عهده مباشر است.

(۲) موردی که فعل مستند به سبب است و مباشر نقشی ندارد، مانند اینکه مباشر، مجنون، کودک یا حیوان است و یا اینکه به حکم شرع ملزم است، مانند کسی که حکم حاکم شرع را اجرا می‌کند. در اینجا سبب قاعده سبب اقوی از مباشر مورد پیدا می‌کند؛ زیرا مسبب ضمان دارد، چنان که اگر حاکم به استناد شاهد، نادرست حکم کرده باشد، شاهد ضامن است نه حاکم.

(۳) موردی که فعل مستند به مباشر ولی ضمان مستند به سبب است؛ مانند تقدیم طعام متعلق به دیگری که مالک به مباشر رجوع می‌کند و مباشر به سبب (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۵۵).

نظام حقوقی اسلام و به تبع آن نظام حقوقی ایران در اجتماع اسباب، نظریه سببیت مؤثر را مورد پذیرش قرار داده است؛ زیرا دلیل مسئولیت مباشر در جایی که سببی نیز وجود دارد، آن است که مباشر، علت مؤثر در بروز خسارت بوده است. مباشر سبب نزدیک است و اصولاً تحقق خسارت به او منسوب می‌گردد. اما همواره این گونه نیست؛ ممکن است به علت ضعف مباشر یا نفوذ مسبب، شخص اخیر سبب مؤثر در تحقق خسارت باشد. از این رو در صورتی که مدیران شرکت‌های تابعه تحت نفوذ حداکثری شرکت هلدینگ باشند و تمامی تصمیمات مهم با اعمال نظر شرکت هلدینگ اتخاذ گردد و یا اینکه تصمیمی که موجب ورود ضرر به شخص ثالث گشته،

از طرف هلدینگ دیکته شده باشد و به طور کلی بتوان تقصیر شرکت هلدینگ را احراز نمود، مسئولیت مدنی ناشی از فعل زیانبار شرکت تابعه که منسوب به شرکت هلدینگ می‌باشد، بر عهده وی است.

۳. کار نظام حقوقی ایران، مسئولیت ناشی از تسبیب شرکت هلدینگ در برابر اقدامات شرکت‌های تابعه

قاعده تسبیب در حقوق ایران در ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی به صراحت مورد توجه مقنن قرار گرفته و در مواردی با الهام از آن به وضع قوانینی همچون مسئولیت مدنی غیر قراردادی مبتنی بر تقصیر مدیران در شرکت‌های تجاری پرداخته است؛ برای مثال، بر خلاف تئوری مسئولیت محدود در شرکت‌های سرمایه‌ای همچون سهامی، در مواد ۱۴۲ و ۱۴۳ لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷^۱ برای مدیران و مدیر عامل شرکت‌های سهامی متخلف، مسئولیتی مبتنی بر تقصیر و تخلف آن‌ها قائل شده است که چنانچه از مقررات قانونی، اساسنامه و مصوبات مجامع عمومی تخطی نمایند و یا ثابت شود که ورشکستگی شرکت، معلول تخلف و یا تقصیر آن‌ها می‌باشد، عنداللزوم در برابر شرکت و یا اشخاص ثالث، منفرداً، مشترکاً و یا حتی در فرض ورشکستگی معلول تخلف آن‌ها، به صورت تضامنی مسئول جبران خسارت می‌باشند. همان طور که مشاهده می‌گردد، مقنن برای احراز تقصیر و رابطه سببیت، معیارهایی را همچون تخطی از مصوبات مجامع و تکالیف قانونی در خصوص مسئولیت مدیران ارائه نموده است. از این رو علی‌الاصول باید معیاری برای تعیین رفتار متعارف و تشخیص تخطی از آن و انتساب تقصیر به مسئول جبران خسارت ارائه گردد تا بتوان با استفاده از آن، کلیه اقدامات سهامداران و مدیران را مشمول و یا غیر مشمول مسئولیت دانست.

۱. ماده ۱۴۲ لایحه اصلاحی قانون تجارت: «مدیران و مدیرعامل شرکت در مقابل شرکت و اشخاص ثالث نسبت به تخلف از مقررات قانونی یا اساسنامه شرکت و یا مصوبات مجمع عمومی بر حسب مورد، منفرداً یا مشترکاً مسئول می‌باشند و دادگاه حدود مسئولیت هر یک را برای جبران خسارت تعیین خواهد نمود». ماده ۱۴۳ لایحه اصلاحی قانون تجارت: «در صورتی که شرکت ورشکسته شود یا پس از انحلال معلوم شود که دارایی شرکت برای تأدیه دیون آن کافی نیست، دادگاه صلاحیتدار می‌تواند به تقاضای هر ذی‌نفع، هر یک از مدیران و یا مدیرعاملی را که ورشکستگی شرکت یا کافی نبودن دارایی شرکت به نحوی از انحاء، معلول تخلفات او بوده است، منفرداً یا متضامناً به تأدیه آن قسمت از دیونی که پرداخت آن از دارایی شرکت ممکن نیست، محکوم نماید».

در بسیاری از کشورها همچون استرالیا، انگلستان و یا آمریکا، در خصوص مسئولیت شرکت هلدینگ در قبال بدهی شرکت‌های تابعه، نص قانونی وجود دارد و مقنن با وضع قوانین مرتبط و مورد نیاز ضمن تعیین تکلیف در زمینه‌های بحث برانگیز، از ایجاد هرج و مرج در جامعه و بازار خود جلوگیری به عمل می‌آورد. در حقوق آمریکا مطابق اصول راهبردی شرکتی و قانون نمونه شرکت‌های بازرگانی، معیار مسئولیت مدیران را تخطی از رفتار شخص محتاط و متعارف دانسته‌اند (جنیدی و زارع، ۱۳۹۴: ۹۶). در ماده 588V قانون Corporate Law Reform Act 1992 کشور استرالیا^۱ در برخی موارد همچون فرضی که با وجود مدیران و نمایندگان شرکت هلدینگ در هیئت مدیره و کنترل و نظارتی که شرکت هلدینگ بر شرکت‌های تابعه دارد و یا سایر مواردی که منطقیاً ورشکستگی شرکت تابعه‌ای قابل پیش‌بینی می‌باشد، قانون‌گذار با مفروض دانستن تقصیر هلدینگ، وی را در قبال پرداخت بدهی‌های شرکت تابعه مسئول می‌داند. مطابق ماده مذکور در صورتی که شرکت تابعه منحل گردد و تمام یا قسمتی از طلب طلبکار شرکت تابعه، فاقد وثیقه بوده و با عدم پرداخت مواجه گردد، طلبکار حق مراجعه به شرکت هلدینگ و مطالبه طلب خود را دارد.

در نظام‌های حقوقی فرانسه و بلژیک نیز با استفاده از مبانی متعدد همچون مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر و به ویژه در مواردی که اعضای هیئت مدیره شرکت تابعه با شرکت هلدینگ رابطه استخدامی دارند، مسئولیت مدنی شرکت هلدینگ در برابر شرکت‌های تابعه را به رسمیت شناخته‌اند (رضائی، ۱۳۹۶: ۱۵۱). در حقوق فرانسه به موجب قانون ۲۵ ژانویه ۱۹۸۵، در صورتی که شرکت همچنان وجود داشته باشد و مشغول فعالیت اقتصادی باشد، و به بیانی دیگر منحل نشده باشد، مسئولیت مدیران قانونی و عملی بر طبق قواعد مسئولیت مدنی تعیین می‌شود (Jeantin, 2003: 612).

معیاری که سابق بر این در مورد دکترین مدیریت در سایه نیز بیان شد، می‌تواند تحت لوای تسبیب آورده شود. توضیح بیشتر آنکه ممکن است دو نوع رابطه مابین شرکت هلدینگ و شرکت تابعه وجود داشته باشد:

۱. برای دیدن متن این ماده ر.ک: همین جستار، ص ۱۸۵، پاورقی ۱.

اول؛ مدیران شرکت‌های تابعه به عنوان نمایندگان آن، هیچ اختیاری از خود نداشته و دست‌نشانده شرکت هلدینگ هستند و سهامداران اقلیت نیز یا نماینده‌ای در هیئت مدیره نداشته و یا نهایتاً حضور مؤثری ندارند. به بیانی دیگر، شرکت‌های تابعه در این حالت همچون عروسک‌هایی هستند که توسط عروسک‌گردانی در پشت پرده به حرکت درمی‌آیند و شرکت هلدینگ نیز از طریق مدیران خود در جزء جزء مسائل و تصمیمات مداخله داشته و مؤثر است.

دوم؛ مدیران شرکت‌های تابعه استقلال رأی داشته و در چارچوب خط مشی و سیاست‌های کلی‌ای که شرکت هلدینگ برای آن‌ها تعیین می‌نماید، تصمیم‌گیری و عمل نمایند (Pettet, 2005: 35).

در حالت اول چنانچه خسارت وارده ناشی از اجرای دقیق و متعارف تصمیم مدیریتی شرکت هلدینگ و در چارچوب رعایت موازین و مقررات درون‌شرکتی و کشوری باشد و خسارتی به شخص ثالث و یا حقوق سهامداران اقلیت وارد آید، در این حالت، سبب اقوی از مباشر به نظر می‌رسد و می‌توان به مسئولیت شرکت هلدینگ نظر داد؛ چرا که در واقع شرکت تابعه اختیاری در اقدام صورت گرفته نداشته و صرفاً مجری تصمیمات شرکت هلدینگ می‌باشد.

اما در حالت دوم، اصل بر مسئولیت خود شرکت تابعه است و اصولاً جبران خسارت وارده بر عهده وی می‌باشد، ولی در صورتی که شرکت تابعه برای رعایت و اجرای سیاست‌ها و خط‌مشی‌های شرکت هلدینگ ناگزیر از اجرای آن عمل بوده باشد، شاید بتوان به حق رجوع وی به شرکت هلدینگ نظر داد. همچنین مطابق با ماده ۱۱۰ لایحه اصلاحی قانون تجارت، نماینده حقیقی عضو حقوقی هیئت مدیره به همراه عضو حقوقی هیئت مدیره، مسئولیتی تضامنی در جبران خسارات ناشی از تعهدات قراردادی و غیر قراردادی (مسئولیت مدنی) دارد. نماینده را می‌توان در معنای موسع خود در نظر گرفت و وی را اعم از مدیران حاضر و یا مدیران غیر رسمی و عملی و یا در سایه تلقی نمود.

از مصادیق فعل زیانبار، تخلف از وظیفه‌ای قانونی و یا قراردادی همچون مراقبت، کنترل و نظارت بر شرکت‌های تابعه و عملکرد آن‌ها می‌باشد. همچنین تقصیر نیز تعدی

و یا تفریط از رفتار شخصی متعارف است که در ادامه به بررسی برخی از مصادیق تقصیر قابل تحقق در رابطه مابین شرکت هلدینگ و شرکت‌های تابعه می‌پردازیم. البته لازم به ذکر است که مصادیق مطروحه صرفاً تمثیلی بوده و دربردارنده برخی از مصادیقی است که به وقوع پیوسته و مورد توجه قرار گرفته است. لذا این موارد حصری نیستند و تمامی مواردی که در آینده نیز ممکن است به وقوع بپیوندد و منطبق با معیارهای مطروحه باشد، داخل در موارد مسئولیت مدنی غیر قراردادی هلدینگ می‌باشد. البته مجدداً لازم به تأکید است که همچنان قاعده استقلال شخصیت حقوقی شرکت از شرکا و قاعده مسئولیت محدود در شرکت‌های سرمایه حاکم بوده و خللی بدان وارد نمی‌باشد، اما در مورد سهامدار کنترلی، در برخی موارد محدود و تحت شرایط و اوضاع و احوال خاصی همچون عدم وجود توان مالی کافی شرکت تابعه با توجه به موضوع فعالیت وی، این قواعد مشمول استثناء می‌شوند. در همین خصوص در بند ۳ ماده ۴۷۷ پیش‌نویس لایحه قانون تجارت مقرر داشته است چنانچه شرکت تابعه یا وابسته ورشکسته شود و یا پس از انحلال معلوم گردد که دارایی آن برای تأدیه دیونش کافی نیست، دادگاه به تقاضای هر ذی‌نفع مبنی بر اینکه امر فوق ناشی از تصمیم و اقدام شرکت هلدینگ بوده، رسیدگی کرده و شرکت هلدینگ را به پرداخت آن بخش از دیونی که در اثر تصمیم یا اقدام آن ایجاد شده، محکوم می‌کند (صقری، ۱۳۹۰: ۲۱۸).

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، مبنای بند مذکور، اعمال قاعده تسبیب می‌باشد. در رابطه با تعیین مصادیق تقصیر، پیش‌فرض این است که شرکت هلدینگ وظیفه مراقبت را برای خودش به بالاترین شکل و بر اساس رعایت حسن نیت مقرر داشته و در نتیجه پذیرش مسئولیت آن در قبال اقدام زیانبار شرکت تابعه آسان‌تر است. اولین مصداق شناسایی شده در این رابطه را می‌توان خودداری شرکت هلدینگ از مداخله و نظارت بر اقدامات شرکت تابعه دانست؛ برای مثال در مواردی که شرکت هلدینگ از اقدامات غیر قابل قبول شرکت تابعه اطلاع دارد و اقدامی در جهت جلوگیری و یا اصلاح و تعدیل آن انجام نمی‌دهد و یا حتی در مواردی که از اقدام غیر معقول و غیر منطقی شرکت تابعه اطلاعی ندارد، ولی با توجه به آنکه شرکت هلدینگ مدیریت و کنترل شرکت تابعه را پذیرفته است، این‌گونه فرض می‌شود که آن‌قدر وی به شرکت

تابعه نزدیک بوده است تا در صورت عدم کوتاهی از اقدام مزبور مطلع گردد و بتواند از وقوع آن جلوگیری به عمل آورد. از این موارد در رابطه مابین شرکت هلدینگ و تابعه با عنوان «مسئولیت مدیر غیر رسمی» یاد می‌شود (Braeckmans & Gallez, 2013: 163). از این رو قاضی نیز می‌تواند با در نظر گرفتن رویه اتخاذی از سوی مدیران و مقایسه آن با عرف و بایسته‌های موجود، تقصیر مدیر را احراز نماید. حتی گاهی توسل به اسباب مسئولیت مدنی و احراز تقصیر شرکت هلدینگ برای طلبکاران شرکت تابعه راحت‌تر از اثبات سایر اسباب جهت احراز مسئولیت شرکت هلدینگ است؛ برای نمونه چنانچه هدف از تأسیس شرکت تابعه، مخفی نمودن هویت سهامداران، مدیران یا صاحبان سرمایه باشد، می‌توان بدون توسل به موارد دیگر همچون طی مراحل ابطال شرکت و...، و به صرف اینکه تشکیل شرکت با هدفی غیر از تجمیع سرمایه‌های خرد و بدون حسن نیت بوده است، تقصیر شرکت هلدینگ را احراز و به مسئولیت وی نظر داد (جنیدی و زارع، ۱۳۹۴: ۹۸). همچنین در صورتی که سرمایه شرکت تابعه‌ای با موضوع فعالیت، میزان و مبلغ قراردادهای منعقد و تعهدات پذیرفته‌شده وی تناسبی نداشته باشد، در احراز تقصیر هیئت مدیره شرکت مزبور و در رأس آن‌ها شرکت هلدینگی که سهامدار کنترلی چنین شرکتی بوده و اکثریت هیئت مدیره آن را در اختیار دارد، نباید تردیدی وجود داشته باشد.

به عنوان معیار دیگر علاوه بر احراز رابطه سببیت می‌توان از فلسفه حاکم بر مواد^۱، ۷، ۱۱

۱. «ماده ۷- کسی که نگاهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر قانوناً یا بر حسب قرارداد به عهده او می‌باشد، در صورت تقصیر در نگاهداری یا مواظبت، مسئول جبران زیان وارده از ناحیه مجنون و یا صغیر می‌باشد و در صورتی که استطاعت جبران تمام یا قسمتی از زیان وارده را نداشته باشد، از مال مجنون یا صغیر، زیان جبران خواهد شد و در هر صورت جبران زیان باید به نحوی صورت گیرد که موجب عسرت و تنگدستی جبران‌کننده نباشد».

۲. «ماده ۱۱- کارمندان دولت و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آن‌ها که به مناسبت انجام وظیفه عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی خساراتی به اشخاص وارد نمایند، شخصاً مسئول جبران خسارت وارده می‌باشند، ولی هر گاه خسارات وارده مستند به عمل آنان نبوده و مربوط به نقص وسایل ادارات و یا مؤسسات مزبور باشد، در این صورت جبران خسارت بر عهده اداره یا مؤسسه مربوطه است، ولی در مورد اعمال حاکمیت دولت هر گاه اقداماتی که بر حسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت مجبور به پرداخت خسارات نخواهد بود».

و ۱۲ قانون مسئولیت مدنی - که همانا مسئول دانستن شخصی است که وظیفه نگهداری، مراقبت، کنترل و نظارت را بر عهده داشته و با هدف حمایت از زیان دیده و با پیش فرض عدم استطاعت واردکننده زیان جهت جبران زیان وارده، استفاده نمود و با اخذ وحدت ملاک، با توجه به نقش کنترلی و نظارتی شرکت هلدینگ بر شرکت های تابعه و ابزارهایی همچون اکثریت حق رأی در تدوین اساسنامه، انتخاب مدیران، بازرسان، تصویب ترازنامه های مالی، مفصاحساب مدیران و... که وی در اختیار دارد، می تواند توجیه مناسبی در رابطه با مسئولیت وی در قبال اعمال شرکت تابعه باشد و در نتیجه در مواردی که شرکت تابعه، استطاعت مالی جهت جبران خسارات مذکور را نداشته باشد، با حفظ شخصیت حقوقی وی و عدم انحلال آن، شرکت هلدینگ را مکلف به جبران خسارت می نماییم.

علاوه بر مسئولیتی که برای شرکت هلدینگ نسبت به اعمال قراردادی و یا غیر قراردادی شرکت تابعه در نظر می گیریم، به استناد ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی و با توجه به موارد و دلایل فوق می توان شرکت هلدینگ را در مواردی، نسبت به خسارات که به اشخاص ثالث وارد می گردد و ناشی از ادوات و وسایل متعلق به شرکت تابعه است، مسئول دانست. در حقوق آمریکا نیز برای شرکت هلدینگ نسبت به ایجاد ایمنی لازم در کارگاه های شرکت های فرعی مسئولیت مستقیم شناخته شده است (Blumberg & Strasser & Georgakopoulos & Gouvin, 2005: 1/10-18).

مصادق دیگر آنکه چنانچه شرکت هلدینگ با هدف کسب اعتبار و بهره مندی از امتیازاتی که قانون برای شرکت تابعه به عنوان شخصیت حقوقی مستقل در نظر گرفته و بدون حمایت مالی و یا ارائه تضمینات کافی، شرکت تابعه را به عنوان ابزاری برای فعالیت های خویش تبدیل نماید، دادگاه ها ممکن است شخصیت شرکت هلدینگ و شخصیت شرکت تابعه را جدا از هم ندانسته و هر دو را یک شخصیت واحد بدانند

۱. «ماده ۱۲- کارفرمایانی که مشمول قانون کار هستند، مسئول جبران خساراتی می باشند که از طرف کارکنان اداری و یا کارگران آنان در حین انجام کار یا به مناسبت آن وارد شده است، مگر اینکه محرز شود تمام احتیاط هایی که اوضاع و احوال قضیه ایجاب می نموده، به عمل آورده و یا اینکه اگر احتیاط های مزبور را به عمل می آوردند، باز هم جلوگیری از ورود زیان مقدور نمی بود، کارفرما می تواند به واردکننده خسارت در صورتی که مطابق قانون مسئول شناخته شود، مراجعه نماید».

(Ford & Austin & Ramsay, 1987: 370). به بیانی دیگر، علی‌رغم شخصیت حقوقی مستقلی که قانون‌گذار برای شرکت تابعه در نظر گرفته است، قضات برای رعایت جانب عدالت و انصاف آن را نادیده گرفته و به استناد سبب اقوی از مباحثی که در حکم وسیله است، مسئولیت شرکت هلدینگ در قبال جبران خسارات وارده رأی می‌دهند.

مصادق دیگر را می‌توان در حق شرکت هلدینگ در انتخاب مدیران شرکت‌های تابعه و نظارت بر عملکرد آن‌ها دانست؛ چرا که با وجود تکلیف هلدینگ به تعیین مدیرانی مجرب و نظارت دقیق بر عملکرد آن‌ها، اگر مدیرانی را انتخاب کند که صلاحیت شغلی نداشته یا انتخاب آن‌ها بر اساس روابطی باشد که از این طریق، خسارتی به شرکت تابعه و در پی آن به اشخاص ثالث وارد شود، شرکت هلدینگ ممکن است به دلیل عدم اجرای وظایف اصلی خود، در برابر اشخاص ثالث و یا حتی سهامداران اقلیت شرکت‌های تابعه مسئول شناخته شود (Riege, 2002: 295-308).

مصادق دیگر، شناسایی مسئولیت شرکت هلدینگ در قبال اقدامات ضد رقابتی شرکت‌های تابعه توسط دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا است (Blumberg & Strasser & Georgakopoulos & Gouvin, 2005: 1/45-97).

البته باید مدّ نظر قرار داد که در صورتی می‌توان به واسطه تسبیب شرکت هلدینگ را مسئول قرار داد که وی در ورود ضرر تأثیر بسزایی داشته و بتوان قسمتی و یا کل ضرر را به وی منتسب نمود.

بنابراین به نظر می‌رسد مبانی مسئولیتی که از حقوق خارجی و یا داخلی بیان گردید، همگی تحت عنوان تسبیب نیز قابل توجیه است. از این رو به جای به رسمیت شناختن مبانی مختلف و یا حتی ترجمه و داخل نمودن اصطلاحات و دکترین جدید به ادبیات حقوقی کشور، آن هم در جایی که می‌توان با توجه به پتانسیل موجود، به منظور رسید، همچنین با توجه به سبقه فقهی حقوقی قاعده تسبیب و همچنین جامع‌الشمول بودن آن نسبت به سایر مبانی مطروحه، انتخاب آن به عنوان معیار و و مبنای مسئولیت شرکت هلدینگ در موارد استثنایی بلاوجه به نظر نمی‌رسد.

از طرفی انتخاب قاعده تسبیب به جای دکترین‌های غربی همچون خرق حجاب

شخصیت حقوقی می‌تواند در حفظ حقوق سهامداران اقلیت نیز مؤثر باشد؛ چرا که زمانی می‌توان قاعده خرق حجاب شخصیت حقوقی را اعمال نمود که در فرض وجود تمامی شرایط اعمال آن، شرکت تابعه نیز نتواند از عهده جبران خسارت وارده برآید و پس از آن است که می‌توان به شرکت هلدینگ مراجعه نمود. این در حالی است که در قاعده تسبیب و یا سایر قواعد فقهی بیان‌شده، ما به دنبال ارائه معیاری هستیم که به موجب آن به هر میزان که شرکت هلدینگ مسئول جبران خسارت وارده شناخته شود، استطاعت و یا عدم استطاعت شرکت تابعه حائز اهمیت نباشد و آنجا که شرکت هلدینگ با توجه به قدرت کنترل و تقصیری که در موضوع داشته، مسئول شناخته می‌شود، دیگر منابع مالی شرکت تابعه به علت تقصیر شرکت هلدینگ مورد تلف واقع نشده و مقصر اصلی خود جبران خسارت می‌نماید. در این صورت با توجه به اینکه ازدیاد و یا کاهش منابع شرکت تابعه، رابطه مستقیمی با منفعت و یا ضرر سهامداران اقلیت دارد، به نوعی حقوق آنان نیز حفظ خواهد شد.

همچنین مزیت دیگری که برای گزینش قاعده تسبیب به عنوان معیاری برای مسئولیت شرکت هلدینگ در قبال طلبکاران و یا سهامداران اقلیت شرکت‌های تابعه می‌توان بدان اشاره نمود، این است که در قاعده تسبیب مسئولیت متوجه اشخاص مقصر بوده و از بی‌عدالتی بیشتر جلوگیری می‌شود. البته این رویکرد در نظام حقوقی ایران نیز بی‌سابقه نیست؛ برای نمونه، مطابق ماده ۱۹۸ قانون مالیات‌های مستقیم، نسبت به پرداخت مالیات قطعی متعلق به شرکت، مقنن مسئولیت تضامنی علاوه بر خود شخصیت حقوقی، برای هیئت مدیره فعلی و هیئت مدیره دوره مالیاتی مورد نظر که اظهارنامه مالیاتی را نیز تقدیم نموده‌اند، در نظر گرفته است. از این رو چنانچه حتی در فرض بسیار نادر، رابطه سهامداری شرکت هلدینگ با شرکت تابعه قطع گردد، همچنان می‌توان با الهام گرفتن از فلسفه وضع ماده مزبور و تأسی از قاعده تسبیب برای شرکت هلدینگی که تصمیم‌گیرنده بوده است، مسئولیت جبران خسارت در نظر گرفت. ولی از آنجا که مسئولیت تضامنی، خلاف قاعده و اصل بوده و نیاز به صراحت قانون‌گذار و یا طرفین قراردادی دارد، لذا نمی‌توان قائل به مسئولیت تضامنی شرکت هلدینگ و شرکت تابعه بود و صرفاً با اعمال قاعده تسبیب و بر مبنای اصل نسبی بودن مسئولیت،

شرکت هلدینگ در صورت مقصر بودن، مکلف به جبران خسارت آن میزان از خسارت که به وی منتسب می‌باشد، است.

البته ممکن است گاه در تعیین تصمیم‌گیرنده اصلی و حتی احراز رابطه هلدینگی موجود مابین شرکت تابعه و شرکت هلدینگ دچار مشکل شویم و در نهایت نتوانیم قواعدی را که بر مبنای شخص کنترل‌کننده بنا شده‌اند، اعمال نماییم؛ برای نمونه، در صورتی که ۵ شرکت را در نظر بگیریم که زنجیره‌ای از شرکت‌ها را تشکیل داده‌اند و هر کدام بیست درصد سهام از سایر شرکت‌ها را تملک نموده است و به طور مساوی در یکدیگر شریک باشند، ولی در واقع یکی از آن‌ها نقش گرداننده اصلی و تصمیم‌گیرنده نهایی را بر عهده داشته باشد، اما در ظاهر با معیارهای ارائه‌شده برای کنترل‌کننده سازگاری نداشته و به بیانی روشن‌تر در صدد پنهان نمودن خود و در نهایت فرار از مسئولیت‌های ناشی‌شده از آن باشد و یا در فرضی که با توجه به محدودیت‌های قانونی موجود و یا به صورت عمد شخص کنترل‌کننده در ظاهر نقش و سمتی در شرکت تابعه نداشته باشد، چنانچه شرایط اعمال قاعده تسبیب فراهم باشد، دیگر نیازی به احراز و جستن معیاری برای احراز رابطه کنترلی و مدیریتی نیست. این در حالی است که همان‌طور که گفته شد، برای اعمال قواعدی همچون خرق حجاب شخصیت حقوقی، نیاز به احراز رابطه سهامداری و سپس کنترلی می‌باشد.

در مقام پاسخ به نسبی و یا تضامنی بودن مسئولیت شناخته‌شده برای شرکت هلدینگ، ضمن یادآوری نظر انتخابی مبنی بر مسئول بودن شرکت تابعه در صورت ورود خسارت، و شناسایی مسئولیت شرکت هلدینگ در مورد خسارت وارده توسط شرکت تابعه در موارد استثنایی، با اعمال معیار قاعده تسبیب، با عنایت به ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲^۱ که فرض را بر مسئولیت به نسبت میزان تأثیر در بروز خسارت گذاشته است و همچنین اصل نسبی بودن مسئولیت و رویه قضایی موجود، در صورت

۱. ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «هر گاه دو یا چند عامل، برخی به مباشرت و بعضی به تسبیب در وقوع جنایتی، تأثیر داشته باشند، عاملی که جنایت مستند به اوست، ضامن است و چنانچه جنایت مستند به تمام عوامل باشد، به طور مساوی ضامن می‌باشند، مگر تأثیر رفتار مرتکبان متفاوت باشد که در این صورت هر یک به میزان تأثیر رفتارشان مسئول هستند. در صورتی که مباشرت در جنایت، بی‌اختیار، جاهل، صغیر غیرممیز یا مجنون و مانند آن‌ها باشد، فقط سبب، ضامن است.»

مسئول دانستن شرکت هلدینگ، وی را به میزان تأثیر عملکرد او در بروز خسارت به همراه شرکت تابعه مسئول می‌دانیم؛ مگر آنکه صد درصد خسارت منتسب و متأثر از شرکت هلدینگ بوده که در این صورت وی مکلف به جبران کلیه خسارات وارده می‌باشد. همچنین لازم به ذکر است که بنا بر ماده ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲^۱ در صورت اثبات تقصیر شرکت هلدینگ به همراه تقصیر شرکت تابعه و در فرض عدم علم نسبت به میزان تأثیر هر کدام در بروز خسارت وارده، اصل تساوی را جاری نموده و هریک بالمناصفه مسئول جبران خسارت وارده می‌باشند.

نتیجه‌گیری

بررسی رابطه حقوقی بین شرکت هلدینگ و شرکت‌های تابعه و مسئولیت و یا عدم مسئولیت شرکت هلدینگ در برابر اعمال شرکت‌های تابعه را می‌بایست با لحاظ برخی اصول و قواعد حاکم بر حقوق شرکت‌ها از قبیل استقلال شخصیت حقوقی شرکت از سهامداران، اصل محدود بودن مسئولیت شرکا و حاکمیت اراده اکثریت سرمایه در شرکت‌های سرمایه‌ای، نامحدود بودن اختیارات مدیران در شرکت‌های سهامی در چارچوب قانونی و موضوعی شرکت (که قالب اکثر شرکت‌های هلدینگ و تابعه است)، در کنار واقعیتهای همچون اعمال کنترل شرکت هلدینگ بر شرکت‌های تابعه و قدرت وی در شرکت‌های مزبور و با توسل به قواعد فقهی چون تسبیب، لاضرر، غرور، «من له الغنم فعلیه الغرم» و حیل مردود شرعی و مواد قانونی مرتبط در حقوق موضوعه ایران و همچنین دکترینی چون خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت، تقلب نسبت به قانون و منع سوءاستفاده از حق در حقوق غرب، تحلیل نمود.

از یک طرف شناسایی عدم مسئولیت مطلق شرکت هلدینگ در برابر اقدامات

۱. ماده ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «هر گاه در اثر برخورد دو وسیله نقلیه زمینی، آبی یا هوایی، راننده یا سرنشینان آن‌ها کشته شوند یا آسیب ببینند، در صورت انتساب برخورد به هر دو راننده، هر یک مسئول نصف دیه راننده مقابل و سرنشینان هر دو وسیله نقلیه است و چنانچه سه وسیله نقلیه با هم برخورد کنند، هر یک از رانندگان مسئول یک سوم دیه راننده‌های مقابل و سرنشینان هر سه وسیله نقلیه می‌باشد و به همین صورت در وسایل نقلیه بیشتر، محاسبه می‌شود و هر گاه یکی از طرفین مقصر باشد، به گونه‌ای که برخورد به او مستند شود، فقط او ضامن است».

شرکت‌های تابعه، راه را برای سودجویان باز کرده و موجب تضییع حقوق اشخاص ثالث و سهامداران اقلیت شرکت‌های تابعه می‌گردد، از طرف دیگر شناسایی مسئولیت بی‌قید و شرط شرکت هلدینگ در برابر اقدامات شرکت‌های تابعه، علاوه بر معایبی همچون تناقض آن با یکی از اهداف اصلی تشکیل گروه شرکتی هلدینگ، وکلا و مشاوران حقوقی را دچار سردرگمی در مقام پاسخ به هیئت مدیره و یا سهامداران در مورد مواضع مسئولیت‌زا و چگونگی اجتناب از آن می‌کند. از این رو راهکار حقوقی غرب، انتخاب نظری میانه تحت عنوان استقلال نسبی شخصیت حقوقی شرکت هلدینگ از شخصیت حقوقی شرکت‌های تابعه است. مطابق با این نظر، اصل بر عدم مسئولیت شرکت هلدینگ به علت شخصیت حقوقی مستقل وی از شرکت تابعه بوده و به صرف مدیریت و کنترل شرکت تابعه از سوی هلدینگ، مسئولیتی برای وی در قبال اقدامات قراردادی و غیر قراردادی شرکت تابعه قابل تصور نیست. با اتخاذ نظر اخیر ضمن احترام به قواعد حقوقی موجود به ویژه قاعده استقلال شخصیت حقوقی شرکت از شرکا و به تبع آن استقلال در مسئولیت نسبت به پرداخت دیون، تلاش دیرینه پیشینیان مبنی بر به رسمیت شناختن قواعد مزبور از جمله استقلال شخصیت حقوقی شرکت از شرکا و یا مسئولیت محدود شرکا در شرکت‌های سرمایه‌ای بی‌اعتبار نشده و باعث عقب‌گردی غیر اصولی نمی‌شود تا خود باعث مشکلاتی عدیده گشته و در آینده منجر به عدول از این نظر افراطی گردد. در نظریه فوق، سوء مدیریت، اعمال کنترل غیرمتعارف بر شرکت تابعه و نقض تعهدات قانونی و یا قراردادی مابین شرکت تابعه و شرکت هلدینگ، مبنای مسئولیت استثنایی شرکت هلدینگ با توجه به خصیصه کنترلی و نظارتی شرکت هلدینگ و با توسل به دکترین خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت، تئوری تقلب نسبت به قانون و سوء استفاده از حق می‌باشد.

اما به علت غنای نظام حقوقی اسلام و به تبع آن نظام حقوقی ایران، ما از ترجمه و وارد نمودن راهکار موصوف به نظام حقوقی ایران بی‌نیاز هستیم. به نظر نگارندگان، علی‌رغم امکان استناد به برخی قواعد فقهی همچون غرور، «من له الغنم فعليه الغرم» و ... که می‌توانند مبنای مسئولیت شرکت هلدینگ در قبال اقدامات شرکت‌های تابعه در موارد استثنایی و به شرط وجود شرایط لازم باشند، تسبیب و مسئولیت ناشی از

آن مبنای جامع‌الشمول‌تر و مناسب‌تری برای شناسایی مسئولیت استثنایی شرکت هلدینگ در قبال اقدامات شرکت‌های تابعه در صورت مقصر بودن آن‌ها بوده و توسل بدان برای زیان‌دیدگان و احراز و اثبات شرایط آن نیز سهل‌الوصول‌تر می‌باشد.

همچنین با اعمال قاعده تسبیب در خصوص موضوع، هر شخص به میزان سهم و نقشی که در بروز خسارت داشته، مسئول جبران آن خواهد بود و بدین گونه بار جبران خسارت بر عهده یک شخص قرار نگرفته و ضمن حفظ حداکثری حقوق اشخاص ثالث و احترام به مبانی حقوق تجارت، به نحو عادلانه‌تری رفتار خواهد شد. البته باید بدین نکته توجه نمود که تنها میزان سهامداری در این رابطه حائز اهمیت نبوده و معیارهای مختلفی را همچون مواردی که سابق بر این برشمردیم برای احراز میزان نقش و تأثیر هر شخص در بروز خسارت باید در نظر داشت. در این صورت ضمن تطابق مبنای انتخابی موصوف با روح حاکم بر قوانین ایران^۱ و کارکرد قالب شرکتی مزبور، اجرای هر چه بیشتر عدالت و جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص ثالث و زیاده‌خواهی برخی از شرکت‌های هلدینگ و در صورت لزوم مسئول دانستن آن‌ها در قبال فعالیت‌هایی که مستقیم و یا غیر مستقیم، مسبب آن هستند را تضمین می‌نماید.

۱. برای نمونه می‌توان به فلسفه وضع مسئولیتی که مقنن در ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی برای نگهدارنده مجنون و یا صغیر نسبت به اقدامات آن‌ها بر مبنای قدرت کنترلی نگهدارنده بر آن‌ها در نظر گرفته است، استناد نمود.

کتاب‌شناسی

۱. احمدزاده، مهدی، *مسئولیت شرکت هلدینگ در مقابل طلبکاران شرکت‌های تابعه*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علم و فرهنگ، ۱۳۹۴ ش.
۲. اسکینی، ربیعا، *شرکت‌های تجاری: کلیات، شرکت‌های اشخاص و شرکت با مسئولیت محدود*، چاپ هفتم، تهران، سمت، ۱۳۸۳ ش.
۳. بادینی، حسن، *فلسفه مسئولیت مدنی*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴ ش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۵ ش.
۵. جنیدی، لعیا و ملیحه زارع، «اعمال قاعده خرق حجاب شخصیت حقوقی بر مدیران: تحمیل مسئولیت مدیران شرکت‌های سرمایه در قبال دیون پرداخت نشده شرکت»، *مطالعات حقوقی تطبیقی*، دوره ششم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۴ ش.
۶. حسینی، مرضیه، *ضوابط حقوقی حاکم بر فعالیت شرکت‌های فراملی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق تجارت بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹ ش.
۷. رضائی، علی، «مسئولیت شرکت مادر در قبال شرکت تابعه (مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه، بلژیک و ایران)»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره هشتم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۶ ش.
۸. صقری، احمد، *حقوق بازرگانی شرکت‌ها*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰ ش.
۹. عمید زنجانی، عباسعلی، *موجبات ضمان*، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.
۱۰. قزوینی، سیدعلی، «قاعده من له الغنم فعليه الغرم»، *پژوهش‌نامه اندیشه‌های حقوقی*، شماره ۴، سال ۱۳۹۳ ش.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی (الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری)*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴ ش.
۱۲. همو، *دوره مقدماتی حقوق مدنی، وقایع حقوقی*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸ ش.
۱۳. همو، *مسئولیت مدنی ناشی از عیب تولید*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۴ ش.
۱۴. کاویانی، کوروش و سعیده قاسمی مقدم، «مسئولیت شرکت مادر در برابر بدهی شرکت‌های فرعی ورشکسته»، *پژوهش‌های حقوق خصوصی*، شماره ۵، ۱۳۹۴ ش.
۱۵. لوراسا، میشل، *مسئولیت مدنی*، ترجمه محمد اشتری، تهران، حقوق دان، ۱۳۷۵ ش.
۱۶. محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه؛ بخش مدنی*، تهران، علوم اسلامی، ۱۳۸۳ ش.
۱۷. مسعودیان‌زاده، سیدذبیح‌الله، *مسئولیت مدنی ناشی از اقدامات تماشاگران مسابقات ورزشی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، پردیس قم دانشگاه تهران، ۱۳۸۹ ش.
۱۸. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، *قواعد فقهیه*، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۴ ش.
۱۹. نراقی، احمد، *مستند الشیعه*، مشهد، مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۱۹ ق.
20. Blumberg, Philip & Kurt A. Strasser & Nicholas L. Georgakopoulos & Eric J. Gouvin, *Blumberg on Corporate Groups*, Vol. 1, 2nd ed., New York, Aspen Publishers, 2005.
21. Braeckmans, H. & Z. Gallez, "La responsabilité de la société mere pour sa filiale: réflexions sur la levée du voile social", in: *Les multinationals - Statut et réglementations*, Larcier, Brussels, 2013.



22. Ford, Harold Arthur John & R. P. Austin & Ian. M. Ramsay, *Fords Principle of Corporation Law*, Chatswood, NSW: LexisNexis Butterworths, 2018.
23. Jeantin, Michel, *Droit commercial: Instruments de paiement et de credit entreprises en difficulté*, 6e édition, Paris, Dalloz. 2003.
24. Matheson, John H., "The modern law of corporate groups: An empirical study of piercing the corporate veil in the parent-subsidiary context", *North Carolina Law Review*, Vol. 87, 2009.
25. Pettet, Ben, *Company Law*, 2nd ed., London, Pearson Longman, 2005.
26. Riege, Andreas, "Action to Overcome Knowledge-Sharing Systems", *Journal of Knowledge Management*, Vol. 6(3), 2002.

امکان سنجی فقهی و حقوقی

جبران خسارت ناشی از مالکیت اشیاء خطرناک*

□ رضا دریائی^۱

□ مصطفی کربلائی آقازاده^۲

چکیده

مباحث «مسئولیت مدنی» در حقوق ذیل عنوان «ضمان قهری» در فقه مورد مطالعه قرار می‌گیرد. مذاقه در موجبات ضمان قهری در فقه، حکایت از آن دارد که در جملگی موجبات ضمان، این «رفتار شخص» است که نقش اصلی در ضمان را ایفاء می‌کند. تأکید بر ضرورت انتساب تلف مال به رفتار در حقوق اسلامی، این پرسش را ایجاد می‌کند که آیا مالکیت یا به عبارت دیگر سلطه ناشی از اضافه اعتباری اشخاص بر مال را نیز می‌توان همچون اتلاف و علی‌الید از موجبات ضمان قهری دانست؟ به بیان دیگر، آیا به مدد مالکیت یا سلطه ناشی از اضافه اعتباری اشخاص بر مال بدون اینکه خسارت استنادی به رفتار دارنده یا مالک داشته باشد، می‌توان شخص را ضامن خسارت وارده دانست؟ تحقیق نشان داد که مالکیت در حقوق اسلامی همچون بسته‌ای از حق‌هاست

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۴/۷ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۹/۲۹.

۱. استادیار دانشگاه گیلان (نویسنده مسئول) (reza.daryae@gmail.com).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مفید (mkaghazadeh64@gmail.com).

که به شخص امکان استفاده از آن را می‌دهد، بدون اینکه در مقابل حق استعمال، حق استثمار و حق تصرفی که شخص اعمال می‌کند این مالکیت وی ضمان آور باشد. با وجود این، به منظور حفظ مصالح و هنجارهای اجتماعی در عصر حاضر که منتج به تولید اشیاء خطرناک و ورود خسارت فزاینده ناشی از آن به اشخاص شده است، باید به دنبال راه حلی جهت پاسخ‌گویی مالک یا دارنده نسبت به خسارات ناشی از کالای خطرناک تحت سلطه آن‌ها بود. به باور نگارندگان با ابتناء بر فقه امامیه و توجه به تمایز مفاهیم «مسئولیت» و «ضمان» می‌توان از نظریه‌های مسئولیت مدنی در حقوق که معادل وجوب جبران ضرر است و همچنین اجباری نمودن تهیه پوشش بیمه‌ای و شناسایی ماهیت عقلایی برای ضمان بهره برد.

واژگان کلیدی: مسئولیت مدنی، ضمان قهری، رفتار، مالکیت، کالای خطرناک.

درآمد

مباحث «الزامات خارج از قرارداد» در حقوق، در فقه ذیل عنوان «موجبات ضمان قهری» (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۲۶/۱۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۵۳/۱۶؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۱۷/۱۷؛ حکمت‌نیا، ۱۳۸۹: ۳۰) و «نظریه ضمان» مورد مطالعه قرار می‌گیرد که بر اساس آن، رفتار شخص، تلف مال و رابطه سببیت، از ارکان تحقق آن است؛ بدین معنا که در تمام موجبات ضمان، اعم از اتلاف، تسبیب و غصب، عامل زیان مرتکب «رفتاری» اعم از مثبت یا منفی می‌شود^۱ که در نتیجه ضمان، مثل یا قیمت مال تلف‌شده در ذمه زیان‌زننده تملیک و زیان‌دیده مالک مافی‌الذمه زیان‌دیده می‌شود.

در مقابل به موجب بند ۱ ماده ۱۲۴۲ قانون مدنی فرانسه^۲ در کنار «رفتار شخص»، «مالکیت» نیز از موجبات مسئولیت مدنی اشخاص به شمار می‌آید. در این نظام حقوقی، مفاد مسئولیت بر خلاف ضمان در فقه که از موجبات ملکیت است، از اسباب

۱. برای نمونه در ماده ۴۹۲ ق.م.ا. آمده است: «جنایت در صورتی موجب قصاص یا دیه است که نتیجه حاصله مستند به رفتار مرتکب باشد؛ اعم از آنکه به نحو مباشرت یا به تسبیب یا به اجتماع آن‌ها باشد».

۲. «شخص نه تنها مسئول خسارت ناشی از عمل خود است، بلکه مسئول خسارت ناشی از عمل کسانی هم که وی پاسخ‌گوی عمل آن‌هاست یا مسئول خسارت ناشی از اشیاء تحت مراقبت خود نیز می‌باشد...».

تعهد می‌باشد که جوهره آن لزوماً یک تکلیف است که بر روی افعال اشخاص قرار می‌گیرد. در مسئولیت مدنی ناشی از مالکیت که در برابر آن مسئولیت ناشی از رفتار قرار می‌گیرد، کنش یا نقش فعال عین معین است که مالک کالا مسئول جبران خسارت ناشی از آن می‌شود (ژردن، ۱۳۹۱: ۱۳۰). به عبارت دیگر، در اینجا صرف اینکه خسارت ناشی از مالکیت است، بدون اینکه بین کالای خطرناک و غیر خطرناک تفاوتی باشد (بهرامی احمدی، ۱۳۹۳: ۴۵۰؛ یزدانیان، ۱۳۹۶: ۳۷۹-۳۹۷)، مسئولیت مالک محقق می‌شود و استناد خسارت به «رفتار» نیز مانع از مسئولیت مالک نخواهد گشت.

پرسش مهم در فقه امامیه و به تبع آن حقوق ایران این است که آیا آن گونه که در نظام حقوقی رومی ژرمنی، مالکیت از موجبات «مسئولیت مدنی» است، مالکیت را می‌توان همانند رفتار از موجبات «ضمان قهری» دانست؟^۱ طرح این سؤال از این جهت دارای اهمیت بیشتر است که در مسئولیت مدنی ناشی از مالکیت بدون اینکه خسارت به «رفتار» مستند باشد، مالکیت فی نفسه تعهدآور و از اسباب مسئولیت مدنی است؛ در حالی که طبق نظریه ضمان در فقه که بر خلاف مسئولیت مدنی در حقوق مدرن، ریشه در اراده باری تعالی دارد نه عقلانیت فطری، ضمان قهری به عنوان حکم وضعی و تملیکی از این جهت که ملکیت همچون ودیعه‌ای از سوی خداوند در اختیار بندگان نهاده شد، ایجاد و اسقاط آن در دست شارع است (اصفهان‌ای، ۱۴۱۸: ۱۷/۱).

نوشتار حاضر در مقام دستیابی به پاسخ پرسش فوق با نگاهی تحلیلی و انتقادی بر بنیاد فقه امامیه، ضمن تحلیل تفاوت موجود میان مفهوم و جایگاه مسئولیت مدنی و ضمان قهری، عدم ضمان قهری ناشی از مالکیت را به عنوان قاعده عمومی در فقه امامیه و حقوق ایران معرفی خواهد نمود که ماحصل آن در عصر حاضر، بدون جبران باقی ماندن بسیاری از خساراتی است که به اشخاص وارد می‌شود. در این راه باید به یاری زیان دیدگان شتافت و به حربه‌های کهن قانع نشد؛ زیرا در اکثر دعاوی نمی‌توان

۱. برخی تحت عنوان «طرح قاعده مسئولیت مدنی ناشی از اشیاء در حقوق ایران و فرانسه» در پرتو مطالعه تطبیقی حقوق فرانسه و تأکید آن به عنوان قاعده عمومی بر اساس روایت «كُلُّ شَيْءٍ يُضَرُّ بِطَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَصَاحِبُهُ ضَامِنٌ لِمَا يُصِيبُهُ» (هر چیزی که به نحوی به راه مسلمانان آسیب برساند، صاحب آن چیز نسبت به هر حادثه ضامن است)، به این پرسش پاسخ مثبت داده‌اند (یزدانیان، ۱۳۹۶: ۳۷۹-۳۹۷).

