

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرست مطالب

- تبیین مقتضای عقد و قاعدهٔ سیاق با نگاهی ویژه به شرط توارث در عقد منقطع
مریم صباغی ندوشن و محمدحسن حائری و حسین صابری ۳
- ماهیت حقوقی «قرارداد مشارکت در تولید» از منظر حقوق ایران و فقه امامیه
ابوبالاب کوشا و مصطفی شفیع‌زاده خولنجانی ۳۵
- نقدی بر تفاسیر حقوقی مادهٔ ۲۱۸ قانون مدنی و ارائهٔ تفسیر بر پایهٔ آموزه‌های فقه امامیه
امین سلیمان کلوانق و احمد باقری و احمد مرتاضی ۶۵
- بررسی فقهی و حقوقی راهکارهای تعیین ضامن در تداخل عرضی اسباب
عبدالحسین رضائی راد و معصومه سیاحی و خسرو نشان ۸۹
- بررسی انقلاب عقد مضاربه به عقد قرض ربوی در صورت اشتراط ضمان عامل
صدیقه‌سادات فقیه و حسین ناصری مقدم و اصغر ابوالحسنی ۱۱۷
- بازپژوهی ادلهٔ فقهی سقوط اختیار غبن با تصرف قبل از علم
سیدمحمد مهدی صابر و محمدرضا کیخا و امیرحمزه سالارزائی ۱۴۷
- امکان‌سنجی فقهی وقف حقوق معنوی با نگاهی به مادهٔ ۵۵ قانون مدنی
رضا نیکخواه سرنقی و محمدحسن جوادی و سیدعلی حسینی ۱۶۳
- جایگاه قاعدهٔ «تحدیر» در مسئولیت مدنی اشخاص و دولت / ابوالفضل علیشاهی قلعه‌جوقی و محمد دانش‌نهاد ۱۸۹

ترجمهٔ حکم‌آنها

- ترجمهٔ عربی (موجز المقالات) / حمید عباس‌زاده ۲۱۳
- ترجمهٔ انگلیسی (Abstracts) / رحمت‌الله کریم‌زاده ۲۳۰

راهنمای تدوین مقالات

- مقالات باید علمی - پژوهشی، مستند و دارای نوآوری باشند.
- مقاله ارسالی بین ۶۰۰۰ تا ۹۰۰۰ کلمه حروف چینی شده باشد.
- تیرهای 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.

تبیین مقتضای عقد و قاعدهٔ سیاق

با نگاهی ویژه به شرط توارث در عقد منقطع*

- مریم صباغی ندوشن^۱
- محمدحسن حائری^۲
- حسین صابری^۳

چکیده

با وجود آنکه شرط توارث در ضمن عقد نکاح توقیتی به عنوان یکی از شروط مباح، ظرفیت شمولیت ادلهٔ تنفیذ را واجد است؛ لکن انگارهٔ مقتضای بودن توارث در عقد نکاح مطلقاً، یا عدم آن در خصوص نکاح موقت، منشأ تحقق فتاوای مختلف در این زمینه گردیده است. برخی با مستمسک قرار دادن سیاق آیات، مدعای خود را در جهت ثبوت توارث حتی در صورت شرط سقوط، اثبات نموده‌اند و برخی دیگر با استناد به نظم و نسق الفاظ روایات در قالب سیاق، به سقوط آن حتی در صورت شرط ثبوت، نظر داده‌اند. در حالی که با توجه به تعریف سیاق که مدخلیت مجموعهٔ قرائن مقالیه و مقامیه در راستای استکشاف

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۸/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۲/۱۱.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد (m-sabbaghi@stu.um.ac.ir).

۲. استاد دانشگاه فردوسی مشهد (نویسندهٔ مسئول) (haeri-m@um.ac.ir).

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

مراد متکلم است، روایات نافی ارث با عنایت به معهودات ذهنی مخاطبان زمان صدور روایات که همان شرط سقوط ارث به دلیل عدم ضمانت اجرا در آن زمان است، ناظر به عدم تحقق توارث در صورت شرط سقوط است، بی آنکه نظارتی بر صورت شرط ثبوت داشته باشد. همچنان که سیاق آیات نیز اجنبی از تعرض به اقتضاست که مستتج آن است که توارث در صورت شرط آن معتبر و لازم‌الوفاست.

واژگان کلیدی: توارث، شرط، مقتضای عقد، عقد منقطع، سیاق.

طرح مسئله

اصل آزادی قراردادها با انبعاث از ادله عمومی ناظر بر لزوم پابندی به شرط بر اساس ادله و روایاتی نظیر «المؤمنون عند شروطهم»، مقتضی درج هر شرطی در ضمن عقد است که حداقل برای یکی از متعاقدين یا شخص ثالث نافع باشد. لکن قلمرو اعتبار این اصل تا جایی است که شرط مذکور در متن عقد، با موانع مذکور در متون فقهی تصادم نداشته باشد. یکی از موانع اعتبار شرط، مخالفت آن با مقتضای عقد است که با وجود تحقق اجماع بر عدم اعتبار آن، تبیین و تعیین آن از سوی فقیهان و فقه‌مداران، مبتلا به آشفتگی و آمیختگی با اجمال و ابهام است و همین امر زمینه اختلاف آن‌ها را در تشخیص مقتضای عقد در برخی عقود و به تبع آن شرط در ضمن آن از حیث صحت و بطلان فراهم آورده است. یکی از این مصادیق مشتبّه، عقد نکاح منقطع است که شرط توارث در ضمن آن، محل تضارب آرا واقع شده است؛ به گونه‌ای که برخی با معرفی توارث به عنوان مقتضای ذات عقد، شرط سقوط آن را نیز فاقد اثر دانسته‌اند و در مقابل، عده‌ای دیگر به نحوی معکوس، توارث را حتی با وجود شرط آن در ضمن عقد منتفی دانسته و در نتیجه آن را فاقد اعتبار اعلام می‌نمایند. چنانچه بر خلاف قول سوم که توارث را تنها در صورت تقیید به عدم شرط سقوط آن در ضمن عقد مقتضای می‌داند، قول دیگر با تصریح به انتفای احتساب آن در زمره مقتضای عقد، شرط آن را در ضمن عقد معتبر می‌داند.

محل وفاق در اقوال چهارگانه فوق، ارتباط وثیق آن با مقتضای عقد است و مقتضا به نحوی لحاظ شده است که گاهی شرط ثبوت توارث و گاهی شرط سقوط، مخالف آن قلمداد شده است. همان طور که فرض آن به گونه عدم تنافی با توارث و یا حتی توارث «بشرط لا» نیز به عنوان مقتضا مدنظر واقع شده است.

جستار فوق در صدد است پس از تنقیح موضوع مقتضای عقد و ملاک تشخیص آن، متعرض عدم تمامیت عمده دلیلی که در وجه قول اول وارد شده یعنی آیه شریفه ﴿الْأَعْلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ (مؤمنون / ۴) شود که با توجه به سیاق حصر، استمتاع حلال منحصر در زوجة و ملک یمین شده و با لحاظ مفروغ عنه بودن اندراج متعه تحت عنوان زوجیت، آن را مشمول آیه میراث قرار می دهد و بدین ترتیب توارث را مقتضای عقد منقطع به سان دائم تلقی می کند و این مقتضا چنان متحتم انگاشته می شود که روایات وارد در جهت انتفای ارث متعه، توجیه و مطرود اعلام می شود. در حالی که همین سیاق، مستمسک برخی از فقیهان عامه قرار گرفته، به نحوی که با استناد به آن - البته بدون تصریح به لفظ آن - مدعی عدم حلیت عقد ازدواج منقطع شده (جصاص، ۱۴۰۵: ۹۸/۳؛ ابن عجبیه، ۱۴۱۹: ۵۶۳/۳؛ مظهری، ۱۴۱۲: ۷۵/۲) و حتی آن را سفاح نامیده اند (فخرالدین رازی، ۱۴۲۰: ۴۴/۱۰؛ ثعلبی نیشابوری، ۱۴۲۲: ۲۸۸/۳؛ زحیلی، ۱۴۲۲: ۳۰۶/۱).

۱. زیرا ایشان با مفروغ عنه بودن عدم صدق زوجة نسبت به همسر متعه‌ای، مستند خود را در ادعای تحریم آیه شریفه قرار داده و عدم توارث را نیز در خصوص آن با استناد به همین اصل توجیه نموده اند؛ چه، آیه شریفه از حصر تمتعات جنسی در دو گروه ازواج و ملک یمین به گونه حصر حقیقی سخن می راند، چنانچه صاحب التفسیر المظهری از قول ابن عباس چنین نقل می نماید: «فکل فرج سواهما فهو حرام» (مظهری، ۱۴۱۲: ۳۶۵/۶) که اختصاص آن به ذکر، مصحح حصر حقیقی به شمار می آید و مراد، نفی حلیت استمتاع نسبت به غیر دو قسم مذکور بر سیل انفصال حقیقی به حیثی است که قابل اجتماع و ارتفاع نباشند (سیوری حلی، ۱۴۱۹: ۱۴۵/۲)؛ به ویژه آنکه آیه شریفه، متعقب به این قول خداوند است: ﴿فَمَنْ آتَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾ (مؤمنون / ۷)، که تلذذات جنسی در غیر این دو گروه را تجاوز از حدود الهی و منافی عفت نامیده است؛ افزون بر مدح عظیم متلبسین به صفت تعفف به انضمام دیگر صفات مذکور که سیاق آیات به تفصیل، متکفل بیان آن خصوصیات شده است؛ خصوصیات که منشأ تسمیه آن‌ها به مؤمنانی شده است که فوز و فلاح بر آن‌ها حتمیت می یابد، منوط به آنکه فرج خود را از شهوات حفظ نموده و البته متصف به سایر خصوصیات مذکور در آیات گردند؛ آن هم با خصوصیات تعبیری که عبارت است از: جعل جمله وصفی بدل از فعلی در صله که دال بر ثبوت و استمرار چنین صفتی است، بنای حکم بر ضمیر و تقدیم ظرف بر متعلق که گویای نهایت اهتمام بر صفت مذکور است و نیز متجاوز معرفی کردن طالب موافقه با غیر این دو گروه (زوجة و کنیز) از حدود الهی که ملحوظ قرار دادن جملگی این خصوصیات نظارت آیه شریفه را بر تحریم متعه از منظر آنان به دلیل تنافی آن با وجوب حفظ فرج مستدل می نماید؛ چنان که صاحب تفسیر المنار به این تنافی تصریح می نماید (رشید رضا، بی تا: ۱۳/۵).

۲. فخر رازی تسمیه به سفاح را منسوب به ابوبکر، و ثعلبی آن را منسوب به ابن عمر می داند و تعبیر زحیلی در اشاره به این همسانی چنین است: «ولا تختلف المتعة كثيرا عن الزنى بعينه» (همان).

البته در این راستا، از تعرض نسبت به اقوال دیگر موجود در مسئله بی‌نیاز نخواهیم بود. به همین منظور ابتدا به تعریف واژگان و برخی عناوین دخیل در موضوع و مرتبط با بحث می‌پردازیم.

مفهوم مقتضی

«مقتضی» اسم فاعل از مصدر «اقتضاء» از ماده «قضى»، به معنای مفیض اثر و هر عامل مؤثری است که در صورت عدم مانع بتواند منشأ اثر واقع شود (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۷۶/۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۶۷۷) و تأثیرگذاری آن، وابسته بشرط لا از حدوث مانع باشد.

مفهوم مقتضا

«مقتضا» که اسم مفعول از همان مصدر است، قاعداً اثر به وجود آمده از تأثیر مقتضی است و در عقود، اثر حاصله از عقد است. به عبارتی هر عقدی به مجرد تحقق، آثاری به دنبال دارد و مقتضی اموری است که این آثار و امور را مقتضیات عقد می‌نامند (علامه، ۱۳۸۷: ۱۵۱)؛ اعم از اینکه عقلایی یا شخصی باشند؛ بی‌آنکه ضرورتی برای احتساب اثر شرعی در زمره مقتضا مطابق ادعای برخی (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۳۰/۴) وجود داشته باشد.^۱ بنابراین بر خلاف تصریح عده‌ای بر تسمیه اثر شرعی به مقتضا (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۴/۴۱۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۹/۷۶۵؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۱/۴۹۳)،^۲ وجهی برای انگاره مقتضا شمردن آثار شرعی وجود ندارد. چنانچه تعریف مقتضا به موضوع اساسی که عقد به خاطر آن واقع شده و بدون آن جوهر و ماهیت خود را از دست می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۳/۱۵۷؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۴/۴۱۴)^۳ نیز به دلیل اضیق بودن

۱. زیرا خواهد آمد که آثار معرفی شده برای عقد توسط شرع، در صورت تخالف شرط با آن‌ها، خلاف کتاب و سنت خواهد بود، نه آنکه خلاف مقتضای عقد به حساب آید و وجهی برای الحاق یکی به دیگری نیست.

۲. برای مطالعه بیشتر ر.ک: گیلانی قمی، ۱۴۲۷: ۲/۹۱۴.

۳. تعبیر محقق کرکی در تمثیل به بیع، دال بر این مطلب است؛ آنجا که در عدم تنفیذ شرط عدم انتفاع همیشگی به موجب منافات آن با مقتضای عقد مقرر می‌دارد: «لأن الغرض الأصلي من انتقال الملك إنما هو إطلاق التصرفات فإذا شرط عدمها أو عدم البعض أصلاً نافي مقتضى العقد» (همان).

محدوده معرف از معرف ناموجه است؛ چه، تنها مقتضای ذات را شامل می‌شود، بی‌آنکه مقتضای اطلاق را در بر گیرد، در حالی که معرف از نظر مفهومی باید با معرف کاملاً هماهنگ باشد. در اینجا ناگزیر از تعریف مقتضای ذات و اطلاق خواهیم بود.

مقتضای ذات و اطلاق عقد

مقتضیات هر عقدی به دو قسم منقسم می‌شود، به نحوی که برخی مقتضیات، پیوند ناگسستی با عقد داشته و قابلیت انفکاک از عقد را ندارند و برخی دیگر ناشی از نوع خاصی از عقد یعنی عقد مطلق بوده که قابل سلب از عقد می‌باشند. از قسم اول به مقتضای ذات و از قسم دوم به مقتضای اطلاق عقد تعبیر می‌شود. عمده تفاوت در این دو از حیث صحت یا فساد شرط مخالف است که اگر شرطی با مقتضای ذات عقد مخالف بود، باطل است، ولی شرط مخالف با مقتضای اطلاق عقد صحیح است؛ زیرا در این صورت تنها موجب تقیید عقد می‌شود، بی‌آنکه با آن در تنافی باشد. از این دو قسم مذکور، تنها شرط خلاف مقتضای ذات عقد، مرتبط با موضوع بحث است و مراد، آن دسته از آثار عقد است که عقد بدون وجود آن‌ها محقق نمی‌شود (شهیدی، ۱۳۸۷: ۱۱۳)؛ اثر دال بر شیئی که از ویژگی بقا برخوردار بوده (مصطفوی، ۱۴۰۲: ۳۲/۱؛ حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۶/۶؛ قرشی بنایی، ۱۴۱۲: ۲۲/۱) و در مقام همان کیفیت‌های ویژه و نشانه‌هایی از عقد می‌باشند که از انشای عمل حقوقی حاصل می‌شوند و آن دسته از لوازم عقد را نیز در بر می‌گیرند که هدف از انعقاد عقد، وصول به آن‌ها می‌باشد؛ همان آثار اقتضایی که به عنوان عیار سنجش میزان مغایرت عقد با شرط ضمن آن، از حیث تعیین صحت یا بطلان چنین شرطی محسوب می‌شوند؛ چنانچه شرط توارث در ضمن عقد ازدواج منقطع، مخالف مقتضای ذات عقد و باطل انگاشته شده است. از آنجا که سرنوشت بطلان چنین شرطی و به تبع آن چنین عقدی، به تشخیص صحیح مقتضای ذات وابسته است، ملاک لازم در این خصوص مورد بررسی قرار می‌گیرد.

سنجه تمییز مقتضیات عقد

با وجود اتفاق بر بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد از سوی فقیهان (حسینی حلبی، ۱۴۱۷: ۲۱۶)، تشخیص و مناط تعیین آن مورد اختلاف واقع شده است تا آنجا که شیخ انصاری با تأکید بر صعوبت ضابطه تشخیص مقتضیات عقد، در مقام انتقاد از محقق کرکی برآمده و با اذعان به کمال تبحر ایشان در فقه، بر ایکال مصادیق و معیارهای این تمییز به نظر فقیه، خرده گرفته (انصاری، کتاب المکاسب، ۱۴۱۵: ۴۹/۶) و همین پیچیدگی در بیان موضوع را منجر به تعارض فتاوا در برخی از مصادیق شرط خلاف مقتضای عقد، نظیر شرط توارث در عقد منقطع می‌داند (همان) که منجر به اختلاف تعبیر در این خصوص شده و مباحث فراوانی را از حیث اعتبار و عدم اعتبار آن برانگیخته است. مناط مطرح شده از سوی فقیهان جهت شناسایی مقتضای عقد عبارت است از:

۱. ارکان تشکیل دهنده عقد

جمع زیادی از فقیهان، اجزای اصلی و عناصر سازنده عقد را در زمره مقتضیات عقد به شمار می‌آورند؛ عناصری که قوام عقد بدان وابسته بوده و فقدان آن‌ها، نابودی ماهیت عقد را به دنبال دارد (ابن ابی‌جمهور احسائی، ۱۴۱۰: ۱۱۴؛ مامقانی، ۱۳۵۰: ۱۵۸؛ گیلانی قمی، ۱۴۲۷: ۱۸/۲).^۱

از منظر آنان، مقتضای عقد نه از نوع ترتب اثر بر عقد، بلکه از نوع توقف ذات بر ذاتی است؛ به گونه‌ای که انتفای آن، انتفای ذات عقد را به همراه دارد و لذا همان ذاتیات عقد مسمی به مقتضاست که مناط سنجش صحت و سقم شرط واقع می‌شود.

بررسی و نقد

بی‌تردید ماهیت هر شیء، متکون از ذاتیات آن شیء است و تحقق آن در گرو تحقق تمامی امور ذاتی است، به نحوی که با فقدان هر یک از آن‌ها عقد وجود خارجی پیدا

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک: حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۴۸/۲؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۵۳/۵؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۱۵۱. نراقی در ضمن تعرض به مقتضای عقد و برشمردن اقسامی از آن، درباره مقتضای ذات عقد می‌فرماید: «إِنَّ مقتضى العقد إما مقتضى ذاته من حيث هو من غير احتياج الشارع ذلك مترتباً عليه، وهو كل أمر لا يتحقق العقد بدونه، بحيث لو انتفى ذلك المقتضى لانتفى العقد، لغة أو عرفاً أو شرعاً» (همان).

نمی‌کند و اگر شرطی با یکی از ارکان تشکیل‌دهنده عقد مخالف باشد، ابطال آن معامله به استناد شرط خلاف مقتضای ذات صحیح است. به عبارتی، شرطی که منشأ اخلال به بعضی ارکان تشکیل‌دهنده عقد شود، مانع از تحقق خارجی عقد گردیده و در این صورت، سخن از صحت و بطلان، سالبه به انتفای موضوع خواهد بود؛ زیرا شرطی که مخالف با محور اصلی عقد باشد، مانع از تحقق قصد و عدم تمشی جد و در نتیجه فقدان تحقق انشاء و منشأ می‌شود و با لحاظ فقد تحقق انشاء و منشأ، سخن از فساد ناتمام است؛ چون صحت و فساد فرع بر اصل وجود است، این شیء برخوردار از اصل وجود است که متصف به صحیح و فاسد می‌شود و معدوم محض قابل اتصاف به صحت و فساد نخواهد بود.

افزون بر آنکه در نظریه فوق، میان شرط خلاف ذات و شرط خلاف مقتضای ذات خلط شده است؛ زیرا این درست است که قوام هر ذاتی و از جمله ذات عقد، به ذاتیات آن است و هر گاه شرطی با ذاتیات مزبور در تضاد باشد، خلاف ذات آن عقد به شمار می‌آید، لکن محط اصلی بحث در خصوص شرطی است که درج آن در معامله، با مقتضای ذات یعنی آثار و لوازم ذات و نه خود ذات در تخالف باشد. به تعبیری، طرح شرط مخالف مقتضای ذات عقد صرفاً زمانی معقول است که عقد امکان انعقاد و منشأ اثر واقع شدن را داشته باشد، به طوری که با فرض انعقاد، مستدعی ایجاد تمام آثار باشد و حال آنکه شرط ضمن عقد با آن آثار در تنافی باشد و این امر تنها در فرضی میسر است که افزون بر وجود مقتضی که عبارت از مقومات و ارکان داخلی شیء است، مانع نیز مفقود بوده تا منشأ اثر ولو به نحو مدلول التزامی باشد. به دیگر سخن، در فرض عدم تحقق ارکان مقوم عقد و به تبع آن عدم امکان تحقق مفهوم عقد، مقتضی وجود ندارد تا مسبب اثر و مقتضا باشد و با فقدان مقتضا چگونه می‌توان خلاف مقتضای ذات را مستمسک جهت بطلان شرط قرارداد؟!

لذا مجالی برای تمسک به شرط مخالف مقتضای ذات باقی نخواهد ماند؛ زیرا عقد مقتضی اثر که خود فاقد موجودیت است، توانایی موجودیت بخشیدن به هیچ مقتضایی ندارد تا شرط مخالف با چنین مقتضای تکوین نیافته‌ای فاقد اعتبار باشد. به تعبیری، فاقد شیء نمی‌تواند معطی شیء باشد و به تبع آن شیء هستی نیافته نمی‌تواند ملاک

جهت صحت یا بطلان واقع شود. در نتیجه، تعبیر از شرط خلاف مقتضای ذات به ارکان مقوم عقد، فاقد توجیه منطقی خواهد بود.

۲. جعل شارع

دسته‌ای از محققان، جعل شارع را ملاک قرار داده و آثاری را که شارع برای هر عقدی وضع نموده است، جزء مقتضای ذات عقد قلمداد نموده و شرط خلاف آن را باطل دانسته‌اند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۶۹/۳؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۴/۴۱۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۷۲۴/۱۴).^۱ به عبارتی، شارعی که معتبر است، مقتضای ذات هر عقدی اعتبار نموده است و برای تنفیذ شرط کافی است که مخالف چنین اعتباراتی نباشد.

بررسی و نقد

این نظر از جهت آنکه در راستای آیه شریفه «إِنِ الْحُكْمُ لِلَّهِ» (انعام/ ۵۷)، مصدر قانونی تمامی الزامات شرعی را جعل شارع معرفی می‌کند، به طور کلی قابل طرح است، بی‌آنکه مخّل به اصل آزادی قراردادها باشد؛ چرا که در نهایت، این مقنن است که حاکمیت اراده طرفین را در انعقاد قرارداد محترم شمرده و تراضی مشترک طرفین را نه تنها نافذ، بلکه لازم‌الوفا دانسته است. بنابراین مقتضای هر عقد به سان اصل الزام‌آوری آن، در تحلیل نهایی ریشه در جعل شارع دارد. لکن از آنجا که معاملات و احکام مربوط به آن غالباً امضایی و نه تأسیسی می‌باشند و شارع مقدس آنچه را که عرف و عقلا به لحاظ الزام‌های اجتماعی خود اعتبار می‌کنند، تأیید و امضا نموده و بعضاً به وضع بایدها و نبایدهایی به منظور حفظ مصالح جامعه و فرد اکتفا نموده است، بدون اینکه جعل مستقیمی از سوی شارع مقدس در خصوص آثار و مقتضیات عقود صورت پذیرفته باشد، معرفی جعل شارع به عنوان مناط تشخیص و تمییز مقتضیات عقود نیز ناتمام است. اشکال دیگر بر نظر فوق آن است که بر فرض تنزل از مطلب و پذیرش عیار شرع

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک: نراقی، ۱۴۲۲: ۹۵؛ نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۲۵؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۹۰/۲. تعبیر مراغی چنین است: «ویمکن إدراج هذا القسم من الشرط... فی عنوان (الشرط المخالف للكتاب والسنة) باعتبار أن الشرط المقتضى لتغير هيئة العقد أو لعدم ترتب آثاره اللازمة عليه أو لجهاله العوض المشروط فيه العلم شرعاً، يكون مخالفاً لما دلّ من الأدلة على اعتبار ذلك كله من الكتاب والسنة» (همان).

به عنوان تعیین مقتضا، چگونه می توان در صدد تمایز میان آثار و لوازم غیر قابل انفکاک از عقد و سایر آثار و لوازم برآمد؟ زیرا شارع در میان آثار و احکام عقود، بین این دو دسته آثار صراحتاً تفکیک قائل نشده است، بلکه آثار و لوازم عقد را می توان از مجموع احکام مشرّع استخراج نمود؛ برای نمونه، مستفاد از مجموعه احکام مقنن آن است که لوازم عقد بیع عبارت اند از: تملیک و تملک عوضین، مالکیت تصرف در عوضین برای متعاقدین و نه فعلیت آن، تحقق خیار مجلس و حیوان و... اما تشخیص اینکه از میان آثار فوق الذکر، کدام قابل سلب از عقد بوده تا شرط مخالف آن نافذ باشد و کدام غیر قابل سلب بوده تا شرط خلاف آن غیر نافذ باشد، محتاج بررسی در احکام و آثار عقد و تشخیص چگونگی قابلیت تغییر آن ها به واسطه شرط یا شرع است. لذا معرفی شرع به عنوان سنجۀ تعیین مقتضای عقد محکم نخواهد بود و اشکال در تشخیص مقتضا به قوه خود باقی است؛ اشکالی که از منظر طراحان این نظر نیز مخفی نمانده و با عنایت به آن چنین ابراز می نمایند:

«ویشکل باشرط عدم الانتفاع به زماناً معیناً، فإن مقتضى العقد إطلاق التصرف فى كل وقت، وباشترط إسقاط خيار المجلس والحیوان وما شاكل ذلك مما أجمع على صحّة اشتراطه» (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۶۹/۳؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۷۲۴/۱۴؛ نیز ر.ک: کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۴/۴).

زیرا مقتضای عقد آن است که مشتری در هر زمانی، حق تصرف در مبیع را به نحو مطلق داشته باشد، در حالی که شروط مذکور که اجماع بر صحت آن ها منعقد شده، مسقط چنین حق بی قید و شرطی می باشند.

وانگهی پذیرش جعل شارع در قالب اوامر و نواهی به عنوان ملاک تشخیص مقتضا و دخالت مستقیم قانون گذار در بیان لوازم و آثار، در تنافی با پذیرش اصل حاکمیت اراده است که سرنوشت قرارداد و آثار و احکام آن را بر عهده اراده مشترک طرفین می گذارد. بنابراین شارع بدون اینکه دخالت مستقیم در بیان لوازم و آثار قرارداد داشته باشد، تنها به عنوان هادی و ناظر در خصوص ذکر موانع اساسی انعقاد قرارداد نقش ایفا می کند و چون شأن شارع به عنوان رادع و نافی روش های ناصحیح در باب معاملات است، نه بیان و اثبات روش های صحیح، در نتیجه رجوع به شارع جهت

تشخیص مقتضا مشکل گشا نخواهد بود. بلکه اوامر و نواهی مطرح شده از سوی شارع در این خصوص، تلازم با مقتضا ندارد. غایت آنکه شرط خلاف آن در ضمن عقد، خلاف شرع به شمار می‌آید، بی‌آنکه خلاف مقتضا قلمداد شود و لذا دلیلی برای الحاق شرط مخالف مقتضا به شرط خلاف کتاب و سنت وجود ندارد.

۳. ملاک عرف

برخی فقیهان ملاک عرف را معیار شناسایی مقتضای عقد معرفی نموده‌اند و با تفکیک بین مقتضیات عرفی و شرعی عقد با وجود اذعان به تحقق برخی آثار و لوازم شرعی، شرط خلاف لوازم شرعی را مندرج در محدوده شرط خلاف کتاب و سنت دانسته و در نتیجه بطلان چنین شروطی را به عنوان مخالفت با مقتضای عقد انکار نموده‌اند (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۱۱۲/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۱۶/۲؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳: ۱۴۹). از منظر ایشان صرفاً شروطی مصداق شرط مخالف مقتضای عقد به شمار می‌آیند که بر خلاف مقتضیات عرفی عقد باشند؛ زیرا معاملات غالباً ساخته و پرداخته عرف در راستای الزامات زندگی است. بر همین اساس برای تعیین اثر هر عقد باید به عرف مراجعه نمود. بنابراین چون عرف مؤسس اصل عقد به شمار می‌آید و اصل عقد را هم به لحاظ آثار آن تأسیس نموده است، پس همو معرف آن آثار به عنوان مقتضا می‌باشد.

بررسی و نقد

با وجود پذیرش تأسیس قالب عقود توسط عرف و در نتیجه تأثیر عرف در تشخیص مقتضای عقد، معرفی خصوص عرف به تنهایی جهت تشخیص مقتضا ناتمام است؛ زیرا اصل حاکمیت اراده در عقود، مستوجب آن است که اراده مشترک طرفین واجد صلاحیت خلق مقاصد جدیدی باشد که مسبق به سابقه در عرف نباشد؛ حال آنکه لحاظ نمودن عرف در چنین قراردادهایی به عنوان مناط شناسایی، کمکی به مقصود نخواهد نمود.

تصور این امر نسبت به عقود غیر معین که فاقد نمونه‌های عرفی هستند، واضح است. اما نسبت به عقود معین که منشأ عرفی دارند نیز باید اذعان نمود که با وجود پذیرش اصل استمداد از عرف جهت تعیین لوازم و آثار عقد در بسیاری از موارد، صرف مراجعه به عرف به تنهایی برای تشخیص مقتضای عقد کافی نخواهد بود؛ زیرا در این

نوع از قراردادها نیز آثار تراضی تا حد زیادی به اراده طرفین موکول شده است. بر همین اساس است که محقق نائینی انشا متعاقدین و قصد مشترک آن‌ها را نیز در تشخیص مقتضا دخیل دانسته است، آنجا که در صدد تفکیک بین مسئله مقتضا و شرط مخالف کتاب و سنت برآمده، خاطر نشان می‌سازد:

«فكان حقّ المقام تخصيص البحث هنا بالآثار المترتبة بحسب العرف والعادة على ما ينشأ بالعقد والبحث عما هو مقتضى ذات العقد بحيث لم يكن كان الإنشاء لغواً وكان اشتراط عدمه مناقضاً لما أنشأه بالعقد» (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۱۱۲/۲).

۴. ملاک شرع در کنار ملاک عرف

لحاظ ملاک شرع در کنار ملاک عرف در صورت عدم احراز ملاک عرفی، مناط معرفی شده توسط گروهی دیگر از فقهاست (انصاری، کتاب المکاسب، ۱۴۱۵: ۵۰/۶؛ نراقی، ۱۴۲۲: ۹۷؛ گیلانی قمی، ۱۴۲۷: ۹۱۴/۲؛ مامقانی، ۱۳۵۰: ۱۵۸). با این توضیح که در صورت عدم امکان شناسایی مقتضای عقد با ملاک عرفی، بایسته است که به ادله ثبوت اثر مورد نظر بر عقد در شرع مراجعه نمود و با توجه به آن ادله اگر اثر مذکور، قابلیت تغییر به واسطه شرط را داشته باشند، قول به صحت شرط اختیار شود و در غیر این صورت بطلان شرط را مستند به مخالفت با کتاب و سنت دانست.

بررسی و نقد

به نظر می‌رسد در اینجا نیز بین شرط خلاف مقتضای عقد و شرط مخالف کتاب و سنت خلط شده است؛ زیرا آثار و لوازمی که از ناحیه قانون‌گذار بر عقود بار شده است، مقتضیات شرعی بوده و اشتراط بر خلاف چنین مقتضیاتی، سالب اثر عرفی عقد نیست تا خلاف مقتضای ذات عقد به شمار آید. چنانچه محقق ایروانی تأکید می‌کند: «شرط عدم الأثر الشرعی له فهو خارج عن المقام [أی اشتراط خلاف مقتضی العقد] داخل فی شرط خلاف الكتاب والسنة» (ایروانی غروی، ۱۴۰۶: ۶۵/۲).

افزون بر آنکه با توجه به نقش اراده مشترک طرفین در تکوین آثار و لوازم عقد، اکتفا به عرف یا شرع در تشخیص مقتضا و عدم التفات به آثار مسبب از انشای عقد توسط متعاقدین که مبتنی بر تراضی آن‌هاست، موجب بروز خطا در تشخیص مقتضای عقد می‌شود.

۵. ملاک عرف در کنار عنصر تراضی

با نظر داشت به اشکالات مذکور در معرفی مناط تشخیص مقتضا، عرف ناظر به مفاد تراضی، سنجۀ شناسایی آثار و لوازم غیر قابل انفصال از عقد به عنوان مقتضا اختیار می‌شود. چنانچه محقق نائینی در این خصوص با تقسیم منشآت عقد به دو دسته چنین اظهار می‌دارد:

«فإنَّ المنشآت العقدیة تارة ینشئها العاقد أولاً وبالذات ویدلّ العقد علیه مطابقه... وأخرى ینشئها تبعاً وضمناً بحيث یعدّ من مدالیل العقد التزاماً... ویدلّ علیه بالدلالة الالتزامیة» (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۱۱۲/۲).

و از میان این دو نوع آثار، تنها اثرات نوع اول را به عنوان مقتضای ذات تعیین می‌نماید (همان). حسب نظر ایشان آنچه را که متعاقدين اولاً و بالذات اراده کرده‌اند، مقتضای ذات عقد است و بر همین اساس جهت تشخیص مقتضا، انشای طرفین نیز مدنظر واقع می‌شود. شاهد آنکه در ادامه، اثر ظاهر از عقد را که تمام غرض و مقصود متعاقدين از انعقاد قرارداد، وصول به آن است نیز به عنوان مقتضا قلمداد می‌نماید؛ به گونه‌ای که سایر آثار را نسبت به آن از قبیل: «ضمّ الحجر إلى جنب» معرفی می‌کند (همان).

ارزیابی

دیدگاه فوق با نظر داشت به خواست و مقصود نهایی طرفین معامله افزون بر عرف، و به تعبیری اثر ظاهر از عقد که اسقاط آن توسط شرط خلاف آن، مسقط عقد حسب نظر متعاقدين محسوب می‌شود، قابل پذیرش است؛ لکن از حیث اکتفا به مدلول مطابقی عقد و خارج نمودن مدلول التزامی از قلمرو مقتضای ذات عقد مخدوش است. به بیان دیگر، قول مزبور با وجود آنکه متبّع در تعیین مقتضا را مدلول مطابقی عقد با عنایت به اراده مشترک متعاقدين می‌داند و در کشف مدلول مطابقی و اثر ظاهر از عقد، ملاک عرف را مدنظر قرار داده و خواست طرفین را به شیوه نوعی ارزیابی می‌کند، اما با تصریح به لحاظ مدلول مطابقی در زمره مقتضیات ذات و بلکه معرفی مدلول التزامی به عنوان مقتضای اطلاق، دایره مقتضای ذات را ضیق نموده و از این حیث علیل است؛ چه، دلیلی برای خروج لوازم متولد از عقد که به سبب عقد حاصل می‌شوند، از عداد

مقتضا وجود ندارد. چنانچه مستفاد از کلام علامه کاشف الغطاء نیز چنین است (نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۲۳) و محقق خوانساری لوازم و آثار خارجی را جزء مقتضیات عقود معرفی می کند (امامی خوانساری، بی تا: ۴۷۶) و در کلام صاحب العناوین به آن اشاره شده است، آنجا که در تبیین مراد از مقتضیات ذات عقد ابراز می دارد:

«ما تتحقّق ماهیة العقد وصحّته بها، وبتفائها تفوت الماهیة، سواء كان ذلك من الأركان الداخلية أو من اللوازم والآثار الخارجية... فماهیة المعاملات تقتضى فى الخارج أجزاء وآثاراً لو لم تتحقّق تلك المقومات واللوازم لارتفع الاسم ولم توجد الماهیة فى العرف والعادة وهذا يرجع إلى ملاحظة مفاهیم العقود» (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۴۹-۲۴۸/۲).

اما ذکر این نکته نیز ضروری است که مراد از این لوازم، لوازم غیر منفک از عقد است و همان است که معنون به عنوان مقتضا می شود، به نحوی که عقد، مسبب تحقق آن آثار و لوازم هرچند از نظر عرف باشد، که تخلف از آن اثر توسط شرط، به سان تخلف معلول از علت و اثر از مؤثر به شمار آید؛ نه آنکه هر گونه ارتباط و تعلیق نظیر لوازم تبعی و فرعی که قابلیت انفکاک از عقد را دارند نیز مسمی به عنوان مقتضای ذات باشند. زیرا اثری که بر عقد مترتب می شود عبارت است از حکمی که مترتب بر عقد می شود و ظاهر آن است که حکم از موضوع خودش تخلف نمی کند.

به تعبیر دیگر مقتضای ذات، لوازم عرفی متولد از عقد است که به سبب عقد حاصل می شود و تحقق آن با نفس عقد لازم می آید، نه آنکه احکام خارج لاحق به عقد که بعد از عقد بر آن مترتب می شود نیز مقتضا محسوب شود. چنانچه در نفی همسانی اشراط تصرف مقید و تصرف مطلق، در تعلیل ترخیص اولی به لحاظ مقتضا محسوب نشدن شرط کذایی و در نتیجه فقدان عنوان شرط خلاف مقتضا، در قالب مثال به شرط زوجه بر زوج مبنی بر عدم خروج از شهر محل سکونت او آمده است:

«إنّ أمثال هذه الأشياء من الأحكام الخارجة عن العقد اللاحقة به، لا من لوازمه المتولّدة منه الحاصلة بسببه، وذلك هو معنى الاقتضاء، لا مطلق الارتباط والتعلیق» (نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۲۳).

بنابراین آن دسته از اثرات عرفی و همچنین لوازم عقد که غیر قابل انفصال از مدلول

عقد می‌باشند، افزون بر عنصر تراضی بر اساس اصل آزادی قراردادها، در مفهوم مقتضای عقد داخل و از جمله آن به شمار می‌آیند؛ خواه عقد به دلالت مطابقی مقتضای آن باشد، خواه به دلالت تضمنی یا التزامی،^۱ و اطلاق مقتضا بر تمام آن‌ها صحیح است.

۶. ملاک سیاق

از دیگر ضابطه‌های مورد اتکای برخی فقیهان جهت تشخیص مقتضا می‌توان به ملاک سیاق اشاره نمود که مستنبط از نظریه‌ای در خصوص یکی از مصادیق عقود یعنی ازدواج منقطع است که بخش بعدی متکفل تبیین آن خواهد شد.

ازدواج منقطع و مقتضای ذات آن

با روشن شدن مفهوم مقتضای عقد و تحتم بطلان شرط خلاف آن، سخن از تطبیق مقام بر یکی از مصادیق مشتبه یعنی ازدواج منقطع به لحاظ اعتبار یا عدم اعتبار شرط توارث در ضمن آن است که زمینه‌ساز نظرات مختلفی در این خصوص شده و محور اصلی جستار فوق را سامان داده است. یکی از مناشی اختلاف در گوناگونی صدور فتاوا، تشخیص مقتضای عقد نکاح منقطع یعنی احتساب توارث به عنوان مقتضا یا غیر آن است که اقوال چهارگانه زیر را در این خصوص به دنبال داشته است:

۱. یکسان‌نگاری ازدواج موقت و دائم از حیث ثبوت ارث به نحو مطلق ولو با شرط سقوط آن

قاضی ابن بزّاج^۲ که از ابداع‌کنندگان این نظریه به شمار می‌آید، شرط توارث را معتبر و مؤکد مقتضا، و شرط نفی آن را فاقد اثر معرفی می‌کند و در این باره چنین می‌نگارد:

«وقد ذکرنا فیما سلف أنّ نفی التوارث لا یصحّ اشتراطه فأمّا إن شرط التوارث ثبت ذلك عنها (بینهما)» (ابن بزّاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۲/۲۴۳).

۱. بر خلاف تصریح محقق نائینی که صرفاً آن دسته از منشآت عقودی را مقتضای عقد نامید که محصول انشای اولیه و مستقیم متعاقبین بود و به دلالت مطابقی بر آن اثر دلالت می‌کرد، اما اثر طبعی و ضمنی و مدلول التزامی عقد را در زمره آثار مقتضا به شمار نمی‌آورد (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۲/۱۱۲-۱۱۳).

۲. در ریاض المسائل این قول با لفظ «غیره» به دیگران هم نسبت داده شده است (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۰/۲۹۸).

ظاهر از عبارت این است که توارث به عنوان مقتضای نکاح متعه لحاظ شده است و عدم اعتبار شرط سقوط آن نیز مبتنی بر آن است. مستند قول ایشان از نظرگاه شهید ثانی کریمه «إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ» (مؤمنون / ۶) است. با این توضیح که چون متعه، ملک یمین نیست، پس یقیناً زوجه بر او منطبق است؛ چرا که در غیر این صورت وجهی برای حلیت آن وجود نخواهد داشت و چون حلیت متعه ثابت است، پس متعه هم تحت عنوان زوجیت مندرج، و در نتیجه مصداق آیه میراث زوجه (نساء / ۱۲) خواهد بود (عاملی جعی، ۱۴۱۳: ۴۶۴-۴۶۵). شهید ثانی در ادامه، در صدد چاره‌جویی نسبت به روایات نافی ارث متعه از جانب قاضی برآمده تا با یافتن محملی جهت بی‌اعتنایی ایشان به آن روایات، در راستای نظریه فوق، موانع را معدوم نماید تا توارث مقتضای معرفی شده محکم باشد (همان).

رهیافت شهید ثانی در طرح ثبوت توارث به عنوان مقتضا در عقد ازدواج موقت، با استمداد از سیاق سامان می‌یابد. توضیح آنکه سیاق حصر موجود در آیه شریفه، مستدعی قصر حلیت التذاذ جنسی در ازواج و ملک یمین است و از طرفی عدم اطلاق ملک یمین بر متعه، مستلزم اطلاق زوجه بر آن می‌شود، چون در غیر این صورت حلیتی برای آن متصور نخواهد بود، و با اثبات اطلاق زوجه بر زوجه انقطاعی، با عنایت به سیاق حصر مشمول آیه میراث واقع شده و توارث مقتضای معرفی شده به گونه‌ای قلمداد می‌شود که حتی شرط سقوط آن نیز فاقد اثر شناخته می‌شود و بدین ترتیب از سیاق حصر چنین حکمی استنباط شده است. بنابراین ملاک سیاق چنانچه از نحوه استدلال فوق مشهود است، به عنوان ضابطه‌ای جهت تشخیص مقتضا در چنین عقدی به شمار آمده است که محصول آن نیز بطلان شرط سقوط توارث در ضمن عقد نکاح انقطاعی به سبب تخالف با مقتضایی است که عبارت از ثبوت توارث در نکاح مزبور است.

این در حالی است که سیاق مذکور به وجهی معکوس، مستمسک برخی فقیهان اهل سنت جهت انکار اصل حلیت متعه قرار گرفته است؛ به نحوی که با نظر داشت به سیاق حصر در آیه مورد بحث، حرمت را چنین برداشت نموده‌اند که خداوند ارتباط مشروع بین زن و مرد را در ازواج و ملک یمین حصر نموده است (زحیلی، ۱۴۲۲: ۳۰۶/۱) و در تحکیم تحریم آن، ادعای تنافی ازدواج موقت با تنصیص یا ظاهر آیات نموده‌اند (رشید رضا، بی‌تا: ۱۳/۵). چنانچه به منظور بعید نشان دادن حلیت ازدواج موقت، از سیاق آیه شریفه «فَمَا

اسْتَمْتَعْتُ بِهِ مِنْهُنَّ فَأَتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ» (نساء/ ۲۴) نیز استعانت جسته‌اند؛ با این بیان که سیاق آیه، بیان وجوب پرداخت مهر بر مردانی است که از طریق نکاح صحیح همسر اختیار می‌کنند (طنطاوی، بی‌تا: ۱۱۳/۳) و در نتیجه با انکار حلیت نکاح موقت، مراد از نکاح صحیح را نکاح دائم قلمداد نموده‌اند. برای روشن شدن مطلب، ابتدا به تعریف سیاق پرداخته و سپس متعرض تحلیل رویکرد فوق و به دنبال آن اقوال دیگر موجود در مسئله خواهیم شد.

مفهوم لغوی: سیاق مصدر مأخوذ از ماده «سوق» و مقلوب از «سواق» (ابن اثیر جزری، بی‌تا: ۴۲۴/۲؛ حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۲۲۸/۱۳) است که در لغت در معانی مختلفی چون تعاقب و تتابع (فیومی مقری، بی‌تا: ۲۹۶/۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۶۷/۱۰)، مهریه و صدق (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۱۱۷/۳؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۴۳۶)، نزع روح و جان‌کندن (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۱۹۱/۵؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴: ۴۷۳/۵)، حثّ و برانگیختن بر حرکت از پشت سر با لحاظ نظم و ترتیب در آن (مصطفوی، ۱۴۰۲: ۲۷۱/۵) و نیز در فقه به معنای مقارنت و معیت دو خطبه بدون سبق یکی بر دیگری (فیومی مقری، بی‌تا: ۲۹۶/۲) آمده است.

آنچه از موارد مختلف کاربرد این واژه به دست می‌آید، جریان و حرکت منظوی با نظم و ترتیب است که در کلام بر اساس سبک و شیوه خاص در مجموعه کلام به عنوان یک متن مرتبط و منسجم تنظیم می‌یابد و در مسیر استکشاف مراد متکلم، مقارنت و معیت آن‌ها جهت اصطیاد احکام شرعی بدون گسستگی برخی از برخی دیگر مدنظر واقع می‌شود. **مفهوم اصطلاحی:** سیاق در اصطلاح هر گونه دالّ و نشانه‌ای است که به نحوی با لفظی که فهم آن مقصود است، همراه باشد؛ خواه آن دالّ و نشانه لفظیه باشد به گونه‌ای که با لفظ مورد نظر، کلام واحد مرتبلی را تشکیل دهد، یا آن دالّ و نشانه حالیه باشد، مانند موقعیت و شرایطی که به نوعی بر کلام احاطه دارند و نسبت به موضوع مورد بحث نقش دلالت‌گری ایفا می‌نمایند (صدر، ۱۴۱۸: ۱۰۳-۱۰۴)^۱ که در قالب سیاق کلمات^۲ و

۱. با این تعریف، ضعف تعریف کسانی که آن را به دلالت مقالیه صرف و منعزل از دلالت حالیه معنا نموده‌اند (بابایی، ۱۳۸۱: ۱۲۰)، مکشوف می‌شود.
۲. مراد از سیاق کلمات این است که کلمات یک جمله در کنار یکدیگر خصوصیتی ایجاد کنند و ظهور مستقلی را سبب شوند که اگر کلمات یادشده این گونه در کنار یکدیگر قرار نگرفته بودند، خصوصیت و ظهور یادشده را نداشتند. چنانچه قرار گرفتن «عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ» در کنار «أَوْ مَمْلُوكَاتِ أَيْمَانِهِمْ» در سیاق حصر، مفید انحصار حلیت تمتع در این دو صورت و عدم حلیت در غیر آن است.

جملات^۱ نمایانگر می‌شود و با نگاه جامع به کل متن و کشف قرائن دال بر مباحثی واحد و یا مباحثی دارای وجه اشتراک و با شناخت تمام مؤلفه‌های مرتبط با متن که در زمان ایراد سخن در جامعه مبدأ وجود داشته، قابل حصول است.

تحلیل و ارزیابی

امعان نظر در آیه شریفه و آیات قبل و بعد از آن که مکی بوده (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۶/۱۵) و با نظارت به معضلات و نابسامانی‌های انسانی موجود در عصر نزول و به هدف اصلاح آن‌ها، با اتکا بر بنیادهای عقلی، فطریات و غرایز بشری سامان یافته (همان: ۱۵۸/۴) و در صدد بیان خصوصیات چند از گرایش‌های فطری و اخلاقی چون خشوع در نماز و مراعات امانت و عهد و اموری از این قبیل، در خصوص مؤمنانی است که با ظفر به مطلوب به رستگاری نایل گشته‌اند، با عنایت به اینکه در قالب جمله اسمیه و بنای حکم بر ضمیر «هم» جعل شده است و همچنین تعبیر از عدم بذل فرج به اسم «حافظون»، بدل از «لا یبدلونها» و نیز تقدیم صله «لفروجهم» بر متعلق (بیضای، ۱۴۱۸: ۸۲/۴) که مبین نهایت تعفف و اعراض مؤمنان از شهوات (مراغی، بی‌تا: ۶/۱۸)، در قالب بیان حلیت جنس افرادی است که وطی آن‌ها حلال است (طبرسی، ۱۳۷۲: ۱۵۸/۷)، ما را به این امر رهنمون می‌سازد که آیه کریمه در صدد بیان احکام و خصوصیات نکاح از جمله میراث نیست تا استناد به سیاق حصر موجود در آیه به انضمام اندراج متعه در مفهوم ازواج، مستوجب معرفی توارث به عنوان مقتضای آیه شده و مشمول آیه میراث از حیث کیفیت این توارث مقتضایی واقع شود.^۲ چنانچه عدم ثبوت توارث در خصوص

۱. مقصود آن است که دو یا چند جمله در یک متن، موجد چنان خصوصیتی بوده که ظهور مستقلی را موجب شوند که در صورت تنها بودن آن‌ها چنین خصوصیت و ظهوری به دست نیاید.

۲. استثنای در سیاق نفی که مفید اختصاص است، به تنهایی برای استدلال فقهی کافی نیست تا با استناد به آن، توارث به عنوان مقتضای قلمداد شود. بلکه چنانچه اشاره شد، استخدام تمامی مؤلفه‌های مرتبط با متن در راستای سیاق، جهت استنباطات فقهی ضروری است تا با اتکا به تمامی ظرفیت‌های نهفته در متن بتوان به فهم صحیحی از متن نائل گشت. همان‌طور که مجموعه قرائن مورد اشاره، افقی را فراروی ما قرار می‌دهد تا به مدد آن، نظارت آیه را در خصوص معرفی میراث به عنوان مقتضای منتفی، بلکه اجنبی از آن بدانیم. افزون بر آنکه اعلان توارث به عنوان مقتضای تکیه بر شرع جهت باطل تلقی نمودن شرط خلاف آن، چنانچه اشاره شد، با محظور ورود در محدوده شرط نامشروع مواجه خواهد شد که خود عنوان دیگری جهت بطلان شرط است، بی‌آنکه حاجت به الحاق یکی به دیگری باشد.

متعه، مثبت عدم اطلاق زوجه بر زوجه انقطاعی نیست تا با استناد به آیه، حرمت آن مطابق توهّم عده‌ای (فخرالدین رازی، ۱۴۲۰: ۲۶۲/۲۳؛ ابن عجبیه، ۱۴۱۹: ۵۶۳/۳) اثبات گردد تا بتوان با عکس نقیض از نفی ارث، نفی زوجیت و سپس تحریم را با التفات به آیه نتیجه گرفت!

بنابراین در مقتضای تلقی نمودن توارث در عقد انقطاعی، وجهی در دست نیست، همان طور که حرمت انگاری متعه با تعویّل بر عدم ثبوت ارث در آن، فاقد وجاهت است؛ زیرا مقتضای ذات چنانچه گذشت، اثر غیر منفک از عقد و غرض اساسی از مبادرت به عقد است، به گونه‌ای که انفصال آن اثر از عقد و ازاله غایت توسط شرط، موجب ایجاد خلل در تراضی شده و بطلان شرط را در پی دارد؛ چون عقود عنوانین اعتباری هستند که وسیله وصول به اغراض عقلایی و مقصود اولیه و بالذات می‌باشند که به منظور نیل به آن اهداف، انشا می‌شوند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۲۸۲/۵). در حالی که هدف اساسی از انعقاد عقد ازدواج حتی در نکاح دائم، توارث نبوده و توارث یادشده در چنین ازدواجی نیز در برخی موارد از جمله در حالت کفر و قتل، منتفی و در نتیجه قابل انفکاک از عقد است؛ چه، هدف اصلی از انعقاد عقد ازدواج، دائمی باشد یا موقت، پیوند زوجیت به نحوی است که روابط زناشویی فی‌مابین حاکم شود، بی‌آنکه تفاوتی از جهت برقراری این نوع روابط به لحاظ دوام یا توقیت، صرف نظر از مدت وجود داشته باشد. بلکه تفاوت مطابق بیان امام خمینی تنها در پاره‌ای احکام و خصوصیات است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۶۲/۵) که در جای خود مطرح شده و با کتاب و سنت قابل اثبات است و لذا عقد نکاح نسبت به توارث لا اقتضاست؛ اقتضای ثبوت ندارد، همان طور که اقتضای عدم نیز در مورد آن منتفی است (اراکی، ۱۴۱۴: ۴۷۹). اما ثبوت آن در حق زوجین در ازدواج دائم، اقتضای کتاب و سنت است و ارتباطی با اقتضای ذات عقد ندارد.^۱

از طرف دیگر گذشت که ادعای توارث به عنوان مقتضای عقد ازدواج به نحو

۱. امام خمینی با همین رویکرد، در مقام انتقاد از شیخ انصاری برآمده و با تأکید بر عدم لحاظ شرط مخالف مقتضای عقد در عداد شرط مخالف کتاب و سنت چنین می‌نگارد: «إِنَّ الشَّيْخَ... خَلَطَ بَيْنَ مَخَالَفَةِ مَقْتَضَى الْعَقْدِ وَمَخَالَفَةِ مَقْتَضَى الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ» (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱۵۹/۴).

مطلق با تمسک به سیاق، در تنافی با سیاق ادعاشده توسط برخی فقیهان عامه (طنطاوی، بی‌تا: ۱۱۴/۳)، برای مستبعد نشان دادن حلیت ازدواج موقت از آیه شریفه ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَلَهُنَّ أَجُورُهُنَّ﴾ (نساء/ ۲۴) می‌باشد؛ زیرا از نظرگاه ایشان، سیاق آیه بیان وجوب پرداخت مهر بر مردانی است که از طریق نکاح صحیح همسر اختیار می‌کنند (همان) و در نتیجه با انکار حلیت متعه، مراد از نکاح صحیح دائم معرفی می‌شود. در حالی که استعمال واژه «استمتاع» در عقد ازدواج موقت در عهد نزول آیه، متداول و معمول بوده است و بعد از تحقق تسمیه، حمل الفاظ بر همان معنای مسمی ضروری است (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۲۷۲/۴) و با فرض عدم پذیرش تداول در عصر نزول و در نتیجه عدم تسمیه در آن برهه از زمان، حداقل از آن نخواهد بود که «حقیقت شرعیه در متعه باشد» (کاشانی، ۱۳۳۶: ۴۷۱/۲) و در این صورت دلالت آن بر معنای لغوی، خلاف اصل و از نوع مجاز بوده که احتیاج به قرینه دارد.

به عبارت دیگر، معول در استخراج احکام شرعی، تکیه بر ظاهر لفظ و نه معنای موضوع‌له لفظ، در صورتی است که ظهور اصیل و نه عارضی باشد (مغنیه، ۱۴۲۱: ۳۷۵/۲) و ظاهر از استمتاع نیز عقد ازدواج موقت است، بی‌آنکه ظهور آن از نوع عرضی باشد. بنابراین تمسک به سیاق جهت اثبات ضرورت پرداخت مهر بر مردان با وجود ظهور مذکور فاقد وجاهت و غیر قابل استناد است.^۱

۲. عدم ثبوت ارث حتی در صورت شرط آن

جمع زیادی از فقیهان، یا به نحو مطلق و یا به نحو تصریح به عدم فرق بین شرط ارث و عدم شرط آن، ارث را نفی نموده (صدوق، ۱۴۱۵: ۳۴۰؛ مفید، ۱۴۱۳: ۴۹۸؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۶۲۴/۲؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۱۵۷/۲) و حتی مدعی عدم خلاف در مسئله شده‌اند (حسینی حلی، ۱۴۱۷: ۳۵۶؛ مؤمن قمی سبزواری، ۱۴۲۱: ۳۷/۱۳). محقق کرکی که این قول را «اصح» می‌نامد، یکی از وجوه اصح بودن را افزون بر روایات منصوص در این خصوص، تمسک به مقتضا می‌داند که عبارت از عدم توارث است و مستمسک را در

۱. علامه طباطبایی در همین راستا خاطر نشان می‌سازد: «وما احتمله بعضهم أنّ الآية أعني قوله: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَلَهُنَّ أَجُورُهُنَّ أَجُورُهُنَّ فَرِيضَةٌ﴾ مسوقة للتأكيد، يرد عليه أنّ سياق ما نقل من الآيات وخاصة سياق ذيل قوله: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ الْآيَاتِينَ، أَشَدَّ وَأَكْدَ لِحُتْمَا مِنْ هَذِهِ الْآيَةِ فَلَا وَجْهَ لِكُونَ هَذِهِ مُؤَكَّدَةً لِتِلْكَ﴾ (۱۴۱۷: ۲۷۳/۴).

این مقتضای ادعایی، روایت جمیل بن صالح قرار می‌دهد که در آن امام صادق علیه السلام در جواب سؤال از حدّ متعه بعد از بیان حلیت آن می‌فرماید: «من حدودها ألا ترثك ولا ترثها» (طوسی، ۱۴۹۷: ۲۶۵/۷). ایشان در وجه استدلال به این روایت مقرر می‌دارد:

امام علیه السلام توارث را از هر دو طرف نفی نموده و نفی توارث را حدود متعه و مقتضای آن قرار داده است، پس میراث مطلقاً ثابت نیست. اما با عدم اشتراط یا با اشتراط عدم که واضح است و در صورت اشتراط ارث نیز به موجب تنافی آن با مقتضای عقد، مطابق حدیث باطل است (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۷/۱۳-۳۸).

چنانچه روایت سعید بن یسار منقول از امام صادق علیه السلام نیز گویای همین مطلب است که حضرت در پاسخ سؤال از نکاح متعه‌ای که در آن اشتراط میراث نشده است، می‌فرماید: «لیس بینهما میراث، اشترط أو لم یشرط» (طوسی، ۱۴۹۷: ۲۶۴/۷).

در همین راستا صاحب جواهر که در ابتدا از لاقتضا بودن عقد متعه نسبت به توارث سخن می‌راند، در ادامه با ارتقای مطلب، اقتضای عدم ارث را در حق عقد متعه محتمل می‌داند و وجه اختیار این احتمال را قیاس آن به شرط میراث غیر وارث عنوان می‌کند که به موجب تخالف آن با کتاب و سنت، منافی مقتضای عقد موقت به شمار می‌آید (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۴/۳۰). چنانچه یکی دیگر از ادله مورد استناد ایشان، روایاتی است که در آن متمتع بها، مستأجره خوانده شده یا به منزله امه دانسته شده است؛ نظیر روایت زراره از امام صادق علیه السلام که در آن آمده است:

«قال ذکرک له المتعة أهي من الأربع؟ قال: تزوج منهنّ ألفاً فإنهنّ مستأجرات» (طباطبایی بروجردی، ۱۳۸۶: ۱۰۴/۲۶).

و نیز روایت عمر بن اذنیه از همان حضرت که زوجات متعه‌ای را به منزله اماء معرفی نموده است:

«قال قلت له: کم تحلّ من المتعة؟ قال فقال: هنّ بمنزلة الإماء» (همان: ۱۰۶/۲۶).

با این استدلال که عموم تنزیل اقتضا می‌کند که در متعه، ارث به طور مطلق نباشد؛ زیرا در اجاره و در باب امه، ارث مفقود است، به گونه‌ای که حتی با شرط هم نمی‌توان ارث را ثابت کرد، لذا در باب متعه هم شرط ارث فاقد اثر است (همان).

مطمح نظر در این قول، ارتباط وثیق آن با مقتضا در چنین نکاحی است که با انتفای میراث در حق زوجین، به دلیل تعاند آن با مقتضا یعنی عدم توارث، مسقط ارث حتی در صورت اشتراط می‌باشد و آنچه به عنوان ضابط در شناسایی مقتضا واقع می‌شود، مفاد روایت است که حدود متعه را عدم تحقق ارث نسبت به زن و مرد اعلام می‌دارد و لذا ثبوت ارث به دلیل مخالفت آن با سنت، مخالف با مقتضا و محکوم به بطلان است. این در حالی است که چنانچه اشارت رفت، تخالف با شرع جهت حکم به بطلان شرط، به عنوان خلاف مقتضا محل انکار است؛ زیرا معیار مورد پذیرش در تشخیص مقتضا، عرف ناظر بر اراده مشترک طرفین است و دلیلی بر تمسک به شرع برای شناسایی مقتضا وجود ندارد تا تنافی شرط با کتاب و سنت به منزله تعاند با مقتضا قلمداد شود و لذا هیچ ملازمه‌ای بین شرط مخالف کتاب و سنت با شرط مخالف مقتضای عقد وجود ندارد که از وجود یکی، وجود دیگری لازم آید و با نفی تلازم میان آن دو، انگاره مرجعیت شرع جهت معرفی مقتضا مردود است و در نتیجه، ثبوت ارث در نکاح منقطع اجنبی از شرط، منافی با مقتضای عقد می‌باشد. بلکه نهایت چیزی که می‌توان در مورد آن قائل شد، این است که با فرض استفاده عدم توارث به عنوان مقتضا از روایت، در صورت اشتراط آن، مخالف کتاب و سنت خواهد بود، نه مقتضای عقد. اما استدلال به روایات ناظر به تنزیل نیز تمام نیست، چون تنزیل در این گونه روایات عمومیت ندارد و از آن‌ها چنین استفاده‌ای نمی‌شود که تمام احکام و آثار مستأجر و کنیز در متعه جاری است، بلکه تنزیل تنها ناظر به جهت خاصی چون عدم محدودیت عدد می‌باشد. شاهد آنکه تمام احکام مربوط به کنیز قطعاً در متعه جاری نیست، مثلاً مادر کنیز بر مولی حرام ابدی نیست، ولی مادر همسر متعه‌ای حرمت ابدی دارد و بی‌تردید چنین روایاتی، ظهور در نفی حرمت ابدی مادر همسر انقطاعی ندارد. روایت سعید بن یسار نیز که یکی از عمده ادله نافیان ارث به شمار می‌آید و مفهوم آن عبارت از نفی ارث، با اشتراط ارث و عدم اشتراط آن است، چنین توجیه می‌شود که در اینجا دو احتمال در خصوص متعلق «اشترط او لم یشرط» وجود دارد که یکی میراث و دیگری عدم آن است و احتمال عدم میراث راجح است. در وجه ترجیح آن آمده است:

اگرچه در اینجا یک معهود ذکری که مسئله عدم اشتراط میراث است، در بین هست و اگر معهود ذهنی‌ای در میان نبود، طبعاً مقصود از «اشترط أو لم یشرط» همان میراث بود، لکن چون معهود ذهنی‌ای در بین هست که شرط آن امری معهود و متعارف و مورد دستور بوده است و آن مسئله اشتراط عدم ارث است،^۱ لذا مقصود از شرط در «اشترط أو لم یشرط»، شرط سقوط ارث می‌باشد. پس مفاد روایت این می‌شود که چه سقوط ارث را شرط بکنند و یا اینکه شرط نکنند، در هر دو صورت، ارثی بین آن‌ها نخواهد بود (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹: ۶۲۸۳/۲۰).

و با عدم پذیرش «سقوط ارث» به عنوان متعلق شرط، حداقل از احتمال آن نخواهد بود و با وجود چنین احتمالی، استدلال به این روایت نیز ناتمام و فاقد وجاهت است (إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال).

۳. عدم سقوط ارث مگر با شرط سقوط

مختار سید مرتضی در *الاتتصار* (سید مرتضی علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۲۷۵)^۲ و منسوب به ابن

۱. مراد از معهود ذهنی در متن، شرط سقوط ارث است؛ با این بیان که چون ارث بردن در متعه در زمان صدور روایات، به دلیل مخالفت حکومت ضمانت اجرا نداشته است، دستور سقوط وارثیت در صیغه متعه داده شده است؛ چرا که اگر شرط سقوط نمی‌شد، زن وارث می‌شد، بی‌آنکه به حق خود برسد. بنابراین روایات مزیل ارث در نکاح متعه‌ای ناظر به صیغه متعارف آن زمان است که در آن شرایط منعقد می‌شد و عدم ارث در آن ذکر می‌شد و در واقع، نظارت این روایات به قضایای خارجیه است. در نتیجه متعلق شرط و عدم آن، همان است که در اذهان در آن برهه از زمان معهود و متعارف بوده است و با وجود تحقق معهود ذهنی، نوبت به اختیار معهود ذکری یعنی ارث به عنوان متعلق شرط نمی‌رسد (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹: ۶۲۴۶/۲۰، با دخل و تصرف). ترجیح معهود ذهنی بر معهود ذکری توسط ابن محقق اندیشمند، متکی بر لحاظ تمام مؤلفه‌های مرتبط با متن، اعم از قرینه مقامیه چون معهودات ذهنی مخاطبان و قرینه مقالبه است که در راستای فهم مدلول روایت به کار گرفته شده است. بلکه قرینه مقام، مرجح احتمال سقوط میراث تحت عنوان متعلق شرط، بر تعیین ثبوت آن به لحاظ ظاهر نظم و نسق لفظی موجود در مجموعه عبارات روایت (به لحاظ قوت ظهور برآمده از مدخلیت مقام و اقوایت آن نسبت به ظهور برآمده از مقال) به شمار آمده است و این چیزی جز استفاده از تمام ظرفیت‌های موجود در متن جهت معنادگی نیست که ما آن را سیاق نامیدیم.

۲. ایشان حتی ادعای اجماع در مسئله می‌کند؛ با این تعبیر که: «إِنَّ مِنْ مَذْهَبِنَا أَنَّ الْمِيرَاثَ قَدْ يَثْبُتُ فِي الْمُتَعَةِ إِذَا لَمْ يَحْصُلْ شَرْطُ فِي أَصْلِ الْعَقْدِ بَاتِّفَاقِهِ» (همان) که واژه «مذهبنا» ظهور در تحقق اجماع دارد. این در حالی است که شیخ طوسی قائل به عدم توارث شده است (۱۴۹۷: ۲۶۴/۷) و با وجود قول مخالف در مسئله، اجماع محقق نخواهد شد.

ابی‌عقیل در *مختلف* (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۳۵/۷) و *کشف‌الرموز* (فاضل‌آبی، ۱۴۱۷: ۱۵۷/۲)، آن است که اصل، ثبوت ارث است و مسقط آن اشتراط عدم آن است. با این بیان که ارث زائل نمی‌شود، مگر آنکه شرط سقوط شود و در غیر این صورت ارث ثابت است؛ خواه شرط ثبوت آن شود و یا عقد عاری از شرط باشد.

به عبارتی بر اساس اطلاق آیه، متعه به طور کلی ارث می‌برد. لکن چون اتفاق و سیره امامیه بر عدم اخذ ارث به دلیل عدم ضمانت اجرا بوده و به همین خاطر شرط سقوط در صیغه متعه در دستور کار قرار گرفته است، بنابراین مورد اتفاق و سیره عملیه که در فرض شرط سقوط است، به وسیله سیره قطعیه و اجماع و روایات متواتره از اطلاق آیه خارج می‌شود و بدین ترتیب جمع بین آیه و ادله شروط خواهد شد.

تحلیل و ارزیابی

این نظریه با این تقریر که ثبوت ارث در نکاح متعه از اصالت برخوردار و این اصالت مستند به مقتضای آیه باشد - چنانچه صاحب *کشف‌الرموز* در تقریب استدلال آیه میراث را دلیل اقتضای ارث بردن معرفی نموده و ادله نفوذ شرط را دلیل سقوط توسط شرط ذکر می‌کند (فاضل‌آبی، ۱۴۱۷: ۱۵۸/۲) - چنین تضعیف می‌شود که در صورت اعتقاد به اصالت ثبوت ارث در حق نکاح متعه با استناد به مقتضای آیه، شرط سقوط آن فاقد اعتبار است؛ زیرا مقتضا آن دسته از آثار و لوازم غیر قابل انفصال از عقد معرفی شد که شرط سقوط آن هرگز قادر به تفکیک این گونه آثار از عقد نخواهد بود.

افزون بر آنکه جمع بین آیه و ادله شرط تا زمانی قابل استناد است که شرط مخالف کتاب و سنت نباشد، در حالی که شرط اسقاط ارث، شرط مخالف کتاب است.

وانگهی تمسک به آیه حلیت متعه جهت معرفی توارث به عنوان مقتضا، با این اشکال مواجه است که تعمیم آیه میراث به وجهی که شامل زوجة انقطاعی نیز بشود، با توجه به نزول آیه حلیت متعه بعد از آیات ارث که در آن زمان زوجة، مصداقی غیر از

دائم نداشته است، غیر قابل قبول است.^۱

۴. ثبوت ارث در صورت شرط توارث

این قول که مبتنی بر آن است که اصل عقد مقتضی توارث نیست، لکن با شرط ثابت می‌شود، منتخب تعداد زیادی از فقیهان است (طوسی، ۱۴۰۰: ۴۹۳؛ همو، ۱۴۹۷: ۳۰۷/۲؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۸۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۴۶۹/۷) و حتی ادعای شهرت بر آن شده است (حسینی عمیدی، ۱۴۱۹: ۴۱۲/۲؛ طباطبائی حائری، ۱۴۱۸: ۳۴۸/۱۱)؛ زیرا با وجود آنکه زوجیت انقطاعی به سان دائم مقتضی ارث نیست، لکن این منافاتی ندارد که به واسطه عاملی چون شرط، ارث را ثابت بدانیم. بنابراین در صورت اطلاق و عدم اشتراط، توارث ثابت نیست و با اشتراط محقق می‌شود، بی‌آنکه مخالف مقتضای عقد باشد.

تحلیل و ارزیابی

قول مزبور که زوجیت انقطاعی را به ضمیمه اشتراط ارث - و نه صرف زوجیت به تنهایی - سبب ارث می‌داند،^۲ با نظر داشت به مطالب مطروحه در خصوص مقتضای که در مقام، پیوند زوجیت معرفی شد، بدون آنکه ناظر به میراث یا عدم آن باشد، چنین تقویت می‌شود که سیاق اکثر روایات باب نسبت به فرض شرط ارث، عدم اقتضائیت است و

۱. گرچه می‌توان این اشکال را چنین پاسخ داد که تشریح حکم در تمام جوامع عقلایی به نحو قضیه حقیقه است و لذا وقتی شارع قانونی را جعل می‌کند، بدون آنکه ناظر به افراد خارجی باشد، نظارت بر نفس عنوان و طبیعت دارد؛ مثلاً حکم وجوب حج در آیه شریفه «وَلِلّٰهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ اِلَيْهِ سَبِيْلًا» (آل عمران / ۹۰)، متوجه طبیعت مستطیع شده و حاضران و غایبان واجد شرایط را در بر می‌گیرد. لذا اگر در زمان تشریح، قانون مصداق خارجی پیدا نکند، ولی بعداً مصداق آن محقق شود، مضمون قانون خواهد بود و تفاوتی هم نمی‌کند که آن مصداق جدید، با قطع نظر از حکم شرع مصداق شده باشد یا به وسیله حکم شرعی مصداقیت پیدا کند؛ مثل آنکه در صدر اسلام حجاب واجب نبوده و کسی به دلیل ترک حجاب فاسق نمی‌شده است، ولی بعد از نزول حکم حجاب، مصداق جدیدی برای فاسق پیدا می‌شود. در مقام نیز شارع حکم به ارث زوجه نموده است و اگر کسی بعد از نزول آیه، مصداق زوجه واقع شود، مضمون حکم قرار می‌گیرد. با این توصیف، عمده وجه تضعیف قول مزبور، همان اشکال اول است (برای مطالعه بیشتر ر.ک: محقق حلی، ۱۴۱۸: ۱۸۲/۱؛ بیهقی کیدری، ۱۴۱۶: ۴۲۱؛ مامقانی، ۱۳۵۰: ۱۵۱؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱: ۲۵۵/۱؛ آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۸۱/۲۴؛ انصاری، کتاب النکاح، ۱۴۱۵: ۲۲۸).

۲. شیخ انصاری چنین می‌نگارد: «... فیکون الزوجية المنقطعة بضميمة اشتراط الارث سبباً للإرث لا الزوجية نفسها...» (کتاب النکاح، ۱۴۱۵: ۲۲۸).

ظهوری در نفی ارث در صورت اشتراط ندارند، نه اینکه طبعاً اقتضای عدم را در این فرض داشته باشند تا به دلیل مخالفت اشتراط با مقتضای عقد، فاقد اعتبار به حساب آیند.

