



فهرست مطالب

- تحلیل وضعیت مهر در صورت شرط عدم دخول / سیف‌اله احدی و علی محمدیان ۳
مسئولیت مدنی ناشی از آسیب‌های همسایگی در حقوق ایران و فقه امامیه با مطالعه تطبیقی در حقوق
انگلستان و مصر / احمد امیری و پرویز عامری و حجت مبین ۲۳
قلمرو فقه و ماهیت اباحه؛ جستاری در قاعده «عدم خلؤ الواقعة عن الحكم»
محسن جهانگیری کلوخی و محمدعلی بنایی خیرآبادی ۵۳
ماهیت حقوقی وصیت به وقف در حقوق ایران و مصر / سیدسعید حبیب‌زاده و مهدی رشوند بوکانی ۷۷
جایگاه ضرر غیر مستقیم در حقوق ایران و انگلیس
مجتبی زمانی و سهیل طاهری و پژمان پیروزی و علیرضا مظلوم رهنی ۱۰۳
استناد به دفاع ضرورت به عنوان عامل رافع مسئولیت بین‌المللی دولت در فقه امامیه و حقوق بین‌الملل،
با بررسی موردی سپر انسانی (تترس) / سیدقاسم زمانی و عباسعلی عظیمی شوشتری و مجتبی افشار ۱۲۷
قلمرو اعمال حقوق مذهبی به عنوان قانون حاکم در مراجع داوری
سیده فیروزه سیدنژاد و رضا مقصودی و مهین سبحانی ۱۵۷
ضرورت و امکان‌سنجی رهن منفعت در نظام حقوقی کنونی ایران / محمدحسن صادقی مقدم و حجت‌اله مرادی
مسئولیت کالای فاقد اطلاعات مصرفی در فقه امامیه و حقوق ایران (با رویکردی به قواعد فقهی)
امام‌بخش طهماسبی و ابوالفضل علیشاهی قلعه‌جوقی و عبدالله بهمن‌پوری ۲۰۹
نقش منطق در تفسیر قرارداد / همایون مافی و علیرضا بهاری ۲۴۱
بررسی فقهی - حقوقی تأثیر ارتداد بر مهریه زوجه / الهه مرنندی و فرینازسادات خطیبی قمی و سیدکمال خطیبی قمی
تأملی بر دلایل ممنوعیت سکونت اهل کتاب در مکه / حسین نورالدینی و محمدحسین مختاری و ابراهیم کلانتری
بررسی چالش‌های وارد به قول مشهور در سن بلوغ و تقویت نگاه کیفی و عقلایی به ادله سن بلوغ
محمد نوری و حسین احمری و سیدمحسن رزمی ۳۱۳
ضمانت اجرای تخلف عامل از کشت زرع معین در مزارعه (نقدی بر ماده ۵۳۷ قانون مدنی) / غلامرضا یزدانی ۳۴۳

ترجمه حکم‌آنها

- ترجمه عربی (موجز المقالات) / حمید عباس‌زاده ۳۶۵
ترجمه انگلیسی (Abstracts) / علی برهان‌زهی ۳۹۲

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.

تحلیل وضعیت مهر در صورت شرط عدم دخول*

- سیف‌اله احدی^۱
- علی محمدیان^۲

چکیده

پس از پذیرش اینکه اقتضای ذات عقد نکاح، برقراری رابطه زناشویی و تحقق دخول نیست، یکی از فروع مترتب بر آن، وضعیت مهر از حیث استقرار و تزلزل در فرض شرط عدم دخول است که آیا در فرض مذکور نیز همانند موارد اطلاق عقد، پس از وقوع عقد، مالکیت زوجه نسبت به نیمی از مهر مستقر و نیمی دیگر متزلزل است یا اینکه مالکیت او به صرف وقوع عقد نسبت به کل مهر استقرار می‌یابد؟ نویسندگان پس از تحلیل و بررسی ادله و آرای فقها و حقوق‌دانان به شیوه تحلیلی - اسنادی بر آن شده‌اند که عمل دخول، شرط لازم و عامل انحصاری برای استقرار مهر است و در صورت شرط عدم دخول، هرچند وجوهی برای استقرار تمام مهر قائم بوده، اما این وجوه قابل خدشه است و در مقابل،

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۵/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۱/۱۹.

۱. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه شهید مدنی آذربایجان (نویسنده مسئول)
(ahadi@azaruniv.ac.ir).

۲. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه بزرگمهر قانات (mohammadian@buqaen.ac.ir).

وجوهی از قبیل انتفای مشروط در صورت انتفای شرط، صدق عنوان زوجة غیر مدخوله در صورت وقوع طلاق، و امکان تنقیح مناط از موارد ثبوت نصف مهر در صورت فسخ قبل از دخول، بر تنصیف مهر در فرض مذکور دلالت دارد. از این رو، قول به تنصیف مهر در صورت شرط عدم نزدیکی، مستدل و موجه دانسته شده است.

واژگان کلیدی: اقتضای عقد نکاح، تنصیف مهر، استقرار مهر، شرط ضمن عقد، دخول.

مقدمه

عقد نکاح که مشتمل بر جنبه اصلی و عبادی، یعنی حصول رابطه زوجیت میان زوج و زوجه و حق بهره‌وری جنسی آن دو از یکدیگر، و جنبه فرعی و مالی، از قبیل تملیک مهر به زوجه از سوی زوج است، در بسیاری از قواعد و احکام، از همان اصول و قواعد حاکم بر عقود دیگر پیروی می‌کند و تا جایی که ویژگی و احکام خاص آن اجازه دهد، می‌توان حکومت مواد کلی قوانین مرتبط را بر آن جاری ساخت. از جمله این قواعد عمومی قابل اجرا آن است که در نکاح ممکن است اراده به پاره‌ای تعهدات فرعی که خارج از ارکان و عناصر اصلی قرارداد است نیز تعلق گیرد (صفایی و امامی، ۱۳۸۵: ۵۷). از این رو، شناخت اقتضای ذات عقد نکاح و اقتضای اطلاق آن، امری ضروری است. بنا بر مطالعات صورت گرفته، اقتضای ذات عقد نکاح، فراهم‌آوری کانونی است که بر اساس آن، زوجین زندگی مشترکی را آغاز کرده و در چارچوبی مشخص، تنظیم روابط خود را چهره‌ای نوین می‌بخشند. بنابراین دخول و برقراری رابطه زناشویی، تنها اقتضای اطلاق عقد نکاح است نه اقتضای ذات آن؛ یعنی نبود رابطه زناشویی به گونه‌ای نیست که عقد نکاح را بی‌اثر سازد و نتوان توافق موجود را نکاح نامید (برای آگاهی بیشتر ر.ک: جعفرپور و ذوالفقاری، ۱۳۹۰: ۴۳-۴۴؛ دهقان‌نژاد، محمدی و پورلطف‌اله، ۱۳۹۷: ۱۰۱).

حال پس از پذیرش این مطلب که اقتضای ذات عقد نکاح، برقراری رابطه زناشویی نیست، بنابراین شرط خلاف آن، یعنی شرط عدم برقراری رابطه زناشویی (دخول) در ضمن عقد نکاح صحیح است. مسئله مهمی که در این خصوص مطرح می‌شود، بحث استقرار تمام مهر است که آیا در این گونه موارد با توجه به شرط عدم دخول، به صرف

وقوع عقد، مالکیت زوجه بر تمام مهر مستقر می‌گردد یا اینکه همانند موارد تحقق عقد نکاح به طور مطلق (بدون شرط مذکور)، به مجرد وقوع عقد، مالکیت زوجه نسبت به نصف مهر مستقر، و نسبت به نصف دیگر متزلزل است و تنها با تحقق سایر عوامل استقرار^۱ غیر از دخول، در صورت قول به استقرار مهر با عوامل دیگر، تمام مهر بر ذمه شوهر مستقر می‌شود و در صورت قول به انحصار سببیت دخول در استقرار مهر، تنصیف مهر صورت می‌گیرد؟ به عبارت دیگر، آیا در موارد شرط عدم دخول می‌توان صرف تحقق عقد را جاری مجرای دخول در استقرار مهر قلمداد کرد یا خیر؟ چنان که از مسئله ذکر شده معلوم می‌شود، ثمره بحث مربوط به جایی است که پس از وقوع عقد و انعقاد شرط عدم دخول، طلاق صورت گیرد یا اینکه یکی از زوجین فوت کند و عامل استقرار مهر را منحصر به تحقق دخول بدانیم، که در صورت قول به عدم استقرار مهر به صرف وقوع عقد، زوجه باید نصف مهر را به زوج برگرداند (همانند طلاق زوجه غیر مدخوله)؛ اما در صورت قول به اینکه زوجه به واسطه شرط عدم دخول، استحقاق تمام مهر را به صرف وقوع عقد داشته و مالکیت او بر تمام مهر استقرار یافته است، چیزی به زوج برگردانده نمی‌شود (همانند طلاق زوجه مدخوله).

گفتنی است که در رابطه با مسئله مطرح شده، مطلبی در کتب فقهی و حقوقی بیان نشده و تحقیق مستقلی نیز صورت نگرفته است، بلکه به اختصار در برخی پژوهش‌ها بدان پرداخته شده است (جعفرپور و ذوالفقاری، ۱۳۹۰: ۴۲-۴۳). از این رو برای یافتن پاسخ دقیق و مستدل به مسئله مذکور، لازم است ادله استقرار مهر و آرای فقها و نیز تأثیر شرط مذکور در حکم مسئله، مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد.

۱. استقرار مالکیت زوجه بر مهر

مهر، خواه در زمان ایجاد عقد نکاح تعیین شود (مهرالمسمی) و خواه تعیین نشود و با تحقق موجباتی بر عهده زوج قرار گیرد، ملک زوجه بوده و زوج مکلف است که آن را ادا کند. قرآن کریم این مطلب را با لطافت و ظرافت خاصی چنین بیان می‌دارد:

۱. بحث از عوامل استقرار مهر در ادامه مطرح خواهد شد.

﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ (نساء/۴): «مهر زنان را به عنوان یک عطیه به خود آن‌ها بدهید». مشهور و معروف میان فقهای امامیه آن است که به مجرد وقوع عقد نکاح دائم، تمام مهر به ملکیت زوجه درمی‌آید و این ملکیت نسبت به نیمی از آن مستقر و نسبت به نیمی دیگر متزلزل می‌باشد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲/۲۷۴؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۳/۳۹۵؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۳۵۳/۵؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۷/۴۴۶؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۱۳؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۲/۳۷؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱/۱۰۷؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۲/۲۷۹؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۲/۱۰۷؛ سبحانی تبریزی، بی‌تا: ۲/۲۵۹)؛ بلکه بر این مطلب، ادعای نفی خلاف (ابن ادريس حلی، ۱۴۱۰: ۲/۵۸۵) و یا ادعای اجماع شده است (طوسی، ۱۴۲۵: ۴/۲۶۹؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۵/۱۷۱).^۱ در ماده ۱۰۸۲ ق.م. که برگرفته از نظر مشهور فقهاست، نیز آمده است: «به مجرد عقد، زن مالک مهر می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید».

پس از حصول مالکیت زوجه نسبت به نیمی از مهر به نحو مستقر و نسبت به نیم دیگر به نحو متزلزل، با وقوع عواملی، مالکیت او نسبت به تمام مهر استقرار می‌یابد. این عوامل به قرار زیر است:

۱-۱. دخول (آمیزش جنسی)

بنا بر اجماع فقها، یکی از عوامل استقرار مالکیت زوجه بر تمام مهر، تحقق دخول یعنی برقراری رابطه زناشویی (نزدیکی) است؛ خواه عمل نزدیکی از قبیل باشد و خواه از دُبُر (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۳/۵۷۵؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱: ۱/۳۸۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۲/۸۰۸). نزدیکی که موجب استقرار تمام مهر می‌شود، عبارت است از رابطه جنسی که بین زن و شوهر به وجود می‌آید؛ مشروط به اینکه آلت مرد به مقدار حشفه در آلت زن داخل گردد، اگرچه انزال صورت نگیرد. داخل کردن کمتر از آن مقدار و یا تفخیز و انواع دیگر از تمتعات جنسی، نزدیکی محسوب نمی‌گردد و موجب تثبیت نصف دیگر مهر

۱. در مقابل قول مشهور فقها، از ابن جنید نقل شده است که نصف مهر با عقد و نصف دیگر با دخول و آنچه به منزله دخول است، به ملکیت زوجه درمی‌آید (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۷/۱۷۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۸/۲۵۹؛ ابن جنید اسکافی، ۱۴۱۶: ۲۵۵؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۲۳/۷۳۵۲). برای دیدن ادله دو قول مذکور ر.ک: احدی، فخلعی و حائری، ۱۳۹۵: ۳۱.

نمی‌شود. این قول، مشهور نزد فقهای امامیه است که می‌گویند دخولی که موجب استحقاق زن نسبت به تمام مهر است، وطی در قبل یا دبر زن می‌باشد، به شرط آنکه التقاء ختanan حاصل شود (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۸۴؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۳۵۶/۵؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۴۱۳/۷؛ امامی، بی‌تا: ۴۱۱/۴-۴۱۲ و ۴۵/۵؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۲۶/۲۲)؛ بلکه برخی فقها بر این مطلب، ادعای نفی خلاف کرده‌اند (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۱۷۱/۱۰).

قانون مدنی به صراحت متعرض این موضوع نشده است؛ ولی گفته شده که از ماده ۱۰۹۲ این قانون، استقرار مالکیت زوجه بر تمام مهر به واسطه دخول استنباط می‌گردد (امامی، بی‌تا: ۴۱۲/۴؛ محقق داماد، بی‌تا: ۲۳۵).

۲-۱. فوت زوج یا زوجه

در خصوص استقرار تمام مهر با فوت یکی از زوجین، میان فقها اختلاف است. مشهور فقهای امامیه معتقدند که چنانچه زوج یا زوجه قبل از نزدیکی بمیرد، تمامی مهرالمسمی به نفع زوجه مستقر می‌گردد (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۵۸۵/۲؛ محقق حلی، ۱۴۱۲: ۳۲۳/۲؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۴۱۵/۷؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۴۷). در مقابل، برخی دیگر از فقها (اکثر فقهای قرن معاصر) خلاف مشهور فتوا داده و فوت یکی از زوجین را همانند طلاق قبل از دخول، موجب ساقط شدن نصف مهر دانسته‌اند (صدوق، ۱۴۱۵: ۳۵۸؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۳۰۰/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۲۷۹/۲؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۶۷/۲۵).

برخی حقوق دانان معتقدند:

«در صورتی که یکی از زوجین فوت نماید، نکاح منحل می‌گردد و زن مستحق مهرالمسمای خود است، خواه نزدیکی به عمل آمده باشد یا به عمل نیامده باشد؛ زیرا زن در اثر نکاح، مستحق مهرالمسمی گردیده و فوت موجب تغییر آن وضعیت نمی‌گردد. عودت نصف مهر در مورد طلاق قبل از نزدیکی بر خلاف قاعده به دستور ماده ۱۰۹۲ ق.م. می‌باشد» (امامی، بی‌تا: ۴۱۷/۴).

۳-۱. ارتداد زوج

هر گاه زوج قبل از نزدیکی مرتد گردد، ارتداد او فطری باشد یا ملی، عقد نکاح باطل می‌گردد؛ اما اینکه نصف مهر یا تمامی آن بر ذمه زوج مستقر می‌گردد، بین فقها

اختلاف است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۳۸/۲؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۸۰؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۲۲۹/۵؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱: ۱۹۳/۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۴۸/۳۰).

قانون مدنی هر چند حکم استقرار مهر یا تصیف آن را در صورت فوت احد زوجین قبل از نزدیکی و یا ارتداد زوج قبل از نزدیکی، به صراحت مطرح نکرده است، ولی با توجه به ماده ۱۰۸۲ که مقرر داشته است به مجرد عقد، زن مالک مهر می‌شود، و اینکه فقط مورد طلاق را استثنا کرده، می‌توان از مفهوم آن استنباط نمود که قانون مدنی در این خصوص نیز از مشهور پیروی نموده و در فوت و ارتداد قائل به تصیف نمی‌باشد (محقق داماد، بی‌تا: ۲۳۶).

۲. تحلیل ادله استقرار تمام مهر به سبب دخول

پس از تبیین عوامل استقرار مهر در موارد تحقق عقد نکاح به طور مطلق، باید ادله استقرار مهر به سبب دخول مورد بحث و بررسی قرار گیرد تا تبیین گردد که آیا تحقق دخول برای استقرار مهر موضوعیت دارد و بدون تحقق آن، تزلزل مالکیت زوجه نسبت به مهر باقی خواهد ماند؟ به عبارتی، آیا متوقف بودن استقرار مهر بر تحقق دخول، همانند مشروط بودن وجوب عده طلاق به عمل دخول است که باید این عمل اتفاق بیفتد و هیچ عامل دیگری نمی‌تواند جاری مجرای آن گردد؟ یا اینکه تحقق دخول موضوعیت نداشته و عامل انحصاری برای استقرار مهر نیست، بلکه عوامل دیگر نیز می‌تواند در حکم دخول قرار گرفته و موجب استقرار مهر گردد؟

استقرار تمام مهر به واسطه تحقق دخول که امری مقطوع^۱ به میان فقهای امامیه بوده و هیچ اختلافی در آن نیست (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۵۷۵/۳؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۲۲۶/۳؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱: ۳۸۶/۱؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۹/۱۲)، مستند به روایاتی از ائمه معصومین^{علیهم‌السلام} است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۲۶/۲۲). این روایات را مطرح می‌نماییم و از جهت گفته شده مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم.

۲-۱. صحیح محمد بن مسلم از امام محمد باقر^{علیه‌السلام}

در روایت مذکور آمده است:

«سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ: مَتَى يَجِبُ الْمَهْرُ؟ فَقَالَ: إِذَا دَخَلَ بِهَا» (حَرَّ عَامِلِي، ۱۴۰۹: ۳۲۰/۲۱)؛ از امام محمد باقر عليه السلام سؤال کردم: چه زمانی مهر واجب می‌گردد؟ حضرت عليه السلام فرمود: زمانی که زوج به زوجه دخول کرده باشد.

مطابق نظر فقها، «وجوب مهر» در این قبیل روایات، بر استقرار تمام مهر حمل می‌شود، نه ثبوت اصل آن؛ زیرا در اغلب موارد، از وجوب استقرار فهمیده می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۷۳/۷؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۳۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۹/۳۱؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۷۱/۲۵)؛ چرا که استقرار نصف مهر به مجرد عقد بوده و کمال آن با دخول است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۶۹/۶). بنابراین وجوب در این نصوص، نظیر وجوب در عبارت «الْبَيْعَانُ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا فَإِذَا افْتَرَقَا وَجِبَ الْبَيْعُ»، در معنای تثبیت و خروج از تزلزل استعمال شده است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۰۹/۲۲)، و یا اینکه ممکن است این روایات را بر ثبوت تمام مهر در مقابل احتمال ثبوت به مجرد خلوت زوجین (بدون دخول) حمل کرد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۹/۳۱؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱: ۴۴۲).

پس از تبیین معنای وجوب در این روایت باید اذعان داشت که آنچه از آن مستفاد می‌گردد، مشروط بودن استقرار مهر بر عمل دخول است؛ اما اینکه تحقق دخول برای استقرار مهر شرط لازم است و عامل دیگری نمی‌تواند جاری مجرای آن در استقرار مهر قرار گیرد، روایت مذکور هیچ گونه دلالتی ندارد، مگر اینکه پس از فحص از ادله ثابت گردد که دخول، علت انحصاری برای استقرار مهر است که در این صورت، روایت مذکور از باب مفهوم شرط^۱ بر عدم استقرار مهر در صورت عدم تحقق دخول دلالت خواهد داشت.

۲-۲. صحیحہ عبدالله بن سنان از امام صادق عليه السلام

در صحیحہ مذکور آمده است:

«سَأَلَهُ أَبِي وَأَنَا حَاضِرٌ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَأَدْخَلَتْ عَلَيْهِ فَلَمْ يَمَسَّهَا وَلَمْ يَصِلْ إِلَيْهَا

۱. مفهوم داشتن جملات شرطی، چنان که در کتب اصولی بدان پرداخته شده است، منوط به شرایطی است؛ از جمله آن شرایط این است که شرط بیان شده سبب منحصر برای جزا باشد (انحصار سببیت برای مقدم) و شرط دیگری جایگزین آن نباشد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۱۹۶؛ مظفر، ۱۴۳۰: ۱۶۰/۱-۱۶۱؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۸۸: ۱۷۵-۱۷۶).

حَتَّى طَلَّقَهَا، هَلْ عَلَيْهَا عِدَّةٌ مِنْهُ؟ فَقَالَ: إِنَّمَا الْعِدَّةُ مِنَ الْمَاءِ. قِيلَ لَهُ: فَإِنْ كَانَ وَاقِعَهَا فِي الْفَرْجِ وَلَمْ يُنْزَلْ؟ فَقَالَ: إِذَا أَدْخَلَهُ وَجَبَ الْغُسْلُ وَالْمَهْرُ وَالْعِدَّةُ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۰۹/۶؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۱۹/۲۱)؛ عبدالله بن سنان می‌گوید: [پدرم در حالی که من هم حضور داشتم، از امام صادق علیه السلام سؤال کرد: مردی که با زنی ازدواج کرده و آن زن بر آن مرد وارد شده و مرد با او تماس^۱ نداشته تا اینکه او را طلاق داده است، آیا در این صورت بر زن لازم است که عده نگه دارد؟ حضرت فرمود: عده تنها در صورت دخول و ریختن منی است. به حضرت گفته شد: اگر مرد در فرج آن زن دخول کند، ولی انزال اتفاق نیفتد [چطور؟] حضرت فرمود: اگر مرد دخول کند، غسل، مهر و عده واجب می‌گردد.

چنان که ملاحظه می‌شود، امام علیه السلام با جمله شرطی فرمود: «إِذَا أَدْخَلَهُ وَجَبَ الْغُسْلُ وَالْمَهْرُ وَالْعِدَّةُ». گفته شد که مفهوم داشتن جمله شرطی منوط است به اینکه شرط بیان شده علت منحصره باشد که محل بحث ماست. بنابراین باید سایر ادله را نیز ملاحظه کرد تا علت منحصره بودن یا نبودن آن معین گردد. اما از ظاهر روایت مذکور (از غیر جهت مفهوم شرط) که وجوب مهر را در سیاق وجوب غسل و عده طلاق مطرح کرده و از آنجا که وجوب آن دو متوقف بر تحقق دخول است، چنین مستفاد می‌گردد که عمل دخول باید محقق شود تا وجوب و استقرار مهر صورت گیرد؛ چنان که بنا بر اتفاق فقها (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۲۵/۸؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۲۲۷/۲)، وطی موجب غسل، موجب استقرار تمام مهر می‌شود. به عبارتی، شرایط دخول برای استقرار مهر، همان شرایط دخول برای وجوب غسل دانسته شده است.

۲-۳. روایت حلبی از امام صادق علیه السلام

در این روایت آمده است:

«فِي رَجُلٍ دَخَلَ بِامْرَأَةٍ، قَالَ: إِذَا التَّقَى الْخِتَانَانَ وَجَبَ الْمَهْرُ وَالْعِدَّةُ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۰۹/۶؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۱۹/۲۱)؛ مردی که بر زنی دخول کرده است، در صورتی که التقاء ختنانان حاصل شود، مهر و عده لازم می‌گردد.

۱. بنا بر اجماع فقها، مراد از «مَسَّ» جماع است (سیوری حلّی، ۱۴۰۴: ۲۲۷/۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۴۱۳/۷).

گفته شده که مضمون عبارت «إذا التقى الختانان»، همان حصول دخول است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۶/۶۹)، و شرط دخولی را بیان می‌کند که موجب استقرار مهر است و آن اینکه به مقدار حشفه از آلت مرد در آلت زن داخل گردد، اگرچه انزال صورت نگیرد. داخل کردن کمتر از آن مقدار و یا تفخیز و انواع دیگر از تمتعات جنسی، موجب تثبیت نصف دیگر مهر نمی‌شود (امامی، بی‌تا: ۴/۴۱۱-۴۱۲) و چنان که ملاحظه می‌شود، در این روایت نیز وجوب مهر در سیاق و هم‌ردیف وجوب عده مطرح، و هر دو متوقف بر تحقق دخول دانسته شده است.

اشکال

برخی از فقهای معاصر گفته‌اند: بعضی مثل صاحب وسائل^۱ خواسته‌اند از بعضی روایات این باب مثل «إذا التقى الختانان وجب المهر والعدة» و «إذا أدخله وجب الغسل والمهر والعدة» چنین استفاده کنند که مهر کامل فقط با دخول استقرار پیدا می‌کند. این گونه استدلال به نظر ما مورد شبهه است؛ چرا که ظاهر این قضایای شرطیه، بیان میزان برای تحقق دخول است به اینکه با چه مقدار محقق می‌شود و نیاز به انزال هست یا نه؟ پس بر اینکه دخول تنها موجب استقرار مهر است، هیچ دلالتی نمی‌کنند؛ نظیر اینکه گفته شود: «اگر زنی زنا کند و شوهر داشته باشد، کشته می‌شود»، که مفهوم این کلام، این نیست که شوهر داشتن علت منحصره برای قتل اوست (شیبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۶۷۷۰/۲۱).

در پاسخ به اشکال مذکور می‌گوییم: اینکه از باب مفهوم شرط بخواهیم از عبارات معصومان علیهم‌السلام، انحصار استقرار مهر به تحقق دخول را استفاده کنیم، ممکن است اشکال مذکور وارد باشد؛ چرا که صرف مشروط بودن استقرار مهر به دخول، مفید انحصار نیست؛ بلکه شرط مذکور باید علت منحصر باشد و عامل دیگری قائم مقام آن نباشد تا بتوان از طریق مفهوم شرط ادعا کرد که بدون تحقق دخول، استقرار مهر صورت نمی‌گیرد. اما چنان که در بحث از این روایات گفته شد، ممکن است انحصار

۱. شیخ حرّ عاملی صاحب کتاب شریف وسائل الشیعه در ابواب مهور، بابی را تحت عنوان «أَنَّ الْمَهْرَ يَجِبُ وَيَسْتَقَرُّ بِالْدُخُولِ وَهُوَ الْوَطْءُ فِي الْفَرْجِ وَإِنْ لَمْ يَنْزَلْ لَا يَمَّا دُونَهُ مِنَ الْأَسْتِمْتَاعِ» مطرح کرده و صرفاً روایات دالّ بر استقرار مهر با دخول را در باب مذکور آورده است (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۱/۳۱۹).

عامل دخول برای استقرار مهر را از سیاق جمله استفاده کنیم و بگوییم که مشروط بودن استقرار مهر به دخول، همانند اشتراط دخول برای غسل و عده طلاق است که باید عمل دخول اتفاق بیفتد و هیچ عامل دیگری نمی‌تواند جاری مجرای آن باشد.

۴-۲. روایت داود بن سرحان از امام صادق علیه السلام

در این روایت، امام صادق علیه السلام فرموده است:

«إِذَا أَوْلَجَهُ فَقَدْ وَجَبَ الْغُسْلُ وَالْجُلْدُ وَالرَّجْمُ وَوَجِبَ الْمَهْرُ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۰۹/۶؛ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۱۹/۲۱)؛ اگر دخول صورت گیرد، غسل و تازیانه و رجم و مهر واجب می‌گردد.

منظور از رجم این است که اگر زن شوهردار باشد و زنایی واقع شود، به سبب دخول، رجم به عنوان حد شرعی حاصل می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۶۹/۶). از اینکه در روایت مذکور، وجوب مهر در سیاق وجوب غسل، جلد و رجم ذکر شده و لزوم هر سه مورد مذکور بر تحقق دخول مترتب است و عامل دیگری نمی‌تواند جاری مجرای دخول در آن احکام قرار گیرد، بنابراین در وجوب و استقرار مهر نیز تحقق دخول لازم است و عامل دیگری نمی‌تواند جاری مجرای آن قرار گیرد.

۵-۲. موثقه یونس بن یعقوب از امام صادق علیه السلام

در این روایت امام صادق علیه السلام فرموده است:

«لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۲۰/۲۱)؛ تنها دخول در فرج مهر را واجب می‌کند.

از ظاهر حصر در روایت مذکور (فعل نفی همراه با استثناء) چنین استفاده می‌شود که دخول تنها عامل استقرار مهر است. از این رو برخی فقهای معاصر معتقدند: در روایت «لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج» و همین طور «لا يوجب عليه الصداق إلا الوقاع» یا باید مقدر و مستثمانه را «شیء» بگیریم و یا باید از باب جمع بین ادله، مقدر

۱. «فَرَج» انسان بر قُبُل و دُبُر او اطلاق می‌شود و در عرف بیشتر در قُبُل استعمال می‌شود (مقری فیومی، بی تا: ۴۶۶/۲) و گفته شده که به اتفاق اهل لغت، مراد از «فَرَج» قُبُل انسان است، اما از نظر فقها، قُبُل و دُبُر هر دو فرج محسوب می‌شوند (حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۴۵۲/۳).

را «تمتع» بگیریم. به هر حال، مقدار دلالت این روایات به حسب ظاهر حصر مطلق است؛ یعنی دلالت می‌کنند بر اینکه چیزی که موجب مهر است، فقط دخول است. لکن این ظهور در صورتی که ادله‌ای قائم شود بر اینکه چیز دیگری هم موجب مهر است، قابل حمل بر حصر اضافی است و لذا بدین صورت با آن‌ها قابل جمع خواهد بود و تنافی نخواهد داشت (شیبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۶۷۷۰/۲۱).

حاصل سخن اینکه آنچه از ظاهر (و سیاق) ادله استقرار مهر به سبب دخول به دست می‌آید، این است که تحقق دخول، عامل انحصاری استقرار مهر است. اما اینکه برخی از فقها (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۵۸۵/۲؛ محقق حلی، ۱۴۱۲: ۳۲۳/۲؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۶۴/۱۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۴۱۵/۷؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۴۷؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۴۰/۱۲) بر اساس برخی ادله، عامل استقرار مهر را منحصر به دخول ندانسته، بلکه فوت یکی از زوجین و یا ارتداد زوج را نیز از عوامل استقرار مهر قرار داده و معتقدند که هر گاه یکی از این عوامل نیز قبل از نزدیکی رخ دهد، تمام مهر مستقر می‌شود، باید گفت که به اذعان برخی فقها، مسئله مذکور به دلیل اختلاف روایات بسیار مشکل است (محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۲۳۲/۲)، به طوری که در خصوص فوت زوجه، تمام نصوص بر تنصیف مهر دلالت دارند، جز خبر منصور بن حازم که در آن آمده است:

«قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: رَجُلٌ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَسَمَى لَهَا صَدَاقًا ثُمَّ مَاتَ عَنْهَا وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا. قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: لَهَا الْمَهْرُ كَامِلًا وَلَهَا الْمِيرَاثُ. قُلْتُ: فَإِنَّهُمْ رَوَوْا عَنْكَ أَنَّ لَهَا نِصْفَ الْمَهْرِ. قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: لَا يَحْفَظُونَ عَنِّي إِئِمَّا ذَلِكَ لِلْمُطَلَّغَةِ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۳۳/۲)؛
به امام صادق عَلَيْهِ السَّلَامُ عرض کردم: مردی با زنی ازدواج کرده و مهری را برای او تعیین کرده است. سپس آن مرد قبل از برقراری رابطه زناشویی و دخول فوت کرده است. [حکم مسئله چیست؟] حضرت عَلَيْهِ السَّلَامُ فرمود: برای زوجه‌اش مهر کامل و ارث خواهد بود. آنگاه گفتم: آنان از شما روایت کرده‌اند که برای چنین زنی نصف مهر خواهد بود. حضرت عَلَيْهِ السَّلَامُ فرمود: آن حکم را از من نداشته باشید؛ چرا که نصف مهر تنها برای مطلقه [قبل از دخول] است.

در این روایت، تنصیف مهر به مطلقه غیر مدخوله منحصر شده است؛ بنابراین در سایر موارد، تنصیف مهر اتفاق نمی‌افتد. اما از آنجا که مورد سؤال در این روایت، فوت زوج است، حصر مذکور نسبت به فوت زوج، حصر اضافی محسوب می‌شود (حسینی

روحانی، ۱۴۱۲: ۱۳۳/۲۲) و در خصوص فوت زوج نیز جمع دلالتی بین نصوص - با توجه به کثرت و شهرت روایات تنصیف (محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۲۳۶/۲) - اقتضای تنصیف مهر را دارد. بنابراین قول به تنصیف اقوی و اظهر است، هرچند احتیاط در مصالحه است (بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۵۸/۲۴؛ موسوی خمینی، بی تا: ۳۰۰/۲؛ تجلیل تبریزی، ۱۴۲۱: ۶۳۸؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۳۶/۲۲؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵: ۴۲۹؛ برای مطالعه در ادله و تحلیل و بررسی بیشتر آن‌ها ر.ک: حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۳۶-۱۳۱/۲۲؛ فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۱: ۴۳۸-۴۴۱؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵: ۴۲۹-۴۲۱؛ حسینی ادیبانی، ۱۳۹۸: ۱ و ۱۸). همچنین در صورت ارتداد زوج نیز قول صحیح تنصیف مهر است (علامه حلی، ۱۴۱۳ الف: ۴۰/۳؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۸۰)، جز اینکه برخی فقها ارتداد فطری زوج را در حکم فوت قرار داده‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۲۹/۷).

۳. بررسی ادله تنصیف یا استقرار تمام مهر در صورت شرط عدم دخول

پس از بررسی ادله استقرار مهر به سبب دخول و اینکه مستفاد از آن ادله، انحصاری بودن عامل دخول در استقرار مهر و لزوم تحقق آن است، ممکن است وجوهی نیز بر تنصیف مهر یا استقرار تمام آن در صورت شرط عدم دخول قائم باشد. از این رو، وجوه مذکور را مطرح کرده و مورد بحث قرار می‌دهیم.

۳-۱. وجوه قائم بر تنصیف مهر

افزون بر دلالت ادله «استقرار مهر به سبب دخول» بر انحصاری بودن عامل دخول در استقرار مهر و تنصیف مهر در صورت شرط عدم دخول، می‌توان وجوهی را نیز برای اثبات تنصیف مهر در فرض مذکور، به شرح زیر بیان کرد:

۳-۱-۱. انتفای مشروط در صورت انتفای شرط

بنا بر منطوق ادله «استقرار مهر به سبب دخول»، استقرار مهر مشروط به تحقق دخول بوده است، بنابراین در صورت انتفای شرط (دخول ولو به واسطه شرط ضمن عقد)، مشروط (استقرار مهر) نیز حاصل نخواهد شد؛ مگر اینکه دلیل مستقلی بر استقرار مهر با سایر عوامل وجود داشته باشد که مفروض در مانحن‌فیه، نبود دلیل مستقل بر استقرار مهر به سبب شرط عدم دخول در ضمن عقد است.

۳-۱-۲. صدق عنوان غیر مدخوله بر زوجه در فرض وقوع طلاق

چنانچه زنی عقد نکاح خود را با شرط عدم دخول منعقد سازد و سپس بعد از گذشت مدتی از زمان عقد مطلقه گردد، بر او مطلقه غیر مدخوله صدق می‌کند و صرف شرط عدم دخول، مانع صدق عنوان مذکور بر او نخواهد شد. بنابراین مطابق ادله،^۱ مهر تعیین شده او تنصیف می‌گردد. اما در فرض فوت یکی از زوجین یا ارتداد زوج، در صورت شرط عدم دخول، مطابق مبنای اتخاذ شده عمل می‌شود؛ یعنی اگر به انحصاری بودن عامل دخول برای استقرار مهر قائل باشیم، وجهی برای استقرار مهر در فروض مطرح شده باقی نمی‌ماند. به عبارتی در فروض مذکور، بر اساس سایر ادله عمل می‌شود.

۳-۱-۳. امکان تنقیح مناط از تنصیف مهر در فسخ قبل از دخول

افزون بر وجوه ذکر شده، آنچه در تحلیل حکم مسئله مورد تحقیق می‌تواند مورد توجه قرار گیرد، تنصیف مهر در جایی است که به خاطر ابتلای زوج به خصاء و تدلیس او، حق فسخی برای زوجه به وجود آید، که در این گونه موارد، مطابق صحیحه علی بن جعفر از برادرش امام موسی کاظم علیه السلام عمل می‌شود:

«وَسَأَلْتُهُ عَنْ حَصِيٍّ دَلَسَ نَفْسَهُ لِامْرَأَةٍ، مَا عَلَيْهِ؟ قَالَ: يُوجَعُ ظَهْرُهُ وَيَفْرَقُ بَيْنَهُمَا وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ كَامِلًا إِنْ دَخَلَ بِهَا وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فَعَلَيْهِ نِصْفُ الْمَهْرِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۲۸/۲۱) و از حضرت درباره مرد خصی که زنی را فریب داده است، سؤال کردم. فرمود: آن مرد تعزیر می‌شود و بین او و آن زن جدایی انداخته می‌شود و اگر مرد نزدیکی کرده باشد، مهر کامل بر عهده اوست و اگر نزدیکی نکرده باشد، باید نصف مهر را بدهد.^۲

۱. ادله تنصیف مهر و مکلف بودن زوجه به بازگرداندن نصف مهر در صورت وقوع طلاق قبل از دخول عبارت است از: آیه شریفه «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ» (بقره / ۲۳۷) و معتبره ابوبصیر از امام صادق علیه السلام: «إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا فَقَدْ بَانَتْ وَتَزَوَّجَ إِنْ شَاءَتْ مِنْ سَاعَتِهَا، وَإِنْ كَانَ فَرَضَ لَهَا مَهْرًا فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَرَضَ لَهَا مَهْرًا فَلَيْمَنْعُهَا» (حر عاملی، ۱۴۱۹: ۳۱۴/۲۱) و سایر روایات باب تنصیف مهر با طلاق قبل از دخول (همان: ۳۱۴-۳۱۵).
۲. بنا به اعتقاد برخی فقها، «خصاء» عیب محسوب نمی‌شود؛ زیرا مرد خصی قادر به وطی است و عدم انزال او عیب نیست. بنابراین خیار فسخ زوجه به دلیل تدلیس خصی است، نه از باب عیب بون خصاء (بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۸۲/۲۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۳۶۳/۴). همچنین تعزیر خصی نیز به جهت تدلیس اوست (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۴۶۷/۱۱).

چنان که برخی از فقها گفته‌اند: از روایت مذکور تفصیل میان استقرار تمام مهر و تنصیف آن بر اساس دخول و عدم آن مستفاد می‌گردد (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۴۶۷/۱۱؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۳۷۸/۴؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۱۵۷/۱۰؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۹۷/۲۲؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۶۶۶۲/۲۱). بنابراین آنچه از روایت مذکور استفاده می‌شود، این است که برخلاف نظر برخی (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۳۸/۱-۱۳۹؛ صفایی و امامی، ۱۳۸۵: ۱۷۵)، تنصیف مهر اختصاص به وقوع طلاق قبل از دخول ندارد؛ بلکه معیار برای استقرار تمام مهر و تنصیف آن، تحقق دخول و عدم آن است.

اما اینکه در روایتی در خصوص عئین آمده است: «وَسَأَلْتُهُ عَنْ عُنَيْنٍ دَلَسَ نَفْسَهُ لِامْرَأَتِهِ مَا حَالُهُ؟ قَالَ: عَلَيْهِ الْمَهْرُ وَيُفْرَقُ بَيْنَهُمَا إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ لَا يَأْتِي النِّسَاءَ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۳۲/۲۱) و روایت مذکور دلالت دارد بر اینکه زوجه، استحقاق تمام مهر را دارد، با اینکه عمل دخول صورت نگرفته است، باید گفت که روایت مذکور از نظر سندی ضعیف و مورد اعراض فقهاست (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۴۷۴/۱۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۶۰/۳۰؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۱۵۷/۱۰) و فی نفسه نیز صحیح نیست (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱: ۴۰۸)؛ چرا که مطابق ادله^۱ و قول فقها (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۳۹۴/۵؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۴۷۳/۱۱)، در این گونه موارد (ابتلای زوج به عنن) در صورت فسخ قبل از دخول، تنها نصف مهر برای زوجه خواهد بود.

۳-۴. تمسک به قاعده اقدام

در برخی مطالعات صورت گرفته بیان شده است که زن با پذیرش شرط عدم دخول، علیه خود اقدام کرده و باعث تنصیف مالکیت خود بر مهر شده است (جعفرپور و ذوالفقاری، ۱۳۹۰: ۴۲).

اشکال

به نظر می‌رسد برای اثبات تنصیف مهر نمی‌توان به وجه مذکور استناد کرد؛ زیرا

۱. مانند روایت: «فَإِنْ تَزَوَّجَهَا عُنَيْنٌ وَهِيَ لَا تَعْلَمُ أَنَّ فِيهِ عِلَّةً، تَصْبِرُ حَتَّى يُعَالِجَ نَفْسَهُ لِسَنَةِ، فَإِنْ صَلَحَ فَهِيَ إِثْرَانَهُ عَلَى النِّكَاحِ الْأَوَّلِ وَإِنْ لَمْ يَصْلُحْ فُرُقَ بَيْنَهُمَا وَلَهَا نِصْفُ الصَّدَاقِ وَلَا عِدَّةٌ عَلَيْهَا مِنْهُ، فَإِنْ رَضِيََتْ لَا يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا وَلَيْسَ لَهَا خِيَارٌ بَعْدَ ذَلِكَ» (نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۵۵/۱۵).

آنچه از شرط عدم نزدیکی متبادر می‌گردد، این است که زوج با افزودن یا پذیرفتن شرط مذکور، از حق استمتاع^۱ خود صرف‌نظر کرده و به تعبیری، علیه خود اقدام کرده است. اما اینکه آیا استقرار تمام مهر نیز به واسطه شرط عدم دخول از بین می‌رود یا خیر، محل بحث بوده و نیازمند دلیل است.

۲-۳. وجوه قائم بر استقرار تمام مهر

در مقابل قول به تنصیف مهر و وجوه بیان‌شده، ممکن است به وجوهی برای استقرار تمام مهر به واسطه شرط عدم دخول در ضمن عقد تمسک شود. از این رو، وجوه مذکور را مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۲-۳. عدم تقابل میان مهر و بضع

برای استقرار تمام مهر در صورت شرط عدم دخول، ممکن است به عدم تقابل میان مهر و بضع (بهره‌وری جنسی) استدلال شود؛ بدین بیان که گفته شود: از آنجا که عقد نکاح، عقد معاوضی نیست و غرض اصلی از نکاح مهر نبوده (عاملی جعی، ۱۴۱۳: ۱۰۱/۷ و ۱۵۵) و مهر زوجه در مقابل بضع نیست، از این رو با شرط عدم دخول در ضمن عقد نکاح و کنار گذاشتن تمتع جنسی میان زوجین، هیچ نقصی بر مهر تعیین شده وارد نمی‌شود و مالکیت زوجه به صرف عقد نسبت به تمام مهر استقرار خواهد یافت.

در پاسخ می‌گوییم: هرچند عقد نکاح، عقد معاوضی نیست و هیچ‌گونه تقابلی میان مهر و بضع وجود ندارد، اما چنان که گفته شد، حصول مالکیت زوجه بر مهر به سبب عقد بوده و استقرار آن با برقراری رابطه زناشویی و تحقق دخول است و این مقدار ارتباط میان آن دو بر اساس ادله پذیرفتنی است.

۲-۲-۳. تمسک به قصد طرفین

ممکن است برای استقرار تمام مهر در صورت شرط عدم دخول، چنین استدلال شود که زوجین در هنگام عقد با فرض عدم دخول، مهرالمسمی را تعیین کرده‌اند؛

۱. استمتاع از زوجه، حقی است برای زوج که به سبب عقد لازم می‌گردد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۶۹/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۴۴/۳۱).

یعنی هرچند عامل استقرار مهر را منحصر به دخول بدانیم، اما از آنجا که طرفین از روی علم و آگاهی، شرط عدم دخول را در ضمن عقد افزوده‌اند، مطابق اراده آن‌ها عدم نزدیکی جاری مجرای نزدیکی قرار داده شده است؛ بر خلاف فوت احد زوجین قبل از نزدیکی که یک عامل ناخواسته‌ای مانع برقراری رابطه زناشویی شده است. به عبارتی، زوج با پذیرش شرط عدم دخول و گذشتن از حق استمتاع خود، به عقدی با شرط مذکور اقدام کرده است؛ بنابراین به صرف وقوع عقد، تمام مهر به طور مستقر به ملکیت زوجه در می‌آید.

در پاسخ می‌گوییم: احکام و آثار مترتب بر منشا، تابع اراده و قصد متعاقدین نیست؛ بلکه این احکام، ولو اینکه قصد عدم آن شود نیز بر منشا مترتب می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۴۶/۳). لذا در مانحن‌فیه نیز که مهر زوجه از آثار عقد نکاح صحیح است، بنا بر ادله، عمل دخول شرط استقرار تمام مهر است و در صورت وقوع طلاق قبل از دخول، مهر تصیف می‌گردد، ولو اینکه زوجین در ضمن عقد، شرط عدم دخول کرده باشند. بنابراین نمی‌توان گفت که با انتفای دخول به واسطه اراده و قصد زوجین، تمام مهر به صرف عقد مستقر می‌گردد.

۳-۲-۳. امکان تعمیم حکم نفقه به مهر در عدم سقوط به سبب شرط

افزون بر وجوه مذکور، ممکن است گفته شود: با اینکه بر اساس ادله (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۴۲/۳۱)، وجوب نفقه مشروط است به تمکین زوجه از زوج در هر مکانی که زوج صلاح بداند، اما شرط سکونت در جایی غیر از محل سکونت شوهر، موجب سقوط نفقه زوجه نمی‌شود، چرا که زوج با پذیرش شرط مذکور، اقدام به عقد نکاح کرده است؛ بنابراین در مانحن‌فیه نیز با پذیرش شرط عدم دخول از سوی زوج، نقصی بر مهرالمسمی وارد نمی‌شود.

در پاسخ می‌گوییم: هرچند مالکیت زوجه نسبت به نفقه هر روز خود، به نحو متزلزل و مراعا بوده و استقرار آن مشروط به تمکین اوست (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۵۶۹/۷؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۴۴/۳۱)، از این رو همانند استقرار مالکیت زوجه نسبت به تمام مهر، مشروط دانسته شده است، اما باید این نکته را مدنظر قرار داد که در بحث نفقه در

فرض مذکور، اصل تمکین باقی مانده و آنچه به سبب شرط منتفی شده، قیدی از قیود مشروطه است، در حالی که در مانحن فیه، اصل مشروطه به معنی تحقق دخول، به واسطه شرط ضمن عقد منتفی شده است؛ بنابراین مشروط، یعنی استقرار مالکیت زوجه نسبت به تمام مهر نیز حاصل نخواهد شد.

نتیجه گیری

پس از تحلیل و بررسی ادله استقرار مهر و آرای فقها و حقوق دانان، در خصوص وضعیت مهر در صورت شرط عدم دخول، نتیجه زیر حاصل گردید:

بر اساس سیاق ادله استقرار مهر به سبب دخول، تحقق دخول شرط لازم و عامل انحصاری برای استقرار تمام مهر است. از این رو، فوت یکی از زوجین قبل از دخول و یا ارتداد زوج قبل از دخول را نمی توان جاری مجرای دخول در استقرار تمام مهر دانست؛ چرا که افزون بر ظهور ادله در انحصاری بودن دخول، ادله قول استقرار تمام مهر در فروض مذکور نیز با ادله خاص قول تنصیف مهر تعارض داشته و ترجیح با ادله تنصیف مهر است. اما اینکه با افزودن شرط عدم دخول در ضمن عقد می توان قائل به استقرار تمام مهر به صرف وقوع عقد شد یا خیر، بحث و بررسی صورت گرفت و روشن شد که افزون بر ادله لزوم تحقق دخول برای استقرار مهر، وجوهی نیز بر عدم استقرار تمام مهر و تنصیف آن در فرض مذکور قائم است؛ از قبیل انتفای مشروط در صورت انتفای شرط، صدق عنوان زوجه غیر مدخوله در صورت وقوع طلاق، امکان تنقیح مناط از موارد ثبوت نصف مهر در صورت فسخ قبل از دخول. هرچند در مقابل، ممکن است بتوان وجوهی را بر استقرار تمام مهر به واسطه شرط عدم دخول اقامه کرد، اما هیچ یک از این وجوه، خالی از اشکال نبوده و نهایت امر اینکه عقد متضمن شرط عدم دخول نمی تواند جاری مجرای دخول در استقرار تمام مهر قرار گیرد؛ از این رو، قول به تنصیف مهر در صورت شرط عدم دخول، خالی از قوت نیست. گفتنی است که پس از بررسی ادله و وجوه مذکور در مسئله، به نظر می رسد وجهی ندارد که گفته شود فرق است میان اینکه شرط عدم دخول از سوی چه کسی واقع شده است، چرا که مفروض آن است که عقد نکاح همراه با شرط صحیح به طور صحیح واقع شده است.

کتاب‌شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، مؤسسه آل‌البتیة، ۱۴۰۹ ق.
۲. ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد کاتب بغدادی، *مجموعه فتاوی ابن جنید*، تصحیح علی‌پناه اشتهاردی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۴. ابن فهد حلّی، جمال‌الدین احمد بن محمد اسدی، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۵. احدی، سیف‌اله، محمدتقی فخلعی، و محمدحسن حائری، «سبب حصول مالکیت زوجه بر مهر»، *دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)*، سال بیست و یکم، شماره ۶۵، پاییز و زمستان ۱۳۹۵ ش.
۶. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامیة، بی‌تا.
۷. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۸. تجلیل تبریزی، ابوطالب، *التعلیقة الاستدلالية علی تحریر الوسيلة للامام الخمينی*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۹. جعفرپور، جمشید، و سهیل ذوالفقاری، «وابستگی اقتضای ذات نکاح به رابطه زناشویی»، *فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال سوم، شماره ۴، تابستان ۱۳۹۰ ش.
۱۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل‌البتیة لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۱. حسینی ادیانی، سیدمسلم، «میزان مهریه زوجه غیر مدخوله در وفات یکی از زوجین»، *دوفصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی*، سال پنجاه و دوم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۸ ش.
۱۲. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.
۱۳. حسینی واسطی زبیدی، سیدمحمدمرتضی بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، تحقیق علی شیری، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ ق.
۱۴. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۱۵. دهقان‌نژاد، رضا، سیدسجاد محمدی، و حسن پورلطف‌اله، «بازپژوهی مقتضای ذات عقد نکاح از منظر فقه فریقین و حقوق مدنی ایران»، *فصلنامه فقه*، سال بیست و پنجم، شماره ۲ (پیاپی ۹۴)، تابستان ۱۳۹۷ ش.
۱۶. سبحانی تبریزی، جعفر، *الوسیط فی اصول الفقه*، چاپ چهارم، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۳۸۸ ش.
۱۷. همو، *نظام الارث فی الشریعة الاسلامیة الغراء*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۵ ق.
۱۸. همو، *نظام النکاح فی الشریعة الاسلامیة الغراء*، قم، بی‌نا، بی‌تا.
۱۹. سیوری حلّی (فاضل مقداد)، جمال‌الدین مقداد بن عبدالله، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۲۰. شبیری زنجانی، سیدموسی، *کتاب نکاح*، قم، رأی‌پرداز، ۱۴۱۹ ق.
۲۱. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *المقنع*، قم، مؤسسه امام‌هادی علیه السلام، ۱۴۱۵ ق.

۲۲. صفای، حسین، و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، چاپ یازدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۲۳. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۲۴. طباطبایی قمی، سیدتقی، مبانى منهاج الصالحين، قم، قلم الشرق، ۱۴۲۶ ق.
۲۵. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقى، چاپ دوم، بیروت، مؤسسة الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.
۲۶. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۵ ق.
۲۷. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۸. هـمو، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۹. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، اللمعة الدمشقية فی فقه الامامیه، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۳۰. علامه حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ ق.
۳۱. هـمو، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق. (الف)
۳۲. هـمو، مختلف الشیعة فی احکام الشریعه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق. (ب)
۳۳. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - النکاح، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۴۲۱ ق.
۳۴. فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن حسن اصفهانی، کشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۳۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۱ ش.
۳۶. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، انوار الفقاهة - کتاب النکاح، نجف اشرف، مؤسسة کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق.
۳۷. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۸. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۳۹. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، النهاية و نکتها، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۴۰. هـمو، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۴۱. محقق داماد، سیدمصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)، قم، بی نا، بی تا.
۴۲. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، کفاية الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۴۳. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۳۰ ق.
۴۴. مقرئ فیومی، احمد بن محمد بن علی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، قم، دار الرضی، بی تا.
۴۵. مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح، تحقیق و تصحیح محمدرضا حامدی و مسعود مکارم، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۴ ق.
۴۶. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، القواعد الفقهیه، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.

۴۷. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.
۴۸. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۴۹. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، چاپ چهارم، قم، المنار - دفتر معظم له، ۱۴۱۳ ق.
۵۰. موسوی عاملی، سید محمد بن علی، *نهایة المرام فی شرح مختصر شرائع الاسلام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۵۱. نجفی، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۵۲. نوری طبرسی، حسین بن محمد تقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.

مسئولیت مدنی ناشی از آسیب‌های همسایگی

در حقوق ایران و فقه امامیه

با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلستان و مصر*

- احمد امیری^۱
- پرویز عامری^۲
- حجت مبین^۳

چکیده

گسترش شهرنشینی، افزایش بی‌رویه ساخت‌وساز، تراکم جمعیت و کمبود فضای سکونت، می‌تواند موجبات ورود زیان‌های همسایگی را فراهم آورد. در همه نظام‌های حقوقی، زیان‌دیده تحت شرایطی می‌تواند جهت مطالبه این خسارات، اقامه دعوی نماید. در این مقاله با روش توصیفی تحلیلی به دنبال یافتن پاسخ این سؤال هستیم که مبنا و شرایط مسئولیت مدنی ناشی از آسیب‌های همسایگی در سه نظام حقوقی ایران، انگلستان و مصر چیست؟ در حقوق ایران تنها ماده قانونی مربوط به املاک مجاور، ماده ۱۳۲ قانون مدنی است. لیکن در

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱/۲۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۷/۹.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شیراز (amiri.ahmad1357@gmail.com).

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشگاه شیراز (ameri@shirazu.ac.ir).

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشگاه شیراز (نویسنده مسئول)
(hojjat.mobayen@gmail.com)

قانون مدنی مصر، موادی به این مهم اختصاص داده شده و رویه قضایی انگلستان نیز در این خصوص دربردارنده آراء متعددی است. نتایج این تحقیق ما را بدین سمت رهنمون می‌سازد که مبنای این مسئولیت در حقوق ایران «قابلیت استناد»، و در حقوق مصر «تقصیر» است. آراء محاکم انگلستان در این زمینه به «مسئولیت محض» تمایل دارد. در همه نظام‌های حقوقی مورد مطالعه، برای تحقق مسئولیت، تصرفات خواننده باید «نامتعارف»، «مستمر یا مکرر» و در «مجاورت» خواهان باشد؛ هرچند که تفاوت‌هایی که در خصوص نحوه اعمال این شرایط دیده می‌شود.

واژگان کلیدی: آسیب‌های همسایگی، مسئولیت مدنی، سوءاستفاده از حق، مسئولیت مالک، قابلیت استناد.

مقدمه

مالک بر اساس حق مالکیت و با اتکاء به قاعده تسلیط، حق همه‌گونه تصرفی در مال خود را دارد؛ لیکن دامنه اعمال این حق، نامحدود و مطلق نیست. یک دسته از محدودیت‌هایی که برای مالکان املاک پیش‌بینی شده، محدودیت‌های ناشی از مجاورت یا همسایگی است (علامه حلی، ۱۴۱۸: ۲۲۳/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۷: ۱۶۶/۱۲؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ۲۳-۲۲/۷؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۴۱۹-۲۴۲/۱؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۴: ۳۳۰ به بعد؛ کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۰۸). مالک هر ملکی از پاره‌ای تصرفات در ملک خود منع می‌شود تا در اثر این تصرفات، زبانی به همسایگان وارد نگردد و در غیر این صورت و با وجود شرایطی، مسئول جبران خسارات وارده به مجاوران خواهد بود. در نظام‌های حقوقی مختلف، یا بر اساس مقررات قانونی صریح و یا رویه قضایی، به زیان‌دیدگان ضررهای همسایگی، اجازه مطالبه خسارت داده شده است.

اخلاق و فقه اسلامی نیز بر روابط با همسایگان تأکید فراوانی دارد. قرآن کریم «همسایه‌دوستی» و خوش‌رفتاری با همسایگان را هم‌ردیف با عبادت پروردگار، یکتاپرستی و احسان به پدر و مادر دانسته و بر آن تأکید نموده است (ر.ک: نساء/۳۶). همچنین در روایات متعددی از معصومان علیهم‌السلام، احکام و مقرراتی وسیع و دامنه‌دار برای همسایگان پیش‌بینی شده و همسایه‌آزاری به هر درجه که باشد، مورد لعن، عتاب و عقاب الهی قرار گرفته است (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۳۴۰/۵ و ۱۲۷/۱۲؛ صدوق، ۱۴۰۴: ۱۳/۴؛

کلینی، ۱۳۶۵: ۶۶۶/۲؛ مجلسی، ۱۴۰۳: ۱۵۰/۷۱-۱۵۳). علی‌رغم این تأکیدات، قانون مدنی مقررات مربوط به همسایگان را به صورت مختصر و بسیار کلی مورد توجه قرار داده که مهم‌ترین ماده قانونی در این زمینه، ماده ۱۳۲ این قانون می‌باشد.

گسترش شهرنشینی و به ویژه آپارتمان‌نشینی، تراکم جمعیت و کمبود فضای سکونت و کار از یک طرف و توسعه صنعت از سوی دیگر، دست به دست هم داده تا امروزه موضوع همسایگی و آسیب‌های ناشی از آن، ابعاد گسترده‌تری به خود گیرد. به موجب ماده ۱۳۲ قانون مدنی:

«کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود؛ مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا دفع ضرر از خود باشد».

بر اساس این ماده، اشخاص از تصرفات موجب تضرر همسایه منع شده‌اند. لیکن باید توجه داشت که بسیاری از این مزاحمت‌ها و ضررها از قبیل سروصدا، بو، رفت‌وآمد و... ناگزیر است و زیان‌دیده از آن قابل حمایت نمی‌باشد. لذا در ماده یادشده، قانون‌گذار استثنایی را بر قاعده کلی منع تصرفات زیانبار به حال همسایه وضع نموده است. توضیح آنکه بنا بر قسمت اخیر این ماده، تصرفات متعارفی که برای رفع حاجت یا دفع ضرر باشد، از حکم کلی مزبور استثناء شده که البته خود، مباحث حقوقی بسیاری را ایجاد نموده است. باید به این نکته اشاره کرد که همه نظام‌های حقوقی در محدود نمودن اختیارات مالکانه، به مراعات حقوق مجاوران اتفاق نظر دارند. اما در مصادیق، میزان و چگونگی اعمال این محدودیت‌ها اختلافاتی وجود دارد که رویه قضایی و مقررات کشورهای مختلف، روش‌های متفاوتی را در این خصوص برگزیده‌اند. استانداردهای زندگی و درجه رفاه و آسایش موجود در جوامع مختلف، در تبیین این حدود مؤثر است.

هدف از تدوین مقاله حاضر، تبیین مبانی و شرایط مسئولیت مدنی ناشی از اجرای حق در موقعیت همسایگی در نظام حقوقی ایران، انگلستان و مصر است. در بررسی این موضوع به طور کلی با دو سؤال اساسی مواجه هستیم؛ نخست اینکه مبنای مسئولیت ناشی از همسایگی چیست؟ دوم اینکه شرایط تحقق این مسئولیت کدام است؟ پس از تبیین این مسئولیت در فقه و حقوق ایران، پاسخ هر یک از این سؤالات در نظام‌های مورد مطالعه طی یک بند مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱. تبیین مسئولیت مدنی ناشی از آسیب‌های همسایگی در فقه امامیه و

حقوق ایران

پیش از بررسی مبانی و شرایط مسئولیت مدنی ناشی از آسیب‌های همسایگی، ضروری است که این مسئولیت در منابع فقهی و مقررات قانونی مورد مطالعه قرار گیرد.

۱-۱. مسئولیت ناشی از آسیب‌های همسایگی در منابع فقهی

از مذاقه در منابع فقهی می‌توان دریافت که به طور کلی در تبیین مسئولیت ناشی از آسیب‌های همسایگی در فقه امامیه، دو شیوه استدلال و نگرش بین فقها وجود دارد.

۱-۱-۱. تبیین مسئولیت از منظر رابطه قاعده «لاضرر» و «تسلیط»

عمده فقهای متأخر،^۱ مسئولیت ناشی از آسیب‌های همسایگی را ذیل «قاعده لاضرر» و در مقام بیان رابطه این قاعده با «قاعده تسلیط» بررسی نموده‌اند (حسینی عاملی، بی‌تا: ۲۳-۲۲/۷؛ قمی، ۱۳۷۱: ۵۰/۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۳: ۱۵۴-۱۵۵؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۴۲-۲۴۲/۱؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۴: ۳۳۰ به بعد). بر اساس قاعده تسلیط، مالک حق هر نوع تصرفی در ملک خود را دارد، مگر اینکه این تصرف موجب ضرر غیر شود که در این صورت، قاعده لاضرر تصرفات مالک را محدود می‌نماید. بر این اساس، تصرف مالک که موجب ورود ضرر به همسایه شود، می‌تواند مشمول یکی از این سه فرض قرار گیرد: گاه نیاز به تصرف در ملک به گونه‌ای است که در صورت عدم تصرف، مالک متضرر خواهد شد؛ گاه عدم تصرف یا منع تصرف مالک، موجب محرومیت وی از برخی منافع است؛ و صورت سوم اینکه تصرف برای وی هیچ نفع و ضرری ندارد. این تقسیم‌بندی با کم و بیش تفاوت‌هایی، از سوی بسیاری از فقهای متأخر مورد اشاره قرار گرفته است (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸: ۴۲۷/۳).

در فرض اول و سوم، اختلاف نظری بین فقها دیده نمی‌شود. به اعتقاد فقها در فرض نخست، تصرف مالک سبب ضرر همسایه، و عدم تصرف وی سبب ورود زیان

۱. بیشتر فقهای متقدم، این مسئولیت را بر اساس دو معیار «نیاز مالک» و «ظن به ورود زیان» مورد بررسی قرار داده‌اند که در بند بعد مورد بررسی قرار می‌گیرد.

به خودش می‌شود. در نتیجه، جریان قاعده لاضرر به نفع همسایه با جریان قاعده لاضرر به نفع مالک تساقط نموده و طبق اصل تسلیط، تصرفات مالک مجاز خواهد بود (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۴۵/۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۳: ۱۵۵/۱). برخی نیز چنین استدلال نموده‌اند که با توجه به امتنانی بودن قاعده لاضرر، در جایی که ضرری به مالک وارد شود، اعمال لاضرر خلاف امتنان بوده و در نتیجه قاعده تسلیط اجرا می‌شود (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴: ۳۳۲) و یا بیان شده است که در شریعت، ضرر رسانیدن به غیر، زمانی نفی شده که ضرری به خود مالک نرسد و یا موجب تحمیل حرج و مشقتی بر او نباشد، و الا خود مالک اولی خواهد بود به دفع ضرر از خود (قمی، ۱۳۷۱: ۵۰/۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۶۶/۱). در فرض سوم یعنی در جایی که مالک بدون اینکه نفع و یا ضرری برایش متصور باشد، تصرفاتی را در ملک خود انجام می‌دهد که مضر به حال همسایه است، ضامن است، اعم از اینکه قصد اضرار داشته یا نداشته باشد؛ چه اینکه در این صورت، قاعده لاضرر بر قاعده تسلیط حاکم، و تصرفات مالک ممنوع خواهد بود (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۴۳/۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۳: ۱۵۵/۱). در این فرض، تصرف مالک لغو و مصداق اضرار به همسایه است (موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۶۶/۱؛ نجفی خوانساری، ۱۴۱۸: ۴۲۷/۳). در فرض دوم یعنی در جایی که تصرف مالک سبب زیان همسایه، و عدم تصرف سبب محرومیت وی از انتفاع شود، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۱۵۵/۱). برخی فقها عقیده دارند که منع مالک از انتفاع، موجب حرج (یا ضرر) وی خواهد شد و در نتیجه قاعده لاضرر و قاعده نفی حرج با هم تعارض پیدا می‌کنند که قاعده نفی حرج، حاکم بر لاضرر می‌باشد. اگر حکومتی هم وجود نداشته باشد،^۱

۱. در خصوص تعارض دو قاعده لاضرر و نفی عسر و حرج، دو دیدگاه در میان فقها وجود دارد. برخی معتقدند که در اینجا، قاعده نفی عسر و حرج بر لاضرر حاکم می‌شود؛ زیرا الزام شخص به تحمل ضرر برای دفع ضرر از دیگری، امری حرجی است که از سوی شارع نفی شده است (انصاری، ۱۴۱۹: ۴۶۷/۲). در مقابل، برخی دیگر از فقها معتقدند که قاعده نفی عسر و حرج حکومتی بر لاضرر ندارد؛ چه اینکه اولاً حکومت لاجرح بر لاضرر، مستلزم آن است که لاجرح اثبات حکم نماید. ثانیاً لاجرح ناظر بر قاعده لاضرر نیست؛ زیرا زمانی یک قاعده ناظر بر قاعده دیگر است که حکم در طرف قاعده محکوم، ثابت و قطعی باشد، در حالی که لاضرر خود یک حکم ثانوی و عارضی است و در نتیجه لاجرح نمی‌تواند اولویتی بر لاضرر داشته باشد (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸: ۴۳۰-۴۳۱). از سوی دیگر، هر دو قاعده امتنانی هستند و نحوه بیان هر دو قاعده نیز یکسان است. لذا هر دو قاعده بر احکام اولیه حکومت دارند و بین خود آن‌ها حکومتی نیست.

دو قاعده با هم تساقط نموده و اصل تسلیط اجرا می‌شود (انصاری، ۱۴۱۹: ۴۶۷/۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۴۴/۱). برخی فقها نیز با استناد به امتنانی بودن قاعده لاضرر معتقدند که منع مالک از انتفاع نیز بر خلاف امتنان است؛ در نتیجه، قاعده لاضرر قابل اعمال نبوده و بر اساس عموم و اطلاق ادله و اصل برائت، مالک مجاز به تصرف می‌باشد (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴: ۳۳۳).

در مقابل، برخی فقها معتقدند که محرومیت از منافع، ضرر محسوب نمی‌شود و در نتیجه، اعمال قاعده لاضرر به نفع همسایه، مانع تصرفات مالک خواهد شد.^۱ برخی نیز عقیده دارند که اعمال قاعده لاضرر به نفع مالک امکان‌پذیر نیست؛ زیرا ضرر مالک ناشی از یک حکم شرعی نیست، بلکه ناشی از اعمال لاضرر به نفع همسایه است و در طول آن قرار می‌گیرد؛ در نتیجه نمی‌تواند به واسطه قاعده لاضرر برداشته شود (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸: ۴۲۹/۳). برخی دیگر از فقها نیز معتقدند بر مبنای میزان ضرری که به همسایه وارد می‌شود، حکم موضوع متفاوت خواهد بود. بدین توضیح که اگر زیان وارد به همسایه اندک باشد، تصرف مالک مجاز است؛ اگر زیان وارده زیاد، ولی عادتاً قابل تحمل باشد، تصرف مالک مجاز، ولی دارای کراهت شدید است؛ و اگر زیانی قابل توجه و غیر قابل تحمل به همسایه وارد شود، مالک حق ندارد برای جلب منفعت، در ملک خود تصرف نماید (حسینی عاملی، بی‌تا: ۲۳-۲۲/۷). برخی فقها نیز موضوع حرج و ضرر را از هم تفکیک نموده و فروعات موضوع را تا شش فرض گسترش داده‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۶۵/۱). به اعتقاد ایشان، اگر منع مالک از تصرف مستوجب ضرر به همسایه، سبب از بین رفتن منفعت قابل توجهی برای مالک شود، این منع مصداق حرج قرار می‌گیرد که در این صورت، اصل تسلیط جاری خواهد بود؛ ولی اگر منع مالک از منفعت، قابل توجه و مستلزم حرج نباشد، تصرف وی مجاز نیست (همان: ۶۶/۱). آنچه بیان شد، دیدگاه فقهایی بود که موضوع را بر اساس قواعد «تسلیط»، «لاضرر» و «نفی حرج» تحلیل نموده بودند.

۱. این نظر از سوی میرزای قمی نقل شده است؛ ولی خود ایشان قائل به این نظر نبوده و محرومیت از نفع را نیز بنا بر عرف و ظاهر، ضرر می‌داند (قمی، ۱۳۷۶: ۲۳۶).

۲-۱-۱. تبیین مسئولیت از منظر «نیاز مالک» و «ظن به ورود زیان»

دسته دیگری از فقها، موضوع تصرفات مالک را که موجب تضییع همسایه شود، براساس دو معیار «نیاز مالک» و «علم یا ظن وی به ورود زیان به همسایه» تحلیل نموده‌اند. به اعتقاد این دسته از فقها، از میان فروعات مربوط به همسایگی تنها دو حالت بدون اختلاف می‌باشد: نخست موردی که مالک در استفاده از ملک خود، از میزان نیاز تجاوز ننموده و علم یا ظن به ورود ضرر هم ندارد که در این صورت، ضمانی بر مالک نیست و حتی بر آن ادعای اجماع شده است (عاملی جبعی، ۱۴۱۷: ۱۶۶/۱۲؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۵۹/۳۷)؛ مورد دوم اینکه مالک بیش از مقدار نیاز استفاده کرده و علم یا گمان به ورود زیان به همسایه نیز دارد که در این صورت نیز اختلافی در حرمت و ضمان وجود ندارد (محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۶۳۶/۱؛ فاطمی، ۱۳۷۶: ۲۳۴).

اما مواردی هم هست که فقیهان در آن دچار تشتت و اختلاف آراء هستند. برخی فقها معتقدند که برای تحقق ضمان، اجتماع دو شرط لازم است: «تجاوز از میزان نیاز» و «علم یا ظن غالب به ورود ضرر». بنابراین در صورتی که هر یک از این دو شرط منتفی شود، ضمان نیز منتفی خواهد بود (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۷۶۳/۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۴۴۵/۱؛ همو، ۱۴۱۸: ۲۲۳/۲). در نتیجه در موردی که استفاده از ملک، بیش از حد نیاز مالک است، ولی علم یا ظن به ورود ضرر به همسایه وجود ندارد، مالک مسئول نمی‌باشد. همچنین است زمانی که شخص به میزان نیاز از ملک خود استفاده می‌کند، ولو اینکه علم و یا ظن به وقوع ضرر داشته باشد. در مقابل، برخی دیگر معتقدند که با حصول یکی از دو شرط «خروج از حدود عادت» یا «علم یا ظن غالب به تحقق اضرار» (علامه حلی، ۱۴۲۱: ۵۲۵/۴؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۶۳۶/۱) و یا «تجاوز از میزان نیاز» یا «وجود علم یا مظنه تعدی (ضرر)» (عاملی جزینی، بی‌تا: ۲۰۴؛ همو، ۱۴۱۴: ۱۰۷/۳؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۷: ۱۶۷-۱۶۶/۱۲؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۶۱/۳۷) مسئولیت ثابت می‌گردد. برخی فقها نیز عقیده دارند که اگر مالک به اندازه نیاز خود تصرف نماید، ولو اینکه علم یا گمان به ورود زیان

۱. به اعتقاد صاحب جواهر، اگر اجماع فقها نبود، حتی در صورت فقدان دو شرط یادشده هم مالک ضامن خواهد بود، مشروط به اینکه بر عمل وی اتلاف صدق نماید؛ زیرا اذن شرعی، منافاتی با حکم وضعی ضمان ناشی از اتلاف ندارد (نجفی، ۱۳۶۷: ۵۹/۳۷-۶۰).

داشته باشد، ضامن نیست؛ چه اینکه مقتضای قاعده لاضرر، نفی ضرر به نحو مطلق است، اعم از اینکه ضرر به همسایه وارد شود یا خود مالک؛ مگر اینکه مالک بتواند بدون تحمل عسر و حرج، نیاز خود را بی‌آنکه زیانی به همسایه وارد شود، برطرف کند که اقدام وی مصداق ضرار محسوب شده و ضامن است. اما در فرضی که مالک زاید بر میزان نیاز در ملک خود تصرف می‌نماید، ضامن است، حتی اگر علم یا گمان به ورود زیان نداشته باشد (فاطمی، ۱۳۷۶: ۲۳۵-۲۳۶). بر پایه این دیدگاه، آنچه سبب مسئولیت می‌شود، خروج مالک از میزان نیاز است و علم یا ظن به ورود زیان، تأثیری در مسئولیت ندارد.

۲-۱. مسئولیت ناشی از آسیب‌های همسایگی در مقررات قانونی

در حقوق موضوعه ایران، ماده ۳۰ قانون مدنی، اصل آزادی مالک در استفاده از مال خود را بیان می‌کند. ماده ۱۳۲ قانون مدنی، به عنوان استثنایی بر قاعده تسلیط مقرر می‌دارد:

«کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضییع همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا دفع ضرر از خود باشد».

بنابراین قاعده تسلیط در مورد تصرفی که دارای دو ویژگی باشد، اجرا نمی‌شود؛ ویژگی اول، غیر متعارف بودن تصرف، و ویژگی دوم، عدم نیاز مالک به انجام تصرف مزبور (امامی، ۱۳۷۳: ۴۹/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۰۸). مراد قانون‌گذار از شرط «رفع حاجت یا دفع ضرر از خود» این است که تصرف مبتنی بر انگیزه‌ای موجه و مشروع باشد. بنابراین تصرف لغو و بیهوده‌ای که برای مالک نفعی در بر نداشته باشد، عرفاً به معنای تصرفات مورد نیاز و ضروری محسوب نخواهد شد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰: ۱۰۲/۱). همچنین به نظر می‌رسد تفاوتی بین «رفع حاجت» و «دفع ضرر» وجود نداشته باشد؛ زیرا عبارت رفع حاجت در نوشته‌های فقهی، هم شامل دفع ضرر و هم رفع نیاز است (شهیدی، ۱۳۸۰: ۴۳). تشخیص تصرفاتی که برای رفع حاجت و یا دفع ضرر است، باید به کمک عرف انجام شود (فرهیخته، ۱۳۷۷: ۵۴۶). بنابراین در صورتی که کسی جلوی زمین خود را سد ببندد تا سیل متوجه زمین او نگردد و به طرف زمین مجاور جاری

شود، این امر در صورتی جایز است که جلوگیری از سیل به طریق دیگری که موجب زیان همسایگان نشود، ممکن نباشد؛ و الا مالک باید به طریق دیگری از خود دفع ضرر نماید (امامی، ۱۳۷۳: ۵۰/۱). شاید به این دلیل که اصولاً وقتی راه حل بی‌ضرری وجود دارد، متوسل شدن به طرقی که منتهی به ضرر دیگران شود، خود امری غیر متعارف تلقی می‌شود.

برخی حقوق‌دانان عقیده دارند که آنچه سبب مسئولیت می‌شود، صرفاً نامتعارف بودن تصرف است و ویژگی دوم در عمل زائد است؛ چه اینکه تصرفی که برای رفع حاجت یا دفع ضرر نباشد، قطعاً نامتعارف هم هست (صفایی و رحیمی، ۱۳۸۹: ۱۸۷) یا برخی دیگر از حقوق‌دانان عقیده دارند که استفاده نامتعارف حتی برای رفع حاجت یا دفع ضرر جایز نمی‌باشد؛ مثلاً مالک یا متصرف نمی‌تواند برای فراری دادن پرندگان و راندن آن‌ها از باغ خود، با مواد محترقه و آتش‌زا صداها را بلند و آزاردهنده ایجاد کند؛ اما چنانچه ضرر ناشی از استعمال ملک به طور متعارف باشد، مانند اینکه از روشن کردن خودرو، صدا در خانه همسایه بیچند، نمی‌توان مانع چنین تصرفاتی شد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۲۴). برخی فقها نیز از همین عقیده پیروی نموده، معتقدند که مالک حق همه‌گونه «تصرف متعارف» در ملک خود را دارد، ولو اینکه موجب ضرر همسایه شود (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰: ۱۰۳/۱).

۲. مبنای مسئولیت ناشی از آسیب‌های همسایگی

هر گاه سخن از مبنای مسئولیت مدنی به میان می‌آید، مقصود دلیلی است که به واسطه آن، فردی به عنوان مسئول جبران خسارات وارده معرفی می‌شود (مبین، ۱۳۹۰: ۴۳). مبنای مسئولیت مدنی به دنبال یافتن پاسخ به این سؤال است که به چه دلیل و وجه عقلایی (باریکلو، ۱۳۸۵: ۴۳) یا به کدام ملاحظات اخلاقی و فلسفی (بادینی، ۱۳۸۴: ۷۶) و یا بر اساس چه دلایل حقوقی (ژوردن، ۱۳۸۵: ۵۶)، عامل فعل زیانبار باید از لحاظ مدنی مسئول شناخته شده و زیان وارد شده به دیگری را جبران نماید؟

در ادامه، مبنای مسئولیت ناشی از آسیب‌های همسایگی در حقوق ایران، انگلستان و مصر بررسی می‌گردد.

۱-۲. مبنای مسئولیت ناشی از همسایگی در حقوق ایران

برای تعیین مبنای مسئولیت مدنی ناشی از آسیب‌های همسایگی در حقوق ایران، باید به این سؤال پاسخ داد که فقها و حقوق‌دانان به کدام دلیل، مالک را در مقابل همسایه مسئول قرار داده‌اند؟ فقها معتقدند که ملاک ضمان در اینجا، عدم مشروعیت تصرفات مالک نیست؛ بلکه آنچه اهمیت دارد، صحت استناد ضرر به شخص است (موسوی خویی، ۱۴۲۹: ۱۵۶/۲؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۱۴۹/۹؛ کاشف‌الغطاء، ۱۳۶۱: ۹/۳ و ۴۸: ابروانی، ۱۴۳۲: ۱۶۷/۱؛ عراقی، ۱۴۱۸: ۱۸۵-۱۸۷؛ صدر، ۱۴۰۸: ۶۳۲/۴). بنابراین می‌توان گفت که از دید فقها، «تقصیر» نمی‌تواند به عنوان مبنای مسئولیت مالک در آسیب‌های همسایگی شناخته شود؛ بلکه دلیل و مبنای مسئولیت، قابلیت استناد ضرر به عامل آن است. به اعتقاد فقها، فعل مالک باید از «عدوان عرفی» و «تعدی از مقدار حاجت» مصون باشد و تصرفاتش باید همراه با «غرض عقلایی» و «سالم از غرض عدوانی» باشد، وگرنه «عرفاً زیان به وی منتسب می‌شود» و ضامن خواهد بود (رشتی، بی‌تا(الف): ۲ و ۳۱). برخی دیگر از فقها نیز صراحتاً بیان داشته‌اند که دلیل مسئولیت مالک، «وجود رابطه سببیت» (عاملی جبعی، ۱۴۱۷: ۱۶۶/۱۲) یا «امکان استناد ضرر به فعل» اوست (فاطمی، ۱۳۷۶: ۲۳۵). توجه به قابلیت استناد به عنوان مبنای مسئولیت، از سوی برخی اساتید طرفدار نظریه تقصیر نیز مورد توجه قرار گرفته است. به اعتقاد ایشان، آنگاه که از تقصیر سخن گفته می‌شود، این تقصیر هیچ‌گونه قضاوت ارزشی در باب عملکرد عامل زیان ندارد و همین اندازه که رابطه علیت میان فعل و ضرر احراز شود، کافی است (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۳۳۹/۱).

برخی حقوق‌دانان نیز مبنای مسئولیت در آسیب‌های همسایگی را بر نظریه «سوءاستفاده از حق» استوار دانسته، معتقدند که دارنده حق نمی‌تواند به استناد اعمال حق، از جبران خسارت وارده به دیگری خودداری نماید. برای تحقق مسئولیت، مهم آن است که بر عمل شخص، صدق عرفی سوءاستفاده اطلاق شود (باریکلو، ۱۳۸۵: ۹۰). به نظر نگارندگان، در جایی که دارنده حق، به نحو متعارف اعمال حق می‌کند و آن را وسیله اضرار به غیر قرار نمی‌دهد، مسئولیتی بر عهده ندارد؛ چه اینکه در این صورت، سوءاستفاده محقق نشده و زیان وارده نیز مستند به فاعل آن نیست، مگر اینکه

از احتمال وقوع خسارت باخبر باشد و در عین حال به بهانه اعمال حق، سبب ورود ضرر به همسایه شود که در این حالت عرفاً اضرار محقق شده و حادثه زیانبار مستند به اوست.

بر همین اساس می‌توان دریافت که تأکید حقوق دانان بر لزوم نامتعارف بودن تصرفات مالک نیز در جهت یافتن معیاری برای احراز قابلیت استناد است. شرایطی نظیر «تجاوز از حدود عادت»، «تجاوز از مقدار نیاز»، «علم یا ظن بر وقوع ضرر»، «نامتعارف بودن»، «تعدی یا تفریط» و... که برای مسئولیت مالک نسبت به همسایه در فقه و حقوق ایران ارائه شده است، صرفاً وسیله‌ای برای احراز رابطه سببیت عرفی (صدق عرفی ضمان) و قابلیت استناد است. هرچند که برخی حقوق دانان با پذیرش این استدلال، به پذیرش مسئولیت محض در حقوق ایران متمایل شده‌اند (بادینی و همکاران، ۱۳۹۱: ۳۴)، لیکن چنین استدلالی صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا در مسئولیت محض، رابطه سببیت مفروض، و زیان‌دیده از اثبات آن معاف است و عامل زیان برای رهایی از مسئولیت باید قطع رابطه سببیت (قوه قاهره یا دخالت عامل خارجی) را ثابت نماید. ولی در فقه و حقوق ایران، چنان که بیان شد، زیان‌دیده باید وجود رابطه سببیت را اثبات نماید. رویه قضایی نیز در مواردی این نظریه را تأیید می‌کند؛ برای نمونه در پرونده‌ای^۱ (بازگیر، ۱۳۸۲: ۱۷۶)، دیوان عالی کشور و دادگاه حقوقی یک به صرف احراز رابطه سببیت، حکم به جبران خسارت صادر نموده و اعتنایی به بحث تقصیر نکرده‌اند.

۲-۲. مبنای مسئولیت ناشی از همسایگی در حقوق انگلستان

تا پایان قرن نوزدهم در نظام حقوقی انگلستان، دعوی مسئولیت مدنی بر اساس موضوعات خاص، دارای اشکال متفاوت بود؛ به گونه‌ای که هر دعوی با قلمرو و شرایط خاص خود، از حق خاصی دفاع می‌نمود که یکی از این اقسام دعوی، دعوی مزاحمت بود (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷: ۷۹). مراجعه به آرای صادره از دادگاه‌های انگلیس نشان می‌دهد که مبنای این مسئولیت در نظام حقوقی انگلیس به دعوی معروف

۱. دادنامه شماره ۶۸/۳/۱۱-۱۲۸-۱۲ صادره از شعبه ۱۲ دادگاه حقوقی یک تهران که به موجب دادنامه شماره ۲۳/۵۱۳ مورخ ۶۹/۹/۱۰ شعبه ۲۳ دیوان عالی کشور قطعیت یافته است.

ریلاند علیه فلچر^۱ برمی‌گردد (Cooke, 2009: 357; Elliott & Quinn, 2009: 305). این دعوی قاعده‌ای در نظام کامن‌لا ایجاد نمود که به دنبال ایجاد امنیت برای زیان‌دیده بود و براساس آن، هر گاه شخصی از ملکی استفاده کند و در نتیجه، هزینه‌هایی را به دیگران تحمیل نماید، منتفع باید هزینه‌ها را پردازد و در این روش، هیچ نیازی به اثبات تقصیر شخص منتفع نیست (Fleming, 1985: 153). جریان دعوی از این قرار بود که شخصی به نام ریلاند طی قراردادی با مقاطعه‌کاری مستقل به توافق رسید که در زمین او آب‌انبار درست کند. مقاطعه‌کار ضمن عملیات حفاری، به رگه‌های معدن قدیمی رسید که به ظاهر چنین می‌نمود که رگه‌ها و مجاری با خاک پوشیده شده‌اند و گمان نمی‌کرد که این رگه‌ها با معدن شخصی دیگر به نام فلچر که همسایه ریلاند بود، در ارتباط باشد. مقاطعه‌کار بدون هر گونه اقدام در جهت پیشگیری از خطرات احتمالی، آب‌انبار را از آب پر کرد و آب بلافاصله معدن فلچر را فرا گرفت. ریلاند در این قضیه هیچ گونه غفلی را مرتکب نشده بود، بلکه خسارات وارده ناشی از بی‌توجهی مقاطعه‌کار بود. دادگاه عالی انگلیس چنین رأی داد:

«هر کس به منظور تأمین منافع و مقاصد خویش با قصد و اراده، اشیایی را که احتمال ایجاد خسارت دارند، نگهداری کند، باید عهده‌دار حفاظت از آن‌ها باشد؛ اگر در نگهداری کوتاهی و قصور نماید، مسئول تمامی خساراتی است که از ناحیه آن اشیاء به دیگران وارد شده است. این روح قانون است و خواننده می‌تواند با اثبات تقصیر خواهان یا تأثیر قوه قاهره، خود را تبرئه نماید».

بنابراین دادگاه در این پرونده، با اینکه تقصیری از ریلاند سر نزنده بود، اما چون منافع این تصرفات برای او بود، وی را محکوم کرد (Ibid., 157). در پرونده‌ای دیگر،^۲ خواننده از روی عمد تفنگ خود را در نزدیکی ملک خواهان و با هدف ترساندن حیوانات واقع در آن شلیک کرد که در اثر اقدام او، بیشتر حیوانات همسایه سقط جنین کردند. دادگاه بدون توجه به عمدی بودن اقدام خواننده، بلکه به جهت سوءاستفاده از حق در نحوه استفاده از تفنگ، حکم به محکومیت خواننده به پرداخت

1. Rayland v. Fletcher.

2. Hollywood Silver Fox Farm Ltd. v. Emmett, HC, 1936.

خسارت داد. علاوه بر این، اگر خواننده به طور آشکار با هدف ایجاد مزاحمت برای همسایه‌اش اقداماتی انجام دهد، حتی اگر میزان مداخله او در ایجاد سلب آسایش اندک و نحوه استفاده او از ملکش متعارف و منطقی نیز باشد، در برابر خواهان مسئولیت دارد.^۱

با توجه به پرونده‌های یادشده چنین به نظر می‌رسد که نظام حقوقی انگلستان در آسیب‌های همسایگی، متمایل به مسئولیت محض است؛ زیرا در مسئولیت محض، نه‌تنها نیازی به اثبات تقصیر خواننده نیست، بلکه برای اثبات رابطه سببیت نیز سختگیری نمی‌شود و با انجام فعل زیانبار، یعنی فعلی که به ظاهر سبب ورود خسارت است، رابطه سببیت مفروض است. پس خواننده برای رد وجود رابطه مزبور باید ثابت کند که ضرر منتسب به او نیست یا قوه قاهره، رابطه ضرر را با فعل او قطع کرده است (بادینی و همکاران، ۱۳۹۱: ۲۳). این دقیقاً همان استدلالی است که دادگاه بر اساس آن در پرونده ری‌لاند علیه فلچر، حکم به محکومیت ری‌لاند صادر نمود.

۳-۲. مبنای مسئولیت ناشی از همسایگی در حقوق مصر

در حقوق مصر نیز عرف و قاعده لاضرر چون سدی در مقابل زیاده‌خواهی مالکان و متصرفان قرار گرفته و آنان را از هر گونه تصرف نامتعارفی در اموالشان باز می‌دارد. در قانون مدنی مصر و برخی دیگر از کشورهای عربی اسلامی، مانند ماده ۱۰۲۷ قانون مدنی اردن، ماده ۱۰۵۷ قانون مدنی عراق، ماده ۷۷۶ قانون مدنی سوریه و ماده ۶۹۱ قانون مدنی الجزایر، بر خلاف قانون مدنی فرانسه، در مورد آسیب‌های ناشی از همسایگی نصّ خاص وجود دارد (سوار، ۱۹۹۰: ۳۱۹). ماده ۸۰۷ قانون مدنی مصر در این خصوص مقرر می‌دارد:

- ۱- مالک نباید به اندازه‌ای از حق خود استفاده نماید که به ملک همسایه ضرر بزند.
- ۲- همسایه نمی‌تواند نسبت به ضررهای همسایگی متعارفی که غیر قابل اجتناب است، به همسایه‌اش رجوع نماید. همسایه در صورتی می‌تواند جبران این ضررها را تقاضا نماید که از حد متعارف بگذرد...».

1. Chrisite v. Darvey, HC, 1893.

در نظر برخی حقوق‌دانان مصری، نص این ماده مبتنی بر این الزام قانونی است که مالک، متعهد به جبران خسارتی است که در نتیجه اقدام بیش از حد متعارف وی به همسایه وارد شده و در واقع، خلاف نص و التزام قانون عمل کرده است. در این حالت مالک مسئول است؛ چرا که هر کس از منافع مالی بهره‌مند می‌شود، باید بار مسئولیت مخاطرات آن را نیز بر دوش کشد (سنه‌وری، ۱۹۶۷: ۷۰۷/۸). بر اساس این دیدگاه باید مبنای مسئولیت ناشی از همسایگی در حقوق مصر را بر مبنای نظریه خطر (خطر در برابر انتفاع) تحلیل نمود. لیکن اغلب نویسندگان مصری، مبنای ماده ۸۰۷ قانون مدنی مصر را «سوءاستفاده از حق» می‌دانند (همان: ۷۰۸/۸). بر اساس این دیدگاه، مسئولیت مدنی ناشی از آسیب‌های همسایگی در حقوق مصر، مبتنی بر نظریه تقصیر است. به نظر می‌رسد که نظریه اخیر به نص قانون نیز نزدیک‌تر است؛ چه اینکه قانون‌گذار مصری، ضررهای ناشی از تصرفات متعارف را غیر قابل جبران می‌داند، در حالی که اگر نظریه خطر اعمال می‌شد، مالک در خصوص این تصرفات نیز ضامن بود.

۳. شرایط مسئولیت ناشی از آسیب‌های همسایگی

پس از بررسی مبنای مسئولیت مدنی ناشی از آسیب‌های همسایگی، در این بخش، شرایط این نوع مسئولیت در سه نظام حقوقی مورد مطالعه بررسی خواهد شد. به طور کلی می‌توان گفت که با وجود سه شرط «نامتعارف بودن»، «مستمر و یا مکرر بودن» و «مجاورت»، مالک در مقابل خسارات وارده به همسایه مسئولیت دارد. البته «تأثیر سبق تصرف و استفاده مالک بر مسئولیت مدنی» وی نیز موضوعی است که باید مورد توجه قرار گیرد.

شایان ذکر است که به جهت پرهیز از اطاله کلام و تکرار مباحث، بر خلاف بخش قبل، مطالعه تطبیقی در این بخش در ذیل هر بند انجام شده و عنوانی مستقل به حقوق کشورهای مورد مطالعه اختصاص نیافته است.

۳-۱. نامتعارف بودن

بر اساس آنچه بیان شد، اساسی‌ترین شرط ایجاد مسئولیت در روابط همسایگی،

نامتعارف بودن اقدامات مالک است (علامه حلی، ۱۴۲۱: ۵۲۵/۴؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۶۳۶/۱). البته در نظام‌های حقوقی مورد مطالعه، تفاوت‌هایی در این خصوص وجود دارد. در ادامه، «معیار تشخیص نامتعارف بودن»، «تأثیر وضعیت زیان‌دیده» و «تأثیر اذن مقامات اداری» در تشخیص نامتعارف بودن، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱-۳. معیار تشخیص نامتعارف بودن

با توجه به تفاوت مبنای مسئولیت مدنی ناشی از آسیب‌های همسایگی در حقوق ایران، مصر و انگلستان، جایگاه شرط نامتعارف بودن در این نظام‌ها نیز با یکدیگر متفاوت است. چنان که بیان شد، در فقه امامیه و حقوق ایران بر مبنای نظریه قابلیت استناد، نامتعارف بودن، (وسیله احراز استناد عرفی زیان به عامل زیان) است. در فقه امامیه، معیارهای مختلفی برای تشخیص نامتعارف بودن پیشنهاد شده است. برخی فقها «خروج از مقدار نیاز» را به عنوان معیار نامتعارف بودن در نظر گرفته (فاطمی، ۱۳۷۶: ۲۳۵-۲۳۶) و برخی دیگر به «ظن به ورود زیان» توجه نموده‌اند. به اعتقاد ایشان، مقصود از ظن به ورود زیان، عملی است که عادتاً به وقوع می‌پیوندد؛ همانند آنکه هوا طوفانی و یا مقدار آب زیاد باشد، به گونه‌ای که امکان سرایت آتش و یا آب به ملک همسایه وجود داشته باشد (عاملی جعی، ۱۴۱۷: ۱۶۷/۱۲). به نظر می‌رسد که هر دو معیار یادشده پذیرفتنی باشد؛ چه اینکه انسان متعارف از چنین اقداماتی پرهیز می‌کند. برخی حقوق‌دانان نامتعارف بودن تصرفات مالک را با «نامتعارف بودن ضرر» پیوند داده، معتقدند که آنچه سبب تحقق سوءاستفاده از حق می‌شود، غیر متعارف بودن اعمال حق نیست، بلکه غیر متعارف بودن خسارتی است که از اجرای حق به وجود می‌آید (کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۳: ۱۵۹). این دیدگاه، مورد تأیید برخی نویسندگان حقوق فرانسه هم هست که معتقدند پاره‌ای از ضررها از قبیل صداها، بوها، دودها و... در روابط همسایگی، ضررهای مجاز هستند که شخص حق ایجاد آن‌ها را دارد و چنانچه از حالت عادی و متعارف خارج نشوند، موجب مسئولیت نمی‌گردند. دلیل آن هم، همان عدم تحقق سوءاستفاده از حق است؛ چرا که متعارف و برای رفع نیاز صورت گرفته است (Starck, 1972: n.395). این معیار قابل خدشه به نظر می‌رسد؛ زیرا

ممکن است که ضرر نامتعارف از تصرف متعارف ناشی شود، مانند دعوای ریلاند علیه فلچر؛ یا اینکه از یک تصرف نامتعارف، ضرری متعارف به وجود آید، مانند اینکه همسایه‌ای به قصد اضرار، سروصدایی در حد متعارف ایجاد نماید. در حقیقت آنچه می‌تواند سبب عدم مسئولیت شود، آن است که در روابط همسایگی، پاره‌ای از این موارد اساساً ضرر محسوب نمی‌شوند.

بر مبنای نظریه تقصیر در حقوق مصر، نامتعارف بودن «شرط تحقق مسئولیت» است؛ به گونه‌ای که در صورت متعارف بودن تصرفات، عنصر تقصیر به عنوان رکن مسئولیت وجود نخواهد داشت و مسئولیت منتفی می‌گردد. البته در این نظام حقوقی، عدوان شرط تحقق مسئولیت نیست. حقوق‌دانان مصری در خصوص آسیب‌های ناشی از همسایگی، دو حالت «تقصیر در استفاده از حق مالکیت» و «سوءاستفاده از حق مالکیت» را در نظر می‌گیرند. در «تقصیر در استفاده از حق مالکیت»، عامل زیان مرتکب عدوان شده است؛ در حالی که در مورد «سوءاستفاده از حق»، مالک ملزم به جبران ضرر است، بدون اینکه عمل وی عدوانی باشد (سنهوری، ۱۹۶۷: ۶۹۴/۸).

در حقوق مصر، برای تشخیص نامتعارف بودن تصرفات مالک، عوامل متعددی باید مورد توجه قرار گیرد که مهم‌ترین آن‌ها، «شرایط زمانی و مکانی و نوع استفاده‌ای» است که از ملک می‌شود. طبیعی است که مزاحمت یک آهنگر در محل مسکونی انکارناپذیر است؛ حال آنکه عمل وی در منطقه صنعتی، بی‌تردید نامتعارف محسوب نمی‌شود. این رویکرد در ماده ۸۰۷ قانون مدنی مصر، مورد تأکید قانون‌گذار قرار گرفته است. به موجب این ماده:

«... در تشخیص این موضوع، عرف، طبیعت املاک، موقعیت آن‌ها نسبت به یکدیگر و هدفی که ملک به آن تخصیص یافته، باید مورد توجه قرار گیرد».

به اعتقاد حقوق‌دانان مصری، تشخیص نامتعارف بودن، مبتنی بر یک معیار موضوعی است و نه حکمی (همان: ۶۹۷/۸). لذا مقام قضایی در تصمیم‌گیری در خصوص متعارف یا غیر متعارف بودن تصرفات مالک، باید به عوامل مختلف توجه نماید.

چنان که بیان شد، محاکم انگلستان به اعمال مسئولیت محض در مسئولیت ناشی از

آسیب‌های همسایگی تمایل دارند. البته نظریه مسئولیت محض صرفاً در مورد خسارات عینی وارد به اموال اعمال می‌شود و در نتیجه در این نوع خسارات، میزان نسبتاً اندکی از مزاحمت نیز می‌تواند منجر به ایجاد مسئولیت شود؛ ولی در خصوص مزاحمت‌های شخصی، میزان آسیب باید قابل توجه و اساسی و به میزانی بیش از میزان دشواری‌های معمول و روزمره باشد که خواهان به طور متعارف با آن‌ها روبه‌روست (Bermingham, 2005: 113-114; Elliott & Quinn, 2009: 284). برای نمونه در پرونده‌ای^۱ دادگاه چنین رأی داد که صدای ناشی از فعالیت شبانه کارخانه خواننده، به آن میزان سبب مزاحمت نشده است که بتوان به استناد آن تحت عنوان آسیب‌های ناشی از همسایگی اقامه دعوی کرد. در نتیجه در این نظام حقوقی، نامتعارف بودن در مزاحمت‌های شخصی - و نه خسارات وارد به اموال - مورد توجه قرار می‌گیرد و تصرفات متعارف و معقول، هرچند موجب تضرر همسایه شود، مزاحمت محسوب نشده و مسئولیت به دنبال ندارد (Bermingham, 2005: 111-112).

حقوق‌دانان انگلیسی معتقدند که در تشخیص نامتعارف بودن باید به «شرایط و اوضاع و احوال» توجه نمود. در نتیجه، شخصی که در یک شهر صنعتی زندگی می‌کند، نباید انتظار داشته باشد که از وضعیت یک فرد روستایی از حیث زندگی در یک محیط پاک و آرام برخوردار باشد. از دیگر معیارهای تشخیص نامتعارف بودن در حقوق انگلستان، «امکان جلوگیری از بروز خسارت» است. در پرونده‌ای^۲ خواننده به جهت ایجاد آسیب‌های ناشی از ایجاد بوی بد متصاعدشده از ترکیبات شیمیایی موجود در کارخانه‌اش و ایجاد آلودگی صوتی در هنگام شب از طریق فعالیت‌های صنعتی و تردد خودروهای سنگین حمل سوخت، مسئول شناخته شد. استدلال دادگاه چنین بود که مالک می‌توانسته از شدت بوی متصاعد از کارخانه با نصب صافی‌های مناسب جلوگیری نماید و مزاحمت ناشی از فعالیت شبانه و تردد خودروی‌های سنگین را نیز با تغییر زمان منتفی سازد. بنابراین وقتی مالک می‌تواند با صرف هزینه معقول از بروز خسارت جلوگیری کند، ولی اقدامی به عمل نمی‌آورد، عمل وی نامتعارف بوده و

1. Murdoch v. Glacier Metal Co. Ltd., CA, 1998.

2. Halsey v. Esso Petroleum Ltd., HC, 1961.

مسئول شناخته می‌شود. به طور کلی، در حقوق انگلستان این عقیده وجود دارد که اگر خواننده اقدام خود را با مهارت و مراقبت معقول و با حداقل میزان مداخله انجام دهد، مسئول نخواهد بود (Cooke, 2009: 344).

به این نکته نیز باید توجه نمود که صرف اینکه عملکرد خواننده به نفع جامعه است، سبب بری شدن خواننده از مسئولیت نمی‌شود؛ زیرا ایجاد مزاحمت، ناشی از برهم خوردن تعادل در منافع متعارض است. بنابراین می‌توان گفت که در چنین مواردی، خواهان مستحق است که میزان کمی از آسایش خود را از دست بدهد؛ ولی اگر ایجاد مزاحمت دارای تأثیر اساسی بوده یا اینکه فوت یا جراحتی در پی داشته باشد، منافع عمومی را نباید بر منافع خصوصی افراد ترجیح داد (Birmingham, 2005: 114).

۲-۱-۳. تأثیر وضعیت زیان‌دیده در نامتعارف بودن

سؤال دیگری که در خصوص این موضوع مطرح می‌شود، این است که دادگاه در تشخیص نامتعارف بودن، وضعیت زیان‌دیده را می‌سنجد یا وضعیت یک فرد متعارف را؟ ظاهر قول فقهای قبل از شیخ انصاری، حاکی از آن است که ایشان مفهوم ضرر در قاعده لاضرر را به معنای ضرر نوعی در نظر گرفته‌اند. بر این دیدگاه ایراد شده است که مستفاد از قاعده لاضرر آن است که تشخیص ضررها جنبه شخصی دارد، در حالی که در استناد به لاضرر در اثبات خیار غبن، عمده فقها معیار ضرر را نوعی دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۹: ۴۶۶/۲). از این رو، برخی با تفکیک ضرر در معاملات و عبادات معتقدند که هرچند مقتضای قاعده لاضرر، شخصی بودن ضرر است، لیکن به دلیل اجماع، مفهوم ضرر در معاملات بر خلاف قاعده، معیار نوعی، و در عبادات مطابق با قاعده، معیار شخصی دارد و این قول به شیخ انصاری نسبت داده شده است (رشتی، بی‌تا(ب): ۴۱۷-۴۱۸). بیشتر فقهای پس از شیخ انصاری، مفهوم ضرر را در معنای ضرر شخصی در نظر گرفته‌اند (عراقی، ۱۴۲۰: ۳۲۹/۲؛ مدنی تبریزی، ۱۴۰۳: ۳۴۲/۵؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷: ۲۳/۱)؛ زیرا مقتضای حکومت داشتن و نیز امتنانی بودن قاعده لاضرر آن است که هر حکمی که از آن ضرری برای شخص ایجاد می‌شود، برداشته شود (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸: ۴۲۳/۳). لذا ممکن است که امری در حق شخصی ضرر باشد و در مورد شخص

دیگر ضرر شناخته نشود؛ همچنان که ممکن است عملی برای شخصی ضرر شمرده شود، ولی برای همان شخص در اوضاع و احوال متفاوت ضرر محسوب نشود؛ چه اینکه لاضرر در مقام امتنان صادر شده و امتنانی بودن لاضرر اقتضا دارد که رفع ضرر با توجه به حال شخص باشد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۳۷/۱). در مقابل، برخی دیگر از فقها موارد ضرر را موقوف به عرف نموده و با توجه به اینکه معنای ضرر و تشخیص آن تابع زمان‌ها و مکان‌ها و اوضاع و احوال مختلف است، تشخیص آن را نوعی دانسته و به عرف احاله نموده‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۳۴/۱).

در آراء صادره از محاکم انگلستان، بر این موضوع تأکید شده که هیچ کس نمی‌تواند از همسایه خود انتظار داشته باشد که در حد متعارف از ملک خود منتفع نشود.^۱ لذا در این کشور برای تشخیص نامتعارف بودن، به وضعیت خاص زیان‌دیده توجه نمی‌شود. برای نمونه در پرونده‌ای،^۲ هوای گرم متصاعدشده از آپارتمان خواننده، سبب افزایش دما در طبقات بالایی ساختمان شد که در نتیجه آن به محموله کاغذ موجود در انبار خواهان خسارت وارد گردید. میزان حرارت ایجادشده به گونه‌ای نبود که سبب ایجاد مزاحمت یا عسر و حرج برای خواهان شود و در عین حال نوعاً تأثیر مضر بر کاغذها نداشت؛ لذا دعوی خواهان رد شد. در اینجا حساسیت بیش از اندازه یا نوع خاص کاغذ، سبب ورود خسارت شده است و در نتیجه نباید مسئولیت آن را متوجه مالک مجاور دانست (Cooke, 2009: 344) و زیان‌دیدگان باید شرایط محیطی خود را برای مقابله با دمای ساختمان تغییر می‌دادند. بنابراین حساسیت بیش از اندازه افراد نسبت به بو یا صدا سبب نمی‌شود که اقدام همسایه را نامتعارف بدانیم.

اکثر حقوق‌دانان مصری نیز وضعیت زیان‌دیده را در تشخیص ضرر نامتعارف نادیده می‌گیرند و عقیده دارند که ملاک تشخیص ضرر نامتعارف، وضعیت یک انسان عادی و متعارف است که از آنچه دیگر همسایگان را به زحمت می‌اندازد، به رنج و زحمت می‌افتد و آنچه را که معمولاً همسایگان تحمل می‌کنند، تحمل می‌کند (سنهوری، ۱۹۶۷: ۱۹۶۷).

1. Eastern & South African Telegraph Co. Ltd. v. Cape Town Tramways Co. Ltd. PC, 1902.
2. Robinson v. Kilvert, CA, 1889.

۶۹۷/۸؛ زکی، ۱۹۷۸: ۶۸). بنابراین همسایه‌ای که از تحملی بیش از تحمل انسان متعارف برخوردار است، نفع آن را می‌برد و همسایه‌ای که تحملی کمتر از یک همسایه متعارف دارد، زیان آن را خواهد دید. در چنین حالتی، این شخص است که باید برای اجتناب از ضرر، شرایط زندگی خود را تغییر دهد، نه اینکه همسایه را محدود کند و ضامن خسارت بشناسد. ماده ۸۰۷ قانون مدنی مصر نیز در بیان معیارهای تشخیص نامتعارف بودن، به وضعیت زیان‌دیده اشاره ننموده که تأییدی بر همین دیدگاه است.

۳-۱-۳. تأثیر اذن مقامات اداری در نامتعارف بودن

هر گاه تصرف زیانبار از جمله مواردی باشد که به اذن مقام صلاحیت‌دار اداری صورت گرفته است، این سؤال مطرح می‌شود که آیا وجود چنین مجوزی می‌تواند رافع مسئولیت متصرف باشد؟ در باب این قضیه، اختلاف نظر وجود دارد و به طور کلی سه دیدگاه مطرح شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۱۱):

۱- بر اساس رویه پاره‌ای از دادگاه‌های قدیم فرانسه، اجازه مقام اداری صلاحیت‌دار، وصف غیر متعارف بودن را از تصرف برداشته و متصرف را از مسئولیت بری می‌سازد؛ زیرا اقدامات وی بر طبق قانون و مقررات بوده است.

۲- اذن مقام اداری، مانع از مسئولیت مالک یا متصرف نسبت به خسارات وارده به همسایه نیست؛ زیرا اذن مقام اداری اضرار به همسایه را مباح نمی‌کند. به عبارت دیگر، هر گونه اذنی مقید به رعایت حقوق اشخاص ثالث است و مجوز بی‌احتیاطی به شمار نمی‌آید.

۳- هرچند اذن مقام اداری، مانع مسئولیت مالک نیست و فعل غیر مجاز او را مجاز نمی‌کند، با این حال نمی‌توان مالک را از تصرف مضر ممنوع کرد؛ زیرا این امر مستلزم ابطال تصمیم مقام اداری توسط مقام قضایی و تجاوز به اصل اساسی استقلال قواست؛ لذا اختیار دادگاه منحصر به محکوم کردن مالک یا متصرف، به پرداخت غرامت ناشی از تصرف نامتعارف است.

هرچند که غالب حقوق‌دانان فرانسه از جمله کولن، کاپیتان، لاموران‌دیر و الکس ویل از نظر سوم پیروی کرده‌اند، لیکن در حقوق ایران، استدلال گروه دوم قوی‌تر و

منطقی‌تر به نظر می‌رسد؛ زیرا که اذن مقام اداری ناظر به امکان اقدام، قطع نظر از عوارض خارجی آن است؛ چه اینکه تصمیمات مقامات اداری نمی‌تواند به حقوق خصوصی اشخاص صدمه بزند و دادگاه را از اجرای درست قانون باز دارد (همان).

قسمت اخیر بند دوم ماده ۸۰۷ قانون مدنی مصر نیز بر همین امر صحنه می‌گذارد و چنین مقرر می‌دارد:

«اخذ مجوز از مقامات صلاحیت‌دار، مانع طرح دعوی مطالبه خسارت همسایه نمی‌شود».

لذا حقوق دانان مصری معتقدند که تمامی مجوزهای دولتی با قید «به شرط حفظ حقوق اشخاص ثالث» اعطا می‌شوند (سوار، ۱۹۸۳: ۱۲۵/۱). در حقیقت، مجوز صادرشده تنها ناظر بر اباحه تصرفات مجاز مالک یا متصرف در ملک خود می‌باشد، بدون اینکه مسئولیت اعمال غیر متعارف را از ایشان سلب کند.

رویه قضایی انگلستان در این زمینه، دستخوش تحولاتی شده است. در قرن نوزدهم، اخذ مجوز قانونی از مجلس برای انجام یک فعالیت (مانند فعالیت یک شرکت راه‌آهن) به معنای مجوز ارتکاب مزاحمت بود و در نتیجه، دارنده مجوز در قبال کلیه آثار اجتناب‌ناپذیر فعالیت خود، هیچ‌گونه مسئولیتی نداشت. مقصود از نتایج اجتناب‌ناپذیر، اموری بود که به واسطه مراقبت و مهارت نمی‌توان از آن‌ها پرهیز نمود (Cooke, 2009: 352). امروزه در این نظام حقوقی، وجود مجوز قانونی به معنای مجوز ایجاد مزاحمت نیست؛ لیکن اعطای مجوز می‌تواند در تشخیص متعارف بودن اقدامات انجام‌شده مورد توجه قرار گیرد. در پرونده‌ای^۱ دادگاه تأکید کرد که اعطای یک مجوز برای فعالیت خاصی، بدین معنا نیست که این فعالیت نمی‌تواند مسئولیت ناشی از مزاحمت ایجاد نماید؛ لیکن وجود مجوز می‌تواند مؤلفه‌های همسایگی را تغییر داده و برای نمونه، یک منطقه مسکونی را به تجاری تبدیل نماید و در نتیجه اموری که قبل از تغییر، مزاحمت بوده است، پس از تغییر متعارف محسوب شود (Elliott & Quinn, 2009: 285). شیه همین استدلال در پرونده دیگری^۲ نیز مورد پذیرش قرار گرفت (Ibid.: 292).

1. Gillingham Borough Council v. Medway (Chatham) Dock Co. (1993).

2. Derek Watson v. Croft Promosport Ltd. (2008).

در حقیقت، حقوق انگلستان وجود مجوز قانونی را نه به عنوان یک عامل موجهه برای مسئولیت، بلکه به عنوان عاملی در تشخیص متعارف بودن مورد توجه قرار می‌دهد.

۲-۳. مستمر و یا مکرر بودن

در برخی نظام‌های حقوقی، مدت زمان مزاحمت در ایجاد مسئولیت خواننده مؤثر است. در حقوق فرانسه، مزاحمتی قابل دادخواهی است که مستمر و مداوم یا حداقل تکراری باشد (Viney, 1995: n.949). معمولاً مزاحمت‌های همسایگی از قبیل ارتعاشات، دودها، گرد و غبار و محرومیت از نور آفتاب، در صورت استمرار و تکرار، سلب آسایش نموده و ایجاد مزاحمت می‌کنند؛ چه اینکه مقصود از مزاحمت، مواردی است که تحمل‌نشدنی و فراتر از حد معینی باشد که همسایه را در استفاده از ملک خود بیش از حد معمول و متعارف آزار دهد. بنابراین مزاحمت موقت و اتفاقی را نمی‌توان مبنای طرح دعوی و موجب مسئولیت خواننده قرار داد. در حقوق انگلستان، طولانی بودن و یا استمرار مزاحمت، معیاری برای تشخیص نامتعارف بودن آن تلقی می‌شود (Cooke, 2009: 344). از این رو، یکی از ضمانت‌اجراه‌های مسئولیت ناشی از آسیب‌های همسایگی در انگلستان، صدور قرار منع تکرار تجاوز به ملک دیگری است و چنانچه خسارتی هم به بار آمده باشد، باید جبران شود (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷: ۲۵). هرچند در حقوق ایران و مصر، این شرط به عنوان یک شرط مستقل مطرح نشده است، لیکن تکرار و استمرار فعل زیانبار می‌تواند در تشخیص نامتعارف بودن اقدامات خواننده مورد توجه قرار گیرد.

۳-۳. مالکیت یا تصرف ملک مجاور

در حقوق ایران، آسیب‌های ناشی از مجاورت و همسایگی، اختصاص به تجاوز و تعدی مادی صرف بر املاک ندارد. در حقیقت ایجاد سروصدا، بوهای نامطبوع، کاهش روشنایی، از دست رفتن موقعیت و دورنما، همگی از مصادیق آسیب‌های غیرمتعارف همسایگی محسوب می‌شوند که در صورت وجود رابطه همسایگی بین مسئول و زیان‌دیده، موجب مسئولیت می‌شوند. بنابراین با وجود طیفی گسترده از انواع آسیب‌های همسایگی، اشخاص متعددی را می‌توان در هر یک از موقعیت‌های مذکور

مسئول دانست؛ برای مثال، مواد ۹، ۱۱ و ۳۹ آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۳ قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان مصوب ۱۳۸۳/۴/۲۲، حتی مجری ساختمان را مسئول مزاحمت‌های وارده به مجاوران می‌داند.

بر اساس رویه قضایی انگلستان، عوامل متعددی می‌تواند در تعیین خواننده دعوی آسیب‌های همسایگی مؤثر باشد؛ برای نمونه در حالتی که مالک، ملک خود را اجاره داده باشد، اما حق ورود به ملک و انجام تعمیرات در آن را ضمن قرارداد اجاره برای خود شرط کرده باشد و ملک در خلال مدت اجاره، نیازمند تعمیرات گردد، لیکن مالک نسبت به آن اقدام نکند، در مقابل خواهان مسئولیت خواهد داشت.^۱ ذکر این نکته نیز ضروری است که در حقوق انگلستان، شخصی که در تحقق ورود آسیب و زیان مباشرت داشته باشد، صرف‌نظر از اینکه در زمان مزاحمت، متصرف زمین بوده است یا نه، مسئول جبران خسارت است.^۲ چنین شخصی حتی در صورتی که دیگر حق تصرف در ملک نداشته باشد و نتواند جز با ورود به ملک دیگری، آسیب وارده یا آثار آن را برطرف نماید، مسئول شمرده می‌شود (Birmingham, 2005: 117). همچنین در حقوق انگلستان، این عقیده وجود دارد که نمی‌توان زیان‌دیده را از حق رجوع به مالک محروم کرد و او را به اشخاص دیگر احاله داد. با وجود این، در صورت جبران خسارت به وسیله مالک، این حق برای او محفوظ است که بتواند به عامل خسارت نظیر مستأجر یا مقاطعه‌کار و... رجوع نماید. به طور کلی می‌توان گفت که مالک، مستأجران، دارندگان حق انتفاع، مجریان عملیات اجرایی ساختمان، کارفرمایان، پیمانکاران، شهرداری و... هر کدام می‌توانند در دعوی مربوط به آسیب‌های ناشی از همسایگی مسئول شناخته شوند. با این حال برای تضمین حقوق زیان‌دیده، توجه به نظر می‌رسد که در موضوع خسارات ناشی از همسایگی، مالک مجاور در هر صورت در قبال زیان‌دیده مسئول شناخته شود، هرچند در زمان ورود خسارت، متصرف ملک نبوده باشد؛ چه اینکه مالک ملک مجاور برای مراجعه، در دسترس زیان‌دیده و به راحتی قابل شناسایی است. این دیدگاه بر مبنای «نظریه مسئولیت محض» در حقوق انگلستان قابل توجیه

1. Heap v. Ind. Coope & Allsopp Ltd., CA, 1940.

2. Hall v. Beckennam Corp., HC, 1949.

است، ولی با توجه به مبنایی که در خصوص مسئولیت ناشی از آسیب‌های همسایگی در حقوق ایران و مصر پذیرفته شد، قابل دفاع به نظر نمی‌رسد.

۴-۳. تأثیر سبق تصرف در مسئولیت ناشی از آسیب‌های همسایگی

چنانچه مالکِ ملکی از ملک خود استفاده خاصی بکند و متعاقباً همسایه جدید او از این استفاده متضرر شود، یعنی شروع فعالیت مزاحم بر استفاده‌های مجاوران از املاک خود، تقدم زمانی داشته باشد، آیا باید مانع ادامه تصرف مالک شد و او را ضامن خسارات وارده دانست؟ برای مثال، مالک در ملک خود اقدام به احداث کارخانه نموده و بعد از مدتی خانه‌ای در مجاورت کارخانه احداث می‌شود. آیا در این صورت می‌توان مالک کارخانه را به دلیل ایجاد مزاحمت برای ملک مجاور، مسئول جبران خسارات وارده دانست؟ از یکسو می‌توان گفت که مالک ملک مجاور به هنگام احداث خانه، اطلاع داشته که با کارخانه مزاحم همسایه خواهد شد و با این حال، اقدام به ساخت کرده است؛ بنابراین به دلیل وجود حق تقدم برای مالک کارخانه، همسایه حقی در اقامه دعوی ندارد (Mazeaud, 1970: n.602). در حقوق مصر نیز نویسندگان بر این باورند که چنین ضرری نامشروع و غیر متعارف نیست (زکی، ۱۹۷۸: ۶۸). آنچه سبب طرح این دیدگاه در حقوق مصر و فرانسه شده، آن است که این اقدام، تقصیر و یا سوءاستفاده از حق محسوب نمی‌شود.

در حقوق انگلستان، سبق تصرف خواننده، حقی را برای وی ایجاد نمی‌کند. در پرونده‌ای^۱ خواننده قنادی بود که بیش از ۲۰ سال در ملک خود فعالیت می‌نمود. همسایه وی پزشکی بود که اتفاقی را جهت مشاوره در باغ خود احداث نمود و در اثر سروصدا و لرزش حاصل از فعالیت قنادی، دعوای مزاحمت اقامه کرد. دادگاه با توجه به اینکه منطقه مزبور عمدتاً به مشاوره پزشکان اختصاص داشت، دعوای را پذیرفت (Cooke, 2009: 343). در حقوق ایران نیز صرف سبق تصرف، سبب نمی‌شود که اقدام فرد متعارف تلقی شود؛ برای مثال، ممکن است شخصی اقدام به تأسیس کارخانه‌ای در اطراف شهر نماید، ولی متعاقباً با ساخت واحدهای مسکونی، منطقه مزبور کاربری

1. Sturges v. Bridgman (1879) 11 ChD 852.

مسکونی بیابد. در این صورت، صاحب کارخانه برای رهایی از مسئولیت نمی‌تواند به سبق تصرف خود استناد نماید؛ چه اینکه در این فرض، اقدام وی خلاف عرف محل می‌باشد. عده‌ای از فقهای معاصر نیز تصرفاتی از قبیل ساخت اصطبل و آهنگری در اماکن مسکونی را خلاف متعارف و موجب نقض حقوق و اذیت همسایه‌ها شمرده، ولی به تقدم یا تأخر آن اشاره‌ای نکرده‌اند (سبحانی، ۱۴۱۵: ۱۲۴/۲). به طور خلاصه می‌توان گفت که تصرف سابق اگر به صورت جمعی بوده و حکایت از عرف منطقه داشته باشد، می‌تواند بر عدم مسئولیت همسایه دلالت نماید. به این نکته نیز باید توجه نمود که امروزه مقررات عمومی، ضابطه و کاربری املاک در نقاط مختلف را تعیین کرده است. بنابراین چنانچه تصرفات مالک نخستین، مطابق ضابطه باشد و مالک دوم بر خلاف ضابطه، خانه خود را در جایی بسازد که در معرض مزاحمت قرار می‌گیرد، نباید به او حق داد که علیه متصرفان سابق، طرح دعوی نماید.

نتیجه‌گیری

با مطالعه تطبیقی سه نظام حقوقی ایران، مصر و انگلستان، این نتیجه حاصل می‌شود که موضع‌گیری و سیاست کلی این نظام‌ها در خصوص آسیب‌های همسایگی واحد است. صرف نظر از اختلافاتی که در باب مبنای مسئولیت مدنی ناشی از آسیب‌های همسایگی در این سه نظام وجود دارد، در همه نظام‌های مورد مطالعه، همسایه مسئول جبران خسارات ناشی از اعمال غیر متعارف خود بوده و در صورت سوءاستفاده از حق ضامن است. بیان ماده ۱۳۲ قانون مدنی ایران و ماده ۸۰۷ قانون مدنی مصر و آرای صادره از محاکم انگلیس، همگی مالک را در استفاده از ملک یا مال خود به این محدود می‌کنند که از حد متعارف فراتر نرود. در همه نظام‌های حقوقی مورد مطالعه، داوری عرف مرجع تشخیص آسیب‌های ناشی از همسایگی است و موقعیت املاک مجاور، زمان و مکان ایراد خسارت و نوع و میزان خسارت وارده، در حدود مسئولیت تعیین‌کننده است.