رفتار زیان‌زننده را اثبات نمود. حفظ مصالح و هنجارهای اجتماعی و افزایش امنیت ایجاب می‌کند که در رابطه با خسارات ناشی از کالای خطرناک به عنوان یکی از زمینه‌های شایع خسارت‌بار، چاره‌ای مبتنی بر مبانی و دلایل فقهی و حقوقی تدبیر شود. مقاله حاضر برای پاسخ به این نیاز نگاشته شد و در ادامه، ضمن تحلیل مفاهیم و مبانی، راه‌حلهایی در این خصوص ارائه می‌گردد.

۱. مفاهیم

شناخت معانی عناصر پایه در هر پژوهش، در تعیین مبنای آن پژوهش لازم است؛ زیرا تعیین دقیق مفردات، انسان را از خطای لفظی در استدلال در امان می‌دارد؛ همچنان که ذکر مطالب مقدماتی برای تحریر محل نزاع و اثبات دیدگاه برگزیده نیز نقش مهمی خواهد داشت. از این رو مفاهیم و عناوین کلیدی مختار در این اثر، «ملکیت»، «شیء خطرناک و غیر خطرناک»، «مسئولیت» و «ضمان» در ادامه تبیین می‌گردد.

۱-۱. ملکیت در فقه امامیه

اصطلاح ملکیت در چهار معنی و مرتبه به کار می‌رود. اول، ملکیت حقیقیه و اضافه اشراقیه که اختیار مملوک حدوداً و بقاءً در اختیار مالک است و مخصوص خداوند متعال است. دوم، ملک به ذات که قیام وجود شیء به شیء از این جهت که بخواهد آن را انجام دهد یا اگر خواست ترک کند، در اختیار مالک است؛ مانند ملکیت انسان نسبت به نفس، اعضا و جوارح خود. سوم ملک مقولی که اندیشمندان فلسفه و منطق، آن را از اعراض نسبی می‌دانند و آن را به جده تعبیر می‌نمایند. جده را «الهیة الحاصلة من إحاطة شیء بشیء» می‌نامند. این هیئت حاصل از آن است که یک شیء محیط بر شیء دیگر است؛ مانند لباس انسان که محیط بر انسان است، به طوری که اگر انسان (محاط) نقل مکان کند، لباس (محیط) هم به طبع او نقل مکان می‌کند، این هیئت حاصل از احاطه را جده می‌گویند.

در فقه امامیه، مقصود از ملکیت این سه نیست؛ بلکه منظور، ملکیت اعتباری است

که معتبر نسبت به چیزی که وجودی مستقل از شخص دارد، اعتبار می‌کند (غروری نائینی، ۱۳۷۳: ۱/۳۵). در توضیح این معنا بنا بر دیدگاه علامه طباطبایی و محقق اصفهانی که معتقدند اعتبار عبارت است از «حد دادن یک چیز به چیز دیگر»، ملک در این اصطلاح با استعاره و الگوبرداری از مفاهیم حقیقی به نحو ادعا به خاطر رسیدن به یک غایتی به چیز دیگری که وجود خارجی ندارد، اعطاء می‌شود. نظر به اینکه معتبر در این دیدگاه، ملک را از روی رابطه‌های تکوینی الگوبرداری می‌نماید تا آن را میان شخص و شیء برقرار کند، ماهیت آن در نظر فقها همچون مقولات عَرْضی جده، اضافه و کیف است (حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۱/۱۲۲).

بنا بر دیدگاه دیگر که مبدع آن میرزای نائینی است، اعتبار عبارت است از «امری که تقرر و وجودش در عالم اعتبار است که این تقرر و ثبوت تنها به دست معتبر ایجاد می‌شود». مطابق این معنا، ملک نیز امر اعتباری است که قبلاً وجود نداشته و با انشاء معتبر تحقق پیدا می‌کند. حال که تحقق پیدا کرد ملک چیزی نیست که یک مابازاء خارجی داشته باشد، بلکه موجودی مستقل است که در عالم اعتبار به وسیله معتبر ایجاد می‌شود.

۲-۱. اشیاء خطرناک و غیر خطرناک

ملک در یک تقسیم‌بندی معمول می‌تواند به شیء خطرناک و غیر خطرناک تقسیم شود. مقصود از شیء خطرناک آن است که به صورت بالقوه و مستقل از اراده اشخاص، برای سلامتی اشخاص، اموال یا محیط زیست خطر ایجاد نماید که در مقابل آن شیء غیر خطرناک قرار می‌گیرد. خطرناک می‌تواند از جنبه‌های مختلف تعریف شود و در نتیجه از رشته‌ای به رشته‌ای دیگر از نظر متخصصان متفاوت است. نظر به مبنا بودن تقصیر در حقوق مسئولیت مدنی و آنکه قاضی در تقصیر دنبال بررسی رفتار شخص است، آنچه از شیء خطرناک در منطق حقوق مطمح نظر است اینکه خطرناک بودن شیء، متضمن محاسبه‌ای مبتنی بر احتمال حادثه و مستقل از اراده اشخاص انجام می‌شود که اراده یا رفتار اشخاص در آن تأثیر چندانی ندارد؛ چه اینکه قدرت اجتناب اشخاص در جلوگیری از حادثه، تأثیر چندانی در آن ندارد و حادثه صرف نظر از اراده و

رفتار اشخاص با نظم خاصی روی می‌دهد. حسب این مشخصه، جبران خسارت این گونه اشیاء از جبران‌های فردی به جبران‌های اجتماعی همچون بیمه یا مسئولیت دولت تبدیل می‌شود و دیگر نمی‌توان بر مبنای مسئولیت فردی به مطالبه روزافزون امنیت به عنوان یکی از مطالبات مهم اجتماعی در جهان معاصر پاسخ داد.

۱-۳. «مسئولیت» و «ضمان» در حقوق و فقه

واژه مسئولیت در زبان عربی از مصدر جعلی «مسئول» در کتب لغت به معانی «عهده‌دار وظایف، افعال و اعمال» و «سرپرستی» آمده است (معین، ۱۳۷۶: ۴۰۷۷/۳) که ممکن است این مسئولیت در برابر خداوند، در مقابل خود، دیگران و یا سایر موجودات باشد (مصباح یزدی، ۱۳۸۱: ۱۳۸-۱۴۰). در نتیجه مسئولیت به معانی عام عبارت از پاسخ‌گویی است. حقوق‌دانان مسئولیت مدنی را «الزام شخص به جبران خسارت دیگری» تعریف نموده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۳۴). با توجه به آنکه از یک سو مسئولیت به مفهوم امروزی ساخته حقوق‌دانان نظام حقوقی رومی ژرمنی است (بادینی، ۱۳۸۴: ۲۷)^۱ و از سوی دیگر در این نظام، روابط حقوقی به حق عینی و حق شخصی تقسیم می‌شود. مفاد مسئولیت یک حق شخصی است که جوهره آن لزوماً یک تکلیف است که بر روی افعال اشخاص قرار می‌گیرد^۲ که از این منظر می‌توان مسئولیت را به مؤاخذه و

۱. سابقه اصطلاح مسئولیت به تاریخ حقوق روم برمی‌گردد و همان طور که گفته شده است، در این نظام حقوقی واژه مسئولیت وجود نداشت و تنها در اواخر قرن هجدهم این واژه از اخلاق به حقوق راه یافت (بادینی، ۱۳۸۴: ۲۵).

۲. در این نظام حقوقی بر پایه اینکه اسباب مسئولیت مدنی از موجبات تعهد است، لازمه عقلی آن نقض همراه با تقصیر تعهد پیشین یا وظیفه عدم اضرار به دیگری است؛ از این رو مادامی که تعهد پیشین نقض نگردد، نمی‌توان شخص را مسئول جبران خسارت وارد به غیر دانست. به موجب ماده ۱۲۴۲ قانون مدنی فرانسه که ریشه در نظام رومی ژرمنی و عقلانیت فطری دارد، منشأ، مشروعیت و اعتبار مسئولیت مدنی صرفاً عقل خودمختار است که سه عامل رفتار شخص، رفتار غیر و مالکیت از عوامل این تعهد پیشین است (ژردن، ۱۳۹۱: ۱۳۰؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۳: ۴۵۰؛ یزدانیان، ۱۳۹۶: ۳۷۹-۳۹۷). از میان سه مفهوم فوق، رکن اساسی تکلیف یا وظیفه عقلی، عدم اضرار به دیگری است که مسئولیت مدنی از آن انتزاع می‌شود. بدین بیان که بنا بر عقل، اشخاص وظیفه و تکلیف دارند که به دیگران خسارت وارد نکنند و در صورتی که خسارتی از سوی آن‌ها وارد شود، بدون اینکه اشتغال ذمه‌ای یعنی ملکیت در فقه حادث گردد، به دلیل آنکه تعهد پیشین نقض گردید، زیان‌زننده مسئول جبران خسارت است (عبدی‌پور فرد و جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۱: ۱۰۱).

تکلیف و به عنوان تکلیف ثانوی، اثر «تعهد و التزام به معنای اسم مصدری در حقوق» تعبیر نمود (عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۳۸).

در کشورهای عربی «التزام» و در فقه «ضمان» به جای واژه مسئولیت به کار رفته است (عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۳۸؛ تقی‌زاده و هاشمی، ۱۳۹۲: ۳؛ وحدتی شبیری، ۱۳۸۵: ۱۷۴).

ضمان از ریشه «ضم ن» در کتب لغت در معنای قرار گرفتن چیزی در شیء به نحوی که آن را پوشش دهد، التزام، کفالت و غرامت به کار رفته است (مقری فیومی، بی‌تا: ۳۶۴/۲؛ طریحی، ۱۴۱۶: ۲۷۵/۶؛ عبدالرحمان، بی‌تا: ۴۱۴/۲).

فقه‌ها ضمان را در معانی مختلف به کار می‌برند؛ برای نمونه می‌توان به بر عهده گرفتن مال بدون مشغول شدن به آن، اشتغال ذمه به مثل یا قیمت مال و همچنین وجوب رد عین مال یا مثل یا قیمت آن اشاره داشت (موسوی قزوینی، ۱۴۲۴: ۶۲۲/۲).

در اینکه مضمون در ضمان چیست، برخی آن را «چیز» (بحرالعلوم، بی‌تا: ۲۴) و برخی دیگر «مال» بر عهده معنا کرده‌اند (آل کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۸۶).

به عقیده بسیاری از حقوق‌دانان، در حقوق مدنی ضمان قهری معادل مفهوم مسئولیت مدنی در حقوق نوشته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۲: ۱؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۵: ۷؛ تقی‌زاده و هاشمی، ۱۳۹۲: ۶؛ وحدتی شبیری، ۱۳۸۵: ۱۷۴؛ بادینی، ۱۳۸۴: ۳۱).

در حالی که ملاحظه می‌گردد، در قلمرو فقه امامیه ضمان در اصطلاح، مفهوم و حقیقتی واحد به معنای قرار گرفتن مال در ذمه است که در نتیجه ضمان، مثل یا قیمت مال تلف‌شده در ذمه زیان‌زننده تملیک و زیان‌دیده مالک مافی‌الذمه زیان‌دیده می‌شود (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۰/۲) که از جمله آثار آن، وجوب تکلیفی پرداخت خسارت است.

قانون مدنی بر همین اساس در ماده ۱۴۰ خود به پیروی از فقها، ضمان قهری و اسباب آن را در فصل دوم از باب دوم تحت عنوان «اسباب مالکیت» به کار برد که در نتیجه آن تملیک حاصل می‌شود (خسروآبادی، ۱۳۹۴: ۱۲).

از این رو می‌توان گفت که جوهره مسئولیت، حکم تکلیفی و جوهره ضمان، حکم وضعی است و تقابل آن دو همچون تقابل حکم تکلیفی و وضعی است

۲. عدم امکان پذیرش ضمان قهری ناشی از مالکیت

بر مبنای نظر مشهور در فقه و قانون مدنی میان رابطه استناد در مسئولیت مدنی ناشی از مالکیت و رابطه استناد در ضمان قهری ناشی از رفتار تفاوت‌هایی وجود دارد؛ از جمله اینکه در مسئولیت مدنی ناشی از مالکیت، کنش یا نقش فعال شیء است که موجب مسئولیت مالک می‌شود، بدون آنکه کوتاهی مالک در نگهداری و کنترل شیء در آن لازم باشد. به بیان دیگر با فراهم آمدن شرایط و بدون استناد به رفتار مالک، مسئولیت وی محقق می‌گردد (حسین‌آبادی و غلامعلی‌زاده، ۱۳۹۰: ۱۹۱؛ ژردن، ۱۳۹۱: ۱۳۰؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۳: ۴۵۰). از این رو اینکه برخی از اندیشمندان حقوقی در مسئولیت مدنی کالا معتقدند «خسارت‌هایی را می‌توان مطالبه کرد که از عیبی ناشی شده‌اند که از نظر عرف به تولیدکننده یا فروشنده (رفتار) انتساب‌پذیر باشد» (جعفری‌تبار، ۱۳۸۵: ۱۸۵) و یا «مسئولیت مالک... ناشی از فعل خود اوست... بنابراین... مسئولیت مدنی دارنده وسیله (نقلیه موتوری زمینی و ریلی) را باید با بررسی قواعد اثبات‌کننده مسئولیت مدنی ناشی از این وسایل تعیین نمود: نصوص قانونی مربوط به مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی عبارت از: ماده ۳۳۵ ق.م. و مواد ۳۳۶ و ۳۳۷ ق.م.ا.» (باریکلو، ۱۳۸۷: ۱۰۴-۱۰۱) خالی از اشکال نیست؛ چه اینکه در مسئولیت مدنی ناشی از مالکیت که ریشه در عقلا نیت فطری دارد، نظر به تعهد مراقبت مالک استناد خسارت به رفتار شخص لازم نیست تا این مسئولیت قسمی از ناشی از رفتار عنوان گردد؛ بلکه شرط

۱. این رویکردهای متمایز از هم موجب تفاوت‌های چشمگیر دیگری نیز می‌شود: از جمله اینکه اولاً در مسئولیت مدنی در حقوق، تقصیر شرط است، ولی در ضمان قهری، تقصیر موضوعیتی ندارد و تقصیر تنها تسهیل‌کننده در اثبات رابطه استناد است. ثانیاً در حقوق رومی ژرمنی بر اساس شرط بودن تقصیر در مسئولیت مدنی، برای توجیه مسئولیت مدنی محجورین، به مفهوم نوعی تقصیر روی آورده‌اند؛ در حالی که در فقه بدون توجه به تقصیر، محجورین ضامن جبران خسارت وارد به دیگری هستند. در نتیجه تحقق ضمان قهری، زیان‌دیده مالک مافی‌الذمه زیان‌زده می‌شود. ملکیت بر خلاف مسئولیت که متنوع از تکلیف و دایرمدار شرایط تکلیف است، به عنوان حکم وضعی و مستقل از احکام تکلیفی مستقیماً ارتباطی به افعال مکلفان ندارد. این مهم در ماده ۱۲۱۶ ق.م. مورد توجه قرار گرفته است. ثالثاً تأثیر فوت بر مسئولیت و ضمان متفاوت است که این مهم نیازمند تحقیق مستقلی است.

اساسی مسئولیت مدنی ناشی از مالکیت، وجود رابطه استناد بین مملوک و خسارت است (بابائی، ۱۳۸۵: ۲۰۷).

آنچه در این میان قابل توجه است اینکه در نزد مشهور فقیهان بر مبنای کشف اراده خداوند از کتاب و سنت تنها رفتار شخص است که از موجبات ضمان و تملیک به شمار می آید و حتی ضرورت دارد در جایی که پای کالای خطرناکی در میان است، تلف مال به رفتار شخص استناد عرفی یابد تا بتوان گفت مالک ضامن تلف مال غیر است؛ برای نمونه محقق حلی و فقهای بعد او، شرط ضمان مالک را علم و اطلاع وی از ورود تلف می دانند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۳۹/۴؛ علامه حلی، بی تا: ۲۶۵/۲).

به طور کلی، چند دلیل برای توجه فقها به رفتار شخص در موجبات ضمان قهری می توان بیان داشت: از آن جمله اینکه:

اولاً مطابق قاعده فقهی «وزر» که از جمله دلایل آن، آیه شریفه ﴿لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ می باشد، شخص تنها ضامن اعمالی است که ناشی از رفتار اوست. مطابق این قاعده که در حقوق، از آن به اصل شخصی بودن مؤاخذه یاد می شود، نمی توان مادامی که تلف مال یا نفس قابل استناد به رفتار شخص نباشد، او را مؤاخذه نمود که در لسان فقها اعم است از تکلیف و ضمان.

ثانیاً پیامبر ﷺ در روایتی فرمود: «چاه، حیوان و معدن ضامن ندارد».^۱ شأن نزول روایت مزبور این است که به رسم دوران جاهلیت، اگر مردی در چاه آبی سرنگون می شد و جان می داد، آن چاه را اگر چهارپایی موجب هلاکش می گردید، همان حیوان را و اگر معدنی موجب از بین رفتنش می گشت، همان معدن را خون بهایش قرار می دادند. از پیغمبر کسب تکلیف کردند که ایشان بیان کرد چاه و چهارپا و معدن اگر موجب هلاکت شخصی شوند، دیه ندارند و به بیان دیگر، ضمانی متوجه مالک آن نیست. اگرچه روایت مذکور به عدم ضمان مالک چاه، چهارپا و معدن اشاره دارد، ولی این تحدید، فقط مصداقی از یک قاعده کلی است مبنی بر اینکه مالکیت ضمان آور نیست. مشهور فقیهان با عنایت به اطلاق روایت مزبور بدون اینکه بین مملوک

۱. «البر جبار والعجماء جبار والمعدن جبار» (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۲۵/۱۰).

خطرناک یا غیر خطرناک تفاوتی قائل شوند. که دلالت بر اصل عدم ضمان ناشی از مالکیت دارد، در صورتی که مالک اهمالی در حفظ مال ننماید، نظر به عدم تحقق تسبیب، مالک را ضامن تلف مال غیر نمی‌دانند. در حقیقت به نظر می‌رسد آن‌ها بر مبنای روایت مسمع بن عبدالملک از امام علی ع که بیان داشت: «در صورتی که حیوان نری بار اول حمله کند، صاحب حیوان ضامن نیست؛ ولی اگر برای بار دوم حمله کند، صاحب حیوان ضامن است» (طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۹: ۴۴۷/۳۱)، به رفتار مالک توجه می‌کنند (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۶۵/۱۴).

ثالثاً دیگر روایتی که فقها با اتکا بر آن در مباحث مربوط به موجبات ضمان، صرف «کنش یا نقش فعال شیء» را از موجبات ضمان به شمار نمی‌آورند، روایت یونس بن عبدالرحمن از حضرت علی ع است:

«بهیمة الأنام لا یغرم أهلها شیئاً ما دامت مرسله» (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۹۸/۲۹)؛ صاحبان چهارپا مادامی که چهارپا رهاست، چیزی را ضامن نیستند.

نکته بااهمیت اینکه موضوعات مربوط به «بعیر المغتلم» (شتر شهوت درآمده)، «الکلب العقور» (سگ هار)، «الدابة العضاضة» (جنبنده گازگیرنده) یعنی حیوانات خطرناک در تقسیم‌بندی موجبات ضمان عیناً در مباحث مربوط به تسبیب قرار می‌گیرد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۳۷/۴؛ همو، ۱۴۱۸: ۳۰۶/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۵۹/۱۵؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۶۴/۲). این مهم نشانگر آن است که به علت تحقق تسبیب که آن هم مستند به رفتار می‌باشد، مالک ضامن تلف مال غیر می‌شود (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۴۱/۲۹).

رابعاً پیامبر ص درباره شتر براء بن عازب آن زمان که باغستانی را خراب کرد، این گونه حکم نمود:

«صاحبان باغستان‌ها باید آن را در روز محافظت کنند و صاحبان گله باید گله را در شب محافظت کنند».

همچنین هارون بن حمزه می‌گوید از امام صادق ع درباره گاو و گوسفند که در مزرعه هستند و چیزی را از بین می‌برند، پرسیدم که آیا ضمانی بر مالک این حیوانات هست؟ حضرت فرمود:

«لا یضمن ما أفسدت البهائم نهاراً ویقول علی صاحب الزرع حفظ زرعه وکان یضمن»

ما أَفْسَدَتِ الْبِهَائِمُ» (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۱۰/۱۰)؛ اگر این‌ها در روز تباه کنند، صاحبان مزرعه حافظان آن هستند و ضمانی متوجه مالک حیوان نیست؛ اما اگر در شب تباه کنند، ضمان متوجه مالک حیوان است.

اینکه معصومان بِإِيتَانِهِ بین روز و شب قائل به تفصیل می‌شوند، نشان می‌دهد که ضمان مالک نه ناشی از نقش فعال شیء، بلکه ناشی از رفتار اوست. از آنجایی که تقصیر، رکن مستقلی در ضمان نیست، بلکه تنها نقش یک ضابطه را برای احراز رابطه استناد عرفی ایفا می‌کند، عدم حفظ و نگهداری مال از سوی مالک، اشاره به صدق عرفی تسبیب به رفتاری دارد که تلف مستند به آن است. اینکه در روز حیوان به مزرعه خسارتی وارد کند، ایراد خسارت به صاحب مزرعه و در شب به مالک استناد دارد، به خوبی حکایت از آن دارد که نزد فقها آنچه اهمیت دارد، وجود رابطه استناد عرفی تلف مال با رفتار است نه شیء.

با توجه به آنچه بیان شد، مشهور فقها در مواردی همچون «دائبة الصائلة کالبعیر المغتلم والکلب العقور»، از یک سو حفظ آن را به علت حرمت اضرار به غیر بر مالک آن واجب می‌دانند؛ از سوی دیگر، مالک را در صورتی ضامن قلمداد می‌نمایند که تلف نفس یا مال منحصراً ناشی از رفتارهای او باشد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۴۱/۲۹)، می‌توان گفت در حقیقت بر اساس نظر مشهور فقها مالکیت ضمان آور نیست؛ زیرا مالکیت همچون بسته‌ای از حقه‌هاست که به شخص امکان استفاده از آن را می‌دهد، بدون اینکه در مقابل حق استعمال، حق استثمار و حق تصرفی که می‌کند مکلف به مراقبت باشد و اگر هم در مواردی نظیر «دائبة الصائلة کالبعیر المغتلم والکلب العقور» تکلیفی مبنی بر مراقبت وجود دارد از آنجایی که در علم اصول اثبات گردید ضمان به عنوان حکم وضعی مستقل از حکم تکلیفی است (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۴۳) و چنین ملازمه‌ای بین تکلیف به مراقبت و ضمان به عنوان حکم شرعی در اینجا به اثبات نرسیده است، لازم است ثبوت ضمان، مستند به موجبات ضمان باشد. بر مبنای قاعده «وزر» موجبات ضمان به اتلاف، تسبیب و علی‌الید تقسیم می‌شود که در جملگی موارد، فعل یا ترک فعلی از سوی عامل زیان سر می‌زند تا شخص ضامن تلف مال غیر گردد (محقق حلی، ۱۴۱۸: ۱۰۳/۱؛ طباطبایی حائری، بی‌تا: ۴۵۵/۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۴۴۴/۱).

این رویکرد از سوی قانون‌گذار نیز مورد توجه قرار گرفته است. مواد ۳۳۳، ۳۳۴ و ۳۳۵ قانون مدنی در رابطه با خرابی ساختمان، خسارت ناشی از حیوانات، تصادم وسیله نقلیه و مواد ۵۱۲، ۵۱۶، ۵۱۷، ۵۱۹، ۵۲۰، ۵۲۱، ۵۲۲، ۵۲۳، ۵۲۴ و ۵۲۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ در موجبات ضمان مؤید این مهم است؛ چه اینکه بدون اینکه حکم ضمان را مستند به مالکیت نماید، بر پایه اطلاق یا تسبیب که ناشی از رفتار اشخاص است، این ضمان را پذیرفته است (بهرامی احمدی، ۱۳۹۳: ۴۴۵ به بعد).

ممکن است بر آنچه آمد این گونه اشکال گردد که مطابق قاعده لاضرر هیچ ضرر غیر متدارکی وجود ندارد. نظام حقوقی اسلام همچون نظام وحدت‌گراست که تمامی موجبات ضمان به آن برمی‌گردد. بر اساس این تعبیر از لاضرر صرف ضرر اعم از اینکه مستند به رفتار یا مالکیت باشد، باید جبران شود. به نظر می‌رسد در کیفیت استدلال به قاعده با این تعبیر دو ایراد وجود دارد. اولاً این قاعده مستند به روایتی از پیامبر است. توضیح اینکه سمره بن جندب مالک درخت خرمايي بود که برای دسترسی به آن به صورت مکرر وقت و بی‌وقت از داخل خانه یکی از انصار عبور می‌کرد که این موجب آزار صاحب خانه و اهل منزل او بود. انصاری نزد پیامبر شکایت نمود و با بی‌اعتنایی سمره به دستور پیامبر مبنی بر ضرورت استیذان هنگام ورود، در نهایت ایشان با عبارت «إِنَّكَ رَجُلٌ مُضَارٌّ» فرمان داد تا درخت سمره کنده شود. عبارت مزبور نشان از آن دارد که برخورد حضرت با سمره به دلیل رفتار ناپسندی است که از او سر زد، نه صرف مالکیت سمره بر درخت. به بیان دیگر در اختلاف موضوع این روایت هم عامل ضرر، رفتار شخص است نه مالکیت. ثانیاً پذیرش این ادعا که قاعده لاضرر به عنوان قاعده عمومی ضمان تدوین شده است، علاوه بر اینکه بسیاری از فقها آن را جزء موجبات ضمان نمی‌دانند، بر فرض ایجاد ضمان تنها در جایی قابل اعمال است که از موجبات دیگر ضمان نتوان به ضمان دست یافت (بادینی، ۱۳۸۴: ۴۹).

۳. نقد نظر مشهور و راه حل‌های پیشنهادی

همان گونه که ملاحظه شد، از نظر فقهی در موجبات ضمان به رفتار عامل زیان توجه می‌شود و رابطه استناد باید میان خسارت و رفتار زیان‌زننده برقرار باشد. با این

حساب اینکه بیان شود نظر به افزایش تولید اشیاء خطرناک و ورود خسارت فزاینده به اشخاص، بدون اینکه رفتاری در آن دخالت داشته باشد، جبران خسارت یا ضمان ناشی از کنش یا نقش فعال شیء به خصوص کالای خطرناک، به یک ضرورت اجتماعی در عصر حاضر بدل گردید و از این رو مسئولیت مدنی ناشی از مالکیت در فقه امامیه مطابق قاعده است (بزدانین، ۱۳۹۶: ۳۷۹-۳۹۷)، تطابق چندانی با فقه امامیه ندارد. در حقیقت فقها با وجود اینکه تکلیف به مراقبت در مواردی همچون «دأبته الصائلة کالبعیر المغتلم والکلب العقور» را «من دون خلاف وإشکال بین الأصحاب» می دانند (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۳۰۵/۲)، اما تحت تأثیر «نظریه ضمان»، منبع ضمان مالک را نه ناشی از وجوب عقلی تکلیف به مراقبت، بلکه ناشی قاعده اتلاف می دانند که در آن به رفتار توجه می شود (حسینی عاملی، بی تا: ۳۰۹/۱۰).^۱

با وجود این، به منظور حفظ مصالح و هنجارهای اجتماعی در عصر حاضر باید به دنبال راه حلی جهت پاسخ گویی مالک نسبت به خسارات ناشی از تحت مالکیت او بالاخص اشیاء خطرناک بود و دیگر نمی توان بر منطق نظر مشهور و حربه های کهن که ریشه در ضمان شرعی منصوص و رفتار اشخاص دارد، قناعت کرد و به نیازهای روز جامعه بی تفاوت ماند. باید در این مسیر طرحی نو درانداخت تا مالک که با ورود کالای خطرناک خود در جامعه، زمینه تحمیل خسارت ناشی از کالای خطرناک را فراهم می کند، مسئول یا ضامن خسارت ناشی از کالای خود باشد.

به باور نگارندگان برای نیل به نتیجه مطلوب و منطبق با فقه امامیه سه راه حل قابل توجه است: می توان از نظریه مسئولیت مدنی در حقوق که معادل وجوب جبران ضرر است و با هیچ ممنوعیت شرعی مواجه نیست بهره برد. همچنین همبستگی اجتماعی و ضرورت تهیه پوشش بیمه ای به همراه شناسایی ماهیت عقلایی برای ضمان و جمع عرفی آن با دیگر روایات که در ادامه خواهد آمد، مسیر پاسخ گویی مالک یا دارنده کالای خطرناک را در برابر خسارت بر اساس موجبات ضمان قهری نیز تسهیل نمود. البته همان طور که بیان شد، هر یک از این راه حل ها آثار متفاوتی به دنبال خواهد داشت.

۱. البته برخی در این باره به قاعده لاضرر استناد نموده اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۳/۱۳۰).

۳-۱. مسئولیت مدنی ناشی از مالکیت کالای خطرناک

بر اساس این مبنا بدون اینکه ضمان قهری مورد نظر فقه حاصل شود، می‌توان مالک کالای خطرناک را به سبب سلطه‌ای که بر کالا دارد، متعهد یا مسئول جبران خسارت به غیر نمود. تمایز ضمان و مسئولیت از نگاه فقهای امامیه نیز دور نمانده است؛ زیرا از نظر آن دسته از فقهایی که ضمان را حکم شرعی و رفع و وضع آن را در اختیار شارع یا قانون‌گذار می‌دانند، امکان توافق طرفین در قالب شرط ضمن عقد به منظور جبران خسارت را معتبر دانسته و به بیان دیگر، تعهد و الزام و به عنوان حکم تکلیفی و مسئولیت صحیح می‌باشد (موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۵۰/۱؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۳۵). تفاوت بین این دو نیز به راحتی از صدر و ذیل ماده ۵۸۸ قانون مدنی که شرط ضمان را باطل و شرط فعل را صحیح می‌داند به دست می‌آید؛ چه اینکه ضمان بر اساس نظر قانون‌گذار بر مبنای حکم مشهور در فقه، حکمی از احکام شارع است و اختیار آن دست طرفین نیست که آن را وضع نمایند، از این رو باطل است؛ اما شرط فعل که تعهد و التزام است، صحیح به شمار می‌آید. بر همین اساس، قانون‌گذار که همچون برنامه‌ریز و کاشف از اراده شارع در نظام حقوقی اسلام عمل می‌کند و قدرت خود را نه از اراده مردم، بلکه از اراده خدا می‌گیرد نیز نمی‌تواند شخصی را در برابر دیگری مدیون نماید؛ اما می‌تواند همچون شرط فعل، نظر به دلایلی همچون مصلحت و لزوم امنیت در منطقه‌الفراغ یا همان حوزه احکام ترخیصی، برای اشخاص تعهد و التزام به جبران خسارت را ایجاد کند. نکته قابل ذکر اینکه بر اساس نظر مشهور در فقه، مفاد تعهد و مسئولیت بر خلاف ضمان در فقه و حق مطالبه در حقوق، یک دین برای متعهد و یک حق مالی برای متعهدله فراهم نمی‌کند؛ به عبارت دیگر در شمار دارایی متعهدله قرار نمی‌گیرد، بلکه نتیجه اشتراط صرفاً یک تعهد و التزام است که مفادش حکم تکلیفی و اثرش حق مطالبه است؛ به صورتی که در فرض مرگ متعهد، به ترکه تعلق نمی‌گیرد (موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۱۰۹/۲۷؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۲/۲۸۶؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۳۵۱/۲؛ برای مطالعه تفصیلی ر.ک: عبدی‌پور فرد و جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۱: ۸۱-۱۰۸) و در صورت تخلف نیز مشروطه تنها خیار تخلف از شرط دارد.

آنچه در مسئولیت مدنی ناشی از مالکیت به عنوان اثر نقض تعهد و التزام لازم است،

وجود تکلیف به مراقبت از سوی مالک است که به مدد آن بتوان جبران خسارت را به عنوان حکم تکلیفی از آن انتزاع کرد. از این رو باید اثبات گردد که از یک سو مالک کالای خطرناک دارای تکلیف به مراقبت است و از سوی دیگر در صورت نقض این تکلیف می‌توان حکم تکلیفی مسئولیت را انتزاع نمود.

در رابطه با وجود تکلیف به مراقبت برای مالک کالای خطرناک باید گفت که تعهد و تکلیف گاه ناشی از یک وظیفه قانونی است و گاه ناشی از یک عمل حقوقی. وجود این تکلیف به عنوان اولین جزء برای اثبات مسئولیت مدنی ناشی از مالکیت لازم و ضروری است. آنچه پاسخ بدان در مسئولیت مدنی ناشی از مالکیت اهمیت دارد اینکه آیا لازم است تکلیف به مراقبت، مورد تصریح قانون گذار قرار گیرد یا آنکه ضرورت‌ها و مصالح اجتماعی می‌تواند آن را ایجاد نماید؟ از یک سو ممکن است گفته شود با توجه به ممنوعیت عقلی اضرار به غیر، تفسیر موسع از حقوق مدنی و اطلاق ماده ۱ ق.م.م.، می‌بایست مسئولیت مدنی ناشی از نقض تعهد، محدود به موارد منصوص نگردد و از سوی دیگر اصل آزادی، اصل عدم و اصل برائت اقتضا دارد که در مسئولیت مدنی، هر تکلیفی مورد تصریح قرار گیرد تا بتوان با استفاده از آن، شخص را مسئول خسارت دیگری دانست.

به نظر می‌رسد در چنین مواردی برای جمع بین این دو احتمال و قرار دادن خسارت در جای صحیح، می‌توان از «ضرر انتظاری»^۱ کمک گرفت که از حاصل ضرب وقوع حادثه در احتمال ضرر به دست می‌آید تا بر اساس آن، ضرر در مناسب‌ترین جای ممکن قرار گیرد. بر همین اساس در جایی که بیم ضرر از وقوع حادثه می‌رود، به منظور مقابله با ضرر بالقوه، مسئولیت مدنی بر عهده شخصی قرار می‌گیرد که بیشترین عنصر خطر را وارد جامعه می‌کند و در مواردی که احتمال ضرر اندک است، به منظور حفظ توسعه و آزادی اشخاص که از جمله پیش شرط‌های آن، استقلال اشخاص و در امان ماندن از مسئولیت است، ضرر بر عهده زیان دیده قرار می‌گیرد. با توجه به این نکته در کالای خطرناک که امنیت حقوقی اشخاص در معرض خطر قرار می‌گیرد و به احتمال زیاد

1. Expected Harm or Damage.

ضرر محقق می‌شود، می‌توان گفت فرض بر این است که مالک یا دارنده به دلیل سلطه‌ای که بر مال دارد، متعهد به مراقبت از کالاست تا امنیت حقوقی اشخاص حفظ گردد که فقها با عبارت «یجب علی صاحب الدابة حفظ دابته الصائلة، کالبعیر المغتلم والکلب العقور... من دون خلاف وإشکال بین الأصحاب» (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۳۰۵/۴۲) آن را تأیید نمودند.

از آن جایی که تعهد به مراقبت تکلیف است، به منظور انتزاع مسئولیت از آن، لازم است تعهد نقض گردد تا بتوان گفت شخص مسئول خسارت وارد به غیر است؛ اما اینکه در این انتزاع مسئولیت از نقض تعهد، لازم است که تقصیر متعهد اثبات گردد یا صرف وقوع خسارت برای تحقق مسئولیت کافی است، بستگی به ماهیت تعهد به مراقبت دارد که آیا از نوع تعهد به وسیله است یا تعهد به نتیجه. از آنجایی که شرط تقصیر در مواردی است که مسئولیت مدنی ناشی از رفتار باشد تا بتوان گفت نقض تکلیف صورت گرفته است و افزون بر آن کالای خطرناک خطرات متعددی برای اشخاص ایجاد می‌کند که می‌طلبند مالک یا دارنده مراقبت بیشتری از مال بنماید تا به دیگران خسارت وارد نشود و تعهد به وسیله بودن آن، حمایت لازم و مدّ نظر در کالای خطرناک را نمی‌نماید. به نظر می‌رسد تکلیف به مراقبت در کالای خطرناک از نوع تعهد به نتیجه است. به بیان دیگر، همین که خسارت به وقوع پیوست، شخص ملزم به جبران خسارت غیر می‌شود، بی‌آنکه لازم باشد تقصیر مالک یا دارنده اثبات گردد.

به نظر می‌رسد از عدم رعایت تکلیف به مراقبت می‌توان حکم تکلیفی مسئولیت را انتزاع نمود. توضیح اینکه از میان نظرات مطروحه پیرامون قاعده «حرمت عقلی نهی اضرار به غیر» در فقه برخی بر این باورند که به دلالت ملازمه در دستگاه شریعت، بدون اینکه به موجبات دیگری نظیر اتلاف و تسبیب نیاز باشد، از این حرمت عقلی، حکم وضعی ضمان انتزاع می‌شود. در حالی که در نظر اکثریت فقها از آن جهت که ضمان به عنوان حکم شرعی، نیازمند سبب شرعی است و نهی اضرار به غیر، حکم عقلی است، مانع از آن است که از این قاعده به منظور اثبات ضمان استفاده نمود. به نظر می‌رسد اینکه عقل بتواند از این نهی اضرار به دیگری، حکم تکلیفی مسئولیت را اثبات نماید، موضوعی متفاوت از آن چیزی است که فقها در ضمان قهری با آن مواجه

هستند؛ چه اینکه همان طور که سابقاً بیان گردید، ضمان قهری به عنوان حکم وضعی از اسباب تملیک دین است که نیازمند سبب شرعی است؛ اما در مقابل مسئولیت مدنی به عنوان حکم تکلیفی، از این جهت که حقیقت شرعی، متشرعه و فقهیه ندارد، از اسباب «تعهد و التزام» است که به دلالت عقلی و عرفی در کالای خطرناک دست کم هر دو منبع مزبور ایجاب می نماید که در صورت وقوع خسارت ناشی از کالا، مالک به دلیل سلطه‌ای که بر مال خود دارد، متعهد به جبران خسارت دیگری شود.^۱

۲-۳. اجباری نمودن بیمه بر مبنای همبستگی اجتماعی

با وجود نقش برجسته نظام مسئولیت مدنی در تأمین امنیت اجتماعی افراد در کالای خطرناک، نمی توان از دشواری‌های ممکن در مسیر اعمال آن برای جبران خسارت چشم‌پوشی نمود؛ برای نمونه می توان به احتمال عدم ملاتت مالک کالای خطرناک در جبران خسارت که عموماً در این گونه حوادث حجم قابل توجهی دارد، اشاره داشت. این محدودیت‌ها و آن ضرورت‌ها سبب می شود که در کنار مسئولیت مدنی، نظریه جدیدی برای جبران خسارت وارده به زیان‌دیده ایجاد گردد. بیمه که ریشه در همبستگی اجتماعی دارد، تمام خسارات ناشی از کالای خطرناک را به عنوان یک کل می‌نگرد و همه دارندگان کالای خطرناک را مسئول به بیمه نمودن کالای خود می‌نماید. از این طریق، سرمایه‌های لازم برای صندوق‌های تأمین جبران خسارت و بیمه‌گران جمع‌آوری می‌شود تا خسارت زیان‌دیدگان جبران گردد، بدون اینکه مالک کالای خطرناک، مسئول جبران خسارت وارده تلقی شود.

در حقوق اسلامی نیز می‌توان این اندیشه را در نهاد عاقله یا بیت‌المال که از احکام امضایی به شمار می‌آید، مشاهده نمود. با وجود اینکه خویشاوندان نسبی یا دولت، هیچ نقشی در ایجاد خسارت ندارند، نظر به نوعی همبستگی و یکپارچگی که بین خویشان یا اعضای جامعه وجود دارد، آنان ضامن جبران خسارت زیان‌دیدگان می‌باشند. این نظریه را می‌توان در قوانین حتی در رابطه با وسیله نقلیه موتوری که یک کالای

۱. این موضوع در رابطه با دارنده وسیله نقلیه موتوری در ماده ۱ قانون بیمه اجباری مسئولیت دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در سال ۱۳۴۷ و تبصره ۲ ماده ۱ اصلاح قانون فوق در سال ۸۷ مورد پذیرش قرار گرفته بود.

خطرناک محسوب می‌شود نیز ملاحظه نمود. توجه به ماده ۲، بند ب ماده ۴ و بند الف ماده ۲۵ قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسیله نقلیه مصوب ۱۳۹۵/۲/۲۰ اشعار می‌دارد که دارنده این وسایل نیز به اعتبار مالکیتش بر خلاف قوانین سابق، دارای مسئولیت مدنی نیست و تنها تکلیف وی، تهیه پوشش بیمه‌ای است. در صورتی که او بدون پوشش بیمه‌ای، اتومبیل خود را به حرکت درآورد، از حرکت وی جلوگیری و جریمه اخذ و در پاره‌ای از موارد هم مجازات می‌گردد. حسب مقررات مزبور در صورتی که اتومبیل بیمه باشد، خسارت زیان‌دیده از طریق بیمه جبران می‌شود و در صورت فقدان بیمه‌نامه، خسارت از محل صندوق تأمین خسارت‌های بدنی جبران می‌گردد. در فرض جبران خسارت از این طریق، صندوق تنها امکان مراجعه به راننده مسبب حادثه را از باب رفتار زیانبار او دارد؛ بدون اینکه امکان مراجعه به مالک وسیله نقلیه به دلیل عدم شناسایی مسئولیت مدنی او وجود داشته باشد.

۳-۳. ضمان قهری ناشی از مالکیت کالای خطرناک

نظر به اینکه موجبات ضمان قهری از اسباب مالکیت به شمار می‌آید، وضع و رفع ملکیت در دست شارع است. از نظر مشهور فقهای امامیه، ضمان یا عدم ضمان حکم شرعی است که ایجاد آن بدون وجود نص شرعی، مخالف سنت و منافی با احکام شرع است (موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۵۰/۱). همان طوری که پیشتر بیان شد، فقها ضمان قهری را تنها از موجبات خاص به دست می‌آورند و تنها رفتار اشخاص است که از موجبات ضمان به شمار می‌آید نه مالکیت.

به باور نگارندگان، پشتوانه نظریه ضمان شرعی مبتنی بر سه پیش‌فرض است: خداوند حاکم جهان است، احکام از سوی وی صادر می‌شود و ضمان نیز به عنوان حکم شرعی باید شرعی باشد؛ زیرا «قانون‌گذاری که خود صاحب مکتب، جهان‌بینی خاص و شریعت و تأسیساتی است... باید بر اساس مقررات خودش این لفظ و قالب را تفسیر نمود، نه اندیشه دیگران» (علیدوست، ۱۳۹۵: ۱۵۵). در رابطه با اینکه شرع برای ضمان قالب و شکل خاصی قرار داده است یا خیر، می‌توان گفت با توجه به رویه قانون‌گذار اسلام که تصرف و تأسیس نسبت به امضاء اندک است (همان: ۱۵۶) و

«عناوینی که در موضوعات احکام اخذ می‌شود، ظهور در عنوان عرفی دارد» (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۸۱/۶؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۱۰۱/۱). شرع برای ضمان در صغری قالب خاصی قرار نداد و ضمان را در صغری به بنای عقلا واگذار نمود؛ زیرا اگر شارع در بیان مفهوم ضمان نظری داشت، باید با قید و شرط آن را بیان می‌نمود. این بحث نه از آن روست که ضمان عقلایی است، بلکه بیش از آنکه یک تغییر بنیادین باشد، بحث صغروی است. توضیح اینکه شارع تعیین ضمان را با تقریر سیره عقلا بر عهده عقلا نهاد و در ابواب متعدد ضمان، این طرق عقلایی را تأیید کرد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۸۴/۴). در حقیقت در شرع ضمان به عنوان «تبعی»^۱ و کاشف از موضع شارع مورد توجه قرار می‌گیرد. بر این اساس نه تنها ناظر به موارد ضمان در شرع است، بلکه هر موردی را که مشمول ضمان عقلایی باشد نیز در صورت عدم رد شامل می‌شود.

از این رو این گفته را که در فقه امامیه مالکیت ضمان آور نیست، نمی‌توان به طور مطلق و بدون توجه به مقاصد شریعت و بنای عقلا که از آن جمله حفظ جان و مال مردم در برابر کالای خطرناک است، تفسیر نمود. مصالح زمان و بنای عقلا اقتضا دارد این گفته را که مالکیت ضمان آور نیست، بر اساس احادیث ناظر به شیء غیر خطرناک بدانیم و با تلقی اینکه ضمان دارای ماهیت عقلایی ناشی از شرع است (همان)، بر مبنای درک بنای عقلا، دارنده یا مالک کالای خطرناک را ضامن خسارت ناشی از کالای مزبور بدانیم. در حقیقت اسباب و موضوع ضمان نیازمند سبب خاصی در شرع نیست و حتی اسبابی مانند مالکیت ناشی از کالای خطرناک نیز مطابق بنای عقلا می‌توانند سبب ضمان قرار گیرند.

به نظر می‌رسد این دیدگاه مورد نظر شارع نیز باشد؛ چه اینکه با وجود آنکه محقق حلی و پیروانش شرط ضمان مالک حیوان خطرناک را علم و اطلاع او از ورود تلف به غیر می‌دانند نه صرف کنش شیء (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۳۹/۴؛ علامه حلی، بی‌تا: ۲۶۵/۲)، اما این استدلال آن‌ها با اطلاق روایت صحیح حلی از امام صادق علیه السلام منافات دارد: «بُحْتِي اَعْتَلَمَ فَرَخَجَ مِنَ الدَّارِ فَقَتَلَ رَجُلًا فَجَاءَ اَخُو الرَّجُلِ فَضْرَبَ الفَحْلَ بِالسَّيْفِ، فَعَقَرَهُ. فَقَالَ: صَاحِبُ البُحْتِي ضَامِنٌ لِلدِّيَةِ وَيَقْبِضُ ثَمَنَ بُحْتِيهِ» (مجلسی، ۱۴۰۶:

۱. مراد از ضمان تبعی، در مقابل ضمان مستقل است که کاشفیت از موضع شارع و قانون‌گذار دارد.

۴۵۸/۱۰؛ شتری به شهوت آمد، مست شد و از خانه بیرون رفت و مردی را کشت. پس برادر مقتول آمد و شتر را با شمشیر زد و کشت. آیا ضمان وجود دارد؟ حضرت فرمود: صاحب شتر ضامن دیه مرد است، ولی بهای شترش را می‌گیرد.

نکته قابل توجه اینکه در این روایت، هیچ اشاره‌ای به علم و اطلاع مالک شتر و استناد خسارت به رفتار او نشد. محقق حلی و مشهور فقها بر خلاف ظاهر این روایت، آن را مقید به اطلاع و استناد به رفتار مالک نموده‌اند. به نظر می‌رسد جمع عرفی روایات وارد در این خصوص اقتضا دارد آن روایتی که به نحو اطلاق بیان می‌کند: «البئر جبار والعجماء جبار والمعدن جبار»، حمل بر جایی شود که مملوک خطرناک نیست؛ ولی در جایی که شیء خطرناک است، مانند آنچه در صحیح حلبی آمد، مالک یا دارنده به دلیل خطرناک بودن کنش شیء ضامن خسارت وارد به غیر گردند. همچنان که صاحب جواهر در روایت «بهیمة الأنعام لا یغرم أهلها شیئاً ما دامت مرسله» (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۳۰/۴۳)، با تعبیر «ما دامت مرسله» به حیوان اهلی که اذیت نکند، مالک آن ضامن نیست، این مهم را تأیید می‌نماید که مالک یا دارنده اشیاء خطرناک ضامن خسارت ناشی از آن است.