برای نمونه، یکی از روایات مفید عدم میراث، روایت عبدالله بن عمر از امام صادق علیه السلام است که پس از بیان حلیت متعه در جواب از «فما حدّها» چنین می‌فرماید: «من حدودها أن لا ترثها ولا ترثك» (طوسی، ۱۴۹۷: ۲۶۵/۷) که در آن، حضرت نفی توارث را از حدود نکاح متعه قرار داده است، یعنی عقد متعه اقتضای توارث ندارد. این در حالی است که شرایط صدور روایات که مطابق اعتقاد رایج در آن زمان، اصل مشروعیت آن مورد انکار واقع شده و همین زمینه‌ساز تردید اصحاب در زوایی و در نتیجه سؤال از حلیت آن گردیده بود، موجبات آن را فراهم آورد که در راستای تأکید بر اصل حلیت به منظور مقابله با اعتقاد مخالف، ذکر پاره‌ای از خصوصیات و احکام آن، از جمله اشتراط برخی امور مباح چون میراث مورد اهتمام واقع شود. از طرف دیگر، چون اشتراط میراث در ضمن عقدی که اصل اعتبار آن مطابق اعتقاد متعارف در آن زمان محل اشکال و در صورت شرط آن فاقد ضمانت اجرا بود، فرمان به شرط سقوط آن در صیغه چنین نکاحی داده شده بود؛^۱ زیرا همان طور که سابقاً گذشت، در صورت عدم شرط سقوط، متمتع و متمتع وارث می‌شدند، بی‌آنکه به حق خود نائل شوند و این می‌تواند قرینه‌ای باشد بر اینکه روایات نافی ارث، ناظر به همان صیغ متعارفی هستند که در آن زمان اجرا، و در آن‌ها عدم ارث ذکر می‌شد. چنانچه روایات مبین عدم تحقق ارث حتی در صورت اشتراط، به اشتراط سقوط ارث توجیه شد؛ با این بیان که چه سقوط ارث را شرط کنند و یا نکنند، در هر دو صورت ارثی فیمابین محقق نخواهد بود. بنابراین با استعانت از سیاق می‌توان دلالت اخبار نافی ارث - با وجود کثرت آن - بر صورت اشتراط میراث، و شمولیت آن نسبت به این فرض را مخدوش دانست؛ بعد از فراغ از آنکه سیاق متشکل از مجموعه قرائن مقالیه و مقامیه باشد. چنانچه صاحب

۱. شاهد آنکه صاحب ریاض با وجود اذعان به کثرت اخبار نافی ارث از متعه با وجود شرط، محتمل را در خصوص متعلق اشتراط، نفی ارث و نه ثبوت آن می‌داند و در تأیید این احتمال ابراز می‌دارد: «بتعارف اشتراطه [النفی] دونه [الإثبات] فی نکاح الانقطاع فی الزمن السابق» (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۴۵/۱۱).

ریاض با نفی وضوح شمولیت اخبار نافی ارث نسبت به فرض اشتراط میراث و احتمال اراده سقوط ارث در فرض اشتراط سقوط با لحاظ قرینه مذکور یعنی تعارف اشتراط سقوط در عصر صدور روایات، سیاق را مستمسک خود قرار داده است (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۱/۳۴۵).^۱

اما در خصوص روایت عبدالله بن عمر نیز باید گفت که نهایت دلالت حدیث، استفاده عدم توارث با صرف انعقاد عقد است و این منافاتی ندارد با اینکه ارث با شرط، خارج از عقد ثابت شود. بنابراین روایت بی آنکه در صدد بیان مقتضای عقد باشد، با ثبوت ارث توسط شرط سازگار است و سخن از خلاف مقتضا در مقام، موضوعیت ندارد؛ زیرا تمسک به خلاف مقتضا بودن شرط ارث و به تبع آن حکم به بطلان، در صورتی وجیه است که عقد مقتضی عدم میراث باشد. در حالی که مدلول روایت، عدم اقتضای ارث است، نه اقتضای عدم آن. به بیان دیگر، فرض تنافی مبتنی بر آن است که مفاد روایت، گویای عدم توارث به عنوان مقتضای عقد باشد. در حالی که مستفاد از فقره «من حدودها أن لا ترثها ولا ترثك»، تفهیم این مطلب است که از حدود و مقتضیات عقد این است که عقد مقتضی ارث نیست، نه اینکه عقد مقتضی عدم توارث باشد.^۲ خصوصاً آنکه روایات صحیح‌ه‌ای چون روایت محمد بن مسلم از امام صادق (ع) با تعبیر «وإن اشترط الميراث فهما علی شرطهما» (طباطبایی بروجردی، ۱۳۸۶: ۲۶/۵۰)، در خصوص اعتبار اشتراط میراث وجود دارد که مطابق قواعد جمع بین روایات، ثبوت ارث

۱. البته تعبیر ایشان بعد از اشاره به قرینه مذکور چنین است: «وإن كان من دون ملاحظة ما ذكر- بعيداً عن سياق عبارة الرواية ولكن لا محيص عنه بعد وجود الأدلة الآتية على ثبوت التوارث بالاشتراط» (همان). مراد آن است که بدون ملاحظه قرینه‌ای که ذکر شد، نتیجه مورد اشاره بعید از سیاق است، لکن با وجود بعد آن، به دلیل وجود روایات مثبت توارث در فرض اشتراط، گریزی از پذیرش آن نیست و مفهوم آن این است که با ملاحظه قرینه مذکور، مانع بُعد برطرف گردیده و مطلوب اثبات می‌گردد. تنها اشکالی که متوجه تعبیر فوق می‌شود، آن است که گویا ایشان تنها از ابزار کلامی بدون استفاده از دیگر ابزار چونان شرایط و ظرف صدور روایات و نیز اعتقاد مخاطبان برای تحقق سیاق مدد جسته است. در حالی که همان طور که اشاره شد، مجموعه قرائن مقالیه و مقامیه، محصل سیاق است. بنابراین چنین استنتاجی نه تنها بعید از سیاق نیست، بلکه خود محصول سیاق است.

۲. تبیین این مطلب، مطابق بیان صاحب *الحدائق* چنین است: «من حدودها أن لا ترثها ولا ترثك، هو أن من حدودها ومقتضياتها أن عقدها لا يقتضي الإرث، لا أنه يقتضي عدم التوارث» (آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۴/۱۸۰).

در صورت اشتراط و سقوط آن در غیر آن اثبات می‌گردد.

بنابراین عقد نکاح چه از نوع دوام و چه از نوع موقت، اقتضای توارث را ندارد، چنانچه اقتضای عدم آن را نیز ندارد و لذا شرط توارث بدون برخورد با مانع تعاند با مقتضای عقد، نافذ و معتبر است. بلکه شرط میراث در ضمن عقد نکاح انقطاعی، از جمله مباحاتی است که موضوعش یعنی عقد، مقتضی حکمی از احکام نظیر توارث نیست تا اشتراط یا عدم اشتراط توارث در تغایر با مقتضا قلمداد شود. چنانچه سیاق روایات نیز مبین همین مطلب است. اما این منافاتی ندارد که مورثه به عنوان شرطی مباح در ضمن عقد مندرج شود؛ چون از مباحات «لا اقتضاء» نسبت به حکم است که در صورت اشتراط، مشمول ادله نفوذ شرط واقع شده و لازم‌الوفا خواهد بود.

نتیجه‌گیری

از مجموع آنچه در مقاله حاضر گذشت، می‌توان به نتایج ذیل دست یافت:

۱. مراد از مقتضای ذات، آن دسته از آثار و لوازم غیر قابل انفکاک از عقد است که شرط قادر به سلب آنها نباشد، بی‌آنکه وجهی برای تضمین مقتضا نسبت به ارکان عقد باشد؛ زیرا هر عقد علت موجهه‌ای دارد که تا تمام اجزا و ارکان آن موجود نباشد، عقدی تکوین نخواهد یافت تا به عنوان میزانی جهت سنجش صحت و سقم شرط خلاف آن لحاظ شود و هر عقدی به محض ایجاد، آثار و لوازمی دارد که مقتضا نامیده می‌شود؛ همان سنجه‌ای که موجب اتصاف شرط به بطلان در صورت تخالف با آن، و صحت در صورت عدم مخالفت با آن است.

۲. ضابطه تشخیص مقتضای عقد، عرف به انضمام اراده اشخاص است؛ یعنی آثار عرفی عقد که با تراضی انشا شده است. بنابراین شرع ملاک تشخیص مقتضا نخواهد بود؛ زیرا از سوی شارع، جعل مستقیمی در خصوص آثار و مقتضیات عقود صورت

۱. اشاره به آنکه مباحات دو قسم‌اند: نخست، مباحات لاقتضا که موضوعاتشان حکمی از احکام را اقتضا نمی‌کنند و دوم، مباحات مقتضی حکم که این نیز خود بر دو نوع است؛ چون اقتضا بر دو قسم است. گاهی اقتضا به نحو علیت تامه است و گاه چنین نیست که شرط فعل در جمیع مباحات به غیر از مباحات اقتضاییه بر وجه علیت صحیح است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۲۶۵/۵).

نپذیرفته است تا جعل شارع، عیار تشخیص واقع شود. بلکه حتی در صورت تعلق جعل شارع به آثار و مقتضیات به نحو مستقیم، شرط خلاف مجعول شرعی، شرطی نامشروع و غیر قابل نفوذ است، نه آنکه استناد فقدان نفوذ به چنین شرطی از باب خلاف مقتضا باشد، بلکه اجنبی از آن است.

۳. سیاق به عنوان قاعده‌ای از قواعد فهم در راستای استدلالات فقهی و در مسیر کشف حکم توسط فقیهان در دو حوزه کتاب و سنت مورد استفاده قرار گرفته، هرچند به آن تصریح نشده باشد.

۴. مجموع قرائن مقالیه و مقامیه، محصل سیاق مورد اشاره است که گاه حتی میزان قرینیت مقام یعنی مکان و شرایط و خصوصیات ظرف صدور با عنایت به معهودات ذهنی مخاطبان در آن زمان، اقوی از قرینیت نظم و نسق لفظی و کلامی موجود در یک مجموعه قرآنی و روایی به حساب آمده است. چنانچه روایات نافی ارث در نکاح متعه، به سلب ارث در صورت شرط سقوط آن با لحاظ صیغه معهود در آن زمان در بین متمتعان توجیه شد.

۵. شرط توارث در ازدواج منقطع همواره معقد نظرات مختلفی در میان فقه‌مداران از حیث اعتبار یا عدم اعتبار بوده است. آنچه در این میان رخ می‌نماید، اعتقاد به ثبوت موارثه حتی در صورت شرط سقوط در مقابل اعتقاد به سقوط آن حتی در صورت شرط ثبوت است که یکی مقتضا را توارث با عنایت به سیاق آیات، و دیگری عدم آن را به عنوان مقتضای روایات معرفی می‌کند. در حالی که ظرفیت‌های پنهان و پیدای موجود در آیات و روایات، مساعد اثبات توارث به عنوان مقتضا نیست. چنانچه با استناد به سیاق، سقوط توارث مشروط و نه ثبوت آن، به عنوان متعلق نفی موجود در روایات لحاظ شد تا نظریه مختار یعنی حصول ارث در صورت شرط آن اثبات گردد؛ بی‌آنکه حاجت به معرفی آن تحت عنوان مقتضای عقد باشد تا از مواجهه با محذور انفصال میراث از عقد در صورت شرط سقوط آن ممانعت گردد.

کتاب شناسی

۱. آل عصفور بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحداثق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۲. ابن ابی جمهور احسانی، محمد بن زین الدین علی بن ابراهیم، *الاقطاب الفقهية على مذهب الامامية*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن اثیر جزری، مجدالدین ابوالسعادات مبارک بن ابی الکریم محمد بن محمد بن عبدالکریم بن عبدالواحد شیبانی موصلی، *النهاية فی غریب الحديث و الاثر*، قم، اسماعیلیان، بی تا.
۴. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۵. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۶. ابن عجبیه، احمد بن محمد، *البحر المديد فی تفسير القرآن المجید*، تحقیق احمد عبدالله قرشی رسلان، قاهره، حسن عباس زکی، ۱۴۱۹ ق.
۷. ابن فارس، احمد، *معجم مقاییس اللغة*، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۸. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ ق.
۹. اراکی، محمدعلی، *الخيارات*، قم، در راه حق، ۱۴۱۴ ق.
۱۰. امامی خوانساری، محمد، *الحاشية الثانية على المكاسب*، بی جا، بی تا.
۱۱. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المكاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۱۲. همو، *کتاب نکاح*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۱۳. ایروانی غروی، علی بن عبدالحسین، *حاشية المكاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۱۴. بابایی، علی اکبر، *مکاتب تفسیری*، تهران - قم، سمت - پژوهشکده حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۱ ش.
۱۵. بیضاوی، عبدالله بن عمر، *انوار التنزیل و اسرار التأویل*، تحقیق محمد عبدالرحمن مرعشی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۸ ق.
۱۶. بیهقی کیدری، قطب الدین محمد بن حسین، *اصباح الشیعة بمصباح الشریعة*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۶ ق.
۱۷. ثعلبی نیشابوری، ابواسحاق احمد بن ابراهیم، *الکشف و البیان عن تفسير القرآن*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۲ ق.
۱۸. جصاص، ابوبکر احمد بن علی رازی، *احکام القرآن*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۵ ق.
۱۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۸ ش.
۲۰. حسینی حلبی، سیدحمزه بن علی بن زهره، *غنية النزوع الى علمي الاصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۷ ق.
۲۱. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.

۲۲. حسینی عمیدی، سید عمیدالدین عبدالمطلب بن محمد اعرج، *کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۳. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۴. حسینی واسطی زبیدی، سید محمد مرتضی بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر، ۱۴۱۴ ق.
۲۵. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، لبنان - سوریه، دار العلم - الدار الشامیه، ۱۴۱۲ ق.
۲۶. رشید رضا، محمد، *تفسیر القرآن الحکیم الشهیر بتفسیر المنار*، بیروت، دار المعرفه، بی تا.
۲۷. زحیلی، وهبة بن مصطفى، *التفسیر الوسیط*، دمشق، دار الفکر، ۱۴۲۲ ق.
۲۸. سبحانی تبریزی، جعفر، *دراسات موجزة فی الخیارات و الشروط*، قم، مرکز العالمی للدراسات العلمیه، ۱۴۲۳ ق.
۲۹. سید مرتضی علم الهدی، علی بن حسین موسوی، *الانتصار فی انفرادات الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۳۰. سیوری حلی (فاضل مقداد)، جمال الدین مقداد بن عبدالله، *کنز العرفان فی فقه القرآن*، تهران، مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۳۱. شبیری زنجانی، سید موسی، *کتاب نکاح*، قم، رای پرداز، ۱۴۱۹ ق.
۳۲. شهیدی، مهدی، *شروط ضمن عقد*، تهران، مجد، ۱۳۸۷ ش.
۳۳. صاحب بن عباد، ابوالقاسم اسماعیل، *المحیط فی اللغة*، بیروت، عالم الکتاب، ۱۴۱۴ ق.
۳۴. صدر، سید محمد باقر، *دروس فی علم الاصول*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۳۵. صدوق، ابوجعفر محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *المقنع*، قم، مؤسسه امام هادی (علیه السلام)، ۱۴۱۵ ق.
۳۶. طباطبایی، سید محمد حسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۳۷. طباطبایی بروجردی، سید حسین، *جامع احادیث الشیعه*، تهران، فرهنگ سبز، ۱۳۸۶ ش.
۳۸. طباطبایی حائری، سید علی بن سید محمد علی، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، تصحیح محمد بهره مند و دیگران، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۳۹. طباطبایی قمی، سید تقی، *عمدة المطالب فی التعليق علی المکاسب*، قم، کتاب فروشی محلاتی، ۱۴۱۳ ق.
۴۰. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم، *حاشیه المکاسب*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۴۱. طبرسی، امین الدین ابوعلی فضل بن حسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، تهران، ناصر خسرو، ۱۳۷۲ ش.
۴۲. طنطاوی، محمد سید، *التفسیر الوسیط للقرآن الکریم*، بی جا، بی نا، بی تا.
۴۳. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۴۴. همو، تهذیب الاحکام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۹۷ ق.
۴۵. عاملی جعبی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۴۶. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، *اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه*، بیروت، دار التراث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۴۷. علامه، سید مهدی، *شروط باطل و تأثیر آن در عقود*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.

۴۸. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *مختلف الشيعة في احكام الشريعة*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۳ ق.
۴۹. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، *حاشية كتاب المكاسب*، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
۵۰. فاضل آبی، زین‌الدین حسن بن ابی‌طالب یوسفی، *کشف الرموز في شرح المختصر النافع*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۷ ق.
۵۱. فخرالدین رازی، ابو عبدالله محمد بن عمر تمیمی بکری شافعی، *التفسير الكبير؛ مفاتيح الغيب*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۰ ق.
۵۲. فراهیدی، خلیل بن احمد، *كتاب العين*، قم، هجرت، ۱۴۱۰ ق.
۵۳. فیومی مقری، احمد بن محمد بن علی، *المصباح المنیر في غریب الشرح الكبير للرافعی*، قم، دار الرضی، بی‌تا.
۵۴. قرشی بنابی، سیدعلی‌اکبر، *قاموس قرآن*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۱۲ ق.
۵۵. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲ ش.
۵۶. کاشانی، ملافتح‌الله بن شکرالله، *تفسیر کبیر منهج الصادقین في الزام المخالفین*، تهران، کتاب‌فروشی محمدحسن علمی، ۱۳۳۶ ش.
۵۷. کرکی عاملی، علی بن حسین، *جامع المقاصد في شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل‌البتین، ۱۴۱۴ ق.
۵۸. گیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن، *جامع الشتات في اجوبة السؤالات*، تهران، کیهان، ۱۴۲۷ ق.
۵۹. همو، *رسائل الميرزا القمي*، قم، دفتر تبلیغات اسلامي، ۱۴۲۷ ق.
۶۰. مامقانی، ملا عبدالله بن محمدحسن، *نهاية المقال في تکملة غاية الآمال*، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۵۰ ق.
۶۱. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن هذلی، *المختصر النافع في فقه الاماميه*، چاپ ششم، قم، مؤسسه المطبوعات الدينيه، ۱۴۱۸ ق.
۶۲. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، *کفاية الفقه المشتهر بكفاية الاحكام*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۲۳ ق.
۶۳. مراغی، احمد مصطفی، *تفسير المراغي*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
۶۴. مصطفوی، حسن، *التحقیق في کلمات القرآن الکریم*، تهران، مرکز کتاب‌الترجمة و النشر، ۱۴۰۲ ق.
۶۵. مظهری، محمد ثناء‌الله، *التفسير المظهری*، تحقیق غلام‌نبی تونسلی، پاکستان، مکتبه رشديه، ۱۴۱۲ ق.
۶۶. مغنیه، محمدجواد، *الفقه على المذاهب الخمسه*، چاپ دهم، بیروت، دار التیار جدید - دار الجواد، ۱۴۲۱ ق.
۶۷. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقنعه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
۶۸. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهيہ*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۶۹. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *کتاب البيع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۷۰. موسوی عاملی، سیدمحمد بن علی، *نهاية المرام في شرح مختصر شرائع الاسلام*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۱ ق.
۷۱. مؤمن قمی سبزواری، علی، *جامع الخلاف والوفاق بين الامامية وبين ائمة الحجاز والعراق*، قم، زمينه‌سازان ظهور امام عصر عجل الله، ۱۴۲۱ ق.

۷۲. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۷۳. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، *کتاب منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، تقریرات بحث میرزا محمدحسین غروی نائینی، تهران، المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.
۷۴. نجفی کاشف الغطاء، علی بن جعفر بن خضر، *شرح خیارات اللمعه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۷۵. نراقی، احمد بن محمد مهدی، *عوائد الايام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۷۶. نراقی، محمد بن احمد، *مشارق الاحکام*، قم، کنگره نراقیین ملامهدی و ملااحمد، ۱۴۲۲ ق.

ماهیت حقوقی «قرارداد مشارکت در تولید»

از منظر حقوق ایران و فقه امامیه*

- ابوطالب کوشا^۱
- مصطفی شفیع‌زاده خولنجانی^۲

چکیده

قرارداد نفتی مشارکت در تولید به عنوان یکی از قالب‌های قراردادی برای جذب شرکت‌های بین‌المللی نفت به منظور انجام عملیات نفتی در بخش بالادستی صنعت نفت مطرح است و می‌تواند به عنوان مبنایی برای تعامل ایران با شرکت‌های نفتی متقاضی سرمایه‌گذاری در این صنعت در کشور قرار گیرد. با توجه به اینکه انعقاد این نوع از قراردادها با الزامات ناشی از حاکمیت و مالکیت ملی بر منابع طبیعی منافات ندارد، ضروری است به منظور بررسی هر چه بیشتر ماهیت ابعاد حقوقی این قالب قراردادی، تطابق یا عدم مخالفت آن با مبانی حقوق موضوعه و فقه امامیه تبیین گردد. نوشتار حاضر، نخست با رویکرد توصیفی - تحلیلی و به صورت گزیده با تحلیل مبانی فقهی - حقوقی و اقوال

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۵/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۹/۳۰.

۱. استادیار دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری (koosha1336@yahoo.com).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری (نویسنده مسئول) (mostafa863@gmail.com).

فقهای امامیه و حقوق دانان، به تبیین ماهیت حقوقی حقوق و تکالیف طرفین قرارداد می‌پردازد و سپس جنبه‌های اشتراک و تفاوت این قراردادها را با نهادهای مشابه حقوقی تحلیل می‌کند و در نهایت، صحت انعقاد آن را در پرتو نهاد «جعل» اثبات می‌نماید.

واژگان کلیدی: نفت، سرمایه‌گذاری خارجی، قراردادهای بالادستی، قرارداد مشارکت در تولید، جعله.

مقدمه

صنعت نفت کشور ایران با میادین متعدد و به ویژه میادین مشترک و ساحلی عمیق، نیازمند جذب حداکثری سرمایه‌گذاری خارجی و انتقال دانش و فناوری روز می‌باشد. لذا گرایش به انعقاد قراردادهای نفتی در حوزه بالادستی برای حصول به این ضرورت، بیش از پیش احساس می‌شود تا ضمن تأمین این اهداف، تأمین‌کننده منافع طرفین نیز باشد. فقد فناوری و سرمایه کافی غالب کشورهای دارای منابع نفتی برای اجرای عملیات لازم موجب شده است تا برای تأمین منافع خود و همچنین بهره‌برداری و توسعه میادین نفتی، نیازمند انعقاد قرارداد با شرکت‌های نفتی باشند. صنعت نفت ایران نیز قالب‌های قراردادی متفاوتی را در برهه‌های زمانی مختلف تجربه کرده است که باید علاوه بر حصول تأمین منافع ملی، در حالت مطلوب با عقود و مبانی حقوق اسلامی مطابقت داشته باشد یا حداقل با آنها در تعارض نباشد. از قالب‌های قراردادی کنونی و حسب تحلیل‌هایی که می‌توان از بند سوم از بخش «ت» ماده ۳ قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت (مصوب ۱۳۹۱) ارائه داد، قرارداد مشارکت در تولید است. این قالب قراردادی می‌تواند از قالب‌های مرسوم زمان کنونی صنعت نفت ایران باشد؛ زیرا حسب برخی از پژوهش‌های صورت گرفته (امانی و شفیع‌زاده خولنجانی، ۱۳۹۱: ش ۱۴۱/۷۲-۱۷۱)، مطابق با آخرین معاهدات بین‌المللی که تا زمان کنونی به تصویب رسیده است، مفاد این قرارداد با الزامات ناشی از حاکمیت و مالکیت ملی بر منابع طبیعی منافات ندارد. انعقاد این قرارداد در ایران دارای سابقه است و در زمان کنونی نیز مجوز قانونی انعقاد آن صادر شده است، لذا ضروری است که اعتبار قرارداد مشارکت در تولید را از منظر مبانی حقوق اسلامی و در بستر حقوق موضوعه ایران تبیین و تحلیل نماییم؛ چرا که با توجه به محدودیت منابع مالی داخلی، عدم توسعه مطلوب صنعت

نفت ایران و همچنین برداشت بی‌رویه کشورهای همسایه از میادین مشترک، ضرورت استفاده از سرمایه‌گذاری خارجی و فناوری‌های نوین شرکت‌های نفتی از طریق انعقاد قراردادهای بالادستی با قالب مشارکت در تولید به عنوان جذاب‌ترین روش برای جذب سرمایه‌گذار خارجی احساس می‌شود. نظر به اینکه پژوهشی جامع پیرامون ماهیت حقوقی این قراردادها در چهارچوب مبانی حقوق اسلامی صورت نگرفته است، ضروری است که ضمن تبیین حقوق و تعهدات طرفین از منظر مبانی حقوق اسلامی، ماهیت حقوقی آن را در مقایسه با نهادهای حقوقی مشابه بررسی نماییم. بنابراین سؤال اصلی مقاله حاضر آن است که ماهیت حقوقی قرارداد مشارکت در تولید از منظر حقوق موضوعه ایران و فقه امامیه چیست؟ به تبع آن، برخی سؤال‌های فرعی مطرح می‌شود؛ مانند: ماهیت حقوقی «حقوق» و «تعهدات» شرکت نفتی (پیمانکار) و دولت میزبان (کارفرما) چیست؟ و ماهیت حقوقی قرارداد مشارکت در تولید در رویارویی با نهادهای حقوقی مشابه در حقوق موضوعه ایران و فقه امامیه به چه نحو قابل توجیه است؟ در این مقاله سعی شده است تا با رویکرد توصیفی - تحلیلی، به صورت گزیده و به روش کتابخانه‌ای، به سؤال‌های مزبور پاسخ داده شود.

۱. ماهیت حقوقی «حقوق» و «تعهدات» پیمانکار و کارفرما در قرارداد مشارکت در تولید

برای تحلیل ماهیت حقوقی «حقوق» و «تعهدات» پیمانکار و کارفرما در قرارداد مشارکت در تولید، ابتدا باید «مفهوم قرارداد مشارکت در تولید» و سپس ماهیت حقوقی «حقوق» و «تعهدات» پیمانکار و کارفرما را از منظر حقوق موضوعه و فقه امامیه مورد تدقیق و تبیین قرار دهیم.

۱-۱. مفهوم قرارداد مشارکت در تولید

در ابتدا به نظر نمی‌رسد که قرارداد مشارکت در تولید به عنوان نسل جدیدی از قراردادهای بین‌المللی صنعت نفت، مورد استفاده و رغبت کشورها قرار گیرد (Johnston, 2003: 28)؛ زیرا مفهوم این نوع از قراردادها در ابتدا ریشه در زمینه کشاورزی

داشت و بعد از آن در صنعت نفت و گاز مورد استفاده قرار گرفت (حسن‌بیگی، ۱۳۸۱: ۵۶). سابقه انعقاد اولین نوع این قراردادها در اوایل دهه ۱۹۵۰ میلادی در کشور بولیوی بوده است. اما این نوع از قراردادها در عصر حاضر و با ساختار کنونی در صنعت نفت به عنوان وسیله‌ای برای تنظیم روابط حقوقی قراردادی بین دولت میزبان و سرمایه‌گذار به منظور استخراج منابع طبیعی زیرزمینی، به دهه ۱۹۶۰ در کشور اندونزی برمی‌گردد؛ به نحوی که پس از آن به تدریج مورد قبول و پذیرش شرکت‌های نفتی قرار گرفت (Paliashvili, 1998: 14). با وجود اینکه بیشترین کاربرد این نوع از قراردادها در کشور اندونزی بوده، تا کنون تعریف یکسانی از آن ارائه نشده است. در بیان تعریف این نوع از قراردادها می‌توان گفت که «قرارداد مشارکت در تولید»، یک ترتیب قراردادی است که بین پیمانکار - که به طور معمول یک شرکت نفت خارجی و یا یک شرکت غیر دولتی است - و کارفرما - که به طور معمول یک شرکت دولتی است - منعقد می‌گردد و مطابق آن پیمانکار اجازه پیدا می‌کند نسبت به عملیات اکتشاف و استخراج نفت در محدوده‌ای معین و مدت زمانی مشخص طبق قرارداد اقدام نماید و در نهایت، نفت و گاز تولیدی بین پیمانکار و شرکت دولتی تقسیم می‌شود (Barrows, 1988: 226). به طور معمول، اختیار شرکت دولتی مبتنی بر یک حق انحصاری است که بر اساس قوانین موضوعه آن کشور در حیطه نفت و گاز به آن شرکت داده شده است (Taverne, 1996: 191). در برخی موارد، محدوده قرارداد در تطابق با منطقه‌ای است که به موجب قانون، اختیار فعالیت در آن منطقه به شرکت دولتی اعطا شده و یا اینکه شرکت دولتی عهده‌دار انجام فعالیت نفتی در کل محدوده جغرافیایی کشور است.

می‌توان فرض کرد که شرکت دولتی، عهده‌دار فعالیت‌های نفتی باشد و برای اکتشاف و استخراج، اقدام به انعقاد قرارداد با شرکت‌های خصوصی کند؛ برای مثال، در آمریکا دولت فدرال با شرکت خصوصی این قرارداد را منعقد می‌کند (Krueger, 1975: 98). در فرضی که شرکت دولتی عهده‌دار فعالیت‌های نفتی در تمام کشور است، محدوده «قرارداد مشارکت در تولید»، بر اساس قرارداد تعیین می‌شود. در این نوع قرارداد، پیمانکار عهده‌دار تأمین مالی عملیات اکتشاف و استخراج است (Watson, 1996: 429-455). ممکن است در قرارداد برای شرکت دولتی، حق اظهارنظر

در مورد کم و کیف هزینه توسعه اکتشاف‌های تجاری در نظر گرفته شود. منظور از «اکتشاف تجاری» آن است که کشف نفت به اندازه‌ای باشد که توسعه میدان و تولید، از لحاظ اقتصادی مقرون به صرفه باشد. اهمیت آن به میزانی است که برخی آن را از مهم‌ترین ویژگی‌های قراردادهای نوین نفتی دانسته‌اند (Gao, 1994: 79). تمام عملیات مندرج در قرارداد باید بر اساس برنامه‌های سالیانه و بودجه تصویب شده صورت گیرد و اعتبار گزارش برنامه‌های انجام شده، منوط به تأیید دستگاه نظارتی است. دستگاه نظارتی در غالب موارد، خود شرکت دولتی واگذارنده قرارداد است (امانی، ۱۳۸۹: ۱۰۳). اگر میزان تولید میدان نفتی، تجاری اعلام شود، پیمانکار موظف است برنامه توسعه میدان را تهیه و برای تصویب به شرکت دولتی ارائه نماید. عملیات توسعه و تولید باید در تطابق با برنامه مصوب قراردادی اجرا شود. نفت و گاز تولیدی در «نقطه تحویل»^۱ بین شرکت دولتی یا دولت و پیمانکار تقسیم می‌شود. به طور معمول، نقطه انتقال مالکیت نفت تولیدی به پیمانکار، بر اساس توافق قراردادی طرفین تعیین می‌شود (Kusuma-Atmadja, 1991: 92).

همان طور که از عبارات فوق استنباط می‌شود، منظور از «نفت و گاز تولیدی» تولیدات نفتی مایع و گازی است که بعد از مرحله تصفیه حاصل و شامل «نفت خام»، «میعانات گازی»^۲ و «گاز طبیعی» می‌شود. از گاز طبیعی ممکن است مایعاتی مانند ان. جی. ال. (گاز طبیعی مایع)^۳ حاصل شود. نفت خام،^۴ میعانات گازی و گاز مایع هر کدام به تنهایی یا در مجموع، «نفت خام» نامیده می‌شوند. دولت میزبان، درصد خاصی از تولیدات میدان را در نقطه تحویل دریافت می‌دارد؛ یعنی قبل از تقسیم نفت بین پیمانکار و شرکت ملی نفت، درصدی از هر نفت تولیدی، متعلق به دولت میزبان است (حسن‌بیگی، ۱۳۸۱: ۵۶) و این درصد ممکن است با افزایش میزان تولید افزایش یابد. این سهم دولت میزبان را «بهره مالکانه»^۵ می‌نامند.

1. Delivery point.
2. Condensate.
3. NGL (Natural gas liquid).
4. Crude oil.
5. Royalty.

به طور کلی، برداشتی پیمانکار از نفت تولیدی، شامل دو بخش است: نخست: «نفت هزینه»^۱ که عبارت است از درصدی از نفت تولیدی که به منظور جبران هزینه‌های تولید و اکتشاف به پیمانکار اختصاص می‌یابد؛ یعنی در صورت «کشف تجاری»، تمام هزینه‌های عملیات اجرایی پیمانکار از محل تولید وصول می‌شود (Gao, 1994: 83). به طور کلی هزینه‌های عملیاتی، از محل نفت هزینه بازپرداخت می‌شوند و این بازپرداخت بر هزینه‌های سرمایه‌ای که به طور معمول برای یک دوره زمانی است، مقدم است (Smith et al., 2010: 474). در برخی کشورها مثل اندونزی، قسمتی از نفت تولیدی را تحت عنوان «مالیات بر درآمد»^۲ برداشت می‌کنند (Taverne, 1996: 252).

دوم: نفتی که بعد از کسر بهره مالکانه، نفت هزینه و مالیات بر درآمد احتمالی باقی می‌ماند، بر اساس سهمی که مطابق قرارداد بین پیمانکار و شرکت دولتی تعیین شده است، بین آن‌ها تقسیم می‌شود. در این حالت، دولت در سود حاصل از مشارکت، مالیات بر درآمد و سایر عواید دیگر سهم است (Atwell, 1980: 1015-1019). این نسبت سهم گاهی اوقات به صورت ساده معین می‌شود؛ برای مثال، ۲۰ درصد پیمانکار و ۸۰ درصد شرکت دولتی و یا اینکه از فرمولی خاص پیروی می‌کند. به طور معمول، استفاده از فرمول چندمتغیره به منظور افزایش سهم شرکت دولتی و جلوگیری از ایجاد ثروت بادآورده برای پیمانکار به کار می‌رود، با این توضیح که با افزایش میزان تولید، درصد سهم پیمانکار کاهش می‌یابد، اگرچه میزان عددی دریافتی او افزایش پیدا کند. به هر حال، در نظر شرکت‌های بین‌المللی نفتی، مؤلفه هزینه‌های لازم برای توسعه و اکتشاف، بیشترین تأثیر را بر تولید نفت دارد (طاهری فرد، ۱۳۸۷: ش ۱۸/۱۷۰).

پیمانکار موظف است پس از فروش سهم خود، مالیات بر درآمد ناشی از فروش را بپردازد. در واقع، درآمد مشمول مالیات پیمانکار عبارت است از: «منافع ناشی از فروش نفت هزینه و نفت فایده»^۳ منهای هزینه‌های قابل کسر». پیمانکار موظف است بخشی از تولید را به منظور جبران هزینه‌های عملیات و پرداخت هزینه‌های توسعه کنار گذارد و

1. Cost oil.

2. Income tax.

3. Profit oil.

میزان باقی مانده را بر اساس فرمول توافق شده با شرکت نفت دولتی تقسیم کند (حسن بیگی، ۱۳۸۱: ۵۷، ۵۶). بنابراین اگر جبران هزینه‌های انجام شده به صورت کامل صورت پذیرد و عبارات مشابه «هزینه‌های قابل جبران» در قرارداد به معنای «هزینه‌های مالی قابل کسر از درآمد» باشد، آنگاه درآمد مشمول مالیات پیمانکار عبارت است از: «ارزش بازاری نفت فایده سهم پیمانکار»^۱ (Gao, 1994: 84). در نسخه‌های ابتدایی «قرارداد مشارکت در تولید»، به طور معمول مالیات بر درآمد، در محاسبه سهم کارفرما از نفت فایده به حساب می‌آمد و گویا شرکت دولتی نفت موظف به پرداخت سهم پیمانکار از نفت هزینه بود. در برخی از انواع «قرارداد مشارکت در تولید» این سابقه نیز مشاهده می‌شود تا جایی که برخی آن را به عنوان رویه‌ای معمول در کشورهای تولیدکننده نفت می‌دانند (Watson, 1996: 433).

بنابراین در قرارداد مشارکت در تولید، پیمانکار تنها دارای حق قراردادی است که سهمی از نفت و گاز تولیدی را در نقطه انتقال یا هر نقطه معین دیگر تحویل گیرد. در بیان تفاوت قرارداد مشارکت در تولید با قرارداد امتیاز انحصاری می‌توان دو مورد زیر را به عنوان ویژگی‌های اصلی قرارداد مشارکت در تولید برشمرد:

۱- عدم مالکیت نسبت به نفت تولیدی؛

۲- استحقاق دریافت درصدی از نفت و گاز تولیدی.

تفاوت قرارداد مشارکت در تولید با قرارداد امتیازی انحصاری در این نیست که دولت در قرارداد مشارکتی سهم بیشتری از قرارداد امتیازی به دست می‌آورد، بلکه چه بسا بتوان گفت که در قرارداد امتیازی می‌توان سهم دولت را به همان میزانی که در قرارداد مشارکتی مقرر است، تعیین نمود. در واقع تنها تفاوت این قراردادها آن است که قراردادهای مشارکتی، پارامترهای بیشتری را اعم از مالی و غیر مالی ارائه می‌دهد؛ برای مثال، میزان سهم دولت نسبت به نفت فایده، عوارض گمرکی و مالیات بر درآمد که منجر شده است تا قرارداد مشارکت در تولید از انعطاف بیشتری نسبت به قرارداد امتیازی برخوردار باشد (امانی، ۱۳۸۹: ۱۰۴). ممکن است یک قرارداد امتیازی، شامل

۱. «نفت فایده» در واقع میزان نفت باقی مانده‌ای است که بعد از کسر هزینه‌های مالیات بر درآمد، بهره مالکانه و نفت هزینه، بین پیمانکار و صاحب مخزن تقسیم می‌شود.

پارامترهای مالی کمتری مانند حق مالکانه، سهم سود خالص، سهم سود ناخالص و مالیات بر درآمد نفتی باشد و به نظر برخی، قراردادهای امتیازی تهدیدی اساسی برای حق حاکمیت دولت‌ها محسوب می‌شوند (Haghighi, 2007: 199-200).

۲-۱. ماهیت حقوقی «حقوق» قراردادی پیمانکار و کارفرما

به طور معمول، در حقوق موضوعه (مقتبس از حقوق رومی - ژرمنی) حق را به حق «مالی» و «غیر مالی» تقسیم می‌کنند و این دو دسته از حقوق را در مقابل یکدیگر قرار می‌دهند. در تعریف حق مالی گفته‌اند:

امتیازی است که حقوق هر کشور به منظور تأمین نیازهای مادی اشخاص، به آن‌ها می‌دهد. [این حق] قابل مبادله و تقویم به پول است؛ مانند حق مالکیت و حق انتفاع و حق مطالبه مبلغی پول یا انجام دادن کار معین (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۵۸/۱-۲۵۹).

همچنین «حق مالی» را نیز در دو دسته حق «عینی» و «دینی» قرار می‌دهند؛ حق عینی سلطه‌ای است که شخص نسبت به چیزی دارد و می‌تواند آن را به گونه‌ای «مستقیم» و «بی‌واسطه» بر «عین» اجرا کند و لازم نیست که اجرا و رعایت آن را از اشخاص دیگر مطالبه نماید. در مقابل، «حق دینی» حقی است که شخص نسبت به دیگری پیدا می‌کند و به موجب آن می‌تواند انجام کاری را از او بخواهد. موضوع حق دینی می‌تواند «انتقال مال» یا «انجام دادن کاری» یا «خودداری از انجام دادن کاری» باشد. در واقع در حق دینی، داین فقط به واسطه مدیون حق خود را بر اشیا اجرا می‌کند. بنابراین تفاوت در این است که در حق عینی، صاحب حق به طور مستقیم بر عین تسلط پیدا می‌کند، ولی در حق دینی، صاحب حق برای اجرای حق خود نیاز به دخالت شخص مدیون دارد (همان؛ سنه‌وری، ۱۹۹۸: ۱۳/۱-۱۴).

به نظر برخی در حقوق اسلامی چنین تقسیم‌بندی وجود ندارد، بلکه حقوق اسلامی روابط قانونی را به طور جداگانه تبیین کرده است و از اصطلاح «التزام» استفاده می‌شود (سنه‌وری، ۱۹۹۸: ۱۵/۱-۱۷). این مفهوم، به مفهوم حق شخصی و عینی در حقوق غرب نزدیک است. «التزام» در حقوق اسلامی شامل چهار مورد می‌شود:

۱- التزام به دین؛ منشأ ایجاد این التزام، پول یا اشیاى مثلثی است.

۲- التزام به عین؛ منشأ ایجاد این التزام می‌تواند تملیک عین معین یا منفعت آن و یا تسلیم یا حفظ آن عین معین باشد که بیشتر از عقد ناشی می‌شود.

۳- التزام به عمل؛ منشأ ایجاد این التزام می‌تواند ساختن چیز معینی از طریق عقد استصناع یا انجام خدمت معین از طریق عقد اجاره باشد.

۴- التزام به توثیق؛ منشأ ایجاد این التزام عقد کفالت است. این التزام نوعی التزام تبعی به دین یا عین است، ولی در حالت اصلی شامل کفالت به نفس می‌شود.

با توجه به اینکه در حقوق اسلامی، التزام به تملیک عین یا منفعت از طریق عقد و موجب انتقال مالکیت فوری است، التزام دین در ذمه شکل نمی‌گیرد. بنابراین مطابق با این نظر، صرف عقد موجد انتقال مالکیت و التزام به تسلیم عین یا حفاظت از آن در برخی از حالات، سبب ضمان است که در این حالات، التزام به تسلیم عین یا حفاظت از آن به التزام به پرداخت قیمت عین تبدیل می‌گردد و در این حالت، دین بر ذمه ایجاد می‌شود. بنابراین در حقوق اسلامی، تفاوتی بین التزام به دین و التزام به عین وجود ندارد، بلکه در نهایت، هر التزامی به یکی از این دو التزام برمی‌گردد. چنین التزام‌هایی در حقوق اسلامی از حق عینی و دینی (شخصی) مطرح در حقوق غرب متفاوت است. دین شامل هر حق شخصی نیست، بلکه مصداقی از حق شخصی و دین، دربرگیرنده حق عینی و بعضی از مصادیق حق شخصی (التزام به عین) است. بنابراین دامنه «دین» محدودتر از «حق شخصی» است و دامنه «عین» موسع‌تر از «حق عینی» است؛ یعنی در التزام به دین، وجود دو عنصر «اصل دین» و «مطالبه دین» که به تبع اصل دین ایجاد می‌شود، ضروری است. عنصر «مطالبه دین» در التزام به دین را می‌توان در التزام به عین مشاهده نمود. بنابراین حق شخصی (دینی) در حقوق غربی، شامل التزام به دین و عین مورد بحث در حقوق اسلامی می‌شود؛ زیرا عنصر مطالبه، ملاکی برای تمیز حق عینی از حق شخصی (دینی) است؛ با این توضیح که در حق شخصی، ارتباط بین دو شخص ایجاد می‌شود و حق عینی متضمن عنصر «مطالبه» نیست و واسطه‌ای بین صاحب حق آن با شیء موضوع حق وجود ندارد.^۱

۱. همچنین برای مطالعه بیشتر در زمینه تفکیک بین «حق شخصی» و «حق دینی» در حقوق غربی و «التزام به دین» و «التزام به عین» در حقوق اسلامی و اختلاطی که از سوی برخی از نویسندگان صورت گرفته است، ر.ک: زرقاء، ۱۹۴۹: ۱۶، ۲۰ و ۶۱-۶۰.

در تطبیق ماهیت حقوق پیمانکار در قرارداد مشارکت در تولید با اقسام حق مورد بحث باید گفت بخش دولتی متعهد است که سهم پیمانکار از نفت تولیدی را در نقطه‌ای معین به وی تملیک نماید. در مرحله نخست، با کشف و استخراج نفت از مخزن در حد تولید تجاری، اصل حق پیمانکار بر عهده بخش دولتی ثابت می‌گردد. پس از آن، پیمانکار می‌تواند الزام بخش دولتی به پرداخت میزان سهم خود را مطابق قرارداد مطالبه نماید. بنابراین پیمانکار به طور مستقیم و بلاواسطه، حقی بر نفت موجود در مخزن و حتی نفت تولیدشده در نقطه معین شده (تحویل) برای تحویل ندارد تا قائل به عینی بودن ماهیت حقوق پیمانکار باشیم، بلکه این حق ماهیت شخصی (دینی) دارد که بر عهده بخش دولتی قرار دارد و بخش دولتی تا قبل از تملیک نفت به پیمانکار، مالک آن دانسته می‌شود. در واقع، بخش دولتی تا زمانی که نفت موجود در مخزن استخراج و تولید می‌شود، مالک نفت موجود در مخزن است و پس از آن نیز بابت تعهدات قراردادی خود در مقابل پیمانکار، سهم پیمانکار را در نقطه تحویل به وی منتقل می‌کند (Blinn et al., 1986: 73).

بنابراین به موجب قرارداد مشارکت در تولید، هیچ‌گونه حق مالکیتی نسبت به نفت موجود در مخزن برای شرکت‌های نفتی ایجاد نمی‌شود؛ زیرا پیمانکار تا قبل از استخراج، تنها حق اجرای عملیات اکتشاف در منطقه قراردادی را دارد، نه حق مالکیت نسبت به نفت موجود در مخزن یا منابع طبیعی منطقه قرارداد. از سوی دیگر نیز چون در این مرحله، پیمانکار از حقی دیگر برخوردار نیست، بخش دولتی نیز التزامی مازاد از فراهم کردن امکان اجرای عملیات اکتشاف برای شرکت نفتی ندارد؛ یعنی علاوه بر اینکه متعهد است منطقه قراردادی را برای انجام عملیات اکتشاف در اختیار شرکت نفتی قرار دهد، تعهد و الزامی به تملیک نفت موجود در مخزن به شرکت نفتی طرف قرارداد مشارکت در تولید به عنوان پیمانکار دولت ندارد.^۱ همچنین در حین استخراج و تولید تجاری، ذمه بخش دولتی به تملیک سهم پیمانکار از نفت تولیدی در نقطه

۱. باید دقت داشت که الزام دولت به در اختیار قرار دادن منطقه قراردادی به شرکت نفتی، از آثار قرارداد مشارکت در تولید است و جزء ماهیت این قرارداد نیست. منطقه قراردادی نیز به عنوان موضوع قرارداد فیما بین نیست تا سبب ایجاد اشاعه بین طرفین گردد.

تحویل مشغول می‌شود؛ یعنی در این مرحله است که برای پیمانکار، حق مطالبه سهم خود از نفت تولیدی از بخش دولتی (حق شخصی) شکل می‌گیرد. تنها در نقطه تحویل و پس از تملیک نفت از سوی بخش دولتی به پیمانکار است که پیمانکار حق عینی و بی‌واسطه بر سهم خود از نفت تولیدی دارد. بنابراین ماهیت حقوقی «حق» پیمانکار در قرارداد مشارکت در تولید، در زمره حقوق شخصی (دینی) است و به تبع، پیمانکار مالکیتی نسبت به نفت موجود در مخزن نیز ندارد. از این رو، میزان اکتشاف و استخراج نفت فقط در حد تعیین اجرت پیمانکار مؤثر است.

۳-۱. ماهیت حقوقی «تعهدات» قراردادی پیمانکار و کارفرما

با توجه به اینکه موضوع اصلی و مورد تعهد پیمانکار در قرارداد مشارکت در تولید، اکتشاف و استخراج منابع نفتی در منطقه قرارداد است، ضروری است که به بررسی و تبیین ماهیت تعهد شرکت نفتی در مقابل دولت میزبان پردازیم. تعهد «رابطه‌ای است حقوقی که نتیجه آن، انتقال مال (اعم از پول یا کالا) یا انجام دادن فعل یا ترک فعل معین یا اسقاط یک اثر حقوقی باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۷۵۹). برخی موضوع تعهد را به دو گروه تقسیم می‌کنند: الف) تعهد به وسیله، ب) تعهد به نتیجه (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۵۲-۱۵۱/۴).

الف) تعهد به وسیله: در این نوع تعهد، متعهد وصول به هدف قرارداد را بر عهده نگرفته است، بلکه متعهد به تهیه مقدمه وصول به نتیجه است و به طور کلی شامل مواردی است که حصول نتیجه مطلوب جنبه احتمالی دارد و در اختیار متعهد نیست؛ مثل تعهد وکیل دادگستری در برابر موکل خود.

ب) تعهد به نتیجه: در این نوع تعهد، متعهد علاوه بر تعهد به تهیه مقدمات وصول به نتیجه مطلوب باید به نتیجه نیز دست یابد و به طور کلی شامل مواردی است که احتمال حصول نتیجه مطلوب زیاد است و متعهد حصول نتیجه را می‌پذیرد و تمهید وسایل نیز مقدمه التزام است؛ مثل تعهد عامل نسبت به تسلیم متعلق جعاله (ماده ۵۶۷ ق.م. که تنها در صورت تسلیم متعلق جعاله، مستحق اجرت است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۲۴۳/۲).

در قرارداد مشارکت در تولید، نتیجه مورد نظر دولت میزبان، صرف اجرای عملیات اکتشاف منابع نفتی زیرزمینی از سوی شرکت نفتی نیست؛ زیرا دستیابی به منابع نفت و گاز و تولید تجاری از امور محتمل الوقوع فعالیت‌های بالادستی صنعت نفت است. به عبارت دیگر، ممکن است نفت کشف شود، ولی میزان تولید از میدان کشف شده به میزان تجاری نباشد و یا حتی در صورت تجاری بودن، عملیات توسعه میدان با شکست روبرو شود. در واقع، هدف اصلی و نتیجه مورد انتظار کشور میزبان از انعقاد قرارداد، حصول نتیجه مورد نظر خود در عملیات استخراج و توسعه میدان (دستیابی به میزان تولید تجاری و توسعه ظرفیت تولید از میدان تا میزان مقرر در قرارداد) است تا از این طریق با درآمد حاصل از آن بتواند علاوه بر تأمین نیاز بازار داخلی، میزان درآمد ملی خود را نیز افزایش دهد. در مقابل، شخص پیمانکار ریسک انجام عملیات نفت را در مراحل اکتشاف، توسعه و استخراج بر عهده گرفته است و پس از حصول نتیجه، جایزه تحمل ریسک خود را به صورت سهمی از نفت تولیدی در نقطه تحویل دریافت می‌کند. در واقع در این فرض، شرکت نفتی متعهد می‌شود که در مدت معین، میدان نفتی تجاری کشف کند (قانون نفت مصوب ۱۳۵۳/۵/۸، ماده ۱۱، بند ۲). بنابراین این تعهد را باید تعهد به نتیجه دانست که در صورت عدم حصول به این نتیجه، ذمه طرف مقابل (دولت میزبان) در مقابل شرکت نفتی مشغول نمی‌شود.

با توجه به اینکه هدف اصلی قرارداد مشارکت در تولید، استخراج و تولید تجاری است و پس از نیل به استخراج و میزان تولید تجاری، شرکت نفتی (پیمانکار) مستحق مطالبه حقوق قراردادی خود می‌شود و می‌تواند سهمی از نفت تولیدی را از دولت میزبان (کارفرما) که متعهد به تملیک کردن آن در نقطه معین قراردادی به اوست، دریافت دارد. البته همان گونه که در تبیین «ماهیت حق قراردادی پیمانکار» گذشت، حق مالکیت پیمانکار نسبت به سهمش از نفت تولیدی در نقطه تحویل پس از تملیک بخش دولتی به عنوان عوض قراردادی متوقف بر وقوع تولید تجاری است (حق دینی) و قبل از آن هیچ گونه حقی نسبت به نفت موجود در مخزن ندارد تا این شبهه ایجاد گردد که چنانچه قرارداد به هر علتی قبل از حصول نتیجه مورد نظر فسخ شود، شرکت نفتی حق مطالبه حقوق قراردادی را از مخزن نفتی دارد. البته شرکت نفتی در جریان اجرای

عملیات و مراحل مختلف از حقوقی برخوردار است؛ یعنی در صورتی که پیمانکار در اجرای عملیات اکتشاف با شکست مواجه شود، مستحق دریافت هیچ گونه حق الزحمه و حق مالی یا غیر مالی نیست و ملزم است منطقه قراردادی را رها کند و قرارداد خاتمه می‌یابد، ولی در فرض نیل به تولید تجاری، حق انجام عملیات توسعه میدان را پیدا می‌کند (Taverne, 1996 (b): 44-45). پس ماهیت حقوقی «تعهد» پیمانکار در قرارداد مشارکت در تولید، در زمره تعهدات به نتیجه است و تا زمانی که پیمانکار به نتیجه مورد نظر قراردادی فیمابین خود و دولت دست نیازد، مستحق دریافت هیچ گونه حق الزحمه و حقوق مالی یا غیر مالی نمی‌باشد (Ibid.).

۲. نهاد حقوقی مشابه در حقوق موضوعه ایران و فقه امامیه

ماهیت تعهد پیمانکار در قرارداد مشارکت در تولید، در زمره تعهد به نتیجه است. لذا تا زمانی که پیمانکار به نتیجه دست نیازد، مستحق دریافت هیچ چیزی نمی‌باشد. در واقع ماهیت این قرارداد به مثابه عقد جعالة خاص است؛ با این توضیح که در جعالة خاص، عامل (پیمانکار) تنها در صورتی مستحق دریافت جعل (حقوق قراردادی فیمابین) می‌شود که به نتیجه مورد نظر جاعل (دولت میزبان) دست یابد. برای تطبیق ماهیت حقوقی «قرارداد مشارکت در تولید» با «جعاله»، ضروری است پس از بررسی مفهوم و ماهیت و انواع جعاله به تبیین ویژگی‌های منحصر به فرد آن پردازیم.

۱-۲. مفهوم، انواع و ماهیت جعاله

جعاله عبارت است از التزام شخصی به ادای اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف، معین باشد یا غیر معین (ماده ۵۶۱ ق.م.).

این ماهیت با عقد «اجارة اشخاص» یا «مشارکت» یکسان نیست؛ زیرا در اجاره، مستأجر ملتزم به پرداخت اجرت معلوم در برابر کار معین است و طرف ایجاب نیز شخصی معین است، ولی در جعاله علاوه بر عدم لزوم تعیین دقیق اجرت (ماده ۵۶۳ ق.م.)، لزومی به تعیین مخاطب ایجاب و عمل مورد نظر نیز نمی‌باشد (ماده ۵۶۴ ق.م.) و عامل و جاعل در هیچ مالی حق یا نفع مشترک ندارند؛ زیرا جاعل به دنبال عمل

مورد نظر خود می‌باشد و عامل به دنبال کسب اجرت (پاداش آن عمل)، اگرچه هر دو پس از حصول نتیجه از آثار آن منتفع می‌گردند؛ برای مثال، قسمتی از مورد جعل به عنوان پاداش عامل پرداخت می‌شود. جعاله را به اعتبار نحوه ایجاب، به دو نوع «جعاله خاص» و «جعاله عام» تقسیم می‌کنند. مخاطب ایجاب جعاله خاص، شخص یا اشخاصی معین هستند، ولی در جعاله عام، عموم مردم هستند و نفس حصول نتیجه، مطلوب جاعل است و هر شخصی که کار مورد درخواست وی را انجام دهد، پاداش معهود را دریافت می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲/۲۴۰-۲۴۴). در خصوص ماهیت حقوقی «جعاله خاص» کمتر تردید شده است (همان: ۲/۲۴۵)، ولی به هر حال، میان فقها و حقوق دانان در ماهیت «عقد» یا «ایقاع» بودن آن اختلاف است. در ادامه پس از بیان مختصر اختلاف‌ها، نظر برگزیده را در تطبیق با قرارداد مشارکت در تولید برمی‌شماریم:

۱- ایقاع بودن جعاله: عقد ناشی از اراده طرفینی است و به صرف اراده یکی از طرفین قابل تحقق نیست. در جعاله بین ایجاب و قبول مقارنه‌ای وجود ندارد و اگر جعاله در زمره عقود بود، نیازمند تقارن ایجاب و قبول بود، کما اینکه در جعاله چنانچه شخص کاری انجام دهد، چیزی منظور می‌شود. بنابراین جعاله عقد نیست؛ زیرا تنها به ایجاب شخص متقاضی (جاعل) واقع می‌شود (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۵/۱۸۹-۱۹۰) و نیازی به قبول ندارد. همچنین توالی ایجاب و قبول که شرط تحقق عقود می‌باشد، در جعاله وجود ندارد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۳/۱۲۶؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۱/۱۴۹-۱۵۰؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۸/۲۰۲-۲۰۳؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۱/۵۸۶؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۲/۱۱۶).

۲- عقد بودن جعاله: استحقاق عامل در نتیجه قبول ایجاب جاعل و توافق بین طرفین است. ممکن است این توافق به طور صریح یا ضمنی، و لفظی یا فعلی باشد. طبیعت چنین پیشنهادها و ایجاب‌هایی که مخاطب آن عموم افراد هستند، دوام ایجاب را اقتضا دارد و نباید آن را نشانه ایقاع بودن جعاله دانست. به علاوه، قبول فعلی برای تحقق عقد کافی است. بنابراین جعاله در زمره عقود است و بر این امر نیز اجماع وجود دارد (حلی، ۱۴۰۵: ۳۲۶؛ علامه حلی، بی‌تا: ۱۷/۴۴۳؛ حسینی روحانی قمی، بی‌تا: ۱۹/۲۲۰؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۶/۱۸۹).

در حقوق موضوعه نیز حکم صریحی وجود ندارد، لذا بین حقوق دانان نیز نظرات

مختلفی مطرح شده است؛ زیرا قانون مدنی در تعریف جعاله از استعمال لفظ «عقد» خودداری و از آن به «التزام به ادای اجرت معلوم» تعبیر کرده است (ماده ۵۶۱ ق.م.). ماده ۵۶۵ ق.م. نیز در بیان اختیار طرفین در بر هم زدن جعاله بیان می‌دارد: «جعاله تعهدی است جایز...» و به سبب این اجمال‌گویی قانون‌گذار، برخی معتقدند که جعاله یکی از عقود معین است که باید تمامی شرایط اساسی صحت معامله را داشته باشد و علاوه بر آن نیز دارای شرایط خاصی است که عقد جعاله را تشکیل می‌دهد (امامی، ۱۳۷۵: ۱۲۱/۲؛ شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۱۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۵۶/۲؛ سنه‌پوری، ۱۹۹۸: ۴۵/۱) و برخی نیز جعاله را در زمره ایقاعات می‌دانند (بروجردی عبده، ۱۳۸۱: ۳۱۷؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۳۲۵-۳۲۶).

فارغ از تمام اختلافات در باب ماهیت جعاله، با توجه به اینکه «قرارداد مشارکت در تولید» در زمره قراردادهایی است که مخاطب ایجاب آن شخصی معین است، انطباق این قراردادها بر «جعاله خاص» پذیرفتنی است و در این مقال، نوبت به بحث از جعاله عام نمی‌رسد. در عقد بودن جعاله خاص نیز کمتر تردید وجود دارد؛ چون در صورتی که کسی به شخصی پیشنهاد انجام عملی را در مقابل گرفتن مبلغ یا مالی معین ارائه دهد و او پیشنهاد را بپذیرد و کار مورد نظر را انجام دهد، توافق طرفین منشأ تعهدات آنهاست و نمی‌توان ادعا کرد که فقط اراده جاعل، موجب التزام او شده و قصد عامل در آن مؤثر نبوده است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۴۵/۲). در واقع، در قرارداد مشارکت در تولید، شرکت نفتی به موجب قانون و از طریق مناقصه تعیین می‌شود و پس از احراز جهات فنی و تخصصی مناقصه (احراز اهلیت شرکت نفتی برای انعقاد قرارداد)، اجرای مفاد قرارداد باید از سوی شخص برنده مناقصه و زیر نظر بخش دولتی صورت گیرد.

۲-۲. ویژگی‌های منحصر به فرد جعاله

۱- وجود ابهامات: همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، در این عقد ابهاماتی در خصوص «متعاقدین»، «میزان خدمت» و «میزان اجرت» وجود دارد که حتی با این اوصاف نیز مورد تأیید شارع قرار گرفته و آثاری نسبت به آن جاری دانسته شده است؛ یعنی در جعاله حصول نتیجه اعمالی که اغلب مجهول هستند، مورد نظر است (نجفی، ۱۹۸۱: ۱۹۲/۳۵).

۲- جایز بودن: «عقد جعاله برای هیچ یک از دو طرف لازم نیست و جاعل و عامل می‌توانند هر گاه که بخواهند و بدون اینکه نیاز به بهانه مشروع داشته باشند، آن را به هم زنند» (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲/۲۵۶) که البته اثر این فسخ نسبت به هر یک از طرفین و حسب مورد متفاوت است؛ یعنی به نحوی نیست که چنانچه عمل عرفاً مستحق اجرت باشد، اقدام به فسخ نماید، ولی عامل مستحق هیچ اجرتی نباشد (مواد ۵۶۵-۵۶۶ ق.م.؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۱/۴۳۰؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۲/۱۶۳؛ کرکی عاملی، ۱۴۰۹: ۱/۱۹۴).

۳- قابلیت توسعه دامنه جعاله: دامنه متعاقدين و موضوع عقد جعاله محدود به موردی خاص نیست، بلکه شامل خدمات، اعیان یا سایر موضوعات دیگر نیز می‌شود؛ زیرا در این عقد، عامل، موضوع، دستمزد و... می‌تواند هر چیزی باشد، بنابراین همانند بیع که در آن مبیع به عین معین محدود شده است، نیست.

۳. تطبیق قرارداد مشارکت در تولید با جعاله و ماهیت‌های حقوقی مشابه
با توجه به تبیین اوصاف و ماهیت حقوقی «حقوق و تعهدات» پیمانکار و کارفرما در قرارداد مشارکت در تولید، ضروری است که به بررسی ماهیت حقوقی این قراردادها با نهادهای حقوقی مشابه در حقوق موضوعه ایران و فقه امامیه بپردازیم. نهاد حقوقی «جعاله» شباهت بسیار زیادی با قرارداد مشارکت در تولید دارد. بنابراین ضروری است که برای تبیین این مهم، ابتدا به تحلیل قرارداد مشارکت در تولید با نهاد جعاله و پس از آن به تطبیق با سایر نهادهایی مانند «مشارکت»، «مضاربه» و «ماهیت منحصر به فرد»، به نقد آن‌ها بپردازیم.

۳-۱. تطبیق «قرارداد مشارکت در تولید» با «جعاله»

در جعاله، التزام جاعل در برابر انجام کار معین است. نه منفعتی به جاعل تملیک می‌شود و نه حق انتفاعی پیدا می‌کند. یعنی طرفین فقط پیمانی می‌بندند که به موجب آن جاعل در برابر حصول نتیجه مورد نظر خود از سوی عامل، ملتزم به دادن مالی به وی می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲/۲۶۷-۲۶۸). البته چنانچه شرکت نفتی (پیمانکار) موفق به حصول نتیجه مورد نظر (اکتشاف تجاری) گردد، دولت میزبان (کارفرما) باید حقوق

قراردادی وی را به رسمیت شناسد؛ زیرا در چنین قراردادی، اعمال مورد نظر قابل تجزیه و هر یک از این اعمال فی نفسه مورد نظر دولت میزبان می‌باشد. یکی از اعمال، اکتشاف تجاری است. در جعاله نیز در صورتی که عمل مورد نظر مرکب از اجزایی باشد که هر کدام به طور مستقل منظور جاعل هستند و پس از انجام بخشی از آن، عقد به هر علت فسخ شود، «عامل از اجرت‌المسمی به نسبت عملی که کرده است، مستحق خواهد بود...» (ماده ۵۶۶ ق.م.ق)؛ یعنی به نسبت کار انجام شده مستحق دریافت پاداش است (همان: ۲۵۶/۲-۲۵۷). در واقع، همان گونه که در جعاله، عامل تحت شرایطی مستحق دریافت اجرت‌المثل و یا بخشی از اجرت‌المسمی می‌شود،^۱ در این قرارداد نیز پیمانکار در شرایطی، مستحق دریافت پاداش و استیفای حقوق قراردادی می‌شود. بنابراین پس از نیل به اکتشاف تجاری از حق توسعه میدان و...، پیمانکار از سایر حقوق قراردادی خود برخوردار می‌گردد.

در صورتی که دولت میزبان مانع انجام عملیات توسعه شرکت شود و یا با شرکتی دیگر به جای شرکت نفتی نخست، اقدام به انعقاد قرارداد نماید، سبب ورود خسارت به وی شده است؛ با این توضیح که پیمانکار نخست، هزینه‌هایی را برای اجرای عملیات مصروف داشته است تا در قبال نیل به نتیجه، این هزینه‌ها از محل نفت تولیدی در نقطه تحویل مسترد گردد و حال آنکه دولت میزبان با این عمل خود نه تنها مانع بازگشت هزینه‌های پیمانکار شده، بلکه هزینه‌های وی را هم پرداخت نکرده است. بنابراین در این حالت اگرچه پیمانکار به نتیجه مورد نظر دست نیافته است، ولی از حقوقی برخوردار می‌گردد که می‌تواند جبران هزینه‌های خود را از دولت میزبان مطالبه نماید. همچنان که در جعاله با توجه به اینکه تعهدات عامل در زمره تعهدات به نتیجه است، چنانچه جاعل در اثنای عمل با اراده خود از ادامه فعالیت خودداری کند و منصرف شود، باید اجرت‌المثل عمل و تمام هزینه‌های عامل را پرداخت نماید.^۲ حال در قرارداد

۱. یعنی چنانچه عمل مرکب از اجزای مستقل باشد و عمل مورد نظر مجموع اجزا و اعمال مستقل از یکدیگر باشد و هر یک از اجزا و اعمال به طور مستقل منظور جاعل باشد، فسخ یک‌جانبه عقد از سوی وی، عامل را مستحق دریافت اجرت‌المسمی به نسبت عمل انجام شده می‌نماید.

۲. البته این مورد ناظر به حالتی است که عمل مطلوب، بسیط و تجزیه‌ناپذیر باشد؛ یعنی عمل مورد نظر مرکب از اجزای مستقل نباشد.

مشارکت در تولید، دولت میزبان موظف است که حسب قرارداد فیما بین پس از حصول نتیجه مورد نظر، حقوق قراردادی پیمانکار را پرداخت نماید تا در صورت فسخ قرارداد از سوی دولت میزبان، هزینه‌های پیمانکار جبران گردد.

تعهد پیمانکار در قرارداد مشارکت در تولید به نحوی است که موجب عدم علم تفصیلی به موضوع، دامنه و میزان اجرت قراردادی آن می‌شود. در حالت کلی، مطابق بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، چنین معامله‌ای باطل است، در حالی که انعقاد جعاله حتی اگر مبتنی بر غرر یا عدم تعیین تفصیلی موضوع مورد معامله باشد، چنین توافقی صحیح است (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۳۳۵/۴؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۶۸/۳؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۹۲/۶؛ علامه حلی، بی تا: ۴۳۴/۱۷؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۱۷: ۱۸۳/۲)؛ زیرا این عقد اصولاً بر نوعی جهل و غرر مبتنی است تا نیازهای مردم را برطرف نماید، لذا علم به عوض، شرط تشکیل جعاله نیست (وجدانی فخر، ۱۴۲۶: ۲۵۸/۱۰). بنابراین با توجه به اینکه موضوع قراردادهای نفتی به لحاظ ماهیت ناشناخته مخازن همواره با نوعی پیچیدگی و ابهام در اجرا و هزینه همراه است و تعهد پیمانکار نیز تعهد به نتیجه است، شرکت نفتی نیز متعهد می‌شود که علاوه بر سقف هزینه‌های قابل پرداخت تعیین شده در قرارداد، خطر تحمل هزینه‌های اضافی برای رسیدن به سقف معین تولید را تحمل کند.

بنابراین اصلی‌ترین عنصری که در تعهد به نتیجه قابل توجه است، «تحمل ریسک» یا «قبول عناصر پیش‌بینی نشده در جریان انجام تعهد» است (امانی، ۱۳۸۹: ۱۳۵) که به طور قابل توجهی در قرارداد مشارکت در تولید مشاهده می‌شود و تعهد پیمانکار را به علت شرایط غیر قابل پیش‌بینی آینده، در مراحل مختلف قراردادی همراه با مشخصه غیر قطعی، در هاله‌ای از ابهام قرار می‌دهد. این مفهوم که در سایر قراردادهای بالادستی نیز مشهود است، به معنای ریسک بسیار بالای آنهاست تا جایی که می‌توان گفت این صنعت را به صنعتی «خطرپذیر» تبدیل کرده است؛ زیرا در این حالت، امکان بازگشت هزینه‌های پرداخت شده به ویژه هزینه‌های صورت گرفته برای عملیات اکتشافی به طور جدی محل تردید است (Cotula, 2010: 4-5). بنابراین در قرارداد مشارکت در تولید، طرفی که اقدام به تأمین مالی عملیات می‌کند، ریسک ناشی از عدم نیل به نتیجه عملیات و یا شکست در اکتشاف میادین را تحمل می‌کند، در حالی که

در این فرض، مستحق دریافت هیچ هزینه‌ای نیز نمی‌باشد.

تعهدات قرارداد مشارکت در تولید در زمره تعهد به نتیجه است و عدم حصول نتیجه نیز در آن مستتر است. در تطابق آن با بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، حتی در صورتی که این قرارداد را در زمره قراردادهای پیمانکاری نیز بدانیم، به دلیل وجود عنصر عدم اطمینان، باید باطل دانست؛ زیرا به طور معمول، در قراردادهای نفتی در صورتی که شرکت نفتی در مدت مقرر به کشف تجاری دست نیابد، قرارداد خاتمه‌یافته تلقی می‌شود (قانون نفت مصوب ۱۳۵۳/۵/۸، ماده ۱۶، بند ۲). در قرارداد مشارکت در تولید نیز در صورت عدم تولید نفت تجاری، قرارداد خاتمه می‌یابد (Blinn et al., 1986: 70). به علاوه، بازپرداخت اصل سرمایه، حق الزحمه و یا سود، ریسک و هزینه‌های تأمین منابع مالی و سایر هزینه‌های جنبی ایجادشده برای اجرای طرح از طریق تخصیص بخشی از محصولات میدان و یا عواید آن بر پایه قیمت روز فروش محصول^۱ را باید به عنوان یکی از اصول و شرایطی که برای انعقاد قرارداد مشارکت در تولید لازم است، مدنظر قرار داد.

با پذیرش تطابق قرارداد مشارکت در تولید با عقد جعاله، حق مشارکت بخش دولتی با شرکت نفتی خارجی را باید این گونه تبیین نمود که این گونه مشارکت‌ها به منزله همکاری بین چند عامل به منظور نیل به هدف مورد نظر جاعل است و چون خود جاعل (بخش دولتی) امکان اجرای حق مشارکت را منع ننموده و همچنین دلیلی بر عدم صحت آن‌ها نیست، باید اذعان نمود که قواعد تنظیم‌کننده روابط مشارکت (چگونگی مشارکت در اجرای عملیات و تأمین مالی پروژه و نحوه انتفاع) فقط نسبت به عاملان متعدد قابل استناد است. به علاوه، اگرچه شرکت وابسته به بخش دولتی در اجرای عملیات اکتشاف، تولید و توسعه با شرکت نفتی خارجی مشارکت نموده است، دولت میزبان (بخش دولتی به عنوان جاعل) همان تعهدات قراردادی را از پیمانکار دارد و این امر سبب نمی‌شود که مشارکت به معنای قانون مدنی و مبانی فقه (اشاعه مالکیت در مخزن و یا سایر اموال) تحقق یابد.

در تطابق قرارداد مشارکت در تولید با فقه امامیه و نظریه انفال بودن ماهیت مالکیت

۱. شماره ۳ بند «ب» ماده ۱۴ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۸۴-۱۳۸۸) مصوب ۱۳۸۳/۶/۱۱.

معادن نفتی، نظر برخی از فقهای را می‌توان پذیرفت که معتقدند برای استخراج معادن از زیر زمین، امکان به کارگیری دیگران وجود دارد. بنابراین ماهیت این قرارداد به سبب وجود جهالت و ماهیت خاص آن، جعاله است و نمی‌توان چنین قراردادی را در قالب اجاره یا مشارکت تبیین نمود؛ زیرا در صورتی که نیمی از حاصل عمل استخراج برای شخص مستأجر به عنوان دستمزد لحاظ گردد، چنین اجاره‌ای به علت مجهول بودن میزان اجاره بها باطل است و به دلیل اینکه جعاله مبنی بر جهالت است و چنین جهالتی مانع تسلیم عوض نمی‌شود، مانع صحت جعاله نیز نیست (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۶۸/۳). همچنین در عقد اجاره، اجیر هیچ گونه استحقاقی نسبت به منافع ایجادشده از موضوع عقد اجاره نخواهد داشت و تنها در صورتی می‌تواند اقدام به مطالبه اجرت (یا حق الزحمه) قراردادی نماید که تعهدات خود را ایفا کند. بنابراین با توجه به اینکه اساساً ماهیت قرارداد مشارکت در تولید، با اصول حاکم بر عقد اجاره قابل تحلیل نیست، لذا توافق برای استخراج معادن زیرزمینی را تنها می‌توان در قالب جعاله صحیح دانست.^۱

۲-۳. تحلیل قرارداد مشارکت در تولید با نهادهای مشابه

۱-۲-۳. مشارکت

زمانی که از «قرارداد مشارکت در تولید» نام برده می‌شود، این تصور ایجاد می‌شود که بین دولت میزبان با شرکت نفتی در امر اجرای عملیات اکتشاف و تولید و توسعه میدان نفتی «مشارکت» صورت می‌گیرد؛ با این توضیح که طرفین عقد مشارکت هستند و اثر آن اشاعه مالکیت در مخزن و سایر اموال است، ولی باید دانست که در انجام امور اقتصادی که مستلزم سرمایه فراوان است، از عقد مشارکت بین چند شخص استفاده می‌شود تا با کنار هم قرار دادن سرمایه و نیروی مشترک بتوان فعالیت تجاری، تولیدی و... داشت. بدین منظور عقودی که ماهیت مشارکتی دارند، مانند: عقد شرکت،

۱. البته با توجه به نظرات مختلف در خصوص چنین مالکیتی، نظرات مختلفی درباره قرارداد استخراج بین فقهای امامیه مطرح شده است؛ برخی قائل به ماهیت «اجاره» و برخی «هبه» شده‌اند. بیان تفصیلی نظرات و دلایل از فرصت این نوشتار خارج است (برای مطالعه بیشتر ر.ک: حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۵۳/۱۵۵؛ علامه حلی، ۱۴۲۲: ۴۹۴/۴-۴۹۵؛ حلی، بی‌تا: ۴۰۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۷۳/۲؛ امانی، ۱۳۸۹: ۱۳۸-۱۴۱).