در عین حال تفاوت‌های زیر بین نظام‌های حقوقی یادشده دیده می‌شود:

۱- مبنای مسئولیت ناشی از آسیب‌های همسایگی در فقه امامیه و حقوق ایران، مبتنی

بر «قابلیت استناد» است و مالک در صورتی ضامن تلقی می‌شود که خسارت وارده مستند به وی باشد. در حقوق مصر، تحت تأثیر اندیشه‌های حقوق فرانسسه، مبنای مسئولیت بر «تقصیر» استوار است و رویه محاکم انگلستان در خصوص خسارات عینی وارد به اموال، به نظریه «مسئولیت محض» تمایل دارد؛ ولی در خصوص مزاحمت‌های شخصی، تحقق مسئولیت منوط به «نامتعارف بودن» تصرفات مالک است.

۲- هرچند که در تشخیص نامتعارف بودن، معیارهایی همچون توجه به موقعیت زمانی و مکانی و نحوه استفاده از ملک، بین همه نظام‌های حقوقی مشترک است، لیکن در فقه امامیه، معیار «خروج از میزان نیاز» و «ظن به ورود زیان»، در حقوق ایران و فرانسه معیار «نامتعارف بودن ضرر» و در حقوق انگلستان معیار «امکان جلوگیری از بروز خسارت» به صورت ویژه ارائه شده است.

۳- در نظام‌های حقوقی انگلستان و مصر، ترجیح این است که وضعیت خاص زیان‌دیده در تشخیص نامتعارف بودن، دخالت داده نشود و وضعیت خواهان با یک شخص متعارف سنجیده شود. لیکن به دلیل امتنانی بودن قاعده لاضرر، مقتضای این قاعده در فقه امامیه این است که ضرر در معنای شخصی آن مورد توجه قرار گیرد.

۴- در نظام حقوقی ایران و مصر، صدور مجوز از سوی مقامات اداری، به معنای تجویز ورود زیان به حقوق اشخاص نمی‌باشد و دارنده مجوز باید شرط متعارف بودن را نیز مراعات نماید. در حقوق انگلستان، هرچند اصل این قاعده پذیرفته شده است، لیکن محاکم این کشور، وجود مجوز را به عنوان یکی از معیارهای تشخیص متعارف بودن مورد توجه قرار داده‌اند و بر این اساس، عملکرد اشخاص دارای مجوز را اصولاً متعارف تلقی می‌کنند.

۵- در حقوق انگلستان، اصولاً مالک مسئول شناخته می‌شود، ولو اینکه تصرفی در ملک نداشته و یا استفاده از ملک را به دیگری واگذار نموده باشد. ولی در حقوق ایران و مصر چنانچه خسارت وارده مستند به مالک نباشد و یا مالک مرتکب تقصیر نشده باشد، مسئولیتی هم در جبران خسارت ندارد.

کتاب‌شناسی

۱. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ چهاردهم، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۳ ش.
۲. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *فرائد الاصول*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۳. ایروانی، باقر، *دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه*، چاپ پنجم، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۳۲ ق.
۴. بادینی، حسن، *فلسفه مسئولیت مدنی*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴ ش.
۵. بادینی، حسن، هادی شعبانی کندسری، و سجاد رادپرور، «مسئولیت محض؛ مبانی و مصادیق»، *مجله مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره سوم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۱ ش.
۶. باریکلو، علیرضا، *مسئولیت مدنی*، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۷. بازرگیر، یدالله، *آرای دیوان عالی کشور ۱؛ امور حقوقی*، تهران، امیرکبیر، ۱۳۸۲ ش.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق اموال*، چاپ ششم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۱۰. حسینی سیستانی، سیدعلی، *قاعده لا ضرر ولا ضرار*، قم، مطبعة مهر، ۱۴۱۴ ق.
۱۱. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۲. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۳. رشتی، میرزا حبیب‌الله، *رساله فی الغصب*، چاپ سنگی، بی جا، بی تا، بی تا. (الف)
۱۴. همو، *فقه الامامیه*، *قسم الخیارات*، چاپ سنگی، بی جا، بی تا، بی تا. (ب)
۱۵. زکی، محمود جمال‌الدین، *الوجیز فی النظرية العامة للالتزامات فی القانون المدنی المصری*، چاپ سوم، قاهره، جامعة القاهرة، ۱۹۷۸ م.
۱۶. ژوردن، پاتریس، *اصول مسئولیت مدنی*، ترجمه و تحقیق مجید ادیب، مقدمه سیدحسین صفایی، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۱۷. سبحانی، جعفر، *الرسائل الاربع (قواعد اصولیه و فقهیه)*، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۵ ق.
۱۸. سنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، قاهره، دار النهضة العربیه، ۱۹۶۷ م.
۱۹. سوار، محمد وحیدالدین، *النظرية العامة للالتزام*، دمشق، مطبعة ریاض، ۱۹۸۳ م.
۲۰. همو، *شرح القانون المدنی؛ الحقوق العینیة الاصلیه*، دمشق، مطبعة الروضه، ۱۹۹۰ م.
۲۱. شهیدی، مهدی، «تجاوز از حق»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، سال چهارم، شماره‌های ۳۳-۳۴، شهریور ۱۳۸۰ ش.
۲۲. صدر، سیدمحمدباقر، *مباحث الاصول*، تقریر سیدکاظم حسینی حائری، قم، مطبعة مرکز النشر، ۱۴۰۸ ق.
۲۳. صدوق، ابوجعفر محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، جماعة المدرسین، ۱۴۰۴ ق.
۲۴. صفایی، سیدحسین، و حبیب‌اله رحیمی، *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، تهران، سمت، ۱۳۸۹ ش.
۲۵. همان‌ها، *مسئولیت مدنی تطبیقی*، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۷ ش.
۲۶. طباطبایی قمی، سیدتقی، *مبانی منهج الصالحین*، قم، قلم شرق، ۱۴۲۶ ق.

۲۷. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلاميه، ۱۴۱۷ ق.
۲۸. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، الدروس الشرعية فی فقه الامامیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۲۹. همو، اللمعة للمدنی، قم، دار الفکر، بی‌تا.
۳۰. عراقی، ضیاء‌الدین، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، تقرير سيدمرتضى موسوی خلخالی، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۳۱. همو، مقالات الاصول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۰ ق.
۳۲. علامه حلّی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ارشاد الازهان الى احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳۳. همو، تحرير الاحکام الشرعية على مذهب الامامیه، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۱ ق.
۳۴. همو، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۳۵. فاطمی، سیدحسن، «زیان به دیگری در هنگام بهره‌برداری از ملک خود»، فصلنامه فقه، سال چهارم، شماره ۱۳، پاییز ۱۳۷۶ ش.
۳۶. فرهیخته، شمس‌الدین، فرهنگ فرهیخته، تهران، زرین، ۱۳۷۷ ش.
۳۷. قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن، جامع الشتات فی اجوبة السؤالات، تهران، کیهان، ۱۳۷۱ ش.
۳۸. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، مسئولیت مدنی، چاپ هشتم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۶ ش.
۳۹. همو، دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران، میزان، ۱۳۸۱ ش.
۴۰. کاشف‌الغطاء، محمدحسین بن محمدرضا، تحرير المجله، نجف اشرف، المكتبة المرتضوية، ۱۳۶۱ ق.
۴۱. کریمی، عباس، و هادی شعبانی کندسری، «رابطه منطقی قاعده فقهی لا ضرر و قاعده غربی سوءاستفاده از حق»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال اول، شماره ۲، زمستان ۱۳۹۳ ش.
۴۲. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵ ش.
۴۳. مبین، حجت، نظریه قابلیت استناد در مبانی مسئولیت مدنی، مقدمه حمید بهرامی احمدی، تهران، دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۹۰ ش.
۴۴. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الاطهار علیهم السلام، چاپ سوم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، مؤسسة الوفاء، ۱۴۰۳ ق.
۴۵. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، تهران، استقلال، ۱۴۰۹ ق.
۴۶. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، چاپ یازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۳ ش.
۴۷. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، کفایة الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۴۸. مدنی تبریزی، سیدیوسف، درر الفوائد فی شرح الفرائد، چاپ سوم، قم، مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۳ ق.
۴۹. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، چاپ سوم، قم، مدرسه امام علی علیه السلام، ۱۳۷۰ ش.
۵۰. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، القواعد الفقهیه، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۵۱. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، الرسائل، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.

۵۲. موسوی خوئی، سیدابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، چاپ سی و سوم، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۹ ق.
۵۳. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تحقیق عباس قوچانی، چاپ سوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷ ش.
۵۴. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، *منیة الطالب فی شرح المکاسب*، تقریرات بحث محمدحسین غروی نائینی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۵۵. هاشمی شاهرودی، سید محمود، *بحوث فی علم الاصول*، چاپ دوم، قم، مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیه، ۱۴۱۷ ق.
56. Bermingham, Vera, *Tort in a Nutshells*, London, Sweet & Maxwell, 2005.
57. Cooke, John, *Law of Tort*, 9th Ed., London, Pearson Longman, 2009.
58. Elliott, Catherine & Frances Quinn, *Tort Law*, 7th Ed., London, Pearson Longman, 2009.
59. Fleming, John, *An Introduction to the Torts*, Oxford, Oxford Press, 1985.
60. Mazeaud, Hénri et Léon Mazeaud et Jean Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome II, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1970.
61. Starck, Boris, *Droit Civil: Obligation*, Paris, Librairies Techniques, 1972.
62. Viney, Geneviève, *Introduction à la responsabilité*, 2^e éd., in: *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1995.

قلمرو فقه و ماهیت اباحه؛

جستاری در قاعده «عدم خلّو الواقعة عن الحكم»*

- محسن جهانگیری کلوخی^۱
- محمدعلی بنایی خیرآبادی^۲

چکیده

مسئله قلمرو فقه با شبکه‌ای وسیع از موضوعات ارتباط دارد که هر یک در ساحت خاص خود مطرح گردیده است. یکی از موضوعات مؤثر در حل این مسئله، تنقیح «ماهیت احکام» برای دسترسی به گستره آن است. توضیح «ماهیت اباحه» و بیان اینکه اباحه عدم‌الحکم است یا حکم به جواز، در سرنوشت مسئله قلمرو فقه تأثیری جدی دارد؛ خصوصاً هنگامی که رابطه اباحه با قاعده «عدم خلّو» به خوبی تصویر شود؛ قاعده‌ای پرتکرار - و به حسب ادعا مجمع‌علیه - در فقه و اصول شیعه، که مفادش چنین است: «هیچ واقعه‌ای خالی از حکم شرعی نیست». شهید صدر برای اثبات آن، افزون بر ادله نقلی (هیچ چیزی از حلال و حرام و آنچه مردمان به آن احتیاج دارند، نیست، مگر اینکه در کتاب یا سنت وجود دارد)، به دلیل عقلی (لطف) نیز تمسک جسته است. قاعده لطف گرچه تلقی به قبول شده و در

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۴/۱۴ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۱/۱۹.

۱. دانشیار گروه فقه دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (m.jhangiri2008@gmail.com).
۲. دانشجوی دکتری فقه جزایی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (606382@gmail.com).

مسائلی مانند جامعیت شریعت، رابطه فقه و قانون دارای تأثیری مهم بوده است، اما هنوز به درستی منقح نشده، تا جایی که موضع فقهی همچون امام خمینی اغلب با استناد به برخی جملاتش، در غیاب تحلیل مهم او از مفهوم اباحه و عدم الحکم جمع‌بندی شده است. مقاله حاضر با مراجعه به متون معتبر فقه و اصول شیعه، و روش اجتهادی، آراء مخالفان این قاعده مانند محقق نراقی، محقق خوبی و امام خمینی را استقصا نموده و در نهایت، با دقت در فضای صدور روایات و مناقشه در دلیل عقلی لطف، برخی از ادله مخالفان را دارای اتقان ارزیابی نموده است.

واژگان کلیدی: قلمرو فقه، فقه و قانون، اباحه، منطقه الفراغ.

۱. مقدمه

۱-۱. طرح مسئله

گستره حکمی گزاره‌های فقهی تا کجاست؟ پرسشی بسیار مهم که برای پاسخ به آن باید بسیاری از مسائل و موضوعات را بررسی نمود. برخی از قواعد و موضوعات اصولی نیز در پاسخ به این پرسش، تأثیری مهم دارد. در واقع، تبیین ماهیت احکام شرعی، خود راهی دقیق برای تبیین قلمرو فقه است؛ برای مثال، بررسی منطقه فراغ احکام می‌تواند پرتوی بر موضوع گستره شریعت بیفکند. همین‌طور بررسی ماهیت اباحه که در ادبیات اصول فقه شیعی به دو نوع اقتضایی و لااقتضایی تقسیم شده (صدر، ۱۴۲۳: ۶۴/۳) و این پرسش را به دنبال آورده است که نوع دوم، یکی از احکام شرعی است یا صرفاً عدم حکم شرع است؟ (محقق داماد، ۱۳۸۲: ۲۸۰/۳)^۱ این مسئله از آن جهت نیز دارای اهمیت است که اگر شارع مقدس در برخی موارد هیچ حکمی نداشته باشد و یا حتی صرفاً حکم امضایی داشته باشد، نه تأسیسی، آنگاه جعل قانون در آن محدوده، هیچ‌گونه مخالفتی با شروط و قواعد الهی نخواهد داشت (موسوی خمینی، ۱۴۱۷: ۶۶/۲).

۱. این تردید عیناً در نوعی از حکم به تخییر نیز وجود دارد، که آیا عبارت است از حکم شرع به تخییر، یا نه، چیزی جز همان عدم الحکم نیست (نراقی، ۱۴۱۷: ۳۶۸).

پیوستگی مسئله ماهیت اباحه با قاعده‌ای که از آن به «عدم خلؤ الواقعة عن الحكم»^۱ تعبیر شده است، ما را و می‌دارد تا هر دو را با هم بررسی نماییم و با بررسی ادله، از هدررفت امکانات و تکرار بی‌دلیل امتناع ورزیم. پیش از آن، نگاهی گذرا به پیشینه این مسئله خواهیم داشت.

۲-۱. پیشینه

مسئله قلمرو فقه، اگرچه امروزه با سمت‌وسویی جدید و شکل و ترتیبی تازه مطرح می‌گردد، اما در واقع جدالی قدیمی است که همواره در شبکه‌ای از موضوعات علوم مختلف کلامی، فقهی و فلسفی در رفت و برگشت بوده است. ابن ابی‌الحدید معتزلی از استاد خود درباره «نصوص» دالّ بر جانشینی امیرالمؤمنین علی عَلَيْهِ السَّلَامُ پرسید: چگونه ممکن است صحابه، نصّ رسول خدا صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بر تعیین یک شخص را کنار گذاشته باشند، در حالی که آنان نصّ سخنان پیامبر درباره کعبه و ماه رمضان و دیگر معالم دینی را فراموش و ترک نموده‌اند؟ (ابن ابی‌الحدید معتزلی، بی‌تا: ۸۲). پاسخ این بود که مخالفت‌های اصحاب با رسول خدا صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، صرفاً در اموری از سنخ اجتماعیاتی بود که «خارج از قلمرو دین» محسوب می‌شد. منشأ داوری‌ها و دستورهای پیامبر در آن زمینه‌ها، «مصلحت» بود نه «دستور الهی». بنابراین احتمال «تغییر» در آن‌ها وجود داشت. عمده مخالفت اصحاب با دستورات صریح پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، در مسائل اجتماعی و سیاسی و امور مربوط به حکومت و دولت بود. آن‌ها در چنین مواردی، چنانچه مصلحت را بر خلاف دستور پیامبر می‌دیدند، بر نصوص او پافشاری نمی‌کردند. گویا صحابه دستورات صریح پیامبر را در این زمینه‌ها، اگرچه «مطلق» بود، اما آن را «مقید» به یک شرط می‌دانستند که عبارت بود از: «فلان کار را انجام دهید، اگر آن را مصلحت دیدید!» (همان: ۸۴). آن استاد تصریح می‌کند که اموری مثل تعیین لشکر و اداره زندگی مردم، با عباداتی مثل نماز و روزه متفاوت است و خلافت از نظر اصحاب پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، مانند باقی امور سیاسی، خارج از «معالم دینی» بود و ملاک در چنین اموری، مصلحت‌سنجی عقلاست نه نصوص پیامبر! (همان: ۸۲-۸۳).

۱. این قاعده را زین‌پس به اختصار قاعده «عدم خلؤ» می‌نامیم.

از همین جا باید دانست که چرا فضل بن شاذان وجه تمایز شیعیان و اهل سنت را در این نکته می‌بیند که اهل جماعت معتقدند پیامبر خدا ﷺ در آیینی که آورد، همه چیزهایی را که مردم در امر دینشان بدان محتاج بودند، ارائه نکرد و گاه رسول خدا نیز مسائلی را بلد نبود و یا اگر هم بلد بود، بیان نمی‌کرد و پس از او، صحابه احکامی را استنباط کردند و آن‌ها را سنت نامیدند و مردم را به تبعیت از آن‌ها فراخواندند^۱ (ابن شاذان، ۱۳۶۳: ۴-۳).

۱-۲-۱. در کلام و فلسفه

دست کم سه مسئله در علم کلام، ارتباط مستقیمی با پرسش از قلمرو فقه دارد. در بیان حسن تکلیف (طوسی، ۱۴۰۶: ۱۰۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۱۹) و نیز حسن بعثت (فارابی، ۱۹۹۶: ۸۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۴۶)، فیلسوفان و متکلمان فقه را مجموعه‌ای دربردارنده نیازهای بشر دانسته‌اند. همین معنا (تکیه بر فواید و محتویات دین) در اقامه برهان بر وجوب تحصیل معرفت نیز به چشم می‌خورد (طوسی، ۱۴۰۶: ۱۶۱). می‌توان ادعا نمود که لبّ لباب استدلال کلامی بر ضرورت بعثت انبیا، همین نکته است که بشر از اداره زندگی خود در بخش عمومی عاجز و ناتوان است و دین در مسائل سیاسی - اجتماعی باید تکلیف انسان را روشن نماید و قوانینی بر اساس مصلحت واقعی وی به او نشان دهد. با استناد به همین استدلال، شیخ فضل‌الله نوری در عصر مشروطه تأکید می‌کرد که جز «ناتوانی انسان در تقنین»، هیچ دلیل عقلانی بر ضرورت ارسال رسل وجود ندارد و در ادامه، «قانون‌گذاری» در مجلس را نفی می‌نمود:

«قانون الهی مخصوص به عبادات نیست، بلکه حکم جمیع مواد سیاسیه را بر وجه اکمل و اوفی داراست، حتی ارشی‌الخدش. لذا ما ابدأً محتاج به جعل قانون نخواهیم بود... و دلیل عقلی بر نبوت، سوای احتیاج ما به چنین قانونی و جهل و عجز ما از تعیین آن نمی‌باشد و اگر خود را قادر بر آن بدانیم، پس دیگر دلیل عقلی بر نبوت

۱. [أهل السنة] يقولون: إن الله تبارك وتعالى لم يبعث نبيه محمداً ﷺ إلى خلقه بجمع ما يحتاجون إليه من أمر دينهم وحلالهم وحرامهم ودمائهم وموارثهم وفروجهم ورقهم وسائر أحكامهم، وإن رسول الله ﷺ لم يكن يعرف ذلك أو عرفه فلم يبيئه لهم وتركهم في عمى وشبهة، وإن الصحابة من بعده وغيرهم من التابعين استنبطوا ذلك برأيهم وأقاموا أحكاماً سموها سنة.

۲-۲-۱. در فقه و اصول

فقه‌های شیعه نیز افزون بر آنکه در مباحث مقدماتی مانند تعریف فقه، این موضوع را مطرح نموده‌اند، در بسیاری از موارد به بیان ماهیت احکام پرداخته‌اند. نمونه‌هایی از آن را می‌توان در بحث از اثبات حرمت ضدّ خاص (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۱۷/۲-۱۸؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۳: ۳۵۷/۱؛ قمی، ۱۴۳۰: ۲۴۲/۱؛ عاملی، ۱۴۱۸: ۶۷) و نیز جعل دو حکم در متلازمین (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳: ۸۸، ۱۳۲ و ۴۶۹؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۵/۱؛ استرآبادی، ۱۴۲۶: ۷۵) مشاهده نمود. همچنین در بحث از قاعده اشتراک نیز به قاعده «عدم خلّو» ارجاع داده شده است (نورمفیدی، ۱۳۹۴: ۵۰/۳). مباحث دیگری مانند ماهیت تخییر عقلی و تعریف اباحه به صورتی روشن‌تر به مفاد منظور این مقاله ارتباط دارد. ریشه روایی و نقلی این موضوع نیز به زودی از منابع اصلی حدیثی شیعه بیان خواهد شد.

نوآوری

باری، در روزگار ما و تحت تأثیر افکاری که عمدتاً از جانب متفکران غربی و برخی نواندیشان دینی عرب به ایران منتقل گردید، راه‌های متعددی برای حل مسئله قلمرو فقه نشان داده شد. روش‌های برون‌دینی و درون‌دینی، هر یک با گرایشاتی متفاوت به بررسی این موضوع پرداخته‌اند که اکنون مجال توضیح آن وجود ندارد. آنچه نوآوری

۱. باید اشاره کرد که دلیل اثبات ضرورت بعثت، از ابتدا مخالفانی چون خواجه طوسی داشته است که مانند ابن خلدون (۱۴۲۵: ۱۳۹) معتقد بود که عقل بشری برای ادارهٔ اجتماع و نظم عمومی کفایت می‌کند و از این حیث نمی‌توان برهانی بر لزوم بعثت انبیا آورد (نصیرالدین طوسی، ۱۳۷۵: ۳/۳۷۴). نقدهای مفصلی که از جانب متکلمان و فیلسوفان بر این نظریه وارد شده است، تا به امروز ادامه دارد و در این اواخر، شهید بهشتی نیز برهان مذکور را از جهاتی دیگر نقد نمود و آن را عاجز از اثبات ضرورت نبوت دانست (حسینی بهشتی، ۱۳۹۱: ۱۸۹-۱۹۰). نکته دیگر اینکه پیشینه مسئله قلمرو فقه در فلسفه و کلام، هرگز منحصر در آنچه بیان گردید، نمی‌شود. حکمای اسلامی رده‌بندی علوم را با تقسیم حکمت به نظری و عملی آغاز کرده و در آن اطراف، از نسبت‌سنجی حکمت عملی و شریعت نیز سخن گفته‌اند؛ گاه شریعت را تفصیل حکمت عملی و مشتمل بر اخلاق، سیاست و روابط خانوادگی دانسته‌اند (صدرالدین شیرازی، ۱۳۶۰: ۸۲۲، حاشیه سبزواری) و گاه سخنانی دیگر در موافقت یا مخالفت این قول بر زبان رانده‌اند (ر.ک: صدرالدین شیرازی، ۱۴۲۲: ۸؛ همو، ۱۳۶۶: ۶۷/۲؛ غزالی، بی‌تا: ۳۰/۱؛ فیض کاشانی، ۱۴۱۷: ۵۹/۱).

این نوشتار به حساب می‌آید، توجه به بخشی از ریشه‌های مسئله قلمرو فقه است، که پیشتر بدان اشاره گردید و معمولاً از نظر اکثر نویسندگان پنهان مانده است. به نظر می‌رسد در بررسی قلمرو فقه، پیش از هر چیز باید «ماهیت» فضایای فقهی و تعریف و چگونگی احکام را بررسی نمود. در بسیاری از مواضع فقه و اصول شیعه، مباحثی در تقسیم احکام و گستره آن مطرح گردیده است، که امکانات مفهومی قابل توجهی را برای بررسی مسئله قلمرو فقه به دست می‌دهد. توضیح و تبیین و برطرف کردن ابهامات و برخی اشکالات در کلام بعضی از محققان مخالف قاعده «عدم خلّو» به ویژه امام خمینی، و همچنین بررسی دقیق آنچه به عنوان دلیل عقلی قاعده «عدم خلّو» آورده شده است، دستاورد این مقاله می‌باشد.

۱-۲-۳. ساختار بحث

نگارندگان تلاش کرده‌اند تا مطالب بر اساس ساده‌ترین ساختار ممکن صورت‌بندی شود. اگر گزاره‌های فقهی متشکل از موضوع و محمول (حکم شرعی) باشد، که هست، پس قلمرو فقه نیز چیزی جز قلمرو همان موضوعات و احکام شرعی نخواهد بود. این مقاله در صدد توضیح بخش اول یعنی موضوعات فقهی نیست؛ اما بخش دوم که خود مهم‌ترین قسمت است، طبعاً بر مبنای حکم و اقسام آن منضبط خواهد شد. ابتدا توضیح داده‌ایم که نگاه کلی فقهای شیعه به احکام و تقسیمات آن چگونه است و این مباحث چه نسبتی با مسئله قلمرو فقه دارند، و این بحث را آن گونه تنظیم کرده‌ایم که در حین ارائه آن، پایه‌های مفهومی مسئله اباحه و قلمرو فقه نیز فراهم گردد. آنگاه پس از تأمل در بحث اباحه، دو دلیل اصلی قاعده عدم خلّو در ساحت عقل و نقل را بررسی کرده‌ایم.

۲. تقسیمات کلی احکام

اصولیان بیان ماهیت احکام را در قالب تقسیماتی متعدد انجام داده‌اند. تقسیم احکام به وضعی و تکلیفی، بخش قابل توجهی از دانش اصول فقه را به خود اختصاص داده و پایه‌ای برای تقسیم احکام تکلیفی به پنج قسم واجب، حرام، مستحب، مکروه و

مباح محسوب می‌شود. در تعریف احکام وضعی و موارد و مصادیق آن و حتی در تعریف احکام تکلیفی اختلافاتی وجود دارد. گاه ملاک تکلیفی بودن حکم را تعلق آن به «افعال مکلفان»^۱ یعنی همان ارتباط مستقیم با اعمال دانسته‌اند (موسوی سبزواری، بی‌تا: ۲۶۱/۲) که در این صورت، حکم وضعی عبارت از حکمی خواهد بود که فاقد ارتباط مستقیم با افعال بندگان باشد، و گاه حکم وضعی را هر آنچه به شارع منتسب باشد، غیر از احکام تکلیفی دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۷: ۱۳۶/۳)، و گاه اشمال بر بعث و زجر را معیار تکلیفی بودن دانسته‌اند که در این صورت، هر مجعول شرعی‌ای که زجر و بعث نداشته باشد، حکم وضعی خواهد بود (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۷۳/۴).^۲ از جهت مصادیق و موارد نیز بر خلاف حکم تکلیفی - که تقریباً از این جهت اختلافی نیست - بر سر افراد حکم وضعی اختلاف بسیار است؛ مثلاً در حالی که محقق نایینی به خارج بودن مواردی چون ولایات و مناصب از دایره احکام وضعی تصریح می‌کند (موسوی خویی، ۱۳۵۲: ۳۸۳/۲)، اما برخی فقیهان احکام وضعی را شامل این موارد نیز می‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۷: ۱۳۶/۳؛ موسوی خمینی: ۱۴۱۸: ۷۳/۴).

در این میان، علامه طباطبایی تقسیم حکم به تکلیفی و وضعی را از پایه ناصحیح و فاقد مبنا می‌داند (طباطبایی، بی‌تا: ۲۴۴/۲). در این نظریه، مجموع احکام تکلیفیه هیچ‌گاه به یک معنای جامع که حد مشترک بین آن‌ها باشد، باز نمی‌گردند. اکنون با چشم‌پوشی از مباحث مفصلی که در این باب به انجام رسیده است - مانند انتزاع حکم وضعی از تکلیفی و امکان جعل استقلالی حکم وضعی - به آنچه برای ما اهمیت دارد، خواهیم پرداخت.

۱-۲. خاستگاه تقسیم حکم تکلیفی در فلسفه اجتماعی و انسان‌شناسی

روشن است که تقسیم پنج‌گانه احکام را نباید از ابداعات شریعت اسلام دانست، بلکه در هر شریعتی این تقسیم قابل طرح است. نه تنها در جمیع شرایع بلکه در هر

۱. این خود می‌تواند شاهدی بر تفسیر «واقع» در قاعده عدم خلّو به «رفتار مکلفان» باشد؛ چون اساساً موضوع احکام تکلیفی را افعال می‌داند، نه چیزی بیشتر.

۲. بر اساس این تعریف، اباحه نیز از احکام وضعیه خواهد بود. روشن است که در این مجال، در پی استقصاء تعاریف نیستیم، وگرنه تعاریف دیگری نیز وجود دارد (ر.ک: موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۷۸/۲).

فضایی که آمر و ناهی و یا یک قانون حاکم وجود داشته باشد، این تقسیم نیز می‌تواند حضور داشته باشد و به تعبیر دیگر، این معانی از پایه‌های مفهومی لازم برای تشکیل نظام حقوقی است. علامه طباطبایی در بیان شکل‌گیری اندیشه‌های اعتباری، که نظام حقوقی نیز از آن جمله است، ابتدا اعتباریات قبل‌الاجتماع و سپس اعتباریات بعد‌الاجتماع را شرح داده و سومین قسم از اندیشه‌های اعتباری بشر در این بخش را اعتبار «ریاست و مرئوسیت و لوازم آن‌ها» دانسته است. از نظر این فیلسوف اسلامی، «سازمان امر و نهی» و لواحق آن، از بااهمیت‌ترین تبعات اعتبار ریاست است (همو، ۱۳۸۷: ۱۲۶-۱۵۴). نتیجه اینکه از نگاه فلسفه اجتماعی و انسان‌شناسی، تقسیم اوامر و نواهی و تکلیف‌هایی که حاصل دستورات هستند، اختصاص^۱ به شرایع ندارد و از نهادهای کهن ذهن بشری محسوب می‌شود که شرع نیز آن را امضا کرده است.^۲

به نظر می‌رسد تقسیم احکام به اقسام خمسسه تکلیفیه، خود دلیلی بر شمول احکام فقهی و وسعت دایره آن تلقی شده است. گویی خود این تقسیم، منشأ و زمینه‌ساز طرح این ادعاست که «فقه دربردارنده احکام همه افعال بشر است» و گاه این تقسیم در ضمن قاعده مهم «عدم خلّو» مطرح شده است. بنابراین بحث را باید در قالب دو بخش جداگانه ادامه دهیم: یکی ارتباط اقسام پنج‌گانه حکم تکلیفی با مسئله قلمرو فقه، و دیگری بررسی قاعده «عدم خلّو» که شهید صدر از آن به عنوان قاعده «شمول التشریح لجميع وقائع الحیاة» نام برده است.

۲-۲. ارتباط سنجی تقسیم احکام تکلیفی با مسئله قلمرو فقه

فقه احکام یعنی مقررات موضوعه الهی را به دو قسم تقسیم می‌کنند: حکم تکلیفی، حکم وضعی. حکم تکلیفی یعنی وجوب، حرمت، استحباب، کراهت، اباحه.

۱. این «عدم اختصاص»، خود می‌تواند دلیلی باشد بر اینکه ماهیت اباحه همان «عدم‌الحکم» است؛ چرا که در دیگر نظامات تقنینی عرفی، اباحه همان عدم حکم است و اگر بپذیریم که نهاد تقنین و سازوکار آن نیز عرفی و امضایی است، که چنین است، ناچار باید در نحوه آن نیز مادام که دلیلی بر خلاف وجود ندارد، همان رویه عرفی را اتخاذ کنیم.

۲. این نکته، مورد نظر دانشوران دیگری نیز بوده است. نویسنده فقیه مدقق، سبزواری درباره احکام تکلیفی می‌نویسد: «هی ثابتة فی جمیع الشرائع، بل فی أفعال العقلاء ولو لم یکن التزام بشریعة أصلاً وتکون من الفطریات قررها الشارع» (موسوی سبزواری، بی تا: ۲۶۱/۲).

این پنج حکم به عنوان احکام خمسسه تکلیفیه خوانده می‌شوند. گفته می‌شود که از نظر اسلام، هیچ کاری از این پنج حکم خالی نیست (مطهری، ۱۳۸۵: ۲۰/۶۵-۶۶).

عبارت فوق، نمونه‌ای از تعبیری است که ارتباط وثیق میان تقسیم حکم تکلیفی به احکام خمسسه، و شمول حکم شرعی بر همه رفتارهای بشر را حکایت می‌کند. آیا این تقسیم واقعاً دلیلی بر آن گستردگی و شمول است؟ یعنی این تقسیم با چه تقریب و بیانی، شمول و فراگیری احکام فقهی بر همه رفتار بشری را اثبات می‌کند؟ اگر حکم تکلیفی را حکمی بدانیم که به فعل بندگان تعلق می‌گیرد، پس می‌توان در قالب یک تقسیم ثنائی منطقی، افعال و رفتار بندگان را در نسبت با اراده خداوند متعال، این گونه طبقه‌بندی نمود:

۱. انجام آن فعل الزام دارد، که در این صورت «واجب» خواهد بود.

۲. انجام آن الزام ندارد، که در این صورت دو حالت متصور است:

۱-۲. ترک آن فعل الزام دارد، که در این فرض «حرام» خواهد بود.

۲-۲. ترک آن الزام ندارد، که در این حالت دو صورت دیگر قابل تصور است:

۱-۲-۲. انجام فعل ترجیح دارد، که چنان فعلی «مستحب» نامیده می‌شود.

۲-۲-۲. انجام آن ترجیح ندارد، که درباره این فعل نیز دو حالت مطرح است:

۱-۲-۲-۲. ترک آن ترجیح دارد، که «مکروه» است.

۲-۲-۲-۲. ترک آن هم مانند انجامش ترجیح ندارد، که چنین فعلی «مباح» است.

از بیان فوق روشن می‌شود که نسبت افعال انسان با جعل الهی، نمی‌تواند از حالات پنج‌گانه فوق - که مبتنی بر تقسیم دائر بین نفی و اثبات است - خارج باشد و این اقسام، همه رفتارهای بشری را شامل می‌شوند، و چون هر یک از اقسام فوق، یک حکم شرعی محسوب می‌شود، بنابراین هر فعل و رفتار بشری به یکی از احکام فقهی متصف خواهد بود. روشن است که این بیان برای اثبات قاعده «عدم خلوّ» کافی نیست و نیازمند بررسی است.

۳. تأمل در ماهیت اباحه

دلالت تقسیم پنج‌گانه احکام بر شمول احکام شرعی نسبت به همه افعال بشری،

وابسته به نوع تفسیری است که از ماهیت حکم اباحه ارائه می‌گردد. باید توجه داشت که از یکسو بسیاری از افعال بشر در دسته اباحه جای می‌گیرند و از دیگرسو، اباحه دارای دو تفسیر است که تنها بر اساس یک تفسیر در زمره احکام شرعی محسوب می‌گردد. در ادامه، این مسئله (پرسش از چیستی ماهیت اباحه) را پیگیری خواهیم کرد. مسئله اصلی در شناخت ماهیت اباحه، تشخیص این نکته است که آیا اباحه نیز همچون چهار قسم دیگر، یک حکم شرعی است یا اینکه در اباحه، چیزی جز «عدم الحکم» و عدم التکلیف وجود ندارد؟ به تعبیر دیگر، آیا شارع مقدس در اباحه، حکم به «جواز فعل و ترک، بدون ترجیح طرفین» کرده است یا اینکه اباحه در واقع عبارت است از نبودن هیچ کدام از احکام چهارگانه دیگر؟ بر اساس تفسیر نخست، اولاً احکام تکلیفی دارای پنج قسم است و ثانیاً هر فعل و رفتاری لزوماً دارای یک حکم شرعی خواهد بود. اما بر اساس نگاه دوم، بسیاری از رفتارهای معمولی از دامنه احکام شرعی خارج خواهند بود و احکام تکلیفی در چهار قسم وجوب، حرمت، استحباب و کراهت خلاصه خواهند شد. در نتیجه، در هر موردی که احکام چهارگانه وجود نداشته باشند، هیچ حکم شرعی دیگری در کار نخواهد بود و دایره وسیعی از رفتارها پدید خواهد آمد که بدون حکم و در منطقه خلأ از مجعولات شرعی خواهد بود.

۳-۱. نظریه: اثبات خلأ تشریعی

اگرچه دانشمندان علم اصول از بین دو تفسیر مذکور، بیان اول را پذیرفته و اباحه را یکی از احکام تکلیفی دانسته‌اند (ابوجیب، ۱۴۰۸: ۴۲؛ نراقی، ۱۳۷۵: ۳۷۰)، اما مواردی از اختلاف نظر برخی از محققان نیز وجود دارد. تا جایی که ما می‌دانیم، امام خمینی یکی از کسانی است که به صراحت اباحه را از احکام تکلیفیه خارج دانسته و یا لااقل بر وجود اباحه به تفسیر دوم نیز اصرار دارد. ایشان با تقسیم اباحه به اباحه اقتضاییه و اباحه لاقضاییه، قسم دوم را از جنس حکم نمی‌داند؛ یعنی درست است که اگر مصلحت ایجاب کند، شارع حکم به اباحه می‌نماید، اما اگر هیچ مصلحتی برای جعل حکم وجود نداشته باشد، در این صورت نه تنها شارع حکمی نخواهد داشت، بلکه جعل حکم و تشریح در چنین موردی، مصداق لغو و کار بدون دلیل و حکمت است که از

باری تعالی صادر نمی‌گردد (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۱۸/۲). پیش از امام خمینی نیز محقق نراقی توضیح داده بود که هیچ اشکالی ندارد برخی امور از هر گونه حکم شرعی خالی باشد (نراقی، ۱۴۱۷: ۳۶۹)^۱ و هیچ مانع عقلانی برای خلأ تشریحی وجود ندارد؛ لیکن همان گونه که گذشت، امام خمینی به این مقدار کفایت نکرده و بالاتر از آن، جعل حکم در برخی موارد را خلاف حکم عقل و در نتیجه خلأ تشریحی در آن موارد را عقلاً لازم می‌شمارد. از نظر امام خمینی در چنین مواردی، عقل به اباحه حکم خواهد کرد و از اباحه شرعیه خبری نیست؛ یعنی همان اباحه اصلیه قبل التشریح باقی خواهد ماند (موسوی خمینی، ۱۴۲۳: ۴۲۴/۱؛ همو، ۱۳۷۶: ۲۸۳/۳).

۲-۳. نظریه: اثبات حکم شرعی با اوصاف باری تعالی

محقق اصفهانی پس از توضیح دو قسم اباحه اقتضاییه و لااقتضاییه، با حد وسط قرار دادن صفات الهیه، به اثبات حضور حکم شرعی در همه موارد ترخیصات پرداخته است. بیان ایشان را چنین می‌توان تقریر نمود:

احکام تکلیفیه دارای دو قسم است: بخش اول احکام تکلیفی اقتضایی است که شامل وجوب و حرمت و کراهت و استحباب می‌شود؛ چرا که این موارد ناشی از مصلحت یا مفسده ملزومه و غیر ملزومه در متعلق اوامر و نواهی هستند. بخش دوم احکام تکلیفی لااقتضایی است که همان اباحه است. در واقع حکم به اباحه، ناشی از نبودن مصلحت و مفسده در متعلق آن است. درست است که هر جا به طور کلی مصلحت و مفسده‌ای در کار نباشد، از نظر عقل این عدم مصلحت و مفسده نمی‌تواند منشأ حکم به ترخیص و اباحه شود، اما توجه به یک نکته، علت تشریح خداوند در این مورد را روشن می‌کند: همان طوری که جود و بخشش ذاتی خداوند باعث می‌شود تا او بندگان را به منافعشان برساند و آن‌ها را از ضررها حفظ نماید و به همین دلیل خداوند در تشریحات خود، مصالح را لازم و مفساد و مضار را حرام کرده است، رحمت خداوند نیز سرمنشأ سنتی ربّانی است که بر اساس آن در مواردی که مصلحت و مفسده‌ای

۱. بحث از اباحه لااقتضاییه که در واقع مفهومی جز «عدم‌الحکم» ندارد، در کلام دیگر اصولیان متأخر نیز وجود دارد (برای نمونه ر.ک: عراقی، ۱۴۱۴: ۱۹۷/۲).

وجود ندارد، بندگان را در «رخصت» قرار دهد و برای آن‌ها حکم به اباحه نماید تا از جانب او در تنگی و سختی قرار نگیرند (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۰۷/۴؛ همو، ۱۳۷۴: ۴۹۶/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۴۷/۲).

با طرح نظریه محقق اصفهانی آن گونه که گذشت، ضعف کلام ذیل که در شرح کلام اصفهانی گفته شده، روشن می‌شود:

«اباحه لاقتضاییه را می‌توان موردی دانست که در آن شارع حکمی به وجوب و یا حرمت جعل نکرده است؛ یعنی آن سلسله از وقایع و افعال را بر همان اباحه اصلی و عقلی خودش باقی گذاشته و آن واقعه خالی از حکم شرعی است!» (احمدی، ۱۳۸۶: ۴۲۶).^۱

اشکال این سخن آن است که اولاً محقق اصفهانی تصریح کرده است که در اباحه لاقتضاییه، شارع حکم به اباحه می‌کند، بنابراین نباید موارد اباحه لاقتضاییه را مصداق خالی بودن واقعه از حکم دانست. ثانیاً در متن فوق، دایره اباحه لاقتضاییه به هر کجا که حکم الزامی وجود نداشته باشد، گسترده شده است، حال آنکه حتی وجود حکم کراهت و استجاب نیز مانع تشریح اباحه است. اشکالاتی از این سنخ در برخی نوشته‌های دیگر هم دیده می‌شود.

به هر حال، بیان محقق اصفهانی در واقع می‌تواند پاسخی به اشکال «لغویت جعل»^۲ در اباحه لاقتضاییه باشد، آن گونه که از امام خمینی نقل گردید. با این نگاه، جعل ترخیصات شرعیه، خود دارای مصلحتی است که از رحمت خداوند و روش تربیتی حق تعالی ناشی می‌شود. خداوند خواسته و اراده کرده است تا بندگان در موارد فراوانی دارای رخصت و آزادی باشند و به دلیل قیود و الزامات فراوان و تضییقات بسیار، احساس رنج و خستگی نداشته باشند.

۳-۳. بررسی نظریه اثبات حکم به واسطه اوصاف ربّانی

لازمه رحمت الهی و اوصاف ربّانی او چیست؟ اینکه در برخی موارد، بندگان را

۱. این نویسنده قول به خلّو واقعه از حکم را به محقق خراسانی نیز نسبت داده است.
 ۲. واقعیت آن است که بیان کمپانی مشکلی را حل نمی‌کند؛ چرا که وجود ترخیص و آزادی، همان طور که با حکم به اباحه قابل جمع است، با عدم الحکم نیز سازگار است و می‌توان گفت که با دومی تناسب بیشتری دارد تا با اولی.

آزاد و رها بگذارد تا از این ترخیص و اباحه بهره‌مند گردند. به نظر می‌رسد در سخن محقق اصفهانی، ادعای مذکور به خوبی اثبات شده است؛ یعنی «لزوم ترخیص بندگان در پاره‌ای موارد بر اساس اوصاف الهی». اما آنچه توضیح داده نشده است، باز هم به چگونگی این ترخیص برمی‌گردد. در واقع با آن همه شرح و توضیح فلسفی، همچنان این نکته اثبات نگردیده که آزاد گذاشتن بندگان دقیقاً نیازمند حکم و جعل الهی به آن آزادی است، این نکته‌ای است که در کلام اصفهانی به اثبات نرسیده است. به عبارت دیگر، برای آنکه مکلفان در برخی موارد از رخصت الهی ملتذ و مبتهج گردند، وجود آن رخصت‌ها قطعاً لازم است؛ اما تحقق حوزه‌های رخصت به دو شکل امکان‌پذیر است: یکی اینکه خداوند برخی افعال را بدون حکم رها کند، و دوم اینکه خداوند همان افعال را آزاد و رها قرار دهد، اما افزون بر آن، به این آزادی و رهایی، حکم و جعل و اعتبار الهی نیز تعلق بگیرد. مورد نخست همان رخصت و آزادی است، و مورد دوم آزادی به اضافه حکم به آن. اکنون می‌توان به سخن امام خمینی بازگشت و این بار آن را چنین تقریر نمود: اگر صرف آزاد گذاشتن و عدم حکم برای تحقق رخصت‌ها کفایت می‌کند، پس چه دلیلی برای تعلق حکم و انشاء آن رخصت وجود دارد؟ این حکم چه چیزی اضافه‌ای را محقق می‌کند و چگونه می‌تواند لغو نباشد؟

این سخن، بیان دیگری است از آنچه محقق نراقی در توضیح تخییر عقلی آورده است:

«تخییر عقلی این نیست که خداوند حکم کند هر چه می‌خواهی انجام بده، بلکه تخییر آن است که خدا در آن حکمی نکرده و تو هر چه می‌خواهی انجام می‌دهی» (نراقی، ۱۴۱۷: ۳۶۹).

نتیجه اینکه: اگر استدلال امام خمینی مبنی بر عدم امکان جعل حکم شرعی در مباحات لااقتضاییه را بپذیریم، آنگاه باید به خروج بخش زیادی از افعال بشر از قلمرو احکام شرعی اذعان نماییم؛ چه اینکه امام خمینی نیز دقیقاً به لوازم سخن خویش آگاه بوده و پیامدهای آن را پذیرفته است:

«نه تنها دلیلی برای اثبات قاعده "عدم خلؤ الواقعة عن الحکم" وجود ندارد، بلکه دلیل خلاف آن را اثبات می‌کند» (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۱۸/۲).

۴. ادله اثبات قاعده «عدم خلق»

اگرچه این قاعده را یکی از مفروضات مهم فقه شیعه دانسته‌اند (جبعی عاملی، ۱۴۱۶: ۳۲۲)، اما با این حال دیده شد که در این زمینه مخالفانی نیز وجود دارند. امام خمینی نه تنها این قاعده را قابل اثبات نمی‌داند، بلکه بر اقامه دلیل بر خلاف آن اصرار دارد. بی‌تردید مفاد این قاعده ارتباط مستقیمی با مسئله قلمرو فقه و امکان تقنین در نظام اسلامی دارد، بنابراین ناگزیریم ادله‌ای را که به عنوان مستندات این قاعده مطرح شده است، طرح و بررسی نماییم. تذکر این نکته لازم است که دو تعبیر «واقعه» و «حکم» از نظر فقهای بزرگ، به ترتیب معنای «افعال مکلفان» و «حکم انشایی» از نوع احکام خمسه تکلیفیه را می‌دهند (مشکینی، ۱۳۷۴: ۱۶۴-۱۶۵). اکنون دو دلیل عقلی و نقلی این قاعده را به طور جداگانه بررسی خواهیم کرد.

۴-۱. دلیل عقلی: لطف و حکمت الهی

شهید صدر برای گزاره «شمول التشریح لجمیع وقائع الحیاة» علاوه بر دلیل نقلی، دلیل عقلی نیز اقامه کرده است:^۱

«چون خداوند همه مصالح و مفاسدی را که به جهات مختلف زندگی انسان مرتبط می‌شود، می‌داند، پس بر اساس لطفی که با رحمت او تناسب دارد، باید بر پایه آن مصالح و مفاسد، در همه جوانب زندگی بشر قوانینی را تشریح نماید» (صدر، ۱۴۲۳: ۱۷۹/۱).

متن فوق حاوی گزاره‌های ذیل است:

- ۱- خداوند از همه مصالح و مفاسد مرتبط با زندگی بشر آگاه است.
- ۲- خداوند نسبت به بندگان لطف دارد. (قاعده لطف)
- ۳- لطف خداوند اقتضا می‌کند که در هر واقعه‌ای از وقایع زندگی بشر، حکمی شرعی وجود داشته باشد.

روشن است که مقدمه اول نیاز به گفتگو ندارد. تمام بحث درباره استدلال فوق، به بررسی دو قضیه اخیر برمی‌گردد که در واقع یک بحث کبروی و صغروی است؛ یکی

۱. شهید صدر آغازکننده این راه نیست. دربندی نیز در *خزائن الاحکام* از دلیل لطف برای اثبات قاعده مذکور استفاده کرده است (دربندی، بی‌تا: ۱۳۳/۲).

درباره قاعده لطف و دیگری درباره مصداق و موارد آن. آیا این واقعیت که هدایت و لطف خداوند شامل همه انسان‌ها می‌شود، مستلزم آن است که در جمیع وقایع زندگی، حکمی از جانب خداوند تشریح و ابلاغ شود؟

۴-۱-۱. اشکال نخست: گستره دلیل و مدعا

استدلال به لطف برای اثبات قاعده شمول تشریح، از جهات مختلفی - صغروی و کبروی - قابل تأمل است که در ذیل به آن‌ها اشاره می‌کنیم. اولین نکته آن است که در استدلال مذکور، دلیل از یک جهت اخصّ از مدعاست. به اذعان شهید صدر، تشریح و ابلاغ حکم از جانب خداوند، مربوط به موارد مصلحت و مفسده است. روشن است که اگر چنین باشد، همه وقایع دارای حکم نخواهند بود؛ چرا که همه اختلاف و بحث مربوط به جایی است که مصلحت و مفسده‌ای وجود نداشته باشد و فرض بر این است که در اباحه لااقتضاییه اساساً مصلحت و مفسده‌ای در کار نیست. بنابراین در چنین مواردی، قاعده لطف موضوعاً منتفی است و مصلحتی در کار نیست تا خداوند بر اساس آن تشریحی صورت دهد.

تفصّی از این اشکال شاید به گونه‌ای ممکن گردد. اگرچه در موارد اباحه، مصلحت و مفسده‌ای در متعلق حکم وجود ندارد، اما در همان موارد، در جعل حکم مصلحت وجود دارد. انشاء حکم لزوماً به جهت وجود مصلحت در متعلق آن نیست، بلکه وجود مصلحت در خود جعل نیز می‌تواند توجیه‌کننده اعتبار حکم گردد. در این بحث نیز فرض بر آن است که جعل اباحه به صلاح عباد است.

اما مشکل تمام نمی‌شود؛ چه اینکه همین دلیل از جهت دیگری، اعمّ از مدعاست. اگر علم خداوند و لطف او، حد وسط برهان قرار گیرد، علت اختصاص مصالح و مفاسد به امور دینی چیست؟ چرا خداوند تنها در مسائل شرعی باید انسان را به مصالح و مفاسدش آگاه کند؟ اگر لطف خداوند اقتضای «بیان» دارد، چرا این لطف تنها در فقه خود را نشان بدهد؟ این استدلال اگر صحیح باشد، باید همه مصالح - پزشکی و صنعتی و... و در یک کلام، دنیایی و اخروی - را بیان کند. اگر هم ملاک ناتوانی بشر در دسترسی به مصالح و مفاسد باشد، باز هم از یکسو عدم دسترسی منحصر در احکام

فقهی نیست، و از سوی دیگر نیز در بسیاری از مقولات اجتماعی، مصالح خفیه‌ای وجود ندارد و عقل بشر نیز توان درک آن‌ها را دارد. فراموش نکنیم که بر فرض پذیرش دلیل لطف در این جدال، باز هم مشکل دیگری وجود دارد. دلیل لطف تنها می‌تواند در مورد مصالح مهم قابل اثبات باشد، در حالی که محل بحث، دایرهٔ مباحات است که خالی از مفسده و مصلحت ملزمه است و از این جهت نیز مشمول دلیل لطف نمی‌گردد.

۲-۱-۴. اشکال دوم: مبنای مبهم

قاعده لطف در علوم مختلفی واسطه اثبات مسائل متعدد قرار گرفته است، از حجیت اجماع در علم اصول گرفته تا وجوب امر به معروف در علم فقه، و مهم‌تر از همه، اثبات لزوم بعثت انبیا و تکالیف در علم کلام. اما با این همه، این قاعده مورد اشکال برخی بزرگان قرار گرفته است (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۲۵۷/۱؛ موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۱۳۸/۱؛ قمی، ۱۴۳۰: ۳۵۳/۱؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۷۰۵). در منبع اخیر، بحثی مستوفی در قاعده لطف انجام گرفته و در مواردی، کلیت این قاعده انکار شده است. البته سخن درباره جایگزین این قاعده در صورت ابطال کلی آن، در موارد مهم فکری و مبنایی، از این مقاله بر نمی‌آید؛ چه اینکه قاعده لطف در اینجا و در بسیاری از موارد مورد ادعا، از جهت دیگری نیز مبهم است. از کجا معلوم که جعل و بیان حکم در حوزه مباحات، از مصادیق لطف باشد؟ چه مانعی دارد که در مواردی از ترخیصات شرعی، لطف واقعی این باشد که بندگان، انتخابی آزادانه داشته باشند و این سهولت و سماحت، ایشان را در الزامیات نیز بیشتر ترغیب نماید. از این منظر است که امام خمینی حتی اختلاف نظر در مبنای آراء فقهی و احکام شرعی را مطلوب ائمه اطهار علیهم‌السلام دانسته است (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۲۵۷/۱). سخن ایشان را حتی اگر نپذیریم، لااقل به روشنی وجود تردید در مصادیق لطف را نشان می‌دهد. مضمون آنچه گفته شد، در اخبار و روایات شیعی نیز قابل پیگیری است (طباطبایی بروجردی، ۱۳۸۰: ۵۱۲/۳۰).

۳-۱-۴. دلیل لطف و ابلاغ احکام

جریان دلیل لطف در مسئله جاری، مشکل دیگری نیز دارد. اگر بناست که همه وقایع و افعال از جهت بیان حکم فقهی مشمول قاعده لطف باشند، پس باید «ابلاغ»

صورت بگیرد، نه آنکه صرفاً احکام تشریحیه جعل گردند. حال آنکه بالوجدان در زمینه احکام شرعی، ابلاغ واقعی وجود ندارد و احکام مجعوله به ما مکلفان نرسیده و ما در ادراک آن‌ها در حیرت به سر می‌بریم. پس در واقع مصداق لطف تحقق نمی‌یابد. در اینجا نباید به این گمان توجه کرد که لطف الهی محقق شده، اما رفتار بندگان مانع تحقق آن گردیده است؛ چه اینکه ما ساکنان هزاره دور از نبوت و حضور معصوم، چه ارتباطی با دلایل تاریخی اختفای احکام و غیبت امام عجل الله تعالی فرجه می‌توانیم داشته باشیم؟ نتیجه اینکه برای اثبات قاعده عدم خلو نمی‌توان بر دلیل عقلی لطف تکیه کرد.

۲-۴. دلیل نقلی: روایات کافی

عمده‌ترین دلیل این قاعده، بایی است که محدث کلینی در کتاب کافی با این عنوان گشوده است:

«بَابُ الرَّذِّ إِلَى الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَأَنَّهُ لَيْسَ شَيْءٌ مِنَ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ وَجَمِيعِ مَا يُحْتَاجُ النَّاسَ إِلَيْهِ إِلَّا وَقَدْ جَاءَ فِيهِ كِتَابٌ أَوْ سُنَّةٌ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۵۹/۱).

این عنوان در واقع بیانگر برداشت کلینی از روایات این باب است؛ به این معنا که ایشان از روایات این فصل - که مشتمل بر ۱۰ روایت است - این استنباط را کرده است: هیچ حکم شرعی‌ای نیست و هیچ نیاز و احتیاجی برای بشر وجود ندارد، مگر آنکه درباره آن در کتاب و سنت سخن گفته شده است. (حکم آن در کتاب و سنت بیان شده است.) توجه به حصری که در کلام ایشان وجود دارد (لیس... إلا) و نیز دقت به واژه‌های «حلال و حرام» و «جمع ما یحتاج الناس إليه»، گزاره فوق را به عنوان استنباط و فهم محکم و استوار این محدث بزرگ از روایات مذکور تأیید می‌کند. حال چنانچه این برداشت با همین اطلاقی که دارد، صحیح باشد، به روشنی دلالت بر قاعده «عدم خلو» می‌نماید. اکنون با گذری بر این روایات، برای فهم و جمع‌بندی آن تلاش خواهیم کرد. بر اساس گواهی محدث مجلسی از بین ۱۰ روایت این باب، ۳ مورد دارای سند قابل اعتماد است؛^۱ ۲ سند صحیح و ۱ سند موثق که در این مجال با توجه به کثرت

۱. البته به دلیل تعداد زیاد این روایات، گاه درباره آن‌ها تعبیر مستفیضه و حتی گاهی هم ادعای «تواتر معنوی» شده است (برای نمونه ر.ک: دربندی، بی‌تا: ۱۳۳/۲).

روایات، ما را از ورود جزئی به سندشناسی و راوی پژوهی این احادیث بی نیاز می کند. متن آن سه روایت چنین است:

۱- «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: سَمِعْتُهُ يَقُولُ: مَا مِنْ شَيْءٍ إِلَّا وَفِيهِ كِتَابٌ أَوْ سُنَّةٌ» (همان).

۲- «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: كِتَابُ اللَّهِ فِيهِ نَبَأٌ مَا قَبْلَكُمْ وَخَبْرٌ مَا بَعْدَكُمْ وَفَضْلٌ مَا بَيْنَكُمْ وَنَحْنُ نَعْلَمُهُ» (همان).

۳- «عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: قُلْتُ لَهُ أَكُلُّ شَيْءٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ وَسُنَّةِ نَبِيِّهِ ﷺ أَوْ تُقُولُونَ فِيهِ؟ قَالَ: بَلْ كُلُّ شَيْءٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ وَسُنَّةِ نَبِيِّهِ ﷺ» (همان).

۴-۲-۱. محتوای روایات

۱- به تناسب حکم و موضوع، منظور از اینکه فرموده اند: «همه چیز در کتاب و سنت وجود دارد»، هر چیزی است که با ماهیت و هدف کتاب و سنت، تناسب و سنخیت داشته باشد؛ درست مثل اینکه وقتی گفته می شود: فلان کتاب ریاضی یا فلسفی یا... کتابی کامل است و همه چیز در آن وجود دارد، طبعاً بدین معناست که هر چه از یک کتاب ریاضی انتظار می رود، در آن کتاب وجود دارد.

۲- برخی روایات، وجود همه چیز را در «کتاب» اثبات می کند؛ اما برخی روایات دیگر، از وجود همه چیز در کتاب به اضافه سنت سخن می گوید، یعنی می گوید: هر چیزی که... یا در کتاب است و یا در سنت.

۳- بر اساس برخی روایات، اگرچه همه چیز در کتاب یا مجموعه کتاب و سنت وجود دارد، اما دانش این امور و آگاهی به آنها، اختصاص به اهل بیت علیهم السلام دارد؛ یعنی این گونه نیست که همگان بتوانند پاسخ سؤالات را از قرآن یا سنت به دست آورند، بلکه توان این کار را کسی غیر از معصومان علیهم السلام ندارد.

۴-۲-۲. بررسی جهت صدور روایات

مهم ترین نکته در فهم روشمندی این روایات، درک فضای صدور آن است و تا زمانی که اوضاع و احوال این گفتگوها معلوم نشود، مفاد این سخنان معلوم نخواهد شد. پرسش این است که چه شخص یا اشخاصی، وجود برخی اشیاء در قرآن را مورد انکار قرار داده بودند تا این اقدام آنها منجر به موضع گیری اهل بیت علیهم السلام گردید؟ این افراد

وجود چه چیزی را در قرآن و سنت انکار می کردند؟ این انکار به چه انگیزه ای انجام می گرفت و چه نتیجه عملی را در پی داشت؟ یعنی اگر گروهی قرآن و سنت را ناقص می دانستند، چه چیزی را جایگزین آن معرفی می کردند؟

تا زمانی که پاسخ به این سؤالات روشن نشود، پرسش هایی که از ائمه اطهار علیهم السلام صورت می گرفت نیز نامشخص و در نتیجه روایات مورد بحث نیز نامعلوم خواهد بود. خوشبختانه از روایات متعددی که در دست است، می توان فضای صدور این دسته از روایات را تا حدودی ترسیم نمود. در ذیل، برخی از این روایات را به عنوان نمونه نقل می کنیم:

نمونه اول: از قول امیرالمؤمنین علیه السلام نقل شده بود که ایشان خرید و فروش کنیز ام ولد را جایز دانسته است. امام باقر علیه السلام با انکار این نسبت فرمود: کسانی که چنین حکمی را به علی علیه السلام نسبت داده اند، قصد داشته اند که علی علیه السلام را اهل قیاس جلوه دهند. این در حالی است که «قیاس از دین علی علیه السلام نیست و تنها کسی قیاس می کند که به کتاب و سنت آگاهی نداشته باشد»^۱ (ابن حیون مغربی، ۱۳۸۵: ۵۳۶/۲).

نمونه دوم: برخی اصحاب ائمه علیهم السلام از ایشان پرسیدند: گاهی اوقات به مسئله ای مبتلا می شویم که دلیلی برای فتوا درباره آن نداریم، اما مواردی را می شناسیم که با آن مشابهت دارد، آیا اجازه داریم برای به دست آوردن حکم مسئله از قیاس استفاده کنیم؟ حضرت فرمود:

«پیشینیان شما فقط به دلیل قیاس هلاک شدند. هیچ چیزی نیست مگر آنکه در کتاب و سنت بیان شده است»^۲ (مفید، ۱۴۱۳: ۲۸۱).

۱. «عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ ذَكَرَ لَهُ عَنْ عُبَيْدَةَ السَّلْمَانِيِّ أَنَّهُ رَوَى عَنْ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَبْعُ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ. قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ: كَذَبُوا عَلِيَّ عُبَيْدَةَ أَوْ كَذَبَ عُبَيْدَةَ عَلِيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ. إِنَّمَا أَرَادَ الْقَوْمُ أَنْ يَنْسُبُوا إِلَيْهِ الْحُكْمَ بِالْقِيَاسِ وَلَا يَبْهَيْتُ لَهُمْ هَذَا أَبَدًا. نَحْنُ أَفْرَاحُ عَلِيٍّ فَمَا حَدَّثْنَاكُمْ بِهِ عَنْ عَلِيٍّ فَهَوَ قَوْلُهُ وَمَا أَنْكَرْنَا لَهُ فَهُوَ أَفْتَرَاءٌ. فَتَحْنُ نَعْلَمُ أَنَّ الْقِيَاسَ لَيْسَ مِنْ دِينِ عَلِيٍّ وَإِنَّمَا يَقِيسُ مَنْ لَا يَعْلَمُ الْكِتَابَ وَلَا السُّنَّةَ».
۲. «سَأَلْتُهُ فَقُلْتُ إِنَّ أَنْاسًا مِنْ أَصْحَابِنَا قَدِ لَقُوا أَبَاكَ وَجَدَكَ وَسَمِعُوا مِنْهُمَا الْحَدِيثَ فَرَبَّمَا كَانَ شَيْءٌ يَمْتَلِي بِهِ بَعْضُ أَصْحَابِنَا وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ عِنْدَهُمْ شَيْءٌ يُفْتِيهِ وَعِنْدَهُمْ مَا يُسَبِّحُهُ يَسْعَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا بِالْقِيَاسِ. فَقَالَ: لَا، إِنَّمَا هَلَكَ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ بِالْقِيَاسِ. فَقُلْتُ لَهُ: لِمَ لَا يُقْبَلُ ذَلِكَ؟ فَقَالَ: لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ شَيْءٍ إِلَّا وَجَاءَ فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ».

نمونه سوم: در جریانی مشابه با مورد پیشین، پس از اشاره به هلاکت گذشتگان

به واسطه قیاس، فرمود:

«رسول الله ﷺ آنچه را که از او پرسیدند، به صورت مکفی پاسخ داد و نیز آنچه را که برای آیندگان تا روز قیامت کفایت می‌کند، بیان فرمود که علم آن نزد اهلش وجود دارد»^۱ (صفار قمی، ۱۴۰۴: ۳۰۲/۱).

۴-۳. معنای روایات باب با توجه به فضای صدور آن‌ها

روایات فوق و دیگر احادیثی که در این زمینه در دسترس است،^۲ نکته مهم ذیل را

به مستنبط یادآوری می‌کند:

فقه عامه - به ویژه ابوحنیفه که در روایات مورد بحث نیز مکرراً از او نام برده شده است - مبتنی بر قیاس است و عمل به قیاس، خود ناشی از یک انگاره دیگر است که می‌توان از آن به «ناکارآمد بودن کتاب و سنت در پاسخ‌گویی به تمام مسائل فقهی» تعبیر نمود. توضیح اینکه از یکسو در قرآن تنها کلیات احکام وجود دارد و از بیان تفصیلات و فروع احکام چندان اثری نیست و از سوی دیگر، سنت رسول الله ﷺ که مبین کتاب است نیز به تمامی برای نسل‌های بعد نقل نگردید و تنها اهل بیت علیهم‌السلام بودند که دانش کاملی نسبت به آن داشتند. بنابراین امثال ابوحنیفه چاره‌ای نداشتند جز اینکه خلأ موجود را با یک منبع دیگر پر کنند که چیزی نبود جز قیاس.^۳

در این فضا بود که ائمه علیهم‌السلام مکرراً به اصحاب گوشزد می‌فرمودند تنها منبع دین‌شناسی و استنباط احکام شرع، کتاب و سنت است، نه هیچ چیز دیگر. جمله «لیس شیء إلا وفیه کتاب أو سنّة» اگر به صورت مستقل به کار رود، دارای یک معنای روشن است؛ اما اگر مستقلاً لحاظ نشود، بلکه در مقابل گروهی به کار رود که به محض ندیدن یک

۱. «السُّنْدِيُّ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ حُكَيْمٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: قُلْتُ لَهُ: تَقْفَهُنَا فِي الدِّينِ وَرُؤْيَا وَرُبَّمَا وَرَدَ عَلَيْنَا رَجُلٌ قَدِ ابْتَلَى بَشِيءٌ صَغِيرٍ الَّذِي مَا عِنْدَنَا فِيهِ بَعِيْتُهُ شَيْءٌ وَعِنْدَنَا مَا هُوَ يُسِيْهُهُ مِثْلُهُ أَفْتَقْتِيْهِ بِمَا يُسِيْهُهُ. قَالَ: لَا، وَمَا لَكُمْ وَالْقِيَّاسَ فِي ذَلِكَ، هَلْكَ مَنْ هَلَكَ بِالْقِيَّاسِ. قَالَ: قُلْتُ: جَعَلْتُ فِدَاكَ! أَيْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بِمَا يَكْتَفُونَ بِهِ. قَالَ: أَيْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بِمَا اسْتَفْتَوْا بِهِ فِي عَهْدِهِ وَبِمَا يَكْتَفُونَ بِهِ مِنْ بَعْدِهِ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ. قَالَ: قُلْتُ: صَاعٌ مِنْهُ شَيْءٌ. قَالَ: لَا، هُوَ عِنْدَ أَهْلِهِ».

۲. برای دیدن روایات دیگری که مرتبط با این موضوع است، ر.ک: طباطبایی بروجردی، ۱۳۸۰: ۳۷۱/۱ و بعد.

۳. البته برخی برای فرار از این مشکل به استحسان و... پناه بردند.

حکم در قرآن و محدودی از آنچه به نام سنت در دسترس دارند، از قیاس استفاده می‌کنند، معنای دیگری خواهد داشت. در این صورت، معنای این روایت چنین خواهد بود: تمام مواردی که شما حکمش را از قیاس استنباط می‌کنید، در کتاب و سنت مطرح شده است و همه احکام شرعی را می‌توان از این دو منبع استنباط نمود.

بنابراین معنای این روایات چنین خواهد بود که فقه این ظرفیت را دارد که با استفاده به‌جا از کتاب و سنت، انتساب یا عدم انتساب هر چیزی به خداوند را معلوم نماید و اگر در آن زمینه، حکمی شرعی جعل شده است، آن را تعیین و تبیین نماید و با استناد به کتاب و سنت و بدون استفاده از قیاس‌های ظنی می‌توان مجعولات شرعی را کشف نمود. روشن است که با توجه به توضیحات گذشته، هرگز نمی‌توان از این روایات چنین برداشتی نمود که: هر نیاز فقهی یا غیر فقهی انسان، با استفاده از کتاب و سنت مرتفع می‌شود!

شهید مطهری نیز معنای این باب از کتاب شریف کافی را به همین سبک تحلیل کرده است. از نظر ایشان، پیام روایات این باب آن است که برای فهم تشریحات الهی، نیازی به منبعی غیر از کتاب و سنت وجود ندارد و اجتهاد در کتاب و سنت کافی است؛ چون کلیات فقه در این دو منبع آمده و تنها نیاز به تطبیق وجود دارد (مطهری، ۱۳۸۵: ۱۳۶/۲۰). در نهایت و به مثابه جمع‌بندی محتوای این روایات از منظر مقاله حاضر، می‌توان این سخن محقق نراقی را تکرار نمود:

«معنای این روایات چنین نیست که هر چیزی دارای حکم است، بلکه این است که اگر چیزی دارای حکمی باشد، پیامبر آن را [به صورت مستقیم یا غیر مستقیم] بیان کرده است» (نراقی، ۱۴۱۷: ۳۶۱).

نتیجه‌گیری

مقاله حاضر به بحثی در ساحت تعیین قلمرو فقه پرداخته و تأثیر دوسویه تبیین ماهیت اباحه و قاعده «عدم خلّو» را به تصویر کشیده است. اکنون می‌توان به پیروی بزرگانی همچون امام خمینی، به گفتن این نکته خطر نمود که دلایل مطروحه برای اثبات قاعده «عدم خلّو واقعه از حکم»، بر خلاف نگاه بدوی، از استحکام کافی

برخوردار نیست و چنانچه این قاعده مُجمَع علیه نباشد - که ظاهراً نیست و اگر هم باشد، چنین اجماعی مستند به روایات باب است که این «مدرکی» بودنش، خود به وهن آن می‌انجامد-، نمی‌توان به راحتی آن را پذیرفت. تحلیل روایات مهمی که برای اثبات این قاعده به کار گرفته شده، از حیث محتوا، سند و خصوصاً جهت صدور، از تلاش‌های این مقاله است. در این مسیر تلاش گردید تا از اشکالات جزئی و یا غیر مهم پرهیز شود؛ همچنان که از میان ادله نیز عمده دلیل را برگزیدیم و آن روایات را تحلیل کردیم. به گمان نگارندگان، تحلیل معنایی ارائه‌شده در این مقاله، روایات مهمی از این دست را برپایه شواهد نقلی و تاریخی تفسیر نموده است. این روایات ناظر بر گروهی از اهل سنت و جماعت بوده، که به جهت بریدگی از منبع وحی و اهل بیت عصمت، بسیاری از احکام و محتویات سنت را در نمی‌یافتند و عجلولانه در پی قیاس و امثال آن می‌رفتند. به تعبیری، اطلاق این روایات در نسبت با این رویه باید فهمیده شود. بر این پایه، ارائه تفاسیر بسیار موسع از این قاعده و روایات که با تعبیری همچون «شمول التشریح لجميع وقائع الحیاة» و امثال آن تبیین گردیده، با اشکال و محذورات مضاعفی مواجه خواهد بود. نتیجه اینکه نمی‌توان قاعده «عدم خلوق واقعه از حکم» را نه با دلیل عقلی و نه با دلیل نقلی اثبات کرد. پس از این، نوبت به پرسش‌های دیگری می‌رسد که کم‌تعداد نیستند؛ برای مثال بر فرض خالی بودن برخی وقایع از حکم شرعی - مثلاً در دایره مباحات لاقضایی - آیا ممکن است توسط یک نهاد و بر اساس یک ساختار فقهی تعریف شده، آن موارد دارای حکم شرعی بشوند؟ و باز بر فرض پذیرش گستره احکام فقهی نسبت به تمام افعال بشری - که قدر متیقن آن، غیر از دایره اباحه لاقضاییه است - این پرسش مطرح شده که آیا همه این احکام از جانب شارع بما هو شارع صادر شده است و صبغه دینی دارد، یا اینکه شاید برخی از اوامر و نواهی موجود در کتاب و سنت، جنبه دینی نداشته باشد و خاستگاه آن وجهی غیر از وجه تشریح باشد؟ تبیین ماهیت احکام و تقاسیم آن، اقدامی جدی در بررسی دوباره این پرسش‌هاست که خود نیازمند مجالی مستقل و حوصله علمی وافر است.

کتاب شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، با حواشی مشکینی، قم، لقمان، ۱۴۱۳ ق.
۲. ابن ابی الحدید معتزلی، ابوحامد عزالدین بن هبة الله بن محمد بن محمد مدائنی، *شرح نهج البلاغه*، قم، دار الکتب العلمیه، بی تا.
۳. ابن جیون مغربی، ابوحنیفه نعمان بن محمد بن منصور، *دعائم الاسلام و ذکر الحلال و الحرام و القضايا و الاحکام*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۳۸۵ ق.
۴. ابن خلدون، عبدالرحمن بن محمد، *مقدمة ابن خلدون*، تصحیح و تعلیق عبدالله محمد الدرویش، دمشق، دار یعرب، ۱۴۲۵ ق.
۵. ابن شاذان، ابومحمد فضل، *الایضاح*، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۲ ق.
۶. ابوجیب، سعدی، *القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً*، چاپ دوم، دمشق، دار الفکر، ۱۴۰۸ ق.
۷. احمدی، محمدامین، *انتظار بشر از دین*، چاپ سوم، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۶ ش.
۸. استرآبادی، محمدامین، *الفوائد المدنية و بدیله الشواهد المکیة (للسید نورالدین الموسوی العاملی)*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۶ ق.
۹. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحقائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۰. حسینی بهشتی، سیدمحمدحسین، *پیامبری از نگاه دیگر*، تهران، بقیه، ۱۳۹۱ ش.
۱۱. حسینی روحانی، سیدمحمد، *منتقى الاصول*، تقریر سیدعبدالصاحب حکیم، قم، چاپخانه امیر، ۱۴۱۳ ق.
۱۲. دربندی، آقا بن عابد، *خزائن الاحکام*، قم، مؤلف، بی تا.
۱۳. زرگری نژاد، غلامحسین، *رسائل مشروطیت*، تهران، کویر، ۱۳۷۴ ش.
۱۴. صدر، سیدمحمدباقر، *دروس فی علم الاصول*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۱۵. صدرالدین شیرازی، محمد بن ابراهیم، *الشواهد الربوبية فی المناسخ السلوكية*، با حواشی ملاحادی سبزواری، تصحیح سیدجلال الدین آشتیانی، چاپ دوم، مشهد، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۰ ش.
۱۶. همو، *تفسیر القرآن الکریم*، تحقیق محمد خواجهوی، چاپ دوم، قم، بیدار، ۱۳۶۶ ش.
۱۷. همو، *شرح الهدایة الاثریة*، بیروت، مؤسسه تاریخ العربی، ۱۴۲۲ ق.
۱۸. صفار قمی، ابوجعفر محمد بن حسن بن فروخ، *بصائر الدرجات الكبرى فی فضائل آل محمد علیهم السلام*، تصحیح محسن کوجه باغی، چاپ دوم، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۱۹. طباطبایی، سیدمحمدحسین، *اصول فلسفه رئالیسم*، به کوشش سیدهادی خسروشاهی، چاپ دوم، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۷ ش.
۲۰. همو، *حاشیة الکفایة*، قم، بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی، بی تا.
۲۱. طباطبایی بروجردی، سیدحسین، *جامع احادیث الشیعه*، قم، چاپخانه مهر، ۱۳۸۰ ش.
۲۲. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیة فرائد الاصول*، تقریر محمدابراهیم یزدی، چاپ دوم، قم، دار الهدی، ۱۴۲۷ ق.
۲۳. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الاقتصاد فیما يتعلق بالاعتقاد*، چاپ دوم، بیروت، دار الاضواء، ۱۴۰۶ ق.
۲۴. عاملی، جمال الدین حسن بن زین الدین، *معالم الدین و ملاذ المجتهدین*، چاپ نهم، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۸ ق.
۲۵. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *تمهید القواعد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.

۲۶. عراقی، ضیاءالدين، *مقالات الاصول*، قم، مجمع الفكر اسلامي، ۱۴۱۴ ق.
۲۷. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدين حسن بن يوسف بن مطهر اسدي، *كشوف المراد في شرح تجريد الاعتقاد*، تصحيح حسن حسن‌زاده آملی، چاپ چهارم، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۳ ق.
۲۸. غروی اصفهانی (كميانی)، محمدحسين، *حاشية كتاب المكاسب*، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
۲۹. همو، *نهاية الدراية في شرح الكفاية*، قم، سيدالشهداء عليه السلام، ۱۳۷۴ ش.
۳۰. غزالی، ابوحامد محمد بن محمد، *احياء علوم الدين*، بيروت، دار الكتاب العربي، بی تا.
۳۱. فارابی، ابونصر محمد بن محمد بن طرخان، *السياسة المدنية*، مقدمه و شرح علی بوملحم، بيروت، دار و مكتبة الهلال، ۱۹۹۶ م.
۳۲. فيض كاشاني، محمدمحسن بن شاه مرتضی، *المحجة البيضاء في تهذيب الاحياء*، تصحيح علی اكبر غفاری، چاپ چهارم، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۷ ق.
۳۳. قمی، ميرزا ابوالقاسم بن محمدحسن، *القوانين المحكمة في الاصول*، قم، احياء الكتب الاسلاميه، ۱۴۳۰ ق.
۳۴. كليني، ابوجعفر محمد بن يعقوب، *الكافي*، چاپ چهارم، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ۱۴۰۷ ق.
۳۵. محقق داماد، سيدمحمد، *المحاضرات؛ مباحث في اصول الفقه*، تقرير سيدجلال‌الدين طاهري اصفهانی، اصفهان، مبارک، ۱۳۸۲ ش.
۳۶. مشكيني، علی، *اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها*، قم، الهادي، ۱۳۷۴ ش.
۳۷. مطهری، مرتضی، *مجموعه آثار*، چاپ چهارم، تهران، صدرا، ۱۳۸۵ ش.
۳۸. مفيد، محمد بن محمد بن نعمان عكبري بغدادی، *الاختصاص*، قم، المؤتمر العالمي لالفية الشيخ المفيد، ۱۴۱۳ ق.
۳۹. موسوی خميني، سيدروح الله، *انوار الهداية في التعليقة على الكفاية*، قم، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني، ۱۴۱۵ ق.
۴۰. همو، *تهذيب الاصول*، تقرير جعفر سبحانی تبریزی، تهران، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني، ۱۴۲۳ ق.
۴۱. همو، *جواهر الاصول*، تقرير محمدحسن مرتضوی لنگرودی، تهران، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني، ۱۳۷۶ ش.
۴۲. همو، *مناهج الوصول الى علم الاصول*، قم، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني، ۱۴۱۵ ق.
۴۳. موسوی خميني، سيدمصطفى، *الخيارات*، تهران، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني، ۱۴۱۷ ق.
۴۴. موسوی خويي، سيدابوالقاسم، *اجود التقريرات*، تقرير دروس اصول محمدحسين غروي نائيني، قم، مطبعة العرفان، ۱۳۵۲ ش.
۴۵. همو، *مصباح الاصول (مباحث حجج و امارات)*، تقرير سيدمحمدسرور واعظ حسيني بهسودي، چاپ پنجم، قم، مكتبة الداوري، ۱۴۱۷ ق.
۴۶. موسوی سبزواری، سيدعبدالاعلی، *تهذيب الاصول*، چاپ دوم، قم، المنار، بی تا.
۴۷. نراقي، احمد بن محمدمهدي، *عوائد الايام في بيان قواعد الاحكام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، قم، دفتر تبليغات اسلامي، ۱۴۱۷ ق.
۴۸. همو، *عوائد الايام في بيان قواعد الاحكام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، قم، دفتر تبليغات اسلامي، ۱۳۷۵ ش.
۴۹. نصيرالدين طوسي، محمد بن محمد، *شرح الاشارات و التنبهات مع المحاكمات*، قم، البلاغه، ۱۳۷۵ ش.
۵۰. نورمفیدی، سيدمجتبی، *حکم: حقيقت، اقسام، قلمرو*، قم مرکز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، ۱۳۹۴ ش.

ماهیت حقوقی وصیت به وقف در حقوق ایران و مصر*

- سیدسعید حبیب‌زاده^۱
- مهدی رشوند بوکانی^۲

وصیت به وقف به عنوان یکی از انواع وصایا و تصرفات حقوقی معلق بر فوت فرد، مورد توجه فقها و حقوق دانان بوده است. اما ماهیت این نوع وصیت همواره مورد اختلاف نظر بوده و آن را منطبق با هیچ یک از وصایای عهدی و تملیکی نمی‌دانند، بلکه معتقدند چون در نتیجه وصیت به وقف، فک ملکیت نسبت به مال موصی رخ می‌دهد، این نوع وصیت ذیل قسم سوم از وصایای عهدی و وصیت به فک‌الملک و در عرض وصایایی همچون وصیت به عتق و ابراء جای می‌گیرد. لیکن با ملاحظه مقررات کنونی دو نظام حقوقی ایران و مصر درمی‌یابیم که وصیت به وقف از مصادیق وصیت تملیکی محسوب می‌شود. به موجب این نوع از وصیت، وقف مال به صرف انشاء وصیت و بدون نیاز به انشاء مستقل از سوی موصی له یا موصی لهم محقق می‌گردد. با توجه به شناسایی شخصیت حقوقی

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۷.

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری (نویسنده مسئول)
(saced17.krt@gmail.com).

۲. استادیار دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری (mahdirashvand58@gmail.com).

برای موقوفه در حقوق ایران و مصر که از نتایج آن، دارایی مستقل، اهلیت تملک و دارا شدن حق و تکلیف برای شخص حقوقی است، عین مال به محض فوت موصی از مالکیت وی خارج شده و به شخص حقوقی موقوفه تملیک می‌گردد. بنابراین وصیت به وقف، به اعتبار تملیک عین مال موصی به شخص حقوقی موقوفه، وصیت تملیکی به شمار می‌رود.

چکیده

واژگان کلیدی: وصیت به وقف، وصیت تملیکی، وقف معلق بر فوت، شخصیت حقوقی.

مقدمه

در فقه، تصرفات حقوقی اشخاص در اموال و حقوق مالی خود را عموماً به دو دسته معلقات و منجزات تقسیم می‌کنند. منظور از منجزات تصرفاتی است که معلق بر فوت شخص نیست و معلقات به معنای تصرفاتی است که معلق بر فوت شخص شده است که وصیت را می‌توان جزء معلقات به شمار آورد. وصیت از جمله اسباب تملک ذکر شده است و همچون ارث از جمله اسبابی است که پس از فوت سبب تملک می‌گردد. وقف نیز از دیگر نهادهای حقوقی مجانی است که در کنار وصیت و هبه از آن تحت عنوان «عطایا» نام برده شده است. می‌توان گفت که وقف وسیله‌ای حقوقی و اقتصادی برای پاسخ به اغراض اخلاقی و مذهبی افراد است که به وسیله آن، مال مورد وقف از دارایی واقف خارج شده و جهت صرف در جهات خیر به شخصیت حقوقی موقوفه تعلق می‌گیرد. وقف می‌تواند در قالب وصیت و برای بعد از فوت واقف انشاء گردد. وصیت به وقف از جمله اعمال حقوقی است که از سوی افراد واقع می‌شود و می‌توان گفت که یکی از طرق انجام عمل وقف است. در فقه از وصیت به وقف نام برده شده است، اما ماهیت و آثار آن بررسی نشده است. لذا از جمله مسائلی که در خصوص وصیت به وقف قابل طرح است، کشف ماهیت وصیت به وقف است؛ چرا که در قانون مدنی نیز در باب وصیت، به بررسی احکام این قسم از وصیت به طور خاص پرداخته نشده است و در دکترین حقوقی نیز علمای حقوق در هنگام بررسی آن به عنوان یکی از اقسام وصیت، صرفاً به این مسئله پرداخته‌اند که وصیت به وقف، ذیل کدام یک از

انواع وصیت یعنی وصیت تملیکی و وصیت عهدی جای می‌گیرد و اغلب به نتیجه و رویکرد مشخص و واحدی نیز دست نیافته‌اند؛ در حالی که شناخت ماهیت یک پدیده حقوقی، نقش مهمی در شناخت احکام آن دارد.

در نتیجه با توجه به اینکه تحقیق جامعی نیز در خصوص موضوع صورت نگرفته است، انجام پژوهش در زمینه این موضوع ضروری به نظر می‌رسد. هدف اصلی این تحقیق آن است که این قسم از وصیت به طور متمرکز و به صورت تطبیقی در فقه و حقوق ایران و مصر بررسی شود. در این نوشتار که به شیوه تحلیلی - توصیفی به رشته تحریر درآمده است، ضمن بیان مفهوم وصیت به وقف، به بررسی ماهیت آن و نقد دیدگاه‌های مختلف در این خصوص خواهیم پرداخت.

۱. مفهوم وصیت به وقف

فقها و حقوق‌دانان در آثار خود، مفهوم یا تعریف مشخصی از وصیت به وقف ارائه نکرده‌اند و رویکردها نسبت به مفهوم این نهاد حقوقی متفاوت است. در فقه هنگام بحث از وصیت به وقف، بیشترین تمرکز فقها بر روی وصیت به وقف به نحو وصیت عهدی است و به عقیده ایشان در صورتی که متوفی پیش از فوت گفته باشد: «بعد از مرگم مال مشخص مرا وقف کنید»، این عمل انشاء وصیت به وقف محسوب خواهد شد و لذا از ثلث ترکه متوفی اجرا می‌شود. در این صورت، وصی وظیفه دارد که این وصیت را اجرا نماید (علامه حلی، ۱۳۷۸: ۲۸۵/۱؛ مغنیه، ۱۳۸۶: ۵۹۲). به بیان دیگر، ایشان وصیت به وقف را از رهگذر وصیت عهدی صحیح می‌دانند و در نتیجه طبق این رویکرد، منظور از وصیت به وقف، وقفی است که از طریق وصیت عهدی و با انشاء آن توسط وصی واقع گردد. در حالی که با تدقیق در عبارات حقوق‌دانان و فقهای که از وصیت به وقف در آثار خود نام برده و آن را در عرض وصایایی همچون وصیت به ابراء و وصیت به عتق بررسی نموده‌اند (قاسم‌زاده، ۱۳۹۴: ۸۰؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۸: ۹۳/۲) می‌توان دریافت که منظور از وصیت به وقف به معنای مصطلح، وصیت به وقفی است که به صورت وصیت عهدی نباشد و اثر وصیت (وقف) به صرف انشاء موصی و به صورت بلاواسطه محقق گردد؛ مانند اینکه مالک خانه‌ای وصیت کند که به محض

فوت او خانه او وقف بوده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۲۰۸؛ همو، ۱۳۹۰: ۴۵). به عبارت دیگر، مقصود از وصیت به وقف، وصیتی است که به موجب آن، ثلث ترکه موصی در نتیجه انشاء مستقیم وی از تاریخ فوت او وقف گردد (خفیف، ۲۰۱۰: ۲۰۱). بدون اینکه نیاز به مداخله و اقدام شخص دیگر (وصی) در راستای اجرای این وصیت باشد. در پژوهش حاضر نیز این معنا از وصیت به وقف ملاک بررسی است. در این معنا، فرایند انشاء وصیت به وقف همچون انشاء وصیت تملیکی است؛ چرا که در وصیت تملیکی، موصی بلاواسطه چیزی از ترکه خویش را برای بعد از وفات به شخص دیگری تملیک می‌کند و لذا موصی له مستقیماً طرف رابطه حقوقی با موصی است، نه اینکه تملیک نتیجه اجرای وصایت باشد (محقق داماد، ۱۳۷۸: ۳۱).

۲. ماهیت وصیت به وقف

ماهیت وصیت به وقف از دو منظر قابل بررسی است؛ از یک منظر، مقصود از ماهیت عمل حقوقی آن است که عمل حقوقی مورد بحث مصداق کدام یک از عناوین اعمال حقوقی نامبرده در قانون محسوب می‌شود؛ اینکه وصیت به وقف ماهیتاً «وصیت» است یا عملی حقوقی از نوع «وقف» به شمار می‌آید. از جهت دیگر، اعمال و تصرفات حقوقی، یا ماهیت عقدگونه دارند و یا ماهیتاً ایقاع محسوب می‌شوند و طبعاً وصیت به وقف نیز از این قاعده مستثنا نیست. در ادامه ماهیت وصیت به وقف در هر یک از این دو مفهوم بررسی خواهد شد.

۱-۲. تملیک و تعلیق در وصیت به وقف

در خصوص ماهیت وصیت به وقف از حیث عنوان این عمل حقوقی، دو احتمال قابل بررسی است؛ احتمال اول اینکه وصیت به وقف از مصادیق وصیت تملیکی محسوب می‌شود. احتمال دوم اینکه وصیت به وقف در واقع نوعی وقف معلق به شمار می‌آید.

۱-۱-۲. وصیت تملیکی

ماده ۸۲۶ ق.م. وصیت تملیکی و وصیت عهدی را تعریف نموده است. طبق این

ماده در صورتی که اثر وصیت، تملیک مجانی عین یا منفعت مال موصی به دیگری باشد، وصیت تملیکی محسوب خواهد شد. عده‌ای از حقوق دانان در خصوص وصیت به وقف معتقدند که هر گاه کسی وصیت کند که ملک معین او به محض فوتش وقف باشد، این وصیت نه تملیکی است و نه عهدی؛ چرا که اولاً موصی کسی را مأمور به انجام وقف نکرده است تا وصیت عهدی صدق کند و ثانیاً با توجه به اینکه طبق ماده ۵۵ ق.م. در وقف، عین موقوفه به احدی تملیک نمی‌شود، بلکه حبس می‌شود، چنین وصیتی وصیت تملیکی محسوب نمی‌گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۴۵). در نتیجه، جهت تعیین تکلیف درباره تملیکی بودن یا نبودن وصیت به وقف باید بررسی شود که آیا در اثر وقف، عین مال به شخصی تملیک می‌شود یا خیر؟ در خصوص وضعیت مالکیت عین موقوفه، چهار دیدگاه قابل طرح است.

۱-۱-۱۲. بقای موقوفه در ملکیت واقف

به عقیده برخی از حقوق دانان در اثر وقف، حق مالکیت واقف نسبت به عین موقوفه از بین نمی‌رود و مال موقوفه نیز به دیگری تملیک نمی‌گردد. به عقیده ایشان، وقف عبارت است از التزام انسان به حبس عین مال معین خود با اطلاق منفعت آن. این التزام واقف، متضمن اسقاط برخی حقوق از خود، و اثبات برخی حقوق به نفع دیگری است. واقف در ایجاب وقف، تمامی حقوقی که نسبت به مال دارد، از جمله حق بر تصرفات ناقله عین و منافع آن، تصرفات متلف مال، تصرفات اداری و تصرفات انتفاعی را از خود ساقط نموده و در عین حال حق انجام تصرفات اداری و تصرفات انتفاعی را به نفع طرف مقابل (موقوف علیه) مقرر می‌دارد. در مورد اسقاطات مذکور نیز ضرورت ندارد که نقل ملک صورت پذیرد، بلکه با وجود آن نیز مالکیت واقف بر عین موقوفه باقی می‌ماند و احیاناً منشأ اثر است (همو، ۱۳۹۱: ۵/۳۵۵-۳۵۰). عده‌ای از فقها نیز معتقدند که وقف موجب اخراج مال از ملکیت و تملیک آن به دیگری نیست، بلکه وقف عبارت است از اینکه انسان ملکیت مطلق خود را مقید نماید. بنابراین وقتی فردی مال خود را وقف نماید، نمی‌تواند تصرفات حقوقی در مال نماید که مستلزم نقل و انتقال عین مال موقوفه باشد. چنین اثری نتیجه خروج مال از ملکیت وی نیست، بلکه

مقتضای این امر است که مالک به موجب وقف، خود را از تصرف در مال ممنوع کرده است. بنابراین وقف از این جهت شبیه به انواع حبس است؛ چرا که در حبس نیز مالکیت حابس نسبت به عین مال باقی است (آل کاشف الغطاء، ۱۳۶۱: ۷۱/۳؛ ابن بزّاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۹۳/۲). بر اساس فقه حنفی، واقف به موجب وقف، عین موقوفه را در ملکیت خود حبس، و منفعت آن را بر جهتی که مورد نظر اوست، صرف می نماید. در نتیجه، مال موقوفه در ملکیت واقف باقی می ماند و وارث او نیز حق مالکیت بر مال موقوفه را به ارث می برد (سرخسی، ۱۴۰۶: ۲۷/۱۲ و ۳۰؛ سمرقندی، ۱۴۱۴: ۳۷۶/۳). همچنین وقف نزد مالکیه موجب زوال حق مالکیت بر عین موقوفه نمی شود و صرفاً حق تصرف در آن از واقف سلب می شود (زحیلی، ۱۴۱۸: ۱۰/۷۶۰۰).

۲-۱-۲. انتقال مالکیت موقوفه به موقوف علیهم

طبق دیدگاه عدّه کثیری از فقها که می توان گفت دیدگاه مشهور فقها در خصوص اثر وقف است، در اثر وقف، به ویژه در وقف خاص، مالکیت عین موقوفه به موقوف علیهم منتقل می شود. طبق این دیدگاه، وقف سبب قطع تصرفات واقف در عین و منفعت مال موقوفه می گردد و این امر معنایی جز زوال ملکیت واقف نخواهد داشت (فخرالمحققین حلی، ۱۳۷۸: ۳۹۰/۲)؛ اما با زوال ملکیت واقف، مالیت مال موقوفه زائل نمی گردد و لذا باید به ملکیت شخص یا اشخاصی درآید. در نتیجه با زوال ملکیت واقف، ملکیت مال موقوفه به موقوف علیهم منتقل می گردد. به همین جهت، قبض مال توسط موقوف علیه شرط است؛ چرا که ملکیت او با قبض موقوفه به کمال می رسد (بحرانی، ۱۳۶۳: ۲۲/۲۲۶). همچنین تمامی احکام اموال و حقوق مالی در خصوص مال موقوفه جاری است؛ از جمله اینکه در صورت غصب مال موقوفه، ضمان ثابت می گردد و یا در صورت تلف موقوفه، متلف ضامن قیمت آن است و این ضمان نیز به سود واقف یا شخص دیگر به وجود نمی آید، بلکه به سود موقوف علیه ایجاد می شود. به علاوه، موقوفه مالی است که موقوف علیهم حق تصرف در آن را دارند و از منافع آن منتفع می گردند و نه شخص دیگر، و چنین اختیاراتی فایده مالکیت بر هر مالی است. در نتیجه چون تمامی خصوصیات مالکیت نسبت به موقوف علیهم وجود دارد، باید

گفت که ایشان مالک موقوفه‌اند (حسینی عمیدی، ۱۴۱۶: ۱۳۷/۲؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۹۸/۱؛ عاملی جبعی، ۱۳۸۲: ۳۶۱/۵). به عقیده این عده، تنها ویژگی که حق مالکیت موقوف علیهم نسبت به عین موقوفه داراست و آن را از حق مالکیت تام متمایز می‌سازد آن است که موقوف علیهم در تصرفات حقوقی کاملاً مبسوط‌الید نبوده و نمی‌توانند در همه حال آن را بفروشند (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۸۶/۳) یا به موجب سایر عقود مملک، آن را انتقال دهند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۵۴/۳ و ۱۶۵). اما این ممنوعیت، منافاتی با مالکیت ایشان بر مال موقوفه ندارد؛ همان طور که اُم‌ولد ملک است، اما بیع آن مجاز نیست (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۲۸۶/۲). غالب فقهای طرفدار این دیدگاه، آن را مختص وقف خاص دانسته‌اند و در وقف بر جهات عام، حسب مورد قائل به فک ملک (کرکی عاملی، ۱۴۰۸: ۶۲/۹) یا انتقال موقوفه به خداوند متعال می‌باشند (حسینی عمیدی، ۱۴۱۶: ۱۳۷/۲؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۷۸: ۳۹۱/۲). اما در این میان، برخی در وقف بر غیر محصور مانند وقف بر فقرا نیز قائل به تملیک موقوفه‌اند و معتقدند که در این صورت، وقف منصرف به فقرایی است که در آن شهر هستند (علامه حلی، ۱۴۱۰: ۴۵۴/۱).

۳-۱-۱-۲. زوال مالکیت واقف و عدم انتقال موقوفه

برخی از فقهای متأخر در نقد به دیدگاه تملیک عین موقوفه به موقوف علیهم، قائل به این نظریه گردیده‌اند که به موجب وقف، در عین حال که مالکیت واقف نسبت به مال موقوفه زائل می‌گردد، مالکیت موقوفه به شخص دیگری اعم از موقوف علیهم یا خداوند نیز منتقل نمی‌شود. این نظر عمدتاً بر این استدلال مبتنی است که اصولاً هیچ ملازمه‌ای بین زوال مالکیت واقف نسبت به عین موقوفه در اثر وقف و تملیک موقوفه به موقوف علیه یا دیگری وجود ندارد (موسوی خمینی، ۱۳۸۸: ۸۵/۲). برخی دیگر نیز زوال مالکیت واقف را از لوازم قید «دائمی بودن» وقف می‌دانند، نه از لوازم مطلق وقف. به عقیده ایشان، خروج مال از ملکیت واقف، مقتضای ماهیت وقف نیست؛ بلکه این امر از شرط دائمی بودن وقف ناشی می‌شود. زمانی که وقف حسب قصد انشاء واقف به صورت مؤبد باشد، لازمه آن خروج مال از ملکیت واقف است؛ چرا که دوام وقف و حبس مال با بقاء مالکیت قابل جمع نیست؛ زیرا وقتی واقف ممنوع از هر گونه تصرفی

در عین و منفعت مال باشد، هیچ اثری از آثار ملکیت، بر عین موقوفه مترتب نخواهد شد و عقلاً نیز در چنین حالتی بقاء ملکیت فرد را متصور نمی‌دانند (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۴: ۲۸-۲۹). به علاوه ولو اینکه قصد واقف، وقف مال به صورت مؤبد باشد نیز مال موقوفه به ملکیت موقوف‌علیه در نمی‌آید. به عبارت دیگر، قدر متیقن در وقف این است که در وقف به نحو مؤبد، مالکیت واقف زائل می‌گردد، اما دلیلی بر انتقال مالکیت موقوفه به موقوف‌علیه یا خداوند وجود ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۱۹۲/۲ و ۲۳۳). در نقد این دیدگاه می‌توان گفت که محدودیت تصرفات واقف در عین و منفعت مال موقوفه حتی در وقف به نحو مؤبد، نمی‌تواند لزوماً به معنای منتفی شدن مالکیت وی نسبت به مال باشد؛ چرا که اختیار انجام تصرفات حقوقی در عین و منفعت مال، از لوازم ملکیت طلق است، نه ملکیت محبوس و موقوف. لذا انتفاء آثار و لوازم ملکیت طلق، نمی‌تواند به معنای انتفاء ملکیت موقوف و مقید باشد.

۲-۱-۴. انتقال مالکیت به شخص حقوقی موقوفه

قانون‌گذار برای نخستین بار در سال ۱۳۵۴ به موجب قانون اوقاف، موقوفات عام را واجد شخصیت حقوقی معرفی نمود. پس از آن در سال ۱۳۶۳ این ویژگی را در خصوص موقوفات خاص نیز به رسمیت شناخت؛ در حالی که شخصیت حقوقی به عنوان یک نهاد حقوقی مستقل تا پیش از این، مورد تصریح فقها قرار نگرفته بود. به موجب ماده ۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳:

«هر موقوفه دارای شخصیت حقوقی است و متولی یا سازمان حسب مورد، نماینده آن می‌باشد».

در تعریف شخصیت حقوقی می‌توان گفت آن موضوع و موجودی است که از نظر علم حقوق، صلاحیت و قابلیت دارا شدن حقوق و تکالیف را دارد و شخص حقیقی طبیعی نیز نمی‌باشد (صفار، ۱۳۷۳: ۸۲). از جمله ویژگی‌های شخصیت حقوقی علاوه بر تابعیت و اقامتگاه منحصر به فرد، داشتن «دارایی مستقل» است؛ چرا که دارایی عبارت است از مجموع حقوق و تکالیف مالی شخص، و اشخاص حقوقی نیز شایستگی و

اهلیت دارا شدن حقوق و تکالیف مالی را دارند^۱ و به همین دلیل می‌توانند دارایی داشته باشند. به موجب قانون مزبور و آیین‌نامه اجرایی آن، موقوفه می‌تواند مالک شود و حساب بانکی جداگانه به نام موقوفه برای آن افتتاح می‌گردد و وجوه اهدایی و نذورات و وجوه حاصل از فروش اموال منقول زائد بر احتیاج آن، به حساب (دارایی) موقوفه منظور می‌گردد. با تصویب این قانون، این مسئله که مال موقوفه در تملک چه کسی می‌باشد، برطرف گردیده است؛ چرا که بر اساس آن، به مجرد اینکه مال یا اموالی مورد وقف قرار می‌گیرد، به حکم قانون یک شخصیت حقوقی به وجود می‌آید. این شخص دارای یک سازمان حقوقی است که می‌تواند دارایی مستقل داشته باشد و در نتیجه، رقبات موقوفه به دارایی آن منتقل می‌شود (داراب‌پور، ۱۳۹۱: ۳۲۹؛ باریکلو، ۱۳۹۰: ۲۳۵؛ پارساپور، ۱۳۸۰: ۹۳). لذا می‌توان گفت که در اثر وقف، مالکیت عین موقوفه به شخص حقوقی وقف منتقل می‌گردد.

به نظر می‌رسد در حقوق مصر نیز همین دیدگاه، مورد پذیرش نظام حقوقی این کشور است. به موجب بند ۳ ماده ۵۲ قانون مدنی مصر که در مقام احصاء اشخاص حقوقی است، وقف‌ها شخص حقوقی محسوب می‌شوند. همچنین به موجب ماده ۵۳ همین قانون، از جمله ویژگی‌های شخص حقوقی، دارا بودن وضعیت مالی مستقل و نیز اهلیت است و طبق این ماده، شخص حقوقی در چارچوب محدودیت‌های مقرر قانونی، از همه حقوق بهره‌مند است، به استثنای حقوقی که ملازم طبیعت انسان است و به عقیده حقوق دانان مصر، این اشخاص حقوقی مانند هر شخصی، واجد دارایی مستقل و اهلیت تملک بوده و ضمان مالی بر عهده‌شان قرار می‌گیرد (خفیف، ۲۰۱۰: ۱۷). بنابراین در صورتی که وجود شخصیت حقوقی را برای وقف بپذیریم، نتیجه آن خواهد بود که عین موقوفه، متعلق به شخص حقوقی موقوفه است و موقوف علیه حق دارد در طول حیات خود از منفعت آن عین بهره‌مند و منتفع گردد. همچنین نماینده این شخص حقوقی که مالک آن است، یعنی ناظر وقف، حق اداره موقوفه را دارد (سنهوری، ۱۹۹۷: ۲۷/۱).

۱. ماده ۵۸۸ ق.ت.ت.: «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است، مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد؛ مانند حقوق و وظایف ابوت و نبوت و امثال ذلک».

بنابراین با ملاک قرار دادن تعریف وصیت تملیکی و با عنایت به اینکه طبق اصول کلی حقوقی، موصی له می‌تواند شخص حقوقی باشد (خفیف، ۲۰۱۰: ۳۰۸؛ ابوزهره، ۱۹۵۰: ۷۸-۷۷؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۲۷۸)، می‌توان گفت که وصیت به وقف در نظام حقوقی و تقنینی کنونی ایران و مصر، به اعتبار تملیک عین مال موصی به شخص حقوقی موقوفه، جزء وصایای تملیکی محسوب می‌شود. توضیح آنکه به موجب انشاء وصیت به وقف توسط موصی، عین مال از دارایی وی خارج شده و در عین حال، یک شخصیت حقوقی محقق گردیده و مال موقوفه به دارایی آن منتقل می‌شود. در نتیجه، وصیت به وقف متضمن تملیک مجانی عین مال به دیگری (شخص حقوقی موقوفه) برای پس از فوت است و از این حیث، تعریف وصیت تملیکی بر آن صدق می‌نماید.

۲-۱-۲. وقف معلق

در خصوص ماهیت وصیت به وقف، احتمال دیگری نیز بیان شده مبنی بر اینکه این عمل حقوقی، یکی از اقسام وصیت نیست، بلکه در واقع نوعی وقف است که معلق به فوت واقف گردیده است. در حالی که باید توجه داشت درباره وضعیت حقوقی وقف معلق از حیث صحت یا بطلان، اختلاف نظر وجود دارد. در نتیجه ضروری است که وضعیت حقوقی وقف معلق از نظر فقهی و حقوقی بررسی شود.

۲-۱-۲-۱. مفهوم عقد معلق

طبق ماده ۱۸۹ ق.م.:

«عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء، موقوف به امر دیگری نباشد، و الا معلق خواهد بود».

منظور از تعلیق، وابسته ساختن تحقق عمل حقوقی - اعم از عقد یا ایقاع - به امر احتمالی است که در اصطلاح، شرط تعلیق یا معلق علیه نامیده می‌شود. به عبارت دیگر، تعلیق در برابر تنجیز، وابسته نمودن مقتضاً و نتیجه عمل حقوقی به تحقق یا حصول امر دیگری است. در عقد معلق، طرفین اراده خود (انشاء) را به طور منجز بیان می‌دارند، ولی تأثیر آن (منشأ) را موقوف به امر احتمالی دیگری می‌کنند تا پس از وقوع شرط تحقق یابد.

۲-۲-۱۲. وضعیت حقوقی وقف معلق

قانون مدنی در باب وقف، راجع به وضعیت حقوقی وقف معلق ساکت است. اکثریت قریب به اتفاق فقها در هنگام بحث از شرایط وقف، تنجیز را از جمله شرایط صحت وقف می‌دانند (عاملی جزینی، ۱۳۸۱: ۲۶۴/۲؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۳۰۲/۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۹: ۲۸۴/۹؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۱: ۲۰۷/۳؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۵۰/۳؛ علامه حلی، بی‌تا: ۴۳۳/۲؛ موسوی اصفهانی، ۱۳۸۰: ۵۳۳/۱) و بر این اساس معتقدند در صورتی که واقف، وقف را معلق بر شرط یا صفتی نماید، باطل خواهد بود. این عده از فقها تنها در صورتی وقف معلق را می‌پذیرند که شرط تعلیق مورد نظر واقع شده باشد و واقف نیز عالم به وقوع آن باشد و با علم به وقوع آن شرط، وقف را انشاء نماید. به عقیده ایشان، دلیل بطلان وقف معلق آن است که صیغه وقف باید سبب تام برای حصول آن باشد، در حالی که با معلق نمودن وقف بر شرط، وقف به مجرد انشاء واقف واقع نخواهد شد؛ چرا که در این صورت با انشاء وقف، آثار عقد بر آن مترتب نخواهد شد و این امر به معنای بطلان آن خواهد بود.

به همین ترتیب، عده‌ای از فقها وقف معلق بر فوت واقف را نیز باطل می‌دانند. بنابراین در صورتی که واقف بگوید: «زمانی که مردم، این مال وقف است»، ظاهر این است که وقف باطل است؛ چرا که معلق بر شرطی گردیده است (عاملی جزینی، ۱۳۸۱: ۲۶۳/۲). طبق تحلیل این عده، چنین عبارتی فی‌نفسه دلالت بر آن دارد که به موجب صیغه‌ای که اکنون جاری شده است، وقف بعد از فوت به وجود آید و این امر مستلزم بطلان وقف است؛ چرا که با تعلیق وقف بر فوت، صرف قصد انشاء واقف، سبب تامه وقوع عقد نیست، بلکه حدوث فوت (شرط) نیز جزئی از آن سبب خواهد بود (کرکی عاملی، ۱۴۰۸: ۳۸/۹). اما به عقیده بسیاری از فقها در صورتی که از چنین عبارتی وصیت به وقف فهمیده شود، قصد انشاء فرد متوفی محمول بر وصیت به وقف خواهد بود و لذا عمل به مفاد این وصیت واجب است و مال پس از فوت فرد وقف می‌گردد؛ چرا که تصرفات حقوقی معلق بر فوت، وصیت محسوب می‌شود، در نتیجه قول متوفی نیز حمل بر وصیت می‌شود؛ چرا که اصل بر صحت است (حسینی عمیدی، ۱۴۱۶: ۱۳۱/۲؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۰۰: ۲۴۴/۲؛ مغنیه، ۱۳۸۶: ۵۹۲؛ تبریزی، ۱۳۸۵: ۲۸۴/۱). هرچند در مقابل،

قائلان به بطلان وقف معلق بر فوت اظهار داشته‌اند که چنین عبارتی دلالت بر وصیت به وقف نیز ندارد؛ زیرا چنین عباراتی از سوی شارع و عرف به عنوان صیغه انشاء وصیت وضع نگردیده است و لذا نمی‌توان احکام شرعی وصیت را بر الفاظی که هیچ دلالتی بر مقصود ندارد، جاری نمود. در نتیجه از آنجا که استعمال چنین صیغه‌ای برای انشاء وصیت، استعمال مجازی است، جریان اصل صحت در صیغه مذکور، موجب نمی‌گردد که آن را حمل بر وصیت نماییم، مگر اینکه قرینه‌ای به آن منضم گردد که دلالت بر وصیت بودن آن نماید (کرکی عاملی، ۱۴۰۸: ۳۸/۹).

در تصحیح وقف معلق بر فوت از نظر فقهی می‌توان گفت که اولاً از عبارات فقهایی که قائل به بطلان تعلیق وقف - از جمله وقف معلق بر فوت واقف - گردیده‌اند فهمیده می‌شود که به عقیده ایشان، تعلیق معطوف به انشاء است. به عبارت دیگر، آنچه بر آن استدلال کرده‌اند، بر فرض برگشت تعلیق به «انشاء» وقف بوده است که بطلان وقف معلق و نیز هر عقد معلق دیگری در این فرض پذیرفتنی است (قبولی درافشان و قبولی، ۱۳۹۲: ۹۰)؛ چرا که در صورت تعلیق در انشاء، قصد انشاء وجود ندارد و عقد فاقد قصد انشاء نیز باطل است.^۱ حال آنکه در مانحن‌فیه آنچه مقصود است، وقف معلق با تعلیق در منشأ است و در این فرض، قصد انشاء معلق نیست، بلکه اثر و نتیجه انشاء (منشأ) تا حصول شرط معلق است و این موجبی برای بطلان عمل حقوقی به شمار نمی‌رود. ثانیاً تعلیق منشأ، منافاتی با جزمیت در انشاء اعمال حقوقی ندارد؛ زیرا آنچه باید از جزمیت برخوردار باشد، انشاء است و در کلیه عقود معلق، جزم در انشاء وجود دارد و از طرف دیگر، جزم در منشأ و اثر عقد ضرورت ندارد؛ زیرا منشأ اصولاً تالی‌تلیو انشاء است (امامی نمینی، ۱۳۸۳: ۲۷). ثالثاً در پاسخ به ایراد منافات تعلیق با سببیت عقد و اینکه تعلیق در عقد، مانع تأثیر سبب است، گفته‌اند که با معلق نمودن وقف نیز این عمل حقوقی به صورت بالفعل محقق گردیده است، منتها آثار آن در آینده در صورت حصول شرط تعلیق حاصل خواهد شد و لذا معلق نمودن وقف، منافاتی با انشاء و ایجاد آن نخواهد داشت (مغنیه، ۱۹۶۶: ۶۴/۵). به دیگر سخن، اثر صیغه وقف، انشاء مطلق

۱. هرچند برخی فقها و حقوق‌دانان نه تنها تعلیق در منشأ را پذیرفته‌اند، بلکه تعلیق در انشاء را نیز به صراحت قبول کرده‌اند (ر.ک: امامی نمینی، ۱۳۸۳: ۲۳؛ قبولی درافشان و قبولی، ۱۳۹۲: ۸۳ و ۸۷).

وقف است و همان طور که می‌تواند سبب انشاء وقف منجز باشد، ممکن است سبب انشاء وقف معلق نیز باشد. بنابراین وقف معلق نیز همچون وقف منجز صحیح و نافذ است و در نتیجه، تعلیق با سببیت عقد منافات ندارد و اشکالی از لحاظ مقارنت سبب و مسبب ایجاد نمی‌گردد. از نظر حقوقی نیز می‌توان گفت که قانون مدنی در مقام بیان مصادیق عقد معلق باطل، تنها به ضمان معلق، نکاح معلق و طلاق معلق به طور استثنایی تصریح نموده، در حالی که در مقررات باب وقف، به بطلان وقف معلق اشاره نکرده است. بنابراین سکوت مقنن در مقام بیان و اصل تفسیر مضیق احکام استثنایی، اقتضا دارد که وقف معلق را صحیح بدانیم. در نتیجه، هر دو رویکرد فقهی و حقوقی در امتداد یکدیگر، مؤید صحت وقف معلق می‌باشد.

وانگهی راه حل دومی که در خصوص مسئله قابل طرح است، توجیه وقف معلق بر فوت از طریق حمل آن بر وصیت به وقف است. این تحلیل چنان که در سطور پیشین نیز به آن اشاره شد، نه تنها از پشتوانه فقهی برخوردار است (حسینی عمیدی، ۱۴۱۶: ۱۳۱/۲)، بلکه رویکرد حقوقی نیز همسو با آن است. توضیح آنکه یکی از اصول تفسیر در حقوق قراردادهای این است که هر گاه الفاظ عقد در عرف، معانی گوناگون داشته باشد، طبق اصل صحت باید آن را حمل بر معنایی کرد که در آن صورت، عقد صحیح تلقی شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۱۳). اجرای اصل صحت در وقف معلق بر فوت واقف نیز مستلزم آن است که آن را حمل بر وصیت به وقف نماییم که به عنوان یکی از انواع وصیت از سوی فقها و حقوق دانان به رسمیت شناخته شده است. در نتیجه چون طبق تعریف وصیت، انشاء هر تصرف مجانی که اثر آن معلق به فوت انشاکننده باشد، وصیت محسوب می‌شود (همو، ۱۳۸۲: ۲۷)، وقف معلق بر فوت نیز محمول بر وصیت و صحیح خواهد بود. در حقوق مصر نیز علی‌رغم اینکه به عقیده حقوق دانان این کشور، منجز بودن از جمله شرایط وقف است، اما در صورتی که وقف معلق بر فوت واقف باشد، ماهیت این وقف (لفظاً) دگرگون گردیده و ماهیتاً تبدیل به وصیت می‌شود و محکوم به حکم وصیت خواهد بود. به همین دلیل نیز این وقف از ثلث ترکه اجرا می‌گردد (زحیلی، ۱۹۹۸: ۱۷۴ و ۱۷۸؛ عامر، ۲۰۰۶: ۲۳۷ و ۲۹۹)؛ چرا که در عقود و تصرفات حقوقی، معنا و مسمّا ملاک است، نه الفاظ و اسامی (سربیتی، ۱۹۹۷: ۱۷۶). در نهایت

می‌توان گفت صرف‌نظر از اینکه طبق ادله مذکور در فوق اثبات گردید که به طور کلی قول به صحت وقف معلق از نظر فقهی و حقوقی خالی از وجه نیست، با تفسیر اراده واقف در وقف معلق به فوت (که موضوع اصلی بحث ماست) و حمل آن بر «وصیت به وقف» به عنوان یکی از مصادیق وصیت نیز می‌توان قائل به صحت وقف معلق بر فوت گردید.

۲-۲. ماهیت از لحاظ عقد یا ایقاع بودن

وصیت به وقف به عنوان تصرفی حقوقی از جانب موصی، ناگزیر باید در قالب عقد یا ایقاع جای گیرد. سؤالی که در این مبحث به دنبال پاسخ به آن هستیم، این است که آیا عمل حقوقی موضوع وصیت (وقف)، تعیین‌کننده ماهیت آن است و یا اینکه ماهیت وصیت به وقف تابع صورت انشاء آن (وصیت) خواهد بود؟ لذا ماهیت وصیت به وقف از این زاویه، از دو منظر قابل بررسی است.

۱-۲-۲. تبعیت وصیت از عمل حقوقی موضوع آن

برخی حقوق‌دانان معتقدند که در وصیت، قاعده‌ای تحت عنوان «قاعده تابعیت وصیت از عمل حقوقی» حکمفرماست. توضیح آنکه طبق این قاعده، وصیت تنها شکل ویژه‌ای از تصرف بوده و فاقد استقلال است و ماهیت‌های گوناگونی که در قالب وصیت، معلق به فوت می‌شوند، اصالت خود را حفظ می‌کنند و بر حسب طبیعت و ماهیت عملی که به موجب وصیت انشاء می‌شود، ممکن است عقد یا ایقاع باشد. لذا به عنوان مثال، ابراء معلق به فوت نیاز به قبول ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۴۹-۵۰؛ همو، ۱۳۹۳: ۳/۳۰۴ و ۳۰۶). در نتیجه بر اساس این قاعده، برای تعیین ماهیت وصیت به وقف باید ابتدا ماهیت «وقف» را تعیین تکلیف کنیم.

۱-۱-۲-۲. نظریه عقد بودن

حقوق‌دانان غالباً معتقدند که وقف از جمله عقود معین است که برای انعقاد، نیاز به ایجاب و قبول دارد. دلیل احتیاج وقف به ایجاب و قبول نیز آن است که وقف، مجرد فک ملک نبوده، بلکه از موارد تملیک است و از آنجا که تملیک به شخص دیگر،

منوط به رضایت و قبول اوست و بدون قبول، تمامیت سبب مشکوک بوده و مقتضای اصل، عدم حصول سبب است، بنابراین کلیه لوازمی که در تحقق عقود شرط است، در وقف نیز جاری است (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۴۸؛ امامی، ۱۳۷۵: ۶۹/۱؛ پارسایور، ۱۳۸۰: ۷۶).

در میان فقها نیز عده‌ای بر این باورند که وقف جزء عقود لازم است و لذا هر آنچه در سایر عقود لازم شرط است، از جمله قبول، در وقف نیز جزء شرایط صحت آن می‌باشد (محقق سبزواری، بی‌تا: ۱۳۹؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۳۰۱/۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۹: ۴۴۱/۲). همچنین در این میان، برخی این قول را منتسب به اجماع فقها نموده (کرکی عاملی، ۱۴۰۸: ۱۳-۱۲/۹؛ طباطبایی حائری، ۱۴۰۹: ۲۳۵/۲؛ همو، ۱۴۱۹: ۲۷۵-۲۷۶/۹) و برخی نیز آن را نظر مشهور فقهی در خصوص ماهیت وقف دانسته‌اند (آل کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۷۲/۵). علامه حلی نیز در برخی تألیفات خود، وقف را از جمله عقود به شمار آورده است؛ چرا که هنگام احصاء شرایط صحت وقف، علاوه بر قصد قربت و قبض موقوفه، قبول را نیز از جمله شرایط وقف دانسته است (علامه حلی، ۱۴۱۱: ۱۲۷؛ همو، ۱۴۱۳: ۳۸۹/۱). ادله‌ای که قائلان این دیدگاه بیان می‌دارند، عبارت است از اینکه اولاً عین یا منفعت مال به سبب اراده ابتدایی یک طرف و بدون قبول طرف دیگر به ملکیت او داخل نمی‌شود. ثانیاً در صورتی که وقف را از اقسام ایقاع بدانیم، نباید رد آن موجب بطلان آن گردد، در حالی که این نظر با آنچه فقها بدان تصریح کرده‌اند که وقف با رد و عدم قبول باطل است، منافات دارد. ثالثاً اصول عملیه، شرطیت قبول را اقتضا می‌کند؛ چرا که در وقف، رابطه‌ای حقوقی بین دو طرف ایجاد می‌شود و در روابط حقوقی که دو طرف را به یکدیگر مرتبط می‌کند، اصل بر عدم ترتب آثار عقد در صورت عدم قبول طرف مقابل است (نجفی، ۱۳۹۶: ۶/۲۸).

۲-۱-۲. نظریه ایقاع بودن

به اعتقاد برخی حقوق‌دانان، وقف از ایقاعاتی است که بر مبنای احسان بنا نهاده شده است. طبق تحلیل ایشان باید میان انواع «قبول»، یعنی قبول تأسیسی و قبول امضایی (تصویبی) قائل به تفکیک شد. قبولی که در عقود جزء ارکان آن است، قبولی است که جنبه تأسیسی نسبت به آثار عقد دارد و جزء لاینفک عقد به عنوان سبب آثار

حقوقی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۲۳۲/۴)؛ در حالی که در تبرعات مبتنی بر احسان مانند وقف، قبول موقوف علیه یا متولی، قبول تصویبی است و جنبه امضاء احسان را دارد و قبول امضایی، جزء سبب (عقد) محسوب نمی‌شود. از آنجا که حقیقت عرفیه وقف بر پایه احسان قرار دارد و در موارد احسان نیز عرفاً زمینه رضای نوعی وجود دارد و غلبه با قبول احسان است نه رد آن، قبول امضایی محقق است، پس نیاز به قبول تأسیسی نیست (همان: ۳۸۳/۵ و ۴۱۰). در نتیجه، وقف از ایقاعات است و نیاز به قبول ندارد، اما رد موقوف علیهم در آن مؤثر است؛ زیرا رد احسان رواست.