نتیجه‌گیری

در این نوشتار ماهیت جبران خسارت ناشی از کالای خطرناک مورد مطالعه قرار گرفت. نکته مهم تحلیل این موضوع است که اگر از کالای خطرناک تحت مالکیت، خسارتی ناشی شود بدون اینکه خسارت مستند به رفتار مالک باشد، آیا می‌توان با اتکا به قواعد ضمان قهری، حکم به جبران خسارت نمود؟ در گام اول، پاسخ مرسوم فقها مورد مطالعه قرار گرفت و دلایل اتکای موجبات ضمان قهری بر رفتار عامل زیان تشریح گردید. تحقیق نشان داد قاعده «وزر» به همراه برخی از روایات وارده در خصوص ضمان قهری، از جمله دلایل اصلی مبنی بر ضرورت وجود رابطه استناد میان خسارت با رفتار مالک و ناکافی بودن رابطه استناد میان خسارت و مملوک است. قانون‌گذار نیز در برخی از مواد قانونی تحت تأثیر مشهور فقها عمل نمود. به بیان دیگر بر طبق نظر مشهور، ضمان قهری ناشی از مالکیت پذیرفتنی نیست و در جملگی

موجبات ضمان می‌بایست میان خسارت و رفتار زیان‌زننده رابطه استناد برقرار باشد. پس از آن، ضمن تحلیل مفهومی مسئولیت و ضمان و از آن جمله تأکید بر اینکه تمایز میان آن‌ها به تمایز میان احکام تکلیفی و وضعی برمی‌گردد، با اتکا بر فقه امامیه راه حل‌هایی جهت پاسخ‌گویی مالک کالای خطرناک و ضرورت جبران خسارت ناشی از آن از نظر فقهی بیان گردید. امکان تحقق مسئولیت مدنی برای مالک کالای خطرناک مورد پذیرش قرار گرفت؛ زیرا آنچه در مسئولیت مدنی ناشی از مالکیت به‌عنوان عامل ارتباط به منظور تحقق آن لازم است، وجود تکلیف به مراقبت از سوی مالک است که به مدد آن بتوان جبران خسارت را به‌عنوان حکم تکلیفی از آن انتزاع کرد. اثبات گردید که مالک کالای خطرناک دارای تکلیف به مراقبت است و در صورت نقض آن می‌توان حکم تکلیفی مسئولیت را انتزاع نمود. بیمه که ریشه در همبستگی و تعاون اجتماعی دارد، به‌عنوان راه حل دیگری برای جبران خسارت ناشی از کالای خطرناک حتی در فرض عدم شناسایی مسئولیت مدنی برای مالک کالا مورد بررسی قرار گرفت. همچنین نشان دادیم که ضمان دارای مفهومی عقلایی است و برخلاف تصور مرسوم، شارع برای ضمان قالب و شکل خاصی قرار نداده است. به بیان دیگر، شارع تعیین ضمان را با تقریر سیره عقلا بر عهده عقلا نهاد و در ابواب متعدد ضمان، این طرق عقلایی را تأیید کرد. مصالح اجتماعی، بنای عقلا و جمع میان روایات مختلف وارد در این خصوص اقتضا دارد این گفته را که مالکیت ضمان‌آور نیست، حمل بر کالای غیر خطرناک نماییم و مالک کالای خطرناک را ضامن خسارت ناشی از کالای مزبور بدانیم.

کتاب‌شناسی

۱. آل کاشف‌الغطاء، محمدحسین، *تحریر المجله*، نجف اشرف، المكتبة المرتضوية و مطبعتها الحیدریه، ۱۳۵۹ ق.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۳. اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
۴. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۵. بابائی، ایرج، *حقوق بیمه*، تهران، سمت، ۱۳۸۵ ش.
۶. بادینی، حسن، *فلسفه مسئولیت مدنی*، تهران، انتشار، ۱۳۸۴ ش.
۷. باریکلو، علیرضا، *مسئولیت مدنی*، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
۸. بحر العلوم، عزالدین، *بحوث فقهیه من محاضرات آیه الله العظمی الشیخ حسین الحلی*، چاپ چهارم، نجف، مؤسسه المنار، بی تا.
۹. بهرامی احمدی، حمید، *ضمان قهری*، تهران، دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۹۳ ش.
۱۰. تقی زاده، ابراهیم و احمدعلی هاشمی، *مسئولیت مدنی (ضمان قهری)*، تهران، دانشگاه پیام نور، ۱۳۹۲ ش.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، «مسئولیت قراردادی»، *مجله حقوقی وزارت دادگستری*، شماره ۱، ۱۳۴۲ ش.
۱۲. جعفری تبار، حسن، *مسئولیت مدنی کالا*، تهران، دادگستر، ۱۳۸۵ ش.
۱۳. حسین آبادی، امیر و محمد غلامعلی زاده، «نقش فعال وسایل موتوری در ایجاد ضرر»، *تحقیقات حقوقی*، ویژه نامه شماره ۷، ۱۳۹۰ ش.
۱۴. حسینی حائری، سید کاظم، *فقه العقود*، چاپ دوم، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۱۵. حسینی سیستانی، سید علی، *منهاج الصالحین*، چاپ پنجم، قم، دفتر معظم له، ۱۴۱۷ ق.
۱۶. حسینی عاملی، سید جواد بن سید محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا. و قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۷. حکمت نیا، محمود، *مسئولیت مدنی در فقه امامیه*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹ ش.
۱۸. خسروآبادی، نصرالله، «نظریه عمومی دیون در حقوق اسلام و مقایسه آن با حقوق غرب»، *فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۴ ش.
۱۹. زردن، پاتریس، *اصول مسئولیت مدنی*، ترجمه مجید ادیب، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش.
۲۰. صفایی، سید حسین و حبیب الله رحیمی، *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، تهران، سمت، ۱۳۹۵ ش.
۲۱. طباطبایی بروجردی، سید حسین، *منابع فقه شیعه*، ترجمه مهدی حسینیان قمی و محمد حسین صیوری، تهران، فرهنگ سبز، ۱۴۲۹ ق.
۲۲. طباطبایی حائری، سید علی بن سید محمد، *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه آل‌البتین علیهم السلام، بی تا.
۲۳. طباطبایی قمی، سید تقی، *الغایة التصوی فی التعلیق علی العروة الوثقی - کتاب المضاربه*، قم، محلاتی، ۱۴۲۳ ق.
۲۴. طریحی، فخرالدین، *مجمع البحرین*، چاپ سوم، تهران، کتاب‌فروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ ق.

۲۵. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۲۶. عاملی جبعی (شهید ثانی)، *زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۷. عبدالرحمان، محمود، *معجم المصطلحات والالفاظ الفقهیه*، بی جا، بی تا.
۲۸. عبدی پور فرد، ابراهیم و نصرالله جعفری خسروآبادی، «خلط نظری ناشی از خطا در واژه شناسی (بازشناسی و تطبیق نسبت میان سه مفهوم دین، تعهد و حق شخصی)»، *حقوق خصوصی*، دوره یازدهم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۱ ش.
۲۹. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *ارشاد الازهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳۰. همو، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه (ط - القدیمة)*، مشهد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، بی تا.
۳۱. همو، *تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه)*، چاپ شانزدهم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
۳۲. علیدوست، ابوالقاسم، *ادله عام قرآنی فقه و حقوق قراردادها*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۵ ش.
۳۳. عمید زنجانی، عباسعلی، *موجبات ضمان*، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.
۳۴. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، تهران، المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.
۳۵. قربان پور، امیرمهدی، *مسئولیت قراردادی (ماهیت و مبانی)*، تهران، مجد، ۱۳۹۱ ش.
۳۶. کاتوزیان، ناصر، *مسئولیت مدنی*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۰ ش.
۳۷. مجلسی، محمدتقی، *روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه*، تحقیق حسین موسوی کرمانی و علی بنایه اشترادی، چاپ دوم، قم، کوشانپور، ۱۴۰۶ ق.
۳۸. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، *المختصر النافع فی فقه الامامیه*، چاپ ششم، قم، مؤسسه المطبوعات الدینی، ۱۴۱۸ ق.
۳۹. همو، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۴۰. محقق داماد، سیدمصطفی، «تحولات اجتهاد شیعی: مکتبها، حوزهها و روشها (۴)»، *احکام وضعی و احکام تکلیفی از نظر محقق خراسانی*، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۵۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۸ ش.
۴۱. مصباح یزدی، محمدتقی، *فلسفه اخلاق*، تحقیق و نگارش احمدحسین شریفی، تهران، شرکت چاپ و نشر بین الملل، بهار ۱۳۸۱ ش.
۴۲. معین، محمد، *فرهنگ فارسی*، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۶ ش.
۴۳. مقرئ فیومی، احمد بن محمد، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی*، قم، دار الرضی، بی تا.
۴۴. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۴۵. موسوی خمینی، سیدروح الله، *المکاسب المحرمه*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ ق.
۴۶. همو، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.
۴۷. موسوی خوئی، سیدابوالقاسم، *مبانی العروة الوثقی*، قم، مدرسه دار العلم - لطفی، ۱۴۰۹ ق.
۴۸. همو، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
۴۹. همو، *موسوعة الامام الخوئی*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ ق.
۵۰. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، *مهذب الاحکام*، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار - دفتر معظم له، ۱۴۱۳ ق.

۵۱. موسوی قزوینی، سیدعلی، *ینابیع الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۴ ق.
۵۲. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۵۳. وحدتی شبیری، سیدحسن، *مبانی مسئولیت مدنی قراردادی (مطالعه تطبیقی در فقه و حقوق)*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵ ش.
۵۴. یزدانیان، علیرضا، «طرح قاعده مسئولیت مدنی ناشی از اشیاء در حقوق ایران و فرانسه»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره چهل و هفتم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۶ ش.

پژوهشی در

ملاک تأثیر جهت نامشروع: تصریح یا احراز؟!*

(واکاوی مبانی فقهی ماده ۲۱۷ قانون مدنی)*

- امین سلیمان کلوانق^۱
- محمدعلی راغبی^۲
- احمد مرتاضی^۳

چکیده

مطابق ماده ۱۹۰ قانون مدنی، مشروعیت جهت، یکی از شرایط اساسی صحت معاملات به حساب می‌آید. در خصوص شرط تأثیر آن در ماده ۲۱۷ ق.م.آ آمده است که برای تأثیر جهت نامشروع (یعنی بطلان قرارداد)، باید تصریح نسبت به آن صورت پذیرد. بنابراین در صورت علم یکی از طرفین به جهت نامشروع طرف مقابل، قرارداد صحیح می‌باشد. این در حالی است که این مسئله در بین فقهای امامیه اختلافی است؛ به نحوی که برخی آن را جایز و برخی باطل می‌دانند. در پژوهش حاضر بعد از تبیین معنای جهت نامشروع و نقل تفاسیر

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۲/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۵/۱۸.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم (نویسنده مسئول) (a.soleyman95@gmail.com).

۲. استادیار دانشگاه قم (ma-raghebi@qom.ac.ir).

۳. استادیار دانشگاه تبریز (a.mortazi@tabrizu.ac.ir).

حقوقی ناظر بر بحث، مبانی فقهی ناظر بر مسئله از قبیل روایات خاصه و حرمت اعانه بر اثم، با در نظر گرفتن غرض شارع مبنی بر قلع ماده فساد، مورد واکاوی واقع شده و در نهایت، بطلان قرارداد در صورت یک طرفی بودن جهت نامشروع و علم طرف مقابل به آن مورد پذیرش واقع شده است و اصولی چون اصل صحت نمی‌تواند مانع از جریان حکم بطلان شود و این نتیجه حاصل شد که ملاک برای تأثیر جهت نامشروع، احراز یا اثبات آن (و نه تصریح به آن) می‌باشد. لذا توجه به این امر در اصلاحات آتی قانون مدنی به قانون‌گذار محترم پیشنهاد می‌شود.

واژگان کلیدی: جهت نامشروع، جهت معامله، علم، تصریح، حرمت، بطلان.

۱. طرح مسئله

مشروعیت جهت، یکی از شرایط اساسی صحت معاملات می‌باشد. در ماده ۲۱۷ قانون مدنی آمده است:

«در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود؛ ولی اگر تصریح شده باشد، باید مشروع باشد، والا معامله باطل است.»

رویکرد حقوق ایران به تأثیر جهت نامشروع، شرط دانستن تصریح به نامشروعیت جهت می‌باشد و در صورتی که تصریح به آن صورت نگیرد، معامله صحیح می‌باشد. در خصوص اینکه مراد از تصریح چیست، اختلاف نظراتی میان حقوق‌دانان در این زمینه وجود دارد. دیدگاه مقاصدالشریعه‌ای در این بحث یا به عبارتی دیگر توجه به فلسفه بطلان قراردادهای با جهت نامشروع، هر ذهن متأملی را به این مطلب رهنمون می‌شود که چگونه می‌شود غرض شارع از باطل دانستن چنین قراردادهایی قلع ماده فساد باشد و در عین حال فقط در موارد تصریح به آن، حکم را بر آن بار کند، در حالی که این (تصریح به جهت نامشروع) یکی از طرق احراز جهت نامشروع است و چه بسا که یکی از طرفین، علم به انگیزه نامشروع طرف مقابل داشته باشد و با وجود این، اقدام به معامله کند. این مسئله در روایات و به تبع آن در کلام فقها مورد بحث واقع شده و فقها شمولیت قاعده اعانه بر اثم را نیز بر این موضوع، محل بحث قرار داده‌اند.

لذا ضرورت دارد بررسی فقهی حول این مسئله انجام شود تا الغای خصوصیت از

تصریح به جهت نامشروع امکان‌سنجی شود و با انتاج اینکه ملاک تأثیر جهت نامشروع، احراز آن در قرارداد به هر نحو که باشد، می‌باشد، نظر جدیدی را برای قانون‌گذار جهت اعمال در اصلاحات آتی قانون مدنی پیشنهاد کند.

۲. معناشناسی گزاره جهت نامشروع

جهت (جهة) که غالباً با کسر جیم نقل شده است، کلمه‌ای عربی از ریشه «وجه» می‌باشد. این واژه در معانی متعددی استعمال شده است. گفته‌اند این واژه به معنای «سمت، سوی، نحو» می‌باشد؛ مثلاً زمانی که گفته می‌شود «علی جهة کذا» یعنی بر فلان سمت و سوی (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۶۶/۴). وجه در معنای قصد و هدف نیز به کار می‌رود و به مقصد، جهت گفته می‌شود و این زمانی است که به چیزی توجه شود (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۸۵۶).

جهت در اصطلاح - که محل بحث در نوشتار حاضر، «جهت قرارداد» است - از طرف حقوق‌دانان با عباراتی مختلف تعریف شده است. در تحلیل اراده و سیر روانی تکوین آن گفته شده که در مرحله «تدبر» مصالح و مفاسد عمل حقوقی سنجیده می‌شود و چندان ادامه می‌یابد که به شوق و جزم منتهی می‌گردد. آنگاه است که تصمیم گرفته می‌شود و به گونه‌ای در عالم خارج بروز می‌کند. گزینش ذهن نیز بیهوده و اتفاقی صورت نمی‌پذیرد؛ انگیزه‌های گوناگون بر دماغ می‌گذرد و هر کدام به نوعی اراده را به سوی خود می‌کشاند. مصلحت و مفسده نسبی است و به تناسب هر انگیزه، چهره‌ای خاص می‌یابد. سرانجام انگیزه غالب است که معیار مصلحت‌گرایی قرار می‌گیرد و به جذب و دفع می‌پردازد. این انگیزه جاذب در حقوق، «جهت» نامیده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۲۵/۲). همچنین گفته شده که جهت معامله عبارت از داعی است که قبل از معامله در هر یک از متعاملین پیدا می‌شود و سبب انجام معامله می‌گردد (امامی، بی‌تا: ۲۱۵/۱). بنابراین می‌شود گفت که جهت معامله داعی یا انگیزه غیر مستقیم و باواسطه‌ای است که طرف معامله در تشکیل عقد در سر دارد و این انگیزه یا داعی در اشخاص مختلف به اعتبار وضعیت شخصی و شرایط اقتصادی متفاوت است؛ برای نمونه، جهت معامله یا هدف شخصی که خانه خود را می‌فروشد،

ممکن است خرید خانه دیگر یا رفتن به مسافرت یا سرمایه‌گذاری در امر بازرگانی با ثمن معامله باشد یا با فروش اموال خود قصد فرار از دین داشته باشد. به همین دلیل است که از جهت معامله به سبب شخصی معامله نیز یاد می‌شود. کلام حقوق دانان نیز همین را تأیید می‌کند (شهیدی، ۱۳۹۲: ۳۳۲؛ صفایی، ۱۳۸۹: ۱۳۸). باید دقت داشت که استعمال جهت به معنای سبب و علت، نباید موجب خلط میان دو نهاد علت و جهت شود؛ زیرا که این دو متفاوت از هم می‌باشند. علت اصطلاحی است که از حقوق فرانسه به حقوق ایران عرضه شده و در تعریف آن آمده است که مقصود بلافاصله و مستقیمی است که متعهد را وادار به تعهد می‌نماید، به طوری که هر گاه اشتیاق رسیدن به آن مقصود برای متعهد نبود، هیچ زمان خود را دچار بار سنگین تعهد نمی‌نمود (امامی، بی‌تا: ۲۱۹/۱). در تبیین مفهوم آن گفته شده که در فروش اتومبیل به مبلغ پنجاه میلیون ریال، علت معامله در نزد فروشنده به دست آوردن مبلغ پنجاه میلیون و نزد خریدار مالکیت اتومبیل است. بنابراین علت معامله دارای جنبه نوعی است؛ یعنی مثلاً در همهٔ فروشندگان به دست آوردن ثمن معامله، و در همهٔ خریداران به دست آوردن مالکیت مبیع است (شهیدی، ۱۳۹۲: ۳۳۳). از نظریه علت (در مقابل نظریه جهت) در کتب حقوقی به عناوین دیگری یاد شده؛ از جمله: جهت تعهد (صفایی، ۱۳۸۹: ۱۳۸)، علت تعهد (شهیدی، ۱۳۹۲: ۳۳۳)، جهت نوعی (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۲۸/۲) و سبب (همان). به نظر اکثر حقوق دانان، تدوین کنندگان قانون مدنی به جهت معامله به معنای انگیزه قاطع و باعث توجه داشته‌اند (صفایی، ۱۳۸۹: ۱۳۹؛ شهیدی، ۱۳۹۲: ۳۳۴؛ کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۶۹/۲) و دلیل پرهیز نویسندگان قانون مدنی ایران از وارد کردن نظریه علت بی‌واسطه عقد یا تعهد، تصنعی بودن علت تعهد و بی‌فایده بودن طرح آن با وجود نظریه تقابل و مفهوم عوض در موضوع معاملات معوض می‌باشد و با وجود قصد انشاء در فقه امامیه و حقوق ایران، طرح این نظر بی‌فایده به نظر می‌رسد (ر.ک: شهیدی، ۱۳۹۲: ۳۳۴، ۳۳۵ و ۳۶۲).

نظریه جهت در قرارداد به دور از صبغهٔ فقهی نیست؛ زیرا اگرچه که فقها بحث مستقلی تحت عنوان خاص «جهت قرارداد» نداشته‌اند، ولی بحث از عنوان جهت با عباراتی چون قصد حرام و غایت حرام (لاری، ۱۴۱۸: ۵۰/۱؛ حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۳۵۸)،

تعلیل و غایت (فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۴۳۸)، غایت محرمه و لِاجل (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۲۳/۱۲)، جهت حرام (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۸/۲۲؛ موسوی خویی، بی تا: ۱۵۳/۱) و به ندرت در برخی موارد برای اشاره به جهت معامله، تعبیر به علیت کرده‌اند (نراقی، ۱۴۱۷: ۷۶). عبارات مشابه فراوان موجود، نشان از این است که نظریه جهت از نظر فقها دور نمانده و در لابه‌لای مباحث خود، از آن به عنوان یکی از شرایط اساسی برای صحت قرارداد یاد کرده‌اند.

از یک سو وجود مبانی برای یافتن احکام قراردادهای با جهت نامشروع در قرآن از قبیل آیه ﴿...وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانَ...﴾ (مائده/۴) یا ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ (نساء/۲۹)^۱ و از دیگر سو وجود بحث از جهت در روایاتی که از معصومان علیهم‌السلام به دست ما رسیده^۲ و همچنین مقصود شارع از تحریم اعانه بر اثم و وجوب دفع منکر، دلالت بر این دارد که نظریه جهت ریشه‌ای تاریخی در فقه امامیه دارد. پس با وجود این، این نتیجه یافت می‌شود که نظریه جهت در فقه امامیه وجود داشته و تعریفی که از جمع‌بندی آن‌ها می‌شود به دست داد، چنین است: «جهت در قرارداد عبارت است از انگیزه با واسطه و غیر مستقیم هر یک از متعاقدين از انعقاد قرارداد، که این انگیزه ممکن است در اشخاص مختلف، متعدد باشد و این تعدد متأثر از وضعیت شخصی و یا سایر عوامل شخصی باشد».

جهت در برخی موارد ممکن است مشروع باشد و در برخی موارد نامشروع. از آن جهت که این دو، دو مفهوم مقابل هم می‌باشند، تعریف یکی، ما را از تعریف دیگری بی‌نیاز می‌کند. مشروع عبارت است از هر چیزی که مخالف با احکام الزامی شارع نباشد. در مقابل باید گفت که نامشروع عبارت است از هر آنچه که مخالف با احکام

۱. البته در این باره باید گفت که آیه شریفه فقط در حالتی که یکی از متعاملین در قرارداد قید کند که طرف مقابل فقط حق استفاده از مورد معامله در جهت نامشروع را خواهد داشت، به این کیفیت دلالت بر بطلان قرارداد خواهد داشت که ثمن معامله در مقابل چیزی قرار خواهد گرفت که مالیت ندارد؛ یعنی همان استفاده در جهت نامشروع.

۲. «صفوان عن ابن مسکان عن محمد الحلبي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع عصير العنب ممن يجعله خمراً قال: لا بأس به تبعه حلالاً ليحمله حراماً فأبعده الله وأسحقه» (کلینی، ۱۴۰۷، ۲۳۱/۵)؛ روایت عمرو بن حرث: «عن التوت أبيعته ممن يصنع الصليب أو الصنم؟ قال: لا» (بحرانی، ۱۳۶۳: ۲۰۳/۱۸).

الزامی شارع باشد. برای تبیین بحث باید به انواع احکام و مقرراتی که در حقوق اسلام وجود دارد، اشاره‌ای بشود. یک سری از قوانین در حقوق اسلام وجود دارند که تخلف‌ناپذیر و غیر قابل تغییرند. در مقابل، عده‌ای از احکام و مقررات هستند که به نظر طرفین قرارداد بستگی دارند و طرفین می‌توانند بر خلاف آن‌ها توافق کنند. در حقوق کنونی به دسته اول قواعد امری و به دسته دوم قواعد تکمیلی گفته می‌شود. دسته اول احکام نیز به دو نوع الزامی و غیر الزامی (سنن) تقسیم می‌شوند. به طور یقین اگر جهت قرارداد مستلزم مخالفت با احکام الزامی شارع (وجوب و حرمت) باشد، مثلاً شخص جهت قرارداد را در راستای ارتکاب حرام یا ترک واجبی قرار داده باشد، در این صورت قرارداد به دلیل اینکه جهت آن مخالفت با شرع دارد، باطل است. ولی در صورتی که جهت قرارداد مخالفت با تکالیف غیر الزامی شارع (مکروه و مستحب) داشته باشد و یا با مباحات که شارع مقدس در آن آزادی عمل برای انسان‌ها قرار داده است، باید گفت که جهت می‌تواند با این‌ها مخالف باشد؛ البته تا جایی که مثلاً فقط مخالفت با استحباب دارد و به مخالفت با واجب تسری پیدا نکرده است. به طور خلاصه هر آنچه که مخالف با منویات شارع مبنی بر وجوب و حرمت باشد، نامشروع تلقی می‌شود و اگر در قالب جهت باشد، موجب بطلان قرارداد خواهد بود. منویات شارع ممکن است از طریق قرآن برای ما ثابت شده باشد یا سایر طرق استنباط احکام. در این میان، حقوق دانان به این امر اشاره داشته‌اند که جهت نامشروع جهت خلاف قانون و خلاف اخلاق و نظم عمومی است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲/۲۴۴؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۱۴۹).

مسلماً مراد از آنچه که در ماده ۲۱۷ آمده است، اعم از نامشروع فقهی و قانونی است؛ یعنی هر آنچه که مخالف قانون و شرع و اخلاق حسنه و نظم عمومی باشد.

۳. جایگاه جهت نامشروع در قانون مدنی

قانون‌گذار در ماده ۱۹۰ قانون مدنی در مقام بیان شرایط اساسی صحت معامله، مشروعیت جهت معامله را به عنوان یکی از شرایط می‌شمارد و در ادامه، در ماده ۲۱۷ همان قانون بیان می‌دارد:

در عقد می‌باشد (صفایی، ۱۳۸۹: ۱۳۹-۱۴۰). همین حقوق‌دان معتقد است که به انگیزه‌های شخصی ترتیب اثر داده نمی‌شود، مگر اینکه وارد قلمرو تراضی و توافق شده باشد، به نحوی که در قرارداد ذکر یا توافق ضمنی بر آن صورت بگیرد (همان). از کلام ایشان چنین برداشت می‌شود که در تفسیر از تصریح مذکور در ماده همان ذکر در عقد است و با نظر بر سایر مواد، ملاک برای تأثیر جهت نامشروع را توسعه داده است.

شهیدی معتقد است برای اینکه انگیزه نامشروع موجب بطلان عقد شود، لازم است به هنگام تشکیل معامله، این انگیزه مورد تصریح قرار گیرد وگرنه معامله صحیح است؛ هرچند نیت معامله‌کننده واقعاً رسیدن به انگیزه مزبور باشد و مفهوم مخالف ماده ۲۱۷ ق.م. در این خصوص جای هیچ تردید باقی نمی‌گذارد و این نوع شرط قرار دادن ابراز جهت نامشروع برای بطلان معامله، نه در فقه امامیه و نه در حقوق فرانسه سابقه ندارد و ابداع نویسندگان قانون مدنی می‌باشد (شهیدی، ۱۳۹۲: ۳۴۱) و به نظر ایشان، اطلاع از انگیزه نامشروع در طرف دیگر قرارداد، در دایره عنوان تصریح قرار نمی‌گیرد و برای تأثیر جهت نامشروع لازم است که ابراز آن باید نزد طرف معامله و در زمان نزدیک یا متصل به زمان انشای عقد باشد (همان: ۳۴۳).

امامی در تحلیل این ماده اشاره کرده است کسی که معامله می‌نماید، لازم نیست به طرف خود بگوید که داعی او بر انجام معامله چیست و برای رسیدن به چه منظوری معامله می‌نماید؛ زیرا دانستن داعی معامل بر انجام معامله، تأثیری در ماهیت معامله ندارد و متعامل نیز از آن هیچ گونه انتفاعی نمی‌برد. ولی هر گاه معامل داعی خود را در عقد بیان نماید، طبق ماده ۲۱۷ ق.م. باید آن داعی مشروع باشد؛ مثلاً خریداری که از فروشگاه‌های یک گالن بنزین می‌خرد، می‌تواند جهت معامله و داعی خود را به فروشنده نگوید؛ ولی هر گاه آن را بگوید باید مشروع باشد؛ چنانچه بگوید آن را برای ریختن در خودرو می‌خواهم در این صورت این معامله صحیح است و اگر غیر مشروع باشد، چنان که بگوید آن را می‌خرم تا فلان بنگاه را آتش بزنم، آن معامله باطل خواهد بود، اگرچه بعداً به جهتی از جهات بنگاه را آتش نزنند. برعکس در صورتی که معامل داعی نامشروع خود را نگوید، ولی فروشگاه آن را بداند و بعداً به وسیله بنزین خریداری شده ایجاد حریق نماید، آن معامله صحیح خواهد بود. این است آنچه از ماده

۲۱۷ ق.م. فهمیده می‌شود (امامی، بی‌تا: ۲۱۶/۱). پس به نظر این دو حقوق‌دان، ملاک در تأثیر جهت نامشروع، ابراز و گفتن جهت نامشروع از جانب معامله‌کننده است و اطلاع از انگیزه نامشروع، تأثیری در حکم قرارداد نخواهد داشت، در حالی که -چنان که خواهد آمد- مبانی موجود در مسئله، موارد آگاهی را نیز شامل می‌شود.

به نظر کاتوزیان، هدف‌های پنهانی یکی از دو طرف نمی‌تواند در عقد یا محصول مشترک آنان مؤثر باشد. شاید در نخستین نگاه، حکم ماده ۲۱۷ منطقی به نظر نرسد -زیرا اگر مشروع بودن جهت معامله یکی از شرایط صحت عقد باشد، دیگر چه تفاوت می‌کند که این جهت در عقد ذکر شود یا به طور شخصی و خصوصی باقی بماند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۴۴-۱۴۵)-، ولی باید دانست که شیوه و وسیله بیان جهت، اهمیتی در تأثیر کار ندارد؛ ممکن است به صورت شرط ضمن عقد بیان شود یا از اوضاع و احوال کار چنان برآید که به نظر عرف در حکم تصریح باشد. برای مثال در فرضی که شخصی در قمارخانه‌ای به یکی از بازیکنان وام می‌دهد، دادرسی نمی‌تواند به این بهانه که جهت معامله در عقد تصریح نشده است، آن را درست بداند (همان: ۱۴۵). پس همان طور که گفته شد، به نظر ایشان قراینی که مثبت جهت نامشروع است، مؤثر در حکم قرارداد باید باشد و این چیزی غیر از نظر نگارنده نیست؛ همان گونه که خواهد آمد.^۱

معنای تصریح این می‌شود که یا باید توافق صورت گیرد یا یکی از طرفین به انگیزه نامشروعش اشاره کند. ولی در اینکه برای تأثیر جهت نامشروع، آیا ابراز کردن آن توسط شخص دارای انگیزه نامشروع لازم است یا آشکار شدن آن از قرائن کافی است، اختلاف است. کشف این امر که ملاک در بطلان قرارداد با جهت نامشروع، تصریح به نامشروعیت جهت است یا نه -بلکه ادله وارده موارد غیر تصریح را نیز شامل می‌شود و می‌تواند در وضعیت حقوقی قرارداد اثربخشی داشته باشد-، نیاز به بررسی ادله دارد.

۱. نظر نگارنده بر آنست که ملاک، احراز جهت نامشروع است که به چند نحو احراز می‌شود؛ اشتراط، تبانی قبل از عقد و علم به آن. علم به آن به واسطه چیزی حاصل می‌شود که به تعبیر دکتر کاتوزیان، قرائن می‌باشد. در واقع ایشان هم در صورت وجود قرینه بر جهت نامشروع، قرارداد را باطل می‌دانند.

۴. روایات ناظر بر مسئله

۱-۴. دسته اول: روایات دال بر عدم جواز

روایت اول: روایت جابر

«قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر. قال: حرام أجرته» (كلینی، ۱۴۰۷: ۲۲۷/۵)؛ می‌گوید: از امام صادق عليه السلام دربارهٔ مردی سؤال کردم که خانه‌اش را اجاره می‌دهد و در آن خمر به فروش می‌رسد. امام عليه السلام فرمود: اجرت آن اجاره حرام است.

روایت دوم: نامه ابن اذینه به امام صادق عليه السلام

«عن رجل له خشب فباعه مَمَّن يَتَّخِذُه صلبان. قال: لا» (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۷۳/۶)؛ دربارهٔ شخصی سؤال کرد که چوب دارد و آن‌ها را به کسی می‌فروشد که از آن صلیب درست می‌کند. امام عليه السلام فرمود: خیر [چنین عملی انجام ندهد].

روایت سوم: روایت عمرو بن حریث از امام صادق عليه السلام

«عن التوت أبيعُه مَمَّن يصنع الصليب أو الصنم. قال: لا» (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۲۷/۵)؛ در مورد فروختن درخت توتی به کسی که صلیب یا بت می‌سازد، سؤال کردم. حضرت فرمود: جایز نیست.

۲-۴. دسته دوم: روایات دال بر جواز

روایت چهارم: حسنه ابن اذینه

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يؤاجر سفينته أو دابته لمن يحمل فيها أو عليها الخمر والخنزير. قال: لا بأس» (همان)؛ از امام صادق عليه السلام دربارهٔ مردی سؤال کردم که کشتی یا حیوانش را به کسی اجاره می‌دهد که با آن دو، خمر و خوک حمل می‌کند. امام فرمود: اشکالی ندارد.

روایت پنجم: روایت ابوکهمس

«سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام... إلى أن قال: هو ذا نحن نبيع تمرنا مَمَّن نعلم أنه يصنعه

۱. منظور از «هو ذا» ممکن است ضمیر و اشاره باشد به معنای «كذلك» و نیز ممکن است همان گونه که صاحب *جوهر* فرموده، «هو ذا» (هائ مفتوح و واو ساکن) باشد که کلمه‌ای مفرد است و برای تأکید و تحقیق و استمرار به کار می‌رود و مرادف فارسی‌اش «همو» می‌باشد (حسینی شیرازی، بی‌تا: ۲۷۰/۱).

خمراً» (همان: ۲۳۳/۵)؛ مردی از امام صادق علیه السلام سؤالی پرسید... تا آنکه حضرت فرمود: ما خودمان هم خرمایمان را به کسی می‌فروشیم که می‌دانیم آن را به خمر تبدیل می‌کند.

روایت ششم: روایت علی بن ابراهیم از پدرش از ابن ابی عمر بن اذینه «کتبت إلی أبی عبد الله علیه السلام أسأله عن رجل له كرم أ بیع العنب والتمر ممّن یعلم أنه یجعلہ خمراً ومسکراً؟ فقال: إنّما باعه حلالاً فی الإبان الذی یحلّ شربه وأکله فلا باس بیعه»^۱ (همان: ۲۳۱/۵)؛ به امام صادق علیه السلام نامه نوشتم و از حضرت درباره مردی که باغ انگوری دارد سؤال کردم که آیا می‌تواند انگور و خرما را به کسی بفروشد که آن را در خمر و مسکر استفاده می‌کند؟ حضرت فرمود: اشکالی ندارد؛ چرا که انگور را به صورت حلال در زمانی فروخته که آشامیدن و خوردنش حلال بوده است.

روایت هفتم: روایت رفاعه

«قال: بیعه ممّن یطبخه أو یصنعه خلّاً أحبّ إلیّ، ولا أری به بأساً» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۳۱/۱۷)؛ امام علیه السلام فرمود: فروش آب انگور به کسی که آن را می‌پزد یا به سرکه تبدیل می‌کند، نزد من محبوب‌تر است و در فروش آب انگور به شراب‌ساز نیز اشکالی نمی‌بینم.

روایت هشتم: خبر رفاعه

«سئل أبو عبد الله علیه السلام وأنا حاضر عن بیع العصیر ممّن یخمره. قال علیه السلام: حلال. ألسنا نبیع تمرنا ممّن یجعله شراباً خبیثاً؟» (طوسی، ۱۳۹۰: ۱۰۵/۳)؛ از امام صادق علیه السلام درباره فروش آب انگور به کسی که آن را تبدیل به خمر می‌کند، سؤال شد، در حالی که من هم حاضر بودم. امام علیه السلام فرمود: حلال است. آیا ما خرما را به کسی که از آن نوشیدنی ناپاک می‌سازد، نمی‌فروشیم.

روایت نهم: خبر حلبی از امام صادق علیه السلام

«أته سئل عن بیع العصیر ممّن یصنعه خمراً. فقال: بعه ممّن یطبخه أو یصنعه خلّاً

۱. در برخی روایات به جای «مسکراً»، «سکراً» آمده و احتمال دارد «مسکراً» اعم از خمر باشد؛ زیرا ممکن است که از انگور مسکر درست شود، بدون اینکه خمر نامیده شود و یا احتمالاً «مسکراً» را برای تمر آورده است (حسینی شیرازی، بی تا: ۲۷۰/۱). از این روایت، هم به عنوان صحیح‌ه یاد شده و هم به عنوان حسنه، و دلیلش این است که در سند این روایت، ابراهیم بن هاشم وجود دارد که در احوال وی بین فقها اختلاف است (عاملی، ۱۴۱۹: ۱۲۵/۱۲).

أَحَبُّ إِلَيَّ وَلَا أَرَى بِالْأَوَّلِ بَأْسًا» (همان: ۱۰۶/۳)؛ از امام علیه السلام درباره فروش آب انگور به کسی که از آن شراب می‌سازد، سؤال شد. امام علیه السلام فرمود: آن را بفروش به کسی که آن را طبخ می‌کند یا سرکه می‌سازد که این مورد اخیر نزد من محبوب‌تر است و البته نسبت به فروش آن در مورد اول نیز اشکالی نمی‌بینم.

روایت دهم: خبر ابن اذینه

«کُتِبَ إِلَى أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام أَسْأَلُهُ عَنِ رَجُلٍ لَهْ خَشْبٌ فَبَاعَهُ مَمَّنْ يَتَّخِذُ مِنْهُ^۱ بِرَابِطٍ. فَقَالَ: لَا بَأْسَ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۲۶/۵؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۳۷۳/۶)؛ به امام صادق علیه السلام نامه نوشتم و از ایشان درباره مردی سؤال کردم که چوب را به کسی که از آن بریط (نوعی آلت لهو) می‌سازد، می‌فروشد. امام فرمود: اشکالی ندارد.

۳-۴. بررسی روایات

وجوهی برای جمع میان این دو دسته از روایات وجود دارد که در ذیل به آن‌ها اشاره می‌شود:

۱. شیخ اعظم نوعی از جمع میان روایات را بدین صورت مطرح می‌کند که اخبار دال بر منع بر صورتی حمل شود که ساخت شراب و بت و صلیب در ضمن عقد شرط شده است یا قبل از عقد بر آن توافق شده باشد (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۳۰/۱).

چنین برداشتی با اطلاق روایات سازگاری ندارد (موسوی خویی، بی‌تا: ۱۷۵/۱) و در واقع، این حدیث و سایر روایات باب، از فرض اشتراط، اجنبی است (ایروانی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۴/۱)؛ زیرا چنین حملی، حمل روایت به موردی است که در بازار مسلمانان به ندرت رخ می‌دهد (منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۱۵: ۲۴۲/۲). همچنین باید متذکر شد که آنچه در روایت جابر آمده، «فیباع» است و بعید است که بتوان از این عبارت شرط کردن یا توافق را برداشت کرد. البته که اگر می‌گفت «لیباع»، چنین برداشتی بی‌وجه نبود؛ همچنان که برخی از فقیهان، احتمال تصحیف آن را از «لیباع» به «فیباع» داده‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۱۸۴/۱). مضاف بر این، فرد مسلمان انگیزه‌ای ندارد که ساخت

۱. ضمیر در «منته» به مطلق چوب برمی‌گردد، نه به مبیع، و فرق روایت دوم و دهم نیز این است که ظاهر این است که سازنده برابط معمولاً مسلمانان هستند که اعمالشان حمل بر صحت می‌شود و سازنده صلبان یهودیان می‌باشند (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷: ۲۵).

بت از چوب را در متن عقد شرط کند یا در خارج از عقد بر آن توافق کرده باشد و سپس بیاید از امام پیرسد که در آینده چنین کاری بر من جایز است یا حرام؟ (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۳۰/۱-۱۳۱). لذا چنین جمعی صحیح نیست و حمل اخبار دال بر منع، بر صورت اشتراط، خلاف ظاهر است (حسینی شیرازی، بی تا: ۲۷۲/۱) و این نوع جمع تبرعی است و عرفی نمی باشد (منتظری نجفآبادی، ۱۴۱۵: ۲۹۳/۲).

۲. وجه دیگری که گفته شده این است که اخبار مانع از فروش بر کراهت حمل شود؛^۱ زیرا روایات زیادی شهادت بر کراهت می دهند؛ از جمله روایت هفتم و سایر روایات دال بر جواز؛ همان گونه که جماعتی از فقها هم به آن فتوا داده اند (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۳۱/۱؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۱/۳).

ایرادی که بر این وجه از جمع وارد است اینکه تنافی موجود در روایات منع و جواز، تنافی از حیث دلالت و از قبیل تعارض نص با ظاهر یا ظاهر با اظهر نیست تا به مرجحات دلالتی همانند جمع دلالتی از راه حمل روایات منع بر کراهت تمسک شود؛ بلکه از نوع متباینین است که اصولاً می بایست از مرجحات سندی همچون مطابقت با کتاب و سنت استفاده شود (لاری، ۱۴۱۸: ۵۹/۱). افزون بر این، بعید است که گفته شود اخبار دال بر منع، حمل بر کراهت شود، اگرچه که اکثر فقها قائل به آن هستند و اخباری هم که در آن ها امام عَلَيْهِ السَّلَام عمل این افراد را جایز و صحیح دانسته است، چه بسا که با این حمل منافات هم داشته باشند (امامی خوانساری، بی تا: ۱۵)؛ چون بعید است که مکروه از سوی معصوم صادر شود، مگر اینکه بشود گفت منظور امام از «نحن نبیع تمرنا وألسنا نبیع تمرنا»، گروهی از شیعیان یا گروهی از مسلمانان مدینه باشند، نه خود ائمه عَلَيْهِمُ السَّلَام؛ همان گونه که برخی از فقها هم این احتمال را داده اند (سبحانی، ۱۴۲۴: ۳۲۱) که البته چنین حملی خلاف ظاهر است و نیز اینکه دلالت عبارت «أَحَبُّ إِلَيَّ» بر کراهت مسلم نیست، در حالی که بعد از آن عبارت می فرماید: «لَا أَرَى بِالْأَوَّلِ بَأْسًا». البته اگر می گفت «لَا أَحَبُّ إِلَيَّ» دلالت بر کراهت داشت. با این حساب دلالت

۱. شیخ به این جهت گفته که آن روایات مشتمل بر نهی اند و در صورتی که قرینه بر جواز باشد، نهی بر کراهت حمل می شود و اینجا هم سایر روایات دال بر جواز، قرینه می باشند (حسینی شیرازی، بی تا: ۲۳۷/۱).

روایت بر کراهت واضح نیست (منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۱۵: ۲/۲۹۵). البته گفته شده که ممکن است در اینجا صیغه تفضیل مجرد از معنای تفضیلی‌اش باشد، مانند آیه ۳۳ سوره یوسف، و اینکه منافاتی با کراهت ندارد، زیرا ممکن است که جواز بالمعنی‌الاعم مراد بوده است (سبحانی، ۱۴۲۴: ۳۲۲). همچنین باید گفت که حکم به کراهت در مورد حمل روایت فروش انگور صحیح نیست؛ زیرا با توجه به روایت پنجم و هشتم نمی‌توان گفت که معصوم حکم به ترخیص عمل مکروه داده و این روایت دلالت بر استمرار چنین بیعی (بیع انگور) از جانب معصوم داشته باشد. ولی روایتی که درباره بیع چوب به کسی که از آن بت می‌سازد، می‌باشد، قابل حمل بر کراهت می‌باشد، به دلیل وجود «لا» در عبارت روایت (غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۱/۲۶). این‌ها مضاف بر این است که حمل خبر جابر بر کراهت صحیح نیست (امامی خوانساری، بی‌تا: ۱۵).

۳. شیخ انصاری راه حل دیگری برای جمع بین روایات بیان می‌کند و می‌فرماید که در فروش چوب برای بت‌ساز به دلیل ظاهر اخبار منع، باید قائل به حرمت شد؛ ولی در بیع انگور به شراب‌ساز و امثال آن، به اخبار دال بر جواز عمل شود و این قول به تفصیل است (قول به تفصیل میان فروش چوب به کسی که آن را صلیب یا بت می‌کند و بین فروش انگور به کسی که آن را شراب می‌سازد، که در صورت نخست حرام و در صورت دوم جایز است)؛ البته در صورتی که قول به فصل نباشد^۱ (انصاری، ۱۴۱۵: ۱/۱۳۱).

این وجه از جمع صراحتاً با روایت اول منافات دارد؛ زیرا موضوع آن اقدام مستأجر بر بیع خمر می‌باشد در حالی که اشتراط و تبانی قبل از عقد بر آن واقع نشده است. البته شکی نیست که شاید دلیل عدم جواز بیع چوب، مبعوضیت شرک با تمامی انواع آن و عدم بخشیده شدن شرک باشد، بر خلاف سایر گناهان که بخشیده می‌شوند و برای این، همان‌گونه که کلاتر در شرح مکاسب می‌گوید، می‌توان به این متمسک شد که خدا می‌فرماید: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ﴾ (کلاتر، ۱۴۱۰: ۲/۶۹). ولی این مؤید آن نیست که قائل به عدم جواز در مسئله فروش انگور نبود، بلکه نهایت چیزی که دلالت می‌کند این است که در مسئله فروش چوب برای ساخت صلیب باید

۱. منظور این است که مخالف اجماع نباشد؛ زیرا فقها یا قائل به جواز مطلق‌اند یا منع مطلق، و جواز در بعضی خلاف اجماع‌شان می‌باشد (حسینی شیرازی، بی‌تا: ۱/۲۷۴).

کلام سید یزدی نیز مؤید همین مطلب است که می‌فرماید بهتر است گفته شود که اخبار دال بر جواز حمل بر صورتی می‌شود که بایع علم دارد که شغل مشتری شراب‌سازی است، هرچند که در این مورد خاص، انگور را به خمر تبدیل نکند و اخبار دال بر منع بر حالتی حمل شود که علم وجود دارد که این مبیع خاص به خمر تبدیل خواهد شد یا به این نحو که اخبار دال بر منع حمل بر حالتی می‌شود که نسبت به قصد مشتری برای صرف مبیع در جهت حرام، علم وجود دارد؛ چرا که بین حالتی که یکی از طرفین یا هر دو قصد نامشروع دارند، فرقی نیست و اخبار دال بر جواز بر حالتی حمل شود که علم به تخمیر وجود دارد، ولی علمی نسبت به قصد مشتری هنگام خرید وجود ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۷/۱).

هر چند که آیه‌الله خوبی این جمع را تبرعی می‌داند (موسوی خوبی، بی‌تا: ۱۷۴/۱)، ولی باید متذکر شد که ایشان قائل به این است که در روایات، حکم موردی که شیء مباحی به کسی که آن را در وجه حرام استفاده خواهد کرد، وجود ندارد و بهتر است به عموماً از قبیل آیه نهی از تعاون مراجعه شود؛ جدای از اینکه چنین جمعی تبرعی نبوده بلکه مستند از روایات هم وجود دارد.

گزیده سخن اینکه حرمت معامله در صورت وجود شرط و توافق، مدلول اخبار نمی‌باشد و دلیل بر آن اجماع است نه روایات. البته مستند مجمعین در صورت اشتراط این است که از مصادیق اکل مال به باطل می‌باشد و ضرری در این نیست که گفته می‌شود اخبار جواز، موافق با تقیه می‌باشد؛ چرا که زمان امام باقر و امام صادق علیهما السلام، زمان خلفا بود که دائم‌الخمر بودند و این بیع شیوع داشت و بنابراین خبری که دلالت بر جواز بیع انگور به کسی که علم وجود دارد از آن در جهت حرام استفاده خواهد کرد، یافت نشد و این خود سبب رجحان و برتری اخبار منع بر آن می‌شود (مامقانی، ۱۳۱۶: ۵۷/۱) و روایات منع، موردی را که علم به جهت نامشروع طرف مقابل وجود دارد، شامل می‌شود و روایات دال بر جواز، حکم حالتی را می‌گوید که طرف معامل به عادت شده که مورد معامله را در جهت نامشروع صرف می‌کند، ولی در این مورد معلوم نیست که همان انگیزه را دارد یا نه.