مضاربه، مزارعه و مساقات شکل گرفته است. ویژگی مشترک این عقود عدم وجود دادوستد مستقیم می‌باشد و دو تعهد در مقابل یکدیگر قرار نگرفته است. بدین خاطر این عقود در زمره عقود «غیر معاوضی» دانسته شده‌اند. ویژگی‌های این گونه عقود عبارت‌اند از:

- ۱- چشم‌پوشی کردن از میزان غرر؛
- ۲- عدم قطعیت کسب سود و امکان وجود ضرر؛
- ۳- مشخص نبودن میزان سود حاصل از فعالیت پیش از حصول آن؛
- ۴- مشخص نبودن میزان فعالیت و مدت دقیق برای کسب سود (قنواتی و دیگران، ۱۳۸۸: ۱۸۰/۱-۱۸۱).

قانون مدنی «عقد شرکت» را فارغ از اختلاف نظرهایی که در فقه امامیه در خصوص مفهوم و ماهیت آن وجود دارد، این گونه تعریف کرده است: «اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه» (ماده ۵۷۱ ق.م.) که خود برگرفته از تعبیر مشهور فقهای امامیه است. عقیده بر این است که عقد شرکت مبتنی بر امتزاج مالکیت حداقل دو مال است.^۱ اشکال این تعریف آن است که عقد شرکت را به اثری که از آن حاصل می‌شود، تعریف کرده است، به نحوی که برخی از حقوق دانان، عقد شرکت را برای ایجاد اشاعه در مالکیت چند مال (عدل، ۱۳۷۳: ۳۰۴) و برخی دیگر سبب و وسیله‌ای برای اداره مال مشترک می‌دانند (امامی، ۱۳۷۵: ۱۳۸/۲).

بنابراین به رغم وجود برخی از ویژگی‌های عقود مشارکتی در قرارداد مشارکت در تولید، نمی‌توان قرارداد مشارکت در تولید را مطابق با چنین عقودی دانست؛ زیرا اصولاً بین این گونه عقود با قرارداد مشارکت در تولید، تفاوت ماهوی و بنیادین وجود دارد. در واقع، اشاعه مالکیت در شیء واحد در قرارداد مشارکت در تولید متصور نیست؛ یعنی شرکت نفتی با کشور میزبان در مخزن نفتی و سایر اموال و تجهیزات لازم برای اجرای

۱. «الشركة هي اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشيع، أو استحقاق شخصين فصاعداً على سبيل الشيع أمراً من الأمور» (حلی، بی تا: ۳۰۷/۱۶؛ برای ملاحظه تعابیر مشابه ر.ک: فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۲۹۸/۲؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۷/۸؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۳۰۱/۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۱۰/۲۰؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۲۸۴/۲۶؛ نجفی کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۲/قسم (۲۰۱/۱).

عملیات، مالکیت مشاع پیدا نمی‌کنند؛ زیرا حق مالکیت مخزن منحصراً برای دولت میزبان است و پیمانکار فقط حق مطالبه حقوق قراردادی را از طریق دولت میزبان دارد، نه حق عینی بر مخزن و منابع طبیعی زیرزمینی کشور میزبان. علاوه بر این، زمانی می‌تواند این حقوق را مطالبه نماید که تعهدات قراردادی خود را اجرا کرده باشد؛ با این توضیح که پس از حصول نتیجه مورد نظر، دولت میزبان مکلف به تملیک نفت تولیدی مطابق با شرایط قرارداد به شرکت نفتی است و این شرکت فی نفسه حقی بر مخزن ندارد.

برخی عقد مشارکت را این گونه تعریف کرده‌اند: «عقدی که به موجب آن دو یا چند شخص، به منظور تصرف مشترک و تقسیم سود و زیان و گاه مقصد دیگر، حقوق خود را در میان می‌نهند تا به جای آن مالک سهمی مشاع از این مجموعه شوند». این تعریف به معنای آن است که باید آورده هر یک از طرفین به عنوان موضوع مشارکت، حق مالکیت باشد. بنابراین خدمت و اعتبار نمی‌تواند مبنای این شرکت باشد. همچنین سود و زیان در عقد مشارکت به تناسب سهم شریکان در مال مشاع تقسیم می‌شود. پس امکان ندارد که یکی از شریکان فقط در سود مشارکت نماید و در صورت تحمل ضرر، همه آن بر عهده شخصی دیگر باشد. این در حالی است که در قرارداد مشارکت در تولید، شرکت نفتی برای شکل‌گیری چنین مشارکتی هیچ گونه مالی را به عنوان آورده خود نمی‌آورد، بلکه تنها خدمات، اطلاعات و دانش فنی، تجهیزات و فناوری خود را برای انجام موضوع قرارداد به اشتراک می‌گذارد. از سوی دیگر، تنها در صورتی منتفع می‌شود که موفق به کشف تجاری گردد و در صورت عدم نیل به نتیجه، از هیچ گونه حقوقی برخوردار نیست و فقط متحمل ضرر شده است. در مقابل، بخش دولتی در میزان ضرر متحمل هیچ سهمی ندارد و تمامی آن بر عهده شرکت نفتی است؛ یعنی مشارکت در زیان صورت نمی‌گیرد و فقط مشارکت در حاصل فعالیت (تولید تجاری) می‌باشد.

۲-۲-۳. مضاربه

برخی معتقدند که قرارداد مشارکت در تولید با عقد مضاربه قابل تطبیق است (امانی،

۱۳۸۹: ۱۴۹)؛ با این توضیح که کشور میزبان مالک مخزن است و شرکت نفتی به عنوان عامل فعالیت می‌کند. با توجه به تعریفی که قانون مدنی در ماده ۵۴۶ از مضاربه ارائه داده است، «مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می‌دهد، با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند». بنابراین به موجب مضاربه، شرکتی بین عامل و مالک صورت می‌گیرد که آورده یک طرف این قرارداد، سرمایه است و آورده طرف دیگر، ارائه خدمت و عمل. این شرکت فاقد شخصیت حقوقی است و همه معاملات به نام عامل، و سود حاصل برای مالک منظور می‌شود؛ زیرا زیان‌های معامله بر عهده وی منظور می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۰۶-۱۰۵/۲).

در این نوع از عقود مشارکتی، سهم یکی از شرکا کار و عمل وی است که بخشی از درآمد شرکت نیز به وی تعلق می‌گیرد و حال آنکه در قرارداد مشارکت در تولید، مخزن نفت به عنوان سرمایه است که از سوی کشور میزبان در اختیار شرکت نفتی قرار می‌گیرد. این شرکت به عنوان پیمانکار اقدام به فعالیت می‌کند و پس از اکتشاف تجاری، به میزان مقرر در قرارداد از سود حاصل از این مشارکت برخوردار می‌شود. حصه وی از منافع این قرارداد نیز باید به صورت جزء مشاع از کل، از قبیل ربع یا ثلث و... باشد (ماده ۵۴۸ ق.م.ا.). همچنین وقتی که کشور میزبان، شرکتی نفتی را بر مخزن نفتی خود مسلط می‌کند و اجازه هر گونه تصرفی را به وی می‌دهد، به معنای امین شناختن وی است؛ زیرا اوست که از فناوری و دانش برتر برخوردار است و باید با آورده خود و سرمایه کشور میزبان اقدام به فعالیت نماید. در مقابل، سهم مشاعی از سود حاصل از نتیجه اجرای فعالیت نفتی را پس از اکتشاف تجاری دریافت می‌دارد. بنابراین دریافتی شرکت نفتی احتمالی است؛ زیرا عوض فعالیت وی موکول به اکتشاف تجاری است. تطبیق این ماهیت با قرارداد مشارکت در تولید با توجه به دلایل زیر مورد تردید جدی است:

۱- مطابق ماده ۵۴۷ قانون مدنی، سرمایه عقد مضاربه باید «وجه نقد» باشد و مواردی که عینی از اعیان (کالا) به عنوان سرمایه قرار داده شده، از شمول مضاربه خارج و سبب «بطلان» مضاربه است (همان: ۱۱۱/۲-۱۱۴). همچنین دین در ذمه بودن سرمایه از سوی فقها پذیرفته نشده است؛ چرا که موضوع دین باید معین باشد و به قبض عامل

داده شود تا بتواند سرمایه قرار گیرد (علامه حلی، بی‌تا: ۱۹/۱۳؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۲۲/۹؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۹۱/۷؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۳۱۲/۳). در این حالت، این عمل را حتی نمی‌توان مشمول عقد اجاره دانست؛ زیرا اجرت عمل اجیر معلوم نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۱۲/۲).

۲- فقهای امامیه معتقدند که انعقاد قرارداد «مساقات» و «مضاربه» برای بهره‌برداری از معادن، به دلیل مجهول بودن اجرت شخص به عنوان عوض قراردادی باطل است. حتی اگر عوض عمل را به عنوان جزئی از اصل سود حاصل یا جزئی از اصل سرمایه قرار دهد، باز چنین قراردادی نیز باطل است و چون از انجام عمل خود قصد تبرع نداشته و این عمل را برای مالک معدن انجام داده، مستحق دریافت اجرت‌المثل است (علامه حلی، بی‌تا: ۴۰۵/۱۷).

۳- مضاربه عقدی جایز است (ماده ۵۵۰ ق.م.؛ همان: ۴۶/۱۷؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱: ۷۵)؛ در حالی که از اوصاف قرارداد مشارکت در تولید، لازم بودن این عقود می‌باشد. به علاوه، در کلیه قراردادهای بین‌المللی نفت، در صورت عدم درج شرط فسخ، طرفین حق فسخ ندارند. در صورت ملی کردن، دولت میزبان باید خسارت شرکت نفتی را جبران نماید. نحوه جبران خسارت (به صورت کامل یا متناسب)، به معنای مطالبه عدم‌النفع نیست، بلکه میزان خسارتی است که به واسطه اقدام یک‌جانبه دولت میزبان، موجب از دست رفتن عایدی مشروع و مورد انتظار شرکت نفتی بوده است.^۱

۳-۲-۳. ماهیت منحصر به فرد (تابع اراده طرفین قرارداد و مصداق ماده ۱۰ ق.م.) طبق این نظر با توجه به سازوکار منحصر به فرد قرارداد مشارکت در تولید و اینکه قصد متقابل طرفین، متعهد نمودن خود در قالب عقود معین حقوق داخلی نیست، چنین قراردادی با نهادهای مشابه در حقوق موضوعه ایران تطابق ندارد. بنابراین در تبیین ماهیت حقوقی چنین قراردادی باید به اصل آزادی قراردادها (ماده ۱۰ ق.م.) توجه کرد؛

۱. بنابراین کاملاً مشخص است که بین مفهوم «عدم‌النفع» و «حقوق مشروع و قراردادی قابل انتظار» تفاوت وجود دارد و حتی اگر قائل به حصول عدم‌النفع برای شرکت نفتی نیز باشیم، باز این امر باعث نمی‌شود که مشارکتی صورت گرفته باشد و ماهیت این قرارداد را مشارکت بدانیم (برای مطالعه بیشتر درباره جبران خسارت و مطالبه غرامت، ر.ک: محبی، ۱۳۸۶).

با این توضیح که اراده طرفین، محدود به عقود معین داخلی نیست و اشخاص می‌توانند تحت هر عنوان که مایل باشند، خود را به نتایج و آثار دلخواه آن توافق ملزم نمایند و در صورتی که مخالف قوانین آمره نباشد، لازم‌الاجراست (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۴۴/۱-۱۴۸).

با توجه به اینکه «عقودی که در قانون، عنوان و صورت خاصی ندارد و شرایط و آثار آن بر طبق قواعد عمومی قراردادها و اصل حاکمیت اراده تعیین می‌شود، عقود بی‌نام یا غیر معین است» (همان: ۹۶/۱) و در قوانین موضوعه ایران نامی از «قرارداد مشارکت در تولید» به نحوی که شرایط و آثار مختص آن را تبیین کرده باشد، نمی‌یابیم، این قرارداد را نمی‌توان در زمره عقود معین دانست. بنابراین به ناچار باید این قراردادها را در چهارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی تبیین کنیم؛ زیرا «حاکمیت اراده، قالب خاصی نمی‌شناسد و هدف از اصل بیان‌شده در ماده ۱۰ ق.م. نیز این بوده است که تراضی، جز در مواردی که در قانون به صراحت منع شده است، حاکم بر روابط دو طرف آن باشد و دولت پیمانی را که امضا شده است، محترم دارد» (همو، ۱۳۸۷: ۶۵/۱). همچنین مطابق اصل آزادی قراردادی، صرف اراده برای انشای عقد و ایجاد التزام و الزام کافی است و اراده در تعیین آثار عقد نیز آزاد است. بنابراین مجرد تراضی طرفین برای ایجاد التزام آنان به مفاد توافق کافی است (حائری، ۱۳۸۳: ۳۹) و در صورت وقوع اختلاف نیز قاضی پس از احراز وقوع و صحت چنین قراردادی، با توجه به مفاد قرارداد و اراده طرفین، در مقام رفع اختلاف و سازش برمی‌آید.

این نظر با ایراداتی روبه‌روست که قبول آن دشوار می‌نماید. اگرچه از قرارداد مشارکت در تولید، در حقوق موضوعه ایران ذکر به میان نیامده است و فقط قانون‌گذار در قسمت ۳ بند «ت» ماده ۳ طرح قانون وزارت نفت سال ۱۳۹۰، از «الگوهای قراردادی جدید از جمله مشارکت با سرمایه‌گذاران و پیمانکاران خارجی» نام برده است و به نظر برخی پذیرش الگوی مشارکت در قانون نفت ۱۳۹۰، دلیلی بر جواز انعقاد قرارداد مشارکت در تولید با لحاظ شروط و الزامات فنی صیانت از مخازن، حاکمیت دولت و حفظ منافع مالی دولت میزبان از راه طراحی نظام مالی کارآمد برای قرارداد و در نهایت سامان‌دهی نظام مالیات بر درآمد کشور است (امانی و شفیق‌زاده خولنجانی، ۱۳۹۱: ۱۶۸/۷۲)، ولی صرف چنین اشاره‌ای به معنای تبیین ماهیت و آثار چنین قراردادی

نیست و قانون‌گذار باید برای انعقاد چنین قراردادی همانند قرارداد «بیع متقابل»، علاوه بر بیان دقیق عنوان قراردادی، به بیان احکام و شرایط آن بپردازد. شرکت ملی نفت ایران نیز برای انعقاد قراردادهای بالادستی نفت، نیازمند تصویب قانونی است. در واقع باید ساختار اصلی قراردادهای نفتی بالادستی در قانون نوشته آورده شود، کما اینکه در سال ۱۳۳۶ برای انعقاد قرارداد مشارکت در تولید، تمامی قراردادها به تصویب مجلس وقت رسیده است.^۱

همچنین صرف شناخته شدن قرارداد مشارکت در تولید در عرصه صنعت نفت در سراسر دنیا به هر صورتی که متداول باشد، نمی‌تواند مورد قبول باشد؛ زیرا عملکرد دستگاه‌های اجرایی و شرکت ملی نفت در صورتی قانونی است که مستند به قانون باشد. بنابراین ضروری است که در قانون داخلی، این قرارداد به طور کامل تعریف و تبیین گردد. بنابراین امکان انعقاد چنین قراردادی با مانع بزرگی چون قوانین آمره روبه‌روست که پذیرش چنین نظری را سخت دشوار می‌کند. از سوی دیگر، با توجه به تبیین بیان‌شده از این قرارداد و همچنین به رسمیت شناخته شدن ماهیت جعاله برای توافقات استخراج معدن در فقه امامیه، نزدیک‌ترین نهاد مشابه به این قرارداد در بین عقود معین، «جعاله» است. بنابراین به علت مشابهت فراوان ارکان این قرارداد با نهاد حقوقی جعاله، نمی‌توان بیان داشت که احکام و آثار این قرارداد با هیچ یک از عقود معین در فقه امامیه و حقوق موضوعه سازگاری ندارد.

نتیجه‌گیری

قرارداد مشارکت در تولید، در زمره قراردادهایی است که ماهیت تعهد پیمانکار از نوع تعهد به نتیجه است. بنابراین تا زمانی که پیمانکار به نتیجه مورد نظر دست نیابد، مستحق دریافت هیچ گونه حق الزحمه (اعم از مالی و غیر مالی) نیست. به عبارت دیگر، حق مالکیت پیمانکار نسبت به سهمش از نفت تولیدی به عنوان عوض تعهدات قراردادی، متوقف بر حصول تولید تجاری نفت است و پس از حصول نتیجه مورد نظر،

۱. قانون مربوط به موافقت‌نامه قرارداد تفحص و اکتشاف و استخراج و بهره‌برداری نفت بین شرکت ملی نفت ایران و شرکت ایتالیایی آجیپ مینراریا مصوب ۱۳۳۶/۶/۲.

کشور میزبان ملزم است که حقوق قراردادی پیمانکار را به طور کامل به وی پرداخت نماید. حق اجرای عملیات نفتی و پرداخت دستمزد، از مهم‌ترین حقوق پیمانکار است؛ زیرا به موجب قرارداد مشارکت در تولید، پیمانکار فقط دارای حق اجرای عملیات نفتی در منطقه قراردادی است و با پایان یافتن مدت قرارداد یا عدم موفقیت در اکتشاف تجاری نفت، حق وی زائل می‌شود. بنابراین مالکیتی نسبت به میدان و نفت موجود در مخزن ندارد و دولت میزبان نیز مطابق قرارداد، با پیمانکار در اجرای عملیات مشارکت و همکاری می‌نماید.

نزدیک‌ترین نهاد مشابه در حقوق موضوعه ایران و فقه امامیه با این قراردادها، الگوی عقد جعالة خاص است؛ یعنی عامل (پیمانکار یا شرکت بین‌المللی نفت) تنها در صورتی مستحق دریافت جعل (حقوق قراردادی فیما بین) است که به نتیجه مورد نظر جاعل (دولت میزبان) در قرارداد دست یافته باشد. در این قرارداد، حق مشارکت دولت در حصول نتیجه اسقاط نشده است، لذا حسب توافق با شرکت نفتی، اقدام به همکاری می‌نماید. در جعالة برای عامل هیچ گونه مشارکتی در مخزن ایجاد نمی‌شود و صاحب مخزن تنها مکلف به پرداخت اجرت معلوم است (ماده ۵۶۱ ق.م.ا). به علاوه، مشارکت بخش دولتی در اجرای عملیات اکتشاف و تولید و توسعه با شرکت نفتی خارجی باعث نمی‌شود که پیمانکار با وی در مالکیت مخزن مشارکت نماید.

از منظر فقه امامیه، مالکیت معادن نفتی مبتنی بر نظریه انفال با نظری که الگوی عقد جعالة را برای استخراج معادن زیرزمینی پذیرفته، قابل تطبیق است؛ زیرا جعالة مبتنی بر جهالت است و چنین جهالتی مانع تسلیم عوض و صحت جعالة نیست. در مقابل، تطبیق آن با نهادهایی چون اجاره، مشارکت، مضاربه یا نهادی منحصر به فرد که تابع ماده ۱۰ قانون مدنی است، دشوار می‌نماید؛ زیرا نه تنها این قرارداد شباهتی با آنها در احکام ندارد، بلکه از لحاظ آثار نیز بسیار متفاوت است و میزان خطرهای بالای آن در هیچ یک از این نهادهای حقوقی قابل توجیه علمی نیست.

کتاب‌شناسی

۱. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۲. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامیه، ۱۳۷۵ ش.
۳. امانی، مسعود، *حقوق قراردادهای بین‌المللی نفت*، تهران، دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۸۹ ش.
۴. امانی، مسعود و مصطفی شفیع‌زاده خولنجانی، «تطابق ساختار قراردادهای "مشارکت در تولید" با الزامات حاکمیت و مالکیت ملی بر مخازن نفتی»، *فصلنامه مجلس و راهبرد*، سال نوزدهم، شماره ۷۲، زمستان ۱۳۹۱ ش.
۵. بروجردی عبده، محمد، *حقوق مدنی*، تهران، رهام، ۱۳۸۱ ش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۷. همو، *فلسفه حقوق مدنی؛ اصول عامه اذن و اذنیات*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۰ ش.
۸. همو، *مجموعه محشای قانون مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۹ ش.
۹. جمعی از پژوهشگران، *معجم فقه الجواهر*، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، بیروت، الغدیر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۷ ق.
۱۰. حائری، مسعود، *مبانی فقهی اصل آزادی قراردادهای و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی*، تهران، کیهان، ۱۳۸۳ ش.
۱۱. حسن بیگی، ابوالفضل، *نفت، بای‌بک و منافع ملی: بیع متقابل در توسعه میادین نفت و گاز و تأثیر آن بر امنیت ملی - منافع ملی*، تهران، آوای نور، ۱۳۸۱ ش.
۱۲. حسینی روحانی قمی، سیدمحمدصادق، *فقه الصادق علیه السلام*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۱۳. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۴. حلی، یحیی بن سعید هذلی، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
۱۵. زرقاء، مصطفی احمد، *الفقه الاسلامی فی ثوبه الحدید*، چاپ دوم، دمشق، دار الفکر، ۱۹۴۹ م.
۱۶. سنهوری، عبدالرزاق احمد، *مصادر الحق فی الفقه الاسلامی: دراسة مقارنة بالفقه الغربی*، چاپ دوم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، مؤسسه التاریخ العربی، ۱۹۹۸ م.
۱۷. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی*، تهران، مجد، ۱۳۸۲ ش.
۱۸. طاهری فرد، علی، «بررسی آثار ساختار اقتصادی قراردادهای مشارکت در تولید بر تولید نفت، از دیدگاه شرکت‌های بین‌المللی نفتی با استفاده از روش بهینه‌سازی پویا»، *فصلنامه مطالعات اقتصاد انرژی*، سال پنجم، شماره ۱۸، ۱۳۸۷ ش.
۱۹. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه*، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۰. همو، *مسائلک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۱. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۲. عدل (منصور السلطنه)، مصطفی، *حقوق مدنی*، به کوشش محمدرضا بندرجی، قزوین، بحر العلوم، ۱۳۷۳ ش.

۲۳. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *ارشاد الازدهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲۴. همو، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۲ ق.
۲۵. همو، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل‌البتین علیهم السلام لاحیاء التراث، بی‌تا.
۲۶. همو، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۷. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۲۸. فتواتی، جلیل، سیدحسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی‌پور، *حقوق قراردادهای در فقه امامیه*، زیر نظر سیدمصطفی محقق داماد، تهران، سمت، ۱۳۸۸ ش.
۲۹. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی؛ عقود معین*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۳۰. همو، *حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادهای*، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۵ ش.
۳۱. همو، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷ ش.
۳۲. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل‌البتین علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۳. همو، *رسائل المحقق الکرکی*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی، ۱۴۰۹ ق.
۳۴. محبی، محسن، *مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داورى بین‌المللی، سلب مالکیت و غرامت در قراردادهای نفتی*، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۶ ش.
۳۵. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن هذلی، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۳۶. موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم، *فقه المضاربه*، قم، مؤسسه النشر لجامعه المفید، ۱۴۲۱ ق.
۳۷. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۳۸. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، دارالعلم، بی‌تا.
۳۹. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۴۰. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام*، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۴۱. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
۴۲. نجفی کاشف‌الغطاء، محمدحسین بن علی بن محمدرضا، *تحریر المجله*، نجف اشرف، المكتبة المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.
۴۳. وجدانی فخر، قدرت‌الله، *الجواهر الفخریه فی شرح الروضة البهیة*، قم، سماء قلم، ۱۴۲۶ ق.
44. Atwell, J. E., "Changing Relationships between Host Countries and International Petroleum Companies", *Houston Law Review*, Vol. 17, 1980.
45. Barrows, Gordon, "A Survey of Incentive in Recent petroleum Contract", in: N. Beredjick & T. Walde (Eds.), *Petroleum Investment Policies in Developing Countries*, London, Graham & Trotman, 1988.

46. Blinn, Keith W. & Claude Duval & Honoré Le Leuch & André Pertuzio, *International Petroleum Exploration and Exploitation Agreements*, New York, Barrows Company Inc., 1986.
47. Cotula, Lorenzo, "Investment Contracts and Sustainable Development; How to Make Contracts for Fairer and More Sustainable Natural Resource Investments", *Natural Resource Issues*, No. 20, London, International Institute for Environment and Development (IIED), 2010, Available at: <<http://pubs.iied.org/pdfs/17507IIED.pdf>>.
48. Gao, Zhiguo, *International Petroleum Contracts: Current Trends and New Directions*, London, Graham & Trotman Ltd., 1994.
49. Haghighi, Sanam S., *Energy Security; The External Legal Relations of the European Union with Major Oil and Gas Supplying Countries*, Us & Canada, Hart Publishing, 2007.
50. Johnston, Daniel, *International Exploration Economics, Risk, and Contract Analysis*, Tulsa, Oklahoma (USA), Penn Well Corporation, 2003.
51. Krueger, Robert B., *The United State and International Oil: A Report for the Federal Energy Administration on U.S. Firms and Government Policy*, United States, Federal Energy Administration, 1975.
52. Kusuma-Atmadja, Mochtar, "Indonesia's National Policy on offshore Mineral Resources: Some Legal Issues", in: E. M. Borgese & N. Ginsburg & J. R. Morgan (Eds.), *Ocean Yearbook 9*, Chicago, University of Chicago Press, 1991.
53. Paliashvili, Irina, The President of The Russian-Ukrainian Legal Group, *Outlines of Presentation at the Seminar on the Legislation on Production Sharing Agreements*, 14 September 1998, Available at: <http://www.rulg.com/documents/The_Concept_of_Production_Sharing.htm>.
54. Smith, Ernest Edgar et al., *Materials On International Petroleum Transactions*, 3rd ed., Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2010.
55. Taverne, Bernard, "Production Sharing Agreements; In Principle and In Practice", in: Martyn R. David (Ed.), *Upstream Oil and Gas Agreements with Precedent*, London, Sweet & Maxwell, 1996.
56. Watson, James, "Foreign Investment in Russia: The Case of the Oil Industry", *Europe-Asia Studies*, Vol. 48, No. 3, 1996.

نقدی بر تفاسیر حقوقی ماده ۲۱۸ قانون مدنی و ارائه تفاسیر بر پایه آموزه‌های فقه امامیه*

- امین سلیمان کلوانق^۱
- احمد باقری^۲
- احمد مرتاضی^۳

چکیده

یکی از مواد مورد اختلاف در قانون مدنی، ماده ۲۱۸ است که بیان می‌دارد: «هر گاه معلوم شود که معامله به قصد فرار از دین به طور صوری انجام شده، آن معامله باطل است». اکثر حقوق دانان بعد از انتساب حکم بطلان مذکور در ماده به صوری بودن معامله، حکم معامله به قصد فرار از دین را که به طور واقعی انجام گرفته، با تفاسیر متعددی تحلیل کرده و هیچ یک حکم به بطلان آن نداده‌اند. بلکه برخی نظر به «نافذ بودن معامله به قصد فرار از دین» و گروهی نیز به عدم نفوذ آن رأی داده‌اند و تفاسیری همچون «انتساب بطلان به صوری بودن

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۱/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۹/۳۰.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم (نویسنده مسئول)
(amin.soleyman1370@gmail.com)

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

۳. استادیار دانشگاه تبریز (a.mortazi@tabrizu.ac.ir).

معامله»، «لحاظ وجود حق برای طلبکار نسبت به عین اموال بدهکار در معامله به قصد فرار از دین»، «ملازم بودن معامله به قصد فرار از دین با تزییع حق طلبکار»، «قصد فرار از دین، به عنوان انگیزه معامله صوری»، «صوری بودن به عنوان وصف معامله به قصد فرار از دین» را ارائه کرده‌اند. در این جستار با پژوهش در متون فقه امامیه و با استناد به مخالفت این معامله با امر شارع مبنی بر وجوب پرداخت دین و وجوب عزم و نیت بر ادای آن و ملازم بودن آن با حرمت فرار از دین و بالتبع نامشروعیت جهت معامله مزبور و در نهایت فقدان یکی از شرایط صحت معامله، تفاسیر ناظر بر ماده مذکور، نقد شده است و حکم بطلان چنین معامله‌ای پذیرفته شده و در نهایت راهکاری برای قانون‌گذار جهت رفع ابهام از این ماده پیشنهاد گردیده است.

واژگان کلیدی: معامله صوری، جهت معامله، ماده ۲۱۸ قانون مدنی، وجوب نیت ادای دین، جهت نامشروع.

طرح مسئله

در برخی موارد، اشخاص به رغم داشتن دین به دیگری، اقدام به انجام معامله‌ای می‌کنند که در آن اموال خود را به دیگران انتقال می‌دهند و قصد فرار از دین را دارند؛ مانند اینکه شخصی کارخانه خود را به هر نحوی (محاباتی یا معوض) جهت عدم تسلط طلبکاران به فرزند خود انتقال دهد. در خصوص حکم این معامله در ماده ۲۱۸ قانون مدنی مصوب دور ششم قانون‌گذاری مجلس شورای ملی سابق در اردیبهشت سال ۱۳۰۷ این عبارت آمده بود:

هر گاه معلوم شود که معامله به قصد فرار از دین واقع شده، آن معامله نافذ نیست.

اما در سال ۱۳۶۱ به موجب اصلاحاتی که مجلس شورای اسلامی در قانون به عمل آورد، همین ماده قانون مدنی را حذف نمود و با توجه به اینکه از سال ۱۳۶۱ تا ۱۳۷۰ مستند قانونی برای عنوان فرار از دین وجود نداشت، ناگزیر به دلیل نیاز جامعه به وجود دستورالعملی قانونی و وجود پرونده‌های متعدد معامله به قصد فرار از دین در محاکم، ماده ۲۱۸ در اصلاحیه مورخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ مورد توجه قرار گرفت و هم از لحاظ عبارت و هم حکم قانون، با تغییرات اساسی مواجه شد؛ بلکه تغییرات عمده از نظر عبارتی و ناشی از مبانی فقهی در آن ایجاد شد. در این ماده آمده است:

هر گاه معلوم شود که معامله به قصد فرار از دین به طور صوری انجام شده، آن معامله باطل است.

ولی این ماده که معامله به قصد فرار از دین و معامله صوری را با هم ذکر کرده، از این جهت دچار ابهام است که آیا صوری بودن معامله، موضوعیتی در بطلان عقد دارد یا نه؟ زیرا در صورتی که پاسخ مثبت باشد، اگر همین معامله به صورت واقعی انجام گیرد، حکم متفاوت خواهد بود و بر اساس مفهوم مخالف ماده می‌توان حکم به نافذ بودن آن معامله داد. این ابهام در نهایت منجر به تفسیرهای متعدد دیگری از این ماده شده است؛ از جمله اینکه اگر معامله به قصد فرار از دین به صورت واقعی انجام گیرد، غیر نافذ است، در حالی که مبنای اغلب این تفسیرها به موضوعیت داشتن صوری بودن در حکم ماده برمی‌گردد که به نظر نادرست می‌رسد. لذا ضرورت دارد که تفاسیر ناظر بر ماده بازپژوهی شود تا حکم معامله‌ای که به قصد فرار از دین به طور واقعی انجام شده است، تبیین گردد.

تفاسیر ناظر بر ماده ۲۱۸ ق.م.

در تفسیر این ماده، وجوه شش‌گانه‌ای وجود دارد که در ذیل به توضیح و نقد آنها پرداخته می‌شود.

۱. انتساب بطلان به صوری بودن معامله

از محتوای ماده ۲۱۸ قانون مدنی دانسته می‌شود که اگر معامله فقط به قصد فرار از دین باشد و صوری نباشد، مانند هبه یا صلح محاباتی مال به بنیاد خیریه، نافذ نیست. این نکته را ماده ۲۱۸ مکرر هم تأیید می‌کند. با این توضیح، هم حکم معاملات صوری که در آنها قصد نتیجه روشن نیست و هم حکم معاملاتی که به قصد فرار از دین به نحو غیر صوری انجام می‌گیرد، روشن گردید. حکم اولی بطلان مطلق است و حکم دومی عدم نفوذ. به جز این، هر سخن که گفته شود، دور از مبانی فقهی و حقوقی مسئله است و حکم عدم نفوذ از جمع بین اصل تسلیط و قاعده لاضرر به دست می‌آید (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۱۸۰-۱۸۱).

نقد

این تفسیر، حکم دو نوع معامله را از ماده استخراج کرده که یکی بطلان معامله صوری و دیگری عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین است. در نقد این تفسیر باید گفت که بطلان قراردادهای فاقد قصد انشا، مورد اجماع فقهای امامیه می‌باشد (عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۲۴/۹؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۰۸/۱؛ مصطفوی، ۱۴۲۳: ۳۳) و در قانون مدنی هم تکرار چنین مطلبی بعد از ذکر آن در مواد ۱۹۱ تا ۲۰۹، کاری لغو و به دور از شأن قانون‌گذار می‌باشد. البته برخی از فقیهان همچون امام خمینی بر خلاف مشهور معتقدند که تعلیق در انشا صحیح، ولی تعلیق در منشأ مبطل و با محذور عقلی مواجه است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۵۰/۱). اما باید توجه داشت معامله‌ای که در آن انشای عقد معلق شده، مشمول حکم مواردی که طرف قرارداد فاقد قصد انشاست، نمی‌باشد. از این رو، ایشان به رغم اینکه عقد فاقد قصد انشا را باطل قلمداد می‌کنند (همو، بی‌تا: ۵۰۷/۱)، اما تعلیق در انشا را مبطل عقد نمی‌دانند. ولی در مسئله مورد بحث که قرارداد صوری است، تعلیقی صورت نمی‌پذیرد، بلکه از اساس، قصد انشایی وجود ندارد؛ چرا که در قرارداد صوری، معلق‌علیهی وجود ندارد تا با حصول آن، معامله صحیح باشد.

در خصوص حکم عدم نفوذ هم باید گفت به موجب روایت نبوی که کوتاهی شخص ثروتمند در پرداخت بدهی را ظلم می‌داند (نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۳۹۷/۱۳؛ طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۹: ۷۱۸/۲۳)، آنچه که دلالت بر حرمت ممانعت در ادای دین دارد، به طریق اولی دلالت بر حرمت قصد فرار از دین دارد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۵۴/۲۱) و هر جا که وفای به دین واجب باشد عزم و تصمیم بر ادای آن نیز واجب است (مغنیه، ۱۴۲۱: ۶/۴). پس حکم تکلیفی نیت ادای دین، وجوب است و چون این وجوب عزم، از منویات شارع می‌باشد، هر عملی که منجر به مخالفت با منویات شارع شود یا با آن منافات داشته باشد، باطل است. همچنین باید متذکر شد که چون این نیت و قصد از مقتضیات ایمان می‌باشد، پس وجوب این نیت و قصد بر ادای دین، به طور مطلق می‌باشد؛ خواه شخص قدرت بر ادا داشته باشد و خواه نداشته باشد (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۸/۴). با این حال روشن می‌شود که نیت ادای دین واجب است. لذا هر چیزی که با این نیت شارع و وجوب مخالف باشد، حرام و نامشروع می‌باشد. حال اگر در قالب

جهت باشد، موجب بطلان آن عمل خواهد شد. گفته می‌شود که نیت عدم ادا نیز نوعی جهت نامشروع است؛ آن‌چنان که صاحب جواهر نیز قرضی را که با نیت عدم ادا صورت گرفته، فاسد دانسته و در تأیید نظر خود به روایت ابو‌خدیجه استناد کرده است. به موجب این روایت، هر گاه شخصی از دیگری قرضی بخواهد، ولی نیت عدم تأدیة آن را داشته باشد، به منزله دزد عادی است (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۲/۲۵). البته صاحب جواهر، احکام سارق را بر ایشان بار نکرده، بلکه با استناد به برخی از روایات باب سرقت، قصد عدم پرداخت دین را موجب فساد و بطلان عقد قلمداد کرده است^۱ که حاکی از استناد بطلان، به نامشروع بودن جهت معامله می‌باشد. بنابراین می‌توان از کلام صاحب جواهر، وجوب نیت ادای دین را به روشنی برداشت نمود.

اگر اشکال شود که قانون مدنی در ماده ۲۱۷، جهت نامشروع را در صورتی موجب بطلان می‌داند که تصریح نسبت به آن صورت بگیرد و در فرض مسئله، تصریح به جهت نامشروع واقع نشده است. در پاسخ می‌توان گفت که اولاً اگر مراد از تصریح، 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 و اختلافی که هست در اینجاست که آیا مراد از تصریح، توافق و دو طرفی بودن جهت نامشروع است یا جایی را که یک طرف انگیزه نامشروع دارد نیز شامل می‌شود. با توجه به اینکه محل بحث (جهت نامشروع) در فقه دارای فروضی است، یکی از این فروض جایی است که شخص علم به جهت نامشروع طرف مقابل دارد (یعنی نحوه احراز جهت نامشروع، توافق به آن در متن عقد یا قبل از عقد نیست، بلکه علم به جهت نامشروع وجود دارد). در اینجا هم برخی فقها بر این باورند که معامله حرام است (عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۱۶۵/۱) و به نظر سید خوبی در این موارد، احکام تکلیفی مستلزم ایجاد حکم وضعی می‌شود (توحیدی تبریزی، بی‌تا: ۳۵۳/۵). به عبارتی می‌توان گفت که ایشان صرف آگاهی از انگیزه نامشروع را برای بطلان معامله کافی می‌دانند. در واقع می‌شود گفت که با توجه به مبانی فقهی در مسئله از قبیل شمول

۱. «یستفاد من نصوص السرقة أنّ عدم نية القضاء حال القرض، مفسدة لعقده».

قاعده حرمت اعانه بر اثم، وجوب دفع منکر، حرمت اکل مال به باطل و روایاتی که به طور خاص در این مورد وارد شده است، این مطلب مهم استخراج می‌شود که وقتی که مشروعیت جهت به عنوان یکی از شرایط اساسی صحت معاملات باشد، پس نیت شارع بر آن است که قراردادی با جهت نامشروع منعقد نشود و فلسفه بطلان قرارداد با جهت نامشروع این خواهد بود که از اشاعه فحشا و منکرات جلوگیری شود. در این صورت، طرق احراز^۱ تأثیری در وضعیت حقوقی قرارداد با جهت نامشروع نخواهد گذاشت. به عبارتی دیگر، وقتی کشف شد که جهت قرارداد نامشروع است، بنا بر انگیزه شارع بر منع از وقوع چنین قراردادهایی، قرارداد منعقدشده محکوم به بطلان است و همچنان که قبلاً گفته شد و بعداً هم خواهد آمد، انگیزه فرار از دین، یک انگیزه نامشروع می‌باشد.

بنا بر مطالب پیش گفته، در این معامله به استناد قاعده لاضرر نمی‌توان حکم به عدم نفوذ داد؛ زیرا بحث از ضرری بودن چنین معاملاتی در کنار اشاره به وجوب نیت پرداخت دین، دلیل نمی‌شود که بر اساس قاعده لاضرر حکم به عدم نفوذ داده شود. چرا که اولاً بر اساس آنچه در منطق مسلم است، نتیجه تابع اخس مقدمتین است و اینجا از یک سو قرارداد به خاطر جهت نامشروع باطل است و از دیگر سو به دلیل ضرری بودن غیر نافذ است؛ در نتیجه بطلان مقدم خواهد بود. ثانیاً چه بسا قرارداد با جهت نامشروعی باشد که در آن اشخاص ثالثی از اجرای مفاد آن متضرر شوند، با اینکه به استناد ضرری بودن، حکم به عدم نفوذ با منطق حقوقی موافق است، ولی چون جهت نامشروعی در قرارداد لحاظ شده، حکم به بطلان منطقی‌تر و مقدم می‌باشد و در واقع جمع بین این دو دلیل (ضرری بودن و نامشروعیت جهت) خواهد بود.

بر فرض اینکه مقتضای جمع بین اصل تسلیط و قاعده لاضرر، حکم عدم نفوذ باشد، باز هم برداشت چنین حکمی از متن ماده نیاز به دلیل دارد، در حالی که چنین دلیلی مفقود است (حتی اگر برای ماده مفهوم هم قائل باشیم، حکم صحت به دست می‌آید، نه حکم عدم نفوذ).

۱. طرق احراز جهت را می‌توان به این موارد تقسیم کرد: ۱. اشتراط یا توافق بر آن؛ ۲. تبانی قبل از عقد؛ ۳. علم به جهت نامشروع؛ ۴. قراین و شواهد حال.

۲. لحاظ وجود حق برای طلبکار نسبت به عین اموال بدهکار در معامله

به قصد فرار از دین

گفته شده است با مطالعه مقررات ماده ۲۱۸ سابق و بررسی سوابق فقهی و حقوق اروپایی آن به نظر می‌رسد که مبنای اصلی حکم این معامله، لحاظ وجود حق برای طلبکار نسبت به عین اموال بدهکار است؛ زیرا از قرار گرفتن مقررات معامله به قصد فرار از دین در مبحث جهت معامله تنها چیزی که استنباط می‌شود، مشابهت بین دو ماده ۲۱۷ و ۲۱۸ است، ولی این امر را نمی‌توان استنباط کرد که مبنای حکم معامله به قصد فرار از دین، مانند ماده ۲۱۷ قانون مدنی عدم مشروعیت جهت معامله است. هرچند که نیت ناپاک مدیون در وضع این حکم به گونه‌ای مؤثر بوده و مطابق نظر برخی فقها که این معامله را به فروش انگور برای ساختن شراب تشبیه کرده‌اند، پایه اصلی حکم مزبور عدم مشروعیت جهت معرفی شده است (شهیدی، ۱۳۹۲: ۳۴۹) و فلسفه سلب اعتبار از این نوع معامله در پاسداری از حق عینی طلبکار، نسبت به اموال مدیون می‌باشد که در صورت وجود انگیزه فرار از دین، نسبت به مال بدهکار انعکاس پیدا می‌کند (همان: ۳۵۱-۳۵۲). از مقررات موجود نمی‌توان حکم عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین را به طور مطلق به هر معامله‌ای، آن‌طور که در ماده ۲۱۸ سابق انعکاس داشت، استنباط کرد و با لحاظ مقررات موجود خاص وجود قصد فرار از دین و ضرری بودن معامله برای بستانکاران و غیر نافذ یا قابل فسخ بودن معامله، از مختصات مشترک این مقررات خاص می‌باشد (همان: ۳۵۶-۳۵۷).

نقد

طبق تفسیر فوق بر اساس منابع فقهی این معامله، حکم بطلان چندان غریب از ذهن نمی‌باشد و از میان فقها هم با استناد به نامشروعیت جهت چنین معامله‌ای، حکم به بطلان داده شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵: ۲۴۷) و خود مفسر هم به این اشاره داشته که تصمیم بر ادای دین و تلاش در این راه از واجبات شمرده شده و حتی انجام عبادات واجب موسع مدیون، نظیر نماز در اول وقت و پیش از ادای دین که وقت مضیق دارد، باطل اعلام شده است و واجب بودن تصمیم بر ادای دین با ممنوع بودن

نیت فرار از دین و نیز تشکیل معامله با این انگیزه ملازمه دارد و با قبول دلالت نهی بر بی‌اعتباری معاملات، می‌توان بی‌اعتباری معامله به انگیزه فرار از دین را استنباط کرد (شهیدی، ۱۳۹۲: ۳۶۷) و اینکه گفته شده از آمدن مواد ۲۱۷ در کنار هم، تنها مشابهت آن‌ها با یکدیگر استنباط می‌شود باید گفت که بالاخره در این مشابهت باید یک وجه شبهی باشد و آن‌گونه که از عنوان این مواد پیداست، وجه شبه چیزی جز جهت معامله نیست. فلذا اینکه گفته معامله به قصد فرار از دین ربطی به جهت معامله ندارد، خلاف ظاهر است و نیاز به اثبات دارد و اگر برای اثبات آن صرفاً به «وجود حق عینی برای طلبکار در اموال بدهکار» تمسک شود، این استدلال تمام نیست؛ چون از طرفی برای پیدایش حق عینی نسبت به اموال، باید حکم به حجر شود و از نظر فقها برای اینکه مدیون ممنوع از تصرفات در اموالش شود، باید حکم حجر از طرف حاکم صادر شود (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۵۰/۲؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۵۵۹/۱؛ حلی، ۱۴۰۵: ۳۶۱؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۸۱/۹). لذا معاملات مدیون تا زمانی که حکم حجر وی صادر نشده است، صحیح می‌باشد (عاملی جعی، ۱۴۱۴: ۱۴۲/۳؛ اردبیلی، بی‌تا: ۴۸۹) و برای صحت تصرف اعمال مدیون قبل از صدور حکم هم به دلایلی استناد کرده‌اند که عبارت‌اند از: ۱. جریان داشتن قاعده «الناس مسلطون علی أموالهم» قبل از محکومیت به حجر، ۲. فقها اجماع دارند که حکم حجر فقط از طرف حاکم ثابت شود و در صورت عدم صدور آن هیچ مانعی از تصرف وجود ندارد. همچنین برای صدور چنین حکمی، شرایطی لازم است که به طور کلی عبارت‌اند از: ثابت شدن دیون نزد حاکم، حال شدن دیون، قصور اموال مدیون نسبت به دیون، درخواست حکم حجر وی توسط طلبکاران از حاکم (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۴۲/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۱۷۹/۲) و بعد از صدور چنین حکمی، فقها هر نوع تصرفی را باطل نمی‌دانند، بلکه اگر محجور مدیون بعد از حکم حجر تصرفی کند که منافی با حق طلبکاران باشد و موجب ضایع شدن حقشان شود، باطل است و در غیر این صورت باطل نیست؛ از قبیل طلاق و عفو از قصاص (حسینی حلی، ۱۴۱۷: ۲۴۷؛ بیهقی کیدری، ۱۴۱۶: ۲۹۳؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۲۰۵/۲؛ قطن حلی، ۱۴۲۴: ۴۴۷/۱). پس به طور کلی می‌شود گفت که ملاک فقها برای بطلان تصرفات مدیون محجور (نه مدیون مطلق که شامل مدیون غیر محجور هم بشود) این است که در آن تصرف، ضرری برای طلبکاران

باشد وگرنه در صورتی که ضرری نباشد، تصرفاتش صحیح می‌باشد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۴۳/۲؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۶۵/۲؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۲۹۹/۲؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۲۲۷/۵؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ۳۱۵/۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۴/۲۵). لذا معاملات مدیون تا زمانی که حکم حجر وی صادر نشده است، صحیح می‌باشد (کاظمی، بی‌تا: ۱۴۲/۳؛ اردبیلی، بی‌تا: ۴۸۹) و قبل از آن، هیچ حقی نسبت به اموال بدهکار برای بستانکار پدید نمی‌آید. البته این را باید متذکر شد که با اندک تأملی، این مطلب برداشت می‌شود که بحث فقها در اینجا منحصر به وضعیت معاملات در زمان قبل و بعد از حکم به حجر است، بی‌آنکه سخنی از جهت معامله به میان آید و از بحث نمی‌توان به صحت معامله به قصد فرار از دین پی برد. در پاسخ به اینکه بخواهیم قاعده تسلط را دلیل بر صحت معامله به قصد فرار از دین قبل از حکم حجر بدانیم، باید بگوییم که قاعده تسلط تا جایی کاربرد دارد که ضرری بر دیگری وارد نسازد یا مخالفتی با اوامر شارع نداشته باشد؛ حال آنکه در مسئله، وجود قصد فرار از دین مبین چیز دیگری است و نباید هیچ کسی مال خود را در حرام صرف کند و فقها نیز قاعده سلطنت را به طور مطلق قبول نکرده‌اند. به تعبیر ملامحمد نراقی حدیث نفی ضرر وارد بر قاعده سلطنت می‌باشد (۱۴۲۲: ۲۹۰-۲۹۱).

از طرف دیگر ممکن است بدهکار صد برابر آنچه را که در معامله انتقال می‌دهد، در دارایی خود داشته باشد و به راحتی بتواند حق بستانکار را بپردازد و این داشتن اموال دیگر برای مدیون، مانع از این می‌شود که مبنای ذکرشده (یعنی وجود حق عینی برای طلبکار در اموال بدهکار) دلیل بر حکم عدم نفوذ یا قابلیت فسخ شود؛ زیرا به غیر از آنچه در معامله به قصد فرار از دین انتقال یافته، باز هم اموالی برای ادای دینشان وجود دارد.

اگر این اشکال شود که معامله به قصد فرار از دین، موضوع ماده ۲۱۸ جایی است که مدیون مال دیگری نداشته باشد که بتواند با آن بدهی خود را بپردازد وگرنه معامله به قصد فرار از دین صدق نمی‌کند. در پاسخ می‌شود گفت:

اولاً در ماده، معامله به قصد فرار از دین مقید به عدم کفایت اموال باقی مانده مدیون برای تأدیه دیون نشده است.

ثانیاً در منابع فقهی هم برای صدق معامله به قصد فرار از دین، چنین شرطی قرار داده نشده است.

ثالثاً اگر هم گفته شود که ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب تیر ۱۳۹۴^۱، این شرط را برای موضوع ماده ۲۱۸ قرار داده، در پاسخ می‌شود گفت که از ظاهر ماده چنین برمی‌آید که ماده ۲۱، برای معامله به قصد فرار از دینی که با شرایط مذکور در ماده باشد، حکم خاص قرار داده و این از باب مقید کردن عنوان معامله به قصد فرار از دین نیست، بلکه برای معامله به قصد فرار از دینی که با این شرایط باشد، جنبه کیفری هم در نظر گرفته است که این بی‌تأثیر از روایات موجود در باب نیست.

۳. ملازم بودن معامله به قصد فرار از دین با تضييع حق طلبکار

در تحلیل معامله به قصد فرار از دین گفته‌اند که قصد فرار از دین به خودی خود موجب عدم نفوذ معامله نمی‌شود، بلکه به اعتبار ملازمه با تضييع حق طلبکار است. بدین جهت هر گاه طلبکار چنین معامله‌ای را اجازه دهد، اشکال مرتفع می‌گردد. بنابراین می‌توان گفت هر تصرفی که بدهکار در اموال خود بنماید و موجب تضييع حق طلبکار شود، غیر نافذ است؛ خواه بدهکار قصد فرار از دین را داشته باشد یا نه (امامی، بی‌تا: ۲۲۷/۱-۲۲۸).

نقد

اگر بحث از ملازم بودن معامله به قصد فرار از دین با تضييع طلبکار بود، باید ماده حکم به غیر نافذ بودن معامله می‌داد. ولی از آنجا که ماده، حکم به بطلان را پذیرفته است، چنین برمی‌آید که قانون‌گذار نظری به تضييع حق طلبکاران نداشته و همان گونه که از ظاهر مواد پیداست، بحث در نامشروعیت جهت معامله بوده است.

۱. در این ماده آمده است: «انتقال مال به دیگری به هر نحو به وسیله مدیون با انگیزه فرار از ادای دین به نحوی که باقی‌مانده اموال برای پرداخت دیون کافی نباشد، موجب حبس تعزیری یا جزای نقدی درجه شش یا جزای نقدی معادل نصف محکوم‌به یا هر دو مجازات می‌شود و در صورتی که منتقل‌الیه نیز با علم به موضوع اقدام کرده باشد، در حکم شریک جرم است. در این صورت، عین آن مال و در صورت تلف یا انتقال، مثل یا قیمت آن از اموال انتقال‌گیرنده به عنوان جریمه اخذ و محکوم‌به از محل آن استیفا خواهد شد.»

رفع ابهام از ارتباط ماده ۲۱۸ ق.م. با مواد ۴۲۳ و ۴۲۴ ق.ت.

در خصوص ارتباط این ماده با ماده ۴۲۳ قانون تجارت می‌شود گفت که فرق اساسی میان این دو ماده است و آن اینکه ماده ۲۱۸ از باب قواعد عمومی قراردادها و در مقام بیان یکی از شرایط اساسی صحت معاملات است و دیگر اینکه مقید نشده است به اینکه شخص معامله‌کننده به قصد فرار از دین، اموال دیگری برای ادای دین داشته باشد یا نه. همچنین از این باب که حکم توقف یا ورشکستگی وی صادر شده باشد یا نه (به عبارتی فقهی حکم حجر وی صادر شده باشد یا نه) مطلق است. این در حالی است که ماده ۴۲۳ ق.ت. اساساً ناظر به معاملات تاجر است و با فلسفه حمایتی از طلبکاران، به آن موارد اشاره کرده است.

توجه به این فرق اساسی و در نظر گرفتن زمان تصویب این قوانین، ما را به این مطلب رهنمون می‌شود که با توجه به رابطه عموم خصوص من وجهی که میان این دو ماده است، در مقام تعارض به این کیفیت جمع شود که چنانچه تاجر بعد از توقف، معامله‌ای بدون انگیزه فرار از دین انجام دهد و موجب ضرر به طلبکاران شود، به استناد ماده ۴۲۳ این قرارداد باطل است، در حالی که بنا بر قانون مدنی چون انگیزه فراری نبوده، صحیح است. در خصوص تاجر هم که قبل از تاریخ توقف برای فرار از دین یا برای اضرار به طلبکارها معامله نموده با اینکه این مورد هم می‌تواند مشمول ماده ۲۱۸ ق.م. و هم ماده ۴۲۴ ق.ت. شود، ولی با توجه به اینکه ماده ۲۱۸ بعد از ماده ۴۲۴ تصویب شده، ماده ۲۱۸ حاکم خواهد بود. به طور کلی نتیجه این می‌شود که چنانچه قصد فرار از دین باشد، معامله باطل است و اگر قصد فرار از دین نباشد، ولی موجب ضرر به طلبکاران شود، دو حالت پیش می‌آید؛ یکی اینکه معامله بعد از تاریخ توقف باشد و دیگر اینکه قبل از تاریخ توقف باشد که در اولی معامله باطل (به استناد ماده ۴۲۳ ق.ت.) و در دومی معامله قابل فسخ خواهد بود (به استناد ماده ۴۲۴ ق.ت.).

۴. قصد فرار از دین به عنوان انگیزه معامله صوری

حکم بطلان در ماده، مستند به صوری بودن معامله می‌باشد و قصد فرار از دین، انگیزه معامله صوری محسوب می‌شود. در نتیجه معامله صوری باطل است و معامله حقیقی و

با انگیزه فرار از دین بین دو طرف نفوذ حقوقی دارد، ولی بر طبق ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در برابر طلبکاران قابل استناد نیست (کانونیان، ۱۳۹۲: ۲۰۸).

نقد

از تفسیر فوق دو حکم برداشت می‌شود؛ یکی بطلان معامله صوری و دیگری نافذ بودن معامله به قصد فرار از دین. در ارتباط با حکم اول گفته شد که بطلان معامله صوری یقینی است، ولی جای ذکر آن در مباحث مربوط به جهت معامله نمی‌باشد و مسلماً قانون‌گذار به آن آگاه بوده که قبلاً مبحث مستقلی را به بحث درباره قصد انشا اختصاص داده و معامله به قصد فرار از دین را در آنجا مطرح نکرده است و آنچه که در ذیل مباحث جهت معامله و با عنوان معامله به قصد فرار از دین آمده و مراد است، قصد به معنای دوم یعنی انگیزه (و نه قصد انشا) می‌باشد و اینکه گفته شده قصد فرار از دین انگیزه معامله است، طبیعتاً منظور از انگیزه همان جهت می‌باشد؛ زیرا انگیزه معنایی جز این ندارد و همان طور که قبلاً هم گفته شد، نیت ادای دین واجب است و فقها به آن فتوا داده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۰۱/۲؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۲۸/۳) و حتی ادعای اجماع بر آن شده است (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۹/۵). بنابراین اگر جهت قرارداد، قصد فرار از دین باشد، این جهت سواي اینکه به دلیل مخالفت با منویات شارع، نامشروع می‌باشد و موجب بطلان عقد است، ضد عام و جوب نیت ادای دین نیز می‌باشد و گفته می‌شود که امر به شیء، مقتضی نهی از ضد عام آن شیء می‌باشد و اختلاف فقها تنها در کیفیت دلالت امری است که بر نهی از ضد عام آن دارد (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۳۳۱/۲).^۱ گفتنی است همان گونه که قبلاً هم اشاره شد، مراد از تصریح در ماده ۲۱۷ نه به معنای ذکر در عقد، بلکه مهم آشکار شدن آن می‌باشد و حتی موارد علم به آن را هم همان گونه که برخی از فقها گفته‌اند، شامل می‌شود. از همین رو، این نظر با ماده ۲۱۷ مخالف نیست.

۱. عمده نظریات در نحوه دلالت امر به شیء بر نهی از ضد آن، به سه دسته تقسیم می‌شوند: ۱. امر به شیء عین نهی از ضد عام می‌باشد؛ ۲. امر به شیء به دلالت تضمینی دلالت بر نهی از ضد عام دارد؛ ۳. امر به شیء به دلالت التزامی دلالت بر نهی از ضد عام دارد.

۵. صوری بودن به عنوان وصف معامله به قصد فرار از دین

تکیه ماده ۲۱۸ بر بیان حکم معامله به قصد فرار از دین بوده و واژه صوری را به عنوان وصف آن معامله به کار برده است. در نتیجه، متعلق ضمانت اجرای ماده (بطلان) نیز معامله به قصد فرار از دین است. منتها به ناچار باید گفت که این بطلان نسبی است؛ یعنی تنها طلبکاران حق ابطال معامله را دارند و با تنفیذ آنان نیز معامله مؤثر می‌شود و این نتیجه بر خلاف ظاهر ماده ۲۱۸ اصلاح شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۰۸).

نقد

این تفسیر از آنجایی که انتساب بطلان در ماده ۲۱۸ را به معامله به قصد فرار از دین نسبت داده، تفسیری صحیح است، ولی در خصوص مقید کردن بطلان به نسبی بودن باید گفت که به نظر می‌آید مفسر نظر به این داشته که این ماده از ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است،^۱ همان گونه که با محتوای ماده نیز سازگار است، در فصل راجع به اثر قرارداد نسبت به اشخاص ثالث مطرح شده است. ولی با توجه به اینکه این ماده در قانون مدنی ایران، ذیل مباحث جهت معامله آمده است، می‌توان گفت که قانون‌گذار نظری به اشخاص ثالث ندارد و نظرش به تشبیه این تصرفات به مکاسب محرمة از قبیل فروش انگور به قصد تهیه شراب در فقه امامیه بوده است (اشرفی اصفهانی، ۱۳۱۲: ۴۱۸)^۲ که چنین معاملاتی به دلیل وجود جهت حرام، صدق اعانت بر اثم و روایات کثیر موجود در باب، محکوم به بطلان شده است (نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳: ۸۸) و حتی ادعا شده که هیچ یک از فقها در حکم به بطلان اختلاف نکرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۲/۳۰). لذا تفسیر این ماده بر مبنای حقوق فرانسه با وجود طرح این مباحث در فقه امامیه، کار صحیحی به نظر نمی‌رسد که در قسمت آخر عبارت، مفسر به خلاف ظاهر بودن تفسیر مذکور اذعان کرده است.

۱. بستانکاران می‌توانند به نام شخص خود، بی‌اعتباری اعمال حقوقی را که به تقلب نسبت به حقوق ایشان انجام شده است، درخواست کنند.
۲. ملامحمدباقر اشرفی اصفهانی در پاسخ به سؤالی که از ایشان درباره تبرعات به قصد فرار می‌شود، می‌گوید: «این تصرفات شبیه مکاسب محرمة مثل فروش انگور به قصد تهیه شراب می‌باشد. باطل است» (۱۳۱۲: ۴۱۸). به نظر ایشان معامله مزبور به دلیل نامشروع بودن جهت معامله باطل است.

۶. نافذ بودن معامله به قصد فرار از دین

با توجه به حذف ماده ۲۱۸ پیشین قانون مدنی و عدم احیای آن در سال ۱۳۷۰، به رغم پیشنهاد کمیسیون قضایی مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۶۶، به نظر می‌رسد که قانون‌گذار با توجه به ظاهر عبارت گروهی از فقهای امامیه، خصوصاً متقدمین، نظر به نفوذ معامله جدی به قصد فرار از دین داشته و آن را به عنوان اصل پذیرفته است. از مفهوم مخالف ماده ۲۱۸ قانون مدنی هم چنین برمی‌آید که قانون‌گذار معامله جدی به قصد فرار از دین را نافذ دانسته است. بنابراین می‌توان گفت که قبول اصل عدم نفوذ این گونه معامله، با تعمیم مواد پراکنده و مقررات خاصی که در حقوق امروز وجود دارد، بر خلاف نظر قانون‌گذار است (صفایی، ۱۳۸۹: ۱۴۲-۱۴۴).

نقد

همان گونه که گفته شد، حکم فقها به صحت معاملات مدیون در جایی است که برای طلبکاران ضرری نباشد. در حالی که با اندکی تأمل، این مطلب برداشت می‌شود که بحث فقها در آنجا منحصر به قبل و بعد از صدور حکم حجر است، بدون اینکه در مورد وضعیت جهت معامله [به عنوان یکی از شرایط صحت قراردادها] بحث کرده باشند و فقهایی هم که بحث را به جهت معامله کشانده‌اند، حکم به نفوذ نداده یا قائل به عدم صحت شده‌اند (نراقی، ۱۴۲۲: ۱۲۲؛ اشرفی اصفهانی، ۱۳۱۲: ۴۱۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵: ۲۴۷؛ زند کرمانی، ۱۴۳۳: ۴۱) یا حداقل صحت معامله را مورد تردید قرار داده‌اند (اصفهانی، ۱۴۲۲: ۴۸۸؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۱۸/۱؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۵۳/۲۱؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۹۲/۲؛ جزیری و غروی و مازح، ۱۴۱۹: ۴۳۶/۲؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶: ۱۲۲؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۵: ۳۲۰؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۳۴۱/۲). تمسک به مفهوم مخالف ماده هم در صورتی صحیح است که موضوعیتی برای لفظ «صوری» بودن معامله قائل باشیم، در حالی که قرینه^۱ بر خلاف این امر دلالت دارد.

شایان توجه است که سید یزدی در پاسخ به سؤالی درباره صحت صلح به قصد فرار از دین گفته است: «اظهر عدم صحت است» و به ادله صلح، قاعده لاضرر، اخبار

۱. قرینه عبارت است از آوردن ماده در مباحث مربوط به جهت و بالتبع بی‌توجهی قانون‌گذار به قصد انشا.

نهی کننده از فروش انگور برای ساخت خمر، و به دلیل بطلان صلح مال به اولاد به قصد فرار از حج بعد از حصول استطاعت، استناد کرده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵: ۲۴۷).

برداشت ناصحیح از واژه «قصد»، منشأ اشتباه در تفسیر ماده ۲۱۸

برای قصد دو معنا متصور است:

معنای نخست عبارت است از عزم متوجه به انشای التزام و تعهد، و منظور از عزم به شیء، اراده و عقد قلبی بر آن است (فیروزآبادی، ۱۴۱۵: ۱۵۱/۴). در خصوص قصد لازم در اعمال حقوقی باید گفت که در جملات انشایی، سه نوع قصد باید وجود داشته باشد تا عمل حقوقی انشایی محقق شود: قصد لفظ، قصد معنای لفظ و قصد انشا و ایجاد معنا. آنچه در عالم حقوق منشأ اثر می شود، قصد انشای عقد است (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۲: ۲۶۴/۱). مراد از قصد انشا، قصد انشای اثر مطلوب است و مترتب شدن اثر بر عقود و ایقاعات، متوقف بر این است که قصد انشای اثر از آن را داشته باشد و منظور، قصد انشای اثری است که شارع مقدس آن اثر را بر آن عقد ترتیب داده است (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۶۰)؛ یعنی شخص باید اثری را اراده کند که شارع آن اثر را بر آن عمل حقوقی اعتبار کرده است و بی شک وجود چنین قصدی در قرارداد لازم است؛ به نحوی که قرارداد خالی از آن باطل است (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۳۶۷/۱؛ انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۲۹۵/۱). همه اینها برگرفته از قاعده فقهی معروف «العقود تابعة للقصد» می باشد که بر زبان فقها متداول است و دلالت بر این دارد که اگر یکی از متعاقدين فاقد قصد انشا باشد، عقد به لحاظ شرعی دارای اعتبار نخواهد بود.

در معنای دوم، قصد مرادف با نیت است (ابوجیب، ۱۴۰۸: ۳۶۳) که معادل فارسی آن، انگیزه می باشد و به هنگام قید واقع شدن برای «معامله» می توان واژه جهت را جایگزین آن کرد؛ همان گونه که در متون فقهی آمده است:

فروش انگور به این قصد که از آن شراب درست شود، حرام می باشد (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۳۶۲/۱۵؛ نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۳: ۸۷).

اگرچه اراده بدون انگیزه تحرکی ندارد، اما باز هم نقش قصد (در معنای جهت)،

مانند قصد انشا نخواهد بود؛ یعنی جهت هم‌چنان نسبت به قصد انشا، از مرکز دایره عقد دورتر می‌باشد. ایجاد ماهیت و اعتبارات حقوقی در اصل از طریق رکن قصد انشا صورت می‌گیرد و این رکن را می‌توان مرکز دایره و نقطه اصلی شکل‌گیری قرارداد دانست.

مطابق آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می‌آید که قصد در دو معنا استعمال می‌شود: ۱. قصد انشا، ۲. قصدی که مرادف با جهت است. ولی معنای مستعمل فیهِ لفظ قصد در متون حقوقی فارسی، همان معنای اول است و از معنای دوم غالباً تحت عنوان انگیزه و جهت یاد می‌شود؛ مگر اینکه واژه «قصد» همراه با قیودی از قبیل مشروع یا نامشروع استفاده شود که در این صورت قاعدتاً معنای دوم مدنظر خواهد بود. پس ضرورت دارد که در این ماده هم به جای استفاده از لفظ قصد که منجر به ایجاد تفاسیر متعدد شده است، از عبارت نیت یا انگیزه استفاده شود؛ چرا که امری بدیهی است و روشن است که منظور از معامله به قصد فرار از دین، معامله‌ای است که با انگیزه و نیت فرار از دین صورت می‌گیرد، ولی با این همه در تفاسیری که از ماده ارائه شده است، این نکته از نظر نویسندگان حقوقی به دور مانده و منجر به تفاسیر متعدد شده است.

روایات دال بر وجوب قصد ادای دین

مؤدای سخن، علاوه بر اقوال فقها روایاتی هستند که بر وجوب قصد ادای دین دلالت دارند. به جهت اختصار، از نقل روایات مشابه که تفاوتی اندک در عبارت دارند، اجتناب می‌شود. بر اساس روایتی از امام باقر یا امام صادق علیهما السلام، کسی که قرضی گرفته و نیت ادای آن را ندارد، به منزله سارق تلقی شده است (کلینی رازی، ۱۴۰۷: ۹۹/۵). شیخ صدوق در *المقنع* آورده است که امام باقر علیه السلام فرمود:

پدرم علی بن حسین علیهما السلام در وصیتش به من فرمود: ای پسرم بدان که هر کس قرضی بگیرد و قصد پرداخت آن را داشته باشد، پس او در امان خدا خواهد بود تا اینکه آن را بپردازد و اگر قصد پرداخت آن را نداشته باشد، پس او سارق است (صدوق، ۱۴۱۵: ۳۷۵).

در خبری از اسماعیل بن کثیر بن سالم آمده که امام صادق علیه السلام فرمود:

سارقان بر سه دسته‌اند: کسی که نسبت به زکات تنگ نظر است، کسی که مهریه زن را حلال می‌شمارد و کسی که قرضی بگیرد و قصد پرداخت آن را نداشته باشد (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۲۶۸/۲۱).

مغنیه روایتی را در کتاب *فقه الامام الصادق علیه السلام* ذکر می‌کند که حضرت فرمود: کسی که قرضی بگیرد و قصد پرداخت آن را نداشته باشد، سارق است و هر که قصد پرداخت دین را داشته باشد، از طرف خداوند دو نگاهبان برای او خواهد بود که وی را در ادای امانتش یاری می‌رسانند و اگر از نیتش بر ادای آن کم شود، به همان اندازه، یاری نسبت به وی کم می‌شود (۱۴۲۱: ۶/۴).

نیز در روایتی آمده است:

هر کس زنی را با مهریه‌ای به عقد خود درآورد، ولی قصد پرداخت آن را نداشته باشد، زناکار محسوب می‌شود (کلینی رازی، ۱۴۰۷: ۳۸۳/۵).

با توجه به سارق و زانی شمرده شدن شخصی که از ادای دین فرار می‌کند، حداقل چیزی که از آن برداشت می‌شود، حرمت فرار از دین است.
بر اساس روایاتی دیگر:

- سماعه گوید: به امام صادق علیه السلام عرض کردم: شخصی مقداری پول دارد، ولی بدهکار هم است، آیا با آن زندگی خود را اداره کند و برای پرداخت بدهی خود انتظار روزی خداوند را بکشد یا اینکه با آن، دین خود را ادا کند و برای اداره زندگی خویش صبر کرده، قناعت نماید و با مشکلات بسازد؟ امام فرمود: ابتدا باید با آن مقدار پول، بدهی خود را ادا کند و اموال مردم را نخورد؛ زیرا خداوند در قرآن می‌فرماید: «اموال یکدیگر را به باطل نخورید، مگر بر اساس رضایت و تجارت حلال» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۳۲۵/۱۸).

- ثمامه می‌گوید: به امام صادق علیه السلام عرض کردم که می‌خواهم عازم مکه و مدینه شوم، در حالی که دین بر ذمه‌ام هست. امام فرمود: برگرد و دین خود را ادا کن، آنگاه خداوند را در حالی که بدهکار نیستی، ملاقات کن؛ چرا که مؤمن خائن نیست (همان: ۳۲۴/۱۸).

این وجوب، ظاهر روایات است و روایات از این حیث هیچ تقییدی به زمان غیبت

داین ندارند (آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۴۷/۲۰).

ممکن است توهم شود نیت ادایی که در روایت بیان شده است، فقط استحباب را می‌رساند و دلالتی بر وجوب آن ندارد. ولی این مطلب با دو دلیل رد می‌شود؛ یکی اینکه محبت معصوم عَلَيْهِ السَّلَام نسبت به کسی که نیت ادای دین را داشته است، مقتضی جواز عدم نیت نیست، بلکه بنا بر اشاره به میغوض بودن شخصی که آن نیت را نداشته، دلالت بر وجوب دارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۲/۲۵) و دیگر اینکه این روایت ظهوری در استحباب ندارد، بنابراین با حکم به وجوب منافاتی ندارد (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲: ۱۱/۲۰).

نظریه منتخب

با این توضیحات، وجود جهت نامشروع در مسئله روشن می‌شود، و اینکه فقها آن را به فروش عنب به قصد تهیه شراب تشبیه کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵: ۲۴۷؛ اشرفی اصفهانی، ۱۳۱۲: ۴۱۸)، از باب تمثیل منطقی نیست که باطل باشد، بلکه همان گونه که علت حکم در معامله فروش انگور به قصد شراب‌سازی موجود است (یعنی جهت نامشروع)، در اینجا موجود است و عبارت است از اینکه پرداخت دین واجب، و عزم و قصد بر پرداخت آن نیز واجب است. پس هر عملی که مخالف با این نیت شارع باشد، نامشروع است و فرار از دین نیز از جمله این مخالفت‌ها با نیت شارع است که حرمت مخالفت با امر شارع مسلم است و با این حال در صورتی که چنین انگیزه‌ای به عنوان جهت معامله باشد، جهت معامله نامشروع می‌شود و در واقع یکی از شرایط اساسی صحت معامله که مشروعیت جهت می‌باشد، حاصل نمی‌شود و در نتیجه حکم به بطلان قرارداد به قصد فرار از دین داده می‌شود.