دیدگاه ایقاع بودن وقف در میان فقها نیز طرفداران بسیاری دارد (طوسی، ۱۴۰۰: ۵۹۵؛ همو، ۱۴۱۷: ۵۳۷/۳؛ ابن بزاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۸۶/۲؛ محقق حلی، ۱۴۱۰: ۱۵۶؛ ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۲۲۴) تا حدی که برخی آن را منتسب به اجماع فقها می‌دانند و معتقد به عدم قول خلاف در این مسئله هستند (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۹۸/۱؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۵۷/۳). برخی فقها با استناد به ادله‌ای که وقف را از اقسام صدقه به شمار آورده، معتقدند که تبرعات و صدقات، قائم به شخص معطی و صدقه‌دهنده‌اند و از جمله لوازم تحقق آن‌ها در عالم خارج، رد نکردن آن‌هاست و اخذ آن‌ها از جمله لوازم تکوینی برای تحقق این امر است، نه اینکه قبول در انشاء آن شرط باشد و مانند سایر عقود که به اعتقاد مشهور فقها، مرکب از ایجاب و قبول است، وقف نیز عقدی مرکب از ایجاب و قبول باشد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۶: ۱۳/۲۲). در میان فقهای متأخر نیز عده‌ای معتقدند که قول قوی‌تر در میان نظرات این است که وقف، اعم از وقف عام و وقف خاص، نیاز به قبول ندارد؛ هرچند که از باب احتیاط بهتر است قبول را جزء شرایط وقف بدانیم و آن را رعایت کنیم (موسوی خمینی، ۱۳۹۲: ۳۰۱). عده‌ای نیز با توجه به سکوت روایات مذکور در باب وقف در خصوص شرطیت قبول، معتقدند قول اظهر این است که وقف ایقاع است (مشکینی، ۱۴۳۲: ۴۴۸/۲؛ بحرانی، ۱۳۶۳: ۱۳۲/۲۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۳۰: ۱۷/۱۸)؛ علاوه بر اینکه وقف، تصرفی حقوقی از نوع اخراج مال از ملکیت است که با اراده یکجانبه مالک صورت می‌پذیرد (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۱۱/۶۰). علاوه بر این دلایل، در تقویت این دیدگاه گفته شده که اولاً عموماً وقف دلالت بر آن دارد که در وقف قبول شرط نیست؛ ثانیاً اصل بر عدم شرطیت است؛ ثالثاً عدم شرطیت قبول طبقات بعدی موقوف علیهم

بلااشکال پذیرفته شده است، در حالی که در خصوص قبول وقف، تفاوتی میان طبقه موجود موقوف علیهم و طبقات بعدی وجود ندارد و چنانچه قبول طبقات لاحق در وقف شرط نباشد، قبول طبقه موجود نیز نیاز نیست (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۱۸۶/۲؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۴: ۱۶-۱۷). طبق فتوای فقهای حنفی نیز رکن تحقق وقف، ایجاب صادره از جانب واقف است که بر انشاء وقف دلالت کند، اما قبول موقوف علیهم از جمله ارکان وقف نیست. در نتیجه در صورت سکوت موقوف علیهم نیز حق انتفاع از منافع موقوفه به سود ایشان ایجاد می‌شود؛ چرا که آن مال به صرف ایجاب واقف، وقف می‌گردد (ابوزهرة، ۱۹۷۱: ۵۵).

۲-۲-۳. نظریه تفصیل بین وقف خاص و وقف عام

گروهی از فقها قائل به تفکیک میان وقف عام و وقف خاص گردیده‌اند. به عقیده این عده در صورتی که وقف بر موقوف علیه مشخص باشد، قبول مقارن با ایجاب، شرط صحت وقف است. اما در وقف بر غیر محصور مانند وقف بر فقرا و نیز وقف بر جهات عام مانند وقف بر مساجد، قبول وقف نه تنها از جانب موقوف علیهم به دلیل عدم امکان قبول تمام آن‌ها شرط نیست، بلکه قبول حاکم نیز لازم نیست (علامه حلی، ۱۴۲۱: ۳/۲۹۰ و ۲۹۳؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۷۸: ۲/۳۷۸؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۱: ۳/۲۰۷). ایشان در توجیه این تفکیک اظهار می‌دارند که در وقف بر شخص یا اشخاص معین، اولاً قبول توسط موقوف علیهم ممکن است؛ ثانیاً ملکیت موقوفه به موقوف علیهم منتقل می‌شود و تملیک به دیگری منوط به رضایت اوست؛ ثالثاً در صورت تردید در تمامیت سبب وقف بدون قبول، و در نتیجه شک در ازاله ملکیت واقف، باید ملکیت او را استصحاب کنیم. اما در وقف بر جهات عام یا وقف بر عده‌ای غیر محصور مانند وقف بر فقیران، قبول وقف شرط نیست؛ چرا که در این فرض، اولاً اثر وقف فک ملک است و از این جهت به عتق شبیه است و لذا صرف ایجاب برای انشاء آن کفایت می‌کند؛ ثانیاً در وقف عام، ملکیت موقوفه به خداوند منتقل می‌شود (عاملی جبعی، ۱۳۸۲: ۵/۳۱۳؛ همو، ۱۴۱۰: ۳/۱۶۵)؛ ثالثاً در وقف بر عده‌ای غیر محصور، اساساً قبول وقف توسط همگی ایشان متصور نیست، هرچند که قبول از جانب حاکم یا ناظر منصوب از سوی او

ممکن باشد؛ چرا که ناظر وقف، طرف عقد یا ولیّ او محسوب نمی‌شود و ولایت حاکم نیز در موارد این‌چنینی ثابت نخواهد بود؛ همچنان که هبه مال به عده‌ای از افراد، با قبول از جانب حاکم محقق نخواهد شد (خوانساری، ۱۳۷۰: ۴/۴). ایراد مهمی که بر این نظریه وارد می‌باشد، آن است که چنانچه قائل به تفصیل شویم و بگوییم که در وقف خاص قبول شرط است، در حالی که در وقف بر جهات عام قبول شرط نیست، در این صورت، وقف دو ماهیت خواهد داشت؛ یک ماهیت عقدی و یک ماهیت ایقاعی. در حالی که این با وحدت ماهیت اعمال حقوقی منافات دارد و لذا اصل وحدت ماهیت اعمال حقوقی اقتضا می‌کند که قبول را در وقف - اعم از وقف عام و خاص - شرط بدانیم (نجفی، ۱۳۹۶: ۷/۲۸).

۴-۱-۲-۲. دیدگاه منتخب در قانون ایران و مصر

قانون مدنی ایران در ماده ۵۶ دیدگاه طرفداران عقد بودن وقف را پذیرفته است؛ چرا که تحقق وقف را منوط به قبول طبقه اول موقوف‌علیهم در وقف خاص و قبول حاکم در وقف عام نموده است. با این حال باید گفت که در وقف از همان ابتدا تراضی که در عقود دیگر مطرح می‌شود، مطمح نظر نبوده است؛ چرا که واقف مستقلاً هر آنچه را که خواست، مقرر نموده و انجام می‌دهد^۱ و موقوف‌علیهم فقط به آن عمل حقوقی ملحق می‌شوند، به ویژه اگر این وقف در قالب وصیت انشاء شود (داراب‌پور، ۱۳۹۱: ۲۹۰). بر همین اساس نیز برخی حقوق‌دانان عنوان کرده‌اند که اگر قرار باشد وقف، عقد به شمار آید و قبول در آن شرط باشد، یک نوع عقد الحاقی محسوب می‌شود که شرط تشکیل سازمان وقف است (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۵۹/۳).

بر اساس دیدگاه پذیرفته‌شده در حقوق مصر، وقف همچون وصیت، تصرف حقوقی است که با اراده انشایی شخص واحد یعنی اراده انشایی خود واقف انجام می‌شود

۱. ماده ۵۶ ق.م.م.: «وقف واقع می‌شود به ایجاب از طرف واقف به هر لفظی که صراحتاً دلالت بر معنی آن کند، و قبول طبقه اول از موقوف‌علیهم یا قائم‌مقام قانونی آن‌ها در صورتی که محصور باشند، مثل وقف بر اولاد؛ و اگر موقوف‌علیهم غیر محصور یا وقف بر مصالح عامه باشد، در این صورت قبول حاکم شرط است.»

۲. «الوقف علی حسب ما یوقفها أهلها».

(سنه‌وری، ۱۹۹۸: ۳۴۸/۹) و قبول، شرط صحت وقف و یا شرط ایجاد حق برای موقوف علیهم نیز محسوب نمی‌شود، خواه موقوف علیهم معین باشند و خواه نامعین و غیر محصور باشند. به علاوه، وقف با رد موقوف علیهم باطل نمی‌گردد و قبول یا رد ایشان اثر یکسانی دارد؛ چرا که رکن وقف (انشاء واقف) محقق گردیده است. قانون‌گذار مصر نیز به تبعیت از فتاوی فقهای حنفی، به موجب ماده ۹ قانون شماره ۴۸ مصوب سال ۱۹۶۴ دربارهٔ وقف،^۱ این دیدگاه را پذیرفته است؛ زیرا قبول را شرط صحت وقف یا شرط استحقاق موقوف علیهم ندانسته است (سریتی، ۱۹۹۷: ۱۷۳). البته ماده ۹ قانون مذکور در صورتی که وقف بر اشخاص حقوقی باشد که دارای نمایندهٔ قانونی هستند، قبول نمایندهٔ قانونی را شرط دانسته است؛ مانند وقف بر دانشگاه. مبنای این مقرر را سد ذرایع دانسته‌اند تا از دخالت واقفان با مقاصد واهی در امور این اشخاص حقوقی که متولی خدمات عمومی به جامعه هستند یا تلاش جهت تسلط بر آنها، جلوگیری به عمل آید (زحیلی، ۱۴۱۸: ۷۶۰۶/۱۰).

به عنوان براینده این مبحث می‌توان گفت که برای تعیین ماهیت «وصیت به وقف» از حیث عقد یا ایقاع بودن بر اساس قاعدهٔ تبعیت وصیت از عمل حقوقی موضوع آن، ماهیت آن بسته به پذیرش هر یک از نظریات راجع به ماهیت وقف، متفاوت خواهد بود. در نتیجه با عنایت به اینکه قانون مدنی ایران طبق نص ماده ۵۶، وقف را مطلقاً عقد دانسته باید گفت که وصیت به وقف بر اساس قاعدهٔ تبعیت، در حقوق ایران ماهیت عقدی دارد. اما در حقوق مصر با توجه به اینکه قانون‌گذار این کشور در ماده ۹ قانون شماره ۴۸ مصوب سال ۱۹۶۴ دربارهٔ وقف، قبول وقف را جز در برخی موارد، شرط ندانسته است، باید گفت که وصیت به وقف بر اساس قاعدهٔ مذکور اصولاً ایقاع محسوب می‌شود، مگر در وصیت به وقف به سود اشخاص حقوقی که دارای نمایندهٔ قانونی باشند که عقد به شمار می‌آید.

۱. مادهٔ ۹ قانون بأحكام الوقف رقم ۴۸ لسنة ۱۹۴۶: «لا يشترط القبول في صحّة الوقف، ولا يشترط كذلك في الاستحقاق ما لم يكن الموقوف عليه جهة لها من يمثلها قانوناً، فإنه يشترط في استحقاقها القبول. فإن لم يقبل من يمثلها، انتقل الاستحقاق لمن يليها متى وجد، وإن لم يوجد أصلاً أخذ الموقوف حكم الوقف المنتهي المبين في المادة ۱۷».

۲-۲-۲. استقلال وصیت

قاعده تبعیت وصیت از عمل حقوقی موضوع آن به عنوان یک نظریه در وصیت، از سوی برخی حقوق‌دانان مورد اشاره قرار گرفته است، بدون اینکه مستندی فقهی بر این قاعده ارائه نمایند و با تتبع در متون فقهی باب وصیت نیز می‌توان دریافت که اشاره‌ای به چنین قاعده‌ای در وصیت نشده است و فقها قائل به این قاعده در وصیت نیستند. از طرف دیگر، وصیت عمل حقوقی مستقلی است که در کنار سایر اعمال حقوقی، در قانون از آن نام برده شده و قانون‌گذار نیز همچون سایر اعمال حقوقی، احکام ویژه و اختصاصی برای آن در نظر گرفته است. بنابراین در مقابل نظریه تبعیت وصیت می‌توان این نظریه متقابل^۱ را ارائه نمود که وصیت به عنوان یک عمل حقوقی مستقل و بالاصاله باید مبنای بررسی باشد. به عبارت دیگر، برای تعیین تکلیف در خصوص عقد یا ایقاع بودن وصیت، صورت انشاء عمل حقوقی ملاک است نه محتوای آن. چنین نتیجه‌ای بعضاً در سایر اعمال حقوقی نیز پذیرفته شده است؛ برای مثال، این طریق سنجش را در صلح نیز شاهد هستیم؛ به عقیده فقها، صلح عقد مستقل است و به سایر عقود برگشت نمی‌کند؛ اگرچه فایده آن عقود را افاده نماید. به همین جهت نیز مطلقاً نیازمند ایجاب و قبول است، حتی در جایی که اثر ابراء و اسقاط حق را افاده کند (موسوی خمینی، ۱۳۹۲: ۲۳۵). همچنان که قانون مدنی نیز در مواد ۷۵۸^۲ و ۷۶۰^۳ از این دیدگاه پیروی کرده است. حقوق‌دانان قائل به نظریه تبعیت وصیت، کارکردی مشابه با کارکرد صلح را برای وصیت قائل‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۳۰۳/۲؛ همو، ۱۳۸۲: ۴۹-۵۰) و منطق حقوق، دوگانگی میان احکام را نمی‌پذیرد. علاوه بر صلح، در موارد دیگری نیز اتخاذ چنین منطقی ملاحظه می‌شود؛ برای مثال، بیع صرف از جمله عقود عینی است که طبق ماده ۳۶۴ ق.م.، قبض شرط صحت آن است؛ اما به عقیده فقها در مبادله طلا و نقره با یکدیگر، در صورتی قبض و اقباض شرط صحت است که این مبادله در قالب عقد

1. Antithesis

۲. ماده ۷۵۸ ق.م. «صلح در مقام معاملات، هرچند نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده است، می‌دهد، لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد. بنابراین اگر مورد صلح عین باشد، در مقابل عوض، نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود، بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجرا شود».
۳. ماده ۷۶۰ ق.م. «صلح عقد لازم است، اگرچه در مقام عقود جایزه واقع شده باشد...».

«بیع» صورت گیرد، والا اگر این مبادله به موجب سایر عقود مانند صلح و هبه معوض و معاوضه و امثال آن انجام شود، قبض شرط صحت آن نخواهد بود (موسوی خمینی، ۱۳۸۸: ۵۷۳/۱؛ موسوی اصفهانی، ۱۳۸۰: ۳۶۴/۱؛ صافی گلپایگانی، ۱۳۸۵: ۳۳۱/۱). علت حکم نیز آن است که هر یک از این عقود، ماهیتی اصیل و منحصر به فرد بوده و احکام اختصاصی آن‌ها به اعمال حقوقی دیگر سرایت نمی‌کند، ولو اینکه اثر آن عمل حقوقی را داشته باشد. همین علت در وصیت نیز وجود دارد؛ چرا که به عنوان یک عمل حقوقی مستقل و در کنار سایر عقود معین در قانون به رسمیت شناخته شده و احکام ویژه‌ای به آن اختصاص داده شده است و لذا در تعیین ماهیت آن باید خود وصیت، قطع نظر از عمل حقوقی موضوع آن، ملاک دانسته شود. در نتیجه با عنایت به اینکه در مباحث پیشین این پژوهش، اثبات گردید که وصیت به وقف در حقوق ایران و مصر ماهیتاً به عنوان یکی از اقسام وصیت تملیکی به شمار می‌آید و در خصوص وصیت تملیکی نیز نظریه ایقاع بودن، مورد پذیرش اکثریت حقوق‌دانان و فقهاست (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۱۵؛ قاسم‌زاده، ۱۳۹۴: ۹۲ و ۱۱۴؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۴۲۴؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۸: ۹۵/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰: ۷۱۳/۲؛ موسوی خویی، ۱۳۸۰: ۲۲۵/۲؛ ابوزهرة، ۱۹۵۰: ۱۵؛ سربتی، ۱۹۹۷: ۲۶)،^۱ طبق این تحلیل باید گفت که وصیت به وقف، از جمله ایقاعات محسوب می‌شود.

نتیجه‌گیری

علی‌رغم اینکه مفهوم دقیق و مشخصی از وصیت به وقف از سوی فقیهان و حقوق‌دانان ارائه نگردیده است، می‌توان گفت که وصیت به وقف در مفهوم مصطلح، تصرفی

۱. بر اساس نظریه ایقاع بودن وصیت تملیکی، عمل حقوقی وصیت با انشاء موسی و مرگ او محقق می‌شود و قبول وی به عنوان رکن تحقق وصیت شرط نیست و سایر آثار حقوقی وصیت غیر از تملیک، مانند ممنوعیت تبدیل و تغییر آن: «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ...» (بقره / ۱۸۱)، بدون قبول نیز بر آن مترتب می‌گردد، اما قبول موسی له یا نماینده قانونی آن - در صورتی که موسی له شخص حقوقی باشد، شرط تحقق تملیک موسی به می‌باشد. ولی در هر حال قبول وصیت، قبول اثر ایقاعی است که موسی آن را انشاء کرده است، نه قبول ایجاب آن (قبول عقدی) و قبول ایجاب وصیت، غیر از قبول وصیت است (قاسم‌زاده، ۱۳۹۴: ۹۲ و ۱۱۴).

حقوقی است که به موجب آن موصی ثلث اموال خود را برای پس از فوت خود به نفع شخص یا اشخاص معین و یا بر جهتی از جهات عامه خیر وقف می نماید، به نحوی که ثلث ترکه به محض فوت وی و به سبب اراده انشایی مستقیم او و بدون نیاز به تعیین و مداخله وصی، وقف گردد. با وجود مخالفت برخی فقها با این طریقه انشاء وصیت به وقف، از نظر حقوق دانان، این شیوه انشاء وصیت به وقف صحیح است. علاوه بر اصل حاکمیت اراده که به اشخاص، آزادی در گزینش طریق انشاء معاملات خود را می دهد، در کلام فقهای که مخالف وصیت به وقف بدین طریق هستند نیز دلیل خاصی غیر از ادله عمومی بطلان وقف معلق، مبنی بر بطلان این شیوه یا منع شارع از آن ارائه نگردیده است که این ادله استنادی نیز در موضع خود در مباحث پیشین مردود گردید و لذا می توان به استناد حدیث «کُلُّ شَیْءٍ مُّطْلَقٌ حَتَّى یُرَدَّ فِیْهِ نَهْیٌ»، قائل به جواز و اباحه این طریق انشاء وصیت به وقف گردید.

ماهیت وصیت به وقف از دو منظر قابل بررسی است:

از منظر نخست در خصوص اینکه این عمل حقوقی، واجد ماهیت کدام یک از اعمال حقوقی مذکور در قانون مدنی است، دو احتمال قابل بررسی است: احتمال اول اینکه با عنایت به ماده ۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳ و مواد ۵۲ و ۵۳ قانون مدنی مصر که برای هر موقوفه - اعم از عام و خاص - شخصیت حقوقی قائل گردیده و از مختصات شخص حقوقی، داشتن دارایی مستقل و اهلیت تملک می باشد، لذا به موجب وصیت به وقف، عین مال موصی به شخص حقوقی موقوفه تملیک می گردد و در نتیجه وصیت به وقف، نوعی وصیت تملیکی محسوب می شود. احتمال دوم حاکی از آن است که وصیت به وقف، صرفاً نوعی حبس عین و تسبیل ثمره است که معلق بر فوت مالک مال موقوفه گردیده است و علی رغم اینکه وقف معلق در سایر فروض آن باطل است، استثنائاً وقتی که معلق بر فوت باشد، صحیح دانسته شده است؛ چرا که متفاهم عرف از چنین وقتی که معلق بر فوت مالک گردیده است، «وصیت» به وقف می باشد. در نتیجه می توان گفت که وقف معلق بر فوت، ماهیتاً «وصیت» است، هر چند که لفظاً با صیغه وقف انشاء گردیده باشد. بنابراین به عنوان برابند مباحث می توان گفت علی رغم دیدگاه حقوق دانان

و فقها که وصیت به وقف را جزء هیچ یک از وصایای تملیکی و عهدی نمی‌دانند، بلکه آن را ذیل قسم سومی از وصایا یعنی وصیت فکّی بررسی می‌نمایند، در نظام تقنینی کنونی ایران و مصر، وصیت به وقف از مصادیق وصیت تملیکی محسوب می‌شود.

از منظر دوم، جهت تعیین ماهیت وصیت به وقف از حیث عقد یا ایقاع بودن، براساس دو مبنا می‌توان اظهار نظر نمود؛ طبق مبنای اول برای تعیین تکلیف در خصوص ماهیت آن، باید ماهیت عمل حقوقی موضوع وصیت (یعنی وقف) مشخص گردد و وصیت به وقف تابع آن خواهد بود. در نتیجه علی‌رغم نظرات مختلفی که راجع به عقد یا ایقاع بودن وقف بیان گردیده، نظر به اینکه قانون مدنی ایران وقف را از جمله عقود محسوب نموده است، وصیت به وقف نیز ماهیت عقدی خواهد داشت؛ اما در حقوق مصر چون وقف از جمله تصرفات حقوقی یکجانبه محسوب می‌شود، لذا وصیت به وقف نیز اصولاً ایقاع به شمار می‌رود. ولی حسب مبنای دوم، وصیت به وقف یک تصرف حقوقی مستقل است، قطع نظر از عمل حقوقی که متضمن آن است. در نتیجه این مبنا، وصیت به وقف در حقوق ایران و مصر ایقاع محسوب می‌شود؛ چون وصیت در هر دو نظام حقوقی، جزء ایقاعات است.

در نهایت از نظر نگارندگان این پژوهش، نظر به اینکه وصیت به وقف ماهیتاً یکی از اقسام وصیت محسوب می‌شود و قانون‌گذار نیز تحت عنوانی مستقل به وصیت و احکام آن پرداخته است و در خصوص وصیت به وقف، احکام خاصه وصیت از جمله محاسبه آن از ثلث جاری است، لذا از سایر جنبه‌ها نیز نمی‌توان آن را به طور مطلق محکوم به حکم وقف دانست، بلکه باید خود وصیت به عنوان نهاد حقوقی منحصر به فرد مبنای نظر قرار گیرد. در نتیجه چون وصیت به وقف ماهیتاً یکی از اقسام وصایای تملیکی است و وصیت تملیکی نیز عمل حقوقی ایقاعی محسوب می‌شود، می‌توان وصیت به وقف را نیز ایقاع دانست.

کتاب شناسی

۱. آل کاشف الغطاء، محمدحسین بن محمدرضا، تحریرالمجله، قم، فیروزآبادی، ۱۳۶۱ ش.
۲. ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن بزّاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، المهذب فی الفقه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۴. ابن زهره حلبی، عزالدین سیدحمزة بن علی حسینی، غنیه النزوع الی علمی الاصول والفروع، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۷ ق.
۵. ابن فهد حلّی، جمال الدین احمد بن محمد، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۶. ابوزهره، محمد، شرح قانون الوصیه، چاپ دوم، قاهره، مکتبه الانجلو المصریه، ۱۹۵۰ م.
۷. همو، محاضرات فی الوقف، چاپ دوم، بیروت، دار الفکر العربی، ۱۹۷۱ م.
۸. ابوصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین، الکافی فی الفقه، تصحیح رضا استادی، اصفهان، کتابخانه امیرالمؤمنین (علیه السلام)، ۱۴۰۳ ق.
۹. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ هفدهم، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۵ ش.
۱۰. امامی نمینی، محمود، «بطلان یا صحت تعلیق در اعمال حقوقی»، فصلنامه مطالعات اسلامی، شماره ۶۳، بهار ۱۳۸۳ ش.
۱۱. باریکلو، علیرضا، اموال و حقوق مالی، تهران، سمت، ۱۳۹۰ ش.
۱۲. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۳ ش.
۱۳. بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۰ ش.
۱۴. پارساپور، محمدباقر، گزیده‌ای از حقوق اموال، قم، اشراق، ۱۳۸۰ ش.
۱۵. تبریزی، جواد بن علی، صراط النجاة، قم، دار الصدیقه الشهیده، ۱۳۸۵ ش.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق؛ دائرة المعارف عمومی حقوق، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۱ ش.
۱۷. همو، حقوق اموال، ویراست دوم، چاپ ششم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۱۸. همو، حقوق مدنی؛ وصیت، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰ ش.
۱۹. حسینی شیرازی، سیدمحمد، الفقه، چاپ دوم، بیروت، دار العلوم، ۱۴۰۹ ق.
۲۰. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد بن محمد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۳۰ ق.
۲۱. حسینی عمیدی، سیدعمیدالدین عبدالمطلب بن محمد اعرج، کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۲۲. خفیف، علی، احکام الوصیه، قاهره، دار الفکر العربی، ۲۰۱۰ م.
۲۳. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، تهران، صدوق، ۱۳۷۰ ش.
۲۴. داراب‌پور، مهربان، حقوق مدنی ۲؛ حقوق اموال و مالکیت - تصرف و وقف، تهران، جنگل، ۱۳۹۱ ش.
۲۵. زحیلی، وهبة بن مصطفى، الفقه الاسلامی وادلته، دمشق، دار الفکر، ۱۴۱۸ ق.
۲۶. همو، الوصایا و الوقف فی الفقه الاسلامی، بیروت، دار الفکر المعاصر، ۱۹۹۸ م.

۲۷. سرخسی، شمس‌الائمة ابوبکر محمد بن احمد بن ابی سهل، المبسوط، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۰۶ ق.
۲۸. سرتی، عبدالودود محمد، الوصایا والوقف والموارث فی الشریعة الاسلامیه، بیروت، دار النهضة العربیه، ۱۹۹۷ م.
۲۹. سمرقندی، ابومنصور علاء‌الدین محمد بن احمد، تحفه الفقهاء، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۴ ق.
۳۰. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۹۸ م.
۳۱. همو، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۹۷ م.
۳۲. سیوری حلی (فاضل مقداد)، جمال‌الدین مقداد بن عبدالله، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۳۳. صافی گلپایگانی، لطف‌الله، هدیة العباد، قم، دار القرآن الکریم، ۱۳۸۵ ش.
۳۴. صفار، محمدجواد، شخصیت حقوقی، تهران، دانا، ۱۳۷۳ ش.
۳۵. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، الشرح الصغیر فی شرح المختصر النافع، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ ق.
۳۶. همو، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالادلة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۳۷. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، منهاج الصالحین، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۰۰ ق.
۳۸. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۰ ش.
۳۹. همو، ملحقات العروة الوثقی (تکملة العروة الوثقی)، قم، داوری، ۱۳۷۸ ش.
۴۰. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۴۱. همو، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۴۲. همو، کتاب الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۴۳. عامر، عبداللطیف محمد، احکام الوصایا والوقف، قاهره، مكتبة وهبه، ۲۰۰۶ م.
۴۴. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۴۵. همو، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ۱۳۸۲ ش.
۴۶. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۱ ش.
۴۷. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ارشاد الازهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۴۸. همو، تبصرة المتعلمین فی احکام الدین، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۴۹. همو، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه، مشهد، مؤسسه آل‌البتی، ۱۳۷۸ ش.
۵۰. همو، تذکرة الفقهاء، تهران، مرتضویه، بی تا.
۵۱. همو، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۵۲. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة (الوقف والصدقة والوصیة والایمان والنذور والعهد والکفارات والصدقة والذباحة)، قم، مرکز فقه الائمة الاطهار، ۱۴۲۴ ق.
۵۳. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۷۸ ش.

۵۴. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، *مفاتیح الشرائع*، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۴۰۱ ق.
۵۵. قاسم زاده، سید مرتضی، *حقوق مدنی؛ حق شفعه، وصیت و ارث*، چاپ دوم، تهران، دادگستر، ۱۳۹۴ ش.
۵۶. قبولی درافشان، سید محمد تقی، و سید محمد هادی قبولی، «بازشناسی تعلیق در انشاء در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران»، *دوفصلنامه آموزه‌های فقه مدنی*، سال پنجم، شماره ۷، بهار و تابستان ۱۳۹۲ ش.
۵۷. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی؛ عقود معین*، چاپ دهم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۳ ش.
۵۸. همو، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، ویراست چهارم، چاپ سی و ششم، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۵۹. همو، *وصیت در حقوق مدنی ایران*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۲ ش.
۶۰. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل البیت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.
۶۱. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *المختصر النافع فی فقه الامامیه*، تهران، بعثت، ۱۴۱۰ ق.
۶۲. همو، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، تهران، استقلال، ۱۴۰۹ ق.
۶۳. محقق داماد، سید مصطفی، *بررسی فقهی و حقوقی وصیت*، چاپ سوم، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۸ ش.
۶۴. محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، *کفایة الاحکام*، اصفهان، مدرسه صدر، بی تا.
۶۵. مشکینی، علی، *التعلیقة الاستدلالية علی تحریر الوسیله*، بیروت، دار الحدیث، ۱۴۳۲ ق.
۶۶. مغنیه، محمد جواد، *الفقه علی المذاهب الخمسه*، ترجمه کاظم پورجوادی، چاپ پنجم، تهران، جهاد دانشگاهی، ۱۳۸۶ ش.
۶۷. همو، *فقه الامام جعفر الصادق (علیه السلام)*، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۹۶۶ م.
۶۸. موسوی اصفهانی، سید ابوالحسن، *وسیلة النجاة (مع تعالیق الامام الخمینی)*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۰ ش.
۶۹. موسوی خمینی، سید روح‌الله، *تحریر الوسیله*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۸ ش.
۷۰. همو، *نجاة العباد*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲ ش.
۷۱. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، چاپ هشتم، نجف، مطبعة النعمان، ۱۳۸۰ ش.
۷۲. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، قم، دفتر معظم له، ۱۴۱۶ ق.
۷۳. نجفی، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام (وقف‌ها و صلوقه‌ها)*، ترجمه اکبر نائب زاده، تهران، خرسندی، ۱۳۹۶ ش.

جایگاه ضرر غیر مستقیم در حقوق ایران و انگلیس*

- مجتبی زمانی^۱
- سهیل طاهری^۲
- پژمان پیروزی^۳
- علیرضا مظلوم رهنی^۴

چکیده

تحقق مسئولیت مدنی، نیازمند احراز سه رکن ضرر، فعل زیانبار و رابطه سببیت است. گفته شده که از میان سه رکن یادشده، نقش «ضرر» از سایر ارکان پررنگ‌تر است. به طور کلی، حقوق ضرری را قابل جبران می‌داند که دارای

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۷/۲۸ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۷/۹.

۱. دکتری حقوق خصوصی دانشکده علوم انسانی دانشگاه آزاد اسلامی (واحد شهر قدس - ایران) (نویسنده مسئول) (m.zamani24062@gmail.com).
۲. استادیار دانشکده حقوق دانشکده علوم انسانی دانشگاه آزاد اسلامی (واحد شهر قدس - ایران) (s.taheri@godsiau.ac.ir).
۳. استادیار دانشکده حقوق دانشکده علوم انسانی دانشگاه آزاد اسلامی (واحد شهر قدس - ایران) (p.piruzi@godsiau.ac.ir).
۴. استادیار دانشکده حقوق دانشکده علوم انسانی دانشگاه آزاد اسلامی (واحد شهر قدس - ایران) (a.mazloom@godsiau.ac.ir).

شرایط و ضوابط خاصی باشد. همچنان که در حقوق ایران «مستقیم بودن ضرر»، و در حقوق انگلیس «دور نبودن زیان»، از جمله شرایط ضرر قابل جبران معرفی شده است. در سیستم حقوقی ایران، اگر ضرری به طور غیر مستقیم و باواسطه به شخص یا مال وارد گردد، این ضرر قابل جبران نیست و دلیل این امر آن است که در انتساب ضرر غیر مستقیم به فاعل زیان تردید وجود دارد. رویکرد حقوق ایران و انگلیس نسبت به ضررهای باواسطه یکسان نیست. مفهوم ضرر غیر مستقیم در حقوق ایران، وابسته به رکن سببیت است. در حالی که در حقوق انگلستان، مفهوم ضرر غیر مستقیم ارتباط تنگاتنگی با قاعده قابلیت پیش‌بینی ضرر دارد. در حقوق ایران، اصل بر غیر قابل جبران بودن ضرر غیر مستقیم است، لیکن در حقوق انگلیس، ضرر غیر مستقیم در غالب موارد قابل جبران است. نوشته حاضر ضمن تبیین جایگاه ضرر غیر مستقیم، امکان جبران استثنایی ضرر غیر مستقیم را در حقوق ایران مطرح نموده است.

واژگان کلیدی: ضرر، خسارت، غیرمستقیم، باواسطه، دوری زیان، سببیت.

مقدمه

نهاد مسئولیت مدنی و جبران خسارت، سابقه‌ای دیرینه دارد. از دیرباز مسئله جبران زیان یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های حقوق‌دانان در حوزه مسئولیت مدنی بوده است. چه در گذشته که جبران خسارت با محدودیت‌های بیشتری مواجه بود و چه امروزه که حقوق‌دانان تمایل به جبران کامل خسارت دارند، جبران ضرر هیچ‌گاه بدون حد و مرز و مطلق نبوده است. نظام‌های حقوقی برای مسئولیت مدنی و قابلیت جبران ضرر همواره ارکان و شرایطی را در نظر گرفته‌اند. هدف از تعیین این ارکان و شرایط، اجرای صحیح عدالت و جلوگیری از تضییع حقوق زیان‌دیده و فاعل زیان است. نظام حقوقی ایران و انگلیس نیز از این قاعده پیروی نموده و جبران خسارت را به نحو مضیق و محدود پذیرفته است. با وجود اینکه سیستم حقوقی ایران در مقام مقایسه با سیستم حقوقی فرانسه و انگلیس، شباهت بیشتری به حقوق فرانسه دارد، اما در امر جبران خسارت به طور کامل از این کشور پیروی نکرده است. از جهت محدودیت‌های پیش روی ضرر، حقوق ایران را باید شبیه نظام حقوقی انگلیس دانست. در حقوق ایران، پرداخت خسارت اصل نیست و در صورت تخلف از انجام تعهدات قراردادی، اجرای

اصل تعهد اولویت دارد. به عبارت دیگر در ایران، پرداخت خسارت یک امر ثانوی و فرعی است. در حالی که در انگلستان، جبران خسارت به عنوان یک قاعده اصلی پذیرفته شده است.

«مستقیم بودن ضرر» به عنوان یکی از شرایط ضرر قابل جبران، از جمله قواعدی است که در حقوق ایران، پرداخت خسارت را با محدودیت مواجه می‌کند. با وجود اینکه امروزه نظام‌های حقوقی تمایل دارند با توسل به اصل جبران کامل خسارت، ضررهای بیشتری را جبران نموده و کمتر خسارتی را جبران نشده باقی گذارند، تحقق این اصل تحت شرایطی با محدودیت مواجه شده است. غالب نظام‌های حقوقی بر این مسئله تأکید نموده‌اند که تنها ضررهایی را می‌توان جبران نمود که بدون واسطه و مستقیماً ناشی از فعل زیانبار باشند. در سیستم حقوق انگلیس نیز به تبعیت از نظام حقوقی کامن‌لا، محدودیت‌هایی برای جبران ضرر وجود دارد؛ از جمله اینکه گفته می‌شود برای جبران خسارت، ضرر وارده نباید از فعل زیانبار «دور»^۱ باشد.

با وجود این محدودیت‌ها، تمایل دکتین حقوقی دو کشور بر این است که همگام با حقوق روز دنیا، ضررهای بیشتری را جبران نموده و کمتر زیانی را جبران نشده باقی گذارد. حقوق دانان با ارائه نظریات جدید، سعی در پاسخ‌گویی به نیازهای روز جامعه دارند و در شرایط حاضر، نیاز به ایجاد تحول در حوزه مسئولیت مدنی بسیار محسوس و انکارناپذیر است. قواعد و شرایط حقوق مسئولیت را باید بازبینی کرده و یا از نو نوشت. از جمله قواعدی که نیاز به بازنگری مجدد آن احساس می‌شود، قواعد مربوط به ضرر قابل جبران و شرط مستقیم بودن ضرر است. هدف از این بازنگری، تسهیل جبران خسارت و امکان اعمال اصل جبران کامل خسارت است.

۱. ضرر غیر مستقیم

«ضرر غیر مستقیم»^۲ «خسارت تبعی»^۳ (بادینی و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۰۳)، «خسارت

1. Remote.
2. Indirect Loss.
3. Consequential damage.

متعاقب»^۱ (نعیمی، ۱۳۹۰: ۲۵۲) یا «ضرر کمانه کرده»^۲ (زوردن، ۱۳۹۴: ۱۸۲) هنگامی اتفاق می‌افتد که ضررها یکی پس از دیگری و متعاقباً حادث شوند؛ هر ضرر معلول ضرر قبلی است و این سلسله ممکن است بارها و بارها تکرار شود.^۳ در ضرر مستقیم، بین ضرر و فعل منشأ ضرر، رابطه علیت محسوس وجود دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۴۱۶)؛ اما در ضرر غیر مستقیم، رابطه سببیت عرفی بین فعل عامل زیان و خسارت وارده وجود ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۷۸؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۳: ۱۰۴؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۱: ۲۲۱؛ حیاتی، ۱۳۹۲: ۱۴۱؛ باریکلو، ۱۳۹۶: ۸۹؛ سماواتی، ۱۳۸۰: ۲۸). در فقه هم به این مطلب اشاره شده است (رشتی، ۱۴۰۸: ۴۰؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۴۹/۳۷؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۴۳۵). بنابراین ملاک تشخیص ضرر مستقیم و غیر مستقیم در حقوق ایران، احراز رابطه سببیت عرفی است.

حقوق دانان ایران به تبعیت از ماده ۵۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی،^۴ گاهی به جای عبارت غیر مستقیم از عبارت «باواسطه» استفاده نموده و در تشریح آن گفته‌اند مقصود از بی‌واسطه بودن ضرر آن است که بین فعل زیانبار و ضرر، حادثه دیگری وجود نداشته باشد؛ به نحوی که عرفاً بتوان گفت ضرر از همان فعل ناشی شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۸۶). منظور از واسطه نیز صرفاً واسطه فیزیکی نیست؛ چه اینکه عرف در تشخیص واسطه‌ها، گاه امور غیر فیزیکی را مسبب وقوع حادثه می‌داند (حیاتی، ۱۳۹۲: ۱۴۱). امور اجتماعی چنان به یکدیگر پیوسته‌اند که به سختی می‌توان زیان وارده را تنها به یک علت واحد منتسب نمود (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۸۷).

در حقوق انگلستان، ضرر غیر مستقیم معنایی متفاوت از معنای آن در حقوق ایران

1. Subsequent damage.

2. Ricochet loss.

۳. شخصی در نتیجه بی‌مبالاتی یا به عمد، شخص دیگر را مجروح می‌کند و مجروح به سیاه‌زخم مبتلا می‌شود و پزشک ناچار به قطع دست او می‌شود. حادثه‌دیده در اثر قطع عضو، شغل خود را از دست می‌دهد و ندارد و تنگدست می‌شود و در اثر تنگدستی و ناداری، فرزندان او نیز از دست می‌روند. در اثر حادثه اخیر، هزینه‌های هنگفتی بابت درمان و مراسم ترحیم به زیان‌دیده تحمیل می‌شود، اما زیان ناشی از مرگ فرزندان، ضرر غیر مستقیم است (مصطفوی و امین‌زاده، ۱۳۹۰: ۶۸).

۴. «در خصوص مطالبه خسارت وارده، خواهان باید این جهت را ثابت نماید که زیان وارده بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن و یا عدم تسلیم خواسته بوده است؛ در غیر این صورت، دادگاه دعوی مطالبه خسارت را رد خواهد کرد».

دارد. به طوری که خواهیم دید، ضرر غیر مستقیم ضرورتاً یک ضرر غیر قابل جبران نیست. ممکن است ضرری با وجود اینکه در انگلستان به عنوان ضرر غیر مستقیم شناخته می‌شود، «ضرر نزدیک»^۱ به شمار آمده و بر این مبنا قابلیت جبران داشته باشد. چنین ضررهایی به طور تبعی از عملکرد زیانبار فاعل زیان ناشی می‌شوند. بنابراین ضرر مستقیم، خسارتی است که به طور طبیعی و مستقیم از نقض عهد ناشی شده و در حقوق انگلیس با عنوان Direct Loss شناخته می‌شود. در نقطه مقابل، ضرر غیر مستقیم که در حقوق انگلیس از آن با عنوان «خسارت تبعی»^۲ و «خسارت ویژه»^۳ نیز یاد شده است، عبارت از خسارتی است که نه طبق روال طبیعی و معمول، بلکه تحت تأثیر شرایط خاص ایجاد شده و به طور استثنایی قابلیت جبران دارد^۴ (Tweeddale, 2017).

۲. جایگاه ضرر غیر مستقیم در حقوق انگلیس

۱-۲. نقش ضرر غیر مستقیم در تشخیص دوری زیان

به طور کلی در کامن‌لا، ضرر غیر مستقیم معمولاً در ذیل مبحث «دوری زیان»^۵ مورد مطالعه قرار می‌گیرد. مستقیم بودن ضرر به همراه قابل پیش‌بینی بودن، ضوابطی هستند که همواره برای شناسایی «ضررهای دور»^۶ از ضررهای نزدیک به کار گرفته شده‌اند. در حقوق انگلستان طبق قاعده‌ای که از پرونده هادلی و باکسندیل^۷ استخراج می‌گردد، زیان‌دیده دو نوع خسارت را ممکن است از خواننده مطالبه کند؛ نخست،

1. Proximate loss.

2. Consequential damages.

3. Special damages.

۴. لازم به ذکر است که در کامن‌لا، دسته‌بندی دیگری از خسارت و ضرر وجود دارد که زیان‌های وارده به متضرر را به زیان اصلی و تبعی تقسیم می‌کند. خسارات اصلی، خسارات از بین رفتن ارزش مورد تعهد هستند؛ یعنی ارزشی که در نتیجه انعقاد عقد، متعهدله مالک آن می‌شود و در صورت نقض قرارداد، این ارزش از دست می‌رود. در مقابل، خسارات تبعی خساراتی هستند که نقض عهد در آن‌ها به واسطه امور، اقدامات و حوادث دیگری رخ می‌دهد.

5. Remoteness of damage.

6. Remote damages.

7. Hadley v. Baxendale.

ضررهایی که به طور مستقیم و طبیعی، نتیجه نقض عهد هستند. دوم، خسارات غیر مستقیمی که به طور طبیعی و در جریان عادی امور به وجود نمی‌آیند، اما در زمان عقد قرارداد توسط طرفین مورد توجه قرار گرفته‌اند.^۱ این خسارات، ضررهای تبعی هستند که گرچه ممکن است وقوع آن‌ها در جریان عادی امور حادث نشود، لیکن به جهت اینکه در زمان انعقاد قرارداد به آگاهی طرفین رسیده‌اند، قابل جبران هستند (Ashley & Others, 2014: 262). طرفین می‌توانند این ضررها را به عنوان نتیجه احتمالی نقض قرارداد پیش‌بینی کنند. فرض اولیه این است که در حقوق انگلستان، هر دو ضرر مندرج در قاعده هادلی و باکسندیل اعم از مستقیم و غیر مستقیم، قابلیت جبران خواهند داشت؛ اما احتمال عدم جبران نیز وجود دارد (Jarva, 2017).

بنابراین در نظام حقوقی انگلیس، با دو نوع خسارت غیر مستقیم مواجه هستیم؛ یک دسته از خسارات غیر مستقیم در ردیف خسارات قابل جبران هستند که به خسارت‌های خاص یا تبعی معروف‌اند. دسته دیگر که قابلیت جبران ندارند، خسارات دور یا بعید نامیده می‌شوند (Coulthard & Cifelli, 2017).

در رویه قضایی انگلیس، به مرور پذیرفته شده که نوع ضرر باید قابل پیش‌بینی باشد. با این حال، «دور از ذهن و مهجور نبودن»^۲ همواره به عنوان یکی از قواعد چهارچوبی ناظر به احکام خسارت جبرانی در کل سیستم‌های قضایی تابع کامن‌لا، اعمال و پذیرفته شده است. در برخی از کتب و یا توسط قضات، «دور نبودن» به نحوی در کنار شرط حتمیت قرار گرفته و گاهی عنوان قابل پیش‌بینی بودن جایگزین آن شده است که این امر، موجب خلط عناوینی چون شرط حتمیت و قابل پیش‌بینی بودن ضرر با ضرر غیرمستقیم شده است (صالحی، ۱۳۹۰: ۱۵۲) تا جایی که در رویه کنونی انگلستان نمی‌توان به طور قاطع گفت که مستقیم بودن از شروط زیان قابل جبران است. اگرچه این شرط به طور کلی از سیستم حقوقی انگلیس حذف نشده، لیکن بسیار کم‌رنگ شده است و با وجود شرط قابل پیش‌بینی بودن، معنا و مفهوم پیدا می‌کند (Harpwood, 2009: 170). واقعیت این است که قابل پیش‌بینی بودن، معیاری برای

1. <<https://brodies.com/blog/corporate/loss-profit-direct-indirect-loss>>.

2. Far from mind and falsehood.

شناسایی ضررهای غیر مستقیم قابل جبران است. بنابراین ضررهای دور یا غیر مستقیم، زیان‌های استثنایی و نامتعارفی هستند که چنانچه به طور عادی قابل پیش‌بینی نباشند، قابلیت جبران ندارند (Suff, 2000: 118).

۲-۲. قابلیت جبران ضرر غیر مستقیم در حقوق انگلیس

مطابق مقررات انگلیس، متضرر از قرارداد همواره کلیه خسارات ناشی از نقض را وصول نخواهد کرد؛ چه اینکه ناقض قرارداد، مسئولیتی نسبت به ضررهای غیر معمول و دور ندارد، حتی اگر ثابت شود که این ضررها در اثر نقض قرارداد محقق شده است. لیکن اگر ثابت شود که ناقض قرارداد در هنگام وقوع عقد از شرایط خاص و غیر معمولی که خسارت طرف مقابل را رقم خواهند زد، آگاهی داشته است، این خسارات می‌توانند به عنوان ضرر غیر مستقیم قابل جبران باشند (Jarva, 2017).

در کامن‌لا ضرورت مستقیم بودن ضرر، مختص ضررهایی است که عمدی نباشند. در مورد زیان‌های عمدی، فاعل زیان مسئول تمامی نتایج عمل زیانبار خویش اعم از مستقیم و غیر مستقیم است (Honore, 1995: 102). امروزه در جایی که ضرر ناشی از نقض وظیفه مراقبت^۱ خوانده است، زیان‌زننده مسئول جبران ضررهای غیر مستقیم است و در این گونه موارد، قابلیت پیش‌بینی زیان نیز تأثیری ندارد. اما اگر خسارات دور ناشی از نقض وظیفه خوانده نباشند، تنها در صورتی قابل جبران‌اند که قابل پیش‌بینی بوده باشند (نوبن، ۱۳۹۲: ۳۵۶؛ Elliott & Quinn, 2001: 109).

امنیت شخصی، منافع مالی و منافع صرف اقتصادی، از جمله منافع غیر مستقیمی هستند که در حقوق انگلستان مورد حمایت قانون می‌باشند (Gray, 1999: 1/243). البته در مورد حمایت از ضرر اقتصادی، محدودیت به مراتب بیشتر است (Weir, 2006: 191). در کامن‌لا قوانین موضوعه، حدود اقدامات تجاری قانونی و غیر قانونی را تعیین می‌کنند. بنابراین محاکم باید در چهارچوب مقررات موضوعه، حکم به جبران خسارات اقتصادی بدهند. منافع اقتصادی ناشی از ضرر وارده به اموال و اشخاص را باید از ضررهای اقتصادی محض تفکیک نمود؛ برای مثال، در دعوای اسپارتمان استیل علیه

1. Duty of care.

مارتین^۱ تفکیک خسارات غیر مستقیم وارده به اموال و ضرر اقتصادی محض را می‌توان ملاحظه نمود. در این دعوی بر اثر بی‌احتیاطی خواننده، کابل برق کارخانه خواهان که به تولید و فروش ظروف استیل اشتغال داشت، قطع شد. در نتیجه این بی‌احتیاطی خواننده، کوره‌های ذوب آهن کارخانه از حرکت افتاد و آهن مذاب آن، سرد و منقبض شد. خواهان علیه خواننده طرح دعوی نمود و خسارت ناشی از سفت شدن آهن کوره، ضرر سودی که از فروش ظروف تولیدشده با آهن مذاب به دست می‌آمد و ضرر مورد انتظاری را که کارخانه در مدت قطع برق از آن محروم شده بود، مطالبه کرد. لیکن دادگاه صرفاً نسبت به جبران دو ضرر اول، خواننده را محکوم نمود و خسارت سوم را قابل جبران ندانست.^۲ البته در کامن‌لا معمولاً رویه واحدی برای جبران ضررهای غیرمستقیم وجود ندارد (Coulthard & Cifelli, 2017).

در انگلستان چنانچه عامل زیان منحصر به فرد باشد، معیاری که از آن برای احراز مسئولیت یا عدم مسئولیت خواننده استفاده می‌شود، معیار «اگر نبود» است (Harpwood, 2009: 162; Knutsen, 2009: 158). این معیار متضمن این معناست که ضرر وارده به وجود نمی‌آمد، مگر با دخالت خواننده. اگر با به کار بردن این معیار، خواننده مسبب حادثه زیانبار تشخیص داده شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عدم رعایت احتیاط متعارف و معقول خود است (Stephenson, 2000: 137). با این حال، طرفین می‌توانند مسئولیت خود را نسبت به جبران ضرر غیر مستقیم محدود کنند. این امر از طریق درج «شرط محدودکننده»^۳ خسارات تبعی یا ویژه صورت می‌پذیرد. چنانچه یکی از طرفین بخواهد نسبت به ضررهای غیر مستقیم یا تبعی مسئولیت نداشته باشد،

1. Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.
2. The Court of Appeal, consisting of Lord Denning MR, Edmund-Davies LJ and Lawton LJ delivered a majority judgment (Edmund-Davies LJ dissenting), that the Spartan Steel could only recover the damages to their furnaces, the metal they had to discard and the profit lost on the discarded metal. They could not recover the profits lost due to the factory not being operational for 15 hours. Their main reasoning for this was that while the metal was physical damage and the lost profits was “directly consequential” upon the damage, the profits lost due to the blackout constituted “pure economic loss”.
3. Limitation clause.

باید با پیش‌بینی این گونه ضررها و درج شرط تحدیدکننده، مسئولیت خود را محدود نماید. بدیهی است که عدم توجه به این امر و غفلت از درج چنین شرطی ممکن است طرف زیان‌دیده را از دریافت خسارت محروم نماید (Jarva, 2017); برای مثال، عدم‌النفع ناشی از نقض قرارداد همیشه ضرر غیر مستقیم نیست، بلکه می‌تواند به عنوان ضرر مستقیم مورد شناسایی دادگاه واقع شود. یعنی ممکن است با وجود اینکه طرفین، مسئولیت ناقض قرارداد را نسبت به جبران ضرر غیر مستقیم ساقط کرده‌اند، باز هم او مجبور شود جبران خسارات مذکور را به عهده بگیرد. (Coulthard & Cifelli, 2017).

درج شرط حذف زیان تبعی به این معناست که طرفین حق خود را نسبت به مطالبه ضررهای تحت شمول قسمت دوم قاعده هادلی حذف نموده‌اند. شاید طرفین تصور کنند که با درج این شرط، زیان از دست دادن سود نیز حذف می‌شود؛ در حالی که طبق قاعده، زیان از دست دادن سود یک زیان مستقیم به شمار می‌رود. همچنان که در قضیه دیپارک^۱ دادگاه تصریح کرد که درج شرط حذف زیان تبعی، باعث حذف مطالبات ثابت و هزینه‌های کلیدی ناشی از انفجار در کارخانه متانول برای متقاضی نمی‌شود (Eldridge & Rudd, 2009).

۳. جایگاه ضرر غیر مستقیم در فقه و حقوق ایران

۳-۱. جایگاه ضرر غیر مستقیم در فقه

اصطلاح «ضرر غیر مستقیم» به مفهومی که در مبحث شرایط ضرر قابل جبران در ذیل رکن اول مسئولیت مدنی آمده است، در فقه سابقه‌ای ندارد. اما عبارات برخی از فقها، حاکی از تأکید ایشان بر لزوم مستقیم بودن ضرر در شرایط و اوضاع و احوال خاص است (آل کاشف‌الغطاء، ۱۳۶۱: ۱۴۱/۳). سابقه بحث را باید در مبحث سببیت و تعدد اسباب (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۴۰/۴؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۵۴/۳۷) یا در بیان مصادیق عدم‌النفع جستجو کرد؛ چه اینکه در فقه، ضرر غیر مستقیم مصادیقی از عدم‌النفع است و در

1. Deepak Fertilisers & Petrochemical Corporation v. Davy McKee (London) Ltd.; ICI Chemicals and Polymers Ltd. CA Bailii, 1998.

پذیرش این مصادیق نیز اتفاق نظر وجود ندارد.

۳-۱-۱. دیدگاه مخالفان جبران ضرر غیر مستقیم در فقه

مشهور فقهای امامیه با توسل به اصل برائت و اصل عدم، جبران کامل خسارات را نپذیرفته‌اند (انصاری، ۱۴۲۵: ۳/۳۷۳؛ نجفی خوانساری، ۱۴۳۳: ۳/۴۱۸). از نظر ایشان، جبران خسارت دارای حد و مرز معینی است. حتی گفته شده که جبران ضررهای خارج از قلمرو اتلاف و ید و امثالهم و اجرای اصل لزوم جبران ضرر و اینکه ضرر فی نفسه موجبی برای پیدایش مسئولیت باشد، باعث تأسیس فقه جدیدی می‌گردد که ناچار باید عامل زیان و بیت‌المال را در قبال آن پاسخ‌گو دانست (نجفی خوانساری، ۱۴۳۳: ۳/۴۲۰). علاوه بر این، عقیده عمومی در فقه این است که عدم‌النفع اساساً ضرر نیست (عدم‌النفع لیس بضرر) و ضرر فقط در اموال محقق می‌شود، حال آنکه در عدم‌النفع مالی موجود نیست (کرکی عاملی، ۱۴۱۱: ۶/۲۶۴)؛ افزون بر آنکه مال بودن شیء، مستلزم آن است که آن شیء بتواند ما بازاء مال دیگری قرار گیرد (المال ما یبذل یا زائنه المال) (شیخ‌الشریعه اصفهانی، ۱۳۹۸: ۲۳۱؛ غروی نائینی، ۱۳۱۴: ۳/۳۶۵؛ شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵: ۱۴۹؛ ایروانی نجفی، ۱۳۸۴: ۱/۱۶۵).

عدم‌النفع در فقه، یا مربوط به از دست رفتن منفعت انسان است یا منفعت اشیاء. در مورد منفعت انسان، مشهور فقها در مورد جبران ضرری که از کسب و کار ناشی می‌شود، اعتقادی به وجود مسئولیت ندارند؛ مانند اینکه کسی مانع آن گردد که شخص کاسبی کالای خود را بفروشد (نجفی، ۱۳۶۲: ۳۷/۴۰)؛^۱ عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۲/۳۹۶؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۳/۱۶۴؛ محقق حلی، ۱۴۲۵: ۳/۱۸۵؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۸: ۲/۲۵۷). این چنین استدلال شده که حرفه و کار شخص، مالی جدای از شخصیت وی نبوده و تابع خود اوست، بنابراین قابلیت تلف ندارد (نجفی، ۱۳۶۲: ۳۷/۴۱). حتی در مورد غصب انسان آزاد نیز فقها با استناد به اصل برائت، غاصب را مسئول تلف شخصی که مورد غصب قرار گرفته، ندانسته‌اند (طوسی، ۱۴۱۱: ۳/۴۲۱).

۱. «... لا ینبغی التأمل فی عدم ضمان نقصان القيمة السوقیة، لعدم تفویت مال علیه بمباشرة أو تسبیب ومن هنا لم تضمن منافع الحرّ إجماعاً، مع أنّ قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" تأتي فيه...».
۲. «... الحرّ لا یدخل تحت البید علی وجه تدخل منفعه معه کالمال ولو شرعاً. بل منفعه فی قبضته...».

رابطه سببیت نیز موجب دیگری است که به نوبه خود شایسته تأمل بوده و برای عدم قابلیت جبران ضرر غیر مستقیم به آن استناد شده است. فقها معنای سببیت را همان شرطیت می‌دانند؛ به این معنا که اگر آن سبب نبود، خسارت نیز به بار نمی‌آمد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۵۱/۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۳۷/۴؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۵۱/۳۷؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۳: ۱۶۳/۱۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸: ۷۸؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۳۹۱/۱۳). بنابراین مشکل دیگر ضررهایی که رابطه آن‌ها با فعل زیانبار بعید دانسته می‌شود، در عدم احراز رابطه سببیت است. اگرچه فقها در آثار خود به طور صریح به شرط مستقیم بودن ضرر اشاره نکرده‌اند، لیکن هر جا که ضرر مورد بحث، مصداقی از ضرر غیر مستقیم است، برای صدور حکم به عدم جبران ضرر، به فقدان رابطه سببیت عرفی نیز استناد شده است (نجفی، ۱۳۶۲: ۴۹/۳۷؛ رشتی، ۱۴۰۸: ۱۱۰؛ حلی، ۱۴۱۹: ۶۵۸؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۶: ۱۵۸؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۸۰/۱۱؛ ابن قدامه، ۱۴۰۸: ۴۸۷).

۲-۱-۳. دیدگاه موافقان جبران ضرر غیر مستقیم در فقه

با وجود دیدگاه غالب فقها مبنی بر ضرر نبودن عدم‌النفع، محقق نائینی معتقد است عدم‌النفعی که موجبات و مقومات آن کامل شده است، ضرر محسوب می‌گردد (غروی نائینی، ۱۴۱۸: ۳۷۸). بنابراین در منع کردن دیگری از فروش کالایش نیز اضرار وجود دارد و نمی‌توان ضرر را محدود به تلف مال کرد (طباطبایی حائری، ۱۴۲۲: ۲۵۶/۱۲). سید بحرالعلوم و صاحب *مفتاح الکرامه* معتقدند که در حبس انسان صنعتگر، ضرر عظیمی نهفته است؛ زیرا ممکن است که خود محبوس یا عیال وی از گرسنگی بمیرند (حسینی

۱. «... السبب المذكور هنا غیر موافق لمعنی السبب بمعنی العلة التامة ولا السبب الاصطلاحی الذی هو ما یلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته، بل لیس هو إلا من الشرائط كما سمعت الاعتراف به من الفاضل...».

۲. «... ومن هنا يتوجه الحكم بضمان نقص القيمة السوقية للمتاع إذا حصل بمنع المالك عن بيعه ولو مع بقاء العين وصفاتها، وذكر القائل المتقدم هنا: أنه لم يضمن قطعاً، لأنّ الفأنت لیس بمال، بل اكتسابه. وهو كما ترى، لاتحاد وجه الحكم بالضمان هنا وفيما مضى، وهو صدق الإضرار المنفی شرعاً، ولیس فيه ما يقتضی تخصيص الضرر المنفی بما یكون متعلقه مالاً، ولعلّه لذا اختار الشهيد رحمته فی بعض فتاویه الضمان هنا أيضاً، وإن قوی فی الدروس عدم الضمان مطلقاً، وفاقاً للمشهور، كما فی المسالك والكفاية...».

عاملی، ۱۴۱۸: ۹۳/۱۴؛ طباطبایی حائری، ۱۴۲۲: ۲۶۳/۱۲). علاوه بر آن، حبس‌کننده را باید متعددی شمرد و مجازات عمل بدوی مقابله به مثل است که مجوزی است برای تقاص مظلوم (محقق داماد، ۱۳۷۳: ۸۷/۱)؛ پس محروم ماندن از چنین نفعی قابل تأمل است. ضمن اینکه از میان رفتن موقعیت کسب چنانچه از نظر عرف و با توجه به اوضاع و احوال، موقعیتی ممکن‌الحصول باشد، نباید در جبران آن تردید کرد. همچنان که برخی از فقها در عقد مزارعه، مزارع را ضامن کاهش محصول و کم‌کاری وی دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۳۴۳/۵).

در مورد قابل جبران نبودن زیان ناشی از حبس انسان آزاد نیز ظاهراً تردید به لحاظ عدم وجود رابطه قراردادی است؛ زیرا در صورتی که منافع انسان، موضوع قرارداد اجاره و امثال آن باشد، گفته شده که منافع انسان دارای مالیت است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۴۸/۱۲؛ حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۱۰۷/۱). برخی از فقهای معاصر نیز گرچه در بعضی مواضع در مورد منافع انسان آزاد، قائل به عدم ضمان شده‌اند (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۱۷۵/۲)، اما در مقام دیگر، عمل یک شخص آزاد را ولو اینکه کسوب نباشد، محترم و واجد مالیت شمرده‌اند (همو، ۱۳۶۳: ۲۰/۱). اما در مورد اینکه فردی مانع فروش کالای دیگری شود، قائل به عدم ضمان در خصوص کاهش قیمت کالا در زمان جلوگیری از فروش هستند (همو، ۱۳۷۹: ۱۷۵/۲).

از تدقیق در آراء فقهای مخالف جبران ضمان ناشی از عدم‌النفع انسان آزاد می‌توان به این مهم دست یافت که از نظر ایشان، جبران این گونه منافع به طور کلی مورد انکار نیست؛ بلکه این امر منوط است به اینکه منافع انسان توسط حابس مورد استیفا قرار گیرد یا اینکه منافع وی به موجب قرارداد، در تملک شخص دیگری قرار گرفته باشد (عاملی جبعی، ۱۴۲۵: ۱۵۹/۱۲). بنابراین نمی‌توان گفت که عدم‌النفع مال نیست؛ چه اینکه ارزش مال نسبی است و ممکن است مردم به خاطر نیازی که به یک چیز دارند، ارزش

۱. «... و یحتمل قویاً اختصاص ما ذکره الأصحاب بصورة عدم استلزام الحبس التفویت كما فرضناه، بل الفوات خاصة، وربما يستفاد ذلك من التذكرة، حيث إنه مع تصريحه بما ذكره الأصحاب قال -في عنوان البحث-: منفعة بدن الحرّ یضمن بالتفویت لا بالفوات انتهى. فتأمل...».

۲. «... ولو حبس صانعاً لم یضمن أجرته ما لم ینتفع به، لأن منافع فی قبضته...».

مالی برای آن قائل باشند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۹/۲) یا ممکن است امری فقط برای صاحب آن دارای ارزش باشد (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۹۵: ۲۶/۲). لذا در این باره باید ملاک عقلا (مشکینی، بی‌تا: ۴۵۶) و معیار عرف را در نظر گرفت (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۲۷۸/۳). بی‌تردید حبس یک انسان بیکاره را نمی‌توان ضرر مسلم ناشی از تفویض منافع او به‌شمار آورد. اما این امر در مورد انسانی که قابلیت درآمد بالقوه را در هر روز دارد، صادق نیست. افزون بر آنکه بسیاری از اموری که در فقه ارزش مالی نداشته، اکنون در ردیف اموال آورده می‌شود؛ برای مثال، نیروی کار در بازار امروز با پول مبادله می‌شود و همگان می‌پذیرند که چنین حرمانی را باید ضرر به‌شمار آورد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۵۴). شکی نیست که در فقه، ضررهای محتمل الحصول غیر قابل جبران‌اند. لیکن ضررهای محقق الحصول با وجود اینکه مورد موافقت مشهور قرار نگرفته‌اند، مانعی نیز در قابلیت جبران آن‌ها وجود ندارد؛ همچنان که فقیهان بنامی با توسل به قاعده لاضرر، تسبیب، بنای عقلا و... حکم به جبران آن‌ها داده‌اند. بنابراین نمی‌توان قابلیت جبران ضرر غیر مستقیم را به کلی انکار کرد؛ چه اینکه امکان جبران برخی از ضررهای غیر مستقیم به طور استثنایی مسبوق به سابقه است^۱ (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۹/۲۵۲). افزون بر اینکه با وجود نظر مشهور مبنی بر عدم پذیرش اصل جبران کامل خسارات، فقیهان برجسته‌ای نیز وجود دارند که از امکان جبران کامل خسارات طرفداری کرده‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۱/۱؛ حسینی سیستانی، ۱۳۸۹: ۱۴۳).

۲-۳. جایگاه ضرر غیر مستقیم در حقوق ایران

در حقوق ایران، اصل بر جبران‌ناپذیری ضررهای غیر مستقیم است. با این حال برای جبران برخی از ضررهای غیر مستقیم به طور استثنایی، راهکار قابل اعتنایی وجود دارد.

۱-۲-۳. اصل جبران‌ناپذیری ضرر غیر مستقیم در حقوق ایران

مهم‌ترین مانع برای عدم جبران ضرر غیر مستقیم در حقوق ایران، حکم ماده ۵۲۰

۱. بنا به روایت حلبی، از امام صادق علیه السلام سؤال می‌شود که مردی دیگری را هل می‌دهد و در اثر هل دادن، آن شخص صدمه می‌بیند، ضمن آنکه حیوان وی نیز رم کرده و باعث صدمه دیدن شخص دوم می‌شود. امام علیه السلام می‌فرماید: هل دهنده ضامن خسارت هر دو نفر است.

قانون آیین دادرسی مدنی است.^۱ صراحت حکم مندرج در ماده یادشده تا حدی است که گفته شده حتی در مورد ضررهای عمدی نیز باید مستقیم بودن را شرط دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۸۸). بنابراین در حقوق ایران شرط مستقیم بودن، یکی از شرایط ضرر قابل جبران است؛ همچنان که اکثر حقوق دانان به این امر اشاره نموده (همان: ۲۸۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۳۰۹؛ شهیدی، ۱۳۸۹: ۵۸؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۳: ۱۰۳؛ همان‌ها، ۱۳۹۷: ۹۰؛ امامی، ۱۳۷۳: ۲۴۶/۱؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۱: قاسم‌زاده، ۱۳۸۷) و مستقیم بودن را به معنای وجود رابطه سببیت عرفی بین ضرر وارده و فعل زیانبار دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۸۶؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷: ۹۱؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۱: ۲۲۱؛ حیاتی، ۱۳۹۲: ۸۹؛ باریکلو، ۱۳۹۶: ۸۹). بنابراین علت عمده جبران‌ناپذیر بودن ضرر غیر مستقیم در حقوق ایران، فقدان رابطه سببیت یا ضعیف بودن انتساب ضرر وارده به فعل زیانبار است. اگرچه حقوق دانان ما، دخالت اسباب و عوامل دیگری غیر از عمل خواننده و رعایت حال متعهد و مدیون از جهت اجتماعی را نیز در شمار دلایل عدم جبران ضرر غیر مستقیم آورده‌اند، لیکن تأکید ایشان بیشتر بر محور سببیت است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۶۵؛ شهیدی، ۱۳۸۹: ۲۷۳). بعید نیست که ارتباط دادن مفهوم قاعده مستقیم بودن به رکن سببیت در حقوق ما، ناشی از آن باشد که حقوق دانان ما با مذاقه در حقوق فرانسه، متوجه تناقضی آشکار شده‌اند؛ زیرا با وجود اینکه در حقوق فرانسه، مستقیم بودن ضرر یکی از عوامل محدودکننده جبران خسارت معرفی شده است، لیکن برخی از ضررهای غیر مستقیم به وضوح قابل جبران دانسته شده‌اند. لازم به ذکر است که در حقوق فرانسه، ضررهایی را که به واسطه تأثیر غیر مستقیم فعل زیانبار به وقوع می‌پیوندند، «ضرر کمانه کرده» می‌نامند. حقوق دانان ما در ترجمه اصطلاح "prejudice par ricochet" از عبارت «ضرر

۱. «در خصوص مطالبه خسارت وارده، خواهان باید این جهت را ثابت نماید که زیان وارده بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن یا عدم تسلیم خواسته بوده است. در غیر این صورت، دادگاه مطالبه خسارت را رد خواهد کرد».
۲. به عقیده وی، شاید علت اصلی وجود شرط «مستقیم بودن» ضرر این مهم باشد که توسعه دایره جبران ضرر و تسری آن به زیان‌های غیر مستقیم ممکن است اثر نامطلوب و سوئی در روابط اجتماعی داشته باشد و مسئولیت‌های ناخواسته‌ای را برای اشخاص ایجاد کند که امکان پاسخ‌گویی به آن‌ها فراهم نباشد.

انعکاسی» و «ضرر بازتاب یافته» استفاده نموده‌اند. گاهی نیز عبارت فوق، ضرر غیر مستقیم معنا شده است (حیاتی، ۱۳۹۲: ۱۴۲). برخی از حقوق دانان علت متوسل شدن دیگران به واژه انعکاسی، بازتاب یافته و کمانه کرده را ناشی از آن دانسته‌اند که برای حل تناقض قابل جبران بودن ضرر غیر مستقیم، راهی جز توسل به این اصطلاحات نبوده است؛ سپس به صراحت ضررهای کمانه کرده را در زمره ضررهای مستقیم آورده‌اند (همان: ۱۴۳). واقعیت این است که در حقوق فرانسه دسته‌ای از ضررها وجود دارند که در تقسیم‌بندی، داخل در ضررهای مستقیم قرار نمی‌گیرند. از طرفی، امکان قابلیت جبران آن‌ها در حقوق و رویه قضایی وجود دارد؛ مانند ضررهای مالی که در اثر فوت زیان دیده به بازماندگان متوفی وارد می‌شود. بنابراین در حقوق فرانسه نیز همانند حقوق انگلیس، عدم جبران ضرر غیر مستقیم مطلق نیست.

۲-۲-۳. امکان جبران استثنایی ضرر غیر مستقیم در حقوق ایران

امروزه یکی از مهم‌ترین اهداف حقوق مسئولیت مدنی این است که حتی الامکان ضررهای بیشتری را جبران کند (بادینی، ۱۳۸۳: ۵۵) و حقوق غالب کشورها تمایل به اجرای اصل جبران کامل خسارات دارد (بابایی، ۱۳۸۴: ۴۶). این وضعیت در کشور فرانسه به وضوح مشاهده می‌گردد (ژوردن، ۱۳۹۴: ۲۰۷). حقوق دانان ایران نیز که غالباً متأثر از حقوق کشور فرانسه هستند، با پذیرش این اصل در صددند که خود را با دیدگاه‌های نوین حقوقی در دنیا همگام نموده و راه را برای جبران خسارات بیشتری باز کنند. در راستای نیل به این هدف، برخی گفته‌اند با توجه به قاعده جواز مقابله به مثل و حاکمیت اراده می‌توان منافعی را که طرفین قرارداد به طور معقول و متعارف از اجرای قرارداد انتظار دارند، قابل جبران دانست. همچنین جبران ضررهایی که خواهان به جهت اتکاء به اجرای قرارداد متحمل شده است نیز می‌تواند در ردیف ضررهای قابل جبران قرار گیرد و بعید نیست که بتوان جبران این ضررها را ناشی از شرط ضمنی قراردادی دانست (شاهنوش فروشانی و صفری، ۱۳۹۴: ۱۵)؛ ضمن آنکه به نظر حقوق دانان ما برای جبران ضرر داوری عرف کافی است و نیازی به تصریح و حکم قانون نیست و دادگاه در هنگام صدور حکم به جبران خسارت باید بیشتر به معیار عرفی توجه داشته

باشد تا به معیارهای قانونی (عدل، ۱۳۸۵: ۱۱۳؛ یزدانیان، ۱۳۹۵: ۱۵؛ خادم سربخش و سلطانی‌نژاد، ۱۳۹۲: ۲۶). این دیدگاه در حقوق ایران برای جبران زیان‌های غیر مستقیم قابل دفاع به نظر می‌رسد؛ چه اینکه از نظر حقوق‌دانان ایران، رکن سببیت معیاری عرفی دارد و بلاواسطه بودن نیز به رکن سببیت نسبت داده شده است و بر این مبنا، برخی از مصادیق ضرر غیر مستقیم مانند ضرر معنوی،^۲ خسارات ناشی از دادرسی و صدمات وارده به بازماندگان متوفی و خسارت از خسارت در موارد خاص (همانند هزینه دادرسی دعوی خسارت) قابل جبران شناخته شده‌اند.

واقعیت این است که دسته‌ای از خسارات وجود دارند که به طور دقیق، ملحق به یکی از عناوین ضرر مستقیم یا غیر مستقیم نیستند. این زیان‌ها در وضعیتی قرار دارند که اگر با توجه به اوضاع و احوال موجود و ذوق سلیم ارزیابی گردند، نتیجه متفاوتی به دست خواهد آمد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۴۵۰؛ همو، ۱۳۹۰: ۲۴۸). عدالت قضایی نیز حکم می‌کند که عواملی مانند رابطه سببیت، مسلم بودن و قابلیت پیش‌بینی متعارف در خصوص این ضررها در نظر گرفته شود (ابراهیمی و دیگران، ۱۳۹۷: ۳۸۸). اما مشکل اساسی این است که قابل جبران دانستن این گونه خسارات، با ضوابط قانونی خصوصاً مفاد ماده ۵۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی در تعارض است.

۱. «... در مواردی هم که عرف منافع غیر حاصل را جزء منافی تشخیص می‌دهد که متعهد به واسطه عدم انجام تعهد و یا تأخیر در اجرای آن از متعهدله تفویض کرده است، باید منافع مزبور جزء خسارت منظور شده و متعهد به جبران آن محکوم گردد... در تشخیص متعارف بودن امری در عرف و عادت هم محاکم نباید امر را به طور مطلق و نسبت به عموم در نظر بگیرند؛ بلکه چون عرف و عادت نسبت به هر بلد و حتی در یک محل و هم نسبت به موضوعات متفاوت است...» (عدل، ۱۳۸۵: ۱۱۳).

۲. هرچند که در مورد خسارت معنوی غیر مستقیم در حقوق ما قاعده ثابتی وجود ندارد و جبران خسارت معنوی در حقوق ما همواره با دشواری روبه‌رو بوده است؛ خصوصاً اینکه خسارات غیر مستقیم وارد به بازماندگان، محدود به زیان‌های ناشی از فوت نیست. شوهری که همسرش در حادثه‌ای زیانبار، زیبایی‌اش را از دست می‌دهد نیز حق مطالبه خسارت معنوی را از فاعل زیان دارد. لذا برخی از محاکم فقط ضرر معنوی وارده به خویشاوندان نسبی نزدیک و همسر متوفی را پذیرفته‌اند. این رویه مطابق با منطقی و عدالت به نظر می‌رسد؛ چه اینکه اگر جبران تألمات ناشی از مرگ را موسع تفسیر کنیم، زیان‌زننده را باید در مقابل جماعتی پاسخ‌گو بدانیم (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۶۷-۲۶۹). در برخی از موارد، زیان وارده به زیان‌دیده، آثار بسیار وخیم‌تری از زیان‌های وارده به جسم و جان نافر مستقیم دارد؛ چنان که فرزند شخصی را به مرگ تهدید کنند و مادر وی بدون اینکه مستقیماً مورد آسیبی قرار گرفته باشد، از شدت ترس و استرس وارده، دچار سکته قلبی شده و جان خود را از دست بدهد.

در حقوق ما، دو راهکار برای رفع تعارض موجود قابل ارائه است که اتفاقاً هر دو راهکار با نظریه سببیت عرفی نیز سازگاری دارد:

راه حل اول این است که با وجود قبول قاعده مستقیم بودن در حقوق، وجود استثنائاتی چند را نیز بپذیریم^۱ و به این نظر قائل شویم که وجود استثنا در یک قاعده، خدشه‌ای به مبانی اصولی آن وارد نمی‌کند؛ خصوصاً اینکه مفهوم ضرر غیر مستقیم در حقوق ما به سببیت عرفی وابسته است و قابل جبران دانستن برخی از مصادیق ضرر غیر مستقیم، تاب این تفسیر را دارد. پذیرش استثنا با مبانی اجتماعی نیز سازگار است؛ چه اینکه در برخی موارد، مصالح جامعه اقتضا دارد که قاعده کلی تعدیل شود (حیدری، ۱۳۷۷: ۱۳۱؛ رشاد، ۱۳۶۷: ۱۳۶).

راهکار دوم این است که همانند حقوق انگلستان و فرانسه، وجود دسته دیگری از ضررها را بین ضررهای مستقیم و غیر مستقیم بپذیریم؛ برای مثال، ضرری را که در اثر فوت متضرر اصلی به بازماندگان واجب‌النفقه او وارد می‌شود، نمی‌توان خسارت مستقیم دانست. از سوی دیگر، غیر مستقیم دانستن آن‌ها نیز با منطق حقوقی و سببیت متعارف همخوانی ندارد. این گونه ضررها انعکاسی از فعل زیانبار هستند که در صورت عدم تحقق فعل زیانبار، حادث نمی‌شدند. ضررهای جمعی یا زیان ناشی از اعتماد متعارف و... را با حصول شرایط می‌توان در این دسته‌بندی لحاظ نمود؛ همچنان که خسارت ناشی از افت قیمت خودرو در اثر تصادف را نمی‌توان ضرر مستقیم تلقی کرد؛ چه اینکه رابطه سببیت مستقیم صرفاً بین خطای راننده بی‌احتیاط و صدمه وارده مستقر است. اما ضرر ناشی از افت خودرو، به عوامل اقتصادی و شرایط موجود در معاملات اتومبیل نیز مربوط است. لیکن عرف با وجود علم به این علل، تأثیر آن را نادیده می‌انگارد؛ چه اینکه از نظر عرف، خسارت افت قیمت خودرو، بازتاب و انعکاس ضرر مالی وارده به خودرو است.

در قوانین موضوعه نیز بعضاً این گونه ضررها قابل جبران دانسته شده‌اند؛ برای مثال ماده ۶ قانون مسئولیت مدنی به ضرر غیر مستقیم اشاره نموده و آن را قابل جبران

۱. «ما من عامٍ إلا وقد خصَّ».

دانسته است.^۱ ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان نیز کارفرما را مسئول ضررهای غیر مستقیم ناشی از نقض نابه‌جای پیمان دانسته است.^۲ همچنین در ماده ۱۳۳ قانون تجارت، مدیران شرکت‌های سهامی مسئول جبران منافع از دست‌رفته ناشی از عدم رعایت مقررات قانونی دانسته شده‌اند.^۳

این گونه ضررها، همان طور که در تبیین مفهوم ضرر غیر مستقیم در حقوق انگلستان ملاحظه شد، خسارات تبعی نام دارند، که در حقوق ایران نیز می‌توان با اتکاء به مبانی پیش‌گفته، آن‌ها را قابل جبران دانست؛ همچنان که برخی از حقوق‌دانان نیز بر این مسئله تأکید نموده‌اند (رهیک، ۱۳۸۷: ۹۳؛ بادینی و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۱۴؛ ابراهیمی و دیگران، ۱۳۹۷: ۳۹۸).

قابل جبران نبودن این گونه ضررها، با منطبق حقوق مسئولیت‌سازگاری ندارد؛ چه اینکه عرف جبران این ضرر را به سادگی می‌پذیرد و رابطه سببیت نیز به نحو متعارف و معقول، بین ضرر وارده با فعل زیانبار برقرار می‌شود. رویه قضایی نیز گاهی خود را مکلف به جبران این گونه زیان‌ها

۱. «... در صورتی که در زمان وقوع آسیب، زیان‌دیده قانوناً مکلف بوده و یا ممکن است بعدها مکلف شود شخص ثالثی را نگاهداری‌نماید، در اثر مرگ او، شخص ثالث از آن حق محروم گردد، واردکننده زیان باید مبلغی به عنوان مستمری متناسب با مدتی که ادامه حیات آسیب‌دیده عادتاً ممکن و مکلف به نگاهداری شخص ثالث بوده، به آن شخص پرداخت کند. در این صورت، تشخیص میزان تأمین که باید گرفته شود، با دادگاه است. در صورتی که در زمان وقوع آسیب، نطفه شخص ثالث بسته شده و یا هنوز طفل به دنیا نیامده باشد، شخص مزبور استحقاق مستمری را خواهد داشت».

۲. «هر گاه پیش از اتمام کارهای موضوع پیمان، کارفرما بدون آنکه تقصیری متوجه پیمانکار باشد، بنا به مصلحت خود یا علل دیگر، تصمیم به خاتمه دادن پیمان بگیرد، خاتمه پیمان را با تعیین تاریخ آماده کردن کارگاه برای تحویل که نباید بیشتر از ۱۵ روز باشد، به پیمانکار ابلاغ می‌کند... اقدامات بعد از خاتمه دادن پیمان به شرح زیر است: ... در صورتی که پیمانکار به منظور اجرای موضوع پیمان، در مقابل اشخاص ثالث تعهداتی کرده است و در اثر خاتمه دادن به پیمان، ملزم به پرداخت هزینه و خسارت‌هایی به آن اشخاص گردد، این هزینه‌ها و خسارت‌ها پس از رسیدگی و تأیید کارفرما به حساب بستانکاری پیمانکار منظور می‌گردد».

۳. مدیران و مدیر عامل نمی‌توانند معاملاتی نظیر معاملات شرکت که متضمن رقابت با عملیات شرکت باشد، انجام دهند. هر مدیری که از مقررات این ماده تخلف کند و تخلف او موجب ضرر شرکت گردد، مسئول جبران آن خواهد بود. منظور از ضرر در این ماده اعم است از ورود خسارت یا تقویت منفعت.

دانسته است.^۱ عدم جبران این گونه خسارات علاوه بر آثار زیانبار اجتماعی، بی‌عدالتی را نیز در پی دارد. بنابراین حقوق ناگزیر باید برای جبران این گونه خسارات که اثر طبیعی و منطقی فعل زیانبار هستند، چاره‌ای بیندیشد.

نتیجه‌گیری

مستقیم بودن و قابل پیش‌بینی بودن، ضوابطی هستند که در حقوق انگلیس برای شناسایی ضررهای دور از ضررهای نزدیک به کار گرفته می‌شوند؛ هرچند که اخیراً رویه قضایی انگلیس تمایل دارد معیار خاصی را برای تشخیص ضررهای دور و نزدیک ارائه ندهد و در هر مورد به طور خاص، تعیین تکلیف نماید. در نظام حقوقی انگلیس، با دو نوع خسارت غیر مستقیم مواجه هستیم؛ یک دسته از خسارات غیر مستقیم، در ردیف خسارات قابل جبران هستند که به خسارت‌های خاص یا تبعی معروف‌اند. سایر زیان‌ها خسارات دور و غیر قابل جبران به شمار می‌روند. در حقوق ایران، اصل بر غیر قابل جبران بودن ضرر غیر مستقیم است. با وجود این، از آنجا که شناسایی ضرر غیر مستقیم از طریق احراز رابطه سببیت عرفی صورت می‌پذیرد، می‌توان به طور استثنایی حکم به جبران برخی از ضررهای غیر مستقیم داد؛ چه اینکه مستقیم بودن بیش از آنکه به عنوان یکی از شرایط محدودکننده ضرر کاربرد داشته باشد، تأکید بر رکن سببیت در مسئولیت مدنی است. از سوی دیگر، مستقیم بودن یک ضابطه مادی و ظاهری است، در حالی که سببیت عرفی یک ضابطه ذهنی و واقعی است. بنابراین از منظر سببیت عرفی، چنانچه انتساب ضرر به فعل زیانبار قوی باشد، جبران ضرر غیر مستقیم بلااشکال است؛ همچنان که مواد پراکنده‌ای از جمله ماده ۶ قانون مسئولیت مدنی،

۱. «... نظر به اینکه ضرر و زیان علی‌الاصول ناظر به ضرر و زیان مادی و معنوی است و خواهان با از دست دادن تنها فرزندش از نظر روحی و عاطفی و معنوی شدیداً متألم و متأثر شده، به علاوه حادثه ناگوار مزبور سبب توجه خسارات مادی مربوط به تجهیز و تدفین و ترحیم و غیره نسبت به خواهان گردیده و با وصف فوق به ترتیبی که تشریح و توجیه شد، ارکان قانونی مطالبه خسارت که همان تخلفات شرکت خوانده و توجه خسارت به خواهان و وجود رابطه علیت بین آن دو می‌باشد، ثابت و محقق است و دفاع موجهی از ناحیه خوانده نیز به عمل نیامده، علی‌هذا به نظر دادگاه دعوی ثابت تشخیص...» (رای شماره ۳۶۷ مورخ ۶۸/۱۰/۲ شعبه ۳۵ دادگاه حقوقی یک تهران).

ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان، ماده ۱۳۳ قانون تجارت و ... به طور استثنایی به امکان جبران ضرر غیر مستقیم اشاره نموده‌اند. ضمن اینکه می‌توان از ظرفیت قواعد لاضرر، مقابله به مثل و اصل مترقی جبران کامل خسارات نیز استمداد جست. هدف نهایی از وضع این قواعد، دستیابی به عدالت واقعی است و عدالت نیز اقتضا دارد ضررهای غیر مستقیمی که رابطه سببیت بین آنها با فعل زیانبار قوی است، بلاجبران نماند. در فقه نیز اگرچه معمولاً ضررهای غیر مستقیم در شمار عدم‌النفع آورده می‌شود، لیکن سابقه جبران ضرر غیر مستقیم به طور استثنایی وجود دارد.

کتاب‌شناسی

۱. آل کاشف‌الغطاء، محمدحسین بن محمدرضا، *تحریرالمجله*، تهران - قم، مکتبه النجاح - مکتبه فیروزآبادی، ۱۳۶۱ ق.
۲. ابراهیمی، سیدنصرالله، رضا طجریلو، و جابر هوشمند، «حذف زیان تبعی در موافقت‌نامه‌های عملیات مشترک (م.ع.م) نفتی با تأکید بر نظام حقوقی انگلستان»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره چهل و هشتم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۷ ش.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۴. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامیه، ۱۳۷۳ ش.
۵. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *المکاسب*، بی‌جا، امام المنتظر، ۱۴۲۵ ق.
۶. ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین، *حاشیه‌المکاسب*، تهران، کیا، ۱۳۸۴ ش.
۷. بابایی، ایرج، «نقد اصل قابلیت جبران کلیه خسارات در حقوق مسئولیت مدنی ایران»، *مجله پژوهش حقوق و سیاست (پژوهش حقوق عمومی)*، شماره‌های ۱۵-۱۶، پاییز و زمستان ۱۳۸۴ ش.
۸. بادینی، حسن، «هدف مسئولیت مدنی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دانشگاه تهران، شماره ۶۶، زمستان ۱۳۸۳ ش.
۹. بادینی، حسن و دیگران، «خسارات تبعی در بیع بین‌المللی کالا»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره بیستم، شماره ۷۹، پاییز ۱۳۹۶ ش.
۱۰. باریکلو، علیرضا، *مسئولیت مدنی*، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۱۱. بهرامی احمدی، حمید، *ضمان قهری؛ «مسئولیت مدنی»*، تهران، دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۹۱ ش.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۲ ش.
۱۳. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل‌البت علیهم السلام، لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۴. حسینی حائری، سیدکاظم، *فقه العقود*، چاپ دوم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۱۵. حسینی خامنه‌ای، سیدعلی، *فقه روز (رساله آموزشی)*، چاپ ششم، تهران، فقه روز، ۱۳۹۵ ش.
۱۶. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۱۷. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۸. حیاتی، علی عباس، *حقوق مدنی (۴)*؛ *مسئولیت مدنی*، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۱۹. خادم سربخش، مهدی، و هدایت‌الله سلطانی‌نژاد، «اصل قابلیت جبران کلیه خسارات»، *مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی*، سال ششم، شماره ۱۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۲ ش.
۲۰. رشاد، محمد، *اصول فقه*، تهران، اقبال، ۱۳۶۷ ش.
۲۱. ره‌پیک، حسن، *حقوق مسئولیت مدنی و جبران‌ها*، تهران، خرسندی، ۱۳۸۷ ش.
۲۲. ژوردن، پاتریس، *اصول مسئولیت مدنی*، ترجمه و تحقیق مجید ادیب، مقدمه سیدحسین صفایی، چاپ چهارم، تهران، میزان، تابستان ۱۳۹۴ ش.
۲۳. سماواتی، حشمت‌الله، *خسارات ناشی از عدم انجام تعهدات قراردادی*، تهران، خط سوم، ۱۳۸۰ ش.
۲۴. شاهنوش فروشانی، محمد عبدالصالح، و محسن صفری، «ارزیابی خسارات ناشی از نقض قرارداد و

- ماهیت مسئولیت قراردادی»، *دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت*، سال دوم، شماره ۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۴ ش.
۲۵. شهیدی، مهدی، *آثار قراردادهای و تعهدات*، چاپ چهارم، تهران، مجد، ۱۳۸۹ ش.
۲۶. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، *هدایة الطالب الی اسرار المكاسب*، تبریز، اطلاعات، ۱۳۷۵ ق.
۲۷. شیخ‌الشریعه اصفهانی، فتح‌الله بن محمدجواد نمازی، *رسالة فی تحقیق معنی البیوع*، قم، دارالکتاب، ۱۳۹۸ ق.
۲۸. صالحی، علی اکبر، *خسارات قراردادی در سیستم حقوقی کامن‌لا*، تهران، نیلوفر، ۱۳۹۰ ش.
۲۹. صفایی، سیدحسین، و حبیب‌الله رحیمی، *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، تهران، مجد، ۱۳۹۳ ش.
۳۰. همان‌ها، *مسئولیت مدنی تطبیقی*، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۷ ش.
۳۱. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالادلة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۳۲. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، مکتبه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۶ ق.
۳۳. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *کلمة العروة الوثقی*، قم، داوری، ۱۴۱۲ ق.
۳۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *کتاب الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۳۵. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، حاشیه سیدمحمد کلانتر، قم، کتاب‌فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۳۶. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، *غایة المراد فی شرح نکت الارشاد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۷. عدل، مصطفی، *حقوق مدنی*، چاپ دوم، تهران، طه، ۱۳۸۵ ش.
۳۸. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، *منیة الطالب فی حاشیة المكاسب*، تقریر شیخ موسی نجفی خوانساری، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۳۹. فاضل‌هندی، بهاء‌الدین محمد بن حسن اصفهانی، *كشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۴۰. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۸ ق.
۴۱. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، *الزامها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد*، چاپ ششم، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
۴۲. کاتوزیان، ناصر، *الزامهای خارج از قرارداد؛ ضمان قهری*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۲ ش.
۴۳. همو، *دوره حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادهای؛ جلد چهارم، اجرای قرارداد*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰ ش.
۴۴. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل‌البتین، ۱۴۱۱ ق.
۴۵. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم، دارالتفسیر، ۱۴۲۵ ق.
۴۶. همو، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۴۷. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه (بخش مدنی)*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۳ ش.

۴۸. مشکینی اردبیلی، علی، *مصطلحات الفقه*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۴۹. مصطفوی، سیدمصطفی، و سیدمحمد امین‌زاده، *تعدد عوامل موجب خسارت در حقوق ایران، فقه امامیه*، تهران، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰ ش.
۵۰. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۵۱. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *البیع*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۳ ش.
۵۲. همو، *تحریر الوسیله*، چاپ ششم، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹ ش.
۵۳. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، *رساله فی قاعده نفی الضرر*، المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.
۵۴. همو، *منیه الطالب فی حاشیه المکاسب*، تقریرات بحث محمدحسین غروی نائینی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۳۳ ق.
۵۵. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۲ ق.
۵۶. نعیمی، هادی، *خسارت قابل مطالبه در مسئولیت قراردادی ایران، انگلیس و ایالات متحده آمریکا*، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰ ش.
۵۷. نوین، پرویز، *حقوق مدنی (۴)*؛ *مسئولیت مدنی تطبیقی ایران، فرانسه، انگلیس*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۲ ش.
۵۸. یزدانیان، علیرضا، *قواعد عمومی مسئولیت مدنی*، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
59. Ashley, Phillip Spencer & Bob Palmer & Judith Aldersey-Williams, "An International Issue: 'Loss of Profits' and 'Consequential Loss'", *Business Law International*, Vol. 15, No. 3, September 2014.
60. Coulthard, Will & Rebecca Cifelli, "Consequential Loss: do you know what you are excluding?", Last visited on 17 October 2019, <<http://jws.com.au/en/insights/articles/2017-articles/consequential-loss-do-you-know-what-you-are-exclud>>, 2017.
61. Eldridge, Tom & Michael Rudd, "Limitation of liability: consequential or indirect loss", Last visited on 17 October 2019, <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e5c5dd4d-e8df-42d0-ada8-3dfe3a14b508>>, 2009.
62. Elliott, Catherine & Frances Quinn, *Tort Law*, 7th Ed., England, Pearson Education Limited, 2009.
63. Harpwood, Vivienne, *Modern Tort Law*, 7th Ed., London & New York, Routledge-Cavendish Pub., 2009.
64. Honore, Tony, "The morality of tort law: questions and answers", in: David G. Owen (Ed.), *Philosophical Foundation of Tort Law*, Clarendon, Oxford University Press, 1995.
65. Jarva, Daniéla, "What is indirect loss and how to compensate it?", Last visited on 17 October 2019, <<https://lindblad.fi/en/indirect-loss-compensate>>, 2017.
66. Knutsen, Erik S., "Clarifying Causation in Tort", *Dalhousie Law Journal*, Vol. 33, No. 1, Last visited on Spring 2010, Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1448828>>, 2009.

67. Stephenson, Graham, *Sourcebook on Torts*, 2nd Ed., London, Cavendish Publishing Limited, 2000.
68. Suff, Marnah & Nicholas Bourne, *Essential Contract Law*, 2nd Ed., London, Routledge-Cavendish Publishing, 2000.
69. Tweeddale, Andrew, “All Damage Is In A Sense Consequential – So What In Law Are Consequential Losses?”, Last visited on 17 October 2019, <<https://www.corbett.co.uk/all-damage-is-in-a-sense-consequential-so-what-in-law-are-consequential-losses>>, 2017.
70. Weir, Tony, *An Introduction to Tort Law*, 2nd Edition, Oxford, 2006.
71. Wickert, Gary L. & Bradley W. Matthiesen & Douglas W. Lehrer, S.C., “Economic Loss Doctrine in All 50 States”, Available at: <<https://www.mwl-law.com/wp-content/uploads/2013/03/economic-loss-doctrine-in-all-50-states.pdf>>, 2013.

استناد به دفاع ضرورت

به عنوان عامل رافع مسئولیت بین‌المللی دولت

در فقه امامیه و حقوق بین‌الملل، با بررسی موردی سپر انسانی (تترس)*

- سیدقاسم زمانی^۱
- عباسعلی عظیمی شوشتری^۲
- مجتبی افشار^۳

چکیده

«ضرورت» به عنوان یکی از عوامل رافع مسئولیت بین‌المللی دولت، تضمین‌کننده منافع اساسی دولت‌ها در شرایط خاص و استثنایی است. مطالعه تطبیقی ضرورت در دو نظام حقوق بین‌الملل و اسلام، نشان از برخی وجوه افتراق در کنار اشتراکات فراوان دارد. کاربرد این اصل در مخاصمات مسلحانه با عنوان «ضرورت نظامی» جهت نقض مصونیت غیر نظامیان سپر واقع شده (تترس)، امری چالش‌برانگیز است؛ چرا که سپر انسانی در حقوق بین‌الملل و اسلام ممنوع بوده و جرم‌انگاری شده است. بنابراین سؤال ما این است که «اصل ضرورت،

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۱۸ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۴/۲۴.

۱. استاد دانشگاه علامه طباطبائی (drghzamani@gmail.com).

۲. استادیار پژوهشگاه علوم اسلامی امام صادق (ع) (abazimy@gmail.com).

۳. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (m_afshar65@yahoo.com).

چه ماهیت و آثاری در حقوق بین‌الملل و فقه امامیه دارد و نحوه رفتار طرفین مخاصمه در قبال افراد و اموال غیر نظامی سپر واقع شده چگونه باید باشد؟» این مقاله با روش تحقیق کیفی و با استفاده از روش‌های تفسیر حقوقی از آیات و روایات و استفاده از نظرات فقهای اسلام و مطالعه تاریخی سیره نبی اکرم ﷺ در جنگ‌ها صورت گرفته است. با بررسی اسناد و منابع فقهی به این نتیجه رسیدیم که اصل ضرورت در هر دو نظام حقوقی، ماهیتی استثنایی دارد و صرفاً در مواردی که «منفعت اساسی» دولت در خطر باشد، مجاز دانسته شده است. بنابراین با وجود ممنوعیت هر گونه آسیب به سپر انسانی، در صورت اقتضای ضرورت و به شرط رعایت اقدامات احتیاطی، امکان حمله به اهداف نظامی همچنان وجود دارد.

واژگان کلیدی: عوامل رافع مسئولیت بین‌المللی دولت، جهات رافع وصف متخلفانه فعل، عامل ضرورت، منفعت اساسی، بیضه الاسلام، سپر انسانی، تترس.

مقدمه

التزام به رعایت قواعد اولیه، امری بس ضروری در تداوم نظم و صلح بین‌المللی است. با وجود این، در برخی وضعیت‌های حاصل از سلب اختیار و یا اختیاری پیچیده در اجبار، چاره‌ای جز نقض آن قواعد برای دولت باقی نمی‌ماند. از این رو، همواره عوامل رافع مسئولیت ناشی از نقض تعهد، مورد استناد دولت‌ها بوده و محاکم بین‌المللی در تصمیمات خویش به آن اتکا کرده‌اند.

جهات رافع وصف متخلفانه بودن فعل که در فصل پنجم «طرح پیش‌نویس مواد مسئولیت دولت‌ها برای ارتکاب اعمال متخلفانه بین‌المللی»^۱ نگارش یافته و توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل (۲۰۰۱) بدان پرداخته شده است، پاسخی حلی به چنین وضعیت‌های استثنایی است. این عوامل مانع از پذیرش ادعای نقض تعهدی معین می‌شوند. ضرورت از جمله این جهات است که در ماده ۲۵ این پیش‌نویس مورد بحث قرار گرفته است.

سؤالی که در این نوشتار به دنبال پاسخ آن هستیم، «چیستی ماهیت و آثار اصل ضرورت در حقوق بین‌الملل و فقه امامیه است. همچنین نحوه رفتار طرفین مخاصمه در

1. The Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.

قبال افراد و اموال غیر نظامی سپر واقع شده با استناد به این اصل چگونه باید باشد؟» در پاسخ به این سؤال با کندوکاو در منابع فقه امامیه می‌توان رد پای اصل ضرورت را در برخی ابواب، همچون باب جهاد مشاهده نمود؛ اصلی که برای حفظ منفعت اسلام و جامعه مسلمانان در برهه‌های زمانی مختلفی مورد احتجاج قرار گرفته است. امکان استفاده از سپر انسانی جهت ممانعت از پیشروی طرف دیگر و یا محفوظ ماندن از حمله دشمن در مخاصمات مسلحانه، از جمله مسائل مطرح در «اصل ضرورت» است. اگر شکست رزمندگان اسلام منجر به قتل عام و رنج عظیم مسلمانان شود و اساس اسلام در خطر جدی قرار گیرد، نقض مصونیت افراد غیر نظامی و اسیرانی که به عنوان سپر استفاده شده‌اند، طبق منابع نقلی و اصل عقلی ارجحیت اهم بر مهم، با توسل به اصل ضرورت مجاز خواهد بود.

تقریباً هیچ‌گاه مرکز تصمیم‌گیری سیاسی و اداری جامعه به طور قابل توجهی در اختیار فقهای پیشین شیعه نبوده است. از این رو، بحث‌های چندان در خوری در رابطه با مسائل حکومتی و قواعد حاکم بر روابط دولت اسلامی با جوامع بین‌المللی در فقه شیعی دیده نمی‌شود (کلانتری، ۱۳۷۶: ۲۱۶). تغییر بنیادین اوضاع و احوال جامعه جهانی، خواهان نگاهی مجدانه به موضوعات حقوق اسلامی در روابط بین‌المللی، از جمله عامل «ضرورت» است. عامل ضرورت به عنوان رافع وصف متخلفانه فعل از جنبه حقوق بین‌الملل در برخی آثار مکتوب به نگارش درآمده است. آنچه جای خالی آن قابل مشاهده است، بررسی این مفهوم و تبیین عناصر و حدود آن در حقوق اسلامی شیعی است. از این رو در این نوشتار، ابتدا به بررسی این عامل در منابع فقه امامیه با مطالعه تطبیقی در حقوق بین‌الملل می‌پردازیم و در ادامه، چگونگی کاربرد این اصل را در وضعیت سپر انسانی (تترس) بیان خواهیم کرد.

۱. مفهوم ضرورت

«ضرورت»^۱ اسم مصدر اضطرار از ماده «ضرر» به معنای ناچار بودن از پذیرش

1. Necessity.

زیان و آسیب است (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۷/۷) و اصطلاحاً به معنای عمل اختیاری دولت برخلاف یک تعهد بین‌المللی است، در زمانی که تنها راه حفاظت از منفعتی اساسی در برابر خطری جدی و قریب‌الوقوع، عدم اجرای موقت یک تعهد بین‌المللی کم‌اهمیت‌تر یا غیر ضروری دیگر باشد (ابراهیم‌گل، ۱۳۹۶: ۱۵۳)؛ فارغ از اینکه منشأ تعهد، طبیعی عرفی یا معاهداتی باشد (کرافورد، ۱۳۹۵: ۳۸۹). ارتقای «ضرورت» به درجه رافع وصف متخلفانه عمل یک یا چند دولتی که به صورت یک‌جانبه با هم اقدام می‌نمایند، می‌تواند وضعیت فوری و ضروری را که در قانون برای آن پیش‌بینی صورت نگرفته است، رسیدگی نماید. تأثیر آن اجتناب از اجرای سفت و سخت قوانین در حالتی است که ارزش‌های متضادی وجود دارند (Crawford, 2010: 491).

ضرورت در فقه امامیه، به معنای قرار گرفتن فرد در فشار و تنگنایی است که برای رهایی از آن، ناگزیر از انجام عملی باشد که عقل به آن حکم می‌کند (فیض، ۱۳۸۱: ۳۳۵). علاوه بر این، به مفهوم حالتی است که فرد باید از میان دو ضرر یا دو امر ممنوع، امر خفیف‌تر را برگزیند. تصمیمی که در این شرایط اتخاذ می‌شود، اگرچه برخلاف مقررات است، اما برای فرد گرفتار مسئولیتی ندارد (نجفی، ۱۹۹۴: ۴۴۹/۵). ضرورت امری استثنایی است و وضعیت جدیدی را پدید می‌آورد که شخص از باب حکم ثانوی «حالت ضرورت»، مجاز به انجام فعل حرامی است که از مسئولیت آن معاف می‌باشد. قاعده «الضرورات تبيح المحظورات» به خوبی بیان‌کننده این عامل معذورکننده دولت بابت ارتکاب فعل متخلفانه در منابع فقهی است. استناد به این قاعده و قواعد مشابه که مستفاد از آیاتی مانند «فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ» (بقره/ ۱۷۳) و روایاتی چون «لَيْسَ شَيْءٌ مِمَّا حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا وَقَدْ أَحْلَهُ لِمَنْ اضْطُرَّ إِلَيْهِ» (حرر عاملی، ۱۴۰۹: ۴۸۳/۵) می‌باشد، نشان از توجه به این اصل در متون فقهی دارد.

۲. تفاوت ضرورت با اضطرار و مصلحت

«اضطرار»^۱ در حقوق بین‌الملل به حالت خاصی اطلاق می‌شود که در آن،

1. Distress.

شخصی که اعمال او به دولت قابل انتساب است، در وضعیتی قرار می‌گیرد که برای حفظ جان خود یا افراد تحت حمایتش مجبور به ارتکاب عملی متخلفانه می‌شود؛ وضعیتی که ناشی از فعل او نبوده و راه معقول دیگری جهت رهایی از آن شرایط نیافته است. وجه اشتراک میان ضرورت و اضطرار، ارادی و داوطلبانه بودن نقض تعهد بین‌المللی است و اجرای تعهد بین‌المللی دولت ناقض، اساساً غیر ممکن نیست (Ismailov, 2017: 165). اما آنچه موجب تفاوت ضرورت از اضطرار می‌گردد، طبیعت منفعت است که بر خلاف اضطرار، در حالت ضرورت محدود به حیات انسان نبوده، بلکه باید «منفعتی اساسی» باشد که بارزترین آن تهدیدات علیه وجود دولت است (کرافورد، ۱۳۹۵: ۳۸۹).

اکثر فقها بیش از یک تفاوت لغوی، تمایز دیگری میان اضطرار و ضرورت قائل نشده‌اند؛ همچنان که در کتاب العین آمده است:

«الضرورة: اسم لمصدر الاضطرار» (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۷/۷)؛ ضرورت اسم مصدر اضطرار است.

منتهی رویکرد امام خمینی، بیانگر تمایز فراتری است که نشان از شباهت ضرورت در فقه به ضرورت مصطلح در حقوق بین‌الملل دارد. ایشان می‌فرماید:

«إنَّ الضرورة أعمُّ من الاضطرار من حيث المورد فریما لا یضطرُّ الإنسان علی شیء لکن الضرورة تقتضی الإتیان به کما إذا کان فی ترکه ضرر علی حوزة المسلمین أو رئیس الإسلام أو کان مورثاً لهتک حرمة مقام محترم» (موسوی خمینی، ۱۴۲۰: ۴۸)؛ ضرورت به حسب مورد، اعم از اضطرار است؛ چه بسا انسان به چیزی اضطرار ندارد، ولی ضرورت اقتضای انجام آن را دارد؛ مثل اینکه انجام ندادن آن کار، موجب وارد آمدن زیان به سرزمین مسلمانان یا حاکم اسلامی و یا سبب هتک حرمت شخصیت محترمی شود.

طبق فرمایش امام خمینی، اضطرار در فقه اسلامی:

اولاً، صرفاً برای جلوگیری از خسارت بیشتر به خصوص خسارت جانی است؛ مثل ممنوعیت روزه برای فرد بیمار.

ثانیاً، اغلب در حوزه زندگی خصوصی و جلب منفعت فردی است و ناظر به حفظ

جان، مال یا آبروی خود فرد یا افراد دیگر است.

در حالی که ضرورت:

اولاً، برای جلوگیری از فوت یک منفعت عقلایی و حیاتی اعم مطرح می‌شود. ثانیاً، قلمرو آن شامل نظام سیاسی و حوزه عمومی هم می‌شود؛ مانند وضعیتی که ضرورت اقتضا نماید که برای جلوگیری از شکست لشکر اسلام و غلبه کفار بر آن‌ها، مصونیت زنان و کودکان در جنگ را نقض کرد (نجفی، ۱۳۶۲: ۷۳/۲۱). منفعت ملحوظ، فراتر از منفعت فردی بوده و هدف آن، حفظ منافع حیاتی اسلام و جامعه مسلمانان است.

در منابع فقهی، اضطراب بیش از ضرورت مورد بحث واقع شده است. با توجه به اشتراک موضوع این دو در «حفظ منفعت» در موقعیتی خاص و استثنایی که چاره‌ای جز ارتکاب امر ممنوع برای حفظ آن باقی نمی‌ماند، می‌توان با الغای خصوصیت از موضوع اضطراب که «منفعت فردی» است، احکام اضطراب را در مورد ضرورت به طریق اولویت جاری نمود؛ چرا که منفعت جمعی، اهم از منفعت فردی است.

اصطلاح دیگری که معنایی مشابه با اصل ضرورت دارد، قاعده «مصلحت» است. البته همچنان که صاحب جواهر فرموده است: «ربما فصل بین الضرورة والمصلحة، فأوجبها فی الأول وجوزها فی الثانی» (همان: ۲۹۶/۲۱)، ضرورت غیر از مصلحت است. ضرورت به منفعتی اطلاق می‌گردد که وجودش برای حفظ نظام و جامعه اسلامی الزامی است؛ اما عنوان مصلحت معمولاً درباره اموری است که وجود آن‌ها به سود و صلاح جامعه است، بی‌آنکه نبودشان موجب در خطر قرار گرفتن منافع اساسی شود (کلاتنری، ۱۳۷۶: ۶/۱۱).

منتهی گاهی مصلحت، مفهومی نزدیک به مفهوم ضرورت دارد. در این صورت، مصلحت به معنای تشخیص ضرورتی است که با احکام ثانویه تناسب دارد و گستره اختیارات ولی امر و نهادهای مرتبط با وی، به وضعیت‌های اضطراری و نیازهای اجتناب‌ناپذیر جامعه محدود خواهد شد. مصلحت در این معنا، مترادف با ضرورت است و از احکام ثانویه به شمار می‌رود و در صورتی که مصلحت‌اندیشی ناشی از حکم حکومتی، به حد ضرورت و یا سایر عنوان‌های ثانویه نرسیده باشد، این حکم

مصلحتی، نه با عنوان احکام اولیه و ثانویه، بلکه در عرض این دو و عنوانی مستقل خواهد بود (هاشمی، ۱۳۸۱: ۱۳۲).



۳. شرایط استناد به عامل ضرورت

عامل ضرورت در ماده ۲۵ طرح پیش نویس مسئولیت بین‌المللی دولت جای گرفته است. به موجب این ماده، دولت‌ها می‌توانند جهت حفاظت از منافع اساسی خود در برابر خطری جدی و قریب‌الوقوع با استناد به عامل ضرورت، تعهدات بین‌المللی خود را نقض نمایند و مسئولیتی متوجه آن‌ها نخواهد بود (Draft articles & commentaries, 2001: 80, Art. 25). اصل ضرورت در حقوق بین‌الملل از بیان منظم‌تری برخوردار است. از این رو به تبیین شرایط و عناصر این عامل در حقوق بین‌الملل پرداخته می‌شود و در ذیل آن، دیدگاه فقه امامیه مطرح خواهد شد.

۳-۱. حفاظت از منفعت اساسی دولت

استناد به عامل ضرورت جهت رفع وصف متخلفانه عمل مغایر تعهد بین‌المللی، منوط به در خطر بودن «منفعت اساسی»^۱ دولت است. وصف «اساسی بودن» نشان از عدم شمول هر گونه منفعت ادعایی دارد که از اهمیت کمتری برخوردار می‌باشد. این واژه از کلمه یونانی "ousia" به معنای «وجود» گرفته شده است که بیانگر ارتباط آن با «حیات» دولت است. همچنان که دیوان دائمی بین‌المللی در قضیه غرامات روسیه، در رأی خود این گونه اشعار داشته است:

«تعهد دولت به اجرای معاهدات در صورتی که رعایت آن تعهد، موجب ضرر به خود آن دولت شده و نفس وجود دولت را به خطر اندازد، تضعیف می‌شود»
(Russian Indemnity (Russia/Turkey), 1912, 11 RIAA 421, 443).

معیار «اساسی» شمرده شدن منفعت، بستگی به همه اوضاع و احوال دارد. از این رو ضرورت نه تنها برای محافظت از موجودیت دولت، بلکه برای محافظت از محیط زیست (Fisheries jurisdiction (Spain v. Canada) ICG Rep. 1998: 431-443) و ایمنی غیر نظامیان

1. Essential Interest.

نیز مورد استناد قرار گرفته است. این به معنای توسعه مفهوم «منفعت اساسی» و تعمیم آن از منافع خاص دولت و تابعانش به منافع جامعه بین‌الملل در کل می‌باشد (Crawford, 2013: 309).

در فقه نیز در شرایط ضرورت همگانی، اگر ستمی فاحش یا زیانی روشن و تنگنایی سخت و یا سودی همگانی در میان باشد، به گونه‌ای که کیان حکومت در صورت عدم اعمال اصل ضرورت در معرض خطر قرار گیرد، توسل به این اصل جایز و لازم شمرده می‌شود (زحیلی، ۱۳۸۹: ۱۰۲)؛ همچنان که در روایات (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۱/۵) و ابواب فقهی - به ویژه باب جهاد - منفعت اساسی بیشتر با عنوان «بیضة الإسلام» مورد توجه قرار گرفته است که در صورت در خطر قرار گرفتن آن، هر اقدامی جهت حفظ آن ضروری می‌نماید (شیرازی، بی‌تا: ۱۸۴/۲). تعبیر فقها به «اهم جمع تکالیف» (غروی نائینی، ۱۴۲۴: ۳۹) یا «امر مهم نزد شارع» (منتظری، ۱۴۱۵: ۳۸۴) بودن حفاظت از «بیضة الإسلام» بیانگر اساسی بودن این منفعت در میان دیگر احکام و دستورات دینی است.

منظور از اصطلاح «بیضة الإسلام»، اصل و اساس دین می‌باشد که شامل حفظ نظام و کیان اسلام، اجتماع مسلمانان و سرزمین اسلامی می‌شود (کاشف‌الغطاء، ۱۳۷۹: ۲۸۷/۴). این مفهوم از دیرباز در کتب فقهی مورد توجه بوده و در دو سه سده اخیر به دلیل ورود بیش از پیش علما و مجتهدین به عرصه امور سیاسی، مورد توجه و افری قرار گرفته است.

با توجه به تحولات سیاسی و اقتضائات جامعه شیعیان در هر دوره، فقها تعابیر مختلفی از مفهوم «بیضة الإسلام» داشته‌اند. از جمله ادوار تاریخی که این مسئله مورد توجه بیشتری قرار گرفت، می‌توان حمله روس‌ها به ایران و دوره مشروطه در این سرزمین به عنوان کشوری اسلامی را نام برد. در این وقایع، فقها منظور از «بیضة الإسلام» را حفظ اساس و بنیان اسلام و سرزمین اسلامی می‌دانستند؛ همچنان که میرزای قمی (گیلانی قمی، ۱۳۷۱: ۳۷۶/۱) و شیخ جعفر کاشف‌الغطاء (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۳۳۲/۴) چنین نظری را تبیین نمودند. نمونه بارز دیگر، فتوای تحریم تنباکوی میرزای شیرازی^۱ در پی

۱. «الیوم استعمال توتون و تنباکو بای نحو کان، در حکم محاربه با امام زمان علیه السلام است» (عباسی فردوسی، بی‌تا: ۱۳۵).

قرارداد رژی و فروش انحصاری امتیاز توتون و تنباکو می‌باشد که در جهت حفظ استقلال جامعه مسلمین و عدم سلطه اقتصادی بیگانه بر کشوری اسلامی، منجر به لغو قرارداد منعقدہ میان دولت سرزمین اسلامی با تابع بین‌المللی خارجی شد. در نگاه آخوند نیز تأسیس نظام مشروطه و تجهیز کشور اسلامی به ابزار و نظم جدید کشورهای پیشرفته که به نوعی برون‌رفت از دولت سنتی و ایجاد کشوری مدرن بود، به منظور دفاع و محافظت از «بیضة الإسلام» قلمداد شده است (آقا نجفی قوچانی، ۱۳۷۸: ۲۹)؛ نگاهی که ناظر به حفظ حیات و منفعت آینده حکومت اسلامی است.

با دقت در سیر تطور و کاربرد تاریخی این اصطلاح، به این نتیجه می‌رسیم که در هر برهه‌ای از تاریخ پرفراز و نشیب ایران اسلامی، با توجه به وضعیت خاص تاریخی آن برهه و الزامات تاریخی، مذهبی و سیاسی جامعه، علما و فقهای شیعه هر کدام با حفظ مفهوم اصلی «بیضة الإسلام»، مصادیق مورد نظر خود را از آن اراده می‌کردند. از این رو، حفظ اساس و کیان اسلام و تحکیم حکومت اسلامی و جامعه مسلمین، به منزله «بیضة اسلام» و یا همان «منفعت اساسی» مورد نظر حقوق اسلامی است و هر مسئله‌ای که منجر به در خطر قرار گرفتن منفعت اساسی اسلام شود، می‌توان برای حفظ آن با استناد به عامل ضرورت، اصل «وفای به عهد» را نقض نمود و بر خلاف یک تعهد بین‌المللی عمل نمود.

۲-۳. لزوم جدی بودن خطر

ویژگی دیگری که نقش بسزایی در تحقق حالت ضرورت دارد، جدی و خطیر بودن خطر تهدیدکننده منفعت اساسی دولت است؛ همچنان که گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل، پروفیسور آگو در گزارش خود به آن اشاره کرده است:

«این خطر تهدیدکننده منافع اساسی، باید «شدیداً خطیر»^۱ و «مخاطره‌انگیز»^۲ باشد» (Ago, 1980: 19).

در واقع منظور هر گونه تهدیدی است که احتمال تحقق منافع اساسی را از بین ببرد

1. Extremely serious.
2. Endangering.

(Boed, 2000: 28).

وجود خطر جدی در منابع فقهی با عباراتی چون «خوف ضرر» (نجفی، ۱۳۶۲: ۴۲۷/۳۶) یا «یخشی منه علی بیضة الإسلام» (سبحانی، ۱۳۸۶: ۱۵۷/۱) آورده شده است. امام خمینی هر گونه ارتباط اقتصادی و سیاسی را که موجب خوف به خطر افتادن اساس و کیان اسلام شود، حرام و انفساخ چنین قراردادهایی را لازم می‌شمارد (موسوی خمینی، ۱۳۹۲: ۵۱۵/۱)؛ همچنان که در فتوای تحریم تنباکو نیز این اتفاق روی داد. بنابراین اگر خطری که «بیضة الإسلام» و منافع جامعه اسلامی را تهدید می‌کند، خطری قابل توجه باشد، به نحوی که منجر به از بین رفتن و یا تضعیف شدید آن شود، نقض تعهدات بین‌المللی در راستای حفظ آن ضرورت می‌یابد و تا زمانی که تهدید به این حد از خطر نرسیده باشد، نمی‌توان اصول و قواعد اولیه را نقض نمود (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۲۶/۱۵).

۳-۳. لزوم عینی و قریب الوقوع بودن خطر

واژه «قریب الوقوع»^۱ در مقابل «ممکن الوقوع» قرار دارد. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه گابچیکو ناگیماروس^۲ در توضیح معنای این کلمه چنین اظهار داشت:

«صرف تصور یک خطر ممکن الوقوع کفایت نمی‌کند و «قریب الوقوع بودن» معادل «فوریت»^۳ و «نزدیکی»^۴ بوده و از مفهوم «امکان»^۵ بسیار فراتر می‌رود» (Gabčíkovo-Nagymaros Project Case, 1997: 42).

بنابراین خطر جدی و قریب الوقوع باید به صورت عینی احراز شود و فرضی یا محتمل بودن آن کافی نیست (Draft articles & commentaries, 2001: Art. 25, Para. 15). با وجود این، خطری که در طولانی مدت ظاهر می‌شود، اگر بتوان در نقطه مشخصی از زمان

1. Imminent.
2. Gabčíkovo-Nagymaros Project.
3. Immediacy.
4. Proximity.
5. Possibility.

ثابت نمود که تحقق آن خطر هر چقدر هم که دور باشد، غیر محتمل نیست، ممکن است قریب‌الوقوع تلقی گردد (Gabčíkovo-Nagymaros Project Case, 1997: 42, Para. 54).

در فقه نیز بالفعل بودن خطر تهدیدکننده، معیار استناد به اصل ضرورت دانسته شده و تأکید شده است که وجود خطر باید محقق و دارای احتمال عقلایی و ظن غالب باشد (نجفی، ۱۳۶۲: ۴۲۷/۳۶). دولت اسلامی نمی‌تواند به صرف «وهم» و امکانی که نشئت گرفته از علم و ظن نیست، با استناد به این عامل، خود را از مسئولیت نقض تعهد بین‌المللی بری کند. همچنان که در کتاب *تحریر الوسیله* آمده است:

«معیار، ترسی است که از علم یا گمان به مترتب شدن باشد، بلکه از احتمالی که منشأ عقلایی دارد، پیدا شود، نه آنکه مجرد خیال و احتمال باشد» (موسوی خمینی، ۱۳۹۲: ۱۸۲/۲).

شیخ طوسی اجازه تخریب منازل مسکونی دشمن و قطع درختان را که خلاف قواعد اولیه است، در صورتی با استناد به اصل ضرورت جایز می‌داند که ظن غالب به لزوم آن وجود داشته باشد (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۱/۲).

۴-۳. تنها راه ممکن برای حفاظت از منافع اساسی

«تنها» به معنای «منحصر» می‌باشد؛ یعنی اقدام صورت گرفته باید تنها راه موجود جهت حفاظت از منفعت اساسی دولت باشد. در صورتی که راه‌های قانونی دیگری، هرچند پرهزینه‌تر و مشکل‌تر، جهت حفاظت از منفعت موجود باشد، امکان استناد به دفاع ضرورت نخواهد بود؛ همچنان که دیوان در قضیه گابچیکو ناگیماروس، تعلیق یک‌جانبه و ترک پروژه را تنها راه ممکن جهت حفاظت از منفعت ندانست (Gabčíkovo-Nagymaros Project Case, 1997: 42, Para. 55). البته این اقدام، منحصر در اقدام یک‌جانبه دولت نیست و در صورتی که حفاظت از منافع اساسی دولت با اقدامی قانونی همچون همکاری با دیگر دولت‌ها یا از طریق سازمان‌های بین‌المللی ممکن باشد، دولت نمی‌تواند با استناد به ضرورت، تعهد بین‌المللی خود را نقض نماید (Draft articles & commentaries, 2001: 83, Para. 15).

در متون فقهی نیز متعین بودن فعل ناقض تعهد، مورد تأکید واقع شده است؛

همچنان که عباراتی چون «یتوقف... علیه» (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۳/۱۳: موسوی خویی، ۱۳۶۸: ۳۸۱/۱)، «لا یمکن... إلا به» و «کلّ فعل لا یمکن المفعول به الامتناع منه» (طبرسی، ۱۴۱۵: ۴۷۵/۱) در تبیین اصل ضرورت در کلام فقها، دلالت بر معنای انحصار دارد. بنابراین چنانچه راه مشروع و مباح دیگری برای حفاظت از منفعت اساسی وجود داشته باشد، باید به آن راه مباح متوسل شد (زحیلی، ۱۳۹۲: ۴۵۴). از این رو با وجود نهی صریح روایات از مسموم کردن بلاد مشرکان (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۸/۵) که بیانگر ممنوعیت این فعل در قواعد اولیه است، محقق حلی می‌فرماید:

«استفاده از سم و مواد شیمیایی جایز نیست، مگر در صورت اقتضای ضرورت و توقف پیروزی بر آن» (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۲۳۶/۱).

واژه «توقف»، به معنای انحصار حفاظت از منفعت اساسی به فعل مذکور است.

۴. آثار حقوقی ضرورت

۴-۱. تأثیر حالت ضرورت بر اجرای تعهد بین‌المللی

آثار و نتایج یک فعل متخلفانه بین‌المللی، بر تعهد مستمر دولت متعهد به اجرای تعهدی که نقض کرده است، تأثیری نمی‌گذارد. اینکه آیا و تا چه حدی آن تعهد علی‌رغم نقض آن تداوم دارد، تابع حقوق مسئولیت بین‌المللی نیست، بلکه به قواعد حاکم بر تعهد اولیه ذی‌ربط بستگی دارد (Draft articles & commentaries, 2001: Art. 29, Para. 4). بنابراین ضرورت موجب خاتمه تعهد بین‌المللی نمی‌شود، بلکه اجرای آن را تعلیق می‌نماید. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه گابچیکو ناگیماروس تصریح می‌کند:

«اگرچه مجارستان می‌تواند با استناد به "ضرورت" به عنوان عذری موجه برای عدم اجرای معاهده، صاحب حق باشد، با وجود این، معاهده استمرار خواهد داشت» (Gabčíkovo-Nagymaros Project Case, 1997: 68, Para. 114).