اگر جدای از این‌ها همان گونه که برخی از فقها هم اشاره داشته‌اند، چنانچه ادله

حرمت اعانه بر اثم با نگاه مقاصد الشریعه‌ای در نظر گرفته شود، بی‌شک شامل این موارد نیز خواهد بود و اینکه نوعاً شخص انگیزه نامشروع دارد، اعتباری ندارد و مهم این است که در خصوص قراردادی که در آن مورد بحث است، نامشروعیت جهت اثبات شود و این مسئله احراز یا اثبات جهت نامشروع است که خصوصیت دارد نه تصریح به آن. باید متذکر شد که همه این‌ها قطع نظر از دلیل حرمت اعانه بر اثم، وجوب دفع منکر، قبح عقلی تهیه اسباب معصیت می‌باشد.

۵. استفاده از آیه شریفه دال بر حرمت اعانه بر اثم

بعد از فرض دلالت آیه بر حرمت اعانه بر اثم، در صورتی که اعانه بر اثم در صورت علم به جهت نامشروع قرارداد صدق کند و حرمت اعانه بر اثم، دلالت بر بطلان قراردادی کند که مصداق اعانه بر اثم به شمار می‌آید یا حتی بدون اینکه دلالتی نکند، صرف مقصودی که شارع از تحریم اعانه بر اثم دارد، می‌تواند به عنوان یک دلیل برای بطلان قرارداد با جهت نامشروع واقع شود.

۱-۵. شرایط صدق اعانت

در خصوص ملاک صدق اعانت بر اثم، مجموعاً یازده نظریه وجود دارد^۱ که

۱. ا- صدق عرفی یا قصد معین بر وقوع فعل از جانب معان (اردبیلی، بی‌تا: ۲۹۸؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۵۶۸/۱؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۱۶: ۴۵۷؛ جمعی عاملی، ۱۴۱۳: ۱۲۳/۲؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۹۲-۹۴).
- ۲- صرف صدق عرفی (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۱۲). ۳- صدق عرفی همراه با تحقق معان‌علیه در خارج (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵: ۱۱۷/۱-۱۲۰). ۴- لزوم وجود قصد معین بر وقوع فعل توسط معان‌علیه (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۳۷/۱۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۲/۲۲؛ شیرازی، ۱۴۱۲: ۵۰/۱؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴: ۴۷/۹؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۳۲/۱؛ عاملی، ۱۴۱۹: ۱۲/۱۲-۱۲۸).
- ۵- قصد معین یا منحصر بودن فایده عمل معین در فعل حرام (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۲۷/۱؛ همو، ۱۴۱۳: ۱/۱-۲۶-۲۷). ۶- قصد معین و وقوع معان‌علیه در خارج (نراقی، ۱۴۱۷: ۷۹). ۷- صرف علم به معصیت (نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۵۹/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۷/۱؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۵۱/۸). ۸- علم همراه با تحقق معان‌علیه در خارج (ایروانی، ۱۴۰۶: ۱۵-۱۴). ۹- صرف وقوع معان‌علیه (موسوی خویی، بی‌تا: ۱۷۸-۱۷۶/۱). ۱۰- وجود چهار شرط: الف: قصد اعانت، ب: مقدمه‌ای که معین ایجاد می‌کند از مقدمات قریبه باشد، ج: تحقق معان‌علیه در خارج، د: قصد ایجاد مقدمه (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۱۱-۱۱۳). ۱۱- تفصیل میان مقدمه منحصر در حرام و مقدمه غیر منحصر در حرام (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۳۸/۱).

به حساب آورد، باید قصدی هم از سوی وی باشد. حال بحث این است که آیا علم داشتن کافی است یا نه؟ به نظر می‌آید همان طور که سید یزدی گفته است، اعانت در صورت علم نیز صدق می‌کند ولو اینکه شخص، رسیدن دیگری به حرام را قصد نکرده باشد، بلکه باید گفت که در صورت علم داشتن به طور قهری قصد نیز حاصل می‌شود. به بیانی روشن‌تر اینکه قصد انشای معامله از سوی عالم به انگیزه نامشروع طرف مقابل، به این معناست که خود شخص عالم با اقدام به چنین معامله‌ای، انگیزه موجود در ذهن طرف مقابل را قصد کرده است؛ چرا که اگر آن را قصد نمی‌کرد، از انعقاد قرارداد مزبور صرف‌نظر می‌کرد. نهایت می‌توان گفت که وی دوست نداشت منکر انجام شود و باید پاسخ داد که دوست داشتن غیر از قصد می‌باشد. در خصوص مقدمه بودن عملی برای حرامی باید گفت که اگر انجام مقدمه به قصد مرتکب شدن فعل حرام توسط دیگری باشد، مثلاً فروش انگور به این قصد که از آن خمر درست کند، قطعاً حرام است به این دلیل که اعانت بر آن صدق می‌کند یا در مسئله فروش انگور به کسی که علم وجود دارد انگور را برای خمر درست کردن استفاده خواهد کرد، حرمت جاری می‌شود (همان: ۷/۱).

مصادیق مقبول عرف که در اینجا ارائه می‌شود، عبارت است از اینکه اگر قصد جهت نامشروع از سوی هر یک از طرفین باشد، قطعاً مشمول حکم آیه است. ولی در صورتی که قصدی نباشد، چند حالت وجود دارد؛ یکی اینکه ممکن است مقدمه عرفاً و نزد عقلا، فایده‌اش در معصیت و حرام یا امر نامشروع، یا از مقدمات قریبه علت تامه برای تحقق حرام، یا جزء اخیر از علت تامه باشد، که در این حالت هم اعانت صادق است؛ مانند مثالی که فقها آورده‌اند که اگر ظالمی برای زدن مظلومی از دیگری عصبانی را می‌طلبد تا مظلوم را بزند، در این حالت فایده آن منحصر در حرام است و در اینجا هم عرفاً اعانت صادق است. مورد دیگر اینکه اگر فایده مقدمه، منحصر در حرام نباشد، بلکه مشترک بین حرام و حلال باشد، در این حالت اگر علم به جهت نامشروع باشد، اعانت صادق و در غیر این صورت صدق نمی‌کند. البته باید اذعان داشت از آنجا که ملاک عرف می‌باشد، ممکن است مصادیق بر اساس ازمنه و امکانه نیز تفاوت‌هایی داشته باشند (حکیم، ۱۴۱۸: ۴۰۸).

۱-۱-۵. جایگاه دیدگاه مقاصد الشریعه‌ای در تسری حکم مذکور در آیه

فراتر از این مباحث باید دقت داشت که در تفسیر و توضیح کلام شارع در قاعده مزبور باید به فلسفه نهی از اعانه بر اثم و مقصود شارع توجه داشت؛ چرا که فارغ از مقصود قائل (شارع) بعید است که بتوان کلام وی را تفسیر کرد. لذا علاوه بر شمول روایات دال بر عدم جواز بر موردی که علم به جهت نامشروع طرف مقابل وجود دارد و همچنین کلام برخی از فقیهان در صدق اعانه در موارد علم به انگیزه نامشروع طرف مقابل، باید به غرض شارع مبنی بر وجوب از بین بردن ماده فساد توجه داشت. با اینکه امام خمینی اقرب اقوال در مسئله را مدخلیت قصد در صدق مفهوم اعانه می‌داند، ولی با نگاهی مقاصد الشریعه‌ای به مسئله می‌نگرد و قائل است که شارع اقدس با نهی از اعانه بر اثم، برکنندن ماده فساد را اراده کرده است و با چنین بیانی، فرقی میان حالتی که شخص قصد دارد یا علم به انگیزه نامشروع طرف مقابل دارد، وجود ندارد (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۲۱۴/۱؛ حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۱/۳۸۴) و در ادامه، ایشان حرمت مذکور در آیه شریفه را تعمیم می‌دهد و می‌فرماید که تهیه اسباب معصیت چه همراه با قصد معین به توصل دیگری به حرام باشد و چه نباشد و همچنین چه معان‌علیه تحقق یابد و چه نیابد، حرام است (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۲۱۴/۱) و برخی اشاره داشته‌اند که هرچند قصد در مفهوم لغوی اعانه اخذ شده است، ولی آنچه که شرعاً از آن نهی شده است، اعم از آن می‌باشد (منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۱۵: ۲/۳۰۸) و وجوب قلع ماده فساد با حکم به جواز قراردادی که در آن علم به انگیزه نامشروع طرف مقابل وجود دارد، منافات دارد (همان: ۲/۳۵۰). مستنداً به این کلام، طبق آیه وقوع اثم شرط نیست، بلکه لازم است که اگر آنچه که بر آن معاونت صورت می‌گیرد یا به عبارتی دیگر معان‌علیه، در صورت حاصل شدن، از مصادیق اثم باشد؛ چرا که در آیه، خداوند متعال از تعاون بر اثم نهی کرده و در صورت که صدق اعانت متوقف بر تحقق اثم باشد، دیگر غرض شارع که برای جلوگیری از وقوع اثم، از آن نهی فرموده نه تنها حاصل نمی‌شود، بلکه نقض می‌شود. علاوه بر این باید گفت از آنجا که بحث ما در جهت نامشروع است، این صحیح نیست که منتظر شد تا قرارداد با جهت نامشروع در خارج تحقق یابد و بعد گفته شود که اعانه بر اثم صدق کرد (هرچند که در جریان قاعده در خصوص ارتکاب جرایم، ابتدا باید

جرمی اتفاق بیفتد و بعد صدق معاونت در جرم یا شرکت در آن محقق شود؛ برای مثال در مورد فروش انگور به کسی که از آن شراب می‌سازد، اگر گفته‌شود که باید شراب‌سازی محقق شود و بعد حکم به بطلان داد، این کلام صحیحی نیست.

۲-۵. ملازمه حرمت با بطلان

بعد از فرض مسلم دانستن دلالت آیه بر حرمت اعانه بر اثم و شمول اعانه بر موردی که علم به قصد نامشروع طرف مقابل وجود دارد، تنها مانعی که هست اینکه آیا حکم وضعی بطلان هم از آیه فهمیده می‌شود یا نه؟

۱- گروهی بر این باورند که ملازمه‌ای بین حکم تکلیفی با حکم وضعی وجود ندارد و معامله‌ای که حکم تکلیفی آن به استناد شمولیت اعانه بر اثم، حرمت می‌باشد، چنین معامله‌ای لزوماً از نظر وضعی باطل نمی‌باشد و بلکه صحیح است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۶۳/۱۴؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۱۸۵/۱؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۸۷/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۶: ۱۲۴). عمده دلیلی که بر آن ارائه شده این است که نهی در معاملات سبب فساد نیست و لذا معامله‌ای هم که مشمول حرمت اعانه بر حرام است، از نظر وضعی باطل نمی‌باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۲/۱؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۴۰/۱).

در اینجا لازم است که انواع تعلق نهی به معامله دسته‌بندی گردد. صاحب کفایه و برخی از دیگران، مسئله را در سه قسم آورده‌اند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۱۸۷؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۲: ۳۳۲/۱-۳۳۴) که نگارنده با گزیده‌ای از بیان آیه‌الله لنگرانی (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۳۸۵: ۲۲۳/۲) نقل می‌کند: الف) تعلق نهی به سبب و ذات معامله از آن جهت که یکی از افعال مکلف است، مانند بیع وقت ندا. ب) تعلق نهی به مسبب و مضمون معامله از آن جهت که مسبب هم فعل مکلف است، مانند بیع مصحف به کافر، که ملکیت کافر نسبت به قرآن مبعوض شارع اقدس است. ج) تعلق نهی به تسبب به این نحو که مثلاً رسیدن به سود به وسیله سبب خاصی (بیع ربوی) مورد نهی واقع شود، در حالی که رسیدن به مسبب از طریق دیگری منهی عنه نیست. د) قسم چهارمی که از کلام محقق نائینی و دیگران برداشت می‌شود (غروی نائینی، ۱۳۷۶: ۴۷۱/۲؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۰: ۲۲۰/۱) عبارت است از تعلق نهی به آثار مسبب مانند نهی از تصرف در ثمن و

مؤمن و دیگر آثار مترتب بر معامله مثل قول معصوم عَلَيْهِ السَّلَامُ: «ثمن العذرة سحت». قسم پنجمی نیز در کلام شیخ آمده است و آن اینکه نهی به عنوان مقید اطلاق دلیل صحت باشد؛ مثل نهی‌ای که در مقام بیان مانعیت آمده است (انصاری، ۱۴۰۴: ۱۶۴). در اینکه در چه مواردی حرمت ملازمت با بطلان دارد، اقوال متعددی وجود دارد و قول واحدی در آن به چشم نمی‌خورد. علامه مامقانی می‌فرماید دلیل اینکه حکم بطلان در اینجا جاری نمی‌شود این است که نهی در صورتی موجب فساد معامله است که به ذات معامله یا یکی از ارکان اصلی معامله متوجه باشد (مامقانی، ۱۳۱۶: ۵۵/۱)، در حالی که در محل بحث نهی شارع مقدس به اعانه بر حرام تعلق گرفته است و لذا چنین معامله‌ای مشمول عموم ادله صحت قرار می‌گیرد و حکم به بطلان مورد پذیرش نمی‌باشد (همان؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۹۰/۱ و ۱۰۳-۱۰۲؛ انصاری، ۱۴۲۲: ۱۴۵/۱).

طبق ضوابط علم اصول فقه، اگر نهی در معاملات به ذات معامله تعلق داشته باشد، موجب بطلان است و اگر به چیزی خارج از ذات معامله برخورد نماید، فاقد اثر است و موجب بطلان نمی‌شود (عراقی، ۱۴۲۱: ۴۵۹/۲؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۰۸: ۴۴۱/۱). البته برخی، نهی را در صورتی موجب فساد معامله می‌دانند که از منظر عرف ارشاد به فساد کند و نهی حتی اگر به ذات معامله هم برخورد نماید، دلالتی بر بطلان ندارد و در محل بحث که نهی از اعانه بر اثم، نهی ارشادی نیست، بلکه نهی مولوی است؛ لذا دلالتی بر بطلان ندارد و ملازمه‌ای بین حرمت و فساد وجود ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۲/۱).

در نقد نظر یادشده می‌شود گفت که اولاً مسئله ملازمه و عدم ملازمه میان حکم تکلیفی و وضعی، اختلافی است و اتفاق فقها در بحث ثابت نیست، تا جایی که حتی نظر متناقضی در برابر آن وجود دارد و آن اینکه میان حکم تکلیفی و وضعی ملازمه وجود دارد (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۷/۴؛ عاملی، ۱۴۱۷: ۱۶۶/۳). ثانیاً اینکه وقتی قراردادی مصداق حرام و از مبغوضات شارع شد، این نشان از این است که معامله در نزد شارع نیز مبغوض است و ادله صحت نمی‌تواند آن را شامل شود؛ چرا که صحیح دانستن چنین معامله‌ای نقض غرض شارع محسوب می‌شود. صرف اینکه نهی به عنوانی خارج از معامله تعلق گرفته، چگونه می‌تواند دلیل بر صحت آن باشد، در حالی که فقها هم اشاره داشته‌اند که حرمت تکلیفی، کاشف از مبغوضیت عمل است که با نافذ بودن آن

جمع نمی‌شود (سبحانی، ۱۴۲۴: ۲۷۲). ثالثاً اینکه گفته شده است که عرف میان حرمت معامله با جهت نامشروع و بطلان چنین معامله‌ای ملازمه برقرار می‌کند و عرفاً میان حرمت معامله و وجوب وفای به آن تنافی برقرار است و شارع باید در عالم تشریح نیز آن را دفع کند که این دفع، با بطلان آن ملازمه دارد و همان گونه که قبلاً نیز گفته شده است، ایشان توجه به مقصود شارع بر قلع ماده فساد داشته و در نتیجه حکم به بطلان را که موجب کاهش ماده فساد است، پذیرفته است (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۱/۲۲۶-۲۲۵). این را نیز باید اضافه کرد که وقتی شارع حکم به حرمت چیزی می‌دهد که عدم آن از شرایط اساسی صحت قرارداد می‌باشد (یعنی حکم به حرمت قرارداد با جهت نامشروع) در واقع این جزء منویات شارع است که نمی‌خواهد آن امر محقق شود و در صورت انجام آن امر حرام، کاری انجام شده که با نیت شارع سازگاری ندارد. لذا در مسئله معامله با جهت نامشروع باید گفت که این معاملات، محقق امر نامشروعی می‌باشند و بر اساس هدف شارع مبنی بر قلع ماده فساد، جلو آن‌ها گرفته شود که راه آن بطلان چنین قراردادهایی می‌باشد. همچنین اینکه معامله با جهت نامشروع اگر صحیح باشد، نقض غرض شارع نیز پیش می‌آید. رابعاً اینکه در مقام ارائه قاعده کلی گفته شده در صورتی که معامله‌ای معصیت محسوب شود، تحقق نمی‌یابد و فاسد محسوب می‌شود (غروی نائینی، ۱۳۷۶: ۲/۴۷۴). همچنین گفته شده است که در محل بحث، اگر مورد از مصادیق حرام‌های الهی باشد، باطل است (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۱/۱۳۷). در محل بحث ما هم که امر نامشروعی که در قالب جهت آورده شده است از مصادیق حرام الهی است؛ زیرا که نامشروع همان چیزی است که مخالف احکام الزامی شرع باشد.

۲- در مقابل آنچه گفته شد باید اشاره داشت که برخی از فقیهان، حکم به بطلان را پذیرفته (فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ۳/۱۰۶؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۲/۱۳۰؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۲/۲۷۲) و میان حکم تکلیفی و وضعی قائل به ملازمه شده‌اند (عاملی، ۱۴۱۷: ۳/۱۶۶؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۴/۱۸-۱۷). همچنین گفته شده است که معامله حرام است (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱/۱۶۵) و به نظر سید خویی در این موارد، احکام تکلیفی مستلزم ایجاد حکم وضعی می‌شود (موسوی خویی، بی‌تا: ۵/۳۵۳). برخی در مقام استدلال (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۱۸۷-۱۸۸؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۰۸: ۱/۴۴۲؛ غروی نائینی، ۱۳۷۶: ۲/۴۷۳) برای بطلان به

روایتی (ر.ک: طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۹: ۹۰/۱۱) استدلال می‌کنند که مطابق مفهوم آن، هر گاه قراردادی مصداق عصیان الهی باشد، محکوم به فساد خواهد بود و انعقاد معامله‌ای که معصیت به حساب می‌آید، فاسد است؛ زیرا که موجب خروج انسان از وظیفه عبودیت می‌شود (غروی نائینی، ۱۳۷۶: ۴۷۴/۲).

گذشته از این مباحث باید دقت داشت در فرضی که حکم تکلیفی معامله‌ای حرمت است و غرض از بار نمودن حرمت بر آن، مفسده‌ای باشد که در پی آن است، چطور می‌شود حکم به صحت داد. مگر چنین نیست که یکی از تمایزهای میان حقوق اسلام با سایر نظام‌های حقوقی این است که در برنامه اسلام، به جنبه اخروی احکام دقت می‌شود و حقوق هم که در دایره این احکام قرار می‌گیرد، از این قاعده مستثنا نیست. همه برنامه‌های اسلام برای رستگاری انسان است، پس چگونه می‌شود شارع از عملی نهی کند (که حکم تکلیفی نامیده می‌شود) و دوباره انجام همان عمل را در قالب حکمی دیگر (حکم وضعی) تجویز کند. علاوه بر اینکه در بحث حاضر، یکی از شرایط اساسی صحت هم موجود نیست و یا فراتر از آن اینکه فلسفه منع از چنین اموری، قلع ماده فساد می‌باشد.

۶. تقابل اصل صحت با ادله مطروحه و برابری آن

اگر اشکال شود که اصل صحت با آنچه که از ادله بیرون آمد، در تعارض است، باید اشاره داشت که مجرای قاعده اصالة الصحة عبارت است از موارد شک در صحت و فساد عملی که از دیگری صادر شده است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷: ۲۹۰/۱؛ موسوی گلپایگانی، بی‌تا: ۳۲۱/۲؛ حسینی شیرازی، ۱۴۱۳: ۱۹۴؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۴۹/۱)؛ در حالی که جریان اصل در محل بحث با چند مانع مواجه است؛ اول اینکه اصل مذکور بعد از صدور عمل جاری می‌شود، در حالی که در معامله‌ای که یکی از طرفین انگیزه نامشروع دارد، هنوز عملی از وی صادر نشده است تا اصالة الصحة جاری شود و حرمت اعانه بر اثم اقتضای آن را دارد که از انعقاد قرارداد اجتناب شود. ثانیاً از آنجایی که قرارداد، دو طرفه است، لذا جریان اصل صحت در فعل غیر کافی نیست و شخص عالم به انگیزه نامشروع طرف مقابل نیز باید بتواند در فعل خود اصل صحت

جاری کند^۱ در حالی که چنین چیزی بنا بر معنایی که فقها از علم در این موارد داشته‌اند و خود آن شخص را نیز خواهان آن انگیزه می‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۷/۱؛ ایروانی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۵-۱۴؛ سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵: ۱۱۹/۱) نمی‌تواند این اصل را جاری کند. ثالثاً فراتر از این‌ها اینکه همان گونه که فقها اشاره داشته‌اند، این اصل در مقام شک در صحت و فساد جاری می‌شود، در حالی که در محل بحث به واسطه قرائن و اوضاع و احوال و طرقی دیگر، علم به انگیزه نامشروع طرف مقابل وجود دارد، نه شک. بنابراین مسئله مورد بحث اساساً نمی‌تواند مجرای اصل صحت باشد.

اگر اشکال شود که اصل بر مشروعیت جهت قرارداد است و این نامشروعیت است که اگر اثبات شود مانع از اجرای اصل صحت می‌شود، در پاسخ می‌شود گفت، اینکه علم به جهت نامشروع طرف مقابل وجود دارد برای اثبات نامشروعیت جهت معامله کافی است. همچنین مطابق با ادله نیز روشن گردید که غرض شارع بر قلع ماده فساد مقتضی این است که در چنین موارد نیز حکم به بطلان داده شود، کما اینکه فتوای فقها در مسئله نیز همین را تأیید می‌کند.

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

نظریه جهت در قراردادها در فقه امامیه دارای مبنا می‌باشد، ولی فقها این مبانی را در منابع فقهی به طور مجزا و مستقل ذیل بحثی با عنوان جهت نیابوده‌اند. مراد از جهت همان انگیزه‌ای است که طرفین از انعقاد قرارداد دارند و این در مواردی نامشروع تلقی می‌شود که جهت قرارداد مستلزم مخالفت با احکام الزامی شارع باشد. در ارتباط با تفسیر حقوق دانان، این نتیجه حاصل می‌آید که اگر مراد از تصریح به معنای ذکر در متن عقد باشد، این نادرست است؛ چرا که هیچ فقیهی بین حکم معامله در صورتی که اتفاق بر جهت نامشروع در متن عقد بوده یا قبل از آن تبانی بر آن صورت گرفته، فرق قائل نشده است. در خصوص سایر نظریات هم باید گفت هم‌نظر بودن با نتیجه‌ای که از بررسی فقهی ادله حاصل شد، نیازمند توسیع معنای تصریح می‌شود (به نحوی که بگوییم

۱. البته این تعبیر آیه‌الله مکارم شیرازی است در مقابل مشهور که قائل اند اگر اصل صحت در فعل مکلف جاری شود، باید به آن اصل فراغ گفته شود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۱۳/۱).

منظور از تصریح، آشکار شدن جهت نامشروع می‌باشد) که به نظر توجیهی غیر منطقی و مخالف معنای لغوی تصریح است. لذا پژوهش به جای تفسیر ماده ضرورت را در این می‌داند که با توجه به نتیجه حاصله از پژوهش ماده ۲۱۷ مورد اصلاح ماده قرار گیرد.

بررسی فقهی نشان داد که اختلاف فقهی مسئله در اینجاست که آیا ادله وارده برای موردی است که توافق دو طرفی بر جهت نامشروع وجود دارد یا اینکه جایی را نیز که علم به انگیزه نامشروع طرف مقابل وجود دارد، شامل می‌شود و صرف آگاهی از انگیزه نامشروع، برای بطلان معامله کافی می‌باشد. ماحصل بررسی روایات وارده، این شد که دلالت بر بطلان قراردادهایی که در آن‌ها علم به جهت نامشروع وجود دارد، دارند. ولی در جایی که شخص نوعاً معاملاً به جهت نامشروع است، تا زمانی که در خصوص آن قرارداد جزئی این علم حاصل نشود که شخص در جهت نامشروع استفاده خواهد کرد، قرارداد صحیح است.^۱ در ادامه با بررسی حرمت اعانه بر اثم، این نتیجه حاصل شد که در موارد علم به جهت نامشروع هم اعانتی که از آن نهی شده، صدق می‌کند و به عبارتی دیگر، اقدام بر امری با وجود علم به تحقق امر نامشروع از آن، به معنای قصد حصول آن امر نامشروع از ابتدا می‌باشد. همچنین در کنار ادله بیان شد که غرض از بطلان قراردادهای با جهت نامشروع طبق نظر امام خمینی، قلع ماده فساد می‌باشد و علاوه بر شمول ادله وارده، توجه به فلسفه بطلان چنین قراردادهایی می‌تواند محقق را به این نتیجه رهنمون شود که در صورت علم به جهت نامشروع نیز حکم به بطلان منطقی باشد و ملاک در تعیین قراردادهای با جهت نامشروع، احراز آن می‌باشد که این امر به طرق متعددی می‌تواند در قرارداد ظاهر شود. در نهایت پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار در اصلاحات آتی قانون مدنی به جای عبارت تصریح، عنوان احراز یا اثبات را استعمال کند تا اینکه حکم ماده بتواند شامل قراردادهایی بشود که در آن‌ها علم به جهت نامشروع وجود دارد.

۱. البته اگر اشکال شود در صورتی که یکی از طرفین انگیزه نامشروع دارد و علم به آن وجود دارد، به دو نحو می‌شود پاسخ داد: یکی اینکه فساد و صحت در معامله تبعیض نمی‌شود و در صورتی که از یک طرف قرارداد فاسد شود، باطل خواهد بود. پاسخ دیگر اینکه همان طور که برخی از فقها هم گفته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۷/۱؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۹۴)، انعقاد قرارداد با وجود علم به جهت نامشروع طرف مقابل، قصد به آن (جهت نامشروع) نیز حاصل خواهد بود.

کتاب شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم، *کفایة الاصول*، قم، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ش.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد، *زبدة البیان فی احکام القرآن*، تهران، المكتبة الجعفریه، بی تا.
۳. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامیه، بی تا.
۴. امامی خوانساری، محمد، *الحاشیة الثانية علی المکاسب*، بی جا، بی تا، بی تا.
۵. انصاری، مرتضی، *المکاسب*، قم، کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۶. همو، *مطرح الانظار*، طبع قدیم، قم، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۴ ق.
۷. ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین، *حاشیة المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۸. بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۹. بروجرودی عبده، محمد، *حقوق مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۰ ش.
۱۰. تبریزی، جواد، *ارشاد الطالب*، چاپ سوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۶ ق.
۱۱. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، قم، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
۱۲. حسینی حائری، سیدکاظم، *فقه العقود*، چاپ دوم، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۱۳. حسینی روحانی، سیدصادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، دار الکتب، ۱۴۱۲ ق.
۱۴. حسینی شیرازی، سیدمحمد، *الفقه، القواعد الفقہیة*، بیروت، مؤسسه امام رضا علیه السلام، ۱۴۱۳ ق.
۱۵. همو، *ایصال الطالب الی المکاسب*، تهران، اعلمی، بی تا.
۱۶. حسینی عاملی، سیدجواد، *مفتاح الکرامه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۷. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح، *العناوین الفقہیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۸. حکیم، سیدمحمدتقی، *الاصول العامة فی الفقه المقارن*، چاپ دوم، قم، مجمع جهانی اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۱۸ ق.
۱۹. خوانساری، سیداحمد، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۲۰. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، لبنان، دار العلم، ۱۴۱۲ ق.
۲۱. سبحانی، جعفر، *المواهب*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۴ ق.
۲۲. سیفی مازندرانی، علی اکبر، *مبانی الفقه الفعّال*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۵ ق.
۲۳. سیوری حلی، جمال الدین مقداد بن عبدالله، *التفحیح الرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۲۴. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادهما و تعهدات*، چاپ نهم، تهران، مجد، ۱۳۹۲ ش.
۲۵. شیرازی، میرزاحمدتقی، *حاشیة المکاسب*، قم، الشریف الرضی، ۱۴۱۲ ق.
۲۶. صفائی، حسین، *قواعد عمومی قراردادهما*، چاپ دهم، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.
۲۷. طباطبایی بروجرودی، سیدحسین، *جامع احادیث الشیعه*، تهران، فرهنگ سبز، ۱۴۲۹ ق.
۲۸. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *حقائق الاصول*، چاپ پنجم، قم، کتاب فروشی بصیرتی، ۱۴۰۸ ق.
۲۹. طباطبایی قمی، سیدتقی، *الانوار البهیة*، قم، محلاتی، ۱۴۲۳ ق.
۳۰. همو، *عمدة المطالب*، قم، محلاتی، ۱۴۱۳ ق.
۳۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیة المکاسب*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۳۲. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الاستبصار*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق.
۳۳. همو، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.

۳۴. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، *الدروس الشرعية في فقه الامامية*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

۳۵. عاملی جعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام*، قم، المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.

۳۶. عراقی، آقاضاءالدين، *حاشية المكاسب*، قم، غفور، ۱۴۲۱ ق.

۳۷. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، *المکاسب والبيع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

۳۸. همو، *فوائد الاصول*، قم، جامعه مدرسین، ۱۳۷۶ ش.

۳۹. همو، *منية الطالب*، تهران، المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.

۴۰. فاضل آبی، زین الدین حسن بن ابی طالب یوسفی، *كشف الرموز*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

۴۱. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *ایضاح الکفایه*، چاپ پنجم، قم، نشر نوح، ۱۳۸۵ ش.

۴۲. فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، چاپ دوم، قم، هجرت، ۱۴۱۰ ق.

۴۳. فیض کاشانی، محمدمحسن، *الوافی*، چاپ سوم، اصفهان، کتابخانه امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۰۶ ق.

۴۴. کاتوزیان، ناصر، *اعمال حقوقی*، چاپ ششم، تهران، انتشار، ۱۳۹۱ ش.

۴۵. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ سوم، تهران، انتشار، ۱۳۹۲ ش.

۴۶. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد*، چاپ دوم، قم، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.

۴۷. کلانتر، سیدمحمد، *حاشية المكاسب*، قم، دار الكتاب، ۱۴۱۰ ق.

۴۸. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.

۴۹. لاری، سیدعبدالحسین، *التعليقة على المكاسب*، قم، المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۸ ق.

۵۰. مامقانی، محمدحسن بن الملاعبدالله، *غاية الآمال*، قم، الذخائر الاسلامیه، ۱۳۱۶ ق.

۵۱. مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، چاپ سوم، قم، انتشارات امام علی علیه السلام، ۱۴۱۱ ق.

۵۲. همو، *انوار الفقاهه - کتاب التجاره*، قم، انتشارات امام علی علیه السلام، ۱۴۲۶ ق.

۵۳. منتظری نجف آبادی، حسینعلی، *دراسات في المكاسب المحرمة*، قم، تفکر، ۱۴۱۵ ق.

۵۴. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، *قواعد فقهیه*، چاپ سوم، تهران، عروج، ۱۴۰۱ ق.

۵۵. موسوی بجنوردی، سیدمحمدحسن، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۳۷۷ ش.

۵۶. موسوی خمینی، سیدروح الله، *المکاسب المحرمة*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ ق.

۵۷. همو، *تهذيب الاصول*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۲ ق.

۵۸. همو، *معمد الاصول*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۰ ق.

۵۹. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، تحقیق محمدعلی توحیدی، بی جا، بی تا.

۶۰. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، *مهذب الاحکام*، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق.

۶۱. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *القواعد الفقهیه (افاضة العوائد)*، بی جا، بی تا.

۶۲. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

۶۳. نجفی کاشف الغطاء، محمدحسین، *تحریر المجله*، نجف، المكتبة المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.

۶۴. نراقی، احمد بن محمدمهدی، *عوائد الايام*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

۶۵. وحید بهبهانی، محمدباقر، *حاشية مجمع الفوائد*، قم، مؤسسه وحید بهبهانی، ۱۴۱۷ ق.

پژوهشی در

تأثیر تنگدستی دائن بر مسئله مستثنیات دین*

- موسی حکیمی صدر^۱
- فاطمه رجایی^۲

چکیده

یکی از مسائل مبتلابه در محاکم مدنی از گذشته تا حال مستثنیات دین است. فقها و حقوق‌دانان در این مسئله معتقدند که اگر مدیون اموالی به جز خانه و برخی دیگر از ضروریات زندگی نداشته باشد، دائن نمی‌تواند او را وادار به فروش آن اموال کند. ابعاد مختلف مستثنیات دین در کتب فقها و پژوهش‌های فقهی و حقوقی مورد کنکاش قرار گرفته است؛ اما آنچه بدان پرداخته نشده، تأثیر شرایط مالی دائن بر حکم مستثنیات دین است. این سؤال که آیا اگر دائن خود در عسر و حرج باشد، باز هم می‌توان حکم به استثناء برخی اموال مدیون کرد؟ سؤالی است که در این پژوهش از لابه‌لای کتب فقهی، روایی و حقوقی سعی بر پاسخ‌دهی به آن شده است. در پایان پس از بررسی ادله مستثنیات دین که عمده آن‌ها روایات و قاعده لا حرج است، آنچه به عنوان پاسخ این سؤال بیان شده این

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۵/۱۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۹/۲۹.

۱. استادیار دانشگاه حکیم سبزواری (نویسنده مسئول) (m.zarghi@hsu.ac.ir).

۲. استادیار دانشگاه حکیم سبزواری (f.rajaei@hsu.ac.ir).

است که این ادله شامل موردی که دائن خود در عسر و حرج است، نمی‌شود. لذا اگر دائن در عسر و حرج باشد تا جایی که عسر و حرج او رفع شود، می‌توان از اموال مدیون برداشت نمود؛ حتی اگر خانه او باشد.

واژگان کلیدی: مستثنیات دین، عسر و حرج، مدیون، قاعده لاجرح.

بیان مسئله

یکی از مباحث مطرح در حقوق مدنی، مستثنیات دین است. این نکته که اگر تنها دارایی مدیون خانه و یا برخی موارد ضروری دیگر زندگی باشد، دائن نمی‌تواند مدیون را وادار به فروش این موارد به جهت پرداخت دین نماید، در کلام قدما و متأخران از فقها آمده است. در سال‌های اخیر نیز در ابعاد مختلف مبحث مستثنیات دین، پژوهش‌هایی انجام گرفته که در صفحات بعد به آن‌ها اشاره شده است.

آنچه در کلام فقها و پژوهش‌های فقهی و حقوقی معاصر بدان پرداخته نشده، تأثیر شرایط دائن بر مبحث مستثنیات دین است. با این توضیح که گاه دائن از لحاظ قدرت مالی دارای جایگاه برتری نسبت به مدیون است که در اغلب موارد نیز این گونه است؛ در این شرایط رعایت مستثنیات دین خالی از خدشه به نظر می‌رسد. اما گاه دائن از لحاظ مالی وضع بدتری نسبت به مدیون دارد؛ برای نمونه می‌توان حالتی را بیان کرد که مدیون پیمانکاری است که دارای خانه‌ای حداقلی و مایحتاج زندگی است، اما دائن کارگری است که فاقد سرپناه و حتی خوراک و پوشاک است. در این حالت بنا بر اطلاق کلام فقها و اطلاق مواد قانونی مرتبط باز هم خانه مدیون جزء مستثنیات دین است و اعتنایی به وضع مدیون نمی‌شود. آنچه در این پژوهش بدان پرداخته شده، بررسی همین نکته است که آیا از ادله فقهی مستثنیات دین می‌توان این نکته را برداشت کرد که حتی در صورت در عسر و حرج بودن دائن، باز هم مستثنیات دین لازم‌الرعايه است یا خیر؟

ممکن است در یک استدلال استحسان‌گونه به ذهن برسد که جانبداری از مدیون با رأفت اسلامی سازگارتر است که چه‌بسا در شرایطی که دائن دارای قدرت مالی برتری است، این نکته درست باشد. اما در محل بحث این نوشتار که دائن خود در عسر و

حرج است، نه فقط مقتضای رأفت اسلامی جانبداری از مدیون نیست که این به نفع جامعه و امنیت معاملات افراد نیز نیست؛ چرا که در این فضا کسی رغبت به پرداخت قرض و اقدام به آنچه منجر به دین می‌شود، نمی‌کند؛ خصوصاً در شرایطی که اکثر افراد جامعه معمولاً عمده دارایی‌شان منزل مسکونی و وسایل خانه و... است که از مستثنیات دین به حساب می‌آید.

۱. تعریف و بیان مصادیق مستثنیات دین

فقها تعریفی از مستثنیات دین ارائه نکرده و عمدتاً به ذکر مصادیق آن پرداخته و یا ملاک برای مستثنیات دین بیان کرده‌اند. برخی از فقها ملاک مستثنیات دین را هر چیزی دانسته‌اند که مدیون در ضروریات زندگی‌اش بدان احتیاج دارد؛ به نحوی که با نبود آن موارد، فرد دچار حرج می‌گردد (اصفهانی، ۱۳۹۳: ۱۷۳/۲؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۷/۲۱؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۶۸/۲؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶: ۹۱/۲).

برخی ملاک در مستثنیات دین را مطابق بودن این مستثنیات با شأن مدیون دانسته‌اند. در این میان از ظاهر کلام برخی، شأن مدیون قبل از ورشکستگی مدّ نظر است (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۲۳/۴؛ آل عصفور، ۱۴۱۶: ۱۲/۴۲۶) و برخی شأن مدیون در زمان افلاس را ملاک دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۵۸/۱۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۰/۴۱۰؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۴۲/۲۵؛ مجاهد طباطبایی، بی‌تا: ۳۷).

به نظر می‌رسد ملاک عسر و حرج و ملاک شأن فرد، کامل‌کننده هم باشند؛ بدین معنا که شأن فرد تعیین‌کننده مایحتاج اوست و در صورت نبود آن موارد، دچار حرج می‌گردد؛ برای مثال، فردی از طبقه مرفه جامعه در صورت نبود حمام در خانه‌اش دچار حرج می‌گردد، در حالی که فردی از طبقه پایین‌تر ممکن است این فقدان برایش حرجی نباشد. لذا شأن فرد است که تعیین‌کننده حرجی بودن برخی فقدان‌هاست.

برخی از مصادیق مستثنیات دین در کلام فقها عبارت‌اند از: لباس خود و عیال مدیون حتی لباس تجمل، خادم اعم از عبد و امه، وسایل خانه، چهارپا، قرآن، کتب علمی و... (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۰۳/۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۷۸/۱۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۶۷/۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۴۳۱/۲؛ عاملی، ۱۴۱۹: ۳۲/۱۵؛ حسینی روحانی، بی‌تا: ۲۰/۳).

البته برخی از فقها تنها مصادیق مستثنیات دین را خانه و خادم می‌دانند؛ چرا که در نصوص تنها به این موارد اشاره شده است (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۱۹/۹).

برخی از حقوق‌دانان در تعریف مستثنیات دین آورده‌اند:

منظور از مستثنیات دین، مال‌های مدیون و متعهد است که هنگام اجرای قطعی احکام، قرارها یا اسناد لازم‌الاجراء مشمول مقررات اجراء نبوده و توقیف نگردد و به ضرر مدیون و متعهد به معرض فروش گذاشته نشود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۳۳۶/۵).

برخی از حقوق‌دانان نیز در لابه‌لای بیان بحث ورشکستگی، برخی از مصادیق مستثنیات دین را خانه، لباس، آلات و ادوات صنعتی و حرفه‌ای دانسته‌اند (امامی، بی‌تا: ۲۰۷/۲).

در حال حاضر آنچه در بحث مستثنیات دین به عنوان قانون لازم‌الاجراء در محاکم مطرح است،^۱ ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ است که مقرر می‌دارد:

«مستثنیات دین صرفاً شامل موارد زیر است: الف- منزل مسکونی که عرفاً در شأن محکوم‌علیه در حالت اعسار او باشد. ب- اثاثیه مورد نیاز زندگی که برای رفع حوائج ضروری محکوم‌علیه و افراد تحت تکفل وی لازم است. ج- آذوقه موجود به قدر احتیاج محکوم‌علیه و افراد تحت تکفل وی برای مدتی که عرفاً آذوقه ذخیره می‌شود. د- کتب و ابزار علمی و تحقیقاتی برای اهل علم و تحقیق متناسب با شأن آن‌ها. ه- وسایل و ابزار کار کسبه، پیشه‌وران، کشاورزان و سایر اشخاص که برای امرار معاش ضروری آن‌ها و افراد تحت تکفلشان لازم است. و- تلفن مورد نیاز مدیون. ز- مبلغی که در ضمن عقد اجاره به موجر پرداخت می‌شود، مشروط بر اینکه پرداخت اجاره‌بها بدون آن موجب عسر و حرج گردد و عین مستأجره مورد نیاز مدیون بوده و بالاتر از شأن او نباشد».

از عبارت صدر ماده برداشت می‌شود که موارد مذکور حصری است و شامل هیچ مورد دیگری نمی‌شود.

۱. برای دیدن سیر تاریخی قوانین در بحث مستثنیات دین ر.ک: محمدی مقدم، ۱۳۸۴: ۱۹۱؛ تولیت، ۱۳۷۷: ۱۲؛ توکلی، ۱۳۸۳: ۴۵.

با توجه به بررسی برخی مفاهیم مقدماتی در نوشته پژوهشگران پیشین، این بحث مقدماتی مختصر، کافی به نظر می‌رسد (ر.ک: وافی و حسینی، ۱۳۹۰: ش ۲۴؛ تولیت، ۱۳۷۷: ش ۱۲؛ میرداداشی، ۱۳۹۳: ش ۱).

۲. بازخوانی ادله مستثنیات دین

برای پاسخ به این سؤال که در مسئله مستثنیات دین آیا شرایط مالی دائن نیز تأثیرگذار است یا خیر، لازم است ابتدا ادله مدّ نظر فقها در این مسئله یک‌به‌یک بیان و تحلیل شود.

۱-۲. روایات

۱-۱-۲. روایت عثمان بن زیاد

«عثمان بن زیاد روایت می‌کند که به امام صادق علیه السلام گفتم: من از مردی طلبی دارم، آن مرد می‌خواهد خانه‌اش را بفروشد و دین من را ادا کند. حضرت فرمود: از خدا می‌خواهم تو را پناه دهد از اینکه او را از سرپناهِش خارج کنی»^۱ (کلینی، ۱۴۲۹: ۵۹۴/۹؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۸۷/۶؛ همو، ۱۳۹۰: ۶/۳؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ۷۹۹/۱۸؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۴۱/۱۸؛ طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۹: ۷۴۶/۲۳).

نقد و بررسی روایت عثمان بن زیاد

این روایت از حیث سند محل خدشه است.^۲ از حیث دلالت نیز دو نکته در ذیل

۱. «عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ أَبِيهِ، وَمُحَمَّدُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ، عَنِ الْفَضْلِ بْنِ شاذَانَ جَمِيعًا، عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عَبْدِ الْحَمِيدِ، عَنْ عُثْمَانَ بْنِ زِيَادٍ، قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: إِنْ لِي عَلَى رَجُلٍ دَيْنًا، وَقَدْ أَرَادَ أَنْ يَبِيعَ دَارَهُ فَيَقْضِيَنِي. قَالَ: فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: أَعِيدُكَ بِاللَّهِ أَنْ تُخْرِجَهُ مِنْ ظِلِّ رَأْسِهِ». برخی فراز آخر این روایت را چنین ترجمه کرده‌اند: «خدا تو را حفظ کند! مبادا او را از سرپناهِش بیرون کنی» (حکیمی، ۱۳۸۰: ۲۲۶/۶). برخی در روایت دیگری «أَعِيدُكَ بِاللَّهِ» را «تو را به خدا پناه دهم» ترجمه کرده‌اند (کلینی، ۱۳۷۵: ۲۹۵/۶). برخی نیز این گونه ترجمه کرده‌اند: «خداوند تو را نگهدارد» (افرام بستانی، ۱۳۷۵: ۹۱).

۲. ضعف سند این روایت ممکن است ناشی از مجهول بودن عثمان بن زیاد باشد؛ چرا که در کتب ثمانیه رجالی، توصیفی از وی یافت نشد و مجلسی اول نیز وی را مجهول دانسته است. البته با توجه به اینکه سند این روایت تحویل دارد و در هر دو طریق ابن ابی عمیر حضور دارد، مجلسی اول این روایت را کالصحيح دانسته است (مجلسی، ۱۴۰۶: ۵۴۶/۶).

ارزیابی سندی روایات این نوشتار، برداشت‌شده از ارزیابی سند احادیث نرم‌افزار درایه‌النور، تهیه‌شده در مرکز کامپیوتری علوم اسلامی است.

این روایت قابل طرح است.

الف. این روایت شامل موردی که خود دائن بدون سرپناه و یا حتی فاقد غذای خود و افراد واجب‌النفقة‌اش باشد، نمی‌شود؛ چرا که اگر بی‌سرپناه بودن مدیون قبیح است و معصوم عَلَيْهِ السَّلَامُ از کاری که نتیجه‌اش بی‌سرپناه شدن مدیون است، نهی می‌کند، به طریق اولی بی‌سرپناه بودن دائن قبیح است. به عبارت دیگر اگر امر دائر شود بین اینکه مدیون بی‌سرپناه باشد یا دائن، و یا حتی امر دائر شود بین اینکه مدیون بی‌سرپناه باشد یا دائن گرسنه باشد، نمی‌توان از این روایت برداشت کرد که باز هم اولویت با رعایت رفاه مدیون است.

ب. نکته دیگری که در نقد استدلال به این روایت برای بحث مستثنیات دین می‌توان بیان کرد، این است که این روایت بیانگر یک حکم اخلاقی است؛ بدین معنا که اگر دائن صبر کند و مدیون را بی‌سرپناه نکند، مطابق با اخلاق حسنه رفتار کرده است، نه اینکه صبر وی الزامی باشد خصوصاً در شرایطی که خود دائن از لحاظ مالی وضع بدتری دارد.

مؤید این برداشت تعارضی است که بین الزامی بودن عدم فروش خانه توسط مدیون و قاعده تسلیط - که صادرکننده مجوز فروش این خانه برای مدیون است- وجود دارد. به عبارت دیگر وقتی مدیون با اختیار می‌خواهد خانه‌اش را بفروشد و دین خود را بپردازد، قاعده تسلیط که از قواعد قطعی فقهی و عقلایی است، از فعل وی حمایت می‌کند. لذا نمی‌توان تسلط وی بر مالش را به استناد این روایت محدود کرد. برخی از فقها در بررسی روایات این باب به این نکته اشاره کرده‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۹۶/۲۰).

تنها نکته‌ای که باقی می‌ماند، اخلاق مدار بودن دائن است که می‌تواند مانع فروش خانه گردد؛ اما اگر دائن خود در شرایطی بدتر از مدیون باشد، بحثی در امکان تقاضای فروش خانه باقی نمی‌ماند.

محقق بجنوردی در این زمینه بیان می‌کند:

«استثناء کردن مستثنیات دین به دلیل ارفاق بر مدیون و در تنگنا قرار ندادن اوست و خداوند متعال می‌فرماید: ﴿وَإِنْ كَانَ دُوْعُسِرَّةً فَظَرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾. اما زمانی که خود مدیون بر خودش سخت می‌گیرد و خانه و سرپناهِش را برای ادای دینش می‌فروشد، مانعی از

آن نیست، بلکه این برخاسته از کرامت‌های اخلاقی و علو همت و کمال ورع اوست» (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۵۷/۶).

این بیان نیز خود تأییدی بر اخلاقی بودن حکم مذکور در روایت فوق است.