دفع اشکال

اگر اشکال شود که حکم تکلیفی به حرمت معامله به قصد فرار از دین، ملازمه‌ای با حکم وضعی ندارد، بنابراین صحیح نیست که حکم به بطلان قراردادهای به قصد فرار از دین داده شود و نهایت چیزی که می‌شود گفت اینکه معامله غیر نافذ است که این حکم نیز بر مبنای قاعده لاضرر می‌باشد.

در پاسخ گفته می‌شود این مسلم است که یکی از شرایط اساسی صحت معاملات، مشروعیت جهت آن می‌باشد و در فرض مسئله، چون قصد امر نامشروعی (فرار از دین) به عنوان جهت در معامله قرار داده شده است، پس جهت معامله نامشروع می‌شود و با کمی دقت روشن می‌شود که در واقع نفس جهت، به شرایط اساسی صحت معامله خلل وارد می‌آورد، نه اینکه گفته شود نامشروعیت جهت به معامله سرایت و آن را باطل کند. پس بطلان جهت به معامله سرایت نمی‌کند، بلکه نامشروعیت آن یکی از شرایط اساسی صحت را از بین می‌برد و معامله به دلیل فقدان شرایط صحت، محکوم به بطلان می‌شود.

همچنین باید توجه داشت، همان گونه که فقها هم اشاره داشته‌اند، تردیدی نیست در اینکه پرداخت دین، یکی از واجبات است که شخص باید آن را بپردازد (ابن ادریس حلی، ۱۴۲۹: ۴۳۵) و وجوب پرداخت دین از ضروریات دانسته شده است (مصطفوی، ۱۴۲۳: ۵۲۵). ولی در این میان، اینکه آیا نیت ادای آن هم مثل پرداخت آن واجب است یا نه، فقها متأثر از روایات، حکم به وجوب تصمیم و قصد بر ادای آن داده و گفته‌اند که هر جا وفای به دین واجب باشد، عزم و تصمیم بر ادای آن نیز واجب می‌شود (مغنیه، ۱۴۲۱: ۶/۴). البته شاید بتوان دلیل حکم فقها را بر وجوب قصد پرداخت دین، مبتنی بر وجوب مقدمه واجب دانست؛ لذا فتوا داده‌اند که چنانچه مدیون قدرت بر ادای دین داشته باشد، مسامحه و تأخیر در ادای آن، معصیت کبیره است، بلکه لازم است مدیون در موقعی که قدرت بر ادا ندارد، نیت ادای دین عندالتمکن را داشته باشد (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۹: ۹۳/۲؛ آل عصفور بحرانی، بی‌تا: ۲۷۷/۱۲). با این حال بین فقها کسی هست که به طور مطلق، حکم به وجوب نیت و قصد پرداخت کرده باشد؛ یعنی چه قدرت بر ادا داشته باشد و چه نداشته باشد؛ چه صاحب دین حاضر و چه غایب باشد؛ چرا که نیت و عزم از مقتضیات ایمان می‌باشد و قصد بر ادای دین نیز واجب است، همان طوری که عزم بر ادای هر واجب دیگری واجب است (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۸/۴). در جواب اینکه برخی فقها نیت را منوط به زمانی دانسته‌اند که دائن غایب باشد، گفته شده که وجوب نیت پرداخت دین، ظاهر روایات می‌باشد و روایات از این حیث تقییدی ندارند (آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۴۷/۲۰).

پس این نتیجه به دست می‌آید که حکم تکلیفی نیت پرداخت دین، وجوب است ولی از آنجایی که این نیت و عزم و اراده بر پرداخت دین از منویات شارع است، هر عملی که منجر به مخالفت با منویات شارع شود یا با آن منافات داشته باشد، باطل است. این مطلب از نظر فقهای شیعه نیز دور نبوده است و ابن ادریس حلی و علامه حلی معتقدند هر چیزی که مانع از واجب مضیق شود، نزد خدا قبیح می‌باشد و پرداخت دین حال بعد از مطالبه واجب است و اگر دائن دین حال خود را از مدیون طلب کرد، بر مدیون جایز نیست که آن را به تأخیر بیندازد و اگر بعد از مطالبه، شروع به خواندن نماز در اول وقت کرد، نمازش صحیح نیست؛ چرا که ادای دین بعد از مطالبه، واجب مضیق می‌باشد، حال آنکه نماز خواندن در اول وقت، واجب موسع است (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۳/۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۵۲۹/۲).

اینکه فقها قائل اند امر به شیء مقتضی نهی از ضد خاص نیست و با این حال ابن ادریس حکم به بطلان نماز در اول وقت داده است (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۳/۲)، نشانه آن است که این حکم از باب اقتضای امر نیست، بلکه آن امر وجوبی (ادای دین و نیت ادای آن) جزء منویات شارع است و شارع مقدس مستقلاً آن را واجب کرده است و یا شاید هم انگیزه فرار از دین، ضد عام وجوب نیت ادای دین باشد.

نتیجه‌گیری

بررسی تفاسیر حقوقی نشان می‌دهد که نظریات حقوق دانان، به دور از آموزه‌های فقهی و روایات بوده، بیشتر استحسان و ناظر به حق فرد است و حتی در بعضی موارد، مخالف با ظاهر ماده است و این تشتت آرا، ناشی از تغییر به وجود آمده در ماده می‌باشد که با مطمح نظر قرار گرفتن آموزه‌های فقهی، روایات و آرای فقیهان این نتیجه به دست آمد که قصد ادای دین واجب، و جزء منویات شارع است. حال اگر عملی با نیت شارع مخالف باشد، نامشروع و حرام تلقی می‌شود و با توجه به اینکه در معامله به قصد فرار از دین، چنین نیتی موجود است، لذا جهت معامله نامشروع می‌شود و معامله با جهت نامشروع، محکوم به بطلان است.

پیشنهاد

با توجه به اینکه دو واژه «صوری» و «قصد»، منشأ اشتباه و باعث تفاسیر متعدد و گاه متعارض شده‌اند، پیشنهاد می‌شود با توجه به آنچه در مقاله گفته شد، در تغییرات آتی قانون مدنی، ماده ۲۱۸ به این صورت اصلاح گردد: «معامله به جهت فرار از دین باطل است».

کتاب شناسی

۱. آل عصفور بحرانی، حسین بن محمد، *الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع* (للفیض)، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
۲. آل عصفور بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۳. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *اجوبة مسائل و رسائل فی مختلف فنون المعرفه*، قم، دلیل ما، ۱۴۲۹ ق.
۴. همو، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۵. ابوجیب، سعدی، *القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً*، دمشق، دار الفکر، ۱۴۰۸ ق.
۶. اردیلبی، احمد بن محمد، *زبدة البیان فی احکام القرآن*، تصحیح محمدباقر بهبودی، تهران، المكتبة الجعفریة لاحیاء الآثار الجعفریة، بی تا.
۷. همو، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۸. اشرفی اصفهانی، ملا محمدباقر، *شعائر الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، بی جا، بی تا، ۱۳۱۲ ش.
۹. اصفهانی، سید ابوالحسن، *وسيلة النجاة مع تعالیک الامام الخمينی*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ ق.
۱۰. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامیة، بی تا.
۱۱. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، *صراط النجاة* (محشی)، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۱۲. بیهقی کیدری، قطب الدین محمد بن حسین، *اصباح الشیعة بمصباح الشریعة*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۶ ق.
۱۳. توحیدی تبریزی، محمد علی، *مصباح الفقاهه*، تقریرات درس آیه الله سید ابوالقاسم موسوی خویی، بی جا، بی تا، بی تا.
۱۴. جزیری، عبدالرحمن و سید محمد غروی و یاسر مازح، *کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب اهل البيت علیهم السلام*، بیروت، دار الثقلین، ۱۴۱۹ ق.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *مجموعه محشای قانون مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۹ ش.
۱۶. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۷. حسینی حلی، سید حمزه بن علی بن زهره، *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ق.
۱۸. حسینی روحانی قمی، سید محمد صادق، *فقه الصادق علیه السلام*، چاپ سوم، قم، دار الکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.
۱۹. حسینی سیستانی، سید علی، *منهاج الصالحین*، قم، دفتر آیه الله سیستانی، ۱۴۱۷ ق.
۲۰. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۲۱. حلی، یحیی بن سعید هذلی، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سید الشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.

۲۲. زند کرمانی، محمدباقر، رفع النزاع من البين في الصلح المقصود منه الفرار عن الدين، تحقيق حسين حليان، قم، امير العلم، ۱۴۳۳ ق.
۲۳. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران، مجلد ۱۳۹۲ ش.
۲۴. صافی گلپایگانی، لطف الله، هدایة العباد، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۶ ق.
۲۵. صدوق، ابوجعفر محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، المقنن، قم، مؤسسه امام هادی علیه السلام، ۱۴۱۵ ق.
۲۶. صفایی، سیدحسین، قواعد عمومی قراردادهای، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.
۲۷. طباطبایی بروجردی، سیدحسین، جامع احادیث الشیعه، تهران، فرهنگ سبز، ۱۴۲۹ ق.
۲۸. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، سؤال و جواب (استفتائات و آراء فقیه کبیر سیدمحمدکاظم یزدی طاب ثراه)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۲۹. طبرسی، امین الاسلام ابوعلی فضل بن حسن، المؤلف من المختلف بین ائمة السلف، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۳۰. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۳۱. عاملی جعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه، شرح سیدمحمد کلاتر، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۳۲. همو، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۴ ق.
۳۳. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۳۴. همو، غایة المراد فی شرح نکت الارشاد، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۳۵. علامه حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۳۶. همو، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۷. همو، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۲ ق.
۳۸. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله - المضاربه، الشركه، المزارعة، المساقاة، الدين و...، قم، مرکز فقهی ائمة اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۵ ق.
۳۹. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۴۰. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحیط، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۵ ق.
۴۱. فیض کاشانی، محمدمحسن بن شاهمرتضی، مفاتیح الشرائع، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.
۴۲. قطن حلی، شمس الدین محمد بن شجاع، معالم الدین فی فقه آل یاسین، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۴ ق.
۴۳. کاتوزیان، امیر ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۴۴. کاظمی، جواد بن سعید، مسالک الافهام الی آیات الاحکام، مسالک الافهام الی آیات الاحکام، بی جا، بی تا، بی تا.

۴۵. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۴۶. کلینی رازی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۴۷. محقق داماد، سیدمصطفی و جلیل قنواتی و سیدحسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پور فرد، حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران، سمت، ۱۳۹۲ ش.
۴۸. مصطفوی، سیدمحمدکاظم، فقه المعاملات؛ بحوث استدلالیه حول المعاملات المالیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۴۹. مغنیه، محمدجواد، فقه الامام الصادق علیه السلام، قم، انصاریان، ۱۴۲۱ ق.
۵۰. موسوی خمینی، سیدروح الله، تحریر الوسیله، قم، دار العلم، بی تا.
۵۱. همو، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۵۲. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، محاضرات فی اصول الفقه، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
۵۳. همو، منهاج الصالحین، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۵۴. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، قم، مؤسسه المنار - دفتر معظم له، ۱۴۱۳ ق.
۵۵. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، مجمع المسائل، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۹ ق.
۵۶. همو، هدایة العباد، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.
۵۷. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال والحرام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۵۸. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۵۹. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، کتاب منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، تقریرات بحث محمدحسین غروی نائینی، تهران، المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.
۶۰. نجفی کاشف الغطاء، مهدی، احکام المتاجر المحرمه، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ ق.
۶۱. نراقی، محمد بن احمد، مشارق الاحکام، قم، کنگره نراقیین ملامهدی و ملااحمد، ۱۴۲۲ ق.
۶۲. نوری طبرسی، حسین بن محمدتقی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.

بررسی فقهی و حقوقی

راهکارهای تعیین ضامن در تداخل عرضی اسباب*

- عبدالحسین رضائی راد^۱
- معصومه سیاحی^۲
- خسرو نشان^۳

چکیده

ضرورت جبران خسارت ناروا و قاعده ضامن از اصول مسلم و پذیرفته شده در فقه و حقوق هستند. اما آنچه مورد بحث است، چگونگی تطبیق قواعد بر موارد آنهاست. یکی از مشکل ترین موارد تطبیق، تداخل چند سبب است که همگی مشترکاً در وقوع جنایت یا ورود خسارت دخالت داشته اند که چگونگی تعیین ضامن و تقسیم مسئولیت میان سببها محل اختلاف نظرهاست. عده ای به تساوی مسئولیت، گروهی به تسهیم به نسبت درجه تأثیر و مداخله و جمعی دیگر به تسهیم به نسبت درجه تقصیر عوامل در ایجاد حادثه زیانبار قائل شده اند. در مقابل، برخی دیگر مسئولیت اسباب متعدد را در مقابل زیان دیده، تضامنی دانسته

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۴/۲۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۹/۳۰.

۱. دانشیار دانشگاه شهید چمران اهواز (نویسنده مسئول) (ahrr39@scu.ac.ir).

۲. کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه شهید چمران اهواز (sayahimasome44@gmail.com).

۳. استادیار دانشگاه شهید چمران اهواز (neshan.kh@gmail.com).

و آن را منطبق با قوانین و انصاف می‌دانند. نگارندگان اشتراک ضمان به میزان عرفی درصد تأثیر هر کدام در خسارت را عادلانه‌تر و قابل تطبیق بر موازین فقهی و وجدانی دانسته و به اثبات می‌رسانند.

واژگان کلیدی: تداخل اسباب، مسئولیت، ضامن، خسارت، تقصیر.

مقدمه

در رکن رابطه سببیت بین خسارت وارده و فعل زیانبار، گاهی یک عامل به صورت انفرادی باعث ایجاد خسارت شده است. تشخیص چنین رابطه‌ای آسان بوده، به راحتی می‌توان تشخیص داد که بین رفتار مرتکب فعل و خسارت ایجادشده، رابطه سببیت برقرار است یا خیر. اما چنانچه در ایجاد خسارت واحد، اسباب گوناگونی دخالت داشته باشند، فقها این حالت را تداخل یا اجتماع اسباب می‌نامند و در این صورت، تعیین عامل ایجاد خسارت، بسیار پیچیده است و به آن سادگی که در کتاب‌های فقهی مطرح شده است، نمی‌باشد. مباحث مطرح‌شده در منابع فقهی غالباً در حد تداخل مباشر و مسبب است که در اکثر مواقع، مباشر را ضامن دانسته‌اند؛ مگر اینکه سبب قوی‌تر از مباشر باشد. اما در موارد تداخل اسباب، فقها به اختصار به مثال‌های ساده و ابتدایی بسنده کرده‌اند. قواعد ساده‌ای که در آثار فقهی وجود داشته است، در جوامع امروزی کافی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا امروز با بعضی از حوادث جدید و گاه پیچیده روبه‌رو می‌شویم که تعیین و تشخیص مسئول بسیار مشکل است. منظور از تداخل یا اجتماع اسباب، مواردی است که مباشری در میان نیست و همه عوامل به صورتی غیرمستقیم در ایراد خسارت دخالت دارند. همین تداخل اسباب نیز خود به انواعی همچون طولی و عرضی متفرع شده است که هر کدام نیاز به بررسی جداگانه دارد و بر پیچیدگی موضوع می‌افزاید. آنچه مربوط به موضوع مقاله می‌شود، تداخل عرضی اسباب است که در قالب یک مثال توضیح داده می‌شود. فرض کنیم که در یک حادثه رانندگی در خیابانی یک‌طرفه، دو خودرو یکی با سرعت غیر مجاز و دیگری بر خلاف مسیر در حرکت باشند و در اثر تصادم آن‌ها، عابری مصدوم گردد. در اینکه هر دو راننده به طور مشترک خسارت را ایجاد نموده‌اند و هر دو مسئول جبران خسارت زیان‌دیده هستند، اختلافی نیست. اما این پرسش مطرح می‌شود که هر کدام ملزم به

پرداخت چه میزان از خسارت هستند؟ آیا زیان دیده می‌تواند برای دریافت تمام خسارت، به هر یک از آن‌ها مراجعه کند یا خیر؟ هدف این پژوهش، یافتن مبنایی جامع و کامل برای تعیین مسئول از میان عوامل دخیل در خسارت است که با تحلیلی منابع فقهی و حقوقی در صدد یافتن نظریه صحیح و کارآمد در تداخل اسباب هستیم.

پیشینه تحقیق

در منابع فقهی تا ۴ قرن نشانی از بحث سببیت دیده نشده است تا اینکه در قرن پنجم برای نخستین بار در منابعی مانند *المهذب* ابن براج، *المبسوط* شیخ طوسی، با این بحث روبه‌رو می‌شویم. سپس فقهای بعد از ایشان در قرن هفتم در کتب *غصب*، *دیات* و *قصاص* و همچنین در برخی از مسائل و فروع و قواعد فقهی، به شکلی مفصل به این موضوع پرداخته‌اند؛ برای نمونه محقق حلی در *شرایع الاسلام* و علامه حلی در *ارشاد الازدهان* در مبحث *غصب* به آن اشاره کرده‌اند. در میان اهل سنت نیز همانند امامیه، از قرن پنجم به بعد شاهد ظهور این اصطلاح در کتبی همانند *المبسوط* سرخسی و *بدائع الصنائع* کاسانی می‌باشیم. در عصر حاضر نیز حقوق‌دانان در برخی تألیفات از جمله *الزام‌های خارج از قرارداد* کاتوزیان و *حقوق تعهدات* قائم مقامی، به این موضوع پرداخته‌اند و در زمینه کیفیت شناسایی سببی که موجب ضمان شده است، راه‌ها و ملاک‌های متفاوتی را در فرض تداخل عرضی اسباب ارائه داده‌اند. اما اختلاف نظرهای بسیاری که وجود دارد و اشکالات فراوانی که از یکدیگر گرفته‌اند و لزوم تطابق این نظرها با موازین عقلی و شرعی، باب این بحث را همچنان باز نگه می‌دارد و ضرورت تبیین نظریه بهتر در این خصوص را روشن می‌سازد.

از سوی دیگر، گستره وسیع کاربرد این قاعده و فراوانی موارد ابتلا در دعاوی قضایی، دلیل دیگری است که ضرورت پرداختن بیشتر به موضوع این تحقیق را توجیه می‌کند.

گفتار نخست: مفهوم تداخل عرضی اسباب

تداخل عرضی اسباب، در مقابل تداخل طولی است و مقصود از آن این است چند نفر

در ارتکاب عمل زیانبار با هم مشارکت کنند و نتیجه، مستند به عمل همه آنها باشد. به عبارتی دیگر، چند سبب در عرض هم و به طور همزمان در وقوع خسارتی دخیل باشند؛ به خلاف تداخل طولی که سبب‌ها یکی پس از دیگری اتفاق می‌افتند، بی‌آنکه وجود یکی شرط تأثیر دیگری باشد. در تداخل عرضی، وقوع سبب‌ها به نحوی است که خسارت ناشی از فعل، مستند به همه آنهاست؛ مانند آنکه اولین سبب چاقویی را در شکم مجنی علیه فرو کند و دیگری با سنگ به سر وی ضربه بزند. در این مثال، هر دو سبب شریک در جرم هستند و به عنوان فاعل مستقل جرم، به طور مساوی مسئول‌اند، با اینکه میزان مسئولیت آنها متفاوت است. علاوه بر همزمانی در ایجاد تلف، ضابطه‌ای دیگر نیز برای عرضی بودن اسباب بیان شده است و آن تجزیه‌ناپذیر بودن عامل ایجاد تلف است؛ یعنی اینکه هر گاه نتوان عامل ایجاد تلف را به اجزای مختلف تقسیم کرد و در عین حال، آن عامل خود توسط چند سبب ایجاد شده باشد، در این صورت خسارت به همه آن اسباب نسبت داده می‌شود و همه آن اسباب، در مسئولیت شریک‌اند؛ برای مثال هر گاه چند نفر با شهادت دروغ خود باعث شوند که قاضی حکم به قصاص یا اجرای حد در مورد کسی بدهد یا اگر چند نفر با هم شخصی را تهدید و مجبور به ارتکاب جنایتی نمایند، از آنجا که نمی‌توان تهدید را به اجزای مختلف تقسیم کرد، خسارت وارده به همه اسباب به صورت مساوی منتسب است، هرچند در زمان‌های مختلف، سبب‌سازی کرده باشند، مثلاً شاهدان به نوبت شهادت دروغ داده باشند که اگرچه در زمان‌های مختلف بوده، اما با توجه به نتیجه حاصله، آنها در عرض هم قرار می‌گیرند. در حقیقت عامل ایجاد تلف، امری واحد و بسیط است، گرچه توسط چند سبب ایجاد شده باشد. بنابراین در جایی که خسارت قابل تجزیه باشد و هر کدام را بتوان جداگانه به یکی از اسباب نسبت داد، از مصادیق تداخل عرضی اسباب نیست و خارج از محل نزاع است.

گفتار دوم: حکم اجتماع اسباب در حالت عرضی

فقه‌های اسلامی در صورتی که خسارت در اثر تداخل عرضی اسباب ایجاد شده باشد، بدون آنکه به مفهوم آن اشاره کنند، به صراحت حکم به ضمان مشترک و مساوی بین

اسباب داده‌اند؛ هر چند میزان قوت اسباب متفاوت باشد که در اصطلاح به آن تشریک یا «اشتراک در مسئولیت» گفته‌اند. برای مثال شهید ثانی در *مسالك الافهام* می‌فرماید: هر گاه شخصی چاهی را در محلی عدواناً حفر کند و دیگری در کنار آن سنگی را بگذارد و رهگذری به آن سنگ برخورد کند، اگر در وقت واحدی اتفاق بیفتد، در ضمان مشترک‌اند (عاملی جبعی، ۱۴۱۶: ۶۴/۱۲).

شرکت در اصطلاح فقهی در مقابل تخییر قرار دارد و ناظر به تقسیم مسئولیت به‌طور مساوی بین اسباب است و تخییر به معنای تضامنی بودن مسئولیت بین اسباب است؛ یعنی اینکه زیان‌دیده مختار است به هر کدام که بخواهد رجوع کند و تمام خسارت خود را بگیرد (رشتی گیلانی نجفی، ۱۳۸۸: ۳۹-۴۰). اما در حقوق امروزی به تناسب گسترش موارد ابتلا و مصادیق این مسئله، نظریه‌های دیگری در خصوص اجتماع عرضی اسباب نیز مطرح شده است که در این قسمت، دلایل و مفاد هر یک از نظریه‌ها را در دو بند مورد بررسی قرار می‌دهیم.

بند ۱: مسئولیت اشتراکی

بر اساس این نظریه که به توزیع مسئولیت تمایل دارد، فرض این است که هیچ یک از اسباب به تنهایی ضرر را به بار نیاورده است و اشتراک در سبب، علت آن است و باعث اشتراک در مسئولیت است. پس منطقی است که سهم هر یک از اسباب مشترک در ایجاد حادثه و ضرر معین شود و از طرفی پس از جبران زیان، رجوع هر یک از مسئولان به یکدیگر منتفی است؛ زیرا هر سبب جزء معینی از خسارت زیان‌دیده را جبران کرده و دیگر دلیلی برای رجوع او به سایر اسباب وجود ندارد، چون هر سبب تاوان عمل خود را داده است، نه تقاص کار دیگران را.

در این خصوص عده‌ای از فقها می‌گویند:

هر گاه دو نفر یا بیشتر در قرار دادن سنگی اشتراک پیدا کنند، ضمان بر تمام آنهاست و ظاهر این است که ضمان بین آنها به تساوی است، اگرچه قوای آنها مختلف باشد (موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۱۱۱/۲).

همچنین عده‌ای دیگر بیان می‌دارند:

اگر عده‌ای با هم کاری انجام دهند که منجر به قتل یکی از آنها به صورت خطا گردد، مثلاً موقع فرو ریختن دیوار توسط چند نفر، یکی از آنها زیر آوار رفته و کشته شود، در اینجا دیه بر همه از جمله مقتول توزیع شده و هر کس باید مقدار دیه مربوط به خود را به اولیای دم بدهد، بدون اینکه به میزان نقش و توان آنها در ایجاد حادثه توجه شود (موسوی خویی، ۱۹۷۵: ۲/۲۵۵).

برخی از فقها علت حکم دادن به تشریک را عدم ترجیح سببی بر سبب دیگر دانسته‌اند (عاملی جبعی، ۱۴۱۶: ۱۲/۱۶۴).

پذیرش مسئولیت توزیعی بر خلاف مسئولیت تضامنی، زیان‌دیده را مجبور به طرح دعوای مسئولیت مدنی علیه همه اسباب زیان، برای جبران تمام خسارت وارده می‌نماید. زمانی که گفته می‌شود مسئولیت باید میان اسباب دخیل در زیان توزیع شود، این توزیع یا به صورت تساوی است یا به نسبت درجه تقصیر و یا به نسبت سهمی که هر یک از آنان در ایجاد خسارت داشته است. بنابراین در مسئولیت اشتراکی می‌توان سه معیار خسارت را میان اسباب زیان تقسیم نمود:

الف) تقسیم خسارت به نسبت تعداد مسئولان؛

ب) تقسیم خسارت به نسبت درجه تقصیر؛

ج) تقسیم خسارت به نسبت درجه تأثیر.

الف) تقسیم خسارت به نسبت تعداد مسئولان

نخستین و ساده‌ترین روشی که برای تقسیم مسئولیت در فرض تداخل عرضی اسباب به ذهن می‌رسد، تقسیم به تساوی است. در این معیار، ملاک تعیین سهم هر یک از مسئولان در میزان جبران خسارت، تعداد مسئولان است. به موجب این نظریه، هر گاه چند نفر مشترکاً سبب ورود خسارت به دیگری شوند، همگی به طور مساوی باید از عهده جبران خسارت زیان‌دیده برآیند؛ مثلاً اگر میزان خسارت وارد شده ۱ میلیون تومان و تعداد اسباب مسئول دو نفر باشد، هر کدام باید مبلغ ۵۰۰ هزار تومان به زیان‌دیده بپردازد.

در فقه اسلام نیز نظر مشهور فقها تقسیم مسئولیت به صورت مساوی است؛ برای

نمونه، برخی از فقها گفته‌اند چنانچه دو نفر سوار حیوان باشند و آن حیوان به شخصی آسیب برساند، هر دو سوار به طور مساوی ضامن‌اند و برای آن چنین دلیل آورده‌اند:

«لأنَّ الحكم بالتساوی مطابق بالقاعدة من حيث استناد الجنایة إليهما بالتسبب فيما إذا لم يكن أحدهما صغيراً أو مريضاً والروایات أيضاً مطابقة للقاعدة»؛ زیرا حکم به تساوی [در ضمان]، از حیث استناد جنایت به آن‌ها مطابق قاعده است و این در صورتی است هیچ کدام از طرفین کودک یا بیمار نباشد و روایات نیز مطابق با قاعده است (موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۱۱۱/۲).

در این مسئله ادعای عدم خلاف شده است (موسوی خویی، ۱۹۷۵: ۲۵۵/۲). فقهای امامیه صرف نظر از درجه تأثیر و درجه تقصیر اسباب در وقوع زیان، مسئولیت را بین آن‌ها به تساوی تقسیم کرده‌اند. حتی در برخی موارد تصریح نموده‌اند که اختلاف درجه تأثیر اسباب در وقوع زیان، هیچ تأثیری در نظام تقسیم مسئولیت نخواهد داشت (نجفی، ۱۳۶۲: ۹۹/۴۳؛ ابن قدامه مقدسی، ۱۴۰۳: ۵۶۵/۹). از جمله مواردی که در فقه اسلام، مسئولیت اسباب زیان بدون لحاظ درجه تأثیر و تقصیر به طور مساوی تقسیم شده است، تصادم بین دو یا چند نفر است. در این خصوص، فقها در فرض تصادم دو یا چند نفر با همدیگر، هر یک از آن‌ها را ملزم به پرداخت نصف دیه طرف مقابل می‌کنند؛ اعم از اینکه هر دو پیاده و یا سوار بر حیواناتی از قبیل اسب و شتر باشند یا یکی از آن‌ها پیاده و دیگری سواره باشد. در این باره، برخی فقها با استناد به روایتی منتسب به امام علی علیه السلام^۱، مبنای این حکم را مقتضای اصل برائت دانسته، معتقدند که چون فوت هر یک از دو نفر، مستند به هر دوی ایشان است، پس ضمان آن مقدار از دیه که ناشی از فعل خود طرف است، بر عهده کسی نیست و ضمان آن مقدار از دیه که ناشی از فعل طرف مقابل است، بر عهده عاقله طرف مقابل است. نیز چنانچه در اثر این برخورد، علاوه بر دو سوارکار، حیوان هر یک هم تلف شود، نصف ضمان تلف حیوان متعلق به طرف مقابل باید از ترکه هر یک از دو سوارکار پرداخت شود. البته حکم قضیه در موردی که فقط یکی از طرفین در اثر برخورد فوت می‌کند نیز همانند فرض قبلی است

۱. «چنانچه دو نفر با هم برخورد کرده و در اثر برخورد فوت کنند، عاقله هر یک از آن‌ها ملزم به پرداخت نصف دیه طرف مقابل است» (طوسی، بی تا: ۲۷۲/۵-۲۷۴).

و نصف دیه متوفی بر عهده طرف مقابل خواهد بود.

یکی دیگر از مواردی که در فقه، مسئولیت به طور مساوی تقسیم شده است، عبارت است از پرتاب سنگ با منجیق (وسیله‌ای برای پرتاب سنگ) به نحوی که منجر به قتل یکی از افرادی شود که به کمک یکدیگر مبادرت به پرتاب سنگ کرده‌اند (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۰۷/۴۳).

مورد دیگر جایی است که سه نفر در حفر چاهی همکاری می‌کنند و یکی از آنها در اثر ریزش چاه فوت می‌کند. فقها در این مورد بدون در نظر گرفتن میزان تقصیر و تأثیر، حکم به توزیع مسئولیت به نسبت مساوی بین همه مسئولان کرده‌اند؛ بدین گونه که چون قتل مستند به همه اسباب است، پس ضمان آن مقدار از دیه که ناشی از فعل طرف مقابل است، بر عهده خود اسباب است. بنابراین مسئولیت به طور مساوی تقسیم می‌شود و به میزان توان و قوای هر یک از آنها در ایجاد حادثه توجه نمی‌شود.

در تأیید این نظریه، قانون‌گذار به پیروی از نظر مشهور در فقه، ماده ۵۳۳ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) را به گونه‌ای تنظیم نموده که تداخل اسباب باعث اشتراک و برابری در مسئولیت میان اسباب متعدد می‌شود. به موجب این ماده:

هر گاه دو یا چند نفر به نحو شرکت، سبب وقوع جنایت یا خسارتی بر دیگری گردند، به طوری که آن جنایت یا خسارت به هر دو یا همگی مستند باشد، به طور مساوی ضامن می‌باشند.

بنابراین در این قانون نیز مانند قانون سابق،^۱ در اسباب عرضی اگر چند نفر در ایجاد سبب منجر به قتل یا یکدیگر مشارکت نمایند، مانند آنکه با کمک یکدیگر فردی را جلوی یک حیوان درنده رها کنند و حیوان او را بدرد، حکم به مسئولیت همه اسباب داده‌اند.^۲

۱. مطابق ماده ۳۶۵ قانون مجازات اسلامی: «هر گاه چند نفر با هم سبب خسارتی یا آسیبی شوند بطور تساوی عهده دار خسارت خواهند بود».

۲. همچنین مواد ۳۳۴ تا ۳۳۷ همان قانون، حکایت از تقسیم مسئولیت به طور مساوی میان دو نفر که خود یا وسیله نقلیه‌شان به همدیگر برخورد نموده و منجر به ایجاد زیان شده، دارد.

بنابراین در تداخل اسباب عرضی، چنانچه نتوان نتیجه را به فقط به یکی از آن‌ها نسبت داد و در واقع رابطه سببیت میان مجموع آن اسباب و نتیجه برقرار باشد، در این صورت اگر ارتکاب جرم عمدی باشد، همگی شریک محسوب شده و به عنوان فاعل مستقل، مجازات می‌شوند و در صورتی که نوبت به دیه برسد، به طور مساوی مسئول و عهده‌دار پرداخت دیه خواهند بود. در این خصوص، رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۱۳۹۰/۲/۶-۷۱۷ نیز این مسئله را مورد تأیید قرار داده است. در این رأی اظهار شده است:

بر حسب ماده ۳۳۷ قانون مجازات اسلامی، هر گاه برخورد دو یا چند وسیله نقلیه، منتهی به قتل سرنشین یا سرنشینان آن‌ها گردد، مسئولیت هر یک از رانندگان در صورت تقصیر به هر میزانی که باشد، به نحو تساوی خواهد بود. بنابراین رأی شعب بیست و هفتم دیوان عالی کشور که مطابق این نظر صادر شده، به اکثریت آرا، موافق قانون تشخیص داده شده و تأیید می‌گردد. این رأی، مطابق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، در امور کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و کلیه دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است.

نقد نظریه

اتخاذ معیار تقسیم خسارت به تساوی، هر گاه تأثیر اسباب در وقوع حادثه زیانبار برابر و مساوی باشد، کاملاً منطقی و منطبق با حقوق و عدالت است. اما هر گاه تأثیر اسباب در ایجاد حادثه زیانبار نابرابر باشد، این معیار با دو ایراد روبه‌روست:

ایراد اول: سببی که تأثیرش در ایجاد خسارت کمتر از بقیه اسباب بوده، قسمتی از بار مسئولیت دیگران را نیز بر دوش می‌کشد و این مخالف با عدالت و اصل شخصی بودن مسئولیت‌هاست؛ زیرا هر کس مسئول اعمال خود می‌باشد، نه آنچه از دیگران سر زده است.

ایراد دوم: سببی که تأثیرش در ایجاد خسارت بیش از قسمت مساوی بوده، از ایفای بخشی از مسئولیت ناشی از عمل خود و به ناحق معاف می‌شود و این مغایر با انصاف و عدالت است؛ مثلاً چنانچه مسئول حادثه دو نفر باشند که یکی از آن‌ها ۸۰ درصد و دیگری ۲۰ درصد در وقوع حادثه زیانبار تأثیر و مداخله داشته باشد، پرداخت ۵۰ درصد

خسارت به وسیله هر یک از اسباب، بدین مفهوم است که سبب اول بدون هیچ توجیهی از تأدیة ۳۰ درصد مسئولیت ناشی از فعل خود معاف شده و سبب دوم به ناحق ۳۰ درصد بیش از دین واقعی اش پرداخته است. یا در تصادفات رانندگی میان دو وسیله نقلیه سبک و سنگین، راننده وسیله‌ای که سبک‌تر و ضعیف‌تر و احتمالاً ارزان‌تر است، نباید به اندازه راننده وسیله قوی‌تر و گران‌تر در جبران خسارت سهیم باشد (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۰: ۲۲۶-۲۲۷).

اما پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود این است که چگونه ممکن است با این انتقادات و با وجود آیه «وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى» (انعام/ ۱۶۴) و اصل شخصی بودن مسئولیت‌ها در حقوق اسلام، فقها قائل به روشی شوند که اعمال بدون قید و شرط آن در بسیاری از موارد نه تنها به نتایج غیر عادلانه می‌انجامد، بلکه موجب بر عهده گرفتن بار مسئولیت دیگری می‌شود؟ در جواب ممکن است چنین استدلال شود که حالات و فروضی که فقها در آن قائل به تقسیم مسئولیت به تساوی شده‌اند، غالباً مواردی هستند که امکان تعیین سهم مداخله و تأثیر هر سبب در وقوع زیان وجود ندارد؛ چنان که در تصادفات - که غالب مثال‌های داده شده توسط فقها را شامل می‌شود و مشهور فقها هر یک از طرفین را ضامن نصف خسارت دیگری می‌دانند، تعیین میزان تأثیر و مداخله هر طرف، آن هم با شرایط و امکانات آن زمان، امری مشکل و عملاً غیر ممکن بوده است. پس فقها بر مبنای ظاهر، فرض را بر تأثیر هر سبب به میزان ۵۰ درصد نهاده و هر کدام را به جبران نیمی از خسارت طرف دیگر محکوم نموده‌اند. بنابراین اگر با شرایط حاضر بتوان سهم هر سبب در وقوع حادثه را معلوم و به همان اندازه وی را مسئول دانست، به نظر می‌رسد که با نظر فقها مخالفتی نداشته باشد؛ زیرا فقه اسلام محل استدلال و بررسی نظرات است و با گذر زمان، قابلیت تغییر و تحول و تکامل را دارد و مؤید این استدلال، نظر برخی از فقهای معاصر است که ظاهر را در تقسیم مسئولیت دانسته‌اند (موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۵۶۹/۲). معنای این حرف آن است که امکان اثبات خلاف ظاهر وجود دارد؛ یعنی ثابت شود که میزان تأثیر هر سبب در وقوع حادثه به اندازه سبب دیگر نبوده و با آن تفاوت دارد و در نتیجه بر خلاف فرض (تأثیر مساوی اسباب)، حکم به مسئولیت هر یک از اسباب در جبران خسارت زیان‌دیده به اندازه درجه تأثیر و نحوه

مداخله در وقوع حادثه داده شود.

اما تفسیر مزبور قابل قبول نمی‌باشد و اساساً نمی‌توان پذیرفت که نظر مشهور فقهای امامیه که تساوی را پذیرفته‌اند، مبتنی بر ظاهر بوده و خلاف آن در صورتی که امکان تعیین سهم مداخله هر سبب در وقوع زیان وجود داشته باشد، قابل اثبات است؛ زیرا در اول: فقها در باب تصادم دو نفر، حتی میان اینکه یکی ایستاده باشد و دیگری در حال حرکت باشد - که مسلماً در این گونه موارد، شکی در تفاوت میزان تأثیر و مداخله هر سبب وجود ندارد-، فرقی قائل نبوده و هر دو نفر را نسبت به جبران نصف خسارت دیگری ضامن دانسته‌اند یا در تصادم دو سوار، میان نوع مرکب یا سرعت آن‌ها که مسلماً در میزان مداخله و تأثیر هر سبب در ایجاد خسارت مؤثرند، تفاوتی قائل نبوده و در هر حال، هر یک را ضامن نصف خسارت وارد به دیگری دانسته‌اند (عاملی جعی، ۱۴۱۶: ۳۴۱-۳۳۹/۱۵؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۳۹۲/۷؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۶۳/۴۳-۶۸). بنابراین به نظر می‌رسد که نظر مشهور فقهای امامیه از این حیث مطلق بوده و میزان مداخله در تأثیر هر سبب، در این محاسبه نقشی ندارد.

دوم: همان طور که قبلاً ملاحظه شد، نظر مشهور فقها در تمامی موارد حتی در غیر تصادفات و در مواردی که امکان تعیین سهم مداخله و تأثیر هر سبب وجود دارد، مطلق بوده و ایشان میزان مداخله و تأثیر اسباب را در این میان بی‌تأثیر دانسته‌اند؛ برای مثال در *جواهر الکلام* و *کشف اللثام* آمده است که هر گاه یک نفر سنگی را عدواناً در محل عبور و مرور قرار دهد و دو نفر دیگر سنگ دیگری را در کنار آن عدواناً بگذارند و شخص چهارمی در اثر برخورد با هر دو سنگ سقوط کند و تلف شود. فقها دو احتمال را مطرح کرده‌اند، احتمال نخست آن است که هر کدام یک‌سوم خسارت را بدهند و تساوی مسئولیت حاکم شود و احتمال دوم این است که نصف خسارت بر عهده کسی است که یک سنگ گذاشته و نصف دیگر به طور مساوی بر عهده آن دو نفری است که مشترکاً سنگ را نهاده‌اند. نظر ایشان در نهایت، تساوی در مسئولیت است و نشان می‌دهد که تساوی عددی در اسباب، معیار مورد پذیرش ایشان است (نجفی، ۱۳۶۲: ۹۹/۴۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۱/۲۶۳).

ب) تقسیم خسارت به نسبت درجه تقصیر

برای تقصیر درجاتی فرض شده است. طبق این درجه‌بندی، تقصیر گاه سنگین است و آن‌چنان خطایی است که شخص مسامحه‌کار هم مرتکب نمی‌شود، و گاه متوسط است و آن خطایی است که یک انسان متعارف انجام نمی‌دهد و گاهی نیز سبک است و آن خطایی است که شخص بسیار محتاط مرتکب نمی‌شود (بزدیان جعفری، ۱۳۸۵: ش ۳۱۴/۸). گرچه این درجه‌بندی در حقوق مشهود است، زیرا ماده ۳۹۱ قانون تجارت اسلامی «تقصیر عمدی»، و بند ۲ ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی از «غفلت قابل اغماض»، و ماده ۳۰۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب از «مقصر اصلی و فرعی» سخن گفته‌اند،^۱ اما باید گفت که در حقوق مسئولیت مدنی، این درجه‌بندی تأثیری در اصل مسئولیت ندارد و تقصیر به هر درجه که باشد، سبب ایجاد مسئولیت است. با وجود این، در نظر برخی حقوق‌دانان و قضات، درجه‌بندی خطا (معیار تقسیم مسئولیت) به شمار آمده است (صانعی، ۱۳۷۵: ۲۸۱). به عقیده طرفداران این معیار، در صورتی که تقصیر چند نفر باعث ایجاد خسارتی شود، بهترین راه حل برای تقسیم خسارت بین مسئولان متعدد، میزان تقصیری است که از آنان سر زده است؛ یعنی فردی که تقصیر شدیدتری مرتکب شده است، باید خسارت بیشتری بپردازد. این نظر نشان می‌دهد که آنچه در توزیع خسارت مهم است، «میزان و نسبت سهم» می‌باشد، ولی برای تعیین این سهم باید درجه تقصیر را در نظر داشت. البته باید دانست که طرفداران معیار درجه تقصیر به رغم پذیرش این معیار، در جایی که تنها یک مقصر موجب خسارت شود و یک مسئول وجود داشته باشد، به لحاظ رعایت جانب زیان‌دیده، مقصر را موظف به جبران کامل خسارت زیان‌دیده می‌دانند. ولی در صورتی که چند تقصیر در ایجاد خسارت مشارکت داشته و مسئولان متعدد باشند، این معیار بدون اینکه با منافع زیان‌دیده تعارض پیدا کند، به مرحله اجرا در می‌آید.

نظریه تساوی مسئولیت و تنصیف در قانون، نظر مشهور فقهاست و اقلیت فقه‌های متقدم و اکثریت فقها و مراجع تقلید عصر حاضر، اعتقاد به نسبت‌سنجی مسئولیت

۱. ماده ۳۹۱: «اگر مال‌التجاره بدون هیچ قیدی قبول و کرایه آن تأدیه شود، دیگر بر علیه متصدی حمل و نقل، دعوی پذیرفته نخواهد شد، مگر در مورد تدلیس یا تقصر عمدی...».

دارند.^۱

جمعی از فقها و مراجع تقلید در پاسخ به این سؤال که اگر علت حادثه، بی احتیاطی چند نفر با درصدهای متفاوت باشد، نحوه توزیع خسارت بین آنها چگونه است، به صراحت اعلام نموده‌اند که در این خصوص باید میزان مسئولیت بر مبنای میزان تقصیر تعیین شود و ملاک قاعده تقصیر است.^۲

نقد نظریه

عمده‌ترین ویژگی این معیار، سازگاری آن با احساس عدالت قضات و حقوق‌دانان و طرفین دعوی ذکر شده است؛ زیرا عقل سلیم و مصلحت جامعه حکم می‌کند که مرتکب تقصیر بزرگ‌تر، مستحق حکم شدیدتر باشد. اما به نظر حقوق‌دانان، معیار درجه تقصیر، هم از لحاظ نظری و هم از لحاظ عملی قابل ایراد و خدشه است (قاسم‌زاده، ۱۳۷۸: ۴۰۰).

ایراد نظری: معیار تقصیر از این حیث، با سه ایراد اساسی مواجه است:

۱. این معیار با قواعد عمومی مسئولیت مدنی در تعارض است؛ زیرا جبران خسارت را مجازات تلقی نموده و آن را با درجه تقصیر می‌سنجد؛ در صورتی که جبران خسارت باید با مقدار خسارتی که از یک سبب آمده، تناسب داشته باشد. بنابراین این دیدگاه، مسئولیت مدنی را به مسئولیت کیفری نزدیک کرده و با آن آمیخته است.
۲. در مورد معنای دقیق این معیار تردید وجود دارد که آیا باید معیار نوعی را در نظر گرفت و بدین ترتیب برای تعیین درجه تقصیر، میزان انحراف هر یک از طرفین از رفتار یک فرد متعارف در آن اوضاع و احوال و نیز قابل پیش‌بینی بودن زیان را ملاک قرار داد یا باید معیار شخصی را در نظر گرفت و بدین ترتیب برای تعیین درجه تقصیر، میزان

۱. آیه‌الله مکارم شیرازی، آیه‌الله بهجت، آیه‌الله فاضل لنکرانی و آیه‌الله خامنه‌ای از آن جمله هستند.
۲. در استفتایی دیگر از آیه‌الله فاضل لنکرانی چنین سؤال شد: «در تصادفات، کارشناس رانندگی هر یک از طرفین را به میزان خاص مقصر می‌داند، مثلاً یکی ۲۰ درصد و دیگری ۸۰ درصد، آیا این موجب می‌شود که دیه به نسبت درصد تقصیر حساب شود یا تصیف می‌شود؟». ایشان در پاسخ فرمود: «هرگاه حادثه مستند به هر دو باشد، هر یک به مقدار درصدی که مقصر است باید دیه را بپردازد» (حکمت‌نیا، ۱۳۸۶: ۲۳۵).

قابل سرزنش هر یک از طرفین را از لحاظ شخصی مدنظر داشت و یا ترکیب آن دو معیار را در نظر داشت.

۳. این معیار با مبنای مسئولیت تضامنی در آن دسته از نظام‌های حقوقی که مسئولیت تضامنی اسباب زیان را پذیرفته‌اند، در تعارض است؛ زیرا مبنای مسئولیت تضامنی، عدم امکان تعیین مشارکت هر یک از اسباب ایجاد خسارت است. از این رو، فاعل هر سبب، مسئول تمام خسارت تلقی می‌شود. با این معنا دیگر نمی‌توان گفت که دادرسی می‌تواند خسارت را بین مسئولان با توجه به درجه تقصیر تقسیم کند؛ زیرا معیار تقصیر، تقسیم خسارت را به قسمت‌های نامساوی امکان‌پذیر می‌داند؛ یعنی تعیین میزان مشارکت هر یک از اسباب در ایجاد خسارت بر طبق معیار مزبور، امری ممکن است و بدین ترتیب، استدلال به عدم امکان تقسیم خسارت که دلیل مسئولیت تضامن بود، منتفی می‌گردد و به دنبال آن خود مسئولیت تضامن هم از بین می‌رود.

ایراد عملی

۱. میان درجه تقصیر و میزان خسارت ناشی از آن، هیچ رابطه مستقیم و ثابتی وجود ندارد؛ بدین معنا که ممکن است تقصیری سنگین، نقش کوچکی در ایجاد خسارت داشته باشد و در مقابل، تقصیری کوچک سبب ایجاد خسارت زیادی شود؛ برای مثال، اگر راننده قطار مرتکب تقصیر کوچکی مانند بی‌توجهی در کمتر از چند ثانیه بشود، بدترین فجایع به بار خواهد آمد. علاوه بر این، تقصیر هر قدر هم کوچک باشد، به تنهایی موجب تمام خسارت می‌شود و کلیه تقصیرها به هر درجه که باشند، به یک اندازه در ایجاد خسارت مشارکت دارند. فرض کنیم که برای حرکت دادن یک واگن قطار، نیرویی برابر یکصد واحد نیاز است. اگر «الف» با نیرویی برابر ۹۹ واحد آن را هل دهد، کمترین حرکت و جابه‌جایی صورت نمی‌گیرد، ولی هنگامی که «ب» می‌آید و فقط به اندازه یک واحد به آن واگن فشار وارد می‌کند، واگن به حرکت درآمده و «ج» را زیر می‌گیرد و موجب مرگ او می‌شود. آیا می‌توان گفت که سببیت «ب» در ایجاد حادثه زیانبار، کمتر از سببیت «الف» است؟ پاسخ منفی است؛ زیرا بدون «ب» هیچ خسارتی به وجود نمی‌آید، همان‌گونه که کار «الف» به تنهایی موجب خسارت نمی‌گردید. بنابراین میزان سنگینی تقصیرها تأثیری بر مسئولیت مدنی

ندارد، هرچند ممکن است که مسئولیت کیفری مؤثر باشد.

۲. معیار تقصیر از نظر عملی موجب اعمال سلیقه قضات می‌گردد و در موارد مشابه، احکام متفاوت صادر خواهد شد؛ زیرا تعیین میزان خسارت به نسبت درجه تقصیر آسان نیست و به سادگی نمی‌توان تعیین کرد که تقصیر یک شخص با تقصیر شخصی دیگر تفاوت دارد؛ برای مثال چه کسی می‌تواند بگوید تقصیر راننده‌ای که دارای سرعت غیر مجاز است، بیشتر است یا تقصیر عابری که در حال خواندن روزنامه از خیابان عبور می‌کند؟ و در صورت تفاوت، مقدار آن چقدر است؟ از این رو دادگاه‌ها و قضات راه حل‌های بسیار متفاوتی را در موارد مشابه در پیش خواهند گرفت.

ج) تقسیم خسارت به نسبت درجه تأثیر

گروهی از حقوق‌دانان معتقدند که توزیع مسئولیت باید بر حسب «میزان مداخله» و درجه تأثیر هر کدام از اسباب در وقوع خسارت صورت بگیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۴۸۹/۱)؛ یعنی هر مسئول باید به مقدار اثرگذاری و نقش سببی خود در ایجاد خسارت، جبران آن را تحمل کند. به عبارتی می‌توان از بررسی کیفیت دخالت هر سببی، به کمیت هر سبب در ایجاد خسارت پی برد و هر یک از آن‌ها را به اندازه کمیت خود در ایجاد خسارت مسئول قرار داد. البته برای تشخیص درجه تأثیر و میزان خسارت ناشی از فعل هر یک از اسباب، علاوه بر درجه تقصیر واردکنندگان زیان، به عوامل دیگری مانند دوری و نزدیکی آن‌ها، سبکی و سنگینی وسیله نقلیه در حوادث رانندگی، میزان سرعت، نوع وسیله نقلیه، نحوه ورود ضرر و به طور کلی به شرایط و اوضاع و احوال موجود در هنگام حادثه توجه می‌شود.

این نظریه در میان حقوق‌دانان با تعابیر مختلفی مطرح شده است. به اعتقاد برخی، منظور از تقسیم مسئولیت به نسبت درجه تأثیر این است که مسئولیت را بر مبنای احتمال تأثیر هر کدام از اسباب در تحقق زیان تقسیم نماییم؛ یعنی اگر احتمال داده شود که سببی معین، ۸۰ درصد منجر به ایجاد زیانی می‌شود، سبب مذکور به میزان ۸۰ درصد در تحقق آن ضرر نقش دارد و باید به همین میزان از عهده خسارت زیان‌دیده برآید

(درودیان، ۱۳۷۴: ۱۰۲). گروهی دیگر قائل شده‌اند که مسئولیت را باید به نسب درجه تأثیر و مداخله واقعی و نه احتمالی اسباب مذکور در وقوع زیان تقسیم کرد؛ بدین معنا که پس از تشخیص تأثیر واقعی هر کدام از اسباب در وقوع حادثه زیانبار، مسئولیت را به همان نسبت بین آن‌ها تقسیم کرد (امامی، ۱۳۷۹: ۲۵۹/۱).

بر اساس نظر اول، احتمال تأثیر یک سبب در وقوع حادثه، مبنای اصلی تقسیم مسئولیت هر سبب در جبران خسارت می‌باشد که به نظر می‌رسد پذیرش این نظر نه تنها منطقی نیست، بلکه اساساً با احتمال نمی‌توان نقش هر سبب را تعیین کرد و میزان خسارتی را که باید جبران نماید، بر عهده او نهاد.

ولی بر اساس نظر دوم، تأثیر واقعی و مداخله واقعی و نه احتمالی اسباب در وقوع زیان، نقش اساسی دارد و قاضی باید بر این اساس اقدام به تقسیم مسئولیت میان اسباب دخیل در زیان نماید و یکی از عوامل مؤثر و مهم در تشخیص این درجه تأثیر، شدت و ضعف تقصیر هر کدام خواهد بود. ولی دادرس باید سایر عوامل، مانند سنگینی وسیله نقلیه در تصادم‌های رانندگی را نیز در نظر آورد و با توجه به همه اوضاع و احوال قضیه، میزان مسئولیت هر یک را معین سازد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۴۸۹/۱).

در فقه شیعه هرچند نظر مشهور فقها، تقسیم مسئولیت به صورت تساوی است، ولی برخی از فقها احتمال تقسیم مسئولیت را به نسبت مداخله و تأثیر هر یک از اسباب نیز مطرح کرده‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۸۱/۲). به اعتقاد برخی از علمای معاصر، میزان مسئولیت اسباب در جبران خسارت بر مبنای درجه تأثیر و نحوه مداخله عوامل تقسیم می‌شود. در استفتایی از آیه‌الله مکارم شیرازی در این باره آمده است:

مینی‌بوسی با سرعت غیر مجاز در بلوار در حال حرکت بوده که در همین حال موتورسیکلتی از فرعی وارد بلوار شده و باعث وقوع تصادف می‌گردد و در نتیجه راننده موتور سیکلت فوت می‌کند. کاردان فنی نظر داده که به علت ورود از فرعی به اصلی، عامل تصادف موتورسیکلت بوده، لکن سرعت مینی‌بوس نیز زیاد و در تشدید تصادف مؤثر بوده است. آیا تمام دیه را باید راننده مینی‌بوس بپردازد یا قسمتی از دیه را یا هیچ مسئولیتی متوجه وی نیست؟

جواب: چنانچه وقوع قتل مستند به کار هر دو باشد، هر یک از آن دو به مقدار تأثیری که در وقوع قتل دارند، ضامن دیه هستند. بنابراین ملاک ضمان، سببیت در

وقوع حادثه است و هر گاه حادثه به دو نفر یا بیشتر استناد دارد، هر کدام به مقدار تأثیرشان ضامن هستند.^۱



در فقه اهل سنت نیز آمده است که هر گاه گروهی در یک تعدی شرکت داشته باشند که به وسیله آن کسی یا چیزی تلف شود، مسئولیت آن‌ها بر حسب میزان سهمی که هر یک در ایجاد ضرر داشته‌اند، توزیع می‌شود؛ مثلاً هر گاه مردی سنگی را در راه بگذارد و دو مرد دیگر سنگی در کنار سنگ اول بگذارند و آنگاه شخص چهارمی بر روی سنگ بلغزد و بیفتد و بمیرد، یکی از فقهای حنفی (زفر بن هذیل) در این مسئله می‌گوید:

بر مردی که خود به تنهایی سنگی گذاشته، نصف دیه است؛ زیرا کار او برابر با کار آن دو نفر دیگر است. در این صورت، آن دو تن نیز نصف دیه را می‌پردازند (ادریس، ۱۳۷۲: ۱۵۵).

یکی دیگر از فقهای حنفی به نام ابویوسف می‌گوید:

دیه به طور برابر توزیع می‌شود و هر یک از آن سه تن باید یک سوم دیه را بپردازد؛ زیرا سبب جنایت به وسیله آن سه تن پدید آمده و ضامن بر عهده هر سه تن به طور یکسان است.

از جمله مواردی که فقها احتمال تقسیم مسئولیت را به نسبت مداخله اسباب داده‌اند، باب غضب می‌باشد. در این مورد گفته شده که هر گاه چند نفر مشترکاً مال غیر را غضب نمایند، ضامن هر کدام از آنان به نسبت استیلا بر مال مغضوب تعیین می‌شود؛ یعنی هر غاصب به اندازه سهمی که در غضب مال دیگری دارد، مسئول است. بنابراین هر گاه دو نفر با هم چیزی را غضب کنند، اگرچه هر یک به تنهایی می‌توانسته آن را غضب نماید، هر کدام از آنان به نسبت استیلائی که پیدا کرده است، ضامن آن است (موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۱۷۶/۲). البته در این مورد نیز برخی از فقهای دیگر به صراحت گفته‌اند که مسئولیت بین غاصبان شرکت کننده در ارتکاب غضب، به تساوی تقسیم می‌شود (عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۱۰۶/۳). بنابراین معیار تقسیم مسئولیت بر اساس نحوه

1. <<http://makarem.ir/Question/ViewQuestion.aspx?lid=0&mid=19890>>.

مداخله اسباب زیان یا همان درجه تأثیر آن‌ها، طرفدارانی در میان فقهای اسلام اعم از شیعه و سنی دارد.

نقد نظریه

این معیار با دو ایراد اساسی از طرف مخالفان مواجه شده است. اولین ایرادی که به این معیار گرفته‌اند، مشکل عملی تعیین میزان تأثیر و مداخله هر یک از اسباب در وقوع خسارت می‌باشد. منتقدین بر این باورند که از لحاظ عملی در بسیاری از موارد سخت و تقریباً محال است که بتوان تأثیر هر سبب را در وقوع حادثه زیانبار مشخص کرد. از این رو، نظریه مذکور به لحاظ عملی نمی‌تواند مشکل دادگاه‌ها و نیز مسئله تعیین سهم هر یک از اسباب در تعیین مسئولیت را حل نماید.

در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت که هر راه حل حقوقی ممکن است در عمل با مشکلاتی مواجه شود و نتواند به صورت کامل به حل مسائل حقوقی کمک کند، ولی وجود مشکلات نباید موجب کنار گذاشتن قطعی آن باشد. اگر تقسیم مسئولیت بر اساس نحوه مداخله و تأثیر نیز در عمل با مشکلاتی همراه باشد، تشخیص این امر بر عهده دادگاه است و در صورتی که دادگاه لازم بداند، می‌تواند از نظر کارشناس استفاده نماید. پس به نظر می‌رسد که شیوه‌ای مناسب و منطقی برای تقسیم مسئولیت میان اسباب زیان باشد. بنابراین به جای کنار گذاشتن آن می‌توان تا جایی که امکان دارد از این معیار استفاده کرد. در مواردی که واقعاً امکان تقسیم مسئولیت بر این اساس وجود ندارد، به شیوه تقسیم مسئولیت به طور مساوی تمسک نموده‌اند.

ایراد دوم که منتقدین بر این نظر وارد کرده‌اند، این است که چه‌بسا درجه تأثیر مجموع سبب‌ها در وقوع خسارت بیش از ۱۰۰ درصد شود؛ مثلاً در صورتی که درجه احتمال ایجاد حادثه زیانبار به وسیله هر یک از اسباب بیش از ۵۰ درصد باشد، درجه تأثیر مجموع آن‌ها بیش از ۱۰۰ درصد می‌شود. در این صورت نمی‌توان بر اساس آن، خسارت وارده را میان اسباب مذکور تقسیم کرد. بنابراین در چنین حالتی، این شیوه تقسیم مسئولیت کارکرد خود را از دست می‌دهد (بزدیان جعفری، ۱۳۸۵: ش ۴۱۴/۸).

در پاسخ به ایراد مذکور، امروزه دادگاه‌ها از کارشناسان و افراد خبره در هر فن برای

تسهیل رسیدگی، تعیین میزان غرامت، تعیین میزان مداخله و تأثیر هر عامل و... استفاده می‌نمایند. بنابراین در عمل، اتخاذ این شیوه از سوی قاضی مشکلات عملی مذکور را به همراه ندارد و با کسب نظر کارشناس می‌توان نحوه مداخله و تأثیر هر سبب را تعیین و بر اساس آن حکم صادر نمود. بنابراین این روش تقسیم مسئولیت اگرچه ممکن است در ابتدا مشکلاتی نیز داشته باشد، به دلیل تقسیم عادلانه مسئولیت میان عواملی که ضرر را به وجود آورده‌اند و رعایت اصول حقوقی نظیر اصل شخصی بودن و اینکه هر کس باید زیان‌هایی را که وارد نموده، جبران نماید، روشی عادلانه است و باعث می‌گردد که هر سببی، جبران خسارت‌هایی را بر عهده بگیرد که عامل آن بوده و از جبران ضرری که توسط دیگری واقع شده، معاف شود. شاید پذیرش این نظریه توسط قانون‌گذاران بسیاری از کشورهای متمدنی از جمله آلمان و انگلیس و همچنین اهمیت خاص این شیوه در نظر برخی از حقوق‌دانان، نشانگر قوت آن باشد، پس کنار زدن آن و تفکیک به روش تقسیم مسئولیت به نحو مساوی به بهانه مشکلات عملی آن در دادگاه‌ها، شیوه‌ای است که حقوق و عدالت نمی‌پذیرد. بنابراین به نظر می‌رسد که در حقوق غیر از موارد خاصی که در آن‌ها بر تضامن تصریح شده است، بهتر است تقسیم مسئولیت بر اساس نحوه مداخله و تأثیر هر سبب، به عنوان شیوه اصلی تقسیم مسئولیت در نظر گرفته شود و فقط در موارد استثنایی که واقعاً امکان تقسیم مسئولیت بر اساس این شیوه وجود ندارد، به شیوه تقسیم مسئولیت به نحو مساوی رجوع شود.

بند ۲: مسئولیت تضامنی

تضامن در لغت به معنای ضامن یکدیگر شدن آمده است (معین، ۱۳۷۸: ۱۰۹۳/۳). در اصطلاح حقوقی می‌توان آن را به التزام‌های متعدد در خصوص یک دین اعتبار نمود (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۹۰). بر اساس مفهوم مسئولیت تضامنی، هر یک از اسباب ایجاد خسارت در مقابل زیان‌دیده، مکلف به پرداخت تمام خسارت است و هیچ‌یک از آن‌ها نمی‌تواند به استناد اینکه اسباب دیگری نیز مسئول‌اند و خسارت باید بین آن‌ها تقسیم شود، از جبران خسارت زیان‌دیده سر باز زند؛ در حالی که هر یک از اسباب زیان، در حقیقت مدیون بخشی از آن است، نه همه آن. یعنی در واقع، هر یک از

اسباب تنها به اندازه‌ای که در خسارت تأثیر و دخالت داشته، مدیون است؛ اما قانون‌گذار بنا بر رعایت مصالحی، هر یک از آن‌ها را نسبت به کل دین مسئول قلمداد کرده است. همچنین ویژگی دیگر مسئولیت تضامنی این است که پرداخت دین از سوی هر یک از اسباب زیان، دیگر اسباب را بری می‌کند. بنابراین زیان‌دیده حق ندارد از مجموع اسباب، مبلغی بیش از میزان خسارت خود بگیرد. البته این نظریه موافقان و مخالفانی دارد.

دلایل موافقان

۱. این راه حل با منطق حقوقی سازگار است؛ زیرا فرض این است که اسباب متعدد، با هم خسارت را به وجود آورده‌اند و هر کدام از اسباب، باعث تأثیرگذاری سبب دیگر شده است. بنابراین نمی‌توان گفت که یک سبب فقط قسمتی از خسارت را ایجاد کرده است؛ زیرا تجزیه سببیت و مسئولیت در صورت اشتراک اسباب متعدد صحیح نیست (همو، ۱۳۸۶/۱: ۴۸۵).

بدین ترتیب هر گاه اسباب متعدد، در ایجاد خسارت دخالت داشته باشند، هر سبب، سبب کل خسارت محسوب می‌شود؛ یعنی هر عامل از عوامل متعدد، به تنهایی سبب کل خسارت به شمار می‌آید؛ زیرا دخالت آن سبب برای ایجاد خسارت ضروری است و بدون آن سبب اصلاً خسارت ایجاد نمی‌شد و نمی‌توان تصور کرد که کسی کمتر از کل خسارت را به بار آورده است (سنه‌وری، ۱۹۸۸: ۱۰۱۸/۱). بنابراین هر فاعلی ملزم به پرداخت کل خسارت است؛ چرا که او کل خسارت را به وجود آورده و با دخالت و کار او خسارت وارد شده است و بدون دخالت او خسارت واقع نمی‌شد. بنابراین منطقی خواهد بود که هر یک از اسباب مذکور، مسئول پرداخت کل خسارت زیان‌دیده باشد. اما چون زیان‌دیده بیش از یک حق ندارد و تنها همان را می‌تواند از چند ضامن بگیرد، همین که خسارت جبران شود، حقی که مبنای ضمان است از بین می‌رود و همه ضامنان بری می‌شوند.

۲. آنچه در یک دادرسی عادلانه و حقوق مسئولیت مدنی مورد نظر قرار می‌گیرد، جبران خسارت زیان‌دیده به بهترین نحو ممکن می‌باشد و مسئولیت تضامنی عوامل

دخیل در ایجاد زیان در برابر زیان دیده، این هدف را تحقق می‌بخشد و حوادثی نظیر اعسار یک یا چند نفر از این عوامل، منعی در جهت جبران کامل خسارت وی ایجاد نمی‌کند (قاسم‌زاده، ۱۳۷۸: ۳۸۰). بنابراین هر چند قواعد عمومی مسئولیت مدنی، تقسیم و توزیع مسئولیت را ایجاب می‌کند، یعنی اصل، تقسیم تعهد و مسئولیت در صورت تعدد مسئولان است، ولی چون اجرای قواعد عمومی مسئولیت مدنی به نفع مسئولان متعدد و به ضرر زیان‌دیدگان است، راه حلی غیر عادلانه به نظر می‌رسد. اما به نفع مسئولان است، چون تقسیم مسئولیت بین آنان، موجب تخفیف مسئولیت مسئول در صورت دخالت شخص دیگر در ایجاد ضرر می‌شود، حال آنکه اگر مسئول به تنهایی خسارات را وارد کرده بود، از چنین تخفیفی برخوردار نمی‌شد، پس تقصیر اشخاص ثالث نباید مسئولیت فرد را کاهش دهد. از سوی دیگر به ضرر زیان‌دیدگان است، چون زیان‌دیده را با خطر اعسار یک یا چند تن از مسئولان متعدد مواجه می‌کند؛ در صورتی که زیان‌دیده باید بتواند خسارت کامل خود را از هر یک از مسئولان مطالبه کند و خطر اعسار یکی از مسئولان باید متوجه روابط بین خودشان گردد، نه متوجه روابط بین آنان با زیان‌دیده. بنابراین منطق و عدالت نمی‌پذیرد که در رفتار با زیان‌دیده در حالت وجود مسئولان متعدد، سخن از حالتی باشد که تنها یک مسئول در برابر او قرار می‌گیرد.

۳. طرفداران مسئولیت تضامنی بر این باورند که هر چند مسئولیت تضامنی اسباب زیان از سوی فقها مورد تردید واقع شده است، اما در موردی استثنایی، مسئولیت تضامنی را پذیرفته و بدان حکم کرده‌اند. مهم‌ترین موردی که فقهای اسلام مسئولیت تضامنی را پذیرفته‌اند در باب «ایادی متعاقبه در غضب»^۱ می‌باشد. بر این اساس، همه ایادی (دست‌ها) در مقابل مالک ضامن می‌باشند؛ یعنی مالک می‌تواند برای گرفتن مثل یا قیمت مال خود به هر کدام که خواست رجوع نماید (رشتی گیلانی نجفی، ۱۳۸۸: ۲۶۳؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۱۸۴/۲) و این حکم در میان فقهای امامیه به حدی قوت دارد که برخی آن را بدون مخالف و بی‌اشکال دانسته و حتی امکان اجماع بر آن را منتفی

۱. ایادی متعاقبه در لغت به معنای دست‌های پی‌درپی است و منظور از مسئولیت ایادی متعاقبه، مسئولیت کسانی است که یکی پس از دیگری مالی را غضب کرده‌اند.

ندانسته‌اند (نجفی، ۱۳۶۲: ۳۳/۳۷) و گروهی دیگر ادعا کرده‌اند که حکم مذکور اجماعی است (مقدس اردبیلی، ۱۳۷۹: ۵۱۷/۱۰). همچنین در فرضی که شخص غاصب، کسی را برای تلف عین مغصوبی که در دست اوست، اکراه یا مجبور نماید، گفته شده است که مالک می‌تواند به هر کدام از غاصب و مکره، برای مطالبه تمام یا قسمتی از مثل یا قیمت مال خود مراجعه نماید و این حکم در هر موردی که دست متصرف بر مالی، ضمانتی باشد، جاری است. بنابراین هرچند منطقی است که دین واحد منحصراً بر ذمه یک شخص تعلق می‌گیرد، یعنی برای یک دین فقط یک مدیون وجود دارد، ولی این امر منافاتی ندارد با این موضوع که ما چند نفر را مسئول پرداخت یک دین بدانیم؛ زیرا مسئول بودن چند نفر به معنای مدیون بودن همه آنها نیست. به عبارت دیگر، مسئولیت تضامنی بدین معناست که یک دین، یک مدیون بیشتر ندارد، ولی چند نفر برای پرداخت همان یک دین مسئولیت دارند. از این روست که اگر یکی از ضامنان، دین مذکور را بپردازد، بقیه از مسئولیت معاف می‌شوند (زحیلی، ۱۴۲۹: ۳۸).

۴. بخش اول ماده ۱۴ قانون مسئولیت مدنی مقرر می‌دارد:

در مورد ماده ۱۲ هر گاه چند نفر مجتمعاً زبانی وارد آورند، متضامناً مسئول جبران خسارت وارده هستند.

بر مبنای وحدت ملاک آن می‌توان مسئولیت تضامنی اسباب متعدد را استنباط کرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵: ۸۶۵). به علاوه مسئولیت تضامنی در سایر قوانین نیز به چشم می‌خورد. مطابق بند «ج» ماده ۱۶۵ قانون دریایی درباره «خسارت ناشی از تصادفات دریایی»،^۲ عده‌ای عقیده دارند که در خسارت کشتی‌ها به دیگران باید بر اساس اصول

۱. ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی: «کارفرمایانی که مشمول قانون کار هستند، مسئول جبران خسارتی می‌باشند 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 احتیاط‌هایی که اوضاع و احوال قضیه ایجاب می‌نموده، به عمل آورده یا اینکه اگر احتیاط‌های مزبور را به عمل می‌آوردند، باز هم جلوگیری از ورود زیان مقدور نمی‌بود، کارفرما می‌تواند به واردکننده خسارت در صورتی که مطابق قانون مسئول شناخته شود، مراجعه نماید».

۲. بند «ج» ماده ۱۶۵ قانون دریایی درباره خسارت ناشی از تصادفات دریایی: «کشتی‌های مقصر نسبت به خسارات ناشی از فوت و صدمات بدنی در مقابل اشخاص ثالث منفرداً و متضامناً مسئول هستند و باید خسارت وارده را جبران نمایند».

کلی حکم داد که همان مراجعه به نسبت تقصیر است (هاشمی، ۱۳۹۲: ش ۷/۲) و ماده ۳۱۷ قانون مدنی درباره «خسارت ناشی از غصب»،^۱ مسئولیت تضامنی را در مورد اسباب زیان مقرر نموده است که با توجه به وحدت مبنا می‌توان حکم مندرج در قوانین مزبور را به سایر موارد مشابه تعمیم داد. به عبارت دیگر، قانون‌گذار با تصویب این مواد، تمایل خود را به پذیرش مسئولیت تضامنی ابراز نموده است. قانون‌گذاران برخی از کشورهای اسلامی نیز تقریباً همگی مسئولیت تضامنی اسباب متعدد را پذیرفته و بدان حکم داده‌اند. از جمله در حقوق مصر، ماده ۱۶۹ قانون مدنی این کشور اشعار می‌دارد:

هر گاه مسئولان فعل زیانبار متعدد باشند، مسئولیت آن‌ها نسبت به جبران خسارت، مسئولیت تضامنی است و لیکن بین خودشان مسئولیت به تساوی تقسیم می‌شود؛ مگر اینکه دادرس سهم هر یک را در جبران خسارت تعیین کند.

یعنی در رابطه بین زیان‌دیده و مسئولان، مسئولیت تضامنی است. اما در رابطه بین مسئولان، مسئولیت به تساوی توزیع و تسهیم می‌شود؛ مگر اینکه قاضی سهم هر یک را معین نماید. همچنین ماده ۱۷ قانون مدنی سوریه با پذیرش مسئولیت تضامنی اسباب زیان مقرر می‌دارد:

هر گاه چند نفر مسئول عمل زیانبار باشند، همگی به طور تضامنی مسئول جبران آن زیان هستند.

این حکم عیناً در ماده ۲۳۶ قانون مدنی لبنان و ماده ۱۷۲ قانون مدنی لیبی نیز آمده است (سنه‌وری، ۱۹۸۸: ۲۷۶/۳).

دلایل مخالفان

۱. اگرچه بنا به فرض، رابطه سببیت بین هر سبب (در اسباب متعدد) با خسارت وجود دارد، اما وجود این رابطه به معنای ایجاد سببیت و اثرگذاری هر یک از اسباب بر دیگری نیست تا گفته شود که هر سبب، سبب تمام خسارت است؛ زیرا فرض بر این

۱. ماده ۳۱۷ قانون مدنی: «مالک می‌تواند عین و در صورت تلف شدن عین، مثل یا قیمت تمام یا قسمتی از مال مغضوب را از غاصب اولی یا از هر کدام از غاصبین بعدی که بخواهد مطالبه کند».