ضرورت در حقوق اسلامی نیز ماهیتی موقتی دارد. از این رو، اباحه نقض تعهدات اولیه با استناد به اصل ضرورت، محدود به زمانی است که شرایط آن موجود است. این اصل صرفاً موجب معافیت موقتی دولت از مسئولیت نقض تعهدات خود می‌گردد و

نهی محظورات همچنان پابرجاست. از این رو پس از رفع وضعیت ضرورت، حکم فعل یا ترک فعل اولیه به حالت قبل برمی‌گردد. در واقع، طبق قاعده «الضرورات تقدر بقدرها»، مقدار زائد بر ضرر تخصصاً از عنوان وضعیت ضرورت خارج است؛ بنابراین شامل معافیت حالت فوق نخواهد شد و این به معنای عدم تراحم منفعتِ اهم با اصل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بوده و طبق قاعده «أصالة بقاء ما زاد عن الضرورة على حكمه الأول»، تعهدات دولت به مانند قبل استمرار خواهد داشت.

۲-۴. تأثیر ضرورت بر ماهیت عمل متخلفانه

جهات رافع بنا بر دو دیدگاه مختلف موجب عذر یا توجیه فعل متخلفانه می‌شوند. «توجیه‌ها» مانع متخلفانه بودن عمل می‌شوند و مربوط به رفتارند و «عذرها» مانع از مسئولیت عامل به سبب رفتار متخلفانه او می‌گردند و مربوط به عمل‌کننده هستند (Paddeu, 2018: 23). طبق طرح پیش‌نویس مواد مربوط به مسئولیت دولت (2001)، ضرورت جزء «جهات رافع وصف متخلفانه بودن رفتاری»^۱ محسوب می‌شود که در غیر این صورت، مغایر با تعهدات بین‌المللی دولت مزبور است. طبق این دیدگاه، دولت در هنگام انجام فعل مغایر تعهدات بین‌المللی خود، رفتار متخلفانه‌ای را مرتکب نمی‌شود. بنابراین مسئولیت منجر به ادای خسارت مندرج در ماده ۳۱ و ۳۴ که ناظر به جبران خسارت کامل مادی و معنوی در صورت نقض در حالت عادی است، شامل آن نمی‌شود و صرفاً ترمیم خسارت و زیان‌های مادی احتمالی وارده را در بر می‌گیرد (Draft articles & commentaries, 2001: Art. 27, Para. 4).

ضرورت در فقه اسلامی از احکام ثانوی بوده و ماهیتی استثنایی و امتنایی دارد؛ یعنی شارع در آن، در مقام توسعه و امتنان برای مردم بوده است. احکام در اسلام دارای دو بُعد تکلیفی و وضعی هستند؛ بُعد تکلیفی به مکلف برمی‌گردد و بُعد وضعی به نتایج و آثار قهری فعل یا ترک مربوط می‌شود. ضرورت بر جنبه وضعی تعهد و ماهیت نهی تأثیری نمی‌گذارد، بلکه دولت را به دلیل وجود شرایط خاص و استثنایی پیش‌آمده، از انجام تعهدات خود معاف می‌کند؛ منتهی دولت ناقض تعهد به دلیل

1. Circumstances precluding the wrongfulness of conduct.

نوعی بودن امتنان، ملزم به جبران کامل خسارات وارده می‌باشد. قاعده «الضرورات تبيح المحظورات» نیز صرفاً بیانگر اجازه و رخصت انجام فعل ممنوع برای مکلف است و سخنی از تغییر ماهیت عمل و فعل ارتكابی در میان نیست. بنابراین بر اساس حقوق اسلامی، ضرورت صرفاً رافع مسئولیت است و بر وصف مجرمانه فعل متخلفانه تأثیری نمی‌گذارد.

۵. کاربرد اصل ضرورت در سپر انسانی (تترس)

امروزه بحث اصل ضرورت در حوزه‌های مختلف حقوق بین‌الملل توسعه یافته است؛ از جمله در حقوق مخاصمات مسلحانه با عنوان «ضرورت نظامی»، به مثابه یک استثنا نسبت به مقررات حاکم بر حقوق بشردوستانه ایفای نقش می‌کند. امکان سلب مصونیت افراد و اهداف غیر نظامی و اسیران جنگی در مخاصمات مسلحانه، از جمله موضوعات مورد بحث در ضرورت نظامی است. حقوق بشردوستانه با هدف حمایت از قربانیان مخاصمات مسلحانه، استفاده از آن‌ها را به عنوان صفحه‌ای محافظ در برابر اهداف نظامی مشروع، ممنوع می‌داند (رمضانی، ۱۳۹۵: ۲۳).

۱-۵. مفهوم سپر انسانی

«سپر انسانی»^۱ به معنای قرار دادن یا قرار گرفتن عمدی غیر نظامیان و اسیران جنگی در درون و پیش روی اهداف و افراد نظامی، به منظور جلوگیری از حمله دشمن به این اهداف، از ترس آسیب‌رسانی به جمعیت و اموال دارای مصونیت است (Grant & Barker, 2009: 268). این مفهوم در فقه با عنوان «تترس» شناخته می‌شود. تترس از ماده «تُرس» به معنای «سپر» می‌باشد و در لغت به معنای «پوشاندن» است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۲/۶؛ حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۱۴۱۵/۸).

ماده ۵۱(۷) پروتکل الحاقی اول (1977) به کنوانسیون ژنو (1949)، به عنوان کامل‌ترین مصوبه درباره سپر انسانی مقرر می‌دارد:

«حضور یا نقل و انتقال سکنه یا افراد غیر نظامی نباید برای مصون ساختن نقاط یا

1. Human shield.

مناطق مشخص در برابر عملیات نظامی خصوصاً در تلاش برای محافظت از اهداف نظامی در برابر حمله یا محافظت، پشتیبانی یا ممانعت از عملیات نظامی مورد استفاده قرار گیرد. طرف‌های مخاصمه نباید به منظور استتار اهداف نظامی در برابر حمله یا پوشش دادن به عملیات نظامی، دستور جابه‌جایی سکنه یا افراد غیر نظامی را بدهند» (Additional Protocol I, 1977: Art. 51(7)).

مبنای ممنوعیت استفاده از سپر انسانی «اصل تفکیک»^۱ است. اصل تفکیک به منظور حمایت از غیر نظامیان و اموال آن‌ها مطرح شده است. بر اساس این اصل: «به منظور صیانت قطعی جمعیت و اهداف غیر نظامی، طرف‌های مخاصمه در هر زمان باید بین جمعیت و اموال غیر نظامی و نظامیان و اهداف نظامی تفکیک قائل شوند و به این ترتیب، عملیات خود را فقط علیه اهداف نظامی هدایت کنند» (Ibid.: 48).

در اسلام نیز اصل بر رعایت قاعده تفکیک و حرمت نقض مصونیت غیر نظامیان است (قربان‌نیا، ۱۳۹۰: ۸۳) و فقهای اسلامی متفقاً آن را پذیرفته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۹۸/۱۴). «تترس» از جمله مصادیق نقض مصونیت افراد محقون‌الدم به شمار می‌آید. استفاده از غیر نظامیان و اسیران به عنوان صفحه محافظ در برابر دشمن و یا حمله به این سپر انسانی ممنوع بوده و طبق حدیث حفص بن غیاث^۲ (کلینی، ۱۴۳۰: ۴۱۱/۹) حرام می‌باشد. این حرمت از جهت ایمان مطلق بوده و طبق بیان صاحب‌جوهر: «لا فرق بین الترس المسلم وغيره ممن هو محترم الدم» (هاشمی‌شاهرودی، ۱۴۱۷: ۲۲۹/۲)؛ تفاوتی نیست بین سپر انسانی مسلمان و غیر مسلمانی که مقاتل نیست و ریختن خورش حرام است.

با دقت در ماده (۸) ۵۱ و ماده ۵۷ پروتکل اول الحاقی (۱۹۷۷) می‌توان دریافت که حقوق مخاصمات در کنار ممنوع دانستن استفاده از سپر انسانی، حمله به هدف حفاظت‌شده توسط صفحه انسانی را در شرایط خاص و استثنایی مجاز دانسته است. بدین ترتیب در صورت اقتضای ضرورت و به شرط رعایت اقدامات احتیاطی، امکان

1. The Principle of Distinction.

۲. «عن أبي عبد الله عليه السلام: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ قِتَالِ النِّسَاءِ وَالْوِلْدَانِ فِي دَارِ الْحَرْبِ إِلَّا أَنْ يُقَاتِلُوا».

حمله به هدف نظامی همچنان وجود دارد.

این استثنا در حقوق اسلامی نیز مطمح نظر قرار گرفته و نقض مصونیت غیر نظامیان، فقط در صورت وجود عنصر «ضرورت» امکان‌پذیر است (علامه حلی، بی‌تا: ۱۳۶/۱). تترس از جمله مصادیق وضعیت ضرورت به شمار می‌آید؛ همچنان که صاحب جواهر می‌فرماید:

«المراد بالضرورة أن يتترس الكفار بهنَّ» (نجفی، ۱۳۶۲: ۷۴/۲۱).

در جنگ طائف نیز پس از آنکه مردم طائف مقاومت فراوان کردند، به گونه‌ای که امکان پیروزی به هیچ شکلی ممکن نبود، پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله امر فرمود که قلعه‌های آن‌ها را با منجیق هدف قرار دهند تا مجبور به تسلیم شوند (طبری، ۱۳۷۵: ۱۲۱۰/۳)؛ منتهی اولاً تنها راه شکستن حصارهای قلعه و پیروزی، همین شیوه بود و ثانیاً غیر نظامیان را هدف قرار ندادند، بلکه دیوارهای قلعه و نیروهای رزمی آن‌ها را که بالای قلعه بودند، نشانه گرفتند؛ طبیعتاً در این میان امکان داشت به غیر نظامیان که در قلعه بودند نیز آسیب برسد (عظیمی شوشتری، ۱۳۹۵: ۱۱۰).

۲-۵. شرایط امکان حمله به هدف نظامی محفوف به سپر انسانی

اگرچه طرفین درگیر مخاصمه، ملزم به حفظ مصونیت غیر نظامیان، از جمله سپرهای انسانی، از آسیب و هر گونه خطر تهدیدکننده هستند، منتهی این بدان معنا نیست که باید در همه موارد از حمله به یک هدف نظامی که توسط سپرهای انسانی محافظت می‌شود، خودداری نمایند (Stéphanie Bouchié de Belle, 2008: 899). استناد به این استثنا جهت رفع مسئولیت بین‌المللی دولت، نیازمند وجود شرایطی است که در ادامه به بررسی آن‌ها در دو نظام حقوق بین‌الملل و اسلام پرداخته خواهد شد. لازم به ذکر است که با توجه به تعدد شروط، به بیان موارد بارز آن اکتفا می‌گردد.

۱-۲-۵. وجود مزیت نظامی قابل توجه حاصل از حمله به هدف نظامی

نقض مصونیت افراد و اموال غیر نظامی، منوط به وجود «هدف نظامی» قابل توجه است. هدف نظامی هدفی است که نقش مهمی در اقدام نظامی دارد و تخریب،

تسخیر یا بی طرفی آن، مزیت نظامی معینی به دنبال خواهد داشت (Gardam, 2004: 100). در خصوص «مزیت نظامی» پیش‌بینی شده دولت‌ها، تفاسیر مختلفی صورت پذیرفته است؛ با این حال، علی‌رغم تمامی تردیدهایی که در نحوه اجرای این اصل وجود دارد، ارزیابی مزیت نظامی و خسارت وارده به سپرهای انسانی را باید به طور واقعی انجام داد و همواره این واقعیت را مد نظر قرار داد که مزیت نظامی از نظر زمانی و محدوده خسارت تبعی غیر نظامیان قابل تغییر است (Stéphanie Bouchié de Belle, 2008: 900). دقت در اهمیت هدف نظامی، نقش تعیین‌کننده‌ای در ارزیابی مزیت نظامی دارد. به علاوه، بیش از اندازه بودن تلفات غیر نظامیان نیز به طور مستقیم به اهمیت هدف نظامی مربوط است؛ چرا که با توجه به اهمیت هدف نظامی، ممکن است با رعایت اصل تناسب، تلفات بیشتری از غیر نظامیان قابل قبول باشد.

نقض مصونیت سپر انسانی، منوط به کسب پیروزی یا ممانعت از شکست جهت حفظ منفعت مهم در کلیت جنگ است؛ چنانچه کاشف‌الغطاء دلیل نقض مصونیت سپر انسانی را چنین بیان می‌کند:

«إِنَّ قَتْلَهُمْ قَدْ يَكُونُ عَلَىٰ وَفْقِ الْمَصْلُحَةِ وَالْحِكْمَةِ لِحِفْظِ بَيْضَةِ الْإِسْلَامِ... كَقَتْلِ الْمُسْلِمِينَ لَوْ تَرَسَّ الْكُفَّارُ بِهِمْ» (کاشف‌الغطاء، ۱۳۸۱: ۲۱۸/۱)؛ به دلیل وجود مصلحت [اعم] که دلیلش حفظ بیضه و اساس اسلام می‌باشد، کشتن مسلمانانی که توسط کفار، سپر انسانی واقع شده‌اند، جایز می‌شود.

در واقع، منفعت گروهی اقل با منفعتی بالاتر که حفظ اسلام و جان انسان‌های بی‌شمار است، در تعارض قرار می‌گیرد و برای رفع تراحم، حفظ منفعت مهم که همان حفظ «بَيْضَةِ الْإِسْلَامِ» است، رجحان می‌یابد (شیرازی، بی‌تا: ۱۸۴/۲) و برای حفظ آن، مصونیت افراد محقون‌الدم قابل نقض می‌گردد (مطهری، ۱۳۷۷: ۲۹۰/۲۱).

۲-۲-۵. رعایت اصل تناسب

حمله به اهداف نظامی حفاظت‌شده توسط سپرهای انسانی، نیازمند رعایت اصل تناسب است. مقصود از اصل تناسب، سازش دادن امتیازات عملی ناشی از یک حمله با ضرورت‌های نظامی است (زمانی، ۱۳۹۵: ۱۲). خسارت تبعی مورد انتظار از حمله در

قیاس با مزیت نظامی نباید بیش از اندازه باشد. بنابراین بند (سه)(الف) ۲ ماده ۵۷ پروتکل الحاقی اول، فرماندهان نظامی را موظف می‌کند:

«از اقدام به حمله‌ای که احتمال دارد منجر به تلفات یا خسارت اتفاقی به جمعیت یا اهداف غیر نظامی یا مجموعه‌ای از این موارد گردد و این خسارات فراتر از مزیت نظامی مستقیم و عینی مورد انتظار از حمله باشد، خودداری نمایند»
 .(Additional Protocol I, 1977: Art. 57(2)(a)(iii))

در غیر این صورت، حمله واقع شده نامتناسب بوده و موجب مسئولیت بین‌المللی عاملان آن خواهد شد.

طبق آیاتی چون ۱۲۶ سوره نحل و ۱۹۰ و ۱۹۴ سوره بقره، هر نوع اعتداء، تجاوز از حد و زیاده‌روی که با اهداف نبرد تناسب نداشته باشد، ممنوع است. اگرچه آیات مبارکه فوق، ناظر به تعادل در مقابله به مثل هستند، اما می‌توان مفهوم کلی تناسب را از آن‌ها استنباط کرد؛ زیرا واژه «مثل» در این آیات، مفهومی کیفی و کمی است؛ یعنی حد کمی و کیفی اقدام ثانویه باید با اقدام اولیه یا علتی که اقدام ثانویه را مشروع کرده است، برابر باشد که این علت می‌تواند ضرورت نظامی یا ترس باشد و این اصل کلی تناسب محسوب می‌شود (عظیمی شوشتری و حسینی فاضل، ۱۳۹۶: ۱۰۱).

همچنین بر اساس قاعده «الضرورات تقدر بقدرها»، حمله به اهداف نظامی حفاظت‌شده توسط سپرهای انسانی تا بدانجا اجازه داده شده است که ضرورت اقتضا کند و تناسب برقرار باشد؛ پس به محض عبور از مرز تناسب به هر شکل، اباحه و عدم مسئولیت نیز برداشته می‌شود و چون ماهیت حرام بودن عمل باقی است، در نتیجه مشمول قاعده «أصالة بقاء ما زاد عن الضرورة علی حکمه الأول» شده و مسئولیت‌آور خواهد بود.

۳-۲-۵. عدم هدف‌گیری مستقیم افراد و اموال غیر نظامی

بر اساس بند (سه)(الف) ۲ ماده ۵۷، کسانی که انجام حمله را برنامه‌ریزی یا

۱. «وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ»
 ۲. «وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ»
 ۳. «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ»

تصمیم‌گیری می‌نمایند، باید هر اقدامی را که امکان‌پذیر باشد، به عمل آورند تا مشخص شود که غیر نظامیان و اموال غیر نظامی مورد هدف قرار نمی‌گیرند. بنابراین در صورت حمله به اهداف نظامی، نباید افراد و اموال غیر نظامیان مورد هدف قرار گیرند، هرچند ممکن است در اثر حمله به اهداف نظامی، آسیبی به آن‌ها وارد شود (Additional Protocol I, 1977: Art. 57(2)(a)(iii)).

در اسلام نیز با وجود اینکه در حالت ضرورت، تترس مانعی جهت حمله به اهداف نظامی نمی‌باشد (ولا یکف عنهم لأجل الترس)، جوازی جهت تیراندازی به سپر انسانی داده نشده است:

«لو تترس الکفار بنسائهم وصبیانهم، فإن دعت الضرورة...، جاز قتالهم ولا یقصد قتل الترس» (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۷۳/۹).

بلکه باید اهداف نظامی و نظامیان در حال جنگ را هدف قرار داد (بل قتل من خلفهم) و اگر در این میان، آسیبی نیز به غیر نظامیان رسید، به جهت وجود حالت ضرورت، مسئولیتی در پی ندارد (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۲/۲؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۸/۲) و حکم تکلیفی و عقوبت احتمالی آسیب‌رسانی به غیر نظامیان برداشته شده است.

۴-۲-۵. استفاده از ادوات و شیوه‌های در بردارنده خسارت کمتر

حمله‌کننده به طرف مخاصمه تا بدانجا که امکان دارد ملزم به انتخاب وسایل و شیوه‌هایی است که خسارت کمتری به سکنه یا اموال غیر نظامی وارد می‌آورند (Additional Protocol I, 1977: Art. 57(2)(a)(ii)). در راستای اجرای این تعهد، حمله‌کننده باید از سلاح‌هایی استفاده نماید که بدون ورود صدمه به سپرهای انسانی حاضر در برابر اهداف نظامی یا با ورود حداقل آسیب به آن‌ها، هدف را نابود می‌کنند. همچنین باید از موشک‌ها و سلاح‌هایی که دقت هدایت‌شوندگی و تفکیک‌پذیری ندارند، استفاده نکند (رمضانی، ۱۳۹۲: ۶۶).

در قوانین اسلامی، رعایت اصل تفکیک در جریان مخاصمات مسلحانه، امری الزامی است. از این رو، استفاده از مواد سمی یا آتش زدن و به آب بستن خانه‌های دشمنان، در حالی که غیر نظامیان در آن ساکن هستند، ممنوع دانسته شده است (ابن ادریس حلی،

۱۴۱۰: ۷/۲). وجه ممنوعیت آن، عدم قدرت تفکیک و تمایز قائل شدن این ابزار و شیوه‌ها میان نظامیان و غیر نظامیان می‌باشد (نجفی، ۱۳۶۲: ۶۸/۲۱)؛ ضمن اینکه احتمال آسیب‌رسانی به غیر نظامیان بیشتری که خارج از محدوده ضرورت باشد، وجود دارد؛ برای نمونه، این ممنوعیت در روایتی از رسول اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صراحتاً اعلام گردیده است: «عن علي بن ابي طالب: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى أَنْ يُرْمَى السَّمُّ فِي بِلَادِ الْمُشْرِكِينَ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۶۲/۱۵).

هرچند روایت در خصوص سم وارد شده است، اما شامل همه وسایل کشتار جمعی می‌شود؛ چرا که از نظر فقهی، سم خصوصیتی ندارد؛ لذا هر آنچه مانند سم عمل کند، حکم آن را خواهد داشت (صدر، ۱۴۲۰: ۳۸۵/۲). بنابراین از آن رو که ممکن است استفاده از سم منجر به کشته شدن افراد محقون‌الدم و دارای مصونیت شود، با القای خصوصیت از کاربرد سم، هر سلاح و شیوه‌ای را که تفکیک‌ناپذیر بوده و منجر به کشتار و آسیب به غیر نظامیان شود، شامل می‌شود. چنانچه به باور صاحب‌جوهر، نمونه‌های جدید سلاح، تنها توسعه در مصداق است و به لحاظ حکمی تفاوتی ندارند (حکمت‌نیا، ۱۳۹۲: ۵۷)؛ ضمن اینکه تجویز در توسل به امر ممنوع در وضعیت ضرورت، مطلق نبوده و طبق قاعده «الأسهل فالأسهل»، رعایت ترتیب و تدریج در شدت عمل میان انواع و افراد فعل متخلفانه و انتخاب امر ممنوع و ابزاری که دارای اثرات آسیب‌زایی کمتری باشد، لازم است (قربان‌نیا، ۱۳۹۲: ۱۰۴).

بنابراین در وضعیت تترس، گذشته از اینکه نباید افراد سپر انسانی مورد هدف قرار گیرند، استفاده از سلاح‌هایی که از دقت کافی برخوردار نبوده و موجب آسیب بیشتر به غیر نظامیان و اموال آن‌ها می‌شود نیز باید اجتناب گردد. همچنین طبق قاعده «الضرورات تقدر بقدرها»، در حالت ضرورت باید به قدر متیقن و حداقل اکتفا شود؛ بنابراین باید از سلاح‌هایی استفاده گردد که حداقل آسیب احتمالی به افراد و اهداف غیر نظامی وارد می‌آورند.

۵-۲-۵. انتخاب هدف دارای خطر کمتر

مطابق بند ۳ ماده ۵۷ پروتکل الحاقی اول:

«هنگامی که امکان انتخاب بین چند هدف نظامی برای دستیابی به مزیت نظامی یکسانی وجود داشته باشد، هدفی انتخاب خواهد شد که انتظار می‌رود حمله به آن موجب کمترین خطر برای جان غیر نظامیان و اموال خواهد شد» (Additional Protocol I, 1977: Art. 57(3)).

علامه حلّی در بیان این مسئله می‌فرماید:

«لم یجز الرمی... لو أمكنت القدرة علیهم بدون الرمی، أو أمن شرهم» (علامه حلّی، بی‌تا: ۱/۱۳۵)؛ در صورتی که غلبه یافتن بر مشرکان یا ایمن شدن از شر آنها، بدون تیراندازی به سپر انسانی ممکن باشد، تیراندازی به سوی آنها جایز نخواهد بود.

از این رو اگر برای دستیابی به پیروزی یا ممانعت از شکست، راهی غیر از آسیب‌رسانی به سپر انسانی و اموال آنها وجود داشته باشد، باید به آن شیوه متوسل شد؛ در غیر این صورت، هر گونه نقض مصونیت غیر نظامیان مسئولیت‌آور خواهد بود؛ چرا که اصل حرمت ریخته شدن خون انسان است:

«لأصالة الحرمة فی الدماء مع إمكان التوصل فی الفتح بغیر ذلك» (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۲۶/۱۵).

بنابراین حالت ضرورت در این صورت وجود نداشته و قاعده «أصالة بقاء ما زاد علی الضرورة علی حکمه الأول» جاری خواهد بود. ضمن اینکه چون حالت ضرورت ماهیتی استثنایی دارد، باید به حداقل‌ها اکتفا نمود. از این رو، عقل امر به انتخاب شیوه و هدفی می‌کند که آسیب کمتری به غیر نظامیان وارد شود.

۵-۲-۶. علم و اطمینان به تحقق هدف نظامی

مزیت نظامی که با حمله به هدف نظامی دنبال می‌شود، باید عینی و مستقیم باشد (Additional Protocol I, 1977: Art. 57(2)(a)(iii)). مقصود از دو وصف «عینی» و «مستقیم»، مزیتی ملموس و قابل تحصیل و نسبتاً نزدیک یا فوری است. در نتیجه، مزیتی که به سختی قابل درک بوده و صرفاً مبتنی بر تخمین یا امید و آرزوست (Commentary on the HPCR Manual, 2010: 92) و یا در طولانی مدت به دست می‌آید، اولویتی بر خسارت تبعی ندارد (IHL and the Challenges of Contemporary..., 2003: 13).

هر اقدامی که منجر به کشتار یا آسیب به سپر انسانی می‌شود، برای استناد به آن باید علم و اطمینان به منحصر بودن وصول به هدف با حمله به اهداف نظامی محفوف به سپر انسانی وجود داشته باشد. همچنان که در *معارح الاصول* آمده است:

«اگر علم و قطع داشته باشیم که در صورت عدم حمله، دشمن بر مسلمانان غلبه خواهد نمود، و جلوگیری از نابودی مسلمانان جز از طریق تیراندازی ممکن نباشد، تیراندازی به سمت اسیران مسلمان سپر واقع شده جایز خواهد بود» (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۲۲۳).

۵-۳. آثار حقوقی حمله به سپر انسانی

بر اساس ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، جنایات جنگی عبارت‌اند از نقض جدی قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی ناظر بر درگیری‌های مسلحانه، و مرتکب آن از نظر کیفری مسئولیت خواهد داشت (شیایزی، ۱۳۸۳: ۲۵۱). استفاده از سپر انسانی، ذیل شق ۲۳ از جزء ب بند ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، مصداقی از جنایت جنگی دانسته شده است. از این رو، چنین عملی در دسته دوم از جنایات جنگی فهرست شده در ماده ۸ اساسنامه مذکور - راجع به تخلفات جدی قوانین و عرف‌های جنگی مخاصمات بین‌المللی - جای می‌گیرد. منظور از تخلفات جدی، نقض قوانین و عرف‌هایی هستند که اشخاص یا اموال مورد حمایت را به خطر انداخته یا ارزش‌های مهم را نادیده می‌گیرند (ژان ماری، ۱۳۸۲: ۸۰۲).

بنابراین در صورتی که رفتار در چارچوب مخاصمات بین‌المللی و در ارتباط با آن واقع شود و مرتکب از شرایط و اوضاع و احوال عینی که وجود مخاصمات مسلحانه را ثابت می‌نماید، آگاه باشد، در کنار احراز عنصر مادی به کارگیری غیر نظامیان به عنوان سپر انسانی و عنصر ذهنی قصد فاعل از ارتکاب این عمل مجرمانه، جنایت جنگی محقق خواهد شد و موجب مسئولیت بین‌المللی کیفری دولت و عاملان آن می‌گردد (حبیبی و رمضانی، ۱۳۹۳: ۲۲).

در حقوق اسلامی، وجود یا فقدان عنصر ایمان به اسلام، در نتایج آثار حقوقی حمله به سپر انسانی تأثیرگذار است. در صورتی که سپر انسانی، متشکل از غیر نظامیان غیر مسلمانی باشد که کشتن آن‌ها جایز نیست، در صورت وجود وضعیت ضرورت،

قصاص، دیه و کفاره‌ای بر گردن رزمندگان مسلمان نیست (بهجت، ۱۴۲۶: ۵۷۸/۵). در غیر حالت ضرورت نیز با وجود حرمت کشتن آن‌ها (عاملی جزینی، بی‌تا: ۷/۲)، قصاص، دیه و کفاره‌ای بر گردن رزمنده مسلمان ثابت نخواهد بود؛ چرا که قصاص نیازمند تساوی در دین است و مسلمان به جهت کشتن کافر قصاص نخواهد شد. دیه هم به کافر غیر متعاهد حربی تعلق نمی‌گیرد (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۶۵/۱۹) و کفاره‌ای نیز بر گردن رزمنده مسلمان نیست؛ چرا که کفاره مختص به قتل مسلمان است (نجفی، ۱۳۶۲: ۴۰۹/۴۳؛ بهجت، ۱۴۲۶: ۵۷۸/۵)، منتهی رزمنده متخلف مرتکب گناه شده و باید توبه نماید (عاملی جزینی، بی‌تا: ۸/۲).

در صورتی که سپر انسانی، اسیران مسلمان باشند، با احراز حالت ضرورت، اختلافی در این مسئله نیست که دیه‌ای بر گردن رزمندگان مسلمان نیست و قصاص نخواهند شد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۸۶/۱؛ عاملی جزینی، بی‌تا: ۷۳/۱). همچنان که در کتاب سرائر آمده است: «فَإِنَّ الدِّيَةَ لَا تَجِبُ وَلَا الْقَوْدُ» (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۸/۲). البته برخی پرداخت دیه را از بیت‌المال لازم دانسته‌اند (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۳۸۴/۴). اما در مورد پرداخت کفاره دو قول وجود دارد؛ مشهور بین اصحاب، وجوب کفاره با استناد به آیه «فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ» (نساء/۹۲) می‌باشد (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۳۱۳/۲)، همچنان که شیخ طوسی می‌فرماید: «فَإِذَا رَمَى فَأَصَابَ مُسْلِمًا فَقَتَلَهُ فَلَا قَوْدَ عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ» (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۲/۲) و علمای زیادی همین قول را پذیرفته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۹: ج ۹؛ عاملی، ۱۳۸۷: ۳۹۳/۲). قول دیگر، عدم وجوب کفاره است (ابن بزاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۳۰۲/۱؛ موسوی خویی، ۱۴۲۴: ۳۷۲/۱؛ تبریزی، ۱۴۲۶: ۳۸۲/۱). استدلال این دسته از فقها، مبنی بر اختصاص آیه به مورد قتل خطئی است و حال آنکه قتل مورد بحث، امر مأمور به است که وجوب کفاره برای آن، منجر به رها نمودن جنگ خواهد شد، به سبب مثنوهای که برای رزمندگان مسلمان دارد، و این خلاف مصلحت جهاد است (موسوی خویی، ۱۳۶۸: ۳۷۲/۱).

در صورت پذیرفتن قول وجوب کفاره، در کفاره خطئی یا عمدی بودن اختلاف می‌باشد. کفاره خطئی به این جهت است که هدف، کشتن اسیران مسلمان نبوده و در اصل دشمنان مدنظر بوده‌اند، ولی به جهت وجود حالت ضرورت و از باب مقدمه،

چاره دیگری جز پرتاب تیر به سوی اسیران مسلمان برای رسیدن به مقصود باقی نمانده است؛ بنابراین کفاره خطئی می‌باشد که به صورت کفاره مرتبه بین سه مورد است: آزادی یک بنده یا گرفتن شصت روز روزه و یا اطعام شصت فقیر. منتهی چنانچه واقع را در نظر بگیریم، در هر صورت با علم به اینکه افرادی که ممکن است کشته شوند، مسلمان هستند، تعمداً تیراندازی صورت گرفته است؛ بنابراین کفاره عمدی خواهد بود که شامل جمع سه کفاره مذکور است (وجدانی فخر، ۱۴۲۶: ۴۸/۵).

اگر حمله به سپر انسانی مسلمان در غیر حالت ضرورت صورت گیرد، در صورت عمدی بودن پرتاب تیر، قصاص و کفاره برای رزمنده ثابت خواهد شد و در صورتی که از روی خطا و اشتباه تیری پرتاب کند و موجب کشته شدن اسیر مسلمان شود، دیه و کفاره واجب می‌گردد (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۲/۲)، که دیه بر گردن عاقله او خواهد بود و پرداخت کفاره بر خود او واجب می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۷۴/۹). همچنین اگر به خیال اینکه فرد کافر است، به او تیر زده و موجب کشته شدن او شود و بعداً مشخص شود که مسلمان بوده است، در این صورت نیز قتل خطئی محسوب شده و رزمنده تنها باید کفاره بپردازد و قصاص و دیه‌ای ثابت نیست (طباطبایی حائری، ۱۴۲۲: ۳۵۲/۱۴).

نتیجه‌گیری

ضرورت به عنوان رافع وصف متخلفانه فعل در حقوق بین‌الملل و رافع مسئولیت بین‌المللی دولت در حقوقی اسلامی پذیرفته شده است. با وجود شباهت‌های بسیار میان این دو حوزه، تفاوت‌هایی نیز وجود دارد.

۱- اضطرار و ضرورت در حقوق بین‌الملل، دو مفهوم متفاوت و هم‌عرض می‌باشند؛ اما در حقوق اسلام، دو دیدگاه نسبت به آن‌ها وجود دارد. اکثر فقها این دو را یکی دانسته و صرفاً قائل به تمایز لغوی هستند، منتهی امام خمینی مصادیق ضرورت را وسیع‌تر از اضطرار دانسته و به مواردی که مصالح و منافع حیاتی اسلام و جامعه اسلامی در خطر باشد، تسری داده است.

۲- عمر کوتاه حکومت شیعی، مانع از ورود گسترده فقهای امامیه به قلمرو مباحث روابط بین‌الدولی از جمله مفهوم ضرورت در چارچوب مسئولیت بین‌المللی گردیده

است. در منابع فقهی، اهتمام به بحث اضطرار، نقش برجسته‌تری نسبت به «ضرورت» دارد. با توجه به اشتراک موضوع اضطرار و ضرورت در «حفظ منفعت» در موقعیتی خاص و استثنایی که چاره‌ای جز نقض تعهد برای حفظ آن باقی نماند، می‌توان با الغای خصوصیت از موضوع اضطرار که «منفعت فردی» است، احکام اضطرار را در مورد ضرورت به طریق اولویت جاری نمود؛ چرا که منفعت جمعی، اهم از منفعت فردی است.

۳- شرایط و عناصر استناد به اصل ضرورت در هر دو نظام حقوقی، تشابه بسیاری دارد. از این رو چنانچه تنها راه ممکن جهت حفاظت از منافع اساسی دولت در برابر خطری جدی و قریب‌الوقوع، اقدامی مغایر با تعهد اولیه باشد، می‌توان با استناد به ضرورت، تعهد بین‌المللی را نقض نمود و مسئولیتی متوجه دولت ناقض نخواهد بود.

۴- عامل ضرورت در حقوق بین‌الملل، رافع وصف متخلفانه فعل مغایر تعهد بین‌المللی دولت است. منتهی در حقوق اسلامی، تغییری در ماهیت فعل متخلفانه ایجاد نمی‌کند و موجب زائل شدن وصف متخلفانه آن نمی‌شود؛ بلکه استثنایی امتنانی است که مانع از مسئولیت دولت به جهت ارتکاب فعل ناقض تعهد می‌شود. حق این است که ضرورت عذر بوده و دلیلی بر اینکه آن را از عوامل موجهه دانست، وجود ندارد؛ مخصوصاً که بر خلاف دفاع مشروع و اقدامات متقابل، مسبوق به فعل متخلفانه پیشین دولت آسیب‌دیده نمی‌باشد. از این رو بر خلاف آنچه در متن طرح پیش‌نویس مواد مسئولیت دولت پذیرفته شده است، عبارت «عامل رافع مسئولیت دولت» را جهت عنوان مقاله انتخاب نمودیم و نه «عامل رافع وصف متخلفانه فعل».

۵- تفاوت عمده میان عذر یا توجیه بودن ضرورت، در مبنای حقوقی جبران خسارت است. در صورتی که ضرورت رافع مسئولیت باشد، فعل متخلفانه خواهد بود و به طور طبیعی، پرداخت خسارت مندرج در ماده ۲۷ لازم می‌گردد. منتهی در صورتی که آن را عامل موجهه بدانیم، در یافتن مبنای حقوقی صحیح و متقن جهت پرداخت خسارت وارده به دولت آسیب‌دیده، با تشتت آراء و نظرات متضادی میان دانشمندان حقوق بین‌الملل مواجه خواهیم بود که حتی قائلان به وجوب پرداخت غرامت نیز از ادله یکسان و قابل توجهی برای اثبات دلیل خود برخوردار نیستند. بر خلاف حقوق بین‌الملل، در

حقوق اسلامی فقها طبق مبنای نوعی بودن امتنان در پرداخت خسارت اتفاق نظر داشته و آن را امری مسلم می‌دانند. در هر دو نظام حقوقی، ضرورت تأثیری در استمرار معاهده نداشته و پس از رفع آن، تعهد مانند حالت سابق خود جاری خواهد بود.

۶- با وجود اهمیت مصونیت غیر نظامیان و اصل تفکیک در هر دو نظام حقوق بین‌الملل و اسلام، در صورت احراز شرایط خاص و استثنایی، امکان حمله به اهداف نظامی محافظت‌شده با سپر انسانی (تترس) امکان‌پذیر است. شرایطی چون: وجود هدف نظامی قابل توجه و منفعت عظیم، رعایت اصل تناسب، عدم هدف‌گیری مستقیم افراد و اموال غیر نظامی، استفاده از ادوات و شیوه‌های دربردارنده خسارت کمتر، انتخاب هدفی با خطر کمتر و علم و اطمینان به تحقق هدف نظامی لازم می‌باشد.

۷- در حقوق بین‌الملل، منظور از هدف نظامی به خوبی روشن نیست و تعابیر مختلفی از آن صورت گرفته است. در حقوق اسلامی، امکان تعرض به تترس، صرفاً زمانی امکان‌پذیر است که هدفی عظیم مانند در خطر قرار گرفتن اساس اسلام و حفاظت از جان جمعیت بی‌شماری در میان باشد که به نظر می‌رسد از این جهت مضیق‌تر از حقوق بین‌الملل است.

۸- استفاده از افراد و اهداف غیر نظامی به عنوان سپر انسانی و حمله به آن‌ها در هر دو نظام حقوق بین‌الملل و اسلام جرم‌انگاری شده است. ماده ۲۸ کنوانسیون چهارم ۱۹۴۹ ژنو، بند ۷ ماده ۵۱ پروتکل الحاقی اول (۱۹۷۷) و جزء ب بند ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، از جمله اسناد بین‌المللی هستند که در کنار عرف بین‌المللی، استفاده از سپر انسانی را ممنوع دانسته‌اند. در حقوق اسلامی نیز آثار کیفری و مدنی خاصی برای آن در نظر گرفته شده است؛ احکامی چون قصاص، دیه و کفاره که با توجه به فروض مختلف متفاوت می‌باشد، که البته عنصر ایمان به اسلام در اعمال آن‌ها نقش بسزایی دارد.

کتاب شناسی

۱. آفانجفی قوجانی، سید محمد حسن، *حیات الاسلام فی احوال آیه الملك العالم، به کوشش رمضان علی شاکری، تهران، هفت، ۱۳۷۸ ش.*
۲. ابراهیم گل، علیرضا، *مسئولیت بین المللی دولت، متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین المللی، چاپ هشتم، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۶ ش.*
۳. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.*
۴. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحیر، *المهذب، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.*
۵. ابن فهد حلی، جمال الدین احمد بن محمد اسدی، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، تحقیق مجتبی عراقی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.*
۶. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب، تحقیق احمد فارس صاحب الجوائب، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.*
۷. بهجت، محمد تقی، *جامع المسائل، چاپ دوم، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۶ ق.*
۸. تبریزی، جواد بن علی، *منهاج الصالحین، قم، مدین، ۱۴۲۶ ق.*
۹. حبیبی، همایون، و صالحه رضانی، «استفاده از سیر انسانی به مثابه جنایت جنگی»، *مجله پژوهش های حقوقی، شماره ۲۶، پاییز و زمستان ۱۳۹۳ ش.*
۱۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.*
۱۱. حسینی روحانی، سید محمد صادق، *فقه الصادق (علیه السلام)، چاپ سوم، قم، مدرسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۲ ق.*
۱۲. حسینی شیرازی، سید محمد، *ایصال الطالب الی مکاسب، تهران، اعلمی، بی تا.*
۱۳. حسینی واسطی زبیدی، محب الدین ابوفیض سید محمد مرتضی بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.*
۱۴. حکمت نیا، محمود، «سلاح های کشتار جمعی و مبانی فقهی و حقوقی ممنوعیت استفاده از آن ها»، *فصلنامه حقوق اسلامی، سال دهم، شماره ۳۸، پاییز ۱۳۹۲ ش.*
۱۵. رضانی، صالحه، *سیر انسانی در حقوق بین الملل بشردوستانه، تهران، خرسندی، ۱۳۹۵ ش.*
۱۶. زحیلی، وهبة بن مصطفى، *نظریه ضرورت در فقه اسلامی، ترجمه حسین صابری، چاپ دوم، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۹ ش.*
۱۷. سبحانی، جعفر، *زبدة الاحکام، قم، مؤسسه الامام الصادق (علیه السلام)، ۱۳۸۶ ش.*
۱۸. شیایزوری، کریمانگ ساک کیتی، *حقوق بین المللی کیفری، ترجمه بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، تهران، سمت، ۱۳۸۳ ش.*
۱۹. صدر، سید محمد، *ما وراء الفقه، بیروت، دار الاضواء للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۲۰ ق.*
۲۰. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد علی، *ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.*
۲۱. طبرسی، امین الاسلام ابوعلی فضل بن حسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۱۵ ق.*

۲۲. طبری، ابوجعفر محمد بن جریر، *تاریخ طبری یا تاریخ الرسل و الملوک*، ترجمه ابوالقاسم پاینده، چاپ پنجم، تهران، اساطیر، ۱۳۷۵ ش.

۲۳. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.

۲۴. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، *القواعد و الفوائد*، تحقیق سیدعبدالهادی حکیم، قم، مكتبة المفید، بی‌تا.

۲۵. عباسی فردویی، غلامعلی، *تحریم تنباکو و مشروطیت، پیامدها و عبرت‌ها مشعلی فراروی ملت ایران*، قم، زائر، بی‌تا.

۲۶. عظیمی شوشتری، عباسعلی، «ماهیت، شرایط و آثار اصل ضرورت نظامی در دو نظام حقوقی اسلام و حقوق بشردوستانه بین‌المللی»، *فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، سال سوم، شماره ۲ (پیاپی ۸)، تابستان ۱۳۹۵ ش.

۲۷. عظیمی شوشتری، عباسعلی، و سیدمرتضی حسینی فاضل، «پژوهشی تطبیقی درباره مفهوم، ماهیت و شرایط اصل تناسب در حقوق بشردوستانه بین‌المللی و حقوق اسلام»، *فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، سال چهارم شماره ۴ (پیاپی ۱۴)، زمستان ۱۳۹۶ ش.

۲۸. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، مشهد، مؤسسه آل‌البتی علیه السلام، بی‌تا.

۲۹. همو، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل‌البتی علیه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۹ ق.

۳۰. همو، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

۳۱. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

۳۲. همو، *منتهی المطلب فی تحقیق المذهب*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۲ ق.

۳۳. غروی نائینی، محمدحسین، *تنبیه الامة و تنزیه المله*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۴ ق.

۳۴. فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، چاپ دوم، قم، دار الهجره، ۱۴۱۰ ق.

۳۵. فیروزآبادی شیرازی، ابواسحاق ابراهیم بن علی بن یوسف، *المهذب فی فقه الامام الشافعی*، لبنان، دار الکتب العلمیه، بی‌تا.

۳۶. قربان‌نیا، ناصر، «ممنوعیت مطلق کاربست سلاح هسته‌ای»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال دهم، شماره ۳۹، زمستان ۱۳۹۲ ش.

۳۷. قربان‌نیا، ناصر، و نادر اخگری بناب، «عدم مشروعیت کاربرد سلاح هسته‌ای در پرتو اصل تفکیک (با رویکرد اسلامی)»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال هشتم، شماره ۲۸، بهار ۱۳۹۰ ش.

۳۸. کاشف‌الغطاء، جعفر بن خضر مالکی، *النور الساطع فی الفقه النافع*، نجف اشرف، مطبعة الآداب، ۱۳۸۱ ق.

۳۹. همو، *کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء*، چاپ دوم، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۸ ش.

۴۰. کرافورد، جیمز، *حقوق مسئولیت دولت (بخش عمومی)*، ترجمه علیرضا ابراهیم گل و دیگران، تهران، قلم سنگلج، ۱۳۹۵ ش.

۴۱. کلاتری، علی اکبر، «فقه و مصلحت نظام»، *فصلنامه فقه*، شماره‌های ۱۱-۱۲، بهار و تابستان ۱۳۷۶ ش.

۴۲. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.

۴۳. همو، *الکافی*، قم، دار الحدیث للطباعة و النشر، ۱۴۳۰ ق.

٤٤. گیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم بن حسن، *جامع الشتات فی اجوبة السؤالات*، با تصحیح و اهتمام مرتضی رضوی، تهران، کیهان، ۱۳۷۱ ش.
٤٥. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *الاجتهاد و التقليد (معارج الاصول)*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۳ ق.
٤٦. همو، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، تهران، استقلال، ۱۴۰۹ ق.
٤٧. مطهری، مرتضی، *مجموعه آثار*، چاپ هشتم، قم، صدرا، ۱۳۷۷ ش.
٤٨. منتظری، حسینعلی، *دراسات فی ولاية الفقيه و فقه الدولة الاسلاميه*، قم، دار الفکر، ۱۴۱۵ ق.
٤٩. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *الرسائل العشره*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۰ ق.
٥٠. همو، *تحریر الوسيله*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲ ش.
٥١. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *اجود التقریرات*، تقریر دروس محمدحسین غروی نائینی، چاپ دوم، قم، کتابفروشی مصطفوی، ۱۳۶۸ ش.
٥٢. همو، *منهاج الصالحین*، چاپ سی و دوم، قم، مؤسسه الخوئی الاسلامیه، ۱۴۲۴ ق.
٥٣. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
٥٤. نحفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۲ ش.
٥٥. نوری، ولی‌الله، سیدقاسم زمانی، و مسعود راعی، «ضرورت نظامی به عنوان یک استثنا در حقوق درگیری‌های مسلحانه»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، سال چهل و نهم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۸ ش.
٥٦. وجدانی فخر، قدرت‌الله، *الجواهر الفخریه فی شرح الروضة البهیة*، چاپ دوم، قم، سماء قلم، ۱۴۲۶ ق.
٥٧. هاشمی، سیدحسین، *مجمع تشخیص مصلحت نظام (تحلیل مبانی فقهی و حقوقی)*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۱ ش.
٥٨. هاشمی شاهرودی، سید محمود، *معجم فقه الجواهر*، بیروت، الغدیر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۷ ق.
59. Additional Protocol I, 1977, at: <<https://www.icrc.org/ihl/INTRO/470>>.
60. Ago, Roberto, "Eighth Report (Addendum)", *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II(1) (A/CN.4/318/Add.5-7), 1980.
61. Boed, Roman, "State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct", *Yale Human Rights and Development Law Journal*, Vol. 3(1), 2000.
62. *Commentary on the Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University (HPCR), Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge, 2009, at: <<https://www.ihlresearch.org/amw/manual>>.
63. Crawford, James, *The Law of International Responsibility*, Oxford, 2010.
64. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, Part Two, 2001.
65. Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada) ICG Rep. 1998.
66. Gabčíkovo-Nagymaros Project Case (Hungary v. Slovakia), I.C.J. Report, Judgment, 25 September 1997.

67. Gardam, Judith, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge University Press, 2004.
68. *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (IV)*, 1949.
69. Grant, John P. & J. Craig Barker (Eds.), *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, 3rd Ed., Oxford University Press, 2009.
70. IHL and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts, Report Prepared by the International Committee of the Red Cross Geneva, September 2003.
71. Ismailov, Otabek, *The Necessity Defense in International Investment Law*, Thesis for the Doctorate in Philosophy (PhD), University of Ottawa, 2017.
72. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, (Advisory Opinion), ICJ Reports A/ES-10/273, 9 July 2004.
73. Paddeu, Federica, *Justification and Excuse in International Law*, University of Cambridge, 2018.
74. Rome Statute of the International Criminal Court, A/CONF.183/9 of 17 July 1998.
75. Russian Indemnity (Russia/Turkey), 11 RIAA, 1912.
76. Stéphanie Bouchié de Belle, "Chained to cannons or wearing targets on their T-shirts: human shields in international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, Number 872, December 2008.
77. The Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II(2) (A/56/10), 2001.

قلمرو اعمال حقوق مذهبی

به عنوان قانون حاکم در مراجع داوری*

- سیده فیروزه سیدنژاد^۱
- رضا مقصودی^۲
- مهین سبحانی^۳

چکیده

گسترش قراردادهای تجاری بین‌المللی و انتزاع روزافزون قوانین ملی از ریشه‌های مذهبی از یکسو و قواعد امره مندرج در نصوص مذهبی در باب معاملات از سوی دیگر، این مسئله را پدید آورده است که آیا اصحاب قرارداد می‌توانند با عدول از قوانین ملی مصوب دولت‌ها، به انتخاب حقوق مذهبی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد مبادرت نمایند و آیا مرجع داوری رأساً بدون نیاز به توافق اصحاب دعوی، اجازه اعمال حقوق مذهبی را به عنوان قواعد حقوقی غیر دولتی دارد؟ گاه طرفین قرارداد تجاری به دلایلی از قبیل علائق مذهبی، تمایل به اعمال حقوق مذهبی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد دارند و گاه مرجع داوری با وجود

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۴/۲۴.

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه گیلان (seyednejad.94@gmail.com).

۲. دانشیار گروه حقوق دانشگاه گیلان (نویسنده مسئول) (rmaghsoody@guilan.ac.ir).

۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه گیلان (m_sobhani@guilan.ac.ir).

سکوت اصحاب دعوی، رأساً در پی اعمال یک حقوق غیر دولتی بر قرارداد موضوع داوری است. هرچند واقعیت دنیای تجاری، امکان انتخاب و اعمال قواعد مذهبی را از سوی طرفین و مرجع داوری در قراردادهای تجاری بین‌المللی مجاز می‌داند، لیکن رویه عملی و مقررات داوری در سیستم‌های حقوقی مختلف، حاکی از عدم امکان اعمال حقوق مذهبی از سوی داوران در فرض سکوت اصحاب دعوی است.

واژگان کلیدی: داوری تجاری بین‌المللی، قانون حاکم، حقوق مذهبی، مراجع داوری، مقررات داوری.

مقدمه

در سال‌های اخیر، تعداد مؤسسات مالی اسلامی و نیز بانک‌های منطبق با اصول اسلامی و مذهبی که اغلب فرامرزی هستند، در سرتاسر جهان افزایش چشمگیری داشته است و این امر ناگزیر موجب افزایش تعداد قراردادهای اسلامی و فعالیت‌های تجاری منطبق با مذهب در عرصه بین‌المللی و تمایل به انعقاد قراردادهای مذکور شده است.

طرفین قرارداد تجاری به دلیل وجود عامل مذهب در قراردادهای فوق، غالباً تمایل به انتخاب حقوق و قواعد مذهبی به عنوان قانون حاکم بر قراردادهای مزبور داشته و به دلیل ارتباط موجود میان مذهب و قراردادهای نامبرده، قواعد و اصول مربوط به آن را ناظر بر قرارداد خویش می‌نمایند. لازم به توضیح است که مسئله مربوط به تعیین حقوق مذهبی در قراردادهای تجاری بین‌المللی در مراجع قضایی همواره با مشکلاتی همراه می‌باشد و رویه محاکم قضایی، پذیرش چنین امری را به سهولت ممکن نمی‌نماید. لذا طرفین قرارداد تجاری بین‌المللی برای فرار از مشکلات و چالش‌های پیرامون انتخاب حقوق مذهبی به عنوان قانون حاکم در رسیدگی محاکم قضایی، اصولاً سازوکار داوری تجاری بین‌المللی را به عنوان ابزار اصلی حل اختلافات فی‌مابین برگزیده و آن را راحت‌ترین روش جهت حل اختلافات فرامرزی تلقی می‌نمایند.

داوری تجاری بین‌المللی عبارت از شیوه حل و فصل یک موضوع مورد اختلاف مربوط به روابط تجاری بین‌المللی بین دو یا چند شخص توسط یک یا چند نفر دیگر

به عنوان داور می‌باشد که اختیار و صلاحیت خود را از یک قرارداد خصوصی اخذ می‌کنند (توسلی نائینی و بدری زاده، ۱۳۹۳: ۶۴-۶۵). تعیین حقوق حاکم بر ماهیت اختلاف در روش مزبور، واجد اهمیت خاصی می‌باشد و مراجع داورى بین‌المللی باید مشخص نمایند که مسائل ماهوی مورد نزاع، تابع کدام قانون است و بر طبق کدام قانون باید حل و فصل شود. بنابراین گسترش سازوکار حل و فصل اختلافات مذکور، با این سؤالات اساسی همراه خواهد بود که چه قانونی می‌تواند بر یک موافقت‌نامه داورى که نزد یک مرجع داورى مطرح می‌شود، حاکم شود؟ آیا طرفین می‌توانند در موافقت‌نامه داورى، حقوق مذهبی را که حقوق غیر دولتی محسوب می‌شود، به عنوان قانون حاکم بر قرارداد تجاری قرار دهند؟ و آیا امکان اعمال حقوق مذهبی توسط داوران در فرض عدم انتخاب قانون حاکم از ناحیه طرفین وجود دارد؟

موضوع فوق زمانی اهمیت بیشتری می‌یابد که عنوان شود در داورى‌های تجاری بین‌المللی بر خلاف نظام حل اختلاف قضایی که اصولاً مجاز به انتخاب حقوق مذهبی و به طور کلی حقوق غیر دولتی نبوده و قانون حاکم را با توسل به قوانین ملی و قواعد حل تعارض تعیین می‌نماید (میرمحمدی، ۱۳۹۴: ۱۲۶)، مراجع داورى لزوماً به قواعد انتخاب قانون ملی ملزم نیستند و به نظر می‌رسد به لحاظ ماهیت قراردادی و به موجب قوانین مربوط به داورى، صلاحیت انتخاب حقوق مذهبی و حقوق غیر دولتی را دارا باشند.

بررسی امکان انتخاب و اعمال حقوق مذهبی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد داورى از ناحیه طرفین و نیز مراجع داورى، هدف نوشتار حاضر را تشکیل می‌دهد و نکته اصلی اینکه در مقاله حاضر مطالب صرفاً ناظر بر داورى تجاری بین‌المللی - یعنی داورى ناشی از روابط بین‌المللی تجاری - می‌باشد و مباحث غالباً حول محور داورى موردی صورت می‌پذیرد. لذا بدین منظور پس از بررسی مفاهیم کلی شامل مفهوم مذهب و حقوق مذهبی و داورى و انواع آن، مبحث نخست به بررسی امکان انتخاب حقوق مذهبی توسط اصحاب دعوی در داورى تجاری بین‌المللی می‌پردازد و مبحث دوم، رویه و عملکرد داوران را در خصوص اعمال مذهب بر قرارداد داورى در صورت سکوت اصحاب دعوی، مورد بحث و بررسی قرار می‌دهد.

۱. مفهوم مذهب و حقوق مذهبی

در خصوص مفهوم «مذهب» تعاریف متفاوتی ارائه شده است و گروه‌های مختلف اعم از جامعه‌شناسان، روان‌شناسان و... از ظن خویش، مفهومی را بیان داشته‌اند. برای مثال، گروهی همچون ماکس مولر، خاورشناس و دین‌شناس آلمانی، گفته‌اند: «دین کوششی است برای درک آنچه درک‌نشده‌ی است و بیان آنچه غیر قابل تقدیر است» (مبلغی آبادانی، ۱۳۸۳: ۱۹/۱).

گروهی دیگر از جامعه‌شناسان، مذهب را ارتباط انسان با قوای مافوق انسانی که آدمی به آن اعتقاد پیدا کرده و خود را وابسته به آن‌ها می‌داند، عنوان داشته‌اند و در واقع مذهب را همچون ابزاری می‌دانند که از یک طرف وجود قوای اعلی را که بشر به آن‌ها وابسته است، اعلام می‌دارد و از طرف دیگر، امکان برقراری رابطه با آن‌ها را ممکن و ضروری می‌شمارد و این ارتباطات، مذهب را تشکیل می‌دهند (همان) و از این دست تعاریف از سوی جامعه‌شناسان به وفور مطرح شده است.

از سوی دیگر روان‌شناسان، مذهب را تا حدی عقلی، تا حدی عاطفی و تا حدی هم عملی بیان می‌دارند و آن را چیزی بیش از یک تجربه صرفاً درونی می‌دانند که همواره اشاره‌ای به یک موضوع مورد پرستش و ایمان دارد. در حقیقت گروه مزبور بر این باورند که آنچه دین یک فرد را تشکیل می‌دهد، عبارت از اعتقاد به نوعی اله یا الهه و تجربه آدمی از خدا یا خدایان است. البته همه متفکران، مذهب را بدین صورت تعریف نمی‌کنند و عده‌ای ترجیح می‌دهند که آن را با لحاظ انگیزه‌هایی که علت بروز رفتارهای دینی می‌شوند، تعریف کنند. لذا مذهب را عبارت از جستجو برای یک زندگی کاملاً رضایتمندانه می‌دانند. اگرچه مطابق با تعریف مذکور، دایره مفهوم مذهب بسیار وسیع شده و حتی افرادی را که رفتار آن‌ها اصلاً دینی نبوده و به یک وجود الهی معتقد نیستند نیز در بر می‌گیرد (هیوم، ۱۳۸۶: ۲۱).

بنابراین همان طور که عنوان شد، بی‌تردید واژه «مذهب» از زمره مفاهیمی است که همواره در میدان آرا و نظرات گوناگون قرار داشته و دستیابی به مفهومی واحد در قبال آن مشکل به نظر می‌رسد. با این حال می‌توان به طور کلی مذهب را راه و طریقی

عنوان داشت که نظام مشترکی از اعتقادات و اعمال مربوط به مقدسات و باورها را تشکیل می‌دهد. مذهب نهادی اجتماعی است که صفت شاخص آن، وجود امتی است که افراد آن در اموری همچون اجرای مناسک مرتب و پذیرش از دستورات و تعبیرات، اعتقاد به ارزش مطلق که هیچ چیز با آن معادل نتوان بود و مربوط نمودن فرد با قدرتی معنوی و برتر از انسان که این قدرت در مقام «توحید» خداوند خوانده می‌شود، اتفاق نظر دارند (مبلغی آبادانی، ۱۳۸۳: ۲۰/۱).

تعاریف فوق در خصوص مذهب، به تعریف حقوق و قواعد مذهبی نیز کمک کرده و مفهوم مزبور را تا حدودی روشن می‌سازد. حقوق و قواعد مذهبی در زمره حقوق غیر دولتی محسوب می‌شوند؛ زیرا نه به طور کامل مدون و نوشته شده می‌باشند و نه می‌توان آن‌ها را به طور کامل نانوشته و غیر مدون به شمار آورد (Bermann, 2015: 290). حقوق مذهبی به مجموعه ضوابط و قوانینی اشاره دارد که از متون و کتاب‌های مقدس و رسوم و حتی عرف مذهبی نشئت گرفته و در بیشتر موارد، پوشش کلیه جوانب زندگی - اعم از امور خانوادگی و نیز حقوق قراردادی طرفداران خویش- را به عنوان یک هدف اصلی دنبال می‌نماید (Raisch, 2017). به بیان ساده‌تر، حقوق مذهبی به آن دسته از تعالیم دینی و مذهبی اطلاق می‌شود که دستورات و مسائل عملی فردی و اجتماعی شامل عبادات و تعاملات اجتماعی (مقررات و احکام دینی) را در بر می‌گیرد و به عنوان قانون محسوب شده و برای پیروان یک جامعه مذهبی، اعتبار قانون را دارد. بنابراین حقوق مذهبی بدین معنا ناظر به اختلاط فرهنگی در جوامعی است که اقلیت مذهبی خود را به ضوابط آن پایبند می‌بینند. طبق تحقیقات صورت گرفته در انگلستان، اغلب اقلیت‌های مسلمان بریتانیا ضوابط شرعی خود را در جایگاهی والاتر از ضوابط حقوق دولتی می‌دانند. امروزه با توجه به افزایش مهاجرت‌ها، حقوق مذهبی نیز از مصادیق مهم حقوق غیر دولتی قلمداد می‌شود (شیروی و وکیلی مقدم، ۱۳۹۲: ۱۲۱).

باید اشاره داشت که حقوق مذهبی به معنای مذکور - شامل مجموعه فرامین عملی و عبادی- اصولاً در ادیان رسمی ابراهیمی همچون دین یهود، مسیحیت و اسلام وجود دارد و بر پایه متون مقدس ادیان مذکور تنظیم شده است. در واقع ادیان مذکور غالباً مجموعه‌ای از احکام شامل احکام عبادی، خانواده، احکام روابط اجتماعی و نیز

احکام اقتصادی و... را برای پیروان خویش لحاظ داشته‌اند و پیروان این ادیان، خود را پایبند به ضوابط مذکور می‌دانند. البته لازم به ذکر است که در بسیاری از مذاهب علی‌رغم مذهب اسلام، احکام و قواعد اصولاً ناظر بر مباحث عبادی و احکام خانواده و سایر مسائل مربوط به احوال شخصیه می‌باشد و ضوابط و تشریفات برای آن لحاظ شده است و به نظر می‌رسد صرفاً مباحث مذهب اسلام و احکام و دستورهای عملی اسلام علاوه بر مباحث مربوط به احوال شخصیه، در زمینه‌های اقتصادی و قراردادها نیز وارد عرصه حقوق شده است.

۲. تعریف داوری و انواع آن

داوری عبارت است از شیوه‌ای که با استفاده از آن، دو یا چند شخص، حل مسئله‌ای را که در آن ذی‌نفع هستند، با توافق یکدیگر به یک یا چند شخص بی‌طرف (داور یا داوران) ارجاع می‌دهند تا ایشان با توجه به حقوق موضوعه و اصول کلی حقوقی و عرف و قواعد انصاف، موضوع اختلافی را حل و فصل نمایند و رأی صادره توسط ایشان را برای خود الزام‌آور قرار می‌دهند (زارع و سلیمی، ۱۳۹۴: ۴۹-۵۰).

داوری را می‌توان از جهات متعددی دسته‌بندی کرد که از مهم‌ترین آن‌ها می‌توان به داوری داخلی و بین‌المللی، داوری موردی و سازمانی، و داوری تجاری و غیر تجاری (مدنی) اشاره نمود که در ادامه، خلاصه‌وار مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۲-۱. داوری داخلی و بین‌المللی

در داوری داخلی، همه عناصر اختلاف و رسیدگی مربوط به یک نظام حقوقی ملی است. لیکن داوری وقتی دارای جنبه بین‌المللی است که طرفین دعوی دارای تابعیت واحد نیستند یا مراکز اصلی فعالیت یا اقامتگاه آن‌ها در کشورهای مختلف واقع است یا قرارداد در خارج از کشورهای متبوع طرفین یا یکی از آن کشورها اجرا می‌شود یا داور معین شده دارای تابعیت خارجی است یا داوری باید در خارج از کشورهای طرفین و یا خارج از کشور یکی از آن‌ها برگزار شود و امثال آن. در تمام این موارد، داوری دارای ذات و طبیعت بین‌المللی است (اسکینی، ۱۳۶۸: ۱۵۳).

۲-۲. داوری موردی و سازمانی

در داوری موردی، طرفین نسبت به تأسیس یک «دیوان داوری» ویژه برای رسیدگی به اختلاف خود اقدام می‌کنند و دیوان مزبور پس از اتمام رسیدگی و صدور رأی منحل می‌شود. به طور خلاصه در تعریف داوری موردی می‌توان گفت که هر جا طرفین نسبت به داوری توافق کنند، اما داوری آنان سازمانی نباشد، داوری مزبور موردی تلقی می‌شود (شیروی، ۱۳۹۱: ۲۱-۲۲). این در حالی است که در داوری سازمانی، طرفین از کمک‌ها، مساعدت‌ها و خدمات یک سازمان داوری استفاده می‌کنند و به این ترتیب، اختلاف خود را از طریق داوری حل و فصل می‌نمایند. سازمان داوری مزبور برای رسیدگی به اختلاف خاصی تشکیل نشده و طبیعتاً نیز با پایان رسیدگی به آن اختلاف از بین نخواهد رفت. سازمان داوری مزبور دارای آیین رسیدگی است که بر اساس آن، روند داوری از سوی سازمان مزبور هدایت و کنترل می‌شود (همان: ۲۴).

۲-۳. داوری تجاری و غیر تجاری

منظور از داوری تجاری، داوری اختلافاتی است که از یک رابطه تجاری ناشی شده یا به یک رابطه تجاری مربوط است. در بند ۱ ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، روابط تجاری به فعالیت‌های گوناگونی اطلاق شده که شامل خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ای، سرمایه‌گذاری، همکاری‌های فنی، نمایندگی، حق‌العمل‌کاری، پیمانکاری و فعالیت‌های مشابه است. این در حالی است که در قانون نمونه داوری آنسیترال، تعریفی از تجاری بودن ارائه نشده است. اما در پانوش شماره ۲ ماده ۱ چنین مقرر می‌دارد:

«اصطلاح روابط با ماهیت تجاری شامل معاملات زیر است، ولی به آن‌ها محدود نیست: هر نوع معامله تجاری برای عرضه یا مبادله کالا و خدمات، قرارداد توزیع، نمایندگی یا عاملیت تجاری، لیزینگ، ساخت یا انجام کار، مشاوره، مهندسی، اعطای ليسانس، سرمایه‌گذاری، تأمین مالی، بانکرداری، بیمه، قرارداد بهره‌برداری از معادن یا اعطای امتیاز، سرمایه‌گذاری مشترک و سایر اشکال همکاری‌های صنعتی و اقتصادی، حمل و نقل کالا و مسافر از طریق هوا، دریا، ریل یا جاده» (همان: ۳۳-۳۴).

لازم به توضیح است که یک نوع داوری - مثل داوری بین‌المللی - می‌تواند به صورت تجاری و یا غیر تجاری و یا به صورت موردی یا سازمانی انجام شود.

۳. اعمال حقوق مذهبی به عنوان قانون حاکم در مراجع داوری

در برخی موارد، طرفین قرارداد تجاری بین‌المللی، علاوه بر گنجاندن شرط داوری در قرارداد اصلی و یا در هنگام تنظیم موافقت‌نامه داوری، قانون حاکم بر ماهیت اختلاف را نیز تعیین نموده و از اختیار خویش جهت تعیین قانون حاکم بر قرارداد استفاده می‌نمایند و در برخی از موارد نیز نسبت به انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، موضع سکوت اختیار نموده و امکان اعمال این حق را در اختیار مراجع داوری قرار می‌دهند. لذا ابتدا رویه و عملکرد مراجع داوری در اعمال قوانین مذهبی و به طور کلی حقوق غیر دولتی در صورت انتخاب طرفین مورد بررسی قرار گرفته و سپس این امر در صورت سکوت طرفین قرارداد و عدم تعیین قانون حاکم بر ماهیت اختلاف از سوی ایشان، مدنظر قرار داده می‌شود.

۳-۱. انتخاب حقوق مذهبی توسط اصحاب دعوی در داوری تجاری

بین‌المللی

تجار بین‌المللی اصولاً تمایلی ندارند که سرنوشت قرارداد خود را در هاله‌ای از ابهام قرار دهند؛ بلکه تمایل دارند که حقوق و تعهدات قراردادی خود را به طور مطمئنی مشخص کنند. از این رو به خاطر فراهم آمدن شرایط مطمئن‌تری برای انجام معاملات، اصل آزادی قراردادی به عنوان یک قاعده، مورد قبول بیشتر نظام‌های ملی واقع شده است و اکثر قریب به اتفاق نظام‌های حقوقی دنیا، آزادی اراده را در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی حاکم می‌دانند (پیری و الماسی، ۱۳۹۷: ۸۴).

لذا در خصوص امکان انتخاب حقوق مذهبی و به طور کلی حقوق غیر دولتی توسط طرفین باید اشاره داشت که مفهوم حاکمیت اراده در داوری تجاری بین‌المللی و مراجع داوری، به میزان قابل توجهی متفاوت از مفهوم اصل مذکور در دادگاه‌های ملی می‌باشد (Mills, 2018: 278). امروزه پذیرفته شده است که در تعیین حقوق حاکم بر

ماهیت اختلاف در داوری‌های بین‌المللی، اراده طرفین مبنا و اساس کار است؛ یعنی اصل مورد قبول این است که طرفین قرارداد می‌توانند قانون حاکم بر ماهیت را تعیین کنند و داوران مکلف به اجرای قانونی هستند که طرفین تعیین کرده‌اند. مقبولیت عام آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم در مراجع داوری تا حدی است که آن را یک اصل کلی شناخته‌شده به وسیله ملل متمدن دانسته‌اند (اوجاقلو، ۱۳۸۷: ۱۹). بنابراین امروزه توافق و اراده طرفین، مهم‌ترین منبع حقوق حاکم بر داوری بین‌المللی محسوب می‌شود؛ خواه توافق مذکور در حین انعقاد قرارداد اصلی باشد و یا پس از حدوث اختلاف.

دلیل گستردگی آزادی اراده طرفین در عرصه داوری تجاری بین‌المللی را می‌توان در ماهیت داوری و دو نظریه اصلی در خصوص آن و نیز به موجب قوانین و مقررات داوری مورد ارزیابی قرار داد. در حقیقت، داوری یک روش حل اختلاف محسوب می‌شود که توسط نهادها و اشخاص خصوصی و به موجب موافقت‌نامه داوری اعمال می‌گردد و دولت کنترل محدودی را در قبال آن انجام می‌دهد. ماهیت خصوصی و مبتنی بر قرارداد داوری، توجیه‌کننده احترام به اصل حاکمیت اراده و قانون منتخب طرفین می‌باشد و استقلال نامحدود طرفین در داوری به دلیل ماهیت نهاد مذکور، همواره مورد پذیرش قرار گرفته است (Nishitani, 2016: 13). به یقین می‌توان تأکید کرد که داور بر اساس ماهیت کارکردش، یک قاضی خصوصی تلقی شده و قدرت و اختیار خویش را به موجب قرارداد تعیینی میان طرفین دعوی به دست آورده است. به این ترتیب، جایگاه داور قابلیت قیاس با جایگاه قاضی دادگاه دولتی را ندارد و قدرت قضایی‌اش را از اراده طرفین می‌گیرد (شمس و بطحائی، ۱۳۹۴: ۱۲). از این رو، گروهی نظریه قراردادی بودن نهاد داوری را مطرح و برجسته نموده و به استناد آن معتقدند که طرفین از یک اختیار نامحدود در انتخاب قانون حاکم بر آیین رسیدگی و قانون حاکم بر قرارداد اصلی برخوردارند. در نتیجه، داوران ملزم به اعمال قانون تعیین‌شده توسط طرفین می‌باشند (مافی و تقی‌پور، ۱۳۹۶: ۱۸۶). لذا مطابق با نظریه مذکور، طرفین منحصر و محدود به انتخاب قانون دولتی نبوده و می‌توانند حقوق غیر دولتی از جمله حقوق مذهبی را ناظر بر قرارداد خویش نمایند. از آنجایی که داوران، خود تعیین‌شده از سوی طرفین می‌باشند و قدرت اجرایی خود را از آنان دریافت داشته‌اند، ملزم به اطاعت از

حقوق مذهبی انتخابی می‌باشند. این امر عرصه وسیعی را برای آزادی انتخاب و عمل طرفین ایجاد می‌کند.

در مقابل نظریه قراردادی بودن نهاد داوری، گروهی ضمن تأیید نقش حیاتی طرفین در ایجاد، اداره و انحلال نهاد داوری، برای آن اصالت قائل شده و نهاد مذکور را دارای ماهیت خودمختار و خاصی می‌دانند که از نظارت کنترلی قانون و دادگاه‌های دولتی رها بوده و خصلتی خودسامان دارد. مطابق با نظریه مذکور، تعیین قانون حاکم به چارچوب قانون ملی یا بین‌المللی محدود نشده و ایجاد یک قانون فراملی برای داوری تجاری بین‌المللی مدنظر می‌باشد. به موجب قانون فراملی داوری، طرفین به انتخاب هر نوع قواعد قانونی یعنی نظام قانون ملی یا قانون بین‌المللی، اصول کلی قانونی، قانون مورد عمل تجار و یا حتی قواعد انصاف برای حکومت بر روابطشان محق هستند. در واقع، طرفین برای تصمیم‌گیری در حل اختلاف خویش، آزاد به انتخاب یک نظام ملی و یا حقوق غیر دولتی از جمله قوانین مذهبی، اصول کلی حقوقی و... می‌باشند (همان: ۱۹۹-۲۰۰).

بنابراین به رغم تفاوت در دو نظریه فوق، در ماهیت نتیجه یکسانی حاصل شده و امکان انتخاب قواعد مذهبی و حقوق غیر دولتی در داوری مدنظر قرار می‌گیرد. امر مذکور را به صراحت می‌توان در قوانین بین‌المللی و مقررات داخلی داوری نیز مورد ملاحظه قرار داد؛ بدین توضیح که قوانین داوری علاوه بر شناسایی مطلق اصل حاکمیت اراده، امکان انتخاب حقوق غیر دولتی را نیز برای طرفین ملحوظ داشته است.

قوانین داوری حاضر، بیشترین آزادی ممکن را برای طرفین در انتخاب قوانین حاکم فراهم آورده و دخالت محکمه داوری را به موارد عدم توافق طرفین محدود می‌نماید؛ برای مثال به موجب بند ۱ ماده ۲۸ قانون داوری نمونه آنسیترال ۱۹۸۵^۱ به داوران این اختیار داده شده است تا حقوق غیر دولتی منتخب از ناحیه طرفین را به عنوان قانون حاکم قبول نمایند و این امر در ساختار قانون مزبور راجع به داوری تجاری بین‌المللی انعکاس یافته است (Heidemann, 2012: 22).

1. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985).

بند ۱ ماده ۲۸ قانون داوری نمونه آنستیرال مقرر می‌دارد:

«دیوان داوری بر حسب قواعد حقوقی که طرفین به عنوان قواعد قابل اعمال در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، در خصوص اختلاف [دعوی] اتخاذ تصمیم خواهد کرد.»^۱

در واقع قانون مزبور به جای استفاده از واژه "law" به معنای قانون، واژه حقوقی "rule of law" به معنای قواعد حقوقی را به کار برده است که دربرگیرنده حقوق غیردولتی یا اصطلاح حقوق نرم^۲ می‌باشد (Ibid.). به عبارت دیگر، اصطلاح «قواعد حقوقی» صرفاً به نظام‌های حقوقی ملی، قانون الزام‌آور یک کشور معین یا کنوانسیون‌های بین‌المللی الزام‌آور اشاره نمی‌کند، بلکه به مقررات و قواعد حقوقی غیر دولتی نیز اشاره دارد. در حقیقت واژه «قانون» تنها به مجموعه مقرراتی اشاره دارد که طرفین حسب قانون دولتی بدان ملتزم شده‌اند، لیکن مفهوم قواعد حقوقی، گستره معنایی وسیع‌تری از «قانون» را در بر می‌گیرد (König, 2015: 269).

بنابراین در ماده ۲۸ قانون نمونه اجازه داده می‌شود که طرفین یک انتخاب قانون الزام‌آور برای حکومت بر اختلافشان داشته باشند. این انتخاب نه تنها ممکن است انتخاب قانون یک کشور باشد - که هیچ ارتباطی هم با قرارداد نداشته باشد - بلکه طرفین می‌توانند قواعد حقوقی و قانونی بیش از یک نظام حقوقی را انتخاب کنند یا تصمیم بگیرند که اختلافشان بر اساس یک عهدنامه بین‌المللی یا یک قانون متحدالشکل که هنوز به اجرا نیامده است، رسیدگی شود یا مایل باشند که قسمت‌هایی از قانون کشورهای مختلف بر دعویشان حاکم باشد یا قانون کشورهای مختلف بر جنبه‌های مختلف رابطه قراردادی آن‌ها حاکم باشد. یک چنین اختیار وسیع به طرفین قرارداد، بر اساس عبارت «قواعد حقوقی» به کار گرفته شده در این ماده است که به جای واژه «قانون» یک کشور در قواعد داوری آنستیرال ۱۹۷۶ برگزیده شده است (نیکبخت، ۱۳۷۹: ۱۳۷-۱۳۸).

1. Article 28(1): The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute.
2. Soft Law.

شایان ذکر است که تاریخچه قانونی قانون داوری نمونه و استعمال واژه «قواعد حقوقی» در بند ۱ ماده ۲۸ آن نیز مبین این امر می‌باشد؛ زیرا از ابتدای کار و زمان تدوین قانون داوری نمونه هدف، اعطای استقلال بیشتر به طرفین جهت انتخاب قانون حاکم بود. از همان بدو امر، طبق نظریه کمیسیون ملل متحد راجع به قانون تجارت بین‌الملل، طرفین می‌توانستند توافق کنند که یک قانون ملی را در نظر گرفته و حاکم بر قرارداد نمایند و یا اینکه مقرراتی غیر از قانون را - که همچون کنوانسیون‌های بین‌المللی قدرت اجرایی ندارند- ناظر بر قرارداد خویش گردانند. از همان سال‌های ابتدایی پس از انتشار و تصویب قانون نمونه، واژه «قواعد حقوقی» به طور وسیع و در معنای گسترده خود تفسیر و تعبیر شد (König, 2015: 270).

از سوی دیگر، امکان انتخاب قوانین مذهبی توسط طرفین را می‌توان با استمداد از بند ۳ ماده ۲۸ قانون مذکور نیز شناسایی نمود؛ زیرا حسب آن، به مرجع داوری این اختیار داده شده است که در صورت توافق طرفین حتی می‌تواند بر اساس قواعد کلی عدل و انصاف و یا میانجیگری اقدام نماید.^۱ به یقین می‌توان بیان داشت که اصل مزبور در زمره قوانین ملی کشور مشخص تلقی نشده و در گروه حقوق غیر دولتی جای می‌گیرد. لذا مطابق با قانون جدید داوری تجاری بین‌المللی، آزادی و استقلال طرفین به عنوان یک اصل اساسی و راهنما برای تعیین قانون حاکم بر یک اختلاف اعم از قوانین ملی و نیز غیر ملی در نظر گرفته شده است.

امکان آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم، در ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ نیز پیش‌بینی شده است و بند ۱ ماده مذکور مقرر می‌دارد: «داور بر حسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد...».

این ماده معادل ماده ۲۸ قانون نمونه داوری آنسیترال است و در واقع به نظر می‌رسد ترجمه آن ماده به صورت ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است (نیکبخت، ۱۳۷۹: ۱۳۵). بنابراین مطابق با ماده ۲۷

1. Article 28(3): The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so.

قانون داوری تجاری بین‌المللی، انتخاب حقوق حاکم توسط طرفین قرارداد، به طور مستقیم است و با توجه به استعمال واژه «قواعد حقوقی»، طرفین همیشه می‌توانند حقوق غیر دولتی را انتخاب کنند (پروین و اکبری رودپشتی، ۱۳۹۲: ۵۵-۵۶). همچنین طبق بند ۳ ماده ۲۷ قانون مزبور، داور در صورتی که طرفین صراحتاً اجازه داده باشند، می‌تواند بر اساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدامنشانه تصمیم بگیرد.

به علاوه ماده ۱۷ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی^۱ و همچنین ماده ۲۸ قواعد داوری بین‌المللی انجمن داوری آمریکا^۲ نیز در خصوص داوری تجاری بین‌المللی، روش و رویکردی مشابه با آنستیرال را برگزیده‌اند و به طرفین، اختیار انتخاب مجموعه قوانین غیر دولتی و قوانینی را که لزوماً توسط هیچ دولت و حاکمیتی تدوین نشده‌اند، به عنوان قانون حاکم می‌دهند (Rizwan, 2013: 504).

بند ۱ ماده ۱۷ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی تصریح می‌دارد:
«طرفین می‌توانند در خصوص قواعد حقوقی قابل اعمال بر دعوی و اختلاف خویش توافق نمایند...»^۳.

همچنین به موجب ماده ۲۸ انجمن داوری آمریکا، طرفین می‌توانند راجع به انتخاب قواعد حاکم توافق نمایند (Kutty, 2006: 62). از سوی دیگر، نگرش انگلستان راجع به انتخاب و اعمال حقوق مذهبی در داوری تجاری بین‌المللی، مناسب و موافق تلقی شده است. این امر را می‌توان در قانون داوری ۱۹۹۶ انگلستان^۴ به وضوح مشاهده نمود. ماده ۴۶ قانون مذکور در خصوص قوانین حاکم بر اختلاف عنوان می‌دارد:

«محاکم داوری راجع به قانون قابل اعمال می‌بایست به طریق ذیل تصمیم‌گیری نمایند:
الف) بر طبق قانون منتخب طرفین به عنوان قانون قابل اعمال بر ماهیت دعوی و یا
ب) به موجب ملاحظات دیگری که طرفین مورد توافق قرار داده و یا توسط محاکم

1. International Chamber of Commerce (ICC).
2. American Arbitration Association (AAA), International Arbitration Rules as Amended and Effective September 2000.
3. Article 17(1): " The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute...".
4. Arbitration Act 1996.

داوری تعیین شده‌اند»^۱ (Mills, 2018: 517).

بنابراین می‌توان بیان داشت که به موجب بند ب ماده ۴۶ قانون نامبرده و به کارگیری عبارت «ملاحظات دیگر که توسط طرفین انتخاب شده‌اند»، انتخاب و اعمال قواعد مذهبی و به طور کلی حقوق غیر دولتی به رسمیت شناخته شده‌اند.

علاوه بر قوانین مورد اشاره، قوانین داوری ملی (داخلی) بسیاری نیز وجود دارند که از طریق کاربرد واژگان مشابه با موارد فوق در راستای اثبات و احراز آزادی طرفین جهت انتخاب حقوق غیر دولتی - از جمله حقوق مذهبی - پیش رفته‌اند. این قوانین به طرفین اجازه می‌دهند که نه تنها قانون ملی بلکه همچنین مجموعه حقوق غیر دولتی و قواعد حقوقی را انتخاب نمایند؛ برای مثال، بند ۱ ماده ۱۰۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی آلمان بیان می‌دارد:

«مراجع داوری، دعوی را بر طبق «قواعد حقوقی» منتخب طرفین رسیدگی، و نسبت بدان تصمیم‌گیری می‌نمایند»^۲ (König, 2015: 269).

همچنین ماده ۶۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی اتریش نیز عبارت مشابهی را به کار برده و عنوان می‌کند:

«داوران می‌بایست به اختلاف مابین طرفین بر طبق «قانون» یا «قواعد حقوقی» منتخب طرفین رسیدگی نمایند»^۳ (Ibid.).

بنابراین با توجه به مراتب فوق می‌توان بیان داشت که امروزه قوانین داوری بین‌المللی

1. Article 46(1): The arbitral tribunal shall decide the dispute –(a) in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute, or (b) if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal.
2. Art. 1051(1) of the German Code of Civil Procedure: “The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute...”.
3. Art. 603 of the Austrian Code of Civil Procedure: “The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such law or rules of law as have been chosen by the parties...”.

و نیز مقررات و قوانین داوری داخلی، این امر را به رسمیت می‌شناسند که داوری -برخلاف قانون ملی- به موجب قرارداد، به وجود آمده و در واقع مخلوق قرارداد می‌باشد؛ لذا مراجع داوری باید بر طبق توافق طرفین عمل کنند و اگر طرفین حقوق مذهبی و یا سایر حقوق غیر دولتی را حاکم بر قرارداد خویش نموده‌اند، انتخاب مذکور را الزام‌آور تلقی نمایند و در واقع، مراجع داوری همان طور که مفاد قرارداد را نسبت به طرفین لازم‌الاتباع محسوب می‌نمایند، برای خود نیز لازم‌الاتباع و اجرایی در نظر بگیرند (Mills, 2018: 518).

امکان انتخاب حقوق مذهبی توسط طرفین قرارداد داوری در پرونده «شرکت پلی استر سنگی علیه سرمایه‌گذار بین‌المللی کی سی اف سی»^۱ نیز مورد توجه قرار گرفته است که حسب آن در سال ۱۹۹۵ شرکت سنگی^۲ قرارداد سرمایه‌گذاری را با یک مؤسسه سرمایه‌گذاری بین‌المللی^۳ منعقد می‌نماید و در معامله مذکور در قبال وام اعطایی از سوی تأمین‌کننده، متعهد به بازپرداخت مبلغ اصلی وام و سود معینی می‌گردد. قرارداد مذکور حاوی شرط داوری بود و مقرر می‌داشت که کلیه اختلافات مطروحه در آینده به داوری ارجاع خواهد شد و نیز محل داوری، لندن و قانون حاکم، حقوق انگلیس تعیین شده بود؛ البته با این قید که معارض با شریعت اسلامی نباشد. در سال ۱۹۹۷ به‌دنبال بروز اختلاف مابین طرفین قرارداد و عدم تأدیه مبلغ وام و سود مقرر از سوی شرکت، طرفین اختلاف خود را به اتاق بازرگانی بین‌المللی ارجاع دادند و حل و فصل اختلاف در اختیار یک نفر داور -که یک کارشناس مذهب اسلامی بود- قرار گرفت. وی با در نظر گرفتن شرط انتخاب قانون، حکم به بازپرداخت مبلغ وام را صادر نمود و از صدور رأی نسبت به سایر خسارات اضافی که در تعارض صریح با قانون شریعت محسوب می‌شد، اجتناب نمود. نکته قابل تأمل اینکه دادگاه عالی انگلیس نیز از شرط انتخاب قانون یادشده حمایت و رأی داور را تأیید کرد (Najjar, 2017: 645). پرونده

1. Sanghi Polyesters Ltd. (India) v. The International Investor KCFC (Kuwait) [2000] 1 Lloyd's Law Reports 480 (QB).
2. Sanghi Polyesters Ltd. (SPL).
3. The International Investor (TII).

مزبور از نمونه داوری‌های سازمانی محسوب می‌شود که حسب آن، تراضی طرفین معتبر تلقی شده و داور مطابق با تراضی طرفین اقدام نموده است و این امر در تطابق کامل با بند ۱ ماده ۱۷ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی می‌باشد.

۲-۳. اعمال حقوق مذهبی بر قرارداد داوری در صورت سکوت اصحاب

دعوی

در خصوص اختیار و آزادی داوران در اعمال حقوق مذهبی و به طور کلی حقوق غیر دولتی در صورت سکوت طرفین، دو رویکرد متفاوت وجود دارد. گروهی نظام آزادی داور را مطرح نموده و به موجب این نظریه بر این باورند که داور در صورت سکوت طرفین آزاد است قاعده تعارضی را که مناسب می‌داند، انتخاب و از طریق آن قانون لازم‌الاجرا را تعیین کند. مطابق با این نظریه، داور مکلف نیست که قاعده تعارض کشور خاصی را رعایت کند و حتی بنا به قولی، اگر قواعد حل تعارض کشورها را مناسب نداند، می‌تواند قاعده تعارضی از خود بسازد (اوجاقلو، ۱۳۸۷: ۲۲). بنابراین به موجب رویکرد مذکور، داوران می‌توانند حقوق مذهبی و به طور کلی حقوق غیر دولتی و قوانین ملی را در یک راستا به کار برده و به طرق مشابه اعمال کنند؛ لذا حق اولوی برای اعمال هیچ یک از قوانین مذکور وجود ندارد. داوران حسب صلاحدید اختیار دارند تا در صورت عدم تعیین طرفین نیز به جای اعمال قوانین کشور معین، مقررات و حقوق مذهبی و به طور کلی حقوق غیر دولتی را اعمال نمایند.

در مقابل، گروهی بر این باورند که سهولت اعمال حقوق مذهبی و حقوق غیر دولتی در عرصه تجاری بین‌المللی در مواقعی که طرفین صراحتاً و یا به طور ضمنی قانون یا قواعد حاکم بر قرارداد را انتخاب نکرده‌اند، صراحت کمتری دارد. از این نظر، قدرت داوران جهت اعمال حقوق مذهبی و حقوق غیر دولتی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد، مختص به صراحت طرفین دعوی در انتخاب قوانین مزبور می‌باشد. بنابراین در صورت عدم تعیین قواعد مذهبی و حقوق غیر دولتی به عنوان قانون قابل اعمال توسط طرفین، داوران اجازه اعمال آن را نداشته و ملزم به اعمال قوانین ملی و داخلی می‌باشند. مطابق با این دیدگاه، حقوق مذهبی و حقوق غیر دولتی به لحاظ جایگاه، مرتبه و درجه پایین‌تری

را به نسبت قوانین ملی کشور معین در بر گرفته و اعمال آن در مواقعی که طرفین بدان استناد نکرده‌اند، حتی می‌تواند خطر ابطال رأی داور را نیز به همراه داشته باشد (Radicati di Brozolo, 2012: 8-9)؛ لذا جهت تحلیل قلمرو حدود اختیار داوران در اعمال حقوق مذهبی، بررسی مقررات داور و نیز آرای قضایی صادره در این خصوص ضروری به نظر می‌رسد.

۱-۲-۳. مقررات داور

قوانین داور بین‌المللی و کنوانسیون‌های مربوطه صراحتاً اشاره‌ای به تجویز و یا عدم تجویز اعمال و به کارگیری حقوق مذهبی و حقوق غیر دولتی نداشته‌اند و در خصوص آزادی و اختیار داوران به اعمال حقوق مذهبی و حقوق غیر دولتی، موضع واحدی را اتخاذ نکرده‌اند؛ برای مثال، بند ۲ ماده ۲۸ قانون نمونه داور آنسیترال تصریح می‌دارد:

«در صورت عدم تعیین [قانون ماهوی] از جانب طرفین، دیوان داور قانونی را اجرا خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارضی که خود مناسب تشخیص داده، تعیین می‌گردد»^۱.

گروهی از ظاهر عبارت «به موجب قواعد حل تعارضی که خود مناسب تشخیص داده»، چنین برداشت نموده‌اند که سیاق عبارت مزبور به صراحت بیان می‌دارد که داور قانون حاکم را تعیین خواهد کرد؛ آن هم بر اساس قواعد حل تعارض مناسب. به عبارت دیگر این ماده، قانون حاکم بر ماهیت اختلاف در فقدان تعیین قانون حاکم توسط طرفین را، قانونی می‌داند که داور به موجب قواعد حل تعارضی که مناسب تشخیص دهد، تعیین خواهد کرد. این بند، داور را ملزم می‌نماید که همانند قاضی دادگاه‌های ملی با مراجعه به قاعده حل تعارض به طور غیرمستقیم، قانون حاکم را معین نماید. در نتیجه، این بند به داور اجازه نمی‌دهد که با اختیار خود و بدون مراجعه به قاعده حل تعارض، قانون حاکم را تعیین نماید. لذا به رغم بند ۱ که به طرفین اجازه

1. Article 28(2): Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

می‌دهد هر «قانون» یا «قواعد حقوقی» را مستقیماً انتخاب نمایند، در پاراگراف ۲ آزادی محدودتری به دیوان داوری یا داوران داده شده است. اولاً داور را ملزم می‌نماید که به قواعد تعارض قوانین رجوع نماید؛ ثانیاً ارجاع به قواعد حل تعارض یک نظام حقوقی باعث می‌شود که داور لزوماً یک قانون ملی و نه قواعد حقوقی یا بین‌المللی را بر اختلاف اعمال نماید. در همین جهت است که در متن این بند اشاره به «قانون» معین شده توسط قواعد حل تعارض دارد و نه به «قواعد حقوقی» (نیکبخت، ۱۳۷۹: ۱۴۰). این موضوع عیناً در بند ۲ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز عنوان شده است و ماده مذکور مقرر می‌دارد:

«در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین، "داور" بر اساس قانونی به ماهیت اختلاف رسیدگی خواهد کرد که به موجب قواعد حل تعارض مناسب تشخیص دهد».

در تأیید نظر فوق، به کنوانسیون ۱۹۸۰ رم و نیز کنوانسیون ۱۹۹۴ مکزیکو اشاره داشته‌اند که هر دو در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی، قانون حاکم در صورت فقدان انتخاب طرفین را «قانون کشور» دارای نزدیک‌ترین ارتباط می‌دانند (همان: ۱۴۱). ماده ۷ کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱ نیز رویکرد مذکور را تأیید نموده و بیان می‌دارد:

«در صورت عدم قید حقوق حاکم بر قرارداد توسط طرفین، داوران قانون حاکم بر ماهیت دعوی را با مراجعه به قاعده تعارضی معین خواهند کرد که در هر مورد مناسب تشخیص بدهند»^۱ (اوجاقلو، ۱۳۸۷: ۲۲).

با این حال، برخی دیگر از حقوق‌دانان از عبارت مزبور نتیجه معکوسی گرفته، بر این باورند که ماده مذکور به مراجع داوری اختیار تعیین اعمال قواعد حل تعارض را داده است. در این راستا، این بند به آن‌ها این اختیار را می‌دهد تا طیف وسیعی از منابع قانون ملی و حقوق غیر دولتی را در تعیین قانون مناسب در نظر بگیرند. هرچند این احتمال وجود دارد که مراجع داوری از اختیار اعطایی استفاده نموده و قواعد حل

1. Failing any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable.

تعارض ملی را انتخاب نموده و در نهایت قانون ملی کشوری معین را اعمال نمایند (Mills, 2018: 278). در تأیید نظر مذکور به مقرراتی همچون بند ۱ ماده ۱۷ قواعد داخلی اتاق بازرگانی بین‌المللی اشاره نموده‌اند که با اعطای اختیارات وسیع به داوران صراحتاً بیان داشته‌اند:

«طرفین می‌توانند قواعد حقوقی را که مرجع داوری باید در ماهیت دعوی اعمال کند، با توافق تعیین نمایند و در غیاب چنین توافقی، مرجع داوری قواعد حقوقی را که خود مناسب تشخیص دهد، اعمال می‌نماید»^۱.

لازم به توضیح است که به رغم عبارت مندرج در برخی از قوانین و مقررات بین‌المللی مبنی بر انتخاب قواعد حل تعارض یک نظام حقوقی، موضع مقررات فوق در اعطای اختیار بیشتر به داوران در فرض سکوت طرفین، از لحاظ نظری صحیح‌تر و قابل توجه به نظر می‌رسد؛ زیرا در خصوص نحوه انتخاب قانون حاکم توسط داوران، در صورت عدم تعیین قانون حاکم از جانب طرفین، دو روش مطرح شده است؛ یکی از این دو روش، جستجوی اراده مشترک طرفین (دیدگاه ذهنی) می‌باشد که حسب آن، هیئت داوری به دنبال اراده فرضی طرفین می‌باشد تا با این روش قواعد و مقررات حقوقی را که با توجه به انتظارات معقول و منصفانه طرفین که در هنگام انعقاد قرارداد می‌توانستند پیش‌بینی کنند، بیابد (ارفع‌نیا و قاسمی، ۱۳۹۵: ۷) و در این راستا، هیچ دلیلی مبنی بر ترجیح طرفین به اعمال حقوق دولتی و قوانین ملی در صورت عدم تصریح ایشان در قرارداد وجود ندارد. بنابراین، به صراحت نمی‌توان بیان داشت که طرفین در صورت اتخاذ موضع سکوت جهت تعیین حقوق غیر دولتی، تمایلی به اعمال و اجرای چنین قوانینی نیز ندارند. روش دیگری که در تعیین قانون حاکم از سوی داوران اعمال می‌گردد، بررسی عوامل عینی و مادی مؤثر در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد می‌باشد و در این خصوص نیز آنچه مسلم است، در حال حاضر، دیدگاه غالب در نبود انتخاب صریح برای قانون حاکم، پیروی از ضابطه ارتباط مهم می‌باشد. در واقع در نبود انتخاب صریح،

1. The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate.

ماهیت و اوضاع و احوال و محتوای هر قرارداد بررسی می‌شود تا معلوم گردد که کدام نظام حقوقی نزدیک‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد و بنابراین داورها مخیرند هر کدام از قواعد حل تعارضی را که مناسب می‌دانند، بدون توجه به قانون ملی انتخاب نمایند. سوابق داوری آی‌سی‌سی هم نشان می‌دهد که داورها به قواعد حل تعارض اصلاً کاری ندارند و به دنبال قانونی هستند که بیشترین ارتباط را با موضوع اختلاف دارد (همان: ۸ و ۱۰).

قوانین داوری ملی (داخلی) نیز همچون قوانین بین‌المللی داوری، عملکرد و موضع واحدی را در این خصوص ارائه نمی‌دهند؛ برای مثال، بند ۱ ماده ۱۸۷ قانون داوری سوئیس بیان می‌دارد:

«مراجع داوری، اختیار اعمال آن دسته از قواعد حقوقی را دارند که بیشترین ارتباط را با موضوع اختلاف پیدا می‌کنند» (Private International Law Act 1990 (Swiss PILA), Article 187(1)).

همچنین ماده ۱۵۱۱ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه نیز به مراجع داوری، این اختیار را می‌دهد تا در غیاب توافق طرفین مبنی بر انتخاب قانون حاکم، قواعد حقوقی را که خود مناسب تشخیص دهند، اعمال نمایند. بنابراین هر کدام از قواعد داوری مذکور، به گونه‌ای دست مراجع داوری را جهت انتخاب قانون مناسب، اعم از قوانین ملی، حقوق غیر دولتی و حتی حقوق مذهبی باز نهاده و به نوعی اختیار استفاده از انواع حقوق غیر دولتی را در صورت عدم توافق طرفین به مراجع داوری اعطا می‌نماید (König, 2015: 277).

در مقابل، برخی از قوانین داوری نیز تنها امکان اعمال قانون در معنای حقیقی خود را که معادل واژه "law" می‌باشد، به مراجع داوری داده و اعمال قواعد حقوقی و انواع حقوق غیر دولتی را غیرمجاز می‌دانند؛ برای مثال، بند ۲ ماده ۶۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی اتریش تصریح می‌دارد:

«در صورت عدم انتخاب قانون یا قواعد حقوقی قابل اعمال بر قرارداد توسط طرفین، دیوان داوری صرفاً می‌تواند قانون دولتی را که مناسب تشخیص می‌دهند، اعمال نماید» (Ibid.).

قانون داوری انگلستان نیز رویکرد مشابهی را دنبال می‌کند. به علاوه، رویه قضایی

برخی کشورها از جمله صربستان، انتخاب انواع حقوق غیر دولتی توسط مرجع داور را در صورت عدم تصریح طرفین امری بعید می‌داند. قانون‌گذار کشور مزبور در چنین شرایطی، اختیار و آزادی داوران را به تعیین قانون ملی کشور معین محدود می‌نماید (Stanivuković, 2006: 11).

۳-۲-۲. نقد و تحلیل رویه مراجع داور

بررسی رویه داور بین‌المللی جهت تعیین حقوق مذهبی و حقوق غیر دولتی در هنگام سکوت طرفین، کمی دشوار به نظر می‌رسد؛ زیرا احکام داور عموماً منتشر نمی‌شوند، مگر اینکه مورد اعتراض واقع شده و یا بحث شناسایی و یا اجرای آن‌ها مطرح شود. (البته استثنائاً آرای داور افاق بازرگانی بین‌المللی و آرای دیوان دعاوی ایران و آمریکا منتشر می‌شود.) رویه داور اگرچه سابقه الزام‌آور ایجاد نمی‌نماید، اما می‌تواند در خصوص موضوع مذکور برای داوران، راهنمای خوبی بوده و مورد استناد قرار گیرد؛ همچنان که در واقع نیز در بسیاری از موارد، آرای سابق و رویه‌ها مورد توجه و استناد دیوان‌های داور قرار گرفته و در آرا ذکر می‌شود (انتظاری نجف‌آبادی و بابائیان، ۱۳۹۶: ۶). شایان ذکر است که در داور سازمانی علی‌رغم داور موردی، در صورت سکوت طرفین اختلاف برای تعیین قانون حاکم بر اختلاف، بر اساس دستورالعمل سازمان داور مربوطه عمل می‌شود و به عبارت دیگر، هرچند سازمان‌های داور مذکور در هنگام توافق طرفین، از قانون و یا قواعد حقوقی مورد توافق طرفین تبعیت می‌کنند، لیکن در هنگام سکوت طرفین، روند داور از سوی سازمان مزبور و دستورالعمل آن هدایت و کنترل می‌شود؛ لذا پرونده‌های مورد بررسی از نوع داور موردی می‌باشد.

در رابطه با موضوع پیش‌گفته می‌توان به دو پرونده موسوم به ابوظبی و حاکم قطر اشاره نمود که دیوان‌های داور در خصوص انتخاب حقوق مذهبی، موضع واحدی را اتخاذ نموده‌اند. اگرچه هر دو انتخاب حقوق غیر دولتی را در اولویت قرار داده‌اند، لیکن در بحث حقوق مذهبی که خود در زمره حقوق غیر دولتی می‌باشد، نظر مساعدی از خود بروز نداده و تمایلی به اعمال و تعیین قوانین مذکور نشان نداده‌اند.

به موجب پرونده ابوظبی،^۱ در سال ۱۹۳۹ شیخ ابوظبی^۲ قراردادی را با یک شرکت بریتانیایی منعقد نمود و حسب آن، حق انحصاری استخراج و دستیابی به نفت در یک منطقه خاص در ابوظبی به مدت ۷۵ سال به شرکت «دولوپمنت پترولیوم»^۳ منتقل گردید. پس از مدتی بین طرفین راجع به محدوده منطقه مربوط به استخراج نفت، اختلاف پیش آمد. با توجه به اینکه قرارداد مذکور راجع به اختلافات مطروحه و نیز اختلافات آتی، سازوکار داوری را پیش‌بینی نموده بود، موضوع جهت بررسی و حل و فصل اختلاف به داوری ارجاع شد. قرارداد مذکور در خصوص قانون حاکم، صحبتی به میان نیاورده بود. با این حال در بند ۱۷ تصریح داشت که شیخ ابوظبی و شرکت نامبرده، هر دو اعلام می‌دارند که اقداماتشان در قرارداد مذکور مبتنی بر حسن نیت و خلوص^۴ بوده و لذا تفسیر قرارداد بر مبنای دلیل و عقل و استدلال استوار می‌باشد (Arbitration between Petroleum Development Ltd. and Sheikh of Abu Dhabi, 1953: 156; Kjos, 2013: 190).

پس از ارجاع اختلاف مطروحه به داوری، داوران تعیینی در خصوص موضوع با اختلاف نظر مواجه شدند؛ از این رو، «آسکیت»^۵ را به عنوان سرداور (داور میانجی یا داور حکم) برگزیدند. وی در ابتدا در تحلیل و بررسی راجع به قانون حاکم بر قرارداد مزبور بر این باور بود که قرارداد مذکور در ابوظبی منعقد شده و لذا تماماً باید در این شیخ‌نشین اجرا گردد و اگر قرار است یک نظام حقوقی ملی، ناظر بر اختلاف مذکور شود، اولویت اصلی با قانون ابوظبی است که مبتنی بر قرآن می‌باشد. لیکن پس از بررسی قانون ابوظبی که نشئت گرفته از قرآن و قانون مذهبی اسلام بود، حکومت قانون ابوظبی بر قرارداد را رد کرد و اظهار داشت:

«به طور منطقی نمی‌توان گفت که چنین قانونی وجود دارد؛ زیرا با در نظر گرفتن قانون اسلام و قرآن می‌توان بیان نمود که منطقیاً چنین قانونی وجود نداشته و یا در

1. Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi (1951) 18 I.L.R. 144.

2. Sheikh Shakhbut Ibn Sultan Ibn Zayid.

3. Petroleum Development.

4. Sincerity of belief.

5. Lord Cyril Asquith.

بهترین حالت، یک قانون ابتدایی و قدیمی محسوب می‌شود که هیچ‌گونه اصول حقوقی مقرر و قابل اجرا برای تشکیل اسناد تجاری مدرن در آن لحاظ نشده است. این در حالی است که شرایط قرارداد، لزوم اعمال رسوم ریشه‌دار و موجود در ملت‌های متمدن را می‌طلبد» (Stovall, 2010: 30; Maita, 2013: 40).

بنابراین آسکیت با توجه به واژگان و شرایط مندرج در بند ۱۷ قرارداد، به جای اعمال قانون ابوظبی که در واقع یک قانون مذهبی تلقی می‌شد، به اجرای اصول کلی حقوقی رایج در عموم ملت‌های متمدن که به نوعی دارای ماهیت حقوقی مدرن می‌باشند، پرداخت (Ibid.).

رویکرد مشابه با پرونده ابوظبی را می‌توان در پرونده حاکم قطر^۱ نیز مشاهده نمود که حسب آن در ۵ اوت ۱۹۴۹، حاکم قطر قراردادی را از یکسو با شرکت سرمایه‌گذاری و معدنکاری و از سوی دیگر با شرکت نفت منعقد نمود و به موجب آن، حق انحصاری اکتشاف، حفاری، استخراج، توسعه و حمل و نقل و... مربوط به نفت در محدوده ویژه‌ای از قطر را به مدت ۶۵ سال در اختیار شرکت‌های مذکور قرار داد. قرارداد مزبور حاوی یک شرط داوری نیز می‌شد و تصریح می‌داشت که در صورت بروز اختلاف بین طرفین، اختلاف مطروحه باید به دو داور و نیز یک داوری که توسط داوران مذکور تعیین شده و به عنوان سرداور شناخته می‌شود، ارجاع گردد.

در سال ۱۹۵۲ و به دنبال عدم توانایی شرکت در اکتشاف و استخراج مقادیر تجاری نفت مورد نظر، میان طرفین قرارداد اختلاف ایجاد شد که به موجب قرارداد، جهت حل و فصل نزد محکمه داوری ارجاع گردید. از آنجایی که طرفین در قرارداد راجع به مسئله مربوط به قانون حاکم سکوت نموده و موردی در این خصوص ارائه نداده بودند، دغدغه دیوان داوری، پاسخ به این پرسش بود که آیا قانون مناسب حاکم بر قرارداد، قانون اسلام به عنوان قانون اصلی کشور قطر می‌باشد یا اصول کلی حقوقی همچون انصاف و عدالت؟

داور منتخب، «سرافرد»^۲ بر این عقیده بود که جهت پاسخ به پرسش فوق باید

1. Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co. Ltd, (1953) 20. ILR 534. 151.

2. Sir Alfred.

قصد و نیت طرفین در هنگام تشکیل قرارداد مدنظر قرار گیرد. به عبارت دیگر، قرارداد با توجه به قصد قابل تحقق و مشروع طرفین تفسیر گردد. به اعتقاد وی در قرارداد مزبور، هیچ گونه اشاره‌ای به قانون حاکم بر قرارداد نشده بود، لیکن با توجه به اینکه موضوع قرارداد (استخراج نفت) در کشور قطر قرار داشت و نیز حاکم قطر یکی از طرفین قرارداد محسوب می‌شد و در واقع محل انعقاد قرارداد کشور قطر بود، بنابراین قانون قطر که مبتنی بر قانون مذهبی اسلام محسوب می‌شد، می‌بایست به عنوان قانون مناسب بر قرارداد در نظر گرفته می‌شد. لذا قانون قطر را که در حقیقت، قانون مذهبی اسلام تلقی می‌شد، جهت تحلیل و بررسی و به عنوان قانون ناظر بر حل اختلاف، به کارشناسان متخصص در حیطه قوانین اسلامی ارجاع نمود. وی بعد از استماع سخنان دو کارشناس در مورد قانون اسلام، ضمن رد اظهارات نخستین خویش بیان داشت:

«هیچ اثری از مجموعه اصول حقوقی مورد نیاز برای انعقاد چنین اسناد تجاری مدرن و پیشرفته در قانون اسلام که مبنا و ریشه اصلی قانون قطر می‌باشد، وجود ندارد. بنابراین چنین قانونی نمی‌تواند برای تفسیر قرارداد مذکور کافی باشد» (Alsaidi, 2004: 82-86).

در نتیجه، سرآلفرد از اعمال قانون اسلام یا در واقع همان قانون قطر به عنوان قانون حاکم بر قراردادهای نفتی که نیاز به قوانین پیشرفته‌تری دارند، صرف‌نظر کرد. وی در عوض، اصول کلی حقوقی همچون قاعده انصاف و عدالت را به کار برد (Ibid.).

بررسی آرای داوری در پرونده‌های فوق، دو موضوع معارض را مطرح می‌سازد. از یکسو استدلال می‌شود که بررسی توجیحات داوران، حاکی از تمایل به سمت پذیرش حقوق غیر دولتی می‌باشد (Ibid.: 86) و به عبارت دیگر، ویژگی مشترک در داورهای مزبور، تأکید و استناد داوران به اصول کلی حقوقی می‌باشد که در قوانین حاکمیت غرب ریشه دوانده و در زمره حقوق غیر دولتی تلقی می‌شدند. از سوی دیگر می‌توان بیان نمود که علی‌رغم تأکید داوران بر حقوق غیر دولتی، صراحتاً از استناد به حقوق مذهبی اسلام و به نوعی کلیه حقوق مذهبی که خود در زمره حقوق غیر دولتی قرار گرفته‌اند، طفره رفته و حقوق مذهبی را صرفاً مجموعه‌ای از قوانین و اصول ابتدایی و اخلاقی تلقی نموده‌اند که جهت حکومت بر قراردادهای تجاری

بین‌المللی ناکارآمد بوده و به نوعی مناسب نمی‌باشد.

بنابراین با توجه به مراتب فوق و جمع بین استدلال داوران در پرونده‌های مزبور و نیز با استناد به عدم وجود موضع واحد در این رابطه در مقررات داخلی و بین‌المللی، می‌توان بیان داشت که رویه قضایی مراجع داور در مواقع سکوت طرفین در انتخاب قانون حاکم، هیچ تمایلی به اعمال و انتخاب حقوق مذهبی نداشته و قوانین مذکور را مجموعه‌ای از اصول ابتدایی و قدیمی تلقی می‌نماید که جهت حاکمیت بر قراردادهای تجاری بین‌المللی ناقص و غیر قابل پیش‌بینی بوده و در واقع مناسب نمی‌باشد. بنابراین به نظر می‌رسد هنگامی که طرفین قرارداد تجاری، خود اقدام به انتخاب حقوق مذهبی به عنوان قانون حاکم نکرده‌اند، دیوان داور نیز از تعیین قوانین مزبور اجتناب نموده و از این حیث، طریق رایج محاکم قضایی و دادگاه‌ها را دنبال می‌نماید.

نتیجه‌گیری

تعیین قانون حاکم بر ماهیت اختلاف در داور تجاری بین‌المللی، واجد اهمیت خاصی است و افزایش تعداد مؤسسات اسلامی، شکل‌گیری بانکداری اسلامی در دهه‌های اخیر و نیز گسترش قراردادهای فعالیت‌های تجاری منطبق با مذهب در عرصه بین‌المللی، اهمیت مزبور را دوچندان نموده و مسئله‌مربوط به انتخاب حقوق مذهبی را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد، مطرح ساخته است. بررسی امکان پذیرش حقوق مذهبی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد در داور تجاری بین‌المللی، تحلیل دو فرض را ضروری می‌سازد؛ بدین توضیح که گاه طرفین قرارداد تجاری به دلایلی از قبیل علایق مذهبی، تمایل به انتخاب حقوق مذهبی به عنوان قانون حاکم بر قرارداد دارند و گاه مرجع داور با وجود سکوت اصحاب دعوی، رأساً در پی اعمال یک حقوق غیر دولتی همچون حقوق مذهبی بر قرارداد موضوع داور است.

بررسی امکان انتخاب حقوق مذهبی به عنوان قانون حاکم در داور تجاری بین‌المللی، توسط طرفین قرارداد و نیز تحلیل مقررات داور در این زمینه، مبین این امر است که اسناد داور ملی و بین‌المللی و نیز رویه عملی مراجع داور به دلیل مفهوم وسیع اصل حاکمیت اراده و مقبولیت عام آزادی طرفین، امکان انتخاب حقوق مذهبی توسط

طرفین را به رسمیت شناخته و از آنجایی که توافق طرفین قرارداد، مهم‌ترین منبع تعیین حقوق حاکم بر داوری تجاری بین‌المللی محسوب می‌شود، انتخاب قوانین مذهبی از ناحیه طرفین را مورد حمایت قرار می‌دهند. این در حالی است که اعمال حقوق مذهبی از سوی مراجع داوری در فرض سکوت طرفین، عملکرد متفاوتی را نشان می‌دهد و قوانین و مقررات داوری ملی و بین‌المللی در این زمینه، موضع واحدی را اتخاذ نکرده‌اند و علی‌رغم اینکه گروهی از مقررات داوری، به داورها این اختیار را می‌دهند که بدون توجه به قانون ملی، هر نوع قانون و یا قواعد حقوقی را که مناسب می‌دانند، اعمال نمایند، سایر قوانین داوران را ملزم نموده‌اند که در صورت سکوت اصحاب دعوی، صرفاً قانون ملی را ناظر بر اختلاف قرار دهند. به علاوه، رویه مراجع داوری در مواقع سکوت طرفین در انتخاب قانون حاکم نیز هیچ‌گونه تمایلی به اعمال و انتخاب حقوق مذهبی نداشته و قوانین مذکور را ناقص و غیر قابل پیش‌بینی می‌دانند. بنابراین به نظر می‌رسد در هنگامی که طرفین قرارداد تجاری، خود اقدام به انتخاب حقوق مذهبی به‌عنوان قانون حاکم نکرده‌اند، دیوان داوری از تعیین و اعمال قواعد حقوق مذهبی به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد تجاری بین‌المللی خودداری نموده و از این حیث، طریق رایج محاکم قضایی را دنبال می‌نماید.

کتاب‌شناسی

۱. ارفع‌نیا، بهشید، و سمیه قاسمی، «حل تعارض قوانین در قانون حاکم بر داوری تجاری بین‌المللی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی بین‌المللی (تحقیقات حقوقی آزاد)، سال نهم، شماره ۳۱، بهار ۱۳۹۵ ش.
۲. اسکینی، ربیعا، «تعارض قوانین در داوری تجاری بین‌المللی»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۱۱، پاییز و زمستان ۱۳۶۸ ش.
۳. انتظاری نجف‌آبادی، علیرضا و حسن بابائیان، «داوری در حقوق بین‌الملل خصوصی»، کنفرانس سالانه پژوهش‌های حقوقی و قضایی، دوره ۱، تهران، مؤسسه هم‌اندیشان مبتکر رادمان، ۱۳۹۶ ش.
۴. اوجاقلو، رسول، «قانون ماهوی حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی»، دومانه بررسی‌های بازرگانی، دوره جدید، شماره ۳۱، مهر و آبان ۱۳۸۷ ش.
۵. پروین، فرهاد و عظیم اکبری‌رودپشتی، «رویکردی تطبیقی در حقوق حاکم بر قراردادها»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هفتاد و هفتم، شماره ۸۲، ۱۳۹۲ ش.
۶. پیری، حمیدرضا، و نجادعلی الماسی، «معیارهای تعیین قانون حاکم در صورت سکوت طرفین در قراردادهای تجاری بین‌المللی»، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری (دانشنامه حقوق و سیاست)، دوره چهاردهم، شماره ۳۵، بهار ۱۳۹۷ ش.
۷. توسلی نائینی، منوچهر، و سیما بدری‌زاده، «داوری تجاری بین‌الملل در فضای مجازی»، مجله مطالعات حقوقی، دوره ششم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۳ ش.
۸. زارع، مهدی، و محسن سلیمی، «مقدمه‌ای بر داوری در دعاوی تجاری بین‌المللی»، پژوهش‌های حقوق خصوصی و کیفری (دانشنامه حقوق و سیاست)، دوره یازدهم، شماره ۲۶، زمستان ۱۳۹۴ ش.
۹. شمس، عبدالله، و سیدفرهاد بطحائی، «ماهیت حقوقی داوری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره هجدهم، شماره ۲ (پیاپی ۷۰)، شهریور ۱۳۹۴ ش.
۱۰. شیروی، عبدالحسین، داوری تجاری بین‌المللی، نسخه دیجیتال، تهران، سمت، ۱۳۹۱ ش.
۱۱. شیروی، عبدالحسین و محمدحسین وکیلی مقدم، «حقوق غیر دولتی»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، سال چهارم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۲ ش.
۱۲. مافی، همایون، و محمدحسین تقی‌پور، «ماهیت حقوقی نهاد داوری»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۲۱، زمستان ۱۳۹۶ ش.
۱۳. مبلغی آبادانی، عبدالله، تاریخ ادیان و مذاهب جهان، تهران، حر - سبحان، ۱۳۸۳ ش.
۱۴. میرمحمدی، سیدمصطفی، «شریعت اسلامی و قانون حاکم بر قراردادهای تجاری: ترازوی حقوقی یا تعامل نظام‌های حقوقی»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال دوم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۴ ش.
۱۵. نیکبخت، حمیدرضا، «ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره‌های ۳۱-۳۲، پاییز و زمستان ۱۳۷۹ ش.
۱۶. هیوم، رابرت ارنست، ادیان زنده جهان، ترجمه عبدالرحیم گواهی، ویراست جدید، تهران، علم، ۱۳۸۶ ش.
17. Alsaidi, Abdullah Mohammed, *Petroleum Arbitration: Applicable Law and Appropriate Arbitral Forum (A Study of Petroleum Disputes in Arab Countries)*, Theses, Queen Mary University of London, 2004.
18. Arbitration between Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. and Sheikh of Abu Dhabi, *The American Journal of International Law*, Vol. 47(1), 1953, Published Online

by Cambridge University Press, Available at: <<http://www.jstor.org/stable/2194174>>, Accessed 20 Oct. 2019.

19. Bermann, George A., "International Arbitration and Private International Law: General Course on Private International Law", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des Cours*, Vol. 381, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2015.
20. Heidemann, Maren, *Does International Trade Need a Doctrine of Transnational Law? Some Thoughts at the Launch of a European Contract Law*, 1st Ed., Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012.
21. Kjos, Hege Elisabeth, *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay between National and International Law*, 1st Ed., Oxford, Oxford University Press, 2013.
22. König, Michał, "Non-State Law in International Commercial Arbitration", *Polish Yearbook of International Law*, Vol. 35, 2015.
23. Kutty, Faisal, "The Shari'a Factor in International Commercial Arbitration", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 28(3), 2006.
24. Maita, Aida, *Development of a Commercial Arbitration Hub in the Middle East: Case Study The State of Qatar*, Theses, Golden Gate University, School of Law, 2013.
25. Mills, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, 1st Ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
26. Najjar, Nathalie, *Arbitration and International Trade in the Arab Countries*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2017.
27. Nishitani, Yuko, "Party Autonomy in Contemporary Private International Law -The Hague Principles on Choice of Law and East Asia-", *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 59, 2016.
28. Radicati di Brozolo, Luca G., "Non-National Rules and Conflicts of Laws", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Forthcoming, Vol. 48(4), 2012.
29. Raisch, M. J., "Religious Legal Systems in Comparative Law - A Guide to Introductory Research", 2017, Available at: <<https://www.nyulawglobal.org>>, Accessed 5 Oct. 2019.
30. Rizwan, Saad U., "Foreseeable Issues and Hard Questions: The Implications of U.S. Courts Recognizing and Enforcing Foreign Arbitral Awards Applying Islamic Law under the New York Convention", *Cornell Law Review*, Vol. 98(2), Jan. 2013.
31. Stanivuković, Maja, "Contracts without a proper law in private international law and non-state law in Serbia and Montenegro law", 17th Congress, International Academy of Comparative Law in Utrecht, 2006.
32. Stovall, Howard, "Arbitration and the Arab Middle East: Some Thoughts from a Commercial Practitioner", Chicago International Dispute Resolution Association, 2010, Available at: <http://www.cidra.org/winter_2010_newsletter_3>, Accessed 5 Oct. 2019.

ضرورت و امکان سنجی رهن منفعت در نظام حقوقی کنونی ایران*

- محمدحسن صادقی مقدم^۱
- حجت‌اله مرادی^۲

چکیده

در ماده ۷۷۴ قانون مدنی به پیروی از نظر مشهور در فقه، به بطلان رهن منفعت تصریح شده است. از مبانی مهم بطلان رهن منفعت، عدم قابلیت قبض و عدم ایجاد اطمینان و عدم امکان استیفای دین از آن عنوان شده است. با این حال، تمام این موارد در فقه مورد تردید قرار گرفته‌اند. در نظام حقوقی کشور نیز مقررات بسیاری مؤخر بر قانون مدنی به تصویب رسیده‌اند که با قواعد سنتی رهن همخوانی ندارند. برخی از آن‌ها قبض را از شرایط صحت رهن خارج کرده‌اند و برخی دیگر، اموال غیر عین معین، مانند طلب و سهام ضمانت‌نامه را قابل توثیق شناخته‌اند. از سوی دیگر، بطلان رهن منفعت باعث می‌شود که این گونه اموال، تا حدی از گردش اقتصادی جامعه خارج شوند. این امر باعث وارد آمدن زیان به

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۱۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۴/۲۴.

۱. استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه تهران (mhsadeghy@ut.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران، پردیس البرز (نویسنده مسئول)
(moradi.hojat63@gmail.com).

چرخه اقتصادی می‌شود و مالک این اموال را از تمتع بردن تام از مال خود محروم می‌نماید. مجموع این عوامل باعث می‌شود که تلاش نظری برای شناسایی رهن منفعت ضرورت یابد. در این پژوهش، پنج راهکار مهم در این راستا مورد ارزیابی قرار گرفته‌اند که عبارت‌اند از: استفاده از قالب قراردادهای بی‌نام، استفاده از عقد وثیقه، استفاده از معاملات با حق استرداد، قبول نسخ ضمنی مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی و خروج آن‌ها از عداد مقررات آمره.

واژگان کلیدی: رهن منفعت، وثیقه، قواعد آمره، قبض.