۲-۱-۲. روایت ابراهیم بن عثمان

«ابراهیم بن عثمان از امام صادق عَلَيْهِ السَّلَام نقل می‌کند که از ایشان پرسیدم: مردی به من دراهمی بدهکار است و خانه‌اش نزد من گرو است من می‌خواهم آن خانه را بفروشم. حضرت فرمود: از خدا می‌خواهم تو را پناه دهد از اینکه او را از سرپناهش خارج کنی»^۱ (کلینی، ۱۴۲۹: ۲۹۳/۱۰؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۷۰/۷؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ۸۵۲/۱۸؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۴۱/۱۸؛ طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۹: ۱۴۴۸/۲۳).

نقد و بررسی روایت ابراهیم بن عثمان

این روایت از لحاظ سندی صحیح است و از لحاظ مضمون شبیه به روایت عثمان بن زیاد است. فراز کلام امام در هر دو روایت به صورت یکسان آمده است. تفاوت این دو روایت در این است که در روایت عثمان بن زیاد مدیون به صورت اختیاری می‌خواهد خانه‌اش را بفروشد و دین خود را پردازد، اما در روایت ابراهیم بن عثمان خانه در ید دائن، رهن است و دائن می‌خواهد با فروش خانه طلب خود را بردارد. نکته اولی که در ذیل روایت عثمان بن زیاد بیان شد در مورد این روایت نیز قابل طرح است.

نکته دوم نیز در مورد این روایت مطرح است؛ چرا که شباهت این دو روایت از حیث مضمون، اخلاقی بودن روایت ابراهیم بن عثمان را نیز تأیید می‌کند. علاوه بر این، بسیاری از فقها قائل به جواز بیع مال مرهونه‌اند حتی در صورتی که از مستثنیات دین باشد (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۶/۱۳؛ بجنوردی، ۱۴۱۹: ۵۷/۶؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۱۰/۲؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۸۳/۲؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۳: ۳۳۰/۲؛ بهجت، ۱۴۲۸: ۳۶۳/۳). سیدابوالحسن اصفهانی در این زمینه آورده است:

۱. «أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ، عَنِ ابْنِ فَضَّالٍ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عُثْمَانَ، عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَام، قَالَ: قُلْتُ لَهُ: رَجُلٌ لِي عَلَيْهِ دَرَاهِمٌ، وَكَانَتْ دَارُهُ رَهْنًا، فَأَرَدْتُ أَنْ أُبَيْعَهَا. قَالَ: أُعِيدُكَ بِاللَّهِ أَنْ تُخْرِجَهُ مِنْ ظِلِّ رَأْسِهِ».

«اگر رهن از مستثنیات دین باشد، مانند خانه مسکونی مدیون و چهارپای سواری اش، بر مرتهن جایز است فروش آن و اخذ طلبش مانند سایر اموال مرهونه» (اصفهانی، ۱۴۲۲: ۴۸۰).

برخی از فقها بر جواز بیع مرهونه حتی اگر از مستثنیات دین باشد، ادعای اجماع کرده‌اند (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۰۳/۲۱). این نکته خود مؤید دیگری است بر اینکه روایت ابراهیم بن عثمان در بردارنده یک حکم اخلاقی است، نه یک حکم الزامی. برخی از فقها به اخلاقی بودن این حکم با عبارت «شایسته نیست مسلمان، مسلمانی را از سرپنااهش اخراج کند» (اصفهانی، ۱۳۹۳: ۱۸۷/۲) یا «مرجوح بودن بیع مرهونه در این شرایط» (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۰۳/۲۱) اشاره کرده‌اند.

۲-۱-۳. روایت مسعدة بن صدقه

«مسعدة بن صدقه نقل می‌کند که شنیدم امام جعفر صادق علیه السلام سخن می‌گفت و از او درباره مرد مدیونی سؤال شد که قسمتی از خانه‌ای را مالک است و کرایه آن خانه را دریافت می‌کند. ممکن است از این کرایه قوت او تأمین شود و ممکن است قوت او را کفایت نکند و ناچار به دریافت دین شود. اگر او خانه را بفروشد و دینش را پردازد، خانه‌ای ندارد. حضرت فرمود: اگر این خانه دارای قیمتی است که با آن دینش را پردازد و چیزی که زندگی او و عیالش را کفایت کند از قیمت آن باقی می‌ماند، پس خانه را بفروشد و گرنه بفروشد^۱ (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۹۸/۶؛ همو، ۱۳۹۰: ۷/۳؛ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۴۲/۱۸؛ طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۹: ۱۴۲۳/۷۵۰).

نقد و بررسی روایت مسعدة بن صدقه

این روایت از حیث سند موثق است. در این روایت بر خلاف دو روایت قبل، بحث بر سر خانه مسکونی فرد مدیون نیست، بلکه از خانه‌ای سؤال شده که محل امرار معاش مدیون است.^۲ در این روایت مفهوم «مَا يَكْفِيهِ وَعِيَالَهُ» مبهم است. شاید بتوان مصادیق

۱. «مَحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ هَارُونَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ مَسْعَدَةَ بْنِ صَدَقَةَ، قَالَ: سَمِعْتُ جَعْفَرَ بْنَ مُحَمَّدٍ عليه السلام يَقُولُ، وَسُئِلَ عَنْ رَجُلٍ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَلَهُ نَصِيبٌ فِي دَارٍ وَهِيَ تُعَلُّ غَلَّةً فَرُبَّمَا بَلَغَتْ غَلَّتَهَا قُوَّتَهُ وَرُبَّمَا لَمْ تَبْلُغْ حَتَّى يَسْتَلِدِينَ فَإِنَّهُ بَاعَ الدَّارَ وَقَضَى دَيْنَهُ، بَعِيَ لَا دَارَ لَهُ، فَقَالَ: إِنْ كَانَ فِي دَارِهِ مَا يَقْضِي بِهِ دَيْنَهُ وَيَقْضُلُ مِنْهَا مَا يَكْفِيهِ وَعِيَالَهُ، فَلْيَبِعِ الدَّارَ وَإِلَّا فَلَا».

۲. برخی از شارحان لمعه به این نکته تصریح کرده‌اند (شوشتری، ۱۴۰۶: ۲۵/۸).

این عبارت را صرفاً شامل حداقل خوراک و پوشاک و... بدانیم و آن را شامل مسکن ندانیم؛ چرا که فرد وقتی قسمتی از یک خانه را بفروشد اصولاً نمی‌تواند با آن دینش را بپردازد و خانه‌ای دیگر بخرد و حتی حداقل‌های خوراک و پوشاک و... را نیز فراهم کند؛ اما در کلام حضرت این نکته به عنوان احتمال معقول بیان شده است که سهمش را از خانه بفروشد و دینش را بپردازد و «مَا يَكْفِيهِ وَعِيَالُهُ» را نیز بردارد. لذا ظاهراً مراد از عبارت «مَا يَكْفِيهِ وَعِيَالُهُ» شامل خانه نمی‌شود.

نکته دیگری که از ظاهر بیان به ذهن می‌رسد اینکه حضرت عَلَيْهِ السَّلَام نهی الزامی از فروش نکرده‌اند، بلکه به جهت ارشاد وی را نهی کرده‌اند تا در ادامه زندگی از لحاظ معیشت در مضیقه و حرج نباشد. لذا اگر مدیون بخواهد از قاعده تسلیط استفاده کند و مال خود را بفروشد، ظاهراً منعی نیست. به علاوه از این روایت برداشت نمی‌شود که دائن از لحاظ مالی در تنگناست یا خیر و یا حتی اینکه دائن برای طلب خود مراجعه کرده است یا نه.

۴-۱-۲. روایت حلبی

حلبی از امام صادق عَلَيْهِ السَّلَام نقل می‌کند:

«خانه و کنیز در مقابل دین فروخته نمی‌شود؛ چرا که مرد می‌بایست خانه‌ای را که در آن ساکن شود و خادمی را که به او خدمت کند، داشته باشد»^۱ (کلینی، ۱۴۲۹: ۵۸۹/۹؛ صدوق، ۱۳۸۶: ۵۲۹/۲؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۸۶/۶؛ همو، ۱۳۹۰: ۶/۳؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ۷۹۱/۱۸؛ حر عاملی، ۱۴۱۲: ۲۱۹/۶).

نقد و بررسی روایت حلبی

روایت حلبی از لحاظ سندی صحیح است. از لحاظ دلالت این روایت نیز شامل موردی که دائن در شرایط بد مالی است، نمی‌شود. چه بسا بتوان ادعا کرد در شرایطی که خود دائن فاقد مسکن و خادم است، این روایت به نفع اوست؛ چرا که طبق روایت مرد می‌بایست خانه و خادمی داشته باشد. حال در دوران امر بین اینکه مدیون صاحب خانه و خادم باشد یا دائن، دائن مقدم می‌شود و وجهی برای تقدم مدیون وجود ندارد.

۱. «عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّضْرِ بْنِ سُوَيْدٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَام قَالَ: لَا تَبَاعُ الدَّارُ وَلَا الْجَارِيَةُ فِي الدَّيْنِ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ لِلرَّجُلِ مِنْ ظَلِّ يَسْكُنُهُ وَخَادِمٍ يَخْدُمُهُ».

۵-۱-۲. روایت محمد بن حسن

شیخ صدوق در *من لایحضره الفقیه* از استاد خود محمد بن حسن روایتی نقل می‌کند: «اگر خانه وسیع بود و قسمتی از آن برای صاحب خانه کافی بود، باید در همان قسمت که احتیاج دارد، ساکن شود و با مابقی آن دینش را ادا کند. همچنین است اگر خانه‌ای که قیمتش از خانه فعلی او کمتر است، برایش کافی است، باید خانه‌اش را بفروشد و با ثمن آن خانه‌ای (با قیمت کمتر) برای سکونت بخرد و با مابقی آن ثمن دینش را بپردازد»^۱ (صدوق، ۱۴۱۳: ۱۹۰/۳؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ۸۰۰/۱۸؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۴۲/۱۸؛ طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۹: ۷۵۰/۲۳).

تقد و بررسی روایت محمد بن حسن

بنا بر بیان بسیاری از علماء رجال و فقها، مراد از محمد بن حسن همان ابن ولید است و برخی از علماء رجال و فقها، ثقه بودن او را تأیید کرده‌اند (نجاشی، ۱۴۰۷: ۳۸۳؛ ابن داود، ۱۳۸۳: ۳۸۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۲۰/۹؛ عاملی، ۱۴۱۹: ۶/۳؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۸: ۳۳۱/۱؛ موسوی خوبی، ۱۴۱۸: ۵۱/۱۰؛ منتظری، ۱۴۰۹: ۳۰۵/۴؛ مؤمن قمی، ۱۴۲۵: ۳۶۵/۱).

فقه‌های بسیاری این روایت را بیان کرده و مطابق آن فتوا داده یا نقدی بر مضمون آن وارد نکرده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۱۹/۹؛ عاملی، ۱۴۱۹: ۸/۵؛ آل عصفور، ۱۴۱۶: ۴۲۵/۱۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳۶/۲۵؛ ترحینی عاملی، ۱۴۲۷: ۴۲/۵).

برخی معتقدند (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۱۹/۹؛ ترحینی عاملی، ۱۴۲۷: ۴۲/۵) علامه حلی در مقابل این دیدگاه بیان می‌کند: وقتی خانه مدیون به مقدار کفایتش باشد، مکلف به فروش خانه و خرید خانه کم‌قیمت‌تر نیست. همچنین است در مورد فروش خادم و اسب، به دلیل اصل و عموم نهی از بیع این موارد (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۶/۱۳).

اما ظاهراً این دیدگاه تقابلی با مفهوم روایت ندارد و صرفاً موردی که خانه و... به قدر کفایت باشد، اجبار به فروش آن را جایز نمی‌داند که مضمون روایت نیز همین است. برخی این احتمال را مطرح کرده‌اند که شاید این روایت در واقع برداشت محمد بن

۱. «وَكَانَ شَيْخُنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَرَوِي أَنَّهَا إِنْ كَانَتْ الدَّارُ وَاسِعَةً يَكْتَفِي صَاحِبُهَا بِبَيْعِهَا، فَعَلَيْهِ أَنْ يَسْكُنَ مِنْهَا مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ وَيَقْضِي بَقِيَّتِهَا دَيْنَهُ وَكَذَلِكَ إِنْ كَفَتْهُ دَارٌ بِدُونِ ثَمَنِهَا بَاعَهَا وَأَشْتَرَى بِثَمَنِهَا دَارًا لِيَسْكُنَهَا وَيَقْضِيَ بِبَاقِي الثَّمَنِ دَيْنَهُ».

حسن از روایت مسعدة بن صدقه باشد و روایت مستقلی نباشد (مجلسی، ۱۴۰۶: ۵۴۶/۶؛ شوشتری، ۱۴۰۶: ۲۴/۸) که در این صورت نقد آن گذشت.

پس از بیان مفهوم روایت و دیدگاه فقها درباره آن، به سؤال اصلی پژوهش که تأثیر معسر بودن دائن بر حکم مستثنیات دین است، بازمی گردیم. بنا بر مضمون این روایت اگر مبلغی که از فروش خانه به دائن داده شده، او را از شرایط بد مالی خارج کرد که بحثی باقی نمی ماند. اما اگر این مبلغ نیز کفایت نکرد، حال امر دائر است بین اینکه دائن از حداقل های رفاه در شأن خود بی بهره باشد یا مدیون؟ در این حالت بی بهره بودن مدیون مقدم بر بی بهره بودن دائن است؛ چرا که قواعد کلی مانند لزوم قضاء دین در این مورد معارضی ندارد.

۲-۱-۶. روایت ابن ابی عمیر

«ابراهیم بن هاشم نقل می کند که محمد بن ابی عمیر لباس فروش بود. اموالش را از دست داد و فقیر شد. او از مردی ده هزار درهم طلب داشت. مدیون خانه اش را به ده هزار درهم فروخت و آن مال را به در خانه ابن ابی عمیر آورد. ابن ابی عمیر از منزلش خارج شد و گفت: این چیست؟ مدیون گفت: این مال توست که از من طلب داشتی. ابن ابی عمیر گفت: ارث برده ای؟ گفت: نه. گفت: به تو هدیه شده؟ گفت: نه. آیا این ثمن مالی است که فروخته ای؟ گفته نه. گفت: پس این چیست؟ گفت: برای پرداخت دین خانه ای را که در آن ساکن بودم، فروختم. محمد بن ابی عمیر گفت: ذریع محاربی روایتی از امام صادق علیه السلام برای من نقل کرد که حضرت علیه السلام فرمود: «مرد از سرپناهش به خاطر دین خارج نمی شود». درهم ها را بردار و برو، من نیازی به این ها ندارم [در حالی که در واقع] والله به یک درهم در آن موقع نیازمند بودم، ولی از آن دراهم حتی یکی داخل در ملکم نشد»^۱ (صدوق، ۱۴۱۳: ۱۹۰/۳؛

۱. «رَوَى إِبْرَاهِيمُ بْنُ هَاشِمٍ أَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ أَبِي عُمَيْرٍ كَانَ رَجُلًا بَرَّازًا، فَذَهَبَ مَالُهُ وَانْفَقَرَ وَكَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ عَشْرَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ، فَبَاعَ دَارًا لَهُ كَانَ يَسْكُنُهَا بِعَشْرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ وَحَمَلَ الْمَالَ إِلَى بَابِهِ، فَخَرَجَ إِلَيْهِ مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي عُمَيْرٍ، فَقَالَ: مَا هَذَا؟ فَقَالَ: هَذَا مَالُكَ الَّذِي لَكَ عَلَيَّ. قَالَ: وَرِثْتَهُ؟ قَالَ: لَا. قَالَ: وَهَبَ لَكَ؟ قَالَ: لَا. قَالَ: فَهَلْ هُوَ ثَمَنٌ صَبِغَةً بَعْتَهَا؟ قَالَ: لَا. قَالَ: فَمَا هُوَ؟ قَالَ: بَعْتُ دَارِي الَّتِي أَسْكُنُهَا لِأَقْضِيَ دَيْنِي. فَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي عُمَيْرٍ: حَدَّثَنِي ذَرِيحُ الْمُحَارِبِيُّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام أَنَّهُ قَالَ: لَا يُخْرَجُ الرَّجُلُ عَنِ الْمَسْقَطِ رَأْسَهُ بِالْأَدْنَى. إِزْفَعُهَا فَلَا حَاجَةَ لِي فِيهَا، وَاللَّهِ إِنِّي لَمُحْتَاجٌ فِي وَفْتِي هَذَا إِلَى دِرْهَمٍ وَاحِدٍ وَمَا يَدْخُلُ مِلْكِي مِنْهَا دِرْهَمٌ وَاحِدٌ».

طوسی، ۱۴۰۷: ۱۹۸/۶؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ۱۸/۸۰۰؛ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸/۳۴۱).

نقد و بررسی روایت ابن ابی عمیر

این روایت از لحاظ سندی صحیح است و ارتباط مستقیمی به سؤال این پژوهش دارد؛ چرا که ابن ابی عمیر در شرایط بد مالی باز هم حاضر به دریافت ثمن خانه مدیون نشده و حتی در این شرایط نیز خانه را از مستثنیات دین می‌دانسته است. محقق بجنوردی در ذیل این روایت بیان می‌کند:

«این روایت دلالت نمی‌کند بر اینکه اگر مدیون خانه‌اش را برای وفاء دینش فروخت، جایز نیست یا اینکه بیعش باطل است... اما عدم قبول ثمن خانه توسط ابن ابی عمیر، از علو نفس و شدت ورع و تقوای اوست» (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۵۸/۶).

برخی دیگر از فقها نیز این عدم قبول ابن ابی عمیر را ناشی از تقوا و ورع زیاد او دانسته‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۹۶/۲۰). برخی نیز عدم قبول وی را ناشی از کراهت این کار دانسته‌اند (آل عصفور، ۱۴۱۶: ۱۲/۴۲۴).

به نظر می‌رسد در این روایت، ابن ابی عمیر بنا بر اجتهاد خودش از روایت ذریح محاربی و ورع زیادی که داشته، تصمیم گرفته ثمن خانه مدیون را دریافت نکند و این نکته لازم نیست به موارد مشابه و افراد دیگر نیز تسری پیدا کند.

۷-۱-۲. برید عجلی

«برید عجلی روایت می‌کند که به امام صادق علیه السلام گفتم: بر عهده من دینی است از ایتم؛ می‌ترسم اگر مالم [مال غیر منقول مانند مغازه] را بفروشم، بدون مال باقی بمانم. حضرت فرمود: مالت را نفروش، ولی بعض آن را [برای دینت] بده، بعض آن را نگه دار» (صدوق، ۱۴۱۳: ۱۸۴/۳؛ کلینی، ۱۴۲۹: ۵۸۹/۹؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۸۶/۶؛ قطب‌الدین راوندی، ۱۴۰۵: ۱/۳۹۶).

نقد و بررسی روایت برید عجلی

این روایت از حیث سندی صحیح است. برخی از فقها با استناد به این روایت نه تنها خانه و... را جزء مستثنیات دین دانسته‌اند، بلکه معتقدند مطلق اموالی که فرد با آن‌ها زندگی می‌کند، جزء مستثنیات دین است. (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۱۷/۹).

اما برخی از فقها در استدلال به این روایت برای بحث مستثنیات دین، در مجموع چهار ایراد وارد کرده‌اند:

اول اینکه در این روایت سخنی از مطالبه دائن به میان نیامده است یا آنکه ولیّ این ایتام به مدیون مهلت داده یا خیر؛ لذا مدیون اختیار عمل دارد.

دوم اینکه ممکن است خود مدیون به عنوان وصی این ایتام تعیین شده باشد؛ لذا به عنوان هزینه‌های زندگی آنان می‌تواند به تدریج دین خود را بپردازد.

سوم اینکه به جهت عدم امکان دفع مال به صغار، حضرت مدیون را به عنوان ثقه‌ای که مال ایتام در دست او امانت است، به حساب آورده و تا زمان بلوغ این ایتام به مدیون مهلت داده است.

چهارم اینکه ممکن است امام علیه السلام از ولایت عامه خودش استفاده کرده و به این مدیون مهلت داده باشد (مجلسی، ۱۴۰۴: ۴۸/۱۹؛ همو، ۱۴۰۶: ۵۲۶/۶ و ۴۹۵/۹؛ مجاهد طباطبایی، بی‌تا: ۳۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۴۵/۲۵؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۹۸/۲۰؛ عاملی، ۱۴۱۹: ۳۲/۱۵).

با توجه به نکات بیان‌شده در ذیل این روایت، این روایت نیز دلالتی بر مستثنیات دین در مسئله محل بحث ندارد.

۲-۲. لا حرج

فقها علاوه بر روایات، به برخی قواعد فقهی مانند لاجرح نیز برای اثبات مستثنیات دین تمسک کرده‌اند. چه بسا بتوان گفت که روایات نیز در واقع بیان‌کننده یکی از مصادیق قاعده لاجرح هستند. محقق بجنوردی در این زمینه بیان کرده است:

«به هر حال بر مدیون واجب است که هنگام سررسید مدت دین و مطالبه دائن، به هر وسیله ممکن سعی در اداء دین خود کند تا جایی که به حد عسر و سختی شدید نرسد... از اینجاست که فقها از لزوم فروش اموال، کالاهای و زمین‌ها و... را استثناء کرده و نام آن را مستثنیات دین گذارده‌اند (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۰۱/۷).

سید عبدالاعلی سبزواری نیز اصل حکم مستثنیات دین را به خاطر قاعده نفی عسر و حرج معرفی کرده و در تشریح عبارت صاحب عروه که مستثنیات دین را فقط به میزان حاجت می‌دانند، آورده است:

«چرا که ترتیب در این چنین حکمی که خلاف قاعده اشتغال و عموماً و اطلاقات و وجوب و فاء دین است و اینکه اصل این استثناء به دلیل قاعده نفی عسر و حرج است، لابد است که به اموالی که با آن عسر و حرج رفع می‌شود اکتفاء شود و در سایر اموال باید به قاعده اشتغال و عموماً و اطلاقات رجوع شود (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۶/۲۱).

برخی دیگر از فقها نیز معیار در حکم مستثنیات دین را حرج دانسته‌اند (مجاهد طباطبایی، بی‌تا: ۳۵؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۱۱/۶؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵: ۲۸۴؛ اشتهاردی، ۱۴۱۷: ۱۸۴/۲۴). صاحب‌جوهر مدار بحث مستثنیات دین را حول محور عسر و حرج معرفی می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳۵/۲۵).

برخی کلمه ضرر را به کار برده‌اند، اما با توجه به مفهوم عبارت، ظاهراً مراد همان حرج است (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۳/۱۳؛ مجاهد طباطبایی، بی‌تا: ۳۳).

نقد و بررسی قاعده لاجرح

مطلبی که بیان شد و از کلام فقها نیز همین نکته قابل برداشت است اینکه روایات پیش‌گفته نیز در واقع بیانگر مصداقی از مصادیق قاعده لاجرح هستند. بنابراین نقدی که بر استدلال به قاعده لاجرح در فرض محل بحث وارد می‌گردد، در واقع به تمام آن روایات نیز وارد است.

نقدی که بر استدلال به این قاعده به ذهن می‌رسد این است که با توجه به فرض محل بحث که دائن خود نیز از لحاظ مالی در حرج است، وجهی برای مقدم شدن لاجرحی که به نفع مدیون حکم می‌کند، وجود ندارد. بلکه می‌توان گفت که دو لاجرح در این مورد تعارض و تساقط می‌کنند. در این حالت نوبت به قاعده اشتغال و عموماً و اطلاقات و وجوب و فاء دین می‌رسد که به نفع دائن حکم می‌کنند.

در این مورد تنها یک فقیه یافت شد که استدلالی شبیه به استدلال فوق دارد. سیدعبدالاعلی سبزواری در پاسخ به این اشکال احتمالی که قاعده لاجرح امتنانی است و در اینجا که مستثنیات دین به ضرر دائن تمام می‌شود، نمی‌توان به امتنان شارع بر مدیون تمسک کرد، بیان می‌کند:

«در اینجا که حرج برای مدیون محقق می‌گردد، موضوع حرج نسبت به دائن مرتفع

می‌شود؛ زیرا دائن مأمور به عدم مطالبه دین خود و عدم ایقاع مدیون در حرج است، پس باید تا زمان پسر مدیون صبر کند، پس معارضه‌ای نیست (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۵/۲۱).

وی اشکال معارضه را در جایی وارد می‌داند که «دائن دارای خانه نیست بر خلاف مدیون، و فروش خانه مدیون وافی به خرید منزل برای دائن است» (همان). البته به نظر می‌رسد که وی نیز با وجود طرح این بحث، به دلیل منصوص بودن خانه به عنوان مستثنیات دین، حکم به خروج خانه از مستثنیات دین در این حالت نمی‌دهد (همان). همان طور که بیان شد، این اشکال بر استدلال به لاجرح بر تمام روایت فوق نیز وارد است. به عبارت دیگر، حال که روایات به نوعی بیانگر مصداقی از مصادیق لاجرح هستند و در فرض محل بحث که خود دائن در حرج است، دو لاجرح با هم تعارض و تساقط می‌کنند و با توجه به قاعده اشتغال و عمومات و اطلاقات وجوب وفاء دین باید حکم نمود.

۳-۲. اجماع

برخی از فقها حکم مستثنیات دین را اجماعی دانسته و این اجماع را به عنوان پشتوانه‌ای بر حکم مستثنیات دین مطرح کرده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۷۳/۳؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۴۹؛ قمی، ۱۴۲۱: ۳۰۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۳/۱۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳۷/۲۵؛ عاملی، ۱۴۱۹: ۲۸/۱۵؛ مجاهد طباطبایی، بی‌تا: ۳۳).

نقد و بررسی اجماع

بر دلالت این اجماع بر محل بحث این پژوهش، علاوه بر اشکالات اصول فقهی حجیت اجماع، چند اشکال وارد است. اول اینکه در اصل بحث مستثنیات دین، ابن جنید اشکال می‌کند که در ادامه مفصل ذکر شده است؛ لذا حکم مسئله اجماعی نیست. دوم اینکه تمام فقها بحث مستثنیات دین و خصوصاً جایی را که خود دائن در عسر و حرج باشد، مطرح نکرده‌اند که بتوان اتفاق تمام فقها را در محل بحث به دست آورد. سوم اینکه این اجماع مدرکی و فاقد حجیت است.

۳. نگاهی به نظر مخالف مشهور

به ابن جنید اسکافی نسبت داده شده است که وی خانه و خادم را از مستثنیات دین نمی‌داند و صرفاً ترک الزام مدیون به فروش خانه و خادم را اولی دانسته است. علامه حلی از زبان ابن جنید نقل می‌کند:

«برای طلبکار مستحب است وقتی که عسر مدیون را می‌داند او را وادار به فروش مسکن، خادمی که بدان احتیاج دارد و لباس تجملش نکند و به مدیون مهلت دهد تا این خبر به کسی که زکات یا خمس در دست اوست برسد، اگر مدیون شایسته زکات یا خمس گرفتن باشد. اگر دائن صبر نکرد و دین مدیون نزد حاکم ثابت شد و حاکم مطالبه فروش آن را کرد، اشکالی نیست که آن مال را در دست دائن رهن بگذارد. اگر مدیون امتناع کرد، حاکم او را امر به فروش و پرداخت طلب طلبکاران می‌کند. اگر امتناع کرد، حاکم او را حبس می‌کند تا زمانی که قبول کند. اگر مال را تحویل داد، حاکم آن مال را می‌فروشد» (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۵۱/۵).

دیگر فقها نیز این قول را از ابن جنید را بیان کرده و برخی این قول را خلاف نص، اجتهاد در مقابل نص و مخالف با اجماع دانسته‌اند (اسکافی، ۱۴۱۶: ۱۹۸؛ عاملی، ۱۴۱۰: ۱۲۶؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۰۹/۲۰؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳۷/۲۵؛ مجاهد طباطبایی، بی‌تا: ۳۳؛ شوشتری، ۱۴۰۶: ۲۵/۸).

البته به فرض قابل قبول بودن این ایرادات بر نظر ابن جنید که مطلقاً رعایت مستثنیات دین را واجب نمی‌داند، اما در فرض مسئله این پژوهش که حالت عسر خود دائن است، نکات مرتبط به نصوص و اجماع در مطالب قبل بیان شد.

ابن ادريس نیز تنها دلیل مستثنیات دین را اجماع می‌داند (ابن ادريس حلی، ۱۴۱۰: ۳۵/۲؛ مجاهد طباطبایی، بی‌تا: ۳۳) که اجماع در این مسئله دارای ایراداتی است که ذکر آن گذشت.

۳-۱. ادله احتمالی نظر خلاف مشهور

۳-۱-۱. ادله عام وجوب وفاء دین

بحثی در وجوب قضاء دین از لحاظ شرعی و عقلی وجود ندارد. لذا هیچ یک از

فقهای شیعه و اهل سنت، منکر وجوب آن نیستند (طوسی، ۱۴۰۰: ۳۰۵؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۳/۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۵۲۹/۲؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۱۴/۹؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۶/۲۱؛ قطب‌الدین راوندی، ۱۴۰۵: ۳۸۱/۱).

در این زمینه روایات عامی وجود دارد که هرچند در کتب فقهی کمتر بدان‌ها اشاره شده است، اما اثبات‌کننده وجوب اداء دین به نحو عام است. یکی از این روایات، روایت ابوحمزه ثمالی از امام باقر علیه السلام است:

«کسی که حق فرد مسلمانی را در حالی که توان پرداخت آن را دارد، از ترس فقیر شدن نپردازد، خداوند توانا تر است که او را فقیر کند تا خودش که بخواهد با ننگه داشتن آن حق خود را غنی کند»^۱ (مجلسی، ۱۴۰۶: ۱۸۴/۳؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۸۹/۶؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ۷۸۸/۱۸؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۳۲/۱۸).

در *وسائل الشیعه* بابی تحت عنوان «تحریم المماطلة بالدین مع القدرة علی ادائه» آمده است (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۳۲/۱۸) و ظاهر این است که هر کس تنها خانه و خادم و... دارد، قادر بر اداء دین است. البته روایات بیان‌کننده مستثنیات دین، مخصوص این روایات محسوب می‌شوند. لذا آنچه مهم است استحکام ادله مستثنیات دین است که بتواند خانه و... را از ذیل عموم ادله وجوب وفاء دین خارج کند که عدم استحکام آن در موردی که دائن در عسر و حرج باشد، در بحث‌های قبل گذشت. اگرچه برخی از فقها در این زمینه اصل را چیز دیگری دانسته و وجوب فروش خانه و... برای اداء دین را نیازمند دلیل دانسته‌اند (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۷۳/۳؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۴۹؛ قمی، ۱۴۲۱: ۳۰۴).

۳-۱-۲. برخی استدلال‌های احتمالی بر محل نزاع

علاوه بر پاسخ‌هایی که به استدلال بر هر یک از ادله مستثنیات دین در جایی که دائن خود در عسر و حرج باشد، بیان شد، نکات دیگری نیز به ذهن می‌رسد که شاید خالی از قوت نباشد. در جایی که فردی خانه وقفی و خانه ملکی دارد و مدیون است، صاحب عروه بیان می‌کند که خانه ملکی را بفروشد و دینش را بپردازد. محقق سبزواری

۱. «رَوَى أَبُو حَمَزَةَ الثَّمَالِيُّ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام أَنَّهُ قَالَ: مَنْ حَبَسَ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ إِثْمًا مَخَافَةً مِنْ أَنَّهُ إِنْ حَرَجَ ذَلِكَ الْحَقَّ مِنْ يَدِهِ أَنْ يُفْتَقِرَ كَانَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ أَقْدَرَ عَلَى أَنْ يُفْقِرَهُ مِنْهُ عَلَى أَنْ يُغْنِيَ نَفْسَهُ بِحَبْسِهِ ذَلِكَ الْحَقَّ».

در ذیل این مطلب، دلیل آن را انصراف ادله استثناء از این حالت و رجوع به ادله اشتغال معرفی کرده است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۷/۲۱). در محل نزاع نیز که دائن خود در عسر و حرج است، شاید بتوان بیان کرد که ادله استثناء از این حالت انصراف دارند. صاحب جواهر نیز در بحث فروش خانه گران قیمت و خرید خانه لایق به حال، بیان می‌کند که با توجه به اصل لزوم وفاء دین باید به قدر متیقن در بحث مستثنیات دین اکتفاء کرد (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳۶/۲۵). همین نکته در موردی که دائن در عسر و حرج مالی است نیز شاید قابل طرح باشد؛ به این نحو که قدر متیقن از اطلاق ادله جایی است که دائن خود معسر نباشد.

نتیجه‌گیری

در کلام مشهور فقها و همچنین حقوق‌دانان، مستثنیات دین شامل مسکن و سایر موارد ضروری مورد نیاز برای زندگی فرد می‌شود. فقها و همچنین حقوق‌دانان تفاوتی بین شرایط مالی دائن در بحث مستثنیات دین قائل نشده‌اند. در مجموع آنچه از واکاوی ادله مستثنیات دین به دست می‌آید این است که در این زمینه فقها به هفت روایت استناد کرده‌اند که اکثر این روایات از لحاظ سند، صحیح یا موثق هستند. اما به نظر می‌رسد هیچ یک از این روایات بیانگر لزوم رعایت مستثنیات دین در جایی که خود دائن در عسر و حرج است، نمی‌شوند؛ به دلیل اینکه مضمون برخی از این روایات اخلاقی به نظر می‌رسد نه الزامی؛ مانند روایت عثمان بن زیاد و روایت ابراهیم بن عثمان. برخی از این روایات مانند روایت مسعدة بن صدقه و روایت برید عجلی دلالتی ندارد بر اینکه دائن برای مطالبه طلب خود مراجعه نموده است. در برخی روایات در دوران امر بین مال داشتن دائن و مال داشتن مدیون، مال داشتن دائن مقدم می‌شود؛ مانند روایت حلبی و روایت محمد بن حسن. در روایت ابن ابی عمیر نیز که وی در شرایط بد مالی مستثنیات دین را رعایت کرده است، این اجتهاد وی ناشی از ورعش بوده و رعایت یک نکته اخلاقی، نه اینکه ملزم بدان بوده باشد. علاوه بر روایات در مورد مستثنیات دین، به قاعده لاجرح نیز استناد شده که روایات فوق نیز برخاسته از مفهوم قاعده لاجرح هستند که در محل بحث این مقاله، حرج دائن

و حرج مدیون تعارض و تساقط می‌کنند. آنچه باقی می‌ماند عمومات و اطلاقات و جوب ادای دین است. در مورد مستثنیات دین به اجماع نیز تمسک شده که به دلیل مدرکی بودن و... قابل تمسک نیست.

پیشنهاد

با توجه به عدم دلالت ادله مستثنیات دین بر موردی که دائن خود در عسر و حرج است، به نظر می‌رسد در این حالت، استثناء کردن برخی اموال مدیون فاقد دلیل بوده و پیشنهاد می‌گردد در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، این قید لحاظ شود که مستثنیات دین در صورتی لازم‌الرعايه است که دائن از لحاظ مالی در تنگنا نباشد.

کتاب‌شناسی

۱. آل عصفور بحرانی، حسین بن محمد، *الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع*، تحقیق محسن آل عصفور، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی‌تا.
۲. ابن ادریس حلّی، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن داود، حسن بن علی، *رجال ابن داود*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۳ ق.
۴. ابن زهره حلبی، سید حمزه بن علی حسینی، *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ق.
۵. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۶. اسکافی، ابن جنید، *مجموعه فتاوی ابن جنید*، تحقیق علی‌پناه اشتهاردی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۷. اشتهاردی، علی‌پناه، *مدارک العروه*، تهران، دار الاسوه للطباعة و النشر، ۱۴۱۷ ق.
۸. اصفهانی، سید ابوالحسن، *وسیلة النجاة*، شرح سید روح‌الله موسوی خمینی، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ ق.
۹. افراهم بستانی، فؤاد، *فرهنگ ابجدی*، ترجمه رضا مهیار، تهران، اسلامی، ۱۳۷۵ ش.
۱۰. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامی، بی‌تا.
۱۱. بجنوردی، سید حسن، *القواعد الفقهیه*، تحقیق مهدی مهریزی و محمد حسن درایتی، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۱۲. بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، تحقیق محمد تقی ایروانی و سید عبدالرزاق مقرر، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۳. بصری بحرانی، محمد امین، *کلمة التقوی*، قم، سید جواد وداعی، ۱۴۱۳ ق.
۱۴. بهجت، محمد تقی، *استفتائات*، قم، دفتر معظم‌له، ۱۴۲۸ ق.
۱۵. ترحینی عاملی، سید محمد حسین، *الزبدة الفقهیه فی شرح الروضة البهیة*، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۷ ق.
۱۶. توکلی، سعید، «مستثنیات دین در حقوق ایران»، *مجله دادرسی*، شماره ۴۵، ۱۳۸۳ ش.
۱۷. تولیت، سید عباس، «ضابطه و مفهوم مستثنیات دین»، *مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۱۲، ۱۳۷۷ ش.
۱۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸ ش.
۱۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، آل‌البت لایحه، ۱۴۰۹ ق.
۲۰. همو، *هدایة الامة الی احکام الائمة*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۲ ق.
۲۱. حسینی روحانی، سید محمد صادق، *منهاج الصالحین*، بی‌جا، بی‌تا، بی‌تا.
۲۲. حسینی سیستانی، سید علی، *منهاج الصالحین*، قم، دفتر معظم‌له، ۱۴۱۷ ق.
۲۳. حکیمی، محمد رضا، محمد حکیمی و علی حکیمی، *الحیة*، ترجمه احمد آرام، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۰ ش.
۲۴. شوشتری، محمد تقی، *النجمة فی شرح اللمعة*، تهران، کتاب فروشی صدوق، ۱۴۰۶ ق.
۲۵. صافی گلپایگانی، لطف‌الله، *هدایة العباد*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۶ ق.

۲۶. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *علل الشرایع*، قم، داوری، ۱۳۸۶ ق.
۲۷. همو، *من لایحضره الفقیه*، تحقیق علی اکبر غفاری، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۸. طباطبایی بروجردی، سیدحسین، *جامع احادیث الشیعه*، تهران، فرهنگ سبز، ۱۴۲۹ ق.
۲۹. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، *العروة الوثقی فیما تعم به البلوی*، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.
۳۰. طوسی، محمد بن حسن، *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق.
۳۱. همو، *الخلاف*، تحقیق علی خراسانی، سیدجواد شهرستانی، مهدی طه نجف و مجتبی عراقی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۳۲. همو، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۳۳. همو، *تهذیب الاحکام*، تحقیق سیدحسن موسوی خراسان، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۳۴. عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۳۵. عاملی، محمد بن حسن، *استقصاء الاعتبار فی شرح الاستبصار*، قم، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۹ ق.
۳۶. عاملی، محمد بن مکی، *اللمعة دمشقیة فی فقه الامامیه*، تحقیق محمدتقی مروارید و علی اصغر مروارید، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۳۷. عاملی جبعی، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۸. علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، تحقیق ابراهیم بهادری، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۳۹. همو، *تذکرة الفقهاء*، قم، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
۴۰. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۴۱. فاضل لنکرانی، محمد، *جامع المسائل*، قم، امیر قلم، ۱۴۲۵ ق.
۴۲. فیض کاشانی، محمدمحسن بن شاه مرتضی، *الوافی*، اصفهان، کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی علیه السلام، ۱۴۰۶ ق.
۴۳. قطب الدین راوندی، سعید بن هبة الله، *فقه القرآن*، تحقیق سیداحمد حسینی، چاپ دوم، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ ق.
۴۴. قمی، علی بن محمد، *جامع الخلاف و الوفاق بین الامامیه و بین ائمة الحجاز و العراق*، تحقیق حسین حسینی بیرجندی، قم، زمینه سازان ظهور امام عصر علیه السلام، ۱۴۲۱ ق.
۴۵. کلینی، محمد بن یعقوب، *اصول الکافی*، ترجمه محمدباقر کمره ای، قم، اسوه، ۱۳۷۵ ش.
۴۶. همو، *الکافی*، قم، دار الحدیث للطباعة و النشر، ۱۴۲۹ ق.
۴۷. مجاهد طباطبایی، محمد بن علی، *کتاب المناهل*، قم، آل البيت علیهم السلام، بی تا.
۴۸. مجلسی، محمدباقر، *مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول*، تحقیق سیدهاشم رسولی محلاتی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ ق.
۴۹. همو، *ملاذ الاخیار فی فهم تهذیب الاخبار*، تحقیق مهدی رجائی، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۵۰. مجلسی، محمدتقی، *روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه*، تحقیق حسین موسوی کرمانی و علی پناه اشتهاردی، چاپ دوم، قم، کوشانپور، ۱۴۰۶ ق.

۵۱. محمدی مقدم، پریسا، «مستثنیات دین»، مجله کانون وکلاء، شماره ۱۹۱، ۱۳۸۴ ش.
۵۲. منتظری، حسین علی، *دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الاسلامیه*، قم، تفکر، ۱۴۰۹ ق.
۵۳. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.
۵۴. موسوی خمینی، سیدمصطفی، *کتاب الطهاره*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۸ ش.
۵۵. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *موسوعة الامام الخوئی*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ ق.
۵۶. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام*، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۵۷. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *هدایة العباد، تحقیق علی ثابتي همدانی و علی نیری همدانی*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.
۵۸. مؤمن قمی، محمد، *الولاية الالهية الاسلامية او الحكومة الاسلامية*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۵ ق.
۵۹. میرداداشی، سیدمهدی، «تأملی در مستثنیات»، *مجله فقه و اجتهاد*، شماره ۱، ۱۳۹۳ ش.
۶۰. نجاشی، ابوالحسن، *رجال النجاشی*، تحقیق سیدموسی شبیری زنجانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۶۱. نجفی، محمدحسن، *جوهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تحقیق عباس قوچانی و علی آخوندی، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۶۲. وافی، همایون و سیدکمال حسینی، «مبانی فقهی مستثنیات دین»، *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی*، شماره ۲۴، ۱۳۹۰ ش.

کاوشی در نقش سیره عقلا در تعیین دامنه مسئولیت قراردادی با تکیه بر نظر امام خمینی و شهید صدر*

□ سیدمحمدحسن موسوی خراسانی^۱

چکیده

نقش آفرینی «سیره عقلا» در استنباط احکام شرعی، کم و بیش مورد توجه فقها بوده است. چگونگی احراز سیره، شرایط و میزان اعتبار آن، محل اختلاف دیدگاه‌هاست. در عین حال، امضایی بودن بیشتر احکام معاملات بالمعنی اعم، از اهمیت بناء عقلا در فقه حکایت دارد. نظرات بدیع برخی از فقیهان در تحصیل مؤلفه‌های مادی و معنوی سیره، پایه‌گذار مبنایی است که آثار قابل توجهی در مسئولیت قراردادی ایفا می‌کند. بر اساس یافته‌های این نوشتار که به شیوه توصیفی تحلیلی نگاشته شده، می‌توان گفت که افزون بر امکان استناد به ادله ضمان قهری در اثبات اصل مسئولیت قراردادی، به استناد سیره قطعی عقلا، این قسم مسئولیت، امروزه مسلم است و منوط کردن آن به اشتراط صریح یا ضمنی صحیح نیست. بنابراین شیوه تدوین ماده ۲۲۱ قانون مدنی نامناسب است. علاوه بر آن، با تکیه بر نقش آلی و ابزاری سیره عقلا در فهم قواعد اتلاف،

علی‌البد و لاضرر، شعاع مسئولیت، خسارت‌های عدم‌النفع مسلم‌الحصول را در بر می‌گیرد. بر این بنیان، مواد اصلاحی جایگزین مواد ۲۲۱ قانون مدنی و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی، پیشنهاد شده است.

رویکرد کلی مقاله حاضر در تأیید نظریه وحدت مبانی مسئولیت است و از این جهت با فقه همسوست، در عین حال از این نظر که ادله ضمان قهری را شامل خسارت‌های عدم‌النفع قطعی می‌داند، با نظر مشهور فقها تمایز دارد؛ خسارت عدم‌النفع قطعی چه ناشی از غصب مال باشد یا حبس انسان حرّ و یا نقض قرارداد.

واژگان کلیدی: سیره عقلا، عرف، مسئولیت مدنی قراردادی، خسارت عدم‌النفع.

مقدمه

توجه کافی و ضابطه‌مند به سیره عقلا و عرف در حوزه‌هایی که شرع مقدس تأیید کرده است، به عنوان یکی از شاخصه‌های این مقاله،^۱ می‌تواند بسیاری از امور اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و تجاری را سامان دهد. در مقابل، بهای بی‌مورد و بی‌قاعده به عرف و سیره عقلا در شریعت، به نظریه عرفی‌سازی دین، سکولاریزاسیون^۲ و به تعبیری پروتستانتیزم اسلامی می‌انجامد.^۳ واکاوی سیره عقلا در این مقاله به هیچ وجه در تکاپوی تأیید نظریه اشاره‌شده نیست، بلکه بر آن است از طریق بازخوانی نهاد سیره عقلا و میزان اعتبار آن در شرع مقدس که به زعم نگارنده در فرایند استنباط احکام، کمی مورد بی‌مهری قرار گرفته، به تأثیرات شگرف آن در حلّ برخی از معضلات فقهی

۱. از آن جهت که استناد به سیره عقلا در اثبات اصل مسئولیت و دامنه مسئولیت (خسارت عدم‌النفع)، مبتنی بر این است که مشکل سیره عقلا را که همانا عدم اعتبار سیره‌های متأخر از زمان معصوم علیه السلام و سیره‌های متغیر (changeable) است، ابتدا حل کرده، سپس به کارکرد سیره به نحو مستقل یا ابزاری در فهم ادله لفظیه استناد نماییم. یکی از ویژگی‌های مقاله حاضر، بررسی این موضوع و یافتن مبنایی در فقه بر اساس نظر خاص امام خمینی و شهید صدر و مرحوم مغنیه و اتکاء به آن و نهایتاً چیدن میوه‌های آن در باب مسئولیت قراردادی است؛ امری که در مقالات دیگر کمتر به آن توجه شده است.

2. Secularization.

۳. «در این اندیشه، شریعت الهی و مقررات نشئت گرفته از اراده الهی بسیار محدود و نحیف و به جای آن، اراده و تأسیسات آدمیان، عرف‌ها و عادات جایگزین می‌گردد» (علیدوست، ۱۳۸۴: ۴۲۰).

- حقوقی پردازد. از جمله می‌دانیم که مسؤلیت قراردادی،^۱ مبنا و حدود آن در فقه و حقوق از مباحث اختلافی محسوب می‌شود. تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی، خسارت عدم‌النفع را قابل مطالبه نمی‌داند، در عین حال تبصره ۲ ماده ۱۴ آیین دادرسی کیفری، خسارت عدم‌النفع مسلم‌الحصول را قابل مطالبه می‌داند. مقررۀ اخیر اگرچه راجع به خسارت ناشی از جرم است، اما ملاکاً امکان مطالبۀ خسارت عدم‌النفع را تأیید می‌کند. این امر نوعی تشتت و آشفتگی در سیستم حقوقی ایران و به ویژه رویۀ قضایی ایجاد کرده است. قضات عمدتاً به استناد تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی، به خسارت عدم‌النفع حکم نمی‌کنند، اما گاهی برخی از قضات به این نوع خسارت حکم داده‌اند؛ نظیر دادنامه ۱۲۸۵/۱۲۲۴۰۹۹۷۵۱۱۲۴-۸۹۰۹۹/۲۷-۸۹.^۲

در این مقاله پس از بازخوانی دلیل سیره عقلا، متکی بر دیدگاه برخی از فقیهان بزرگ^۳ که بر خلاف مشهور، معاصرت سیره با عصر معصوم را شرط نمی‌دانند، به نقد و تحلیل ماده ۲۲۱ قانون مدنی و ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی پرداخته شده و بر این مبنا، پیشنهاداتی در راستای اصلاح مواد مذکور مطابق با یافته‌های مقاله حاضر ارائه می‌گردد.