است که اسباب متعدد همگی خسارت را به وجود آورده‌اند. بنابراین سببیت برای جمیع اسباب است و یک سبب اگرچه جدا از سایر اسباب، به گونه مؤثر است، اما به تنهایی سبب خسارت نیست. از این رو مسئولیت یکی از اسباب، به میزان تأثیر آن و مجموع اسباب ورود خسارت است، نه به اندازه تمام خسارتی که از مجموع اسباب به وجود آمده است (عمیدزنجانی، ۱۳۸۹: ۸۹). علاوه بر آن، استدلال به اینکه «هر سبب، سبب کل خسارت است»، نوعی مغالطه است؛ زیرا چنانچه بپذیریم خسارت در نتیجه اجتماع چند سبب به وجود آمده، خود این امر دلالت دارد بر اینکه یک سبب به تنهایی و جدای از اسباب دیگر نمی‌تواند سبب ایجاد کل خسارت باشد، بلکه آن سبب فقط یکی از اسباب ایجاد خسارت است؛ مثلاً اگر فقط راننده یک خودرو مرتکب خطا می‌شد، مسلماً با وجود تنها یک خودرو تصادف به وجود نمی‌آمد.

۲. مسئولیت تضامنی در معرض انتقاد عده‌ای از فقهای اسلامی قرار گرفته است (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸: ۲۹۹/۱). آن‌ها در رد تضامنی این گونه استدلال نموده‌اند که مقتضای نظریه تضامن این است که یک مال بر ذمه دو یا چند نفر قرار گیرد و هر کدام از آن‌ها مسئول تأدیة آن باشند، در حالی که این امر امکان ندارد؛ زیرا یک مال در آن واحد بر ذمه دو یا چند نفر مستقر نمی‌شود. به عبارت دیگر، از نظر ایشان همان گونه که در عالم واقع یک شیء نمی‌تواند در یک لحظه در چند مکان باشد، یک تعهد نیز نمی‌تواند در یک زمان در چند ذمه استقرار یابد.

۳. در حقوق اسلام به استناد آیه مبارکه ﴿لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ (انعام/ ۱۶۴)، هر کس پاسخ‌گوی اعمال خویش است و هیچ کس بار گناه دیگری را به دوش نمی‌کند. به عبارتی، اصل شخصی بودن مسئولیت، اصلی پذیرفته‌شده در حقوق اسلام است؛ در حالی که مقتضای پذیرش مسئولیت تضامنی، قرار گرفتن مسئولیت شخصی بر ذمه دیگری است. از این رو نمی‌توان این نوع مسئولیت را پذیرفت.

۴. اثبات مسئولیت تضامنی، نیازمند انصراف از مقتضای اصل براءت است؛ زیرا مقتضای اصل براءت حکم می‌کند که هیچ کس بیش از آن مقداری که در ایجاد خسارت دخالت داشته، مسئولیت نداشته باشد. بنابراین تنها با اکتفا نمودن به این امر که مسئولیت تضامنی موجب تضمین و رعایت حق زیان‌دیده می‌شود، نمی‌توان از اصل

برائت خارج و مسئولیت تضامنی را پذیرفت.

۵. فقها در باب مسئولیت مدنی در مسئله تعدد اسباب که در سه مورد «تجمع در اتلاف، تجمع در سببیت و تجمع در اتلاف و سببیت» مصداق پیدا می‌کند، به نظریه «اشتراک» که همان تقسیم مسئولیت در خسارت است، تمایل نشان داده‌اند؛ یعنی هرگاه دو یا چند نفر در ایراد خسارت به دیگری مشارکت کنند، مانند اینکه با هم چاهی را در راه حفر کنند و شخصی در آن افتاده، مصدوم شود، همگی در برابر زیان‌دیده مسئول می‌باشند؛ ولی هر یک به اندازه سهم خود از مجموع خسارت و با رعایت میزان تأثیر عمل خویش باید خسارت زیان‌دیده را جبران کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵: ۸۶۴).

به هر حال، پذیرش مسئولیت تضامنی در حقوق ایران به سادگی نیست؛ زیرا مسئولیت تضامنی بر خلاف اصل است و جنبه استثنایی دارد و قابلیت توسعه و تعمیم ندارد و فقط باید به مواردی اکتفا شود که قانون‌گذار به موجب ضرورت، به وجود این نوع مسئولیت تصریح کرده است.

نظریه برگزیده

بر اساس مطالب ارائه‌شده و جمع‌بندی دلایل طرفین نزاع به نظر می‌رسد نظریه اشتراک ضمان، نظریه‌ای عادلانه‌تر است و با موازین فقهی نیز سازگار است. اما پذیرش اشتراک به صورت مطلق می‌تواند با اصل عدالت و اصل شخصی بودن مجازات و جنایت در تضاد باشد. بر این اساس، اشتراک نسبی و تقسیم خسارت به میزان درجه تأثیر می‌تواند علاوه بر نقاط قوت نظریه‌های دیگر، از نقدهای وارده بر هر کدام از آن‌ها در امان باشد؛ زیرا امروزه با توجه به پیشرفت علوم مختلف، تعیین میزان تأثیر هر کدام از سبب‌ها در ایجاد خسارت، کار چندان دشواری نیست و می‌توان میزان تأثیر هر کدام از سبب‌ها را تا اندازه زیادی معین کرد و از آنجا که خسارت، مقوله‌ای حقوقی است و با مجازات، تفاوت ماهوی دارد، طرح مسئله میزان تقصیر نیز موضوعی ندارد و نمی‌تواند تأثیری در میزان مسئولیت داشته باشد.

نتیجه‌گیری

در خصوص تداخل عرضی اسباب، چند نظر وجود دارد. عده‌ای همهٔ اسباب را به طور یکسان مسئول پرداخت خسارت می‌دانند که این نظر مشهور فقهاست و در مواد قانونی مورد توجه قرار گرفته است. البته این نظریه به طور مطلق، مخالف با عدل و انصاف و اصل شخصی بودن مسئولیت است. جمعی دیگر عقیده دارند صرف نظر از اینکه میزان دخالت هر یک از اسباب در بروز حادثه تعیین‌شدنی باشد یا اینکه چنین امری ممکن نباشد، اساساً به لحاظ دخالت چند سبب، همهٔ آن‌ها به نحو تضامنی در مقابل زیان‌دیده، مسئول جبران تمام خسارت وارده هستند. این نظریه موافقان و مخالفانی دارد و هیچ‌گاه نمی‌توان از آن به عنوان یک اصل و قاعدهٔ عام و کلی استفاده کرد، بلکه به صورت استثنایی مطرح است؛ زیرا در حقوق اسلامی هر کس تنها پاسخ‌گوی عمل خویش است، مگر اینکه قانون‌گذار خود به تضامنی بودن آن تصریح نماید. بر مبنای نظر دیگر، از آنجا که تعیین مسئولیت هر یک از اسباب و درجهٔ نقش‌آفرینی آن‌ها امکان‌پذیر است، پس هر یک از اسباب به میزان تأثیری که در ایجاد ضرر داشته است، مسئول می‌باشد. به این نظریه ایرادهایی وارد شده است که از نظر عملی، تعیین میزان تأثیر و مداخلهٔ هر یک از اسباب تقریباً سخت است. ولی ظاهراً این نظریه نسبت به سایر نظریه‌ها عادلانه‌تر است و تا جایی که امکان دارد باید از این معیار (تقسیم مسئولیت به نسبت درجهٔ تأثیر) استفاده کرد و در مواردی که امکان تقسیم مسئولیت بر این اساس وجود نداشته باشد، به شیوهٔ تقسیم مسئولیت به طور مساوی تمسک نمود.

کتاب‌شناسی

۱. ابن قدامه مقدسی، موفق‌الدین عبدالله بن احمد بن محمد، المعنی، بیروت، دار الکتب العربی للنشر و التوزیع، ۱۴۰۳ ق.
۲. ادريس، عوض احمد، ديه، ترجمة عليرضا فيض، چاپ دوم، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامي، ۱۳۷۲ ش.
۳. امامی، سيدحسن، حقوق مدنی، چاپ دهم، تهران، اسلامي، ۱۳۷۹ ش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران، بنياد استاد، ۱۳۵۷ ش.
۵. حکمت‌نیا، محمود، مسئولیت مدنی در فقه امامیه، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامي، ۱۳۸۶ ش.
۶. درودیان، حسنعلی، جزوه حقوق مدنی ۴ (مسئولیت مدنی)، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴ ش.
۷. رشتی گیلانی نجفی، میرزا حبیب‌الله، الغصب، تهران، مدرسه عالی شهید مطهری، ۱۳۸۸ ش.
۸. زحیلی، وهبة بن مصطفى، نظرية الضمان او احكام المسؤولية المدنية و الجنائية في الفقه الاسلامي؛ دراسة مقارنة، چاپ هشتم، بیروت، دار الفكر المعاصر، ۱۴۲۹ ق.
۹. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد؛ نظرية الالتزام بوجه عام، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ۱۹۸۸ م.
۱۰. صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، چاپ هفتم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۵ ش.
۱۱. صفایی، سيدحسین و حبیب‌الله رحيمي، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چاپ دوم، تهران، سمت، ۱۳۹۰ ش.
۱۲. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، کتاب الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامي، بی تا.
۱۳. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زين الدين بن علی، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلاميه، ۱۴۱۶ ق.
۱۴. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، الدروس الشرعية في فقه الاماميه، قم، مؤسسه النشر الاسلامي، ۱۴۱۴ ق.
۱۵. عمید زنجانی، عباسعلی، موجبات ضمان؛ درآمدی بر مسئولیت مدنی و اسباب و آثار آن در فقه اسلامي، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.
۱۶. فاضل هندی، بهاء‌الدین محمد بن حسن اصفهانی، كشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحكام، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۶ ق.
۱۷. قاسم‌زاده، سيدمرتضى، مبانی مسئولیت مدنی، تهران، دادگستر، ۱۳۷۸ ش.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: الزام‌های خارج از قرارداد، چاپ دوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۶ ش.
۱۹. همو، نظرية عمومی تعهدات، تهران، یلدا، ۱۳۷۱ ش.
۲۰. معین، محمد، فرهنگ فارسی، چاپ سیزدهم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۸ ش.
۲۱. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان في شرح ارشاد الاذمان الى احكام الايمان، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۳۷۹ ش.
۲۲. موسوی خمینی، سيدروح‌الله، تحرير الوسيله، چاپ دوم، نجف اشرف، مطبعة الآداب، ۱۳۹۰ ق.
۲۳. موسوی خویی، سيدابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، نجف اشرف، مطبعة الآداب، ۱۹۷۵ م.
۲۴. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، کتاب منية الطالب في شرح المكاسب، تقريرات بحث ميرزا محمدحسین غروی نائینی، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۸ ق.

۲۵. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، ترجمه اکبر نایب‌زاده، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲ ش.
۲۶. هاشمی، سیداحمدعلی، «اسباب متعدد در مسئولیت مدنی»، *دوفصلنامه علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی*، سال دوم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۲ ش.
۲۷. یزدیان جعفری، جعفر، «معلوم نبودن مرتکب صدمات در منازعه و چگونگی جبران خسارت از زیان‌دیده آن»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، قم، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، شماره ۸، بهار ۱۳۸۵ ش.

بررسی انقلاب عقد مضار به عقد قرض ربوی در صورت اشتراط ضمان عامل*

- صدیقه‌سادات فقیه^۱
- حسین ناصری مقدم^۲
- اصغر ابوالحسنی^۳

چکیده

«شرط ضمان امین» از جنجالی‌ترین مباحث علمی در هر سه عرصه فقهی، حقوقی و اقتصادی، و کاربردی‌ترین شرط ضمن عقد در حوزه قراردادهای مشارکت بانکی و پروژه‌های سرمایه‌گذاری عصر حاضر است. شدت تفاوت فتاوی صادره در خصوص شرط مذکور، از «صحت و حلیت» که نظر «اقلیت» فقهاست تا حکم به «باطل و مبطل» بودن و «حرمت» آن که نظر «مشهور» ایشان است و نیز نزدیکی مرز قراردادهای امانی مشروط به شرط مذکور، به دلیل انقلاب ماهیت به «بزرگ‌ترین خط قرمز اقتصادی جهان اسلام» یعنی عنصر «ربا»، بازبینی و تدقیق در مبانی صدور احکام و قوانین متعارض در این خصوص را

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۵/۵.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور (نویسنده مسئول) (faqih.sediqe@gmail.com).
۲. دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد (naseri1962@ferdowsi.um.ac.ir).
۳. دانشیار دانشگاه پیام نور (abolhasani2003@yahoo.com).

ضروری می‌سازد. قوت ادله «بطلان شرط ضمان عامل»، امکان توجیه‌پذیری فقهی و حقوقی آن را به حداقل ممکن رسانده و لزوم توجه طراحان الگوهای سرمایه‌گذاری اقتصادی را به پاسداشت مبانی اقتصاد اسلامی در راستای مصونیت از لغزش در ورطه اقتصاد ربوی، بیش از پیش آشکار می‌سازد. این مهم در زمینه عقود مشارکتی و امانی، جز با اجرای لوازم «مشارکت واقعی طرفین» از جمله «توزیع منصفانه ریسک و بازده» بین سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر و به عبارتی عدم امکان اشتراط ضمان علیه عامل، امکان‌پذیر نخواهد بود.

واژگان کلیدی: شرط ضمان امین، عقد مضاربه، شرط نتیجه، شرط فعل، شرط نامقدور، انقلاب عقد، حیل الربا.

مقدمه

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، در راستای زدودن مقررات ضد اسلامی از نظامات و سازمان‌های کشور از جمله نظام بانکداری، مبحث اشتراط ضمان عامل در عقد مضاربه - که پس از حذف عقد قرض ربوی، از پرکاربردترین عقود بانکی محسوب می‌شود - مورد بررسی و مذاقه علمای عصر حاضر قرار گرفت.

حکم به صحت شرط مذکور که به مذاق بانک‌ها در جهت اطمینان از دریافت اصل سپرده و عدم تحمل ریسک، نزدیک‌تر بود، از طرف قریب به اتفاق نویسندگان مورد استقبال قرار گرفت و برخی محققان با استناد به آرای اقلیت فقها و نظرات شاذ در این مورد و نیز موارد مختلفی از مقررات اقتصادی اسلام، تلاش و افری در جهت همسوسازی اقتصاد نوپای ایران اسلامی با مقررات بانک‌ها، بورس‌ها و مؤسسات بیمه در سطح جهانی نمودند و در همین راستا، قوانینی در کشور وضع گردید که به رغم ظاهر اسلامی، سنخیتی با روح قوانین ضد ربوی اسلامی نداشت. تصویب مقرراتی تحت عنوان حیل و کلاه شرعی و تبدیل آن به شاهرایی برای انجام معاملات بانکی کشور نه تنها نقض غرض شارع در وضع قواعدی است که هر کدام بر اساس مصالحی عالیه مقرر گردیده‌اند، بلکه سیطره روح ظالمانه و ربوی چنین قراردادهایی، قطعاً منافع ملت و دولت را با مخاطرات جدی مواجه خواهد ساخت.

موضوع مقاله حاضر از حساسیتی ویژه برخوردار است؛ زیرا نزدیکی مرز قراردادهای امانی مشروط به شرط ضمان امین بر اساس دلایل متقن و خصوصاً برخی روایات

صحیح‌السند، به بزرگ‌ترین خط قرمز اقتصادی جهان اسلام یعنی عنصر «ریا»، به دلیل انقلاب ماهیت عقد مضاربه به عقد قرض ربوی، لزوم بازخوانی مقررات عقود مشارکتی و عقد مضاربه بانکی و نیز ضرورت تدقیق در مبانی صدور فتاوی متعارض در خصوص اندراج شرط ضمان عامل را مضاعف می‌سازد.

طبق قوانین حاکم بر عقود امانی در فقه و حقوق ایران، «امین» ضامن هیچ‌گونه خسارتی نیست، مگر در صورت اقدام به «تعدی و تفریط»، و صحت «شرط ضمان امین» در صورت عدم تحقق تعدی و تفریط، امری اختلافی است. «مشهور» فقها قائل به «باطل» و «مبطل» بودن شرط مذکور بوده و آن را «خلاف مقتضای ذات عقد» دانسته و اشتراط ضمان را چه در قالب «شرط فعل» و چه در قالب «شرط نتیجه»، «مفسد» عقد می‌شمارند. گروهی دیگر با اذعان به «خلاف مقتضای اطلاق عقد» بودن و «خلاف شرع» بودن آن، تنها به «بطلان» شرط ضمان عامل و صحت عقد فتوا داده‌اند و عده‌ای دیگر نیز به «صحت شرط» و «بطلان عقد مضاربه» و نیز «انقلاب ماهیت مضاربه» به «عقد قرض» و «حرمت» بهره‌وری مالک سرمایه از سود حاصل و در نتیجه «ربوی» گردیدن آن حکم نموده‌اند. گروه اندکی از فقها نیز قائل به صحت شرط ضمان در قالب «شرط فعل» می‌باشند.

از آنجا که اکثر مقالات به نقد و بررسی دلایل اصلی مخالفان و موافقان اشتراط ضمان امنا پرداخته و از سایر دلایل که اهمیت آن کمتر از دلایل مذکور نمی‌باشد، چشم‌پوشی کرده‌اند، بر آنیم که پس از ارائه اجمالی دلایل اصلی نظیر مخالفت شرط ضمان امین با اقتضای ذات عقود امانی، و منافات شرط مذکور با اقتضای امانت و مالکیت و نیابت، به تحلیل و بررسی تفصیلی دلایل کمتر مطرح شده‌ای مثل بررسی امکان اشتراط ضمان در قالب «شرط نتیجه» و «شرط فعل»، امکان انقلاب عقد مضاربه به عقد قرض در صورت اشتراط ضمان عامل، نامقدور بودن شرط ضمان امین و امکان دستاویز قرار گرفتن شرط ضمان عامل برای اخذ ربا بپردازیم. قبل از پرداختن به مستندات موافقان و مخالفان اندراج شرط ضمان امین، به طرح مطالب مختصری از جایگاه شرط مذکور در میان فقهای شیعه و اهل سنت و نیز مواد قانونی مربوطه می‌پردازیم.

۱. شرط ضمان امین در فقه شیعه، فقه سنت و مجموعه قوانین

۱-۱. شرط ضمان امین در میان فقهای شیعه

امکان اشتراط شرط ضمان امین در صورت عدم وقوع تعدی و تفریط به ویژه در عقد مضاربه، در میان فقهای امامیه، مخالفانی چون: شیخ طوسی (۱۳۸۷: ۱۴۹/۲)، ابن ادریس حلی (۱۴۱۰: ۴۰۹/۲)، ابن زهره حلبی (حسینی حلبی، ۱۴۱۷: ۲۶۷)، شهید اول (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۵۵)، بیهقی کیدری (۱۴۱۶: ۲۶۴)، علامه حلی (۱۴۱۴: ۲۴۶-۲۴۸)، ابن فهد حلی اسدی (۱۴۰۷: ۵۶۱/۲)، شهید ثانی (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۳۳۱/۴)، محقق حلی (۱۴۱۸: ۱۴۷/۱)، فیض کاشانی (۱۴۰۶: ۸۸۰/۱۸)، علامه مجلسی (۱۴۰۶: ۳۳۹/۱۱ و ۳۴۳)، سید بحرانی (آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۰۲/۲۱)، صاحب ریاض (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۳۳/۹)، صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱۷/۲۷)، محقق نائینی (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۱۱۷/۲)، محقق حکیم (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۷۲/۱۲)، شهید صدر (۱۴۱۷: ۵۷۳-۵۷۴)، مکارم شیرازی (به نقل از: طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸: ۵۵۸/۲)، و موافقانی نظیر: سید یزدی (همو، ۱۴۰۹: ۶۴۶/۲)، محقق خوبی (موسوی خوبی، ۱۴۰۹: ۵۱/۱) و امام خمینی (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۶۱۲/۱) دارد.

بررسی حداقل ده مقاله نوشته شده در سال‌های اخیر^۱ در این باره، نشانگر تکرار دلایل مطروحه در فتاوی فقهای موافق شرط ضمان از جمله سید یزدی می باشد که به استناد کتاب العروة الوثقی، از پیش قراولان قائل به صحت شرط ضمان به شمار می رود (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۶۰۰/۲ و ۶۴۶). ظاهر کلام ایشان در کتاب العروه، حکم به صحت اشتراط ضمان در قالب «شرط نتیجه» است، هرچند هیچ یک از محشّیان این کتاب قائل به این حکم نبوده اند (موسوی خوبی، ۱۴۰۹: ۵۱/۱؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۷۲/۱۲). اما این عالم بزرگ در حاشیه المکاسب، صراحتاً به بطلان «شرط نتیجه ضمان امین» حکم داده و تنها به صحت «شرط فعل ضمان» فتوا داده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۱۵/۲).

۱. ر. ک: صادقی، ۱۳۷۲: ش ۱۳-۱۴: صفار، ۱۳۷۷: ش ۱۴: رستگار جویباری، ۱۳۸۶: ش ۵۳: باقری و بهمن پوری، ۱۳۸۷: ش ۳: باریکلو، ۱۳۸۴: ش ۶۷: همو، ۱۳۸۹: ش ۱: کاشانی، ۱۳۸۴: ش ۴۲: خرازی، ۱۳۸۵: ش ۴۵: علوی، فصلنامه اقتصاد اسلامی، ۱۳۸۸: ش ۳۳: محبوبی، ۱۳۹۲: ش ۹۴: نظر پور، ۱۳۹۲: ش ۵۰.

ضمناً در کتب ایشان، دلیلی بر توجیه و رد حدیث صحیح محمد بن قیس مبنی بر حرمت اشتراط ضمان عامل - که مانع بزرگی در مقابل حکم به صحت شرط مذکور است - یافت نگردید.

۲-۱. شرط ضمان امین در میان فقهای اهل سنت

حکم به عدم صحت شرط ضمان عامل، عمومیت بیشتری در میان فقهای اهل سنت دارد. فقهای اصلی هر چهار مذهب اهل سنت از مالک، شافعی، ابوحنیفه، احمد بن حنبل و نیز مجموع علمای متقدم، بر بطلان شرط ضمان عامل متفق بوده‌اند و اختلاف ایشان تنها بر سر مبطل بودن یا نبودن شرط ضمان است (دیبان، ۱۴۳۲: ۶۸-۶۷/۹)؛ چنانچه مالکیه^۱ و شافعیه^۲ شرط ضمان رأس المال بر عامل مضاربه را فاسد و مفسد عقد دانسته و حنفیه^۳ و حنابله^۴ بر باطل و غیر مبطل بودن شرط مذکور فتوا داده‌اند.

۳-۱. شرط ضمان امین در مجموعه قوانین

در خصوص «شرط ضمان امین» در قانون مدنی ایران نیز دو حکم صریح در دو عقد امانی وجود دارد:

یک: ماده ۶۴۲ ق.م. که بر اساس آن شرط ضمان مستعیر در عقد عاریه که مستند به نص خاص شرعی می‌باشد، پذیرفته شده و به زعم فقها، حکمی استثنایی و خلاف قاعده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱۷/۲۷؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۲۹/۱۷؛ نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۱۱۷/۲؛ توحیدی تبریزی، ۱۴۱۷: ۳۳۴/۷-۳۳۵).

دو: ماده ۵۵۸ ق.م. که مبنی بر عدم پذیرش شرط مذکور در عقد مضاربه است و

۱. «إذا شرط ربُّ المال الضمانَ علی العامل، فقال مالک: لا يجوز القراض وهو فاسد، وبه قال الشافعی.

وقال أبو حنیفة وأصحابه: القراض جائز والشرط باطل. وعمدة مالک» (ابن رشد قرطبی، ۱۴۲۵: ۲۲/۴).

۲. «لو شرطاً فی عقد القراض تحمّل العامل للخسران، كان القراض باطلاً» (ماوردی بصری، ۱۴۱۹:

۳۳۲/۷). نیز: «الشیء إذا كان حکمه فی الأصل علی الأمانة، فإن الشرط لا یغیره عن حکم أصله»

(خطابی بستنی، ۱۳۵۱: ۱۳/۳).

۳. «اشترط الضمان علی الأمین، باطل» (سرخسی حنفی، ۱۴۱۴: ۸۴/۱۵؛ بغدادی حنفی، بی تا: ۳۳).

۴. «متی شرط علی المضارب ضمان المال، أو سهماً من الوضیعة، فالشرط باطل، لا نعلم فیہ خلافاً، والعقد

صحیح نصّ علیه أحمد» (ابن قدامه مقدسی، ۱۳۸۸: ۴۰/۵). نیز: «کُلُّ ما كان أمانة لا یصیر مضموناً

بشرطه، وما كان مضموناً لا ینتفی ضمانه بشرطه» (مرداوی سعدی، بی تا: ۱۱۳/۶).

هماهنگ با سایر عقود امانی و موافق با قاعده می‌باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۴۲/۲۶). این ماده در خصوص «عقد مضاربه» مقرر می‌دارد:

اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است؛ مگر اینکه به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند.

برداشت صاحب نظرانی که مسلط به سوابق فقهی متون قانونی هستند، این است حکم انتهای ماده، از قابلیت ایجاد «حکم وضعی ضمان» بر ذمه عامل، قاصر است. بر اساس این رویکرد، نتیجه اشتراط قسمت دوم ماده فوق، صرفاً «وعده‌ای جایز» است که مفاد آن بنا بر نظر مشهور فقها، چیزی جز «حکم تکلیفی محض» بر عهده مضارب نخواهد بود (محقق داماد، نظریه عمومی شروط، ۱۳۹۳: ۳۲۷).

مقرر قانونی دیگر، ماده ۱۲ دستورالعمل اجرایی قانون عملیات بانکی بدون ربا در خصوص قرارداد مضاربه مصوب ۱۳۶۲ است:

بانک‌ها «موظف» هستند برای جبران خسارت وارده بر اصل سرمایه، ضمن عقد صلح، ... از عامل، تعهد کافی اخذ نمایند.

ماده مذکور، محصول برداشت نادرست از ماده ۵۵۸ ق.م. بوده و حکم تکلیفی این ماده قانون مدنی را به حکم وضعی ضمان تبدیل نموده است. باید اذعان نمود که تمام فعالیت‌های اقتصادی به طور طبیعی با نوعی مخاطره همراه است. پذیرش عدم مسئولیت سرمایه‌گذار و بیمه نمودن سرمایه او از تمام خطرات و متوجه نمودن همه ریسک به عامل نیروی کار (سرمایه‌پذیر)، نظامی بسیار شبیه به سیستم ربوی و سلطه عامل سرمایه بر اقتصاد را فراهم خواهد ساخت.

۲. دلایل اصلی موافقان و مخالفان شرط ضمان امین

این دلایل عبارت‌اند از: مخالفت شرط ضمان امین با اقتضای ذات عقود امانی و منافات شرط مذکور با اقتضای امانت و مالکیت و نیابت که به شرح مختصر آن اکتفا می‌کنیم.

۱-۲. مخالفت شرط ضمان امین با اقتضای ذات عقد

اولین مستند بطلان شرط ضمان امین از نظر مخالفان صحت شرط مذکور، مخالفت آن با اقتضای ذات عقد است. شناسایی «مقتضای ذات» هر عقد از «اطلاق» آن، یکی از مناقشه‌برانگیزترین بحث‌های فقهی و حقوقی است. از بررسی بیانات فقهای متقدم و متأخر، این نتیجه حاصل می‌شود که تعیین ملاکی یکسان که نشان‌دهنده اقتضای ذات هر عقد باشد، امری مشکل بوده و از معیارهای «عرف» و «شرع» تا «قرارداد بین طرفین» متغیر است.

موافقان صحت شرط ضمان امین، با تمسک به معیار اخیر و تضییق دایره اقتضانات ذات عقود امانی به مقصود اصلی متعاملین، به عدم مخالفت شرط ضمان با اقتضای ذات عقد رأی داده‌اند. هرچند این گروه از علما همگام با مشهور فقها، در خصوص عقد ودیعه، به بطلان شرط ضمان و مبطل بودن آن قائل‌اند،^۱ در سایر عقود امانی، شرط ضمان را خلاف اقتضای اطلاق عقد و نه خلاف اقتضای ذات دانسته و آن را تجویز نموده‌اند (آل‌عصفور بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۴۵/۲۱؛ اردبیلی، خراسانی و صاحب ریاض، به نقل از: نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱۶/۲۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۶۰۰/۲ و ۶۴۶؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۶۱۲/۱). بر قائلان این نظر چنین ایراد شده است که ایشان «معیار نوعی» تمییز مقتضای عقد (قانون و عرف) را رها نموده و به «معیار شخصی» (انشا یا مفاد قصد مشترک) که معیاری نامطمئن و گمراه‌کننده است، متوسل گردیده‌اند؛ و نیز قوانین شرعی و مقررات حقوقی، چنان آفریده عرفی و نهاد ارادی عقد را احاطه کرده‌اند که لوازم قانونی نیز عنصری از این ماهیت به شمار می‌آیند. به عبارتی، مخالفت شرط ضمان با احکام قانونی و شرعی که لازمه تحقق عقد هستند، به مخالفت آن با اقتضانات عقد نیز منجر می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۸۰/۳).

در تأیید نظر فوق، برخی از متأخران معتقدند:

ظاهر این نصوص نشان می‌دهد تعلیل به اینکه شرط ضمان، منافی مقتضای اطلاق عقد است نه ذات آن، تعلیل کاملی نیست؛ زیرا اقتضای عقد مضاربه، دلایل شرعی را

۱. «... هذا بخلاف الوديعة، فإن حقيقتها تسليطه على العين على وجه الاستتابة في الحفظ، فتضمينه منافع لحقيته هذا...» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۱۵/۲).

نیز در بر می‌گیرد (مکارم شیرازی به نقل از: طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸: ۵۵۸/۲).
 - نصوص وارده در باب مضاربه نشان می‌دهد که شارع، خسارت را بر مالک قرار داده و ضمان سرمایه را به عهده وی گذارده است. پس اشتراط خلاف آنچه شارع مقرر نموده، جایز نیست و موجب بطلان است (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۳۵).

۲-۲. خلاف اقتضای امانت بودن شرط ضمان امین

یکی از استثنائات مهم «قاعده ضمان متصرف مال غیر»، «قاعده استیمان» است که به «قاعده عدم ضمان امین» شهرت داشته و از مسلمات شرع اسلام به شمار می‌رود. مضمون قاعده این است که چنانچه شخصی با «ید امانی» بر مال دیگری استیلا یابد، ضامن آن مال نخواهد بود. «قاعده استیمان»، خود به وسیله «قاعده ضمان ناشی از تقصیر» محدود شده است. بر اساس مفاد قاعده اخیر، با ارتکاب «تعدی و تفریط» از سوی امین، دیگر مجالی برای بهره‌مندی وی از ثمرات «ید امانی» وجود نداشته و ضامن شناختن او به عنوان نوعی «مجازات مدنی»، امری مشروع و موجه خواهد بود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۴۴۶/۲-۴۴۷). اینکه اذن امانی، مانع ضمان است، مطلبی واضح و بی‌نیاز از اثبات است؛ با این حال می‌توان به معروف‌ترین روایات معصومان علیهم‌السلام در باب استیمان اشاره نمود:

- «لیس علی المؤمن ضمان» (نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۱۶/۱۴).

- «إنَّ الأَمینَ لا یضمن» (موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۵۰/۱).

- «لا تَتَّهَمُ من ائمتنا» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۸۰/۱۹).

مهم‌ترین مناقشه‌ای که از طرف برخی فقها بر روایات دال بر عدم ضمان امین صورت گرفته، بدین مضمون است که به باور ایشان، مفاد روایات مذکور این است که در این گونه ایادی بر خلاف ایادی عدوانی، اقتضایی نسبت به ضمان نیست، نه اینکه در آن اقتضای عدم ضمان وجود داشته باشد تا بتوان گفت که شرط ضمان، در مخالفت با شرع است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۷۰/۱۲) و نیز تحلیل موافقان شرط ضمان امین بر حدیث «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» بدین بیان است که ایشان معتقدند حدیث مذکور فقط بر «ید غیر مأذون» دلالت دارد و شواهدی ذکر نموده‌اند؛ از جمله اینکه واژه «أخذ» در جایی استعمال می‌شود که تصرف بر مال غیر، با «قهر و غلبه»

همراه باشد. لذا اطلاق روایت را منصرف به «ید غیر مأذون» دانسته و نتیجه گرفته‌اند که خروج ید امانی از قلمرو ایادی ضمانی، «خروج موضوعی» و به «تخصص» است. بدین ترتیب نمی‌توان شرط ضمان امین را خلاف «احکام اقتضایی اسلام» دانست (محقق داماد، نظریه عمومی شروط، ۱۳۹۳: ۵۰۴).

اما گروه مقابل معتقدند که حدیث «علی الید» اطلاق دارد و کلمه «أخذ» یک عنوان کلی متواطی است که بر مصادیق و افرادش به نحو یکسان صدق می‌کند و بنابراین صدقش نسبت به ید مأذون و غیر مأذون، عدوانی و غیر عدوانی، علی‌السویه است. لذا ایشان با رد استدلالات فوق، ظهور «قاعده ضمان ید» را در شمول ایادی امانی و غیر امانی قابل خدشه ندانسته و بر آن‌اند که «ادله عدم ضمان امین» مثل «الأمین لا یضمن»، «قاعده علی الید» را تخصیص زده و ید امان را استثنائاً از حکم ضمان خارج نموده است (مامقانی، ۱۴۲۳: ۶۳/۵).

از منظر برخی اساتید نیز عموم «علی الید» شامل ید امین هم می‌شود و «ظهور» آن اقتضا دارد که امین نیز ضامن آن چیزی باشد که در دست دارد. پس حال که امین، ضامن نیست، حتماً مقتضی آن، عدم ضمانت است (صدر، ۱۴۰۱: ۱۸۹).

لذا مشهور فقها، خلاف شرع بودن شرط ضمان امین را از جهت مخالفت آن با «اقتضای ذات امانت» دانسته و با تأکید بر تجویز اشتراط ضمان در عقد عاریه بنا به «دلایل خاص شرعی»، بر عدم امکان تسری آن به سایر عقود امانی و «حرمت قیاس» صحه گذارده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱۷/۲۷).

۲-۳. خلاف اقتضای مالکیت و نیابت بودن شرط ضمان امین

برخی از فقها، شرط ضمان را نه از جهت «مخالفت با مقتضای امانت»، بلکه از جهت «مخالفت با مقتضای مالکیت و نیابت» در ساختار این قرارداد، باطل می‌دانند. به نظر ایشان، حقیقت مالکیت مال باعث می‌شود تا ذرک و خسارت وارده بر عهده مالک باشد و نمی‌توان این معنا را در قالب «شرط جبران خسارت»، برای غیر مالک قرار داد؛ زیرا در این صورت مفهوم شرط این است که مملوک در عهده غیر مالک باشد و خسارت وارده بر مال را شخصی غیر از مالک متحمل شود. به عبارتی، دست امین و

سلطه او بر مال به منزله ید مالک است؛ بنابراین ضامن قرار دادن امین نیز بدین مفهوم است که مالک را ضامن تلف مال خود سازیم یا خسارت تلف مال مالک را از دیگری مطالبه کنیم. چنین نتیجه‌ای را قانون‌گذار جز در مورد «غصب» مال دیگری نمی‌پذیرد (طباطبایی بزدی، ۱۴۲۱: ۱۱۵/۲).

۳. دلایل کمتر مطرح‌شده موافقان و مخالفان شرط ضمان امین

چنانچه در مقدمه ذکر شد، قصد ما از انجام این پژوهش، بررسی و تحلیل تفصیلی دلایل کمتر مطرح‌شده مخالفان و موافقان شرط ضمان امین با تأکید بر عقد مضاربه است که در واقع قسمت اصلی مقاله را در بر می‌گیرد و عبارت است از چهار عنوان زیر:

۱. بررسی امکان اشتراط ضمان در قالب «شرط نتیجه» و «شرط فعل»؛

۲. اشتراط ضمان، عامل انقلاب عقد مضاربه به عقد قرض؛

۳. شرط ضمان مطلق، شرطی نامقدور؛

۴. امکان دستاویز قرار گرفتن شرط ضمان عامل برای اخذ ربا.

۳-۱. بررسی امکان اشتراط ضمان در قالب «شرط نتیجه» و «شرط فعل»

برخی از فقها علت «خلاف شرع بودن» شرط ضمان را چنین مطرح نموده‌اند که اشتراط ضمان ضمن عقد نمی‌تواند در کنار سایر اسباب و موجبات ضمان که وضع و رفع آن به ید انحصاری شارع یا عقلاست، اثر حقوقی داشته و ایجادگر ضمان باشد.^۱ البته برخی از فقها در امکان ضمان آور بودن انواع مختلف شرط ضمان امین، قائل به تفصیل هستند؛ صورت اول (شرط نتیجه) که شرط ورود خسارات به طور مستقیم به عامل و عدم توجه زیان به مالک سرمایه است. صورت دوم (شرط فعل) که به «شرط تدارک تلف» معروف است و بدین معناست که ابتدا خسارات به مالک سرمایه وارد می‌شود، ولی عامل آن را از مال خود به مالک هبه می‌کند.

۱. «ومن الواضح أنّ الضمان، "حکم شرعیّ أو عقلانیّ" مجعول بأسباب خاصّة، ولا یکاد يتحقّق بجعل الشارط [فی ضمن العقد] ولا بالتزام المشروط علیه، لخروجه عن اختیار المتعاقدين» (بروجردی، بی‌تا: ۲۲۸/۳).

۳-۱-۱. ضمان در قالب شرط نتیجه

اکثریت قریب به اتفاق فقها صراحتاً به این نکته اشاره کرده‌اند که شرط ضمان نمی‌تواند در قالب «شرط نتیجه» منعقد شود؛ زیرا به اعتقاد ایشان، اسباب ضمان نسبت به مثل یا قیمت در شریعت احصا شده و در اتلاف به مباشرت یا به تسبیب، غصب، غرور و تعدی و تفریط امین، منحصر است. بنابراین عنوان اشتراط نمی‌تواند در عرض موجبات ضمان قرار گیرد و پذیرش صحت شرط ضمان، به معنای تأیید تحقق مسبب (ضمان) بدون اسباب آن است و این، خلاف دستور شرع است، مگر اینکه دلیل مخصصی وجود داشته باشد؛ مانند دلیل ضمان مال مورد عاریه توسط مستعیر در طلا و نقره که دلالت بر ضمان متصرف مال می‌نماید. شاید توجه به این مهم باعث شده است که صاحب جواهر سرانجام در صلاحیت عموم «قاعده وجوب وفای به شرط» نسبت به شمول اشتراط ضمان مستأجر تشکیک کند (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۵۵/۲۷).

پس به عبارتی، حکم به ضمان از احکام شرعی است و جعل احکام شرعی از حیطة اراده افراد بیرون است و شرط نمی‌تواند مستقلاً سبب ایجاد حکمی شود که در شرع، مقتضی و سبب برای آن ذکر نشده است. لذا شرط نمی‌تواند از اسباب تشریح و موجبات ضمان محسوب شود؛ بلکه فقط می‌تواند امری را که مشروعیت آن در شرع پذیرفته شده، ایجاد کند و قاعده وجوب وفای به شروط نیز تنها شروط جایز و مباح را لازم‌الوفای می‌داند (موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۲۲۹/۱).

برخی اساتید بر نظر فوق، چنین ایراد نموده‌اند:

اگر به وسیله ادله، اثبات شود که ضمان مثل یا قیمت از جمله نتایجی است که باید منحصرأ به وسیله اسباب خاص شرعی و قانونی تحقق یابد، صرف اشتراط در عقد، کافی در تضمین امین نیست؛ لیکن دلیلی موجود نیست که ضمان مثل یا قیمت را موقوف بر اسباب خاصی کرده باشد و می‌توان با کمک از «اصل عدم انحصار ضمان بر سبب خاص»، به صحت اشتراط ضمان در کنار سایر اسباب تحقق ضمان حکم داد (صادقی، ۱۳۷۲: ش ۱۳-۱۴/۲۳).

با وجود دلایل واضحی که برای انحصار ضمان امین بر وضعیت تعدی و تفریط وی در ابواب مختلف عقود امانی به جز عاریه وجود دارد، امکان تمسک به «اصل» فوق

در غایت اشکال به نظر می‌رسد و نیز ایراد فوق در حالی است که امکان استناد به «اصل عدم انحصار ضمان به اسباب خاص (مثل تعدی و تفریط)»، متوقف بر قابلیت مشروعیت بخشی شرط است و روشن است که از نظر فقها، شرط نمی‌تواند مشرّع باشد. ضمن اینکه برخی معتقدند «دلیل عدم ضمان امین، عام است و عمومیت آن شرط را نیز در بر می‌گیرد»^۱ و به بیان دیگر، «عبارت "لیس علی الأمین إلا الیمین" مطلق است و هر دو صورت شرط و عدم شرط ضمان را شامل می‌شود؛ بنابراین با عموم "المؤمنون عند شروطهم" منافات دارد».^۲ به عبارت دیگر، اشتراط ضمان موجب نمی‌شود که اذن و تسلیط مالکی که منشأ عنوان ائتمان و استیمان است، از بین برود؛ حتی با اشتراط ضمان بر مثل اجیر، عنوان امین بر آن صادق است و لذا مشروط‌علیه، مشمول ادله نفی ضمان از امین و مؤتمن قرار می‌گیرد (صدر، ۱۴۱۷: ۱۹۰).

وجود چنین نظراتی، احتمال مخالفت شرط ضمان را با احکام اقتضایی و آمره تشدید نموده و امکان توسل به اصل فوق‌الذکر را بعیدتر می‌نماید. باید یادآوری نمود که اصل صحت نیز توان پشتیبانی از شرط ضمان امین را ندارد. از آنجا که حکم شرط ضمان بدون تعدی و تفریط در شرع و قانون پیش‌بینی نشده است، تردید در صحت شرط ضمان امین از باب «شبهه حکمی» می‌باشد و این در حالی است که به نظر مشهور فقها، مجرای اصل صحت تنها «شبهه موضوعی» است. لذا پذیرش شرط ضمان در قالب شرط نتیجه بعید به نظر می‌رسد.

۲-۱-۳. ضمان در قالب شرط فعل

به نظر می‌رسد که در خصوص حکم «شرط ضمان امین بدون تعدی و تفریط» به رغم سکوت ماده ۴۹۳ قانون مدنی در باب اجاره،^۳ قانون‌گذار به پیروی از نظر مشهور فقها،

۱. «أنه منافع لمقتضى ما دلّ على عدم ضمان الأمانة، الشامل بعمومه لحال الشرط...» (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۷/۲۱۷).

۲. «إن مقتضاه عدم ضمان الأمین سواء اشترط ذلك علیه أم لم يشترط فيبطل لا محالة...» (موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۵۰/۱).

۳. مستأجر نسبت به عین مستأجره ضامن نیست؛ به این معنا که اگر عین مستأجره بدون تعدی و تفریط او کلاً یا بعضاً تلف شود، مسئول نخواهد بود. ولی اگر مستأجر تفریط یا تعدی نماید، ضامن است، اگرچه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد.

«ضمان شرعی» را حتی در قالب «شرط فعل» نیز پذیرفته است. شاهد این موضوع، عبارت ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. می باشد:

اگر شرط شود که مضارب، ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد بود، عقد باطل است، مگر اینکه به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند.

تفاوت دو فرض باطل و صحیح صدر و ذیل ماده فوق این است که به نظر قانون گذار، ضمان حکمی از احکام شرع است و بنابراین طرفین نمی توانند از طریق اشتراط، یکدیگر را ضامن یعنی مدیون سازند. می دانیم که ضامن شدن یک نفر در قبال دیگری، به معنای مدیون شدن ضامن و دائن شدن مضمون له به نحو «شرط نتیجه» است. ولی نکته قابل ذکر این است که مفاد «فرض دوم» که قانون آن را به نحو «شرط فعل» صحیح دانسته، نیز نوعی «تعهد» است که به نظر فقها بر اساس این تعهد، برای متعهد بدهی منفی (دین)، و برای متعهدله دارایی مثبت (طلب) به نحو بالفعل فراهم نمی شود و مضمون این تعهد، متعهد شدن یک نفر نسبت به تملیک مال به دیگری است، به گونه ای که او را مدیون و طرف مقابل را مالک ذمه او نمی سازد. بلکه نتیجه اشتراط، صرفاً یک «تعهد و التزام» است که مفادش بنا بر نظر مشهور، چیزی جز یک «حکم تکلیفی محض» نخواهد بود و به هیچ وجه قابلیت ایجاد حکم وضعی (ضمان) را ندارد،^۱ به گونه ای که در فرض مرگ متعهد، به ترکه وی تعلق نمی یابد و در صورت تخلف نیز برای مشروطه صرفاً «خيار تخلف از شرط» ایجاد می شود، ولی به هر حال برای مشروط علیه، «دین» ایجاد نمی گردد و حتی به نظر برخی، عامل در صورت تخلف، مکلف به جبران خسارت نیز نمی باشد^۲ (توحیدی تبریزی، بی تا: ۳۳۴/۷-۳۳۵).

واقعیت این است که به نظر «مشهور فقها»، «تعهد» از «اسباب دین» یا از

۱. «...أی علی سبیل شرط الفعل الرجوع إلى اشتراط الموجه علی المستأجر أن يدفع مقداراً معیناً من المال علی تقدیر تلف العین من غیر أن تشتغل ذمته بشيء، (لا بعنوان الضمان) بل علی أن یکون هذا الدفع تکلیفاً محضاً» (بروجردی، بی تا: ۲۳۱/۳).

۲. در موارد فراوانی، شرع تکلیف محض می کند؛ مانند وجوب نفقه اقارب که تکلیف محض است و به هیچ وجه حکم وضعی به معنای ضمان و یا حق دینی برای اقارب به وجود نمی آید؛ یا وجوب پرداخت دیه بر عاقله... (ر.ک: محقق داماد، قواعد فقه، ۱۳۹۳: ۴۹).

«موجبات ضمان» نیست (محقق داماد، نظریه عمومی شروط، ۱۳۹۳: ۵۱۲). به عبارت روشن‌تر، هرچند در حقوق معاصر و به ویژه «نظریه عمومی تعهد»، به موجب تعهد، «حق مطالبه» برای متعهدله به وجود می‌آید و در شمار یکی از عناصر دارایی به شمار آمده و به عنوان «مال» مورد مطالعه قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۲۲)، اما از نظر اکثر فقها، پذیرش این امر با مشکل جدی مواجه است (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۹/۲۷).

به نظر می‌رسد که قانون‌گذار نیز همین دیدگاه را در خصوص شرط مذکور پذیرفته است؛ زیرا اگر شرط، موجب ضمان یعنی «حق ذمی» یا «حق دینی» می‌بود، مورد استثنای ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. همانند مورد صدر ماده (شرط ضمان مضارب) هم باطل و هم مبطل بود و تفاوتی میان آن‌ها وجود نداشت.

از بررسی متون اصلی شرط ضمان امین برمی‌آید که متقدمان قائل به عدم صحت شرط ضمان عامل بوده‌اند و از متأخران، سید یزدی در هر دو باب اجاره و مضاربه، به صحت شرط مذکور نظر داده است و بیان ایشان در «باب اجاره» چنین است:

«أولی بالصحة إذا اشترط علیه أداء مقدار مخصوص من ماله علی تقدير التلف أو التعيب [شرط فعل]، لا بعنوان الضمان [شرط نتیجه]» (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۶۰۰/۲).

و در «باب مضاربه» می‌فرماید:

«إذا اشترط المالك علی العامل أن يكون الخسارة عليهما كالربح أو اشترط ضمانه لرأس المال، ففي صحته وجهان أقواهما الأول، لأنه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد كما قد يتخیل» (همان: ۶۴۶/۲).

لکن آیه‌الله حکیم در حاشیه خود بر کتاب سید یزدی، تنها به صحت شرط ضمان در «باب اجاره» در قالب «شرط فعل» فتوا داده است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۷۲/۱۲؛ همو، ۱۴۱۰: ۱۱۹/۲). اما ایشان، «شرط فعل ضمان» در «عقد مضاربه» را پذیرفته و به «بطلان» آن فتوا داده است:

«... لا خسران علیه [العامل فی المضاربة] بدون التفريط وإذا اشترط علیه تحمّل الخسران لم یصحّ الشرط...» (همو، ۱۴۱۰: ۱۶۰/۲).

از دیگر محققان کتاب سید یزدی، آیه‌الله خویی نیز تنها به پذیرش «شرط ضمان

عامل» در قالب «شرط فعل» تصریح نموده است:

«أن تدارك العامل للخسارة والتلف من ماله الخاص لا على نحو الضمان، فعل جائز»
(موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۵۱/۱).

با توجه به مطالب پیش گفته به نظر می‌رسد که باید فتوای سید یزدی به صحت عقد ضمان را نیز تنها در پذیرش «شرط فعل ضمان»، تأویل و تفسیر نمود.

۲-۳. اشتراط ضمان، عامل انقلاب عقد مضاربه به عقد قرض

در میان عقود مشارکتی، عقد مضاربه از حساسیت ویژه‌ای در ارتباط با شرط ضمان عامل برخوردار است. چنانچه از بررسی ماهیت مضاربه در لسان روایات، این نتیجه حاصل می‌شود که حقیقت مضاربه، متقوم به تقسیم سود و ورود زیان بر سرمایه است. از جمله در موثقه اسحاق بن عمار آمده است:

«سألته عن مال المضاربة، قال: الربح بينهما والوضیعة علی المال» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۲/۱۹)؛ از امام علیه السلام درباره مال مضاربه پرسیدم، فرمود: سود بین آن دو تقسیم می‌شود و زیان بر سرمایه وارد می‌گردد.

و در صحیح‌ه حلبی از امام صادق علیه السلام نقل شده است:

«المال الذی یعمل به مضاربة له من الربح ولیس علیه من الوضیعة شیء إلا أن یخالف أمر صاحب المال» (همان: ۱۶/۱۹)؛ [کسی که] با مالی مضاربه می‌کند، سود می‌برد و زیان آن بر عهده‌اش نیست، مگر اینکه از دستور صاحب مال سرپیچی کند.

استنباط برخی فقها چنین است:

... در اخبار متکثره تصریح به آن شده که در مضاربه، وضعیه بر رأس المال است. پس این شرط [شرط ضمان]، مخالف مقتضای عقد است و موجب فساد آن است... و در این صورت، رأس المال «قرض» می‌شود در نزد عامل، و نفع همه، تعلق به او دارد و هر چه نقصان هم باشد با او خواهد بود (نراقی، ۱۴۲۲: ۴۲۴).

و برخی دیگر معتقدند که مضارب، امین است و ضمان بر او نیست، مگر در صورت تعدی و تفریط. پس اگر صاحب مال، ضمان را بر او شرط کرد، مضاربه تبدیل به «قرض» می‌شود و در این صورت، تمام سود از آن مضارب خواهد بود، بدون آنکه

به صاحب مال برسد.^۱

شهید صدر نیز می‌نویسد:

«عدم ضمان العامل لماله، شرط أساسی فی صحّة عقد المضاربة، وبدونه تصیح العمليّة قرصًا لا مضاربة ويكون الربح كله للعامل» (۱۴۱۷: ۵۷۳-۵۷۴)؛ [وجود عنصر ریسک برای صاحب مال و] عدم ضمانت مال به وسیله عامل، شرط اصلی صحت عقد مضاربه است و بدون آن، قرارداد مضاربه تبدیل به «قرض» شده و کل سود، از آن عامل خواهد شد.

افزون بر علمای فوق، بسیاری دیگر، شرط ضمان عامل را باعث تبدیل عقد مضاربه به عقد قرض می‌دانند. ابن ادریس حلی (۱۴۱۰: ۴۰۹/۲)، ابن زهره حلبی (حسینی حلبی، ۱۴۱۷: ۲۶۷)، آل عصفور بحرانی (۱۴۰۵: ۱۴۷/۱)، صاحب ریاض طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۳۳/۹، بیهقی کیدری (۱۴۱۶: ۲۶۴)، فیض کاشانی (بی‌تا: ۹۴/۳؛ همو، ۱۴۰۶: ۱۸۰/۱۸)، بحرانی و خوانساری از این جمله‌اند.^۲

مبنای اصلی در نظر این فقها، «صحیحة محمد بن قیس» است:

«عن أبي جعفر في حديث أن عليًا عليه السلام: "من أتجر مالا واشترط نصف الربح، فليس عليه الضمان" الحديث، وقال عليه السلام: "من ضمن تاجرًا فليس له إلا رأس ماله وليس له من الربح شيء"»^۳ (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۱/۱۹-۲۲؛ کلینی رازی، ۱۴۰۷: ۲۴۰/۵)؛ امام باقر عليه السلام فرمود که در روایتی از حضرت علی عليه السلام آمده است: هر کس که با مالی تجارت کند و نصف سود را شرط کند، بر او ضمانی نیست. و نیز فرمود: کسی که

۱. «إذا اشترط أن تكون الخسارة على العامل، انقلبت قرصًا وتماثل الربح للعامل» (گلپایگانی به نقل از: طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸: ۵۵۸/۲)؛ «الأقوی عدم جواز هذا الشرط، والعمدة فيه ما رواه محمد بن قیس، مضافاً إلى أنه مخالف لمقتضى طبع عقد المضاربة. هذا، وقد صرح في الرواية بأنها تبدل قرصًا» (مکارم شیرازی به نقل از: همان).

۲. «إذا اشترط الضمان على العامل، فلا ربح حينئذ لصاحب المال فينقلب قرصًا وإن لم يكن مقصودًا» (آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۰۲/۲۱؛ آل عصفور بحرانی، بی‌تا: ۷۶/۱۲)؛ «... كقوله: "خذه وأتجر به وعليك ضمانه"، كان قرصًا إجماعًا نظرًا إلى المعنى وصوّغًا للعقد عن الفساد» (ابن فهد اسدی حلی، ۱۴۰۷: ۵۶۱/۲).

۳. این روایت از چند طریق در وسائل الشیعه آمده و روایت نقل شده به وسیله محمد بن قیس، «صحیحة» برآورد شده است. علامه مجلسی در توضیح حدیث فوق می‌فرماید: «قوله عليه السلام: "من ضمن" مضاربة أی: شرط علیه الضمان ولعل وجه الحكم إنه خرج حينئذ عن حكم المضاربة وصار قرصًا» (۱۴۰۶: ۳۳۹/۱۱ و ۳۴۳).

تاجری را ضامن قرار دهد، او حقی بر تاجر ضامن، غیر از اصل سرمایه ندارد و چیزی از سود به او تعلق نمی‌گیرد.

بنابراین طبق اصول و قواعد حقوق اسلامی نمی‌توان دو شرط «ضمان سرمایه علیه عامل» و «سود برای مالک» را در یک عقد درج نمود؛ زیرا صحت شرط «ضمان سرمایه»، مستلزم تعلق تمام سود به ضامن است و صحت شرط «تعلق سود به مالک سرمایه»، مستلزم امانی بودن تصرف سرمایه‌پذیر و عدم ضمان او نسبت به سرمایه است. اشکال نخستی که بر این دلیل وارد شده، این است که روایت بر صحت شرط و عدم صحت مضاربه دلالت دارد، در حالی که این امری غیر معروف بین علماست؛ چنانچه سه قول معمول در خصوص اثر شرط بر عقد عبارت‌اند از: صحت عقد و شرط، صحت عقد و بطلان شرط، بطلان عقد و بطلان شرط. اما بطلان عقد و صحت شرط بین فقها معروفیتی ندارد و این روایت مخالف قواعد است و در ادامه این ایراد به این نکته اشاره می‌کنند که برای تحقق عقد قرض، نیاز به «قصد انشای قرض» توسط مالک و عامل و صیغه مخصوص می‌باشد (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۳۳/۹). نظر صاحب جواهر نیز چنین است:

نمی‌توان بیش از حکم مضاربه فاسد بر آن بار کرد و آن را قرض دانست (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳۷/۲۶).

پاسخ: واقعیت آن است که نیت در مضاربه تضمینی غیر از قرض نیست. فقها در تأیید این پاسخ می‌گویند که شرط ضمانت باعث تبدیل مضاربه به قرض می‌شود و اشکال خلاف قاعده «ما قصد لم یقع وما وقع لم یقصد» بودن بر این عقد وارد نیست؛ زیرا قرض چیزی جز اعطای مال و تضمین خسارت نیست که همراه با وضع ضمان عامل محقق می‌شود.^۱ اشکال دیگری که مطرح شده این است که صحیحه محمد بن قیس، مربوط به

۱. «... وقد صرح فی الروایة بأنها تتبدل قرضاً عند اشتراط الخسارة، ولا مانع من العمل به إلا ما قد یقال من أنه مخالف للقواعد، لأن ما قصد لم یقع وما وقع لم یقصد. ولكن یمکن أن یقال: إنه لیس حقیقة القرض إلا إعطاء المال وتضمین الخسارة، أعنی البدل؛ و بعبارة اخرى: التملیک مع الضمان، فتدبر» (مکارم شیرازی به نقل از: طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸: ۵۵۸/۲).

جایی است که از ابتدا تضمین به صورت فعلی (نه لفظی) مطرح شود و ناظر به «ضمان مطلق» باشد که در واقع همان «قرض» است؛ زیرا فقط در قرض، مال معینی از ابتدا در ذمه دیگری قرار داده می‌شود. لذا صحیحه فوق ربطی به شرط ضمان مال مضاربه در صورت تلف آن ندارد.^۱

پاسخ: ادعای ایشان با توجه به ابتدای صحیحه نادرست است؛ زیرا مقصود از عبارت «من اتجر مالا واشترط نصف الربح...»، همان مضاربه اصطلاحی معروف است که در آن سود تقسیم می‌شود و حکم آن، عدم ضمان عامل است و معلوم است که چنین عقدی، قرض نیست؛ در غیر این صورت، تمام سود برای خود عامل بوده و او ضامن مثل آن مال خواهد بود. شاهد بر این مطلب، روایت دیگری به همین مضمون است که از طریق شیخ طوسی نقل گردیده و در آن به عنوان «مضاربه» تصریح شده است. ایشان طبق سندی صحیح از محمد بن قیس از امام باقر علیه السلام چنین روایت می‌کند:

«قضى علی عليه السلام فی تاجر اتجر بمال واشترط نصف الربح: فلیس علی المضارب ضمان، و قال عليه السلام أيضًا: من ضمن مضاربه فلیس له إلا رأس المال ولیس له من الربح شیء» (تهذیب الاحکام، ۱۴۰۷: ۱۸۸/۷).

اشکال دیگری که مطرح شده این است که حدیث مذکور، شامل جایی نمی‌شود که ملکیت صاحب سرمایه بر مالش باقی باشد و مقصود از «شرط ضمان»، «شرط تدارک و جبران زیان» است و دست کم شمول این حدیث در این مورد، مشکوک است. در چنین جایی، مقتضای قاعده این است که به عموم «المؤمنون عند شروطهم» تمسک کنیم (خرازی، ۱۳۸۵: ش ۳۱/۴۵).

پاسخ: شهید صدر در کتاب *بانک بدون ربا*، به شمول روایت محمد بن قیس نسبت به «شرط تدارک خسارت» در قالب «شرط فعل» نیز تصریح می‌کند. بیان ایشان چنین است:

۱. «فهذه الصحیحة لما كانت ناظرة إلى الضمان المطلق أعنی دفع ماله إلى غیره لیکون فی عهده من أول الأمر... فإنها واردة فی القرض ابتداء لا فی انقلاب المضاربة إلى القرض بالاشتراط. فالصحیحة بناء علی ما ذکرناه واختاره صاحبا الوافی والحدائق- غیر واردة فی المضاربة، وإنما هی واردة فی التضمین الفعلی وأین ذلك من اشتراط الضمان عند التلف؟» (موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۵۱/۱).

«فإن مقتضى إطلاقها أن كل ما يصدق عليه أنه تضمن للمال عرفاً لا يجتمع مع استحقاق المالك لشيء من الربح شرعاً فيشمل التضمنين بغير الإقراض أى التضمن بالشرط، بل قد يدعى شموله لموارد اشتراط التدارك بنحو شرط الفعل لا شرط النتيجة أيضاً؛ لأنه وإن لم يكن تضميناً بالمعنى الدقيق إلا أنه ممّا يشمل العنوان عرفاً، فيقال عن المالك الذى اشترط على عامل المضاربة أن يدفع من ماله ما يساوى الخسارة إذا وقعت: إنه ضمنه» (۱۴۰۱: ۲۰۳)؛ مقتضای اطلاق روایت [صحیحہ محمد بن قیس] این است که از لحاظ شرعی، هر چیزی که عرفاً بر آن «تضمن مال» صدق کند، با استحقاق مالک نسبت به بخشی از سود جمع نمی‌شود. لذا شامل تضمین به غیر قرض یعنی «تضمن با شرط» نیز می‌شود. بلکه همچنین شمول آن علاوه بر «شرط نتیجه»، بر موارد «جبران زیان» به صورت «شرط فعل» نیز ادعا می‌شود؛ زیرا اگرچه آن به معنای دقیق، «تضمن» نیست، «عرفاً» شامل آن نیز می‌شود. لذا به مالکی که با عامل مضاربه شرط می‌کند تا [هنگام وقوع خسارت] مقداری مال برابر با زیان به وی بدهد [شرط فعل]، می‌گویند که وی، عامل را ضامن کرده است.

۳-۳. شرط ضمان مطلق،^۱ شرطی نامقدور

در میان موافقان شرط ضمان، هرچند بعضی نسبت به شمول ضمان مشروط علیه امین نسبت به خسارات وارده از قوه قاهره، در صورت وجود توافق معتقدند و آن را حسب مورد، «شرط تضمین سلامت» مال امانی نامیده و آن را نافذ می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۳۱۴/۴؛ همو، ۱۳۹۲: ۴۲۱/۱)، برخی دیگر، سعی در تحدید قلمرو شرط ضمان نموده و با استناد به ادله متعددی از جمله «غیر عقلایی بودن»، «غیر مقدور بودن»، «خلاف مبانی عرفی بودن» و «سائغ نبودن» شرط ضمان مطلق، حکم به تضییق دایره ضمان و عدم شمول تلف سماوی داده‌اند.

از نظر فقها اولین شرط صحت شروط، «مقدور» بودن اجرای آن توسط مشروط علیه است. با توجه به اینکه شرط، مشروط علیه را به انجام موضوع آن مکلف می‌سازد، باید بر انجام آن قادر باشد. باید دانست که «قدرت» از «شرایط عمومی صحت تکالیف»

۱. در تحقیق حاضر، چنانچه شرط ضمان از لحاظ موضوع، شامل خسارتی شود که از ناحیه «حوادث قهری» و یا «شخص ثالث» بر مال امانی وارد می‌شود، به آن «ضمان مطلق یا موسع»، و در صورت تحدید حدود آن به جبران ضرر و زیان‌های قابل انتساب به امین، به آن «ضمان محدود یا مضیق» اطلاق شده است.

است (محقق داماد، نظریه عمومی شروط، ۱۳۹۳: ۸۸).

برخی معتقدند که «تضمین»، ظهور در «شرط فعل» دارد و هر شرطی باید برای مشروط‌علیه مقدور باشد و از آنجا که «شرط تضمین حفظ مال از حوادث قهری»، عرفاً امری غیر مقدور و غیر قابل تحمل می‌باشد، لذا محکوم به بطلان است. اگر گفته شود مفهوم شرط ضمان در این نیست که مشروط‌علیه باید مال را حفظ کند، بلکه در این است که او باید خسارات وارده بر رأس المال را ولو از ناحیه قوه قاهره وارد شود، جبران نماید و در این صورت، شرط به استناد قوه قاهره، غیر مقدور تلقی نمی‌شود، گفته می‌شود که جبران خسارت (ضمان)، ضمانت اجرای فقهی و حقوقی شرط است؛ یعنی در سیره عقلا، وقتی شرط فعل ضمان کسی، نسبت به مالی شود، مفهوم شرط این است که مشروط‌علیه باید در نگهداری و حفظ مال بکوشد، وگرنه ضامن خسارت است. در نتیجه با توجه به مفهوم عرفی شرط فعل ضمان، خسارت ناشی از حوادث قهری شامل ضمان مشروط‌علیه نمی‌شود. اگر صحت اشتراط ضمان را به صورت «شرط نتیجه» نیز بپذیریم، این شرط نیز باید سائغ (مقدور) باشد (باریکلو، ۱۳۸۴: ش ۷۵/۶۷).

نیز برخی دیگر معتقدند:

شرط ضمان مستأجر در مواردی که بر خلاف «عقل» و «سیره عقلایی» باشد، محکوم به بطلان خواهد بود. بنابراین اگر موجر در ضمن عقد اجاره منزل مسکونی، ضمان مستأجر را نسبت به عین مستأجره شرط کرده باشد و در اثنای اجاره یا پس از اتمام آن و پیش از رد به مالک (در فرضی که تأخیر در استرداد موجه باشد) منزل مذکور به واسطه «آفت سماوی» از بین برود، موجر نمی‌تواند با استناد به شرط ضمان، از مستأجر خسارت بگیرد، چون «عرف» و «ارتکاز عقلایی» چنین ضمانی را نمی‌پذیرد (باقری و بهمن‌پوری، ۱۳۸۷: ش ۵۴/۳).

به نظر می‌رسد ویژگی «عرفی و عقلایی نبودن» شرط ضمان موسع امین نیز به خصوصیت «عدم قدرت بر انجام آن» برمی‌گردد؛ زیرا عقلا هیچ‌گاه تحقق امور نامقدور را از طرف قرارداد خویش مطالبه نمی‌کنند.

ظاهر کلام فقها در باب عاریه که «شرط ضمان» را نافذ دانسته‌اند، این است که

مشروط علیه «به طور مطلق» ضامن است؛ زیرا «ضمان مشروط علیه» را در ردیف «ضمان متعدی» بحث نموده‌اند. در فقه مسلم است که اگر امین تعدی و تفریط کند، مسئولیت او «مطلق» است.^۱ ولی در این وجه می‌توان مناقشه نمود، همان گونه که فقهای بزرگی به «ضمان مطلق امین» اشکال گرفته و بیان داشته‌اند که دلیلی از کتاب یا سنت یا اجماع وجود ندارد که دلالت بر «ضمان مطلق متعدی» نماید و این حکم خصوصاً در مواردی که تعدی، نقشی در ورود خسارت نداشته باشد، قابل تأمل است.^۲

نکته قابل ذکر این است که در مواردی که امین، بر مبنای امانت بر مال دیگری استیلا می‌یابد، ضمان وی امری استثنایی و خلاف قاعده است. در نتیجه، تعمیم ضمان امین به موارد مشکوک، امری ناسازگار با قواعد است که باید از آن اجتناب کرد. از این رو حتی در صورت پذیرش صحت شرط ضمان امین، باید به حکم قاعده، قائل به تفسیر مضیق قلمرو آن شد و حدود آن را به جبران خسارات قابل انتساب به امین محدود کرد.

۳-۴. امکان دستاویز قرار گرفتن شرط ضمان عامل برای اخذ ربا

برخی فقها به عقد مضاربه به عنوان بستری احتمالی برای فرار از ربا اشاره نموده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹: ۳۳). برخی دیگر، ارائه راه حل برای تحمیل خسارت به عامل را به عنوان شرط ضمن عقد خارج لازم، «حیله» ای می‌دانند که به منظور خروج از راهکاری که مدّ نظر شریعت می‌باشد، رخ نموده است (حسن‌نیا، ۱۳۹۳: ۵۱-۵۴).

برخی از حقوق دانان نیز به «حیله» بودن راه حل فوق (تملیک مجانی از مال عامل معادل خسارت وارده به مالک) برای فرار از عدم صحت شرط ضمان اذعان نموده‌اند (امامی، ۱۳۸۹: ۱۷۸/۲). به نظر می‌رسد اشتراط ضمان امین در عقد مضاربه، حیله و ترفندی است که به منظور بهره‌مندی از ربح غیر مجاز شرعی (ربا) به کار گرفته می‌شود؛ زیرا پس از انقلاب مضاربه به عقد قرض در اثر اشتراط ضمان عامل، اخذ سود حاصله

۱. در ماده ۶۴۲ ق.م. نیز که از فقه امامیه اقتباس شده، مقرر شده است: «اگر بر مستعیر، شرط ضمان شده باشد، مسئول هر کسر و نقصانی خواهد بود، اگرچه مربوط به عمل او نباشد».

۲. «اعلم أنه قد كثر في الأمانات، أن المفطر والمتعدّي بأى وجه ضامن مطلقاً وإن علم عدم مدخلة التفریط في التلف، لأنه حينئذ يده يد ضمان وغصب. وفيه تأمل؛ إذ لا دليل عليه شرعاً، كتاباً، سنة وإجماعاً... لأن الإذن السابق موجودة فتأمل» (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۸۷/۱۰).

توسط صاحب اصلی سرمایه، مصداق روایت نبوی صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «كُلُّ قَرْضٍ يَجْرُ مِنْفَعَةٌ فَهُوَ حَرَامٌ» (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۷/۱۳) خواهد بود.^۱

لازم به ذکر است که برخی فقها با اشاره به ظهور آیه ربا،^۲ عنصر «ظلم» را علت یا حکمت تحریم ربا دانسته و از همین رو دریافت زیاده را معادل جنگ با خدا و رسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ معرفی می‌کنند.^۳ در تأیید نظر ایشان، برخی دیگر قرض ربوی را از نظر طبیعت حقوقی، امری «ظالمانه» دانسته و سرچشمه این ظلم را انتقال مالکیت از قرض دهنده به قرض گیرنده و عقیم دانستن مال ذمی نسبت به سود و تلف می‌دانند و اخذ ربا را دریافت نوعی درآمد بدون زحمت و بی‌مخاطره از دسترنج قرض گیرنده توسط قرض دهنده محسوب می‌کنند (مطهری، ۱۳۹۳: ۴۲ و ۶۸). در قرارداد مضاربه^۴ مشروط به ضمان نیز اختیار مال در دست عامل است و وی مانند رباگیرنده، به تهایی ریسک سرمایه را بر دوش می‌کشد و در عین حال باید سهم سود مالک را نیز از دسترنج خود بپردازد. لذا ضامن^۵ قرار دادن مطلق امین، موجب از میان رفتن تعادل میان منفعت بردن و تحمل ضرر و نیز سبب باز شدن راه تحمیل قراردادی ضرر بر غیر منتفع یا بی‌عدالتی در توزیع منافع و خسارات در عقود مستلزم امانت می‌شود که شامل بخش عمده‌ای از معاملات مورد ابتلای جامعه است و اقدام بر آن‌ها بدون پذیرش آثار امانت، موجب زیان رسیدن به افراد جامعه، و ترک آن‌ها نیز موجب اختلال در بسیاری از فعالیت‌های مفید اقتصادی و اجتماعی می‌گردد که مصداق بارزی از «مخالفت با نظم عمومی» است.

۱. این حدیث از طرق دیگر و نیز با تغییراتی نقل گردیده است؛ از جمله در کتاب *الکافی* آمده است: «أَنَّ كُلَّ قَرْضٍ يَجْرُ مِنْفَعَةٌ فَهُوَ فَاسِدٌ» (کلینی رازی، ۱۴۰۷: ۲۵۵/۵). نیز در کتاب *الخلاف* از قول معصوم عَلَيْهِ السَّلَامُ مقرر گردیده است: «كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مِنْفَعَةً فَهُوَ رِبَا» (طوسی، کتاب *الخلاف*، ۱۴۰۷: ۱۷۴/۳).

۲. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَيْنَ يَدَيْكُمْ مِنْ رِبَا إِنَّكُمْ مُؤْمِنِينَ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِمِجْزَاءِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ زُفُوفٌ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ» (بقره / ۲۷۸-۲۷۹)؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید، از خدا بترسید و زیاده‌ای ربا را رها کنید، اگر به راستی اهل ایمانید. پس اگر ترک ربا نکردید، آگاه باشید که به جنگ خدا و رسول برخاسته‌اید و اگر از این کار پشیمان گشتید، اصل مال شما برای شماست که در این صورت به کسی ستم نکرده‌اید و از کسی ستم نکشیده‌اید.

۳. «و معلوم آن گونه ظلمًا و فسادًا أوجب حکم الله تعالی بالتحريم، فالتحريم معلول الظلم بدلالة ظاهر الآية الكريمة، والظلم علته أو حکمته، كما أن الأخذ بإيدان بحرب الله تعالی ورسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ» (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵۴۲/۲).