مقدمه

قانون مدنی ایران در ماده ۷۷۴، به صراحت رهن منفعت را باطل اعلام نموده است. بطلان رهن منفعت در فقه نیز نظر مشهور است و کمتر نظر مخالفی در باب آن به چشم می‌خورد. ماده ۷۷۲ قانون مدنی، قبض را شرط صحت عقد رهن دانسته و ماده ۷۷۴ قانون مدنی، پیش از اعلام بطلان رهن منفعت، در شرایط مال مرهون آن را منحصر به عین معین نموده است. در بطلان رهن منفعت علل متعددی بیان شده است، از جمله: عدم امکان قبض، عدم ایجاد استیثاق و عدم امکان استیفای دین از آن. تمام این مسائل روی هم رفته رهن منفعت را با موانعی تقریباً نفوذناپذیر مواجه ساخته و کمتر کسی به تحلیل علت واقعی آن پرداخته است و به ندرت حقوق‌دانی کوشیده که به‌جد در راه شناسایی راهکاری برای تجویز رهن منفعت برآید. هم شهرت فقهی و هم بیان صریح و تحکم‌آمیز مقنن در قانون مدنی، هر دو باعث شده‌اند که کسی، دشواری تلاش نظری در این عرصه را بر خود هموار ننماید.

با این حال، دو مسئله وجود دارد که بررسی رهن منفعت و نگاه و تفسیری متفاوت به آن را ضروری می‌سازد. نخستین ضرورت در مورد این است که منفعت یک مال، به هر حال مال تلقی می‌شود و باید در گردش اقتصادی جامعه نقش داشته باشد. مالک یک مال باید بتواند از تمام جنبه‌های مال خود استفاده ببرد و محروم کردن وی از امکان به رهن نهادن منفعت مال خود، در واقع بدین معناست که یک حیث از مالیت مال وی نادیده انگاشته شده و از چرخه اقتصادی جامعه حذف گردیده است. از سوی دیگر، بسیاری از طلبکاران نیز می‌خواهند از امکان وصول طلب خود اطمینان حاصل

کنند و در این راه از به رهن گرفتن منفعت ابایی ندارند. همچنین بسیاری از بنگاه‌های اقتصادی برای ارائه تسهیلات مالی، ارائه وثیقه را ضروری می‌شمارند. اگر درخواست‌کننده تسهیلات و تسهیلات‌دهنده هر دو راضی به وثیقه نهادن منفعت باشند، ضرورتی برای جلوگیری از ترهین منفعت وجود ندارد. تمام این ضرورت‌ها ایجاب می‌کند که راهکاری برای شناسایی رهن منفعت ارائه گردد. ضرورت دوم در مورد سرگردانی خود مقنن و تشتت مقررات در باب رهن است. مقنن در قانون مدنی، موضعی سرسختانه اتخاذ نموده، اما به تدریج از آن عقب نشسته و طی سال‌های متمادی با مقررات متعدد و مختلف و مکرر، از دایره شمول مواد قانون مدنی کاسته و رهن اموال غیر عین معین و حتی غیر مادی را پذیرفته است. این تشتت زیننده یک نظام حقوقی نیست. لذا شایسته است با ارائه تفسیری هماهنگ در این خصوص، نظام حقوقی را از این پراکندگی برهانیم.

به طور خاص در خصوص رهن منفعت، پژوهش‌های اندکی (دو مقاله و یک پایان‌نامه) انجام شده است. موضوع یکی از دو مقاله مذکور، بررسی قوانین موضوعه و تحلیل صحت رهن منفعت بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی است. در حالی که بررسی تجویز رهن منفعت بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی تنها یکی از راهکارهایی است که در این مقاله بدان می‌پردازیم. مقاله دیگر نیز به چشم‌انداز رهن منفعت از حیث اجرا در نظام حقوقی ایران پرداخته که راجع به نحوه اجرای رهن منفعت در حقوق است و ارتباطی با راه حل‌های نظری در خصوص تجویز رهن منفعت ندارد. پایان‌نامه مورد اشاره نیز عمدتاً همان مباحثی است که در دو مقاله پیشین به آن اشاره شد. غیر از این موارد، هیچ پژوهشی با عنوان رهن منفعت انجام نشده است. با این حال، بسیاری از نویسندگان در کتب و مقالات خود در خصوص رهن دین و رهن اموال غیرمادی و رهن اسناد تجاری، به موضوع این مقاله پرداخته و راهکارهایی را ارائه داده‌اند. این مقاله با نقد و بررسی راه حل‌های موجود، در نهایت بر پذیرش یک راهکار میانه، که هم نوآوری‌های تقنینی را به رسمیت بشناسد و هم از نسخ غیر ضروری مواد قانون مدنی پرهیزد، تأکید می‌کند. هدف اصلی این پژوهش، ارائه راهکارهایی عملی است که در نظام کنونی حقوقی کشور و با همین شرایط فعلی، رهن منفعت را به رسمیت بشناسد.

برای طرح این راهکارها، چندین بحث مقدماتی ضرورت دارد. بحث اول، مروری

کوتاه بر تاریخچه فقهی رهن منفعت و بررسی نظرات موافق و مخالف در باب آن است. مقدمه دوم نیز مروری اجمالی بر فرایند تقنین در خصوص رهن می‌باشد. مقدمه سوم نیز بیان کردن ضرورت‌هایی است که کوشش نظری در باب تجویز و به رسمیت شناختن رهن منفعت را ضروری می‌نماید. لذا در این مقاله ابتدا به سه مقدمه مذکور می‌پردازیم تا در بخش اصلی این مقاله، به امکان‌سنجی رهن منفعت در نظام کنونی حقوق ایران برسیم.

۱. وضعیت رهن منفعت در فقه

در فقه، بطلان منفعت نظریه‌ای است که کمتر دیدگاه مخالفی در آن به چشم می‌خورد. حتی کسانی که قبض را در صحت یا لزوم عقد رهن شرط ندانسته‌اند، غالباً رهن منفعت را باطل به حساب آورده‌اند. در ادامه، دو دلیل مهم مطرح شده در خصوص بطلان رهن منفعت و نقد این ادله را طرح می‌کنیم.

۱-۱. شرطیت قبض

شرطیت قبض در عقد رهن، نظر اکثر فقهای امامیه است. بیشتر فقهای این گروه، قبض را شرط صحت عقد رهن به حساب آورده‌اند (آل عصفور بحرانی، بی‌تا: ۱۱۸/۱۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۰۹: ۱۲۲/۲؛ همو، ۱۴۱۸: ۱۹۱/۹؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۵/۶؛ سآر دیلمی، ۱۴۰۴: ۱۹۲؛ ابن فهد حلّی، ۱۴۱۰: ۱۹۰؛ مفید، ۱۴۱۳: ۶۲۲؛ طوسی، ۱۴۰۸: ۲۶۵؛ گیلانی قمی، ۱۴۱۳: ۴۴۷/۲؛ ابن سعید حلّی، ۱۴۰۵: ۲۸۷؛ همو، ۱۳۹۴: ۸۵؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۳۴۳/۳؛ تمیمی مغربی، ۱۳۸۵: ۸۲/۲؛ قطب‌الدین راوندی، ۱۴۰۵: ۵۸/۲؛ همدانی، ۱۴۱۶: ۵۴۶/۱۴؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۷۷/۲؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۳/۲). یکی از استدلال‌های طرفداران بطلان رهن منفعت این است که چون منفعت، وجود خارجی ندارد و قابل قبض نیست، لذا رهن آن باطل است. اشتراط قبض در عقد رهن، هم به آیه ۲۸۳ سوره بقره و هم به برخی احادیث مستند شده است. اما برخی فقها با انکار دلالت آیه بر شرطیت قبض، و تأکید بر سیاق ارشادی آن و نیز با استناد به ضعف سند حدیث، قبض را شرط صحت عقد ندانسته‌اند (آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۲۵/۲؛ ابن فهد حلّی، ۱۴۰۷: ۴۹۳/۲؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳: ۴۰۰/۵ و ۴۲۰؛ فخرالمحققین حلّی، ۱۳۸۷: ۹/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۳/۲۵؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۲۳/۳؛ ابن ادریس حلّی،

۱۴۱۰: ۴۱۷/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۵۶/۴؛ همو، ۱۴۱۳: ۵/۴؛ همو، ۱۴۲۲: ۳۹۴؛ همدانی، ۱۴۱۶: ۵۴۶/۱۴). برخی دیگر از فقها، صرف نظر از دلالت آیه بر شرطیت قبض، قبض منافع را ممکن شمرده‌اند. از نظر ایشان، مستولی شدن بر عین یک مال دقیقاً قبض و استیلاء منافع آن مال است (نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۷؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۱۹/۲۵؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۶۵/۲۰؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۸۲/۲۱).

۲-۱. عدم ایجاد استیثاق و تعذر استیفای دین از منفعت

یکی از اهداف عقد رهن این است که برای طلبکار، اطمینان و وثوق ایجاد کند. این اطمینان از آنجا ناشی می‌شود که در صورت ناتوانی یا عدم اراده مدیون برای پرداخت دین خود در هنگام سررسید، دائن می‌تواند با فروش مال مرهون، طلب خود را استیفا کند. بدیهی است که مال مرهون باید مالی باشد که بتواند چنین اعتماد و اطمینانی را ایجاد نماید. فقها در مورد قابلیت منفعت برای ایجاد چنین اطمینان و استیثاقی تردید کرده‌اند. از نظر برخی از ایشان، برای منافع بقایی نیست و لذا مرتهن از آن نفعی نمی‌برد. (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۲۵/۱۳؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۴۴/۵؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۲۸/۴). منافع یک مال، چون ذره ذره حاصل می‌شود و ایجاد هر ذره از منافع با انعدام ذره پیشین ملازمه دارد، از این رو هنگامی که موعد ادای دین فرا برسد، تنها منافع همان لحظه وجود دارد و منافع پیشین تلف شده است (آل عصفور بحرانی، بی‌تا: ۳۲۴/۱۲؛ گیلانی قمی، ۱۴۱۳: ۴۴۸/۲). برخی فقها نیز در مورد منافع معتقدند اصلاً مالی وجود ندارد که امکان استیفای دین از آن فراهم باشد (آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۴۶/۲).

در ردّ تعذر استیفای دین از منفعت آورده‌اند که استیفای دین از خود عین مرهونه شرط نیست؛ بلکه ممکن است هم از محل خود عین مرهونه این کار را کرد و هم از محل عوض آن. همان طور که در مورد اموال سریع‌الفسادی که در رهن قرار می‌گیرند، استیفای طلب مرتهن از محل فروش آن‌ها صورت می‌گیرد (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۶۵/۴). بنابراین می‌توان عین را اجاره داد و از اجرت آن، طلب را پرداخت و یا اینکه به خود مرتهن اجازه داد که به میزان طلبش از منافع بهره‌مند شود (نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۷؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۸۲/۲۱).

۲. ضرورت شناسایی رهن منفعت

حقوق علم ضرورت‌هاست؛ دانش یا فنی که می‌کوشد نیازها و مصالح و منافع یک جامعه را شناسایی نماید و سپس با شیوه‌ای هماهنگ با نظام حقوقی و تا حد ممکن سازگار با سنت‌ها، این منافع و مصالح را برآورده کند. لذا گام نخست این است که بینیم اصلاً ضرورتی برای تغییر در نظام حقوقی وجود دارد یا خیر. ثبات، یکی از ویژگی‌های مهم یک نظام حقوقی است که موجب امنیت حقوقی می‌شود. اما این ثبات نباید چنان به افراط گراید که ضرورت‌ها را قربانی کند. بنابراین ایجاد هر تغییر در نظام حقوقی، فرع بر شناسایی و توجیه ضرورت آن است.

۱-۲. ضرورت‌های اقتصادی

امروزه طیف وسیعی از اموال وجود دارند که در مالیت آن‌ها تردیدی نیست و لازم است که علم حقوق خود را با پیشرفت‌های جهان جدید تطبیق دهد (حبیب‌و دیگران، ۱۳۹۴: ۷۴). یک اقتصاد برای رشد و شکوفایی باید از تمام ظرفیت‌های خود استفاده نماید و تمام توان بالقوه خود را به فعلیت برساند. برای نیل به این مهم لازم است که تمام امکانات اقتصادی یک جامعه به کار گرفته شوند؛ برای مثال، یک عین هم می‌تواند به رهن گذاشته شود و هم می‌تواند به اجاره داده شود تا بدین ترتیب هم از عین آن استفاده شود و هم از منفعت آن. بنابراین قوانین و مقررات نیز در حوزه اقتصادی باید به نحوی تنظیم شوند که از راکد نهادن بیهوده و غیر ضروری اموال جلوگیری نمایند. منفعت، یک مال است و باید اجازه داد تا تمام بهره‌ای که مالک یک مال می‌تواند از مال خود ببرد، شامل منفعت هم بشود؛ برای مثال، مستأجری که مالک منافع ده ساله یک ملک کشاورزی است، باید بتواند از هر عوض قابل تصویری در ازای انتقال این منافع برخوردار گردد. با بطلان رهن منفعت، یکی از مهم‌ترین استفاده‌هایی را که مالک اموال می‌تواند از مال خود ببرد، از میان می‌بریم. با منع بهره‌گیری از بخشی از یک مال، عملاً آن را از چرخه اقتصادی جامعه خارج کرده‌ایم. در مثال فوق، یکی از بهره‌هایی که مالک منافع می‌تواند از مال ببرد این است که آن را اجاره دهد. یکی دیگر از این بهره‌ها آن است که مالک منافع زمین کشاورزی بخواهد در اراضی مذکور کشت و زرع نماید.

چنانچه وی برای انجام فعالیت‌های کشاورزی نیاز به ابزار و آلات داشته باشد و با فرض اینکه فاقد نقدینگی برای فراهم آوردن این ابزار باشد، تنها راهی که باقی می‌ماند استقراض است. اشخاص حقیقی و حقوقی در صورتی که متقاضی وجوه، دارای مالی برای ترهین باشد، بسیار ساده‌تر و سریع‌تر به وی وام می‌دهند. در مثال مذکور، مالک منافع می‌تواند منافع زمین را برای مدتی معین، مثلاً پنج سال، به رهن نهاده و تسهیلات را دریافت کند و با استفاده از تسهیلات، در زمین کشت و زرع نماید و با کسب منافع و محصولات علاوه بر کسب سود، دین خود را ادا نموده و مال را از رهن خارج کند. حال، با منع ارتهان منافع، مالک زمین را از تمام این مزایا محروم می‌کنیم که باعث می‌شود مال وی معطل و بلااستفاده بماند و هیچ نقشی در تولید و گردش ثروت نداشته باشد، بدون اینکه هیچ ضرورت و مصلحتی در میان باشد. هنگامی که در نظر آوریم هر عین دارای منافی است، به راحتی می‌توان دریافت که با منع ارتهان منافع، در واقع بخشی از تمام اموال را به رکود کشانده‌ایم و بخش اقتصادی را از بهره‌وری آن‌ها محروم کرده‌ایم و می‌توان تصور کرد که با تجویز ارتهان منافع، چه حجم عظیمی از اموال دوباره به حرکت درمی‌آیند.

مثالی را که در خصوص مالک منافع یک زمین کشاورزی زده شد، در نظر بگیرید. چنانچه این شخص بتواند با به رهن نهادن منافع زمین، تسهیلات دریافت نماید و با استفاده از این تسهیلات، ابزار و ادوات و مواد خام برای کشت و زرع تهیه کند و پس از برداشت محصول، از محل سود، بدهی و تسهیلات را تسویه نماید و مقداری نیز سود برای خود وی باقی بماند، می‌توان مشاهده کرد که در این فرایند چه بخش‌هایی از اقتصاد به گردش درمی‌آید. بانک یا مؤسسه مالی تسهیلاتی پرداخت می‌کند و این تسهیلات را همراه با سود مورد انتظار خود دریافت می‌دارد و از این رهگذر می‌تواند مجدداً منابع خود را تجهیز کرده و دوباره به اشخاص دیگری تسهیلات بدهد؛ ضمن اینکه فعالیت خود این بانک یا مؤسسه مالی نیز به عنوان یک بنگاه اقتصادی که کارمندانی دارد، ادامه خواهد یافت. مالک منافع با دریافت تسهیلات می‌تواند مواد خام و ابزارآلات و ادوات کشاورزی خریداری نماید. این خرید و فروش باعث رونق بخش تولید و توزیع ابزارآلات و مواد اولیه کشاورزی می‌شود که به عنوان یک بنگاه تولیدی یا

خدماتی که خود کارمندانی دارد، به حیات اقتصادی خود ادامه دهد. با دریافت مواد اولیه و ابزار کشاورزی، شخص یا اشخاصی جهت کار بر روی زمین کشاورزی استخدام می‌شوند که خود بخشی از اشتغال است. با تولید محصولات کشاورزی، یکی از مهم‌ترین بخش‌های اقتصاد، یعنی تولید محصولات کشاورزی رونق می‌گیرد و با ارائه این محصولات به بازار، گردش بخش توزیع و مصرف نیز تضمین می‌شود که به نوبه خود باعث تثبیت قیمت یا کمک به خودکفایی در خصوص یک محصول می‌شود. در مثال فوق، چنانچه مالک منافع زمین کشاورزی، تسهیلات دریافتی را در امر تولید به کار نبرد یا به هر علتی از بازپرداخت دیون خود باز ماند، بانک می‌تواند از محل مال مرهون، یعنی منافع زمین، طلب خود را استیفا نماید. ساده‌ترین راه برای این کار آن است که بانک، منافع پنج‌ساله‌ای را که در رهن دارد، به اجاره دهد و از محل اجاره، طلب خود را یک‌جا یا به اقساط دریافت نماید.

۲-۲. ضرورت حقوقی

فارغ از تمام ضرورت‌های پیش‌گفته، مهم‌ترین ضرورت‌هایی که به آن خواهیم پرداخت، ضرورت‌های حقوقی هستند. در این مبحث به دو ضرورت حقوقی اشاره می‌کنیم که تجویز رهن منفعت را ایجاب می‌کنند: جلوگیری از تشتت قانون و ممانعت از دور زدن قانون.

۱-۲-۲. جلوگیری از تشتت قانون

نظام حقوقی ایران در خصوص رهن، پس از قانون مدنی تغییرات گسترده‌ای کرده است؛ به نحوی که در حال حاضر، تکلیف مال قابل رهن در نظام حقوقی ایران روشن نیست. یکی از ویژگی‌های نظام حقوقی کارآمد این است که تا حد امکان، عاری از تشتت باشد و بتوان به سادگی حکم موارد مهمی مانند مال قابل رهن را در آن یافت. در حال حاضر، ماده ۷۷۴ قانون مدنی به عنوان قاعده اولیه در باب رهن، فقط عین معین را قابل رهن می‌داند. اما مقررات متعدد دیگر، تقریباً ارتهان هر نوع مالی، اعم از منفعت و حق و دین را جایز شمرده‌اند؛ از جمله برخی از این مقررات می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: آیین‌نامه صدور ضمانت‌نامه و ظهرنویسی از طرف بانک‌ها مصوب هشتصد و

بیست و ششمین جلسه شورای پول و اعتبار در تاریخ ۱۳۷۳/۴/۱۸، امکان ارتهان اسناد خزانه، اوراق قرضه و مشارکت و سهام شرکت‌ها را به رسمیت شناخته است. قانون معادن مصوب ۱۳۷۷/۳/۲۳، اجازه ارتهان پروانه بهره‌برداری از معادن را صادر کرده است. ماده واحده عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانک‌ها و دستگاه‌ها و سایر مؤسسات و شرکت‌های دولتی به منظور تسهیل امر سرمایه‌گذاری و ایجاد اشتغال بیشتر در طرح‌های تولیدی و صادراتی مصوب ۱۳۸۰/۳/۲۷، ذی‌نفع شدن در قراردادهای لازم‌الاجراء و ارتهان اصل طرح را مجاز اعلام کرده است. آیین‌نامه تضمین برای معاملات دولتی مصوب ۱۳۸۲/۸/۱۱ هیئت وزیران، یکی از وثایق قابل قبول را مطالبات تأییدشده قراردادها از سوی دستگاه‌های اجرایی و ذی‌حسابان محسوب نموده است. هیچ یک از موارد فوق را نمی‌توان در معنای دقیق کلمه، عین به حساب آورد. مشخص نیست که نسبت این مقررات با قاعده عام قانون مدنی چیست؟ آیا باید تمام این موارد را تخصیصی بر حکم عام بدانیم و به قبح تخصیص اکثر تن دهیم یا با تکثر این مواد و گستردگی دامنه آن‌ها، دست از حکم عام قانون مدنی بشویم و آن را منسوخ ضمنی به شمار آوریم؟ یکی از عوارض مهم تشتت قانون، افزایش تفسیرهای بی‌ضابطه است که خود به پراکندگی و عدم انتظام نظام حقوقی دامن می‌زند.

۲-۲-۲. ممانعت از دور زدن قانون

عرف هنگامی که با مقررات دست‌وپاگیر رودررو می‌شود، در دور زدن آن تردید به خود راه نمی‌دهد و راه حل‌های مبتکرانه‌ای به کار می‌گیرد تا اثر مضر قانون را خنثی سازد. لزوم قبض در رهن، یکی از این مقررات است که عرف مدت‌هاست راه‌گریز از آن را شناخته و به کار برده است. در این موارد، مرتهن اقرار به قبض مال مرهونه نموده و اعلام می‌کند که پس از قبض، آن را به رضای خود به راهن بازگردانده است؛ در حالی که هیچ یک از این امور در عالم واقع رخ نداده است. اما با توجه به نقش موضوعی اقرار در حقوق مدنی، در صورت وجود اختلاف، قاضی از ورود به این حیطه ممنوع است و باید به این اقرار ترتیب اثر بدهد. بدین ترتیب، حقیقت رهن در عالم اعتبار منعقد نشده است؛ زیرا حقیقتاً قبضی رخ نداده و تمام این تمهیدات برای فرار از

مقررات بیهوده است. گاه نیز مرتهن در ضمن عقد رهن اعلام می‌کند که به راهن وکالت داده تا مال مرهون را از جانب وی قبض کند، در حالی که کمترین قصدی در این زمینه وجود ندارد و حتی شاید طرفین از مفاد این شرط و علت آن هم آگاهی نداشته باشند. برای فرار از بطلان رهن منفعت نیز راه‌های متعددی وجود دارد. یکی از آن‌ها این است که مرتهن، راهن را وکیل خود می‌کند تا منافع را به دیگری منتقل نموده و عوض آن را به عنوان وثیقه نزد خود نگاه دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۵۴۳/۴)؛ راه حل پیچیده و طولانی‌ای که طرفین برای دور زدن مقررات در پیش می‌گیرند؛ در حالی که اگر رهن منافع جایز بود، نیازی به این تلاش نظری و عملی احساس نمی‌شد.

دور زدن قانون، ایرادات و مشکلات بسیار زیادی دارد. یکی از مهم‌ترین آن‌ها، بی‌حرمت شدن قانون است. هنگامی که عرف بدانند می‌شود مقرره‌ای را دور زد و با استفاده از برخی راهکارهای هوشمندانه، اثر آن را خنثی کرد، صلابت قانون در هم می‌شکند. آنگاه عرف این تلقی را خواهد داشت که پس تمام مقررات قانونی را می‌توان با اندکی زیرکی و ابتکار، پشت سر نهاد و به مقصود دلخواه خود رسید. اولین اثر این طرز تلقی، شکست اقتدار قانون به عنوان نهادی دارای قوه قاهره است. اما چه باید کرد؟ آیا می‌توان در این موارد نیز به قدرت قهرآمیز اتکا کرد و تمام عقود را که به نحوی حاوی فرار از قانون هستند، باطل شناخت؟ چنانچه قوه قضاییه و قوای انتظامی مصمم باشند که مقررات را به هر قیمتی اجرا کنند، نابسامانی‌ها و مسائل گوناگون اجتماعی ایجاد می‌شود، مردم اعتماد خود را به دستگاه قضا از دست می‌دهند و نارضایتی عمومی در کل جامعه افزایش می‌یابد (صانعی، ۱۳۸۹: ۱۴۵).

۳. راهکارهای شناسایی رهن منفعت در نظام حقوقی کنونی ایران

همان طور که به تفصیل گذشت، در حال حاضر به رسمیت شناختن رهن منفعت امری ضروری است. این ضرورت از بُعد اقتصادی به این علت است که از طریق آن، هم ارائه تسهیلات و استقراض تسهیل گردد و هم منافع اموال معطل نماند. از بُعد حقوقی نیز لزوم این شناسایی کاملاً احساس می‌شود؛ از جمله جهت جلوگیری از تشتت و پراکندگی مقررات و نیز جلوگیری از امور صوری و تصنعی‌ای که برای دور زدن قوانین

دست و پاگیر به کار می‌رود. ضرورت‌هایی که تشریح شد، مستلزم به رسمیت شناختن رهن منفعت در حقوق ایران است. بدین منظور ساده‌ترین راه تغییر در قوانین است، اما به این امید نمی‌توان نشست؛ چرا که مقنن در مقررات رهن بسیار متشتت عمل کرده است و نشانه‌ای از تغییر آهنگ او نیز به چشم نمی‌خورد. لذا باید دست به تفسیر زد و تا آنجا که طرق تفسیری تاب می‌آورد، به تجویز رهن منافع کوشید. در ادامه به بررسی مهم‌ترین راهکارهایی که در این خصوص وجود دارد، می‌پردازیم.

۳-۱. استفاده از قالب قراردادهای بی‌نام (عقود نامعین)

مطابق این نظریه، اگر نمی‌توان منافع یک مال را به علت موانع قانونی به رهن نهاد، می‌توان آن را در قالب یک عقد نامعین مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی منعقد ساخت و همان آثار رهن را بر آن بار کرد؛ برای مثال چنانچه شخصی به دیگری مدیون باشد و مدیون می‌خواهد منافع یک باغ را در قبال این دین به رهن بگذارد، طرفین می‌توانند چنین قراردادی منعقد کنند: مدیون متعهد می‌شود که ظرف مدت یک سال، دین خود را ادا نماید، وگرنه دائن می‌تواند منافع باغ معینی را که متعلق به مدیون است، به مدت پنج سال از لحظه سررسید دین، به اجاره یا هر عقدی که خود مایل است، منتقل نماید و از عوض آن استفاده کند یا اینکه منافع مذکور را شخصاً به مصرف برساند. از این قرارداد تقریباً همان آثاری تحصیل شده است که طرفین عقد رهن به دست می‌آورند. اما آیا این قرارداد صحیح است؟

اشخاص می‌توانند قرارداد را زیر هر عنوانی که مایل باشند، منعقد نمایند و آثار آن را به دلخواه تعیین کنند. اصل آزادی قراردادها را در عقود معین نیز می‌توان به کار بست؛ زیرا هدف اصلی ماده ۱۰ قانون مدنی این است که در موارد اجمال یا سکوت قانون، اراده طرفین بر روابط ایشان حاکم باشد و از این لحاظ میان عقود معین و نامعین تفاوتی نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۴۶/۱). اما به باور برخی استادان، در استناد به آزادی اراده نباید چنان افراط کرد که به قواعد امری در عقود معین نیز تجاوز شود؛ برای مثال نمی‌توان عینی را در برابر عوض معین تملیک کرد و به بهانه اینکه طرفین نام بیع بر آن نهاده‌اند، از اجرای قواعد آن گریخت (همو، ۱۳۸۷: ۶/۱). اصل آزادی قراردادها نیز مانند

هر اصل دیگری با محدودیت‌هایی روبه‌روست و یکی از محدودیت‌های اصلی آن، قوانین امری است (قاسم‌زاده، ۱۳۸۹: ۵۲؛ صفایی، ۱۳۹۲: ۵۱). نمی‌توان پذیرفت که یک معامله طبق برخی از مقررات قانونی، باطل و مطابق برخی دیگر صحیح باشد. اگر بتوان عقدی فاقد یکی از شرایط اختصاصی را به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی صحیح دانست، باید همه مقررات قانونی را زائد یا صرفاً اختیاری به حساب آورد (شهیدی، ۱۳۹۰: ۱۸۵-۱۸۶). با این حال نباید در قواعد امری عقود معین افراط کرد و هرآنچه را که در قانون آمده است، در زمره قواعد آمره قرار داد یا حتی اصل را در این گونه مقررات بر آمره بودن نهاد. پس حل این مسئله در درجه اول در گرو آن است که آیا قابل قبض بودن مال مرهون و بطلان رهن منفعت، جزء قواعد آمره است یا خیر؟ پاسخ به این سؤال، در پنجمین راهکار ارائه‌شده مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۳. استفاده از معامله با حق استرداد

معاملات با حق استرداد که متکای قانونی آن مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت است و با توجه به ماده ۳۴، دیگر مختص اموال غیر منقول هم نیست، می‌تواند جایگزینی برای رهن منفعت باشد. در مستند قانونی این معاملات، قبض شرط صحت نیست و اموال نیز به طور مطلق آمده و شامل عین و منافع می‌گردد. لذا در صورت امکان استفاده از این نهاد، موانع قانون مدنی بر سر راه رهن منافع وجود نخواهد داشت. نتیجه این گونه معاملات شباهت کاملی با رهن دارد. خریدار شرطی که همان طلبکار است، مال مورد انتقال را در هیچ شرایطی تملک نمی‌کند و تنها می‌تواند آن را از طریق اجرای ثبت به فروش برساند و طلب خود را وصول نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۴/۵۴۶-۵۴۷). برای مثال، مالک یک باغ می‌تواند منافع آن باغ را برای مدتی معین، که معادل بدهی اوست، در قالب معامله با حق استرداد به طلبکار منتقل نماید. بدین نحو که سررسید طلب، مبدأ آغاز قرارداد مذکور است و چنانچه تا آن زمان، بدهی پرداخت نشده باشد، طلبکار می‌تواند باغ را تا میزان تسویه طلب خود به اجاره داده یا شخصاً استفاده کند. عقد مذکور ماهیتاً اجاره است و منافع مال را به نحو مشروط به طلبکار منتقل می‌نماید و می‌تواند نوعی اجاره با شرط استرداد تلقی شود.

آنچه در این میان ممکن است بر تمایل طرفین بر استفاده از این نهاد حقوقی اثر بگذارد، پرداخت هزینه‌های ثبتی و نیز انجام برخی استعلامات دست‌وپاگیر است که از مشکلات و موانع اصلی استفاده عموم مردم از خدمات ثبتی است. با این حال، موضوع مذکور اثری بر نتیجه این موضوع ندارد که می‌توان از نهاد معامله با حق استرداد برای به وثیقه گرفتن منافع یک مال استفاده کرد و از این طریق، موانع سنتی عقد رهن را از میان برداشت.

۳-۳. استفاده از عقد وثیقه

توثیق به دنبال آن است که پس از ایجاد دین یا سبب آن، بتواند اطمینان خاطر را برای افرادی که اموال خود را به دیگران منتقل کرده‌اند و مستحق بازپرداخت آن هستند، مانند قرض، یا افرادی که به صرف الزام متعهد به انجام تعهدش قانع نیستند، ایجاد کند. با دادن رهن، طلب مرتهن از نظر حقوقی ثبات و قرار پیدا می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۲). به دنبال این احساس نیاز، انشعاب‌های مختلفی از تضمین در عالم حقوق ایجاد شده است تا هدف مذکور را برآورده سازد. توثیق بستری است که در آن، رهن و نهادهای مشابه پیدا شده‌اند. از این حیث، توثیق نتیجه‌ای است که از عقد رهن حاصل می‌شود، ولی انحصار به ایجاد از طریق رهن ندارد و به نظر می‌رسد که خود عقد معینی است؛ عقدی با ارکانی جدا از رهن. به همین دلیل در برخی متون قانونی، بدون اشاره به رهن از آن یاد شده است؛ مانند ماده ۱۳۲ آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ و ماده ۲۱ قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۸۷. مقنن در موارد مختلفی از این دست به دنبال ایجاد نهادی در حقوق ایران است که از قابلیت تضمین‌کننده اموال مختلف استفاده کند؛ در حالی که تک‌بعدی بودن رهن، این امکان را از مقنن سلب می‌نماید. در متون مختلف قانونی که در آن به توثیق اشاره شده است، مصادیق آن غالباً غیر مادی است. لذا عقد وثیقه راجع به دو شرط عین و قابل قبض بودن، انعطاف بیشتری دارد و شاید بتوان به نحو خلاصه گفت: توثیق درباره اموال غیر مادی، همان رهن در شکل مادی آن است؛ اما به لحاظ شرایط ویژه این اموال، می‌تواند تحمل بیشتری نسبت به عدول از مقررات رهن داشته باشد (انصاری و ذوالفقاری، ۱۳۹۱: ۱۶۸).

به این نظر، خرده گرفته شده است که هیچ استدلال یا تبیین نظری در این خصوص

وجود ندارد و اینکه مقنن در برخی موارد از کلمه وثیقه استفاده کرده است و از قضا در برخی موارد، مصادیق آن اموال غیر مادی بوده است، دلیلی بر این امر نیست که نظام حقوقی رهن و وثیقه با یکدیگر تفاوت دارد و تا زمانی که قانون‌گذار، این دو را از هم تفکیک نکرده یا اماره‌ای قابل قبول بر اینکه مقنن به این تفکیک تمایل دارد، وجود نداشته باشد، نمی‌توان قائل به تفاوت رهن و وثیقه شد (باقری و گودرزی، ۱۳۹۶: ۵۴). برخی دیگر با صراحتی کمتر، نظریه تفاوت رهن و وثیقه را پذیرفته‌اند. از نظر ایشان، رهن نوعی وثیقه خاص محسوب می‌شود و وثیقه نسبت به رهن، مفهومی عام دارد؛ لذا هر رهنی وثیقه است، اما هر وثیقه‌ای الزاماً رهن نیست. ایشان وثیقه را در غیر مورد رهن، عقدی نامعین و مستند به ماده ۱۰ قانون مدنی محسوب کرده‌اند که معمولاً بین متعهد و متعهدله منعقد می‌گردد (نیک‌فرجام، ۱۳۹۱: ۲۲۱).

تلاش برای تفکیک عقد وثیقه از رهن، در جهت رفع مشکلاتی است که مقررات سنتی رهن موجود در قانون مدنی، در راه توثیق اموالی غیر عین معین، مانند اموال غیر مادی و دین و منفعت ایجاد می‌کند و این تلاش را باید ارج نهاد و تا حد ممکن به پشتیبانی از آن برخاست. با این حال، قبول بی‌قید و شرط چنین عقدی بدون توجیه معقول و مستدل، نتایجی به مراتب بدتر از عدم امکان توثیق برخی اموال در پی دارد و باعث آشفتگی و درهم‌ریختگی نظام حقوقی می‌شود. لذا اگر بتوان برای چنین نظری، پشتیبانی حقوقی مناسب فراهم آورد، در این راستا درنگ جایز نیست. اما به نظر می‌رسد قبول این نظر با دشواری‌های فراوانی روبه‌روست. نخست اینکه اگر عقد رهن و وثیقه دو عقد متفاوت هستند، چه اختلافی در ماهیت آن‌ها وجود دارد؟ غیریت مستلزم اختلافی هرچند اندک است و دو پدیده اگر در تمام امور ماهوی و آثار، مانند هم باشند، نمی‌توان قائل به غیریت میان آن‌ها شد و وثیقه را غیر از رهن دانست. نظریه‌ای که میان وثیقه و رهن را تفکیک می‌کند، تنها اختلاف این دو را در مصادیق اموال مورد رهن و وثیقه می‌داند؛ یعنی رهن مختص عین معین است و وثیقه مختص غیر عین معین و در دیگر آثار، مانند هم هستند. سوالی که در اینجا رخ می‌نماید این است که مقنن چرا باید ابتدا برخی اموال را از قلمرو یک عقد با آثار معین خارج کند و سپس همان اموال را در قلمرو عقدی دیگر با همان آثار قرار دهد؟ اگر هدف این است که اموال غیر عین معین

نیز قابلیت توثیق داشته باشند، مقنن می‌تواند از مقررات سنتی رهن دست بردارد و آن‌ها را نیز قابل رهن بداند، نه اینکه عقدی دیگر دقیقاً با همان آثار بنیاد نهد و اموال جدید را مشمول آن بگرداند. این امر اگرچه غیر معقول می‌نماید، اما شاید بتواند از این منظر توجیه شود که مقنن قصد دارد رهن را با نام و عنوان خاص، به علت سابقه شرعی به همان نحو باقی گذارد و برای امکان توثیق اموال غیر عین معین، تنها نام عقد را عوض کند. این توجیه اگرچه نامعقول نیست، اما بسیار تصنعی به نظر می‌رسد. از سوی دیگر، تردیدی وجود ندارد که مقنن در مقررات مختلف، اموالی را قابل توثیق اعلام نموده که عین معین نیستند و قابلیت قبض نیز ندارند. حال باید این موضوع توجیه شود که توثیق این اموال اگر در قالب عقد جدیدی به نام وثیقه نیست، پس چگونه می‌تواند به نظام حقوقی ما در خصوص رهن و وثیقه پیوند بخورد؟ به نظر می‌رسد اگر وجود عقدی مستقل به نام وثیقه را نپذیریم، برای قبول امکان توثیق این اموال باید قائل به نسخ ضمنی مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی شویم و بر آن باشیم که مقنن به نحوی ضمنی در طول زمان، امکان ترهین اموالی غیر قابل قبض و غیر عین معین را بنا بر ضرورت‌ها و مصالح تجاری و اقتصادی به رسمیت شناخته، اما از اعلام صریح آن به علت سوابق فقهی ابراء داشته و توجیه آن را بر عهده دکتربین و رویه قضایی نهاده است.

۳-۴. نسخ ضمنی مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی

مقنن بارها و در مقررات گوناگون، متعرض حکم عام مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی شده است. در مورد این مقررات، دو موضع می‌توان گرفت: تخصیص مواد مذکور یا نسخ ضمنی آن‌ها.

تخصیص عبارت است از خارج کردن بعضی از افراد و مصادیق از شمول حکم عام و محدود کردن دامنه فراگیری آن. هر لفظ، عبارت یا دلیل غیر لفظی که دامنه شمول عام را محدود کند، مخصص نامیده می‌شود. مخصص اگر همراه با کلام عام بیاید و از خود استقلالی نداشته باشد، مخصص متصل و در غیر این صورت، مخصص منفصل نامیده می‌شود (قافی و شریعتی، ۱۳۹۳: ۱/۱۹۳-۱۹۶). بنابراین اگر معتقد باشیم مقررات متعددی که پس از قانون مدنی تصویب شده‌اند و رهن مواردی چون دین و طلب و

حقوق و منافع و اموال غیر مادی و اموال غیر عین معین را به رسمیت شناخته‌اند، نوعی مخصص منفصل محسوب می‌شوند، پس باید گفت که قاعده و حکم عام مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی بارها توسط مقنن دچار تخصیص شده است؛ یعنی هر یک از این موارد به هر حال تحت عنوان تخصیص قرار می‌گیرند و باید در حدود تخصیص و به شکل محدود تفسیر شوند. برای مثال، اینکه لایحه اصلاحی قانون تجارت، توثیق سهام مدیران را به رسمیت شناخته است، نباید به این معنا باشد که رهن سهام به طور کلی صحیح است؛ بلکه فقط در حدود همان لایحه و برای توثیق خسارت ناشی از سوء مدیریت است. اما این تفسیر ضعیف است؛ چرا که مقنن بارها از هر یک از این‌ها نام برده است. برای مثال، در خصوص رهن سهام نه فقط در لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت، بلکه مقررات متعدد دیگری نیز وجود دارد، همین طور است رهن طلب و دین؛ از جمله آیین‌نامه تضمین برای معاملات دولتی مصوب ۱۳۸۲/۸/۱۱ هیئت وزیران که مطالبات تأییدشده قراردادها از سوی دستگاه‌های اجرایی و ذی‌حسابان را جزء وثایق قابل قبول دانسته است، یا قانون عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانک‌ها که ذی‌نفع شدن در قراردادهای لازم‌الاجرا را به عنوان وثیقه به رسمیت شناخته است. با این حال، اصرار بر این تفسیر باعث می‌شود که موارد مذکور را تخصیص‌هایی جزئی در حکم عام مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ بدانیم و نتیجه این می‌شود که رهن منفعت فقط در موردی که به صراحت اجازه داده شده و مشمول تخصیص قرار گرفته، جایز است و حکم کلی آن، همچنان تحت ممنوعیت عام باقی می‌ماند.

اما موضع دوم، قائل شدن به نسخ ضمنی مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی است. نسخ قانون در مقابل وضع آن است. وضع قانون به معنای جعل موجود اعتباری و ایجاد حکم جدید است و نسخ، امحای نهاده‌های اعتباری پیشین تلقی می‌شود (میرزایی، ۱۳۹۵: ۲۱۰). یکی از استدلال‌های مهمی که در پشتیبانی از این نظر می‌توان آورد، بحث تخصیص اکثر است. تخصیص اکثر ناپسند است؛ زیرا هم خارج از حدود سخن گفتن متعارف است و هم مایه ضعف استدلال (محمدی، ۱۳۹۳: ۹۳-۹۴). باید دقت شود که بحث تخصیص اکثر، زمانی مطرح می‌شود که یک حکم عام، مصادیق متعدد و متفاوتی داشته باشد و اکثر آن مصادیق مشمول تخصیص شوند. این وضعیت، متفاوت با حالتی

است که طی آن یکی از مصادیق مکرراً مورد تخصیص قرار می‌گیرد. ارتباط این بخش از بحث با مانحن‌فیه آن است که ببینیم طی مقررات متأخر از قانون مدنی، آیا احکامی که توثیق حق و طلب و اموال غیر مادی را تجویز کرده‌اند، مصادیق متفاوتی را از شمول احکام عام مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی خارج کرده‌اند یا خیر؟ برای پاسخ به این مسئله باید ببینیم که حکم عام مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی چه مصادیقی دارد. مطابق این مواد، مال مرهون فقط باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است. این حکم را می‌توان به این صورت ترجمه کرد: رهن اموال غیر عین معین باطل است. مال عین معین یک مفهوم است که می‌تواند مصادیق متعددی بگیرد. اما در مقابل این مفهوم، عین غیر معین قرار دارد؛ یعنی مالی که اصلاً عین نیست، مثل دین و منفعت و حق. حال ببینیم که تخصص‌های مختلف با این حکم، یعنی بطلان رهن هر مالی غیر از مال عین معین، چه کرده‌اند. با تعداد فراوان تخصص‌ها باید گفت که چون رهن طلب و حق و مال آینده به رسمیت شناخته شده‌اند، بنابراین هم عین غیر معین از شمول حکم خارج شده است و هم به طور کلی اموال غیر عین. پس عملاً هیچ مصداقی تحت حکم عام باقی نمانده است و قضیه از تخصیص اکثر و قبیح بودن آن گذشته و تبدیل به تخصیص کل شده است. تخصیص کل نیز در حقیقت، مفهومی جز نسخ حکم ندارد. نسخ حکم دلالت بر آن دارد که حکم سابق برداشته شده و در آینده نباید از آن پیروی کرد (میرزایی، ۱۳۹۴: ۱۵۱). به نظر می‌رسد قبول نسخ حکم در این موارد قوی‌تر است؛ به ویژه در فرض مورد بررسی ما که مشمول قبیح تخصیص اکثر نیز می‌شود. با قبول این نظر، راه برای تجویز رهن منافع به طور مطلق گشوده می‌شود و ضرورت‌های متعددی که برشمردیم، حاصل می‌آید.

۳-۵. خروج شرط قبض و بطلان رهن منفعت از شمول مقررات آمره

برخی حقوق‌دانان برای عبور از سد مواد ۷۷۲ و ۷۷۴، راه حل دیگری پیش نهاده‌اند. از نظر ایشان با دقت در مبانی حقوقی مواد مذکور می‌توان آن‌ها را از عداد قواعد مربوط به نظم عمومی خارج دانست. هرچند در ظاهر این مواد از عباراتی چون «باید و باطل است» استفاده شده است، که معمولاً مقنن از آن‌ها برای مقررات آمره استفاده می‌کند،

اما به نظر ایشان می‌توان در تحلیل این مواد از چارچوب عبارات ظاهری خارج شد. ایشان معتقدند که خصیصه قواعد مربوط به نظم عمومی این است که نقض آن‌ها موجب اخلال در یکی از شئون اخلاقی، اجتماعی، اقتصادی و مانند این‌ها شود و به همین علت، مقنن توافق خلاف آن‌ها را ممنوع کرده است. اما چنین وضعیتی در مورد مواد مذکور وجود ندارد و مقنن در تصویب آن‌ها فقط از نظر مشهور فقهی پیروی کرده است و با توجه به نظرات مخالف بسیاری که در خصوص این مواد در فقه وجود دارد، می‌توان فهمید که حکم مذکور از مسلمات فقهی نیست. وانگهی، قانون‌گذار در مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت، توثیق سهام شرکت‌های سهامی را تجویز نموده است؛ در حالی که مسلماً سهام بانام را نمی‌توان عین محسوب کرد. مواد مذکور می‌توانند قرینه‌ای دال بر اعراض مقنن از آمره بودن مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی محسوب شوند؛ زیرا منطقاً اگر مقنن رعایت حکمی را چنان برای نظم و منفعت جامعه مهم بداند که آن را در زمره مقررات آمره و تخلف‌ناپذیر قلمداد نماید، خود نیز به آن پایبند بوده و در موارد دیگر از آن عدول نمی‌کند (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۶: ۱۲۳). گذشته از این، باید به بیهودگی قبض آنی و لحظه‌ای نیز توجه داشت. این نحوه قبض و اقباض صورتی، هیچ اثری در حمایت از حقوق مرتهن و اشخاص ثالث ندارد (شعبانی‌کندسری، ۱۳۹۵: ۹۴). قبول این نظر، تمام مشکلات موجود بر سر راه رهن منفعت را کنار خواهد زد و مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی در باب لزوم قبض و لزوم عین معین بودن مال مرهون و بطلان رهن منافع را تبدیل به مقررات تکمیلی خواهد نمود که تراضی طرفین بر خلاف آن صحیح می‌باشد.

تفاوت بین قانون امری و تکمیلی واضح است. اما تشخیص آن‌ها و ارائه ضابطه‌ای برای تمیز آن‌ها دشوار می‌باشد. در مقام ارائه یک اصل در مورد مصادیق مورد تردید نیز اختلاف نظر وجود دارد. برخی استادان با تفکیک موارد مختلف از یکدیگر چنین اظهار نظر کرده‌اند که غالب احکامی که به منظور بیان شرایط وقوع و نفوذ عقد وضع شده‌اند، امری می‌باشند و لذا در مقام ارائه اصل در این موضع باید اصل را بر امری بودن قوانین نهاد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱/۱۵۴). بحث ما در مورد رهن منفعت و مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی نیز در مورد شرایط صحت و نفوذ عقد است. لذا چنانچه اصل مذکور را

پذیریم، باید گفت که ارائه دلیل در مورد امری نبودن این مقررات، بر عهده مدعی است؛ چرا که مخالف اصل سخن می‌گوید. لحن قانون‌گذار نیز یکی از اماره‌های مهم در تشخیص امری یا تکمیلی بودن قوانین امری است. عباراتی چون «باید، ممنوع است، و مکلف است»، حاکی از وجود مقررات امری است (همان: ۱۵۶). این اماره نیز در مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی وجود دارد. از لحن کلام و عبارات مورد استفاده مقنن در این مواد استفاده می‌شود که در مقام بیان مقرراتی آمره قرار دارد. لذا هر دوی این ادله، یعنی ارتباط این مواد با بحث نفوذ و صحت عقد و عبارات به کاررفته در این مواد، به امری بودن این مواد دلالت دارند. اما نباید به همین قرائن بسنده کرد. باید گامی به پیش نهاد و جوهره مقررات آمره را دریافت و بررسی کرد که آیا این جوهره در ممنوعیت رهن منفعت نیز موجود است یا خیر؟

به نظر می‌رسد مهم‌ترین ضابطه برای تشخیص قانون امری از تکمیلی، نظم عمومی است. آمره بودن یک مقرره، به علت ارتباط آن با نظم عمومی است؛ یعنی مقنن مقرره و الزام مذکور را چنان با اهمیت یافته که نقض آن را موجب اختلال در نظم عمومی دیده و به همین خاطر، تراضی خلاف آن را تنفیذ نکرده است. بی‌تردید همه قوانین کم‌ویش با مصالح عمومی مرتبط هستند، و الا مقنن اصلاً در آن حوزه دست به تقنین نمی‌زد؛ اما بحث بر سر درجه وابستگی یک مقرره به نظم عمومی است. نظم عمومی چهره‌های مختلفی دارد. در حوزه اقتصاد می‌توان از نظم عمومی اقتصادی سخن گفت و در حوزه امور دولتی و اداری از نظم عمومی دولتی، و در حوزه امور قضایی از نظم عمومی قضایی و امثال ذلک (همان: ۱۶۵-۱۷۲). همان‌طور که گذشت، لحن مقنن در مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی و ارتباط این مواد با بخش نفوذ و شرایط عقد، حاکی از آن است که در نگاه مقنن، این مقررات آمره بوده و با نظم عمومی در ارتباط هستند؛ اما تمام سخن در اینجا است که نظم عمومی، مفهومی نسبی و متغیر است (همان: ۱۶۳)؛ یعنی موضوعی که سال‌ها پیش، جزء نظم عمومی بوده، امروزه ممکن است از عداد نظم عمومی خارج شده باشد و موضوعی که سال‌ها پیش جزء نظم عمومی نبوده، امروزه ممکن است در قلمرو آن قرار گرفته باشد. از همین روزه می‌توان راهی برای اخراج مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون از شمول نظم عمومی گشود. مقنن در حدود هشت دهه

پیش، بطلان رهن منفعت را جزء نظم عمومی محسوب نموده و لذا آن را به صراحت و با عباراتی تحکم‌آمیز بیان کرده است. اما آیا امروزه نیز همین‌طور است؟ بررسی و استقراء در نظرات خود مقنن نشان می‌دهد که مقنن پس از قانون مدنی به تدریج، اما به نحوی مستمر و مکرر، مقرراتی وضع کرده که نظرات خود وی را در مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی نقض نموده است. این موضوع نشان می‌دهد که خود مقنن نیز دریافته است که این مقررات، دیگر از چنان اهمیتی برخوردار نیستند که نتواند مقرراتی مخالف آن وضع کند. وضع این مقررات با گذشت زمان، شیب تندتری به خود می‌گیرد؛ هم به لحاظ قلمرو خروج از مقررات سنتی و هم به لحاظ تعداد مقررات تصویب‌شده که بر خلاف این مقررات سنتی هستند. اگر مقنن همچنان بر نظر خود مبنی بر ارتباط این مواد با نظم عمومی، اصرار داشت، نباید این حجم عظیم از مقررات را بر خلاف آن قواعد وضع می‌کرد که اینک برخی حقوق‌دانان برای توجیه آن، بکوشند تمام آن‌ها را مخصص قاعده عام به حساب آورند. وقتی یک مقررۀ تا این حد با تخصیص روبه‌رو می‌شود، حاکی از آن است که اوضاع و احوال اجتماعی، چنان تغییر یافته است و مصالح و مفاسد و ضرورت‌ها چنان وضعیتی دارند که مقررۀ مذکور نمی‌تواند به همان اطلاق پیشین باقی بماند.

رهن منفعت نیز چنین است. اگرچه در زمان وضع قانون مدنی با توجه به لحن مقنن، این مقررات جزء قواعد آمره بوده‌اند، اما امروزه از رفتار مقنن در تصویب مکرر و مستمر قوانینی خلاف قاعده مذکور، به نظر می‌رسد که این قواعد، دیگر ارتباطی با نظم عمومی ندارند و لذا نمی‌توانند مقررۀ ای آمره تلقی شوند. بنابراین باید گفت که تراضی بر خلاف این مواد صحیح است. اگر این نظر را بپذیریم، باید قبول کنیم که طرفین می‌توانند در طی یک عقد بی‌نام نیز با هم به نحوی تراضی نمایند که آثار رهن منفعت بر آن بار شود؛ چرا که ماده ۱۰ قانون مدنی، حاکمیت اراده را تا زمانی که با قوانین آمره در تقابل قرار نگیرد، تجویز نموده است.

نتیجه‌گیری

رهن منفعت در قانون مدنی به صراحت باطل شناخته شده است. در فقه نیز نظر

مشهور، بطلان رهن منافع است. فقها در بطلان رهن منفعت به ادله مختلفی استناد کرده‌اند. دو دلیل مهم ایشان عبارت است از عدم امکان قبض منفعت و عدم ایجاد استیثاق و عدم امکان استیفای دین از منفعت. اما هر دو دلیل مذکور توسط مخالفان به نقد کشیده شده است. فرایند نظام حقوقی ایران در طول زمان نیز نشان می‌دهد که مقنن از حکم عام ماده ۷۷۴ قانون مدنی در بطلان رهن دین و منفعت و لزوم عین معین بودن مال مرهون و حتی از شرطیت قبض در عقد رهن عقب نشسته است. این دگرگونی نشان از تغییر موضع مقنن و تسلیم وی به مصالح و ضرورت‌هاست. این ضرورت‌ها را می‌توان در دو دسته مهم اقتصادی و حقوقی بررسی کرد. ضرورت اقتصادی ایجاب می‌کند که تمام اموال موجود در جامعه، در گردش اقتصادی و تولید ثروت مشارکت داشته باشند. ضرورت‌های حقوقی نیز به نحو دیگری صحت رهن منفعت را ایجاب می‌کنند. جلوگیری از تشتت قانون، با توجه به مقررات قانون مدنی و مقایسه آن با مقررات متعددی که پس از آن به تصویب رسیده است، و نیز جلوگیری از فرار و دور زدن قانون، که نتیجه‌ای جز شکستن اقتدار قانون ندارد، از جمله این ضرورت‌های حقوقی است.

برای شناسایی رهن منفعت در نظام حقوقی کنونی ایران، راه‌های مختلفی وجود دارد که در این پژوهش به پنج طریق مهم آن اشاره کردیم. از میان این طرق گوناگون، بهترین راه حل آن است که بدون قائل شدن به نسخ مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی، آن‌ها را از عداد نظم عمومی خارج بدانیم. با شناسایی رهن منافع، هیچ مصلحت مهمی از دست نمی‌رود و نمی‌توان گفت که ممنوعیت رهن منفعت ناشی از نظم عمومی است و لذا این مواد، آمره هستند. وقتی این مواد را از قلمرو قواعد آمره برکنار نمودیم، آنگاه طرفین می‌توانند در قالب همان عقد رهن به ترهین منافع پردازند و بر خلاف مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی توافق نمایند. یک استدلال مهم بر تکمیلی بودن این دو ماده، وجود مخصص‌های مکرری است که مقنن بر مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی بار کرده است. اگر این مواد در آن حد از اهمیت هستند که با نظم عمومی ارتباط پیدا کنند، پس مقنن نباید مکرراً آن‌ها را تخصیص بزند تا به حد تخصیص اکثر برسد و حتی گامی فراتر نهد و تقریباً تمام مصادیق را از شمول حکم خارج کند.

کتاب‌شناسی

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 ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۴. ابن سعید حلّی، یحیی، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
۵. همو، *نزّهة الناظر فی الجمع بین الاشباه والنظائر*، قم، رضی، ۱۳۹۴ ق.
۶. ابن فهد حلّی، جمال‌الدین احمد بن محمد اسدی، *المقتصر من شرح المختصر*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۷. همو، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۸. انصاری، علی، و سهیل ذوالفقاری، «توثیق اموال غیر مادی در حقوق ایران»، *دوفصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۶، بهار و تابستان ۱۳۹۱ ش.
۹. باقری، محمود، و زهرا گودرزی، «جایگاه رهن دین در سرمایه‌گذاری و تأمین منابع مالی با نگاهی اجمالی به رهن دین در صنعت نفت»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، سال بیستم، شماره ۸۰، زمستان ۱۳۹۶ ش.
۱۰. تمیمی مغربی، ابوحنیفه نعمان بن محمد بن منصور، *دعائم الاسلام و ذکر الحلال و الحرام و التضایا و الاحکام*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البتین، ۱۳۸۵ ق.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *رهن و صلح*، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۱۲. حبیبیا، سعید، هادی شعبانی کندسری، و مرتضی جمالی، «جستاری نقادانه پیرامون دلایل لزوم عینیت "مورد رهن"»، *فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال هفتم، شماره ۱۲، بهار و تابستان ۱۳۹۴ ش.
۱۳. حسینی روحانی قمی، سیدمحمدصادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.
۱۴. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۱۵. سلار دیلمی، ابویعلی حمزة بن عبدالعزیز، *المراسم العلویة و الاحکام النبویة*، تصحیح محمود بستانی، قم، منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ ق.
۱۶. شعبانی کندسری، هادی، *رهن اموال آینده و دارایی در گردش*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵ ش.
۱۷. شهبازی‌نیا، مرتضی، «انتقال و توثیق ضمانت‌نامه مستقل بانکی»، *فصلنامه مدرس علوم انسانی*، دوره یازدهم، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۶ ش.
۱۸. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادهای و تعهدات*، چاپ هشتم، تهران، مجد، ۱۳۹۰ ش.
۱۹. صانعی، پرویز، *حقوق و اجتماع*، چاپ دوم، تهران، طرح نو، ۱۳۸۹ ش.
۲۰. صفایی، سیدحسین، *قواعد عمومی قراردادهای*، چاپ پانزدهم، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۲۱. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، *الشرح الصغیر فی شرح المختصر النافع (حدیقة المؤمنین)*، قم، کتابخانه آیة‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ ق.

۲۲. همو، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۲۳. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۲۴. عاملی جعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، حاشیه سیدمحمد کلاتر، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۵. همو، حاشیه شرائع الاسلام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۲۶. همو، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۷. علامه حلّی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۲۸. همو، مختلف الشیعة فی احکام الشریعه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۹. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۳۰. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ چهاردهم، تهران، دادگستر، ۱۳۸۹ ش.
۳۱. قافی، حسین، و سعید شریعتی، اصول فقه کاربردی، چاپ یازدهم، تهران، سمت و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳ ش.
۳۲. قطب‌الدین راوندی، ابوالحسین سعید بن هبة‌الله، فقه القرآن فی شرح آیات الاحکام، چاپ دوم، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ ق.
۳۳. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد اول، چاپ دهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷ ش.
۳۴. همو، عقود معین، جلد چهارم، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹ ش.
۳۵. همو، قواعد عمومی قراردادها، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸ ش.
۳۶. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۷. گیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن، جامع الشتات فی اجوبة السؤالات، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۳۸. محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، چاپ پنجاه و سوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۳ ش.
۳۹. مغنیه، محمدجواد، فقه الامام الصادق عليه السلام، چاپ دوم، قم، انصاریان، ۱۴۲۱ ق.
۴۰. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، المقنعه، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
۴۱. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، القواعد الفقهیه، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۴۲. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، تحریر الوسیله، قم، دارالعلم، بی‌تا.
۴۳. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مذهب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۴۴. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، هدایة العباد، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.
۴۵. میرزایی، اقبال‌علی، «قواعد و شرایط نسخ احکام شرعی و قوانین موضوعه»، دوفصلنامه فقه و حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ۱۳، پاییز و زمستان ۱۳۹۵ ش.
۴۶. همو، «مفهوم و صورت‌های نسخ قانون»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و نهم، شماره ۹۰، تابستان ۱۳۹۴ ش.
۴۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

۴۸. نجفی کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، *انوار الفقاهة - کتاب الرهن*، نجف اشرف، مؤسسة کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق.
۴۹. نیک فرجام، کمال، «رهن و وثیقه اسناد براتی در حقوق ایران و انگلیس»، *فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی*، سال هفدهم، شماره ۵۷، بهار ۱۳۹۱ ش.
۵۰. همدانی، رضا بن محمد هادی، *مصباح الفقیه*، قم، مؤسسه الجعفریة للاحیاء التراث و مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ ق.

مسئولیت کالای فاقد اطلاعات مصرفی در فقه امامیه و حقوق ایران (با رویکردی به قواعد فقهی)*

- امام‌بخش طهماسبی^۱
- ابوالفضل علیشاهی قلعه‌جوقی^۲
- عبدالله بهمن‌پوری^۳

چکیده

امروزه تولید محصولات و کالای مصرفی با حجم انبوه، مسئله‌ای بایسته است. افزون بر این، به دلیل تنوع مواد اولیه آن‌ها، ارائه اطلاعات کامل مصرفی به مصرف‌کننده به عنوان شخص ناآگاه ضروری می‌نماید. در حال حاضر تنها برخی از داروها، اطلاعاتی راجع به نحوه و میزان مصرف، عوارض مصرف و منع مصرف نسبت به برخی افراد ارائه نموده‌اند که اجرای این رویه درباره همه کالاهای مصرفی بایسته است. تولیدکنندگان باید اطلاعات ضروری کالا مانند ترکیبات تشکیل‌دهنده، مضرات و عوارض آن را برای افراد جامعه به گونه واقعی بر روی کالا درج نمایند؛ ولی بسیاری از تولیدکنندگان با انگیزه‌های منفعت‌طلبانه

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۹ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۷.

۱. دکتری الهیات دانشگاه یاسوج (emambakhsh.tahmasebi@gmail.com).

۲. دانشیار گروه الهیات دانشگاه فرهنگیان، تهران، ایران (نویسنده مسئول) (alishahi88@gmail.com).

۳. دانشیار گروه الهیات دانشگاه یاسوج (bahmanpouri10@gmail.com).

از ارائه چنین اطلاعاتی خودداری می کنند. از سوی دیگر، عدم وجود مسئولیت مناسب، موجب افزایش تولیدات بدون اطلاعات مصرفی یا با اطلاعات ناقص شده است که دستاورد آن، آثار زیانبار برای مصرف کننده خواهد بود. پرسش اصلی این است که مبانی مسئولیت مدنی و کیفری تولیدکنندگان در صورت عدم ارائه اطلاعات کالای مصرفی چیست؟ و عدم ارائه صحیح اطلاعات کالای مصرفی چه مسئولیت‌هایی در پی دارد؟ این پژوهش با روش تحلیلی - توصیفی به بررسی برخی از قواعد فقهی می‌پردازد که می‌تواند مبنای تدوین سیاست کیفری و مدنی کارآمد جهت مجازات تولیدکننده خاطی قرار گیرد. هرچند در حقوق موضوعه کشور به مقررات و ضمانت‌های اجرایی در این زمینه اشاره شده، ولی پاسخگو نبوده است؛ لذا این تحقیق در پی نوعی مسئولیت‌آفرینی برای تولیدکنندگان با کاربرد قواعد فقهی بنیادین، مانند «لاضرر»، «تحدیر»، «وجوب إعلام الجاهل فیما یعطی» و «غرور» است که مبین مسئولیت به سبب عدم ارائه اطلاعات مصرفی می‌باشد و به این نتیجه دست یافته است که تولیدکنندگان کالا با توجه به نوع کالا، باید ضرورت‌های موجود در مصرف کنندگان به صورت عام و مصرف کنندگان خاص مانند بیماران، کودکان، و کهنسالان را در نظر گرفته و با توجه به شرایط زمانی و مکانی، اطلاعات مصرفی متناسب را ارائه دهند؛ در غیر این صورت، تولیدکنندگان از مسئولیت مدنی و کیفری مبرا نخواهند بود.

واژگان کلیدی: اطلاعات مصرفی، کالای فاقد اطلاعات، قواعد فقهی، مسئولیت مدنی.

پیشگفتار

قوام تولید به رعایت استانداردهای وضع شده بوده و تولید در جهت این استانداردها، رابطه مستقیمی با سلامت و امنیت مصرف کنندگان دارد و از جمله ابتدایی‌ترین حقوق مصرف کننده، برخورداری از کالاهای سالم و عاری از خطر و عیب است. از آنجایی که مصرف کننده از روند تولید و مواد اولیه کالاهای مصرفی، اطلاعاتی در دست ندارد، این مسئولیت بر عهده تولیدکنندگان قرار داده شده است. به همین دلیل پیش‌بینی قوانین کارآمد که مولد مسئولیت برای تولیدکنندگان و عرضه کنندگان شود، می‌تواند از ضروریات قانونی باشد. از جمله استانداردهای لازم که باید مورد رعایت تولیدکنندگان

قرار گیرد، مسئله «درج اطلاعات مصرفی» بر روی کالاهاست.

این مسئله به دلیل ناآگاهی مصرف کننده و عدم داشتن تخصص لازم در زمینه کالاها، از جمله حقوق او دانسته شده است و برخی نویسندگان نیز حقوق مصرف کننده را در زمره حقوق بشر دانسته‌اند. به عقیده این گروه، حمایت از حقوق مصرف کننده بخشی از اقدامات لازم جهت نیل و حفظ کرامت انسانی است؛ چرا که تأمین رفاه مادی و حفظ منزلت اجتماعی نوع بشر، یکی از دغدغه‌های حقوق بشر بوده است (باقرزاده، ۱۳۸۳: ۱۵۹).

قانون گذار در کشور ما تلاش کرده تا با وضع دو قانون خاص «قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان خودرو مصوب ۱۳۸۶» و «قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان مصوب سال ۱۳۸۸»، مسئله حقوق مصرف کننده را سر و سامان دهد و البته در قوانین دیگر هم به صورت پراکنده به حقوق مصرف کننده پرداخته است. در قرآن کریم نیز هر چند به صورت مستقیم نمی توان به آیه ای راجع به حقوق مصرف کننده دست یافت، ولی در برخی از آیات، مطالبی مرتبط با حقوق مصرف کننده وجود دارد (ر.ک: رحمن/ ۹-۸؛ مطففین/ ۱ و ۳؛ اسراء/ ۳۵). افزون بر این، ضوابطی در فقه وجود دارد که در ضمن آن‌ها به حقوق مصرف کننده و مسئولیت دولت در قبال این حق اشاره شده است. با وجود این، در حقوق موضوعه کشور، مسئله تحمیل مسئولیت بر تولیدکننده کالا در صورت عدم ارائه برچسب اطلاعات مصرفی، و به دیگر سخن، نقض حقوق مصرف کننده از این لحاظ مهجور مانده است و اشارات کوتاه در قانون حمایت از مصرف کننده نمی تواند پاسخگوی ضرر حاصل از نقض اطلاعات مصرفی باشد.

۱. ﴿أَلَا تَطْعَمُونَ فِي الْمِيزَانِ ۝ وَأَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ﴾؛ برای اینکه در ترازو [از حد لازم] تجاوز نکنید. [در سنجیدن اشیاء] عدالت را رعایت کنید و [در دادوستد] از میزان نگاهید.
۲. ﴿وَتِلْ لِلْمُظْفِقِينَ ۝ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وُزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ﴾؛ وای بر کم فروشان. و چون [چیزی را] به مردم با پیمانانه و وزن می دهند، کم می گذارند.
۳. ﴿وَأَوْفُوا الْكَيْلَ إِذَا كِلْتُمْ وَزَنُوا بِالْقِسْطِ الْمُسْتَقِيمِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾؛ [در دادوستدهای پیمانانه ای] چون پیمانانه می کنید پیمانانه را پُر و کامل بدهید و [اجناس وزنی را] با ترازوی [سالم و] درست وزن کنید! این [برای شما] بهتر و عاقبتش نیکوتر است.

۱. پیشینه پژوهش

فقه‌های امامیه در خلال مباحث مربوط به مسئولیت افراد نسبت به اعمال و افعالشان، به بیان قواعدی مانند تحذیر، وجوب إعلام الجاهل فیما يعطی، اقدام، غرور، لاضرر، من له الغنم فعليه الغرم، تسبیب و اتلاف پرداخته‌اند که می‌توانند از مبانی مسئولیت مدنی و کیفری کالای فاقد اطلاعات مصرفی باشند. این قواعد قلمروی بسیار گسترده و مصادیقی غیر قابل احصا دارند؛ به طوری که در هر موقعیت، زمان و مکانی که زمینه احتمال خطر و تهدید برای سلامتی، جان یا مال انسان در آن وجود داشته باشد، کاربرد دارند. تولید کنندگان کالاها و فروشندگان آنها، بر اساس حکم عرف و عقل با استنباط از قواعد فقهی مزبور به خاطر جلوگیری از ضرر به مصرف کنندگان مکلف‌اند آگاهی‌های لازم مربوط به کالا را در اختیار مصرف کننده قرار دهند. از جمله قوانین حمایتی در مورد مصرف کننده می‌توان به ماده ۳ قانون حمایت از مصرف کننده مصوب ۱۳۸۸، ماده ۳۴ قانون تعزیرات حکومتی در امور بهداشتی و درمانی مصوب ۱۳۶۸، ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مواد ۴ و ۶۱ و ۶۸ آیین‌نامه حفاظتی کارگاه‌های ساختمانی، مواد ۱۰۴ و ۱۹۳ آیین‌نامه حفاظتی مواد خطرناک و مواد قابل اشتعال و انفجار، و ماده ۴ آیین‌نامه حفاظتی حفر چاه‌های دستی اشاره کرد. اگرچه در سال‌های اخیر بعضی اقدامات (مانند استاندارد اجباری برخی کالاها، الزام به نصب برچسب قیمت و قید تاریخ مصرف و...) صورت گرفته است، اما کافی نیست و در اکثر مواقع، زیان واقعی جبران نمی‌شود.

هرچند در این باره، کتابی با عنوان *مصرف کننده و حقوق بنیادین او (نگاهی به قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان)* (غفاری فارسانی، ۱۳۸۹) و مقالاتی نیز با محوریت جزئی تحت عناوین زیر نگاشته شده است: «قلمرو ضمان تولیدکننده ناشی از عیب کالا و نقص اطلاع‌رسانی در نحوه صحیح مصرف» (فتاح‌زاده و امینی، ۱۳۹۱)، «مبانی و قلمرو تعهد به ارائه اطلاعات به مصرف کننده کالا» (صالحی و ابراهیمی، ۱۳۹۱)، «متخصص، متعهد ارائه اطلاعات به مصرف کننده در حقوق فرانسه» (قاسمی حامد، ۱۳۸۸)، «غیر حرفه‌ای؛ متعهدله ارائه اطلاعات در حقوق فرانسه» (همو، ۱۳۹۳)، «مسئولیت خسارت وارده به

مصرف کننده کالای معیوب یا خطرناک در قوانین و مقررات جاری» (قاسمی حامد و خالدی دوبرجی، ۱۳۹۱)، «آسیب‌رسانی به مصرف کننده در بازار رقابتی» (قاسمی حامد، سلیمی و آقابابایی، ۱۳۹۱)، «ضرورت رویکرد نظری حقوق مصرف کننده در حقوق بشر» (باقرزاده، ۱۳۸۳)، «حقوق بنیادین مصرف کننده (مطالعه تطبیقی قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان ایران با مقررات اتحادیه اروپا و اصول راهنمای سازمان ملل متحد)» (تقی‌زاده، ۱۳۹۱)، و یا پایان‌نامه‌ای با عنوان *نقد و بررسی قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان و مطالعه تطبیقی با مقررات اتحادیه اروپا* (بیانی هوجقان، ۱۳۸۹) به رشته تحریر در آمده است، ولی در این پژوهش‌ها به‌طور پراکنده به برخی اطلاعات راجع به کالا پرداخته شده و مبانی و قواعد فقهی که با نگاه فقهی در راستای بحث کالای فاقد اطلاعات مصرفی باشد، کمتر مورد بررسی قرار گرفته است.

این پژوهش از این جهت که در بستر مبانی و قواعد فقهی به عنوان اساس نظام حقوق اسلام، مسئولیت مدنی و کیفری ناشی از عدم ارائه اطلاعات کالای مصرفی را مورد واریسی قرار داده و خلأهای قانونی را شناسایی و جهت رفع نقایص پیشنهاد ارائه نموده است، اثری نو به شمار می‌آید.

۲. مفهوم‌شناسی اصطلاحات

۲-۱. کالا

کالا (مثنی) به معنای هر چیزی است که با پول فروخته می‌شود (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۱۳۸/۱) و به معنای هر شیئی خارج از وجود انسان (ساخته شده، خام و غیره)، مادی یا غیر مادی است که ارزش اقتصادی داشته و خواهش بشری را برآورده می‌کند (عباسی و گودرزی، ۱۳۹۷: ۱۱۰). در تعریفی موسع گفته شده است:

«کالا یا محصول عبارت از همه مصنوعات ساخت بشر و کالاهای صنعتی ساخته شده کارخانه‌ها و محصولات کشاورزی (البته آن‌هایی که با استفاده از عناوین و علائم تجاری بسته‌بندی شده و در سطح گسترده عرضه شده‌اند) و خدمات می‌باشد» (علی‌اکبری سفید دارین، ۱۳۸۹: ۱۳۶).

به نظر می‌رسد این تعریف با اشکال روبه‌روست، از جهت اینکه کالا یا محصول یک تعریف دارند؛ در صورتی که در نظام کامن‌لا، کالا و محصول دو مفهوم متفاوت می‌باشند که معادل اولی goods و دومی product است. در حقوق ایران نیز این دو تفاوت دارند. در بند ۲ از ماده ۱ قانون حمایت از مصرف‌کننده، عبارت «عرضه‌کنندگان کالا و خدمات» آمده و در سایر مواد نیز به همین گونه عمل شده است که تمایز مفهومی این دو را می‌رساند. خدمت در لغت، کارکردن برای کسی است و در اصطلاح به هر کارکرد یا پیشه‌ای می‌گویند که تقاضایی برای آن وجود داشته باشد (Macmillum Dictionary of Modern Economics: 365، به نقل از: امیدوی و سعادت‌مندی، ۱۳۷۴: ۵۰). همچنین این توهم پیش می‌آید که کالا اموال غیر منقول را نیز در بر می‌گردد، در صورتی که کالا شامل غیر منقولات نمی‌شود (جعفری‌تبار، ۱۳۷۵: ۸۳). این منقولات ممکن است خود کالایی مجزا باشند و یا در کالای منقول دیگر و یا در غیر منقول کار گذاشته شده باشند. در حقوق غرب، مواد خام کشاورزی و محصولات زراعی اولیه، یعنی محصولات خاک، دامداری و ماهیگیری، از شمول این بحث خارج هستند، مگر اینکه عملیاتی و پردازشی بر روی آن‌ها انجام شده و به بازار عرضه شوند (جابری، ۱۳۸۵: ۲۶-۲۵؛ مرادی، ۱۳۹۶: ۱۳۵).

۲-۲. مصرف و مصرف‌کننده

مصرف عبارت است از:

«ارزش پولی کالاها و خدماتی که از سوی افراد خریداری و تهیه می‌شود و مورد استفاده قرار می‌گیرد» (اخوی، ۱۳۸۰: ۱۵۱).

همچنین می‌توان گفت:

«بخشی از درآمد خالص که صرف تحصیل لذت می‌شود، مصرف نام دارد» (غدیری اصل، ۱۳۷۹: ۲۷۴).

به عبارت ساده، مصرف، بهره‌گیری از چیزی برای برآوردن یک یا چند نیاز ذاتی است. کالاهایی که در بازار عرضه و به فروش می‌رسند تا توسط مصرف‌کنندگان خریداری و به مصرف برسند، کالاهای مصرفی هستند که کلیه مواد خوراکی، البسه،

دارویی، مصالح ساختمانی، ادوات کشاورزی، حمل و نقل و آنچه در بازار عرضه می‌شود را در بر می‌گیرند.

در بند ۱ از ماده ۱ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان، مصرف‌کننده این‌گونه تعریف شده است:

«مصرف‌کننده هر شخص حقوقی یا حقیقی است که کالا یا خدمتی را خریداری می‌کند».

ممکن است گفته شود که این تعریف دقیق است و در همه جای جهان استاندارد است، ولی این سخن قابل تأمل است؛ زیرا برای نمونه در ماده ۱۳ کنوانسیون ۹ اکتبر ۱۹۷۸ لوکزنا-امبورگ آمده است:

«در قرارداد منعقدۀ توسط یک شخص که به منظور بهره‌برداری در حوزه‌ای که بتوان غیر مرتبط با حوزه فعالیت حرفه‌ای (تخصصی) او در نظر گرفت، آن شخص مصرف‌کننده محسوب می‌گردد».

از این ماده استفاده می‌شود که صرف خریداری، موجب صدق عنوان مصرف‌کننده نمی‌گردد، بلکه باید بهره‌برداری (استفاده) نیز صورت گیرد. همچنین در بند ۲ ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷ در باب اول از مقررات عمومی آمده است:

«مصرف‌کننده (consumer) هر شخصی است که به منظوری جز تجارت یا شغل حرفه‌ای اقدام می‌کند».

در تعریفی دیگر نیز آمده است:

«مصرف‌کننده به عنوان فاعل و عامل مصرف، کسی است که از محصولات تولیدی انسان که منبعث از خواسته‌ها و نیازهای اوست و به صورت کالا و خدمات ارائه می‌گردد، بهره‌برداری می‌کند» (باقرزاده، ۱۳۸۳: ۱۴۶).

به نظر می‌رسد تعریفی ناقص از مصرف‌کننده توسط قانون‌گذار در قانون حمایت از مصرف‌کنندگان ارائه شده است؛ ولی تعریفی که در قانون تجارت الکترونیک آمده است، صحیح‌تر است. بنا بر گزارش برخی از پژوهشگران حقوقی، در مقررات اتحادیه اروپا به جز تعداد اندکی از کشورهای اروپایی، مصرف‌کننده منحصر به اشخاص

حقیقی گردیده است و اشخاص حقوقی را در بر نمی گیرد. همچنین استفاده کنندگان و مصرف کنندگان کالا ممکن است خریدار نباشند، بنابراین بر اساس قانون حمایت از مصرف کنندگان مورد حمایت قرار نمی گیرند و از دایره حمایت خارج می گردند (تقی زاده، ۱۳۹۱: ۳۷-۳۸). در لایحه تجارت - قراردادهای تجارتي ۱۳۹۸ نیز مصرف کننده تعریف شده است. در تبصره ۱ بند ۳ از ماده ۱ این لایحه آمده است:

«شخصی که قرارداد را خارج از فعالیت های شغلی خود منعقد می کند، مصرف کننده و شخصی که قرارداد را در چارچوب فعالیت های شغلی خود منعقد می کند، صاحب حرفه نامیده می شود».

این تعریف از مصرف کننده، از تعاریف دیگر که در قوانین مطرح شده، تقریباً کامل تر است. بنابراین بهتر است منظور از مصرف کننده فردی باشد که برای رفع نیاز و استفاده شخصی، کالا را مورد بهره برداری قرار می دهد و خارج از فعالیت های شغلی اش قرارداد را منعقد می کند؛ ولی اگر برای فروش و تجارت یا به قصد سودآوری بخرد، که در چارچوب فعالیت های شغلی اوست، تاجر یا صاحب حرفه است.

دادگاه پاریس در رأی مورخ ۲۲ مارس ۱۹۹۰ در خصوص جواهرفروشی که با ناشر قراردادی منعقد کرده بود، جواهرفروش را در این رابطه قراردادی، غیر حرفه ای اعلام کرده و مشمول جنبه های حمایتی دانسته است (Paris, 22 mars 1990). به نقل از: قاسمی حامد، ۱۳۹۳: ۲۳۹). به همین سبب است که گفته اند اگر معامله میان دو نفر اهل فن و متخصص در آن کالا منعقد شود، قوانین حمایتی از مصرف کنندگان، آن ها را در بر نمی گیرد (حضرتی شاهین دژ و طاهریان، ۱۳۹۷، به نقل از: ابراهیمی، ۱۳۹۷: ۶۱). این بدان جهت است که دیگر عرف بر چنین افرادی، عنوان مصرف کننده را صادق نمی بیند تا قوانین مصرف کننده را بر آن بار کند. در نتیجه، تعریف قانون حمایت از مصرف کنندگان از جهات متعدد دارای اشکال است که جامع افراد و مانع اغیار نمی باشد.

۲-۳. اطلاعات مصرفی

در قوانین موضوعه، اطلاعات مصرفی تعریف نشده است و توافق بر سر تعریف واحد و یکپارچه ای از اطلاعات وجود ندارد (نشاط، ۱۳۸۵: ۵-۶). در یکی از منابع یونسکو،

اطلاعات این گونه تعریف شده است:

«اطلاعات یک منبع است و در دنیای کنونی، مثل انرژی یا نیروی کار با مهارت، خیلی مهم است. در همه کشورها و در سال‌های اخیر، اطلاعات به تدریج متولد شده است [اما به سرعت در حال اشاعه است] و دارای تنوع گسترده‌ای، از مشاوره تا مطالعه موردی، از تنظیم یا سرهم کردن یک ماشین کاملاً پیچیده تا فعالیت‌های ارتقایی و نظارت در اطلاعات فنی و علمی است. در این حالت، اطلاعات کالایی بین‌المللی است و کشورها را برمی‌انگیزد تا با هم کار کنند و همکاری بیشتری داشته باشند (Guinchat & Menou, 1987: 112).

به طور کلی، اطلاعات مجموعه‌ای از خبر، امور واقعی و پیامدهایی است که با ارزش و واقعی و دارای معنا هستند و به طور رسمی و غیر رسمی تبادل می‌شوند. مشخصات کالا که شامل اطلاعاتی در مورد مواد تشکیل‌دهنده آن، شماره فنی، منابع تهیه، محل استفاده، نحوه ساخت و استانداردهای به کاررفته در تهیه آن می‌شود، ممکن است با استفاده از تعدادی حروف، ارقام و یا ترکیبی از حرف و رقم به نام رمز یا کد به هر قلم کالا تخصیص داده شود (شرکت ملی نفت، ۱۳۸۸: ۳). منظور از اطلاعات مصرفی در این پژوهش، اطلاعات ضروری راجع به کالاهاست که این اطلاعات نسبت به کالاهای مختلف می‌تواند متفاوت باشد؛ برای مثال، درج مواد تشکیل‌دهنده خوراکی‌ها در برخی موارد، منع مصرف نسبت به بعضی افراد، میزان مصرف به تناسب افراد در زمان‌ها و مکان‌های مختلف، اطلاعات مصرفی شمرده می‌شود، یا اینکه به نحوه نگهداری و استفاده از وسایل صوتی، تصویری، میزان مقاومت و عمر مفید مصالح ساختمانی و همچنین نوع الیاف به کاررفته در البسه و اشیایی از این قبیل، اطلاعات مصرفی گفته می‌شود.

یادآوری این نکته ضروری است که ارائه اطلاعات لازم، اعم است از اینکه اطلاعات راجع به طرز استفاده از کالا، و یا اخطار راجع به کاربرد نایجای کالا باشد (جنیدی، ۱۳۸۱: ۱۳).

مصرف اقلام خوراکی، آرایشی و بهداشتی سالم، یکی از بزرگ‌ترین دغدغه‌های جامعه امروز است. با توجه به اینکه بخش زیادی از این کالاها از کشورهای دیگر وارد

کشور ما می‌شود، کنترل و نظارت سازمان‌های مربوط از جمله سازمان غذا و دارو، از محل تولید، حمل و نقل تا عرضه کالا بسیار حائز اهمیت است. یکی از راه‌های اطمینان از اصالت و سلامت این گونه کالاها، وجود برجسب‌های اصالت بر روی کالا می‌باشد. این مقوله از جمله حقوق مصرف‌کننده عنوان شده است. حق برخورداری از اطلاعات کامل کالاها در فقه نیز جایگاه ویژه خود را داشته و در روایات و فتاوی‌ای فقهی و تشریح معاملات، نه با این عنوان بلکه با عناوین مختلف خود را نشان داده است. پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در این زمینه فرموده است:

«تا زمانی که خریدار و فروشنده از هم جدا نشده باشند، دارای خیار هستند. اگر در معامله خود صادق باشند، خداوند خیر و برکت را در دادوستد آن‌ها وارد می‌کند و اگر دروغ بگویند، یا پنهان کاری کنند، برکت از معامله آن‌ها خواهد رفت» (نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۱۳/۲۹۸).

این روایت دارای نوعی اطلاق است. به عبارتی، پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله خریدار و فروشنده را به بیان حقیقت و صداقت در مورد کیفیت کالاها، خود دعوت می‌فرماید و این می‌تواند بیانگر لزوم درست و کامل معرفی کالا توسط معامله‌گران باشد. بر همین پایه، دروغ و پنهان کاری که در روایت از آن نهی شده است نیز می‌تواند عدم محبوبیت کتمان مشخصات کالا را نشان دهد. علاوه بر این روایت، به احکامی همچون نهی از تدلیس، نهی از غش چه خفی و چه جلی، نهی از تغیر قولی و فعلی، همچنین ضمانت‌های مشخص شده در صورت ارتکاب چنین مواردی، در فقه اشاره شده است که به نوعی، حق لزوم اطلاع از مشخصات کالا را می‌رساند.

۳. مسئولیت تولیدکنندگان

از آنجایی که انسان امروز، انسان مصرف‌کننده است و حتی خود تولیدکنندگان نیز از جهتی مصرف‌کننده به شمار می‌روند، همچنین خلأ، نقص یا عیب موجود در کالا و محصول، امکان وارد آوردن ضرر به حجم کثیری از افراد را دارد، پس پیش‌بینی مسئولیت برای تولیدکنندگان، امری عقلایی است. این مسئولیت‌آفرینی می‌تواند در قالب مسئولیت کیفری یا مسئولیت مدنی و یا هر دو خود را نشان دهد. هر مقدار که

مسئولیت مطرح شده، شدت بیشتری داشته باشد، بازدارندگی افراد از ارائه کالای معیوب و یا پرخطر به مصرف کننده بیشتر می‌باشد. علاوه بر ضمانت آفرینی برای تولیدکنندگان، قانون حق بری کردن ذمه و عدم ثبوت مسئولیت را نیز به آن‌ها داده است. به دیگر سخن، تولیدکنندگان با ارائه برچسب اطلاعات مصرفی می‌توانند عهده خود را از ضرر محتمل الوقوع به دلیل آگاهی دادن به مصرف کننده رهایی بخشند.

۴. حقوق مصرف کننده

مصرفی بودن جامعه امروزی، نشان از لزوم توجه و اهمیت دادن بیش از پیش به مصرف کننده تحت عناوینی همچون «حقوق مصرف کننده» دارد. حقوق مصرف، یکی از رشته‌های کاربردی در حقوق اقتصادی است. نظریه (تعهد ارائه اطلاعات) نیز یکی از مهم‌ترین قسمت‌های حقوق مصرف در مثل حقوق فرانسه است (قاسمی حامد، ۱۳۹۳: ۲۳۰). حقوق مصرف کننده عبارت است از مجموعه اختیارات و امتیازاتی که مصرف کننده در قبال عمل خرید یک کالا یا خدمت از فروشنده دریافت می‌کند تا در صورت بروز اشکال، معلوم شدن عیب و نقص، احراز ضرر و زیان، عدم کارایی و ثمربخشی و یا ایراد خسارت، برای جبران خسارت خود از آن استفاده کند (ابراهیمی سالاری و همکاران، ۱۳۹۴: ۵۵). نداشتن دانش فنی نسبت به کالاها و وادار کردن مصرف کنندگان به خرید با استفاده از مواردی همچون تبلیغات، قانون‌گذار را به سمت حمایت از حقوق مصرف کننده سوق داده است. از جمله مواردی که حق مصرف کننده در ضمن آن می‌تواند تجلی پیدا کند، درج برچسب و ارائه اطلاعات لازم بر روی کالا است. وجود برچسب اطلاعاتی می‌تواند دانش لازم نسبت به کالا را به مصرف کننده ارائه دهد و مصرف کننده را در انتخاب کالا یاری رساند. از سوی دیگر، زیر پا گذاشتن حق مصرف کننده و تعدی به این حق باید ضمانت‌های لازم را داشته باشد تا در صورت نیاز، مصرف کننده از آن‌ها بهره بگیرد.

۵. تعهد به ارائه اطلاعات مصرفی

در حال حاضر، بازار سرشار از کالاهای پیچیده و متنوع است که استفاده و به کارگیری آن‌ها نیاز به مهارت و تخصص دارد و عموماً این اطلاعات باید توسط

تولیدکنندگان در اختیار مصرف کنندگان قرار گیرد. به دلیل پیچیدگی موجود در مواد کالاها و همچنین وارداتی بودن بسیاری از آنها، در صورت عدم رعایت استانداردهای لازم، زمینه ایراد ضرر به مصرف کنندگان را فراهم خواهد آورد. برخی از کالاها ممکن است ذاتاً و حتی با وجود رعایت تمام جوانب ایمنی و سلامتی مضر باشند یا اینکه بالتبع موجب وارد آمدن ضرر شوند. لذا در اختیار قرار دادن اطلاعات مصرفی، مصرف کننده را از ضرر احتمالی آگاه می‌سازد.

حقوق دانان مؤلفه‌ها و مبانی‌ای را بیان کرده‌اند که تولیدکننده و عرضه‌کننده کالا را ملزم به ارائه اطلاعات مصرفی در ضمن مواردی همچون برچسب می‌کند؛ از جمله آنها می‌توان به مطابقت کالا با قرارداد، مسئولیت محض و ممنوعیت تبلیغات خلاف واقع اشاره کرد (صالحی و ابراهیمی، ۱۳۹۱: ۶۳-۶۵). خودداری از اجرای این تعهد و عدم ارائه اطلاعات لازم درباره نحوه استفاده از کالا به ویژه در مورد کالاهایی که استفاده از آن نیازمند دانش تخصصی است، مانند هواپیما و موشک، به منزله امتناع از تسلیم میبع است و به ویژه در مواردی اهمیت پیدا می‌کند که استفاده از میبع به علت جهل نسبت به طرز استفاده صحیح از آن یا ناآگاهی نسبت به عواقب استفاده ناصحیح از آن، موجب بروز خطرات و ورود زیان نسبت به خود کالا یا استفاده‌کننده یا دیگران می‌شود (جنیدی، ۱۳۸۱: ۱۶). البته این یک دیدگاه حقوقی است و در همه موارد قابل انطباق نیست؛ مثلاً خوردن چپس یا پفک نیازمند اطلاعاتی بدین کیفیت نیست.

عرضه‌کننده کالا و خدمات نه تنها باید کالای ایمن و بدون عیب و نیز خدمت صحیح و مطلوب را به بازار ارائه دهد، بلکه دادن اطلاعات لازم و ضروری نیز در ادامه همین تکلیف و وظیفه است. به دیگر سخن، تعهد مزبور، همچون تعهد تضمین سلامتی و ایمنی کالا و خدمت، ریشه قراردادی دارد و عرضه‌کننده مکلف است تمام اطلاعات مربوط به طرز استفاده صحیح از کالا را گوشزد کند - آن هم در مواردی که مصرف‌کننده عادی بدون داشتن آن اطلاعات، نتواند استفاده صحیح و مطلوب را از کالا بنماید - و هم باید تمام آثار و نتایج ناشی از استعمال کالا و نیز استعمال نابجای کالا را به اطلاع مصرف‌کننده برساند. بنابراین مثلاً تولیدکننده دارو باید اطلاعات مربوط به استفاده صحیح از دارو مثل زمان مصرف و مکان مناسب برای نگهداری را

درج کند و هم باید نتایج و عوارض جانبی دارو مانند خواب‌آلودگی، خستگی و حتی عوارض استعمال نایجای دارو و اثرات آن را به مصرف‌کننده تذکر دهد (ر.ک: امیدوی و سعادت‌مندی، ۱۳۷۴: ۷۱-۷۲). برخی حقوق‌دانان می‌گویند:

«اینکه دادن اطلاعات تا چه اندازه باشد، در هر مورد خاص باید داوری عرف را گردن نهاد؛ مثلاً دارویی که در دسترس همگان نیست و تنها با تجویز پزشک فروخته می‌شود، کافی است که فروشنده هشدار دهد دارو تنها باید با تجویز پزشک مصرف شود، ولی درباره زیان‌های احتمالی ناشی از استعمال نایجای صابون‌ها و عطرها، مورد مصرف عموم، اخطار فروشنده باید با تفصیل بیشتری همراه باشد و مصرف‌کننده را باید به اندازه کافی آگاه سازد» (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۵۲).

به نظر می‌رسد بخشی از این سخن قابل تأمل است؛ زیرا در مانند دارو، تولیدکننده باید نتایج و عوارض جانبی استعمال دارو، مثل خواب‌آلودگی، خستگی، بثورات جلدی و... را تذکر دهد و حتی ضروری است که هشدارهای لازم را در صورت استعمال نایجای دارو و اثرات آن به مصرف‌کننده بدهد (همان). بنابراین صرف اینکه گفته شود با تجویز پزشک استفاده شود، در جهت دادن اطلاعات لازم و کافی کفایت نمی‌کند. یکی از مسائل مطرح در حقوق غرب، حق برخورداری مصرف‌کنندگان از ایمنی است و از مهم‌ترین مصادیق این حق، حق برخورداری از امنیت و سلامت جسمی است که از مهم‌ترین و بارزترین مصادیق حقوق بشر است. در ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی - اجتماعی و فرهنگی، از حق تندرستی و سلامت افراد سخن گفته شده است. بر اساس این ماده، دولت‌ها موظف‌اند حق افراد را در دستیابی به بهترین وضع سلامت جسمانی و روحی استیفا کنند. یکی از ابزارهای مهم اجرای این تکلیف، تضمین کیفیت و بی‌خطری محصولات است (مرادی، ۱۳۹۶: ۲۱۷). بنابراین در جایی که ندادن اطلاعات و یا اطلاعات ناقص سبب شود که این حق سلب گردد، دولت موظف است با وضع قوانین کارا به احقاق این حق بپردازد.

۶. مسئولیت مدنی و کیفری عدم ارائه اطلاعات در نظام حقوقی ایران

حمایت از مصرف‌کننده و لزوم تعیین و وضع مسئولیت کیفری و مدنی در صورت

تعرض نسبت به چنین حقی یا عدم ارائه آن، دلایل زیادی می‌تواند داشته باشد؛ از جمله: ضعف مصرف‌کننده، وظیفه قانون در حمایت از ضعیف، ناتوانی حقوق کلاسیک در حمایت از مصرف‌کننده، همچنین حق به دست آوردن کالا و خدمات سالم و بی‌عیب و مواردی از این دست (ابراهیمی سالاری و همکاران، ۱۳۹۴: ۵۶-۵۸). همچنین بر مبنای نظریه «تعهد ارائه اطلاعات در قرارداد»، طرفی که در قرارداد، آگاه‌تر و مطلع‌تر از طرف دیگر فرض شده، مکلف است اطلاعات خود نسبت به موضوع قرارداد را در اختیار طرف ناآگاه قرار دهد (قاسمی حامد، ۱۳۸۸: ۱۸۷). با وجود این، در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و قوانین موضوعه، ماده‌ای که عهده‌دار تحمیل تعهد در ارائه اطلاعات بر فروشنده باشد و بتواند مسئولیتی برای ارائه‌دهنده کالا تعریف کند، وجود ندارد، در لایحه پیشنهادی حمایت از مصرف‌کننده، کالاهایی که فاقد اطلاعات لازم بودند، معیوب محسوب می‌شدند و این می‌توانست حمایتی قوی از مصرف‌کننده را در برابر تولیدکننده و عرضه‌کننده ایجاد کند و این قانون سبب می‌شد که مصرف‌کننده از حق خیار عیب برخوردار گردد، ولی این مطلب در قانون مصوب حذف گردید. جنبه خفیفی از تعهد مورد نظر را می‌توان در برخی از قوانین مشاهده کرد:

- برابر بند ۲ ماده ۳ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸/۷/۱۵: «عرضه‌کنندگان کالا و خدمات و تولیدکنندگان مکلف‌اند نوع، کیفیت، کمیت، آگاهی‌های مقدم بر مصرف، تاریخ تولید و انقضای مصرف را در اختیار مصرف‌کنندگان قرار دهند».

همچنین مطابق بند ۳ همین ماده:

«عرضه‌کنندگان کالا و خدمات و تولیدکنندگان مکلف‌اند نمونه کالای موجود در انبار را جهت فروش در معرض دید مصرف‌کنندگان قرار دهند و چنانچه امکان نمایش آن‌ها در فروشگاه وجود ندارد، باید مشخصات کامل کالا را به اطلاع مصرف‌کنندگان برسانند».

این ماده قانونی، تولیدکنندگان و عرضه‌کنندگان را مکلف به تعیین نوع کیفیت کمیت و آگاهی‌های مقدم بر مصرف، درج تاریخ تولید و انقضای مصرف نموده است، ولی اینکه چگونه این اطلاعات در اختیار مصرف‌کننده قرار گیرد، اشاره‌ای

نشده است. علاوه بر اینکه آگاهی‌های مقدم بر مصرف به تناسب حال افراد متفاوت است که قانون‌گذار به صورت کلی آن را بیان نموده و دارای ابهام می‌باشد؛ چرا که دایره اطلاعات مصرفی نسبت به افراد مختلف جامعه مانند بیماران خاص، سالمندان، کودکان، معلولان و همچنین در زمان‌ها و مکان‌های مختلف فرق دارد که مقنن به طور شفاف به آن نپرداخته است. اگرچه تبصره ۳ بند ۳ ماده ۳ قانون مذکور اعلام نموده که نوع اطلاعات کالا و نحوه اعلام آن ظرف مدت چهار ماه توسط وزارت بازرگانی با همکاری سایر وزارتخانه‌ها و مؤسسات مربوط تعیین و اعلام می‌گردد، ولی وزارت مزبور در این راستا اقدامی نکرده است.

- مطابق ماده ۳۴ قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی:

«کلیه تولیدکنندگان موظف‌اند برچسب اطلاعاتی بر روی کلیه محصولات و فرآورده‌های تولیدی الصاق نمایند و شماره پروانه ساخت و مهلت اعتبار مصرف را نیز روی محصولات حسب مورد درج نمایند. تخلف از این امر، جرم بوده و متخلف به مجازات محکوم می‌شود».

در این ماده قانونی نیز برچسب اطلاعاتی همان گونه که اشاره شد، دارای ابهام بوده و منظور از اطلاعات روشن نیست؛ ضمن اینکه مجازات تعیین شده... اخطار و جریمه نقدی تا مبلغ دویست هزار ریال... ناچیز است و بازدارندگی ندارد.

- بر پایه ماده ۳۳ قانون تجارت الکترونیک:

«فروشنندگان کالا و ارائه‌دهندگان خدمات باید اطلاعات مؤثر در تصمیم‌گیری مصرف‌کنندگان جهت خرید و یا قبول شرایط را از زمان مناسبی قبل از عقد در اختیار مصرف‌کنندگان قرار دهند».

ضمانت اجرای نقض این تکلیف در ماده ۶۹ این قانون بیان شده و برای متخلف مجازات تعیین گردیده است. اطلاعات مورد نظر این ماده قانونی جامع نیست و صرفاً اطلاعات مؤثر در تصمیم‌گیری را مدنظر قرار داده است.

- ماده ۵ قانون مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی نیز به انتشار آگهی تبلیغاتی گمراه‌کننده اشاره کرده و برای متخلفان مجازات تعیین نموده است. این مقرر در رابطه با عدم ارائه اطلاعات ساکت است.

در قانون مدنی، مقررهای که تعهد به ارائه اطلاعات را به فروشنده یا عرضه کننده تحمیل نماید، وجود ندارد؛ اما می توان مبانی این تعهد را از برخی مواد این قانون استنتاج کرد.

- ماده ۳۶۷ قانون مدنی در تعریف تسلیم چنین آورده است:
 «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد».

لیکن منظور از تسلیم، تنها مفهوم مادی و فعلی آن نیست. این مفهوم بیشتر جنبه سلطه معنوی و عرفی دارد و مقصود این است که کالا چنان در اختیار مشتری قرار گیرد که عرف او را مسلط بر مال بدانند؛ به نحوی که به طور معقول و متعارف هر گونه تصرفی که بخواهد، در آن بنماید و از آن منتفع شود (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۶۶؛ امامی، ۱۳۶۶: ۴۴۹). قانون مدنی تسلیم کالا به مشتری را به معنای امکان انتفاع صحیح و عرفی دانسته است، اما در خصوص اینکه قبل از تسلیم، چه اطلاعاتی از کالا در اختیار مصرف کننده قرار دهد، ساکت است. با این اوصاف، اطلاعات مصرفی باید جامعیت داشته باشد و با یک زبان ساده و همه فهم بر روی کالا درج گردد که تمام اقشار جامعه، مانند کودکان، بیماران، سالمندان، ورزشکاران، زنان و مردان در زمانها و مکانهای مختلف بتوانند به فراخور از آن بهره مند گردند، و این اطلاعات باید بر مبنای واقعیت باشد، نه صرف تبلیغ.

۷. مبانی مسئولیت عدم ارائه اطلاعات مصرفی از منظر فقه

در متون حقوقی اسلامی به ویژه فقه پر بار جعفری، قواعدی وجود دارد که توجه و اهتمام به کاربردی نمودن این قواعد در رویه جاری نظام قضایی ایران، می تواند بسیاری از مشکلات را رفع کند. قانون اساسی به این مسئله توجه نموده و به نوعی، جواز بهره برداری از این قواعد را صادر کرده است که این جواز در اصل ۱۶۷ این قانون، خود را نشان داده است. طبق این اصل، در صورت وجود خلأ قانونی در یک مسئله، قاضی موظف به استتاج حکم از منابع معتبر اسلامی است و سکوت قوانین مدونه نسبت به مسئله مورد اختلاف را دلیل موجهی بر امتناع از صدور حکم مناسب نمی داند. در همین زمینه، قواعدی وجود دارد که در استنباط مسئولیت عدم ارائه اطلاعات کالای

مصرفی می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد و خلأ موجود در این زمینه را پر کند. فقیهان با عنوان «حق مشتری» به بیان حقوق مربوط به مشتری (مصرف کننده) پرداخته‌اند. این حقوق برگرفته از خود عقد است که برای خریدار ثابت گردیده است. شارع در صورت غیر حرفه‌ای و ضعیف بودن خریدار، از او حمایت کرده و در صورت تخلف تولیدکننده، ضمانتی برای حمایت از مصرف کننده بر ذمه وی قرار داده است که خود را برای نمونه، در رد و ارش نشان داده است. نمونه روشن چنین حمایتی، «تلقی رکنان» است؛ البته در فرضی که فروشنده علم به قیمت نداشته و غبن فاحش در معامله وجود داشته باشد که در این فرض به دلیل ضعیف بودن موقعیت مشتری نسبت به فروشنده، جانب مشتری را گرفته و حق خیار غبن را به او اختصاص داده است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۶۰۰/۳ و ۴۱۴/۴). پس می‌توان گفت که مسئولیت آفرینی برای تولیدکننده، مربوط به زمان حاضر بوده و در ادوار اولیه، خود را به شکلی خارج از مسئولیت مدنی و کیفری نشان داده است. امروزه به دلیل تنوع کالاهای تولیدی و بروز شیوه‌های نوین کلاهبرداری، همچنین وسعت توزیع کالاهای تولیدشده و ارتباط با افراد زیادی از جامعه، صراحت در تعریف مسئولیت مدنی و کیفری برای تولیدکنندگان ضرورت دارد.

۱-۷. قاعده وجوب دفع ضرر محتمل

این قاعده از جمله قواعد عقلی است و مضمون آن عبارت است از حکم عقل به دفع ضرری که مظنون و محتمل می‌باشد (آخوند خراسانی، بی تا: ۳۰۸) و دفع مصادیق ضرر در این قاعده از جمله واجبات دانسته شده است (تبریزی، ۱۳۶۹: ۱۹۲). این ضرر یا مربوط به خود است که دفع آن بدون شرط واجب است، و یا مربوط به دیگران است. در اینکه دفع ضرر قطعی از دیگران، در مواردی که به جان یا نفوس محترمه ضرری وارد شود، نیز واجب است، شکی نیست و عقل دفع آن را واجب می‌داند و حتی در مواردی که احتمال قوی وجود دارد که ضرر جانی یا مالی معتابهی به دیگری وارد شود، باز هم عقل مستقلاً به وجوب دفع حکم می‌کند (ر.ک: حسینی شیرازی، ۱۴۲۱: ۵۴/۱۱: امید فرد و پیلهور، ۱۳۹۶: ۵۰۴). حال اگر این پرسش پیش آید که وجوب دفع ضرر که یک حکم تکلیفی است با بحث مسئولیت مدنی چه ارتباطی پیدا می‌کند، می‌توان

گفت: در اینجا، ضرر توسط فروشنده کالا که اطلاعات کامل را ارائه نکرده، به وجود آمده و به سبب اطلاع پیدا نکردن خریدار از ضررهای احتمالی کالای مصرفی، این ضرر پدید آمده است، و برخی اصولیان به این مطلب تصریح کرده‌اند که دفع ضرر از دیگری (ب) یقیناً در جایی که قرار است ضرری از سوی فرد (الف) به دیگری (ب) وارد آید، بر فرد (الف) واجب است، حتی اگر مجبور شود که خود متحمل ضرر گردد (جزائری مروج، ۱۴۱۵: ۶/۶۴۸). در نتیجه، فروشنده موظف است اطلاعات کامل کالا را درج نماید تا مسئولیت مدنی را که از ترک این فعل برایش پیدا می‌شود، از خود رفع نماید. بر اساس این قاعده، ضرری که احتمال وقوع آن می‌رود، مطلق بوده و همه نوع ضرر را شامل می‌شود. این گستردگی، حاصل ویژگی عقلی بودن این قاعده است. همچنین قاعده وجوب دفع ضرر محتمل، ضرر شخصی را مستثنا نکرده، بلکه ضرر جمعی را نیز در بر گرفته و جلوگیری از چنین ضرری را نیز واجب دانسته است. بر همین مبنا، ضرورت ارائه اطلاعات مصرفی اهمیت خود را نشان می‌دهد؛ چرا که در صورت بی‌اطلاعی مصرف‌کننده از مواد موجود در کالا یا شیوه صحیح کاربرد آن، احتمال وقوع ضرر زیاد می‌باشد و به منظور به تقلیل رساندن ضرر وارده، لزوم درج برچسب اطلاعات بر کالا و ارائه اطلاعات لازم درباره چگونگی مصرف مشخص می‌شود. یادآوری این نکته نیز لازم است که هرچند برخی فقیهان این قاعده را در باب ضرر اخروی قائل شده‌اند، ولی در ضررهای دنیوی که در نزد شارع از اهمیت فراوانی برخوردار است، مانند اعراض (آبرو)، نفوس و اموال نیز جاری می‌باشد (غروی نایینی، ۱۳۵۲: ۲/۱۸۸؛ مصطفوی، ۱۴۲۱: ۲۷۰).

۲-۷. قاعده تحذیر

قاعده تحذیر برگرفته از حدیث «قد عذر من حذر»، منسوب به امام صادق (علیه السلام) بوده که از حضرت علی (علیه السلام) نقل شده است (کلینی، ۱۴۰۷: ۷/۲۹۲؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۳: ۱۹-۵۰). اگر کسی پیش از اقدام به کاری که احتمال دارد خطری از آن متوجه دیگری گردد، هشدار دهد و با وجود این، مخاطب یا شنونده به هشدار وی بی‌توجهی کند و ترتیب اثر ندهد و در نتیجه فعل هشداردهنده، خسارتی به مخاطب وارد آید،

هشداردهنده مسئولیتی نخواهد داشت (محقق داماد، ۱۳۷۴: ۲۳۵). شیخ مفید می‌فرماید: اگر شخصی تیری را پرتاب کند و دیگری را که در معرض خطر است، برحذر دارد، اما شخص جانب حذر را نگرفته و تیر به او اصابت کند و جان خود را از دست بدهد، در ضرر جانی که به اصابت‌شونده وارد شده است، برای پرتاب‌کننده تیر به دلیل برحذر داشتن، ضمان و مسئولیتی نیست (مفید، ۱۴۱۰: ۷۴۲/۱). بنابراین، 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. شهید ثانی در رافعیات شرایط این قاعده می‌فرماید: وقتی ضمان بر عهده رامی قرار نمی‌گیرد که هشدار بدهد، به گونه‌ای که مخاطب آن را بشنود و قدرت بر فرار از حادثه داشته باشد. پس اگر مخاطب صدای هشداردهنده را نشنید و یا امکان فرار و دور شدن از صحنه خطر را نداشت، دیه بر عاقله تیرانداز هشداردهنده است (عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۳۴۲). بنابراین شخصی که مورد اصابت قرار گرفته است، باید متوجه اخطار رامی بشود و امکان فرار نیز داشته باشد.

با عنایت به مفهوم مخالف که از جمله شرطیه برآیند این قاعده به دست می‌آید: اگر ارائه‌کنندگان کالاهای مصرفی، اطلاعات مصرفی کالاها را به مصرف‌کنندگان ارائه نمایند و مصرف‌کننده با علم و اطلاع از خطرات احتمالی، اقدام به استفاده از کالا نموده و ضرری متوجه وی شود، عرضه‌کننده ضامن نمی‌باشد (حضرتی شاهین دژ و طاهریان، ۱۳۹۷: ۱۹۳)؛ مانند استفاده از سیگار و یا شکلات‌های زیان‌آور.

یادآوری این نکته ضروری است که صرف ابراز هشدار در حقوق امروز نمی‌تواند نافی مسئولیت باشد؛ چنان که در حقوق مصرف، درج شرط عدم مسئولیت صحیح نیست. در واقع حمایت از مصرف‌کننده اقتضا می‌کند که شرط عدم مسئولیت باطل باشد.

اگر اطلاعات مصرفی ارائه نگردد و یا به صورت ناقص ارائه گردد و ضرری متوجه مصرف‌کننده شود، موجب مسئولیت مدنی و کیفری تولیدکنندگان خواهد بود. به همین جهت، برخی محققان بر این باورند که مصرف برخی از محصولات ممکن است دارای عوارض جانبی باشد و یا برای برخی از افراد خاص زیانبار باشد. در این موارد، تنها سالم بودن کالا کفایت نمی‌کند، بلکه تکلیف هشدار پیش می‌آید. در این خصوص،

ذکر دو نکته منطقی و عقلایی به نظر می‌رسد: اول اینکه منطقی‌تر و عقلایی‌تر این است که صرف ابراز هشدار در حقوق امروز نمی‌تواند نافی مسئولیت باشد؛ چنان که در حقوق مصرف، درج شرط عدم مسئولیت صحیح نیست. در واقع حمایت از مصرف‌کننده اقتضا می‌کند که شرط عدم مسئولیت باطل باشد. دوم اینکه درج اطلاعات و هشدارها از یک کالا به کالای دیگر متفاوت است. برخی به فوریت اثر خود را نشان می‌دهد و برخی اثر درازمدت دارد؛ مثلاً در پرونده‌ای در کامن‌لا، مادر بارداری برای وبار صبحگاهی دارویی مصرف کرده بود که پس از تولد فرزند و رسیدن به هشت سالگی معلوم شد که تأثیر نامطلوب بر حافظه و مغز گذاشته است. در اتحادیه اروپا، دو دستورالعمل با این رویکرد تدوین شده که یکی، دستورالعمل مسئولیت ناشی از تولید است که نام دستورالعمل بدان داده شده است و دومی دستورالعمل سلامت کل محصول است که در بند ۱ ماده ۳، تولیدکننده به صراحت به عرضه کالای سالم و بدون عیب به بازار موظف شده است. در ماده ۶ نیز فقدان سلامت به عیب تعبیر شده است و تولیدکننده باید عوارض ذاتی موجود در محصول را که مطابق استاندارد و فناوری روز عرضه قابل کنترل نیست، به مصرف‌کننده هشدار دهد. از این رو در محصولات مرتبط با بدن باید نحوه و میزان مصرف تشریح گردد؛ زیرا بر اساس اصل حرمت انسان، عرضه‌کننده نباید به مصرف‌کننده بی‌اعتنا باشد و در محصولات خارج از بدن باید نحوه مصرف مشخص گردد تا معامله و استفاده از آن کالا عقلایی باشد (باریکلو، ۱۳۹۷: ۳۰/۱-۳۱).

برخی از پژوهشگران حقوقی گفته‌اند:

«اگر کالاهایی دارای حساسیت‌های گذرا باشد که در برخی از اشخاص آلرژی ایجاد می‌کند، چنانچه آلرژی غیر معمول بوده باشد و مبتلایان به آن نیز اندک باشند، در این صورت تولیدکننده وظیفه‌ای در مورد هشدار ندارد» (جعفری‌تبار، ۱۳۷۵: ۱۰۵).

ولی به نظر می‌رسد این اندک بودن ابتلا و یا غیر معمول بودن آلرژی نتواند رافع مسئولیت باشد و چنانچه تولیدکننده احتمال آلرژی بدهد و از این قضیه مطلع باشد، باید در برچسب کالا و یا برگه راهنمای آن، این احتمال آلرژی‌زا بودن را ذکر نماید. یکی از ویژگی‌هایی که هشدار باید در حقوق کامن‌لا داشته باشد تا بر اساس آن،

فروشنده مسئول شناخته نشود و در غیر این صورت مسئول خواهد بود، کافی و رسا بودن هشدار است. بنابراین هشداری که واضح و معلوم نباشد یا به قدر کافی بر آن تأکید نشده باشد و یا به خوبی محاسبه نشده باشد، به طوری که به گوش استفاده‌کنندگان احتمالی نرسد و یا برای استفاده‌کننده عادی قابل درک نباشد و یا هشدار، خطر ویژه خاص آن کالا را در بر نگیرد و یا فروشنده به عدم کفایت هشدار یا اخطار آگاه باشد، موجب می‌شود که فروشنده و یا تولیدکننده کالا مسئول باشد (جنیدی، ۱۳۸۱: ۳۳).

بنابراین یکی از خلأهایی که در قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان وجود دارد، این است که صرف اطلاعات کافی دانسته شده است؛ در صورتی که مثلاً گاهی اطلاعات عرضه‌شده به زبان علمی می‌باشد، ولی از آنجا که اغلب استفاده‌کنندگان ممکن است به زبان علمی آگاهی نداشته باشند، از این ناحیه دچار آسیب و یا صدمه گردند.

از سوی دیگر، لزوم اعلام دستورها و اخطارها با یکدیگر در موارد ضروری، و عدم کفایت اعلام یکی از آن دو، در تعدادی از دعاوی مطروحه در آمریکا و انگلیس به رسمیت شناخته شده است، چنان که در دعوی حکم به نفع خواهان صادر شد؛ زیرا که ماده سمی فروخته‌شده، اگر همراه با راهنمای استفاده از محصول به کار گرفته می‌شد، گیاهان از بین نمی‌رفتند، و یا در دعوی دیگر، فروشنده مسئول شناخته شد، به علت اینکه در فروش بریکت‌های زغال چوب صرفاً این دستور را داده بود که فقط در فضای باز مصرف شود و یک بچه زغال‌ها را در فضای بسته مورد استفاده قرار داد و خفه شد، و یا در دعوی دیگر در مورد فروش یک جاروبرقی، که بر روی آن برچسب استفاده با برق ۱۱۵ ولت زده شده، و در اثر اتصال به برق ۲۲۰ ولت، به خواهان صدمه وارد شده بود، فروشنده به جهت اینکه اخطار لازم را نداده بود، مسئول شناخته شد (Miller & Lovell, *Product liability*: 238-239، به نقل از: تیموری، ۱۳۷۵: ۸۴).

یکی از نکات ضروری این است که ارائه اطلاعات همیشه پیش از قرارداد و یا همراه قرارداد نخواهد بود، بلکه گاهی ارائه اطلاعات پس از قرارداد نیز لازم است و به صرف انتقال کالا، ارائه اطلاعات پایان نمی‌یابد و فروشنده موظف است اطلاعات جدیدی را که به دست می‌آورد نیز به خریداران به طرق گوناگون اعلام نماید و این با عنوان استمرار در تعهد دادن اطلاعات پس از زمان فروش کالا شناخته شده است

(جابری، ۱۳۸۵: ۷۲-۷۵). به نظر می‌رسد این نکته در ماده ۱۶ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مغفول مانده است و تنها وجوب ارائه اطلاعات را در هنگام عقد قرارداد ضروری می‌داند. بنابراین حداقل می‌توان گفت که قانون در این مورد ساکت است.

۷-۳. قاعده «وجوب إعلام الجاهل فیما یعطی»

در معاملات، فقها در مورد وجوب اعلام عیب کالا و ضمانت در صورت عدم اعلام بحث کرده‌اند. قاعده «وجوب إعلام الجاهل فیما یعطی» مستنتج از چنین مباحثی است. این قاعده بیان می‌دارد که هر گاه شخصی، شیء خطرناک یا دارای مشکلی را به دیگری که جاهل به آن است، بدهد، واجب است که او را از آن خطر یا مشکل آگاه سازد (مصطفوی، ۱۴۳۱: ۲۹۹)؛ چون احتمال دارد که به دلیل استفاده، ضرر یا خسارتی به شخص جاهل وارد آید. این قاعده با عنوان قاعده حرمت فریب دادن جاهل به حکم یا موضوع نیز در بین فقیهان شناخته شده است و شیخ انصاری به مناسبت طرح بحث وجوب اعلام کردن نجاست روغن به خریدار، این قاعده را به صورت عمومی مطرح کرده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۶: ۸۷).

از جمله مستندات این قاعده، روایات مربوط به فروش روغن نجس است که امام علیه السلام لزوم اعلام نجاست به مشتری را بیان فرموده است (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۲۹/۷؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۶۶/۱۲). فقیهان امامیه در این باره فرموده‌اند: این قاعده هم بر وجوب اعلام عیب خفی و هم بر وجوب اعلام عیب ظاهری دلالت دارد (انصاری، ۱۳۷۸: ۲۶۲/۱، به نقل از: مصطفوی، ۱۴۳۱: ۳۰۰؛ موسوی خویی، ۱۴۰۲: ۸/۲). هر گاه کسی قصد فروش مال معیب خود را داشته باشد، واجب است که عیب آن را به خریدار اعلام نماید و در هر حال، بایع ناگزیر از اعلام نقص در کالا و مال نجس است (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۲۶/۲، به نقل از: مصطفوی، ۱۴۳۱: ۳۰۱؛ طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۹۶/۱). یادآوری این نکته بایسته است که ادله دال بر این قاعده، جایی را شامل می‌شود که از مبیع غالباً در جهت حرام بهره برده می‌شود؛ یعنی انتفاع غالب آن در حرام است که اگر اعلام نکنند به حرام می‌افتد (نجفی تبریزی، ۱۴۱۳: ۶۴).

همان گونه که ملاحظه گردید، رابطه این قاعده با عدم ارائه اطلاعات مصرفی کاملاً

واضح و روشن است؛ چرا که بر اساس این قاعده، ارائه‌کنندگان کالا مکلف‌اند مصرف‌کننده را از خطرات و مضرات کالا آگاه نمایند و به تعبیری، تمام اطلاعات لازم را در خصوص کالا اعلام نمایند. از آنجا که غالب افراد جامعه، نسبت به ترکیبات تشکیل‌دهنده فرآورده‌ها، آگاهی‌های لازم را ندارند و یا اینکه استفاده افراد با شرایط خاص، مانند بیماران، کودکان و سالمندان ممکن است متفاوت باشد، لذا بر تولیدکنندگان واجب است که تمام اطلاعات کالای مصرفی را ارائه نمایند؛ وگرنه ضامن خواهند بود. به دیگر سخن، مصرف‌کننده کالای فاقد برجسب اطلاعات، همان جاهل مشارالیه در قاعده است و تولیدکننده نیز همان شخص آگاه است که کالا را در اختیار جاهل قرار می‌دهد و نسبت به ارائه اطلاعات، حامل مسئولیت است؛ مثلاً اینکه کالایی مانند خمیر دندان برای بهتر نتیجه دادن باید دو بار در روز مصرف شود و یا دو مرتبه بیشتر در روز استفاده نشود، کافی نخواهد بود، بلکه باید این نیز ضمیمه شود که با استفاده‌های مکرر، خسارات همیشگی و دائمی مثل تغییر رنگ دندان رخ خواهد داد. پس هم باید چگونگی استفاده صحیح و سالم را بدانند و هم اینکه از خطرهای مکرر آن مطلع شود (جابری، ۱۳۸۵: ۷۱).

۴-۷. قاعده لاضرر

از جمله قواعد پرکاربرد در فقه، قاعده «لاضرر» است. حوزه ضرر در این قاعده منحصر به ضرر شخصی نیست، بلکه ضرر به دیگران را نیز شامل می‌شود. قاعده لاضرر به تصریح فقها می‌تواند از جمله قواعدی باشد که تمام احکام شرعی بر آن منطبق می‌گردد (عاملی جزینی، بی‌تا: ۷۴/۱). مبانی این قاعده در بسیاری از آیات و روایات مشهود است. هرچند که در مورد معنا و مفهوم لغات این قاعده، مباحث طولانی صورت گرفته است، اما با کنار گذاشتن اختلاف نظر فقها، در مورد مفاد این قاعده می‌توان بیان داشت که ضرر رساندن به دیگری جایز نیست. این قاعده در نظام‌های حقوقی با عنوان «عدم جواز سوءاستفاده از حق»، خود را نشان داده و متضمن ضرورت تدارک زیان وارده است؛ چه زیان ناشی از عدم اجرای قرارداد باشد و چه ناشی از ضمانات قهری. وقتی شخصی از کالایی آسیب دید، تفاوتی نمی‌کند که

قراردادی موجود باشد یا نباشد (جعفری‌تبار، ۱۳۷۵: ۵۹).