۱. مفهوم‌شناسی سیره عقلا

رفتار مستمر و متحدالشکل انسان‌ها و نیز بناءها، امور ارتكازی یکسان در اذهان، و فهم و داوری مشابه آن‌ها در یک موضوع از آن جهت که عاقل‌اند را سیره یا بناء عقلا گویند. به تعبیر برخی فقیهان، سیره عقلا، موقف و موضع عقلا در یک موضوع است؛ اعم از اینکه رفتار و سلوک خارجی بر طبق آن محقق شده باشد و یا اینکه به سبب عدم تحقق موضوع در خارج، در حد ارتكازات عقلایی باقی مانده باشد^۴ (صدر، ۱۴۱۷: ۲۳۴/۴). پیروی از آیین خاص و اشتراک در آن، شرط این طریقه نیست. همین که این

۱. جبران خسارت‌های ناشی از نقض قرارداد.

۲. ر.ک. وبگاه رساله حقوق به نشانی: <http://rhoghough>، ۱۳۹۱/۱۲/۱۷.

۳. امام خمینی، شهید صدر و محمدجواد مغنیه.

۴. «المواقف العقلاییة سواء تجسدت فی سلوک خارجی أم لا» (صدر، ۱۴۱۷: ۲۳۴/۴).

رفتار و سلوک و نیز بناء و ارتکاز، مبتنی بر عقل باشد،^۱ سیره عقلاییه شکل می‌گیرد (غروی نائینی، ۱۴۰۶: ۱۹۲/۳). هرچند در رابطه با خاستگاه و مبدأ سیره عقلی،^۲ اختلاف نظر است و بسیاری، خاستگاه آن را حفظ نظام یا جلوگیری از اختلال نظام دانسته‌اند (همان: ۱۹۳/۳؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۸: ۱۶۱/۱؛ مظفر، ۱۳۶۸: ۸۱/۲)، در عین حال برخی دیگر به کاشف بودن و ابتناء سیره عقلی بر حکم عقل تصریح دارند (طباطبایی بروجردی، ۱۴۱۵: ۴۷۱؛ آشتیانی رازی، ۱۴۰۳: ۱۷۱/۱ و ۵۳/۳؛ غروی نائینی، ۱۴۱۱: ۳۳۱/۱؛ صدر، ۱۴۰۸: ۹۷). برخی نیز دو امر را جمع کرده‌اند؛ به نحوی که خاستگاه، بلکه هدف از سیره را حفظ نظام بشری دانسته و در عین حال به نقش کاشفیت آن از حکم عقل و ارتکازات عقلایی اشاره می‌کنند (آملی، بی‌تا: ۲۲۸؛ غروی نائینی، ۱۴۰۶: ۱۹۲/۳).

به هر حال بر مبنای غیر مشهور که برگشت سیره را به حکم عقل می‌داند، حجیت سیره، حجیت ذاتی و عقلایی است، نه تعبدی صرف.^۳ پر واضح است که سیره عقلی به جهت اتکاء به عقل، اصولاً در جایی مطرح است که عقل شایستگی درک مصالح و مفاسد موضوع را داشته باشد. عقل اگر توان درک آن را نداشته باشد، نمی‌تواند برای آن حکمی داشته باشد و در نتیجه، سیره مبتنی بر عقل در آن موضوع شکل نمی‌گیرد؛ مثلاً در خصوص اسباب محرمیت در شرع یا کیفیت و شرایط عبادات مانند نماز، به نظر می‌رسد اصولاً جای طرح بحث سیره عقلی نیست.

برخی به نحو اطلاق، میل و گرایش عمومی اعم از متدین و غیر متدین در مسیری معین و خطی ویژه را سیره عقلی دانسته‌اند (صدر، ۱۳۷۹: ۱۶۸). اما با تمرکز بر وصف عاقلانه بودن که در عنوان سیره هم لحاظ شده، باید بنای عقلی را از عرف‌های ناپسند جدا کرد. برخی از فقیهان، عرف و سیره عقلی را یکی دانسته‌اند، از آن جهت که

۱. مبدأ سیره عقلی ممکن است چیزی غیر از مدرکات عقلی، همانند فطرت، وحی، تقلید از گذشتگان و... باشد. «هرچند شایسته است بنای عقلی (بما هم عقلاء) جز بر تأسیس سامان‌یافته از درک عقل، اطلاق نگردد... بنای عقلی در واقع تبلور و عینیت مدرکات عقلی قابل تعین است» (علیدوست، ۱۳۸۴: ۱۲۲).

۲. بما هم عقلاء.

۳. در مقابل قول مشهور که حجیت و اعتبار سیره را وابسته به تأیید شارع می‌دانند. در این قول، سیره عقلی به تقریر معصوم برمی‌گردد.

عرف، مرتبه‌ای از مراتب عقل و شکلی از اشکال آن است و به همین خاطر معتقدند که حکم عقل و عرف همسو و یکی است (کلانتری، بی‌تا: ۱۵۰). این برداشت همراه با تسامح است. در تعبیر دقیق‌تر چنان که قبلاً هم اشاره شد، سیره عقلا با عرف عام و جهانی یکی است؛ برای نمونه، از جمله مهم‌ترین بناهای عقلا، اعتماد به ظواهر کلام در رساندن مقاصد به دیگران،^۱ مالک دانستن کسی که کالایی را در دست دارد، وفای به عهد^۲ و جبران خسارت نارواست. در مقابل، عرف‌های ناپسند نیز وجود دارد.^۳ حال سؤال این است که تفاوت در چیست؟ با دقت نظر در سیره‌های خاص، در واقع آن‌ها عرف‌های خاص یک منطقه جغرافیایی، قومی، نژادی، ایدئولوژی و فرهنگی هستند (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱: ۱۵۳). قدر مشترک عرف‌های خاص آن است که لزوماً مبتنی بر خرد نیستند. بنابراین ممکن است پسندیده یا ناپسند باشند. عرف ناپسند قاعداً عام و فراگیر نیست، اما رفتار و سیره مبتنی بر عقل، بالقوه یا بالفعل فراگیر و عام است. بنابراین عرف عام با سیره عقلا مترادف است (همان: ۱۵۲).

۱-۱. تمییز سیره از مفاهیم همسو

نسبت مفاهیم نزدیک به هم، چون عرف، عادت، سیره، سیره متشرعه در قبال سیره و بناء عقلا جای بحث و بررسی دارد. بررسی تفصیلی این موضوع در این مقال نمی‌گنجد. اجمالاً عرف عام مترادف سیره عقلاست و سیره متشرعه به عنوان یک عرف خاص ایدئولوژیک، اساساً با سیره عقلا متفاوت است. عرف را برخی این گونه معنا کرده‌اند:

۱. مهم‌ترین دلیل در حجیت امارات (حجیت ظواهر کتاب و سنت و حجیت خبر ثقه) سیره عقلاست (صدر، ۱۴۱۷: ۲۳۳/۴).
۲. امیر مؤمنان علیه السلام در کلامی به این سیره عام اشاره می‌فرماید: «چیزی از واجبات الهی در نزد مردم با تمام اختلاف سلیقه‌ها و اختلاف اندیشه‌ها، از بزرگداشت وفای به عهد، مقبول‌تر و فراگیرتر نیست» (نهج البلاغه، بی‌تا: ۱۰۲۷).
۳. یک عرف سیاسی و به معنای خودکامگی است. یک روش حکومتی انحصارگرا و عمدتاً تک‌حزبی است. (در تعریف خودکامگی (totalitarisme) انحصار حزبی، همراه با دولتی کردن زندگی اقتصادی، همراه با خشونت ایدئولوژیکی را می‌توان اساسی شناخت) (آرون، ۱۳۷۷: ۲۳۵) و نیز عرف‌های خاص دیگری مانند هموسکسوالیته (همجنس‌بازی)، روابط جنسی آزاد و ازدواج سفید در غرب.

«فهم یا بناء یا داوری مستمر و ارادی مردم که صورت قانون مجعول و مشروع نزد آن‌ها به خود نگرفته باشد» (علیدوست، ۱۳۸۴: ۱۱۹).

به تعبیر دیگر، عرف عادت‌ی است از عموم یا گروهی خاص از مردم که بر آن سیر کرده و زندگی می‌کنند. این عادت می‌تواند در شکل گفتار یا کردار یا ترک فعل معنادار سامان یابد (صنقور علی، ۱۴۲۱: ۷۵۲؛ العجم، ۱۹۹۸: ۹۳۴/۱). به نظر می‌رسد در تعریف جامع‌تر از عرف، بهتر است اعتقاد به الزامی بودن آن رفتار و سلوک به مثابه عنصر روانی و معنوی عرف نیز لحاظ شود تا عرف از یک عادت ساده غیر الزامی تمیز داده شود (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱: ۳۸).

برخی در مرزگذاری دقیق بناء عقلا و عرف گفته‌اند:

«آن دو در مفهوم، متباین و در مصداق، عام و خاص من‌وجه‌اند. تباین مفهومی این دو را می‌توان در تقید مفهوم عرف به اینکه صورت قانون مشروع نزد صاحبان عادت و عرف نگرفته باشد و رهایی مفهوم بناء عقلا از این تقید، مشاهده نمود؛ چنان که توسعی که مفهوم عرف از جهت فهم، بنا و داوری دارد، در بنای عقلا نمی‌توان دید. بنای عقلا چنان که برابند نامش است در بناء و سلوک منحصر است» (علیدوست، ۱۳۸۴: ۱۲۰).

به نظر می‌رسد بر این بیان می‌توان خرده گرفت و تفاوت ذکرشده صحیح به نظر نمی‌رسد. اگر لازمه عرف، نانوشته بودن است، لازمه سیره نیز همین است. عرف از مقوله رفتار است. سیره نیز این چنین است. اگر بر طبق عرف، قانون تدوین شود، قانون جای عرف را می‌گیرد و به آن استناد می‌شود. در مورد سیره نیز اگر شرایط اعتبار و حجیت را داشته باشد، به یک حکم امضایی شرعی تبدیل می‌شود و با این عنوان مطرح می‌گردد. در مقابل، اگر بر خلاف عرف بنا به مصالحی قانونی تصویب شود، قانون مقدم است (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱: ۲۸۳). به همین نحو اگر سیره عقلا در یک موضوع مورد تأیید شرع نباشد و حکمی بر خلاف آن تأسیس شود، حکم تأسیسی شرع، مقدم است. به هر حال، وجه فارق‌ی از این جهات نیست و سیره عقلا و عرف عام مترادف است (همان: ۱۵۲). در ادبیات فقهی، بیشتر از واژه سیره عقلا استفاده می‌شود. در حالی که در حقوق، از واژه عرف استفاده می‌شود که قسم عام آن منطبق با تعریف سیره

عقلاست.^۱ برخی که بناء عقلا را با عرف در اکثر موارد یکی می‌دانند (طباطبایی حکیم، ۱۹۷۹: ۱۹۸)، همین را منظور نظر دارند. در این مقاله نیز اگر سیره عقلا و عرف، مترادف به کار می‌رود، مقصود عرف عام است؛ عرفی که از عقل یا فطرت پاک آدمی سرچشمه می‌گیرد.

در رابطه با سیره متشرعه و فرق آن با سیره عقلا باید دانست که سیره متشرعه، سلوک عملی و مستمر اهل دیانت در یک موضوع به لحاظ متدین بودن آنهاست؛ در حالی که سیره عقلا، رفتار عموم، اعم از متدین و غیر متدین با تکیه بر خرد و عقل است (صدر، ۱۳۷۹: ۱۶۸). در واقع سیره متشرعه یک عرف خاص اهل شرع است که منشأ آن، وصف متدین بودن آنهاست (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱: ۱۵۴).

۲. مؤلفه‌های شکل‌گیری سیره

عرف عام و سیره عقلا از دو عنصر مادی و معنوی تشکیل می‌شود (همان: ۳۵). عنصر مادی سیره، سلوک، رفتار و ارتکاز ذهنی مستمر و ثابت عقلای جامعه در یک موضوع خاص است، اما اینکه اتصال این رفتار و سلوک به زمان حضور شارع، در شکل‌گیری عنصر مادی دخیل است یا نه، به جهت ارتباط این بحث با حجیت سیره، در ذیل عنوان «حجیت سیره» بیان می‌شود.

عنصر و مؤلفه دیگر، عنصر معنوی است که خود از دو جزء تشکیل می‌شود؛ یکی آنکه عنصر مادی از لحاظ استمرار و تکرار به حدی برسد که در چشم مردم به مثابه یک رفتار لازم‌الاجرا جلوه کند (همان: ۳۹)، نه یک عادت ساده غیر الزامی که چه بسا از سر نزاکت و اخلاق یا منشأ دیگر سر زده و در ترک آن عقاب نیست. جزء دیگر، تأیید شارع نسبت به آن رفتار و یا ارتکاز عرفی است. تأیید شارع از اجزاء مقوم عنصر معنوی سیره و در اعتبار آن شرط است.^۲ سیره عقلا از دو مؤلفه مادی و معنوی به بیان اجمالی فوق تشکیل می‌شود.

۱. برخی عرف را در هر صورت مقدس و عقلایی دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۲/۲۸۰). با توجه به مطالب گفته‌شده، این حرف به نظر صحیح نمی‌آید؛ مگر منظور، عرف عام و مترادف سیره عقلا باشد.

۲. توضیح بیشتر در ذیل عنوان «حجیت سیره» در مقاله حاضر.

۳. حجیت و اعتبار سیره

در موضوع حجیت سیره عقلا و دلایل آن، اندیشمندان فقه و حقوق بر اساس ادله نقلی از کتاب و سنت در اثبات میزان اعتبار سیره عقلا، نظرات مختلفی دارند. در بیان این اقوال و نقد و بررسی موضوع، برخی از فرهیختگان حوزه، بحث دقیق و مستوفایی سامان داده‌اند (علیدوست، ۱۳۸۴: ۱۶۷-۲۰۶). آنچه از تحقیق این محقق استفاده می‌شود این است که در اصل حجیت و اعتبار سیره عقلا در بخش‌های غیر عبادی فقه، شک و شبهه‌ای نیست. آنچه مورد اختلاف است، میزان و شرایط اعتبار است. برخی برای عرف، جایگاه بس رفیع در حد یک منبع و سند کشف اراده الهی در کنار ادله اربعه قائل شده‌اند^۱ (جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۷۸: ۱۱۹). مستند ایشان، تعدادی از آیات قرآن کریم و روایات اهل بیت علیهم‌السلام است.^۲ اما در مقابل این ادله، دلایل نقلی دیگری وجود دارد و مشهور فقیهان در جمع‌بندی و رفع تعارض ظاهری آن‌ها، ضمن تأکید بر اعتبار سیره و عرف، آن را به عنوان سند و منبع مستقل در ردیف ادله اربعه ندانسته، بلکه بر نقش ابزاری و آلی سیره خصوصاً در فقه معاملات تأکید کرده‌اند (انصاری، بی‌تا: ۲۱۲؛ نجفی، ۱۳۹۲: ۵۱/۱۶ و ۲۰/۳۵). از جمله کارکردهای سیره در نقش مذکور، اعتماد بر فهم عرف از واژه‌های قرآنی و روایی، تنقیح موضوع احکام شرعی، تنقیح ظهور ادله (صدر، ۱۴۱۷: ۲۴۳/۴)، نقش سیره در جمع عرفی، تنقیح مناط، الغای خصوصیت و دیگر فنون فهم صحیح ادله است که هر کدام در جای خود شرح و توضیح مبسوط لازم دارد.

در عین حال برخی از فقیهان سیره عقلا را دلیل کشف حکم عقل دانسته‌اند

۱. در یک صورت، این حرف از جهتی قابل توجیه و قبول است و آن اینکه ابتناء سیره و عرف بر خرد و عقل محرز باشد - چنان که فرض هم بر این است. در این صورت در واقع، آن سیره از مدرکات عقل است که لباس سلوک بر تن کرده است. سخن از «سندیت» در اینجا به‌جاست، اما آنچه سند و منبع کشف اراده الهی است، عقل است. با خرق عرف، عقل هویدا می‌شود («و عقل از اسنادی است که احدی در مرجعیت آن - حتی اشاعره و اخباریان و ظاهریان که موسوم به مخالفت با سندپنداری عقل‌اند - تردید ندارند. طرفداران مرجعیت عرف چه‌بسا عرف عقلا از آن جهت که عاقل‌اند را در نظر داشته‌اند که بدون شک سند است، لکن آشفته صحبت کرده و پریشان نوشته‌اند») (علیدوست، ۱۳۸۴: ۲۰۸).
۲. مانند آیات «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْعُرْفِ» (بقره / ۲۳۳) و «خُذْ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ» (ابراهیم / ۴) و نیز فرازهایی از نهج البلاغه مانند «الزموا السواد الأعظم فإن يد الله على الجماعة وإياكم والفرقة» (نهج البلاغه، بی‌تا: ۳۹۲) و «ولا تنقض سنة صالحه عمل بها صدور هذه الأمة» (همان: ۱۰۰۱).

(طباطبایی بروجردی، ۱۴۱۵: ۴۷۱؛ آشتیانی رازی، ۱۴۰۳: ۱۷۱/۱ و ۵۳/۳؛ آملی، بی‌تا: ۲۲۸). بر این بنیان، بدون آنکه منبعی بر ادله اربعه افزون شود، سیره منبع مستقل برای کشف احکام الهی، و حجیت آن ذاتی است. امضاء شارع در این مقام، ارشاد به حکم عقل است (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱۰۵/۱-۱۰۶).

پس از بیان اجمالی اصل حجیت و میزان آن، سخن در شرایط و کیفیت اعتباربخشی به سیره است. در سیره، احراز دو مؤلفه مادی و معنوی لازم است. عنصر مادی، رفتار مستمر، سلوک متحدالشکل و ارتکاز ذهنی ثابت در یک موضوع است، اما آیا این عنصر باید در عصر امام معصوم علیه السلام احراز شود یا اتصال، شرط نیست؟ مشهور فقیهان، اتصال سیره به زمان معصوم علیه السلام و نیز تأیید شارع را ضروری دانسته‌اند (علیدوست، ۱۳۸۴: ۲۱۰). برخی به هنگام صحبت از کارایی سیره در فهم خطابات شرعی، عرف زمان صدور خطاب را معتبر می‌دانند، مگر قرینه‌ای بر خلاف وجود داشته باشد (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۰).

در نظر مخالف، برخی، عرف هر زمان و مکان را معتبر می‌دانند، هرچند احتمال اعتبار عرف زمان معصوم علیه السلام را نیز خالی از وجه نمی‌دانند (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۶۵/۱). شهید صدر در نگاه دقیق‌تر بر اساس کارکرد سیره عقلا، در مسئله لزوم و عدم لزوم اتصال عنصر مادی به زمان معصوم علیه السلام تفصیل قائل شده است. وی بیان می‌دارد که اگر کارکرد سیره، تنقیح موضوع حکم شرعی است، مانند سیره و عرفی که موضوع «نفقه» را روشن می‌کند، نیاز نیست ثابت کنیم که سیره متداول زمان شارع در فهم نفقه به همین صورت بوده است؛ چه اینکه این امر در حکم کلی تشریح شده دخالتی ندارد، بلکه برعکس باید گفت که اگر سیره زمان صدور نص در زمان‌های بعد تغییر کرده، سیره زمان تشریح، در استنباط حکم شرعی در زمان‌های بعد معتبر و مؤثر نیست (صدر، ۱۴۱۷: ۲۳۵/۴). اما اگر کارکرد سیره، شفاف‌سازی ظهور دلیل باشد، به جهت دخالت مناسبت‌های عرفی و اجتماعی مرتبط با فهم نص، در این فرض، همزمانی سیره با زمان صدور نص لازم است (همان: ۲۳۶/۴).

برخی نیز گویا هم‌عصری سیره با عصر معصوم علیه السلام را در اعتبار آن شرط دانسته و در عین حال به نحو دیگر در راستای اعتباربخشی به سیره‌های متأخر از عصر

معصومان علیهم‌السلام چاره‌اندیشی کرده‌اند. ایشان معتقدند که باید به عرف و سیرهٔ زمان تشریح توجه شود، اما اینکه الفاظ مندرج در اسناد و ادله را فقط بر مصادیق مورد نظر عرف آن عصر محدود کنیم، توجیه علمی ندارد. معانی الفاظ، واقعیت‌های کشدار و قابل توسعه است. از این رو بر مصادیق نوپدید، بدون خروج از موضوع له، قابل انطباق است. این حاکی از ارتکاز وسیعی است که اهل زبان نسبت به آن معانی نوظهور دارند. درست است که مصادیق نوپیدا طبیعتاً مورد توجه تفصیلی اهل زبان در آن زمان‌ها نبوده است، لکن حضور کلی و به اجمال نزد اهل زبان وجود داشته است و این مقدار از حضور در صدق حقیقی معنا بر مصادیق جدید کفایت می‌کند (علیدوست، ۱۳۸۴: ۴۰۴-۴۰۶). بله، گاه تحولات زمانی و مکانی به صورتی رقم می‌خورد که بالوجدان برخی از مصادیق جدید یک سیره را دیگر نمی‌توان به واقع از مصادیق آن شمرد. عنصر مادی آن تغییر کرده و یا عنصر معنوی آن متزلزل گردیده است؛ «مثلاً در گذشته، سیره مردم بر مالک پنداشتن کسی بود که به حیازت و جمع‌آوری امثال هیزم می‌پرداخت یا از معدنی بهره می‌برد. این روش امروزه تغییر کرده و افرادی با تکنولوژی جدید در حد وسیعی می‌توانند به جمع‌آوری مباحات و استخراج معادن پردازند، حال اگر سیرهٔ عقلا بر این امر باشد، آیا می‌توان ادعا کرد که شرع مقدس نیز آن را امضا کرده است و به سیرهٔ موجود در عصر تشریح تمسک کرد؟^۱ سخنی که در اینجا می‌توان گفت این است که هر گاه این سیره به روش کنونی، حضور ارتکازی در عصر معصوم علیهم‌السلام داشته باشد، به گونه‌ای که اگر از افراد آن زمان از چنین فردی می‌پرسیدند، باز هم می‌پذیرفتند، می‌توان به این سیره تمسک کرد و چنانچه حضور اجمالی سیره را هم مثل حضور تفصیلی و عینی‌اش احراز نماییم، نمی‌توان سیره را شرعاً پذیرفت» (حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۹۰/۱).

در مورد عنصر معنوی سیره عقلا، بنا بر قول مشهور که حجیت سیره را تعبدی می‌دانند، نه ذاتی و عقلایی، جزء مهم و اساسی در اعتباربخشی به سیره، همانا تأیید شارع است. آنچه اندیشمندان در آن اختلاف کرده‌اند، چگونگی و کیفیت احراز تأیید

۱. به نظر می‌رسد اصولاً در وجود عنصر مادی سیرهٔ مزبور، تغییر یا حداقل تردید ایجاد شده است. بعید است امروزه عقلا چنین فردی را مالک حساب کنند تا نوبت به تأیید شارع برسد.

شارع است. اکثر فقیهان، امضا یا دست کم عدم احراز ردع از طرف شرع را نشان از تأیید سیره دانسته‌اند (آخوند خراسانی، ۱۴۲۳: ۳۴۸؛ مظفر، بی تا: ۱۷۳/۲). اما برخی، عدم احراز ردع را کافی ندانسته، با تکیه بر قید التفات و توجه، بر قصد عدم منع از طرف شارع تأکید کرده و از احراز عدم ردع به جای عدم احراز ردع سخن گفته‌اند (صدر، ۱۴۱۷: ۲۴۵/۴؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶: ۱۳۸/۲). ضمن اینکه میان سیره عقلا و سیره متشرعه در موضوع حجیت و اعتبار، تفاوت‌هایی است که توجه به آن لازم است.

در سیره متشرعه از آن جهت که ادعا می‌شود این رفتار، متکی به نقل شرعی است، پس قاعدتاً می‌بایست در یک نقطه‌ای از زمان و مکان از صاحب شریعت اخذ شده باشد. در نتیجه در پیدایش عنصر مادی سیره متشرعه، همزمانی با معصوم عَلَيْهِ السَّلَام شرط است تا امکان تلقی اهل شرع از شارع نسبت به این رفتار وجود داشته باشد (صدر، ۱۴۱۷: ۲۳۸/۴)؛ در حالی که در سیره عقلا به نظر برخی از فقیهان از آن جهت که چنین ادعایی مطرح نیست، هم عصری سیره با شارع در برخی از موارد شرط نیست (همان: ۲۴۷/۴). وجه تمایز دیگر، در کیفیت اعتباربخشی است. اعتبار هر دو سیره بعد از تأیید شارع است، اما اتصال و هم عصری سیره متشرعه با عصر معصوم عَلَيْهِ السَّلَام، احراز این تأیید را تسهیل می‌کند؛ به نحوی که سکوت شارع نسبت به سیره‌ای که در منظر اوست، به مثابه امضای تلویحی آن است (همان). اما در مورد سیره عقلا که بنا بر نظر مذکور، اتصال به زمان شارع در آن شرط نیست، باید به نحوی دیگر امضا و تأیید شارع را احراز کرد. این امر که سکوت و عدم ردع شارع نسبت به سیره‌های عقلایی متأخر از زمان وی چگونه می‌تواند تأیید تلقی شود و به چه نحو می‌توان تأیید شارع را نسبت به رفتارهای مستمر عقلایی جدید احراز کرد؟ مسئله‌ای چالشی است که در ذیل عنوان «دیدگاه‌های خاص» چاره‌اندیشی می‌شود.

۳-۱. دیدگاه‌های خاص در رابطه با سیره

بر این مبنا که در اعتبار سیره، تأیید شارع لازم است، جمعی از فقیهان^۱ در تبیین مؤلفه‌های تشکیل سیره، نظرات همسو و نزدیک به هم ارائه کرده‌اند که در عین حال با

۱. امام خمینی، شهید صدر و محمدجواد مغنیه.

نظر مشهور فقیهان تفاوت‌هایی دارد. عمده فرق میان نظرات ایشان با مشهور در موضوع لزوم و عدم لزوم اتصال سیره به زمان معصوم علیه السلام و کیفیت احراز امضا و تأیید شارع است، بعد از آنکه دیدگاه خاص و مشهور، جملگی بر اصل لزوم تأیید شارع نسبت به سیره عقلاً اتفاق نظر دارند.^۱

چنان که در مبحث قبل راجع به حجیت سیره بیان شد، برخی فقیهان هم عصر بودن سیره با عصر معصوم علیه السلام را در شکل‌گیری آن اعتبار کرده‌اند (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۰؛ علیدوست، ۱۳۸۴: ۴۰۴).

شهید صدر این همزمانی و اتصال را در برخی از موارد شرط نمی‌داند و می‌فرماید: «وَأَمَّا السَّيْرَةُ الْعَقْلِيَّةُ فَيَكْفِي فِيهَا أَنْ تَثْبِتَ أَنَّ الطَّبَاعَ الْعَقْلِيَّةَ لَوْ خَلَّيْتَ وَنَفْسَهَا وَلَمْ تَرُدَّ، لَكَانَ مَقْتَضَاهَا عَمَلٌ مَا وَإِنْ كَانَ بِالْفِعْلِ لَمْ يَجْرُ أَصْحَابُ الْأَثْمَةِ وَالْعُقَلَاءُ فِي زَمَانِهِمْ عَلَى ذَلِكَ» (صدر، ۱۴۱۷: ۲۴۷/۴)؛ در سیره عقلاً همین کفایت می‌کند که ثابت کنیم چنانچه طبیعت عقلایی بشر به خود واگذار شود و منع نشود، عملکرد ثابت و مستمری را در یک موضوع اقتضا می‌کند؛ هر چند اصحاب و عقلاهی هم عصر ائمه علیهم السلام عملاً چنین رفتاری را به منصفه ظهور نرسانده باشند.

در مقابل، در مورد سیره متشرعه به سبب انتساب عمل به نقل شرعی، گویا ادعا شده آن سیره با حکم تأسیسی شرع منطبق است. بنابراین به نظر ایشان، طبیعتاً اتصال سیره متشرعه به عصر معصوم علیه السلام لازم است؛ معاصریتی که امکان تلقی و دریافت حکم شرع از شارع را فراهم می‌آورد. حال این سؤال مطرح می‌شود که این اتصال و معاصرت را چگونه می‌توان اثبات کرد؟ شهید صدر شرح مبسوطی در مورد راه‌های اثبات معاصرت سیره متشرعه با زمان معصوم علیه السلام سامان داده است.^۲ همزمانی سیره متشرعه

۱. چنان که قبلاً اشاره شد، به نظر می‌رسد اگر عاقلانه بودن سیره و سلوک محرز باشد، در واقع، حقیقت آن سلوک و رفتار، چیزی جز مدرکات عقل نیست که لباس سلوک و رفتار بر تن کرده است. بنابراین کاشف از دلیل عقل بوده و عقل، حجت الهی باطنی است. بنابراین تأیید شارع در این مقام در واقع ارشاد به حکم عقل است (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱۰۵-۱۰۶).

۲. برای نمونه به دو راه از راه‌های ارائه‌شده توسط شهید صدر اشاره می‌کنیم: ۱- احراز اتصال و معاصرت از طریق نقل افراد ثقه، ۲- اثبات معاصرت به دلیل فرازمان و جهانی بودن سیره که خود به روش استقرایی و بررسی همه‌جانبه جوامع مختلف به دست می‌آید؛ به نحوی که عدم وجود آن سیره در عصر معصومان علیهم السلام را دور از ذهن می‌گرداند (صدر، ۱۴۱۷: ۲۳۸-۲۴۱).

با عصر معصوم علیه السلام و امضا یا سکوت شارع، دو عنصر لازم در اعتبار سیره مشرعه است، اما در مورد سیره‌های عقلاییه که در تشخیص و تنقیح موضوع احکام دخیل است، به نظر ایشان هم عصر بودن با معصوم علیه السلام شرط نیست، ولی تأیید شارع لازم است. این تأیید از طریق احراز امضاء یا عدم ردع شارع حاصل می‌شود. هر چه سیره عقلا عمومی تر باشد و شارع با آن مخالف باشد، هرآینه لزوم ردع بلکه تکرار ردع از جانب شارع بیشتر مورد انتظار است. اینکه ردع و منعی به ما نرسیده است، حاکی از تأیید شارع است (همان: ۲۴۴/۴).

امام خمینی نیز معاصرت سیره با عصر معصوم علیه السلام را شرط اعتبار آن نمی‌داند. ایشان سیره عقلا و عرف را اگرچه در زمان‌های متأخر از زمان معصوم علیه السلام محقق شده باشد، به شرط عدم ردع و منع حجت می‌داند (موسوی خمینی، ۱۳۸۵: ۱۲۵). دو نکته بدیع در نظر ایشان ملاحظه می‌شود:

یکی اینکه تأیید شارع نسبت به سیره هم عصر، برای سیره‌های آینده که ممکن است ویژگی‌های متفاوتی داشته باشند، فایده ندارد؛ مثلاً سیره عقلا در رجوع جاهل به عالم در عصر غیبت، متفاوت از رجوع جاهل به عالم در زمان حضور معصوم علیه السلام است. اگر در زمان حضور، جاهل به عالم رجوع می‌کرد، به عالمی بود که علم وجدانی به احکام شرعی داشت؛ علمی که در پرتو مشافهه با امام معصوم علیه السلام به دست آمده بود. در حالی که همین سیره در عصر غیبت، رجوع جاهل به عالمی است که علم خود را از ظنون اجتهادی و امارات ظنیه به دست آورده است. بنابراین امضای امام نسبت به سیره هم عصر برای سیره متأخر و به ظاهر مشابه، کارساز نیست. بر این اساس باید تأیید و امضای شارع را به نحوی دیگر تحصیل کرد.

نکته دوم قابل توجه این است که ایشان شاید با تکیه به برخی از ادله نقلیه که گستردگی و شمول علم ائمه علیهم السلام را بیان می‌کند، احراز تأیید و امضای شارع را بر این مبنا استوار می‌کند. امام علیه السلام به حال و وضع زمان‌های آینده آگاهی داشته و می‌دانسته است که در زمان غیبت کبری در میان جامعه چه روش‌هایی متداول می‌شود. اگر به آن سیره‌ها خشنود نبود، هرآینه از آن منع می‌کرد، فرقی نیست بین سیره عقلایی متصل به زمان معصوم و سیره‌های بعد (همان). معاملات (امور غیر عبادی) اساساً امور عقلایی

است و تا آن زمان که شرع مقدس سیره‌ای از عقلا را ردع و تخطئه نکرده، معتبر است (آخوند خراسانی، ۱۴۲۳: ۳۴۸؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۳: ۱۶۳/۲).

برخی نیز با تأکید بر نقش اساسی سیره عقلا در غیر عبادات معتقدند: چرخ خطابات شرعیه و تفهیم آن، در پرتو سیره و عرف می‌چرخد. ایشان لزوم امضای موردی سیره و حتی تفحص از عدم ردع یک سیره خاص را بی‌مورد و غیر ممکن دانسته و تأیید کلی سیره را ثابت شده می‌دانند.^۱ البته شارع هر جا لازم دانسته، سیره را قلمه زده و جرح و تعدیل نموده است و اگر این کار را نکرده، اصل بر تأیید شارع است.^۲ جای اشکال بر این فرمایش وجود دارد؛ زیرا بالاخره برای کشف دخالت احتمالی شارع جهت اصلاح، ناگزیر از کنکاش و فحوص از وجود و عدم وجود ردع شارع هستیم. تنها پس از بحث و فحوص از ردع و منع و نیافتن آن می‌توان بر اصالت تأیید شارع در سیره‌های متداول در ابواب غیر عبادی تکیه کرد.

۳-۲. جمع‌بندی و نظر مختار

با توجه به مطالب پیشین در تبیین دلیل سیره در نظر مشهور فقیهان و نظرات خاص، نگارنده معتقد است فارغ از آنکه برخی از اندیشمندان، مفاد سیره را به حکم عقل برگردانده‌اند و بر این مبنا می‌توان برای سیره بر اساس حجیت ذاتی عقل، حساب خاصی باز کرد، در عین حال، حتی اگر بر طبق مشهور مشی کرده، برگشت سیره را به تقریر معصوم و نیازمند تأیید شارع بدانیم، با وجود این، مبتنی بر نظر امام و شهید صدر که ضمن همسویی با مشهور در لزوم احراز تأیید شارع، اتصال سیره به زمان معصوم علیه‌السلام را به نحو مطلق و یا در برخی کارکردها لازم ندانسته‌اند، به نظر می‌رسد نقش سیره عقلا در خیلی از مسائل اجتماعی، فقهی و حقوقی، از جمله در معاملات و مسئولیت قراردادی، پررنگ‌تر و بیش از آن چیزی است که فقیهان و حقوق‌دانان تا کنون عرضه کرده‌اند. تجزیه و تحلیل برخی از اقوال و قوانین در ادامه مقاله، این امر را ثابت می‌کند.

۱. «لا حاجة إلى القول بأن الشارع قرّر هذا العرف أو هذا البناء ولم يردع منه ما دام الردع غير ممكن والتقيرير تحصيل للحاصل» (مغنيه، ۱۹۷۵: ۲۲۲).
۲. «إنّ الشارع يقرّر ويقلمّ ويقطّم من المعروف عرفاً ما في ذلك ريب ولكن حيث تدعوا الحاجه إلى التقيرير والتقليم والتطعيم» (همان).

۴. سیره عقلا و مسئولیت قراردادی^۱

منظور از مسئولیت قراردادی، مسئولیت جبران خسارت‌های ناشی از نقض قرارداد است. خسارت‌ها در یک تقسیم سنتی که از حقوق روم اخذ شده و در بسیاری از سیستم‌های حقوقی ملی و بین‌المللی راه یافته است، به خسارت‌های واقعی^۲ و عدم‌النفع^۳ تقسیم می‌شوند (یزدانی، محبی و امامی، ۱۳۹۵: ۲۰۴).

خسارت واقعی، ناظر به اتلاف مال اعم از عین یا منفعت موجود است. منفعت موجود مانند میوه درخت، سکونت منزل مورد اجاره و... در مورد مسئولیت قراردادی، اگر یک طرف قرارداد نقض تعهد کند، هزینه‌هایی که شخص متضرر در جهت اجرای تعهداتش متحمل شده، نظیر خرید مواد اولیه، جلب نظر کارشناس، مشاور و...، خسارت واقعی محسوب می‌شود.

قسم دوم، خسارت عدم‌النفع است که می‌تواند مثلاً ناشی از غصب مال، حبس انسان و یا نقض قرارداد باشد. خسارت عدم‌النفع بر اثر نقض قرارداد، مانند آنکه یک شرکت ساختمانی که به موجب قرارداد، متعهد به ساخت و تحویل ساختمان در موعد معین گردیده است، حال اگر با یک سال تأخیر تحویل دهد یا اصلاً تحویل ندهد، منفعتی را که به حسب عرف از اجرای کامل قرارداد حاصل می‌شده، تفویت کرده است. این نوع خسارت، عدم‌النفع است. البته عدم‌النفع نیز گاهی منافع قطعی و مسلم است و گاه منافع احتمالی (شانس). مسلم و قطعی نه در معنای فلسفی آن، بلکه همین که عرف به حصول آن منفعت، طبق سیر متعارف امور صحه بگذارد، مسلم تلقی می‌شود. ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ که از منافع ممکن‌الحصول تعبیر

۱. مسئولیت قراردادی به معنای وظیفه جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد است. این نهاد حقوقی، با «ضمان عقدی» موضوع ماده ۶۸۴ قانون مدنی تفاوت دارد. ضمان عقدی در معنای خاص، ناظر به «عقد ضمان» است و در معنای عام، شامل عقد ضمان، کفالت و حواله است. مسئولیت قراردادی با «ضمان معارضی» که مسئولیت طرفین عقد در ایفاء تعهدات ناشی از عقد است نیز تفاوت دارد؛ چرا که مسئولیت قراردادی، مسئولیت ناشی از نقض قرارداد است. گاهی مسامحتاً مسئولیت قراردادی و ضمان به صورت مترادف به کار می‌روند، ولی در واقع «مسئولیت از لوازم ضمان است، نه خود ضمان» (گرچی، ۱۳۶۵: ۵۳). ضمان، حکم وضعی و مسئولیت، حکم تکلیفی است.

2. Damnum emergens.

3. Lucrum cessanse.

می‌کند، همین قسم را مدّ نظر دارد.^۱ در مقابل، منافع محتمل عبارت است از منافعی که در صورت انجام تعهدات قراردادی، احتمال حصول آن منافع وجود دارد؛ مثل اینکه کسی ادعا کند اگر مبلغ قرارداد به موقع به او پرداخت می‌شد، می‌توانست در بانک سپرده‌گذاری کند و در قرعه‌کشی بانک برنده جایزه شود. برنده شدن در قرعه‌کشی، یک منفعت احتمالی (شانس) است. تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹، خسارت عدم‌النفع را به نحو مطلق قابل مطالبه نمی‌داند، اما غالب نویسندگان حقوقی، جبران خسارت عدم‌النفع مسلّم‌الحصول را لازم می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۶۱: ۱۴۲؛ امامی، ۱۳۹۰: ۴۰۷ و ۲۴۴). عمدتاً تحلیل حقوق دانان در این مورد آن است که عرف و سیره عقلا، از بین بردن منافع مسلّم‌الحصول به حسب متعارف را ضرر می‌دانند و جبران ضرر وارد به دیگران به لحاظ مبانی حقوقی و فقهی لازم است (وحدتی شبیری، ۱۳۸۵: ۲۵۴). این نویسندگان توضیح نمی‌دهند که عرف عام و سیره عقلا به نظر مشهور فقیهان وقتی حجیت دارد که معاصرت آن با عصر معصوم ثابت شده و نیز تأیید یا عدم ردع سیره احراز شود.

در بخش اول این مقاله با بررسی این مسئله، با اتکاء به نظر برخی از فقیهان هرچند بر خلاف مشهور، برای این مشکل چاره‌اندیشی شد و زمینه تمسک به سیره و عرف عام چه در کارکرد استقلالی آن در اثبات مسئولیت قراردادی و به ویژه خسارت عدم‌النفع و چه در کارکرد ابزاری و آلی آن در فهم قواعد ضمان فراهم گردید؛ به نحوی که امکان تمسک به قواعد اتلاف، علی‌الید و لاضرر نیز فراهم آید. قبل از طرح تفصیلی نقش سیره در اصل و دامنه مسئولیت قراردادی، برای جلوگیری از مناقشه صغروی در باب احراز سیره، شواهد و قرائتی از قوانین برخی کشورها، اسناد بیع بین‌المللی و آراء قضایی در اثبات سیره قطعیه عقلایی در رابطه با اصل مسئولیت قراردادی و شمول آن نسبت به خسارت عدم‌النفع قطعی بیان می‌گردد.

کشورهای پیشرو در نظام‌های حقوقی رومی - ژرمنی و کامن‌لا و بالتبع سایر

۱. به قرینه تبصره ۲ همین ماده که آن دسته از منافع ممکن‌الحصول را قابل مطالبه می‌داند که مشمول قاعده اتلاف گردد. با این پیش‌فرض که قاعده اتلاف ناظر به اتلاف مال موجود است و تنها منافع ممکن‌الحصول مسلّم را می‌توان به حسب عرف، مال موجود دانست.

کشورها که حقوقشان وامدار و الهام گرفته از حقوق آنهاست، جملگی بر لزوم جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد اتفاق دارند. اختلاف تنها در میزان و دامنه جبران خسارت است. نظام حقوقی فرانسه و سوئیس به دنبال جبران خسارت تا حدی هستند که زیان دیده را در موقعیت قبل از انعقاد قرارداد قرار دهد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۱: ۲۷). در عین حال با گسترش مبادلات تجاری و اقتصادی و اهمیت روزافزون کسب سود و منافع مالی در زندگی افراد، نظریه جبران کامل خسارت شامل ضرر از بین رفتن مال موجود و عدم النفع، مورد اقبال نظام حقوقی فرانسه قرار گرفت (Bell et al., 1998: 349)، تا حدی که بند ۲ ماده ۱۲۳۱ قانون جدید فرانسه مصوب سال ۲۰۱۶، متعهدله را مستحق دریافت منافع از دست رفته بر اثر نقض قرارداد دانسته است (بزرگمهر و مهرابی، ۱۳۹۵: ۶۱). حقوق انگلیس و آمریکا در راستای نظریه جبران «غرامت کامل»^۱ به دنبال قرار دادن زیان دیده در موقعیت بعد از اجرای قرارداد هستند (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۱: ۲۷؛ رهیچک، ۱۳۷۹: ۲۷؛ Duxbary, 1994: 95).

مهم تر از موارد مذکور، کنوانسیون‌ها و اسناد بیع بین‌المللی است که تبلور خرد جمعی محسوب می‌شود. در سند اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^۲ در ماده ۲-۴-۷ در ذیل عنوان «غرامت کامل»، بر لزوم جبران خسارت‌های ناشی از عدم اجرا از آن جمله هر نفعی که زیان دیده از آن محروم شده، تأکید شده است. در ماده ۷۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی^۳ کالا نیز متضمن پرداخت خسارت‌های عدم النفع است (Fountoulakis, 2011: Vol. 12, Issue 1). در اصول اروپایی حقوق قراردادهای بین‌المللی (PECL) نیز همین نظر پذیرفته شده است (Radley-Gardner, 2003: 391). چنان که ملاحظه می‌شود، نوعی اتفاق در رابطه با لزوم جبران خسارت عدم النفع قطعی وجود دارد. آنچه اتفاقی نیست، جبران خسارت‌های احتمالی (شانس) است که به ندرت برخی از قوانین مانند بند ۲ ماده ۳-۴-۷ اصول قراردادهای تجاری بی‌المللی از لزوم آن دم زده‌اند.^۴

1. Full compensation.
2. Unidroit Principles of International Commercial Contracts. (UPICC).
3. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG).
4. Unidroit Principles of International Commercial Contracts. (UPICC).

رویه قضایی و داوری بین‌المللی نیز تا حدودی بر طبق اتفاق مذکور شکل گرفته است؛ مثلاً دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده «شرکت چوب لیبریای شرقی علیه لیبریا»، به خسارت عدم‌النفع حکم کرده است (Robert H. May v. Guatemala, 1900: 47-75). دیوان داوری ایکسید^۱ نیز در پرونده «لتکو علیه لیبی» به خسارت عدم‌النفع^۲ رأی داد (Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia, 1986: para. 374). در مقابل، رویه قضایی و داوری بین‌المللی به خسارت‌های عدم‌النفع احتمالی رأی نمی‌دهند؛ مانند رأی صادره از سوی دیوان داوری ایران - آمریکا در پرونده «لویت علیه ایران» (William J. Levitt v. Iran, 1987: para. 56).

بررسی این موارد به خوبی از وجود یک عرف عام و سیره عقلایی فراگیر در اصل مسئولیت مدنی قراردادی و نیز لزوم جبران خسارت‌های عدم‌النفع مسلم حکایت دارد.^۳ ضمن اینکه طبق مطالب ثابت‌شده در بخش‌های قبل، این سیره قطعی مورد تأیید شرع، حداقل در قالب عدم ردع است و همین مقدار برای ما کافی است. اما قوانین ایران وضعیت نسبتاً آشفته‌ای دارد. در لابه‌لای قوانین، بر نقش عرف و سیره در معاملات قراردادهای و تعهدات تأکید شده است؛ مانند مواد ۲۲۰، ۲۲۱، ۲۲۵ و ۳۴۴ قانون مدنی. در عین حال، اساس مسئولیت قراردادی را منوط به اشتراط صریح یا ضمنی کرده است (ماده ۲۲۱ قانون مدنی). این امر اشکالاتی دارد که در ادامه به آن اشاره می‌شود. در مورد خسارت عدم‌النفع، وضعیت پیچیده‌تر است. اختلاف قوانین در این زمینه حتی منجر به آراء متناقض در دادگاه‌ها شده است.^۴ این موضوع نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد. به نظر می‌رسد با توجه ویژه به سیره عقلایی و بازخوانی مبانی مسئولیت قراردادی در پرتو آن، می‌توان اصلاح قوانین را پیشنهاد کرد.

۱. دیوان داوری بین‌المللی راجع به سرمایه‌گذاری.

۲. منافع آینده تفویض شده.

۳. هرچند این سیره امروزه طی فرایند تدوین، به شکل قانون داخلی و بین‌المللی درآمده است، در عین حال، شاهدی قوی بر وجود عرف عام در این رابطه است. «حکم عرف درباره لزوم جبران خسارت چنان قطعی و عام است که به دشواری می‌توان نمونه‌ای آورد که نقض عهد بشود و عرف، مدیون عهدشکن را مسئول جبران خسارت نداند» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۶۹/۴).

۴. نمونه‌ای از آراء در مبحث بعد ذکر می‌شود.

۴-۱. تحلیل مواد ۲۲۱ ق.م. و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹

ماده ۲۲۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف، مسئول خسارت طرف مقابل است؛ مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده، و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد».

تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی:

«خسارت ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست و...».