دریافت هر گونه خسارت از عامل توسط مالک سرمایه، مصداقی از کسب بدون کار و خلاف قاعده «انحصار منشأ کسب درآمد به کار» نیز می‌باشد (ایروانی، ۱۳۹۳: ش ۷۳/۹). لذا استنباط بسیاری بر این است که الزام مضارب به تضمین سرمایه در قالب شرط ضمان، به معنای قرار دادن تعهدی بلاعوض و ظالمانه بر ذمه عامل است و نیز از آنجا که قلمرو حیل‌های مجاز توسط شرع برای فرار از حرام^۱ (ربا) به حلال (معاملات مشروع)، محدود به حدود «ربای معاملی» است و توسل به حیل در حوزه «ربای قرضی» - که مورد بحث ماست - خصوصاً از نظر فقهای معاصر، باطل و مردود است،^۲ لذا چنانچه قصد اصلی شخص سرمایه‌گذار از توسل به شرط ضمان عامل، بهره‌خواهی در عین تضمین اصل سرمایه خویش باشد، هر چند عقد عنوان مضاربه را یدک بکشد، اما عرف برداشتی جز «عقد قرض ربوی» از توافق طرفین نخواهد داشت. همچنان که برخی معتقدند اگر لفظ و معنا هر دو بر عقدی خاص تعلق بگیرد، چه بسا «فهم عرفی»، قرارداد را از حالتی به حالت دیگر تغییر می‌دهد و این امری واضح است که شارع در خطاب‌های خود، عرف را مخاطب قرار داده است و عرف موضوعات و مصادیق خطاب‌های شارع را تشخیص می‌دهد (تسخیری، ۱۳۸۴: ش ۱۶/۱۸).

با توجه به این نکته که معیار تشخیص موضوع ربا نیز عرف می‌باشد، تأکید عرف بر عدم صدق ربوی بودن معامله ضرورت دارد و این امر، مستلزم ترک بسیاری از حالات مشتبه و اتخاذ روش «احتیاط» است و این نکته به ملاحظه دو دسته از روایات است؛ اول روایاتی که تأکید فراوان بر حرمت ربا و دوری از آن دارند؛^۳ دوم روایات بسیاری

۱. امام باقر علیه السلام: «... نعم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال» (کلینی رازی، ۱۴۰۷: ۲۴۷/۵).

۲. «وقد جددت النظر في المسألة فوجدت أن التخلّص من الربا غير جائز بوجه من الوجوه، والجائز هو التخلّص من المماثلة مع التفاضل، كبيع من من الحنطة المساوي في القيمة لمئين من الشعير أو الحنطة الرديّة، فلو أريد التخلّص من مبايعة المماثلين بالتفاضل يضمّن إلى الناقص شيء فراراً من الحرام إلى الحلال، وليس هذا تخلّصاً من الربا حقيقة، وأمّا التخلّص منه فغير جائز بوجه من وجوه الحيل» (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۵۳۹/۱).

۳. برخی روایات حرمت ربا عبارت‌اند از: رسول‌الله صلی الله علیه و آله: «وقتی زنا و ربا در جامعه‌ای پیدا شود، اجازة نابودی آن جامعه داده می‌شود». امام علی علیه السلام: «رسول خدا صلی الله علیه و آله ربا و خوردن ربا و فروشندة ربا و مشتری ربا و نویسنده و دو شاهد آن را لعنت کرد». امام باقر علیه السلام: «زشت‌ترین فعالیت اقتصادی، رباخواری است» (ر.ک: بخش فرهنگی جامعه مدرسین، ۱۳۸۶: ۱۷۵-۱۷۹).

که در باب احتیاط وارد شده است.^۱

به نظر برخی از اساتید، هرچند احکام الهی بر اساس لطف و رحمت خدا بر بندگان وضع گردیده و سخت‌گیری در خصوص آن، مخالف با روح احکام که امتنان و محبت اوست، می‌باشد، اما از سوی دیگر مواردی وجود دارد که خود شارع بر آن‌ها تأکید ویژه نموده است، مانند مسائل عرض و ناموس، اموال و خصوصاً مسئله ربا؛ پس به صورت طبیعی باید در آن‌ها احتیاط شود. بنابراین تا زمانی که از دیدگاه عرف، اطمینان به سالم بودن معامله‌ای از ربا نیافته‌ایم، لازم است احتیاط کرده و از آن معامله دوری کنیم (همان: ش ۲۰/۱۸).

با وجود ویژگی‌های معامله ربوی در هر قراردادی، ولو اینکه عناوین متفاوت باشد، عرف آن عناوین غیر ربوی را عناوینی دروغین و آن معامله را مصداق ربا محسوب خواهد کرد. به عبارت دیگر، عرف مفهوم ربای قرضی را توسعه داده، افزون بر قرض، شامل تمام موارد مشابه قرض می‌داند. هر موردی که به دید عرف، مصداق این عنوان توسعه‌یافته است، مفهوم ربا بعد از توسعه، شامل آن نیز می‌شود و آن را از حکم حلیت خارج می‌کند. از جمله عناصری که نظر عرف را از ربا دور می‌کند، عبارت است از: نبود ضمانت قرض، نبود شرط سود قطعی یا پایین بودن نرخ بهره در حدی که عرف آن را هزینه انجام خدماتی چون تنظیم سند و امثال آن می‌داند.

نمونه عملی قضاوت صریح عرف (خاص و عام) را در عملکرد بانک‌های کنونی می‌توان یافت. برخی از اساتید فن معتقدند یکی از مشکلاتی که در اجرای عقود مشارکتی از جمله عقد مضاربه وجود دارد و به نوعی باعث نارضایتی مشتریان می‌شود، سهیم نشدن بانک‌ها در زیان احتمالی حاصل از مشارکت است؛ زیرا در حال حاضر بانک‌ها به دلیل مبلغ ناچیزی که به عنوان «حق صلح» در ابتدای قرارداد به مشتریان می‌پردازند، همه زیان‌های احتمالی را به ایشان منتقل نموده و آن‌ها را موظف به تأمین

۱. برخی از روایات باب احتیاط عبارت‌اند از: امام علی علیه السلام: «ای کمیل! دین تو برادر توست. هر چه می‌توانی در مورد آن احتیاط کن». امام صادق علیه السلام: «هر کس از شبهات بپرهیزد، همانا دین خود را محفوظ داشته است». به نظر اساتید، این احادیث با وجوب منافاتی ندارند (به نقل از: تسخیری، ۱۳۸۴: ش ۲۰/۱۸).

اصل و سود خود می‌کنند (حاجیان، ۱۳۹۰: ۹۵؛ علوی، بانکداری بدون ربا، ۱۳۸۸: ۲۹؛ کوثری، ۱۳۹۰: ۱۲).

لازم به ذکر است که روح عقود مشارکتی، به بقای آثار ملکیت برای صاحبان سرمایه است که موجب توزیع عادلانهٔ ریسک و بازده بین طرفین عقد می‌شود. بانک‌ها مدعی هستند که نظارت بر نتیجهٔ عملیات هر گیرندهٔ تسهیلات و احراز میزان سود و زیان وی، با توجه به ساختار فعلی و کمبود امکانات موجود نظام بانکی، امری مشکل است. لذا برای پرهیز از تقبل هزینه‌های نظارت بر عملیات عامل و نیز احتراز از ریسک معامله (لوازم مشارکت واقعی)، با تحمیل «شرط ضمانت اصل مال» و بالاتر از آن، برای اطمینان از کسب سود، با درج «شرط تضمین حداقل سود» توسط مشتری، مبلغ قابل دریافت از مشتری در عقود مشارکتی را - که در صحنهٔ واقعیات تجاری (بخش واقعی اقتصاد)، امری کاملاً احتمالی و منوط به تحقق بسیاری از شرایط غیر قابل پیش‌بینی است - به یک رقم ثابت و قطعی تبدیل نموده و کلیهٔ ریسک قرارداد را به صورت ظالمانه‌ای بر طرف مقابل قرارداد تحمیل می‌نمایند و بدین ترتیب موجبات انقلاب ماهیت «قرارداد مضاربه» را به «عقد قرض ربوی» فراهم می‌آورند و این چنین است که توسل به «شرط ضمان عامل» ضمن عقد مضاربهٔ بانکی و سایر عقود مشارکتی، تحت عنوان «حیل الربای نوین»، به عنوان فرضیه‌ای کاملاً منطقی رخ می‌نماید.

نتیجه‌گیری

۱. اکثریت قریب به اتفاق فقها، اشتراط شرط ضمان به صورت «شرط نتیجه» را به دلیل مخالفت با اقتضای ذات عقد مضاربه و نیز منافات با اقتضای ذات، امانت، مالکیت و نیابت و تعارض با نص شرعی (صحیحۀ محمد بن قیس) که مبنای رأی به انقلاب ماهیت مضاربه به عقد قرض می‌باشد، باطل می‌دانند.

۲. اما برخی به امکان اشتراط آن به صورت «شرط فعل» به معنای «شرط تدارک خسارت» فتوا داده‌اند که به قابلیت ایجاد ضمان به دست غیر شارع (حق یا حکم بودن ضمان) برمی‌گردد که خود امری اختلافی است.

۳. نکتهٔ اساسی این است که به نظر اکثریت فقهای موافق، «شرط فعل ضمان»،

ضمان آور نیست، بلکه وعده‌ای به حساب می‌آید که موجد «حکم تکلیفی محض» است و قابلیت ایجاد «حکم وضعی ضمان» را ندارد. نظر قانون مدنی نیز چنین است.

۴. فقهای گروه مخالف، هر دو شرط نتیجه و شرط فعل ضمان را مصداق تضمین در روایت صحیحۀ محمد بن قیس دانسته و به انقلاب ماهیت مضاربه تضمینی به عقود قرض، و حرمت اخذ سود از عامل توسط مالک سرمایه فتوا داده‌اند و اجتهاد فقهای موافق شرط ضمان امین در مقابل نص صریح (صحیحۀ محمد بن قیس) امری عجیب به نظر می‌رسد.

۵. حکم به جواز اشتراط ضمان به صورت شرط فعل، منوط به «مقدور بودن» آن است که در نتیجه جبران تلفات ناشر از قوه قاهره را از قلمرو ضمان امین خارج می‌سازد.

۶. برخی شرط مذکور را از باب حيله قرار گرفتن برای وصول ربا، حرام و باطل می‌دانند.

۷. به نظر می‌رسد اقتضانات خاص عقد مضاربه، خصوصاً وجود وجهه امانی آن و بروز انقلاب در ماهیت آن و تبدیل عقد مذکور به عقد قرض در صورت اشتراط ضمان بر مبنای روایات صحیح‌السند که حداقل از سه طریق نقل گردیده است و نیز نامقدور بودن اجرای شرط مذکور و احتمال قوی دستاویز قرار گرفتن عقود مضاربه مشروط برای اخذ ربا، امکان توجیه‌پذیری فقهی و حقوقی شرط ضمان عامل را به حداقل ممکن سوق می‌دهد.

کتاب شناسی

۱. آل عصفور بحرانی، حسین بن محمد، *الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع* (للفیض)، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
۲. آل عصفور بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۳. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۴. ابن رشد قرطبی، ابوالولید محمد بن احمد اندلسی، *بدایة المجتهد و نهاية المقتصد*، قاهره، دار الحديث، ۱۴۲۵ ق.
۵. ابن فهد حلی اسدی، جمال الدین ابوالعباس احمد بن محمد، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۶. ابن قدامه مقدسی، موفق الدین عبدالله بن احمد بن محمد، *المغنی*، چاپ سوم، قاهره، مکتبه القاهره، ۱۳۸۸ ق.
۷. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۸. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ بیست و دوم، تهران، اسلامی، ۱۳۸۹ ش.
۹. ایروانی، جواد، «بررسی قاعده انحصار منشأ کسب درآمد به کار»، *دوفصلنامه آموزه های فقه مدنی*، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۹، بهار و تابستان ۱۳۹۳ ش.
۱۰. باریکلو، علی رضا، «شرط ضمان امین در فقه امامیه»، *فصلنامه مطالعات اسلامی*، شماره ۶۷، ۱۳۸۴ ش.
۱۱. همو، «وضیعت شرط ضمان سرمایه در حقوق اسلام»، *دوفصلنامه فقه و حقوق اسلامی*، سال اول، شماره ۱، پاییز و زمستان ۱۳۸۹ ش.
۱۲. باقری، احمد و بهمن پوری، عبدالله، «نقد و بررسی ادله بطلان شرط ضمان مستأجر»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۷ ش.
۱۳. بخش فرهنگی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، *ربا (پیشینه تاریخی، ربا در قرآن و سنت، انواع ربا و فرار از ربا)*، چاپ دوم، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۶ ش.
۱۴. بروجردی، مرتضی، سید ابوالقاسم، *المستند فی شرح العروة الوثقی (الاجاره)*، تقریرات درس آیه الله سید ابوالقاسم موسوی خویی، بی تا.
۱۵. بغدادی حنفی، غیاث الدین ابو محمد غانم بن محمد، *مجمع الضمانات فی مذهب الامام الاعظم ابی حنیفة النعمان*، بی جا، دار الكتاب الاسلامی، بی تا.
۱۶. بیهقی کیدری، قطب الدین محمد بن حسین، *اصباح الشیعة بمصباح الشریعه*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۶ ق.
۱۷. تسخیری، محمدعلی، «جایگاه الفاظ و معانی در قراردادهای مالی»، *فصلنامه اقتصاد اسلامی*، شماره ۱۸، ۱۳۸۴ ش.
۱۸. توحیدی تبریزی، محمدعلی، *مصباح الفقاهه*، تقریرات درس آیه الله سید ابوالقاسم موسوی خویی، قم، ۱۴۱۷ ق.
۱۹. حاجیان، محمدرضا، *موانع و مشکلات اجرای عقود مشارکتی در نظام بانکی کشور*، تهران، پژوهشکده

- پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۰ ش.
۲۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۲۱. حسن نیا، مهدی، *عقد مضاربه از منظر فقه، حقوق و قانون عملیات بانکی بدون ربا*، تهران، شلاک، ۱۳۹۳ ش.
۲۲. حسینی حلبی، سیدحمزة بن علی بن زهره، *غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۷ ق.
۲۳. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۴. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۵. خرازی، سیدمحسن، «پژوهشی در اقسام بانک و احکام آن»، *فصلنامه فقه اهل بیت*، شماره ۴۵، بهار ۱۳۸۵ ش.
۲۶. خطابی بستی، ابوسلیمان حمد بن محمد بن ابراهیم بن خطاب، *معالم السنن؛ شرح سنن ابی داود*، حلب، المطبعة العلمیه، ۱۳۵۱ ق.
۲۷. دیان، ابو عمر دییان بن محمد، *المعاملات المالیه، اصالة و معاصرة*، ریاض، مکتبه الملك فهد الوطنیه، ۱۴۳۲ ق.
۲۸. رستگار جویباری، محی الدین، «حدود مسئولیت امین در عملیات بانکی غیر ربوی»، *فصلنامه فقه*، سال چهاردهم، شماره ۵۳، ۱۳۸۶ ش.
۲۹. سرخسی حنفی، شمس الانمة ابوبکر محمد بن احمد بن ابی سهل، *المبسوط*، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۱۴ ق.
۳۰. صادقی، علی اکبر، «شرط ضمان مستأجر»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره‌های ۱۳-۱۴، ۱۳۷۲ ش.
۳۱. صدر، سیدمحمدباقر، *اقتصادنا*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۳۲. همو، *البنک اللاربوی فی الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۰۱ ق.
۳۳. صفّار، محمدجواد، «نقد و تحلیل حقوقی ماده ۵۵۸ قانون مدنی پیرامون شرط ضمان مضارب»، *فصلنامه نامه مفید*، شماره ۱۴، ۱۳۷۷ ش.
۳۴. طباطبایی حائری، سیدعلی بن سیدمحمدعلی، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، تصحیح محمد بهره مند و دیگران، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۳۵. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، دار التفسیر، ۱۴۱۶ ق.
۳۶. همو، *منهاج الصالحین*، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
۳۷. طباطبایی قمی، سیدتقی، *الغایة القصوی فی التعلیق علی العروة الوثقی*، قم، محلاتی، ۱۴۲۳ ق.
۳۸. طباطبایی زدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی*، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.
۳۹. همو، *العروة الوثقی مع التعليقات*، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۸ ق.
۴۰. همو، *حاشیة المكاسب*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۴۱. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.

۴۲. همو، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۴۳. همو، کتاب الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۴۴. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، قم، داوری، ۱۴۱۰ ق.
۴۵. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، اللمعة الدمشقية فی فقه الامامیه، بیروت، دار التراث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۴۶. علامه حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۴۷. علوی، یحیی، «بانکداری بدون ربا: چالش ها و راهکارها»، تهران، دانشگاه امام صادق (علیهم السلام)، ۱۳۸۸ ش.
۴۸. همو، «شرط ضمان عامل در قرارداد مضاربه»، فصلنامه اقتصاد اسلامی، سال نهم، شماره ۳۳، ۱۳۸۸ ش.
۴۹. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، کتاب الوافی، اصفهان، کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی (علیهم السلام)، ۱۴۰۶ ق.
۵۰. همو، مفاتیح الشرائع، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.
۵۱. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، چاپ هفتم، تهران، انتشار، ۱۳۹۲ ش.
۵۲. همو، قواعد عمومی قراردادها، چاپ سوم، تهران، انتشار، ۱۳۸۰ ش.
۵۳. همو، نظریه عمومی تعهدات، تهران، دادگستر، ۱۳۷۹ ش.
۵۴. کاشانی، سید محمود، «نارسایی های حقوقی بانکداری در ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۴۲، ۱۳۸۴ ش.
۵۵. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۵۶. کلینی رازی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۵۷. کوثری، شهریار، آسیب شناسی نظام بانکی کشور، تهران، مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام، ۱۳۹۰ ش.
۵۸. مامقانی، محمد حسن بن عبدالله، غایة الآمال فی حاشیة المکاسب مع نهاية المقال فی تکملة غایة الآمال، قم، ثامن الحجج (علیهم السلام)، ۱۴۲۳ ق.
۵۹. ماوردی بصری، ابوالحسن علی بن محمد بن حبیب، الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الامام الشافعی، تحقیق علی محمد معوض و عادل احمد عبدالموجود، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۹ ق.
۶۰. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، ملاذ الاخیار فی فهم تهذیب الاخبار، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۶۱. محبوبی، سید نصرالله، «بررسی شرط ضمان امین با تکیه بر ضمان مستأجر»، فصلنامه مطالعات اسلامی، فقه و اصول، سال چهل و پنجم، شماره پیاپی ۹۴، پاییز ۱۳۹۲ ش.
۶۲. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن هذلی، المختصر النافع فی فقه الامامیه، چاپ ششم، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیة، ۱۴۱۸ ق.
۶۳. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی)، چاپ چهل و چهارم، تهران، علوم اسلامی، ۱۳۹۳ ش.
۶۴. همو، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران، علوم اسلامی، ۱۳۹۳ ش.

۶۵. مرداوی سعدی، علاءالدین ابوالحسن علی بن سلیمان بن احمد حنبلی، *الانصاف فی معرفة الراجح من الخلاف علی مذهب الامام المبیح احمد بن حنبل*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۶۶. مطهری، مرتضی، *مسئله ربا و بانک*، چاپ بیست و دوم، تهران، صدرا، ۱۳۹۳ ش.
۶۷. مکارم شیرازی، ناصر، *بررسی طرق فرار از ربا*، تدوین ابوالقاسم علیان نژادی، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، ۱۳۸۹ ش.
۶۸. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، ۱۳۷۹ ش.
۶۹. همو، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۷۰. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
۷۱. موسوی خویی، سید محمد تقی، *مبانی العروة الوثقی*، تقریرات درس آیه الله سید ابوالقاسم موسوی خویی، قم، دار العلم، ۱۴۰۹ ق.
۷۲. نجفی، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۷۳. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، *کتاب منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، تقریرات بحث میرزا محمد حسین غروی نائینی، تهران، المکتبه المحمديه، ۱۳۷۳ ق.
۷۴. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، *رسائل و مسائل*، قم، کنگره نراقیین ملامهدی و ملا احمد، ۱۴۲۲ ق.
۷۵. نظربور، محمد مهدی، «بررسی فقهی تضمین سرمایه در اوراق مشارکت»، *فصلنامه اقتصاد اسلامی*، سال سیزدهم، شماره ۵۰، ۱۳۹۲ ش.
۷۶. نوری طبرسی، حسین بن محمد تقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.

بازپژوهی ادله فقهی

سقوط خیار غبن با تصرف قبل از علم*

- سیدمحمد مهدی صابر^۱
- محمدرضا کیخا^۲
- امیرحمزه سالارزائی^۳

چکیده

در مقاله پیش رو تلاش بر آن است که تکلیف تصرفات لازم و ناقل ملک را که قبل از علم به غبن صورت می‌پذیرد، مشخص نماید. در این مورد بین فقهای امامیه اختلاف دیدگاه وجود دارد. دیدگاه مشهور قائل به سقوط خیار غبن است، اما یافته‌ها نشان می‌دهد که با توجه به عدم مداخلت تعدّر ردّ عین در سقوط خیار و اینکه این مسئله از مباحث تراحم است، این دیدگاه از منظر ادله فقهی عاری از ضعف و خلل نیست. با استناد به اصل استصحاب، تعلق خیار فسخ به عقد، اصل احتیاط، قاعده لاضرر، «الجهل عذر» و انصاف ثابت می‌گردد که دیدگاه

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۴/۱۳ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۲/۲۰.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان (نویسنده مسئول) (mahdisaber@ut.ac.ir).

۲. استادیار دانشگاه سیستان و بلوچستان (kaykha@hamoon.usb.ac.ir).

۳. دانشیار دانشگاه سیستان و بلوچستان (amir_hsalar@yahoo.com).

غیر مشهور قابلیت پذیرش بیشتری دارد. با توجه به اینکه این امر مبتلابه مردم بوده و قانون مدنی نیز در این مورد ساکت است، وضع یک ماده قانونی که محصول این پژوهش است، ضروری به نظر می‌رسد.

واژگان کلیدی: خیار غبن، تصرف، علم به غبن، ضرر، ماده قانونی.

طرح مسئله

اصل بحث خیار غبن به معنای فقهی آن، که در بردارنده جهل و ضرر غیر قابل چشم‌پوشی باشد، دلیل صریحی برای آن در میان آیات قرآن و روایات در دست نیست، بلکه نهادی عرفی است که شارع مقدس، آن را امضا نموده است. چه بسا مردم در زمان‌های خیلی دور هم اگر بعد از معامله می‌فهمیدند که ضرری غیر قابل مسامحه به آن‌ها وارد شده است، اعتراض می‌کردند. از زمانی که خرید و فروش در میان انسان‌ها رایج شد، غبن و ایراد ضرر هم مورد توجه واقع گردید.

از مهم‌ترین مباحث مورد مطالعه دربارهٔ اختیارات در فقه اسلامی، بحث «مسقطات اختیارات» می‌باشد و خیار غبن هم از این قاعده مستثنا نیست. به طور خاص در مورد خیار غبن، از چهار مسقط در کتاب‌های معتبر فقهی نام برده شده است: ۱. شرط سقوط خیار در عقد، ۲. اسقاط خیار بعد از عقد، ۳. تصرف ذوالخیار در مغبون‌فیه بعد از علم به غبن، ۴. تصرف ذوالخیار در مغبون‌فیه قبل از علم به غبن همراه با شروطی خاص (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۸۰-۱۹۹؛ نراقی، ۱۴۲۲: ۳۴۲-۳۵۱).

برای قسم چهارم به تنهایی، سه حالت قابل تصور است: ۱. تصرف مغبون در مبیع به نحو لازم و ناقل از ملک باشد، به نحوی که ملکیت مغبون‌فیه از مغبون، به شخص ثالث منتقل گردد، مانند اجرای عقد بیع؛ ۲. تصرف مغبون در مبیع به نحو لازم و ناقل ملک نباشد، مثل برخی از موارد هبه؛ ۳. حادث شدن مانعی که از بازگرداندن عین به غابن جلوگیری کند، مانند استیلا (بازدار شدن کنیز)، که عین مال و ملکیت مغبون بر آن باقی است، ولی به واسطه مانعی نمی‌توان عین را بازگرداند.

در این نوشتار به اقوال مختلف فقها و ادله فقهی آن‌ها در مورد حالت اول و سوم از قسم چهارم پرداخته می‌شود. در مورد حالت دوم، اجماع فقها بر این است که چنین تصرفی سبب سقوط خیار غبن نمی‌گردد و اختلاف آرا در حالت اول و سوم است.

مشهور فقها قائل اند که در این دو حالت قسم چهارم، خيار غبن ساقط می گردد و برای قول خود استدلال های فقهی اقامه می کنند که در ادامه اشاره خواهد شد. در مقابل این قول، برخی فقها بر این باورند که در این دو حالت، خيار غبن ساقط نمی گردد و ادله ای برای قول خود اقامه می کنند که مانند ادله قول مشهور مورد بررسی قرار خواهد گرفت. سؤال اصلی این است که چه مناقشه ای بر قول مشهور فقها در سقوط خيار غبن با تصرف قبل از علم وارد است؟ مدعای این پژوهش آن است که قول مشهور فقها با عدالت و انصاف در معاملات کمتر سازگار است. همچنین شخصی که دچار غبن فاحش شده است، چنانچه قبل از علم به غبن، تصرف لازم و ناقل ملکی انجام دهد، مثل اینکه مغبون فیه را به شخص ثالثی بفروشد، آیا خيار غبن وی ساقط می شود یا همچنان باقی می ماند؟ یا اگر مانعی (مانند وقف) حادث شود که از بازگرداندن مغبون فیه به غابن جلوگیری کند، آیا خيار غبن ساقط شده است یا همچنان باقی است؟ در نظام حقوقی ایران و به طور خاص قانون مدنی، پاسخی به این سؤال داده نشده است. از آنجا که قوانین ایران بر اساس فقه امامیه تدوین یافته است، لذا پیشنهاد می گردد که قانون گذار چنین تصرفی را که مورد ابتلای جامعه است، با توجه به پیشنهاد مطرح شده و یافته های فقهی این تحقیق، مورد توجه قرار دهد.

۱. خيار غبن و ادله آن

قبل از وارد شدن به اصل مطلب، ضروری است که مفهوم خيار غبن و ادله فقهی آن به طور اجمالی بررسی گردد. ضرورت آوردن ادله خيار مذکور از آن جهت است که شاید قائل بودن به دلیلی بدون در نظر گرفتن دلیلی دیگر از میان ادله ای که برای خيار غبن گفته شده است، سبب شود که در مسئله اصلی مقاله - یعنی تصرف لازم و ناقل ملک در مغبون فیه و همچنین حدوث مانع برای بازگرداندن عین، قبل از علم به غبن - نتایج متفاوتی حاصل گردد. توضیح این مطلب در محل خودش آورده خواهد شد.

الف) معنانشناسی خيار غبن

برخی از کتاب های لغت برای ریشه «غبن»، در حالت اسم بودن و فعل بودن تفاوت

قائل شده‌اند؛ به این صورت که اگر مراد از غبن، اسم آن باشد، دو حالت متصور است:

۱. حرف میانی آن بدون حرکت و ساکن باشد (الغَبْن) که این حالت برای بیع به کار می‌رود.
۲. حرف میانی آن، حرکت دار است (الغَبْن) و این حالت برای رأی و تصمیم به کار گرفته می‌شود. همچنین گفته شده است که اگر غبن به صورت فعل باشد و حرف دوم ریشه آن مفتوح، به معنای خدعه و نیرنگ در بیع است، ولی اگر آن حرف مکسور باشد، به معنای ضعف در تصمیم‌گیری است^۱ (جوهری، ۱۴۱۰: ۲۱۷۲/۶). در برخی دیگر از منابع لغت‌شناسی، ریشه غبن به طور کلی به معنای ضعف و ستم کردن دانسته شده است (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۴۱۱/۴) و برخی دیگر از لغت‌شناسان برای غبن فقط یک معنا ذکر کرده‌اند و آن معنا، «فریب و خدعه در معامله» است (قرشی بنایی، ۱۴۱۲: ۸۷/۵). مشخص نیست که ذکر یک معنا برای این ریشه در این کتاب به دلیل انحصار در این مفهوم از نظر صاحب کتاب است یا اینکه وی منکر داشتن معنای دیگری برای این ریشه نیست.

در فقه اسلامی، کلمه «غبن» انصراف به «خیار غبن» دارد و خیار مذکور در منابع فقهی، تعریف مشخص و معینی دارد؛ برای مثال در تعریف خیار غبن گفته شده است: عبارت است از فروختن مال خود به کمتر از قیمت واقعی آن و یا خریدن کالایی بیشتر از بهای واقعی‌اش با جهل مغبون (فروشنده یا خریدار) به واقع (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶: ۵۵۳/۳).

البته ضروری است که به این تعریف قید دیگری هم اضافه گردد و آن اینکه نقص قیمت یا زائد بر قیمت واقعی، قابل چشم‌پوشی و مسامحه نباشد؛ زیرا هر نقص قیمت یا زائد بر قیمت واقعی، سبب ثبوت خیار غبن نمی‌گردد. در تعریف دیگری از خیار غبن چنین بیان شده است: هنگامی که شخصی چیزی را خریداری می‌کند و برای این خریدار آشکار و ظاهر می‌شود که در مالی که خریده، غبن برای او اتفاق افتاده است، در اینجا دو حالت متصور است: ۱. این خریدار از اهل خبره است (در مورد کالای خریده شده کارشناس می‌باشد)؛ ۲. این خریدار از اهل خبره نیست. اگر از اهل خبره باشد، حق بازگرداندن این کالا را به فروشنده ندارد. ولی اگر از دسته دوم باشد، در

۱. اصل عبارت چنین است: «الغَبْن بالتسکین فی البیع، والغَبْن بالتحریک فی الرأی. یقال: غَبْنُ فِی البیع بالفتح، أی خدعته، ... وَغَبْنٌ رَأْيُهُ بِالْكَسْرِ إِذَا تَقَصَّه فَهُوَ غَبْنٌ، أی ضعیف الرأی».

اینجا نیز دو حالت متصور است: ۱. عادتاً چنین غبنی اتفاق نمی‌افتد؛ ۲. عادتاً چنین غبنی اتفاق می‌افتد. در حالت اول، اگر خریدار بخواهد، می‌تواند معامله را فسخ نماید، ولی در حالت دوم حق فسخ قرارداد بیع را ندارد^۱ (طوسی، ۱۳۸۷: ۸۷/۲).

ب) نگاهی اجمالی به ادله خیار غبن

۱. آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (نساء/ ۲۹). کیفیت استدلال: این آیه ظهور دارد در اینکه تصرف (اکل) اموال یکدیگر از راه‌های غیر مشروع (بالباطل)، حرام است (حکم تکلیفی) و همچنین به بندگان یادآوری می‌کند که از طرق غیر مشروع نمی‌توان مالک اموال دیگری شد، مگر اینکه از راه تجارت همراه با رضایت طرفین وارد گردند. علامه حلی برای اثبات خیار غبن به این آیه استناد می‌نماید و بیان می‌کند که معلوم و مشخص است که اگر مغبون به حال و وضعیت علم داشت، به این معامله رضایت نمی‌داد (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۶۸/۱۱). پس آیه بر عدم لزوم چنین معامله‌ای دلالت می‌کند و مغبون می‌تواند همانند عقد فضولی و عقد مکره، معامله را اجازه دهد یا فسخ نماید. البته برخی علما ایراداتی را به دلالت این آیه بر اثبات خیار غبن وارد نموده‌اند؛ از جمله آنکه در صورت عدم حصول تراضی، معامله باطل است، نه اینکه در این معامله، حق فسخ قرار داده شود (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۵۹/۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۴۲/۲۳).

۲. روایتی از رسول الله ﷺ:

«فَإِنْ تَلَقَىٰ مُتَلَقٌ فَصَاحِبَ السَّلْعَةِ بِالْخِيَارِ إِذَا وَرَدَ السُّوقَ» (نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۲۸۱/۱۳؛ طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۹: ۳۲۱/۲۳)؛ اگر کسی با پیشواز رفتن کاروان جنسی بخرد، صاحب کالا هنگام ورود به بازار، اختیار بر هم زدن معامله را دارد.

کیفیت استدلال: صاحب کالا بعد از داخل شدن به بازار و فهمیدن قیمت واقعی کالای فروخته‌شده، دارای خیار فسخ است و این به خاطر مغبون شدن وی است. البته برخی فقها این روایت را مرسل می‌دانند که به واسطه شهرت، ضعف آن جبران گردیده

۱. اصل عبارت شیخ طوسی چنین است: «و إذا اشترى شيئاً فبان له الغبن فيه، فإن كان من أهل الخبرة لم يكن له رده وإن لم يكن من أهل الخبرة نظر، فإن كان مثله لم تجر العادة بمثله، فسخ العقد إن شاء وإن كان جرت العادة بمثله لم يكن له الخيار».

۲. «التلقى في اللغة الاستقبال» (مشکینی اردبیلی، بی تا: ۱۶۵).

است (رشتی گیلانی نجفی، ۱۴۰۷: ۳۹۱).

ایراد شیخ انصاری به این دلیل، آن است که برخی قائل هستند که ضعف این روایت به واسطه عمل اصحاب و فقهای امامیه جبران شده است، حال آنکه صحیح نیست؛ زیرا این روایت اصلاً در کتاب‌های حدیثی معروف امامیه نیامده است تا بتواند با عمل اصحاب، قابل استناد گردد (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۶۰/۵).

به نظر می‌رسد که ایراد شیخ انصاری وارد نیست؛ زیرا شرط جبران نقص یک روایت، وجود آن در کتاب‌های معروف امامیه نیست، بلکه آنچه که معتبر است، عمل اصحاب و فقها به آن روایت است (ایروانی نجفی، ۱۴۰۶: ۲۸/۲) و از طرفی دیگر، فقهایمانند علامه حلی (۱۴۱۴: ۶۹/۱۱) که به این روایت استناد کرده‌اند، بعید است که به این امر توجه نداشته‌اند و همچنین ابن زهره حلبی در قرن پنجم، این روایت را در غنیه النزوع نقل کرده است (حسینی حلبی، ۱۴۱۷: ۲۲۴).

۳. روایت «لا ضرر ولا ضرار» (طبرسی، ۱۴۱۰: ۴۶۲/۱).

کیفیت استدلال: اگر حکم لزوم چنین معامله‌ای برداشته نشود، مغبون در این معامله متضرر می‌شود، در حالی که ضرر به واسطه این روایت مرتفع گردیده است. بسیاری از فقها به این دلیل استناد کرده‌اند (حسینی حلبی، ۱۴۱۷: ۲۲۴؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۴۷/۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۰۴/۸؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۰۳/۸).

لازم به ذکر است که در مسئله تصرف مغبون قبل از علم به غبن، مهم‌ترین دلیل فقهای که قائل به عدم سقوط خیار غبن هستند، استناد به «لا ضرر ولا ضرار» است. اگر به این دلیل در اثبات اصل خیار غبن، خدشه‌ای وارد شود، مهم‌ترین دلیل فقهای دسته دوم بر عدم سقوط خیار غبن به واسطه تصرف قبل از علم، از دست می‌رود.

۴. اجماع: برخی از فقها برای اثبات خیار غبن به اجماع استناد نموده‌اند (حسینی حلبی، ۱۴۱۷: ۲۲۴). اگر دلیل خیار غبن، اجماع فقهای امامیه دانسته شود، از آنجا که اجماع از ادله لئی است، باید به قدر متیقن اکتفا کرد. قدر متیقن شامل مسئله تصرف مغبون در مغبون‌فیه نمی‌گردد. بنابراین از آنجا که مقدار یقینی، قبل از تصرف است، بعد از تصرف چه با علم و چه بدون علم، اصلاً خیار غبنی در کار نیست تا ساقط گردد یا ساقط نگردد.

۵. شرط ضمنی: هنگامی که صیغه عقدی مانند بیع جاری می‌گردد، از شروطی که معمولاً ذکر نمی‌گردد، عدم خدعه و فریب در معامله است. حال زمانی که خدعه و فریب در معامله آشکار شد، آن شرط ضمنی حتی اگر به زبان هم آورده نشود، نقض می‌گردد. در قبال نقض این شرط، خيار فسخ معامله قرار داده شده است (ر.ک: امامی خوانساری، بی‌تا: ۲۹۳).

۶. نصوص متفرقه: از تعدادی از روایات نیز برای اثبات خيار غبن می‌توان کمک گرفت؛ از جمله:

- «عن إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: غبن المسترسل^۱ سحت» (کلینی رازی، ۱۴۰۷: ۱۵۳/۵)؛ مغبون ساختن کسی که [در قیمت و صحت جنس] به انسان اطمینان و اعتماد کرده، حرام است.

- «عن أبي عبد الله عليه السلام قال: غبن المؤمن حرام» (طوسی، ۱۴۰۷: ۷/۷)؛ مغبون ساختن مؤمن حرام است.

- «ولا تغبن المسترسل فإن غبنه لا يحل» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۸۵/۱۷)؛ مغبون نساز کسی را که به تو اعتماد کرده است؛ به راستی که این مغبون نمودن حلال نیست.

- «ولا تغبن المسترسل فإن غبنه رباً» (مجلسی، ۱۴۱۰: ۱۰۱/۱۰۰)؛ کسی را که به تو اعتماد کرده است، مغبون نساز که این مغبون نمودن [مانند] ریاست.

۲. واکاوی «تصرف» از منظر مفهوم و مصداق

الف) شاید بهترین معنای لفظی که برای «تصرف» می‌توان نقل کرد، بی‌آنکه این کلمه به ریشه اصلی خود بازگردانده شود، معنایی است که در شمس‌العلوم نقل گردیده است و آن اینکه تصرف یعنی دست به کاری زدن، اقدام به عملی کردن^۲ (حمیری، ۱۴۲۰: ۳۷۳۶/۶) و در اصطلاح علم فقه، تصرف عبارت است از:

هر اقدام ارادی منتسب به شخص در مالی - اعم از عین و غیر عین - که دارای اثر شرعی است؛ خواه این اثر به سود تصرف کننده باشد یا به زیان او (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶: ۴۹۹/۲).

۱. «المسترسل لغة: من الاسترسال، وهو: الاطمئنان والاستئناس. وشرعاً: الجاهل بقيمة السلعة» (عبد‌المنعم، بی‌تا: ۲۷۷/۳).

۲. «[التصرف]: هو التصرف في الأمر».

ب) تصرف به دو دسته کلی تقسیم می‌گردد:

۱. تصرف فعلی: متصرف با انجام یک عمل ملموس و مرئی، در مال دخالت

می‌کند؛ مانند: سوار شدن مرکب، سکونت در خانه، شستن پیراهن و تخریب مال.

۲. تصرف غیر فعلی: متصرف به واسطه قول و گفتاری، در ملکیت مال دخالت

می‌کند؛ مانند: ابراء و خرید و فروش کالا که با صیغه «اشتریت و بعث» جاری

می‌گردد (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱۷/۳).

ج) اقسام تصرف در رابطه با عدم امکان^۱ بازگرداندن مغبون‌فیه (با توجه به مسئله

پژوهش):

قسم اول: غابن،^۲ شخصی که در این معامله خیار غبنی برای وی در نظر گرفته نشده

است، کالایی را که در مقابل مغبون‌فیه به او رسیده است (ثمن یا عوض)، به واسطه

عقد لازم و ناقل ملکیت (مانند فروش یا وقف)، از مال خود خارج کرده است.

قسم دوم: مغبون (ذوالخیار) قبل از علم به غبن، کالا را به واسطه عقد لازم و ناقل

ملکیت، از مال خود خارج کرده است.

قسم سوم: کالایی که غبن در آن صورت گرفته (مغبون‌فیه)، قبل از علم به غبن، در

تصرف مغبون بوده و در دست او تلف شده است.

قسم چهارم: مغبون‌فیه با عقد لازم و ناقل ملکیت منتقل نشده و همچنین تلف هم

نگردیده است، ولی قبل از حصول علم، مانعی حادث شده که این مانع، از بازگرداندن

مغبون‌فیه به مالک قبلی آن مال جلوگیری می‌کند؛ مانند استیلا امه که باردار بودن،

مانعی برای بازگرداندن وی به صاحب قبلی است.

(د) اقوال فقها در این اقسام چهارگانه:

۱. گفته شد که در صورت امکان بازگرداندن، دیگر بحثی از سقوط خیار غبن صورت نمی‌گیرد. اختلاف

آرا در جایی است که امکان بازگرداندن مغبون‌فیه به مالک قبلی ممکن نباشد؛ البته قبل از علم به غبن از

جنب مغبون.

۲. در معامله‌ای که غبن در آن اتفاق افتاده، سه رکن قابل تصور است: ۱. مغبون: شخصی که به قیمت

واقعی علم نداشته و ضرر غیر قابل چشم‌پوشی به وی وارد شده است. ۲. غابن: شخصی که سبب ایراد

ضرر به طرف مقابل گردیده است. ۳. مغبون‌فیه: کالایی که در آن ضرر وارد شده است. این ضرر می‌تواند

فروش به کمتر از قیمت واقعی یا خرید به بیشتر از قیمت واقعی باشد و هر دو را در بر می‌گیرد.

قسم اول: نکته مورد اتفاق فقها در این مورد، آن است که تصرف غابن در عوض، سبب سقوط خیار ذوالخیار (مغبون) نمی‌گردد (عاملی جعی، ۱۴۱۹: ۶۱۴؛ نراقی، ۱۴۲۲: ۳۴۲). ولی در صورتی که غابن، عوض را به شخص دیگری فروخته باشد یا هر عقد لازم و ناقل ملکیت دیگری انجام داده باشد، آیا مغبون می‌تواند قرارداد دوم را باطل کند؟

اقوال فقها را در جواب به این سؤال می‌توان در سه دسته تقسیم‌بندی کرد:

۱. مغبون حق دارد که قرارداد دوم را باطل نماید و در صورت اختیار فسخ از جانب مغبون، این قرارداد^۱ از اصل و ابتدا باطل است.
۲. مانند قول اول با این تفاوت که در صورت فسخ مغبون، قرارداد دوم از حین فسخ^۲ باطل می‌گردد، نه از اصل و ابتدای قرارداد.
۳. مغبون حق فسخ قرارداد دوم را ندارد و عقد دوم باطل نمی‌گردد و فقط حق رجوع به بدل را دارد (نراقی، ۱۴۲۲: ۳۴۲؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۹۱/۵).

قسم دوم، سوم و چهارم:^۳ در اینکه در این سه حالت، خیار غبن ساقط می‌گردد یا خیر، میان فقهای امامیه، دو قول وجود دارد. مشهور فقها به ویژه فقهای اهل حله قائل اند که در هر سه مورد، از آنجا که استدراک مغبون‌فیه ممکن نیست، خیار غبن ساقط می‌گردد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۶/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۷۱/۱۱؛ جمال‌الدین حلی، ۱۴۰۷: ۳۷۶/۲؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۴۸/۲؛ صیمیری بحرانی، ۱۴۲۰: ۳۸/۲؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۹۶/۴؛ عاملی جعی، ۱۴۱۳: ۲۰۵.۲۰۴/۳). لازم به ذکر است که در هر سه حالت، علت مذکور جاری است و همچنین در آثار فقها نیز بر یکسان بودن احکام این سه مورد تصریح گردیده است. در این میان، برخی فقها عدم سقوط خیار غبن به واسطه تصرف مغبون یا موارد گفته‌شده را محتمل می‌دانند (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۱۹؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۰۴/۸).

۱. یعنی قرارداد دوم.

۲. صاحب مشارق الاحکام در کتاب خود، قول دوم را «من حین ظهور الخیار» آورده است. «ظهور خیار» با «فسخ به واسطه خیار» متفاوت است. از طرفی دیگر، مشخص کردن لحظه و زمان دقیق ظهور خیار سخت است. بنا بر قول نراقی که زمان ظاهر شدن خیار، ملاک است، مغبون باید در دادگاه ثابت کند که دقیقاً چه زمانی به قیمت واقعی آگاهی یافته، بر خلاف زمان فسخ. مشخص نیست که چرا نراقی به جای «حین الفسخ»، «حین ظهور الخیار» آورده است. شاید اشتباه در چاپ، سبب این امر گردیده است.

۳. احکام این سه قسم یکسان است.

برخی نیز پا را فراتر گذاشته، بیان می‌دارند انصاف و حق این است که این قول یعنی عدم سقوط خیار غبن به واسطه تصرف مغبون، حسن و نیکو می‌باشد (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۸۹/۵). بنا بر نظر این دسته از فقها، مغبون در صورت فسخ قرارداد به واسطه تمسک به خیار غبن، ملزم می‌گردد که چنانچه عین مثلی بوده، مثل، و چنانچه قیمی بوده، قیمت آن کالا را به غابن بپردازد تا حق هیچ کدام از طرفین (غابن و مغبون) زائل نگردد.

۳. ادله فقهی همراه با نقد و بررسی

الف) دلایل قائلان به سقوط خیار غبن به واسطه تصرف مغبون قبل از علم

۱. متعذر بودن ردّ عین

علامه حلی نخستین فقیهی است که این دلیل را در کتاب خود بیان نموده است (۱۴۱۴: ۷۱/۱۱). از این رو به نظر می‌رسد که طراح و جاعل این دلیل هم شخص علامه است. علمای قبل از ایشان نه تنها متعرض این دلیل نشده‌اند، بلکه تقریباً تمامی فقهای متقدم، به فروض مطرح شده از خیار غبن توجهی نکرده‌اند.

کیفیت استدلال: اگر مغبون کالایی را که به واسطه بیع خریده است، به شخص ثالثی بفروشد یا اجاره دهد یا به واسطه هر عقد لازم و ناقل ملکیت، مالک بودن خود را به دیگری منتقل نماید یا به هر دلیلی نتواند این کالا را به صاحب قبلی بازگرداند، خیار غبن وی ساقط می‌شود؛ زیرا بازگرداندن که در کلام فقها از آن با عنوان «استدراک» یاد شده است، متعذر و غیر ممکن است. این عدم امکان، سبب سقوط خیار غبن می‌گردد. اما چگونه ممکن است زمانی که بازگرداندن مال خریداری شده ممکن نیست، بتوان آن معامله را بر هم زد؟ بر هم زدن معامله منوط و متوقف بر این است که کالا به صاحب قبلی بازگردد. در اینجا که بازگرداندن ممکن نیست، دیگر جایی برای خیار هم وجود ندارد (ر.ک: همان).

نقدی بر این دلیل: جعل یا سقوط خیار، ربطی به امکان یا عدم امکان بازگرداندن عین ندارد. خیار یا به واسطه ادله شرعی است یا به خاطر عرف یا به دلیل توافق طرفین یک قرارداد. در هیچ کدام از این سه منشأ، توجهی به امکان یا عدم امکان بازگرداندن عین

مورد معامله نشده است. زمانی که در اثبات چیزی، موردی دخالت ندارد، چگونه می‌توان با تعذر آن، مورد اثبات‌شده را منتفی دانست. از طرفی دیگر، اگرچه بازگرداندن عین ممکن نیست، ولی از طرق دیگر می‌توان راه میانه‌ای پیدا کرد که حقی از طرفین پایمال نگردد؛ مثل الزام به مثل و قیمت آن عین. لذا صلاحیت این دلیل تام و کامل نیست.

۲. تعارض دو ضرر با یکدیگر

کیفیت استدلال: در صورتی که حق خیار فسخ مغبون در سه حالت مورد بحث ساقط شود، این سقوط خیار، سبب وارد شدن ضرر به مغبون می‌گردد. همچنین اگر به خاطر عدم ایراد ضرر به مغبون، غابن مجبور شود که مثل یا قیمت کالای خود را از طرف مقابل دریافت نماید تا معامله فسخ گردد، این اجبار سبب ورود ضرر به غابن می‌شود. به عبارتی دیگر، اجبار غابن به پذیرفتن بدل، خود نوعی ضرر است؛ زیرا با کالای واقعی او که فروخته است، متفاوت می‌باشد.^۱ پس تمسک به طرق دیگر که در نقد دلیل قبل گفته شد، سبب تعارض دو ضرر می‌گردد و لاقلاً قسمت دوم ایرادی که به دلیل اول وارد شد، با این استدلال باطل می‌گردد.

دفع شبهه: در اینجا، سخن از مباحث تزامم است و نه از مباحث تعارض؛ زیرا تعارض برای ادله مطرح می‌گردد. در مانحن‌فیه حق غابن با حق مغبون، مزاحم یکدیگرند، ولی متعارض با یکدیگر نیستند. در باب تزامم باید دید که کدام یک مقدم است.^۲ ضرری که بر مغبون به واسطه سقوط خیار وارد می‌شود، به مراتب قوی‌تر از ضرری است که به خاطر اجبار غابن به پذیرش بدل متصور می‌گردد.

با توجه به مطالب گفته‌شده، ادله قائلان به قول مشهور، فاقد پشتوانه محکم است. شاید تنها دلیل محکمی که برای آنان موجود است، شهرت فقهی است.

ب) دلایل قائلان به عدم سقوط خیار غبن به واسطه تصرف مغبون قبل از علم

۱. استصحاب: در صورتی که تصرف مغبون همراه با علم به غبن باشد، می‌توان ادعا کرد که این تصرف، کاشف از رضایت مغبون (ذوالخیار) به معامله این چنینی است و

۱. جوادی آملی، درس خارج فقه، مبحث بیع، قابل دستیابی در وبگاه <www.eshia.ir>.

۲. همان.

لذا خیار غبن ساقط می‌گردد، ولی در تصرف بدون علم به غبن، از یک طرف نمی‌توان این ادعا را مطرح کرد؛ زیرا شاید اگر مغبون، علم به غبن داشت، چنین تصرفی را انجام نمی‌داد و قرارداد را فسخ می‌کرد و از این جهت، تصرف در این حالت کاشف از رضایت مغبون نمی‌باشد، و از طرفی دیگر به واسطه وجود غبن، یقین حاصل می‌گردد که خیار برای مغبون جعل شده است، ولی با تصرفی که بی‌اثر بودن آن در جهت احراز رضایت ثابت گردید، این شک ایجاد می‌شود که آیا با وجود چنین تصرفی، خیار غبن که سابقاً در ثبوت آن یقین حاصل شد، باقی است یا خیر؟ در اینجا استصحاب جاری می‌گردد و یقین سابق یعنی وجود خیار، بر شک لاحق غالب می‌گردد.

۲. خیار فسخ متعلق به عقد است و نه متعلق به عین. خیار در واقع امضای عقد یا فسخ عقد است، بدون اینکه به مبیع توجهی گردد.^۱

۳. اگر تصرف بدون علم به غبن، سبب سقوط خیار گردد، لازمه‌اش آن است که اثر حقوقی دو فرع مختلف، یکسان باشد؛ تصرف مغبون با علم، سبب سقوط خیار است و تصرف بدون علم هم سبب سقوط خیار است. چگونه چنین چیزی ممکن است، در حالی که ثابت شد که تصرف بدون علم، کاشف از رضایت مغبون نیست؟

۴. استدلال به اصل احتیاط: در حقوق اسلام یکی از چیزهایی که مورد دقت زیادی قرار می‌گیرد، حق الناس و اموال مردم است. در مانحن‌فیه بر مبنای قول مشهور، مغبون بعد از تصرف ناقل ملک، حق خیار فسخ ندارد. به نظر می‌رسد این قول با اصل احتیاط سازگاری ندارد؛ زیرا اگر با دقت بررسی شود، احتمال دارد که حقی هرچند اندک از مغبون به واسطه این سقوط پایمال گردد. برای اینکه این امر صورت نگیرد و از طرفی دیگر، غابن هم مالی را که قبلاً فروخته است، از دست ندهد، می‌توان راه میانه‌ای یافت و آن اینکه خیار فسخ مغبون ساقط نشود ولی او باید قیمت مغبون‌فیه را چنانچه قیمی است یا مثل آن را چنانچه مثلی است، به غابن بازگرداند که این راه، همان قول غیر مشهور است.

۵. استناد به روایت «لا ضرر ولا ضرار» (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۳/۴۶۵).

کیفیت استدلال: اگر مغبون بدون علم به قیمت واقعی و به گمان اینکه معامله‌ای

که انجام داده، لازم و صحیح است، به تصرف در عین مشغول گردد و بعد از مدتی متوجه شود که مغبون گردیده است، چنانچه حق فسخ وی به واسطه این تصرفی که در زمان بی خبری انجام داده است، ساقط شود، این سقوط، سبب وارد شدن ضرر به مغبون است. این ضرر به واسطه روایت «لا ضرر ولا ضرار» دفع می گردد.

۶. دلیلی از مقدس اردبیلی: دو قسم تصرف قابل تصور است: ۱. تصرف غابن در عین؛ ۲. تصرف مغبون در عین.

اشاره شد که تصرف غابن در عین، حتی اگر سبب خروج از ملک متصرف نیز گردد، سبب سقوط حق فسخ مغبون نمی گردد. از طرفی دیگر تفاوتی میان غابن و مغبون نیست. لذا همان طور که تصرف غابن سبب سقوط حق فسخ مغبون نیست، تصرف مغبون هم سبب سقوط حق فسخ خودش نمی گردد (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۰۴/۸).

۷. «الجهل عذر»: ^۱ دلیلی دیگر که می توان برای عدم سقوط حق فسخ مغبون در چنین حالتی به آن استناد کرد، این است که جاهل شرعاً معذور است. برخی از فقها به این دلیل استناد کرده اند (همان). توضیح اینکه هنگامی که مغبون از روی جهل، تصرف ناقلی را انجام دهد و به واسطه این تصرف، حق فسخ او ساقط گردد، به مثابه این است که عذر او از جهت جاهل بودن در نظر گرفته نشده است؛ زیرا مانند عالم به غبن با او برخورد گردیده و چنین چیزی با «الجهل عذر» منافات دارد. جهل موضوعی قصوری مغبون مانع می شود از اینکه خیار فسخ مغبون به واسطه تصرف ناقل ملکیت، ساقط گردد؛ زیرا تصور تقصیری بودن جهل مغبون با توجه به دقت های عرفی انسان ها در معاملات، سخت است. از طرفی دیگر، عقل مستقل نیز همانند شرع، جهل را معذر می داند.

۸. استناد به انصاف: انصاف به عنوان قانون نانوشته، همه وجدان ها را به خود تسلیم می کند و شاید طبیعی ترین قاعده در جمیع معاملات و مبادلات بشری تلقی می شود. هنگامی که زیانی غیر قابل چشم پوشی در کار باشد، می توان با تمسک به انصاف،

۱. مستفاد از عبارت «ما لایعلمون» با فرض رفع جمیع آثار (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۳۴۰) از حدیث رفع: «عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وضع عن أمتي تسع خصال: الخطأ والنسيان وما لا يعلمون وما لا يطيقون وما اضطروا إليه وما استكروها عليه والطيرة والوسوسة في التفكير في الخلق والحسد ما لم يظهر بلسان أو يد» (فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ۱۰۸۵/۵).

خلأهای قانونی را تکمیل نمود. مسئله مورد بحث - تصرف ناقل ملکیت مغبون قبل از علم - به عنوان صغرای این کبرای کلی محسوب می‌شود. به نظر می‌رسد بدون در نظر گرفتن ادله اجتهادی و فقهاتی و تمسک به استدلال‌های فقهی، صرف توجه به عقل مستقل دلالت می‌کند بر اینکه باقی ماندن حق خیار مغبون جاهل به غبن - در فرض تصرف ناقل ملکیت - سازگاری بیشتری با انصاف دارد و پذیرش این امر برای وجدان قاضی آسان‌تر است. همان گونه که در اثناى ادله بیان شد، حق این است که خیار فسخ، متعلق به عقد است، نه عین، و هر گاه سبب (عقد) کامل شود، مسبب (حق فسخ) نیز حاصل می‌شود. لذا تصرف مغبون بدون علم به غبن، نباید سبب شود که حق او پایمال گردد. از طرفی دیگر برای اینکه غابن نیز متضرر نگردد، مغبون باید بدل مغبون فیه را به او بازگرداند.

نتیجه‌گیری

۱. با بیان عدم مدخلیت تعذر ردّ عین در سقوط خیار و اینکه این مسئله از مباحث تراحم است، اثبات گردید که ادله قول مشهور - مبنی بر سقوط حق فسخ مغبون در صورت تصرف ناقل ملک قبل از علم به غبن - عاری از ضعف و خلل نیست و کمتر با عدالت و انصاف سازگار است.
۲. قول غیر مشهور به واسطه استناد به اصل استصحاب، تعلق خیار فسخ به عقد، اصل احتیاط، قاعده لاضرر، «الجهل عذر» و انصاف، از منظر استدلال فقهی از قوت بیشتری برخوردار است و برای رفع اضرار مغبون، ضرورت وضع ماده قانونی احساس می‌گردد.
۳. با توجه به سکوت قانون مدنی ایران در این مورد، تبدیل قول غیر مشهور فقهای امامیه، مبنی بر عدم سقوط حق فسخ از جانب مغبون به واسطه تصرف وی در زمانی که علم به غبن ندارد، به ماده جدیدی در قانون مدنی، ضروری به نظر می‌رسد. راهیابی این فرع فقهی به نظام حقوقی ایران می‌تواند از برخی سوءاستفاده‌ها به ویژه در معاملات املاک و اراضی با بهای سنگین و ضررهای فاحش جلوگیری کند.
۴. ماده پیشنهادی این پژوهش چنین است: «در صورتی که مغبون قبل از آگاهی یافتن به غبن، تصرفی در مغبون فیه انجام دهد، حتی اگر این تصرف به نحو ناقل ملکیت هم باشد، مانع از اجرای فسخ توسط وی نمی‌گردد».

کتاب شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۲. ابن فارس، ابوالحسین احمد، *معجم مقانیس اللغة*، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۳. امامی خوانساری، محمد، *الحاشیة الثانية على المكاسب*، بی جا، بی نا، بی تا.
۴. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المكاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۵. ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین، *حاشیة المكاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۶. جمال الدین حلی، احمد بن محمد بن فهد اسدی، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۷. جوادی آملی، عبدالله، *درس خارج فقه، مبحث بیع*، قابل دستیابی در وبگاه <www.eshia.ir>.
۸. جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیة*، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ ق.
۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۰. حسینی حلبی، سیدحمزة بن علی بن زهره، *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ق.
۱۱. حمیری، نشوان بن سعید، *شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم*، تحقیق العمری، حسین بن عبدالله، مطهر بن علی الاریانی، یوسف محمد عبدالله، بیروت، دار الفکر المعاصر، ۱۴۲۰ ق.
۱۲. رشتی گیلانی نجفی، میرزا حبیب الله، *فقه الامامیه (قسم الخیارات)*، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۰۷ ق.
۱۳. سیوری حلی (فاضل مقداد)، جمال الدین مقداد بن عبدالله، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۱۴. صیمری بحرانی، مفلح بن حسن، *غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار الهادی، ۱۴۲۰ ق.
۱۵. طباطبایی بروجردی، سیدحسین، *جامع احادیث الشیعه*، تهران، فرهنگ سین، ۱۴۲۹ ق.
۱۶. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۱۷. طبرسی، امین الاسلام ابوعلی فضل بن حسن، *المؤتلف من المختلف بین ائمة السلف*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۱۸. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ق.
۱۹. همو، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۲۰. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللعة الدمشقیة*، حاشیة سیدمحمد کلانتر، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۱. همو، *فوائد القواعد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۲. همو، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۳. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، *اللعة الدمشقیة فی فقه الامامیه*، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.

٢٤. عبدالمنعم، محمود عبدالرحمن، معجم المصطلحات والالفاظ الفقهي، قاهره، دار الفضيله، بى تا.
٢٥. علامه حلى، ابو منصور جمال الدين حسن بن يوسف بن مطهر اسدى، تذكرة الفقهاء، قم، مؤسسة آل البيت (عليه السلام) لاحياء التراث، ١٤١٤ ق.
٢٦. فيض كاشانى، محمد محسن بن شاه مرتضى، الوافى، اصفهان، كتابخانه امام اميرالمؤمنين على (عليه السلام)، ١٤٠٦ ق.
٢٧. قرشى بنابى، سيدعلى اكبر، قاموس قرآن، چاپ ششم، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ١٤١٢ ق.
٢٨. كركى عاملى (محقق ثانى)، على بن حسين، جامع المقاصد فى شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسة آل البيت (عليه السلام) لاحياء التراث، ١٤١٤ ق.
٢٩. كلينى رازى، ابوجعفر محمد بن يعقوب، الكافى، چاپ چهارم، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ١٤٠٧ ق.
٣٠. مجلسى، محمد باقر بن محمد تقى، بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الاطهار (عليهم السلام)، چاپ دوم، بيروت، مؤسسة الطبع والنشر، ١٤١٠ ق.
٣١. محقق حلى، نجم الدين جعفر بن حسن هذلى، شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم، اسماعيليان، ١٤٠٨ ق.
٣٢. مشكينى اردبيلى، على، مصطلحات الفقه، بى جا، بى نا، بى تا.
٣٣. مقدس اردبيلى، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فى شرح ارشاد الاذهان الى احكام الايمان، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ١٤٠٣ ق.
٣٤. نجفى، محمد حسن بن باقر، جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بيروت، دار احياء التراث العربى، ١٤٠٤ ق.
٣٥. نراقى، مولى محمد بن احمد، مشارق الاحكام، چاپ دوم، قم، كنگرة نراقين ملامهدى و ملااحمد، ١٤٢٢ ق.
٣٦. نورى طبرسى، حسين بن محمد تقى، مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل، بيروت، مؤسسة آل البيت (عليه السلام) لاحياء التراث، ١٤٠٨ ق.
٣٧. هاشمى شاهرودى، سيد محمود، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بيت (عليهم السلام)، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامى بر مذهب اهل بيت (عليهم السلام)، ١٤٢٦ ق.

امکان سنجی فقهی وقف حقوق معنوی

با نگاهی به ماده ۵۵ قانون مدنی*

- رضا نیکخواه سرنقی^۱
- محمدحسن جوادی^۲
- سیدعلی حسینی^۳

چکیده

فقیهان امامیه وقف را به «تحییس اصل و تسبیل منفعت» تعریف کرده و اغلب یکی از شرایط موقوفه را عین بودن آن دانسته‌اند. به گمان برخی این پیش‌فرض، تعلق وقف به غیر اعیان را ناممکن ساخته، دایره موقوفات را محدود می‌نماید. در این نوشتار در پی پاسخ به این پرسش هستیم که آیا وقف ملک فکری و معنوی، مشروع است یا خیر؟ آنچه تصدیق گزاره مورد بحث را کمی دشوار می‌سازد، اولاً پیش‌فرض فقیهان مبنی بر لزوم عینی بودن متعلق وقف، و ثانیاً مشکوک بودن مالیت امور معنوی و به طور خاص محصولات فکری و در پی آن پیچیدگی اثبات مشروعیت در مالکیت فکری به عنوان یک حکم وضعی است. پس از رد

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۲/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۹/۳۰.

۱. استادیار دانشگاه ارومیه (نویسنده مسئول) (r.nikkhah@urmia.ac.ir).

۲. استادیار دانشگاه ارومیه (mh.javadi@urmia.ac.ir).

۳. دانشجوی دکتری فقه و حقوق دانشگاه ارومیه (soheil1365@hotmail.com).

یا توجیه مبدأ نخست و اثبات مبدأ دوم، پیوند میان وقف به عنوان یک عمل حقوقی و مملوک معنوی به عنوان موضوع آن، دشوار نخواهد بود.

در مقاله پیش رو ابتدا تلاشی در جهت توسعه متعلق وقف به غیر اعیان داشته، آنگاه به اثبات مالیت محصولات فکری و مشروعیت مالکیت معنوی خواهیم پرداخت و در نهایت به این نتیجه نائل می‌شویم که وقف در مملوکات معنوی همچون اموال عینی امکان‌پذیر است.

واژگان کلیدی: وقف، مالکیت معنوی، مالکیت فکری، ماده ۵۵ قانون مدنی، ماده ۵۸ قانون مدنی.

بیان مسئله

از جمله مسائلی که در گذشته دور اساساً طرح نشده و در عصر حاضر به عنوان یک پرسش، پیش روی محققان دانش فقه و حقوق قرار گرفته، آن است که آیا وقف در مملوکات معنوی نیز ممکن است؟ برای مثال، وقتی یک دانشمند محصول جدیدی اختراع کند، با این پیش فرض که مالکیت او مشروع می‌باشد، آیا می‌تواند بهره‌برداری از این ایده را در قالب وقف در اختیار فرد یا گروهی قرار دهد؟ یا مثلاً هر گاه یک نویسنده بزرگ، کتاب جدیدی به بازار نشر عرضه کند، آیا می‌تواند این پدیده معنوی را وقف عام یا خاص نماید؟ به اعتقاد بعضی از حقوق دانان، پاسخ قانون مدنی به این پرسش منفی است. ماده ۵۵ قانون مدنی ایران می‌گوید: «وقف عبارت است از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود». برخی ذیل این ماده تصریح داشته‌اند: عین باید تاب پایداری در برابر انتفاع را داشته باشد. وقف منفعت و دین و حق امکان ندارد (کانوزیان، ۱۳۸۲: ۵۷).

همچنین ماده ۵۸ قانون مدنی که ربطی وثیق با مسئله حاضر دارد، اذعان می‌دارد: فقط وقف مالی جایز است که با بقای عین بتوان از آن منتفع شد؛ اعم از اینکه منقول باشد یا غیر منقول، مشاع باشد یا مفروز.

از ظاهر این ماده نیز چنین برداشت می‌شود که وقف حقوق و از جمله حقوق معنوی ثبوتاً ممکن نیست.

به نظر می‌رسد پاسخ مستدل به پرسش مذکور از یک سو متوقف بر پذیرش مالیت امور معنوی و نیز مشروعیت مالکیت معنوی است و از سوی دیگر، ناظر به دو مورد از

شرایط وقف یعنی مالیت موقوفه و همچنین قابلیت انتفاع در عین بقای آن است که به‌طور معمول از شرط اخیر با عنوان عینی بودن مال موقوفه یاد شده است. پس از بررسی این دو باید جواز وقف در حقوق مالی را به اثبات رسانیم تا در پرتو آن، مشروعیت وقف در حقوق فکری اثبات گردد.

پیشینه پژوهش

لازم به ذکر است که در موضوع مورد بحث تا کنون مقالات دیگری نیز نگاشته شده است؛ از جمله «وقف حقوق معنوی» اثر پژمان محمدی و همچنین «امکان‌سنجی وقف حقوق معنوی» نوشته ولی‌زاده و سلطانی. با ارجح نهادن به تلاش این نویسندگان، یادآوری چند نکته ضروری به نظر می‌رسد:

اولاً در مقاله ولی‌زاده و سلطانی، «توجه به فلسفه شرط عین بودن» به عنوان دلیل اثبات مدعای عدم لزوم عینیت ارائه شده است و پر واضح است که اساساً سخن از فلسفه یک حکم تکلیفی یا موضوعی، مساوی با قیاس مستنبط‌العله است که در مکتب امامیه حجیت ندارد.

ثانیاً محمدی نیز سعی کرده با تمرکز بر مفهوم «اصل» در روایات و نیز توجه حق به مال و نه اصل، مدعای خویش را اثبات کند. وانگهی در تعلق وقف به مالیت که از ادله اساسی آن مقاله به شمار می‌آید، استناد نویسنده به نص کلام صاحب‌العروه خود دلیلی است بر اینکه چنین عمل حقوقی اساساً وقف محسوب نمی‌شود، در حالی که فرض مقاله بر وقف حقوق معنوی است، نه عمل حقوقی مشابه آن. مضافاً اینکه ادله اقامه‌شده به هیچ وجه کافی به نظر نمی‌رسند.

ثالثاً روش بحث در این دو مقاله بر اساس مبانی اجتهادی و فقه جواهری بنا نشده است و ادله از استحکام لازم برخوردار نبوده و نیاز به بازنگری در این راستا احساس می‌شود.

رابعاً در مقالات مذکور، اشاره‌ای جدی به قوانین موجود خصوصاً ماده ۵۵ قانون مدنی صورت پذیرفته و ارتباط این ماده با برخی از قوانین خاص، مورد بررسی و تحلیل اصولی و فقهی قرار نگرفته است که این مهم در مقاله پیش رو مورد توجه می‌باشد.

بنابراین در مقاله حاضر سعی می‌شود با استحکام بیشتر و روش اجتهادی مصطلح، ادله موجود در قالب دو دسته سلبی و ایجابی و به اندازه کافی ارائه شود و تمرکز کامل بر لزوم عینیت مال موقوفه قرار گیرد. تأکید می‌شود که به نظر می‌رسد روش فقهی و استدلالی به کاررفته در مقاله حاضر، به مراتب از استحکام بیشتری برخوردار است و نگارندگان با اطلاع کامل از مقالات مشابه و مطالعه دقیق آن‌ها و ارائه ادله نو و روش بحث متفاوت در یک مسئله، که خود یکی از مؤلفه‌های مقالات علمی پژوهشی محسوب می‌شود، به مقاله حاضر پرداخته‌اند. لذا اهتمام بر این است که بر اساس روش اجتهاد فقهی و با تکیه بر فقه جواهری، به مبانی فقهی وقف حقوق معنوی پرداخته شود.

۱. وقف و شرایط آن

۱.۱. تعریف وقف

فقیهان وقف را چنین تعریف کرده‌اند: «تحبیس الأصل وتسییل المنفعة»^۱ (ر.ک: طوسی، ۱۳۸۷: ۲۸۶/۳؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۵۲/۳؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۵۸/۹؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۶۳/۳؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۹۱/۱۰). این تعبیر به گفته آنان از یک روایت نبوی گرفته شده (آل عصفور دزازی بحرانی، بی‌تا: ۲۷۰/۱۳؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۹۱/۱۰) که مأخوذ از جوامع اهل سنت است (ر.ک: ابن حنبل شیبانی، ۱۴۲۱: ۲۱۸/۸؛ بیهقی، ۱۴۱۴: ۱۶۲/۶؛ دارقطنی بغدادی، ۱۳۸۶: ۱۹۳/۴). از میان جوامع شیعی، کتاب *عوالی اللئالی* به طور مرسل آن را نقل نموده است (ابن ابی‌جمهور احسائی، ۱۴۰۵: ۲۶۰/۲). همچنین فقیهانی چون شیخ طوسی در کتاب *الخلاص* (۱۴۰۷: ۵۳۸/۳) و *المبسوط* (۱۳۸۷: ۲۹۱/۳)، به این روایت استناد جسته‌اند و ابن حمزه طوسی (۱۴۰۸: ۲۹۷) آن را نقل نموده است. در نهایت به باور برخی فقیهان، روایت فوق‌گرفته در اصول معتبر شیعی نقل نشده، از سوی فقیهان تلقی به قبول شده است (آل عصفور دزازی بحرانی، بی‌تا: ۲۷۰/۱۳). مقصود از تحبیس اصل آن است که با این عمل حقوقی، از نقل مال موقوفه به جهتی غیر از آنچه برایش وقف

۱. یا «تحبیس الأصل وإطلاق الثمرة». برخی نیز این تعبیر را ثمره وقف دانسته‌اند، نه عین وقف: «الوقف عقد ثمرته تحبیس الأصل وإطلاق المنفعة» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۶۵/۲).

شده، جلوگیری شود و مراد از تسبیل منفعت آن است که تصرف در موقوفه به طور مطلق و در قالب تمامی اقسام، برای مستحقان مباح باشد (سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۳۰۰/۲). برخی نیز مراد از تحبیس اصل را منع از تصرف ناقل می‌دانند (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۷/۹؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۰۹/۵؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۱۵/۲۱).

قانون مدنی ایران در ماده ۵۵، تعریف مشهور فقیهان را عیناً تکرار کرده است: «وقف عبارت است از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود».

۲-۱. ماهیت فقهی و حقوقی وقف

برخی معتقدند که وقف، یک عقد است. محقق حلی با آوردن تعبیر «عقد ثمرته...»، به اعتقاد خود تصریح کرده است. البته وی با اشتراط قبض در لزوم این عقد، تلویحاً آن را عقدی متزلزل معرفی می‌کند، اما به هر حال با الحاق قبض، این عمل حقوقی در قالب عقدی لازم محقق خواهد شد (ر.ک: محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۶۲/۲). این، باور بسیاری از فقیهان دیگر نیز هست (ر.ک: ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۵۹/۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۸۷/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۷/۲۸؛ آخوند خراسانی، ۱۴۱۳: ۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۳۴/۴). در برابر این دیدگاه، برخی معتقدند که وقف در زمره ایقاعات است و قبول موقوف علیه، در انعقاد این عمل حقوقی مؤثر نیست. شهید ثانی درباره این رأی، تعبیر «وهو ظاهر الأکثر» را به کار برده است (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۱۳/۵). کاشف الغطاء پس از برشماری شرایط قبول، آن‌چنان که در عقود لازم معتبر است، در نهایت می‌نویسد: «والقول بعدم الاحتیاج بالقبول مطلقاً لا یخلو من وجه» (۱۴۲۲: ۲۲۵/۴). بسیاری از فقیهان همین دیدگاه را برگزیده‌اند (گیلانی قمی، ۱۴۱۳: ۳۰/۴؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۸۶/۴).