لاضرر از احکام تکلیفی است که به طور غیر مستقیم، زمینه ایجاد احکام وضعی را فراهم می‌کند؛ برای مثال از آنجا که به حکم «لا ضرر ولا ضرار»، زیان رساندن به خود و دیگران نهی شده است، عملی که به قصد اضرار انجام گیرد، هرچند ظاهر آن مشروع باشد، به سبب وجود قصد اضرار نامشروع خواهد شد (هاشمی‌شاهرودی، ۱۴۱۹: ۱۶۰؛ مظلوم و دیگران، ۱۳۹۶: ۲۳). لاضرر یک قاعده کلی در خصوص جلوگیری از ضرر را ارائه می‌کند؛ بنابراین دفع ضرر، پیش‌بینی حق فسخ، تعدیل و جبران خسارت را مورد توجه قرار می‌دهد. بر این اساس، هر گاه در جریان تولید و توزیع و فروش کالا به هر دلیل - اعم از عیب، تبلیغ ناصحیح، عدم ارائه اطلاعات مصرفی و... - خسارتی به مصرف‌کننده وارد شود، بنا به قاعده لاضرر، ضمان بر عهده تولیدکننده مستقر می‌شود. یکی از مشکلاتی که برخی از کالاها (کالاهای وارداتی) برای مصرف‌کنندگان ایجاد می‌کنند، این است که دفترچه راهنمای آن‌ها، گاه به زبان‌های غیر مرسوم مانند آلمانی می‌باشد که استفاده‌کنندگان کالا از آن اطلاعی ندارند؛ بنابراین به جهت ناآشنایی با آن زبان، از کالا به درستی استفاده نمی‌کنند و از این جهت برای آن‌ها مشکلاتی به بار می‌آید. به نظر می‌رسد قانون‌گذار در این راستا از باب لاضرر، باید واردکنندگان و عرضه‌کنندگان آن کالا را ملزم به تهیه دفترچه راهنمای فارسی از آن کالا نماید و سپس اقدام به فروش نمایند. برخی از نویسندگان حقوقی مختصراً در این باره گفته‌اند:

«اطلاعات و آموزش کافی به زبان فارسی ضروری بوده و در غیر این صورت، هرگونه خسارتی متوجه عرضه‌کننده کالا است» (تقی‌زاده، ۱۳۹۱: ۵۵-۵۶).

بنابراین به نظر می‌رسد مناسب است که قانون‌گذار محترم به این مسئله ضروری اشاره کرده و آن را در قالب یک ماده قانونی یا تبصره بیان نماید.

۵-۷. قاعده غرور

مفاد این قاعده مثبت ضمانت، عبارت است از اینکه اگر شخصی به دلیل انجام کاری، موجبات خسارت به دیگری را فراهم کند و منشأ ضرر و فریب خوردن شخص دوم از شخص اول باشد، هرچند که شخص اول قصد فریب نداشته یا اینکه خود

فریب خورده ناآگاه باشد، غرور و فریب صدق می کند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷: ۲۶۹/۱). البته این مسئله در میان فقیهان اختلافی است. در نتیجه استدلال به این قاعده بر اساس دیدگاه باورمندان به مبنای فوق الذکر می باشد. این قاعده، در ابواب معاملات، نکاح، هبه، عاریه و... جریان دارد و اصحاب در اکثر ابواب به آن استناد کرده اند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۲۹۸/۲).

با توجه به مضمون و مفاد قاعده می توان بیان داشت که مبنای قاعده غرور، بر اساس دو مقوله پایه ریزی شده است؛ غرور یا فریب، و ضمانت. با استناد به این قاعده در محل بحث می توان گفت که چنانچه در اثر عدم ارائه اطلاعات مصرفی توسط تولیدکنندگان و عوامل مرتبط، مصرف کننده فریب بخورد و در نتیجه چنین فریبی، ضرری متوجه او شود، مبنای قاعده غرور (فریب و ضمان) بر شخص مسئول (فروشنده، عرضه کننده) لزوماً قابل تحمیل است و مسئولیت ضرر و خسارت وارد شده بر عهده اوست. ناگفته نماند که هرچند این قاعده اصولاً مسئولیت مدنی تولیدکنندگان را اثبات می کند، ولی آنجا که حفظ نظم عمومی و حساسیت موضوع، دخالت قانون گذار کیفری در امور مدنی را ایجاب می نماید، این قاعده می تواند به عنوان یکی از مبانی و دلایل برخورد کیفری با تولیدکننده خاطی قلمداد گردد (علی اکبری سفید دارین، ۱۳۸۹: ۱۴۶).

ممکن است در این مسئله شک ایجاد شود که چگونه می توان فرض بحث را مصداقی از غرور دانست تا بتوان به قاعده غرور تمسک کرد. برای تمامیت استدلال به این قاعده بر مسئولیت مدنی کالا مبنی بر لزوم ارائه اطلاعات لازم و کافی برای کالا، باید گفت که اولاً غرور در لغت از ماده «غَرَّ» می باشد که یکی از معانی آن نقصان و کاستی در چیزی است (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۳۸۰/۴). از این رو، کاستی در کالا که یکی از مصادیق آن می تواند ناقص بودن اطلاعات مصرفی کالا و ندادن اطلاعات کافی باشد، مصداقی از غرور به شمار می آید. دوم اینکه فقهای عظام، یکی از مصادیق و فرع های قاعده غرور را بیع مجهول دانسته اند (موسوی خویی، بی تا: ۴۵۱/۵). پس واضح است که کالا باید به تمام معنا معلوم باشد و در فرض بحث، ندادن اطلاعات ضروری و لازم کالا، به گونه ای جهالت به کالا را سبب می گردد و مصداقی از غرور است. سوم، همان گونه که فقیهان گفته اند:

«برای صدق یک عنوان مثل فریبکاری و فریب دادن، لازم نیست که فاعل، آن عنوان را قصد کرده باشد. بنابراین کسی که دیگری را در ارتکاب کاری می‌اندازد که بر آن کار، ضرر مترتب می‌گردد، هرچند به این قضیه آگاه نباشد، در عرف گفته می‌شود که او را فریب داده و با او خدعه کرده است» (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷: ۲۶۹/۱).

۶-۷. قاعده اقدام

بر اساس این قاعده، اگر کسی با علم و قصد و رضایت، ضرر یا ضمانی را بپذیرد، 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. همچنین هر گاه شخصی با آگاهی به غبن فاحش، اقدام به فروش یا خرید و یا اجاره چیزی کند، نه حق خیار فسخ دارد و نه می‌تواند خسارت مطالبه کند؛ زیرا خودش به زیان خویش اقدام کرده است (طباطبایی یزدی، ۱۳۴۲: ۳۵/۵). برخی فقیهان مانند آخوند خراسانی و امام خمینی بر این باورند که قاعده اقدام نمی‌تواند مستند ضمان باشد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۳۰۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۴۰۳). محکم‌ترین دلیلی که قاعده اقدام را به اثبات می‌رساند، ادله عقلی است؛ وگرنه در قرآن و روایات دلیلی در این باره یافت نمی‌شود (انصاری، ۱۳۷۹: ۱۰۳/۳).

در تطبیق مفاد قاعده با محل بحث می‌توان بیان داشت که هر گاه مصرف‌کننده به واسطه اقدامات خود با وجود علم به عیب و نقص کالا و با عدم توجه به علائم و هشدارها مبادرت به خرید کالا نموده و به لحاظ استفاده از آن، خطراتی متوجه او شده باشد، منطقی و عقلایی نیست که تولیدکننده، ضامن خسارت باشد. اما چنانچه تولیدکنندگان، اطلاعات مصرفی کالاها را به مصرف‌کننده ارائه نمایند و مصرف‌کننده بدون علم از کالا استفاده کند و ضرری متوجه وی گردد، تولیدکننده ضامن است. اگر این پرسش پیش آید که چگونه می‌توان اثبات نمود شخصی که مثلاً روغن زیتون خریده و بدون تحقیق کافی، آن را استعمال کرده و با توجه به بیماری خاصش، متحمل ضرری شده است، مصداق قاعده اقدام نیست؟ در پاسخ می‌توان گفت: فروشنده باید دیگران را از آسیب‌ها و عوارض احتمالی خطرناک کالا مطلع کند و تحقیق در این باره بر عهده خریدار نیست. همان گونه که فقیهان معاصر فتوا داده‌اند

چنانچه دارویی دارای عوارض جانبی است، در صورتی که به بیمار اطلاع ندهد، ضامن خواهد بود (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۳۸۶: ۱۸۹) و یا اگر شوک الکتریکی از طریق درمان محسوب گردد و دارای عوارض جانبی باشد، تنها در صورتی که به بیمار گفته شود و از وی اجازه گرفته شود، جایز است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۹: ۳۳) و در نتیجه ضامن ندارد. همان گونه که در اینجا پزشک باید بیمار را از عوارض و آسیب‌های احتمالی دارو آگاه سازد و بر بیمار تحقیق واجب نیست، در فرض بحث نیز بر بیمار، تحقیق درباره عوارض کالا واجب نیست و این فروشنده است که باید تمام آسیب‌های احتمالی مصرف کالا را گوشزد نماید.

از سوی دیگر، یکی از شرط‌های مبیع و کالا، معلوم بودن است و این علم باید به گونه‌ای باشد که جهالت و غرر را بردارد (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۱۷۰/۱) و چنانچه اطلاعات مصرفی کالا وجود نداشته باشد، این شرط حاصل نشده است.

همچنین در قاعده اقدام، آنچه موجب رفع ضمان می‌گردد، اقدام فرد بر عملی است که ضررش را می‌داند، پس علم به ضرر، شرط تقدم قاعده اقدام خواهد بود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۵/۲). ولی با توجه به پیچیدگی‌های کالاهای مصرفی در روزگار فعلی، حتی اگر تحقیق از طرف خریدار صورت گیرد، به درستی مضرات کالا تشخیص داده نمی‌شود و این فروشنده است که با توجه به امکانات فراوانی که در اختیار دارد، می‌تواند همه ضررهای احتمالی کالایش را در آزمایشگاه کشف و اثبات کند و در نتیجه، آن اطلاعات را با درج بر روی کالا در اختیار خریداران قرار دهد تا ذمه خود را از بار مسئولیت بری نماید. در نتیجه در فرض بحث، قاعده اقدام از سوی خریدار، مجالی برای اجرا و برداشته شدن مسئولیت از سوی فروشنده باقی نمی‌گذارد. البته همان گونه که پیش از این اشاره شد، طبیعت برخی کالاها به گونه‌ای است که باعث بروز خساراتی می‌گردد، مانند شکلات‌های زیان‌آور و سیگار، که در این گونه موارد، اقدام خریدار رافع ضمان تولیدکننده و عرضه‌کننده است و در صورت ایجاد خسارت از کالای خریداری شده برای سایر افراد به جز خریدار، باز مسئولیت بر عهده خریدار است.

نکته‌ای که ذکرش در اینجا بایسته است، این است که در قانون حمایت از مصرف‌کنندگان، گاه عنوان عرضه‌کننده (فروشنده) به کار رفته و گاه از عنوان

تولیدکننده استفاده شده است که ماهیتاً این دو از هم متمایزند و البته گاه تولیدکننده خود ممکن است عرضه کننده نیز باشد. در جایی که تولیدکننده، کالا را به عرضه کننده برای فروش واگذار می کند، اگر فروشنده از اطلاعات مربوط به کالا مانند عیب، خطرات، استعمال نادرست و... مطلع باشد و به خریدار نگوید، بر پایه قاعده اقدام، ضمانت و مسئولیت از تولیدکننده به وی منتقل شده است (ر.ک: فتاحزاده و امینی، ۱۳۹۱: ۱۴۴). در نتیجه مناسب است که قانون گذار در قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان، به این موضوع در قالب تبصره‌ای اشاره کند.

۷-۷. قاعده تسبیب

چنانچه عمل یک شخص - اعم از فعل و ترک فعل - به طور مستقیم یا غیر مستقیم موجب تلف مال دیگری گردد، آن شخص ضامن خواهد بود. صاحب جواهر در مورد ضمان ناشی از تسبیب می فرماید:

«در این خصوص بین فقها اختلافی نیست و علاوه بر آن، اخبار متعددی بر وجود چنین قاعده‌ای دلالت دارد» (نجفی، ۱۹۸۱: ۴۶/۲۷).

بدین ترتیب می توان اتفاق و اجماع فقها و اخبار را مستند اعتبار ضمان ناشی از تسبیب دانست. بنا به مراتب ذکر شده، در صورتی که به سبب عدم ارائه اطلاعات مصرفی کالا از سوی تولیدکنندگان یا عرضه کنندگان، ضرری متوجه مصرف کننده شود از باب تسبیب تولیدکننده یا عرضه کننده مسئول هستند.

از زمره مسائلی که باید تولیدکنندگان در تولیدهای خود مورد نظر قرار دهند، این است که منافع نسل های بعد نیز باید مورد توجه قرار گیرد (تقی زاده، ۱۳۹۱: ۳۸). این حقوق، همان حقوقی است که می توان از آن با عنوان حقوق آیندگان یاد کرد. برای نمونه، اگر اثرات سوء مصرف چیزی یا دارویی در نسل فرد مصرف کننده ظهور و بروز پیدا کند، مانند اینکه دو یا سه نسل بعد از وی را عقیم و نازا سازد، در این صورت نیز باید اطلاع رسانی گردد و تنها خود مصرف کننده در نظر گرفته نشود. بنابراین، خود مصرف کننده در اینجا متحمل خسارتی نشده است که قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان شاملش گردد، بلکه نسل و وابستگان بعدی وی دچار آسیب خواهند شد.

نتیجه گیری

با ورود کالاهای متنوع و مختلف به بازار و شکل گیری نوعی بازار رقابتی، متأسفانه غالب تولیدکنندگان به جای شفاف سازی نسبت به نوع محصولاتشان و ترغیب مصرف کننده به انتخاب و خرید محصول و کالایشان، معکوس عمل کرده و با به کارگیری غش و استفاده از فریب با درج مشخصات نادرست یا عدم درج هر گونه مشخصه از محصول خود، به شکلی مصرف کننده را وادار و مجبور به خرید می کنند. به همین دلیل، نهادهای حقوقی تحت عنوان حمایت از حقوق مصرف کننده، سعی در محدود کردن چنین امری دارند و مواردی همچون درج اطلاعات مصرفی بر روی کالا از جمله این حقوق دانسته شده است. در کشور ایران نیز قانون حمایت از حقوق مصرف کننده به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده و مواردی مثل کلاهبرداری توسط تولیدکنندگان، گران فروشی، خرید و فروش آگاهانه کالاهای معیوب و مواردی از این دست، مورد توجه قرار گرفته است. برای کارایی هر چه بیشتر قانون حمایت از مصرف کنندگان مواردی پیشنهاد می گردد: ۱- تعریف دقیقی از مصرف کننده به این صورت ارائه گردد: «منظور از مصرف کننده فردی است که برای رفع نیاز و استفاده شخصی، کالا را مورد بهره برداری قرار می دهد». ۲- یکی از نکات ضروری این است که قانون باید تولیدکنندگان و عرضه کنندگان را ملزم کند تا تنها به ارائه اطلاعات پیش از قرارداد یا همراه قرارداد اکتفا نکنند، بلکه به ارائه اطلاعات پس از قرارداد نیز پردازند؛ زیرا به صرف انتقال کالا، ارائه اطلاعات پایان نمی یابد. ۳- باید واردکنندگان و عرضه کنندگان کالا را ملزم به تهیه دفترچه راهنمای فارسی برای کالاهای خارجی قبل از اقدام به فروش نمایند. ۴- لازم است به حقوق آیندگان نیز توجه شود؛ زیرا اگر مصرف چیزی سبب گردد که تأثیر سوء آن در نسل فرد مصرف کننده ظهور و بروز پیدا کند، در این صورت نیز باید اطلاع رسانی شود و تنها خود مصرف کننده در نظر گرفته نشود. از این روست که قواعدی همچون «وجوب إعلام الجاهل فیما یعطی»، تسبیب، لاضرر، غرور، اقدام و... می توانند مبنای قانون گذار قرار گیرند؛ چرا که با مفاد قواعد مورد اشاره که حامل مجوز شرعی هستند، امکان مسئولیت آفرینی برای تولیدکننده و عرضه کننده کالا در صورت نقص در برچسب اطلاعات مصرفی وجود دارد.

کتاب‌شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، حاشیه‌المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲. همو، کفایة الاصول، قم، مؤسسة آل البيت (علیهم‌السلام) لاحیاء التراث، بی‌تا.
۳. آل کاشف‌الغطاء، محمدحسین بن محمدرضا، تحریرالمجله، نجف اشرف، المكتبة المرتضوية، ۱۳۵۹ ق.
۴. ابراهیمی سالاری، تقی، محدثه مقدسی، و اعظم عاشورزاده، «حقوق مصرف‌کننده از دیدگاه اسلام و عملکرد آن در اقتصاد ایران»، فصلنامه اقتصاد و بانکداری اسلامی، شماره ۱۰، بهار ۱۳۹۴ ش.
۵. ابن فارس، ابوالحسن احمد، معجم مقاییس اللغة، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۶. اخوی، احمد، اقتصاد کلان، تهران، شرکت چاپ و نشر بازرگانی، ۱۳۸۰ ش.
۷. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامی، ۱۳۶۶ ش.
۸. امید، مهرانگیز و علیرضا سعادت‌مندی، نگاهی به حقوق مصرف‌کننده، زیر نظر هادی اسماعیل‌زاده، تهران، سازمان برنامه و بودجه، ۱۳۷۴ ش.
۹. امیدفرد، عبدالله، و مرضیه پیلهور، «بررسی فقهی قاعده ارشاد جاهل»، فصلنامه پژوهش‌های فقهی، دوره سیزدهم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۶ ش.
۱۰. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب‌المکاسب، قم، مجمع‌الفکر الاسلامی، ۱۳۷۸ ش.
۱۱. همو، کتاب‌المکاسب، قم، مطبوعات دینی، ۱۳۷۹ ش.
۱۲. باریکلو، علیرضا، «تحلیل مبنای حقوق مسئولیت مبتنی بر تولید»، دوفصلنامه حقوق خصوصی، سال پانزدهم، شماره ۱ (پیاپی ۳۲)، بهار و تابستان ۱۳۹۷ ش.
۱۳. باقرزاده، احد، «ضرورت رویکرد نظری حقوق مصرف‌کننده به حقوق بشر»، مجله حقوق دادگستری، شماره ۴۶، بهار ۱۳۸۳ ش.
۱۴. بیانی هوجقان، مهدی، نقد و بررسی قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و مطالعه تطبیقی با مقررات اتحادیه اروپا، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه پیام نور تهران، ۱۳۸۹ ش.
۱۵. تبریزی، میرزا موسی، اوثق الوسائل فی شرح الرسائل، قم، انتشارات کتبی نجفی، ۱۳۶۹ ش.
۱۶. تقی‌زاده، ابراهیم، «حقوق بنیادین مصرف‌کننده (مطالعه تطبیقی قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان ایران با مقررات اتحادیه اروپا و اصول راهنمای سازمان ملل متحد)»، دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی، سال نوزدهم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۱ ش.
۱۷. تیموری، مهدی، تعهد دادن به اطلاعات از ناحیه فروشنده به خریدار، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، ۱۳۷۵ ش.
۱۸. جابری، عصمت‌الله، حقوق مصرف‌کننده، اصفهان، دادیار، ۱۳۸۵ ش.
۱۹. جزائری مروج، محمدجعفر، منتهی الدراییه فی توضیح الکفایه، قم، دار‌الکتاب، ۱۴۱۵ ق.
۲۰. جعفری تبار، حسن، مسئولیت سازندگان و فروشندگان کالا، تهران، دادگستر، ۱۳۷۵ ش.
۲۱. جنیدی، لعیا، «مطالعه تطبیقی تعهد به دادن اطلاعات با تأکید بر نظام‌های کامن‌لا»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، شماره ۵۶، تابستان ۱۳۸۱ ش.
۲۲. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، چاپ پنجم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۳ ق.
۲۳. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

۲۴. حضرتی شاهین دژ، صمد، و سیروان طاهریان، *مسئولیت تولیدکنندگان کالا در برابر حقوق مصرف‌کنندگان*، تهران، صالحیان، ۱۳۹۷ ش.
۲۵. شرکت ملی نفت، *آشنایی با طبقه‌بندی و استاندارد کالا در صنعت نفت*، طبقه‌بندی کالا و استانداردها، تهران، مدیریت خدمات تخصصی شرکت پشتیبانی ساخت و تهیه کالای نفت، ۱۳۸۸ ش.
۲۶. صالحی، جواد، و یوسف ابراهیمی، «مبانی و قلمرو تعهد به ارائه اطلاعات به مصرف‌کننده کالا»، *دوفصلنامه دانش حقوق مدنی*، سال اول، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۱ ش.
۲۷. طباطبایی قمی، سیدتقی، *عمده الطالب فی التعليق علی المکاسب*، قم، کتابفروشی محلاتی، ۱۴۱۳ ق.
۲۸. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی*، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۴۲ ق.
۲۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۳۰. همو، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۳۱. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، *القواعد والفوائد*، قم، کتابفروشی مفید، بی‌تا.
۳۲. عباسی، مراد، و محمود گودرزی، «افزایش خطرناک کشف فناوری؛ رویکردی نوین برای پیشگیری از قاچاق کالا»، *فصلنامه پژوهش‌های اطلاعاتی و جنایی*، سال سیزدهم، شماره ۲ (پیاپی ۵۰)، تابستان ۱۳۹۷ ش.
۳۳. علی‌اکبری سفید داربن، ابوذر، «مبانی و منابع مسئولیت کیفری تولیدکنندگان کالاها میعوب»، *دوفصلنامه آموزه‌های حقوقی*، شماره ۱۴، پاییز و زمستان ۱۳۸۹ ش.
۳۴. غدیری اصل، باقر، *کلیات علم اقتصاد*، تهران، سپهر، ۱۳۷۹ ش.
۳۵. غروی نایینی، محمدحسین، *اجود التقریرات*، تقریر سیدابوالقاسم موسوی خویی، قم، مطبعة العرفان، ۱۳۵۲ ش.
۳۶. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *احکام پزشکان و بیماران*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (عج)، ۱۳۸۶ ش.
۳۷. فتاح‌زاده، زهرا، و علیرضا امینی، «قلمرو ضمان تولیدکننده ناشی از عیب کالا و نقص اطلاع‌رسانی در نحوه صحیح مصرف»، *دوفصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال چهارم، شماره ۶، بهار و تابستان ۱۳۹۱ ش.
۳۸. قاسمی حامد، عباس، «غیر حرفه‌ای؛ متعهدله ارائه اطلاعات در حقوق فرانسه»، *نشریه مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره پنجم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۳ ش.
۳۹. همو، «متخصص، متعهد ارائه اطلاعات به مصرف‌کننده در حقوق فرانسه»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره ۴۹، بهار و تابستان ۱۳۸۸ ش.
۴۰. قاسمی حامد، عباس، فضه سلیمی، و فهیمه آقابابایی، «آسیب‌رسانی به مصرف‌کننده در بازار رقابتی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره ۵۷، بهار ۱۳۹۱ ش.
۴۱. قاسمی حامد، عباس، و پری خالیدی دوبرجی، «مسئولیت خسارت وارده به مصرف‌کننده کالای معیوب یا خطرناک در قوانین و مقررات جاری»، *فصلنامه پژوهش‌های اقتصادی (پژوهش‌های رشد و توسعه پایدار)*، سال دوازدهم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۱ ش.
۴۲. کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۱ ش.
۴۳. همو، *مسئولیت ناشی از عیب تولید*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۱ ش.
۴۴. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷ ش.

۴۵. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه*، چاپ پنجم، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۴ ش.

۴۶. مرادی، تهمین، و پریسا مرادی، *مسئولیت مدنی تولیدکنندگان خودرو معیوب*، تهران، آرنا، ۱۳۹۶ ش.

۴۷. مصطفوی، سیدمحمدکاظم، *التواعد؛ مائة قاعدة فقهية، معنی و مدرک و موردک*، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.

۴۸. مظلوم، علیرضا، عنایت‌اله نصیری جهان‌آباد، و فتح‌اله حاجتی، «تبیین قاعده لاضرر و لاضرار در مباحث فقهی»، *ماهنامه پژوهش ملل*، دوره دوم، شماره ۲۳، آبان ۱۳۹۶ ش.

۴۹. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقنعه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.

۵۰. مکارم شیرازی، ناصر، *احکام پزشکی*، قم، مدرسه امام علی بن ابی‌طالب علیه السلام، ۱۴۲۹ ق.

۵۱. همو، *القواعد الفقهیه*، چاپ سوم، قم، مدرسه امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۱۱ ق.

۵۲. همو، *انوار الفقاهة - کتاب التجارة*، قم، مدرسه امام علی بن ابی‌طالب علیه السلام، ۱۴۲۶ ق.

۵۳. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۳۷۷ ش.

۵۴. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.

۵۵. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، قم، وجدانی، ۱۴۰۲ ق.

۵۶. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.

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

۵۸. نشاط، نرگس، *از اطلاعات تا کوانتوم*، تهران، دما، ۱۳۸۵ ش.

۵۹. نوری طبرسی، حسین بن محمدتقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت، مؤسسه آل‌البت علیه السلام، لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.

۶۰. هاشمی شاهرودی، سید محمود، *بایسته‌های فقه جزا*، تهران، میزان - دادگستر، ۱۴۱۹ ق.

61. Guinchat, Claire & Michel Menou, "General Interaction to the Techniques of Information and Document Work", Paris, UNESCO, 1987.

نقش منطق در تفسیر قرارداد*

- همایون مافی^۱
- علیرضا بهاری^۲

چکیده

در راستای تبیین رابطه موجود میان منطق و تفسیر قرارداد، می‌توان منطق را از دو نگاه خاص و عام مورد توجه قرار داد. ارتباط تفسیر با علم منطق به معنای خاص، به طور خلاصه در سه حیطة استدلال‌های موجب تفسیر، پیمایش منطقی متن و استدلال‌های محیط تفسیر منطقی قرارداد قابل بررسی است. در مرحله استدلال‌های موجب تفسیر، باید به نقش اراده طرفین قرارداد در استنتاج صحیح از مقدمات، توجهی ویژه داشت که در قالب لزوم احراز یکی از شروط انتاج قیاس منطقی، یعنی تکرار حد وسط در هر دو مقدمه جلوه گر خواهد بود. مرحله دوم از سیر تکاملی رابطه منطق و تفسیر را باید به بازخوانی منطقی متن قرارداد

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۲۹ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۴/۲۴.

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران (نویسنده مسئول)
(hmynmافی@yahoo.com).
۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران
(jrs.ar.bhr@gmail.com).

اختصاص داد که با بهره‌گیری از ابزارهای مباحث الفاظ علم منطق و همچنین اصول عقلانی حاکم در معرفت‌شناسی منطقی صورت خواهد پذیرفت. مرحله‌نهایی از این فرایند تفسیری، مربوط به استدلال‌های محیط تفسیر منطقی قرارداد یا استدلال‌های منتج به حکم نهایی دادگاه است که به مباحث حجت علم منطق، یعنی استدلال‌های قیاسی ارتباط ویژه‌ای می‌یابد. در جنبه عام و عرفی تفسیر منطقی نیز هنجارهای اجتماعی و آرمان‌های حقوقی چون اخلاق، عدالت و انصاف، به عنوان عواملی تعیین‌کننده در میزان قرابت دو مفهوم منطق و تفسیر مورد توجه است.

واژگان کلیدی: استدلال قضایی، استدلال منطقی، تفسیر منطقی، قطع

قضایی، قیاس صوری.

مقدمه

از جمله چالش‌های اساسی و البته کاربردی رسیدگی‌های قضایی، استدلال قضایی مبتنی بر تفسیر است. فارغ از تمام آثار و نتایج مثبت یا منفی این شیوه از رسیدگی، کشف نقطه نقل این فرایند کاربردی، منوط به تدقیق نظر در خاستگاه و چگونگی انجام آن است که البته ریشه در شناخت مبانی علم حقوق و منطق حاکم بر اجزای آن خواهد داشت. در واقع، تنها از این طریق است که می‌توان دریافت در دادرسی‌های قضایی به طور عام و فرایند استدلال و تفسیر قضایی به طور خاص، چه عناصری با حفظ اوصاف «ثبات» در عین تغییرپذیری و «رابطه‌مندی» در عین انفکاک، به ایفای نقش می‌پردازند (Schiavello, 2011: 144). به بیان بهتر، مهم است که بدانیم در طی یک رسیدگی قضایی، استدلال‌ها چگونه شکل می‌گیرند و وجهه عملیاتی می‌یابند.

به این نکته نیز باید توجه داشت که علی‌رغم جوانب ثبوتی تفسیر قرارداد، که آن را به عنوان یکی از اصلی‌ترین روش‌های گریز از ایرادات اجرایی تعهدات قراردادی معرفی می‌نماید، در عرصه اثباتی و فرایند عملیاتی‌سازی نتایج تفسیری، آثار متقن و غیرقابل خدشه‌ای را نمی‌توان با حفظ وصف دوام و استمرار از این نهاد انتظار داشت و لذا در برخی موارد، با نتایجی غیر منطقی مواجه خواهیم گشت. معیار منطقی بودن تفسیر که حاکی از میزان مقبولیت و اقتناع‌کنندگی آن خواهد بود، ضمن اخبار از ثبوت رابطه‌ای

قابل اعتنا و اساسی میان منطوق و تفسیر، عرصه را برای تبیین و تفصیل این رابطه فراهم می‌آورد. لذا مسئله اصلی، شناخت نظام استدلالی - تفسیری قضایی و تبیین ارتباط آن با استدلال‌های غیر مباشر علم منطوق است که در نهایت، به بررسی ملاک‌های منطقی بودن یک رسیدگی قضایی خواهد انجامید.

از این جهت، تمرکز اصلی این پژوهش بر کشف تأثیر علم منطوق بر روند رسیدگی‌های قضایی در معنای استدلال تفسیری و بالاخص تفسیر قرارداد است. در واقع، در این پژوهش به دنبال آن هستیم که بدانیم آیا تفسیر منطقی، به معنای منطقی بودن فرایند تفسیر یک قرارداد است یا منطقی بودن استدلال نهایی برای صدور حکم؟ و یا در نگاهی کلی‌تر، آیا منظور از منطقی بودن یک تفسیر، منطقی به معنای منسوب به علم منطوق است یا منطقی عرفی با مصادیق عادلانه و منصفانه و یا عقلانی؟

ارائه پاسخ مناسب به سؤالات فوق، لزوم بررسی فرایند تفسیر منطقی حول محورهای سه گانه معرفت‌شناسی، روش‌شناسی و کاربردشناسی را ایجاب می‌نماید که ذیل سه مبحث بدان خواهیم پرداخت:

۱. معرفت‌شناسی نقش منطوق در تفسیر قرارداد

در باب اهمیت جستار و ریزینی در توصیف و معرفی مفاهیم، به طور خلاصه می‌توان چنین بیان داشت که مفاهیم به عنوان ظرف و محمل، نه تنها سعی در ارائه، حمل و اشاعه مظروف خود یعنی دانش بشری دارند، بلکه حراست از این محتوا را در طول قرون و اعصار بر عهده می‌گیرند و تعالی دانش جز از طرق زبان میسر نیست (طالب، ۱۳۶۸: ۷). این بدان معناست که فهم و دریافت معنای متون و پیش‌بینی راه حل یک مسئله حقوقی، زمانی امکان‌پذیر است که الفاظ و کلمات، متناظر با مفاهیمی باشند که محتوایی دقیق و مشخص دارند (مزارعی، ۱۳۹۲: ۶). از جمله مصادیق مهم و اساسی در حیطه معنانشناسی «منطقیت» در تفسیر قرارداد، که محوریت مباحث این نوشتار را نیز به خود اختصاص داده‌اند، عبارات «منطوق تفسیر» و «تفسیر منطقی» هستند که در راستای تبیین اهداف معرفت‌شناسانه نقش منطوق در تفسیر قرارداد، مورد بررسی قرار خواهند گرفت:

۱-۱. منطق تفسیر

مسئله‌ای که در اینجا مهم و قابل بررسی است، مفهوم «منطق» در تفسیر و ماهیت آن است. اهمیت این مطلب از آن جهت است که این مبحث، مدخلی برای مباحث تفسیر حقوقی و به عبارت دقیق‌تر، مباحث تفسیر منطقی حقوقی است و بر کسی پوشیده نیست که درک معنای واژه‌ها در تفسیر و فهم حقوقی، اهمیت کلیدی دارد. افزون بر کلیت این امر، یعنی اهمیت شناخت دقیق جایگاه واژگان در عبارات و اصطلاحات تمامی علوم، در بحث پیش رو و به طور خاص نیز بایستگی این شناخت را از آن جهت می‌دانیم که به طور کلی باید سه احتمال را در خصوص نقش «منطق» در توجیه رابطه بین منطق و تفسیر در عبارت «منطق تفسیر» مورد توجه قرار داد که التزام به هر یک می‌تواند منشأ آثار گوناگونی باشد:

نخست آنکه می‌توان «منطق» را همان علم منطق مصطلح دانست که در باب روش‌های صحیح اندیشیدن به بحث می‌پردازد و قواعد خاص خود را بر موضوع القا می‌نماید. در نگاه دوم می‌توان آن را شاخه‌ای از منطق به معنای خاص و تحت عنوان «منطق تفسیر» در نظر گرفت که به صورت جزئی و خاص، در باب تفسیر و بیان، قواعدی منطقی را وضع می‌نماید که مشابه آن را در منطق ریاضی، منطق کواتوم و منطق توصیف می‌بینیم. اما دیدگاه سوم، آن است که وجه اتصاف تفسیر به منطق، بر مبنای وصف جامعیتی باشد که در واژه «منطق» نهفته است و می‌توان با استعمال آن، تأییدی بر سلامت و صحت موصوف ارائه کرد که در واقع، همان منطق عرفی یا به معنای عام خواهد بود که با اخلاقیات پیوند محکمی دارد (Silverstein, 2017: 1).

پاسخ اجمالی آن است که به نظر می‌رسد احتمال سوم به هدف نزدیک‌تر باشد؛ چرا که مقصود از منطق در زمینه تفسیر، مجموعه‌ای مدون و منسجم از قوانین و ضوابط عقلی و بعضاً نقلی است که به صورت کلی حاکم بر تفسیر تلقی می‌شود. به عبارت بهتر، آنچه ما در مورد منطق به معنای خاص، با قوانین و قواعد ساخت استدلال و ملاک‌های صحت و اعتبار آن می‌دانیم، در این زمینه وارد نمی‌شود و استناد به چنین رویه‌ای در تفسیر مرسوم نیست. جهت تقریب به ذهن، اشاره‌ای خواهیم داشت به تعبیر مشابهی از کارکرد واژه «منطق» در نگاه یکی از اساتید علم حقوق که در باب مقایسه

علم اصول با فن استدلال چنین بیان می‌دارد:

«هدف در علم اصول، تعلیم و تعلم طرق تفریع احکام است بر منابع. لذا اگر اصراری باشد بر استعمال لغت منطق، در علم اصول، می‌توان علم اصول را «منطق تفریع» خواند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۵).

برای تبیین بهتر دیدگاه سوم می‌توان در ساختار عبارت «منطق حقوق» نیز آنچه را که بیان شد، مشاهده کرد (Boonin, 1964: 41). منطق در این عبارت به معنای مجموعه قواعد و نظامات حاکم بر جوانب مختلف علم حقوق است که البته در جزئیات، مانند استدلال حقوقی، با علم منطق به معنای خاص ارتباط پیدا خواهد کرد که در مباحث آتی بیشتر بدان خواهیم پرداخت. به طور جزئی و دقیق‌تر، از منظر علم منطق، در این عبارت و عبارات مشابه آن، وضع واژه «منطق» برای کلیت مجموعه‌ای که ذکر شد، از نوع وضع عام برای موضوع‌له عام است که به جهت کثرت استعمال این لفظ برای آن معنا بر وجه خاص مدنظر، در جایگاه وضع تعینی یا تخصصی قرار می‌گیرد.

۲-۱. تفسیر منطقی

عبارت مشابه دیگری که در آثار علمی تفسیری و حتی محاورات مخاطبان تفاسیر نیز شایع به نظر می‌رسد، «تفسیر منطقی» است. در ساختار وصفی «تفسیر منطقی» باید ارتباط میان واژگان «منطق» و «تفسیر» را محکم‌تر از نوع اضافی آن یعنی «منطق تفسیر» دانست. به نحو اجمال باید چنین گفت که تفسیر را در این رابطه، از آن جهت منطقی می‌نامیم که برخی قواعد و ساختارهای خاص و البته متناسب علم منطق باید در آن لحاظ گردد (کالینوسکی، ۱۳۷۳: ۲۷؛ Jacquin, 2018: 13). به عبارت بهتر، تفسیر منطقی به فرایندی اطلاق می‌گردد که هدف آن، فهم و تشریح معنای چیزی است که مبتنی بر عبارات لفظی و ظاهر متن نیست؛ چرا که دلایل دیگری برای فراتر رفتن از قصد گوینده یا نویسنده وجود دارد. همچنین باید توجه داشت که این نوع از نگاه تفسیری، بر این اصل استوار خواهد بود که هر هنجاری، بر ساختاری شرطی به مانند «اگر b_1, \dots, b_n رخ دهد، آنگاه L الزام‌آور خواهد بود»، بنا نهاده می‌شود. این رابطه منطقی، مبین اهمیت کاربردپذیری هنجارهای قانونی است که مدخلی مناسب برای تفسیر منطقی

خواهد بود (Boella et al., 2010: 563). اما برای دستیابی به نظری تفصیلی باید به سراغ روش‌شناسی منطقی در تفسیر قرارداد رفت که نتیجه آن، تبیین دقیق و جزئی‌نگرانه ماهیت فرایند «تفسیر منطقی» است.

همچنین در تبیین تمایز جایگاه اسمی و وصفی منطقی در عبارات می‌توان به «تفسیر منطقی احتمالات» نیز اشاره کرد که در آن، به علم منطقی از باب بررسی مبانی استقرایی احتمالات، توجهی ویژه می‌شود (Torfehnezhad, 2016: 61). به عبارت بهتر، تفسیر منطقی احتمالات به منظور احتراز از مسائل تفاسیر موضوع‌محور (در نگاه ما نتیجه‌گرایانه) در احتمالات مورد استفاده قرار می‌گیرد که با بهره‌گیری از ابزارهای استقرایی منطقی، احتمالات قبلی را در فضای نتایج تعیین می‌نماید (Hitchcock, 2001: 3).

باید به این نکته نیز توجهی ویژه داشت که جنبه‌ای از تفسیر منطقی که واجد آثار حقوقی می‌گردد و در ابعاد عملیاتی علم حقوق، حائز اهمیت فراوان دانسته می‌شود، تفسیری است که با تلفیق در یک استدلال منطقی، پا به عرصه‌ی اجراییات گذاشته و الزام‌آور گردد. در غیر این صورت، یعنی حالتی که به تفسیر منطقی تنها از جنبه‌ی نظری بنگریم و در واقع، به بررسی جزئیات این فرایند بدون توجه به نتیجه و آثاری که بر آن بار خواهد شد، پردازیم، آخرین مرحله از رسیدگی قضایی، یعنی استدلال منتج به حکم نهایی را از رسیدگی تفسیری سلب کرده و بحثی غیر کاربردی را در پیش گرفته‌ایم. اما واضح است که اصلی‌ترین هدف از پژوهش در حوزه تفسیر قرارداد، دستیابی به ویژگی‌های عملکردی این سیستم است، نه فقط تبیین اصول حاکم بر تفسیر منطقی متن.

لذا در ضمن توجه به جوانب نظریاتی تفسیر منطقی که مربوط به اصول پیمایش متن است، ابعاد کارکردگرایانه تفسیر منطقی را که به معنای امتزاج آن با استدلال است، نیز مورد دقت و توجه قرار خواهیم داد. بدین‌منظور، تفسیر منطقی را در قالب کلی روش‌شناسی و طی سه گفتار مجزا و منطبق بر مراحل سه‌گانه پیش‌گفته، یعنی استدلال موجب تفسیر منطقی، پیمایش متن و استدلال محیط تفسیر منطقی، به بحث خواهیم نهاد.

۲. روش‌شناسی منطق در تفسیر قرارداد

روش‌شناسی تفسیر منطقی، با هدف شناسایی الگوهای منطقی خواندن یک تفسیر از نگاه منطق به معنای خاص و تبیین معیارها و یا مراحل تفسیر منطقی صورت می‌پذیرد. باید دانست که تفسیر، رابطه انکارناپذیری با استدلال دارد. به معنای دقیق کلمه، تفسیر منطقی را نمی‌توان چیزی خارج از استدلال منطقی دانست؛ چرا که هر تفسیری، برای ظهور در قالب رأی نهایی، قطعاً و ضرورتاً باید با یک استدلال قیاسی درآمیخته و ملازم‌ت یابد (Omosulu, 2019: 181). در غیر این صورت، تفسیر تنها فرایندی نظری خواهد بود که نه تنها هیچ اثر حقوقی بر آن بار نمی‌شود، بلکه حتی نمی‌توان آن را با معیارهای منطقی مورد سنجش قرار داد. لذا در روش‌شناسی منطقی یک تفسیر، باید به دنبال کشف روندی تلفیقی از خوانش متن و استدلال‌ها بود که نتیجه را هم از لحاظ عملی و هم از لحاظ نظری پذیرفتنی نماید.

۱-۲. استدلال‌های موجب تفسیر منطقی

از باب مقدمه باید اشاره نمایم که در حالت کلی، دو مرحله رسیدگی و به تبع دو نوع استدلال در آراء محاکم مشهود و قابل بررسی است: نخست، رسیدگی‌های اولیه و بدون احتیاج به تفسیر؛ دوم، رسیدگی‌های ثانویه تفسیری. ممکن است در ابتدا چنین برداشت گردد که استدلال در هر مقام و موضعی که باشد، به یک شکل صورت می‌گیرد و از این حیث، تفاوتی بین مرحله صدور رأی اولیه و مقام رسیدگی ثانویه تفسیری نیست.

در پاسخ باید گفت که هرچند بخشی از ایراد را که متوجه فرم کلی استدلال است، می‌پذیریم، اما باید در نظر داشت که در مرحله صدور رأی، به قوانین و منابعی که اذن تمسک به آن‌ها وجود دارد، با نگاهی انحصاری توجه شده و با فرض عادلانه و اخلاقی بودن قوانین، بررسی جداگانه‌ای در میزان حصول عدالت و اخلاق صورت نمی‌گیرد. بدین لحاظ نمی‌توان در مرحله صدور رأی که ابهام و مسئله خاصی در جوانب پرونده به چشم نمی‌خورد و قوانین نیز برای صدور رأی مقتضی، کافی به نظر می‌رسند، شرایط را با پرونده‌ای که با ابهامات و نقاط کور بسیاری همراه بوده و در صورت

استفاده صرف از مقررات و منابع قانونی در دسترس، نتیجه‌ای نامناسب و دور از اخلاق و عدالت کسب خواهد شد، یکسان دانست. بله، در هر دو مورد، استدلال وجود خواهد داشت و اصولاً دادرسی بدون استدلال ممکن نخواهد بود؛ اما باید به مواد تشکیل‌دهنده استدلال در دو مقام مزبور بسیار دقت داشت که تفاوت‌های بارزی با یکدیگر دارند. به عبارت مختصر، در پرونده‌های نوع اول، آنچه از قانون و واقعیت وجود دارد، برای نیل به نتیجه‌ای مقبول کفایت خواهد کرد. اما در نوع دیگری از رسیدگی‌های ماهوی، دادرس به وضوح درمی‌یابد که ابهامی در کشف واقعیت و توصیف آن و یا تطبیق قواعد قانون بر توصیفات مزبور وجود دارد که پرونده را از مختموم گشتن به نتیجه‌ای صحیح و قانع‌کننده - که ما از آن به «نتیجه‌ای منطقی» تعبیر می‌نماییم - منع می‌کند.

شاید بتوان جهت تقریب به ذهن، از تعبیر پرونده‌های ساده و پرونده‌های سخت منسوب به دورکین استفاده کرد و از این عنوان یاری جست. بدین لحاظ، رسیدگی‌هایی که رویه عادی تشکیل استدلال را اقتضا دارد، معطوف به پرونده‌های ساده دانسته و آنچه در این مجال بدان می‌پردازیم، در حیطه پرونده‌های سختی تلقی نماییم که به جهت وجود ابهامات و گره‌های خاص، نمی‌توان با نگاه اولیه، پاسخی در خور ارزش‌های حقوقی بدان‌ها ارائه داد که تفسیر را بدین طریق، اجتناب‌ناپذیر می‌نمایند.

فارغ از مباحث مبنایی پیش‌گفته، باید دانست که در ساخت یک استدلال صحیح، همواره دو مقدمه با عناوین صغری و کبری نقش‌آفرینی می‌نمایند که در صورت وجود شرایط انتاج و اعتبار، لزوماً به حصول نتیجه‌ای منجر خواهند شد. این ترکیب و انتاج، یا باید در قالب قیاس باشد، یا تمثیل و یا استقراء. از آنجایی که تمثیل و استقراء اصولاً نتایجی قطعی و یقینی به دنبال ندارند و نمی‌توان به نتایج ظنی در دادرسی‌های قضایی استناد و اتکا نمود، تنها قیاس است که می‌تواند در رسیدگی‌های حقوقی برای دستیابی به نتیجه‌ای قابل استناد از مقدمات معلوم مورد استفاده قرار گیرد.

لذا استدلال قضایی منطقی یا قیاس قضایی را چنین تعریف می‌نماییم که عبارت است از روندی که طی آن، امری مجهول‌الحکم را به کمک معلومات موجود، تعیین تکلیف کرده و حکم مقتضی را بر آن بار می‌نماییم. در این فرایند منطقی - حقوقی،

آنچه به عنوان مقدمات استدلال به کار گرفته می‌شوند و لزوماً از معلومات خواهند بود، عبارت‌اند از موضوع دعوی به عنوان صغرای استدلال، و حکم کلی قانون در همان موضوع به عنوان کبری که نهایتاً موجب ترتب حکم قانون بر موضوع مورد بحث می‌گردد که همان نتیجه استدلال و رأی نهایی دادگاه است.

نکته مهمی که باید بدان توجه داشت، تمایز جایگاه تفسیر در پرونده‌هایی است که مبنای قراردادی داشته و پرونده‌هایی که اثری از قرارداد در آن نیست. به عبارت بهتر باید بین تفسیر قانون با قانون و تفسیر قانون با قرارداد تمایز قائل شد. البته در هر دو، نتیجه غیر مقبول از دادرسی‌های اولیه، میل به تفسیر را ایجاد خواهد کرد؛ با این تفاوت که در موضوعات قراردادی، اراده طرفین در بالاترین حد از میزان اثرگذاری خود قرار داشته و همین اراده است که به سبب منطبق نبودن با کبرای قیاس، نتیجه را غیر قابل قبول می‌نمایاند - که در ادامه بدان می‌پردازیم.

آنچه ما در این مبحث به دنبال شرح و بسط آن هستیم، موضوعات قراردادی است که در آن، کبرای استدلال باید وجهی از اراده مشترک طرفین و وجهی از اراده قانون‌گذار را با یکدیگر جمع کرده باشد تا بتوان در نتیجه، به حکمی سالم دست یافت. به عبارت منطقی، اراده طرفین به عنوان حد وسط باید هم در صغری و هم در کبری تکرار شود تا بتوان چنین قیاسی را منتج و نتیجه آن را صحیح و معتبر تلقی کرد و لذا انتظار می‌رود که در کبری، اراده قانون‌گذار محیط بر اراده طرفین باشد تا بتوان قانون را بر موضوع حاکم دانست. لازم به ذکر است که حد وسط، جزئی است که در هر دو مقدمه (صغری و کبری) تکرار می‌شود و در اصطلاح، بین آن دو مشترک است. لذا رابط بین حدود اصغر و اکبر بوده، اما در نتیجه وجود نخواهد داشت.

توضیح آنکه در صغرای استدلال تفسیری، نقش وجود قرارداد را باید در عاملیت اراده مشترک طرفین خلاصه کرد. لذا از وجود چنین عاملی در صغری اطمینان داریم و باید با احراز تکرار آن در کبری، به نتیجه چنین قیاسی اعتماد نمود. اما هر گاه این تبادل حد، در صغری و کبری اتفاق نیفتد و حد وسط در کبری وجود نداشته باشد، نتیجه حاصله از لحاظ علم منطق به معنای خاص، نادرست خواهد بود. در ذیل، مثالی (فرضی) از موضوع عدم توجه قانون‌گذار به حسن نیت خریدار ناآگاه را مشاهده

خواهید کرد که استدلال قضایی منسوب به آن، به سبب فقدان شرایط عمومی انتاج قیاس‌های منطقی، در جایگاه استدلال‌های قضایی موجب تفسیر بوده و ضرورت به کارگیری این سیستم برای کسب نتایج منطقی را ایجاب می‌نماید (Sartor et al., 2014: 10). باید توجه داشت که آنچه به صورت اولاً و بالذات از استدلال‌های موجب دریافت می‌شود، نفس عمل «تفسیر» است نه «تفسیر منطقی»؛ اما بدین سبب که این ایجاب، از جهت نواقصی حادث می‌گردد که ریشه در علم منطقی دارند، تفسیر جبران‌کننده آن را تفسیر منطقی نامیدیم.

قرارداد فروش ملکی در سال ۱۳۶۵ به ارزش X ریال بین شخص الف و ب منعقد شد و با سیر تمامی مراحل قانونی، مبیع و ثمن تحویل طرفین گردید و معامله با انجام تعهدات هر یک از طرفین به سرانجام رسید. اما پس از گذشت ۳۸ سال از معامله مذکور، که در طول این مدت، ملک مزبور تحت تصرف ایادی مترتبه بوده و تغییرات بسیار زیادی در آن صورت گرفته و حتی اسناد تفکیکی به چهار پلاک ثبتی مجزا برای آن صادر شده است، وراثت مالک نخستین با ارائه اسناد محکم از استقرار جنون در مورث حین انعقاد عقد و گواهی حجر وی، خواهان صدور حکم مبنی بر بطلان معامله مذکور هستند. دادگاه ضمن بررسی اسناد مدنظر خواهان بر ادعای خویش و توجه به سایر جوانب پرونده ملزم است طبق نظر صریح قانون‌گذار، در مرحله رسیدگی اولیه چنین استدلال و حکم نماید:

صغری: از بررسی محتویات پرونده و اسناد تقدیمی، محرز گردید که فروشنده در حین انجام عقد به موجب گواهی شماره... محجور بوده است.

کبری: به استناد مواد ۱۲۰۷، ۱۲۱۱ و ۱۲۱۳ از قانون مدنی و بدون توجه به وجود یا عدم حسن نیت طرف مقابل، معاملات مجانی به هر درجه که باشد، ممنوع و موجب بطلان اعمال حقوقی واقع شده توسط آنان خواهد بود.

نتیجه: با توجه به عدم توانایی خواننده در نقض ادعای خواهان و تصریح مواد قانونی، حکم به بطلان معامله مزبور صادر و اعلام می‌گردد.

این نتیجه در استدلال فوق، هر چند که مطابق با اراده قانون‌گذار بوده و از این حیث مستحکم به نظر می‌آید، اما با منطبق به معنای خاص «از جهت عدم تکرار حد وسط»،

و منطبق به معنای عام «از جهت بعد مبانی عقلانی و حتی عدالت‌محور»، در تعارض و تضاد خواهد بود. لذا دادرس وارد مرحله جدیدی از رسیدگی می‌شود که تفسیر در آن موضوعیت می‌یابد. نکته‌ای که در این خصوص باید بدان توجه داشت، نحوه شکل‌گیری اراده مشترک طرفین در قرارداد بیع اولیه است که البته در نهایت دوری از تصمیم‌گیری دادرس قرار دارد؛ بدین توضیح که در فرض حسن نیت خریدار و توافق با فروشنده مجنون بر ارزش واقعی ملک، به این اراده و تقارن آن با عقد، هیچ ثمری بار نخواهد شد. مگر نه این است که باطل دانستن معاملات مجانین، به سبب حمایت از آنان و جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی در حق آنان است؟ حال که این مقصود در این امر و به سبب عدم اطلاع خریدار از جنون فروشنده محقق گردید، باطل دانستن آن، منطقی‌تر به معنای مخالفت با غرض قانون‌گذار خواهد بود. لذا در این پرونده نیز نقص کبرای قانونی را با لحاظ اراده مشترک طرفین بر ارزش مورد معامله می‌توان ثابت کرد. قیاسی که در حالت مطلوب تفسیر به دنبال آن هستیم، بدین شکل خواهد بود:

صغری: معامله در زمان حجر فروشنده مجنون واقع گشته و خریدار از آن بی‌اطلاع بوده است.

کبری: هرچند که معاملات مجانین باطل است، اما بر اساس اصل حسن نیت و ارج نهادن به آن، عدم اطلاع خریدار را باید حسن نیت دانست و از ورود ضرر به وی جلوگیری کرد و لذا در چنین شرایطی، معامله را حداقل باطل مطلق ندانست.^۱
نتیجه: معامله مذکور باطل نیست.^۲

بنابراین در استدلال‌های برخاسته از دعاوی قراردادی، عدم تکرار حد وسط به معنای عدم رعایت صورت قیاس است که از اصل، انتاج چنین قیاسی را با بطلان -یا در بهترین حالت با اشکال- مواجه می‌نماید. اما در ابعاد مادی مقدمات، نقصان و عیب چشمگیری به نظر نمی‌رسد. لذا ارتباط غیر قابل انکار بین استدلال‌های حقوقی و تفسیر منطقی که

۱. ذکر این نکته نیز ضروری به نظر می‌رسد که استدلال فوق و استنتاج متعاقب آن در خصوص عدم بطلان معاملات مجانین، هیچ‌گاه به معنای اجتهاد در برابر نص نخواهد بود؛ چرا که بین تفسیر اراده قانون‌گذار با اجتهاد در آن، تفاوت‌های واضح و روشنی وجود دارد که شرح آن در این مختصر نمی‌گنجد.
۲. برای مشاهده مثال دیگری در این زمینه و با موضوع ساخت سد لتیان، ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۷۹-۲۸۰.

در ابتدای بحث بدان اشاره شد، تا به اینجا در حدود مرحله اول یعنی استدلال موجب تفسیر منطقی واضح می‌گردد. اکنون می‌توان پا به مرحله دوم، یعنی پیمایش متنی که به کمک استدلال‌های موجب، لزوم بازبینی آن تبیین گشت، نهاده و مبانی متن محور تفسیر منطقی را بررسی نمود.

۲-۲. پیمایش منطقی متن قرارداد

قبل از شروع بحث، بسیار مهم و اساسی است که بدانیم تبیین ضوابط و مقررات خاص برای تفسیر منطقی، فارغ از انحرافات که نسبت به اهداف نهاد تفسیر ایجاد خواهد نمود، با اهداف منطقی که انعطاف و همانندسازی با متن در دسترس است، در تعارض آشکار بوده که البته با موازین و اصول پذیرفته شده جایگاه قضاوت، یعنی اصل شخصی بودن علم قاضی نیز در تنافی و تضاد خواهد بود.

لذا به نظر می‌رسد که کاوش و فحوص در مبانی متنی و زبانی، نتیجه‌ای جز تقييد و تحديد نهاد تفسیر و بالاحص تفسیر منطقی که وسعتی به اعتبار ادراکات عقلی دارد، نخواهد داشت. اکنون با تکیه بر این دیدگاه و همچنین نظری که تفسیر منطقی را رویکردی کلی معرفی نموده که روش‌های متغیر و متناسب با هر حوزه تفسیری را به‌طور اختصاصی ارائه می‌نماید، از تأکید و اصرار بر وضع قواعد و چارچوب‌های یقینی برای تفسیر منطقی پرهیز کرده و به شرح ذیل، تنها سعی در تبیین ساختار کلیات و مبانی آن خواهیم داشت.

۲-۲-۱. مباحث الفاظ علم منطقی در پیمایش منطقی متن

در مرحله پیمایش و بازخوانی منطقی متن قرارداد، به‌طور کلی می‌توان از ابزار مربوط به مباحث الفاظ (معرف) علم منطقی و همچنین اصول کلی حاکم بر آن استفاده کرد.

۲-۲-۱-۱. موضوع‌شناسی در قرارداد

شناخت موضوع قرارداد، از جمله گام‌های اولیه و بسیار مهم در فهم مقاصد طرفین از ایجاد آن و نحوه به‌کارگیری الفاظ برای بیان مقاصد مزبور است؛ برای مثال، تشخیص

و تبیین موضوع قراردادی که در آن، از تسهیل منافع و حبس عین سخن به میان آمده است، اما طرفین بر آن، عنوان اجاره را نهاده‌اند، جز با شناخت خواص و عوارض ذاتی اجاره و وقف میسر نخواهد بود. علمی که چنین تفکیکی را در عرصه خصوصیات موضوعی ارائه می‌نماید، منطقی است. لذا به کارگیری معیارهای موضوع‌شناسی منطقی، بخش مهمی از اهداف فرایند تفسیر متون حقوقی را تأمین خواهد نمود.

۲-۱-۲-۲. تعاریف در حقوق

تعریف در علم منطق، مجموعه قواعد و اصولی را شامل می‌شود که برای شناخت دقیق معنا و مفهوم الفاظ، معرفت نسبت به آن‌ها و همچنین به کارگیری صحیح این قواعد، ضروری و لازم است که در برخی موارد، مبرز ویژگی‌های دوگانه نظری و کاربردی منطق صوری خواهد بود (Queiroz et al., 2012: 101). عدم اتفاق طرفین مذاکره بر مفاهیم الفاظ قرارداد، که برخاسته از ناآگاهی آنان از اصول و بنیان‌های صحیح فهم معنای الفاظ است، دلیل اصلی شکل‌گیری اختلاف‌نظرها در اجرای قرارداد و کشمکش‌های گفتاری و نظری خواهد بود؛ برای مثال، در تعریف «عقد» عناصری وجود دارند که بدون احراز آن‌ها اصولاً عقده شکل نمی‌گیرد، مانند وجود قصد مشترک. لذا این عناصر از ذاتیات تعریف عقد بوده و نمی‌توان آن را عارض بر عقد دانست؛ اما لزوم و عدم امکان بر هم زدن عقد، از ذاتیات آن نبوده و از عوارض آن است.

۳-۱-۲-۲. دلالت الفاظ قرارداد

ناگفته پیداست که بخش اعظمی از جریانات حقوقی و قضایی در هر نظام حقوقی، وابسته و در گرو قرائت و تبیین دلالت لفظ بر معناست. دلالت لفظی را در مثال ساده‌ای از ماده ۲۲۴ قانون مدنی می‌توان پی گرفت. قانون‌گذار در این ماده مقرر می‌دارد که الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه. هرچند که کلیت ماده در بیان نوعی از دلالت وضع شده است، اما در جزئیات آن نیز می‌توان شاهد وجود الفاظ دال، و مدلول‌های احتمالی آن‌ها بود؛ برای مثال، از لفظ «عرفیه» به دلالت التزامی می‌توان چنین برداشت کرد که معانی شرعیه نیز داخل در عرفیه خواهد بود. به عبارت بهتر،

هر گاه معانی به صورت عرفیه لحاظ شوند، وجه شرعی آنها نیز با آن ملازم بوده و به ذهن خطور خواهد کرد و لذا معانی عرفیه به دلالت التزامی بر معانی شرعیه نیز دلالت خواهند داشت. همچنین می‌توان دلالت تضمینی را نیز از لفظ عرفیه برداشت کرد؛ بدین صورت که مقصود قانون‌گذار، تنها عرف تجاری حاکم بر موضوع قرارداد است که به منزله جزء و ضمن عرف کلی خواهد بود.

۲-۲-۲. اصول تفسیر منطقی قرارداد

در پیمایش منطقی متن که با عینک خاص علم منطقی صورت می‌پذیرد، به جز مباحث الفاظ منطقی که شرح آن گذشت، اصولی کلی و جامع در نگاه عرفی و عام منطقی وجود دارد که به نوعی برگرفته از مبانی تلفیقی پراگماتیک و دیالکتیک منطقی بوده و تجمیعی از هنجار-توصیف‌هاست (Budzynska et al., 2014: 13) که در ذیل بدان می‌پردازیم.

۲-۲-۲-۱. نفی صورت‌گرایی محض

در دیدگاه صورت‌گرایی، تمام آنچه «هست»، به عنوان منبع اصلی رسیدگی قضایی تلقی می‌گردد که به معنای نفی ضرورت هر گونه تفسیر خواهد بود. توجه صرف به الفاظ و صورت متن، بدون در نظر گرفتن انواع دلالت‌های متن بر معنا و نادیده گرفتن اصول تعریف مفاهیم، دقیقاً در نقطه مقابل نهاد تفسیر و بالاخص وجه منطقی آن قرار دارد. لذا باید اذعان داشت که تفسیر منطقی، هم از جهت اصل تفسیر و هم از جهت لزوم منطقی بودن آن، با صورت‌گرایی در تنافی کامل است و از این حیث، با واقع‌گرایی مشابهت بیشتری خواهد یافت.

وصف منطقی در تفسیر نیز بر مبنای همین رد و انکار توجیه‌پذیر خواهد بود؛ چرا که توجه صرف به الفاظ و صورت متن، بدون در نظر گرفتن انواع دلالت‌های متن بر معنا و نادیده گرفتن اصول تعریف مفاهیم، دقیقاً در نقطه مقابل نهاد تفسیر و بالاخص وجه منطقی آن قرار دارد.

۲-۲-۲-۲. اهمیت اهداف ابتدایی تفسیر قرارداد

در تفسیر منطقی، آنچه به عنوان یک اصل همواره بر روند کشف و تبیین مقاصد

خالق متن مورد توجه قرار دارد، جلوگیری از وقوع انفکاک بین اهداف رویکرد اتخاذی و نتایج حاصله است. توضیح آنکه در روند انجام تفسیر قرارداد که با رویکردهای گوناگونی صورت می‌پذیرد، نقض و خروج از اهداف رویکرد مدّ نظر، از نگاه تفسیر منطقی هیچ توجیهی نداشته و در صورت وقوع، وصف منطقی بودن را از چنین تفسیری سلب خواهد نمود؛ برای مثال، در تفسیری که با رویکردهای اقتصادی صورت می‌پذیرد، حفظ تعادل ارزش مبادلات طرفین و همچنین تعدیل تعهدات با معیارهای اقتصادی زمان اجرای قرارداد، از جمله اهدافی است که در سایه حفظ وصف منطقی بودن تفسیر، تخطی از آن تا انتهای روند تفسیری جایز نبوده و هر جا که چنین خروجی وقوع یابد، وصف منطقی بودن از روند تفسیری نیز زائل خواهد گشت.

۳-۲-۲. توجه ویژه به شرایط زمان انعقاد قرارداد

وجه عقلانی تفسیر منطقی، مفسر را ملزم می‌دارد تا در روند کشف مقاصد اصلی طرفین در قرارداد و یا تبیین نقاط مبهم آن، فارغ از توجه به اوضاع حاکم در زمان اجرای قرارداد، به شرایط و موقعیتی که قرارداد تحت آن تنظیم یافته است، توجه ویژه نماید. از جمله این شرایط می‌توان به سوابق معاملاتی و مراودات تجاری طرفین اشاره کرد که توجه به آن، جز در قالب اعتقاد به لزوم منطقی بودن تفسیر توجیه‌پذیر نخواهد بود. دستیابی به نوع نگاه و رویکرد هر یک از طرفین در روابط قراردادی مقدم مابین خود، می‌تواند راهنمای خوبی برای فهم و دستیابی به آنچه در قرارداد مؤخر قصد کرده‌اند، باشد. مصداق دیگری از ضرورت توجه به حواشی خارج از قرارداد، بررسی انگیزه‌های هر یک از طرفین جهت ورود به قرارداد است که این امر، خود در گرو بررسی برخی از خصوصیات و جزئیات روابط اجتماعی افراد نیز خواهد بود.

از باب تبیین بیشتر موضوع و اثبات قابلیت تعمیم آن به سایر عرصه‌های قراردادی، در تفسیر منطقی از قوانین، اصولی چون سنجش آن ماده قانونی با مورد لاحق و سابق، ملاحظه کردن سیاق و نظم مواد مجاور ماده مورد تفسیر، ملاحظه نمودن علت وضع آن ماده و منظور نمودن سرفصل (عناوین اصلی و فرعی) ماده مورد تفسیر (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۱۷۲)، به عنوان مصادیق بارزی از لزوم توجه به «اوضاع و احوال» حاکم بر متن،

قابل توجه و دقت است.

۴-۲-۲. هنجار محوری در کسب نتیجه

از جمله مهم‌ترین اصول حاکم بر فرایند تفسیر منطقی قرارداد، اهمیت یافتن هنجارهای پذیرفته‌شده اجتماعی است که مسیر دستیابی به نتیجه رسیدگی را در برخی از موارد به صورت کامل دگرگون خواهد ساخت.

حفظ قرابت نتیجه دادرسی به ارزش‌هایی چون عدالت و نظم و اخلاق، مجموعه‌ای از معیارهای عرفی پیمایش متن را تشکیل خواهد داد که در موارد تعارض و تناقض آشکار با قوانین مدون، اذن و جواز استناد به سایر منابع معتبر را فراهم خواهد آورد. هرچند که قانون یا قرارداد از منابع حقوقی محسوب می‌شوند، اما هنجارها مفهوم و محتوای این متون را تشکیل داده و در واقع زبان گویای آن هستند (Pino, 2014: 10). لذا رویکردی که در تفسیر منطقی به عنوان مبنای بسیاری از استدلال‌های نهایی و محیط قرار می‌گیرد، توجه به نیازها و الگوهای هنجار محوری است که نه تنها از اهداف اصلی نهاد تفسیر، بلکه در مجموعه آرمان‌های علم حقوق نیز جایگاهی ویژه را به خود اختصاص داده‌اند.

۵-۲-۲. انعطاف و پویایی

آنچه تفسیر منطقی را از سایر انواع رویکردهای تفسیری متمایز می‌نماید، تساهل و نرمش در مقابل سنخ و جنس متن است. توجه به زمینه‌های اصلی و مبانی کلی حاکم بر اراده خالق متن، نیازسنجی و تطابق با اهداف مدّ نظر مفسر، استفاده از تمامی ظرفیت‌های معنایی و مفهومی متن و عدم پذیرش چارچوب‌های تعیینی و تقنینی در روند تفسیری، از جمله ابزارهایی هستند که در تبیین وصف پویایی تفسیر منطقی قرارداد و انعطاف‌پذیری آن نسبت به متغیرهای گوناگون، قابل استناد خواهند بود.

از باب نمونه، نتایج حاصل از تفسیر منطقی از قرارداد صلح یا هبه‌ای که در گذشته دور، بین وراث متوفی در زمینه نحوه تقسیم و تصاحب سهم الارث منعقد می‌گردد، به سبب دخالت متغیرهای گوناگون و تأثیرگذار، ممکن است متفاوت و حتی با یکدیگر متعارض باشند؛ چنان که اگر پس از گذشت چندین سال، هر یک از وراث با ادعای

عدم علم به موضوع قرارداد و جهل به آثار آن، ادعای بطلان و یا تعدیل تعهدات ناشی از قرارداد را موضوع دعوای خویش علیه ذی نفعان دیگر قرار دهد، تفسیر منطقی قرارداد چنین ایجاب می نماید که الفاظ و عبارات قرارداد را با نگاهی عرفی و غیر یقینی مورد بررسی قرار دهیم. اما اگر خواهان با پذیرش اعتبار قرارداد و عدم ایراد بر ثبوت آن، تقاضای تعیین دقیق تعهدات هر یک از طرفین را داشته باشد، استفاده از عینک عرفی و به دور از سختگیری های قانونی توجیهی نداشته و تنها معیارهای واضح و روشن قانونی را باید مورد توجه قرار داد که منتهی به کشف اراده طرفین و تحمیل اراده قانون گذار بر آن خواهند گشت.

۲-۳. استدلال محیط تفسیر منطقی قرارداد

پس از آنکه در مورد عوامل ایجابی تفسیر منطقی و نحوه انجام این فرایند در قالب پیمایش متن، مطالبی را ارائه نمودیم، نوبت به آخرین مرحله از فرایند تفسیر منطقی خواهد رسید که طی آن، دادرس با لحاظ جمیع محتویات پرونده و آنچه از تفسیر منطقی متن به انضمام سایر رویکردهای تفسیری (در صورت نیاز) دست یافته است، اقدام به تشکیل استدلالی قیاسی برای صدور حکم نهایی در موضوع پرونده خواهد کرد (Macagno et al., 2012: 63).

استدلال نهایی دادگاه را از این رو که در بردارنده نتایج و کشفیات تفسیری بوده و آن را احاطه کرده است، محیط بر این دستاوردها می دانیم. این استدلال که همواره در قالب قیاس تشکیل می گردد، به عنوان چکیده و خلاصه ای از نتیجه رسیدگی تفسیری خواهد بود که ملاک و معیار سنجش فرایند دادرسی را مهیا می نماید. لذا زمانی که از موفقیت یک رسیدگی منطقی و یا به عبارت بهتر، منطقی بودن نتیجه یک تفسیر سخن می گوئیم، در واقع، پرسش از میزان موفقیت یا منطقی بودن نتیجه چنین استدلالی خواهد بود که در نگاه علم منطق، با عنصر «قطعیت» حاصل از قیاس صوری قرابت خواهد داشت. از این روست که باید برای شناسایی میزان کارایی نتایج حاصل از تفسیر منطقی و یا میزان منطقی بودن نتیجه چنان تفسیری، به ملاک های قطعیت در علم منطق نگاهی داشته باشیم و کاربردشناسی منطق در تفسیر قرارداد را از این نقطه پی گیریم.

۳. کاربردشناسی تفسیر منطقی

نکته اصلی در طرح بحث کاربردشناسی تفسیر منطقی، پاسخ به این سؤال خواهد بود که آیا روش‌های تفسیری موجود، سازوکار بی‌نقصی است که اگر داده خام وارد آن شود، خروجی آن قابل اتکا و دقیق است؟ یا ممکن است علی‌رغم ظاهر منطقی روش تفسیری، در عمل، نقصی در آن باشد که به سادگی نیز قابل مشاهده نیست؟ (مافی و کدیور، ۱۳۹۷: ۱۸۹-۱۹۰). باید توجه داشت که بحث از کارکردهای تفسیر منطقی و قیاس منسوب به آن، رابطه‌ای ویژه با بررسی جایگاه‌های ثبوتی و اثباتی تفسیر منطقی و نوع ارزش‌گذاری هر یک از این دو حوزه خواهد یافت. به عبارت بهتر، تنها با تبیین و تنقیح ویژگی‌ها و عناصر ثبوتی و اثباتی تفسیر است که دستیابی به ملاک‌های قطعی سنجش میزان منطقیّت یک تفسیر میسر خواهد گشت.

۱-۳. ماهیت تفسیر (جنبه ثبوتی)

تفسیر یک ابهام یا در معنای وسیع‌تر، یک قرارداد، راهکاری برای جبران نقایص و جوانب غیر معقول یا ناعادلانه یا غیر اخلاقی رسیدگی‌های مرحله اولیه است که برای سلب چنین اوصافی از یک دادرسی، در قالب بازخوانی متن با رویکردهایی متفاوت عمل می‌نماید. در واقع، زدودن این اوصاف نامأنوس از یک رسیدگی، از ویژگی‌های ذاتی تفسیر است و نمی‌توان تفسیر را بدون وصف عقلانیت یا عدالت‌محوری تصور کرد و از این رو، هر گاه با چنین نتیجه نامناسبی روبه‌رو گردیم، باید به صحت تفسیر و علم مفسر تردید روا داشت. باید توجه داشت که توصیف فوق، تنها مربوط به جوانب ثبوتی تفسیر است که در حد ذات خود، باید برطرف‌کننده هر گونه نقص و کاستی از تمامی ابعاد هنجاری یا قانونی باشد. اما این بدان معنا نیست که در جنبه اثباتی نیز تفسیر را تا این حد موفق و قابل اعتماد بدانیم. برای درک بهتر مسئله باید نگاهی ویژه به عناصر تشکیل‌دهنده حوزه اثباتی آن داشته باشیم.

۲-۳. استدلال قیاسی محیط تفسیر منطقی (جنبه اثباتی)

استدلال قیاسی همان گونه که برای رسمیت یافتن و ثبوت یک فرایند تفسیری،

به‌عنوان عنصری اساسی تلقی می‌گردد، در جهات اجرایی و کاربردی تفسیر منطقی نیز نقش مهمی را ایفا می‌نماید. برای رویکرد منطقی در استدلال‌های حقوقی باید سابقه‌ای دیرینه در نظر داشت که به موجب آن، نقش اعتبار یا قطعیت نتایج به‌عنوان معیار و ملاک منطقی بودن استدلال، مورد تأکید ویژه قرار می‌گیرد (Emeren, 2001: 203). از این روست که کشف میزان اثربخشی و فایده‌مندی یک فرایند تفسیری، تا حد زیادی وابسته به شناخت مبانی قطعیت استدلال قیاسی منضم به آن خواهد بود؛ بدین معنا که قربت یک تفسیر منطقی با واقع که ممکن است قصد طرفین یا معیارهای دیگر باشد، در گرو سیستم قطعیت‌زایی است که تفسیر در قالب آن به حکم تبدیل می‌شود. در واقع باید چنین گفت که نیروی این نوع از استدلال اساساً وابسته به قدرت دلایل (و مقدماتی) است که از آن‌ها تشکیل می‌گردد (Kloosterhuis, 2008: 496). در نگاه منطقی به استدلال‌های قضایی، شرط اساسی پذیرش قضاوت‌های مبتنی بر استدلال، آن است که بتوان آن‌ها را مجدد بر اساس یک استدلال معتبر منطقی بازسازی نمود (Ibid.: 204). این سیستم استنتاجی که به سبب بهره‌گیری از فرم قیاس منطقی، باید نتایج قطعی و غیر قابل خدشه‌ای را صادر نماید، در مواردی که نتیجه با واقع و یا سایر معیارهای سنجشی اختلاف مهمی دارد، مورد نقد و خدشه منتقدان قیاس‌صوری قرار گرفته و اعتبار خویش را در نگاه آنان از دست می‌دهد.

در مکتب حقوق اسلام، قضاوت به مقدماتی که برگرفته از منابع شرعی است، همواره پایبند و ملزم هستند؛ مگر اینکه یک ابهام یا نقطه کور در مقدمات، گنجاندن یا محرومیت برخی از حقایق را در مقدمات اجازه دهد، که در این شرایط، این امور از مقدمات برچیده شده و در نتیجه نباید یا نمی‌توان آن را دنبال کرد (Hallaq, 1985: 81).

بر مبنای نگاه انتقادی، در قیاس‌صوری، نتیجه باید ضرورتاً از مقدمات حاصل گردد و با فرض مقدمات، چاره‌ای جز قبول نتیجه وجود ندارد. لذا اگر استدلالی براساس قواعد منطقی‌صوری قیاس انجام پذیرد، نتیجه را باید به گونه‌ای قطعی و تخلف‌ناپذیر، زائیده مقدمات دانست و جایی برای تردید و تصمیم وجود نخواهد داشت. اما در استدلال‌های (قیاس‌های) حقوقی، هر قدر هم که مقدمات محکم و معتبر باشد، نتیجه به گونه‌ای نیست که احتمال خلاف آن ممتنع و محال باشد و

به عبارتی، نوعی از شکاکیت را به سبب شرکت و دخالت عناصر انسانی چون درک و احساسات، در رسیدگی‌های قضایی شاهد هستیم (Maxeiner, 2011: 15-16). ضمن اینکه صعوبت در احراز واقع و توصیف آن، در برخی از موارد بسیار سخت و حتی غیر ممکن خواهد بود؛ مثلاً تبیین و توصیف مفاهیم تصرف مالکانه و تصرف غاصبانه یک مال، ممکن است هیچ تفاوتی در واقعیت خارجی نداشته باشند و مشاهده وقایع خارجی، هر اندازه که دقیق و ریزبینانه هم باشد، نمی‌تواند به انتخاب یکی از این دو عنوان منتهی گردد. به عبارت بهتر، تعیین موضوع و عنوان برای عمل خارجی و واقع، امری بسیار سخت است و مثلاً به صرف مشاهده واقعه خارجی نمی‌توان توهین یا سوء معاشرت یا عسر و حرج را از آن انتزاع کرد. همچنین است در بحث مهم نیت و قصد، که احراز آن با هیچ ابزاری ممکن نیست و تنها قاضی باید آن را بیابد.

در واقع قیاس را در عرصه حقوق باید تنها از جهت فرم کلی استدلالی آن، مورد توجه قرار داد، نه جوانب صوری و رسمی آن (Manzin & Tomasi, 2014: 981). برای پاسخ به ایراد فوق، لازم است که قیاس منطقی را از دو جنبه قیود اساسی تعریف و مبادی آن مورد بررسی قرار دهیم.

۳-۲-۱. قیود اساسی در تعریف قیاس

قیاس منطقی عبارت است از قولی مرکب از چند قضیه که اگر مورد قبول و مسلم فرض گردند، ذاتاً قضیه‌ای دیگر از آن‌ها لازم آید:

«قول مؤلف من القضايا متی سلمت، لزم عنه لذاته قول آخر» (مظفر، ۱۳۷۶: ۱/۲۳۵).

باید دانست که معیار قطعیت و تخلف‌ناپذیری نتیجه یک قیاس صحیح، رابطه مستقیمی با مقدمات انتخاب شده برای آن داشته و یکی از شرایط عمومی انتاج قیاس نیز تابعیت احس نتیجه از مقدمات است. اینکه در تعریف ارائه شده برای قیاس، از قید «متی سلمت» برای «لزم عنه» استفاده شد، در تبیین این موضوع است که نتیجه قطعی یک قیاس، در انحصار مقدمات برگزیده برای همان قیاس است و اگر در قیاسی دیگر و با مقدماتی متفاوت، نتیجه‌ای عکس نتیجه اول پدید آید، به معنای نقص در مقدمات و دستگاه قیاس اول نیست و در واقع، لازمه قیاس همین است. لذا قید «متی سلمت»

معیاری شخصی داشته که به تبع در «لزم عنه» نیز دنبال می‌شود و هیچ‌گاه از قیاس، نتیجه‌ای تا ابد درست و تا ابد غلط انتظار نمی‌رود؛ چرا که صدق یا کذب نتیجه، در گرو مقدماتی است که آن را ساخته‌اند و لذا اگر در مقدمات دیگری، قید «متی سلمت» احراز گردد، باید منتظر «لزم عنه» دیگری نیز بود و این به معنای ظنی بودن نتیجه نیست. اما ظنی بودن که در استقراء و تمثیل باعث شده است تا اعتبار این دو استدلال خدشه‌دار گردد، بدین معناست که در مقدمات، قید «متی سلمت» حتی به صورت شخصی و نه نوعی نیز احراز نمی‌گردد تا «لزم عنه» صدق نماید. به عبارت بهتر، ظنی بودن استقراء و تمثیل را مقدمات غیر قطعی آن دو موجب می‌شوند، نه نتیجه حاصله؛ چرا که نتیجه چیزی جز اختلاط مقدمات نبوده و در میزان صدق و کذب، تابع محض آنان خواهد بود. نکته دیگر در باب قطعیت آنکه منطقی صوری همواره به ظاهر و صورت قیاس توجه داشته و در باب ماده قیاس - که مبنای «متی سلمت» قرار می‌گیرد - بحثی به میان نیاورده و معتقد است که بررسی صدق یا کذب مقدمات را باید در علمی جستجو کرد که از قیاس برای استدلال در آن حوزه استفاده شده است. لذا استدلال منطقی را که در حوزه حقوق و قضاوت مورد توجه است، باید با مبانی همین علم در ترازوی صدق و کذب قرار داد و بررسی کرد، نه حقیقت و واقعیتی که در علم فلسفه تعریف می‌شود.

ارسطو به این مسئله واقف بود که محتوای یک قیاس و موضوعات مطرح‌شده در آن، نه با علم منطقی ارتباط دارد و نه با قوانین منطقی می‌توان به این گزاره‌ها اعتبار بخشید. به عبارت بهتر، صدق و کذب محتوای یک قیاس را علم مرتبط با موضوع مفاد آن تعیین می‌نماید؛ برای مثال، گزاره‌هایی را که در باب علم فیزیک وضع می‌شوند، تنها به دست یک فیزیک‌دان می‌توان در سنجش صدق و کذب قرار داد و منطق‌دان تنها ساختار و صورت منطقی استدلال متشکل از آن را بررسی می‌نماید

لذا علی‌رغم آنکه حقوق‌دانان به وجود استدلال‌های خاص حقوقی اصرار دارند، منطقیان در این زمینه با حقوق‌دانان موافق نبوده و ادعا دارند که اگر مقصود از منطق، همان منطق صوری است که به تدوین و تحلیل قواعد قیاس می‌پردازد، با توجه به اینکه ماده این منطق را می‌توان از هر یک از رشته‌های علمی فراهم آورد - و در واقع، نظام قیاس منطقی صوری است که چنین اجازه‌ای را به فرد می‌دهد تا ماده را از هر علمی

انتخاب نماید. هیچ دلیلی وجود نخواهد داشت که وقتی حدود قیاس از علم حقوق اخذ می‌شوند، نام قیاسِ نهایی و منطق آن را از صوری به حقوقی تغییر دهیم. همان گونه که اگر حدود قیاس از علومی چون شیمی و زیست‌شناسی انتخاب شوند، به منطق به کار گرفته شده، منطق شیمی یا زیست‌شناسی نمی‌گوییم (پلرمان، ۱۳۷۳: ۱۰۸). لذا دور از انصاف است آنچه برخی نویسندگان در باب توصیف قیاس ادعا کرده‌اند:

«دغدغه اصلی قیاس، یافتن مصداق یا مصادیقی است که می‌توان قاعده را بر آن بار نمود، بی‌آنکه توجهی به شرایط خاص هر مصداق یا رویداد و نقش آن بر انتخاب قاعده مربوط شود و یا آنکه پیامدهای حمل قاعده حقوقی بر واقعه یا مصداق را در نظر بگیرد» (راسخ و پورسید آقایی، ۱۳۹۵: ۷۳).

۲-۲-۳. مبادی قیاس

قیاس منطق صوری تنها محدود به نوع یقینی و برهانی نبوده و در تبیین عملکرد این سیستم در رسیدگی‌های قضایی، می‌توان با شرح انواع گوناگون آن، از ورود نقدهای فراوان جلوگیری کرد. قیاس علاوه بر تقسیماتی که از جنبه صورت دارد و به اقترانی، استثنایی و... تقسیم می‌شود، از منظر ماده نیز به برهان، جدل، مغالطه، خطابه و شعر قابل تقسیم است. خطابه و شعر و مغالطه را در جایگاه دادرسی و حقوق ارزشی نیست؛ لذا از تفصیل آن‌ها می‌گذریم. اما در مورد برهان و جدل باید دانست که تفاوت آن‌ها و البته وجه تمایز تمامی انواع پنج‌گانه فوق، در مبادی آن‌هاست. به عبارت بهتر، این اقسام حسب موادی که در مقدمات می‌پذیرند، از یکدیگر متمایز می‌گردند.

قیاسی که در مقام برهان اقامه می‌شود، تنها مقدماتی را می‌پذیرد که یقینی هستند، و قیاسی که در مقام جدل تشکیل می‌گردد، از غیر یقینیات یعنی مسلمات و مشهورات^۱

۱. مشهورات: قضایایی که زبانزد همه است و همه یا اکثر مردم و فضلا بر آن شهادت می‌دهند. به عبارت بهتر، قضایایی که میان مردم شهرت داشته و تصدیق مفاد آن در میان همه یا اکثر عقلا و یا گروهی خاص رواج دارد. این گزاره‌ها ذاتاً مورد تصدیق عقل نیستند. لذا از قضایای اولی فاصله می‌گیرند و قضایای وهمی نیز نیستند. مشهوراتی که موافق مصلحت عموم و بر حسب سیرت‌های پسندیده هستند، آراء محموده نیز نام می‌گیرند. مشهورات به صورت کلی به ۶ دسته تقسیم می‌شوند: واجبات القبول، تأدیبات صلاحیه، خلقیات، انفعالیات، عادیات، استقرایات.

مسلمات: گزاره‌هایی هستند که برای شخص معینی مسلم بوده و بدان‌ها ملتزم شده است و آن‌ها را در حجتی که برای ابطال نظر او به کار می‌گیرند، مورد استفاده قرار می‌دهد.

در مقدمات بهره می‌جوید. البته این بدان معنا نیست که در جدل، مقدمات را تنها باید از غیر یقینیات برگزید و از این رو، نتیجه را از واقع و حقیقت دور بدانیم؛ بلکه باید توجه داشت که در یکی از مبادی مشهورات یعنی «واجبات القبول»^۱ می‌توان از اولیات و فطریات که هر دو در جایگاه یقینیات هستند نیز استفاده نمود و این یعنی همان انعطافی که به قیاس منطقی، توانایی خروج از محدوده ایرادات منتقدان را اعطا می‌نماید. همچنین باید دانست این ادعا که قیاس حقوقی همواره برای توجیه نتایج مدنظر دادرس مورد استفاده قرار می‌گیرد نیز صحیح نیست؛ چرا که نمونه‌های بسیاری از آراء صحیح محاکم وجود دارند که استدلال‌های پشتیبان آن‌ها، از نوع قیاس‌های حقوقی نیست. بنابراین قیاس حقوقی، تنها با بخش خاصی از تصمیمات قضایی در ارتباط است. اما اینکه دقیقاً کدام نوع از تصمیمات، به طور واضح مشخص نیست (d'Almeida, 2019: 7).

نتیجه‌گیری

استنتاج نهایی در این پژوهش بر این امر تأکید می‌نماید که علی‌رغم تصور و ذهنیتی که بدواً برای انسان از عبارت «تفسیر منطقی» شکل می‌گیرد، تفسیر یک قرارداد برای برای منطقی بودن باید فرایندی سه مرحله‌ای را در قالب مباحث مستنبط از علم منطق به معنای خاص طی نماید و تنها توجه به عوامل و معیارهای عرفی و عام منطقی نمی‌تواند نتیجه‌ای قابل دفاع را به دست دهد.

اما از نگاهی دیگر، از این نکته نیز نباید غافل شد که علاوه بر ارتباط مهمی که بین نتایج حاصل از یک فرایند تفسیری و علم منطق به معنای خاص وجود دارد، در جنبه عام و عرفی علم منطق که همبستگی خاصی با ارزش‌های عقلی و هنجارهای اجتماعی خواهد داشت، مفاهیم و معیارهای قابل توجهی برای منطقی خواندن یک تفسیر یا به عبارت دقیق‌تر، رسیدگی تفسیری وجود دارد که بررسی آن را در قالب مصادیق اصلی آن یعنی عدالت، اخلاق و انصاف توجیه می‌نماید. از این رو، هر قدر که نتایج یک رسیدگی ناشی از تفسیر، با معیارهای اخلاقی یا عدالت‌محور مخاطب فاصله داشته

۱. این نام بر قضایایی اطلاق می‌شود که سبب شهرت آن‌ها، وضوح حقانیت و صحت آن‌هاست و از این جهت، مورد قبول و مشهور در میان عقلا هستند؛ مانند اولیات و فطریات.

باشد، به همان اندازه، رأی مستند و مبتنی بر تفسیر مزبور را از وصف منطقی بودن دور می‌دانیم.

همچنین باید توجه داشت که مراحل فرایند منطقی‌سازی تفسیر قرارداد به معنای خاص، در واقع مجموعه‌ای است که در ضمن استفاده از استدلال‌های موجب تفسیر، دو مرحله بازخوانی منطقی متن و استدلال‌های قیاسی منطقی را نیز در خود جای داده است. نتیجه مهم این دیدگاه، آن است که عبارت «منطقی بودن تفسیر» فی‌نفسه و بدون لحاظ نتیجه حاصل از رسیدگی مربوطه کامل نیست و در واقع، وصف منطقییت را باید بیش از آنچه که در صرف خوانش متن در نظر داریم، در نتایج نهایی یک رسیدگی تفسیری جویا شویم. از این رو باید بیان داشت که فرایند تشکیل استدلال‌های نهایی برای دستیابی به اهداف تفسیر، نقشی اساسی و تعیین‌کننده در کسب نتایج منطقی داشته و نمایش اوصاف منطقی در این مرحله، به حداکثر میزان تأثیرگذاری خود خواهد رسید که مجال خوبی برای تبیین جایگاه قیاس منطقی صوری و مبانی آن خواهد بود. لذا یکی از اصلی‌ترین عوامل منطقی خواندن یک فرایند تفسیری منتهی به نتایج قابل قبول را باید در ضمن الگوهای هنجاری منطقی عرفی و اصول کلی حاکم بر معرفت‌شناسی منطقی، کارکردهای استنتاجی قیاس صوری دانست که در این نوشتار تلاش شد به طور دقیق و واضح، با توجه به مبادی و مبانی خاص آن مورد اشاره قرار گیرد.

کتاب‌شناسی

۱. پلرمان، شمیم، *استدلال حقوقی و منطق حقوقی*، ترجمه حسن حبیبی، انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۳ ش.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۲ ش.
۳. همو، *فن استدلال؛ منطق حقوق اسلام*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۴. راسخ، محمد، و سیدحمید پورسید آقایی، «نگاهی انتقادی به شکل‌گرایی در حقوق»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، سال نوزدهم، شماره ۷۴، آذر ۱۳۹۵ ش.
۵. طالب، مهدی، «اهمیت مفاهیم و اصطلاحات در جامعه‌شناسی»، *رشد آموزش علوم اجتماعی*، شماره ۱، پاییز ۱۳۶۸ ش.
۶. کاتوزیان، ناصر، «تفسیر قرارداد»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دانشگاه تهران، شماره ۷۰، زمستان ۱۳۸۴ ش.
۷. کالینوسکی، جرج، *تفسیر حقوق: قواعد حقوقی و منطق آن*، ترجمه حسن حبیبی، تهران، اطلاعات، ۱۳۷۳ ش.
۸. مافی، همایون، و حسام کدیور، «جایگاه منطق در تفسیر قرارداد در داوری تجاری بین‌المللی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال سی و پنجم، شماره ۵۸، بهار و تابستان ۱۳۹۷ ش.
۹. مزارعی، غلامحسن، «هارت و کاربرد فلسفه تحلیلی در تفسیر حقوقی»، *دوفصلنامه دانش و پژوهش حقوقی*، دوره اول، شماره ۳، بهار و تابستان ۱۳۹۲ ش.
۱۰. مظفر، محمدرضا، *المنطق*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۶ ش.
11. Boella, Guido & Guido Governatori & Antonino Rotolo & Leon van der Torre, *A Logical Understanding of Legal Interpretation*, Proceedings of the Twelfth International Conference on the Principles of Knowledge Representation and Reasoning, 2010.
12. Boonin, Leonard G., "Concerning the Relation of Logic to Law", *Journal of Legal Education*, Vol. 17(2), 1964.
13. Budzynska, Katarzyna & Frans H. van Eemeren & Marcin Koszowy, "Preface: From Pragmatics and Dialectics to Argument Studies", *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, Vol. 36(49), 2014.
14. d'Almeida, Luís Duarte, "On the Legal Syllogism", Final Version Published in: D. Plunkett, S. Shapiro & K. Toh (Eds.), *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*, New York, Oxford University Press, 2019.
15. Eemeren, Frans H. van (Ed.), *Crucial Concepts in Argumentation Theory*, Frans Halsmuseum Haarlem, Sic Sat, Amsterdam, 2001.
16. Hallaq, Wael B., "The Logic of Legal Reasoning in Religious and Non-Religious Cultures: The Case of Islamic Law and the Common Law", *Cleveland State Law Review*, Vol. 34(79), Institute of Islamic Studies, McGill University, 1985.
17. Hitchcock, Christopher, "Probability and Chance: Philosophical Aspects", *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Vol. 18, California Institute of Technology, Pasadena California, USA CH3.3, 2001.

18. Jacquin, Jérôme, "Argumentation in the Workplace", in: B. Vine (Ed.), *Handbook of Language in the Workplace*, London, Routledge. 2018.
19. Kloosterhuis, Harm, "The Strategic Use of Formal Argumentation in Legal Decisions", *Ratio Juris*, Vol. 21(4), 2008.
20. Macagno, Fabrizio & Douglas Walton & Giovanni Sartor, "Argumentation Schemes for Statutory Interpretation", *International Journal of Legal Discourse*, Vol. 2(1), 2012.
21. Manzin, Maurizio & Serena Tomasi, "Ethos and Pathos in Legal Argumentation. The Case of Proceedings Relating to Children", 8th International Conference on Argumentation, International Center for the Study of Argumentation, University of Amsterdam, 2014.
22. Maxeiner, James R., *Failures of American Civil Justice in International Perspective*, Cambridge University Press, 2011.
23. Omosulu, Rotimi, "The Correlation between Law and Logic", *Redeemer's University Law Journal*, Vol. 1, Pt. 1, 2019.
24. Pino, Giorgio, "Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals", *Ratio Juris*, Vol. 27(2), 2014.
25. Queiroz, Ruy J. G. B. de & Anjolina G. de Oliveira & Dov M. Gabbay, *The Functional Interpretation of Logical Deduction*, World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd. 5 Toh Tuck Link, Singapore. 2012.
26. Sartor, Giovanni & Douglas Walton & Fabrizio Macagno & Antonino Rotolo, "Argumentation Schemes for Statutory Interpretation: A Logical Analysis", Jurix Conference, Kraków, in: R. Hoekstra (Ed.), *Legal Knowledge and Information Systems (JURIX 2014)*, Amsterdam, 2014.
27. Schiavello, Aldo, "Neil MacCormick's Second Thoughts on Legal Reasoning and Legal Theory. A Defence of the Original View", *Ratio Juris*, Vol. 24(2), 2011.
28. Silverstein, Matthew, "Ethics and Practical Reasoning", *Ethics*, Vol. 127(2), 2017.
29. Torfehnezhad, Parzhad, "What is Logical about the Logical Interpretation of Probability?", *Abstracta*, Vol. 9(1), Département de Philosophie, Université de Montréal, Pavillon 2910, boul. Édouard-Montpetit, Montréal, QC, H3C 3J7, Canada, 2016.

بررسی فقهی - حقوقی

تأثیر ارتداد بر مهریه زوجه*

- الهه مرندی^۱
- فریناز سادات خطیبی قمی^۲
- سیدکمال خطیبی قمی^۳

چکیده

لازم بودن عقد نکاح و اهمیت آن موجب گشته تا انحلال آن، محصور در موارد معینی باشد و بر هم زدن آن به هر سبب یا اسبابی ممکن نبوده و منوط به اختیار زوجین نباشد. انفساخ یکی از عوامل انحلال نکاح است و از جمله اسباب آن ارتداد است. از مباحث مهم در انحلال نکاح به سبب ارتداد یکی از زوجین، وضعیت مهریه زوجه می‌باشد که حکم مربوط به آن در قوانین ایران بیان نگردیده

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۶/۱۷ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۳.

۱. استادیار گروه حقوق دانشکده علوم اجتماعی و اقتصاد دانشگاه الزهراء (س) (نویسنده مسئول)
(e.marandi@alzahra.ac.ir).

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات دانشگاه الزهراء (س)
(farinazkhatibi1376@gmail.com).

۳. کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد زنجان
(kamalkhatibiqhomi@gmail.com).

است و قضات و حقوق‌دانان برای دریافت حکم موضوع باید به آراء فقها مراجعه نمایند. در فقه شیعه، آراء مختلفی در خصوص وضعیت مهریه زوجه در صورت ارتداد یکی از زوجین مطرح شده است. عدم صراحت قانون‌گذار در بیان حکم موضوع و تفاوت آراء فقها با توجه به فروض مختلف مسئله، ضرورت انجام پژوهشی را در پاسخ به این پرسش ایجاب نمود که تکلیف مهریه زوجه در حالت ارتداد هریک از زوجین در نظام حقوقی ایران و فقه شیعه به چه صورت است؟ لذا طی یک پژوهش اکتشافی توصیفی به بررسی موضوع پرداخته شد. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که به دلیل عدم بیان حکم موضوع در قوانین ایران، باید به آراء فقها مراجعه گردد. در بررسی آراء فقها مشخص گردید که با توجه به وجوه مختلف موضوع، نظرات متعددی مطرح گردیده است و در این نوشتار سعی شده تا اقوال و ضابطه‌ها بررسی، و حکم مسئله در حالات مختلف تبیین گردد.

واژگان کلیدی: ارتداد، انحلال نکاح، انفساخ نکاح، مهریه، نکاح.

مقدمه

از جمله مسائل مهم مطرح در حقوق خانواده، موضوع انحلال نکاح و آثار آن است. با توجه به قداست و اهمیت نهاد خانواده در اسلام، در شرع و قوانین موضوعه ایران قواعدی برای حفظ آن پیش‌بینی شده و انحلال و فسخ نکاح موجبات محدودی داشته و به حسب کتاب و سنت دقیقاً احصا شده است (محقق داماد، ۱۳۸۲: ۱۴۰)؛ از جمله این اسباب، ارتداد است.

به بیان دیگر، از جمله آثار مهم مدنی ناشی از ارتداد، انحلال زوجیت (فسخ نکاح) می‌باشد.^۱ هرچند در نظام حقوقی ایران، موارد انحلال عقد در قانون مدنی و قانون حمایت خانواده بیان گردیده و در قانون مدنی ذیل ماده ۱۱۲۰، موارد انحلال عقد نکاح اعم از دائم و موقت بیان شده و مقرر گردیده است:

«عقد نکاح به فسخ یا به طلاق یا به بذل مدت در عقد انقطاع منحل می‌شود».

در بند ۹ ماده ۴ قانون جدید حمایت خانواده، از انفساخ نکاح در کنار طلاق،

۱. شایان ذکر است با توجه به اینکه ارتداد در فقه، در ذیل چهار باب طهارت، ارث، نکاح و حدود از ابواب فقهی مطرح شده است، دارای پیچیدگی و گستردگی نسبت به سایر مباحث فقهی است.

فسخ، بذل مدّت و انقضای آن نام برده شده است. لکن چنان که ملاحظه می‌گردد، در هیچ یک از قوانین اخیرالذکر، به صراحت از ارتداد به عنوان اسباب انحلال نکاح نامی به میان نیامده است. بررسی قوانین و مقررات، بیانگر آن است که اساساً در نظام حقوق موضوعه ایران، قانون‌گذار به صراحت راجع به ارتداد و آثار ناشی از آن، قانونی وضع نکرده است و مواد قانونی مختصری به صورت تلویحی درباره آن وضع شده‌اند. از این رو، نظر به سکوت قانون در مورد ارتداد و آثار ناشی از آن، با توجه به اینکه به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی^۲ و ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب^۳ (در امور مدنی) مبتنی بر اصل تکلیف قضات و دادرسان به رسیدگی به دعاوی و صدور حکم، دادگاه‌ها مکلف شده‌اند در صورت سکوت، نقص، اجمال یا تعارض قوانین، با مراجعه به منابع و فتاوی معتبر فقهی، حکم قضیه را پیدا کنند، در خصوص موضوع ارتداد می‌توان بیان داشت که دادگاه‌ها در مواجهه با پرونده‌های مربوط به ارتداد باید با مراجعه به متون فقهی معتبر، حکم موضوع را به دست آورده و بر مبنای آن رأی صادر کنند (شیعه‌علی و شیخ‌الاسلامی، ۱۳۹۸: ۲۷۲).

با توجه به اینکه بررسی حکم ارتداد در انحلال عقد نکاح و آثار آن، از جمله مسائل قابل بحث در نظام حقوقی ایران است، لازم است با توجه به سکوت قانون‌گذار، قواعد و احکام مربوط به آن از متون فقهی استخراج و تبیین گردد تا حقوق‌دانان و قضات در مواجهه با پرونده‌های مربوطه بتوانند به پژوهش‌های انجام‌شده مراجعه نمایند

۱. اصل ۱۶۷ قانون اساسی: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزد».
۲. بعضی از حقوق‌دانان، تلقی ارتداد به عنوان جرم و مجازات مرتد را مغایر اصل قانونی بودن جرم و مجازات دانسته و حکم اصل ۱۶۷ قانون اساسی را منصرف از آن اعلام کرده‌اند؛ اما نسبت به اِعمال آثار مدنی ناشی از ارتداد، هیچ مخالفتی دیده نشده و مراجعه به سایر منابع از جمله متون فقهی برای به دست آوردن حکم قضیه در امور مدنی، مورد اتفاق نظر حقوق‌دانان است.
۳. ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی: «قضات دادگاه‌ها موظف‌اند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند، و در صورتی که قوانین موضوعه، کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند».

و از آن‌ها در صدور رأی بهره گیرند.

از جمله آثار مهم انحلال نکاح به سبب ارتداد، مسئله وضعیت مهریه زوجه می‌باشد که با توجه به عوامل مختلفی نظیر اینکه ارتداد ملی یا فطری باشد، از ناحیه زوج، زوجه یا هر دو باشد و قبل یا بعد از نزدیکی باشد، دارای احکام متفاوتی خواهد بود. فروض و حالات مختلف موضوع، بیانگر پیچیدگی و گستردگی بحث است که موجب اختلاف نظر فقها گردیده و همین مسئله اهمیت بررسی و تبیین موضوع را ذیل یک عنوان پژوهشی مستقل ایجاب می‌نماید.

مسائل فوق‌الذکر، ضرورت انجام پژوهشی را مبتنی بر این پرسش اصلی ایجاب نمود که تکلیف مهریه زوجه در حالت ارتداد هر یک از زوجین، در نظام حقوقی ایران و فقه شیعه به چه صورت است؟ پاسخ به پرسش مذکور، طی یک پژوهش اکتشافی توصیفی با تطبیق احکام ناظر بر وضعیت مهریه زوجه در پی انحلال نکاح به واسطه ارتداد در فقه و قانون، با تکیه بر متون فقهی بررسی می‌گردد. نخست، ارتداد به عنوان یکی از اسباب انحلال نکاح مورد بررسی قرار می‌گیرد و سپس به تبیین و تحلیل اقوال و ضابطه‌های ذکر شده در آراء فقها در خصوص ارتداد و آثار آن در انحلال نکاح پرداخته خواهد شد و با در نظر داشتن دلایل مذکور، حکم مسئله در حالات مختلف به صورت کامل مورد بررسی قرار می‌گیرد و در پایان، ارتداد در انحلال نکاح در قوانین موضوعه ایران مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

در خصوص موضوع این پژوهش تا کنون کتاب، مقاله یا پایان‌نامه‌ای به رشته تحریر درنیامده و صرفاً مقالاتی در باب انحلال نکاح یا ارتداد به چاپ رسیده است که در آن‌ها به بررسی وضعیت مهریه زوجه در انحلال نکاح به سبب ارتداد پرداخته نشده و این موضوع صرفاً در ذیل ابواب مختلف فقهی مورد بررسی قرار گرفته است. لذا از جهت بیان کلیه فروض مختلف وضعیت مهریه زوجه در ارتداد زوجین و آراء مختلف پیرامون آن، این مقاله نخستین پژوهشی است که به رشته تحریر درآمده است.

۱. بررسی جایگاه ارتداد در فقه به عنوان یکی از اسباب انحلال نکاح

هر لحظه موجوداتی به واسطه اراده اشخاص در عالم فرضی یا عالم حقوق پدید

می‌آیند که عمر آن‌ها بستگی به عوامل متعددی دارد که اهم آن‌ها همان اراده‌های سازنده است. انحلال عقد، از هم پاشیده شدن عقد است؛ خواه بدون دخالت عاقدین باشد و یا با دخالت عاقدین یا دخالت ثالث (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶ الف: ۴۳۸/۱).

بنابراین گاهی اراده‌های سازنده یک پیمان، تصمیم به انحلال آن می‌گیرند؛ به صورتی که گویی هیچ عملی صورت نگرفته است که از آن به اقاله یا تفاسخ یاد می‌شود. برخی اوقات، توافق به انحلال صورت نمی‌گیرد و تنها اراده یک طرف در آن نقش دارد که اصطلاحاً آن را فسخ می‌نامند و در آخر در بعضی دیگر، هیچ اراده‌ای موجب انحلال نمی‌باشد و در واقع به صورت قهری محقق می‌گردد که به آن انفساخ می‌گویند. در عقد نکاح، انفساخ به عنوان یکی از عوامل انحلال نکاح است که از جمله اسباب آن ارتداد است و در صورتی که حاصل شود، عقد قهراً منفسخ خواهد شد.^۱

ارتداد در ابواب مختلف فقهی بیان گردیده است که از جمله آن‌ها باب نکاح است؛ بدین صورت که فقها در بیان کفر^۲ به عنوان یکی از اسباب تحریم نکاح، مسئله ارتداد را بیان نموده‌اند. از این رو لازم است در ابتدای بحث مختصراً به تبیین معنای ارتداد و اقسام آن پرداخته شود.

۱-۱. ارتداد و تحریم نکاح

فقها در بیان اسباب تحریم نکاح، کفر را از جمله اسباب تحریم دانسته و به بیان

۱. از آنجایی که انحلال در همه عقود شبیه هم نمی‌باشد و گاهی ماهیت تحقق یک عقد، مانع اجرای برخی از اسباب انحلال می‌گردد، به واسطه ویژگی خاصی که عقد نکاح در رابطه با طرفین آن و نیز پیوستگی آثار آن دارد، برخی موارد چون اقاله با مانع روبه‌رو شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۵۰) و همه خیاراتی که در قراردادهای مالی پیش‌بینی شده است، در نکاح مطرح نمی‌شود (صفایی و امامی، ۱۳۷۹: ۱۸۶).

۲. اصناف کفر به سه دسته تقسیم می‌شوند: اهل کتاب، کسانی که کتاب ندارند و در این مورد شبیه وجود ندارد، و کسانی که نسبت به آن‌ها تردید وجود دارد که اهل کتاب هستند یا خیر (طوسی، ۱۳۸۸: ۲۰۹/۴). در خصوص کتابی بودن مسیحیان و یهودیان اختلافی دیده نمی‌شود (همان: محقق حلّی، ۱۳۸۹: ۲۹۴/۲؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۱: ۳۸۴/۱۲). ولی در خصوص زرتشتیان به نظر می‌رسد که بین بعضی از فقیهان اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی آن‌ها را اهل کتاب دانسته (محقق حلّی، ۱۳۸۹: ۲۹۴/۲؛ صدوق، ۱۴۰۶: ۲۶۶-۲۶۷/۳؛ عاملی جزینی، بی‌تا: ۱۱۳؛ عاملی جبعی، ۱۴۲۹: ۹۸/۸) و عده‌ای دیگر آن‌ها را داخل در اهل کتاب نمی‌دانند (عاملی جبعی، ۱۴۲۹: ۳۶۱).

احکام مربوط به ازدواج مسلمان با غیر مسلمان از جمله مرتد پرداخته‌اند. از این رو، ابتدا به بررسی احکام مربوط به ازدواج مسلمان با غیر مسلمان پرداخته و سپس معنای ارتداد و اقسام آن و سپس احکام ارتداد زوجین و انحلال نکاح را بیان خواهیم کرد.

۲-۱. نکاح مرد غیر مسلمان با زن مسلمان

آنچه در نکاح زوجه معتبر است، کفویت و ازدواج با هم کفو است؛ یعنی همان تساوی در اسلام (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۲۱/۳). در فقه شیعه، فقها اتفاق نظر دارند^۱ که از موانع نکاح، کفر زوج است؛ لذا عقد نکاح زوجه مسلمان چه به صورت موقت و چه دائم با مرد غیر مسلمان اعم از مشرک، اهل کتاب، مرتد فطری و ملی باطل است (موسوی خمینی، ۱۴۰۴: ۲۵۴؛ نجفی، ۱۴۳۰: ۲۷/۳۰-۲۸). سبب بطلان آن به گفته فقها، منع سبیل بر مسلمان است که از آن در قرآن نیز نهی شده است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷: ۲۰۶/۱).

در بررسی تطبیقی موضوع در نظام حقوقی ایران ملاحظه می‌گردد که قانون‌گذار از دیدگاه فوق پیروی کرده و در ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی صراحتاً بیان داشته که نکاح مسلمه با غیر مسلم جایز نیست.^۲ بنابراین نکاح زوجه مسلمان با مرد غیر مسلمان باطل است؛ یعنی کفر در این مورد از موانع نکاح است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۹۴).

۳-۱. نکاح مرد مسلمان با زن غیر مسلمان

فقهای شیعه اتفاق نظر دارند که ازدواج مرد مسلمان با زوجه کافر غیر اهل کتاب، چه به صورت دائم و چه منقطع، باطل و ممنوع است (نجفی، ۱۴۳۰: ۲۷/۳۰) و برخی آیات (بقره/ ۲۲۱؛ ممتحنه/ ۱۰) حکایت از این امر دارند (مفید، ۱۴۱۰: ۵۰۰). در خصوص ازدواج با زوجه اهل کتاب (یهودی و مسیحی) اختلاف نظر وجود دارد (نجفی، ۱۴۳۰: ۲۸/۳۰)؛ برخی فقها مطلقاً قائل به حرمت هستند. عده‌ای صرفاً در حالت ضرورت جایز می‌دانند و در مقابل، برخی فقها نیز حکم تکلیفی نکاح را کراهت دانسته‌اند (موسوی خوانساری، ۱۳۵۵: ۲۶۰/۴-۲۶۴).

۱. این موضوع مورد اتفاق فقهای فرق اسلامی قرار گرفته است (مغنیه، ۱۴۲۱: ۲/۳۱۴).

۲. برای ملاحظه رویکرد قوانین سایر کشورهای اسلامی ر.ک: صفایی، ۱۳۸۷: ۱۳۹-۱۴۰.

برخی فقها صرفاً ازدواج موقت با زن اهل کتاب^۱ را صحیح دانسته و نکاح دائم را باطل شمرده‌اند (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۲۲/۳؛ محقق حلی، ۱۳۸۹: ۲۹۴/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۸: ۹۸/۲؛ نجفی، ۱۴۳۰: ۳۱/۳۰؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۱: ۳۸۶/۱۲). اگرچه دو دیدگاه دیگر در این زمینه مطرح است که یکی نکاح مرد مسلمان با زن اهل کتاب را مطلقاً (اعم از دائم و موقت) جایز دانسته و دیگری مطلقاً حرام شمرده است. ولی آنچه مشهور است، دیدگاه نخست می‌باشد (عاملی جبعی، ۱۴۱۸: ۹۸/۲). قانون‌گذار ایران از این دیدگاه پیروی کرده و در ماده ۱۰۵۹ ق.م. صراحتاً بیان داشته است: «نکاح مسلمه با غیر مسلم جایز نیست».

۱-۴. ارتداد زوجین و انحلال نکاح

ارتداد در لغت، مصدر باب افتعال از ریشه «ردد» به معنای بازگشتن، برگشتن، رجوع و بازگشت به عقب است (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸: ۱۶۱/۱). مفهوم ارتداد در اصطلاح فقها، تفاوت چندانی با مفهوم آن در لغت ندارد و به معنای کفر پس از اسلام است^۲ (عاملی جزینی، ۱۳۶۵: ۲۵۲). به بیان دیگر، وصفی است برای کسی که پس از مسلمانی، دوباره کفر ورزد (همان: ۱۶۱). شهید اول در کتاب دروس بیان می‌دارد که ارتداد، قطع رابطه با اسلام است، به صورت اعلام زبانی یا عملی (همان: ۱۶۵). عبارات شهید اول در تعریف ارتداد، توسط شیخ محمدحسن نجفی صاحب *جواهر الکلام*، در تعریف ارتداد به کار برده شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۰۰/۳۰). فقهای معاصر نیز به تبعیت

۱. اما در خصوص نکاح مرد مسلمان با زن زرتشتی، دو نظر ابراز شده که یکی قائل به جواز و دیگری حرمت است (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۲۳/۳). مطابق نظر اول، زرتشتیان را همچون زنان اهل کتاب دانسته‌اند؛ بنابراین نکاح با آنان جایز است (اگرچه در کتابی بودن آنها اختلاف نظر وجود دارد) (محقق حلی، ۱۳۸۹: ۲۹۴/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۸: ۹۸/۲؛ طوسی، ۱۴۱۸: ۳۰۵/۷). صاحب کتاب *جامع المقاصد*، نکاح موقت با زنان زرتشتی را صحیح‌تر می‌داند (کرکی عاملی، ۱۴۱۱: ۳۸۷/۱۲). برخی از فقهای معاصر بنا بر اقوی ازدواج با ایشان را حرام دانسته‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۰۴: ۲۵۵). برخی نیز با وجود کتابی دانستن آنان، باز هم قائل به حرمت هستند.

۲. برخی معنای کافر و مرتد را یکی دانسته و این گونه بیان داشته‌اند که اگر کسی منکر شود چیزی را که جزء ضروریات دین است، مرتد و کافر است و در انکار قولی، فرقی نیست که از روی عناد و لجاج گفته شود یا از روی اعتقاد یا ریشخند (حبیبی تبار، ۱۳۸۹: ۱۱۴)؛ در حالی که این دو اصطلاح به طور کامل دارای معنا و مفهوم یکسان نیستند و ارتداد همواره پس از کفر صورت می‌گیرد، در صورتی که کفر، بازگشتن یا برگشتن از وضعیتی نمی‌باشد.

از فقهای قدیم، تعابیر مشابهی دارند و ارتداد را خروج از اسلام و گرویدن به کفر^۱ دانسته‌اند (موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۳۶۶/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۱/۳۲۴).

مرتد بر دو قسم است؛ مرتد فطری، یعنی کسی که در زمان تولدش، پدر و مادرش هر دو یا یکی از آنها مسلمان بوده‌اند^۲ و مرتد ملی، به معنای کسی که کافر بوده و بعد مسلمان شده و سپس به کفرش برگشته است، که از او توبه می‌خواهند؛ پس اگر ظرف مهلت سه روز توبه کرد، توبه‌اش پذیرفته می‌شود، وگرنه در روز چهارم کشته می‌شود (موسوی خویی، ۱۴۳۰: ۳۹۶).

اما در خصوص ارتداد زوجین، فقها قائل‌اند به اینکه ارتداد همان طوری که حدوداً مانع نکاح است، بقائاً هم مانع نکاح است. در تقسیم‌بندی حکمی ارتداد، ارتداد یا قبل از آمیزش است یا بعد از آمیزش، و ارتداد یا از زوجه است یا از مرد، و این ارتداد یا فطری است یا ملی. بنابراین صور عدیده‌ای در مسئله «ارتداد» مطرح است که احکام آنها یکسان نیست.

ارتداد قبل از نزدیکی و بعد از آن، دارای احکام متفاوتی است. در فرضی که زوجین یا یکی از آنها قبل از نزدیکی مرتد - اعم از ملی یا فطری - گردد، بلافاصله نکاح منفسخ می‌شود. در فرضی که پس از نزدیکی، زوج مرتد فطری شود، نکاح منفسخ خواهد شد و در همین فرض، چنانچه زوج مرتد ملی گردد، فسخ منوط به انقضای عده و عدم توبه است. این حکم در فرضی که پس از نزدیکی، زوجه مرتد - اعم از ملی و فطری - گردد نیز حاکم است (عاملی جبعی، ۱۴۲۹: ۵/۲۲۹-۲۳۰؛ جوادی آملی، ۱۳۹۶: جلسه ۹۸).

۱. کافر بر دو قسم است: یکی کافر مستقل و حقیقی که خود به کافر اصلی و کافر مرتد تقسیم می‌گردد، و دیگری کافر حکمی و تبعی. از آنجایی که انسان پس از بلوغ دارای شخصیت مستقل است، به کسی که پس از بلوغ کافر باشد، کافر مستقل و حقیقی گویند. اما کافر حکمی و تبعی به صغیری گفته می‌شود که پدر و مادر او در زمان انعقاد نطفه کافر اصلی یا مرتد یا مختلف می‌باشند. این فرد تا زمانی که یکی از پدر و مادر او اسلام آورند یا اینکه خود او پس از رسیدن به سن بلوغ اسلام بیاورد، در حکم کافر است. اما همان گونه که بیان گردید، کافر مستقل، یا کافر اصلی (کسی که پدر و مادر او کافر می‌باشند) و یا کافر مرتد (کسی که قبلاً مسلمان بوده است، لکن بعداً از دین اسلام خارج می‌گردد) است (امامی، ۱۳۶۸: ۳۴۲-۳۴۱).

۲. قتل مرتد فطری واجب است (موسوی خویی، ۱۴۳۰: ۳۹۳). البته این حکم درباره زنان جاری نمی‌شود، بلکه استتابة می‌شوند (بهجت، بی تا).

لازم به ذکر است که ارتداد، مانع از ازدواج مجدد نیست. گرچه نکاح آنان منفسخ شده است، اما منعی برای ازدواج مجدد وجود ندارد. تنها یک استثنا وجود دارد و آن هم در مورد ارتداد فطری زوج است که به دلیل عدم قبول توبه و کشته شدن او، مجالی برای نکاح دوباره نمی‌یابد (طباطبایی حکیم، ۱۴۳۳: ۳۲/۳).

۲. آثار ارتداد بر مهریه زوج

مشخص است که در صورت ازدواج مرد مسلمان با زوجه مسلمان یا اهل کتاب، هرگونه تغییر در دین و مذهب زوجین، آثاری را به دنبال دارد. اولین و مهم‌ترین اثر ارتداد زوج، انفساخ نکاح بین زوجین است که علی‌الاصول مرد حق رجوع ندارد و زوجه پس از انقضای عده می‌تواند با شخص دیگری ازدواج نماید. در این قسمت از پژوهش، ابتدا به تأثیر ارتداد زوج بر مهریه زوجه، و سپس به تأثیر ارتداد زوج بر مهریه پرداخته می‌شود.

۱-۲. آثار ارتداد زوج بر مهریه

حکم ارتداد زوج با زوجه متمایز است. به محض وقوع ارتداد از سوی زوج، انفساخ عقد حتمی است؛ اما در پذیرش توبه و بقاء زوجیت، میان مرتد ملی و فطری فرق است. مرتد فطری بی‌درنگ به قتل می‌رسد و توبه‌اش پذیرفتنی نیست. اما مرتد ملی پس از گذشت مدتی کوتاه (سه روز) و خودداری از توبه کشته می‌شود (حز عاملی، ۱۱۰۴: ۵۴۸/۱۸). تأثیر این ارتداد بر مهریه زوجه در دو مرحله قبل از نزدیکی و بعد از نزدیکی دارای آثار متفاوتی می‌باشد. لذا لازم است که در هر یک از حالات مذکور، اثر ارتداد به طور جداگانه مورد بررسی قرار گیرد.

۱-۱-۲. ارتداد زوج قبل از نزدیکی

چهار قول در مهر زوجه در صورت ارتداد زوج قبل از نزدیکی مطرح است. مشهور فقها قائل اند که کل مهر به عهده شوهر است (عاملی جبعی، ۱۴۲۹: ۱۰۰/۸)؛ چرا که تصیف مهریه تنها در یک صورت ثابت می‌شود و آن، طلاق پیش از وقوع نزدیکی است و ادله فقط در مورد طلاق قبل از نزدیکی وارد شده است (همان: ۳۶۴/۷؛ همو، ۱۴۱۸: ۹۸/۲؛ نجفی، ۱۴۳۰: ۳۵۳۴/۳۰). عده‌ای نیز با استدلالی دیگر مبنی بر اینکه ارتداد

زوج همچون دخول است، قائل به مالکیت زوجه نسبت به تمام مهریه شده‌اند (میرزای قمی، ۱۳۷۱: ۵۶۹/۴).

لازم به ذکر است که برخی فقها به دلیل تردید در استقرار کل مهر یا تنصیف مهر، قائل به «احتیاط» در پرداخت تمام مهر هستند (کاشف‌الغطاء، بی‌تا: ۱۲۸). لکن بر این نظر نقدی وارد است؛ بدین صورت که حکم به احتیاط^۱ در اینجا بدین معناست که به موجب حکم، زوج باید احتیاط کند و برای اینکه کاملاً بری‌الذمه شود، کل مهر را بپردازد. حال این مسئله مطرح می‌شود که چگونه با حکم احتیاط می‌توان بر زوج تحمیل کرد که کل مهر را بپردازد و این حکم صرفاً در خصوص زوج جاری است. بدین صورت که زوج می‌تواند احتیاط کند و تمام مهر را بپردازد، اما زوجه چگونه می‌تواند کل مهر را با این حکم دریافت کند و از سوی دیگر می‌توان بیان داشت که این احتیاط از جانب زوجه، به معنای نگرفتن مهریه است که این صحیح نمی‌باشد. بنابراین با توجه به نقد وارده بر حکم مذکور، برای اینکه احتیاط «بین‌الجانبین» ملاحظه بشود، برخی فقها بیان داشته‌اند که احوط «مصالحه» است نه اینکه احوط آن باشد که مرد همه مهر را بپردازد (جوادی آملی، ۱۳۹۶: جلسه ۹۹) و قائل به مصالحه با زوج در خصوص نصف دیگر مهریه هستند (مکارم شیرازی: بی‌تا).

همچنین در این فرض، زوجه باید عده طلاق نگاه دارد (موسوی خمینی، ۱۴۰۴: ۲۵۵). برخی فقها نیز عده نگاه داشتن برای زن را بنا بر احتیاط واجب دانسته‌اند (حسینی سیستانی، ۱۳۱۵: مسئله ۲۱۳). اما اگر در مانحن‌فیه، مرتد پیش از سپری شدن ایام عده به اسلام بازگردد، نکاح ثابت و باقی خواهد بود (عاملی جبعی، ۱۴۱۸: ۹۸/۲؛ همو، ۱۴۲۹: ۳۶۴/۷).

برخی فقها بر این باورند که همانند طلاق قبل از نزدیکی، اگر زوج پیش از نزدیکی مرتد شود، باید نیمی از مهر را بپردازد. حال اگر مهر در عقد نکاح تعیین شده و نیز صحیح باشد، نیمی از آن، و در غیر این صورت (یعنی عدم تعیین مهر و یا غیر شرعی بودن آن) نصف مهرالمثل به عهده زوج است (محقق حلی، ۱۳۸۹: ۲۹۴/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۸: ۹۸/۲). مطابق دیدگاه این گروه، زوجه نسبت به تمام مهر حق ندارد، زیرا آمیزش نشده

۱. فتوای به احتیاط در مواردی مثل اطراف علم اجمالی یا دوران امر بین وجوب و استحباب اتفاق می‌افتد و در این حالت، مقلد حق رجوع به مرجع دیگر را ندارد و باید طبق احتیاط عمل کند.

است؛ اما از آن جهت که عقد صحیح واقع شده است، به طور کامل بی‌بهره از نصیب نیست، بلکه چون عقد مملک است، پس باید مهر تنصیف شود. این گروه چنین استدلال می‌کنند که همان طور که طلاق قبل از آمیزش موجب تنصیف می‌گردد، ارتداد قبل از آمیزش نیز سببی برای تنصیف است.