مسئولیت مدنی قراردادی طبق ماده ۲۲۱ قانون مدنی، منوط به اشتراط صریح یا ضمنی عرفی گردیده است. این امر در واقع در دایره قاعده «المؤمنون عند شروطهم»^۱ تدوین گردیده است. پر واضح است که ایراد خسارت به دیگری اگر مشمول اتلاف و تسبیب گردد، هرچند ناشی از نقض تعهد و قرارداد باشد، باید جبران خسارت شود و ماده ۲۲۱ قانون مدنی ناظر به آن نیست. مقنن این مطلب را در صدر ماده ۵۱۵ آیین دادرسی بیان داشته است،^۲ اما فارغ از اسباب ضمان قهری، سؤال این است که چرا مقنن، مسئولیت قراردادی را وابسته به اشتراط صریح یا ضمنی کرده است؟ با توجه به مبحث قبل، امروزه کسی در سیره و عرف بودن لزوم جبران خسارت‌های ناشی از نقض قرارداد تردید ندارد. آیا مقنن نسبت به عنصر مادی یا معنوی سیره تردید داشته است یا سیره عقلا را به عنوان دلیل معتبر نمی‌داند؟ احتمال دوم مردود است؛ زیرا در مواد قانون مدنی به نقش بسزای سیره و عرف در موضوع معاملات اذعان گردیده است (مواد ۲۲۰، ۲۲۵، ۳۴۴ و...). به نظر می‌رسد برای مقنن در زمان وضع قانون، وجود عنصر مادی یا معنوی سیره در موضوع مسئولیت قراردادی مبنی بر لزوم عرفی جبران خسارت ناشی از

۱. قاعده «المؤمنون عند شروطهم» بر اساس روایاتی با این مضمون و برخی عمومات قرآنی که بر لزوم عمل به شروط و تعهدات طرفین قرارداد تأکید می‌کند (موسوی، ۱۳۹۲: ۴۶۵).

۲. ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی: «خواهان حق دارد ضمن تقدیم دادخواست یا در اثنای دادرسی و یا به طور مستقل، جبران خسارت ناشی از دادرسی یا تأخیر انجام تعهد یا عدم انجام آن را... از باب اتلاف و تسبیب از خواننده مطالبه کند».

نقض قرارداد محرز نبوده است. اینک کلام در این است که امروزه با توجه به اثبات عنصر مادی سیره در این خصوص که در مبحث قبل بیان شد و اثبات اعتبار سیره به مثابه عنصر معنوی که در بخش اول این مقاله به طور مبسوط بیان گردید، آیا ابقاء ماده ۲۲۱ قانون مدنی به این شکل و محتوا وجهی دارد؟ به نظر می‌رسد جواب منفی است؛ زیرا سیره قطعی عقلایی بر لزوم جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد محرز است. اعتبار این سیره نیز بر طبق مبنای مختار در این مقاله مورد قبول می‌باشد. پس ما در باب سیره، بنا بر یک مبنا با یک حکم شرعی عقلی، و یا بنا بر مشهور با حکم شرعی امضایی روبه‌رو هستیم که بر فعل آن ثواب و بر ترک آن عقاب مترتب است. بر این بنیان می‌توان گفت که مشروط کردن وجوب جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد به شرط ارتكازی عرفی در این خصوص، تحصیل حاصل است. زیاده بر آن، مشروط کردن وجوب جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد به اشتراط صریح طرفین عقد، وجه صحیحی ندارد؛ چه اینکه این امر، در واقع منوط کردن حکم امضایی وجوب شرعی به اشتراط طرفین بوده که شرط خلاف شرع و طبق ماده ۲۳۲ قانون مدنی باطل است. خلاف شرع از این جهت که اختیار حکم شرعی به دست مکلفان نیست که مثلاً با اشتراط طرفین عقد، وضع، و با عدم اشتراط، رفع گردد.

حال اگر گفته شود خود ماده ۲۲۱ پذیرفته که در صورت وجود عرف و سیره در باب مسئولیت قراردادی، آن عرف لازم‌الاجراست و همین کفایت می‌کند، در جواب می‌گوییم: در فرض وجود سیره قطعی در خصوص اصل مسئولیت قراردادی، که یک حکم امضایی شرعی در وجوب آن را به دنبال دارد، اولاً اشکال مربوط به تشریح باطل بر اثر مشروط کردن وجوب، به اشتراط طرفین باقی است. ثانیاً تقنین به نحو تعلیقی که اگر عرفی هست، لازم‌الرعايه باشد و اگر نیست، نباشد، مغایر با شفافیت و صراحت قانون بوده و افزون بر آن، به طولانی شدن مراحل قانونی و قضایی در احراز مؤلفه‌های مادی و معنوی سیره و عرف و نیز ابهام در تعیین متصدی احراز امر مزبور می‌انجامد. در مجموع بر مبنای وجود سیره، ناگزیر از اصلاح این ماده و ارائه ماده ۲۲۱ اصلاحی مثلاً به این مضمون می‌باشیم: «نقض تعهد و قرارداد موجب مسئولیت است». میزان و حدّ مسئولیت نیز بر اساس سیره به همین ترتیب قابل تعیین است. اما قوانین ایران از این

بابت هم وضعیت پریشانی دارد. ماده ۱۴ آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، جبران خسارت عدم‌النتفع ممکن‌الحصول را لازم برمی‌شمرد. تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی، خسارت عدم‌النتفع را غیر قابل مطالبه می‌داند. نگارنده این مقاله معتقد است که تبصره ۲ ماده ۵۱۵ صحیح نیست. از راه‌های مختلف می‌توان این ادعا را ثابت کرد و لزوم اصلاح آن را خواستار شد. برخی از قضاات تلاش کرده‌اند با استعانت از مبانی مسئولیت مدنی و برخی از قوانین نظیر مواد ۱ و ۲ قانون مسئولیت مدنی، راه حلی بیابند.^۱ به نظر می‌رسد اگرچه در ماده ۱۴ آیین دادرسی کیفری موضوع خسارت عدم‌النتفع ناشی از جرم مطرح شده است، اما ملاکاً فرقی با خسارت عدم‌النتفع حاصل از نقض قرارداد ندارد. در نتیجه بین دو ماده مزبور تعارض وجود دارد. حال اگر ماده ۱۴ آیین دادرسی کیفری را ناظر به منافع مسلم‌الحصول بدانیم^۲ و در مقابل، تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی را منصرف به منافع احتمالی و غیر قابل مطالبه تلقی کنیم، ضمن اینکه ماهیتاً حرف درستی است، اما با اطلاق تبصره ۲ ماده ۵۱۵ سازگار نیست. بنابراین آنچه مشکل را ریشه‌ای حل می‌کند، توجه به مبانی و ادله‌ای است که مقنن را به نظریه عدم امکان مطالبه خسارت عدم‌النتفع سوق داده است. بازخوانی این مبانی با محوریت سیره عقلا، نظریه لزوم مطالبه خسارت عدم‌النتفع قطعی و مسلم در قالب قرائت جدید از همان مبانی را تقویت می‌کند و لزوم بازنگری در مواد مذکور را اقتضاء می‌کند.

۲-۴. سیره عقلا و خسارت عدم‌النتفع

باید توجه داشت هر آنچه در مورد اثبات اصل مسئولیت قراردادی با کمک سیره

۱. قاضی شعبه ۱۹ دادگاه عمومی مشهد در رأی خود، به خسارت عدم‌النتفع حکم کرده و در استدلال خود تلاش کرده با کمک مبانی مسئولیت مدنی، اطلاق تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی را زیر سؤال ببرد و به نحوی میان ماده ۹ آیین دادرسی کیفری و تبصره مذکور توازن ایجاد کند (دادنامه ۱۳۸۵/۱۲۲۴/۵۱۱۲۴/۹۹۷۷۵/۲۷/۹/۸۹/۹ مقاله عدم‌النتفع و یک دادنامه در وبگاه رساله حقوق به نشانی: <http://rthoghough>، ۱۳۹۱/۱۲/۱۷).

۲. تبصره ۲ ماده ۱۴، آن دسته از منافع ممکن‌الحصول را قابل مطالبه می‌داند که مشمول قاعده اتلاف باشد. این شاهد خوبی بر تفسیر مذکور است؛ چرا که موضوع قاعده اتلاف، مال موجود اعم از عین یا منفعت است و عرف و سیره، منافع ممکن‌الحصول قطعی را مال موجود می‌داند (مروی، ۱۳۹۲: ۶۹).

عُقلا در دو بحث قبل بیان شد، در مورد خسارت عدم‌النفع قطعی نیز جاری است. مؤلفه مادی سیره عُقلا مبنی بر ضرر دانستن خسارت عدم‌النفع مسلم و جبران خسارت ناشی از آن به وضوح اثبات شد. عنصر معنوی لازم برای اعتبار سیره نیز مطابق مختار نگارنده در بخش‌های قبل وجود دارد.^۱ در نتیجه خسارت‌های عدم‌النفع قطعی که به حسب متعارف قابل حصول است، باید جبران شود. وجود سیره در این خصوص طبق توضیحات گذشته که از تکرار آن صرف‌نظر می‌کنیم، برای اثبات این مدعا کفایت می‌کند. در عین حال حتی اگر اشعار برخی از فقیهان را - مبنی بر اینکه اسباب ضمان در فقه، منحصر در «قاعده اتلاف» و «قاعده علی‌الید» است (موسوی خویی، ۱۳۶۵: ۱۷۳) -، لحاظ کنیم، باز می‌توان نظریه لزوم جبران خسارت عدم‌النفع قطعی را در چهارچوب این قواعد (اتلاف، علی‌الید) و نیز قواعد دیگر نظیر قاعده لاضرر و احترام مال مسلم با تکیه بر نقش ابزاری سیره، دنبال و تقویت کرد. رویکرد کلی مقاله حاضر در جهت اثبات نظریه وحدت مبانی مسئولیت و شمول ادله ضمان در حقوق اسلامی نسبت به انواع مسئولیت‌های مدنی مصطلح است.

۴-۳. دیدگاه فقیهان در خسارت عدم‌النفع

این موضوع در کتاب‌های فقهی در ذیل کتاب «اجاره» در موضوع اجاره اشخاص و تقویت منافع شخص اجیرشده، مورد بررسی قرار گرفته است.^۲ در تقویت منافع مسلم‌الحصول عرفی آینده، تفاوتی بین منافع عمل انسانی که فرضاً حبس شده و منافع

۱. از مجموع روایات مختلف در خصوص ضمان و نفی ضرر به طور کلی، تأیید شارع نسبت به سیره عُقلا در لزوم جبران خسارت عدم‌النفع قابل درک است. تعدادی از آیات (برای نمونه ر.ک: بقره / ۲۳۱-۲۳۳ و ۲۸۲) و روایات مختلف (ر.ک: کلینی، ۱۴۰۷: ۳۵۰/۷؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۱۵۵/۴؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۴۷/۷؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۲۸/۲۵) در اثبات نفی ضرر و لزوم ضمان وجود دارد. بی‌شک می‌توان با الغای خصوصیت، قاعده عامی مبنی بر حرمت هر گونه ضرر به غیر را به دست آورد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۳۱/۱؛ جعفری، ۱۴۱۹: ۹۳). ملائمت شرع با بناء عُقلا بر نفی ضرر و وجوب جبران خسارت ناشی از آن انکارناپذیر است. مرجع تشخیص ضرر و زیان عرف است.

۲. امروزه به عنوان نمونه و مصداق برای این موضوع می‌توان به بازداشت‌های موقت و توقیف‌هایی احتیاطی توسط پلیس و یا احياناً زندان‌های چه‌بسا درازمدت که پس از رسیدگی به اتهامات، منجر به قرار منع پیگرد و حکم برائت شده، اشاره کرد. این افراد در مدت بازداشت بی‌دلیل خود که گاهی از بیست ماه هم متجاوز بوده، متحمل خسارات زیادی شده‌اند (برای ملاحظه آمارهای قابل تأمل، ر.ک: حجازی، ۱۳۴۱).

ناشی از نقض قرارداد نیست. ملاک آن دو یکی است. هر حکمی که تفویت منافع مورد انتظار از عمل انسان، از جهت مسئولیت مدنی و ضمان داشته باشد، تفویت منافع مورد انتظار از قرارداد نقض شده نیز دارد؛ زیرا موضوع، تفویت منافع مسلم الحصول به حسب متعارف است. بنابراین پس از ذکر اقوال فقیهان در رابطه با تفویت منافع انسان و بررسی استدلال موافقان و مخالفان مسئولیت، وضعیت خسارت عدم النفع حاصل از نقض قرارداد نیز روشن می‌شود.

برخی از فقها در خصوص خسارت عدم النفع یا منافع مسلم الحصول تفویت شده آینده به عدم ضمان حکم کرده و نسبت به آن ادعای اجماع کرده‌اند (همان؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۰/۱). در عین حال برخی دیگر، به ضمان و مسئولیت فتوا داده‌اند (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷: ۶۱۷؛ همو، ۱۴۱۵: ۲۵۰). برخی نیز میان تفویت منافع انسان شاغل صاحب درآمد و غیر آن تفصیل داده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰: ۳۸/۵؛ موسوی خمینی، بی تا: ۴۹۸/۱؛ موسوی خوبی، ۱۳۶۸: ۳۶/۲). فقیهانی که به عدم مسئولیت حکم داده‌اند، اجمالاً معتقدند که اسباب ضمان مشخص است و خسارت عدم النفع حتی در نوع ممکن الحصول قطعی به وسیله هیچ یک از آن‌ها قابل اثبات نیست. به نظر می‌سد اگر استدلال این بزرگان را بتوان پاسخ گفت، خسارت عدم النفع قطعی، مشمول ادله ضمان خواهد شد. در این راستا، قواعد و ادله ضمان با تکیه بر سیره عقلا بازخوانی می‌شود. در صورت اثبات حکم وضعی ضمان، این امر مستلزم حکم تکلیفی لزوم جبران خسارت است که در نتیجه مسئولیت مدنی قراردادی اثبات می‌گردد.

۴-۴. سیره و قاعده اتلاف در اثبات خسارت عدم النفع

یکی از مبانی مسئولیت مدنی، قاعده اتلاف است. برخی از فقیهان، قاعده اتلاف را یک قاعده اصطیادی می‌دانند که از تعدادی روایت متضمن مفهوم این قاعده به دست می‌آید (موسوی خوبی، ۱۳۶۸: ۱۳۱/۳). برخی دیگر مبنای قاعده اتلاف را سیره عقلا

۱. در یک تقسیم فقهی، انسان به عبد و حرّ، و انسان حرّ به کسوب و غیر کسوب تقسیم می‌شوند. اما امروزه چون موضوع عبد و آمه منتفی است، موضوع منحصر به انسان کسوب و غیر کسوب به مفهوم فرد شاغل صاحب درآمد و غیر آن است. قول به تفصیل، تفویت منافع کسوب و غیر کسوب را یکسان نمی‌داند.

دانسته و به این لحاظ معتقدند که حوزه مسئولیت ناشی از قاعده، بسیار گسترده‌تر است از آنکه مبنای قاعده را ادله لفظیه بدانیم؛ زیرا دامنه شمول قاعده را نیز طبعاً عرف عقلا تعیین می‌کند (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۸۵/۳). در عین حال به نظر می‌رسد حتی اگر مبنای قاعده را فقط ادله لفظیه بدانیم، باز از آن جهت که چرخ خطابات شرعیه و تفهیم و تفهم آن در پرتو سیره و عرف می‌چرخد (مغنیه، ۱۹۷۵: ۲۲۲)، می‌توان با تکیه بر نقش آلی و ابزاری سیره عقلا در فهم واژه‌های قرآنی و روایی که برخی از فقها بر آن تأکید دارند (صدر، ۱۴۱۷: ۲۴۳/۴)، دامنه شمول قاعده اتلاف را معین کرد. مفهوم قاعده، آن است که اگر کسی مال دیگری را تلف کند، مسئول جبران خسارت است.^۱ مالیت باید احراز شود و می‌دانیم که مالیت یک عنوان انتزاعی است، مانند فوقیت که از یک منشأ خارجی انتزاع می‌شود (مروی، ۱۳۸۲: ۶۹). حال سؤال این است که منافع تفویض شده آینده که هنوز تحصیل نشده و یک امر معدوم است، چگونه می‌تواند منشأ انتزاع مالیت گردد؟ پاسخ آن است که امور انتزاعی لزوماً از یک امر وجودی خارجی انتزاع نمی‌شوند، بلکه ممکن است از یک امر وجودی اعتباری به اعتبار عقلا انتزاع گردند. بی‌شک عقلا، منافع مسلم‌الحصول عرفی را ارزش‌گذاری کرده و برای آن مالیت قائل‌اند. شاهد این اعتبار عقلایی آن است که در ازاء آن، مال پرداخت می‌کنند (همان). برخی از فقیهان، منافع تفویض شده را مال می‌دانند در عین حال از جهت دیگر، قاعده اتلاف را در آن جاری نمی‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰: ۴۰/۵، حاشیه آقاضیاء عراقی؛ اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۷۰). این قول در چند سطر بعد بررسی می‌شود.

آیه‌الله خویی ضمن اینکه مالیت منافع را قبول دارد، در عین حال قاعده اتلاف را در مورد منافع تفویض شده مورد انتظار جاری نمی‌داند. به نظر ایشان، قاعده اتلاف ناظر به اتلاف مال بالفعل و موجود است؛ چرا که هر کلمه، در فعلیت آن ظهور دارد؛ مثلاً اگر مولا فرمود: «أكرم العلماء»، حکم شامل عالم بالفعل است، نه عالم بالقوه. منافع قبل از تحقق خارجی، مال بالفعل و موجود نیست. قاعده اتلاف مال، اتلاف مال بالفعل را ضمان آور می‌داند. اتلاف از قبیل رفع است، چنان که اگر شخصی، اتومبیل موجود را

۱. «من أتلّف مال الغير فهو له ضامن».

آتش بزند و از بین ببرد، می‌توان گفت که اتلاف کرده است، اما تفویت منفعت ممکن‌الحصول از قبیل دفع است. در واقع از ایجاد منافع منع کرده است. این را نمی‌توان اتلاف دانست (موسوی خویی، ۱۳۶۵: ۱۷۳).

از این استدلال می‌توان چنین پاسخ داد: قبول داریم که قاعده، ناظر به اتلاف مال بالفعل است اما فعلیت هر چیز به حسب خودش است و متعاقباً اتلاف هر چیز به حسب خود. منافع، وجود متصرم دارد؛ به این معنا که لحظه به لحظه در طی زمان، ایجاد می‌شود هر لحظه که یک منفعت، استعداد تام برای وجود پیدا کرد، منع از این منفعت به حسب عرف و سیره عقلا، عین اتلاف مال بالفعل است (مروی، ۱۳۸۲: ۶۹). جالب اینکه آن فقیه بزرگ که منافع عمل انسان حبس شده را مال بالفعل و مشمول قاعده اتلاف نمی‌داند، در نظیر آنکه منفعت عین باشد، قاعده اتلاف را جاری می‌داند (موسوی خویی، ۱۳۶۵: ۱۷۳). تعلیل مذکور در نظر ایشان قابل توجه است؛ چنان که اگر فردی مثلاً سوئیچ اتومبیل زید را غصب کند و به مالک ندهد، ضامن منافع مدت غصب است؛ چرا که استعداد و اقتضاء تام برای بهره‌برداری از اتومبیل وجود دارد و غاصب جلوی آن منفعت را گرفته و در نتیجه به سبب قاعده اتلاف، ضامن است. اشکال و سؤال این است که چه فرق است بین منفعت عین و عمل انسان و منفعت قرارداد وقتی اقتضاء و استعداد تام برای حصول منفعت وجود دارد؟^۱ فرض این است که شخص، توان و اراده انجام عمل را دارد یا فرد متعهد به انجام تعهدات قراردادی، توان، اراده بلکه الزام به ایفاء تعهد را دارد، در نتیجه استعداد تام و کامل برای موجودیت عمل و منافع وجود دارد. همین مقدار کافی است تا عرف، آن عمل و منافع

۱. البته تفویت منافع زمانی مال بالفعل و اتلاف آن، ضمان‌آور است که اقتضاء و استعداد آن منافع وجود داشته و به حسب سیره عقلا مسلم‌الحصول باشد. عرف هیچ‌گاه منافی را که اقتضاء تام ندارد، مال بالفعل نمی‌داند. بنابراین به موجب قاعده اتلاف، ضمان آن ثابت نمی‌شود. لذا برخی از فقیهان فرموده‌اند: عدم حصول منافع به جهت قصور مقتضی (نه منع مانع) موجب ضمان نیست و اگر شک هم داشته باشیم، اصل بر عدم ضمان است (مروی، ۱۳۸۲: ۶۹)؛ مثلاً یک کارگر بنایی را اگر حبس کنند، نمی‌تواند ادعا کند که اگر آزاد می‌بودم، یک دست کت و شلوار می‌دوختم. تفویت چنین منفعتی ضمان‌آور نیست؛ زیرا مقتضی آن در کارگر بنایی وجود ندارد. همچنین است منافع احتمالی و دور یک قرارداد نقض شده که اقتضاء آن به حسب سیره و عرف وجود نداشته و از آن به شانس تعبیر می‌شود. مسئولیت قراردادی در این فرض وجود ندارد.

را مال موجود بدانند. در واقع اگر اقتضاء تام وجود داشته باشد، آن عمل و منافع را عرفاً می‌توان دارایی بالفعل متعهدله تلقی نمود.

آقاضیاء عراقی و محقق اصفهانی در مالیت منافع بحثی ندارند؛ اما قاعده اتلاف را اساساً مربوط به اتلاف ملک می‌دانند، در حالی که منافع، ملک نیست. پس تفویت آن مشمول قاعده اتلاف و ضمان‌آور نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰: ۴۰/۵؛ اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۷۰). در تبیین این نظر چنین استدلال شده که مالکیت، یا تکوینی و یا اعتباری عقلایی است. مالکیت و سلطه تکوینی بر شیء، نتیجه خلق آن است، اما مالکیت اعتباری محصول خلق یک شیء نیست، بلکه سلطه و مالکیتی است که عقلاً و عرفاً برای یک شخص به جهت پاره‌ای از فعالیت‌ها و تلاش‌ها و ایجاد رابطه معقول با یک شیء اعتبار می‌کنند؛ مانند حیازت مباحات، خرید و فروش و ...

در مورد منافع تفویت شده از عمل انسان چنین استدلال می‌شود: سلطه انسان بر اعضای بدنش، رابطه مالکیت تکوینی نیست، از آن جهت که خالق آن‌ها نیست. رابطه مالکیت اعتباری هم نیست؛ زیرا انسان برای تصاحب آن اعضاء، تلاش و کوششی که شایسته مالکیت اعتباری عقلایی گردد، نکرده است. حال که انسان، مالک اعضاء نیست، به طریق اولی مالک منافع اعضاء نیز نمی‌باشد. در نتیجه تفویت آن منافع اتلاف ملک غیر و ضمان‌آور نیست (همان). این استدلال را به نحو مذکور نمی‌توان در مورد تفویت منافع قرارداد مطرح کرد، اما حداقل می‌توان در مالکیت طرفین قرارداد نسبت به منافع تفویت شده تشکیک کرد. چنانچه قاعده اتلاف را ناظر به اتلاف ملک بدانیم، جای این اشکال است که اطلاق ملک بر تعهدات طرفین یک قرارداد، محل تردید است. همین مقدار کافی است تا بنا بر نظر فوق، در جریان قاعده اتلاف خلل ایجاد شود و در نتیجه، ضمان در خصوص منافع تفویت شده قرارداد قابل اثبات نباشد.

پاسخ دیدگاه مزبور با تکیه بر سیره عقلا این است که مالکیت به هر دو قسم آن (تکوینی و اعتباری) نسبت به منافع انسان وجود دارد، هرچند نسبت به اعضای بدن وجود نداشته باشد. دلیل، سیره عقلا و عرف است. انسان بر اعمال سرزده از اعضایش و طرفین قرارداد بر منافع حاصل از قرارداد، هم مالکیت تکوینی دارند و هم مالکیت

اعتباری. در واقع در مورد منافع انسان، این اولویت را قبول نداریم که اگر شخص، مالک اعضایش نیست، پس به طریق اولی مالک اعمال سرزده از جوارح و اعضایش نیست. این طور نیست که اگر شخص، مالک اصل نبود، مالک فرع هم نباشد. چنان که می‌توان ملاحظه کرد، شخص مستأجر مالک عین نیست، اما مالک منافع است. بی‌شک اعمال انسان به واسطهٔ اعضاء و جوارح به وجود می‌آید و نیز منافع یک قرارداد توسط طرفین آن و از طریق عمل به تعهدات مندرج در آن به وجود می‌آید. پس انسان، ایجادکنندهٔ آن اعمال و خالق آن منافع و در نتیجه مالک آن به ملکیت تکوینی است؛ چنان که شخصی که یک تابلوی نقاشی را خلق می‌کند، هرچند مالک اعضایش نیست، اما مالک آن اثر هنری است.

از طرف دیگر، مالکیت اعتباری نیز وجود دارد. فردی که با یک بیمل مکانیکی غیرشخصی، زمینی را حیازت می‌کند، عرف عقلا وی را مالک زمین می‌داند، هرچند مالک وسیلهٔ حیازت نیست. به همین ترتیب، بر اساس سیرهٔ عقلا، مالکیت نسبت به منافع قرارداد نیز قابل تصور و تفویت آن، حتی اگر مصب قاعده را در مورد ملک بدانیم، مشمول قاعدهٔ اتلاف و ضمان آور خواهد بود؛ زیرا از آن جهت که طرفین قرارداد، قانوناً ملزم به انجام تعهدات قراردادی خود هستند و به حسب متعارف این تعهدات، محقق خواهد شد، عرف عقلا یک نحوه مالکیت برای طرفین نسبت به منافع ممکن‌الحصول قطعی قائل است. بنابراین با پذیرش قول این دسته از فقیهان نیز مسئولیت نسبت به منافع مسلم عرفی به وسیله قاعدهٔ اتلاف قابل اثبات است.

۴-۵. سیره و قاعدهٔ علی‌البد در اثبات خسارت عدم‌النفع

آیه‌الله خویی اسباب ضمان در فقه را منحصر در قاعدهٔ اتلاف و علی‌البد می‌داند. (موسوی خویی، ۱۳۶۵: ۱۷۳). ایشان تفویت منافع ممکن‌الحصول را مشمول این دو قاعده و ضمان آور نمی‌داند؛ چرا که قاعدهٔ اتلاف مربوط به اتلاف مال موجود است و خسارت‌های عدم‌النفع از این قبیل نیست.^۱ به این استدلال پاسخ داده شد. در جریان

۱. هرچند ایشان در جای دیگر، قول به تفصیل را اختیار کرده است؛ تفصیل بین انسان حرّ شاغل و صاحب درآمد و غیر آن. در قسم اول به استناد سیرهٔ عقلا که تفویت عمل در این قسم را تفویت منافع ممکن‌الحصول قطعی و ضمان آور می‌داند، قاعدهٔ اتلاف را جاری می‌داند (موسوی خویی، ۱۳۶۸: ۳۶/۲).

قاعده علی‌الید^۱ نیز به همین منوال، مفاد قاعده را «ضمان به سبب وضع ید بر شیء موجود» می‌داند. در خسارت عدم‌النفع بحث از منافی است که هنوز به وجود نیامده که قابل اخذ باشد. پس نمی‌توان بحث مسئولیت را در قبال چیزی که در دست و سلطه نیست مطرح کرد (همان).

از این استدلال نیز به طریق سابق و تمسک به سیره عقلا در تشخیص موضوع، پاسخ داده می‌شود. منظور از «ید» قطعاً همین عضو بدن نیست. ید کنایه از استیلاء است، نه وضع ید در ظاهر. بنابراین اگر کسی منزلی را غصب کرد، محل جریان قاعده علی‌الید است. عرف عقلا اخذ هر چیز را به حسب خودش می‌داند. از طرف دیگر، اگر گفته شود که منافع شخص یا قرارداد، یک وجود بالقوه است و تا بالفعل نشود، قابل استیلاء نیست، می‌گوییم: به همان نحوی که در مورد حبس و تفویت منافع عین، آن فقیه بزرگوار، استیلاء به حسب عرف را قابل تصور دانسته و به ضمان به سبب قاعده علی‌الید حکم کرده است (همان: ۵۴)، این قول در مورد هر منفعت تفویت‌شده، چه ناشی از حبس غیر قانونی شخص باشد یا ناشی از نقض قرارداد، جریان دارد. استیلاء از امور انتزاعیه است که از توانایی شخص بر تصرف در مستولی‌علیه انتزاع می‌شود. این استیلاء بر عین، شخص و قرارداد بالاصاله، و در مورد منافع حاصل از آن‌ها بالتبع است (مروری، ۱۳۸۲: ۷۱). فردی که عینی را غصب کرده یا فردی را حبس کرده و یا قراردادی را تعهد کرده، بر آن عین، شخص و قرارداد، استیلاء و سلطه دارد. بالتبع بر منافع آن‌ها استیلاء دارد. در نتیجه، چنان که ضامن عین، شخص و قرارداد است، ضامن تفویت منافع آن‌ها نیز هست؛ آن منافی که در استیلاء و سلطه تبعی او بوده و تفویت کرده است. همان طور که خلع ید، رفع حبس و اجرای تعهد به حصول منافع عین، شخص و قرارداد می‌انجامد، غصب، حبس و نقض قراردادی که در ید قدرت اوست، به دلیل قاعده علی‌الید، موجب مسئولیت است.

۱. قاعده‌ای با مضمون «علی‌الید ما أخذت حتی تؤدی» که اجمالاً به معنای مسئولیت و ضمان شخص نسبت به آن چیزی از مال دیگری است که به قهر و غلبه در دست دارد و تحت سلطه اوست (ر.ک: موسوی، ۱۳۹۲: ۱۷۷).

۴-۶. سیره و قاعده احترام مال مسلم در اثبات خسارت عدم النفع

برخی از فقیهان با استفاده از ادله نقلیه، یکی از اسباب مسئولیت و ضمان را قاعده احترام مال مسلمان می‌دانند (نجفی، ۱۳۹۲: ۲۴۶/۲۷). بنا بر آنچه در دو مبحث قبل (قاعده اتلاف و علی‌البد) در رابطه با مالیت منافع تفویت شده مسلم الحصول به حسب سیره عقلا بیان گردید و از تکرار آن خودداری می‌کنیم، قاعده احترام مال مسلم، علاوه بر اثبات ضمان نسبت به عین مال، ضمان تفویت منافع قطعی ناشی از آن به حسب عرف را نیز ثابت می‌کند و به وحدت ملاک، تفویت منافع مورد انتظار قطعی ناشی از قرارداد هم مشمول این قاعده خواهد بود. این نکته را نیز باید در نظر داشت که ورود این قاعده در خصوص شخص مسلمان است. در نتیجه این قاعده در مقام اثبات ضمان به طور مطلق نیست.

۴-۷. سیره و قاعده لاضرر^۱ در اثبات خسارت عدم النفع

برخی فقها، تفویت منافع مسلم را اضرار به غیر و موجب ضمان می‌دانند (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷: ۶۱۷؛ همو، ۱۴۱۵: ۲۵۰). دلیل این مدعا، قاعده لاضرر به ضمیمه ضرر دانستن منافع مسلم تفویت شده در نزد عرف و سیره عقلاست (همان). معیار صدق ضرر، تفاهم عرف عقلاست که در مورد خسارات عدم النفع زمانی که عرفاً مسلم الحصول باشد، وجود دارد^۲

۱. مفاد این قاعده حاکی از آن است که اسلام، ضرر رساندن به دیگران را برتائیده و از آن نهی کرده است. مبنای این قاعده، ادله نقلی و عقلی است. عقل به طور قطع بر ممنوعیت اعمال زیانبار برای دیگران به هر شکل از اشکال و لزوم جبران خسارت حکم می‌کند (جعفری، ۱۴۱۹: ۹۶؛ محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱/۱۳۱؛ وحید بهبهانی، ۱۴۱۵: ۲۵۰؛ رشتی، ۱۳۲۴: ۵۴). سیره عقلا که بر مبنای عقل و کاشف از آن است نیز بر ترک ضرر رساندن به دیگری و لزوم جبران خسارت ناروا به نحو عام و شامل وجود دارد که در این مقاله به نمونه‌هایی در ذیل عنوان «سیره عقلا و مسئولیت قراردادی» اشاره گردید. آیات قرآنی در این رابطه نیز وجود دارد (برای نمونه ر. ک: بقره / ۲۳۱، ۲۳۳ و ۲۸۲). اگرچه این آیات در موضوعات خاصی وارد شده، اما بی‌شک از مجموع آنها با الغای خصوصیت، قاعده عامی مبنی بر حرمت هر گونه ایراد خسارت به غیر را می‌توان به دست آورد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱/۱۳۱؛ جعفری، ۱۴۱۹: ۹۳). روایات نیز در این باب بسیار است. مشهورترین این روایات که متضمن عبارت «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام» است، روایت سمره بن جندب است که مورد توجه فقهای بزرگ است (انصاری، ۱۴۱۹: ۲/۴۵۷).

۲. در همین مقاله در ذیل عنوان «سیره عقلا و مسئولیت قراردادی»، به شواهد زیادی که به احراز عناصر سیره عقلا در لزوم جبران خسارت عدم النفع کمک می‌کند، اشاره شده است.

(نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۱۹۹/۲). تأیید و امضای شارع در مورد این سیره را نیز می‌توان از برخی عمومات و اطلاعات به دست آورد.^۱ البته این مطلب بر این مبنا استوار است که قاعده لاضرر را اصولاً مفید اثبات حکم لزوم جبران خسارت بدانیم و با اتکاء به نظر مختار در باب سیره عقلا در رفع شبهه جدی در خصوص سیره‌های متأخر از عصر معصومان علیهم‌السلام که در بخش ابتدایی مقاله بیان گردید، به احراز سیره در ضرردانستن منافع مسلم‌الحصول عرفی پردازیم؛ امری که در ذیل عنوان سیره و مسئولیت قراردادی، شواهد متعددی برای آن ارائه گردید.

مشهور فقیهان، قاعده لاضرر را در اثبات حکم ضمان نارسا دانسته و مفاد قاعده را نفی حکم ضرری می‌دانند (انصاری، ۱۴۱۹: ۴۶۰/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۵۳۰؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۱۸). برخی از فقها نیز اساساً روایت مفید قاعده لاضرر را یک حکم حکومتی می‌دانند که در همان مورد خودش اعتبار دارد (موسوی خمینی، ۱۳۸۵: ۵۹/۱). بنا بر این نظر نیز قاعده لاضرر نمی‌تواند بر لزوم جبران خسارت دلالت کند؛ زیرا فقط در مقام رفع حکم ضرری است. در مقابل، عده‌ای از علماء به انحاء مختلف بر لزوم جبران خسارت به استناد قاعده لاضرر حکم کرده‌اند؛ از جمله اینکه «لا» را ناهیه و مفید نهی شرعی گرفته‌اند. حکم تکلیفی نهی از ضرر به دیگران، مستلزم حکم وضعی ضمان است. حال اگر ضرری به دیگری وارد شود، حرامی اتفاق افتاده و عدم جبران خسارت، خود حرامی دیگر است؛ زیرا استمرار و استدامه ضرر که ناشی از عدم جبران خسارت است، خود ضرر دیگر محسوب می‌شود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۹/۱؛ محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۱: ۳۲). جالب آن است که بسیاری از فقیهانی که در مورد اثبات حکم ضمان، قاعده لاضرر را نارسا می‌دانند، در برخی از موضوعات دیگر، به قاعده لاضرر در اثبات حکم شرعی استناد کرده‌اند. اثبات خیار از آن جمله است (انصاری، ۱۴۱۹: ۱۶۵/۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۶۸/۱۱؛ عاملی، ۱۴۱۷: ۲۷۵/۳؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸:

۱. همچون آیات مختلف (برای نمونه ر.ک: بقره / ۲۳۱، ۲۳۳ و ۲۸۲) و روایات متعدد در این خصوص نظیر روایت معروف سمرة بن جندب (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۸۰/۵؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۰۰/۲۵؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۴۷/۷؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۲۳۳/۳) و روایات مختلف با مضمون نفی ضرر و لزوم جبران خسارت (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۵۰/۷؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۱۴۱۳: ۱۵۵/۴؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۴۷/۷؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۲۸/۲۵).

۳۰۴/۸؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۳۹۰/۱۴؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۰۳/۸؛ وحید بهبهانی، ۱۴۱۷: ۵۷). برخی محققان، استعمال عبارت «لا ضرر ولا ضرار» را توسط نبی اکرم صلی الله علیه و آله در حدیث شفعه، با آنکه در مقام اثبات حکم بوده‌اند (نه رفع حکم)، دلیل بر استعداد قاعده در اثبات حکم می‌دانند (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱/۱۶۰). ما از شرح و بسط مطالب مذکور در مورد قاعده لا ضرر که از مباحث چالش‌برانگیز فقه است، به جهت رعایت اختصار خودداری می‌کنیم. به هر حال، استناد به قاعده لا ضرر در اثبات حکم ضمان نسبت به منافع مورد انتظار تفویت شده، بر بنیان پذیرش اقتضاء این قاعده در اثبات حکم و ضرر دانستن تفویت منافع در نظر عرف و سیره استوار است. چنانچه مقتضی برای انتفاع از هر جهت وجود داشته باشد، از نظر عرف عقلا، عدم‌النفع اضرار محسوب می‌شود (حسینی روحانی، ۱۴۱۳: ۳۹۲). خرد جمعی در عالم امروز، خسارت عدم‌النفع مسلم‌الحصول را ضرر تلقی می‌کند. نمونه‌هایی در اثبات این مدعا در ذیل عنوان سیره و مسئولیت قراردادی بیان گردید؛ نظیر ماده ۷۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰، ماده ۲-۴-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، ماده ۵۰۲: ۹ اصول اروپایی حقوق قراردادهای و نمونه‌هایی از حقوق هر دو سیستم کامن‌لا و رومی ژرمنی. در مجموع به نظر می‌رسد بر اساس این مقدمات و مبانی، قاعده لا ضرر نیز می‌تواند مفید لزوم جبران خسارت عدم‌النفع مسلم‌الحصول عرفی باشد. هرچند باید توجه داشت که اگر به نظر مشهور فقیهان در عدم اثبات حکم توسط قاعده لا ضرر جمود کنیم، باز هم با توجه به آنچه در بسط شمول قاعده اتلاف و علی‌الید در مباحث قبل تبیین گردید، دست ما از دلیل برای اثبات مدعا خالی نیست.

نتیجه‌گیری

- بر اساس تجزیه و تحلیل‌های ارائه‌شده در این تحقیق، یافته‌ها عبارت‌اند از:
۱. سیره عقلا دارای نقش ابزاری و آلی در درک و فهم ادله نقلیه و بنا بر یک مبنا، سیره عقلایی کاشف از حکم عقل است؛ بنابراین با واسطه، از منابع و ادله کشف اراده الهی محسوب می‌گردد.
 ۲. سیره عقلا اصولاً در جایی مطرح است که حکم شرعی تأسیسی - کلی یا جزئی -

وجود ندارد. (منطقة الفراغ)

۳. سیره از دو عنصر مادی و معنوی تشکیل می‌شود.

۴. بر اساس نظر امام خمینی و شهید صدر، سیره عقلا ویژگی‌های ذیل را دارد:
الف) مؤلفه مادی سیره، رفتار تکراری و متحدالشکل، بناءها و ارتکازات عرفی مستمر در یک موضوع است، بدون اینکه در همه موارد، اتصال و همزمانی این رفتار مستمر با عصر امام معصوم علیه السلام شرط باشد.

ب) عنصر معنوی سیره، خود از دو جزء تشکیل می‌شود. یکی اعتقاد عاملان این رفتار مستمر به الزامی بودن آن، و دیگری اعتبار شرعی آن، که از طریق امضا یا عدم ردع شارع به دست می‌آید.

ج) اصل بر تأیید شرعی سیره است، مگر خلاف آن ثابت شود.

د) امضای مورد به مورد سیره ضروری نیست، بلکه تأیید شرع را می‌توان پس از جستجو و نیافتن منع شرعی از آن به ضمیمه عدم مغایرت سیره با عموماً و اطلاعات نقلی تحصیل نمود.

۵. نقش محوری بناء عقلا در غیر عبادات، شامل قراردادها، تعهدات ناشی از عقود، امور اجتماعی و سیاسی انکارناپذیر است و احکام شریعت در این امور، غالباً امضایی است.

۶. اصل مسئولیت قراردادی (لزوم جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد) با عنایت به دیدگاه ویژه در سیره عقلا و چگونگی اعتبار آن، به خوبی قابل اثبات است. بر این بنیان، ماده ۲۲۱ قانون مدنی خوب تنظیم نشده و شایسته اصلاح است. بر اساس سیره قطعی عقلا در این رابطه، منوط کردن مسئولیت قراردادی به اشتراط صریح یا ضمنی وجهی ندارد. ماده پیشنهادی در این خصوص عبارت است از: «نقض قرارداد موجب مسئولیت نقض کننده است. خسارت‌های ناشی از نقض قرارداد از جمله خسارت‌های مسلم‌الحصول عرفی، قابل مطالبه است».

۷. دامنه مسئولیت قراردادی تا حدی است که خسارت عدم‌النفع را نیز شامل می‌شود. قواعد اتلاف، علی‌البد، احترام مال مسلم و لاضرر با تکیه بر نقش ابزاری بناء عقلا در اثبات این امر کافی است. بنابراین تجدیدنظر مقتن در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آیین

دادرسی مدنی در لزوم جبران خسارت عدم‌النفع مسلّم‌الحصول، مورد انتظار است. لذا پیشنهاد می‌شود تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی به نحو ذیل اصلاح شود: «خسارت‌های عدم‌النفع مسلّم‌الحصول عرفی قابل مطالبه است. نظر کارشناس در تشخیص مصادیق و وصف مسلّم‌الحصول بودن، ملاک حکم دادگاه خواهد بود».

کتاب‌شناسی

۱. نهج البلاغه، ترجمه و شرح فیض الاسلام، بی تا.
۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفایة الاصول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۳. آرون، ریمون، دموکراسی و خودکامگی، ترجمه محمد مشایخی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷ ش.
۴. آشتیانی رازی، محمدحسن بن جعفر، بحر الفوائد فی شرح الفرائد، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ ق.
۵. آملی، محمدتقی، منتهی الاصول الی غوامض کفایة الاصول، تهران، بی تا.
۶. اصفهانی، محمدحسین، بحوث فی الفقه (کتاب الاجاره)، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۹ ق.
۷. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامیة، ۱۳۹۰ ش.
۸. انصاری، مرتضی بن محمدامین، المتاجر (المکاسب)، چاپ سنگی، بی تا.
۹. همو، فرائد الاصول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۰. بزرگمهر، امیرعباس و غزال مهرابی، اصلاحات در قانون تعهدات فرانسه، تهران، عدالت، ۱۳۹۵ ش.
۱۱. جبار گلباغی ماسوله، سیدعلی، درآمدی بر عرف، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸ ش.
۱۲. جعفری، محمدتقی، رسایل فقهی، تهران، کرامت، ۱۴۱۹ ق.
۱۳. حجازی، قدسیه، ضمیمه رساله بررسی جرایم زنان در ایران، تهران، ۱۳۴۱ ش.
۱۴. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم، آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ ق.
۱۵. حسینی حائری، سیدکاظم، فقه العقود، چاپ دوم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۱۶. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، منتقى الاصول، تقریر سیدعبدالصاحب حکیم، قم، چاپخانه امیر، ۱۴۱۳ ق.
۱۷. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۸. دانش پڑوه، مصطفی، منابع حقوق، قم، جنگل، ۱۳۹۱ ش.
۱۹. رشتی، میرزا حبیب الله، کتاب الغصب، تهران، چاپ سنگی، ۱۳۲۲ ش.
۲۰. ره پیک، سیامک، «خسارت عدم النفع؛ نظرات و مقررات»، دیدگاه های حقوقی، شماره های ۱۹-۲۰، پاییز و زمستان ۱۳۷۹ ش.
۲۱. صدر، سیدمحمدباقر، المعالم الجدیدة، قم، کتاب خرد، ۱۳۷۹ ش.
۲۲. همو، بحوث فی علم الاصول، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۳. همو، مباحث الاصول، تقریر سیدمحمدکاظم حائری، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۸ ق.
۲۴. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۵. صنقر علی، محمد، المعجم الاصولی، بی جا، مطبعة عترة، ۱۴۲۱ ق.
۲۶. طباطبایی بروجردی، سیدحسین، نهاية الاصول، تقریر حسینعلی منتظری، تهران، تفکر، ۱۴۱۵ ق.
۲۷. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالادلة، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۲۸. طباطبایی حکیم، سیدمحمدتقی، الاصول العامة للفقہ المقارن، بیروت، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۹۷۹ م.
۲۹. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۰ ق.

۳۰. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *تهذیب الاحکام*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۳۱. عاملی، محمد بن جمال‌الدین مکی، *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، قم، اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۳۲. العجم، رفیق، *موسوعة مصطلحات اصول الفقه عند المسلمین*، بیروت، مکتبه لبنان الناشرین، ۱۹۹۸ م.
۳۳. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکره الفقهاء*، قم، آل‌البتیة، ۱۴۱۴ ق.
۳۴. علیدوست، ابوالقاسم، *فقه و عرف*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۴ ش.
۳۵. غروی نائینی، محمدحسین، *فوائد الاصول*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۳۶. همو، *کتاب الصلاة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۳۷. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی (ضمنان قهری - مسئولیت مدنی)*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۹ ش.
۳۸. همو، *فلسفه حقوق*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱ ش.
۳۹. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰ ش.
۴۰. کاشف‌الغطاء، جعفر بن خضر مالکی، *کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الفراء*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۴۱. کلاتری، ابوالقاسم، *مطرح الانظار*، تقریرات درس شیخ انصاری، قم، آل‌البتیة، بی‌تا.
۴۲. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۴۳. گرجی، ابوالقاسم، *مقالات حقوقی*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۵ ش.
۴۴. محقق اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازدهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۴۵. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه*، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۴۶. محقق داماد، سیدمصطفی، محمد عیسایی تفرشی و سیدحسن وحدتی شبیری، «*قلمرو مسئولیت مدنی ناشی از تخلف از اجرای تعهد*»، نامه مفید، شماره ۳۳، ۱۳۸۱ ش.
۴۷. مروی، جواد، *جزوه درس خارج فقه*، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۹۲ ش.
۴۸. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، تهران، المعارف الاسلامیه، بی‌تا.
۴۹. همو، *اصول فقه*، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۸ ش.
۵۰. مغنیه، محمدرضا، *علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید*، بیروت، دار العلم، ۱۹۷۵ م.
۵۱. موسوی بجنوردی، سیدحسن، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۵۲. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *الرسائل (الفوائد الفقهیه والاجتهاد والتقلید)*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۵ ش.
۵۳. همو، *انوار الهدایة (تعلیقہ ای بر کفایة الاصول)*، چاپ دوم، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ ق.
۵۴. همو، *تحریر الوسیله*، تهران، مکتبه الاعتماد، بی‌تا.
۵۵. همو، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹ ش.
۵۶. همو، *مناهج الوصول الی علم الاصول*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۳ ش.
۵۷. موسوی، سیدصمدعلی، *القواعد الفقهیه فی کتاب تفصیل الشریعه*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۳۹۲ ش.
۵۸. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مستند العروة الوثقی (کتاب الاجاره)*، تقریر مرتضی بروجردی، قم، مطبعة علمیه، ۱۳۶۵ ش.