به اعتقاد نگارندگان نیز وقف بیشتر به ایقاعات نزدیک است تا عقود؛ زیرا ضرورت وجود قبول در فرض پذیرش آن، اعم از جزئیت و شرطیت است. در نتیجه قول به جزئیت قبول ترجیح بلامرجح بوده، نیاز به دلیل خاص دارد. در نهایت، اصل عدمی پشتوانه‌ای برای رد جزئیت است و از آنجا که شرطیت، مؤنه کمتری نسبت به جزئیت می‌طلبد، قول به شرطیت قبول اقوی خواهد بود.

۳-۱. شرایط وقف

فقیهان شرایط وقف را با تقسیم آن‌ها به شرایط وقف، شرایط واقف، موقوف‌علیه و موقوفه بیان نموده‌اند. از میان این شرایط، آنچه در نظم این نوشتار دخیل می‌باشد، شرایط موقوفه است. اما دیگر شرایط وقف، به طور مستقیم در نتیجه بحث ما تأثیری ندارند. بنابراین مقصود ما از شرایط وقف، شرایطی است که در مسئله مورد بحث، تعیین‌کننده هستند.

محقق حلی معتقد است که موقوفه ضرورتاً باید دارای چهار شرط باشد: ۱. عین باشد؛ ۲. مملوک باشد؛ ۳. انتفاع از موقوفه در عین بقای آن ممکن باشد؛ ۴. قابلیت قبض و اقباض داشته باشد (۱۴۰۸: ۱۶۷/۲).

صاحب‌جوهر در جهت مستندسازی این دیدگاه محقق، به سه دلیل سنت‌قولی و فعلی، اجماع، و اصل عدمی استناد کرده (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵/۲۸) که برخی، سیره متشرعه و سیره عقلا را نیز بر ادله مذکور افزوده‌اند. ما بر اساس همین استدلال، پژوهش خود را سامان می‌بخشیم.

تذکر این نکته ضروری است که برداشت نهایی در مقاله حاضر آن است که موضوع وقف موسع بوده، شامل حقوق معنوی نیز می‌شود. بر این اساس، مهم‌ترین پیش‌فرض و مبدأ تصدیقی مرتبط با بحث ما، شرایط موقوفه می‌باشد که لازم است به بررسی تفصیلی آن پردازیم.

۳-۱-۱. لزوم عین بودن موقوفه

استقرا در میان منابع فقهی نشان می‌دهد که تقریباً تمامی فقیهان به این شرط تصریح کرده‌اند. تعریف ماده ۵۵ قانون مدنی از وقف نیز مشعر بر لزوم عینیت مال موقوفه است. قانون‌گذار در مواد ۵۸ و ۵۹ نیز در معرفی مال موقوفه از «عین» یاد کرده است و معلوم است که از آثار لزوم عین بودن مال موقوفه آن است که دین، منفعت و حقوق معنوی قابل وقف نیست (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۲۰۷). بسیاری از فقیهان در توجیه فتوای خویش مبنی بر لزوم عین بودن موقوفه به ادله‌ای استناد جسته‌اند که در ادامه به نقد آن‌ها می‌پردازیم.

روایات وارده در باب وقف به چند دسته قابل تقسیم هستند:

دسته اول: روایاتی عام و مطلق که به طور کلی وقف را عملی خیر و مفید معرفی می‌کنند و مضمونشان تشویق مؤمنان به وقف است (برای نمونه ر.ک: حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۷۱/۱۹).

دسته دوم: روایاتی که احکام وقف را بیان می‌کنند.

دسته سوم: روایاتی که عهده‌دار بیان شرایط وقف هستند که این دو دسته محل بحث ما نیستند.

دسته چهارم: روایات مشعر به شرایط موقوفه که این دسته منحصر در یک روایت است؛ روایتی مرسل که تنها در کتاب *عوالی اللئالی* نقل شده است. احسانی تنها کسی است که به عنوان یک محدث، این روایت را نقل نموده است. فقیهانی همچون شیخ طوسی و ابن ادریس حلّی گرچه به این روایت استناد کرده‌اند، نه در مقام یک محدث، بلکه تنها به عنوان یک فقیه، آن هم با اکتفا به نقل بدون سند اقدام نموده‌اند. روایت مورد بحث در کتاب *المبسوط*، با تعبیر «حَبْسِ الْأَصْلِ وَسَبِيلِ الثَّمَرَةِ» (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۹۱/۳) و در کتاب *عوالی اللئالی* با تعبیر «احبسِ الْأَصْلَ وَأَطْلِقِ الثَّمَرَةَ» (ابن ابی‌جمهور احسانی، ۱۴۰۵: ۲۲۵/۱) نقل شده است.

ممکن است تصور شود که ارسال این روایت با عمل اصحاب و تلقی به قبول ایشان جبران می‌شود (آل عصفور دزازی بحرانی، بی‌تا: ۲۷۰/۱۳). این در صورتی است که در صغرای قیاس، تحقق عنوان شهرت عملی را در مسئله مورد بحث بپذیریم و در کبرای استدلال، به انجبار ضعف خبر از طریق شهرت عملی رأی دهیم. اما به گمان ما اولاً تعریف وقف توسط فقیهان بر اساس روایت مذکور، محقق عنوان شهرت عملی نیست؛ زیرا به نظر می‌رسد که ایشان تعریف لفظی «وقف» را موافق با مضمون روایت مذکور دانسته و در مقام مسامحه بدان استناد جسته‌اند. ثانیاً به نظر می‌رسد همان گونه که برخی از محققان گفته‌اند، شهرت عملی جابر ضعف سند نیست (واعظ‌حسینی بهسودی،

۱۴۲۲: ۲۰۲/۲). حتی اگر کبرای مورد نظر را مسلم بینگاریم، به گمان ما علت جبران که عبارت است از تحقیق و ثوق به صدور خبر که ملاک حجیت خبر واحد تلقی شده، در این مقام مفقود است؛ زیرا این احتمال وجود دارد که فقیهان در مقام مسامحه و برای تعریف لفظی وقف و یا با تکیه بر نقل این روایت در کتب بزرگانی چون شیخ طوسی و... به منبع روایی آن توجهی نداشته‌اند؛ چه اینکه اکثریت قاطع آنان هیچ اشاره‌ای به منبع و نیز عدم نقل آن در کتب روایی معتبر شیعی ندارند. «وإذا جاء الاحتمال، بطل الاستدلال». اما در نهایت از پیش فرض مورد قبول خود دست می‌کشیم و بر اساس روش «سَلْمَنَا»، با فرض اینکه روایت مورد نظر معتبر باشد، بحث را ادامه می‌دهیم.

فقیهان وقف در غیر اعیان را باطل می‌دانند؛ زیرا از دلیل حاضر چنین برمی‌آید که وقف دارای دو رکن است: تحبیس اصل و اطلاق ثمره. در نتیجه باید اصلی باشد که حبس گردد و این منحصر در یک امر خارجی است (ر.ک: حسینی روحانی قمی، بی‌تا: ۲۳۹/۲۰). استنباط از روایت در صورتی به نتیجه مذکور منتهی می‌گردد که چند پیش فرض، مسلّم انگاشته شود:

اولاً مقصود از «اصل» در لغت یا حداقل مصطلح شارع، عین می‌باشد.

ثانیاً روایت در مقام بیان شرایط موقوفه است.

ثالثاً وقف، یک حقیقت شرعیه است.

رابعاً موقعیت وقف، مقتضی انحصار و توقیف به قدر متیقن دلیل لفظی و بیان صاحب شریعت می‌باشد.

اما به اعتقاد نگارنده، هیچ یک از این پیش فرض‌ها پذیرفته نیست. در ادامه به بررسی این مبادی می‌پردازیم.

پیش فرض نخست: به اعتقاد ما مقصود از «اصل» در این روایت، منحصر در عین نیست؛ گرچه ممکن است که فقیهی لزوم عین بودن را از غیر مدالیل لفظی حدیث محل بحث استفاده کند که بررسی آن نیز در ادامه می‌آید. لکن بر اساس دلالت لفظی، لفظ مورد نظر دلالت بر این معنا ندارد، نه در قالب دلالت مطابقی یا تضمینی و یا التزامی. لغت‌شناسان لفظ «الأصل» را چنین معرفی کرده‌اند: «أصل كل شيء ما يستند وجود ذلك الشيء إليه» (فیومی مقری، بی‌تا: ۱۶/۲). در کتاب *التحقیق فی کلمات*

القرآن الکریم نیز چنین می خوانیم:

معنای حقیقی در ماده «اصل» عبارت است از چیزی که شیئی دیگر مبتنی بر آن باشد (ما بینی علیه شیء). تفاوتی هم ندارد که جزء جمادات باشد یا گیاهان یا حیوانات و یا معقولات و یا در علوم؛ به طور مثال می گویند اصل دیوار، اصل درخت، اصل انسان، اصل معرفت، اصل در الفاظ، اصل در معانی و... فرق اصل و اساس نیز آن است که اصل همان چیزی است که دیگری بر آن قرار گیرد و این مفهوم تنها پس از تحقق فرع محقق می گردد. بنابراین امری نسبی است نه مستقل. اما «اساس»، یک مفهوم مستقل است که به وجود چیزی دیگر احتیاج ندارد... (مصطفوی، ۱۴۰۲: ۹۶/۱).

بنابراین اصل به معنای چیزی است که شیء دیگر بر آن قرار گیرد و بهترین و نزدیک ترین معنای متضاد برای آن عبارت است از «فرع». آری در عینی که دارای منفعت باشد، این دو مفهوم متضاد و در عین حال وابسته تجلی یافته اند. ادعای تبادر (حسینی روحانی قمی، بی تا: ۳۲۹/۲۰) نیز مورد قبول ما نیست. به نظر ما متبادر از لفظ «اصل»، چیزی غیر از معنایی که در برابر «فرع» قرار می گیرد، نیست. آری یکی از مصادیق اصل عبارت است از مال عینی. در مورد صحت حمل نیز باید بگوییم که گرچه حمل لفظ اصل بر مال عینی صحیح است، اما این دلیل وضع نیست؛ زیرا این حمل از نوع شایع صناعی است و مدعی از حمل اولی ذاتی که دلیل وضع است، طرفی نمی بندد. همچنین این گونه نیست که لفظ «اصل» یک اصطلاح شرعی خاص و به معنای «مال عینی» باشد که در پیش فرض سوم نیز خواهد آمد. بنابراین در نهایت، پیش فرض نخست مردود است.

پیش فرض دوم: در صورت پذیرش پیش فرض نخست، باز هم نمی توان از این روایت، لزوم عینی بودن مال موقوفه را استفاده کرد؛ زیرا به نظر می رسد که این روایت اساساً در مقام بیان شرایط موقوفه نیست. پیامبر صلی الله علیه و آله در این جمله به طور کلی و مطلق، انجام وقف را به عنوان یک عمل خیر، به مخاطب پیشنهاد می کند. اما اینکه وقف چه شرایطی دارد؟ آیا از عقود است یا ایقاعات؟ آیا قصد قربت در آن شرط است یا خیر؟ آیا قبض شرط است یا نه؟ و... به هیچ وجه از روایت مورد بحث مستفاد نیست تا چه رسد به شرایط موقوفه.

پیش فرض سوم: امام خمینی در این باره می‌نویسد:

وقف حقیقت شرعی ندارد، بلکه امری عقلایی است که میان معتقدان به ادیان دیگر نیز رایج می‌باشد. حتی شاید در میان افرادی که به هیچ دینی اعتقاد ندارند هم متعارف باشد... (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱۲۳/۳).

بر این اساس، حتی اگر قبول کنیم که روایات وقف در مقام بیان شرایط و کیفیت هستند (برای مثال ر.ک: آخوند خراسانی، ۱۴۱۳: ۳)، باز هم دلیلی بر انحصار موقوفه در اموال عینی وجود نخواهد داشت (برای مشاهده دیدگاه مخالف ر.ک: زحیلی، بی‌تا: ۷۶۰۳/۱۰).

پیش فرض چهارم: پس از ردّ پیش فرض سوم، جایی برای پذیرش توقیفی بودن وقف نخواهد بود.

در نهایت به اعتقاد نگارندگان، استنتاج لزوم عینی بودن موقوفه از روایت محل بحث در قالب دلالت لفظی ممکن نیست. بنابراین مدعی عینیت موقوفه از سنت قولی طرفی نمی‌بندد.

۳-۱-۲. سنت فعلی

گرچه نگارندگان می‌پذیرند که سنت معصومان علیهم‌السلام بر وقف اعیان جریان یافته، اما روشن است که این دلیلی بر نفی جواز وقف در غیر اعیان خصوصاً حقوق نیست.

۳-۱-۳. اجماع

چنان که از لسان صاحب جواهر نقل کردیم، اجماع یکی از ادله لزوم عینی بودن مال موقوفه است. لکن این اجماع هم در جنبه صغروی و هم کبروی دچار اشکال است. اولاً صرف نظر از دشواری تحصیل چنین اجماعی باید در نظر داشت که مفاد آن دچار مخالفت از سوی فردی چون ابوصلاح حلبی است (۱۴۰۳: ۳۲۴) که جزء فقیهان نخستین بوده، مخالفت وی تزلزل قابل توجهی در اجماع ایجاد می‌کند؛ چه اینکه صاحب جواهر نتوانسته ادعایی جزمی در این جهت طرح کند و با تعبیر «اتفاق الأصحاب ظاهراً» (۱۴۰۴: ۱۵/۲۸) تلویحاً به مخاطب می‌فهماند که چنین اجماعی را تحصیل نکرده است. ثانیاً بر فرض که تحقق اجماع را بپذیریم، حجیت چنین اجماعی مردود است؛ زیرا این اجماع یقیناً مدرکی است و بنابراین اعتباری مستقل از مدرک

خود ندارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۲/۲۸۹). بررسی فرمایشات فقیهان بزرگوار نشان می‌دهد که فتوا به لزوم عینی بودن مال موقوفه، در نهایت با استناد به همان حدیث مرسل نبوی صورت پذیرفته است؛ برای مثال به این جمله توجه کنید:

«إذا كان حقيقة الوقف تحبب الأصل وتسهيل المنفعة كما يظهر من بعض الأخبار فلا بد أن يكون الموقوفة عيناً لها منفعة» (خوانساری، ۱۴۰۵: ۱/۴).

چنان که مشاهده می‌کنید، نویسنده با استفاده از «فاء تفریح»، لزوم عینی بودن مال موقوفه را بر تعریف وقف بر اساس همان روایت نبوی مترتب نموده است. وانگهی! با صرف نظر از مدرکی بودن اجماع مقصود، به نظر می‌رسد از آنجا که وقف مفهومی عقلایی است و تعریف آن بر عهدهٔ عقلا می‌باشد، اجماع که یک دلیل تعبدی است، در تعریف آن دلالت ندارد. بلکه این اتفاق نظر از سوی فقیهان، از آن جهت است که جزء عقلایند نه از آن جهت که فقیه‌اند.

۳-۱-۴. سیرهٔ عقلا

مقصود از سیره احتمالاً این است که روش عملی عقلا در وقف، منحصر به وقف اعیان است و نتیجهٔ این حجت، عدم جواز وقف در غیر اعیان می‌باشد. پس گویا مدعی، جریان سیره در یک صنف موضوع را دلیلی بر نفی حکم آن از صنف دیگر قرار داده است، وگرنه معنا ندارد که مدعی با استفاده از عدم جریان سیره در وقف غیر اعیان، عدم جریان سیره را مستند فتوا سازد. با پذیرش صغرای این دلیل، باز هم تضادی با فرضیهٔ ما مبنی بر جواز وقف در غیر اعیان نخواهد داشت؛ زیرا سیره بر وقف در اعیان جریان یافته، نه بر عدم وقف در غیر اعیان. به تعبیر دیگر، مدعای ما عبارت است از جواز وقف در حقوق معنوی، اما مفاد سیرهٔ عقلا در ارتباط با این مدعا عبارت است از عدم جریان بر جواز، نه جریان بر عدم جواز. پس نهایت مطلب آن است که مدعی جواز وقف نمی‌تواند از این دلیل استفاده کند، نه اینکه سیرهٔ عقلا مبنی بر جواز وقف در اعیان، منافاتی با جواز آن در حقوق معنوی داشته باشد.

۳-۱-۵. سیرهٔ متشرعان

اگر بپذیریم که سیرهٔ متشرعان به طور مستقل از سیرهٔ عقلا یک دلیل به شمار می‌رود،

باز هم آنچه را در مورد سیره عقلا گفتیم، در مورد این دلیل نیز می‌گوییم.

۱-۳-۱. اصل

از آنجا که در تمامی احکام شرعی، اعم از تکلیفی و وضعی، یک اصل عدمی قابل جریان است، لذا با یأس از دلیل اجتهادی، اصل عدمی جریان می‌یابد و حکم به عدم جواز وقف در غیر اعیان می‌شود.

به اعتقاد ما دلیل فوق نیز قابل اعتماد نیست؛ زیرا اولاً منوط به آن است که اطلاق ادله لفظی از جمله روایت «حَبَسَ الْأَصْلَ وَسَبَلَ الثَّمَرَةَ» را نپذیریم. در صورتی که به نظر می‌رسد روایت مورد نظر در این مورد اطلاق دارد که در ادامه از آن بحث خواهیم کرد. ثانیاً مقتضای قواعد اولیه در باب وقوف، جواز است نه عدم جواز، چنان که از این مطلب نیز به طور مفصل سخن خواهیم گفت. ثالثاً جریان اصالة الصحه در این مورد، مانع جریان اصل عملی عدمی است. در نهایت به نظر ما اصل عدمی تنها در صورت فقدان دلیل اجتهادی پذیرفته است. اما دست مستنبط از دلیل اجتهادی کوتاه نیست و نوبت به اصل عدمی نخواهد رسید. وانگهی چرا اصل عدمی را به صورت عکس طرح نکنیم؟ به نظر می‌رسد اصل عدم شرطیت عینیت، موجه‌تر از اصل عدم تحقق وقف در غیر موارد منصوص باشد؛ خصوصاً اگر در مسئله صحیح و اعم، دیدگاه اعم را برگزینیم.

۱-۳-۱. ۷-۱. ۳-۱. مروری کلی بر ادله فوق

نتیجه تحلیل ادله مذکور آن است که هیچ یک از آن‌ها عدم جواز وقف را در حقوق معنوی اثبات نمی‌کند. به گمان نگارندگان، هدف فقها در استناد به تمامی ادله مذکور برای اثبات عدم جواز وقف در غیر اعیان، منحصرأً اثبات عدم جواز وقف در مال کلی، دیون و منافع می‌باشد و اساساً مجتهدان نگاهی به وقف حقوق ندارند. شاهد صحت این مدعا، ظاهر تعبیرات فقیهان است؛ مثلاً صاحب شرایع می‌نویسد:

شرایط موقوفه چهار مورد است: اول اینکه عین مملوک باشد، به گونه‌ای که انتفاع از آن در عین بقایش ممکن بوده، اقباض آن نیز میسر باشد. بنابراین وقف چیزی غیر از عین صحیح نیست؛ مانند دین و نیز کلی در ذمه، چنان که مثلاً بگوید اسبی را وقف کردم یا بگوید شتری را وقف نمودم یا به طور مثال خانه‌ای را وقف کردم، اما آن را

تعیین نکند.

صاحب جواهر نیز در تشریح مقصود وی چنین اضافه کرده است:

گرچه آن کلی را با اوصاف معلوم توصیف نماید. همینطور وقف منفعت نیز صحیح نیست. دلیل عدم صحت وقف در این موارد آن است که عین به مفهومی اطلاق می شود که در مقابل هر سه مورد قرار می گیرد که وقف هیچ کدام صحیح نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵/۲۸).

مهم ترین مستند شرط مزبور عبارت است از همان روایت نبوی صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ که بر اساس آن، وقف به تحبیس اصل و اطلاق منفعت تعریف می شود. در نتیجه از آنجا که وقف دارای دو رکن اساسی است، انتفای هر کدام موجب انتفای اصل وقف نیز خواهد بود؛ چه اینکه اگر قرار باشد منافع به طور مستقیم و بدون تحبیس اصل وقف گردند، تعریف وقف بر آن صدق نمی کند؛ برای مثال، صاحب جواهر برای توجیه فتوای خویش به عدم جواز وقف در غیر اموال عینی می نویسد:

«وَأَمَّا عدم صحّة وقف المنفعة فلعدم تصوّر الحبس فيها، ضرورة كونها مبنية على الاستيفاء شيئاً فشيئاً، ودعوى عدم اعتبار أصل التحبیس فی الوقف، بل يكفى فيه تسبيل المنفعة كما عن أبي الصلاح، يدفعها ظهور النصّ والفتوى بخلافه بل يمكن دعوى ضرورة المذهب أو الدين على ذلك» (همان: ۱۷/۲۸).

از این استدلال چنین برمی آید که از دیدگاه فقهی چون او، ملاک اساسی برای فتوا به عدم جواز وقف در غیر اعیان، عدم قابلیت مال برای حبس است؛ یعنی چون در منافع، بهره برداری مستلزم تلف اصل مال است، حبس مال معنا نخواهد داشت و در نتیجه چنین عمل حقوقی ذیل عنوان وقف تشکیل نمی شود؛ چه اینکه در ادامه و در ردّ فتوای ابوصلاح حلبی مبنی بر ضروری نبودن حبس، نص را مورد استناد قرار داده و حتی مدعی است که لزوم تحبیس در وقف از ضروریات مذهب بلکه از ضروریات دین است!

نگاهی به ماده ۵۵ قانون مدنی و تحلیل لزوم عینیت موقوفه از نگاه قوانین

ماده ۵۵ قانون مدنی ایران در تعریف وقف می گوید: «وقف عبارت است از اینکه عین

مال حبس و منافع آن تسبیل شود». ظاهراً قانون‌گذار در قالب این ماده قانونی قصد داشته همان تعریف فقیهان را تکرار کند، اما می‌بینیم که در ترجمه «تحبیس الأصل و تسبیل الثمرة»، اصل را به معنای «عین» آورده است. به نظر می‌رسد که این برگردان فارسی با توجه به آنچه در معنای «اصل» گفتیم، فاقد دقت کافی است. شاید قانون‌گذار به قرینه تقابل، مفهوم مقابل ثمره و منفعت را در قالب واژه «عین» آورده و مقصودش بیان همین تقابل بوده است.^۱ به هر روی در نقد استنباط از ماده ۵۵ قانون مدنی مبنی بر لزوم عینیت مال موقوفه (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۲۰۷) نیز می‌توان گفت که اگر مستند ما فقط ماده فوق باشد و بخواهیم از همین ماده، بطلان وقف در غیر اعیان را استنباط کنیم، به نظر می‌رسد که چنین استنادی صحیح نیست؛ زیرا این ماده تنها در صورتی بر بطلان وقف در غیر اعیان دلالت خواهد داشت که به مفهوم لقب تمسک کنیم و ناگفته پیداست که اگر نگوییم عدم حجیت مفهوم لقب در میان اصولیان مورد اتفاق است، حداقل نزدیک به اجماع است (مظفر، ۱۳۸۳: ۱۳۰/۲). اینکه ماده مزبور در تعریف وقف از «عین مال» یاد کرده، نمی‌تواند بر عدم جواز وقف در «غیر عین مال» دلالت داشته باشد و حداکثر باید بگوییم که در غیر موضوع خود ساکت است. بنابراین لازم است که به متون فقهی معتبر و آرا و فتاوی فقیهان رجوع کنیم که در این صورت آنچه تا کنون گفته شد، در این باره صدق می‌نماید.

وانگهی دقت در تبصره ماده ۱۸ قانون اوقاف سال ۱۳۵۴ و استناد به وحدت ملاک موجود در آن، نشان می‌دهد که از نگاه قانون‌گذار، «عینیت» به مفهوم مورد بحث شرط صحت وقف نیست. در این تبصره می‌خوانیم:

خرید سهام مؤسسات تولیدی به تشخیص شورای عالی اوقاف و با رعایت مقررات قانون مدنی در مقام تبدیل به احسن مجاز است و انتقال این سهام جز در موارد تبدیل به احسن جایز نیست.

بر اساس این ماده، خرید سهام مؤسسات تولیدی در قالب تبدیل موقوفه به احسن، قانوناً مجاز است. این در حالی است که بر اساس قانون و مبانی فقهی، همان موضوع

۱. مشابه همین مسأله در مبحث بیع و ذیل ماده ۳۳۸ قانون مدنی نیز مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.

احسن نیز با حفظ عنوان موقوفه، تنها نقش جایگزین موضوع قبلی را ایفا می‌نماید. همچنین ماده ۴۴ آیین‌نامه اجرایی قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه، مصوب ۱۳۶۵/۱۲/۱۰ چنین اعلام کرده است:

سهام اوراق بهاداری که از محل ثمن موقوفات خریداری شده، در حکم عین موقوفه است و قابل انتقال نیست، مگر در موارد تبدیل.

تبصره- ادارات حج و اوقاف و امور خیریه، صورت مشخصات اوراق سهام موضوع این ماده و همچنین سایر سهام و اوراق موقوفه را در دفتر مخصوص، ثبت و نگهداری خواهند کرد.

در توجیه ارتباط این دو ماده قانونی با ماده ۵۵ قانون مدنی ابتدا باید ماهیت حقوقی سهام را مشخص کنیم و سپس به نوع این ارتباط بپردازیم.

در پاسخ به مسئله نخست، دیدگاه‌های مختلفی از سوی حقوق‌دانان ارائه شده است (نفرشی و سکوتی نسیمی، ۱۳۸۳: ش ۴۱/۴۷-۴۹). اما دیدگاه مختار ما در این نوشتار آن است که چنان که برخی حقوق‌دانان نیز اشاره کرده‌اند، عرفاً این اموال در زمره اموال غیر مادی محسوب می‌شوند (ستوده تهرانی، ۱۳۷۵: ۵۶/۲). بنابراین قانون‌گذار در قالب این دو ماده به طور ضمنی، وقف مال غیر مادی را جایز شمرده است.

در پاسخ به مسئله دوم نیز باید بگوییم که دو حالت قابل تصور است: فرض نخست آن است که بگوییم ماده ۵۵ قانون مدنی از این حیث دچار اجمال است. در این صورت باید دو ماده مورد نظر را مبین ماده ۵۵ بدانیم.

فرض دوم، وجود تنافی میان این دو ماده با ماده ۵۵ فوق‌الاشعار است که در این صورت، این دو ماده حاکم بر ماده ۵۵ قانون مدنی هستند؛ با این توضیح که دو ماده مزبور در عقدالوضع ماده ۵۵ قانون مدنی تصرف نموده و دایره آن را توسعه بخشیده‌اند. بنابراین بر اساس حکومت این دو ماده بر ماده ۵۵، سهام که از اموال غیر مادی محسوب می‌شود، در حکم عین قرار گرفته است.

اما این کافی نیست و الحاق حکمی یکی از اموال غیر مادی به موضوع ماده ۵۵، دلیلی اخص از مدعای ماست. در این جهت نیز به نظر می‌رسد بر اساس الغای خصوصیت از سهام و وحدت ملاک موجود در آن، می‌توان به قانون‌گذار نسبت داد

که مقصود وی، کلی اموال غیر مادی است، نه فقط سهام، و بسیار بعید است که استثنانمودن صرف سهام در میان دیگر اموال غیر مادی، تابع وجود ویژگی خاصی در سهام مؤسسات تولیدی باشد.

با وجود این باز هم تأکید می‌کنیم که استنباط عدم جواز وقف اموال غیر عینی از ماده ۵۵، منوط به استفاده از مفهوم لقب است که این به نوبه خود، اساس استدلال را متزلزل می‌سازد؛ چه اینکه در هیچ یک از مواد قانون مدنی، به تصریح یا بر اساس مفهوم شرط و یا حتی وصف، به لزوم عینیت مال موقوفه اشاره‌ای نشده تا بتوان این شرط را از قانون مدنی استنباط نمود. آنچه از مواد ۵۵ ق.م. و نیز ماده ۵۸ ق.م. مبنی بر عدم جواز وقف در غیر اعیان قابل برداشت به نظر می‌رسد نیز مبتنی بر حجیت مفهوم لقب است که بر عدم حجیت آن اتفاق نظر وجود دارد.

آنچه پیرامون ماده ۵۵ گفتیم، درباره ماده ۵۸ قانون مدنی نیز صدق می‌نماید.

۱-۳-۲. مملوک بودن

غالب فقیهان به لزوم وجود این شرط در مال موقوفه تصریح نموده‌اند. البته اعتبار این شرط توسط برخی از فقیهان مورد تردید قرار گرفته است. اما به فرض پذیرش آن، پس از اثبات مملوک بودن حقوق معنوی برای صاحب آن، اشکالی متوجه وقف در این مورد نخواهد بود. در صورتی که محقق پس از بررسی مبادی تصدیقی نتواند ملکیت در حقوق معنوی را احراز نماید، حداقل تصدیق می‌کند که وی نسبت به محصول ابتکار خویش نوعی حق اختصاص دارد. این مسئله در مباحث آینده بیشتر واضح می‌گردد، اما اجمالاً باید بگوییم که در محل بحث، انکار حق اختصاص صاحب اثر نسبت به آن ممکن نیست. با این مقدمه حتی اگر طبق مبانی شرعی، حقوق معنوی را به عنوان یک حق مالی و ملک صاحب اثر احراز نکنیم، باز هم وقف آن توسط وی ممکن خواهد بود؛ زیرا بر اساس گفته محققان، وجود حق اختصاص نسبت به مال کفایت می‌کند؛ برای مثال، صاحب کفایه در این مورد چنین می‌نگارد:

لزوم ملکیت در عین، محل اشکال است؛ زیرا این احتمال قوی می‌نماید که وجود اضافه حق اختصاص یا تحجیر نسبت به مال کافی باشد. عنوان «حبس اصل» نیز دلالتی بر مملوک بودن اصل ندارد. پس بعید نیست ادعا کنیم وقف چیزی که ملک

نیست، اما فرد نسبت به آن حق اختصاص یا تحجیر دارد، در صورتی که معمولاً منفعت حلالی داشته باشد، صحیح است... (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳: ۱۰).

صاحب جواهر نیز در این باره می‌گوید:

«لعل قوله "حبس الأصل وسبيل الثمرة" يشمل، إذ لا دلالة في الأصل على اعتبار كونه مملوكاً وهو واضح» (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۸/۲۸).

یعنی احتمال دارد روایت «اصل را حبس کن و ثمره را در راه خدا قرار ده» شامل این مورد نیز باشد؛ زیرا در لفظ «اصل»، دلالتی بر اینکه باید مملوک نیز باشد، وجود ندارد که این مطلب روشن است.

۳-۳-۱. قابلیت انتفاع در عین بقا

از این شرط در ضمن مباحث گذشته نیز یاد کردیم. چنان که گفته شد، مستند این شرط نیز ظاهراً همان نص نبوی است. به نظر می‌رسد با پیش فرض مالیت داشتن حقوق معنوی و قابلیت نقل و انتقال آن، شرط حاضر در این گونه اموال محقق است و از این جهت مانعی برای تعلق وقف به حقوق معنوی وجود ندارد. صاحب حقوق معنوی می‌تواند این حق را به عنوان اصل، تحبیس نموده، منافع مادی آن را در جهتی خاص تسبیل نماید. در این صورت، حق معنوی بر جای خویش باقی بوده و منافع آن در اختیار موقوف علیه قرار می‌گیرد، بی‌آنکه بهره‌برداری از منافع، منافاتی با بقای اصل داشته باشد.

بنابراین شبهه‌ای که در وقف مستقیم منافع مبنی بر عدم قابلیت انتفاع در عین بقا به وجود می‌آید، در مورد حقوق معنوی قابل طرح نیست و در این مورد اشکالی متوجه وقف حقوق معنوی نخواهد بود.

در نهایت به اعتقاد نگارندگان، هیچ یک از شرایط مذکور نافی تعلق وقف به حقوق معنوی نیستند. نیز به طور خاص هیچ یک از ادله مورد بحث در مورد شرایط موقوفه، تحمل نفی جواز وقف را در حقوق معنوی ندارند.

۲. مالکیت معنوی

در بخش دوم باید ابتدا به معرفی مالکیت معنوی پردازیم. سپس ویژگی‌های مرتبط آن با موضوع مقاله حاضر را بررسی نماییم. مهمترین این ویژگی‌ها اثبات مالیت عرفی و شرعی و قابلیت نقل و انتقال و قبض این حقوق است. از آنجا که هدف اصیل نوشتار پیش رو بررسی جواز وقف در این نوع حقوق است، پرداختن تفصیلی به مباحث مالکیت معنوی از رسالت آن خارج می‌باشد. بنابراین بطور خلاصه به این مباحث می‌پردازیم و پیش فرض‌های ضروری خود را اثبات می‌نماییم.

۱-۲. تعریف

[حقوق معنوی^۱] حقوقی است که به صاحب آن اختیار انتفاع انحصاری از فعالیت و فکر و ابتکار انسان را می‌دهد.... حق معنوی ماهیتی مختلط از حقوق مالی و باارزش و حق غیر مالی و مربوط به شخصیت است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۳).

این نوع از حقوق به دو دسته عمده تقسیم شده‌اند:

دسته نخست؛ مالکیت ادبی و هنری: حقوقی انحصاری و موقتی است که قانون برای پدیدآورندگان آثاری همچون کتاب، مقاله، شعر، فیلم، نقاشی و... شناسایی کرده است.

دسته دوم؛ مالکیت صنعتی و تجارتي: این حقوق مخصوص افرادی است که با ذهن خلاق خود، محصولی صنعتی یا تجاری را با یک ویژگی بدون سابقه و منحصر به فرد تقدیم جامعه کرده‌اند. فردی که ابزار جدیدی را با کاربرد صنعتی اختراع می‌کند یا تاجری که با تأسیس یک علامت تجاری خاص، سال‌ها برای آن اعتبار اقتصادی کسب می‌نماید، هر دو در قبال محصول فکری خود دارای حقوقی انحصاری هستند که ارزش مالی آن از سوی عقلا به رسمیت شناخته می‌شود. محل بحث ما، جنبه مالی حقوق معنوی است که ممکن است وقف گردد.

1. Intellectual property rights.

۲-۲. ادله مشروعیت حقوق معنوی

۱-۲-۲. سنت قولی

روایاتی وجود دارند که افراد را از تصرف در مال دیگران بدون اذن ایشان باز داشته، مالکیت خصوصی را محترم شمرده‌اند. به چند نمونه توجه کنید:

- «لا یحلّ لأحدٍ أن یتصرّف فی مال غیره بغیر إذنه» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۳۷۷/۶).

- «لا یحلّ مال إلا من وجه أحله الله» (همان: ۳۷۵/۶).

البته استناد به این روایات در محل بحث، منوط به احراز صغرای دلیل است؛ یعنی باید مالیت داشتن و مملوک بودن پدیده‌های معنوی همچون اختراع و تألیف و... محرز گردد تا در پی آن، مشمول این ادله عام و مطلق شود. در این راستا، به طور مختصر به بیان مفهوم مال و ملک می‌پردازیم.

مناط مالیت از نگاه فقیهان، وجود منفعت عقلایی و حلال در شیء مورد نظر می‌باشد تا آنجا که به اعتقاد برخی، لازم نیست که مالیت شیء نوعی باشد، بلکه چنانچه شیء مورد نظر مطلوب گروه یا فردی خاص باشد و دیگران هیچ ارزش اقتصادی برایش قائل نباشند، باز هم مالیت داشته، قابل انتقال است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۸/۳).

بسیاری از فقیهان، مالیت برخی حقوق و قابلیت نقل و انتقال در برخی از آن‌ها را پذیرفته‌اند. امام خمینی بر خلاف بسیاری از دانشمندان، نقل حقوق در برابر مال دیگر یا حتی حقوق دیگر را عرفاً بیع دانسته و به صحت آن فتوا داده است (همان: ۵۴/۱).

۲-۲-۲. قاعده لاضرر

برخی از فقیهان همچون شهید صدر، قاعده لاضرر را در اثبات مشروعیت حق تألیف و دیگر حقوق معنوی مفید دانسته‌اند (صدر، ۱۴۲۰: ۲۷۶). استناد به این قاعده فقهی در محل بحث، منوط به پذیرش چند پیش‌فرض است؛ از جمله اینکه قاعده مزبور علاوه بر نفی احکام، مرجع اثبات احکام نیز باشد که ما همین دیدگاه را برمی‌گزینیم.

به رسمیت شناختن حق پدیدآورنده یک محصول فکری، مستلزم اضرار به وی می‌باشد و طبق قاعده لاضرر این امر مردود است. در نتیجه می‌توان گفت که طبق

قاعده لاضرر، پدیدآورندگان محصولات فکری دارای حق مالکیت نسبت به اثر خود هستند.

۲-۲-۳. سیره عقلا

صغرای این دلیل غیر قابل خدشه به نظر می‌رسد، اما در کبرای آن ممکن است اشکالی رخنه کند. این اشکال همان لزوم معاصریت متعلق سیره با زمان حضور معصوم علیه السلام است تا در نهایت انتساب تأیید یا عدم ردع آن به شارع مقدس، معقول جلوه نماید. ولی ظاهراً نهاد حقوق معنوی به دلیل نو بودنش مشمول آن کبرای کلی نیست.^۱

پاسخ به این اشکال پس از نقل بیانی از شهید صدر میسور خواهد بود. وی در مبحث قاعده لاضرر و به مناسبت آن سخنی کلی پیرامون شرط هم‌عصر بودن سیره با زمان معصوم علیه السلام بیانی دارد که خلاصه آن را در اینجا می‌آوریم:

موضوع سخن مواردی است که شارع مقدس سیره‌ای را مورد تأیید قرار داده که ممکن است دارای انحاء و اقسام مختلف باشد؛ برای مثال، ضرر و ضرار در زمان شارع و در لسان دلیل نفی شده، اما این یک عنوان کلی است که شامل مصادیق گوناگون می‌شود. سیره و نیز ارتکاز عقلا، مفهوم ضرر را تفسیر کرده و آن را شامل مواردی متعدد می‌داند؛ مثلاً در زمان شارع، هر نوع ضرر و نقص مادی و حقیقی در ارتکاز عقلا مشمول عنوان ضرر بوده و در نتیجه از آنجا که شارع مقدس لفظ ضرر را مقید نکرده، اطلاق دلیل بر اساس ارتکاز عقلایی شامل تمامی انواع ضرر بوده است. اما به طور مثال، ضرر اعتباری و غیر حقیقی در زمان شارع وجود نداشته و پس از گذشت زمان حضور معصوم در جامعه، شناخته شده است. بحث در این مورد است که آیا پس از آنکه در سیره عقلا، ضرر مصادیق جدیدی پیدا کرد و روش عملی و نیز ارتکاز ذهنی عقلا، افراد جدیدی را به عنوان مصادیق ضرر معرفی نمود، این سیره حجیت دارد یا نه؟ منشأ پرسش نیز جدیدالحدوث بودن این سیره و عدم اتصال آن به زمان معصوم می‌باشد. اما ویژگی این سیره آن است که با توجه به وجود دلیل لفظی می‌تواند

۱. در این باره گفته شده است: «هذا مما لا دلیل علیه شرعاً لأن السیره علیه متأخرة» (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷: ۲۴۴/۳).

تعیین‌کننده مصداقی جدید برای عنوان مأخوذ در دلیل لفظی باشد. حال پرسش ما آن است که آیا این سیره حجیت دارد و می‌تواند مصداق جدید را مشمول تأیید شارع کند یا خیر؟ شهید صدر در ادامه می‌افزاید راه حل این مشکل آن است که ببینیم آیا شارع مقدس در صدد آن بوده تا عنوان مورد نظر را با همان حدود معمول و متعارف در زمان خودش تأیید کند؟ به تعبیر دیگر آیا مصداق مشخص، موضوعیت داشته است یا اینکه امضای شارع دایره وسیع‌تری را در بر می‌گیرد و در حقیقت این ملاک و مناط موجود در این مصداق بوده که مورد نظر شارع قرار گرفته است؟ اگر احتمال نخست را بپذیریم، تأیید شارع تنها نسبت به مصداق موجود در زمان خودش اعتبار دارد. اما اگر احتمال دوم را تقویت نماییم، این مناط و ملاک سیره است که مورد تأیید قرار گرفته و در نتیجه در هر مورد و مصداقی یافت شود، آن مصداق مشمول تأیید شارع خواهد بود. وی در نهایت احتمال دوم را برگزیده است (ر.ک: همان: ۲۶۵-۲۸۵).

پس از دقت در این بیان دقیق شهید صدر، موضوع بحث خود را مثالی برای آن قرار می‌دهیم. از یک سو می‌دانیم که شارع مقدس مالکیت خصوصی را تأیید نموده است. از سوی دیگر، مالکیت اسباب مختلفی دارد. یکی از این اسباب، عمل و تلاش انسان است؛ یعنی برای مثال، چون انسان شیئی را به دست خویش ساخته و در قبال آن زحمت کشیده، مالک آن است، مانند تمام مشاغل تولیدی؛ یا چون منافع عملی انسان حاصل تلاش و زحمت خود اوست، نسبت به حاصل اعمال خویش مالکیت خواهد داشت، مانند تمام مشاغل خدماتی همچون خیاطی، بنایی و... بنابراین یکی از ملاک‌های سیره عقلا در به رسمیت شناختن مالکیت خصوصی همین است. در این باره قاعده‌ای معروف نیز وجود دارد که می‌گوید: «عمل مسلمان محترم است» (ر.ک: نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۲/۳۱؛ غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۴۸؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۱۶/۷). در ادامه می‌توان ادعا کرد که شارع مقدس در تأیید مالکیت خصوصی، به همین ملاک‌ها توجه داشته است، نه اینکه فقط مالکیت افراد نسبت به اموال موجود در زمان خودش را تأیید کرده باشد؛ زیرا در غیر این صورت مالکیت ما نسبت به بسیاری از اموال غیر مشروع خواهد بود که این لازم را هیچ فقیه بلکه هیچ متفقهی نمی‌پذیرد. پس می‌توان نتیجه گرفت که شارع مقدس، ملاک مورد بحث یعنی تلاش و زحمت انسان را در نظر گرفته و مالکیت

خصوصی افراد را به عنوان یک سیره عقلایی تأیید کرده است. بسیاری از فقیهان معاصر همچون آیه‌الله مکارم شیرازی (۱۴۲۷: ۳/۴۹۵)؛ روحانی (حسینی روحانی قمی، بی‌تا: ۲۹۳)؛ فاضل موحدی لنکرانی و مقام معظم رهبری (حسینی خامنه‌ای، ۱۴۲۴: ۲۹۸) این حق را به رسمیت شناخته‌اند.

۲-۳. قابلیت انتقال حقوق معنوی

به نظر می‌رسد حقوق معنوی قابل انتقال‌اند و مانعی از این جهت وجود ندارد. آیه‌الله روحانی می‌نویسد:

قرار دادن این حق به عنوان عوض در معامله و مصالحه بر آن و یا هبه آن و مانند این‌ها جایز است (حسینی روحانی قمی، بی‌تا: ۳۰۴).

البته ایشان به دلیل ویژگی‌های لازم در عوضین بیع، معتقد است که حقوق معنوی نمی‌توانند به عنوان معوض عقد بیع قرار گیرند، اما نسبت به اعمال حقوقی دیگر مانعی در این جهت وجود ندارد.

۳. جواز وقف حقوق معنوی

با آنچه گفتیم مشخص می‌شود که وقف حقوق معنوی دچار هیچ مانعی نیست؛ زیرا اولاً حقوق معنوی مالیت دارند و قابل انتقال هستند و ثانیاً تعلق وقف نیز به چنین مالی، با نظر به آنچه در مورد شرایط وقف گفتیم، بلامانع خواهد بود. نهایتاً اینکه حتی اگر حقوق معنوی را به عنوان مملوک صاحب اثر شناسیم، باز هم تعلق وقف بدان دچار اشکال نخواهد بود؛ زیرا چنان که از زبان صاحب جواهر نقل کردیم، ثبوت حق اختصاص در جواز وقف موضوع حق کفایت می‌کند و خواننده محترم اذعان دارد که انکار حق اختصاص به عنوان یک حداقل برای صاحب آثار تألیفی و اختراعی و... به هیچ وجه پذیرفته نیست. البته ممکن است از ناحیه‌ای دیگر این وقف بی‌اثر تلقی شود؛ زیرا در صورت عدم رسمیت حقوق معنوی مؤلف و مخترع، نفع مادی چندانی برای آن وجود نخواهد داشت. اما این اشکال نمی‌تواند مستلزم لغویت وقف حقوق معنوی باشد. به تعبیری دیگر، این گونه نیست که چنین وقفی کاملاً بی‌اثر باشد، بلکه ممکن است اثر

و نفع مادی آن کمتر شود. در نتیجه از این جهت نیز اشکالی بر وقف حقوق معنوی مترتب نیست.

برای تکمیل بحث چند دلیل اثباتی نیز می‌آوریم.

۱-۳. اطلاق ادله

چنان که گذشت، مهم‌ترین مستند وقف، روایت «حبس الأصل وسبب الثمرة» می‌باشد. به نظر می‌رسد این دلیل اطلاق دارد و شامل حقوق معنوی نیز هست. چه اینکه کلمه «الأصل» در برابر فرع، بی‌شک شامل حقوق معنوی به عنوان مبنایی برای فواید مادی آن می‌شود.

۲-۳. اصل صحت

در بحث حاضر، شک ما از نوع شبهه حکمی است و در اینکه اصل صحت در شبهات حکمی جاری می‌شود یا خیر، میان دانشمندان اختلاف نظر وجود دارد. ما در مقام توضیح ادله طرفین و نتیجه‌گیری نهایی نیستیم، بلکه بر اساس دیدگاهی که اصل صحت را در شبهات حکمی قابل جریان می‌داند، استدلال خواهیم کرد. از میان دانشمندان امامیه، صاحب‌جواهر به جریان اصل صحت در شبهات حکمی تصریح نموده است. برخی دیگر نیز کلامشان ظهور در این نظریه دارد؛ مانند صاحب‌العروه. نیز دسته‌ای دیگر از فقیهان همچون آیه‌الله بروجردی از آنجا که در شرح العروه بر کلام محقق یزدی حاشیه نزده‌اند، چنین به نظر می‌رسد که با وی موافق بوده‌اند. محمدحسین نجفی کاشف‌الغطاء در تحریرالمجله (۱۳۵۹: ۶۹/۱) به این مطلب تصریح کرده و محقق سبزواری نیز در کتاب مهذب الاحکام ظاهراً همین دیدگاه را برگزیده است (ر.ک: حسینی شیرازی، ۱۴۲۷: ۱۹۱/۸).

بر اساس این دیدگاه و با فرض قول به وضع الفاظ معاملات برای اعم، تمسک به اصل صحت در این مسئله ممکن بوده، فرضیه ما را اثبات می‌کند.

۳-۳. ماهیت خاص وقف و مقتضای قواعد اولیه

به نظر می‌رسد از آنجا که به اعتقاد ما وقف یک ایقاع است و جزء اعمال حقوقی

مجانمی محسوب می‌شود، مقتضای قاعدهٔ اولیه در آن تسامح می‌باشد. شارع مقدس با تأسیس یا امضای وقف، هدفی والا و عام داشته است. او با تأیید وقف خواسته فواید بی‌شمار آن را در جامعه عام‌الشمول نماید. از سویی وقف به عنوان یک عمل خیر می‌تواند منافع معنوی زیادی برای واقف داشته باشد و از سویی دیگر، فواید مادی آن برای موقوف‌علیه به طور خاص و کل جامعه به طور عام، بر کسی پوشیده نیست. بنابراین در مورد عملی چون وقف که دارای فواید مادی و معنوی فراوانی است و شارع آن را تأیید نموده و جامعه نیز در پی توسعهٔ آن به موارد غیر منصوص و بی‌سابقه است، فتوا به عدم جواز، چیزی جز مانع‌تراشی برای یک عمل خیر نیست. در نتیجه مقتضای قواعد اولیه در اوقاف، جواز و صحت است، نه فساد. افزون بر اینکه تمام آنچه در مورد شرایط وقف و مالیت حقوق معنوی گفتیم، زمینه را برای قول به جواز وقف در پدیده‌های معنوی فراهم می‌سازد. پس مقتضی موجود و مانع مفقود است و دلیلی برای عدم جواز وقف در این مورد وجود ندارد.

نتیجه‌گیری

تعلق وقف به حقوق مالکیت فکری بر اساس مبانی استنباطی دانش فقه، کاملاً قابل دفاع به نظر می‌رسد. گرچه مصداقی از چنین عمل حقوقی در سنت معصومان علیهم‌السلام یافت نمی‌شود و اساساً کلی حقوق معنوی در قالب‌های کنونی، در اعصار پیشین رایج نبوده است، اما با تکیه بر ادله‌ای چون اطلاق ادلهٔ وقف، اصالة الجواز، اصل صحت و توجه به ماهیت خاص وقف می‌توان موضوع مادهٔ ۵۵ قانون مدنی را نسبت به حقوق مالکیت فکری توسعه بخشید. علاوه بر ادلهٔ فوق، به نظر می‌رسد بار اثبات مدعا در جهت استدلال بر وجود مانعی که از شمول ادلهٔ فقهی و حقوقی عام و مطلق و نیز اصول عملیه نسبت به حقوق معنوی جلوگیری کند، بر عهدهٔ مدعی منع و نفی است. نتیجهٔ پژوهش حاضر آن است که ادلهٔ مانعان در این راستا کفایت نمی‌کند و همین، با وجود تکیه‌گاه امنی چون اصالة الجواز برای اثبات پیش‌فرض ما مبنی بر جواز وقف در حقوق مالکیت فکری، کفایت می‌کند.

کتاب شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، کتاب فی الوقف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲. آل عصفور دزازی بحرانی، حسین بن محمد، الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع (اللفیض)، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
۳. ابن ابی جمهور احسائی، محمد بن زین الدین علی بن ابراهیم، عوالی اللئالی العزیزیه فی الاحادیث الدینیہ، قم، دار سیدالشهداء (ع)، ۱۴۰۵ ق.
۴. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۵. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، الوسيلة الى نيل الفضيله، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۶. ابن حنبل شیبانی، ابو عبدالله احمد بن محمد، مسند الامام احمد بن حنبل، بیروت، مؤسسة الرساله، ۱۴۲۱ ق.
۷. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، تحقیق جمال الدین میردامادی، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر - دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
۸. ابوصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین، الکافی فی الفقه، تصحیح رضا استادی، اصفهان، کتابخانه امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۰۳ ق.
۹. بیهقی، ابوبکر احمد بن حسین، سنن البیهقی الکبری، مکه مکرمه، کتابخانه دار الباز، ۱۴۱۴ ق.
۱۰. تفرشی، محمد عیسی و رضا سکوتی نسیمی، «بیع سهام شرکت های سهامی»، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، شماره ۴۱، ۱۳۸۳ ش.
۱۱. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۲. حسینی خامنه‌ای، سید علی، اجوبه الاستفتائات، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۴ ق.
۱۳. حسینی روحانی قمی، سید محمد صادق، المسائل المستحدثه، قم، مدرسه امام صادق (ع)، بی تا.
۱۴. حسینی شیرازی، سید صادق، بیان الاصول، قم، دار الانصار، ۱۴۲۷ ق.
۱۵. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۶. خوانساری، سید احمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۱۷. دارقطنی بغدادی، ابوالحسن علی بن عمر، سنن الدارقطنی، بیروت، دار المعرفه، ۱۳۸۶ ق.
۱۸. زحیلی، وهبة بن مصطفى، الفقه الاسلامی وادلتہ، چاپ چهارم، دمشق، دار الفکر، بی تا.
۱۹. ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، تهران، دادگستر، ۱۳۷۵ ش.
۲۰. سیوری حلی (فاضل مقداد)، جمال الدین مقداد بن عبدالله، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۲۱. صدر، سید محمد باقر، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، قم، دار الصادقین للطباعة و النشر، ۱۴۲۰ ق.
۲۲. طباطبائی حائری، سید علی بن سید محمد علی، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۲۳. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المكتبة المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.

۲۴. همو، کتاب الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۲۵. عاملی جعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة معارف اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۶. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۷. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، الاجاره، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۹ ق.
۲۸. فیومی مقری، احمد بن محمد بن علی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، قم، دار الرضی، بی تا.
۲۹. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (عطایا، هبه، وقف، وصیت)، تهران، یلدا، ۱۳۶۹ ش.
۳۰. همو، حقوق مدنی اموال و مالکیت، چاپ ششم، تهران، میزان، ۱۳۷۶ ش.
۳۱. همو، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ هشتم، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.
۳۲. کاشف الغطاء، جعفر بن خضر مالکی، کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۳۳. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسة آل البيت علیه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۴. گیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن، جامع الشتات فی اجوبة السؤالات، تصحیح مرتضی رضوی، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۳۵. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن هذلی، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۳۶. مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، تهران، مرکز کتاب لترجمة و النشر، ۱۴۰۲ ق.
۳۷. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۳ ش.
۳۸. مکارم شیرازی، ناصر، استفتانات جدید، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۲۷ ق.
۳۹. همو، انوار الاصول، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۲۸ ق.
۴۰. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، القواعد الفقهیه، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۴۱. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۴۲. نجفی، محمدرضا بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۴۳. نجفی کاشف الغطاء، محمدحسین بن علی بن محمدرضا، تحریر المجله، نجف اشرف، المكتبة المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.
۴۴. واعظ حسینی بهسودی، سیدمحمدسرور، مصباح الاصول، تقریر اباحت سید ابوالقاسم موسوی خویی، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
۴۵. هاشمی شاهرودی، سید محمود، بحوث فی علم الاصول، تقریرات دروس سیدمحمدباقر صدر، قم، مؤسسه دائرة معارف الفقه الاسلامی، ۱۴۱۷ ق.

جایگاه قاعدهٔ «تحدیر»

در مسئولیت مدنی اشخاص و دولت*

- ابوالفضل علیشاهی قلعه‌جوقی^۱
- محمد دانش‌نهاد^۲

چکیده

قاعدهٔ تحدیر یکی از قواعد بسیار مهم و تأثیرگذار و در عین حال گمنام در رابطه با مسئولیت مدنی است. این قاعده همان گونه که در رابطه با مسئولیت مدنی اشخاص قابل طرح است، در رابطه با مسئولیت مدنی دولت نیز می‌تواند منشأ اثر باشد. برای دستیابی به جایگاه قاعدهٔ تحدیر در این دو مورد باید با تحلیل درست علت عدم ضمان هشاردهنده، که به عقیدهٔ نگارندگان مبتنی بر دلیل عقلی است و ادلهٔ دیگر تنها مؤید این دلیل اند، در پی جبران خسارت به نحو عادلانه برآمد و با توجه به منشأ اثر بودن عناصر تقصیر و علم از جانب هشاردهنده و آسیب‌دیده، شقوق مختلفی به دست می‌آید که احکام هر یک متفاوت از دیگری می‌گردد؛ چرا که با لحاظ وجود و یا فقدان هر یک از این عناصر، اگرچه لحاظ مسئولیت مدنی متفاوت می‌گردد، اما همچنان قاعدهٔ تحدیر منشأ اثر است و

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۲/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۹/۳۰.

۱. دانشیار دانشگاه یاسوج (نویسندهٔ مسئول) (alishahi88@gmail.com).

۲. دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی (m_borosdar@yahoo.com).

نمی‌توان در صورت نبود یکی از عناصر، قاعدهٔ تحذیر را کنار گذاشت. لذا نقش قاعدهٔ تحذیر در مسئولیت مدنی اشخاص بدین صورت تبیین می‌گردد که اگر تنها یکی از دو طرف تحذیر، مقصر بود، تنها همان شخص مقصر، ضامن جبران تمام خسارات می‌گردد و اگر تقصیر از جانب دو طرف باشد، هر یک به میزان تقصیر خود ضامن است و در صورتی که هیچ یک از این دو مقصر نبودند، دولت بر پایهٔ نفی ضرر غیر متدارک، ضامن جبران خسارت گردد. نقش قاعده در مسئولیت مدنی دولت به طور خاص نیز در جایی است که دولت محذّر است و اگر به تمام شرایط قاعده عمل نماید و تقصیری نیز در تحقق خسارت نداشته باشد و محذّر الیه به تحذیر دولت بی‌توجهی نماید، دولت ضامن نخواهد بود. اما اگر دولت تحذیر را به نحو شایسته انجام ندهد و یا به جهات دیگری مقصر باشد، در این حالت اگر محذّر الیه نیز مقصر باشد، دولت ضامن جبران خسارات به اندازه‌ای می‌گردد که مقصر بوده است، ولی اگر محذّر الیه هیچ گونه تقصیری نداشته باشد و در واقع تحذیر به نحو صحیح رخ نداده باشد، دولت ضامن جبران تمام خسارات می‌گردد.

واژگان کلیدی: تحذیر، دولت، آسیب‌دیده، تقصیر.

مقدمه

قاعدهٔ تحذیر یکی از قواعد بسیار مهم در حوزهٔ مسئولیت مدنی است که از طریق اصطیاد در مباحث فقهی می‌توان به نقش آن در نفی و ایجاب مسئولیت مدنی اشخاص و دولت پی برد. به رغم نگارش قواعد فقهی گوناگون، متأسفانه تا کنون یا نامی از این قاعده برده نشده و یا به صورت سربسته مورد توجه قرار گرفته شده است؛ در حالی که در قانون در بسیاری از موارد، به مفاد این قاعده برای نفی و ایجاب مسئولیت مدنی استناد شده است. از جملهٔ مقالاتی که در این باب به رشتهٔ تحریر در آمده‌اند، مقالات «قاعدهٔ تحذیر: نقد هشدار در رفع مسئولیت» (محقق داماد، ۱۳۷۱: ش ۲۴-۷/۵) و «قاعدهٔ تحذیر در رویکرد فقهی و حقوقی» (فلاح، ۱۳۸۵: ش ۵۷-۴۷/۱۰۶)، کلیاتی در باب مفهوم قاعده و ادلهٔ اثبات آن ارائه نموده‌اند، بی‌آنکه به تفصیل نقش این قاعده را در زمینهٔ مسئولیت مدنی اشخاص و دولت تجزیه و تحلیل نمایند. مقالهٔ «هشداررسانی؛ ضابطهٔ اصلی رفع مسئولیت در پیشگیری وضعی خطرناک از جرم» (صفاری و صابری، ۱۳۹۶: ش ۲۱-۱۶۵/۱۸) غالباً از جهت کیفری به موضوع مذکور پرداخته است، اگرچه در پایان

نیز اشاره اندکی به نقش این قاعده در باب مسئولیت مدنی نموده است. در کتاب *نقش هشدار در رفع مسئولیت کیفری* (پاک‌نیت و کلباسی، ۱۳۹۴)، قاعده تحذیر از لحاظ کیفری صرف بررسی شده است، بی‌آنکه به نقش این قاعده در باب مسئولیت مدنی اشخاص و دولت پرداخته شود. در مقاله «بررسی مسئولیت ناشی از اخفای مضرات دارو و نقش قاعده تحذیر» (صالحی و علی‌عسگری و جعفرزاده، ۱۳۹۶: ش ۳۳-۹/۴۱) تنها از جهت تأثیر این قاعده در یک مورد خاص تحقیق به عمل آمده است، بی‌آنکه در این زمینه به محورهای گوناگون این قاعده در باب مسئولیت مدنی اشخاص و دولت تصریح گردد. این پژوهش تنها در پی تبیین نقش قاعده تحذیر در باب مسئولیت مدنی اشخاص و دولت است و در این زمینه به نقش قاعده تحذیر در مسئولیت کیفری پرداخته نمی‌شود؛ چرا که تأثیر چندانی در موضوع بحث ندارد و چه‌بسا مواردی که بر اساس قاعده تحذیر، مسئولیت مدنی ثابت گردد، بی‌آنکه نیاز به طرح مسئولیت کیفری باشد، لذا ملازمه‌ای بین این دو مسئولیت نیست.

۱. مفهوم تحذیر

تحذیر در لغت از ماده «حذر» به معنای دوری نمودن از امور خطرناک و ترسناک آمده است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۲۲۳؛ ابن منظور، ۱۴۰۵: ۱۷۵/۴) و در اصطلاح بدین معناست که اگر کسی پیش از اقدام به کاری که احتمال دارد از رهگذر اعمال آن، خطری متوجه دیگری گردد، هشدار دهد و با وجود این، مخاطب یا شنونده به هشدار وی بی‌توجهی کند و ترتیب اثر ندهد و خود را در معرض خطر قرار دهد، هشداردهنده مسئولیتی نخواهد داشت (طوسی، ۱۴۰۰: ۷۵۵؛ شریف‌رضی، ۱۴۰۶: ۸۶؛ محقق داماد، ۱۳۷۴: ۲۳۵/۲). بر این اساس، این قاعده در مواردی که عدم توجه به آن موجب ضمان و مسئولیت مدنی یا کیفری است، می‌تواند رافع مسئولیت باشد و ضمان را از ذمه مکلفان و اشخاص حقیقی و حقوقی بردارد؛ برای مثال، نصب علائم هشداردهنده مناسب در محل کانال‌هایی که در خیابان‌ها توسط کارگران شهرداری و یا مناقصه‌کاران شرکت‌های خصوصی برای ارائه خدمات شهری حفر می‌شود یا در بزرگراه‌ها و جاده‌های اصلی، زیر پل عابر پیاده و امثال آن، رافع مسئولیت خواهد بود (فلاح، ۱۳۸۵: ش ۴۷/۱۰۶).

اگرچه برای قاعدهٔ تحذیر، مبانی متفاوتی از کتاب، سنت، سیرهٔ عقلا، شهرت عملی و ادلهٔ تسبیح نام برده‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۲۵: ۶۹۷/۲؛ طوسی، ۱۴۰۹: ۱۵۱/۲؛ محقق داماد، ۱۳۷۴: ۲۱۱/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۶۹/۴۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹: ۱۶۴)، اما روایت «قد عذر من حذر» بیش از مبانی دیگر بر رفع مسئولیت مدنی دلالت دارد (کلینی رازی، ۱۳۶۷: ۲۹۲/۷؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۴۶۸/۵).

با بررسی علت عدم مسئولیت مدنی هشداردهنده در قبال خسارات می‌توان به این نتیجه دست یافت که ناآگاهی آسیب‌دیده از خطر قریب‌الوقوع و آگاهی هشداردهنده از چنین خطری، موجب نفی مسئولیت مدنی و کیفری هشداردهنده می‌گردد. بر این اساس می‌توان مبنای اصلی قاعدهٔ تحذیر را به مسئلهٔ حسن و قبح عقلی و قاعدهٔ قبح عقاب بلا بیان ارجاع نمود؛ چرا که آسیب دیدن شخص مذکور، از سویی اگر به جهت ناآگاهی او از فضای خطرناک باشد و از سوی دیگر به جهت هشدار ندادن شخص آگاه از فضای خطرناک باشد، مسئولیت نداشتن شخص آگاه و جبران نشدن خسارت شخص ناآگاه قبیح است و همان‌گونه که عقاب بلا بیان در امور اخروی قبیح است، از طریق تنقیح مناط، عدم جبران خسارت شخص آسیب‌دیده نیز قبیح است و از طریق قانون ملازمهٔ عقل و شرع می‌توان حکم به وجوب شرعی جبران خسارت داد. بر این اساس، سایر ادله حتی روایات نیز جنبهٔ ارشادی پیدا می‌کنند، نه مولوی که در صورت عدم وجود آن‌ها، باز هم حکم به جبران خسارت از طریق دلیل عقلی امکان‌پذیر است (ر.ک: عراقی، ۱۳۸۸: ۱۴۹؛ طباطبایی قمی، ۱۳۷۱: ۶۷/۱).

۲. شرایط قاعدهٔ تحذیر

الف- یکی از شرایط اساسی برای استفادهٔ قاعده و احراز عدم مسئولیت هشداردهنده، ضرورت و الزام اعلام وجود خطر به نحو صریح و متعارف به مخاطبان است؛ بدین معنا که هشداردهنده می‌باید افراد را از وجود خطری که ممکن است مال یا جان آنان را در معرض تلف یا نقص قرار دهد، آگاه سازد تا از نزدیک شدن به خطر دوری نمایند.

ب- هشدار می‌باید قبل از وقوع حادثه داده شود و چنانچه بعد از وقوع حادثه مراتب اعلام گردد، به مثابهٔ عدم وجود هشدار خواهد بود.

ج- وسایل هشداردهنده می‌باید متناسب با نوع خطر و محیط باشد؛ چنان که در تبصره ۲ ماده ۶ قانون به کارگیری سلاح آمده است:

مأموران مذکور در صورتی می‌توانند به وسایط نقلیه تیراندازی نمایند که با صدای رسا و بلند به راننده وسیله نقلیه ایست داده و راننده به اخطار ایست توجهی ننموده باشد (رضوی، ۱۳۸۵: ۳۴۳).

ه- هشدارگیرنده خود را در معرض خطر قرار داده باشد.

و- ورود صدمه نباید ناشی از اقدام عمدی هشداردهنده باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹: ۱۶۴-۱۶۶؛ زراعت، ۱۳۸۸: ۱۷۳-۱۷۴).

۳. نقش قاعده تحدیر در مسئولیت مدنی اشخاص

فقها بر مبنای روایات مذکور بر این باورند که اگر کسی قصد پرتاب نمودن تیری را به هدف داشته و پیش از آن هشدار داده باشد، اما طرف مقابل نسبت به هشدار بی‌توجهی کند و خسارتی بر او وارد گردد، ضمانی بر عهده تیرانداز قرار نمی‌گیرد (فاضل‌آبی، ۱۴۱۰: ۶۱۷/۳؛ محقق‌حلی، ۱۴۰۹: ۱۰۲/۴؛ مفید، ۱۴۱۳: ۷۴۲؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۱: ۲۶۳؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۲۰/۱۰؛ همو، ۱۴۱۳: ۳۴۲/۱۵؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۴۳/۱۴؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۶۹/۲۹؛ موسوی خوبی، ۱۳۹۶: ۲۳۲/۲) و چنانچه هشدار نداده باشد، اما محل هدف در ملک تیرانداز بوده و مصدوم بدون اجازه وارد شده باشد، باز هم ضامن نیست؛ چنان که در ماده ۳۳۹ به این مطلب اشاره گردیده است:

هر گاه کسی در معبر عام یا هر جای دیگری که تصرف در آن مجاز نباشد، ... هر عملی که موجب آسیب و یا خسارت عابران گردد، انجام دهد، عهده‌دار دیه یا خسارت خواهد بود. ولی اگر این اعمال در ملک خود یا در جایی که تصرفش در آن مجاز است، واقع شود، عهده‌دار دیه یا خسارت نخواهد بود. اما چنانچه وی با اجازه صاحب ملک وارد شده باشد و یا محل اصابت ملک او نبوده باشد، با فرض عدم هشدار، تیرانداز یا عاقله او ضامن هستند (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۴۲۵).

یکی از شروط مطرح‌شده در ضمن این قاعده آن است که هشدار باید به گونه‌ای باشد که طرف خطاب بتواند خود را از مهلکه نجات دهد؛ وگرنه چنین هشدار را رافع مسئولیت

مدنی نخواهد بود (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۵۲/۳؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۹: ۶۵۹). اما برخی معتقدند که حتی زمانی که مصدوم مشکل شنوایی دارد نیز هشداردهنده ضامن نیست؛ زیرا عموم دلیل «من قال حذار لم یضمن»، اصل برائت و اینکه عذر مذکور از جانب مجنی عنه است، هشداردهنده را از مسئولیت معاف می‌کند (ابن فهد حلی، ۱۴۰۹: ۳۹).

۴. قوانین مرتبط با قاعده تحذیر

قوانین قابل توجه در رابطه با قاعده تحذیر، به چند دسته تقسیم گردیده‌اند:

۴-۱. عدم مسئولیت هشداردهنده در قبال خسارات

کلیت قاعده تحذیر در بسیاری از مواد قانونی مورد استفاده قرار گرفته است. در ماده ۴ قانون «ایمنی راه‌ها و راه آهن» به صراحت آمده است:

ورود و عبور عابرین پیاده و انواع وسایل نقلیه غیر مجاز و عبور دادن دام در شاهراه‌ها و همچنین توقف وسایل نقلیه در خطوط عبور ممنوع است. هر گاه به جهات مذکور، حادثه‌ای واقع شود که منجر به ضرب یا جرح یا قتل یا خسارت مالی شود، راننده مجاز که وسیله نقلیه او مجاز به حرکت در شاهراه باشد، نسبت به موارد فوق مسئولیتی نخواهد داشت.

همچنین در خصوص اجتناب از خوردنی‌ها و آشامیدنی‌هایی که احیاناً ممکن است شهروندان را دچار مسمومیت احتمالی سازد، هشدار لازم داده شده است؛ برای مثال، در ماده ۱۱ قانون «مواد خوردنی و آشامیدنی و آرایشی و بهداشتی» مصوب ۲۲ تیرماه ۱۳۴۶ آمده است:

در مؤسسات داخلی که نوع آن‌ها از طرف وزارت بهداشتی، معین و صورت آن منتشر می‌گردد، صاحبان آن‌ها مکلف‌اند طبق دستور وزارت بهداشتی، مشخصات لازم را در مورد هر نوع فراورده به خط فارسی خوانا، روی بسته یا ظرف محتوی جنس قید نمایند. در مواردی که فرمول محصول یا مواد ترکیبی، طبق تقاضای سازنده فرمول بایستی محفوظ بماند، باید فرمول محصول را قبلاً به وزارت بهداشتی تسلیم و شماره پروانه آن را روی بسته‌بندی ذکر نمایند. متخلفین از مقررات این ماده، به پرداخت غرامت از ۵ هزار تا ۲۰ هزار دینار محکوم خواهند شد.

در ماده ۱ آیین‌نامه ممنوعیت استعمال دخانیات نیز آمده است:

به منظور حفظ حقوق افراد جامعه و تأمین سلامت آن‌ها در برابر زیان‌ها و بیماری‌های ناشی از استعمال دخانیات، استعمال هر نوع سیگار و سایر مواد دخانی در اماکن عمومی مسقف، به هر نوع ممنوع است.

در تبصره ۲ این ماده آمده است:

مسئولان اماکن عمومی موظف‌اند تابلوی ممنوعیت مصرف دخانیات را به تعداد مناسب در محل‌هایی که قابل رؤیت باشد، نصب نمایند و ممنوعیت استعمال دخانیات در اماکن عمومی را یادآور شوند.

۲-۴. مسئولیت آسیب‌دیده در قبال خسارات

قانون ایمنی راه‌ها و راه آهن، عبور از روی خطوط راه آهن را در غیر موارد مجاز، ممنوع اعلام نموده است و بر پایه چنین اعلامی که خود مبتنی بر قاعده تحدیر است، هیچ‌گونه مسئولیتی برای وزارت راه و ترابری در نظر گرفته نمی‌شود. در ماده ۱۰ آن آمده است:

عبور از روی خطوط راه آهن و ورود در محوطه ایستگاه‌ها و کارخانه‌ها و تأسیسات فنی راه آهن به استثنای سکوهای مسافری و امکان و گذرگاه‌ها و معابر مجاز واقع در ایستگاه‌ها و در طول خطوط ممنوع است؛ جز برای آن عده از مأمورین راه آهن که بر حسب وظیفه، مجاز به ورود و عبور می‌باشند و در صورت تخلف و بروز حادثه راه آهن دولتی ایران مسئول نخواهد بود.

ماده بعد این قانون، نه تنها وزارت راه و ترابری را ضامن نمی‌داند، بلکه اقدام‌کننده به عبور از محل‌های غیر مجاز را ضامن می‌داند. در ماده ۱۱ این قانون آمده است:

عبور هر گونه وسیله نقلیه اعم از موتوری و غیر موتوری از یک طرف خط آهن به طرف دیگر در غیر محل‌های مجاز ممنوع است و متخلف از این امر، مسئول هر گونه پیشامد و خسارت وارده می‌باشد.

این ماده به صراحت بیان می‌کند که متخلف از این امر، مسئول هر گونه پیشامد و خسارت وارده است؛ یعنی نه تنها مسئولان قطار و امثال آن ضامن نیستند، بلکه مصدومان علاوه بر تحمل حادثه، مسئول خسارت احتمالی متقابل هم هستند (مهمان‌نوازان، ۱۳۸۸: ۱۱۴).

۳-۴. مقرر نمودن جبران هزینه‌های رفع خطر بر هشداردهنده

در ماده ۵۵ قانون شهرداری که ۲۸ وظیفه برای شهرداری نام برده می‌شود، در مورد ۱۴ در ضمن تبصره‌ای الحاقی مورخ ۱۱/۱۳۴۵/۲۷ آمده است:

در کلیه موارد مربوط به رفع خطر از بناها و غیره و رفع مزاحمت‌های مندرج در ماده فوق، شهرداری پس از کسب نظر مأمور فنی، به مالکین یا صاحبان اماکن یا صاحبان ادوات منصوب، ابلاغ مهلت‌دار متناسبی صادر می‌نماید و اگر دستور شهرداری در مهلت معین به موقع اجرا گذاشته نشود، شهرداری رأساً با مراقبت مأمورین خود، به رفع خطر یا مزاحمت اقدام خواهد نمود و هزینه مصروفه و اضافه‌ی صدی پانزده خسارت از طرف دریافت خواهد کرد. مقررات فوق شامل کلیه اماکن عمومی... که محل رفت و آمد است، نیز می‌باشد (جهانگیر، ۱۳۷۹: ۲۹۲).