به نظر می‌رسد این ایراد بر نظر فوق وارد است که استفاده از حکم طلاق در این بحث، قیاسی بیش نیست؛ لذا نمی‌توان به آن وقعی نهاد. به عبارتی، جاری دانستن این حکم در غیر مورد طلاق، نیازمند دلیلی محکم است که در دست نیست. مسئله تنصیف مهر در طلاق، خلاف قاعده و طبق نصّ است و این در حالی است که در خصوص مسئله ارتداد قبل از نزدیکی، چنین نصّی وجود ندارد. از سوی دیگر می‌توان بیان داشت که بر اساس ظاهر، تنصیف مهر در طلاق، تعبد محض نمی‌باشد و شبهه عبادی بودن آن مطرح است. از همین رو برخی آن را جزء معاملات دانسته‌اند و از سوی دیگر، زوجه با عقد، کل مهر را مالک می‌شود و بنا بر استصحاب ملکیت، فرض بر این است که زوجه همه مال را طلب دارد و چون این نفی و اثبات کار آسانی نیست، زوج باید همه مهر را بپردازد تا شبهه‌ای نباشد؛ لذا قبول حکم به تنصیف محل تأمل و تردید می‌باشد.

برخی قائل‌اند که طبق قاعده فسخ در معاملات که هر یک از ثمن و مثنی به صاحبانشان بازگردانده می‌شود، در اینجا نیز مهر به مرد برمی‌گردد و زوجه نیز الزامی به تمکین ندارد. به عبارت دیگر، مهر در قبال عقد نکاح بوده و نوعی معاوضه است و وقتی نکاح باطل شد، هر کدام به صاحب اصلی‌اش بازمی‌گردد؛ مهر به شوهر برمی‌گردد و زوجه آزاد می‌شود. این دسته، مهریه را همچون ثمن دانسته‌اند که هنگام انعقاد عقد به زوجه پرداخت می‌گردد. حال که تمکینی صورت نگرفته است، زوجه مستحق مهریه نمی‌باشد. فقهای مزبور مهریه را در مقابل تمکین دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۳۰: ۴۷/۳۰-۴۹).

در نقد این نظر باید بیان داشت که هرچند به موجب قاعده «كُلُّ مَبِيعٍ تَلَفٍ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَايِعِهِ»، هر گاه مبیع قبل از قبض تلف گردد از مال بایع تلف شده است و ثمن به مشتری برمی‌گردد، لکن تردید وجود دارد در اینکه ارتداد قبل از آمیزش، از سنخ تلف قبل از تقابض است؛ بدین معنا که زمانی که فسخ واقع شود، هر چیزی به اصل خود برگردد و در خصوص عقد نکاح، تمکین را زوج با عقد مالک گردد و مهر

را زوجه با عقد مالک شود، پس زمانی که عقد از بین می‌رود و فسخ واقع می‌شود، هر چیزی به صاحب خودش برگردد؛ یعنی مهر به مالک خود، زوج برگردد و زوجه هم استقلال خود را باز یابد. تحلیل این مسئله مبتنی بر پاسخ به این پرسش‌هاست که آیا اساساً مهر در مقابل تمکین است یا در مقابل اصل عقد نکاح؟ آیا مهر مانند نفقه و کسوه است و احکام آن‌ها مبنی بر استحقاق در قبال تمکین، بر مهریه نیز بار می‌گردد یا خیر؟ چنانچه قائل باشیم که مهر در مقابل تمکین نیست و در مقابل اصل نکاح است، به محض اینکه زوجه رضایت داد به اینکه خود را در اختیار زوج قرار دهد و همسر او شود، استحقاق مهر را خواهد داشت؛ چه تمکین صورت پذیرد یا اینکه به دلایل دیگر چون فوت، تمکین صورت نگیرد و در هر صورت زوجه مستحق مهریه است.

به نظر می‌رسد که ظاهر عقد نکاح بر این است که صرف عقد، مملک مهریه است و مهریه به صرف عقد، ملک زوجه می‌شود (یا به صورت کلی یا به صورت نصف) و نظیر نفقه، کسوه، حق مسکن، پوشاک و هزینه دارو و درمان نیست که دائرمدار تمکین هستند و چنانچه زوجه ناشزه گردد، این حقوق مسلوب، و اگر ناشزه نگردد، این حقوق ثابت هستند. بنابراین انفساخ نکاح در ارتداد مانند فسخ در بیع نمی‌باشد؛ لذا مهریه در قبال زوجیت نیست تا با فسخ نکاح، مهریه به زوج برگردد.

اما اشکال دیگری نیز بر این نظر وارد است و آن نادیده گرفتن نفع زوجه و تضييع حقوقش می‌باشد. در مقایسه تطبیقی در قانون مدنی ایران ملاحظه می‌گردد که ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«به مجرد عقد، زوجه مالک مهر می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید».

و ماده ۱۰۸۴ قانون مدنی ایران بیان می‌دارد:

«هر گاه مهریه در ید زوج قبل از قبض زوجه، تلف و یا ناقص گردد، زوج ضامن است».

لذا بنا بر مواد مذکور با وجود اینکه مالکیت مهر منتقل شده است، لکن شوهر تا قبل از تسلیم، مسئول تلف مهریه می‌باشد. بنابراین، نظر مبنی بر تسری قاعده تلف قبل از تقابض، در تغایر با قانون مدنی ایران می‌باشد.

برخی فقهای معاصر در خصوص مهریه زوجه در حالت ارتداد هر یک از زوجین، پس از نقد سایر دیدگاه‌ها بیان داشته‌اند که بنا بر اقوی مهر تنصیف می‌شود، لکن بهترین قول و نزدیک‌ترین قول به احتیاط، مصالحه است؛ یعنی صلح زوجه با مرد مرتد بر سر میزان مهریه که با توافق طرفین این مهم انجام شود (جوادی آملی، ۱۳۹۶: جلسه ۹۹). بر مبنای این نظر، توجه به انصاف زوجین و مراعات حال یکدیگر در تعیین مقداری عادلانه در خور توجه است. طرفین به وضع یکدیگر بیشتر از هر کس آشنا هستند؛ پس می‌توانند بر مناسب‌ترین مقدار تراضی کنند.

در بررسی احوال فوق به نظر می‌رسد که قول نخست مبنی بر پرداخت کل مهر به زوجه، به صواب نزدیک‌تر است؛ چرا که استدلالات مبنی بر عدم پرداخت مهر یا تنصیف مهر، مبتنی بر قیاس بوده و ادله محکمی ارائه نشده است و ظاهر عقد نکاح بر این است که صرف عقد مملک مهریه است و مهریه به صرف عقد، ملک زوجه می‌شود. از سوی دیگر، قول مصالحه میان زوجه و مرد، ضابطه‌ای مشخص و امکان‌پذیر نمی‌باشد؛ زیرا در مسئله مورد نظر، غلبه با اختلاف زوجین بر سر میزان مهریه و یا سایر حقوق مالی احتمالی است و در این خصوص جهت رفع نزاع به محاکم ارجاع می‌شوند و محاکم رسیدگی‌کننده به موضوع، قادر به تعیین میزان آن نیستند و احتمال مصالحه زوجین ضعیف است و در نتیجه، موضوع حل‌نشده‌ی و بدون معیار و ملاک می‌ماند. همان‌گونه که قبلاً بیان شد، قانون مدنی در این مورد چیزی را بیان نداشته است؛ اما با توجه به اینکه ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد که به مجرد عقد، زوجه مالک مهر می‌شود، به نظر می‌رسد بر مبنای قانون مذکور می‌توان قائل به این بود که به واسطه ارتداد زوج، عقد منحل شده و به واسطه این انحلال، ملکیت زوجه نسبت به نصف دیگر مهر قطعی می‌شود. به عبارتی دیگر، ارتداد تزلزلی را که وجود داشته، از میان برمی‌دارد و دلیلی هم بر بازگشت نصف مهر به ملکیت شوهر وجود ندارد. بنابراین زوجه به واسطه عقد نکاح، مالک تمام مهر می‌شود (عقد نکاح صحیح، ایجادکننده حق زوجه نسبت به تمام مهر می‌باشد)؛ پس وقتی ما صحبت از انحلال عقد نکاح می‌کنیم که این انحلال به واسطه ارتداد زوج می‌باشد، به واسطه این انحلال، هیچ حقی از زوجه از بین نمی‌رود و اگر در مورد طلاق و فسخ نکاح قبل از نزدیکی، احکامی

مبنی بر تحدید حق زوجه بر مهر وجود دارد، در مورد طلاق به دلیل وجود نص و در مورد فسخ به دلیل وجود اجماع وجود دارد. لذا با توجه به حکم ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی، توجه به نظر فقهای که قائل به پرداخت کل مهر هستند، در تطابق و هماهنگی با قانون مدنی می‌باشد. لازم به ذکر است که حکم ارتداد زوجین با هم قبل از نزدیکی، همانند ارتداد یکی از آنها می‌باشد (موسوی خمینی، ۱۴۰۴: ۲۸۵؛ عاملی جبعی، ۱۴۲۹: ۳۶۴/۷).

۲-۱-۲. ارتداد زوج پس از نزدیکی

اگر ارتداد زوج پس از نزدیکی باشد، انحلال نکاح منوط به سپری شدن ایام عده است و این حکم در صورتی می‌باشد که زوج مرتد ملی باشد و در این فرض، کل مهر بر ذمه زوج قرار می‌گیرد. اگر زوج مرتد فطری باشد، به دلیل عدم پذیرش توبه او، نکاح بلافاصله منحل می‌گردد و در این فرض، زوجه عده وفات نگاه می‌دارد (عاملی جبعی، ۱۴۱۸: ۹۸/۲؛ محقق حلّی، ۱۳۸۹: ۲۹۴/۲).

افزون بر آنچه گفته شد، باید توجه داشت که اسلام آوردن زوجه و باقی ماندن زوج در مذهبی غیر از اسلام، از موضوع بحث ما خارج است. ولی باید بدانیم که تأثیر اسلام آوردن زوجی که همسرش مسلمان نیست یا وثنی (بت‌پرست) است، بدون تردید در هر دو صورت، موجب انحلال عقد نکاح می‌شود. حال اگر مسلمان شدن زوجه قبل از نزدیکی باشد، مهر زوجه ساقط می‌شود؛ چرا که خود باعث انحلال گشته است و چنان که بعد از نزدیکی مسلمان شود، فسخ عقد منوط به سپری شدن ایام عده است (عاملی جبعی، ۱۴۱۸: ۹۹/۲؛ محقق حلّی، ۱۳۸۹: ۲۹۴/۲؛ نجفی، ۱۴۳۰: ۳۷/۳۰). در صورت اخیر، به نظر می‌رسد که تمامی مهر بر ذمه زوج قرار می‌گیرد. این نظر را برخی تأیید کرده‌اند (صفایی و امامی، ۱۳۷۹: ۱۱۸، به نقل از: طباطبایی حکیم، ۱۴۳۳: ۳۶۳/۳).

۲-۲. آثار ارتداد زوجه بر مهریه خود

همان طور که گفته شد، ارتداد یکی از زوجین که در ابتدا مسلمان بوده است، موجب انفساخ عقد نکاح می‌شود؛ زیرا واضح است که نکاح مرد مسلمان با زوجه کافر باطل است و به طریق اولی نیز نکاح زوجه مسلمان با مرد کافر باطل می‌باشد. اما به طور کلی، ارتداد زوجه حتی اگر از نوع فطری هم باشد، محکوم به قتل نیست و در

این حکم، تفاوتی در قبل یا بعد از نزدیکی نمی‌باشد. اما در رابطه با وضعیت مهر زوجه در فرضی که زوجین مسلمان باشند و زوجه کافر شود، دو مرحله ارائه می‌شود:

در خصوص مرحله اول، مشهور فقها بر این باورند که هر گاه پیش از نزدیکی زوجین، زوجه مرتد شود - خواه ارتداد ملی باشد یا فطری -، مهر ساقط می‌شود. به بیان بهتر، تمام مهر از ذمه زوج برداشته می‌شود؛ زیرا دلیل انحلال نکاح، خود زوجه می‌باشد (نجفی، ۱۴۳۰: ۳۴/۳۰؛ محقق حلی، ۱۳۸۹: ۲/۲۹۴).

برخی فقها مبنای سقوط مهر را در این فرض، بر این اساس می‌دانند که ارتداد در حکم فوت شخص است (مکارم شیرازی، ۱۳۹۹) و بر این نظرند که چنانچه «أحد الزوجین» مرتد شود، تمام مهر باید به زوجه برگردد؛ چه قبل از آمیزش و چه بعد از آمیزش (محقق حلی، ۱۳۸۹: ۲/۲۴۰-۲۴۳). لذا با ارتداد زوجه و اینکه مرتد در حکم میت است، چنین استنباط می‌شود که حکم ارتداد به فوت زوجه قبل از نزدیکی نیز تسری یافته و مهری به آن تعلق نخواهد گرفت.

اگرچه ظاهر نتیجه در هر دو مورد یکسان است، ولی به نظر می‌رسد که حکم هریک از مسائل مذکور متفاوت است؛ چرا که موت زوجین قبل از نزدیکی به دو صورت قابل تصور می‌باشد:

الف) موت زوجین قبل از نزدیکی و بعد از تعیین مهرالمسمی، در نکاح مفوضه البضع،^۱ قبل از نزدیکی و بعد از توافق زوج و زوجه به میزان مهرالمثل، قبل از نزدیکی و پس از تعیین مهر در نکاح مفوضه المهر،^۲ که در تمام این صورت‌ها باید تمام مهر را بدهد.

ب) موت زوجین قبل از نزدیکی و قبل از تراضی به تعیین مهر که مختص نکاح مفوضه البضع است و در این صورت، زوجه مستحق هیچ گونه مهری نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ب: ۱۳۹؛ امامی، ۱۳۶۸: ۴۱۷ و ۴۲۲).

بنابراین واضح و مشخص است که حکم ارتداد زوجه قبل از نزدیکی، با مورد مسئله اخیر متفاوت است.

۱. نکاحی است که در آن، مهر زوجه را مورد سکوت قرار دهند.

۲. نکاحی است که مهر در آن به صورت اجمالی ذکر شود، ولی تعیین آن پس از عقد نکاح در اختیار زوجه یا زوج یا ثالث باشد.

در نقد نظر اسقاط مهر زوجه قبل از نزدیکی می‌توان بیان داشت که دلیلی وجود ندارد برای اینکه مهر ساقط بشود و اثبات «فلا مهر لها» که در نظرات فقهای قائل به سقوط مهر بیان گردیده است، با توجه به اینکه عقد به طور صحیح واقع شده است، آسان نمی‌باشد؛ زیرا وقوع ارتداد زوجه به منزله ائتلاف مال نیست و اینکه در موضوع ارث بیان شده است که در صورت کفر ورثه از ارث محروم می‌شوند، یک مسئله تبعیدی است که فقط در ارث جریان دارد، اما تسری آن حکم در مسئله مهر بسیار مشکل است؛ زیرا ارث یک امر تبعیدی است و قراردادی نیست و در موضوع ارث، هیچ عمل یا اقدامی از سوی فرد انجام نمی‌شود تا مالک آن میراث گردد و حکم صادره مبتنی بر دستور شارع مقدس است و همان شارع مقدس به صورت تبعیدی درباره ارث کافر از مسلمان می‌فرماید: «أَهْلٌ مِلَّتَيْنِ لَا يَتَوَارَثَانِ» و حکم وضع می‌نماید، در حالی که چنین حکمی در خصوص ارتداد وجود ندارد. بنابراین، اینکه زن مرتد از مرد مسلمان ارث نمی‌برد، مشخص است، چون کافر از مسلمان ارث نمی‌برد؛ اما اینکه مهری‌ای به او تعلق نگیرد، قابل قبول نیست. بنابراین حکم به اسقاط مهر در اینجا قابل تأمل می‌باشد.

بر اساس نقد وارده بر نظر فوق، برخی فقها اسقاط مهر را در فرض مذکور نپذیرفته و با این استدلال که دلیلی بر اسقاط مهر وجود ندارد، زوجه را مستحق کل مهر دانسته‌اند (جوادی آملی، ۱۳۹۶: جلسه ۹۹).

اما در خصوص تنصیف مهریه لازم است گفته شود مشهور فقها بر این باورند که با توجه به اینکه آیه کریمه ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ (بقره/ ۲۳۷) و معتبره ابوبصیر از امام صادق ع،^۱ بر تنصیف مهریه در صورت اقدام زوج به طلاق دلالت دارند، پس در فرض ما (ارتداد زوجه پیش از نزدیکی) مسئله تنصیف مهریه مطرح نمی‌شود؛ چرا که انحلال با اقدام زوجه صورت گرفته، اگرچه اراده او بر منحل کردن عقد نکاح نبوده است. همچنین علاوه بر آن، با توجه به کلام

۱. «هر گاه مردی زوجه‌اش را پیش از آنکه با او آمیزش جنسی داشته باشد، طلاق دهد، آن زوجه از او جدا می‌شود [و لازم نیست که عده نگه دارد] و پس از جاری شدن طلاق می‌تواند به ازدواج کسی که بخواهد، درآید. حال اگر [هنگام عقد] مهری برای او تعیین شده باشد، نصف آن برای او خواهد بود و چنانچه مهر تعیین نشده باشد، بر مرد لازم است که او را با هدیه‌ای مناسب بهره‌مند سازد» (احمدی و همکاران، ۱۳۹۵: ۳۵).

فقیهان در خصوص ارتداد زوجه پیش از نزدیکی، نیازی به سپری شدن عده جهت بازگشت و رجوع به اسلام وجود ندارد (نجفی، ۱۴۳۰: ۳۴/۳۰؛ موسوی خمینی، ۱۴۰۴: ۲۵۵).

در مرحله دوم باید بیان داشت که هر گاه پس از نزدیکی میان زوجین، زوجه مرتد شود، منفسخ شدن عقد موقوف به سپری شدن ایام عده است (عاملی جبعی، ۱۴۱۸: ۹۹/۲؛ محقق حلی، ۱۳۸۹: ۲۹۴/۲). بنابراین برای زوجه‌ای که مرتد شده - خواه مرتد فطری باشد یا ملی-، فرصتی وجود دارد تا قبل از سپری شدن عده به اسلام بازگردد و نکاح باقی بماند. لذا چنانچه توبه در اثنای عده واقع شد، نکاح باقی است، در غیر این صورت بعد از انقضای عده، دیگر امکان رجوع وجود ندارد و همه مهر زوجه بر ذمه شوهر ثابت و مستقر می‌گردد^۱ (عاملی جبعی، ۱۴۱۸: ۹۹/۲؛ محقق حلی، ۱۳۸۹: ۲۹۴/۲).

علاوه بر فرض مذکور، صورت دیگری مورد بحث است که اگر زوج مسلمان شود و زوجه در مذهب پیشین خود باقی بماند، چه حکمی دارد؟ در پاسخ باید بیان داشت که حرمت ازدواج دائم با زوجه کتابی در صورتی است که ابتدائاً باشد؛ اما اگر به صورت استدامه باشد، اشکالی ندارد (نجفی، ۱۴۳۰: ۳۴/۳۰؛ موسوی خمینی، ۱۴۰۴: ۲۵۵؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۸: ۹۹/۲). از این رو، چنانچه زوجی که زوجه‌اش اهل کتاب است، مسلمان گردد، هر دو نفر بر ازدواج اولشان باقی خواهند ماند و فرقی نمی‌کند که اسلام آوردن زوج قبل از نزدیکی باشد یا بعد از آن، و موقت و دائم بودن عقد نیز تأثیری بر این حکم نخواهد داشت (موسوی خمینی، ۱۴۰۴: ۲۵۵؛ نجفی، ۱۴۳۰: ۳۴/۳۰). در این فرض با توجه به ضابطه‌ای که مشخص شد، هیچ خللی به مهر وارد نمی‌شود.

در فرض دیگر، هر گاه شوهر زوجه و ثنیه اسلام بیاورد، و ثنی باشد یا کتابی، پس اگر قبل از نزدیکی باشد، ازدواج - بدون انقضای عده- به هم می‌خورد و در این صورت، تمامی مهریه (حسب مورد مهرالمسمی یا مهرالمثل) به عهده شوهر است و اگر بعد از نزدیکی باشد، نکاح منفسخ می‌شود و انتظار گذشت عده را می‌کشند و به طریق اولی،

۱. همه مراجع معاصر به جز آیات عظام تبریزی، صافی و وحید بر این عقیده‌اند که اگر زوجه در بین عده مسلمان شود، عقد به قوت خود باقی است و اگر تا پایان عده مرتد بماند، عقد باطل است. لکن فقهای مذکور بر این نظرند که اگر زوجه در بین عده مسلمان شود، بنا بر احتیاط واجب چنانچه بخواهد با او بماند، دوباره عقد نماید و اگر بخواهد جدا شود، طلاق دهد (بنی‌هاشمی خمینی، ۱۳۸۵: مسئله‌های ۲۴۴۸ و ۲۵۱۲).

در این فرض هم تمام مهر زوجه بر ذمه شوهر مستقر می‌گردد (موسوی خمینی، ۱۴۰۴: ۲۵۵؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۸: ۹۹/۲).

۲-۳. پرداخت مهر پیش از وقوع ارتداد

مسئله دیگری که ممکن است در خصوص مهر زوجه در موضوع ارتداد زوجین مطرح شود، مربوط به وضعی است که نکاح میان زوجین مسلمان منعقد می‌گردد و پس از آن، زوج اقدام به پرداخت تمام یا بخشی از مهریه به زوجه خود می‌کند، سپس یکی از ایشان مرتد شده و در نتیجه نکاح منحل می‌گردد. حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا می‌توان فرضی را تصور کرد که امکان استرداد مهریه^۱ پرداختی وجود داشته باشد؟ برای مثال، زوج پیش از مرتد شدن همسرش و قبل از وقوع نزدیکی (چون بعد از نزدیکی، زوجه مستحق گرفتن کل مهر است)، تمام مهریه را پرداخت کرده باشد و زوجه در آن تصرف مادی یا حقوقی کرده باشد.

تا جایی که تتبع و بررسی شده است، فقها در این باره اظهار نظر نکرده‌اند و با توجه به آنچه تا کنون گفته شد و ضابطه‌ای که از سوی صاحب نظران به دست آمده است، امکان استرداد مهریه باقی نمی‌باشد؛ زیرا به مجرد عقد، زوجه مالک همه مهریه می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی نیز در آن بنماید (عاملی جبعی، ۱۴۱۸: ۱۱۷/۲). همان گونه که قبلاً نیز بیان شد، قانون‌گذار ایران در ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی از این عقیده پیروی کرده است.

۳. آثار ارتداد بر مهریه زوجه در نظام حقوقی ایران

در قوانین موضوعه ایران، هیچ قانونی به صراحت در مورد ارتداد و آثار و عواقب آن وضع نشده است. مواد قانونی مختصر و پراکنده^۲ مربوط به ارتداد هم صرفاً ارجاعی به بزه ارتداد است؛ اما نسبت به جرم دانستن ارتداد و تعیین مجازات برای آن، قانونی وضع نشده است. تصویب ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی^۱ در رفع این ابهام قانون‌گذاری

۱. جرم تلقی کردن ارتداد در پیش‌نویس قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ به نتیجه نرسید و قانون‌گذار در زمان تصویب قانون مذکور، این عنوان اتهامی را حذف کرد و صرفاً به تصویب ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی اکتفا کرد. ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است، طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی عمل می‌شود».

مؤثر نبوده و همچنان این موضوع باعث اختلاف نظر و اتخاذ رویه‌های مختلف از سوی دادگاه‌ها در رسیدگی به پرونده‌های با موضوع ارتداد شده است.

با وجود این، این موضوع که ارتداد را یک عمل مجرمانه و قابل تعقیب کیفری بدانیم یا خیر، صرفاً در مورد جنبه جزایی آن است و نسبت به جنبه مدنی، منعی در مراجعه به سایر منابع حقوقی وجود ندارد؛ مگر آنکه آثار مدنی ناشی از ارتداد مانند انحلال زوجیت را نوعی مجازات تلقی نماییم. دکترین و رویه قضایی بیانگر آن است که آثار مدنی ناشی از ارتداد در حقوق ایران به عنوان مجازات تلقی نگردیده است و مواردی چون انحلال نکاح، محرومیت از ارث و مانند آن، یک اثر حقوقی ناشی از وضعیت جدید شخص مرتد است که نمی‌تواند کیفر عمل محسوب گردد؛ بلکه نتیجه وضعیت جدیدی است که برای خود ایجاد کرده است. از این رو کلیه حقوق دانان بر این باورند که اعمال اصل ۱۶۷ قانون اساسی در دعای مدنی نافذ بوده و در هر حال آثار مدنی ناشی از ارتداد بر طبق اصل مذکور و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، نسبت به شخص مرتد در صورت اثبات ارتداد اعمال می‌گردد. البته اعمال این آثار، نیاز به اقامه دعوی مناسب و رسیدگی و صدور حکم توسط دادگاه‌ها دارد (شیعه‌علی و شیخ‌الاسلامی، ۱۳۹۸: ۲۹۳).

بررسی قوانین و مقررات در باب انحلال نکاح، بیانگر آن است که در قانون مدنی ایران، موارد و اسباب انحلال نکاح ذیل ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی بیان گردیده است. براساس این ماده:

«عقد نکاح به فسخ یا به طلاق یا به بذل مدت در عقد انقطاع منحل می‌شود».

چنانچه ملاحظه می‌گردد، در این ماده سخنی از انفساخ به میان نیامده و به مواردی چون فوت (حقیقی یا فرضی)،^۱ ارتداد و تغییر جنسیت که از اسباب انفساخ نکاح است، اشاره نشده است (خطیبی قمی، ۱۳۹۵: ۸۸۳-۸۸۴).

۱. اگرچه بعضی از نویسندگان در باب انحلال نکاح، ذکری از موت اشخاص به میان نیاورده‌اند، ولی با توجه به آنچه بیان شد، می‌توان موت را موجب قطع رابطه زوجیت دانست (امامی، ۱۳۶۸: ۴۶۰؛ کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۵۱/۱). علاوه بر آن باید توجه داشت که اگر موت فرضی هر یک از زوجین صادر گردد، به دلیل اینکه در حکم موت حقیقی است، باید آن را موجب انحلال نکاح دانست (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۵۱/۱). این دیدگاه را می‌توان از کلام فقیهان نیز استنباط کرد (آل بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۲۳۸/۳).

عدم تصریح به موارد انفساخ در ماده فوق موجب گردیده است که برخی حقوق‌دانان قائل به آن باشند که سه طریق فسخ، طلاق و بذل مدت در ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی، شیوه‌های انحصاری انحلال قانونی عقد نکاح محسوب می‌شوند (طالب‌احمدی، ۱۳۹۱: ۹۲). در مقابل این نظر، گروه دیگری از صاحب‌نظران بر این باورند که ماده مذکور، شامل انفساخ نیز هست؛ زیرا فقها عادت دارند که در خصوص مبحث انحلال عقد نکاح، لغت فسخ را در معنای اعم از فسخ و انفساخ به کار ببرند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۲۹۲).

قانون حمایت از خانواده در بند ۹ ماده ۴، شرایط بر هم خوردن رابطه زوجیت بین زوجه و زوج را فسخ، انفساخ نکاح، طلاق، بذل مدت و انقضای مدت نام می‌برد. عبارت انفساخ نکاح در چند ماده دیگر قانون جدید حمایت خانواده از جمله ماده ۲۰ و ۴۹ در خصوص ثبت انفساخ نکاح بیان شده است.

قانون‌گذار با استعمال لفظ انفساخ در خصوص نکاح در قانون جدید حمایت خانواده، مواردی چون لعان، ارتداد یا وفات احد زوجین و نیز تغییر جنسیت^۱ را که جزء اسباب انحلال نکاح است، در صلاحیت دادگاه خانواده قرار داده است.

با عنایت به مطالب فوق در خصوص بیان اسباب انحلال نکاح در قوانین ایران و عدم تصریح به ارتداد به عنوان یکی از اسباب، مشخص است که حکم مربوط به تکلیف مهریه زوجه در حالات مختلف ارتداد زوجین یا یکی از آنها نیز بیان نگردیده است. لذا با توجه به سکوت قانون‌گذار در مسئله مهریه در کلیه فروع آن می‌توان بررسی مبانی فقهی این موضوع را در مراجعه به سایر منابع حقوق در اجرای اصول ۴ و ۱۶۷ قانون اساسی و مواد ۹ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب^۲ و ۳ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، به عنوان راهکاری در رسیدگی به دعوی مربوط به ارتداد مدّ نظر داشت؛ زیرا بر طبق مواد قانونی مذکور در چنین مواردی، مراجعه به متون فقهی الزامی است. بنابراین قانون اساسی تکلیف قضات را در خصوص مواردی که دعوی نزد قاضی مطرح است و در قوانین مدونه موجود نیست، نظیر حکم

۱. پدیده نوظهور تغییر جنسیت نیز می‌تواند به عنوان سبب انفساخ نکاح به شمار آید (روشن، ۱۳۹۱: ۲۱۳).
 ۲. ماده ۹ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب: «قرارها و احکام دادگاه‌ها باید مستدل بوده و مستند به قانون یا شرع و اصولی باشد که بر مبنای آن، حکم صادر شده است».

وضعیت مهر زوجه در صورت ارتداد زوج یا زوجه مشخص کرده است. از این رو، دادگاه‌های حقوقی در رسیدگی به دعاوی مدنی ناشی از ارتداد باید به سایر منابع حقوق از جمله منابع معتبر فقهی و نیز فتاوی معتبر رجوع کنند و احکام مربوط به آثار ناشی از ارتداد را از آن استخراج نمایند و بر مبنای احکام مذکور حکم صادر نمایند.^۱

نتیجه‌گیری

ارتداد از جمله اسباب انحلال نکاح است که در قوانین موضوعه ایران، اشاره‌ای به احکام و آثار آن نشده است. لذا با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی برای فصل خصومت و حل دعاوی مربوط به آن باید به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر مراجعه گردد. در بررسی ارتداد و آثار آن در انحلال نکاح در منابع معتبر اسلامی ملاحظه می‌گردد که معنای ارتداد به خوبی نزد عالمان دین منقح گشته است، به گونه‌ای که در خصوص آن شک و تردیدی نیست؛ اما آثار آن در اصل نکاح و حقوق مالی آن از جمله مهریه مورد اختلاف بوده و نظرات گوناگونی - که ناشی از برداشت متفاوت فقها از آیات و روایات موجود در این زمینه است-، ارائه شده که البته دلالت آن‌ها تا حد امکان شیوا نبوده است، تا جایی که در برخی مسائل با توجه به بررسی‌های صورت گرفته و نیافتن منابع غنی، راهی جز توسل به صدور فتاوی مبتنی بر دلایل موجود نیست. در بررسی آراء مختلف فقها روشن گردید که در خصوص ارتداد زوج و زوجه بعد از نزدیکی، اختلافی بین فقها وجود ندارد و همگی قائل به استقرار مهر هستند؛ زیرا پس از نزدیکی مهر مستقر می‌گردد و حق مسلم زن بر آن ثابت شده است و با ارتداد از بین نمی‌رود و چنانچه شکی در این خصوص بر بقای مهر وجود داشته باشد، استصحاب حاکم است. اما اختلاف فقها در مورد ارتداد زوج و زوجه قبل از نزدیکی است که برخی قائل به سقوط مهر در هر دو مورد هستند، برخی نظر به تعلق نصف مهر در مورد ارتداد زوج

۱. لازم به ذکر است که به موجب رأی دیوان عالی کشور در حقوق ایران، مبنی بر لزوم اثبات ارتداد در محکمه صالحه قبل از انفساخ نکاح، پذیرش دعاوی اعلام انفساخ نکاح به علت ارتداد زوج، منوط به اقرار وی به ارتداد یا اثبات آن در محاکم دادگستری پیش از طرح دعاوی انفساخ است (رأی دیوان عالی کشور، شعبه ۲۶، مورخ ۱۳۹۲/۰۴/۰۵ به شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۹۰۰۱۵۲).

دارند، برخی معتقد به استقرار کل مهر در مورد ارتداد هر یک از زوجین هستند و برخی هم قائل به مصالحه زوجین در خصوص نصف دیگر مهر در ارتداد زوج می‌باشند. ملاحظه و بررسی آراء فقها نشان می‌دهد که معتقدان به اینکه زوجه سهمی از مهر ندارد، مهر را در عوض تمکین دانسته‌اند؛ در حالی که مهریه وابسته به دخول و در مقابل تمکین نیست، بلکه در مقابل اصل عقد است و به محض اینکه عقد نکاح واقع شد، مهر ملک زوجه می‌گردد. آنچه که در مقابل تمکین است، نفقه، کسوه، مسکن، هزینه دارو و درمان و مانند این‌هاست. بنابراین در صورتی که زوج یا زوجه بعد از عقد و قبل از دخول مرتد شوند، باید مهریه کامل پرداخت شود.

آن‌ها که قائل به تنصیف مهر هستند، چنین استدلال کرده‌اند که حکم در اینجا مانند طلاق قبل از نزدیکی است؛ زیرا نکاح عبادت محض نیست و شبهه معاوضه در آن است. در نقد این نظر بیان گردید که این قیاس مع الفارق است و سنخ طلاق با سنخ فسخ فرق می‌کند؛ چون مسئله نصف مهر در طلاق، خلاف قاعده و طبق نص است و در اینجا چنین نصی وجود ندارد. در مسئله طلاق سند وجود دارد؛ در حالی که در خصوص ارتداد چنین سندی موجود نیست تا مهر تنصیف شود و دلیلی نداریم که بتواند عموماً را تخصیص بزند و فسخ را با طلاق قیاس کند. لذا عموماً در جای خود محفوظ است که تمام مهر به وسیله عقد برای زن است و قول به استحقاق نصف مهر، خلاف قاعده است. چنانچه ملاحظه می‌گردد، عدم توجه به این موضوع که در ارتداد زوج یا زوجه، عقد نکاح فاسد نبوده و عقد به طور صحیح واقع شده و بعداً به موجب ارتداد منحل شده است، موجب صدور آراء مختلف از سوی فقها گردیده است. این در حالی است که اصل ملکیت مهر با عقد حاصل می‌گردد و تمام مهر به ملک زوجه درمی‌آید و با وجود ارتداد نیز این حکم جاری است؛ چه ارتداد از طرف زوج باشد یا زوجه، و چه ملی باشد یا فطری. قانون مدنی ایران نیز در ماده ۱۰۸۲، مالکیت زوجه بر مهر را به مجرد عقد دانسته و زوجه را محق برای هر گونه تصرف در مهر شمرده است. بنابراین می‌توان گفت به دلیل آنکه در انحلال نکاح، عقد به طور صحیح واقع شده و مهر در مقابل عقد است و به محض وقوع عقد به مالکیت زوجه درمی‌آید، نزدیک‌ترین نظر در فقه شیعه به صواب، پذیرش پرداخت کل مهر به زوجه در کلیه فروض ارتداد است.

کتاب‌شناسی

۱. آل بحر العلوم، سیدمحمد بن محمدتقی، *بلغة الفقیه*، چاپ چهارم، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۲. احدی، سیف‌الله، محمدتقی فخلعی، و محمدحسن حائری، «سبب حصول مالکیت زوجه بر مهر»، *دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)*، سال بیست و یکم، شماره ۶۵، پاییز و زمستان ۱۳۹۵ ش.
۳. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، ج ۳ و ۴، چاپ پنجم، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۸ ش.
۴. انصاری، مسعود، و محمدعلی طاهری، *دانشنامه حقوق خصوصی*، چاپ سوم، تهران، جنگل - جاودانه، ۱۳۸۱ ش.
۵. بنی‌هاشمی خمینی، محمدحسن، *توضیح المسائل مراجع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۵ ش.
۶. بهجت، محمدتقی، «جامع المسائل»، بی تا، قابل دسترس در مرکز تنظیم و نشر آثار حضرت آیه‌الله العظمی بهجت: <https://v0.bahjat.ir/index.php/ahkam-2/jame/399-2011-09-07-05-56-03.html>.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *الفارق (دائرةالمعارف عمومی حقوق)*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶ ش. (الف)
۸. همو، *تئوری موازنه*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱ ش.
۹. همو، *حقوق خانواده*، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶ ش. (ب)
۱۰. همو، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، ج ۵، چاپ پنجم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰ ش.
۱۱. جوادی آملی، عبدالله، *درس خارج فقه نکاح*، ۱۳۹۶ ش.
۱۲. حبیبی تبار، حسین، «جستاری در حقیقت ارتداد و رابطه آن با آزادی اندیشه و بیان»، *فصلنامه علوم اسلامی*، شماره ۱۹، پاییز ۱۳۸۹ ش.
۱۳. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۱۰۴ ق.
۱۴. حسینی سیستانی، سیدعلی، *منهاج الصالحین*، قم، مکتب آیه‌الله العظمی السید السیستانی، ۱۳۱۵ ق.
۱۵. خطیبی قمی، سیدکمال، *قانون مدنی در نظم حقوقی معاصر*، تهران، طرح نوین، ۱۳۹۵ ش.
۱۶. روشن، محمد، *حقوق خانواده*، چاپ دوم، تهران، جنگل، ۱۳۹۱ ش.
۱۷. شیعه‌علی، جلیل، و عباس شیخ‌الاسلامی، «مقایسه آثار مدنی ارتداد در فقه اسلامی و حقوق ایران»، *دوفصلنامه فقه مقارن*، سال هفتم، شماره ۱۳، بهار و تابستان ۱۳۹۸ ش.
۱۸. صدوق، ابوجعفر محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقیه*، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۶ ق.
۱۹. صفایی، سیدحسین، و اسدالله امامی، *مختصر حقوق خانواده*، چاپ سوم، تهران، دادگستر، ۱۳۷۹ ش.
۲۰. صفایی، سیدحسین و همکاران، *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*، زیر نظر ابوالقاسم گرجی، چاپ دوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۷ ش.
۲۱. طالب‌احمدی، حبیب، «ماهیت حقوقی طلاق خلع»، *فصلنامه مطالعات حقوقی*، دوره چهارم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۱ ش.
۲۲. طباطبایی حکیم، سیدمحمدسعید، *منهاج الصالحین*، قم، دار الهلال، ۱۴۳۳ ق.
۲۳. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ دوم، تهران، المکتبه المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۸ ش.
۲۴. همو، *تهذیب الاحکام فی شرح المقنعة للشیخ المفید*، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۴۱۸ ق.

۲۵. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، چاپ دهم، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.

۲۶. همو، *مسالك الافهام الى تنقیح شرائع الاسلام*، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۲۹ ق.

۲۷. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، *اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۵ ش.

۲۸. همو، *اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.

۲۹. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.

۳۰. کاتوزیان، ناصر، *حقوق خانواده*، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵ ش.

۳۱. کاشف‌الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، *انوار الفقاهه (کتاب النکاح)*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.

۳۲. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل‌البتین، ۱۴۱۱ ق.

۳۳. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۸۹ ق.

۳۴. محقق داماد، سیدمصطفی، *بررسی فقهی حقوقی خانواده*، چاپ دهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۲ ش.

۳۵. مغنیه، محمدجواد، *الفقه علی المذاهب الخمسه*، چاپ دهم، بیروت، دار التیار جدید - دار الجواد، ۱۴۲۱ ق.

۳۶. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقنعه*، قم، دار المفید، ۱۴۱۰ ق.

۳۷. مکارم شیرازی، ناصر، «پاسخ به مسائل شرعی»، بی‌تا، قابل دسترس در وبگاه به نشانی [https://makarem.ir/main.aspx?typeinfo=21&lid=0&catid=46907&mid=Retried\(11/8/1399\)>](https://makarem.ir/main.aspx?typeinfo=21&lid=0&catid=46907&mid=Retried(11/8/1399)>)

۳۸. همو، ۱۳۹۹/۴/۵ ش.، قابل دسترس در پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر حضرت آیه‌الله العظمی مکارم شیرازی: <https://makarem.ir/main.aspx?typeinfo=21&lid=0&catid=536&mid=263849>.

۳۹. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۳۷۷ ش.

۴۰. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، چاپ دوم، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۹۰ ق.

۴۱. همو، *تحریر الوسیله*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.

۴۲. موسوی خوانساری، سیداحمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۵۵ ق.

۴۳. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، چاپ چهارم، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۳۰ ق.

۴۴. همو، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.

۴۵. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، *جامع الشتات فی اجوبه السؤالات*، تهران، کیهان، ۱۳۷۱ ش.

۴۶. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۳۰ ق.

۴۷. همو، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

تأملی بر

دلایل ممنوعیت سکونت اهل کتاب در مکه*

- حسین نورالدینی^۱
- محمدحسین مختاری^۲
- ابراهیم کلانتری^۳

چکیده

مسئله مهمی که امروزه برای مسلمانان مطرح است و اهل کتاب نیز در آن ذی‌نفع می‌باشند، این است که آیا بر اساس قرآن کریم و مستندات فقهی، اهل کتاب با ملاحظه اینکه به کتاب آسمانی معتقدند، می‌توانند در شهر مکه سکونت نمایند یا این آموزه‌ها با آنان نیز همچون کفار و دشمنان اسلام برخورد نموده و آن‌ها را از اقامت گزیدن در آنجا محروم و ممنوع نموده است؟ در این مقاله که به شیوه توصیفی - تحلیلی تدوین گردیده، به این مسئله پرداخته است و با استفاده از ابزارهای فقهی، دلایل ممنوعیت آن‌ها را مطرح نموده و مورد نقد و بررسی قرار داده است. نتیجه تحقیق، عدم کفایت آیات قرآنی مورد استناد و نیز

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۲ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۴/۲۴.

۱. دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی (نویسنده مسئول) (hosseinn170@gmail.com).
۲. دانشیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (professor.mokhtari@yahoo.com).
۳. استاد دانشکده معارف و اندیشه اسلامی دانشگاه تهران (ekalantari@ut.ac.ir).

عدم دلالت روایت مطرح شده بر مدعاست و در نتیجه در شرایط عادی به استناد اصل اولیة آزادی انسان‌ها در انتخاب محل سکونت خود، حکم به جواز آن می‌شود.

واژگان کلیدی: اهل کتاب، مکه، سکونت، حجاز، مسجدالحرام.

مقدمه

از جمله حقوق اولیة شهروندی انسان‌ها، حق انتخاب کشور و محل سکونت است. انسان‌ها در انتخاب محل سکونت خود آزادند، به ویژه اگر در آن محل متولد شده باشند؛ البته با رعایت قوانین و مقرراتی که شارع یا نهادهای قانون‌گذار وضع کرده‌اند. در این خصوص، یکی از احکامی که اکثر فقهای امامیه بیان کرده‌اند، عدم جواز اسکان اهل کتاب در سرزمین مکه است. آنان برای اثبات این مطلب به دلایلی استناد جسته‌اند. از دیگر سوی، مسئله‌ای که امروزه برای مسلمانان و نیز غیر مسلمانان مطرح است، این است که آیا بر اساس نظر قرآن و مستندات فقهی، اهل کتاب نمی‌توانند در آن شهر سکونت نمایند و این آموزه‌ها با آنان نیز همچون کفار و دشمنان اسلام برخورد نموده است یا با ملاحظه اینکه آنان به کتاب آسمانی معتقدند، از حکم کفار مستثنا هستند؟

این مقاله با ملاحظه مستندات قرآنی و روایی موجود، به بررسی و تحلیل ادله ممنوعیت سکونت آن‌ها در مکه پرداخته است.

بیان موضوع

از جمله حقوق اولیة شهروندی، آن است که هر فرد علاوه بر آنکه در انتخاب کشور و محل سکونت خود آزاد است در انتخاب هر نقطه‌ای از آن، جهت سکونت نیز مختار است؛ مشروط بر اینکه قوانین و مقرراتی را که شارع یا نهادهای قانون‌گذار وضع کرده‌اند، رعایت کند (قرشی، ۱۳۴۸: ۱۴۲). برای اثبات این اصل کلی می‌توان به دلایل ذیل اشاره نمود:

۱- حدیثی از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نقل شده که به این امر اشاره می‌نماید:

«همه سرزمین‌ها متعلق به خداست و بندگان نیز بندگان خدا هستند؛ پس هر جا که خیر شما در آن است، اقامت نمایید» (ابن کثیر دمشقی، ۱۴۲۰: ۲۹۰/۶).

این حق در اسناد و قوانین بین‌المللی نیز پذیرفته شده است؛ برای مثال، کنوانسیون بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی درباره آزادی انتخاب مسکن می‌گوید:

«هر کس به طور قانونی باید در قلمرو کشور، حق رفت‌وآمد آزاد و انتخاب آزادانه محل اقامت خود را داشته باشد» (کنوانسیون بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی سازمان ملل متحد، ۱۹۶۶: ماده ۱۲).

اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز همین امر را بیان می‌کند (اعلامیه جهانی حقوق بشر، ۱۹۴۸: ماده ۱۳).

۲- مقتضای اصالة الاباحه این است که هر شخص در انتخاب محل زندگی خویش مختار است و تنها در مواردی که دلیل قطعی وجود دارد، می‌توان برخی موارد را از شمول اصالة الاباحه در انتخاب محل سکونت استثنا نمود.

با وجود این، مشهور فقهای امامیه با استناد به برخی ادله عقیده دارند که اهل کتاب حق سکونت در شهر مکه را ندارند. در این مقاله ادله منع سکونت اهل کتاب در مکه بیان شده و مورد بررسی قرار می‌گیرد.

دلایل ممنوعیت سکونت اهل کتاب در مکه

دلیل اول ممنوعیت اقامت: آیه ۲۸ سوره توبه

اصلی‌ترین دلیل فقها برای ممنوعیت سکونت اهل کتاب در مکه، آیه ۲۸ سوره توبه است (ابن شهر آشوب، ۱۳۶۹: ۱۸۶/۲؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۵۴۹/۵؛ نجفی، ۱۳۶۶: ۲۸۷/۲۱) که می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا...»؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید! مشرکان ناپاک‌اند، پس نباید بعد از امسال، نزدیک مسجد الحرام شوند....

بعضی از فقهای مکتب اهل بیت علیهم‌السلام به این آیه برای ممنوعیت ورود اهل کتاب و سکونت آنان در مکه استناد نموده‌اند؛ گرچه خداوند متعال در این آیه، ورود مشرکان

به مسجد الحرام را به خاطر نجاستشان ممنوع کرده است. استفاده ممنوعیت اهل کتاب از این آیه، متوقف بر دو امر است.

مقدمات برداشت ممنوعیت از آیه

۱. مقصود از مسجد الحرام تمامی مکه است نه صرف مسجد الحرام

گروهی از مفسران و فقها عقیده دارند که مقصود از مسجد الحرام در قرآن، تمامی حرم و شهر مکه است (طوسی، ۱۳۸۷: ۴۷/۲؛ سیوری حلی، ۱۴۲۵: ۴۶/۱)؛ چه اینکه خداوند می‌فرماید: ﴿سُبْحَانَ الَّذِي أَسْرَى بِعَبْدِهِ لَيْلًا مِنَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ إِلَى الْمَسْجِدِ الْأَقْصَى الَّذِي بَارَكْنَا حَوْلَهُ لِنُرِيَهُ مِنْ آيَاتِنَا إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْبَصِيرُ﴾ (اسراء/ ۱)؛ پاک و منزّه است خدایی که بنده‌اش را در یک شب، از مسجد الحرام به مسجد الاقصی - که گرداگردش را پربرکت ساخته‌ایم - برد تا برخی از آیات خود را به او نشان دهیم؛ چرا که او شنوا و بیناست.

آیه فوق بیان می‌کند که آغاز معراج رسول خدا ﷺ از مسجد الحرام بوده است. از سوی دیگر بر اساس برخی گزارشات تاریخی، رسول خدا ﷺ از شعب ابی طالب یا منزل یکی از همسرانش به معراج رفت و اینکه قرآن کریم مسجد الحرام را به عنوان نقطه آغازین معراج معرفی می‌کند، نشانه این است که مقصود از مسجد الحرام، تمامی مکه است (فاضل کاظمی، بی‌تا: ۲۸۷/۲؛ حسینی جرجانی، ۱۴۰۴: ۴۱۸/۱؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۸۹/۳؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۵۲۷/۱).

۲. مشرک بودن اهل کتاب

بعضی از فقهای امامیه عقیده دارند که واژه مشرک در این آیه علاوه بر بت‌پرستان، شامل اهل کتاب نیز می‌گردد (سیوری حلی، ۱۴۲۵: ۴۹/۱؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۵۱۹/۱؛ عراقی، ۱۴۱۴: ۳۷۵/۴؛ اردبیلی، بی‌تا: ۳۸). از این رو، اهل کتاب نیز نجس بوده و حق ورود به مسجد الحرام و سرزمین مکه را ندارند (نراقی، ۱۴۱۵: ۱۱۲/۱۱؛ یزدی، ۱۴۱۵: ۱۵۸/۱).

دلیل اینکه فقها اهل کتاب را نیز در ردیف مشرکان قرار داده‌اند، این است که اهل کتاب به واسطه برخی عقاید شرک‌آمیزشان در ردیف مشرکان قرار می‌گیرند. قرآن کریم در چند آیه به این مسئله - که عقاید شرک‌آمیز اهل کتاب موجب صدق عنوان

مشرك بر آنها می‌شود. اشاره نموده است و فقها بر اساس این آیات، اهل کتاب را مشرك می‌دانند (مكارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۱۳/۴؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۲۲/۳؛ اردبیلی، بی‌تا: ۳۸؛ فاضل کاظمی، بی‌تا: ۱۰۰/۱).

عقاید شرك‌آمیز یهودیان و مسیحیان را که قرآن کریم بدان اشاره نموده است، می‌توان در چند مورد دسته‌بندی کرد:

- ۱- یهودیان عزیز، و مسیحیان عیسی را فرزند خدا می‌دانند (توبه/ ۳۰).^۱
 - ۲- مسیحیان و یهودیان احبار و رهبانان خود را رب می‌دانند (توبه/ ۳۱).^۲
 - ۳- مسیحیان و یهودیان خودشان را ابن الله می‌دانند (مائده/ ۱۸).
 - ۴- مسیحیان حضرت مریم را خدا می‌دانند (مائده/ ۱۱۶).
 - ۵- مسیحیان حضرت عیسی را خدا می‌دانند (مائده/ ۱۷ و ۷۲۹).
 - ۶- اعتقاد به تثلیث در میان مسیحیان (مائده/ ۷۳).
- با توجه به عقاید شرك‌آمیز آنان می‌توان گفت که اهل کتاب نیز مشرك بوده و به حکم آیه ۲۸ سوره توبه، حق ورود و سکونت در مکه را ندارند (سیوری حلی، ۱۴۲۵: ۵۰/۱).

نقد و بررسی این دلیل

همان طور که بیان شد، استدلال به آیه مورد نظر، متوقف بر دو مقدمه است که هر دو با چالش روبه‌روست.

۱. بررسی مقدمه اول

هرچند مفسران و مورخان در رابطه با محل آغاز معراج اختلاف نظر دارند، برخی از آنان عقیده دارند که آغاز معراج از کنار خانه کعبه بوده است، نه منزل همسر پیامبر ﷺ یا شعب ابی طالب (ر.ک: مكارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۹/۱۲). بنابراین با وجود چنین احتمالی

۱. یهود گفتند: «عزیز پسر خداست!» و نصارا گفتند: «مسیح پسر خداست!».
 ۲. [آنها] دانشمندان و راهبان خویش را معبودهایی در برابر خدا قرار دادند و [همچنین] مسیح فرزند مریم را؛ در حالی که دستور نداشتند جز خداوند یکتا را که معبودی جز او نیست، پرستند. او پاک و منزّه است از آنچه همتایش قرار می‌دهند.

نمی‌توانیم از آیه ۱ سوره اسراء نتیجه قطعی بگیریم که مقصود قرآن از مسجد الحرام، تمامی شهر مکه است و به استناد آن، مشرکان را از حق سکونت در مکه محروم نماییم.

۲. بررسی مقدمه دوم

همان طور که بیان شد، برخی از فقها اهل کتاب را به خاطر عقاید شرک‌آمیزشان مشرک دانسته‌اند. این در حالی است که بررسی منابع و نصوص فقهی و قرآنی، گواهی است بر اینکه مشرک بودن اهل کتاب صحیح نیست و عنوان مشرک بر اهل کتاب صدق نمی‌کند

در ادامه به بررسی عقاید شرک‌آمیز اهل کتاب می‌پردازیم:

۱- عزیر یکی از بزرگان قوم یهود بود که خدمات فراوانی برای یهودیان انجام داده بود. از این رو برخی از یهودیان صدر اسلام (نه همه آنها) به وی لقب «ابن الله» دادند (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۲۴۴/۹). بر اساس نقل منابع، یهودیان به این مطلب تصریح کرده‌اند که مقصود آنها از اعطای این لقب تنها احترام و اکرام عزیر بوده است (همان: مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۳۶۲/۷). طبرسی نیز در کتاب *الاحتجاج* روایتی از مناظره یهودیان با پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله را نقل می‌کند که یهودیان در این روایت به صراحت عنوان می‌کنند که مقصود آنها از اینکه عزیر را ابن الله می‌خوانند، تنها اظهار احترام و محبت به عزیر است، نه عقیده به اینکه او فرزند خداست (طبرسی، ۱۴۰۳: ۲۳/۱).

مسیحیان نیز در این روایت عنوان می‌کنند که به خاطر معجزات حضرت عیسی علیه السلام و صرفاً به جهت تکریم و احترام، به وی لقب ابن الله داده‌اند (همان: ۲۴/۱).

همچنین بر اساس برخی روایات و نقل منابع تاریخی، فرق مختلفی در میان نصارا وجود دارد که تنها برخی از آنان چنین عقیده‌ای داشتند (نه همه مسیحیان) (ر.ک: قمی، ۱۴۰۴: ۲۸۹/۱؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۲۶۸-۲۶۹/۳) و ممکن است مقصود آیه، تنها آن گروه خاص از مسیحیان باشد نه همه آنان.

۲- در رابطه با مطلب دوم (قائل شدن به مقام ربوبیت برای علمای اهل کتاب) نیز مفسران در تفسیر این آیه عقیده دارند که یهود و نصارا در برابر علما و راهبان خود

سجده نمی کردند و برای آن‌ها نماز و روزه و یا سایر عبادت‌ها را انجام نمی دادند؛ ولی از آنجا که خود را بدون قید و شرط در اطاعت آنان قرار داده بودند و حتی احکامی را که بر خلاف حکم خدا می گفتند، واجب الاجرا می شمردند، قرآن از این پیروی کورکورانه و غیر منطقی، تعبیر به «عبادت» کرده است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۳۶۵/۷). بنابراین مقصود از پرستش در اینجا، اطاعت بی قید و شرط از احبار و راهبان است (قرائتی، ۱۳۸۳: ۴۸/۵). حدیث امام صادق علیه السلام نیز در تفسیر آیه **﴿اتَّخَذُوا أَحْبَارَهُمْ وَرُهَبَانَهُمْ أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ﴾**، دلیلی بر این امر است. ایشان می فرماید:

«به خدا قسم، اهل کتاب برای آن‌ها [علمای دینی‌شان] نماز نمی خواندند و برای آن‌ها روزه نمی گرفتند، بلکه [منظور آیه این است که] علمای آن‌ها [حلال و حرام الهی را تغییر می دادند و] حلال [الهی] را برای آن‌ها حرام و حرام [الهی] را برای آن‌ها حلال می کردند و اهل کتاب نیز از آن‌ها تبعیت می کردند» (مجلسی، ۱۴۰۳: ۹۸/۲).

۳- در رابطه با این مطلب که یهودیان و مسیحیان، خودشان را ابن الله می نامند نیز باید بگوییم مفسران عقیده دارند که مقصود یهود و نصارا در **﴿وَقَالَتِ الْيَهُودُ وَالنَّصَارَى نَحْنُ أَبْنَاءُ اللَّهِ وَأَحِبَّاؤُهُ﴾**، این نیست که آن‌ها فرزند حقیقی خداوند هستند؛ بلکه آن‌ها قصد دارند با این مجازگویی، شرافت و جایگاهی برای خود عنوان کنند. این نوع از مجازگویی در آثار اهل کتاب فراوان است؛ برای مثال، آن‌ها حضرت آدم، یعقوب، داود علیهم السلام، صلحای مؤمن و... را فرزندان خدا خوانده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۱۳۶/۵). عبارت **﴿وَأَحِبَّاؤُهُ﴾** نیز مؤید این مطلب است که مقصود آن‌ها، بیان یک شرافت برای تقرب به خداوند در برابر دیگران است.

۴- در مورد اعتقاد مسیحیان به الوهیت حضرت مریم نیز باید گفت که مفسران در این رابطه به این نکته اشاره می کنند که مقصود آیه این نیست که مسیحیان حضرت مریم را خدا به معنای الله و رب می دانند، و هیچ یک از فرق مسیحی نیز لفظ «اله و معبود» را بر مریم علیها السلام اطلاق نمی کنند، بلکه آن‌ها در برابر مجسمه ایشان مراسم عبادی را به جا می آورند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۱۳۶/۵).

برخی از مفسران نیز عقیده دارند که مسیحیان قائل به خدایی حضرت عیسی و

مریم عَلَيْهَا نبوده‌اند، بلکه مقصود احترام ویژه آنان به حضرت عیسی یا مریم عَلَيْهِمَا بوده است؛ مانند جایگاهی که آنان برای علمای خویش قائل بودند و آیه ۳۱ سوره توبه نیز بدان اشاره کرده است. البته ممکن است مقصود قرآن تنها گروهی از مسیحیان (نه همه آنها) باشد که در گذشته وجود داشته‌اند و نام آنان «مریمیه» بوده است. به پیروان این گروه چنین نسبت داده شده که آنان حضرت مریم را خدا می‌دانسته‌اند (طبرسی، ۱۳۷۲: ۴۱۵/۳).

۵ و ۶- در مورد ادعای تثلیث و اعتقاد آنها به الوهیت حضرت عیسی عَلَيْهِ نیز باید گفت، همان طور که قبلاً ذکر شد، مسیحیان در رابطه با نسبت دادن لقب «ابن الله» به حضرت عیسی عَلَيْهِ چنین عنوان می‌کنند که خداوند امور عجیب و خارق‌العاده‌ای را به دست او ظاهر نمود و آنها بدین جهت و نیز به جهت تکریم حضرت عیسی عَلَيْهِ، به وی لقب ابن الله داده‌اند (همو، ۱۴۰۳: ۲۴/۱). پس اگر آنان به جهت تکریم حضرت عیسی عَلَيْهِ به وی لقب ابن الله داده باشند، نسبت الوهیت به وی نیز می‌تواند از باب تکریم باشد.

بر اساس نقل مفسران، عقیده به تثلیث نیز در انجیل‌های نصارا وجود ندارد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۳۳-۳۴/۵).

علاوه بر این، در قرآن کریم چندین نسبت در مورد عقاید حضرت عیسی عَلَيْهِ بیان شده که قابل جمع نیستند؛ برای مثال، عقیده نصارا به اینکه عیسی ابن الله است و اینکه عیسی الله است (توبه/ ۳۰؛ مائده/ ۱۷ و ۷۲۹). بنابراین یا باید گفت که مقصود معنای حقیقی الوهیت و ابن الله... نیست و یا اینکه مقصود قرآن تنها گروه‌های خاصی از مسیحیان (نه همه آنان) است که چنین عقاید باطلی داشته‌اند. در کتب تفسیری نیز به این مطلب اشاره شده که مسیحیان متشکل از مذاهب مختلفی بوده‌اند و گروه‌های خاصی از نصارا چنین عقایدی داشته‌اند؛ برای مثال بر اساس گزارش، منابع فرقه «نسطوریه» قائل بوده‌اند که عیسی فرزند خداست و فرقه «یعقوبیه» قائل به الوهیت عیسی، و فرقه «ملکائیه» نیز قائل به تثلیث بوده‌اند (طبرسی، ۱۴۱۰: ۲۶۸/۳-۲۶۹).

در تفسیر قمی نیز روایتی از امام باقر عَلَيْهِ نقل شده که ایشان به عقاید مختلف فرق مسیحیت چنین اشاره می‌فرماید که طایفه‌ای از آنها قائل به تثلیث شده و طایفه‌ای از

آنان نیز قائل به الوهیت حضرت عیسی شده‌اند (ر.ک: قمی، ۱۴۰۴: ۲۸۹/۱).

علاوه بر مطالب بیان‌شده، در نصوص دینی شواهدی بر مشرک نبودن اهل کتاب وجود دارد که در ادامه بدان‌ها اشاره می‌شود.

شواهدی بر مشرک نبودن اهل کتاب

۱- مشهور فقها عقیده دارند که مقصود از مشرک در اصطلاح عبارت است از فردی که به چند خدا اعتقاد دارد یا خدایی غیر از الله می‌پرستد (فاضل کاظمی، بی‌تا: ۱۰۰/۱؛ ابوجیب، ۱۴۰۸: ۱۹۵؛ اردبیلی، بی‌تا: ۳۸)؛ از این رو، عده‌ای از فقها اهل کتاب را مشرک نمی‌دانند (خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۰۱/۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۲۹۸/۳).

۲- قرآن کریم در آیات متعددی میان مشرکان و اهل کتاب تفاوت قائل شده (سبحانی، ۱۴۱۶: ۴۵۰/۱) و میان مشرکان و اهل کتاب مقابله صورت گرفته است.^۱ برای مثال در آیات اول سوره توبه، پس از آنکه به بیان احکام مشرکان و بت‌پرستان می‌پردازد و به قتل آنان فرمان می‌دهد - مگر اینکه اسلام بیاورند- (توبه/ ۵)، حکم ویژه اهل کتاب را بیان کرده و عنوان می‌کند تا زمانی که اهل کتاب تسلیم نشوند و حاضر به پرداخت جزیه نگردند، جنگیدن با آنان را جایز است؛ اما در صورت تسلیم شدن و پرداخت جزیه در امان خواهند بود (مکارم شیرازی، ۱۳۶۸: ۴۰۱/۱۰).

۳- فقها عقیده دارند که شرک مراتب متعددی دارد و تمامی انسان‌ها غیر از معصومان علیهم‌السلام و تعداد خیلی کمی از مؤمنان بدان مبتلایند. از این رو باید حکم شرک را نسبت به مسلمانی که در عمل خویش دچار ریا می‌باشد نیز تسری دهیم (موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۳۹/۳)؛ در حالی که هیچ یک از فقها چنین عقیده‌ای ندارد. بنابراین مقصود از شرک در آیه ۲۸ توبه، مرتبه خاصی از شرک است که در مقابل اهل کتاب قرار می‌گیرد (همان: ۴۴/۲).

۱. مانند: ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَالَّذِينَ هَادُوا وَالصَّابِئِينَ وَالنَّصَارَى وَالْمَجُوسَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا إِنَّ اللَّهَ يَفْصِلُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ﴾ (حجج / ۱۷)؛ ﴿لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنْفَكِينَ حَتَّىٰ تَأْتِيَهُمُ الْبَيِّنَةُ﴾ (بینه / ۱)؛ ﴿مَا يُوَدُّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَا الْمُشْرِكِينَ أَنْ يُنَزَّلَ عَلَيْكُمْ مِنْ خَيْرٍ مِنْ رَبِّكُمْ﴾ (بقره / ۱۰۵)؛ ﴿وَلَتَسْمَعَنَّ مِنَ الَّذِينَ آوَتْهُمُ الْكُتُبَ مِنْ قَبْلِكُمْ وَمِنَ الَّذِينَ أَشْرَكُوا أَذَىٰ كَثِيرًا﴾ (آل عمران / ۱۸۶)؛ ﴿لَتَجِدَنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَدَاوَةً لِلَّذِينَ آمَنُوا الْيَهُودَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا وَلَتَجِدَنَّ أَقْرَبَهُمْ مَوَدَّةً لِلَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ قَالُوا إِنَّا نَصَارَى﴾ (مائده / ۸۲).

دلیل دوم ممنوعیت اقامت: نجاست اهل کتاب

دومین دلیلی که برای ممنوعیت سکونت آن‌ها در مکه مطرح شده است، نجاست آن‌هاست. مشهور فقها یکی از نجاست را کافر می‌دانند (ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۱۳۱؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۱۰۷/۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۴۵/۱؛ همو، ۱۴۱۸: ۱۸/۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۹۱/۱؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۸: ۲۲۴/۱) و بعضی می‌گویند که با توجه به تعریف اصطلاحی کافر، یکی از مصادیق آن اهل کتاب است (عاملی، ۱۴۱۳: ۱۷۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۴۵/۱). علاوه بر این، آیه ۲۸ توبه نیز دلیل منع حضور مشرکان در مسجدالحرام و شهر مکه (بنا بر قولی) را نجاست آن‌ها می‌داند. بنابراین در صورتی که اثبات شود اهل کتاب نیز نجس هستند، حکم آیه ۲۸ توبه شامل حال آن‌ها نیز می‌شود و ورود آن‌ها به مسجدالحرام و شهر مکه (بنا بر قولی) ممنوع خواهد بود.

فقها در رابطه با نجاست اهل کتاب به چند دلیل استناد کرده‌اند که به اختصار به آن‌ها اشاره می‌شود:

دلایل نجاست کفار از دیدگاه فقها

۱. آیه ۲۸ توبه^۱

یکی از دلایل نجاست اهل کتاب، آیه ۲۸ سوره توبه است که مشرکان را نجس می‌داند (عاملی، ۱۴۱۳: ۱۷۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۴۵/۱). از دید بسیاری از فقها، اهل کتاب نیز مشرک هستند، پس به حکم آیه ۲۸ توبه، آن‌ها نیز نجس هستند.

۲. آیه ۱۲۵ انعام^۲

دلیل دیگری که برخی فقها در رابطه با نجاست اهل کتاب بیان کرده‌اند، آیه ۱۲۵ سوره انعام است که با استناد به عبارت «كَذَلِكَ يَجْعَلُ اللَّهُ الرَّجْسَ عَلَى الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ» عقیده دارند که این آیه دلالت بر نجاست غیر مؤمنان می‌کند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۶۷/۱).

۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا».

۲. «فَمَنْ يُرِدِ اللَّهُ أَنْ يَهْدِيَهُ يَشْرَحْ صَدْرَهُ لِلْإِسْلَامِ وَمَنْ يُرِدْ أَنْ يُضِلَّهُ يَجْعَلْ صَدْرَهُ ضَيِّقًا حَرَجًا كَأَنَّمَا يَصَّعَّدُ فِي السَّمَاءِ كَذَلِكَ يَجْعَلُ اللَّهُ الرَّجْسَ عَلَى الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ».

۳. اجماع

برخی فقها نیز نسبت به نجاست اهل کتاب ادعای اجماع کرده‌اند (ر.ک: نراقی، ۱۴۱۵: ۱۹۷/۱؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۶۰/۱).

نقد و بررسی ادله نجاست اهل کتاب

به نظر می‌رسد هیچ کدام از دلایلی که برای اثبات نجاست اهل کتاب اقامه شد، تمام نباشد و در نتیجه اثبات‌کننده ممنوعیت ورود آنان به حرم نخواهد بود تا چه رسد به ممنوعیت سکونت آن‌ها در مسجدالحرام.

۱. بررسی دلیل اول نجاست اهل کتاب (توبه/ ۲۸)

همان گونه در مباحث پیشین اشاره شد، بین اهل کتاب و مشرک تفاوت وجود دارد. پس نمی‌توان حکم آیه ۲۸ توبه را که در مورد نجاست مشرکان است، در مورد اهل کتاب جاری نمود.

۲. بررسی دلیل دوم نجاست اهل کتاب (انعام/ ۱۲۵)

استدلال به این آیه متوقف بر آن است که بگوییم مقصود از رجس نجاست است؛ در حالی که متون لغوی، گویای این مطلب است که کلمه رجس معانی گسترده‌ای دارد که از جمله آن‌ها، عقاب و غضب الهی است (محمود عبدالرحمان، بی‌تا: ۱۲۷/۲؛ جوهری، ۱۴۱۰: ۹۳۳/۳) و اهل لغت و مفسران عقیده دارند که رجس در اینجا به معنای عذاب است نه نجاست (طبرسی، ۱۳۷۲: ۵۶۲/۴؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴: ۱۰/۷). برخی مفسران نیز بر اساس سیاق آیه عقیده دارند که مقصود از کلمه «رجس»، به خود واگذار شدن و از توفیق بازداشتن است نه نجاست (طبرسی، ۱۳۷۷: ۴۰۸/۱). از این روی، این آیه نیز دلالتی بر نجاست اهل کتاب ندارد.

۳. بررسی دلیل سوم نجاست اهل کتاب (اجماع)

۱- در رابطه با نجاست یا عدم نجاست آن‌ها، میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد (محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۵۹/۱)؛ برای نمونه به شیخ مفید نسبت داده شده که قائل به طهارت اهل کتاب بوده است (محقق حلی، ۱۴۰۷: ۹۶/۱). بنابراین تحقق چنین اجماعی

محل بحث است.

۲- اجماع مدرکی می‌باشد و فاقد اعتبار است.

دلیل سوم ممنوعیت اقامت: آیه ۱۹۱ سوره بقره

بعضی از فقها به استناد آیه ۱۹۱ سوره بقره فتوا به ممنوعیت سکونت آن‌ها داده‌اند. این آیه می‌فرماید: «وَاقْتُلُوهُمْ حَيْثُ تَقْتُلُوهُمْ وَأَخْرِجُوهُمْ مِنْ حَيْثُ أَخْرَجْتُمْ وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ وَلَا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يُقَاتِلَكُمْ فِيهِ فَإِنْ قَاتَلَكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ كَذَلِكَ جَزَاءُ الْكَافِرِينَ».

برخی از فقها برای اثبات حرمت سکونت مشرکان در مکه به عبارت «وَأَخْرِجُوهُمْ مِنْ حَيْثُ أَخْرَجْتُمْ» تمسک نموده‌اند (فاضل کاظمی، بی‌تا: ۳۲۱/۲). فاضل جواد با استناد به آیه فوق، اسکان مشرکان در جزیره‌العرب را ممنوع می‌داند. ایشان همچنین در ادامه استدلال خود، به احادیثی که در آن‌ها تصریح به عدم جواز اسکان اهل کتاب در جزیره‌العرب شده نیز استناد می‌کند. بنابراین به نظر می‌رسد از دید ایشان، آیه فوق شامل اهل کتاب نیز می‌شود (همان)؛^۱ زیرا ایشان با استناد به این دسته از احادیث، حکم مسئله را از مکه به تمام جزیره‌العرب تسری می‌دهد.

بررسی دلیل سوم

مفسران با توجه به شأن نزول آیه، عقیده دارند که آیه مربوط به زمانی است که فردی از صحابه، یکی از مشرکان را در ماه حرام کشت و مسلمانان او را بر این عمل سرزنش کردند. در این موقع، آیه کریمه نازل شد که شرک مشرکان بالاتر از کشتن در ماه حرام است، اگرچه خود این کشتن نیز حرام است. در واقع، خداوند در این آیه، نحوه قتال با مشرکان را به مسلمانان آموزش می‌دهد و خطاب به آن‌ها می‌فرماید: همان‌طور که آن‌ها شما را از مکه بیرون کردند، شما نیز آن‌ها را از مکه بیرون کنید، و نیز این نکته را بیان می‌کند که اگرچه کشتن مشرکان در ماه حرام گناه است، ولی شرک آن‌ها مهم‌تر و شرّ و گناهش بیشتر است (طبرسی، ۱۳۷۲: ۵۱۱/۲-۵۱۲)؛ زیرا ادامه

۱. برخی از احادیث مورد استناد ایشان عبارت‌اند از: «لا یجتمع فی جزیره العرب دینان» و «الأخرجن اليهود والنصارى من جزیره العرب ولا أترك فیها إلا مسلماً».

آیه می فرماید: ﴿وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ وَلَا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يُقَاتِلُوكُمْ فِيهِ فَيَأْتُوا قَاتِلُوكُمْ فَأَقْتُلُوهُمْ كَذَلِكَ جَزَاءُ الْكَافِرِينَ﴾.

علامه طباطبایی نیز عقیده دارد که آیات شریفه ۱۹۱ تا ۱۹۵ بقره با هم نازل شده است و مربوط به مشرکان مکه است و احکامی مانند نحوه تعامل و قتال با آنها را بیان می کند (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۶۰/۲).

با توجه به ذیل آیه و دیدگاه مفسران باید بگوییم که این آیه در خصوص تعامل با مشرکان مکه نازل شده است؛ در حالی که بین مشرکان و اهل کتاب تفاوت وجود دارد و آیه ربطی به اهل کتاب و سکونت آنها در مکه ندارد (فیض کاشانی، ۱۴۱۵: ۲۲۸/۱: قمی مشهدی، ۱۳۶۸: ۲۶۳/۲). در واقع، این آیه به مسلمانان می گوید که مشرکان مکه را از مکه که شما را از آن بیرون کردند، بیرون کنید و در مقام بیان یک شیوه دفاع عادلانه و مقابله به مثل منطقی است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۲۱/۲). از این رو، آیه مذکور ارتباطی با محل بحث ندارد؛ زیرا اهل کتاب در بیرون راندن مسلمانان از مکه نقشی نداشتند تا مشمول حکم آیه شوند.

دلیل چهارم ممنوعیت اقامت: اجماع بر عدم جواز ورود اهل کتاب به

مسجدالحرام

برخی فقها در رابطه با عدم جواز ورود یا سکونت اهل کتاب در مسجدالحرام، به اجماع امامیه تمسک می کنند (نجفی، ۱۳۶۶: ۲۸۶/۲۱). بنابراین اگر ما به این امر قائل باشیم که مقصود از مسجدالحرام تمامی مکه است، پس می توان گفت که اجماع بر عدم سکونت اهل کتاب در مکه وجود دارد.

بررسی دلیل چهارم

- ۱- در مباحث پیشین بیان کردیم که دلیلی وجود ندارد برای اینکه بگوییم مقصود از مسجدالحرام شهر مکه است، و مفسران در این باره اختلاف نظر دارند.
- ۲- اجماع در اینجا محتمل المدرک بوده و فاقد حجیت است.

دلیل پنجم ممنوعیت اقامت: روایات منع

روایاتی وجود دارد مبنی بر اینکه سکونت اهل کتاب در تمامی جزیره‌العرب یا سرزمین حجاز جایز نیست (ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۴: ۳۳۴/۹؛ همو، ۱۴۱۲: ۹۶/۱۵؛ عراقی، ۱۴۱۴: ۳۷۶/۴؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۴۱۵/۱۵). بدیهی است که اگر قائل به منع سکونت اهل کتاب در تمامی جزیره‌العرب یا حجاز باشیم، آنان حق سکونت در مکه را نیز نخواهند داشت. این روایات عبارت‌اند از:

۱. روایت ابن عباس

ابن عباس از رسول خدا ﷺ چنین روایت می‌کند: «مشرکان را از جزیره‌العرب بیرون کنید» (مجلسی، ۱۴۰۳: ۵۳۰/۳۰).

نقد استناد به این روایت

این حدیث راجع به مشرکان است و همان‌طور که قبلاً نیز گفته شد، بین اهل کتاب و مشرکان تفاوت وجود دارد؛ از این رو، این حدیث خارج از محل بحث است و نمی‌توان بدان استناد کرد. به علاوه، این حدیث از منابع حدیثی اهل سنت اخذ شده است (همان؛ نجفی، ۱۳۶۶: ۲۱/۲۸۹).

۲. روایت معانی الاخبار

عبایه اسدی گوید:

«در حالی که [امیر مؤمنان علیه السلام] دراز کشیده بود و من در بالای سرش ایستاده بودم، شنیدم که فرمود: مسلماً در مصر به صورت مهلک جلوه‌گر می‌شوم و محققاً سنگ سنگ شهر دمشق را در هم خواهم کوبید و حتماً یهودیان و مسیحیان را از تمام سرزمین‌های عرب اخراج می‌کنم و یقیناً عرب را با این عصایم خواهم راند. [عبایه] گوید: به آن حضرت عرض کردم: ای امیر مؤمنان! گویا به ما خبر می‌دهی که پس از مرگ زنده می‌شوی؟! فرمود: هیهات، ای عبایه! معتقد شدی به غیر عقیده‌ای که مردی آن را از من باور کند» (صدوق، ۱۴۰۳: ۴۰۶-۴۰۷).

نقد استناد به این روایت

این روایت در مقام اخبار از امور آینده است و ارتباطی به محل بحث ندارد. از این رو

هیچ یک از فقها بر اساس آن فتوا نداده است.

علاوه بر این، در حالت واقع نیز که حضرت چندین سال خلافت اسلامی را بر عهده گرفت، به هیچ وجه چنین اقداماتی را انجام نداد و فرمان ایشان به مالک اشتر پیش از عزیمت وی به مصر، کاملاً بر خلاف این روایت است. ادبیات و بیان این روایت نیز به گونه‌ای است که بعید است از معصوم علیه السلام صادر شده باشد. از این رو نمی‌توان به این حدیث استناد کرد.

در مورد سند حدیث نیز باید بگوییم که در سند این روایت، «صالح بن میثم» وجود دارد که در برخی کتب رجالی، تنها روایتی از خود صالح بن میثم نقل شده که امام باقر علیه السلام خطاب به وی می‌فرماید: «إِنِّي أَحَبُّكَ وَأَحَبُّ أَبَاكَ حَبًّا شَدِيدًا» (ابن داود حلّی، ۱۳۸۳: ۱۸۶؛ علامه حلّی، ۱۳۸۱: ۸۸)؛ اما در این آثار، اشاره‌ای به وضعیت راوی (وثاقت، ضابط بودن یا نبودن و...) نشده است و علاقه و محبت امام به وی نمی‌تواند دلیلی بر وثاقت و ضابط بودن باشد.

۳. روایت اهل سنت از رسول خدا صلی الله علیه و آله

برخی از فقهای امامیه به این روایت استناد کرده‌اند:

«یهود و نصارا را از جزیره‌العرب بیرون خواهم کرد، تا جایی که غیر مسلمانی در آن باقی نگذارم» (فاضل کاظمی، بی‌تا: ۳۲۱/۲-۳۲۲؛ علامه حلّی، ۱۴۱۲: ۱۵/۹۵).

نقد استناد به این روایت

۱- این روایت در منابع حدیثی امامیه وجود ندارد و برخی از فقهای امامیه که بدان استناد کرده‌اند، حدیث مذکور را از منابع اهل سنت اخذ کرده‌اند (ر.ک: اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۵۲۱/۷).
۲- اینکه پیامبر صلی الله علیه و آله چنین کاری خواهد کرد، بر ممنوعیت اقامت آن‌ها در تمام زمان‌ها دلالت نمی‌کند، بلکه ممکن است مربوط به شرایط اجتماعی آن روزگار و مقطع زمانی خاصی باشد؛ یعنی زمانی که میان مسلمانان و اهل کتاب، درگیری و کدورت وجود داشت، مانند مواردی که اهل کتاب پیمان خویش با مسلمانان را زیر پا نهاده و علیه مسلمانان با مشرکان قریش همکاری نموده و آن‌ها را به جنگ با مسلمانان فراخواندند (ر.ک: طبری، ۱۳۸۷: ۲/۵۶۵).

۴. روایت ام سلمه

در *وسائل الشیعه* از ام سلمه چنین روایت شده است:
 «رسول خدا در هنگام وفاتش وصیت کرد که یهود و نصارا از جزیره العرب اخراج شوند» (حز عاملی، بی تا: ۱۳۲/۱۵).

نقد استناد به این روایت

روایت فوق ضعیف است؛ زیرا برخی از روایان آن (مانند حمویة بن علی، مکی و...) مجهول هستند. از این رو نمی توان بدان استناد کرد.

۵. روایت ابو عبیده بن جراح

ابو عبیده بن جراح چنین روایت می کند:
 «همانا آخرین فرمایش رسول خدا ﷺ چنین بود: یهود را از حجاز و اهل نجران را از جزیره العرب اخراج کنید» (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۹۵/۱۵).

نقد استناد به این روایت

این روایت نیز از طریق عامه به برخی کتب فقهی راه یافته است (نجفی، ۱۳۶۶: ۲۸۹/۲۱) و در منابع حدیثی شیعه وجود ندارد.

۶. روایت نبوی

«دو دین در جزیره العرب جمع نمی شوند» (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۳۳۴/۹؛ همو، ۱۴۱۲: ۹۵/۱۵؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۴۶۵/۳).

نقد استناد به این روایت

۱- این حدیث نیز از منابع حدیثی اهل سنت اخذ شده است (مالک بن انس، ۱۴۱۲: ۶۲/۲-۶۳؛ فاکهی، ۱۴۱۴: ۲۳/۳؛ طحاوی، ۱۴۱۵: ۱۸۶/۷؛ بیهقی، ۲۰۰۳: ۳۵۰/۹) و منابع حدیثی شیعه آن را نقل نکرده اند.

۲- ممکن است مقصود روایت از اینکه دو دین در جزیره العرب جمع نمی شوند، برتری دینی اهل کتاب در حجاز باشد که پیامبر ﷺ به این نکته اشاره می فرماید که اهل کتاب نباید از نظر دینی و مذهبی در حجاز فعالیت نمایند تا دین آن ها از نظر نفوذ

در حجاز همانند اسلام باشد.

۷. روایت دعائم الاسلام از امام صادق علیه السلام

«اهل ذمه داخل حرم و دارالهجره [مدینه] نشوند و از آنجا اخراج گردند» (ابن حیون، ۱۳۸۵: ۳۸۲/۱).

نقد استناد به این روایت

- ۱- این روایت مرسل است و سند آن ذکر نشده است.
- ۲- این روایت، ناظر به جلوگیری از ورود آنهاست و شاید برای جلوگیری از افزایش جمعیت آنها در خصوص آن برهه زمانی باشد، و لازمه اش ممنوعیت سکونت آنها، که از قبل در آنجا سکونت می کرده اند، نمی باشد.

۸. روایت علی بن جعفر علیه السلام

علی بن جعفر علیه السلام چنین روایت می کند:

«از برادرم موسی بن جعفر پرسیدم که آیا صلاح است یهود و نصارا و مجوس در دارالهجره [مدینه] سکونت کنند؟ فرمود: اینکه در آنجا توقف کنند، صلاح نیست (فَلَا يَصْلُحُ)؛ ولی اگر روز به آنجا وارد شوند و شب از آنجا بیرون روند، اشکال ندارد» (حزّ عاملی، بی تا: ۱۳۳/۱۵).

نقد استناد به این روایت

- ۱- روایت مذکور مربوط به دارالهجره یعنی مدینه است و ارتباطی با محل بحث (سکونت در مکه) ندارد.
- ۲- دلالت «لا یصلح» نیز بر عدم جواز ناتمام است؛ زیرا حداکثر دال بر این است که شایسته نیست آنها سکونت نمایند و لازمه آن، ممنوعیت قطعی و حرمت نمی باشد و اینکه برای دولت تکلیف ایجاد کند که آنها را اخراج نماید.
- ۳- این عبارت که روز وارد و شب خارج شوند، می تواند قرینه ای باشد بر اینکه روایت ناظر به جلوگیری از ورود آنهاست و شاید برای جلوگیری از افزایش جمعیت آنها در خصوص آن برهه زمانی باشد، و لازمه آن، ممنوعیت سکونت آنها که از قبل در آنجا سکونت می کرده اند، نمی باشد.

۹. تعارض روایات نهی از سکونت در حجاز با سیره معصومان علیهم السلام

تا کنون مشخص شد که روایات منع از سکونت در حجاز یا جزیره العرب از نظر سند یا دلالت مخدوش بودند، از این رو نمی‌توان آن‌ها را دلیلی برای منع سکونت اهل کتاب در شهر مکه محسوب کرد. به علاوه، این روایات با برخی از گزارشات تاریخی و روایت دیگر در تعارض هستند. بر اساس گزارش منابع تاریخی و حدیثی، پیامبر صلی الله علیه و آله اجازه اسکان اهل کتاب در سرزمین حجاز را داده بود و پیمان‌هایی را نیز با برخی از آنان در این رابطه منعقد نموده بود (طبری املی، ۱۴۱۵: ۵۲۷؛ مقریزی، ۱۴۲۰: ۳۲۶/۱). ایشان همچنین در دوره نبوت خویش، گروه‌های مختلفی از اهل کتاب را در مدینه به حضور می‌پذیرفت و با آن‌ها به گفتگو می‌پرداخت (مجلسی، ۱۴۰۳: ۲۵۷/۹-۲۸۳).

علاوه بر این، بر اساس نقل منابع حدیثی، امام علی علیه السلام پس از رحلت رسول خدا صلی الله علیه و آله گروه‌های بسیاری از اهل کتاب را در مسجد مدینه به حضور می‌پذیرفت و با آنان به گفتگو و گاه مناظره می‌پرداخت (طبرسی، ۱۴۰۳: ۲۰۷/۱-۲۳۹؛ مجلسی، ۱۴۰۳: ۵۲/۱۰، ۸۳، ۲۱۷ و ۲۷۴؛ صدوق، ۱۳۶۲: ۵۹۵/۲؛ حسینی بحرانی، ۱۳۷۴: ۳۹۱/۳؛ همو، ۱۴۱۱: ۳۱/۱؛ امام حسن عسکری علیه السلام، ۱۴۰۹: ۱۷۶). برخی از این گفتگوها، در اوایل دوره خلافت خلیفه دوم و قبل از اینکه وی دستور اخراج اهل کتاب از مدینه را صادر نماید، بوده است (طبرسی، ۱۴۰۳: ۲۲۶/۱).

لازم به ذکر است که بر اساس گزارش منابع تاریخی، خلیفه دوم دستور اخراج اهل کتاب از حجاز را صادر کرد و تا قبل از آن و در زمان خلافت ابوبکر نیز آنان در مدینه اقامت داشتند (ابن رشد قرطبی، ۱۴۰۸: ۵۸۱/۲؛ مالک بن انس، ۱۴۱۲: ۶۳/۲ و ۸۹۲؛ طبری املی، ۱۴۱۵: ۵۲۷). این نیز شاهی است بر اینکه سکونت اهل کتاب در مکه، حرمت ذاتی نداشته و خلیفه به اقتضای زمان و با توجه به مصالحی که در این امر وجود داشته است، دستور اخراج آن‌ها را صادر کرده و از ورود آن‌ها جلوگیری نموده است؛ مصالحی از قبیل جلوگیری از رشد جمعیتی و تبدیل شدن آن‌ها به نیرویی متخاصم در برابر حکومت اسلامی و یا مواردی از این قبیل.

نتیجه گیری

هرچند اصل اولیه، آزادی انسان‌ها در انتخاب محل سکونت خود می‌باشد، دلایلی برای ممنوعیت اقامت گزیدن اهل کتاب در شهر مکه مطرح گردیده است. یکی از آن دلایل، آیه ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا﴾ می‌باشد که در مورد ممنوعیت ورود مشرکان به مسجد الحرام است و با دو مقدمه، مورد استناد قرار می‌گیرد؛ یکی مشرک بودن اهل کتاب، و دیگری صدق مسجد الحرام بر شهر مکه؛ در حالی که صدق مشرک بر اهل کتاب قابل اثبات نمی‌باشد، بلکه شواهدی بر عدم شرک آن‌ها وجود دارد. از این رو، نجاست آن‌ها مورد تردید است. همچنین آیه در مورد مسجد الحرام است و ادعای اراده مکه از مسجد الحرام بر اساس شواهد ارائه شده قابل اثبات نیست.

دومین دلیل اقامه شده بر ممنوعیت این است که اهل کتاب نجس ذاتی هستند و نمی‌توانند وارد مکه شوند. این دلیل نیز ناکارآمد است و آیه ۲۸ توبه که مشرک را نجس می‌داند، در حالی که بین اهل کتاب با آن‌ها تفاوت وجود دارد، و آیه ۱۲۵ انعام که مشرک را رجس و پلید می‌داند و نیز اجماع مورد ادعا، یارای اثبات نجاست آن‌ها را ندارد.

دلیل سوم، آیه ﴿وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ تَقْتُلُوهُمْ وَأَخْرِجُوهُمْ مِنْ حَيْثُ أَخْرَجُوكُمْ وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ﴾ (بقره/ ۱۹۱) است، لیک این آیه نیز دال بر ممنوعیت نیست؛ بلکه در مقام بیان حق اقدام متقابل برای مسلمانان است و اینکه اقدام مشرکان مبنی بر اخراج مسلمانان از مکه، فتنه و بدتر از قتل است و مسلمانان حق اقدام متقابل دارند، ولو در ماه حرام باشد. اجماع مورد ادعا نیز در اینجا محتمل‌المدرک بوده و فاقد حجیت است. روایات متعددی هم که مطرح شده است، علاوه بر ضعف سندی اکثر آن‌ها، از حیث دلالت ناتوان است و در نتیجه باید گفت که حکم ممنوعیت سکونت اهل کتاب در مکه ناتمام است.

کتاب شناسی

۱. ابن حیون، ابوحنیفه نعمان بن محمد بن منصور بن احمد تمیمی مغربی، دعائم الاسلام و ذکر الحلال و الحرام و القضايا و الاحکام، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۳۸۵ ق.
۲. ابن داود حلّی، تقی الدین حسن بن علی، کتاب الرجال، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۳ ق.
۳. ابن رشد قرطبی، ابوالولید محمد بن احمد، البیان و التحصیل و الشرح و التوجیه و التعلیل فی مسائل المستخرجه، چاپ دوم، بیروت، دار الغرب الاسلامی، ۱۴۰۸ ق.
۴. ابن شهر آشوب سروی مازندرانی، رشیدالدین محمد بن علی، متشابه القرآن و مختلفه، قم، بیدار، ۱۳۶۹ ق.
۵. ابن فهد حلّی، جمال الدین احمد بن محمد اسدی، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۸ ق.
۶. ابن کثیر دمشقی، ابوالفداء اسماعیل بن عمر، تفسیر القرآن العظیم، ریاض، دار طیبه للنشر و التوزیع، ۱۴۲۰ ق.
۷. ابوجیب، سعدی، القاموس الفقهی لغة و اصطلاحا، دمشق، دار الفکر، ۱۴۰۸ ق.
۸. ابوصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین، الکافی فی الفقه، تصحیح رضا استادی، اصفهان، کتابخانه امیرالمؤمنین (علیه السلام)، ۱۴۰۳ ق.
۹. اردبیلی، احمد بن محمد، زیاده البیان فی احکام القرآن، تهران، المكتبة المرتضویه، بی تا.
۱۰. همان، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۱۱. اعلامیه جهانی حقوق بشر، مصوب ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ م.
۱۲. امام حسن عسکری (علیه السلام)، التفسیر المنسوب الی الامام الحسن العسکری (علیه السلام)، قم، مدرسه الامام المهدي (علیه السلام)، ۱۴۰۹ ق.
۱۳. بیهقی، ابوبکر احمد بن حسین، السنن الکبری، چاپ سوم، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۲۰۰۳ م.
۱۴. جوهری، اسماعیل بن حمّاد، الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیه، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ ق.
۱۵. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۶. حسینی بحرانی، سیدهاشم بن سلیمان، البرهان فی تفسیر القرآن، قم، مؤسسه البعثه، ۱۳۷۴ ش.
۱۷. همو، حلیه الابرا فی احوال محمّد و آله الأطهار (علیهم السلام)، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۱ ق.
۱۸. حسینی جرجانی، سیدامیر ابوالفتوح، آیات الاحکام، تهران، نوید، ۱۴۰۴ ق.
۱۹. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۲۰. سبحانی، جعفر، نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه الغراء، قم، مؤسسه الامام الصادق (علیه السلام)، ۱۴۱۶ ق.
۲۱. سیوری حلّی (فاضل مقداد)، جمال الدین مقداد بن عبدالله، کنز العرفان فی فقه القرآن، قم، مرتضوی، ۱۴۲۵ ق.
۲۲. صاحب بن عباد، ابوالقاسم اسماعیل، المحیط فی اللغة، تحقیق محمدحسن آل یاسین، بیروت، عالم الکتاب، ۱۴۱۴ ق.
۲۳. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، الخصال، تصحیح علی اکبر غفاری، قم، جامعه مدرسین، ۱۳۶۲ ش.

۲۴. همو، معانی الاخبار، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۲۵. طباطبائی، سید محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۶. طبرسی، ابومنصور احمد بن علی بن ابی طالب، الاحتجاج علی اهل اللجاج، مشهد، مرتضی، ۱۴۰۳ ق.
۲۷. طبرسی، امین الاسلام ابوعلی فضل بن حسن، المؤلف من المختلف بین ائمة السلف، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۲۸. همو، تفسیر جوامع الجامع، تهران، دانشگاه تهران و مدیریت حوزه علمیه قم، ۱۳۷۷ ش.
۲۹. همو، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، تحقیق محمد جواد بلاغی، چاپ سوم، تهران، ناصر خسرو، ۱۳۷۲ ش.
۳۰. طبری، ابو جعفر محمد بن جریر بن یزید، تاریخ الطبری (تاریخ الرسل و الملوك)، بیروت، دار التراث، ۱۳۸۷ ق.
۳۱. طبری آملی، محمد بن جریر بن رستم، المسترشد فی امامة علی بن ابی طالب علیه السلام، تحقیق احمد محمودی، قم، کوشانپور، ۱۴۱۵ ق.
۳۲. طحاوی، ابو جعفر احمد بن محمد بن سلامه، شرح مشکل الآثار، تحقیق و تعلیق شعیب ارنؤوط، بی جا، مؤسسة الرساله، ۱۴۱۵ ق.
۳۳. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۳۴. همو، کتاب الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۳۵. عاملی، یاسین عیسی، الاصطلاحات الفقهية فی الرسائل العملية، بیروت، دار البلاغة للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۳ ق.
۳۶. عراقی، ضیاء الدین، شرح تبصرة المتعلمین، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۳۷. علامه حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذكرة الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
۳۸. همو، رجال العلامة الحلی (خلاصة الاقوال فی معرفة الرجال)، چاپ دوم، نجف اشرف، المطبعة الحیدریه، ۱۳۸۱ ق.
۳۹. همو، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۴۰. همو، منتهی المطالب فی تحقیق المذهب، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۲ ق.
۴۱. فاضل آبی، زین الدین حسن بن ابی طالب یوسفی، کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۴۲. فاضل کاظمی، جواد بن سعد اسدی، مسالك الافهام الی آیات الاحکام، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، بی تا.
۴۳. فاکهی، ابو عبدالله محمد بن اسحاق، اخبار مكة فی قديم الدهر و حديثه، تحقیق عبدالملک عبدالله دهیش، چاپ دوم، بیروت، دار خضر، ۱۴۱۴ ق.
۴۴. فخر المحققین حلی، محمد بن حسن بن یوسف، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۴۵. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، تفسیر الصافی، چاپ دوم، تهران، مكتبة الصدر، ۱۴۱۵ ق.
۴۶. قرائتی، محسن، تفسیر نور، تهران، مرکز فرهنگی درس های از قرآن، ۱۳۸۳ ش.
۴۷. قرشی، باقر شریف، سیستم سیاسی اسلام، ترجمه نعمت الله ادیب لاری، تهران، آخوندی، ۱۳۴۸ ش.

۴۸. قمی، علی بن ابراهیم، تفسیر التمی، تحقیق سیدطیب موسوی جزایری، چاپ سوم، قم، دار الکتاب، ۱۴۰۴ ق.
۴۹. قمی مشهدی، محمد بن محمدرضا، تفسیر کنز الدقائق و بحر الغرائب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸ ش.
۵۰. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۵۱. کنوانسیون بین المللی حقوق مدنی و سیاسی سازمان ملل متحد، مصوب ۲۶ دسامبر ۱۹۶۶ م.
۵۲. مالک بن انس، الموطأ، تحقیق بشار عواد معروف، بیروت، مؤسسه الرساله، ۱۴۱۲ ق.
۵۳. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الاطهار علیهم السلام، چاپ دوم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ ق.
۵۴. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الامامیه، چاپ ششم، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیّه، ۱۴۱۸ ق.
۵۵. همو، المعتمدر فی شرح المختصر، قم، مؤسسه سیدالشهداء علیه السلام، ۱۴۰۷ ق.
۵۶. همو، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۵۷. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، کفایة الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۵۸. محمود عبدالرحمان، معجم المصطلحات والالفاظ الفقهيّه، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۵۹. مقریزی، تقی‌الدین احمد بن علی، إمتاع الاسماع بما للنبي ﷺ من الاحوال والاموال والحفدة والمتاع، تحقیق و تعلیق محمد عبدالحمید النمیسی، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۲۰ ق.
۶۰. مکارم شیرازی ناصر، پیام قرآن، قم، مدرسه الامام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۳۶۸ ش.
۶۱. همو، تفسیر نمونه، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۷۴ ش.
۶۲. همو، کتاب النکاح، قم، مدرسه امام علی بن ابی‌طالب علیه السلام، ۱۴۲۴ ق.
۶۳. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، کتاب الطهاره، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۶۴. موسوی خوئی، سیدابوالقاسم، موسوعة الامام الخوئی، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ ق.
۶۵. موسوی سبزواری، عبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، چاپ چهارم، قم، المنار - دفتر معظمه، ۱۴۱۳ ق.
۶۶. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۶ ش.
۶۷. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۵ ق.
۶۸. یزدی، محمد، فقه القرآن، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۵ ق.

بررسی چالش‌های وارد به قول مشهور در سن بلوغ

و تقویت نگاه کیفی و عقلایی به ادله سن بلوغ*

- محمد نوری^۱
- حسین احمدی^۲
- سید محسن رزمی^۳

چکیده

در این نوشتار به بررسی یکی از مباحث پرچالش فقهی و حقوقی یعنی سن بلوغ می‌پردازیم. در این موضوع، مشهور فقهای شیعه از دیرباز مستند به ادله قطعی، فتوا به بلوغ دختران در ۹ سالگی و پسران در ۱۵ سالگی داده‌اند. برخی اندیشه‌های فقهی و حقوقی در صدد نقد این مبنا برآمده و آن را از حیث ادله لفظی و غیر لفظی به چالش کشیده‌اند. لکن این چالش‌ها با رویکرد فقه

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۵/۲۴ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۱/۱۹.

۱. دانشجوی دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران (m.noori4081@gmail.com).
۲. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران (نویسنده مسئول) (ahmari.hosein@yahoo.com).
۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران (razmi0109@mshdiau.ac.ir).

جواهری مورد نقد و تحلیل قرار گرفته و در نهایت، همان قول مشهور فقهای شیعه تثبیت شده است. لکن در مقام نظریه‌پردازی و بارعایت موازین فقه سنتی، نگاه جدیدی به ادله سن بلوغ نموده و دیدگاه کیفی و عقلایی را تقویت می‌نماییم.

واژگان کلیدی: بلوغ، سن، احتلام.

۱. مقدمه

۱-۱. مفهوم‌شناسی بلوغ

بلوغ در لغت به معنای وصول و ادراک چیزی است (ازهری، ۱۴۲۱: ۲۷۷/۴ و ۱۸۲/۱۱؛ ابن فارس، ۱۴۰۴: ۳۰۲/۱). کاربرد قرآنی (مصطفوی، ۱۴۳۰: ۳۶۰/۱؛ راغب اصفهانی، ۱۳۷۴: ۳۰۸/۱) و روایی (جوهری، ۱۳۷۶: ۱۳۱۷/۴؛ مقرئ فیومی، ۱۴۱۴: ۶۲) این کلمه، برگرفته از همان معنای لغوی است. در اصطلاح فقهی، پایان دوره صِغَر است (ابوجیب، ۱۴۰۸: ۴۲) که در انسان و سایر حیوانات با رشد جسمی خاص بروز می‌کند و غالباً با شروع قدرت باروری و ظهور صفات جنسیتی همراه است (عاملی، ۱۴۱۳: ۳۴). این دوران با عنایت الهی و رشد ویژه قدرت‌های روحی و فکری همراه است که باعث شایستگی توجه خطابات الهی به انسان و شروع دوران تکلیف و مسئولیت اوست (مشکینی، بی‌تا: ۱۰۸؛ جمعی از محققان، ۱۴۰۴-۱۴۲۷: ۱۸۶/۸).

۲-۱. محورهای مطالعه بلوغ در فقه و حقوق

از آنجایی که حقوق و قانون در کشور ما، برگرفته از فقه امامیه است، مباحث و دیدگاه‌هایی که فقها در مبحث بلوغ مطرح نموده‌اند، تأثیر مستقیم در قانون و اندیشه‌های حقوقی داشته است.

بلوغ از مهم‌ترین مباحث فقهی است که در تمام ابواب فقهی همانند: عبادات (حزّ عاملی، ۱۴۱۴: ۴۳/۱) مثل نماز (همان: ۱۹/۴) و حج (همان: ۴۵-۴۶/۱۱)، و معاملات مثل بیع (همان: ۳۶۰/۱۷)، وصیت (همان: ۳۶۱/۱۹ و ۳۶۶)، نکاح (همان: ۲۹۲/۲۰ و ۲۹۶) و طلاق (همان: ۷۸/۲۲ و ۱۸۲)، و مباحث قضا مثل شهادت (همان: ۳۴۴/۲۷) و حدود

(همان: ۲۱/۲۸ و ۳۲۷) مورد بحث واقع شده است. موطن اصلی این موضوع در کتب فقهی، «کتاب الحجر» است (ر.ک: موسوی خمینی، بی تا: ۱۳/۲؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۶۲۹/۲؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۱۹۳/۲؛ نجفی کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۲ قسم ۱/۱۵۶؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۳۶/۹؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۳۴).

فقهها و حقوق دانان، بلوغ را از لحاظ اندام شناسی و تغییرات جسمی مورد توجه قرار داده اند و معیارهایی در این باره، توسط فقها مطرح شده است. عمده توجه حقوق دانان در مبحث بلوغ، معطوف به معاملات و اجرای احکام جزایی است و توجه چندانی به تأثیر مباحث مرتبط با بلوغ در احکام عبادی همانند حج و نماز و... نکرده اند.

فقههای اسلام بر اساس روایت های اهل بیت علیهم السلام، علائمی را برای بلوغ ذکر کرده اند. علائم احتلام و انبات موی زبر و خشن در مواضع خاص از بدن، علائم تکوینی و جسمی می باشند که بین دختر و پسر مشترک هستند (طوسی، ۱۴۰۷ الف: ۳۰۶/۱؛ همو، ۱۳۸۷: ۷۳/۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۷۹/۱؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۴۴/۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۶۷/۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: فصل فی غسل الجنابة، مسئله ۶). علاوه بر این بر اساس قول مشهور، سن ۹ سال قمری برای دختران و ۱۵ سال قمری برای پسران، علامتی ظاهراً تشریحی و تعبدی است (عاملی جبعی، بی تا: ۱۷۱/۱؛ همو، ۱۴۱۰: ۲۱۶/۵؛ همو، ۱۴۱۳: ۵۷/۱؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۴۲/۱؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۷/۲؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۵: ۲۹۲؛ مجاهد طباطبایی حائری، بی تا: ۸۴). در مقابل، حقوق دانان با در نظر گرفتن یافته های جدید روان شناسی و جامعه شناسی، در صدد ارائه دیدگاه های دیگری در این زمینه هستند. یکی از مهم ترین این مباحث، چالش هایی است که درباره سن بلوغ بنا بر نظر مشهور مطرح کرده اند.

۲. بیان موضوع و هدف تحقیق

محل بحث ما در این نوشتار، قول مشهور در رابطه با سن بلوغ است که برخی، اشکالات و چالش هایی را بدان وارد نموده اند. این چالش ها بالاخص برای سن دختران در مباحث جنایی و تکالیف کیفری او مطرح شده است. هدف از تحقیق، بررسی دقیق علمی و فقهی و حقوقی ادله قول مقابل مشهور است.

۳. پیشینه تحقیق

کتاب

- احکام تقلید و بلوغ، اثر محمدتقی مدرس؛
- البلوغ حقیقه و علامته، اثر جعفر سبحانی؛
- بلوغ دختران، اثر یوسف صانعی؛
- رساله فی البلوغ، اثر علی غضنفری؛
- البلوغ، اثر رابرت لایلان؛
- البلوغ و اثره فی الفقه الاسلامی، اثر اسامه عبدالعظیم؛
- العقل و البلوغ عند الامامیه، اثر حسین کریمی قمی؛
- سن البلوغ و علاماته، اثر محمد یعقوبی؛
- ضوابط البلوغ عند الفقهاء، اثر محمود شمس‌الدین الخزاعی (<<http://www.lib.ir>>).

مقالات

- «سن البلوغ فی المرأة» (آل راضی، ۱۴۱۷: ۱۰۴-۷۷)؛
- «بلوغ از دیدگاه فقه اجتهادی» (جناتی، ۱۳۷۴: ۳۵-۴۳)؛
- «نظرات فقهی و حقوقی در خصوص قضاوت زن از دیدگاه اسلام، بلوغ و رشد» (مرعشی شوشتری، ۱۳۷۹: ۵-۳)؛
- «بلوغ» (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۸: ۸۱-۹۸)؛
- «بلوغ دختران» (مهریزی، ۱۳۷۲: ۲۲۹-۲۹۶).

قواعد فقهی مرتبط با بلوغ

- قاعده «عدم شرطیة البلوغ فی الأحکام الوضعیة» (مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، ۱۴۲۱: ۱۷۳؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۱۶: ۳۳۱).
- قاعده «اشترط البلوغ فی العقود و الإیقات» (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۴۵؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۹/۲؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۱/۲۷۵؛ نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۲/قسم ۹/۳).

۴. نوآوری‌های تحقیق

نوشتار حاضر در دو محور دارای نوآوری است:

محور اول: استدلال‌هایی که در نقد نظریه مقابل قول مشهور مطرح شده است،

همانند:

- تبیین اطلاق‌گیری اشتباه از آیات در نظریه مقابل قول مشهور؛

- تکیه و تمرکز بر تواتر ادله روایی و بی‌نیازی از مباحث سندی؛

- نقد سندی ادله روایی قول مقابل مشهور؛

- نقد استدلال‌های غیر لفظی و استحسانات نظریه رقیب در گفتار دوم؛

- دقت در فهم صحیح نظر صاحب جواهر.

محور دوم: ارائه استظهار و نظریه‌پردازی جدید از ادله مربوط به سن بلوغ با تحلیل

حدود کمی و کیفی شرعی و معیارهای تشخیص آن.

۵. فرضیه تحقیق

نظر قول مشهور در سن بلوغ، بر اندیشه تبعدی و کمی بودن معیار سن بلوغ بنا شده

است. برخی نقدهای مطرح‌شده به ادله قول مشهور، سست و بی‌اساس است. در مقابل

می‌توان - به جای اشکال به ادله - با تحلیل جدید از اندیشه تبعدی و کمی محور در سن

بلوغ، تعدیل‌هایی در قول مشهور قائل شد و با رعایت موازین فقهی، سن بلوغ را کیفی

و عقلایی دانست. این تعدیل‌ها در فقه امامیه نیز دارای سابقه است.

۶. روش تحقیق

در تحقیقات فقهی که به طور عمده از نوع تحقیقات کتابخانه‌ای است، آنچه بیشتر

از همه اهمیت دارد، روش پردازش و تحلیل داده‌های علمی و سپس نقد و بررسی

آن‌هاست و این روش در متون محققان فقه و علمای بزرگ، در بخش تحقیق در موضوع

و بخش نقد ادله، با اهمیت و دقت بیشتری اعمال شده است؛ زیرا هر گونه خلط و

اشتباه در این بخش‌ها موجب خطا و اشتباه در نتیجه و حکم شرعی است. به همین

دلیل در این نوشتار سعی شده به شیوه فقه سنتی عمل شود. این مسئله خصوصاً در برداشت از کلام فقها به ویژه نظریه منسوب به صاحب جوهر خود را نشان می‌دهد.

۷. اجمال نوشتار

در گفتار اول به چالش‌های مطرح‌شده مقابل قول مشهور در ادله لفظی می‌پردازیم. در این قسمت، روش ما چنین است که از تطویل در ارائه اسناد روایی خودداری کنیم و خواننده را به منابع آن ارجاع دهیم. محور بحث، چالش‌های مطرح‌شده است. در این قسمت در مقام نظریه‌پردازی، مبانی استظهاری و رویکرد جدید به ادله را بررسی می‌نماییم

در گفتار دوم، چالش‌های مطرح‌شده در ادله غیر لفظی را که عمدتاً استدلال‌های عقلایی هستند، در چهار محور اصلی طرح و نقد می‌کنیم.

۸. گفتار اول: ادله لفظی

۸-۱. بخش اول: ادله قرآنی

در قرآن کریم هیچ اشاره اثباتی و سلبی به سن خاصی برای اثبات بلوغ نشده است. برخی از نویسندگان حقوقی در صدد استدلال به عموم و اطلاق آیاتی از قرآن (نساء/ ۶؛ یوسف/ ۲۲؛ نور/ ۵۸-۵۹؛ ...) برای اثبات نظریه رقیب برآمده‌اند (ساریخانی و عطازاده، ۱۳۹۲: ۶۲). از نظر ایشان، ذکر انبات و احتلام به عنوان علائم طبیعی بلوغ در این آیات و مطرح نکردن سن خاص، نشانگر عدم مدخلیت سن در تعیین بلوغ است. به عبارت فنی، آیات در مقام بیان علائم بلوغ بوده و سخنی از سن خاص مطرح نشده است. لذا اطلاق تفسیقی آیه، نافی علامت بودن سن مشخص است و نشان می‌دهد که آیات از سن خاص انصراف دارند.

این استدلال کاملاً مخدوش است؛ زیرا اولاً یکی از مقدمات اطلاق‌گیری، آن است که مولا در مقام بیان همه قیود و شرایط باشد، در حالی که این آیات در مقام بیان همه قیود و علائم بلوغ نیستند (غروی نائینی، ۱۳۵۲: ۱/۵۲۰؛ حاج‌عاملی، ۱۴۲۶: ۲/۷۰۳؛ اراکی، ۱۳۷۵: ۲۵)

۳۲۵/۱؛ حسینی یزدی فیروزآبادی، ۱۴۰۰: ۳۶۸/۲). ثانیاً بر فرض اینکه مقدمات حکمت، تام باشد و مولا در مقام بیان نیز باشد، این اطلاق با روایات متواتر دال بر علامت بودن سن خاص - چه ۹ سال و ۱۵ سال یا ۱۳ سال- مقید می‌شود. استدلال به اطلاقات قرآنی بدون توجه به سنت روایی هیچ ارزشی ندارد؛ زیرا مسلم است که عمومات و اطلاقات قرآن دائماً در معرض تفسیر و تبیین و تقیید و تخصیص اهل بیت علیهم‌السلام هستند (ملکی میانجی، ۱۴۰۰: ۱۰۸؛ حسینی یزدی فیروزآبادی، ۱۴۰۰: ۱۲۵/۲؛ صالحی مازندرانی، ۱۴۲۴: ۳۳۶/۲). نکته آخر اینکه با شک در وجود مقید روایی نیز اطلاقی برای آیات نمی‌تواند شکل بگیرد (مروجی قزوینی، ۱۴۲۸: ۲۶۴/۱۲).

لکن باید در نظر داشت که عمومات و اطلاقات قرآن کریم، در صورتی که روایات در موضوع سن بلوغ به مرحله تعارض مستقر برسد، می‌تواند یکی از مرجحات باشد و فقیه بر اساس آن، به روایات مطابق با اطلاقات قرآنی عمل کند و فتوا بدهد.

۲-۸. بخش دوم: ادله روایی

۱-۲-۸. مرحله اول: تواتر روایات مثبت قول مشهور

برخی فقها همانند وحید بهبهانی، صاحب *جوهر*، کاشف الغطاء و سبحانی، با بررسی روایات متعدد وارد شده در تعیین سن، مدعی تواتر -معنوی یا اجمالی- روایات شده‌اند (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴: ۶۹؛ وحید بهبهانی، ۱۴۲۴: ۹۸/۱؛ نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۴۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶/۲۶). ثابت شدن تواتر در این موضوع، چند اثر اجتهادی و فقهی دارد:

یک: با وجود تواتر، نیازی به بررسی سندی روایات مثبت قول مشهور نیست؛ زیرا تواتر با اخبار مرسل و ضعیف نیز حاصل می‌شود.

دو: با اثبات تواتر نزد یک فقیه، وی به قول مشهور قطع پیدا می‌کند و تمام آثار قطع مثل معذرت و منجزیت برای او حاصل می‌شود.

سه: با اثبات تواتر، قول مقابل، قطعاً خطأ و اشتباه است؛ زیرا قطع به قول مشهور، ملازمه با بطلان سایر اقوال دارد.

چهار: با اثبات تواتر مزبور، هر گونه ادعای معارضه روایات دیگر با روایات متواتر قول مشهور هیچ وجهی ندارد. تعارض بین روایات در فرضی مطرح است که هر دو

دسته از حجیت برخوردار باشند؛ در حالی که در فرض مذکور، تعارض بین یک حجت (ادله روایی قول مشهور که متواتر و قطعی است) و یک لاجحت (ادله روایی قول مقابل مشهور که خبر واحد و ظنی است) است و این تعارض مستقر نیست؛ زیرا هیچ امر مظنونی توان معارضه با امر قطعی را ندارد.

۸-۲. مرحله دوم: بررسی روایی با فرض عدم تواتر روایی نسبت به قول مشهور

الف) ادله روایی قول مشهور برای پسران

مشهور فقهای شیعه برای اثبات مدعای خود به روایات زیر استدلال کرده‌اند:

۱. روایت حمران بن اعین (حزّ عاملی، ۱۴۱۴: ج ۱، أبواب مقدمة العبادات، ب ۴، ح ۲) و صحیحہ یزید الکناسی (همان: ج ۱۴، أبواب عقد النکاح، ب ۶، ح ۹؛ طوسی، ۱۴۰۷: ب ۳۸۳/۷؛ کلینی، ۱۴۰۷: ۱۹۷/۷). این دو روایت نص در شرطیت ۱۵ سال قمری برای بلوغ پسر هستند.

۲. روایات نبوی که رسول الله ﷺ شرط تکلیف حضور در جنگ را ۱۵ سالگی قرار داده است (بیهقی، ۱۴۱۲: ۵۵/۶؛ طحاوی حنفی، ۱۴۱۴: ۲۱۷/۳؛ ابن هشام، بی تا: ۱۲/۴؛ ابن حجر عسقلانی، ۱۴۱۵: ۲۴۷/۱؛ ابن کثیر دمشقی، ۱۴۰۷: ۱۵/۴).

۳. صحیحہ معاویة بن وهب (حزّ عاملی، ۱۴۱۴: ج ۷، أبواب من یصحّ منه الصوم، ب ۲۹، ح ۱) و مرسله عباس بن عامر (همان: ج ۷، أبواب من یصحّ منه الصوم، ب ۲۹، ح ۱۳) که این دو روایت به دلالت التزامی، مدعای مشهور را ثابت می کنند (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴: ۲۸).

۴. فتوای شیخ صدوق و شیخ طوسی بر اساس قول مشهور؛ قبلاً ثابت شده است که فتوای قدما به ویژه شیخ طوسی در خلاف (طوسی، ۱۴۰۷: الف ۲۸۲/۳، مسئله ۲) و شیخ صدوق در مقنع (صدوق، ۱۴۱۵: ۱۹۵) بر اساس نصوص روایی بوده است.

با در نظر گرفتن ادله فوق، برای فقیه قطع به صدور روایات دالّ بر قول مشهور حاصل می شود. نکته بسیار مهم در این باره آن است که قول مشهور هماهنگ با فتوای شافعی و مالکی از فقهای مذاهب اربعه می باشد (برماوی، ۲۰۱۸: ۲۴۹؛ مقرئ فیومی، ۱۴۱۴: ۵۱۲/۴ و ۵۱۴؛ ابن عابدین، ۱۴۱۵: ۹۷/۵ و ۱۱۳؛ جمعی از محققان، ۱۴۰۴-۱۴۲۷: ۱۹۲/۸). مشهور فقها با وجود موافقت قول ۱۵ سالگی با فتوای شافعی و مالکی، از آن اعراض نکرده،

بلکه بدان عمل نموده‌اند.

برخی فقهای معاصر، روایت یزید گُناسی^۱ (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۹۸/۷) را ضعیف می‌دانند؛ زیرا این عنوان مشترک بین ابو خالد قماط و شخصی دیگر است. در وثاقت ابو خالد قماط بحثی نیست، ولی آن فرد دیگر فاقد وثاقت است. هرچند عده‌ای هر دو را یک نفر می‌دانند و حکم به صحیح بودن روایت می‌دهند (وحدتی شبیری، بی‌تا: ۱۷۷).

این سخن قابل نقد است. در مورد یزید گُناسی توثیق صریحی پیدا نکردیم؛ ولی می‌توان وثاقت او را به این طریق اثبات کرد که اجلاء مهم مثل ابوایوب خزّاز، حسن بن محبوب، جمیل بن صالح، هشام بن سالم، و علی بن حکم، از او روایت کرده و اصلاً روایاتش را منحصرأً همین اجلاء نقل کرده‌اند (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۴۱۱۴/۱۱) و توثیق بر اساس قاعده وثاقت عام روایت اجلاء ثابت می‌شود (همان: ۳۹۷۵-۴۱۴۱). بعضی یزید گُناسی را ثقة نمی‌دانند؛ ولی ما به جهت کثرت نقل اجلاء از وی، او را ثقة و روایت را صحیحه می‌دانیم (همان: ۴۱۴۲/۱۲).

خداشه سندی دیگری که به ادله روایی قول مشهور وارد شده است، درباره صحیحه حمران بن اعین^۲ است. در سند این روایت «عبدالعزیز بن عبدالله العبدی» است که توسط نجاشی تضعیف شده است (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۴۳/۱ و ۷۲). اما باید دقت نمود که تضعیف نجاشی به دلیل شبهه غلو درباره وی بوده و در علم رجال ثابت شده است که

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ الْخَزَّازِ عَنْ يَزِيدَ الْكُنَاسِيِّ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: الْجَارِيَةُ إِذَا بَلَغَتْ تِسْعَ سِنِينَ ذَهَبَ عَنْهَا الْبَيْتُ وَرُؤُوسُهَا وَأَقِيمَتْ عَلَيْهَا الْحُدُودُ النَّامَةُ عَلَيْهَا وَلَهَا. قَالَ: قُلْتُ: الْعُلَامُ إِذَا رُؤِجَتْ أَبُوهُ وَدَخَلَ بِأَهْلِهِ وَهُوَ غَيْرُ مَدْرِكٍ أَ تَقَامُ عَلَيْهِ الْحُدُودُ وَهُوَ عَلَى تِلْكَ الْحَالِ؟ قَالَ: فَقَالَ: أَمَّا الْحُدُودُ الْكَامِلَةُ الَّتِي يُؤْخَذُ بِهَا الرِّجَالُ فَلَا، وَلَكِنْ يُجَلَّدُ فِي الْحُدُودِ كُلِّهَا عَلَى مَبْلَغِ سَنَةٍ فَيُؤْخَذُ بِذَلِكَ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ خَمْسَةِ عَشْرَةَ سَنَةً وَلَا تَبْطَلُ حُدُودُ اللَّهِ فِي حَلْفِهِ وَلَا تَبْطَلُ حُقُوقُ الْمُسْلِمِينَ بَيْنَهُمْ».

۲. «وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَبْدِ الْعَزِيزِ الْعَبْدِيِّ عَنْ حَمْرَةَ بْنِ حُمْرَانَ عَنْ حُمْرَانَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قُلْتُ لَهُ: مَتَى يَجِبُ عَلَى الْعُلَامِ أَنْ يُؤْخَذَ بِالْحُدُودِ النَّامَةِ وَتَقَامَ عَلَيْهِ وَيُؤْخَذَ بِهَا؟ قَالَ: إِذَا خَرَجَ عَنْهُ الْبَيْتُ وَأَذْرَكَ. قُلْتُ: فَلِذَلِكَ حَدُّ يُعْرَفُ بِهِ؟ فَقَالَ: إِذَا احْتَلَمَ أَوْ بَلَغَ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً أَوْ أَشْعَرَ أَوْ أَنْبَتَ قَبْلَ ذَلِكَ أَقِيمَتْ عَلَيْهِ الْحُدُودُ النَّامَةُ وَأُخِذَ بِهَا وَأُجِدَتْ لَهُ. قُلْتُ: فَالْجَارِيَةُ مَتَى تَجِبُ عَلَيْهَا الْحُدُودُ النَّامَةُ وَتُؤْخَذُ بِهَا وَيُؤْخَذُ لَهَا؟ قَالَ: إِنَّ الْجَارِيَةَ لَيْسَتْ مِثْلَ الْعُلَامِ، إِنَّ الْجَارِيَةَ إِذَا تَزَوَّجَتْ وَدَخَلَ بِهَا وَلَهَا تِسْعَ سِنِينَ ذَهَبَ عَنْهَا الْبَيْتُ وَدُفِعَ إِلَيْهَا مَالُهَا وَجَازَ أَمْرُهَا فِي الشَّرَاءِ وَالْبَيْعِ وَأَقِيمَتْ عَلَيْهَا الْحُدُودُ النَّامَةُ وَأُخِذَ لَهَا بِهَا. قَالَ: وَالْعُلَامُ لَا يَجُوزُ أَمْرُهُ فِي الشَّرَاءِ وَالْبَيْعِ وَلَا يَخْرُجُ مِنَ الْبَيْتِ حَتَّى يَبْلُغَ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً أَوْ يُحْتَلَمَ أَوْ يُشْعَرَ أَوْ يُنْبَتَ قَبْلَ ذَلِكَ».

این تضعیفات ارزشی ندارد^۱ (تستری، ۱۳۷۸: ۱۸۰/۶). برای وثاقت این فرد، روایت اصحاب اجماع و بزرگانی مثل احمد بن محمد بن عیسی، و حسن بن محبوب که فقط از افراد ثقة و مورد اعتماد روایت نقل می‌کنند، کافی است^۲ (مظاهری، ۱۳۸۵: ۲۲۱).