۵۹. همو، مصباح الاصول، تقرير سيد محمد سرور واعظ حسینی بهسودی، قم، مكتبة الداوری، ۱۴۱۷ ق.
۶۰. همو، مصباح الفقاهه، تقرير محمد علی توحیدی تبریزی، قم، وجدانی، ۱۳۶۸ ش.
۶۱. نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الكلام، تهران، دار الكتب الاسلامیه، ۱۳۹۲ ش.
۶۲. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، منية الطالب فی حاشية المكاسب، تقریرات بحث محمد حسین غروی نائینی، تهران، المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.
۶۳. نراقی، احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعة فی احکام الشریعه، قم، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۵ ق.
۶۴. وحدتی شبیری، سید حسن، مبانی مسئولیت مدنی قراردادی، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵ ش.
۶۵. وحید بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل، الفوائد الحائریه، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۶۶. همو، حاشیة مجمع الفائدة والبرهان، قم، مؤسسة العلامة البهبهانی، ۱۴۱۷ ق.
۶۷. هاشمی شاهرودی، سید محمود و جمعی از پژوهشگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، مؤسسه دائرة المعارف اسلامی، ۱۴۲۶ ق.
۶۸. یزدانی، غلامرضا، محسن محبی و محمد امامی، «معیار محاسبه خسارت ناشی از نقض قرارداد سرمایه گذاری»، آموزه های فقه مدنی، شماره ۱۳، بهار و تابستان ۱۳۹۵ ش.
69. Bell, John & Sophie Boyron & Simon Whittaker, *Principles of French Law*, Oxford, 1998.
70. Duxbury, Robert, *Contract in nutshell*, 3rd Ed., London, Sweet & Maxwell, 1994.
71. Fountoulakis, Christiana, "Remedies for breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods", *ERA Forum*, Vol. 12, Issue 1, April 2011, Available at: <<http://www.unifr.ch/ius/assets/Files/chaieres/CH-Fountoulakis/files/Remedies.pdf>>.
72. Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia, ICSID Case No. ARB/83/21, Award of March 31, 1986, Available at: <<https://www.italaw.com/cases/3545>>.
73. Radley-Gardner, Oliver & Reinhard Zimmermann & Hugh Beale, *Fundamental Texts on European Private Law*, Oregon, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2003, Available at: <<http://www.Zahvat.Ru/media/bookshelffile/original/33840.pdf>>.
74. Robert H. May v. Guatemala, 16 November 1900, Cited in: <<http://Legal.UN.Org/riaa/cases/vol-xv/47-75.pdf>>.
75. William J. Levitt v. Iran, 14 Iran - US CTR, 1987, Available at: <<https://books.google.com/books.isbn=0521463386>>.

موجز المقالات

تحليل مفهوم الشرط في العرف الخاص لفقهاء الإمامية

- أحمد باقرى (أستاذ بجامعة طهران)
- حسين داورزنى (أستاذ مشارك بجامعة طهران)
- سيد محمود هل أتاي (طالب دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامى بجامعة طهران)

لم تتطرق الروايات أبداً لطبيعة مفهوم كلمة الشرط. مفهوم الشرط من وجهة النظر العرفية وبناءً على الشواهد اللغوية الموجودة عبارة عن شيئين: الأول: الجعل والعقد الموجود في المعاملة، الثانى: الشىء الذى يتعلّق عليه شىء آخر، وبما أنه لا يوجد بين المفهوم الأول والثانى قدر جامع، ولم يرد عن فقهاء الإمامية أيضاً مصطلح خاص ومختلف عن العرف فيجب أن نرى بأى مفهوم عرفى قد تمّ الاهتمام في مجال المواضيع الفقهية وخاصة المعاملات؟ بشكل عام يوجد ثلاثة نهج وبناء على كلّ واحد منها فإنّ المفهوم المحورى لمواضيع الشرط عبارة عن: مفهوم الإلزام والالتزام، الثانى: مفهوم التعليق، الثالث: مفهوم الربط. بناءً على نتائج هذا البحث الناتجة عن دراسة ومطالعة عشرات الأعمال الفقهية، فإنّ المفهوم الذى تمّ وضعه منذ الماضى بالاستناد للقرائن المؤكدة أساساً للمواضيع الفقهية عبارة عن: «الإلزام والالتزام فى البيع وأمثال

ذلك» وعلى أساس هذا الارتكاز لا يصدق أبدًا عنوان الشرط على الشرط خارج العقد.
الكلمات الأساسية: الشرط، مفهوم الشرط، العرف، عرف الفقهاء الخاص.

نظرة فقهية قانونية على المادة ٤٠١ للقانون المدني

□ سيد محمد مهدي قبولي درافشان (أستاذ مشارك بجامعة فردوسي بمشهد)

□ مهديّة لطيف زادة (طالبة دكتوراه في القانون الخاص بجامعة فردوسي بمشهد)

خيار الشرط واحد من الخيارات المنسوبة إلى اتفاق طرفي العقد. من القضايا الهامة المتعلقة بهذا الخيار هي ومدة الخيار التي اعتبرت المادة ٤٠١ من القانون المدني وتبعًا لمجموعة من الفقهاء أنّ عدم تعيين المدة يؤدي إلى بطلان الشرط والعقد «كما قامت مجموعة من علماء القانون بإلحاق التوافق حول المدة المجهولة تبعًا للنصوص الفقهية. السؤال الآن هل الحكم المذكور مبني على أدلة وأسس قوية أم لا. خاصة أنه في حالات عديدة في العقود كان هناك إهمال أو تسامح فيما يخص تحديد مدة الخيار. يقوم هذا البحث بدراسة الآراء الفقهية والقانونية المختلفة ونقد ودراسة الأدلة. فقد خلصنا إلى نتيجة مفادها أن سكوت الطرفين حول مدة الخيار وكذلك الحالات الموجودة كميّار لتعيين المدة، فالأقوى صحة الشرط والعقد؛ لذلك فإنّ تعديل وتكميل القانون المدني في هذا المجال.

الكلمات الأساسية: شرط الخيار، عدم تعيين مدة الخيار، الغرر، المادة ٤٠١ للقانون المدني، بطلان الشرط والعقد.

التحقيق الفقهي في حيز البيانات في الفضاء الإلكتروني

□ علي أكبر إيزدي فرد (أستاذ بجامعة مازندران)

□ عابدين مؤمنّي (أستاذ مشارك بجامعة طهران)

□ سيد مجتبي حسين نژاد (أستاذ مساعد بمؤسسة بارسا للتعليم العالي، بابلسر)

□ فاضل أميرى سوادروباري (دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامي)

يعدّ الاحتجاز في الفضاء الإلكتروني أحد أهمّ الأحداث في العصر الحاليّ. في كثير من الحالات، يتمّ احتجاز المعطيات والمعلومات العلميّة والتعليميّة والماليّة للأفراد في

الفضاء الإلكتروني بطريقة تمنع أصحاب العمل من استخدام معلوماتهم، مما يثير سؤالاً وهو هل هذا الاحتجاز في العالم الافتراضي جائز؟ في حالة عدم الجواز فما هو حكمه من الناحية التكميلية والوضعية؟ هل الاحتجاز في جميع الحالات يوجب الحرمة والضمان؟ وقوع الاحتجاز في العالم الافتراضي في حالات يوجب الحرمة والضمان، لكن في حالات فقط يأتي حكم الضمان أو فقط حكم الحرمة ووجوب رفع الاحتجاز، على الرغم أنه من الممكن في مصاديق أن لا يأتي حكم الضمان ولا حكم الحرمة. في هذا البحث هناك أدلة مثل حكم العقل بقبح التصرف في أموال الآخرين دون إذن الولي، حرمة أكل المال بالباطل، قاعدة على اليد وقاعدة الاحترام فيما يتعلق بالحرمة والضمان والجهل والشبهة وانتقاد أدلة الضمان في فرض الإباحة وعدم الضمان من المواضيع التي تمّ بحثها ودراستها.

الكلمات الأساسية: الاحتجاز، الغضب، الحكم التكميلي، الحكم الوضعي، الحرمة، الضمان.

تأمل حول عقيدة الفقهاء

في باب اشتراط «وحدة الجنس» في تحقق المعاملة الربويّة

- إحسان على أكبرى بابوكاني (أستاذ مساعد بجامعة إصفهان)
- أحمد على قانع (أستاذ مشارك بجامعة الإمام الصادق عليه السلام)
- محمّد هادي حبيب اللّهي (طالب دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامي)

الربا في المعاملة واحد من أقسام الربا ومشهور الفقهاء أنّ له ثلاث شروط للتحقق وهي: ١- كونه مكيل وموزون، ٢- أخذ الزيادة، ٣- العوضين من نفس الجنس. المقصود من نفس الجنس في كلام الفقهاء هو أنّه إذا كان العرف يحمل كلمة خاصّة على شيئين متشابهين، فلا يمكن بيعهما بالتفاضل، وبالتأكيد يجب أن يكونا متساويين من حيث الكميّة. قول الفقهاء هذا يصدق عندما يعتبر عرف الناس أنّ السلعتين المتشابهتين ولكن بصفات مختلفة لهما قيمة تداول مختلفة، والعقل يحكم أيضاً أنّ أخذ الزيادة ليس جائز فقط، بل سيكون ضروريّ لانعقاد الصفقة. لقد افترض الفقهاء ضمن الإشارة إلى الروايات المذكورة في هذا الباب، أنّ هذا الشرط تعبدى، وقد حكموا جميعاً بذلك

بشكل إجماعي. في هذه المقالة وضمن فحص الأدلة وصلنا إلى هذه النتيجة وهي أن روايات هذا الباب لا تعطى من عبارات الفقهاء معنى ضرورة نفس الجنس ويمكن استبدال معيار «نفس القيمة» بدل نفس الجنس. بهذه الطريقة إذا لم تكن قيمة سلعتين متساوية، فليس فقط أخذ الزيادة جائز، بل عدم أخذ زيادة العين سيكون عين الربا. الكلمات الأساسية: الربا، ربا المعاملة، المكيل والموزون، تفاضل العوضين، اتحاد جنس العوضين.

دراسة ونقد أدلة حكم بطلان المعاملة المشروط بالعمل الحرام (بالاستناد إلى دليل حرمة أكل المال بالباطل)

- سجّاد داورپناه مقدّم (طالب دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامي بجامعة فردوسی بمشهد)
- حسين ناصري مقدّم (أستاذ بجامعة فردوسی بمشهد)

أحد المواضيع التي تمّ بحثها في الفقه المدنيّ هو جعل الصفقة مشروطة بشرط حرام من قبل البائع. أحد تلك الأدلة الثلاثة للفقهاء القائلين ببطلان هذا النوع من المعاملة هو تطبيق عنوان أكل المال بالباطل، هو هذه المعاملة. مدّعى البطلان يستندون إلى دلالة الكتاب على سلب الماليّة عن هذا النوع من المعاملة، وعدم إمكانيّة التفكيك بين الشرط والمشروط والروايات الخاصّة. في هذه المقالة سيتمّ التطرّق لدراسة أدلة بطلان المعاملة بنهج أكل المال بالباطل، وقد خلصت هذه الدراسة إلى ضرورة الماليّة في المعاملات، عدم دلالة الكتاب على سلب الماليّة عن الصفقة، التفكيك بين الشرط والمشروط، قرار ثمن المعاملة مقابل المبيع جزء في حالات تأثير الشرط في انخفاض وزيادة السعر وفي النهاية ستختم على عدم دلالة الرواية بشكل صريح على بطلان المعاملة المشروطة بالحرام. لذلك فإنّ الحكم ببطلان هذه المعاملة سيكون ثابتاً فقط في الشروط التي هي سبب في تقليل وسعر البضاعة.

الكلمات الأساسية: سلب الماليّة، الشرط الحرام، أكل المال بالباطل، المعاملة الباطلة.

تحليل نقديّ لنهج الفقهاء للسنة الحالية في استنباط الأحكام

«دراسة حالة لرواية عبد الحميد بن سعيد»

- راضية أمينيّ (طالبة دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلاميّ بجامعة فردوسيّ بمشهد)
- حسين صابريّ (أستاذ بجامعة فردوسيّ بمشهد)
- محمّد حسن حائريّ (أستاذ بجامعة فردوسيّ بمشهد)

لا شكّ أنّ السنة الحالية التي هي نفس عمل المعصوم عليه السلام لها مصداقية، ويتمّ الاستشهاد بها تحت شروط في عمليّة الاستنباط؛ لكنّ الأمر الجدير بالتأمّل في هذا الصدد هو أنّه على الرغم من التأثير الأعمق للأفعال مقارنة بالأقوال، فإنّ هذا الجزء من التراث الإسلاميّ تمّ إهماله ولم يتمّ الاهتمام به كما ينبغي. يقوم المقال الذي بين أيدينا ضمن التأكيد على أنّ اكتشاف العقبات ممكن من خلال فحص المصاديق، بدراسة أحد الروايات التي تدلّ على السنة الفعلية للمعصوم عليه السلام. يوضح مضمون الرواية المذكورة أنّ سلوك الإمام عليه السلام في مواجهة الأموال التي تمّ الحصول عليها عن طريق المقامرة، والتي شكّك الفقهاء بسند ودلالة الخبر، قد حكموا بتعارض مفاد الرواية مع الأسس العقائديّة للإماميّة بما في ذلك عصمة وعلم الإمام. قام الباحث بمنهج وصفيّ - تحليليّ بمطالعة الخبر المذكور وطريقة تعامل الفقهاء معه باعتباره واحد من مصاديق السنة الفعلية للمعصومين عليهم السلام. بموجب البحث في فرض المسألة، وبينما كان باستطاعة الإمام الاكتفاء بالنهيّ القوليّ، فقد قام تأكيداً للنهيّ بحظر المال؛ وهو ما يظهر أنّ النهيّ الفعليّ له ردة أكبر من النهيّ القوليّ؛ لذلك فإنّه وفق الرأى المختار فإنّ الرواية لا تتنافى مع المبادئ العقائديّة بما في ذلك العصمة وعلم الإمام، كما يعتقد بعض الفقهاء؛ إضافة إلى ذلك فإنّه من خلال فحص الخبر المذكور فقد حصلت النتيجة التالية وهي أنّ في فحص الروايات يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار مجموعة من القرائن؛ حيث ستكون دراسة المضمون والسند من بين تلك القرائن؛ لذلك فإنّ الاكتفاء بواحد منها فقط لا يبدو صحيحاً؛ وعليه فمن أجل الحكم النهائيّ لا بدّ من جعل مجموع القرائن أساساً للعمل.

الكلمات الأساسية: السنة الحالية، سلوك المعصوم عليه السلام، السنة القولية، خبر عبد الحميد بن سعيد.

دراسة النظرية المشهورة فى الشهادة على الشهادة

- سيد جعفر علوى (أستاذ مساعد بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
- غلام حيدر رضوانى (طالب دكتوراه فى الفقه الجنائى بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)

الشاهد إما نفسه يكون شاهداً مباشراً على الحادثة ويشهد عليها، وإما الاطلاع على ذلك الحدث بواسطة من شهد الحادثة ويشهد على شهادته. الشخص الذى يكون شاهداً على الحادثة ويشهد عليها فإن شهادته شهادة أصلية وهو بنفسه الشاهد الأساسى والشخص الذى يشهد على شهادته عند الحاكم تكون شهادته ثانوية، ويسمى أيضاً بالشاهد الثانوى. بما أن حضور الشاهد الأصلى فى كثير من الحالات يكون متعديراً فإن شرح وتنقيح هذا البحث يكون ضرورياً. كثير من الفقهاء قد قبلوا الشهادة على الشهادة مع مراعاة سبعة شروط بعنوان دليل إثبات الدعوى؛ حيث تمّ التصريح باشتراط بعضها، والبعض الآخر بينوها ضمن عباراتهم. لكن من وجهة نظر هذا البحث لم يتمّ تقديم دليل مقنع من قبل الفقهاء على اشتراط الشرط الأول والثانى والخامس والسادس والسابع، وعليه فإن الشرط قابل للنقد ويبدو غير لازم. كذلك فإن الأدلة المشهورة فيما يخص إثبات عدم مقبولية الشهادة على شهادة الشهود هو فرع يطلق عليه بالمصطلح الشهادة الثالثة غير ناضج وقاصر، وصحة شهادة الثالث قابلة للدفاع.

الكلمات الأساسية: الشهادة، الشهادة على الشهادة، النيابة فى الشهادة، الشاهد الأساسى، الشاهد الثانوى.

تطبيق القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية غير التعاقدية

على مسؤولية الشركة القابضة على تصرفات الشركات التابعة

- إبراهيم عبدى پور (أستاذ بجامعة قم)
 - بشرى كريمى (طالبة دكتوراه فى القانون الخاص بجامعة قم)
- المجموعة القابضة وشركتها التابعة، واحدة من أكثر الأنشطة نشاطاً فى المجتمع الاقتصادى اليوم، والتي على الرغم من عدم وجود أحكام خاصة فى النظام القانونى الإيرانى، كانت تعمل فى النظام الاقتصادى الإيرانى لبعض الوقت. لذلك فإنه من أجل

استنباط الأحكام والقوانين التي تحكم العلاقات فيما بينها، فلا بدّ من مراجعة القواعد والقوانين العامّة الموجودة. أحد القضايا المتبلى فيها فيما يخصّ مجموعة الشركة المذكورة هي مسؤوليّة وعدم مسؤوليّة الشركة القابضة تجاه المدينين للشركات التابعة لها بالنظر للأسهم ومدير الشركة القابضة في الشركات التابعة والشخصيّة القانونيّة المستقلّة لكلّ منهم. بعد الاختلاف بوجهات النظر المتعلّقة بوحدة أو تعدّد الشخصيّة القانونيّة بين هاتين المجموعتين للشركة وفي النتيجة المسؤوليّة المطلقة أو عدم المسؤوليّة المطلقة للشركة القابضة، فقد اخترنا رأيًا ثالثًا بين الرأيين يقوم على الاستقلال النسبيّ للشركة القابضة تجاه أعمال الشركات التابعة. بعد دراسة استدلالات مؤيدى نظريّة الاستقلال النسبيّ في قانون الغرب مثلاً إجراء خرق حجاب الشخصيّة القانونيّة للشركة، الغشّ بالنسبة للقانون، منع استغلال الحقّ بالنظر لاستغناء النظام القانونيّ الإيرانيّ الذي يقوم على أساس النظام القانونيّ للإسلام، ونظرًا للقواعد الفقهيّة مثل لا ضرر، الغرور، «من له الغنم فعليه الغرم»، التسبب وغيرها وكذلك الموادّ القانونيّة المرتبطة بها، اختيار قاعدة التسبب وتنقيح المناط من الموادّ المتعلّقة بالمسؤوليّة المدنيّة غير التعاقدية القائمة على التسبب مثل الموادّ ١، ٧، ١١ و١٢ من قانون المسؤوليّة المدنيّة بعنوان معيار عامّ في إحراز وأساس مسؤوليّة الشركة القابضة تجاه أعمال الشركات التابعة.

الكلمات الأساسيّة: الشركة القابضة، الشركات التابعة، إجراء خرق حجاب الشخصيّة القانونيّة للشركة، التسبب.

أمكانيّة القياس الفقهيّ والقانونيّ

للتعويض الناتج عن ملكيّة الأشياء الخطيرة

□ رضا دريائيّ (أستاذ مساعد بجامعة جيلان)

□ مصطفى كربلائيّ آقازادة (طالب دكتوراه في القانون الخاصّ بجامعة المفيد)

تتمّ دراسة مواضيع «المسؤوليّة المدنيّة في القانون» تحت عنوان «الضمان القهرىّ» في الفقه. التدقيق في مسببات الضمان القهرىّ في الفقه تدلّ على أنّ من بين مسببات الضمان فإنّ «سلوك الشخص» هو الذى يلعب الدور الأساسيّ في الضمان. التأكيد على ضرورة انتساب تلف المال إلى السلوك في القانون الإسلاميّ يخلق هذا السؤال وهو هل

يمكن اعتبار ملكية الأشخاص للمال أن تكون من موجبات الضمان القهرى مثل الإلتاف وعلى اليد؟ بعبارة أخرى هل يمكن بمساعدة الملكية أو حيازة الأشخاص على المال دون أن تستند الخسارة إلى سلوك المالك، أن نعتبر الشخص ضامناً للخسارة؟ أظهر البحث أن الملكية فى القانون الإسلامى مثل حزمة من الحقوق التى تمنح للشخص إمكانية الاستفادة منها، دون أن تكون تلك الملكية سبباً للضمان فى مقابل حق الاستعمال وحق الاستثمار وحق التصرف الذى يطبقه الشخص على تلك الملكية. ومع ذلك وبمنظور المحافظة على المصالح والعادات الاجتماعية فى العصر الحاضر التى أدت إلى إنتاج أشياء خطيرة وإلحاق خسارة زائدة بالأشخاص ناتجة عنها، فلا بد من السعى لإيجاد حل للإجابة على المالك بالنسبة للخسارة الناتجة عن البضاعة الخطيرة التى كانت تحت سلطته. باعتقاد الكتاب فإنه بالاستناد إلى فقه الإمامية والاهتمام بالفرق بين مفاهيم «المسؤولية» و«الضمان» فإنه يمكن الاستفادة من نظريات المسؤولية المدنية فى القانون التى تعادل وجوب تعويض الخسارة وكذلك توفير التأمين بشكل إجبارى والتعرف على الطبيعة العقلانية للضمان.

الكلمات الأساسية: المسؤولية المدنية، الضمان القهرى، السلوك، الملكية، البضاعة الخطيرة.

بحث فى ملاك تأثير الجهة غير المشروعة: التصريح أو الإحراز

(فحص المبادئ الفقهية للمادة ٢١٧ من القانون المدنى)

- أمين سليمان كلوانق (طالب دكتوراه فى الفقه ومبادئ القانون الإسلامى بجامعة قم)
- محمد على راغبى (أستاذ مساعد بجامعة قم)
- أحمد مرتاضى (أستاذ مساعد بجامعة تبريز)

بموجب المادة ١٩٠ من القانون المدنى، فإن شرعية الجهة واحدة من الشروط الأساسية لصحة المعاملات. وفيما يخص الشرط فقد نصت المادة ٢١٧ من القانون المدنى على تأثيره وأنه من أجل تأثير الجهة غير المشروعة (يعنى بطلان العقد) فيجب التصريح بذلك. لذلك فإنه فى حال علم أحد الطرفين بالجهة غير المشروعة للطرف المقابل فإن العقد صحيح. هذا فى حين أن هذه المسألة محل اختلاف بين فقهاء

الكلمات الأساسية: مستثنيات الدين، العسر والحرج، المديون، قاعده لا حرج.

بحث فى دور سيرة العقلاء فى تحديد نطاق المسؤولية التعاقدية بالاستناد إلى رأى الإمام الخميني والشهيد الصدر

□ سيد محمد حسن موسوي خراساني

□ عضو هيئة التدريس بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية

لقد كان الدور الفاعل «لسيرة العقلاء» فى استبطان الأحكام الشرعية محل اهتمام الفقهاء نوعاً ما. لكن هناك اختلاف فى وجهات النظر حول كيفية إحراز السيرة وشروطها ومدى مصداقيتها. فى الوقت نفسه، فإنّ إنفاذ معظم أحكام المعاملات بالمعنى الأعمّ يشير إلى أهميّة بناء العقلاء فى الفقه. إنّ الآراء البديعة لبعض الفقهاء فى الحصول على المكونات المادية والمعنوية تؤسس مبدأً يلعب دوراً فى أعمال مهمّة فى المسؤولية التعاقدية. بحسب نتائج هذا البحث الذى كُتب بطريقة وصفيّة تحليلية، يمكن القول أنّه إضافة إلى أدلة الضمان القهرى فى إثبات أصل المسؤولية التعاقدية، وبالاستناد إلى السيرة المؤكدة للعقلاء، فإنّ هذا القسم من المسؤولية مسلّم، وربطه باشتراط كونه صريحاً أو ضمناً غير صحيح. لذلك فإنّ طريقة تدوين المادة ٢٢١ من القانون المدنى نادرة. إضافة إلى ذلك وبالاستناد إلى الدور الآلى لسيرة العقلاء واعتبارها أداة فى فهم قواعد الإتلاف، على اليد ولا ضرر، فإنّ شعاع المسؤولية يشمل ضرر عدم النفع مسلّم الحصول. على هذا الأساس تمّ اقتراح موادّ تعديلية بدل المواد ٢٢١ من القانون المدنى والتبصرة ٢ من المادة ٥١٥ من قانون أصول المحاكمات المدنى. المنهج العام للمقالة التى بين أيدينا فى تأييد نظرية وحدة مبانى المسؤولية، وعليه فإنّها تتماشى مع الفقه، فى الوقت نفسه وبما أنّ أدلة الضمان القهرى تشمل خسارات عدم النفع المؤكدة فإنّها تختلف عن الرأى المشهور للفقهاء. خسارة عدم النفع سواء كانت ناتجة عن غصب المال أو حبس الإنسان الحرّ أو انتهاك العقد.

الكلمات الأساسية: سيرة العقلاء، العرف، المسؤولية المدنية التعاقدية، خسارة عدم

النفع.



verdicts confirm the importance of rationality in jurisprudence.) The exquisite views of some jurists in the study of the material and spiritual components of the Sirae are the basis for the significant works in contractual responsibility. Based on the findings of this essay written in a descriptive-analytical manner, it can be said that, in addition to relying on the evidence of coercive assertion to substantiate the principle of contractual liability, this type of disclaimer is indisputable, and does not imply explicit or implied (This type of responsibility is certain and it is not correct to subject it to explicit or implied). therefore, article 221 of the Civil Code is incorrect. In addition, relying on the organic and instrumental role of the rational process in understanding the rules of loss, ala al-yad and prohibition of detriment, the radius of responsibility encompasses non-profit damages. The of liability covers the non-profit losses incurred. On this basis, the amended Articles 221 of the Civil Code and Note 2 of Article 515 of the Code of Civil Procedure have been proposed. The overall approach of this article is to endorse the theory of unity of accountability and is in line with jurisprudence. At the same time, however, it differs from the well-known view of jurists, in that it argues that coercive damages include non-profit damages. (At the same time, it differs from the famous view of jurists in that it is argued that forcible indemnification involves non-profit damages.) Definite non-profit damages whether due to usurpation of property, human imprisonment, or breach of contract.

Keywords: *Rationale, Custom, Contractual civil liability, Non-profit damages.*

the creditor on debt exemptions arbiter. The question of whether the creditor is still in penury can also order the debtor with the exception of some property of debtor? This is the question that has been tried to be answered in this research through jurisprudential, traditionary and law books. In the end, after examining the reasons for the debt exemptions, which are mainly narrations and the rule of distress and constriction negation, what is stated as an answer to this question is that these reasons does not apply to the case where creditor himself or herself is in distress and constriction (insolvency), therefore, debtors' property can be withdrawn as long as distress and constriction (insolvency) be removed from creditor, even if it is his (debtor) house. if creditor is in distress and constriction (insolvency).

Keywords: *Debt exemptions, Distress and constriction, Debtor, Constriction negation rule.*

Exploring the Role of Rationality in Determining the Scope of Contractual Responsibility Based on Imam Khomeini and Martyr Sadr's Opinion

□ *Seyed Muhammad Hassan Mousavi Khorasani*

□ *Faculty member of Razavi University of Islamic Sciences*

The role of the “rational course” in the inference of Shari'a law has been more or less considered by the jurists. The point of difference is how to determine its status, conditions and validity. At the same time, the greater validity of the precepts of the meaningful transactions of the world indicates the importance of rationality in jurisprudence. (At the same time, the more general verdicts of the

present research, after explaining the meaning of illegitimate direction, and quoting legal interpretation on the issue, jurisprudential principles on the issue, such as specific narrations, and prohibited contributions to sin, with considering the intention of lawgiver to eliminate the corruption of matter has been investigated and finally, the nullity of the contract is accepted if it is one-sided for illegal direction and knowledge of the other party and principles such as the principle of validity cannot prevent the void arbiter progress and it was concluded that the criterion for influencing the illegitimate direction, is identification or positivity (and not specification of that) Therefore, it is suggested to the respectable legislator in future amendments (reforms) of the civil law.

Keywords: *Illegal purpose, Trading purpose, Knowledge, Specification, Prohibition, Nullity.*

A Research on the Impact of Creditor's Indigence on the Issue of Debt Exemptions

□ *Musa Hakimi Sadr (Assistant professor at Hakim Sabzevari University)*

□ *Fatemeh Raja'ei (Assistant professor at Hakim Sabzevari University)*

One of the issues in civil courts has been the exemptions of debt from the past to the present. Jurists and jurisconsult in this issue believe that if debtor owes no property except his home and some other necessities of life, creditor cannot force him to sell the property. Different aspects of debt exemptions have been explored in jurisprudence books and jurisprudential and juridical researches, but what has not been addressed is the impact of financial conditions of

to hold the owner accountable for the damages caused by the dangerous goods which were under their control. According to the authors, based on the Imamiyyah jurisprudence and with regard to the distinction between the concepts of “responsibility” and “guaranty”, it can be used theories of civil liability in law, which are equated with the necessity of compensation, as well as the compulsory provision of insurance coverage and the recognition of the rational nature of guarantee.

Keywords: *Civil liability, Compulsory guarantee, Behavior, Ownership, Dangerous goods.*

Research on the Impact of Illegal Direction: Confirmation or Verification ?! (Investigation of the Jurisprudence of Article 217 of the Civil Law)

- *Amin Suleiman Kolwanagh (PhD student of Jurisprudence)*
- *Muhammad Ali Raghebi (Assistant professor at Qom University)*
- *Ahmad Mortazi (Assistant professor at University of Tabriz)*

According to Article 190 of the Civil Law, the legitimacy of the order is one of the essential conditions for the accuracy of the transactions. Concerning the condition of its effect in Article 217 of Civil Law it is stated that in order to influence the illegitimate direction (that is the nullity of the contract), which must be specified. Therefore, in the case of knowledge of one of the parties to the contrary which is illegal to the side, the contract is correct. This is while there is a discrepancy between the jurisprudents of Imamiyah, in a way which some who consider it permissible and some void. In the

Keywords: *Holding company, Subsidiaries, Doctrine of the jurisprudence of the company, Causation.*



Juridical and Legal Possibility of Compensation Caused by the Ownership of Dangerous Objects

□ *Reza Darya'ei (Assistant professor at University of Guilan)*

□ *Mustafa Karbala'ei Aghazadeh (PhD student of Private Law)*

The topics of “civil liability” in law are discussed under the heading of “compulsory guarantee” in jurisprudence. High precision (scrutiny) in the use of compulsory guarantee contributories in jurisprudence indicates, that, this is the “person’s behavior” that plays a central role in the guarantee. The emphasis on the necessity of attributing wasted property to Islamic law behavior raises this question of whether ownership or on the other hand the domination of property over object of sell can also be regarded as compulsory guarantee contributories as well as the rules of destruction and *ala al-yad* (under fiduciary capacity)? In other words, can a person be the guarantor of damages by means of the ownership or domination of property without invoking damage refers to the behavior of the owner? The research has shown that ownership of Islamic law is a set of rights that allows one to use it, without the right of use oppositely, the right of exploitation and the right of occupation applied by a person shall be guaranteed his or her ownership. However, in order to preserve the social norms and social expedients of present era that result in the production of dangerous objects and the infliction of increased damage to persons, a solution must be sought

Holding Group and its subsidiary, one of the most active in the economic community today, despite the lack of special provisions in the Iranian legal system have been operating in the Iranian economic system for some time. Therefore, in order to deduce the laws and laws governing their relations, we have to refer to the existing rules and general laws. One of the issues with this group cooperation which is afflicted is the liability or non-liability of the Holding Company against the Subsidiary's creditors is due to the holding and management of the Holding Company in each of the Subsidiaries and their independent legal personality. After disputing views on the unity or multiplicity of legal entities between this group of companies and, as a result, of Holding Company's absolute responsibility or non-responsibility, we chose a third intermediate opinion on the relative independence of Holding Company against its subsidiaries. After examining the arguments of the supporters of the theory of relative independence in Western law, such as the doctrine of corporate legal personality hijab, fraud against the law, prohibition of abuse of power, according to the legalization of the Iranian legal system based on the Islamic legal system To jurisprudential rules such as Harmless, arrogance, everyone has a benefit; it has a disadvantage, cause and... and as well as related legal articles, the choice of causation rule, and rectifying of non-contractual civil liability-based article of the provisions of the statutory non-contractual civil liability, such as Articles 1, 7, 11, 12 of the Civil Liability Act as a general criterion in the holding and basis of the liability of the holding company against the actions of subsidiaries, seems justified.

The witness himself directly testifies and testifies on it or by witnesses to the incident being informed of that event and testifying to his testimony. The one who witnesses the event and testifies about it, his testimony is the original testimony. And he himself bears witness, and the one who testifies to his testimony before the ruler is called his subordinate witness, and he himself is called the subordinate witness. Since the presence of the original witness is often overlooked, it is necessary to elucidate and expurgation this argument. Many jurists have accepted testimony on the testimony by following of seven conditions as evidence to prove the claim; which have been explicitly stated and some have been stated in their phrases. But from the point of view of this research, there is no convincing reason for satisfying the first, second, fifth, sixth, and seventh conditions, so these conditions can be criticized and seem unnecessary. Famous reasons in support of the inadmissibility of testimony on the testimony of subordinate witnesses which is in expression is third-party testimony is also said to be defective and the credibility of the third testimony is defensible.

Keywords: *Testimony, Testimony on Testimony, Subrogation testimony, Principle witness, Subsidiary witness.*

Applying Traditional Non-Contractual Civil Liability Rules to Holding Company's Responsibility for Subsidiary Acts

□ *Ibrahim Abdipour (Full professor at Qom University)*

□ *Boshra Karimi (PhD student of Private Law)*

the behavior of Imam (as) in dealing with the money gained through gambling that the jurists have undermined the contents of the narration documentary and implicationally, ordered the incompatibility with the beliefs of Imamiyyah basics such as infallibility and knowledge of the Imam. During the descriptive-analytical research, the author studies the above narration and how the jurists encountered it as one of the instances of the current tradition of the infallibles. According to the research, assuming the problem, while the Imam could just do a speech prohibition, in order to prevent with emphasis, started vomiting the property; which the action prohibition entails more denial and rejection compare to the saying prohibition, therefore, according to Mukhtar's (elector) view, the narration does not contradict the belief basics, such as the infallibility and the knowledge of the Imam, as some jurists are on it; in addition, through the analysis of the above tradition, it was concluded that the examination of narrations should include a set of proofs, including the examination of the content and the document; therefore, the sufficiency of one of them does not appear to be correct; rather, for final judgment, the sum of the evidence must be the basis of action.

Keywords: *Action tradition, Infallible behavior(action), Saying sunnah (tradition), Abdu'l-Hamid bin Saeed narrations.*

Investigation of the Famous Theory of Testimony on Testimony

- *Seyed Jafar Alavi (Assistant professor at Razavi University)*
- *Gholam Heidar Rezvani (PhD student of Criminal Jurisprudence)*



between condition and conditioned ,placing consideration of transaction against the object of sale except in the cases of the condition impact in reduction and increase of the price and in the end will end into non-explicit indication of narrations on the nullity of the conditioned transaction therefore, the nullity of the transaction will be fixed only in the conditions that it causes the reduction and the price of the commodity.

Keywords: *Capable of being owned negation, Illegal condition, Property using with invalidity, Nulled transaction.*

A Critical Analysis of the Jurisprudents’ Approach to the Current Tradition in Inferencing Judgments “A Case Study of Narration by Abdul Hamid Bin Saeed”

- *Razieh Amini (PhD student of Jurisprudence)*
- *Hussein Saberi (Full professor at Ferdowsi University of Mashhad)*
- *Muhammad Haasan Haeri (Full professor at Ferdowsi University of Mashhad)*

The present tradition, which is the act of the infallible (Al-Ma‘šūm), is undoubtedly valid and invoked under certain conditions in the process of deduction; but what seems contemplation here is that, despite the deeper impact of the actions compared to the words, this part of the Islamic legacy has been neglected and not taken care of as it should be. The present essay regarding to this point which is possible to discover obstacles through the examination of cases; studies one of the traditions that implies the current tradition of the infallible (Al-Ma‘šūm). The contents of the above narration illustrate

being the objects similarity. Thus, if the value of the two commodities were not the same, it would be not only the taking of excess is permissible, but also the taking of excess is the exact unlawful profit.

Keywords: *Unlawful profit (usury), Unlawful profit (usury) transaction, Module (measurement) and being weighty, Two objects subtraction, Two objects unity.*

Examination and Criticism of the Reasons for the Arbiter of Cancellation of a Prohibited Conditional Transaction (by Relying on the Sanctity of the Property Using with Invalidity Reason)

□ *Sajjad Davarpanah Moghaddam (PhD student of Jurisprudence)*

□ *Hussein Naseri Moghaddam (Full Prof. at Ferdowsi University of Mashhad)*

One of the issues which has been discussed in civil jurisprudence is that the transaction is conditioned on the condition from the seller which it is forbidden; one of the three reasons of jurists which invalidate this type of transaction is matching the title of property using with invalidity. The nullity claim which is based on the book's indication on nonentity of capable of being owned of this type of transaction, is formed by the impossibility of distinguishing between condition and conditioned and specific narrations. It is dealt in this research with reasons for canceling the transaction by approach of property using with invalidity and this review of the necessity of capable of being owned in transactions, non-indication of The Book on capable of being owned negation from transaction, distinguishing



“ala al-yad” and the rule of sanctity related to dignity, guarantee and ignorance, negation of warranties reasons on the permissible assumption.

Keywords: *Imprisonment, Detinue, Imperative rule, Statuary, Sanctity, Bail.*

Reflection on the Ideology of Jurists on the Unity of Goods Stipulation

In the Realization of Unlawful Profit Transaction

- *Ehsan Ali Akbari Baboukani (Assistant professor at University of Isfahan)*
- *Ahmad Ali Ghane (Associate professor at Imam Sadegh University)*
- *Muhammad Hadi Habibollahi (PhD student of Jurisprudence)*

Unlawful profit (usury) transaction is one of the types of usages that the famous jurists consider the three conditions of being: 1- module (measurement) and being weighty, 2- obtaining excess and 3- consideration in kind. The meaning of the same objects in the jurisprudence words is that if the custom carries a particular word on two identical objects, the two cannot be traded with one another in subtraction and must be equal in quantity. This jurists' word is while people's custom for two similar goods but with different traits, differ different trading values and reason also dictates that the taking of excess is not only permissible, but will require the transaction. The jurists referring to the traditions mentioned in this regard have assumed this condition as a unchallengeable and binding (canon law) and have all ruled on it consensus. In this research, while examining the reasons, we conclude that the traditions of this subject do not imply the necessity of being the objects similarity in the interpretation which the jurists have and the criterion of “being equal” can be substituted for

reasons, concludes that both parties' silence on the term of condition option and the more correct view is the validity of the condition and the contract where there is a criterion for determining the term, so it is suggested to amend and supplement the civil law in this field.

Keywords: *Option of condition, Cucumber indeterminacy, Deceit, Article 401 of Civil Law, Cancellation of condition and contract.*

Jurisprudential Investigation of Data Confinement in Cyberspace

- *Ali Akbar Izadi Fard (Full professor at Mazandaran University)*
- *Abedin Momeni (Associate professor at University of Tehran)*
- *S. M. Hussein Nejad (Assistant prof. at Parsa Institute of Higher Education)*
- *Fazel Amiri Savadroodbari (PhD of Jurisprudence & Principles of Islamic Law)*

Imprisonment in cyberspace is one of the most important events of this age. In many cases, the information, scientific, educational, and financial information of individuals is detained in cyberspace in such a way that detention prevents owners of the work from using their information, which raises the question of whether detention is a Allow virtual space? If not, what is its Imperative rules and status? Does imprisonment, in all cases, result in sanctity and guarantees? Imprisonment in cyberspace sometimes results in sanction, but in some cases only a warrant or only a sanction and the necessity of removing it, although there may be instances of neither sanction nor warrant. In this research, some of the issues which are discussed are reasons such as the wisdom to seize the property of others without the consent of the vicar, prohibition of consuming property wrongfully, the rule of



transactions? In general, there are three approaches in this regard that, on the basis of each, the central concept of conditionality is: First: the concept of obligation and second: The concept of suspense: The concept of relevance. According to the findings of this study, derived from the study and study of dozens of jurisprudential works, the concept that has been the basis of jurisprudential arguments in the past is: “Obligation and Commitment in Bía and the like” and on The basis of this perpetrator never applies to a condition outside the title.

Keywords: *Condition, Concept of condition, Custom, Specific custom of jurists.*

Jurisprudential and Legal Thought on Article 401 of the Civil Law

- *S.M. Mahdi Ghabooli Dorafshan (Associate professor at Ferdowsi University)*
- *Mahdieh Latifzadeh (PhD student of Private Law)*

Option of condition is one of the options which relates to the agreement of the parties to the contract. One of the important issues regarding this option, is the time of option of condition which is in article 401 of the Civil Law, following a group of jurists, has considered the indefinite time causes the void of the contract and the condition and a group of jurists have joined the agreement on the unknown time in following the jurisprudential texts. Now the question is whether the rule is based on strong basics and reasons or not? In particular, contracts are often neglected or neglected in determining of option of condition contracts. This study, by examining various jurisprudential and legal opinions and reviewing the evidence and

Abstracts

Analysis of the Concept of Condition in the Specific Custom of Imamite Jurisprudents

- *Ahmad Bagheri (Full professor at University of Tehran)*
- *Hussein Davarzani (Associate professor at University of Tehran)*
- *Seyed Mahmud Hal Ataei (PhD student of Jurisprudence)*

In the traditions, the conceptual nature of the word “condition” has never been addressed. The concept of the term from a conventional point of view and based on the available lexical evidence, there are two things: First: The deal is in the process of trading. Second: something which is suspended on another thing and since there is no comprehensive value between the first and second concepts. And among the Imamite jurisprudents there has been no special and distinct term for custom, as well, which customary concept should be considered in the field of jurisprudential matters, and especially

Table of contents

Analysis of the Concept of Condition in the Specific Custom of Imamite Jurisprudents Ahmad Bagheri & Hussein Davarzani & Seyed Mahmud Hal Ataei	3
Jurisprudential and Legal Thought on Article 401 of the Civil Law Seyed Muhammad Mahdi Ghabooli Dorafshan & Mahdiah Latifzadeh	23
Jurisprudential Investigation of Data Confinement in Cyberspace/ Ali Akbar Izadi Fard & Abedin Momeni & Seyed Mujtaba Hussein Nejad & Fazel Amiri Savadroodbari	49
Reflection on the Ideology of Jurists on the Unity of Goods Stipulation In the Realization of Unlawful Profit Transaction Ehsan Ali Akbari Baboukani & Ahmad Ali Ghane & Muhammad Hadi Habibollahi	VV
Examination and Criticism of the Reasons for the Arbiter of Cancellation of a Prohibited Conditional Transaction (by Relying on the Sanctity of the Property Using with Invalidity Reason) Sajjad Davarpanah Moghaddam & Hussein Naseri Moghaddam	101
A Critical Analysis of the Jurisprudents' Approach to the Current Tradition in Inferencing Judgments "A Case Study of Narration by Abdul Hamid Bin Saeed" Razieh Amini & Hussein Saberi & Muhammad Hassan Haeri	129
Investigation of the Famous Theory of Testimony on Testimony Seyed Jafar Alavi & Gholam Heidar Rezvani	153
Applying Traditional Non-Contractual Civil Liability Rules to Holding Company's Responsibility for Subsidiary Acts/ Ibrahim Abdipour & Boshra Karimi	179
Juridical and Legal Possibility of Compensation Caused by the Ownership of Dangerous Objects/ Reza Darya'ei & Mustafa Karbala'ei Aghazadeh	213
Research on the Impact of Illegal Direction: Confirmation or Verification ?! (Investigation of the Jurisprudence of Article 217 of the Civil Law) Amin Suleiman Kolwanagh & Muhammad Ali Raghebi & Ahmad Mortazi	237
A Research on the Impact of Creditor's Indigence on the Issue of Debt Exemptions Musa Hakimi Sadr & Fatemeh Raja'ei	265
Exploring the Role of Rationality in Determining the Scope of Contractual Responsibility Based on Imam Khomeini and Martyr Sadr's Opinion Seyed Muhammad Hassan Mousavi Khorasani	287
Translation of Abstracts:	
Arabic Translation/ Saqr Sobouh	323
English Translation/ Muhammad Hussein Golyari	346

صاحب امتیاز: دانشکده علوم اسلامی رضوی

مدیر مسئول: سیدحسن وحدتی شبیری

سردبیر: محمد امامی

اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

دکتر محمد امامی (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

دکتر احمد باقری (استاد دانشگاه تهران)

دکتر محسن جهانگیری (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

دکتر محمدحسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

دکتر حسین صفایی (استاد دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

دکتر محمدصادق موسوی (دانشیار دانشگاه شهید مطهری)

دکتر سیدابوالقاسم نقیبی (دانشیار دانشگاه شهید مطهری)



مشاوران علمی این شماره (به ترتیب حروف الفبا):

دکتر امین امیرحسینی / حجة الاسلام دکتر محسن جهانگیری / حجة الاسلام

دکتر محمدحسن حائری / دکتر سعید خردمندی / دکتر سیدعلی رضوی /

حجة الاسلام دکتر محمدابراهیم روشن ضمیر / حجة الاسلام دکتر جعفر زنگنه

شهرکی / دکتر محمدعلی سعیدی / دکتر عباسعلی سلطانی / حجة الاسلام دکتر

ابوالفضل علیشاهی / دکتر محمدتقی فخلعی / دکتر محمدعلی قاسمی / دکتر

حجت مبین / دکتر محمد محسنی دهکلانی / دکتر محمدمهدی مسعودی /

حجة الاسلام دکتر علی نصرتی / حجة الاسلام سیدمهدی نقیبی / حجة الاسلام

دکتر سیدحامدحسین هاشمی / حجة الاسلام دکتر محمدمهدی یزدانی



تأییدیه علمی پژوهشی:

«مجله آموزه‌های فقه مدنی» بر اساس مجوز کمیسیون بررسی نشریات کشور

(وزارت علوم، تحقیقات و فناوری) در تاریخ ۱۳۹۱/۵/۱۸ و به شماره ۱۲۳۹۲۱ از

بهار و تابستان ۱۳۸۹ دارای درجه «علمی- پژوهشی» گردیده است.

این فصلنامه در وبگاه‌های زیر قابل دسترسی است:

www.magiran.com/razavi و www.noormags.ir و www.sid.ir

و www.civilica.com و www.isc.gov.ir

«آرای نویسندگان مقالات لزوماً دیدگاه مجله نیست.»

«نقل مطالب مجله با ذکر مأخذ بلامانع است.»

آموزه‌های فقه مدنی

پاییز - زمستان ۱۳۹۸، شماره ۲۰



مدیر اجرایی

محمدامین انسان

کارشناس اجرایی

علی برهان‌زهی

نحوه انتشار

به صورت الکترونیکی در وبگاه:

www.razavi.ac.ir

تلفن و دورنگار

۰۵۱-۳۲۲۳۰۷۷۲

نشانی پستی

مشهد، ص پ ۹۱۷۳۵-۴۶۱

رایانامه

razaviunmag@gmail.com

Specialized Journal of Razavi University of Islamic Sciences

Civil Jurisprudence Doctrines

No. 20

Autumn 2019 & Winter 2020



Proprietor:

Razavi University of Islamic
Sciences

Managing Director:

S. H. Vahdati Shobeiri

Editor -in- Chief:

M. Imami

Executive Chief:

M. A. Ensan

Editorial Board:

A. Bagheri (*Prof. at University of Tehran*)

M. T. Fakhlaei (*Prof. at Ferdowsi University of
Mashhad*)

M. H. Haeri (*Prof. at Ferdowsi University of Mashhad*)

M. Imami (*associate professor at Razavi University
of Islamic Sciences*)

M. Jahangiri (*associate professor at Razavi University
of Islamic Sciences*)

M. S. Mousavi (*associate professor at Shahid Motahari
University*)

S. A. Naghibi (*associate professor at Shahid Motahari
University*)

H. Safaei (*Prof. at Razavi University of Islamic Sciences*)

Tel & Fax: 051-32230772

Address: Iran, Mashhad, P.O. Box: 91735-461

Web Site: www.magiran.com/razavi

E.mail: razaviunmag@gmail.com