۵. ارتباط قاعده «اقدام» با قاعده تحذیر

قاعده «اقدام» بدین معناست که اگر کسی با علم و قصد و رضایت، ضرر یا ضمانی را بپذیرد، احترام مال خودش را از حیث ارزش اسقاط کند و بنا را بر عدم عوضیت و مجانیت بگذارد، هیچ کس ضامن او نخواهد بود؛ برای مثال، اگر کسی مالی را با علم و اطلاع از قیمت آن، به چند برابر بخرد یا مالش را به دیگری بدهد تا به دریا بریزد، هیچ کس ضامن این اتلاف مال نیست و از کیسه او رفته است. محکم‌ترین دلیل قاعده «اقدام»، ادله عقلی است، وگرنه در قرآن و روایات دلیلی در این باره یافت نمی‌شود (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۸۹/۳؛ محمدی، ۱۳۷۷: ۳۳).

برخی بر این باورند که قاعده اقدام با شرط قبول خطر توسط هشدارگیرنده در قاعده تحذیر مرتبط است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹: ۹۱-۱۱۵)؛ در حالی که برخی دیگر در بیان تفاوت این دو قاعده معتقدند که در قاعده تحذیر برای رفع مسئولیت هشداردهنده ممکن است خسارت دیده به طور غیر عمدی و سهوی خود را در معرض خطر قرار دهد و مسئولیت کیفری در درجه اول اهمیت باشد. به عبارت دیگر، چگونگی رفع مسئولیت کیفری، موضوع اصلی قاعده تحذیر است و در قاعده اقدام جایگاه اختصاصی ندارد، بلکه در این قاعده، ضمان مدنی مهم است و لازم نیست که شرط «هشدارگیرنده خود را در معرض خطر قرار دهد» به قاعده اقدام تسری داده شود؛

چرا که رابطه کامل و تساوی میان این دو قاعده وجود ندارد؛ به گونه‌ای که خدشه در شرایط هر یک از این دو قاعده، موجب خدشه بر قاعده دیگر شود (حاجی‌زاده، ۱۳۸۵: ۲۲۵-۲۲۶).

نظریه اخیر با اشکال مواجه است؛ چرا که هر دو قاعده از عموم و یا اطلاق برخوردارند و نمی‌توان آن دو را به بخشی خاص محدود نمود؛ چون ترجیح بلامرجح است. اما اینکه شروط تحذیر برای قاعده اقدام لازم نیست، امر صحیحی است و علت عدم نیاز قاعده اقدام به شروط تحذیر آن است که مصادیقی که برای قاعده اقدام ذکر گردیده است، فارغ از مصادیق قاعده تحذیر است. نقش قاعده اقدام در تحقق قاعده تحذیر انکارشدنی نیست؛ چرا که نفی مسئولیت هشداردهنده در صورتی است که آسیب‌دیده متوجه هشدار شده باشد و در صورتی که چنین امری محقق نشده باشد و از سوی دیگر آسیب‌دیده نسبت به خطرناک بودن مکان، علم نداشته باشد و به آن مکان نزدیک شود و آسیب ببیند، مفاد قاعده اقدام نسبت به آسیب‌دیده قابل اجرا نیست و بر مبنای قاعده تحذیر نمی‌توان هشداردهنده را که به نحو مؤثر هشدار نداده است، از مسئولیت مبرا دانست. لذا تحقق قاعده تحذیر، نیازمند تحقق قاعده اقدام است، اما نیاز قاعده اقدام به قاعده تحذیر عمومی نیست و تنها در برخی موارد که نیازمند اعلام هشدار است، قاعده تحذیر زمینه را برای تحقق قاعده اقدام فراهم می‌نماید. به عبارت دیگر، اگر ملاک عدم مسئولیت، آگاهی شخص زیان‌دیده از اخطار باشد، نه صرف انجام هشدار، تفاوت تحذیر و اقدام به حداقل می‌رسد و تفاوت آن دو چندان موجه نیست (حکمت‌نیا، ۱۳۸۶: ۱۷۸).

۶. ارتباط قاعده تسبیب با قاعده تحذیر

آثار قاعده تسبیب در مواردی، همچون آثار قاعده تحذیر است؛ چنان که اگر با وارد شدن خسارت، شخص خسارت‌دیده مسبب و شخص خسارت‌زننده مباشر باشد و خسارت‌دیده به رغم رسیدن هشدار به او و امکان گریز از خطر و وجود سایر شرایط، به محل خطر وارد شده باشد، مقصر است؛ زیرا انتساب خسارت به هشدارگیرنده اقوی است و در صورت فقدان هر یک از شرایط، تقصیر و مسئولیت متوجه مباشر می‌گردد.

برخی در تفاوت میان این دو قاعده معتقدند که در قاعده تسبیب، شرط تقصیر محور و موضوع اصلی، و در قاعده تحذیر هشدار ملاک است و ضمن وجود رابطه بین این دو قاعده، قاعده تسبیب اعم از قاعده تحذیر است و در مواردی که قاعده تحذیر قابلیت اعمال دارد، قاعده تسبیب را تخصیص می‌زند (حاجی‌زاده، ۱۳۸۵: ۱۲۴). اما با دقت در مفهوم دو قاعده، این امر به دست می‌آید که هشدار در قاعده تحذیر، یکی از عوامل تحقق تقصیر است که در صورتی که هشداردهنده به درستی هشدار ندهد، مقصر و مسئول می‌گردد و در صورتی که خسارت دیده نسبت به هشدار بی‌توجهی کند، مقصر است و در پی آن، مسئولیتی برای هشداردهنده پدید نمی‌آید. لذا رابطه دو قاعده با یکدیگر، عموم و خصوص مطلق می‌گردد که عام آن قاعده تسبیب و خاص آن قاعده تحذیر است و تخصیصی صورت نمی‌پذیرد؛ چرا که تداخلی میان دو قاعده نیست. بلکه قاعده تحذیر یکی از علل تحقق قاعده تسبیب یعنی تقصیر را فراهم می‌آورد و در واقع هشداردهنده مباشر نیست، بلکه شخص خسارت دیده مباشر است و هشداردهنده سبب خسارت است که با انجام هشدار، مسئولیت اقدام خسارت بار او منتفی می‌گردد. لذا در این موارد، اجتماع سبب و مباشر یا صورت پذیرفته است و یا در صورت اجتماع عذر سبب موجه است و مسئولیت جبران خسارت زیان دیده بر عهده هشداردهنده قرار نمی‌گیرد.

۷. ارتباط برائت طبیب با قاعده تحذیر

هشدار پزشک نسبت به امکان ورود خسارت و نفی مسئولیت او ممکن است مبتنی بر قاعده تحذیر قرار گیرد و یا اینکه بی‌ارتباط با این قاعده نباشد. همان گونه که قاعده تحذیر با تحقق شرایط آن نسبت به خسارات قطعی الحصول نافی ضمان است، نسبت به خسارات ممکن الحصول نیز به طریق اولی نافی ضمان می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۳۲۴/۱). بر طبق ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲:

هر گاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد، موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است، مگر آنکه عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا اینکه قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه اخذ

برائت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او، معتبر نباشد و یا تحصیل برائت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، برائت از ولی مریض تحصیل می‌شود.

ماده مذکور مقرر نموده است که پزشک در صورت اخذ برائت از بیمار، ضامن نخواهد بود و در تبصره ۱ این ماده آمده است:

در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل، برای وی ضمان وجود ندارد؛ هرچند برائت اخذ نکرده باشد.

لذا بر طبق ماده و تبصره مذکور، برائت در صورتی مؤثر است که پزشک در جریان درمان، مرتکب تقصیر نشود. «برائت ناظر به ضررهای ناخواسته ناشی از معالجه یا اشتباهاتی است که هر پزشک متعارف و بااحتیاطی ممکن است در تشخیص بیماری و درمان مرتکب شود. همین راه حل در دادگاه‌ها نیز پذیرفته شده است و قضات تحصیل برائت را توجیه‌کننده عدم دقت در معالجه نمی‌دانند» (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۰: ۹۸). لذا پزشک می‌تواند با تحصیل برائت از بیمار، برخی از ضمان‌ها را که ناشی از قصور است نه تقصیر، اسقاط نماید. پس باید از بیمار بی‌پناهی که نیاز به خدمت پزشکی دارد، حمایت شود و شرایط به گونه‌ای نباشد که پزشک خود را در بی‌مبالاتی آزاد ببیند. اگر تحمیل مسئولیت مطلق بر پزشک به دلیل گرفتن قدرت ابتکار از او زیانبار باشد، آزاد گذاشتن او در ارتکاب هر بی‌احتیاطی و تقصیر نیز نارواست و زیان اجتماعی و انسانی آن دوچندان است. برای برقراری اعتدال میان منافع پزشک و بیمار، این حکم نیز باید تفسیر محدود شود. در نتیجه رضایت بیمار در پذیرش شرط برائت در صورتی نافذ است که آگاهی لازم درباره پیامد درمان یا جراحی به بیمار داده شود و او بتواند با آگاهی و اختیار خطر را بپذیرد؛ موضوع برائت باید روشن و معین باشد و بیمار بداند که موضوع اذن یا انشای او چیست؟ همچنین هر گونه تدلیس و سوءاستفاده از اعتماد بیمار، اثر شرط را از بین می‌برد. چنان که دادگاه بدوی در پرونده دندان‌پزشکی که از فعالیت پزشکی معلق شده بود، ولی همچنان بیماران را معاینه و جراحی می‌کرد، اظهار داشت که چون بیماران تصور می‌کردند، دندان‌پزشک دارای مجوز فعالیت است، فریب خورده‌اند و رضایتشان معتبر نیست (شکوهیان، ۱۳۸۵: ۱۰۰). دیگر آنکه شرط برائت

در این زمینه، نوعی شرط عدم مسئولیت است. از این رو دربارهٔ اضرار عمدی یا آنچه در حکم عمد است (مانند جا گذاشتن چاقوی جراحی در شکم بیمار یا عمل جراحی در حال مستی) بر خلاف نظم عمومی و بی‌اثر است. هیچ کس و از جمله پزشک در قرارداد خود با دیگران نمی‌تواند جواز اضرار به عمد یا ارتکاب هر گونه بی‌مبالاتی را به دست آورد. اخلاق و نظم عمومی بر پایهٔ مادهٔ ۹۷۵ قانون مدنی^۱ چنین امتیازی را تحمل نمی‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱/۳۲۴). در بنای دو طرف نیز شرط براءت ناظر به ضررهای ناخواسته و پیش‌بینی‌شده و ارتکاب خطاهایی است که هر پزشک متعارف و با احتیاط ممکن است در تشخیص بیمار و اجرای قوانین پزشکی بکند. در واقع بیمار جواز ارتکاب هر خطایی را بدون داشتن حد و مرزی به پزشک نمی‌دهد و در صورت اجمال مرز، حمل بر داوری عرف دربارهٔ خطای قابل اغماض می‌شود و خطاهای سنگین یا عمدی را در بر نمی‌گیرد (همان: ۱/۳۲۵؛ نیز ر.ک: همان: ۱۹۲/۴). در واقع علت عدم امکان براءت پزشک از هر گونه اشتباهی به این امر برمی‌گردد که بیمار امکان در اختیار گذاشتن چنین اجازه‌ای را از جانب خداوند متعال ندارد و تنها در حد ضرورت و مصلحت خود می‌تواند پزشک را نسبت به خود بری نماید (ر.ک: شجاع‌پوریان، ۱۳۷۳: ۲۳۴؛ مقدادی، ۱۳۹۰-۹۱: ۹-۱۰/۱۶۵).

۸. نقش تقصیر در مسئولیت مدنی هشداردهنده و آسیب‌دیده

بر اساس مفاد قاعدهٔ تحذیر، اگر هشداردهنده به نحو مؤثر هشدار دهد و در عین حال آسیب‌دیده اعتنا نکند و آسیب ببیند، مسئولیت مدنی منتفی می‌گردد. اما اطلاق چنین حکمی صحیح نیست؛ چرا که باید نوع عملِ خطرآمیز هشداردهنده نیز مورد کنکاش واقع شود. یکی از مباحث مغفول‌مانده و مهم، بررسی نقش تقصیر هشداردهنده و آسیب‌دیده در مسئولیت مدنی هشداردهنده است که خود به اقسامی تقسیم می‌شود:

یک- هشداردهنده و آسیب‌دیده هر دو مقصرند که این تقصیر نیز به دو صورت

۱. در این ماده مقرر شده است: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطهٔ جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد؛ اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

لحاظ می‌گردد:

الف) اگر عمل خطرآفرین هشداردهنده، ضروری، اجتناب‌ناپذیر و قانونی باشد، بی‌شک قاعدهٔ تحذیر اجرا می‌گردد و هشداردهنده از مسئولیت مدنی معاف می‌گردد؛ برای نمونه، ساخت و ساز عاری از خطر نیست، اما اگر عمل هشداردهنده غیر قانونی باشد و مثلاً بدون داشتن پروانهٔ ساختمانی، اقدام به ساخت و ساز نماید و در عین حال، آسیب‌دیده نیز به هشدار او توجه نکند و خود را در معرض آسیب قرار دهد، نمی‌توان به طور کلی، هشداردهنده را از مسئولیت معاف نمود؛ چرا که عمل او غیر قانونی بوده و یکی از عوامل تحقق آسیب است. اما از سوی دیگر، آسیب‌دیده نیز به دلیل بی‌توجهی به هشدار، خود را در معرض آسیب قرار داده است و عادلانه نیست که مسئولیت تمام خسارت بر عهدهٔ هشداردهنده قرار گیرد. لذا با لحاظ تقصیر هشداردهنده و آسیب‌دیده، نظریهٔ منصفانه آن است که جبران بخشی از خسارت و نه تمام آن، بر عهدهٔ هشداردهنده قرار گیرد.

ب) صورت دیگر آن است که هشداردهنده به نحو مؤثر هشدار ندهد. در این فرض، غالب نظریات بر این امر مبتنی است که هشداردهنده مسئول جبران خسارت است، اما از سوی دیگر ممکن است که آسیب‌دیده نیز علم به خطرناک بودن مکان داشته و در عین حال، اقدام به ورود در این مکان نموده است که در این صورت از یک سو بر مبنای قاعدهٔ اقدام، مسئولیت از عهدهٔ هشداردهنده مرتفع می‌گردد، اما از سوی دیگر بر مبنای قاعدهٔ تحذیر و رعایت نشدن شروط آن، مسئولیت هشداردهنده ثابت می‌گردد. در این صورت، نظریهٔ منصفانه آن است که جبران تمام خسارت بر عهدهٔ هشداردهنده قرار نگیرد و بخشی از خسارت بر عهدهٔ چنین شخصی قرار گیرد (ر.ک: زراعت، ۱۳۸۸: ۱۷۳).

دو- آسیب‌زنده و آسیب‌دیده هر دو مقصرند، اما هشداردهنده مقصر نیست. در تبصرهٔ مادهٔ ۸ قانون نحوهٔ رسیدگی به تخلفات و اخذ جرایم رانندگی آمده است:

در خیابان‌هایی که به وسیلهٔ ایمنی عبور عابر پیاده مجهز شده باشد و مقررات زیر به وسیلهٔ شهرداری برای اطلاع عموم آگهی شود، عابر پیاده مکلف است فقط از محل‌های مخصوص عابر پیاده عبور کند. در غیر این صورت، اگر تصادفی بین وسیلهٔ نقلیه و عابر پیاده در سواره‌رو واقع شود، مشروط بر آنکه راننده مست نبوده و

گواهی‌نامه مجاز رانندگی داشته باشد و با سرعت مجاز حرکت کرده و وسیله نقلیه او نقص فنی مؤثر در حادثه نداشته باشد و سه نفر کارشناس ارشد تصادفات راهنمایی و رانندگی از این جهات، عدم مسئولیت راننده را گواهی نمایند، مسئولیت جزایی متوجه راننده نخواهد بود و راننده آزاد خواهد شد. در رابطه با این ماده اگر آسیب‌زننده یعنی راننده نیز علاوه بر آسیب‌دیده مقصر باشد، نه می‌توان تمام مسئولیت را بر عهده راننده گذاشت و نه بر عهده آسیب‌دیده گذاشت. لذا مسئولیت تضامنی در این رابطه مناسب‌ترین راه حل است (ر.ک: مجلسی، ۱۴۰۶: ۴۳۲/۱۶).

سه- آسیب‌دیده مقصر و هشداردهنده خطا کار باشد. اگر آسیب‌دیده در عین تحقق هشدار مؤثر از جانب هشداردهنده، اقدام به ورود در محل خطر نماید و آسیب‌هایی بر او وارد شود که ناشی از خطای هشداردهنده باشد، در این صورت محاکم دادگستری نظریات متفاوت و متقابلی ارائه نموده‌اند؛ برای نمونه در پرونده موضوع دادنامه شماره ۱۱۷۰-۴/۱۱/۶۶-شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور، یک پاسدار رسمی به اتهام ایراد جرح به پای شاکي، تحت تعقیب دادسرای نظامی فارس قرار گرفت. بر اساس این پرونده، شکات در حالی که سوار بر موتور بودند، با تیم گشت و بازرسی برخورد می‌کنند، ولی بی‌توجه به دستور ایست، تصمیم به فرار می‌گیرند. تیم بازرسی چند تیر هوایی شلیک می‌کند و آن‌ها به فرار ادامه می‌دهند. مأمور مذکور به دستور مسئول تیم به سوی لاستیک موتور شلیک می‌کند، ولی اشتبهاً پای شاکي را مورد اصابت گلوله قرار می‌دهد. دادسرای نظامی پس از تحقیقات و اعلام نظر، پرونده را به دادگاه نظامی فارس ارسال کرد. دادگاه پس از بررسی اوراق پرونده، به ضمان متهم به دیه نظر داد و پرونده را جهت امعان نظر و تنفیذ رأی به دیوان عالی کشور ارسال نمود. اما دیوان نظر دادگاه نظامی را نپذیرفت و مورد را از مصادیق قاعده «قد عذر من حذر» دانست؛ با این توضیح که بر فرض خطا در تطبیق، بیت‌المال ضامن است. پرونده به دادگاه صادرکننده رأی ارسال گردید، ولی دادگاه نظریه دیوان را نپذیرفت و پرونده به شعبه نظامی دیگر ارجاع شد و شعبه اخیر، نظر دادگاه اول را با استناد به یکی از مسائل کتب فقهی مبنی بر اینکه: «مصدوم باید بشنود و تمکن از عدول داشته باشد»، تأیید نمود و با ذکر دلایلی در رد مستند قانونی و شرعی رأی دیوان، نظر دیوان را نپذیرفت. در نهایت

در جلسهٔ هیئت عمومی دیوان عالی کشور با عنایت به اینکه وظیفهٔ آمر و مأمور، استعمال و مشخص نشده است که تیراندازی از وظایف او بوده است، حکم به پرداخت دیه از جانب مأمور را صحیح دانست؛ زیرا دادگاه‌های کیفری نظامی استان فارس با رسیدگی‌های لازم، مسئولیت متهم را به پرداخت دیهٔ شرعی احراز نموده‌اند. لذا مفاد رأی دیوان عالی مشتمل بر دو بخش است: اول آنکه مورد از مصادیق قاعدهٔ تحدیر است که در این صورت هیچ دیه‌ای نه بر عامل زیان و نه بر بیت‌المال مطرح نخواهد شد. دوم آنکه بر فرض عدم انطباق قاعده بر مورد، با توجه به اینکه عامل از مأموران دولت بوده و برابر مقررات و اجرای دستور مافوق، اقدام به تیراندازی نموده و تیرش به خطا رفته است، دیه بر عهدهٔ بیت‌المال است. برخی انطباق موضوع مذکور را با قاعدهٔ تحدیر برتافته‌اند؛ زیرا مجرای قاعده در جایی است که عامل زیان، ارادهٔ ارتکاب عمل محتمل‌الضرر را داشته و به زیان‌دیده قبلاً اعلام شده و زیان‌دیده به رغم هشدار عامل زیان و امکان دوری جستن از خطر، به منطقهٔ خطر وارد گردیده و در نتیجه زیان دیده است که تنها در این صورت، عامل مسئولیتی ندارد. اما اگر عامل صرفاً به زیان‌دیده ایست دهد و در صورت بی‌توجهی به ایست، وی را مورد اصابت گلوله قرار دهد، منطبق با قاعده نمی‌گردد. البته ممکن است استدلال دیوان در فرض مورد بحث بدین صورت مطرح گردد که عامل زیان به زیان‌دیده اعلام کرده است که بایستد وگرنه لاستیک را مورد هدف قرار خواهد داد، با این احتمال که به جهت در حرکت بودن وسیله، ممکن است گلوله به شخص نیز اصابت کند، لذا مسئولیتی بر عهدهٔ عامل نخواهد بود (محقق داماد، ۱۳۷۱: ش ۲۰/۵؛ واحدی، ۱۳۹۴: ۴۱-۴۵). برخی بر این رویهٔ قضایی اشکال گرفته‌اند که مجرای قاعدهٔ تحدیر هنگامی است که هشداردهنده شرایط لازم را برای رفع مسئولیت داشته باشد و هشدار مؤثر صورت گرفته و به گوش مخاطب رسیده باشد. این امر از مصادیق شبههٔ موضوعی است، نه شبههٔ حکمی؛ چون در هر حال در صورت اثبات شرایط مورد نظر، هشداردهنده از مسئولیت مبرا می‌شود (شعاریان و جباری، ۱۳۸۸: ۲۵۸).

نکاتی در رابطه با این نظریات قابل طرح است؛ از جمله آنکه اگر مأمور حق تیراندازی داشته باشد، بی‌شک در صورت هشدار مؤثر، از هر گونه خسارتی معاف

می‌گردد. اما از آنجا که فعل خطا از او سر زده، دولت در قبال خسارت مسئول است، ولی پرداخت تمام خسارت با توجه به بی‌اعتنایی آسیب‌دیده به هشدار و التزام به نقش قاعدهٔ تحذیر در نفی مسئولیت مدنی، منطقی به نظر نمی‌رسد. لذا بخشی از خسارت آسیب‌دیده به او پرداخت می‌گردد.

۹. نقش قاعدهٔ تحذیر در مسئولیت مدنی دولت در بحران‌های مالی جدید

قاعدهٔ تحذیر علاوه بر نقش و کارکرد پیشگیرانه و احتیاطی در مرحلهٔ قبل از وقوع حادثه، از جهت حل و فصل منازعات و اختلافات حقوقی میان افراد با یکدیگر یا با دولت و سازمان‌های دولتی، هم در سطح ملی و هم در سطح بین‌المللی نیز دارای قابلیت استناد و استفاده می‌باشد. یکی از موارد و مصادیق خطای اداری دولت، کوتاهی و قصور در زمینهٔ تکلیف هشداردهندگی و اطلاع‌رسانی و آموزش‌های همگانی در خصوص خطرات و موقعیت‌های خطرناک و خسارت‌بار است؛ مانند کوتاهی وزارت راه در نصب علائم هشدار در جاده، سهل‌انگاری پیمانکاران شهرداری در خصوص نصب علائم هشداردهنده برای پروژه‌های شهری از جمله حفر خیابان‌ها، قصور شهرداری در اطلاع‌رسانی کافی به شهروندان قبل از اجرای طرح‌های جامع شهری و قبل از شروع عملیات تخریب، کوتاهی وزارت بهداشت و درمان در زمینهٔ اطلاع‌رسانی مناسب و کافی در خصوص بیماری‌های خطرناک و مسری و بسیاری از موارد و مصادیق دیگر که داخل در تکالیف هشداردهندگی دولت می‌باشد و در صورت عدم رعایت مقررات لازم‌الاجرا در خصوص هشدار به مردم از سوی ارکان دولت، بر اساس مفاد قاعدهٔ تحذیر، موجبات ضمان و مسئولیت دولت فراهم می‌گردد. به موجب این قاعده، از طرفی می‌توان به ضمان و مسئولیت مدنی یا کیفری و یا هر دو برای شخص یا سازمان یا گروه و یا دولت (در صورت پذیرش مسئولیت کیفری سازمان‌ها و دولت که اشخاص حقوقی هستند) حکم نمود و از طرف دیگر، بر اساس همین قاعده می‌توان حکم به رفع مسئولیت و عدم ضمان آن‌ها صادر کرد (صبح مشهدی، ۱۳۸۵: ش ۱۵۰/۶۰-۱۵).

مشکلات مالی کلانی که در سطح عمومی جامعه رخ می‌دهد، یکی از مسائل اساسی در ارتباط با حوزهٔ فعالیت‌های دولت است که در این رابطه می‌توان نقش قاعدهٔ

تحدیر و شرایط آن را در رابطه با تحقق مسئولیت مدنی دولت در قبال بحران‌های مالی لحاظ نمود. تحقق مفهوم قاعدهٔ تحدیر از سوی دولت، جنبه‌های متفاوت و گسترده‌تری پیدا می‌نماید.

۱-۹. نقش بی‌توجهی اشخاص به هشدار دولت

در صورتی که خسارت دیده قبل از تحقق خسارت، نسبت به هشدار دولت بی‌توجهی نماید و خسارت ببیند، مسئولیت مدنی دولت اسقاط می‌گردد. دولت بعد از هشدار تنها نسبت به کسانی از مسئولیت معاف می‌گردد که امکان خروج سرمایهٔ خود را از شرکت مذکور داشته و با علم به خطرناک بودن چنین سرمایه‌گذاری، اقدام به این عمل نموده‌اند و یا آنکه بعد از هشدار، اقدام به سرمایه‌گذاری کرده‌اند که بر پایهٔ قاعدهٔ اقدام، مسئولیت مدنی دولت نسبت به این موارد در صورت تلف شدن اموال مرتفع می‌گردد. اما اگر تمام اموال و یا بخشی از آن باقی مانده باشد، بر عهدهٔ دولت است که نسبت به حفظ و بازگرداندن آن‌ها اقدام نماید؛ چرا که در اشکال مذکور، اقدام بر اتلاف اموال نبوده است و تنها نسبت به نحوهٔ سرمایه‌گذاری بی‌احتیاطی نموده‌اند که این امر تنها مسئولیت دولت را نسبت به اموال تلف‌شده مرتفع می‌نماید (ر.ک: متقی هندی، ۱۳۷۴: ۱۱/۲۵۲).

۲-۹. نقش عدم هشدار مؤثر دولت در نفی مسئولیت مدنی

یکی از شرایط قاعدهٔ تحدیر در نفی مسئولیت، مؤثر بودن هشدار است که این امر در رابطه با نحوهٔ هشدارهای دولت، بسیار متفاوت از هشدار اشخاص می‌گردد؛ برای نمونه، در بحران‌های مالی مربوط به شرکت پدیدهٔ شاندیز نمی‌توان مسئولیت دولت را در رابطه با خسارات پدیدآمده لحاظ نکرد؛ چرا که این شرکت به صورت رسمی در رسانه‌های عمومی متعلق به دولت به تبلیغات گسترده پرداخته و اعتماد عمومی را از این طریق کسب نموده است و اینکه دولت بعد از سرمایه‌گذاری گستردهٔ مردم، از سویی نسبت به پیامدهای سرمایه‌گذاری در این شرکت هشدار دهد و از سوی دیگر مجوزهای مورد نیاز شرکت را در اختیارش قرار دهد و یا آنکه از تبلیغات عمومی شرکت در سطح جامعه از طریق رسانه‌های عمومی جلوگیری نکند، قاعدهٔ تحدیر نمی‌تواند رافع

مسئولیت گردد؛ چرا که هشدار مؤثر در قاعدهٔ تحذیر محقق نشده است و در صورت عدم تقصیر اشخاص در سرمایه‌گذاری و ناآگاهی آن‌ها از پیامدهای آن، مسئولیت جبران تمام خسارت ابتدا بر عهدهٔ دولت قرار می‌گیرد که البته در این رابطه دولت نیز بر اساس قاعدهٔ غرور پس از جبران خسارت می‌تواند به شرکت مذکور مراجعه کند؛ چنان‌که دادستان مشهد به اعتراض اصحاب رسانه در رابطه با مؤسسهٔ مالی و اعتباری میزان - مبنی بر اینکه چرا اجازه داده شد تا مؤسسهٔ مالی و اعتباری همچون میزان تشکیل و در نهایت به ایراد خسارت به مردم ختم شود، چنین پاسخ داد: دستگاه قضایی بر این باور بود که نظارت بانک مرکزی طی سال‌های گذشته اعمال شده است، غافل از اینکه در این راستا کوتاهی شده بود و بانک مرکزی صرفاً به طور شفاهی به این مؤسسه اجازهٔ فعالیت داده بود، بی‌آنکه اقدام به صدور مجوزهای لازم و استاندارد نماید (<<https://www.mehrnews.com/news/2873330>>; ر.ک: ابن بزاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۱۱۵/۲).

۹-۳. نقش تقصیر دوسویهٔ دولت و خسارت‌دیده در مسئولیت مدنی

دولت

فرض دیگری که در رابطه با هشدار دولت نسبت به خسارات احتمالی قابل تصور است و واقع شده است اینکه دولت نسبت به خسارات احتمالی و سرمایه‌گذاری در برخی از مؤسسه‌های مالی و اعتباری هشدار بدهد، اما از فعالیت این مؤسسات و رشد شعبه‌های آن‌ها جلوگیری نکند. در این صورت اگر سرمایه‌گذاران در عین هشدارهای مؤثر دولت، اقدام به سرمایه‌گذاری در این مؤسسات نمایند، نه می‌توان جبران تمام خسارات احتمالی را بر عهدهٔ دولت گذاشت و نه می‌توان دولت را در قبال تمام خسارات پدیدآمده بدون مسئولیت دانست. لذا از آنجا که خسارات پدیدآمده از سویی با تقصیر دولت و از سوی دیگر با تقصیر سرمایه‌گذاران پدید آمده است، قاعدهٔ انصاف مقتضی آن است که تقصیر از جانب هر دو طرف لحاظ گردد. لذا دولت تنها نسبت به بخشی از خسارات پدیدآمده ضامن است که میزان پرداخت خسارت با نظر قاضی و بررسی پرونده معین می‌گردد؛ چرا که اگر دولت در این فرض ضامن نباشد، تقصیری که از جانب دولت محقق گردیده است، نادیده گرفته می‌شود و اگر دولت تمام خسارت را

ضامن گردد، تقصیری که از جانب خسارت دیده صورت پذیرفته است، در نظر گرفته نمی شود (ر.ک: نجفی، ۱۴۰۴: ۳۲۵/۲۷).

۹-۴. نقش تقصیر سه جانبه دولت، خسارت دیده و شخص ثالث

این فرض با فرض پیشین از لحاظ تقصیر دولت و خسارت دیده در پدید آمدن خسارت مشترک است، اما عامل تحقق خسارت تنها به این دو مورد ارجاع نمی گردد، بلکه شخص ثالثی نیز با انتشار شایعاتی مبنی بر فروپاشی برخی مؤسسات مالی، موجبات پدید آمدن خسارات را فراهم می آورد. در این صورت، جبران بخشی از خسارات بر عهده دولت و بخشی دیگر بر عهده شخص ثالث قرار می گیرد و از آنجا که خسارت دیده نیز در تحقق خسارت تقصیر داشته است، بخشی از خسارت بدون جبران باقی خواهد ماند. از آنجا که شخص ثالث، اخبار دروغ و شایعه در فضای جامعه منتشر نموده است، علاوه بر جبران بخشی از خسارت مالی، از سوی حاکم تعزیر خواهد شد؛ چرا که فضای جامعه را ناآرام نموده و قاعده تعزیر نیز برای هر گونه عمل حرامی در نظر گرفته شده است (ر.ک: صدوق، ۱۴۱۳: ۱۰۳/۴ و ۲۰۸/۱۰).

۹-۵. نقش عدم تقصیر هشداردهنده و آسیب دیده در مسئولیت مدنی

دولت

فرض دیگر آن است که هشداردهنده، تمام شرایط مربوط به قاعده تحذیر را رعایت نموده و آسیب دیده نیز در این زمینه تقصیری نداشته است. در این صورت، مسئولیت مدنی دولت نسبت به جبران خسارت مطرح می گردد؛ چنان که اگر پلیس در اجرای مأموریت خود طبق قانون رفتار کرده و هشدار لازم را به مخاطب داده باشد و بر اثر اقدام وی، خسارتی به شخص متواری یا رهگذر و شهروند وارد گردد، مسئولیتی متوجه پلیس نخواهد بود و در صورت بی توجهی تبهکار به هشدار پلیس، خسارت مذکور به دلیل اقدام بر وارد آمدن چنین خسارتی، غیر قابل جبران باقی می ماند. اما چنانچه شهروندان بی گناه از مأموریت های پلیسی متحمل زیان شوند، بنا به حکم اولی و به لحاظ هشدار انجام شده، مسئولیتی متوجه پلیس نخواهد بود. در این صورت جبران خسارت شهروندان به دو صورت منقسم می گردد:

الف) اگر شهروند آسیب دیده، به علائم هشداردهنده و دستورات پلیس بی توجهی نموده باشد، مقصر و مسبب اصلی خسارت است و امکان مطالبه خسارت برای او وجود نخواهد داشت.

ب) اگر شهروند به هشدار پلیس توجه نماید، ولی نتواند از خطر ایجاد شده فرار کند، طبق قاعده نمی توان او را مقصر تلقی نمود. لذا باید هم پلیس از مسئولیت مدنی معاف شود و هم خسارت زیان دیده جبران گردد. ماده ۱۳ قانون به کارگیری سلاح، این مسئله را این گونه حل می نماید:

در صورتی که مأمورین با رعایت مقررات این قانون مبادرت به بکارگیری سلاح نمایند و در نتیجه طبق آرای محاکم صالح، شخص یا اشخاص بی گناهی مقتول و یا مجروح شده یا خسارت مالی بر آنان وارد گردیده باشد، پرداخت دیه و جبران خسارت بر عهده سازمان مربوط خواهد بود و دولت مکلف است همه ساله بودجه ای را به این منظور اختصاص داده و حسب مورد در اختیار نیروهای مسلح قرار دهد.

نکته دیگر آنکه اگر بر فرض به طرق دیگری غیر از استفاده از سلاح، خسارتی وارد شود، از طریق تنقیح مناط (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۸: ۳۰۱؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۸۳: ۱۰۶) و نه قیاس می توان حکم مسئولیت دولت را در قبال جبران خسارت مطرح نمود؛ چرا که به کارگیری سلاح در ایجاد مسئولیت مدنی و لزوم جبران خسارت موضوعیت ندارد و تنها چنین موردی طریقیست دارد (ر.ک: اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۴/۲۶۱؛ شعاریان و جباری، ۱۳۸۸: ۲۶۰-۲۶۲).

نتیجه گیری

قاعده تحذیر نقشی اساسی در مسئولیت مدنی اشخاص و دولت دارد که در تنقیح جایگاه واقعی آن باید عناصر تقصیر و علم را از جانب زیان دیده، هشداردهنده و آسیب زنده مورد مذاقه قرار داد. بر این اساس، از جمله احکام این قاعده در مسئولیت مدنی اشخاص آن است که اگر محذّر و محذّر الیه هر دو در پدید آمدن خسارت مقصر باشند، خسارت به میزان تقصیر هر یک تقسیم می گردد، اما اگر یکی از دو طرف تحذیر، تقصیری مرتکب شود، ضامن تمام خسارات خواهد بود و اگر هیچ

تقصیری از جانب دو طرف صورت نپذیرد، دولت از باب آنکه هیچ گونه ضرری نباید بدون جبران باقی بماند، ضامن می‌گردد. نقش این قاعده به طور خاص در مسئولیت مدنی دولت نیز در جایی است که دولت، محذّر محسوب گردد که اگر به صورت مؤثر هشدار نداده باشد و محذّر الیه هیچ تقصیری نداشته باشد، دولت ضامن جبران تمام خسارات می‌گردد. اما اگر از سویی دولت چنین هشدار داده و محذّر الیه بی‌توجهی نموده باشد و از سوی دیگر تقصیراتی از جانب دولت در تحقق خسارت سر زده باشد، دولت و محذّر الیه به میزان تقصیر خود ضامن جبران خسارات می‌گردند. صورت دیگر نیز آن است که تنها محذّر الیه در قبال تحذیرات دولت، مقصر باشد و هیچ قصور و یا تقصیری از جانب دولت صورت نپذیرد که در این حالت، دولت هیچ مسئولیتی در قبال آسیب‌دیده نخواهد داشت.

کتاب‌شناسی

۱. ابن بزّاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسيلة الى نيل الفضيلة*، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۳. ابن فهد حلّی اسدی، جمال‌الدین ابوالعباس احمد بن محمد، *الرسائل العشر*، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ ق.
۴. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، قم، ادب الحوزه، ۱۴۰۵ ق.
۵. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۶. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *المکاسب المحرمة والبیع والخیارات*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۷. پاک‌نیت، اشرف و محبوبه کلباسی، *نقش هشدار در رفع مسئولیت کیفری*، کاشان، قانون‌مدار، ۱۳۹۴ ش.
۸. جهانگیر، منصور، *قوانین و مقررات کار و تأمین اجتماعی*، تهران، دوران، ۱۳۷۹ ش.
۹. حاجی‌زاده، حمیدرضا، *قاعده تحذیر و نقش آن در رفع مسئولیت کیفری*، تهران، آینده، ۱۳۸۵ ش.
۱۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل‌البتین، ۱۴۰۹ ق.
۱۱. حکمت‌نیا، محمود، *مسئولیت مدنی در فقه امامیه؛ مبانی و ساختار*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۶ ش.
۱۲. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، *مفردات الفاظ قرآن*، لبنان، دار العلم، ۱۴۱۲ ق.
۱۳. رضوی، محمد، *جرایم و مجازات نیروهای مسلح*، تهران، هستی‌نما، ۱۳۸۵ ش.
۱۴. زراعت، عباس، *قواعد فقه مدنی*، تهران، جنگل، ۱۳۸۸ ش.
۱۵. سبحانی تبریزی، جعفر، *اصول الفقه المقارن فیما لا نصّ فیہ*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۳۸۳ ش.
۱۶. شجاع‌پوریان، سیاوش، *مسئولیت مدنی ناشی از خطای شغلی پزشکی*، تهران، فردوسی، ۱۳۷۳ ش.
۱۷. شریف‌رضی، ابوالحسن محمد بن حسین بن موسی موسوی بغدادی، *خصائص الائمة الطاهرة*، قم، *امیرالمؤمنین علیه السلام*، تحقیق و تعلیق محمدهادی امینی، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۴۰۶ ق.
۱۸. شعاریان، ابراهیم و منصور جباری، *مسئولیت مدنی پلیس*، تبریز، فروزش، ۱۳۸۸ ش.
۱۹. شکوهیان، علیرضا، *تحلیل اقتصادی مسئولیت مدنی پزشکی*، تهران، خرسندی، ۱۳۸۵ ش.
۲۰. صالحی، سیدمهدی، ابراهیم علی‌عسگری، سیامک جعفرزاده، «بررسی مسئولیت ناشی از اخفای مضرات دارو و نقش قاعده تحذیر»، *فصلنامه حقوق پزشکی*، شماره ۴۱، تابستان ۱۳۹۶ ش.
۲۱. صباح مشهدی، حمید، «بررسی و تبیین قاعده تحذیر یا هشدار»، *ماهنامه دادرسی*، شماره ۶۰، بهمن و اسفند ۱۳۸۵ ش.
۲۲. صدوق، ابوجعفر محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۳. صفاری، علی و راضیه صابری، «هشداررسانی، ضابطه اصلی رفع مسئولیت در پیشگیری وضعی خطرناک از جرم»، *فصلنامه حقوق کیفری*، دوره پنجم، شماره ۱۸، بهار ۱۳۹۶ ش.
۲۴. صفایی، سیدحسین و حبیب‌الله رحیمی، *مسئولیت مدنی*، تهران، سمت، ۱۳۹۰ ش.

۲۵. طباطبایی حکیم، سیدمحمدتقی، *الاصول العامة فی الفقه المغارن*، قم، مجمع جهانی اهل بیت (علیهم السلام)، ۱۴۱۸ ق.
۲۶. طباطبایی قمی، سیدتقی، *آراؤنا فی اصول الفقه*، قم، محلاتی، ۱۳۷۱ ش.
۲۷. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *التبیان فی تفسیر القرآن*، تحقیق و تصحیح احمد حبیب قصیر العالمی، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۹ ق.
۲۸. همو، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*، چاپ دوم، بیروت، دار الكتاب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۲۹. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۳۰. همو، *مسائلک الافهام فی شرح شرایع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۱. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، *اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه*، قم، دار الفکر، ۱۴۱۱ ق.
۳۲. عراقی، ضیاء الدین، *الاجتهاد و التقليد*، قم، نوید اسلام، ۱۳۸۸ ش.
۳۳. علامه حلّی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۴. فاضل آبی، زین الدین حسن بن ابی طالب یوسفی، *کشف الرموز فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳۵. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۹ ش.
۳۶. فلاح، مهدی، «قاعده تحدیر در رویکرد فقهی و حقوقی»، *ماهنامه معرفت*، شماره ۱۰۶، مهر ۱۳۸۵ ش.
۳۷. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی: الزام های خارج از قرارداد (ضمان قهری)*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴ ش.
۳۸. کلینی رازی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷ ش.
۳۹. متقی هندی، علاء الدین علی بن حسام الدین، *کنز العمال فی سنن الاقوال و الافعال*، قم، دار الحدیث، ۱۳۷۴ ش.
۴۰. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، *ملاد الاخیار فی فهم تهذیب الاخبار*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۴۱. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن هذلی، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، تهران، استقلال، ۱۴۰۹ ق.
۴۲. محقق داماد، سیدمصطفی، «قاعده تحدیر - نقش هشداردهنده در رفع مسئولیت کیفری»، *فصلنامه حقوقی و قضایی دادگستری*، شماره ۵، پاییز ۱۳۷۱ ش.
۴۳. همو، *قواعد فقه*، تهران، سمت، ۱۳۷۴ ش.
۴۴. محمدی، ابوالحسن، *قواعد فقهی*، تهران، میزان، ۱۳۷۷ ش.
۴۵. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقننه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
۴۶. مقدادی، محمد مهدی، «تأثیر هشدار در انتفای مسئولیت مدنی پزشکان»، *فصلنامه فقه پزشکی*، سال سوم و چهارم، شماره های ۹-۱۰، زمستان و بهار ۱۳۹۰-۹۱ ش.
۴۷. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، *قواعد فقهیه*، تهران، عروج، ۱۳۷۹ ش.
۴۸. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیله*، تهران، المکتبه العلمیه الاسلامیه، ۱۴۲۵ ق.

۴۹. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، دار الهادی، ۱۳۹۶ ق.
۵۰. مهمان نوازن، روح الله، *خسارات قابل جبران در حقوق ایران*، تهران، آثار اندیشه، ۱۳۸۸ ش.
۵۱. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۵۲. واحدی، مرتضی، *قاعده فقهی تحذیر و تطبیق آن با حقوق انگلستان*، تهران، راشدین، ۱۳۹۴ ش.

موجز المقالات

شرح مقتضى العقد وقاعدة السياق فى ضوء شرط التوارث فى العقود المنقطعة

- مريم صبأغى ندوشن (طالبة دكتوراه فى فرع الفقه ومبادئ القانون الإسلامى)
- محمّد حسن حائرى (أستاذ بجامعة فردوسى بمشهد)
- حسين صابرى (أستاذ بجامعة فردوسى بمشهد)

على الرغم من أنّ شرط التوارث بضمن عقد النكاح المؤقت بوصفه أحد الشروط المباحة، يتمتع بإمكانية شمولية التطبيق؛ لكن فكرة اقتضاء التوارث فى عقد النكاح على الإطلاق، أو عدمه فى خصوص النكاح المؤقت، أثارت خلافات فى الفتوى بهذا الشأن. فمن أصحاب الفتيا من أثبت التوارث حتى فى حال السقوط متمسكاً بسياق الآيات القرآنية. ومنهم من أفتى بسقوطه حتى فى حال اشتراطه فى الزواج، مستنداً إلى النظم السائدة فى ألفاظ الروايات فى إطار السياق. فى حين أننا لو أخذنا بعين الاعتبار تعريف السياق وهو تأثير مجموعة القرائن المقالية والمقامية لاستكشاف مراد المتكلم، لوجدنا أنّ الروايات النافية للإرث بالاعتماد على المعهودات الذهنية للمخاطبين وقت صدور الروايات

والتي تشترط سقوط الإرث لعدم ضمان التنفيذ آنذاك، تفيد عدم تحقُّق التوارث إذا ما اشترط السقوط، دون أن تنظر تلك الروايات حالة شرط الثبوت. كما أنَّ سياق الآيات هي الأخرى أجنبية عن تناول الاقتضاء، الأمر الذي يؤدي إلى أنَّ التوارث معتبر ولازم الوفاء إذا اشترط. المفردات الرئيسة: التوارث، الشرط، مقتضى العقد، العقد المنقطع، السياق.

الطبيعة القانونية لـ «عقد المشاركة في الإنتاج»

من منظور القانون الإيراني وفقه الإمامية

- أبو طالب كوشا (أستاذ مساعد بجامعة العلوم القضائية والخدمات الإدارية)
- مصطفى شفيق زادة خولنجاني (طالب دكتوراه في فرع القانون الخاص)

عقد المشاركة في إنتاج النفط يُعدُّ أحد أنماط العقود لاستقطاب شركات النفط الدولية للقيام بالمشاريع النفطية الكبرى، ويمكن اتِّخاذ هذه العقود معيارًا أو منطلقًا للاتفاقيات المبرمة بين إيران والشركات الراغبة في الاستثمار في قطاع النفط الإيراني. ونظرًا إلى أنَّ عقد هذه الاتفاقيات لا تناقض القيود المفروضة من قبل السيادة والملكية الوطنية على الموارد والخيرات الطبيعية، إنَّه من الضرورة بمكان تحديد انطباقها أو موافقتها لأسس القانون الموضوعية وفقه الإمامية لكي نوضِّح طبيعة الأبعاد القانونية لهذه الاتفاقيات بشكل أكثر. سعت هذه الدراسة أولاً من خلال المنهج الوصفي - التحليلي وابتقاء الأسس الفقهية - القانونية وأقوال فقهاء الإمامية والقانونيين إلى إيضاح طبيعة القانون القانونية وتكليف طرفي الاتفاقية، ثمَّ تطرقت إلى تحليل وجوه الاشتراك والافتراق بين هذه العقود والاتفاقيات مع المؤسسات القانونية المماثلة، وانتهت إلى إثبات صحَّة عقدها في سياق عقود «الجمالة». المفردات الرئيسة: النفط، الاستثمار الأجنبي، الاتفاقيات الكبرى، عقد المشاركة في الإنتاج، الجمالة.

نقد التفاسير القانونية للمادَّة ٢١٨ ق.م. وتفسير مستقى من فقه الإمامية

- أمين سليمان كلوانق (طالب دكتوراه في فرع الفقه ومبادئ القانون الإسلامي)
- أحمد باقرى (أستاذ بجامعة طهران)
- أحمد مرتاضى (أستاذ مساعد بجامعة تبريز)

أحد المواضيع الخلافية في القانون المدني، هو المادة رقم ٢١٨ التي تنصّ على ما يلي: «إذا تبين أنّ الصفقة تمّت بشكل صوريّ بغية التهريب من الدّين فهي باطلة». أكثر القانونيين بعد الحكم ببطلان الصفقة الصورية، قدّموا تفسيرات عديدة للصفقة الواقعية التي تمّت بغية التهريب من الدين، ولم يحكم واحد منهم بطلانها. بل اختلف القوم في نفاذ الصفقة وعدم نفاذها، وفسّروا الأمر بأمور مثل: «انتساب البطلان إلى كون الصفقة صورية»، «لحاظ وجود الحقّ للدائن في عين أموال المدين في الصفقة الرامية إلى التهريب من الدين»، «ملازمة الصفقة الرامية من الهروب من الدين لتضييع حقّ الدائن»، «قصد الفرار من الدين، بوصفه دافعاً إلى الصفقة الصورية»، «الصورية باعتبارها وصفاً للصفقة بغية الفرار من الدين». تناول هذا المقال عبر سبر نصوص فقه الإمامية والاستناد إلى معارضة الشارع لهذه الصفقة وأمره بوجود تسديد الدين، ووجوب العزم وعقد النيّة على أدائه، وملازمته لحرمة الهروب من الدين وبالتالي عدم مشروعية الصفقة، وأخيراً فقدان أحد شروط صحّة الصفقة، تناول التفاسير والتعليقات المذكورة، ولقى الحكم بطلان مثل هذه الصفقة قبلاً، واقترح المقال على المشرّع حلاً لإزالة الغموض والإبهام عمّا يكتنف هذه المادة.

المفردات الرئيسية: صفقة صورية، سبب الصفقة، المادة ٢١٨ للقانون المدني، وجوب النيّة لأداء الدين، سبب غير شرعيّ.

دراسة فقهية قانونية في طرق تعيين الضامن

عند التداخل العرضي للأسباب

- عبد الحسين رضائيّ راد (أستاذ مشارك بجامعة الشهيد تشرمان بأهواز)
- معصومة سيّاحي (ماجستير في فرع الفقه ومبادئ القانون الإسلاميّ)
- خسرو نشان (أستاذ مساعد بجامعة الشهيد تشرمان بأهواز)

ضرورة التعويض عن الخسائر والأضرار غير المبرّرة وقاعدة الضمان من الأسس والقواعد المتفق عليها فقهياً وقانونياً. لكن النقاش يدور حول كيفية تطبيق القواعد على حالاتها ومصاديقها التي من أعقدها تداخل عدّة أسباب تشترك في وقوع الجريمة أو إلحاق الخسارة. ومثار الخلاف والنقاش هو كيفية تعيين الضامن وتوزيع الأدوار والمسؤوليات

على الأسباب. وهناك مواقف وآراء متعدّدة، فمن الباحثين من ذهب إلى تساوى المسؤوليات، ومنهم من ذهب إلى مدى التأثير والتدخل، ومنهم من ذهب إلى مدى تقصير العوامل فى إيجاد حادث يسبب الخسارة. وهناك تيار آخر فى المقابل، يعتبر مسؤولية الأسباب المتعدّدة إزاء المتضرّر، تضامنيّة وموافقة للقوانين ومنصفة. ولكنّ الكاتب أثر اشتراك الضمان بالمقدار العرفيّ لنسبة التأثير الذى يتركه أى سبب فى الخسارة، ورأى ذلك أقرب إلى العدل، وأمسّ رحماً بالموازن الفقهيّة والأخلاقيّة، وأثبت ذلك.

المفردات الرئيسيّة: تداخل الأسباب، المسؤولية، الضامن، الخسارة، التقصير.

دراسة فى تحوّل عقد المضاربة إلى عقد القرض الربويّ

عند اشتراط ضمان العامل

- صديقة سادات فقيه (طالبة دكتوراه بجامعة بيام نور)
- حسين ناصريّ مقدّم (أستاذ مشارك بجامعة فردوسىّ بمشهد)
- أصغر أبو الحسنىّ (أستاذ مشارك بجامعة بيام نور)

«شرط ضمان الأمين» من أكثر الأبحاث العلميّة إثارة للجدل والضجّة فى المجالات الثلاثة الفقهيّة، والقانونيّة والاقتصاديّة، وأكثر شروط ضمن العقد استخداماً وتوظيفاً فى مضمّار العقود التشاركيّة المصرفيّة والمشاريع الاستثماريّة فى العصر الراهن. وتراوح الفتاوى الفقهيّة الصادرة بشأن الشرط المذكور بين «الصحة والحليّة» وهى فتوى «الأقليّة» للفقهاء، والحكم بكونه باطلاً ومبطلاً، و«الحرمة» والأخير هو «مشهور» الفقهاء. والأمر الذى يزيد من ضرورة إعادة النظر فى أسس الأحكام والقوانين المتناقضة فى شأن هذا الشرط هو تقارب الحدود بين العقود الأمانيّة المشروطة بهذا الشرط جرّاء تحوّل ماهيّته إلى «أكبر الخطوط الحمراء للعالم الإسلامىّ فى مجال الاقتصاد» أى «الربا». وقوة «أدلة البطلان» لشرط ضمان العامل، قلل إمكانيّة تبريره فقهيّاً وقانونيّاً إلى أدنى حدّ ممكن، وأثبت أكثر من أىّ وقت مضى، واجب مصمّمى نماذج الاستثمار الاقتصاديّ المتمثّل فى الاهتمام بصيانة أسس الاقتصاد الإسلامىّ من أجل تفضى مضارّ الاقتصاد الربويّ. وهذا الأمر لن يتحقّق فى خصوص العقود التشاركيّة والأمانيّة إلا فى ظلّ القيام بما تقتضيه «المشاركة الواقعيّة الفعليّة بين الطرفين» بما فيها «توزيع منصف

للمخاطرة والفائدة» بين طرفي الاستثمار المستثمر والمستثمر فيه، وتعبير أوضح عدم إمكان اشتراط الضمان ضدّ العامل .

المفردات الرئيسية: شرط ضمان الأمين، عقد المضاربة، شرط النتيجة، شرط الفعل، شرط غير مقدور، انقلاب العقد، حيل الربا.

الأدلة الفقهيّة لسقوط خيار الغبن مع التصرف قبل العلم، دراسة حديثة

- سيّد محمّد مهديّ صابر (طالب دكتوراه في فرع الفقه ومبادئ القانون الإسلاميّ)
- محمّد رضا كيخا (أستاذ مساعد بجامعة سيستان وبلوشستان)
- أمير حمزة سالارزائيّ (أستاذ مشارك بجامعة سيستان وبلوشستان)

سعت هذه المقالة إلى تحديد ما يجب اتّخاذه بشأن التصرفات اللازمة الناقلة للملك قبل العلم بالغبن. وتختلف مواقف فقهاء الإماميّة في هذا الموضوع، والموقف المشهور هو سقوط خيار الغبن، بيد أنّ النتائج تفيد بأنّ هذا الموقف في ضوء الأدلة الفقهيّة، لا يسلم من الضعف والخلل نظرًا إلى عدم تأثير تعدّد ردّ العين في سقوط الخيار، وكون المسألة من أبحاث التزاحم، واستنادًا إلى أصل الاستصحاب، وتعلّق خيار الفسخ بالعقد، وأصل الاحتياط، قاعدة لا ضرر، «الجهل عذر» وإنصاف يثبت أنّ الموقف غير المشهور يحظى بقباليّة أكثر للقبول. ونظرًا إلى أنّ هذا الأمر من المسائل الشائعة التي سكت عنها القانون المدنيّ أيضًا، فاقترحت هذه الدراسة صياغة مادة قانونيّة بشأن الموضوع.

المفردات الرئيسية: خيار الغبن، التصرف، العلم بالغبن، الضرر، المادة القانونيّة.

إمكانية وقف الحقوق المعنويّة؛

دراسة فقهيّة في ضوء المادة ٥٥ للقانون المدنيّ

- رضا نيكخواه سرنقي (أستاذ مساعد بجامعة أروميّة)
- محمّد حسن جواديّ (أستاذ مساعد بجامعة أروميّة)
- سيّد عليّ حسينيّ (طالب دكتوراه في فرع الفقه والقانون بجامعة أروميّة)

عرّف فقهاء الإماميّة الوقف بأنّه «تحييس الأصل وتسبيل المنفعة»، وفي أغلب الحالات اشترطوا في الموقوفة كونها من العينات. وبالتالي ذهب البعض إلى أنّ هذا الاشتراط

يسفر عن أمرين: استحالة تعلّق الوقف بغير الأعيان، وتضييق نطاق الموقوفات. سعى هذا المقال إلى الإجابة عن السؤال التالي: هل وقف الملك الفكرى والمعنوى يحظى بمشروعية أم لا؟ والأمر الذى يعسر التصديق بموضوع البحث أولاً ما افترضه الفقهاء من لزوم العينية فى متعلّق الوقف، وثانياً أنّ مالّية الأمور المعنوية ولا سيّما النتاجات الفكرية يعترها الشكّ والريب، وبالتالي صعوبة إثبات المشروعية فى الملكية الفكرية بوصفها حكماً وضعياً. بعد ردّ المبدأ الأول أو تبريره، وإثبات المبدأ الثانى، لا تبدو العلاقة بين الوقف بوصفه فعلاً قانونياً ومملوكاً معنوياً بوصفه موضوع الوقف، معقدة عسيرة. وهذه المقالة فى البداية، حاولت توسيع نطاق متعلّق الوقف بغير الأعيان، ثمّ تطرقت إلى إثبات مالّية النتاجات الفكرية، ومشروعية الملكية المعنوية، وخلصت إلى الوقف فى المملوكات المعنوية ممكن كما هو الحال فى الأموال العينية.

المفردات الرئيسية: الوقف، الملكية المعنوية، الملكية الفكرية، المادة ٥٥ للقانون المدنى، المادة ٥٨ للقانون المدنى.

مكانة قاعدة «التحذير» فى المسؤولية المدنية للأشخاص والدولة

- أبو الفضل عليشاهى قلعة جوقى (أستاذ مشارك بجامعة ياسوج)
- محمّد دانش نهاد (دكتوراه فى فرع الفقه ومبادئ القانون الإسلامى)

تعتبر قاعدة التحذير بشأن المسؤولية المدنية، إحدى القواعد البالغة الأهمية والتأثير ومجهولة فى الوقت نفسه. وكما أنّها قابلة للمناقشة فى إطار المسؤولية المدنية للأشخاص، فهى قابلة للنقاش أيضاً فى ما يتعلّق بالمسؤولية المدنية للدول والحكومات. من أجل معرفة مكانة قاعدة التحذير فى هذين الموضوعين، لا بدّ من عرض تفسير قويم للسبب فى عدم ضمان المحذّر، والقيام بتعويض عادل عن الخسائر. يرى الباحثان أنّ الدليل عقلى والأدلة الأخرى لا ترتقى إلى مستوى الدليل وإنّما تُعدّ مجرد تأكيد للدليل العقلى. وفى ضوء تأثير عوامل مختلفة مثل تقصير الطرفين المحذّر والمتضرّر وعلمهما، تطرأ حالات شتى تختلف أحكامها من حالة إلى أخرى. لأنّ قاعدة التحذير باعتبار وجود كلّ واحد من العوامل أو غيابها، ستظلّ فاعلة مؤثرة ولا يمكن إقصاؤها فى حال غياب أحد العوامل، وإنّ تغيرت القاعدة باعتبار المسؤولية المدنية. لذلك يمكن إيضاح

دور قاعدة التحذير بشأن مسؤولية الأشخاص المدنيّة كالتالي: إذا كان أحد الطرفين مقصراً، وجب عليه دون غيره، التعويض عن جميع الخسائر، وإذا قصر الطرفان، فكلاهما ضامن للتعويض كلاً على حدة، وإن لم يكن أحد من الطرفين مقصراً، فعلى الدولة أن تعوّض عن الخسائر، بناءً على قاعدة نفى الضرر غير المتدارك. أما دور القاعدة في إطار المسؤولية المدنيّة للدولة بشكل خاصّ، فيأتي حيث تكون الدولة محدّرة بأنّها إن لم تعمل بجميع شروط القاعدة، ولم يكن لها أدنى تقصير في حصول الخسارة، ويكون المحذّر إليه قد تجاهل تحذيرات الدولة، فإنّ الأخير لن تكون ضامنة؛ لكن الدولة إذا لم توجّه التحذيرات اللازمة أو كانت مقصرة لجهات أخرى، وإن كان المحذّر إليه مقصراً، ففي هذه الحالة ستكون الدولة هي الأخرى ضامنة للتعويض عن الخسارة بما يتوافق مع حجم تقصيرها. وإن لم يصدر أدنى تقصير من جانب المحذّر منه، ولم يتمّ توجيه التحذير بشكل صحيح في واقع الأمر، فستضمن الدولة التعويض عن جميع الخسائر.

المفردات الرئيسة: التحذير، الدولة، المتضرر، التقصير.

still effective and it cannot be ruled out in the absence of one of the elements. Therefore, the role of the rule of warning in civil liability of individuals is explained in this way that If only one of the two parties was guilty, only the guilty person would be liable for all damages and if the fault is on either side, each one liable to the measure of his/her guilty and if neither of them were guilty, the government would provide compensation on the basis of negation of the non-compensated damage of the liable. The role of the rule in the civil responsibility of the state is in particular where the government as a warner if fulfills all the conditions of the rule and does not have any fault in the realization of damages and warned person disregard the government's warning, the government will not have liability, but if the government does not do the warning properly or is guilty for other respects, in this case, if the warned person is also guilty, the state is liable for compensation to the degree of its guilty, but if the warned person does not have any fault and in fact the warning has not been done correctly, the state will compensate for all damages.

Keywords: *Warning, Government, Injured, Fault.*

origin and proving the second origin, the link between endowment as a legal act and spiritual owned as its subject will not be difficult. In this article, an attempt has been made to expound the subject of the endowment to include immaterial things then the possessory value of intellectual products and the legitimacy of intellectual property has been proved. Finally, we conclude that the endowment of intellectual owned objects is possible, as the endowment of objective property is.

Keywords: *Endowment, Spiritual property, Intellectual property, Article 55 of the Civil Code, Article 58 of the Civil Code.*

The Status of the Rule of “Warning” in Civil Liability of Individuals and Government

□ *Abolfazl Alishahi (Associate professor at Yasouj University)*

□ *Muhammad Daneshnahad (A PhD of Jurisprudence)*

The rule of warning is one of the very important and influential, but also obscure, rule regarding civil liability. This rule is propounded in civil liability of individuals and it can be influential in relation to civil liability of the government as well. To achieve the status of the rule in these two cases, it is necessary to compensate fairly the damage by analyzing the cause of non-liability of warner, which, according to the authors, is based on rational reason and the other reasons are just confirming. Given to the effects of the elements of the fault and awareness of the warner and the injured, several branches existed that the ordinance of each of them is different from one another. Although by considering the presence or absence of any of these elements the civil responsibility become different, the rule is

proved that the non-majority view is more acceptable. Given the fact that this is a public affair and civil law is still silent about this, the provision of a legal act that is the product of this research seems necessary.

Keywords: *Option of deception, Possession, Knowing deception, Harm, Legal act.*

Legal Possibility of Endowment of Spiritual Rights by Looking at Article 55 of the Civil Code

- *Reza Nikkhah Sarnaghi (Assistant professor at Urmia University)*
- *Muhammad Hasan Javadi (Assistant professor at Urmia University)*
- *Sayyed Ali Husseini (A PhD student of Jurisprudence & Law)*

The Shiite jurists defined the endowment as “the embaying of the object and releasing of the benefit” and the majority has considered one of the conditions of the endowment to be external object. According to some, this presupposition has made the endowment of non-external object impossible and limited the scope of endowments. In this paper, we attempt to answer this question: Is the endowment of intellectual and spiritual property legitimate? What makes the affirming of the statement in question a little difficult is that: First, it is the precondition that the jurists have presented in that it is necessary the endowed object to be external thing; secondly, doubtfulness of the possessory value of the spiritual affairs, and in particular of intellectual products, and consequently the complexity of proving legitimacy of intellectual property as a religious conventional ordinance. After rejecting or justifying the first

in the case of implementation of the “real partnership of the parties”, including, fair distribution of risk and return between investor and receiver of the capital, in other words, the impossibility of conditioning of guarantee against the agent.

Keywords: *Stipulation of trustee guarantee, Bailment contract, Consequential condition, Condition of act, Impossible condition, Revolution of the contract, Usury devices.*

Investigation of the Jurisprudential Evidences of the Fall of the Option of Deception through Possession before Knowing

- *Sayyed Muhammad Mahdi Saber (A PhD student of Jurisprudence)*
- *Muhammad Reza Kaykha (Assistant prof. at Sistan and Baluchestan Univ.)*
- *Amir Hamzeh Salarzaii (Associate professor at Sistan and Baluchestan Univ.)*

In the present paper, we attempt to determine the role of the necessary possession and the possessive conveyer of the property that are made before knowing of the deception bargaining. In this case, there is a difference of opinion among Shiite jurists. The view of the majority is that the option of deception will be terminated, but the findings show that with regard to non-intervention of returning sold thing in termination of the option and that this is a matter of juridical conflict, this view from the perspective of jurisprudential reasons not devoid of weakness and inaccuracy and on the base of the principle of legal authorization of previous state (esteshab), the belonging the option of cancellation to the contract, the principle of precaution, principle of harm, excuse of ignorance, and fairness, it is

Investigating the Changing of the Bailment Contract into Usury Contract of Loan in the Case that the Guarantee of the Agent Be Stipulated

- *Sedigheh Sadat Faghih (A PhD student of Payam Noor University)*
- *Hussein Naseri Moghadam (Associate professor at Ferdowsi University)*
- *Asghar Abolhasani (Associate professor at Payam Noor University)*

Stipulating the guarantee of the trustee is one of the most controversial scientific topics in all three jurisprudential, legal and economic spheres and it is the most functional proviso in the field of cooperative banking contracts and investment projects of the present age. The sever difference of the opinions (fatawa) between the correctness and lawfulness of this condition which is the opinion of the “minority” of the jurists and void and voiding and prohibition of that condition which is the view of majority as well as the proximity of the boundary of the deposited contracts provided for by the above condition to the “the largest economic red line of the Islamic world” because of the revolution of its nature, namely, the element of “usury”, the necessity of reviewing and clarifying the basis of the issuance of laws and conflicting rules in this regard is one hundred so many. The strength of the “evidences of invalidation” of the condition of the agent's guarantee makes the possibility of its legal and juridical justification minimum and more than ever clarifies the necessity of the attention of the designers of investment models in the realm of the economy in order to safeguard the foundations of Islamic economics from the harmfulness of the usury economy. This fact in the field of cooperative and deposited contracts will not be possible, except

Legal Jurisprudential Review of the Ways of Determination of the Guarantor in Accidental Interference of the Causes

- *Abdolhussein Rezaii Rad (Associate prof. at Shahid Chamran Univ. of Ahwaz)*
- *Masoomeh Sayyahi (An MA of Jurisprudence)*
- *Khosrow Neshan (Assistant professor at Shahid Chamran Univ. of Ahwaz)*

The necessity of compensation for unjust damages and the rule of guarantee are the undoubted and accepted principles in jurisprudence and law, but what is being discussed is how the rules are applied to their cases. One of the most difficult cases of their application is the case of interference of the causes that they all have co-operated in the committing of a crime or damaging. In this case, the way of determining the guarantor and the division of responsibility between the causes is the place of controversy. Some have accepted the equal responsibility, a group agrees with the degree of influence and intervention, and others believe in proportion to the degree of fault of the cause in creating a harmful incident. In contrast, some others believe in joint and several liabilities in the case of interference of the causes versus of the harmed person and say that it consistent with rules and fairness. The writer believes that the guarantee sharing to the normal extent of the percentage of the impact of each of the causes in damage is more equitable and applicable to the jurisprudential and conscientious standards and attempt to prove it.

Keywords: *Interference of the causes, Liability, Guarantor, Damage, Fault.*

After assigning the invalidity in the article to the fictitiousness of the transaction, most jurists have with numerous interpretations analyzed the verdict of transaction that has been done with the intention of escaping from debt and none of them has ruled out it. But rather some have been in favor of “the validity of the deal with the intention of escaping from debt”, and another group was in favor of its invalidity and have provided some interpretations such as: “attribution of the invalidity of the transaction to its unreality”, “the right of the creditor to the same property of the debtor in such a transaction”, “entailing of the violation of the creditor's rights”, “the intention of escaping from debt as the motive of formal transaction”, “being formal as a description of the deal for the purpose of escaping from debt”. Studying the texts of the Shiite jurisprudence, opposition of this transaction with order of the prophet of Islam that it is necessary to pay the debt and have the decision and intention of doing it that entails the prohibition of escaping from not paying the debt which signifies its illegitimacy and ultimately, the lack of one of the conditions of the transaction, this article has criticized the commentaries about mentioned Article and has accepted the invalidity of such a transaction and finally has proposed a solution for the legislator to resolve the ambiguity of this article.

Keywords: *Formal transaction, Aim of the transaction, Article 218 of the Civil Code, The necessity of having the intention paying debt, Illegitimate aim.*

industry in the country. Given the fact that the establishment of these types of contracts is not in conflict with the requirements of national sovereignty and ownership over natural resources, it is necessary to examine the nature of the legal dimensions of this contractual model, whether or not it is opposed to the legal bases of the positive law and Shiite jurisprudence. Analyzing the jurisprudential and legal principles and sayings of Shiite jurists and the lawyers, the present paper has attempted, firstly, with a descriptive-analytical approach and selectively, to explain the legal nature of the rights and duties of the parties of the contract and then analyze the aspects of the similarity and difference of these contracts with similar legal institutions and ultimately, prove the validity of establishment of that contract in the light of the institution of “contract of reward”.

Keywords: *Oil, Foreign investment, Upper contracts, Production contracts, Contract of reward.*

A Criticism on the Legal Interpretations of Article 218 of the Civil Code and the Provision of an Interpretation Based on the Teachings of Shiite Jurisprudence

- *Amin Soleyman Kolvanaq (A PhD student of Jurisprudence)*
- *Ahmad Bagheri (Professor at University of Tehran)*
- *Ahmad Mortazi (Assistant professor at University of Tabriz)*

One of the disputed materials in civil law is Article 218, which states: “whenever it turns out that the transaction is done intentionally to escape from debt, that transaction is null and void”.

Quran, some people have proved their claims that there is inheritance even if there has been the condition for non-inheriting. The others, based on the order of the words and the context of the narrations, have said that there is no inheritance even if there has been the condition of inheritance. Whereas, according to the definition of the context, the set of indications of the statements and the context are for discovering of speaker's intention, traditions that negate inheritance due to the mentalities of the audience of the time of the issuing of the traditions, which is the same condition for non-inheriting based on not having any guarantee at that time, implies the non-inheritance if there is the condition for not having inheritance, without any supervision to the condition of inheriting. The context of the verses is also alien to the requirement of the contract. It is understood that the inheritance is valid and authoritative if it is conditioned.

Keywords: *Inheritance, Condition, Requirement of contract, Temporary contract, Context.*

Legal Nature of the “Participation Contract for Production” in Iranian Law and Shiite Jurisprudence

- *Abutaleb Koosha (Assistant professor at the University of Juridical Sciences)*
- *Mustafa Shafizadeh Khooolanjani (A PhD student of Private Law)*

The oil production contract is a contractual arrangement for encouraging international oil companies to carry out oil operations in the upstream of the oil industry and can serve as a basis for Iran's interaction with oil companies seeking investment in this

Abstracts

Explaining the Requirement of the Contract and the Rule of Context with a Special View on the Condition of Inheritance in the Temporary Contract

- *Maryam Sabbaghi Nadooshan (A PhD student of Jurisprudence)*
- *Muhammad Hasan Haeri (Professor at Ferdowsi University of Mashhad)*
- *Hussein Saberi (Professor at Ferdowsi University of Mashhad)*

Although the condition of inheriting in temporary marriage contract as one of the permissible conditions has the capacity of being included of the proof of validity, the idea that the requirement of inheritance in the marriage contract absolutely, or its lack in temporary marriage has provided the ground for various opinions (fatawas) in this regard. By resorting to the context of the verses of the

Table of contents

Explaining the Requirement of the Contract and the Rule of Context with a Special View on the Condition of Inheritance in the Temporary Contract Maryam Sabbaghi Nadooshan & Muhammad Hasan Haeri & Hussein Saberi	3
Legal Nature of the “Participation Contract for Production” in Iranian Law and Shiite Jurisprudence/ Abutaleb Koosha & Mustafa Shafizadeh Khoollanjani	35
A Criticism on the Legal Interpretations of Article 218 of the Civil Code and the Provision of an Interpretation Based on the Teachings of Shiite Jurisprudence Amin Soleyman Kolvanaq & Ahmad Bagheri & Ahmad Mortazi	65
Legal Jurisprudential Review of the Ways of Determination of the Guarantor in Accidental Interference of the Causes Abdolhussein Rezaii Rad & Masoomeh Sayyahi & Khosrow Neshan	89
Investigating the Changing of the Bailment Contract into Usury Contract of Loan in the Case that the Guarantee of the Agent Be Stipulated Sedigheh Sadat Faghih & Hussein Naseri Moghadam & Asghar Abolhasani	117
Investigation of the Jurisprudential Evidences of the Fall of the Option of Deception through Possession before Knowing Sayyed Muhammad Mahdi Saber & Muhammad Reza Kaykha & Amir Hamzeh Salarzaii	147
Legal Possibility of Endowment of Spiritual Rights by Looking at Article 55 of the Civil Code/ Reza Nikkha Sarnaghi & Muhammad Hasan Javadi & Sayyed Ali Hussein ...	163
The Status of the Rule of “Warning” in Civil Liability of Individuals and Government Abolfazl Alishahi & Muhammad Daneshnahad	189
Translation of Abstracts:	
Arabic Translation/ Hamid Abbaszadeh	213
English Translation/ Rahmatollah Karimzadeh	230