ب) ادله روایی نظریه رقیب برای پسران

نظریه رقیب قول مشهور، قائل به سن ۱۳ سال برای شروع بلوغ در پسران است. آن‌ها به سه روایت صحیحہ عبدالله بن سنان (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۸۲/۹)، روایت عمار ساباطی (همان: ۳۸۰/۲) و ابوحزمه ثمالی (همان: ۳۱۰/۶) استدلال کرده‌اند.

با چشم‌پوشی از خدشه‌سندی واردشده (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۱۸۳/۱۳؛ فاضل کاظمی، بی‌تا: ۱۳۰/۳)، باید توجه نمود که این قول شاذ و مورد اعراض اصحاب و فقهای امامیه است و فتوای فقیهی مثل ابن جنید نمی‌تواند آن را از شاذ بودن خارج کند (ابن جنید اسکافی، ۱۴۱۶: ۱۹۶؛ طباطبایی حائری، بی‌تا: ۵۹۱/۱). در اصول فقه ثابت شده است که اگر یک روایت مورد اعراض قرار گیرد، از حجیت ساقط می‌شود و هر چقدر سند قوی‌تر باشد، با اعراض، وهن آن بیشتر می‌شود و استدلال بر اساس آن ارزشی ندارد (مامقانی، ۱۳۵۰: ۴۶؛ حسینی شاهرودی، ۱۴۰۲: ۱۸۴/۱؛ موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۲۸۲/۱۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۶۶/۶).

با غمض نظر از اشکال فوق، مضمون روایت ابن سنان و ساباطی، اعم از معاملات و عبادات... است و به همین خاطر در تعارض بدوی با مستندات قول مشهور قرار می‌گیرد و جمع عرفی آن بدین گونه است که این دو روایت را حمل بر مواردی می‌کنیم که قبل از اكمال ۱۵ سال، علائم طبیعی بلوغ مثل انبات و خروج منی محقق شده است. لذا تعارض مرتفع می‌شود و به تعارض مستقر و تنافی مدلولی منجر نمی‌شود

۱. «أقول: الظاهر اتّحاده مع "بن عبد الله" المتقدّم. ويمكن أن يكون وجه ضعفه -الذی قاله النجاشی- غلوّه، بناء على اتّحاده، كما عرفت في ذلك».
۲. «عبد العزيز العبدی: واسم أبيه عبد الله، ثقة، لرواية أحمد بن محمد بن عيسى والحسن بن محبوب عنه، وهما لا يرويان إلا عن ثقة».
۳. «وعلى كل حال فالتضعيف ضعيف بكونه من أصحاب الصادق عليه السلام، ورواية الجماعة كتابه، ورواية الحسن بن محبوب عنه في النجاشی، وفي التهذيب، في باب حدود الزنا، وفي باب الحد في الفرية والسب» (نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۱۳۷/۲۶).

ج) ادله روایی قول مشهور برای سن بلوغ دختران در ۹ سالگی

مشهور فقهای امامیه به چندین دسته از روایات برای اثبات مدعای خود استدلال می‌کنند:

دسته اول: روایات صریح در بلوغ در ۹ سالگی (حزّ عاملی، ۱۴۱۴: ج ۱۴، أبواب مقدمات النکاح، ب ۴۵، ج ۲ و ۱۰).

دسته دوم: روایات دال بر اقامه حدود در ۹ سالگی (همان: ج ۱۵، أبواب أقسام الطلاق، ب ۸، ج ۱ و ۷-۴).

دسته سوم: روایات دال بر اجرای احکام بالغین در ۹ سالگی (همان: ج ۱، أبواب مقدّمه العبادات، ب ۴، ج ۲).

دسته چهارم: روایاتی درباره احکام ازدواج و نزدیکی با دختران قبل و بعد از ۹ سالگی (همان: ج ۱۴، أبواب مقدمات النکاح، ب ۴۵، ج ۱-۳ و ۷؛ أبواب ما یحرم بالمصاهرة، ب ۳۴، ج ۳، ۲۰، ۲۳ و...).

مجموع روایات فوق، ۲۷ روایت و طریق می‌باشد. همه این روایات بر محوریت ۹ سالگی برای دختر اتفاق نظر دارند (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴: ۵۶). با وجود این همه روایت، به راحتی می‌توان ادعای تواتر سندی و معنوی برای مدعای مشهور فقها نمود. با در نظر گرفتن این نکته، خدشه سندی قائلان به نظریه رقیب، راه به جایی نمی‌برد و از اساس وجهی ندارد (ساریخانی و عطازاده، ۱۳۹۲: ۶۳).

د) ادله روایی نظریه رقیب برای دختران

در این قسمت، قول مقابل مشهور همانند قسمت قبلی در پسران به روایت ابن سنان و ابو حمزه ثمالی و عمار ساباطی استدلال کرده‌اند که سن بلوغ را در دختران ۱۳ سال می‌داند. علاوه بر پاسخ‌های قبلی باید در نظر داشت که موثقه عمار ساباطی (قهپایی، ۱۳۶۴: ۲۶۵/۷) با وجود طعن در مذهبش (حسینی نفرشی، ۱۴۱۸: ۳/۳۱۷)، در نقل روایت ثقه و مورد اعتماد است (نجاشی، ۱۳۶۵: ۲۹۱)؛ ولی شیخ طوسی در استبصار، منفردات او را حجت نمی‌داند (طوسی، ۱۳۹۰: ۳۷۲/۱؛ مازندرانی حائری، ۱۴۱۶: ۱۴۳/۵).

باید توجه داشت که قول رقیب، شاذ و نادر است و قول مشهور مورد اتفاق و عمل اصحاب امامیه است. این اعراض از روایات، مسقط حجیت روایات نظریه رقیب است؛ لذا نوبت به تعارض و جمع عرفی و اعمال قواعد باب مرجحات نمی‌رسد (صالحی مازندرانی، ۱۴۲۴: ۲۰۷/۳ و ۲۳۴).

ه) استظهار جدید از ادله مربوط به سن دختران

برخی اندیشمندان سعی در برداشت جدید از ادله بلوغ داشته و در صدد عرفی‌سازی مفهوم بلوغ هستند. از نظر آنان، بلوغ ماهیتی تبعیدی و شرعی ندارد؛ بلکه ماهیتی طبیعی و عرفی دارد. شارع در ماهیت‌های طبیعی و تکوینی نمی‌تواند تشریح کند؛ مثلاً شارع با تشریح نمی‌تواند ماهیت خمر را به خلّ تغییر دهد. دست تشریح از امور تکوینی و طبیعی کوتاه است.

در روایات مربوط به محوریت سن برای بلوغ، شاهد تعدد و تنوع و اختلاف بسیار (۹ سال، ۱۰ سال، ۱۳ سال و...) هستیم. این تعدد و اختلاف نشان می‌دهد که مقوله سن مشخص، هیچ مدخلیت و رابطه مستقیم با بلوغ ندارد؛ بلکه این روایات متفاوت با توجه به شرایط زمانی و مکانی و جسمی و جنسیتی، کاشف از بلوغ افراد بوده‌اند. معیار اصلی و محور کلیدی در بلوغ، همان علائم تکوینی و جسمی هستند، نه سن خاص. به عبارت دیگر، سن طریقت برای این علائم دارد، نه موضوعیت.

نتیجه این مقدمات آن می‌شود که علامت بودن سن برای بلوغ به عنوان تشریح شرعی و تبعیدی، از اساس هیچ وجهی ندارد. جهانی بودن احکام اسلام و عدم تطابق سن ۹ سال با واقعیت‌های خارجی بلوغ جسمی (مثل انبات، احتلام، حیض و...)، این موضوع را تقویت می‌کند (برگرفته از: موسوی غروی، ۱۳۷۳: ۵۸۲-۵۸۳؛ مهریزی، ۱۳۷۶: ۲۲۰-۲۲۱؛ ساریخانی و عطازاده، ۱۳۹۲: ش ۲؛ صانعی، ۱۳۸۵: <www.porsojoo.com>).

این استدلال قابل نقد است زیرا:

اولاً تعیین سن و انبات و احتلام، سه اماره شرعی برای امر عرفی بلوغ هستند. شارع مقدس برای احتراز از تشّت و اختلاف در قانون‌گذاری، اقدام به ضابطه‌مند نمودن شروع بلوغ نموده است. معیار سن خود مستقلاً مبدء ثبوت تکالیف شرعی است و اگر

در مورد بلوغ سنی اختلاف ایجاد شد، انبات و احتلام نیز علامت‌های دیگری برای بلوغ هستند (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۵: ۲۸۷؛ نورمفیدی، بی‌تا: ۱۸۹). این احتمال نیز وجود دارد که از نظر شارع، تحولات روحی و عنایات الهی نسبت به مکلفان از سن خاصی شروع شود و مکلف، صلاحیت و شایستگی خطابات الهی را دارا گردد و ادامه این تحولات با احتلام و رشد و خروج منی به جهت آمادگی برای تشکیل و ورود به عرصه زندگی اجتماعی باشد (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴: ۵۷).

ثانیاً توجه به مدلول روایت‌های دالّ بر سن خاص، به ویژه روایت‌هایی که شرط اجرای حدود را اتمام ۹ سال و ۱۵ سال معرفی می‌کنند، نشان می‌دهد که مقوله زمان و مکان و... تأثیری در ماهیت حکم شرعی بلوغ نداشته است. فهم مشهور نزدیک به اجماع فقهای امامیه در طول قرن‌ها از ادله و روایات نیز همین را تأیید می‌کند و هر نوع شک و شبهه‌ای را از میان می‌برد. کسی که مدعی مدخلیت قیود زمان و مکانی و... در موضوع حکم شرعی است، باید آن را با استظهار از ادله شرعی ثابت کند. صرف ادعا بدون هیچ پشتوانه استدلالی راه به جایی نخواهد برد. با خدشه بر مقدمات استدلال فوق، نتیجه آن نیز مخدوش می‌گردد. ضابطه‌مند کردن یک پدیده که اثرات فوق‌العاده حقوقی و کیفری و عبادی دارد، با جهانی بودن دین اسلام کاملاً هماهنگ است. اگر به صرف معیارهای جسمی مثل حیض و انبات و احتلام بخواهیم بلوغ را تشخیص دهیم، بی‌نظمی شدیدی را در اجرای احکام حقوقی و کیفری و حتی عبادی شاهد خواهیم بود. البته باید در نظر داشت که اگر قانون‌گذار در معاملات با ارزش مالی بالا و یا قراردادهایی که نیاز به تخصص و آینده‌نگری زیادی دارد، صرف سن ۱۱ سال یا ۹ سال و یا حتی ۱۵ سال را معیار قرار دهد، در مقام اجرا و عمل، اختلالات فراوانی به وجود می‌آید. لذا حاکم اسلامی با در نظر گرفتن مصالح و مفاسد اجرایی و با در نظر گرفتن موازین روان‌شناسی و جامعه‌شناسی، سن مورد نظر را قانونی می‌کند.

(و بررسی نظریه صاحب جواهر

برخی اندیشمندان با عدم دقت کافی در عبارات صاحب جواهر، به ایشان نسبت داده‌اند که او حتی از نظر شرعی، بلوغ را کاملاً مفهومی عرفی می‌داند:

«مراد از اول [بلوغ] که در لغت "ادراک" است، همان بلوغ حلم و رسیدن به مرحله قابلیت ازدواج به سبب به وجود آمدن منی در بدن انسان و تحریک‌های شهوانی و قدرت جسمی برای نزدیکی کردن و خروج آب منی با فشار است که این نوع بلوغ، نقطه شروع خلقت انسان بر اساس حکمت الهی است که با حیوانات نیز مشترک است. بر این اساس، بلوغ نوعی کمال طبیعی برای انسان است که با آن، نسل انسان ادامه می‌یابد و عقل با آن رشد می‌کند و یک مرحله و حالتی است که شخص از دوران کودکی به دوران کمال و بلوغ در مردان و زنان می‌رسد و بر این اساس، اگر احتلام در زمانی مورد احتمال [بلوغ جسمی] اتفاق بیفتد، با آن [احتلام] بلوغ محقق می‌شود و تحقق بلوغ متوقف بر بیان شارع مقدس نیست؛ زیرا بلوغ از امور طبیعی شناخته شده در عرف و لغت است و از موضوعات شرعی [و تعبدی] نیست که تنها راه دانسته شدن آن، بیان خود شارع باشد؛ همانند عبادات که موضوعاتی شرعی هستند و بیان اوصاف آن‌ها توسط عرف و لغت نیست، بلکه فقط شاعر آن را بیان می‌کند»^۱ (نجفی، ۱۴۰۴: ۴/۲۶).

این در حالی است که با دقت در عبارت ایشان به دست می‌آید که این عبارت، مخصوص مواردی است که تعریف لغوی و عرفی با تعریف شرعی انطباق داشته باشد؛ یعنی دختر و پسر در سن ۹ و ۱۵ سالگی، علائم جسمی و شرایط بلوغ لغوی و عرفی را نیز داشته باشند. وانگهی با دقت در ادامه مباحث این فقیه بزرگ روشن می‌شود که از نظر ایشان - و دیگر فقهای قائل به قول مشهور - شارع مقدس در موضوع عرفی بلوغ تصرف کرده و اعمال تعبد نموده و سن خاصی را معیار و ضابطه بلوغ قرار داده است:

«و همچنین بلوغ از نظر شرع - هر چند عرفاً دانسته نشود، با سن مشخص دانسته می‌شود و آن رسیدن به ۱۵ سال برای پسران است. این بر اساس قول مشهور بین اصحاب در این مسئله است که دارای شهرت بسیار زیادی است که نزدیک است به حد اجماع برسد؛ همچنان که به این نکته [اجماع و شهرت] شهید در مسالك اشاره

۱. «والمراد بالأول الذى هو فى اللغة الإدراك، بلوغ الحلم والوصول إلى حدِّ النكاح بسبب تكوّن المنى فى البدن وتحرك الشهوة والنزوع إلى الجماع وإنزال الماء الدافق الذى هو مبدأ خلق الإنسان بمقتضى الحكمة الربانية فيه وفى غيره من الحيوان لبقاء النوع، فهو حينئذ كمال طبيعى للإنسان يبقی به النسل ويقوى معه العقل، وهو حال انتقال الأطفال إلى حدِّ الكمال والبلوغ مبالغ النساء والرجال، ومن هنا إذا اتفق الاحتلام فى الوقت المحتمل، حصل به البلوغ ولم يتوقف على بيان الشارع. فإنَّ البلوغ من الأمور الطبيعية المعروفة فى اللغة والعرف، وليس من الموضوعات الشرعية التى لا تعلم إلا من جهة الشرع كألفاظ العبادات».

کرده است. بالاتر آنکه نقل اجماع در این مسئله، مستفیض و یا متواتر است که این نقل، خود از حیث اعتبار و ارزش همانند اجماع صریح و ظاهری است؛ همان طور که محقق عاملی در *مفتاح الکرامه* گفته است: نزدیک است که اجماعات منقول در مسئله به ۱۲ اجماع، اعم از صریح و ظاهر و مشعر به مبنای قول مشهور، برسد، بلکه این معلوم و واضح است»^۱ (همان: ۱۶/۲۶).

قابل توجه آنکه صاحب *جواهر* در ادامه، احتمال یکی دانستن بلوغ شرعی را با بلوغ حلم (بلوغی که اشاره به ویژگی‌ها و رشد جسمی دارد) طرح و رد کرده است:

«اللهمّ [اشاره به ضعف در استدلال و مطلبی که قرار است بگوید] مگر اینکه همان طور که قبلاً اشاره کردیم- گفته شود: بلوغ شرعی همان بلوغ حلم است، که بر این اساس، یک حالت طبیعی و جسمی در انسان و بالاتر در مطلق حیوانات است و همه چیزهایی که برای آن ذکر شده است، علامت بلوغ طبیعی است [نه شرعی] و این علائم - حتی سن- کاشف و نشانه رسیدن به بلوغ می‌باشند. بر اساس این بیان، آنچه که مشتبه و مشکوک است، موضوع بلوغ است که با استصحاب اقل نفی می‌شود؛ زیرا اصل عدم علامت بودن و کاشف بودن علائم و حدود بلوغ است. ولی این سخن بر خلاف گفته اصحاب و فقهای شیعه است که سن بلوغ در شرع - هر چند سن علت کشف بلوغ از غیر آن باشد و هر گاه این گونه بود [یعنی سن علت بلوغ بود]، مشتبه و مشکوک ما حکم است نه موضوع- و موضوع واقع شدن آن برای برخی احکام، منافاتی با حکم بودن آن ندارد؛ زیرا یک حکم می‌تواند موضوع برای حکم دیگر باشد و این هیچ استحاله و اشکال عقلی ندارد؛ چون جهت هر کدام از دو حکم متفاوت است و امثال آن در شرع و احکام آن زیاد است»^۲ (همان: ۱۷/۲۶).

۱. «وكذا يعلم البلوغ شرعاً إن لم يكن عرفاً بالسنّ، وهو بلوغ خمس عشرة سنة للذكر على المشهور بين الأصحاب في المقام شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً، كما اعترف بذلك في المسالك، بل نقلها مستفیض أو متواتر كالإجماع صريحاً وظاهراً على ما في *مفتاح الكرامة* حيث قال: كادت تبلغ إجماعات المسألة، اثني عشر إجماعاً من صريح وظاهر ومشعر به، بل هو معلوم».

۲. «اللهمّ إلا أن يقال كما أومأنا إليه سابقاً: إن البلوغ شرعاً هو بلوغ الحلم، فيكون حالة طبيعية مخصوصة في الإنسان، بل مطلق الحيوان وجميع ما ذكر علامة له، فهو كاشف عن الوصول إليها حتى السنّ، فيكون المشتبه حينئذ الموضوع، والمنفَى بالاستصحاب الأقل، إذ الأصل عدم بلوغ الحدّ الكاشف. لكنّه خلاف ما عليه الأصحاب من أنّ السنّ بلوغ في الشرع، وإن كانت العلة فيه كشفه عن غيره، ومتى كان كذلك فالمشتبه الحكم دون الموضوع، وموضوعية البلوغ لبعض الأحكام لا ينافي كونه حكماً، لأنّ الحكم قد يكون موضوعاً لحكم آخر، ولا استحالة في ذلك، مع اختلاف الجهة، ومثله كثير».

از نظر ایشان، اینکه سن نیز همانند سایر علائم جسمی مثل جنابت و رشد مو و... جنبه علامت برای بلوغ داشته باشد، مورد تأیید اصحاب و فقهای امامیه نیست و اینکه برخی تصور کنند که بلوغ از موضوعات است و هیچ جنبه‌ای از احکام ندارد، اشتباه است؛ زیرا اینکه بلوغ در برخی موارد، موضوع برای برخی احکام - همانند صحت معامله و... - قرار گیرد، هیچ تنافی ندارد که خود بلوغ از برخی جهات، مشتمل بر حکم شرعی باشد و جنبه حکمی به خود گیرد. وانگهی اشکال نشود که یک حکم نمی‌تواند موضوع حکمی دیگر باشد؛ زیرا هیچ استحال و اشکالی در این نیست و این به خاطر اختلاف جهات احکام واقع می‌شود، مثلاً با حکم به نجس بودن یک چیزی، جواز فروش آن به کسی که آن را طاهر می‌داند، استفاده می‌شود، همانند نجاست خوک و جواز فروش آن به کافر معتقد به طهارت آن. در مانحن فیه نیز با حکم به بالغ بودن کسی، وجوب برخی عبادات و آثار و مسئولیت‌های حقوقی خاصی را به وی تحمیل می‌کنند.

۸-۲-۳. مرحله سوم: رویکردشناسی اجتهادی در حدود و اندازه‌های شرعی

حدود و اندازه‌های شرعی را در یک نگاه کلان می‌توان به دو دسته تقسیم

کرد:

دسته اول- حدود و قیود کمی و تعبدی: این حدود با اینکه به لحاظ کلامی دارای پشتوانه‌های قطعی عقلی هستند، ولی فهم عقل هیچ مداخلیتی در قید و حکم شرعی ندارد؛ برای مثال، دستور خداوند حکیم بر طواف را با ۷ شوط محقق کنیم یا نماز صبح را دو رکعت اقامه کنیم.

دسته دوم- حدود و قیود کیفی و غیر تعبدی: این حدود و اندازه‌های شرعی، طریق به واقع هستند و البته واقعی که از عناوین و لسان شارع مقدس اخذ می‌شود؛ برای مثال، شارع مقدس در مبحث احتکار در شرایط سختی و قحطی، زمان سه روز و در شرایط عادی، زمان ۴۰ روز را مقرر کرده است (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۶۵/۵). بسیار روشن است که این دو حد شرعی برای احراز در تنگنا قرار گرفتن احتیاجات ضروری مردم وضع شده‌اند. همچنین مقدار ذراع‌ها و اندازه‌هایی که در روایات برای حریم ذکر شده است، از این

موارد است و این حریم‌ها برای انتفاع بهتر از ملک تعیین می‌شود و حدود و ثغور آن را عرف روشن می‌کند (همان: ۲۹۶/۵).

الف) راه‌های تشخیص حدود کمی از حدود کیفی

برای تشخیص حدود کمی از کیفی می‌توان راهکار زیر را در نظر گرفت:

۱- شروط کیفی عمدتاً مواردی هستند که با وجود نصوص شرعی، حاکم شرع و فقیه جامع‌الشرایط می‌تواند بنا بر مصالح اجرایی و حکومتی در آن تغییر ایجاد کند؛ به خلاف شروط کمی تعبدی که غیر قابل تغییرند.

۲- حدود کیفی به گونه‌ای هستند که عقلاً توان درک مصلحت و مفسده موجود در آن را دارند؛ به خلاف شروط کمی که عقلاً توان درکی ندارند و به عبارت دقیق‌تر، احکامی هستند که شارع به عنوان رئیس عقلاً برای مواردی که عقل انسان‌ها قابلیت درک آن‌ها را ندارد، وضع نموده است.

۳- ادله روایی در حدود کیفی دارای تعدد و تغییر بر اساس مصالح و مقتضیات زمانی و مکانی هستند. عمدتاً در ادله شرعی حاکی از شروط کیفی، حکمت و تعلیل‌هایی مطرح شده که دخالت زمان و مکان را در موضوع حکم ثابت می‌کند.

۴- حدود کمی به خاطر صراحت و حساسیت جنبه تعبدی در آن‌ها، کمتر مورد اختلاف هستند و در اکثر موارد همانند حدود ارث و زکات و...، اتفاق فقها در آن‌ها قابل مشاهده است.

ب) تطبیق

از میان معیارهای فوق، مورد اول می‌تواند در مسئله سن بلوغ کارساز باشد. توضیح آنکه شارع مقدس به جهت مصالح قانون‌گذاری و دوری از اختلال نظام، سن مشخصی را برای بلوغ دختران و پسران در نظر گرفته است. با دقت در برخی موارد روشن می‌شود که گاهی اجرای برخی احکام بر اساس سن بلوغ دارای مفاصده است و یا ممکن است باعث فوت برخی مصالح از مکلفان و مخاطبان احکام شود.

تصور کنید که در شرایط امروزی، دختر در سن ۹ سال قمری وارد معاملات تجاری، بورس و... شود! هر عاقل و آشنای با دنیای کنونی، این را به مصلحت نمی‌داند.

یا در بحث نکاح، به صرف رسیدن دختر به ۹ سالگی، اجازه ازدواج به او در هر شرایطی داده شود!

نتیجه آنکه ما از یک طرف با مصلحت قانون‌گذاری مواجه هستیم و از طرف دیگر با مفسده و فوت مصالح در موارد خاص! ملاحظه همین تعارضات و تراحمات میان مصالح و مفاسد، شارع مقدس را وا داشته که اختیاراتی را به مجری احکام بدهد و در محدوده خاصی بر اساس رعایت مصالح بالاتر و با در نظر گرفتن مصالح و مفاسد و کسر و انکسار در صورت تعارض و تراحم، در حوزه اجرا قانون‌گذاری کند. تصور مجری معصوم و یا ولی فقیه جامع‌الشرایط عادل و آگاه به مقتضیات اجرایی، درستی این روش را تأیید می‌کند.

با در نظر گرفتن توضیحات فوق، روشن می‌شود که سن بلوغ شرعی می‌تواند یک معیار کیفی و عقلایی باشد؛ ولی هر گونه تغییر در آن باید بر اساس سازوکار شرعی و از طریق مبانی فکری ولایت و امامت صورت گیرد، نه روشی که هیچ سنخیتی با دین و شرع مقدس ندارد و در صدد انکار احکام شرعی است. به این مطلب، برخی از فقهای معاصر اشاره کرده‌اند^۱ (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۲۵/۲۱).

از معیار دوم و سوم مطرح شده نیز می‌توان برای کیفی انگاشتن سن بلوغ استفاده کرد. با بررسی‌های صورت گرفته در چندین مورد در ابواب متعدد فقهی، فقها از شرطیت بلوغ بر اساس قول مشهور عدول نموده‌اند:

۱- صحت وصیت طفل ده ساله‌ای که خوبی‌ها را تشخیص می‌دهد^۲ (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۸۸۷/۲).

۲- صحت وقف و صدقه صبی ده ساله^۳ (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۴۵۹).

۱. «هذا بالنسبة إلى أصل البلوغ الشرعی للرجل والمرأة من حيث تعلق الواجبات والمحرمات بهما غير القابلة للتغيير والتبديل. وأما بالنسبة إلى الجهات الخارجية فيمكن للحاكم الشرعی تحديدها بوقت معين بحسب ما تقتضيه المصلحة، كما إذا حدد في التصدی للمعاملات الكلیة الخطرة لمن بلغ سبعة عشر سنة مثلاً، وهذا ليس تحديد في أصل البلوغ، بل تحديد لموضوع حكم تقتضيه المصلحة لذلك».
۲. «الأول البلوغ فلا یصح وصية غير البالغ. نعم، الأقوی وفاقاً للمشهور صحة وصية البالغ عشرًا إذا كان عاقلًا في وجوه المعروف للأرحام أو غيرهم، لجملة من الأخبار المعتمدة، خلافاً لابن إدريس وتبعه جماعة».
۳. «منع المفید عليه السلام من هبة الصبی وإن بلغ عشر سنين مميّزًا وجوّز وقفه وصدقته بالمعروف كالوصية لقول أحدهما عليهما السلام: لا يجوز طلاق الغلام إن كان قد عقل، وصدقته ووصيته وإن لم يحتلم».

۳- جواز اجرای صیغه عقد نکاح توسط صبی^۱ (موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۱۵۲/۳۳).

۴- جواز امامت صبی در نماز جماعت^۲ (حسینی عمیدی، ۱۴۱۶: ۱۴۷/۱).

این نشان از آن دارد که شرطیت سن، امری تعبدی و کمی و غیر قابل تغییر نیست؛ لذا می‌توان آن را کیفی و عقلایی در نظر گرفت. لکن در هر مورد باید ملاحظه ادله شرعی را نمود.

۹. گفتار دوم: ادله غیر لفظی

۱-۹. اجماع

اجماع به عنوان یکی از ادله لیبی در فقه امامیه، جایگاهی ویژه دارد. بررسی اقوال فقها نشان می‌دهد که قول مشهور فقها معتضد به اجماع قطعی اصحاب امامیه است (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۹: ۸۲؛ طوسی، ۱۴۰۷ الف: ۲۸۲/۳، مسئله ۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۲/۱۶؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۸۸/۹؛ مؤمن قمی سبزواری، ۱۴۲۱: ۳۰۸). هر چند برخی، اجماعات همراه با وجود دلیل لفظی را اجماع مدرکی شمرده و آن را فاقد شروط اجماع معتبر برای کشف از قول معصوم علیه السلام می‌دانند (شهابی، ۱۴۱۷: ۷۱/۳) - که اجماع از موضوعیت خارج می‌شود و فقط راهنمایی به دلیل لفظی است و آن دلیل دارای محوریت برای استدلال است که در نتیجه باید به مستند اجماع توجه کرد- (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۲۸۹/۲). ولی باید دقت کرد که وجود این اجماع، از جهت تجمیع ظنون معتبر و رسیدن فقیه به قطع و جبران ضعف اسناد مطرح شده در صورت تعارض روایات با مستندات قول رقیب، حائز اهمیت

۱. «وَأَمَّا إِذَا كَانَ الصَّبِيُّ مَجْرِبًا لِلصَّيْغَةِ خَاصَّةً بِأَنَّ كَانَ الْعَقْدَ بَيْنَ الْوَلِيِّ وَالطَّرْفِ الْآخَرَ الْكَامِلَ، فَهَلْ يَحْكُمُ بِبَطْلَانِهِ أَمْ لَا؟ قَدْ يُقَالُ بِالْأَوَّلِ، بَدْعُوِي أَنْ الْمُسْتَفَادَ مِنَ النُّصُوصِ أَنَّ الصَّبِيَّ مُسْلُوبَ الْعِبَارَةِ وَأَنَّهَا كَاللَّفْظِ الْصَادِرِ مِنَ الْحَيْوَانِ. إِلَّا أَنَّ الظَّاهِرَ هُوَ الثَّانِي، إِذْ لَيْسَ فِي الْمَقَامِ مَا يَدُلُّ عَلَى سَلْبِ عِبَارَةِ الصَّبِيَّ، فَإِنَّ النُّصُوصَ الْمُسْتَدَلَّ بِهَا كُلَّهَا وَارِدَةٌ فِيمَا هُوَ أَمْرٌ لِلصَّبِيِّ نَفْسَهُ، فَلَا تُشْمَلُ مَا إِذَا كَانَ الْأَمْرُ لِلْوَلِيِّ وَالْبَالِغِ، غَايَةَ الْأَمْرِ كَانَ الصَّبِيُّ مَجْرِبًا لِلصَّيْغَةِ خَاصَّةً. نَعَمْ، وَرَدَ فِي بَعْضِ النُّصُوصِ الْمَعْتَبَرَةِ، كَصَحِيحَةِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: «عَمَدَ الصَّبِيِّ وَخَطَأَهُ وَاحِدٌ» فَقَدْ يُقَالُ بِأَنَّهَا تَدُلُّ عَلَى كَوْنِ الصَّبِيِّ مُسْلُوبَ الْعِبَارَةِ، وَإِنَّهُ لَا يَتَرْتَّبُ عَلَى فَعْلِهِ أَىْ أَثْرٌ».

۲. «قوله عليه السلام: "ولا يجوز إمامة الصغير وإن كان مميزاً على رأي". أقول: للشيخ في هذه المسألة قولان: أحدهما عدم الجواز، ذكره في النهاية. والآخر الجواز، ذكره في المبسوط، لأنه قال في المبسوط: المراهق إذا كان عقلاً مميزاً يصلّى صلاة صحيحة جاز أن يكون إماماً».

فراوان است. شایان ذکر است که بحث از اجماع و اثبات آن به نفع قول مشهور، همه فواید و مزایای استدلال به شهرت عملی را نیز دارد.

۹-۲. استدلال‌های عقلایی نظریه رقیب

باید در نظر داشت که عمده استدلال‌های نظریه رقیب، استدلال‌های عقلایی و استحسانات می‌باشد که عمده آن‌ها در چهار محور زیر بحث و نقد می‌شود:

۹-۲-۱. حرجی و ضرری بودن برخی تکالیف

دختری که در سن ۹ سال قمری به تکلیف می‌رسد، از حیث قوای جسمی در حدی نیست که برخی تکالیف مثل روزه، آن هم ساعت‌ها در هوای گرم تابستان را تحمل کند! وجوب روزه برای چنین فردی، ضرری و حرجی است. شارع مقدس احکام حرجی و ضرری وضع نمی‌کند. نتیجه آنکه شارع مقدس، حکمی به عنوان شروع بلوغ از ۹ سالگی وضع نکرده است! بلوغ از زمان آمادگی جسمی و روحی برای تکالیف شروع می‌شود نه ۹ سال قمری (موسوی غروی، ۱۳۷۳: ۵۹۵).

این استدلال مخدوش است؛ زیرا حرجی و ضرری بودن، عنوانی است که بر اساس شرایط زمانی و مکانی و جسمی ممکن است برای قوی‌ترین افراد نیز صادق باشد! حرجی بودن روزه برای زن باردار یا پیرمرد و پیرزن، مورد تصریح شارع مقدس بوده و حکم وجوب صوم برداشته شده است! پس در حرج و ضرر بین دختر ۹ ساله و دیگران، هیچ فرقی از حیث وجوب و عدم وجوب نیست. همچنین باید در نظر داشت که ما نیز موافق هستیم که شارع مقدس احکام ضرری و حرجی وضع نمی‌کند. نفی حرج و ضرر، از قواعد فقهی کلیدی و ثانوی در اسلام است که مفسر و حاکم بر تمام احکام اولیه است (غروی نائینی، ۱۳۵۲: ۱۶۳/۲؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۱: ۲۳۶).

بر این اساس، معیار صحیح در قاعده نفی حرج و ضرر، شخصی بودن ضرر و حرج است نه نوعی بودن آن. حرج شخصی باشد، یعنی اینکه هر مکلفی خود را مستقل لحاظ کند که آیا مشمول قاعده نفی حرج می‌شود یا نه؟ و برای مکلف فرقی نمی‌کند که دیگران در چه وضعیتی هستند. در این صورت، حرج صفت تکلیف می‌شود. ولی اگر حرج نوعی لحاظ شود، باید این حکم نسبت به اغلب مکلفان سنجیده شود؛ مثلاً

اگر ۸۰ درصد در حرج قرار می‌گیرند، تکلیف از همه رفع می‌شود.

این در حالی است که حرج و ضرر به دلایل زیر شخصی هستند:

ادله نفی حرج مثل ﴿مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ که عمده‌ترین دلیل است، ظهور در حرج شخصی دارد، مگر در مواردی که قرینه بر خلاف اقامه گردد (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۵: ۱۵۴).

خطابات شرعی، ظهور در عام استغراقی دارند و گویا احکام شرعی به تعداد همه مکلفان منحل می‌شوند. این عموم، اقتضای انحلال به تکالیف متعدد به تعدد اشخاص و موارد دارد؛ گویا شارع همه افراد مکلفان را مخاطب ساخته و برای هر کدام، تکلیف خاصی جعل کرده است (حکیم، ۱۴۲۹: ۱۷۵).

قاعده نفی حرج، قاعده‌ای امتنانی است و امتنانی بودن با شخصی بودن ملاک در حرج و ضرر سازگاری دارد (انصاری، ۱۴۲۸: ۲۵۷/۲).

نوعی بودن قاعده باعث می‌شود که احکام از انتظام خارج شده و در زمان‌ها و مکان‌ها و... متغیر باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۹۸/۱).

نتیجه آنکه: تصور نادرست نوعی بودن حرج و ضرر و عدم ملاحظه ارتباط قواعد ثانویه با احکام اولیه باعث شده است که برخی به جهت حرجی و ضرری بودن یک حکم برای برخی افراد، به اشتباه در یکی از مسلمات احکام اسلام تشکیک کنند. اگر در موارد خاصی، برخی تکالیف برای برخی افراد حرجی و ضرری بود، این باعث نمی‌شود که نسبت به بقیه مکلفان، حکم وجوب رفع شود. یا اینکه از اساس بگوییم شارع از ابتدا آن حکم را برای احدی جعل نکرده است.

۹-۲-۲. تنافی برخی مقاصد شرعی با مکلف بودن دختر در ۹ سالگی

یکی از مقاصد مهم شریعت اسلام، تأمین امنیت جسمی و اخلاقی جامعه است. مسئولیت‌پذیری دختر در ۹ سالگی با این هدف شارع مقدس در تنافی است. بسیار بعید است که شارع بخواهد احکام کیفری و مجازات سنگینی مثل رجم در حدود و شلاق تعزیری و... را نسبت به دختر ۹ ساله اجرا کند. نتیجه آنکه مکلف دانستن دختر در ۹ سالگی با مقاصد شریعت اسلام در تنافی است (موسوی غروی، ۱۳۷۳: ۵۹۵).

این استدلال دارای اشکالاتی است؛ زیرا:

اولاً، ادله شرعی بلوغ دختران و پسران در سن خاص، معتضد به نصوص قطعی و غیر قابل انکار است. تفسیر مقاصدی از احکام شرعی باید هماهنگ با نصوص قطعی باشد نه در تقابل با آن؛ زیرا هر نوع تقابل، نشان از فهم ناصحیح و یک‌جانبه و ناقص از مقاصد شرعی است.

ثانیاً، حفظ عفاف و حریم خانواده، اجرای عدالت و اقامه قسط، و جلوگیری از شیوع فحشا، از مقاصد دیگر شارع مقدس هستند که باید در کنار حفظ امنیت جسمی افراد لحاظ شوند. مکلف دانستن دختران در ۹ سالگی، در هماهنگی کامل با این مقاصد شرعی است.

ثالثاً، مکلف دانستن دختران در ۹ سالگی، یکی از مترقی‌ترین احکام اسلام است که با هدف تأمین امنیت روانی جامعه، حفظ حریم خانواده و... جعل شده است. مکلف‌انگاری دختران باعث می‌شود که خانواده‌ها نسبت به آموزش احکام و تکالیف به دختران از قبل اقدام کنند. همچنین دختری که در محیط صحیح اسلامی تربیت یافته است، بسیار بعید است که بعد از اكمال ۹ سالگی، قباحت سرقت و جرایم جنسی و... را متوجه نشود. در فرض اثبات نیز حاکم شرعی و فقیه مبسوط‌الید بنا بر مصالح می‌تواند اجرای حکم و مجازات را متوقف کند.

۹-۲-۳. سهله و سمحه بودن شریعت

مکلف نمودن دختران در ۹ سالگی، یعنی جاری ساختن احکام سخت و سنگین کفیری و حقوقی نسبت به او. اسلام و بعثت رسول خدا ﷺ بر اساس آسان‌گیری و سهولت بنا شده است (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۹۴/۵؛ ابن‌ابی‌جمهور احسائی، ۱۴۰۵: ۳۸۱/۱؛ حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۱۱۶/۸؛ طوسی، ۱۴۱۴: ۵۲۸). هر قانونی که خلاف سهولت و آسان‌گیری اسلامی باشد، اشکال دارد. پس مکلف نمودن دختران در ۹ سالگی، مخالف سیاست کلان سهله و سمحه بودن دین است (موسوی غروی، ۱۳۷۳: ۵۹۵).

این استدلال دارای نقاط ضعف و مبهم است؛ زیرا:

دین اسلام در مرحله تشریح و قانون‌گذاری به دقیق‌ترین شکل ممکن با رعایت

مصالح و مفاسد، احکام و مقررات الهی را جعل نموده است. در مرحله جعل احکام، مراعات حال مکلفان شده و هر نوع تکلیف شاق و حرجی و مالا یطاق، از اساس جعل نشده است. قاعده سهله و سمحه بودن دین اسلام مربوط به این مرحله است و اگر قانونی وضع شد و با روایات و سنت قطعی بیان شد، اراده شارع حکیم بدان تعلق گرفته است و در اجرای آن نباید تردید کرد. بسیاری از تردیدافکنی‌ها در مقام اجرای احکام، به دلیل بی‌مبالاتی و جهل به مبانی اساسی اسلام است. مواردی که اهل بیت علیهم‌السلام این قاعده را جاری نموده‌اند، گویای این نکته است که شارع راضی است که مکلفان از مباحات منتفع شوند و با توهمات خودساخته، حلال‌های الهی همانند ازدواج و... را بر خود حرام نکنند (حسینی شیرازی، ۱۴۲۷: ۳۱۲/۱ و ۳۵۹/۸؛ دربندی، بی‌تا: ۲۹۲/۲).

۹-۲-۴. استدلال‌های جامعه‌شناختی و روان‌شناختی

بعضی قائلان به نظریهٔ خلاف مشهور، برخی استدلال‌های روان‌شناختی و جامعه‌شناختی دختران بعد از ۹ سالگی را بیان کرده‌اند و به زعم خود، این یافته‌های علمی را در تضاد با قول مشهور -دال بر مکلف نمودن دختر و پسر در سن خاص- یافته‌اند (کلاتری و دیگران، ۱۳۹۸: ش ۱۴؛ خلیلی و بختیاری، ۱۳۸۷: ش ۴۱). این استدلال‌ها نسبی هستند و در موارد متعدد، صحت آن‌ها مخدوش است. معیاری که این علوم ارائه می‌دهند، بیشتر جنبه‌های جسمی افراد را مورد مطالعه قرار می‌دهد و قدرت بررسی جنبه‌های روحی بسیار پیچیده انسان را ندارد.

اما باید در نظر داشت که از منظر فقهی، نتایج این بررسی‌ها در نهایت منجر به ایجاد ظن می‌شود. این ظن اولاً اعتبار شرعی ندارد و نمی‌تواند با قطعیات شرعی معارضه کند (طباطبایی قمی، ۱۳۷۱: ۹۵/۲؛ عراقی، ۱۳۸۸: ۱۵۱). ثانیاً اگر یک فقیه با بررسی‌هایی که انجام می‌دهد، برخی از روایات مؤید قول مشهور را قضیه شخصیه تلقی کند و یا اینکه اختلاف دلالتی بین آن‌ها ببیند، به گونه‌ای که نتواند به علم و اطمینان برسد و با چند دسته روایت متعارض مواجه شود، در این حالت، عموماً قرآنی یکی از مرجحات می‌تواند باشد و سرنوشت تعارض روایات را معلوم کند که در این صورت قیدی که نشانگر سن خاص ۹ و ۱۵ سال است، دیگر ثابت نمی‌شود. در حالی که

بر اساس آرای فقهای امامیه، قول مشهور که سن بلوغ را ۹ سال قمری برای دختران و ۱۵ سال برای پسران می‌داند، معتضد به روایات متواتر و قطعی است. این روایات در مورد سن ۹ و ۱۵ سال، هیچ اختلافی با یکدیگر ندارند و نقطه اشتراک دارند و برخی از این روایات، قضیه حقیقه هستند.

وانگهی باید در نظر داشت که اجرای احکام کیفری نسبت به دختران را با قواعد و قوانین دیگر ملاحظه کرد. تجربه‌ی صدها سال تربیت موفق و همراه با کرامت و حفظ حریم و حیا برای زنان نشان از این دارد که این نقدها وارد نیست. در مقابل، تمدن غربی که در صدد اجرای محصول این مطالعات بوده است، بیشترین و هولناک‌ترین ضربات را به کودکان و خانواده و زنان وارد کرده است. کافی است که تحقیق مختصری درباره تجاوزات و خشونت‌هایی که به زنان و کودکان می‌شود، داشته باشیم. نتیجه آنکه استدلال به عقل تجربی، نشان از موفقیت احکام اسلامی در خصوص تکلیف دختران و شکست مبانی فکری غربی در این خصوص دارد.

نتیجه‌گیری

یکی از افتخارات فقه شیعه آن است که عقل قطعی و فطری، حاکم بر تمام احکام و فروع آن است. اگر فقیه در یک فرع فقهی، بر اساس ادله ظنی به نتیجه‌ای برسد که در تضاد با رأی عقلاء بما هم عقلاء باشد، به گونه‌ای که عقلای عالم آن را تقبیح کنند، آن رأی قطعاً نمی‌تواند منسوب به شارع باشد و در مقدمات آن استدلال باید تجدیدنظر صورت گیرد. در مسئله ما، بر فرض که در مواردی مکلف کردن در سن خاص، دارای تبعاتی باشد که احدی از عقلا بدان قائل نیست، این رأی و نظر را نمی‌توان به شارع نسبت داد. از حیث اجرایی هم حاکم و فقیه عادل جامع‌الشرایط باید از اجرای آن جلوگیری کند.

نتیجه‌گیری نظام‌محور در برداشت از ادله شرعی، مبتنی بر اصول زیر است:

- ۱- در نظر گرفتن واقعیت‌های اجرایی توسط حاکم عادل و مجتهد جامع‌الشرایط.
- ۲- رویکرد چندمرحله‌ای در فهم نصوص لفظی؛ به گونه‌ای که ابتدا ظهور عرفی روایت را در نظر بگیریم و سپس این برداشت را بر اساس شرایط و اوضاع و احوال

صدور روایت بسنجیم و در مرحله بعد، آن را با مقاصد کلان شریعت تحلیل کنیم.
 ۳- توجه حداکثری به تحولات جامعه‌شناختی و روان‌شناختی با در نظر گرفتن دقیق حدود شرعی.

۴- توجه به تمام ادله مرتبط با موضوع بحث، اعم از ادله عقلی و عقلایی، قرآنی، روایی، تاریخی و حتی یافته‌های جدید علمی در حوزه‌های جامعه‌شناسی و اقتصاد و... به هدف تحصیل حداکثری علم و اطمینان برای فقیه و مجتهد.
 با در نظر گرفتن رویکرد عقلایی و کیفی محور به ادله مرتبط با سن بلوغ و تقویت آن و لحاظ اختیارات اجرایی حاکم شرع به عنوان جزء لاینفک فقه شیعه، می‌توان به این نتیجه رسید که تمام احکام اسلام درباره سن بلوغ کاملاً مورد تأیید عقلا می‌باشد و هیچ تنافی با مطالعات علوم جامعه‌شناختی و... ندارد. اشکالات وارد شده نیز به دلیل عدم نگاه نظام‌محور به اسلام و تحلیل غلط از ادله شرعی می‌باشد.

کتاب شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، حاشیه مکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲. آل راضی، محمد هادی، «سن البلوغ فی المرأة»، فصلیه فقه اهل البيت (بالعربیة)، سال اول، شماره ۳، ۱۴۱۷ ق.
۳. ابن ابی جمهور احسائی، محمد بن زین الدین علی بن ابراهیم، عوالی اللثالی العزیزیه فی الاحادیث الدینیة، قم، دار سیدالشهداء (عجل الله فرجه)، ۱۴۰۵ ق.
۴. ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد کاتب بغدادی، مجموعه فتاوی ابن جنید، تصحیح علی پناه اشتهاردی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۵. ابن حجر عسقلانی، احمد بن علی، الاصابة فی تمییز الصحابه، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.
۶. ابن عابدین، محمد امین، رد المحتار علی الدر المختار شرح تنویر الابصار، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.
۷. ابن فارس، ابوالحسین احمد، معجم مقاییس اللغة، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۸. ابن کثیر دمشقی، ابوالفداء اسماعیل بن عمر، البدایة و النهایة، بیروت، دار الفکر، ۱۴۰۷ ق.
۹. ابن هشام، ابومحمد عبدالملک بن هشام بن ایوب حمیری معافری، السیره النبویه لابن هشام، بیروت، دار المعرفة، بی تا.
۱۰. ابوجیب، سعدی، القاموس الفقهی لغة و اصطلاحاً، چاپ دوم، دمشق، دار الفکر، ۱۴۰۸ ق.
۱۱. اراکی، محمدعلی، اصول الفقه، قم، بی نا، ۱۳۷۵ ش.
۱۲. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۱۳. ازهری، ابومنصور محمد بن احمد، تهذیب اللغة، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۱ ق.
۱۴. انصاری، مرتضی بن محمد امین، فرائد الاصول، چاپ نهم، قم، مؤسسه آل البيت (عجل الله فرجه)، ۱۴۲۸ ق.
۱۵. بحرانی آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۶. برماوی، ابراهیم بن محمد بن شهاب الدین، حاشیه البرماوی علی شرح الرحیة للماردینی، عمان، دار النور المبین للنشر و التوزیع، ۲۰۱۸ م.
۱۷. بیهقی، ابوبکر احمد بن حسین بن علی، السنن الكبرى للبيهقي و فی ذیلہ الجوهر النقی، بیروت، دار المعرفة، ۱۴۱۲ ق.
۱۸. تستری، محمدتقی، قاموس الرجال، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۸ ش.
۱۹. جمعی از محققان، الموسوعة الفقهية الكويتية، کویت، وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیه، ۱۴۰۴-۱۴۲۷ ق.
۲۰. جناتی، محمد ابراهیم، «بلوغ از دیدگاه فقه اجتهادی»، دوماهنامه کیهان اندیشه، شماره ۶۱، مرداد و شهریور ۱۳۷۴ ش.
۲۱. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیه، بیروت، دار العلم للمالین، ۱۳۷۶ ق.
۲۲. حاج عاملی، محمد حسین، ارشاد العقول الی مباحث الاصول، تقریر مباحث جعفر سبحانی، قم، مؤسسه امام صادق (عجل الله فرجه)، ۱۴۲۶ ق.

۲۳. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۲۴. حسینی تفرشی، سیدمصطفی بن حسین، *نقد الرجال*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۲۵. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، دارالکتاب، ۱۴۱۲ ق.
۲۶. حسینی شاهرودی، سیدمحمود بن علی، *کتاب الحج*، قم، انصاریان، ۱۴۰۲ ق.
۲۷. حسینی شیرازی، سیدصادق، *بیان الاصول*، چاپ دوم، قم، رهپویان، ۱۴۲۷ ق.
۲۸. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۹. حسینی عمیدی، سیدعمیدالدین عبدالمطلب بن محمد اعرج، *کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۳۰. حسینی یزدی فیروزآبادی، سیدمرتضی، *عناية الاصول فی شرح کفایة الاصول*، چاپ چهارم، قم، فیروزآبادی، ۱۴۰۰ ق.
۳۱. حکیم، سیدمحمدتقی بن محمدسعید، *القواعد العامة فی الفقه المقارن*، تهران، المجمع العالمی للتقريب بین المذاهب الاسلامیه، ۱۴۲۹ ق.
۳۲. خلیلی، شیوا، و آمنه بختیاری، «نگرش روان شناختی به بلوغ دختران»، مطالعات راهبردی زنان، سال یازدهم، شماره ۴۱، پاییز ۱۳۸۷ ش.
۳۳. دربندی، آقا بن عابد، *خزائن الاحکام*، قم، مؤلف، بی تا.
۳۴. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *ترجمه و تحقیق مفردات الفاظ قرآن با تفسیر لغوی و ادبی قرآن*، ترجمه غلامرضا خسروی حسینی، چاپ دوم، تهران، مرتضوی، ۱۳۷۴ ش.
۳۵. ساریخانی، عادل، و سعید عطازاده، «معیار سن کیفری دختران در فقه و حقوق موضوعه»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، سال چهارم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۲ ش.
۳۶. سبحانی تبریزی، جعفر، *البلوغ: حقیقت، علاماته و احکامه*، قم، مؤسسه الامام الصادق علیه السلام، ۱۴۱۴ ق.
۳۷. سیفی مازندرانی، علی اکبر، *دلیل تحریر الوسیلة - احکام الاسره*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۹ ق.
۳۸. سیوری حلی (فاضل مقداد)، جمال الدین مقداد بن عبدالله، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۳۹. شبیری زنجانی، سیدموسی، *کتاب نکاح*، قم، رای پرداز، ۱۴۱۹ ق.
۴۰. شهابی، محمود، *ادوار فقه*، چاپ پنجم، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۴۱. صالحی مازندرانی، اسماعیل، *مفتاح الاصول*، قم، صالحان، ۱۴۲۴ ق.
۴۲. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *المقنع*، قم، مؤسسه امام هادی علیه السلام، ۱۴۱۵ ق.
۴۳. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، چاپ قدیم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، بی تا.
۴۴. همو، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۴۵. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *منهاج الصالحین*، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
۴۶. طباطبایی قمی، سیدتقی، *آراؤنا فی اصول الفقه*، قم، محلاتی، ۱۳۷۱ ش.

۴۷. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم بن عبد العظیم، *العروة الوثقی*، چاپ دوم، بیروت، اعلمی، ۱۴۰۹ ق.
۴۸. همو، *العروة الوثقی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۴۹. طحاوی حنفی، ابو جعفر احمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمه ازدی حجری مصری، *شرح معانی الآثار*، بیروت، عالم الکتب، ۱۴۱۴ ق.
۵۰. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق.
۵۱. همو، *الامالی*، قم، دار الثقافة، ۱۴۱۴ ق.
۵۲. همو، *الخلاص*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق. (الف)
۵۳. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۵۴. همو، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق. (ب)
۵۵. عاملی جعبی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، حاشیه سید محمد کلانتر، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۵۶. همو، *روض الجنان فی شرح ارشاد الازهان*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، بی تا.
۵۷. همو، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۵۸. عاملی، یاسین عیسی، *الاصطلاحات الفقهیة فی الرسائل العملیه*، بیروت، دار البلاغة للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۳ ق.
۵۹. عراقی، ضیاء الدین، *الاجتهاد و التقليد*، قم، نوید اسلام، ۱۳۸۸ ش.
۶۰. علامه حلّی، ابو منصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکرة الفقهاء*، چاپ قدیم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۳۸۸ ق.
۶۱. غروی نانینی، محمد حسین، *اجود التقریرات*، تقریر سید ابوالقاسم موسوی خویی، قم، مطبعة العرفان، ۱۳۵۲ ش.
۶۲. فاضل کاظمی، جواد بن سعد اسدی، *مسالك الافهام الی آیات الاحکام*، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، بی تا.
۶۳. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *القواعد الفقهیة*، قم، چاپخانه مهر، ۱۴۱۶ ق.
۶۴. همو، *تفصیل الشریعة - المضاربه، الشركة، المزارعة، المساقاة، الدین و...*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۵ ق.
۶۵. همو، *ثلاث رسائل*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۵ ق.
۶۶. قهبایی، زکی الدین عنایة الله علی، *مجمع الرجال*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۴ ش.
۶۷. کلانتری، کیومرث، صالح غفاری چراتی، و امین رادمان، «بررسی فقهی - حقوقی سن مسئولیت کفیری اطفال با تأملی در اسناد بین المللی»، *پژوهش نامه میان رشته ای فقهی*، سال هفتم، شماره ۲ (پیاپی ۱۴)، بهار و تابستان ۱۳۹۸ ش.
۶۸. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۶۹. مازندرانی حائری، ابوعلی محمد بن اسماعیل، *منتهی المقال فی احوال الرجال*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۶ ق.
۷۰. مامقانی، ملا عبدالله بن محمد حسن، *نهایة المقال فی تکملة غاية الامال*، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۵۰ ق.

۷۱. مجاهد طباطبائی حائری، سید محمد بن علی، کتاب المناهل، قم، مؤسسة آل البيت (علیهم السلام)، بی تا.
۷۲. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۷۳. مرعشی شوشتری، سید محمد حسن، (انظرات فقهی و حقوقی در خصوص قضایات زن از دیدگاه اسلام - بلوغ و رشد)، ماهنامه دادرسی، سال چهارم، شماره ۲۱، مرداد و شهریور ۱۳۷۹ ش.
۷۴. مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی (پژوهشکده فقه و حقوق)، مأخذشناسی قواعد فقهی، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۱ ق.
۷۵. مروجی قزوینی، علی، تمهید الوسائل فی شرح الرسائل (للشیخ مرتضی الانصاری)، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیهم السلام)، ۱۴۲۸ ق.
۷۶. مشکینی، میرزا علی، مصطلحات الفقه، بی جا، بی نا، بی تا.
۷۷. مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، چاپ سوم، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۳۰ ق.
۷۸. مظاهری، حسین، الثقات الاخبار من رواة الاخبار، قم، مؤسسة الزهراء (علیها السلام) الثقافیة الدراسیه، ۱۳۸۵ ش.
۷۹. مغنیه، محمد جواد، الفقه علی المذاهب الخمسه، چاپ دهم، بیروت، دار التیار جدید - دار الجواد، ۱۴۲۱ ق.
۸۰. مقرئ فومی، احمد بن محمد بن علی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، چاپ دوم، قم، دار الهجرة، ۱۴۱۴ ق.
۸۱. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، چاپ سوم، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین (علیهم السلام)، ۱۴۱۱ ق.
۸۲. همو، انوار الاصول، چاپ دوم، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیهم السلام)، ۱۴۲۸ ق.
۸۳. همو، کتاب النکاح، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیهم السلام)، ۱۴۲۴ ق.
۸۴. ملکی میانجی، محمد باقر، بدائع الکلام فی تفسیر آیات الاحکام، بیروت، مؤسسة الوفاء، ۱۴۰۰ ق.
۸۵. موسوی بجنوردی، سید محمد، «بلوغ»، پژوهشنامه متین، شماره ۲، بهار ۱۳۷۸ ش.
۸۶. موسوی خمینی، سید روح الله، الاستصحاب، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۱ ش.
۸۷. همو، تحریر الوسیله، قم، دار العلم، بی تا.
۸۸. موسوی خمینی، سید مصطفی، کتاب البیع (للسید مصطفی خمینی)، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق.
۸۹. همو، مستند تحریر الوسیله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا.
۹۰. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، موسوعة الامام الخوئی، قم، مؤسسة احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ ق.
۹۱. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، چاپ چهارم، قم، المنار - دفتر معظم له، ۱۴۱۳ ق.
۹۲. موسوی غروی، سید محمد جواد، مبانی حقوق در اسلام، به ضمیمه رساله بلوغ، اصفهان، جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۳ ش.
۹۳. مهریزی، مهدی، «بلوغ دختران»، فصلنامه فقه، پیش شماره ۱، بهمن ۱۳۷۲ ش.
۹۴. مؤمن قمی سبزواری، علی، جامع الخلاف و الوفاق بین الامامیه و بین ائمة الحجاز و العراق، قم، زمینه سازان ظهور امام عصر (علیهم السلام)، ۱۴۲۱ ق.
۹۵. نجاشی، ابوالحسن احمد بن علی بن احمد بن عباس، رجال النجاشی (فهرست اسماء مصنفی الشیعه)، چاپ ششم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۵ ش.

٩٦. نجفى، محمدحسن بن باقر، *جواهرالكلام فى شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بيروت، دار احياء التراث العربى، ١٤٠٤ ق.
٩٧. نجفى كاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، *انوار الفقاهة - كتاب الصيام*، نجف اشرف، مؤسسة كاشف الغطاء، ١٤٢٢ ق.
٩٨. نجفى كاشف الغطاء، محمدحسين بن على بن محمدرضا، *تحرير المجله*، نجف اشرف، المكتبة المرتضويه، ١٣٥٩ ق.
٩٩. نوري طبرسى، حسين بن محمدتقى، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بيروت، مؤسسة آل البيت عليه السلام لاحياء التراث، ١٤٠٨ ق.
١٠٠. وحيد بهبهانى، محمدباقر بن محمد اكمل، *مصاييح الظلام فى شرح مفاتيح الشرائع*، قم، مؤسسة العلامة المجدد الوحيد البهبهاني، ١٤٢٤ ق.

ضمانت اجرای

تخلف عامل از کشت زرع معین در مزارعه

(نقدی بر ماده ۵۳۷ قانون مدنی)*

□ غلامرضا یزدانی^۱

چکیده

بی تردید تعیین نوع کشت و زراعت، از شروط صحت عقد مزارعه نبوده و در فرض اطلاق لفظی و مقامی، عامل می‌تواند هر محصولی را که اراده کند، در زمین بکارد. ولی اگر نوع زراعت مشخص شده باشد، عامل حق ندارد غیر آن را کشت نماید. حال اگر عامل تخلف کرده و زرع دیگری را کشت نماید، این سؤال مطرح می‌شود که این تخلف، چه تأثیری بر عقد مزارعه خواهد گذاشت؟ فقها در پاسخ به این سؤال، اختلاف نظر شدید داشته و شمار دیدگاه‌هایشان از ده نظریه تجاوز می‌کند. در نوشتار حاضر که از روش تحلیلی - توصیفی کمک گرفته است، این نتیجه به دست آمده است که در صورت تخلف عامل، چنانچه الزام وی به کشت مورد توافق ممکن نباشد، مالک زمین حق فسخ داشته و از این رو، حکم ماده ۵۳۷ قانون مدنی که همانا بطلان مزارعه است، صحیح نبوده و باید اصلاح شود. **واژگان کلیدی:** مزارعه، عامل، شرط زرع معین، شرط.

مقدمه

عقد مزارعه از عقود لازم بوده (مواد ۲۱۹ و ۵۲۵ ق.م.) و برای صحت آن، حداقل وجود سه شرط لازم است؛ تعیین مدت مزارعه (ماده ۵۱۸ ق.م.)، مشاع بودن سهم هر یک از مزارع و عامل (ماده ۵۱۹ ق.م.)، و قابلیت داشتن زمین برای زراعت منظور (ماده ۵۲۳ ق.م.). ولی تعیین نوع زراعت و محصولی که باید در زمین کشت شود، از شرایط صحت عقد مزارعه به شمار نمی‌رود؛ بدین معنا که مزارعه می‌تواند برای مطلق زراعت منعقد شود (موسوی خمینی، بی‌تا: ۶۳۶/۱). از این رو، ماده ۵۲۴ قانون مدنی می‌دارد:

«نوع زرع باید در عقد مزارعه معین باشد، مگر اینکه بر حسب عرف بلد معلوم، و یا عقد برای مطلق زراعت بوده باشد. در صورت اخیر، عامل در اختیار نوع زراعت مختار خواهد بود».

ذیل ماده نشان می‌دهد که تعیین نوع زرع، شرط صحت نبوده و اگر طرفین این مسئله را مطلق بگذارند، خللی به صحت عقد مزارعه وارد نمی‌آید و در این صورت، عامل مختار است هر زرعی را که مناسب دانست، در زمین بکارد.

با وجود این، اگر مالک زمین، نوع زراعتی را که باید در زمین کشت شود، مقرر کرده باشد، بی‌تردید اختیار عامل در انتخاب نوع زراعت از بین می‌رود و وی مکلف است همان زراعتی را که در قرارداد مقرر شده است، در زمین بکارد (مفید، ۱۴۱۳: ۶۳۶؛ سلار دیلمی، ۱۴۰۴: ۱۹۴؛ طوسی، ۱۴۰۰: ۴۳۹؛ ابن بزاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۴۴۲/۲؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۹۱؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۳۴۷؛ ابن سعید حلبی، ۱۴۰۵: ۲۹۸؛ محقق حلبی، ۱۴۰۸: ۱۲۰/۲؛ علامه حلبی، ۱۳۸۸: ۳۴۰؛ همو، ۱۴۱۱: ۱۰۶؛ همو، ۱۴۱۰: ۴۲۷/۱؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۵۱؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۲۸/۷؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۳۹/۱؛ همو، ۱۴۱۳: ۲۲/۵؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۰۹/۱۰؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۹۷/۳؛ محقق سبزواری، بی‌تا: ۶۳۷/۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۱۳/۲۱؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۱۲/۹). مستند این حکم علاوه بر اجماعی که ابن زهره در غنیه (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۸۱) و عدم خلافی که سیدعلی طباطبایی (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۱۲/۹) ادعا کرده است، ادله لزوم وفای به عقد و «المؤمنون عند شروطهم» می‌باشد (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۹۱؛ ابن ادريس حلبی، ۱۴۱۰: ۴۴۲/۲). حال چنانچه عامل، علی‌رغم اینکه مالک،

نوع زرع و محصول را تعیین کرده است، تخلف نماید و محصول دیگری در زمین بکارد، وضعیت معامله چه خواهد شد؟ به دیگر سخن، اگر عامل از آنچه در ضمن قرارداد مقرر شده است، تخلف نماید، تخلف وی چه تأثیری بر عقد مزارعه خواهد گذاشت؟ اجمالاً قانون مدنی در پاسخ به سؤال فوق در ماده ۵۳۷ مقرر می‌دارد:

«هر گاه در عقد مزارعه، زرع معینی قید شده باشد و عامل غیر آن را زرع نماید، مزارعه باطل و بر طبق ماده ۵۳۳ رفتار می‌شود».

شارحان قانون مدنی در تفسیر این ماده نیز اختلاف نظر دارند؛ برخی از حقوق دانان، حکم بطلان را که در ماده ۵۳۷ قانون مدنی آمده است، مورد تأیید قرار داده‌اند (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۳۸۴؛ امامی، بی‌تا: ۷۸/۲). برخی دیگر ضمن تأیید محتوای ماده ۵۳۷ قانون مدنی می‌نویسند:

«حق آن است که اگر نظر مالک به طور تقیید و تعیین بوده است، به طریق تعدد مطلوب و شرطیت چنانچه بذر متعلق به عامل باشد، تمام محصول مال اوست و مالک مستحق اجرة المثل زمین است و اگر بذر متعلق به مالک شد، عامل هیچ گونه حقی نخواهد داشت و عمل عامل در حکم غصب بوده و استحقاق اجرت ندارد» (حائری شاهباغ، ۱۳۷۶: ۴۸۷).

برخی دیگر از شارحان قانون مدنی، در فرض تخلف عامل، حکم به انفساخ عقد داده‌اند (باریکلو، ۱۳۸۸: ۳۵). یکی از اساتید حقوق با تفکیک بین شرطیت و قیدیت زرع معین می‌نویسد:

«در مورد تغییر نوع زرع که نوعی تعدی است و بایستی برای مزارع حق فسخ به وجود آورد. نویسندگان قانون مدنی تعدی را سبب بطلان مزارعه دانسته‌اند. این حکم در صورتی معقول به نظر می‌رسد که تعیین زرع قید تراضی باشد؛ وگرنه در مواردی که جنبه فرعی دارد، همچون تخلف از شرایط دیگر عقد، می‌بایست به مزارع حق فسخ بدهد» (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۲۸).

در این نوشتار تلاش می‌شود ضمن بیان دیدگاه قانون مدنی و دیدگاه فقها، به تحلیل مسئله و واکاوی نظریات مطرح شده پرداخته شود تا از این رهگذر نظریه صحیح آشکار گردد.

در خصوص پیشینه پژوهش حاضر باید گفت که این مسئله به صورت یک فرع فقهی - حقوقی در تألیفات فقهی و حقوقی، مورد اشاره فقها و حقوق‌دانان قرار گرفته است؛ ولی تألیف مستقلی در این خصوص تا کنون انجام نشده است. لذا مقاله حاضر فاقد پیشینه پژوهشی است. این در حالی است که حکم ماده ۳۵۷ قانون مدنی، نه تنها با قواعد سازگار نیست، بلکه با نظریه مشهور فقهای معاصر نیز هماهنگ نبوده و لذا نیازمند نقد و اصلاح می‌باشد.

۱- بررسی سیر تاریخی دیدگاه‌ها

سؤال مطرح شده در این نوشتار، از سؤالات نسبتاً چالشی و پیچیده قلمداد می‌شود. فقهای امامیه در پاسخ به این سؤال، بیش از ده پاسخ و دیدگاه متفاوت ارائه کرده‌اند.

بسیاری از فقهای متقدم، بی‌آنکه به سؤال فوق جواب روشنی داده باشند، صرفاً اعلام نموده‌اند که عامل حق ندارد تخلف کند و زراعتی دیگری در زمین کشت نماید (مفید، ۱۴۱۳: ۶۳۶؛ سلار دیلمی، ۱۴۰۴: ۱۹۴). با وجود این، همان طور که برخی از محققان ادعا کرده‌اند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۷۶/۹)، به نظر می‌رسد از دید ایشان، تخلف عامل از توافق مزبور منجر به بطلان عقد مزارعه می‌گردد. برخی از متقدمان به صراحت دیدگاه بطلان را ابراز نموده است (ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۳۴۸).

به هر حال، اولین پاسخی که در کتب قدما به این سؤال داده شده است و برخی از متأخران و معاصران نیز آن را پذیرفته‌اند، بطلان عقد مزارعه است. این نظریه تا زمان محقق حلّی، مورد قبول فقهای امامیه قرار گرفته بود.

محقق حلّی در شرایع برای نخستین بار، پاسخ متفاوتی را ابراز داشته و بین فرض اضرار به مالک و عدم آن تفصیل داده است (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۱۲۰/۲). این نظریه، مورد تأیید شاگردان وی و نیز برخی دیگر از فقها قرار گرفت (علامه حلّی، ۱۴۱۰: ۴۲۷/۱؛ همو، ۱۴۲۰: ۱۴۰/۳؛ همو، ۱۴۱۴: ۳۴۰؛ همو، ۱۴۱۳: ۱۴۱۳/۲؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۵۱؛ همو، ۱۴۱۴: ۳۳۰/۲؛ محقق سبزواری، بی‌تا: ۶۳۷/۱).

با وجود این، پس از گذشت مدتی، مجدداً عده‌ای از فقیهان به نظریه بطلان عقد

گرایش پیدا کردند و دیدگاه تفصیلی ارائه شده توسط محقق اول را به چالش کشیدند (عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۳۳۱/۲؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۲۸/۷؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۷۶/۹؛ همو، ۱۴۰۹: ۱۸۲/۲)؛ همچنان که برخی از معاصران نیز همین نظریه را صحیح و کامل قلمداد می کنند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۸۷/۱۳).

دیدگاه سومی که در بین فقهای امامیه مطرح شد، دیدگاه انفساخ عقد بود که توسط محقق اردبیلی عنوان شد (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۰۹/۱۰). صاحب حدائق دیگر فقیهی است که این نظریه را پذیرفته است (بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۱۴/۲۱). با وجود این، دیدگاه مزبور مورد قبول دیگر فقیهان قرار نگرفته و از جانب ایشان با انتقاداتی مواجه گردیده است (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷: ۵۲۲) و برخی معتقدند که تخلف عامل، هیچ تأثیری بر عقد مزارعه نگذاشته و مالک زمین صرفاً می تواند مثل مسمی را اخذ کند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۹۴/۲۰).

دیدگاه دیگری که نخستین بار توسط حسن کاشف الغطاء عنوان شد، تفصیل بین لحاظ زرع معین به صورت شرط و یا به صورت قید در قرارداد مزارعه بود (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۴). این دیدگاه مورد قبول برخی فقیهان همچون سید یزدی و بسیاری از محشیان عروه قرار گرفته است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۱۷/۲).

البته ایشان ضمن پذیرش این تفصیل، اندک تفاوتی در جزئیات و فروعات مسئله داده اند. در این میان، برخی دیگر از محققان بر این باورند که با تخلف عامل، برای مالک صرفاً حق فسخ ایجاد می شود (موسوی اصفهانی، ۱۴۲۲: ۴۵۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸: ۶۴۲/۲. "حاشیه مکارم شیرازی؛ موسوی سبزواری، بی تا: ۳۱۹) و برخی از محققان صرفاً از ضامن بودن عامل سخن به میان آورده اند، بی آنکه در خصوص سرنوشت قرارداد مزارعه اظهار نظر نمایند (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۲۹۴/۲).

۲. نقد و تحلیل دیدگاه های فقهی

همان طور که در مبحث نخست اشاره شد، فقهای امامیه در پاسخ به سؤال فوق، اختلاف نظر شدیدی دارند. در این مبحث ضمن دسته بندی نظریات پیش گفته، به نقل و نقد ادله هر یک از دیدگاه های فوق پرداخته می شود.

۱-۲. دیدگاه بطلان عقد مزارعه

برخی محققان بر این اعتقادند که با تخلف عامل و کشت زراعتی مغایر با آنچه در قرارداد مورد توافق قرار گرفته است، عقد مزارعه باطل خواهد شد. این نظریه، هم بین متقدمان طرفداران متعددی دارد و هم مورد پذیرش برخی از متأخران و معاصران قرار گرفته است (انصاری، ۱۴۲۱: ۱۱۱؛ حسینی مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۹۵/۲).

برای تثبیت دیدگاه بطلان مزارعه، ادله متعددی عنوان شده است که مهم‌ترین آن‌ها به شرح زیر است:

۱-۱-۲. «ما وقع لم یقصد و ما قصد لم یقع»

یکی از دلایل بر بطلان مزارعه در فرض مورد بحث، این است که آنچه طرفین اراده کرده بودند و موضوع عقد مزارعه بود، در زمین کشت نشده است و آنچه در زمین کشت شده است، مورد توافق و تراضی طرفین نبوده است؛ از این رو، عقد باطل خواهد بود (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۷۶/۹).

به دیگر سخن، آنچه در زمین کشت شده است، مورد و موضوع توافق طرفین نبوده است و آنچه که طرفین بر آن توافق کرده‌اند، اساساً در زمین کشت نشده است؛ برای مثال، اگر طرفین توافق کرده باشند که عامل در زمین گندم بکارد و عامل تخلف کند و جو بکارد، در این صورت، عقد نسبت به گندم‌ها صحیح نیست؛ زیرا اساساً گندمی کشت نشده است و همچنین عقد نسبت به جوها واقع نمی‌شود؛ زیرا جو مورد توافق طرفین نبوده است. بنابراین عقد مزارعه در فرض حاضر باطل خواهد بود.

در نقد این دلیل می‌توان گفت که هر گاه کشت زرع معین، شرط ضمن عقد باشد، در این صورت، تخلف عامل باعث نمی‌شود که آنچه موضوع قرارداد بوده است، واقع نشده باشد؛ چرا که هر گاه قیدی به عنوان شرط در ضمن قرارداد درج شود، مورد شرط، وصف یا تعهدی فرعی است، در مقابل تعهد اصلی. از این رو، اگر فرض شود که کشت زرع معین، شرط در ضمن قرارداد بوده است، بدین معناست که اراده طرفین به زراعت تعلق گرفته و به عنوان وصف ثانوی و فرعی، زرع معینی را شرط کرده‌اند. از طرفی، تخلف شرط و تعهد فرعی، صرفاً التزام مشروطه را متزلزل می‌کند، بی‌آنکه به

بیکره عقد خللی وارد سازد.

۲-۱-۲. بطلان مشروط با تخلف شرط

برخی با این استدلال که هر گاه شرط باطل باشد، مشروط نیز باطل خواهد شد، در فرض حاضر معتقدند که با تخلف عامل، شرط ضمن عقد که همانا کاشتن زراعت معین بوده باشد، حاصل نشده و لذا مشروط نیز باطل خواهد شد (ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۳۴۸).

در نقد این دلیل می‌توان گفت اینکه همیشه بطلان شرط به عقد سرایت کند، سخن صحیحی نیست، بلکه صرفاً در دو مورد با بطلان شرط، عقد نیز باطل می‌شود: یکی موردی که شرط، خلاف مقتضای ذات عقد باشد و دیگری در جایی است که شرط مجهول باشد و جهل آن، باعث سرایت به عوضین شود (ماده ۲۳۳ ق.م.ا)؛ ولی در سایر مواردی که شرط باطل است، بطلان شرط به عقد سرایت نمی‌کند؛ مثل موردی که شرط نامشروع یا غیر مقدور و یا غیر عقلایی باشد (ماده ۲۳۲ ق.م.ا).

وانگهی، در مورد بحث، شرط باطل نیست؛ بلکه مشروط‌علیه (عامل) تخلف کرده است و روشن است که تخلف مشروط‌علیه هیچ‌گاه باعث بطلان شرط نمی‌شود، والا نتیجه غیر منطقی خواهد داشت.

۳-۱-۲. انتفای مقید با انتفای قید

بی‌تردید هر گاه قید و مقیدی وجود داشته باشد، با انتفای قید، مقید هم از بین می‌رود. از طرفی، تعیین نوع زرع، قید برای مزارعه است؛ از این رو، با انتفای قید (نوع زرع)، مقید هم منتفی می‌شود. در نتیجه با تخلف عامل، چون قید منتفی شده است، عقد نیز منتفی و باطل خواهد شد. توضیح مطلب اینکه یکی از ویژگی‌های قیود هر قرارداد آن است که قید، از اجزا و ارکان قرارداد به شمار رفته و جعل آن با جعل اصل قرارداد تحقق پیدا کرده و جعل مستقل ندارد. از طرفی خصوصیات که جزء مقومات عقد مزارعه هستند (زارع، مزروع، مکان زرع و زمان زرع)، بدون تردید قیود موضوع مزارعه می‌باشند. حال اگر هر یک از این خصوصیات منتفی شود، عقد مزارعه منتفی خواهد شد (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۸۹/۱۳). به عنوان شاهد، اگر در عقد وکالت، شخصی

به دیگری وکالت برای خرید منزلی بدهد و وکیل باغی به جای منزل خریداری کند، بی‌تردید این وکالت باطل است و نمی‌توان گفت که در اینجا دو مطلوب (خریدن و منزل بودن) وجود داشته است و چون وکیل یک مطلوب (خریدن) را حاصل کرده است، لذا بیع او صحیح است.

در نقد این استدلال باید گفت فرق است بین موردی که قید وجود نداشته و بین موردی که قید وجود داشته، ولی توسط یکی از طرفین زیر پا گذاشته می‌شود. بی‌تردید برای صحت هر عقدی و از جمله مزارعه، قیود و خصوصیات که قوام عقد به آن است، باید موجود باشد و اگر هر یک از قیود منتفی باشد، عقد نیز منتفی خواهد بود؛ برای مثال، یکی از ارکان صحت هر عقدی قصد است. حال اگر عقد مزارعه‌ای منعقد شود و یکی از طرفین، قصد جدی نداشته باشد، در این صورت عقد مزارعه به خاطر فقدان قید، باطل خواهد بود. ولی در مورد بحث، فرض آن است که هنگام تشکیل عقد مزارعه، همه ارکان و قیود لازم برای صحت آن وجود داشته و لذا عقد صحیح بوده است. منتهی بعد از عقد، یکی از طرفین تخلف می‌کند و یکی از قیود را زیر پا می‌گذارد؛ در این صورت به چه دلیل، عقدی که صحیح واقع شده است، باطل گردد؟ به دیگر سخن، اشکالی که مستدل مرتکب شده است، فرق نگذاشتن بین انشاء و اجرای عقد است. «ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع» مربوط به مرحله انشاء است؛ یعنی اگر طرفین، یک ماهیتی را قصد و اراده کنند و ماهیتی دیگر انشاء شود، می‌توان گفت که «ما قصد لم يقع»؛ نظیر اینکه در نکاح، طرفین موقت را اراده کنند، ولی نکاح دائم واقع شود. ولی در بحث حاضر، فرض آن است که در مرحله انشاء، چنین تخلفی رخ نداده است؛ یعنی مزارعه با هر خصوصیتی که طرفین اراده کرده‌اند، واقع شده است، ولی در مقام اجرای عقد، مزارع تخلف می‌کند و خلاف آنچه اراده شده و واقع گردیده است، عمل می‌کند؛ مثلاً اگر کسی یک دستگاه موتور به دیگری بفروشد ولی در مقام تسلیم، دوچرخه تسلیم نماید، آیا می‌توان گفت که «ما قصد لم يقع» و لذا بیع باطل است؟ وانگهی باطل شدن عقدی که صحیح واقع شده است، در فقه معهود نیست.

قیاس مورد بحث به مثال وکالت نیز صحیح نیست؛ زیرا در مثال عقد وکالت،

بی تردید خرید باغ صحیح نیست، چون مورد توافق نبوده است. ولی آیا این تخلف باعث بطلان عقد وکالت می‌شود؟ حتماً جواب منفی است؛ یعنی اگر موکل، بیع باغ را تنفیذ نکند، می‌تواند وکیل را اجبار به خرید منزل نماید، نه اینکه با تخلف وکیل، عقد وکالت باطل گردد.

۲-۲. دیدگاه انفساخ عقد با تخلف عامل

برخی محققان بر این باورند که در اثر تخلف عامل و کاشتن زراعتی غیر از آنچه در قرارداد مورد توافق قرار گرفته است، عقد مزارعه منفسخ می‌شود و بعد از انفساخ عقد، مالک زمین می‌تواند اجرة المثل زمینش را از عامل دریافت نماید (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۰۹/۱۰؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۱۴/۲۱). طرفداران این نظریه، دلیلی بر انفساخ عنوان نکرده‌اند. به نظر، دلیل انفساخ عقد آن است که از طرفی در فقه امامیه و حقوق ایران، هر گاه عقدی به طور صحیح منعقد شود، بعداً باطل نخواهد شد. از این رو، نمی‌توان معتقد شد که عمل عامل، باعث بطلان عقدی می‌شود که صحیح منعقد شده است. از طرفی، عمل عامل باعث انتفای شرط یا قید شده و در نتیجه مقید و مشروط منتفی خواهد شد؛ یعنی با عمل وی، عقد خودبه‌خود منحل و منفسخ می‌گردد.

در نقد این استدلال می‌توان گفت انفساخ در مواردی رخ می‌دهد که در زمان متعاقبی، یکی از شرایط صحت یا ارکان عقد منتفی شود. در حالی که در بحث حاضر، با عمل عامل، هیچ یک از شروط یا قیود عقد منتفی نشده است؛ بلکه عامل تخلف کرده و به یکی از تعهدات خود عمل نکرده است. عمل نکردن عامل به تعهد، باعث نمی‌شود که آن تعهد منتفی شده و در نتیجه خود قرارداد نیز منفسخ گردد.

۳-۲. دیدگاه تفصیل بین لحاظ زرع معین به عنوان قیدیت و یا شرطیت

بسیاری از فقها به ویژه فقهای معاصر بر این باورند که در مورد بحث باید بین لحاظ زرع به عنوان قیدیت و یا شرطیت تفصیل قائل شد؛ بدین معنا که اگر تعیین زراعت مشخص و معین به صورت شرط در ضمن عقد مزارعه انجام گرفته است، تخلف از آن باعث ایجاد خیار برای مالک زمین می‌شود و اگر تعیین زراعت به صورت قید تراصی طرفین بوده است، تخلف از آن باعث بطلان عقد می‌گردد.

توضیح مطلب اینکه ماهیت عقد مزارعه عبارت است از توافق بر زراعت در زمین در مقابل حصه معین؛ منتهی گاهی طرفین محصول و زرع معینی را اراده می‌کنند که در زمین کشت شود؛ مثلاً مالک زمین، امسال نیاز به گندم دارد و لذا با عقد مزارعه از عامل می‌خواهد که در زمین گندم کشت کند. در این صورت، آنچه اولاً و بالذات مدّ نظر مالک زمین بوده، تحصیل گندم است و برای رسیدن به این هدف، از عقد مزارعه استفاده می‌کند. در این مورد که مالک از عامل درخواست کاشت گندم می‌کند، این زرع معین، قید تراضی است. ولی گاهی آنچه اولاً و بالذات مدّ نظر مالک است، این است که زمینش معطل نماند و لذا با دیگری اقدام به انعقاد عقد مزارعه می‌نماید تا زمین از معطلی خارج شود. منتهی به خاطر جهاتی، مالک کشت گندم را نسبت به سایر محصولات ارجح می‌داند و به عنوان مطلوب ثانوی از عامل می‌خواهد که در زمین گندم بکارد. در این مورد کاشت گندم، شرط عقد مزارعه است.

حال طرفداران این تفصیل معتقدند که باید بین دو فرض پیش‌گفته تفاوت گذاشت. آنجا که کاشت گندم، قید تراضی است و عامل بر خلاف آن اقدام می‌کند با آنجا که کاشت گندم، شرط قرارداد مزارعه است و عامل تخلف می‌کند، تفاوت دارد؛ یعنی در فرض قیدیت، با تخلف عامل، عقد باطل شده و در فرض شرطیت، برای مالک زمین خیار تخلف شرط پیدا شده و مالک می‌تواند عقد را امضا و اجرة المسمی مطالبه کند و یا عقد را فسخ و اجرة المثل دریافت نماید. در فرضی که عقد را فسخ می‌کند، محصولی که در زمین کشت شده است، از آن مالک بذر است (کاشف‌الغطاء، ۱۴: ۱۴۲۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۱۷/۲؛ همو، ۱۴۱۹: ۳۱۲/۵، "حواشی آقاضیاء، فیروزآبادی، اصفهانی، نائینی، بروجردی، خمینی، خوئی، شیرازی"؛ همو، بی‌تا: ۵۹۹/۲، "حاشیه فاضل لنکرانی"؛ موسوی اصفهانی، ۱۴۲۲: ۴۵۷، "حاشیه خمینی"؛ همو، ۱۳۹۳: ۱۵۹/۲، "حاشیه گلپایگانی"؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۶۳۷/۱؛ موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۳۲۹/۱؛ همو، ۱۴۱۰: ۱۰۶/۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۳: ۵۴/۲؛ همو، ۱۴۲۰: ۱۵۲؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۱۴۳/۲؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۴۲۳/۳؛ تبریزی، ۱۴۲۶: ۱۱۶/۲؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۵: ۱۷۱/۲؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸: ۱۲۴/۳؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۱۴۷/۲؛ فیاض، بی‌تا: ۲۶۰/۲؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶: ۷۲/۲). دلیل این تفصیل را باید در تفاوت قید و شرط جستجو کرد. تفاوت قید با شرط در این است که قید، چیزی

است که محور تراضی بوده، به گونه‌ای که با فقدان آن، قصد منتفی می‌شود. ولی شرط در مرحله‌ای متأخر از اصل عقد و قرارداد قرار داشته، به گونه‌ای که مطلوب ثانوی را شکل می‌دهد. حال در فرضی که قید منتفی شود، اصل قصد و اراده منتفی می‌شود؛ ولی با انتفای شرط، صرفاً خيار تخلف شرط برای مشروطه ایجاد می‌شود (ماده ۲۳۵ ق.م.ا.). در نقد این دیدگاه باید گفت هرچند تفاوتی که بین قید و شرط در این دیدگاه عنوان شده است، تفاوت صحیحی است (و دائماً چنین است که با انتفای قید، مقید از بین می‌رود، ولی با انتفای شرط، دائماً مشروط از بین نمی‌رود، بلکه در غالب موارد برای مشروطه، خيار تخلف شرط ایجاد می‌شود)، ولی به نظر می‌رسد این مسئله ارتباطی به محل بحث ندارد.

آنچه در محل بحث اتفاق افتاده، این است که با عقد مزارعه، تعهدی مبنی بر کشت محصولی معین بر عهده عامل قرار گرفته است و عامل از انجام این تعهد تخلف کرده است. چه این تعهد به صورت قید و چه به صورت شرط بوده باشد، اثر یکسانی خواهد داشت. به دیگر سخن، در مواردی که شخصی تعهدی -چه اصلی و چه تبعی- بر عهده داشته، چنانچه از انجام تعهد شانه خالی کند، این تخلف وی باعث بطلان اساس قرارداد نمی‌شود؛ مثلاً اگر شخصی دیگری را برای رنگ کردن منزلی اجاره کرده باشد و مستأجر از رنگ آمیزی استنکاف کند، آیا می‌توان قائل شد که با این تخلف، عقد باطل می‌شود و چنین استدلال کرد که رنگ آمیزی، قید اجاره بوده، با انتفای قید، عقد اجاره باطل می‌شود؟ به هر حال، اثر تخلف از تعهد اصلی و تعهد فرعی (شرط) یکسان بوده و در هر دو مورد، ابتدا متعهد ملزم به انجام تعهد شده و یا تعهد به خرج او توسط دیگری انجام می‌شود و در نهایت حق فسخ برای متعهدله ایجاد می‌شود.

۴-۲. تفصیل بین اضر یا انفع بودن اقدام عامل

مطابق این دیدگاه، کار عامل از دو حال خارج نیست:

اول: چیزی که عامل کشت کرده است، نسبت به موضوع قرارداد، ضرر بیشتری برای زمین زراعی دارد؛ برای مثال، در متن عقد شرط کرده‌اند که عامل در زمین

مالک، گندم بکارد؛ ولی عامل تخلف کرده و به جای آن هندوانه کاشته است و فرضاً هندوانه آثار منفی بیشتری بر خاک و زمین به جای می‌گذارد. در این صورت، مالک زمین مخیر است بین اینکه عقد را تنفیذ کند و به میزان مسمی از حاصل کشت شده بردارد و نسبت به ضرری که به زمینش وارد شده است، ارش مطالبه کند و بین اینکه عقد را فسخ کند و اجرة المثل استفاده از زمینش را از عامل بگیرد (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۱۲۰/۲؛ علامه حلّی، ۱۴۱۰: ۴۲۷/۱؛ همو، ۱۴۱۳: ۳۱۳/۲؛ همو، ۱۴۱۴: ۳۴۰؛ همو، ۱۴۲۰: ۱۴۰/۳؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۵۱؛ همو، ۱۴۱۴: ۳۳۰/۲؛ محقق سبزواری، بی‌تا: ۶۳۷/۱).

دوم: چیزی که عامل کشت کرده است، نسبت به موضوع قرارداد، ضرر کمتری برای زمین دارد. در این صورت، برخی محققان معتقدند که مالک مخیر است عقد را امضا کرده و به میزان مسمی از حاصل کشت شده بردارد و یا عقد را فسخ کرده و اجرة المثل مطالبه کند (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۱۲۰/۲؛ علامه حلّی، ۱۴۱۰: ۴۲۷/۱؛ همو، ۱۴۱۴: ۳۴۰؛ همو، ۱۴۲۰: ۱۴۰/۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۲۷؛ محقق سبزواری، بی‌تا: ۶۳۷/۱) و برخی از محققان بر این باورند که اساساً این اقدام عامل، تأثیری بر عقد نداشته و مالک فقط می‌تواند مسمی را دریافت کند (علامه حلّی، ۱۴۱۳: ۳۱۳/۲).

از آنجایی که این نظریه، حاوی دو فرض و دو ادعاست، هر یک از دو فرض، جداگانه مورد تحلیل و بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۴-۱. فرض اضر بودن اقدام عامل نسبت به زمین

در صورتی که اقدام عامل، ضرر بیشتری نسبت به موضوع قرارداد برای زمین به بار آورد، برای تخیر مالک بین فسخ و امضا چنین استدلال شده است: مالک می‌تواند منفعتی را که موضوع عقد بوده است و بنا بوده به او برسد، با گرفتن مقدار مسمی به دست آورد و بابت خسارتی که به زمین وارد شده است، ارش دریافت خواهد کرد. از طرفی اگر مالک، از مسمی و ارش صرف نظر کند، می‌تواند به دلیل تخلف عامل، اجرة المثل دریافت نماید (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۲۸/۷؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۱۴۱/۱؛ همو، ۱۴۲۲: ۴۶۰).

همچنین می‌توان مورد بحث را به باب اجاره قیاس نمود؛ چرا که اگر کسی زمینش را برای کشت محصول معینی به دیگری اجاره دهد و مستأجر تخلف نموده و محصولی

کشت کند که برای زمین مضرتر است، در این صورت، فقها بالاتفاق معتقدند که موجر می‌تواند اجرة المسمی و ارش دریافت کند؛ یعنی با دریافت اجرة المسمی و ارش، تمامی منافع قراردادی و خسارات ناشی از تخلف مستأجر تأمین می‌شود. باب مزارعه در مورد بحث نیز تفاوتی با اجاره نداشته و باید با دریافت مقدار مسمی و ارش، منافع قراردادی و خسارات مالک جبران شود (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۲۸/۷).

به نظر می‌رسد این دلیل با اشکالات متعددی مواجه باشد:

از طرفی، محصولی که کشت شده است، غیر از محصولی است که مورد توافق بوده است. حال چطور می‌توان عامل را مجبور کرد که از محصول کشت شده به مالک بپردازد؟ (همان؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۲/۵؛ همو، ۱۴۲۲: ۴۶۰؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۱۵/۲۱؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۰۹/۱۰). وانگهی موضوع عقد که مطلق منافع زمین نبوده است که مثلاً یک دوم منافع زمین از آن مالک باشد، بلکه موضوع عقد، منافع محصول خاص بوده که در فرض مسئله، این منافع به دست نیامده است (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۲۸/۷).

از طرفی دیگر، دریافت ارش در مقابل خساراتی است که به زمین وارد آمده است؛ از این رو اگر با دریافت میزان مسمی از محصول کشت شده، نقصانی در منفعت مالک پدید آید، راه جبرانی در این نظریه برای آن پیشنهاد نشده است. لذا با دریافت مسمی و ارش، تمامی خسارات مالک جبران نخواهد شد. بنابراین بهتر است در این فرض، عامل را مکلف به پرداخت اجرة المثل کرد، نه پرداخت میزان مسمی و ارش (همان).

وانگهی قیاس باب مزارعه به اجاره صحیح نیست؛ زیرا در باب اجاره، مقدار اجرة المسمی مشخص و معین است و لذا با دریافت مقدار اجرة المسمی، منافع متوقع قراردادی موجر تأمین می‌شود. ولی در باب مزارعه، اجرة المسمی از ابتدا مشخص نیست، بلکه به صورت مشاع از محصول مورد توافق تعیین می‌شود. حال اگر عامل محصولی کشت کند که منفعت کمتری نسبت به منفعت محصول مورد توافق داشته باشد، با دریافت مقدار مسمی از محصول کشت شده، منافع متوقع مالک تأمین نخواهد شد؛ مثلاً اگر قرار بوده که عامل زعفران کشت کند و یک دوم محصول از آن مالک باشد، چنانچه عامل به جای آن شلغم بکارد، بی‌تردید با پرداخت یک دوم محصول (شلغم‌ها)، منافع متوقع قراردادی مالک تأمین نخواهد شد (همان؛ عاملی جبعی،

۲-۴-۲. فرض انفع بودن اقدام عامل نسبت به زمین

در صورتی که اقدام عامل، برای زمین مالک انفع باشد و ضرر کمتری نسبت به محصول مورد توافق برای زمین داشته باشد، بسیاری از محققان معتقدند که تخلف مالک، تأثیری بر عقد نداشته و مالک باید اجرة المسمی دریافت نماید. برای اثبات این مطلب به دلایل متعددی استدلال شده است:

۱- اگر عامل، محصولی کشت کند که خسارات کمتری نسبت به محصول مورد توافق به زمین وارد می‌کند، در این صورت، مالک با دریافت میزان مسمی از محصول کشت‌شده، هم به منافع متوقع قراردادی رسیده و هم خساراتی به زمینش وارد نشده تا با دریافت ارزش بخواهد آن‌ها را جبران نماید.

اشکال این دلیل آن است که چنین نیست که دائماً با پرداخت میزان مسمی از محصول کشت‌شده، مالک به منافع متوقع قراردادی برسد؛ مثلاً اگر مطابق قرارداد، عامل باید زعفران بکارد و یک‌دوم محصول از آن مالک زمین باشد، ولی عامل تخلف کرده، به جای آن شلغم بکارد، در این صورت با دریافت یک‌دوم شلغم‌ها توسط مالک، حتماً مالک به منافع متوقع قراردادی نمی‌رسد.

۲- وقتی مالک راضی است که عامل در مزرعه وی محصولی کشت کند که ضرر آن برای زمین زیاد است، به طریق اولی، به کشت محصولی که ضرر کمتری برای زمین دارد، رضایت دارد و لذا مزارعه در این فرض صحیح است (عاملی جعی، ۱۴۱۳: ۲۱/۵).

اشکال این دلیل آن است که هدف و انگیزه اصلی مالک، انتفاع بردن از محصول مورد توافق است و نوعاً مصلحت زمین مدّ نظر مالک قرار نمی‌گیرد. لذا نمی‌توان گفت که رضایت وی در فرضی که محصول به زمین او خسارت کمتری وارد کند، همچنان موجود است (همان؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۰/۱۰۹؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۱/۳۱۴).

وانگهی، رضایت مالک به مزارعه، مقید به کاشتن محصول مشخصی بوده است، نه اینکه رضایت مطلق داده باشد.

۵-۲. دیدگاه ایجاد حق فسخ برای مالک

برخی محققان بر این باورند که با تخلف عامل، برای مالک حق فسخ ایجاد می‌شود؛ یعنی مالک مخیر است بین اینکه عقد را فسخ کرده و اجرة المثل دریافت نماید یا عقد را تنفیذ کرده و مطالبه اجرة المسمی کند (موسوی اصفهانی، ۱۴۲۲: ۴۵۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸: ۶۴۲/۲، "حاشیه مکارم شیرازی"؛ موسوی سبزواری، بی‌تا: ۳۱۹؛ وحید بهبهانی، ۱۴۱۷: ۵۲۲).

از بین نظریات پیش گفته، به نظر می‌رسد نظریه حق فسخ، نظریه صحیح باشد و چنانچه عامل تخلف نموده و زرع مدّ نظر را کشت ننماید، مطلقاً حق فسخ برای مالک زمین به وجود آید؛ چه کاشتن زرع معین به صورت شرط در قرارداد پیش‌بینی شده باشد و چه به صورت قید. برای تبیین این نظریه چند نکته باید مورد توجه قرار گیرد.

اول اینکه در مواردی که زراعت مشخص به عنوان شرط در قرارداد درج می‌شود، عامل (مشروط‌علیه) مکلف است که همان زراعت را کشت نماید و چنانچه تخلف نموده و زراعت دیگری را کشت کند، برای مزارع (مشروط‌له) خیار تخلف شرط پیدا می‌شود. در حقیقت در این فرض، آنچه مورد اراده اولیه و اصلی طرفین است، زراعت کردن است؛ منتهی به عنوان تعهد ثانوی و فرعی، زرع معینی شرط شده که تخلف از آن، اساس قرارداد را از بین نمی‌برد و صرفاً حق فسخ ایجاد می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۷/۲۵).

دوم اینکه در مواردی که زراعت مشخص به عنوان قید در قرارداد درج می‌شود، اراده اصلی طرفین به کاشتن زرع معین تعلق گرفته است، به گونه‌ای که اگر آن زرع کشت نشود، متعلق اراده طرفین محقق نشده است. با وجود این، در این فرض نیز انجام فعلی به عنوان تعهد اصلی و متعلق اصلی اراده طرفین بر متعهد‌علیه شرط شده است؛ ولی در صورت تخلف نمی‌توان حکم به بطلان داد، بلکه باید الزام وی به انجام تعهد را خواست. نظیر اینکه شخصی متعهد به انتقال مالکیت یک باب منزل به دیگری شود. در این مورد اگر متعهد‌علیه، از انجام تعهد (انتقال مالکیت) سر باز زند، آیا می‌توان حکم به بطلان قرارداد کرد یا اینکه باید الزام وی به انجام تعهد را مطالبه نمود.

سوم اینکه به نظر می‌رسد تفکیک بین شرط و قید در مرحله انشاء اثرگذار است، نه در مرحله اجرا؛ بدین معنا که هر گاه در مرحله انشاء، آنچه در قرارداد درج شده، شرط بوده و تخلف گردد، برای مشروط‌له، حق فسخ پدید می‌آید؛ ولی هر گاه چیزی

که در قرارداد درج شده، قید بوده و تخلف گردد، قرارداد از اساس تشکیل نشده و باطل خواهد بود. به دیگر سخن، در مواردی که شرط و قید به صورت وصف بوده و تخلف حاصل شود، نتیجه فوق به بار خواهد آمد. ولی در مواردی که انجام دادن فعلی در ضمن قرارداد بر یکی از طرفین تعهد شده، اعم از اینکه آن فعل به نحو شرط در قرارداد پیش‌بینی شده باشد (شرط فعل) یا به نحو قید، در فرض تخلف در هر دو مورد باید متعهد را الزام به انجام تعهد نمود. در مواردی که انجام تعهد به صورت شرط فعل باشد، در اینکه عقد باطل نشده و مشروط‌علیه الزام به انجام کار خواهد شد، اختلافی وجود ندارد. اما در مواردی که انجام تعهد به صورت قید در قرارداد باشد، در حقیقت به معنای آن است که تعهدی اصلی برای یکی از طرفین ایجاد شده و وی از انجام تعهد اصلی امتناع نموده است.

به دیگر سخن، تعهدات بر دو قسم‌اند؛ برخی اصطلاحاً تعهدات اصلی بوده و برخی تعهدات فرعی و ثانوی‌اند؛ مثلاً هر گاه در ضمن عقد بیع، شرط شود که خریدار خانه‌ای را رنگ‌آمیزی نماید، عقد بیع، تعهد اصلی و پایه را شکل می‌دهد و رنگ‌آمیزی که تعهد موضوع شرط ضمن عقد است، تعهد فرعی و ثانوی را. در مواردی که شخص، تعهد ثانوی و فرعی و به اصطلاح شرط را مورد نقض قرار می‌دهد، فقها بالاتفاق ضمانت اجرای آن را اجرای اجباری، اجرای نیابتی و حق فسخ می‌دانند. منتهی برخی این سه را در طول یکدیگر دانسته و برخی در عرض هم (جهانگیری و یزدانی، ۱۳۹۱: ۴۵). بر این اساس در مواردی که مشروط‌علیه، شرط قراردادی را نقض کند، نه قرارداد باطل شده و نه منفسخ می‌گردد، بلکه برای مشروط‌له در نهایت حق فسخ ایجاد می‌شود. این ترتیب در قانون مدنی ایران نیز در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ مورد تأکید قرار گرفته است. از این رو، اگر کاشت زرع مخصوص و معین در عقد مزارعه به صورت شرط ضمن عقد بر عهده عامل گذاشته شده باشد، با تخلف وی، چنانچه در مدت باقی‌مانده نتوان زرع مدّ نظر را کشت نمود، مالک حق فسخ پیدا خواهد کرد.

در مورد تعهدات اولیه و ضمانت اجرای تخلف از آن‌ها نیز هرچند به طور صریح در کتب فقهی و قانون مدنی، مطلبی بیان نشده است، ولی با ملاک‌گیری از آنچه فقها و قانون مدنی در خصوص ضمانت اجرای تخلف از تعهدات ثانوی (شروط) عنوان

کرده‌اند و نیز فروعات مختلف و پراکنده که در ضمن برخی از عقود مطرح شده و به تبع آن در قانون مدنی منعکس گردیده است (مثل مواد ۳۷۶، ۳۹۵، ۴۷۶، ۵۰۴، ۵۳۴، ۵۹۱، ۵۹۴ و...)، در مورد بحث، چنانچه کشت زرع معین به عنوان قید تراضی در قرارداد درج شده باشد، به گونه‌ای که قیدی از قیود تعهد اصلی را تشکیل دهد، در صورت تخلف عامل، مالک حق فسخ معامله را خواهد داشت.

خلاصه اینکه به نظر می‌رسد آنچه مورد غفلت بسیاری از فقها و محققان قرار گرفته است، عدم تفکیک بین شرط فعل و شرط صفت است. در مواردی که وصفی در قرارداد درج شده و وصف تخلف می‌پذیرد، بسته به اینکه وصف شرط باشد یا قید، حکم مسئله تفاوت می‌کند؛ یعنی تخلف شرط به مشروط‌له حق فسخ داده و تخلف قید، عقد را باطل می‌کند. ولی در مواردی که ضمن عقد، انجام فعلی بر یکی از طرفین شرط می‌شود، اینجا نمی‌توان بین اینکه فعل به نحو قید بوده و یا شرط، تفکیک کرد؛ بلکه در هر دو مورد، متعهد الزام به انجام تعهد خواهد شد و اگر انجام تعهد نه اصالتاً و نه نیابتاً امکان‌پذیر نباشد، نوبت به حق فسخ برای متعهدله خواهد رسید.

وانگهی، حکم به بطلان عقد، این فرصت را به عاملی که از عقد مزارعه پشیمان شده است، می‌دهد تا بتواند عقد را ابطال نماید؛ یعنی با اینکه شارع مقدس و قانون‌گذار ایرانی، عقد مزارعه را عقد لازم معرفی کرده‌اند تا عقد به طور غیر متزلزل انشاء شده و امکان فسخ آن فراهم نباشد، ولی عامل می‌تواند از اساس نه تنها عقد را فسخ بلکه عقد را باطل و کأن لم یکن نماید؛ نتیجه‌ای که بسیار غیر منطقی است.

نتیجه‌گیری

در فقه امامیه و حقوق ایران، در هیچ موردی ابطال قرارداد صحیح پیش‌بینی نشده است و اگر پاره‌ای موارد در قانون تجارت به چشم می‌خورد که بعد از انشای قرارداد به نحو صحیح، یکی از طرفین می‌توانند قرارداد را ابطال نمایند، موارد استثنایی بوده که با قواعد عمومی حاکم در حقوق ایران سازگار نیست و لذا نمی‌توان از این موارد پراکنده ملاک‌گیری کرد. از این رو در عقد مزارعه، چنانچه مالک زمین، کاشتن زراعت معین و مخصوصی را از عامل درخواست کند و عامل تخلف نموده به جای زراعت موضوع

قرارداد، محصول دیگری را کشت نماید، نمی‌توان به خاطر این تخلف عامل، عقد مزارعه را باطل شمرد. بطلان عقد در این مورد، علاوه بر اینکه با مبانی منطبق نیست، این فرصت را به عاملی که از عقد مزارعه پشیمان شده است، می‌دهد تا بتواند عقد را ابطال نماید. به دیگر سخن، با اینکه شارع مقدس و قانون‌گذار ایرانی، عقد مزارعه را عقد لازم معرفی کرده‌اند تا عقد به طور غیر متزلزل انشاء شده و امکان فسخ آن فراهم نباشد، ولی عامل می‌تواند از اساس نه تنها عقد را فسخ، بلکه باطل و کأن لم یکن نماید؛ نتیجه‌ای که بسیار غیر منطقی است. از این رو، ماده ۵۳۷ قانون مدنی که اثر تخلف عامل را بطلان قرارداد معرفی کرده است، هم با این نتیجه غیر منطقی مواجه بوده و هم خلاف مبانی است. وانگهی قانون‌گذار باید مواد قانونی را مطابق فتوای معیار و یا لاقلاً فتوای مشهور انشاء نماید؛ در حالی که در مطالعه تاریخی این مسئله روشن شد که نظریه بطلان، هرچند بین قدام مشهور بوده، ولی بین متأخران و به ویژه معاصران از هیچ شهرتی برخوردار نمی‌باشد. حقیقت آن است که با تعیین زرع معین در ضمن عقد مزارعه، عامل متعهد به کشت همان زرع می‌شود و چنانچه تخلف نماید، در حقیقت تعهد خود را زیر پا گذاشته و طرف مقابل، اگر امکان الزام وی را داشت، او را الزام، و الا حق فسخ پیدا می‌کند. از این رو به نظر می‌رسد باید ماده ۵۳۷ قانون مدنی اصلاح شده و به جای حکم به بطلان مزارعه، حکم به ایجاد حق فسخ برای مالک بدهد. لذا شایسته است متن ماده ۵۳۷ به این شکل تغییر یابد: «هر گاه در عقد مزارعه، زرع معینی قید شده باشد و عامل غیر آن را زرع نماید، چنانچه الزام عامل به انجام مورد تعهد وجود نداشته باشد، مزارع حق فسخ خواهد داشت».

کتاب شناسی

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲. ابن بزّاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۳. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسيلة الى نيل الفضيلة*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۴. ابن زهره حلبی، سیدحمزه بن علی حسینی، *غنية النزوع الى علمی الاصول والفروع*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ق.
۵. ابن سعید حلی، یحیی، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
۶. ابوصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین، *الکافی فی الفقه*، تصحیح رضا استادی، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۷. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الانهسان الى احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۸. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامی، بی تا.
۹. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *صیغ العقود والایقاعات*، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۱ ق.
۱۰. باریکلو، علیرضا، *عقود معین ۲: عقود مشارکتی، توثیقی و غیر لازم*، تهران، مجد، ۱۳۸۸ ش.
۱۱. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحقائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۲. بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۰ ش.
۱۳. تبریزی، جواد بن علی، *منهاج الصالحین*، قم، مجمع الامام المهدي علیه السلام، ۱۴۲۶ ق.
۱۴. جهانگیری، محسن، و غلامرضا یزدانی، «بررسی اقسام شرط و آثار آن (با تکیه بر نقض تعهد)»، *دوفصلنامه آموزه های فقه مدنی*، دوره چهارم، شماره ۵، بهار و تابستان ۱۳۹۱ ش.
۱۵. حائری شاهباغ، سیدعلی، *شرح قانون مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶ ش.
۱۶. حسینی سیستانی، سیدعلی، *منهاج الصالحین*، چاپ پنجم، قم، دفتر معظم له، ۱۴۱۷ ق.
۱۷. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۸. حسینی مرعشی نجفی، سیدشهاب الدین، *منهاج المؤمنین*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۱۹. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۲۰. سلّار دیلمی، ابویعلی حمزة بن عبدالعزیز، *المراسم العلویة والاحکام النبویة*، تصحیح محمود بستانی، قم، منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ ق.
۲۱. صافی گلپایگانی، لطف الله، *هدایة العباد*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۶ ق.
۲۲. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، *الشرح الصغیر فی شرح المختصر النافع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ ق.
۲۳. همو، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلالت*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۲۴. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، دار التفسیر، ۱۴۱۶ ق.
۲۵. همو، *منهاج الصالحین*، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.

۲۶. طباطبایی حکیم، سیدمحمدسعید، *منهاج الصالحین*، بیروت، دار الصفوه، ۱۴۱۵ ق.
۲۷. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی*، چاپ دوم، بیروت، مؤسسة الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.
۲۸. همو، *العروة الوثقی المحشی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۹. همو، *العروة الوثقی مع التعليقات*، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۸ ق.
۳۰. همو، *العروة الوثقی مع تعليقات الفاضل*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، بی تا.
۳۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى*، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۳۲. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۳۳. همو، *حاشية الارشاد*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۳۴. همو، *حاشية المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۳۵. همو، *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسة المعارف الاسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۶. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، *اللمعة الدمشقية في فقه الاماميه*، بیروت، دار التراث، ۱۴۱۰ ق.
۳۷. همو، *غاية المراد في شرح نکت الارشاد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۳۸. علامه حلّی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *ارشاد الازهان الى احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳۹. همو، *تبصرة المتعلمين في احکام الدين*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۴۰. همو، *تحریر الاحکام الشرعية على مذهب الاماميه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۴۱. همو، *قواعد الاحکام في معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۴۲. فاضل لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة في شرح تحریر الوسيلة؛ القضاء و الشهادات*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۰ ق.
۴۳. فیاض، محمداسحاق، *منهاج الصالحين*، بی جا، بی نا، بی تا.
۴۴. فیض کاشانی، محمدمحسن بن شاه مرتضی، *مفاتيح الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.
۴۵. کاتوزیان، ناصر، *دوره حقوق مدنی: عقود معین (مشارکت‌ها، صلح)*، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶ ش.
۴۶. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، *انوار الفقاهه؛ کتاب المزارعه*، نجف اشرف، مؤسسة کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق.
۴۷. کاشف الغطاء، محمدحسین بن محمدرضا، *تحریر المجله*، نجف اشرف، المکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.
۴۸. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد في شرح التواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۴۹. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۵۰. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، *کفاية الاحکام*، اصفهان، مدرسه صدر مهدوی، بی تا.
۵۱. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقنعه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.

۵۲. موسوی اصفهانی، سیدابوالحسن، وسیلة النجاة مع تعالیق الامام الخمينی، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ ق.
۵۳. همو، وسیلة النجاة مع تعالیق السيد محمدرضا الموسوی گلپایگانی، قم، چاپخانه مهر، ۱۳۹۳ ق.
۵۴. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، تحریر الوسیله، قم، دار العلم، بی تا.
۵۵. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مبانی العروة الوثقی، قم، دار العلم، ۱۴۰۹ ق.
۵۶. همو، منهاج الصالحین، قم، مدینة العلم، ۱۴۱۰ ق.
۵۷. موسوی سبزواری، سیدعبد‌الاعلی، جامع الاحکام الشرعیه، چاپ نهم، قم، المنار، بی تا.
۵۸. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۵۹. وحید بهبهانی، محمدباقر بن محمداکمل، حاشیة مجمع الفائدة والبرهان، قم، مؤسسه العلامة المجدد الوحید البهبهانی، ۱۴۱۷ ق.
۶۰. وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحین، قم، مدرسه امام باقر (ع)، ۱۴۲۸ ق.



موجز المقالات

دراسة تحليلية في وضع المهر في حال عدم الدخول

- سيف آلہ أحدى (أستاذ مساعد في قسم الفقه والقانون الإسلامي بجامعة الشهيد مدني آذربيجان)
- علي محمدیان (أستاذ مساعد في قسم الفقه والقانون الإسلامي بجامعة بزرجمهر قائنات)

إذا سلمنا بأن عقد النكاح ذاته لا يفرض العلاقة الزوجية والدخول الشرعي، فيترتب عليه وضع المهر من حيث استحقاقه أو عدم استحقاقه في حال عدم الدخول الشرعي، أتستحق الزوجة حينئذ نصف المهر الكامل دون نصفه الآخر كحالات إطلاق العقد، أم أنها تستحق المهر كله جزاء وقوع العقد؟ توصل الباحثان بعد تحليل الأدلة والآراء الفقهية والقانونية بالمنهج التحليلي - الوثائقي إلى أن عملية الدخول هو الشرط اللازم والعامل الحصري لاستحقاق المهر، وفي حال عدم الدخول، وإن كانت هناك وجوه لاستحقاق المهر الكامل بيد أنها قابلة للطعن، وبدل إمكان تنقيح المناط من حالات ثبوت نصف المهر لدى الفسخ قبل الدخول، على تصنيف المهر في الفرض المذكور، في مقابل وجوه مثل انتفاء المشروط حال انتفاء الشرط، وصدق عنوان الزوجة غير المدخول بها لدى وقوع الطلاق؛ ولذلك يُعدّ القول بتصنيف المهر موجّهًا في حال

عدم الدخول بها.

المفردات الرئيسية: اقتضاء عقد النكاح، تصنيف المهر، استحقاق المهر، شرط ضمن العقد، دخول.

المسؤولية المدنية الناجمة عن أضرار الجوار في القانون الإيراني

وفقه الإمامية؛ مقارنة مع القانون البريطاني والمصري

□ أحمد أميرى (طالب دكتوراه فى القانون الخاص بجامعة شيراز)

□ برونز عامرى (أستاذ مساعد فى قسم القانون الخاص والإسلامى بجامعة شيراز)

□ حجة ميين (أستاذ مساعد فى قسم القانون الخاص والإسلامى بجامعة شيراز)

يمكن أن يسفر التحضر والزيادة المفرطة فى البناء والكثافة السكانية ونقص مساحة المعيشة، إلى أضرار الجوار. فى جميع الأنظمة القانونية، وفى ظل ظروف معينة، يمكن للضحايا رفع دعاوى التعويض عن هذه الأضرار. حاول هذا المقال بالمنهج الوصفى والتحليلى، الإجابة عن هذا السؤال: ما هى أسس وشروط المسؤولية المدنية الناجمة عن أضرار الجوار فى القانون الإيراني والإنجليزى والمصرى؟ الحكم الوحيد فى قانون إيران المتعلق بالعقارات المجاورة هو المادة ١٣٢ من القانون المدنى. ومع ذلك، فى القانون المدنى المصرى، حُصِّصت بعض المواد لهذا الموضوع، وفى السابقة القضائية للقانون البريطانى، هناك العديد من الأحكام حول هذا الموضوع. أساس هذه المسؤولية فى القانون الإيراني هو «نظرية القابلية للاستناد» وهذا الأساس فى القانون المصرى هو «نظرية الخطأ». تميل المحاكم الإنجليزية إلى «المسؤولية الصارمة» فى هذه القضية. فى جميع النظم القانونية المدروسة، من أجل إنشاء المسؤولية المدنية، يجب أن تكون تصرفات المدعى عليه «غير معقولة» و«مستمرة أو متكررة» و«قريبة» من المشتكى؛ على الرغم من وجود اختلافات فى كيفية تطبيق هذه الشروط.

المفردات الرئيسية: أضرار الجوار، المسؤولية المدنية، إساءة استعمال الحق، مسؤولية المالك، قابلية الاستناد.

تخوم الفقه وطبيعة الإباحة،

دراسة في قاعدة «عدم خلّو الواقعة عن الحكم»

- محسن جهانگیری كلوخی (أستاذ مشارك في قسم الفقه بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
 - محمّد علی بنائی خیر آبادی (طالب دكتوراه في الفقه الجنائي بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
- تخوم الفقه ترتبط بمنظومة واسعة من الموضوعات التي طرح كل واحد منها في نطاقه الخاص. ويمثّل تنقيح «طبيعة الأحكام» عاملاً مؤثراً في حلّ هذه المشكلة يساعد في الوقوف على نطاقه الأحكام وحدودها. فإذا وضّح الباحث «طبيعة الإباحة»، وحدّد كون الإباحة عدم الحكم أو الحكم بالجواز، فسيترك ذلك تأثيراً بالغاً في رسم تخوم الفقه بوضوح؛ لا سيّما إذا قدّمت صورة واضحة الملامح عن علاقة الإباحة مع قاعدة عدم الخلو؛ وهي قاعدة كثيرة التداول -على وفق الادّعاء المجمع عليه- في الفقه والأصول الشيعي، ومفادها كالاتي: «ما من واقعة إلا ولها حكم في الشريعة». وتمسك الشهيد الصدر لأجل إثبات ذلك بالدليل العقلي (اللطف)، إضافة إلى الأدلة النقلية (كيس شيء من الحلال والحرام وجميع ما يحتاج الناس إليه إلا وقد جاء فيه كتاب أو سنة). وعلى الرغم من أن قاعدة اللطف لقيت قبولا وتركت تأثيراً كبيراً في مسائل من قبيل جامعية الشريعة، وعلاقة الفقه والقانون، إلا أنها لم تُنقح بعد تنقيحاً كاملاً، بحيث إنّ الموقف الفقهي لفتيحه مثل الإمام الخميني في معظم الحالات بالاستناد إلى بعض تعابير الشهيد الصدر، يتمّ تجميعه في غياب تحليل الشهيد الصدر لمفهوم الإباحة وعدم الحكم. راجعت هذه المقالة النصوص الفقهية والأصولية الشيعية المعتمدة، بالمنهج الاجتهادي، بغية استقصاء آراء المعارضين لهذه القاعدة، مثل المحقق النراقي، والمحقق الخوئي، والإمام الخميني، وخلصت إلى أن بعض أدلة المعارضين يحظى بالإنقاذ والإحكام، في ضوء أجواء صدور الروايات ومناقشة الدليل العقلي أي اللطف.
- المفردات الرئيسية: تخوم الفقه، الفقه والقانون، الإباحة، منطقة الفراغ.

الطابع القانوني للوصية بالوقف في القانونين الإيراني والمصري

- سيد سعيد حبيب زادة (ماجستير في القانون الخاص بجامعة العلوم القضائية والخدمات الإدارية)
- مهدي رشوند بوكاني (أستاذ مساعد بجامعة العلوم القضائية والخدمات الإدارية)

تُعَدُّ الوصية بالوقف أحد أنواع الوصايا والتصرفات القانونية المتعلقة على الموت، واستأثرت باهتمام الفقهاء والقانونيين. وظلَّ الخلاف يحوم على طبيعة هذه الوصية، حيث لا يعدها المختصون منسجمة مع أي نوع من الوصايا العهديّة والتملكيّة، بل يذهبون إلى أنّ هذه الوصية تندرج ضمن نوع ثالث من الوصايا أي الوصية بفكّ الملك، وفي عرض وصايا أخرى مثل الوصية بالعتق والإبراء، لأنّ الوصية بالوقف تؤدّي إلى فكّ الملكيّة للمال الموصى. لكن المقارنة بين القانونين الإيرانيّ والمصريّ ينمّ على أنّ الوصية بالوقف تُعدّ من حالات الوصية التملكيّة. وبناء على هذه الوصية، فإنّ وقف المال يتحقّق بمجرد إنشاء الوصية دونما حاجة إلى أن ينشئها الموصى أو الموصى لهم استقلالاً. يعدّ القانون الإيرانيّ والمصريّ الوقف ذا شخصيّة قانونيّة، فيترتب على ذلك أنّ الشخصيّة القانونية تتمتع بالمال المستقلّ، وأهليّة التملّك وامتلاك الحقّ والتكليف، وبالتالي فإنّ عين المال يخرج من ملكيّة الموصى فور وفاته، ليُنقَل إلى ملكيّة الشخصيّة القانونية الموقوف عليها، فلذلك تُعدّ الوصية بالوقف وصية تملكيّة، باعتبار تملك عين مال الموصى للشخصيّة القانونية الموقوف عليها.

المفردات الرئيسيّة: الوصية بالوقف، الوصية التملكيّة، الوقف المعلق بالموت، الشخصيّة القانونية.

حالة الخسارة غير المباشرة في القانون الإيرانيّ والإنجليزيّ

- مجتبي زمانى (دكتوراه في القانون الخاصّ بجامعة آزاد الإسلاميّة، فرع مدينة قدس - إيران)
- سهيل طاهريّ (أستاذ مساعد بجامعة آزاد الإسلاميّة، فرع مدينة قدس - إيران)
- بجمان بيروزيّ (أستاذ مساعد بجامعة آزاد الإسلاميّة، فرع مدينة قدس - إيران)
- عليرضا مظلوم رهنىّ (أستاذ مساعد بجامعة آزاد الإسلاميّة، فرع مدينة قدس - إيران)

يحتاج تحقيق المسؤوليّة المدنيّة إلى ثلاثة عناصر: ١- الخسارة، ٢- الفعل الضارّ، ٣- السببيّة. لقد قيل إنّ عامل «الخسارة» يمثّل الدور الأكثر أهميّة من العوامل الأخرى. بشكل عامّ، يعدّ القانون الخسارة قابلة للتعويض بموجب أحكام وشروط محدّدة؛ حيث يشترط نظام القانون الإيرانيّ الحاليّ «الخسارة المباشرة»، والنظام الإنجليزيّ «عدم البعد» في الخسارة القابلة للتعويض. في النظام القانونيّ الإيرانيّ، بسبب الشكوك في عزو خسارة

غير مباشرة لوكيله، إذا يكون الفعل الضارّ عملاً غير مباشر وقد تمّ عن طريق شيء ضدّ شخص أو ممتلكات، ويستحيل التعويض عن الضرر. لم يتّخذ هذان النظامان نفس الأسلوب تجاه الأضرار أو الخسائر غير المباشرة. يعتمد مفهوم «الخسارة غير المباشرة» على عنصر السببية في النظام الإيراني، في حين أنّ مفهوم الخسارة غير المباشرة يرتبط ارتباطاً وثيقاً بقاعدة قابلية توقُّع الخسارة في النظام الإنجليزي. إلى جانب ذلك، فإنّ المبدأ هو أنّ الخسارة غير المباشرة لا يمكن تعويضها بموجب القانون الإيراني، ومع ذلك، فإنّ الخسارة غير المباشرة في القانون الإنجليزي يمكن إصلاحها في الغالب. وضّحت هذه الدراسة الخسارة غير المباشرة في النظام القانوني الإيراني، وإمكانية تعويض هذا النوع من الخسارة بناءً على ظروف خاصّة.

المفردات الرئيسية: الخسارة، التلف، غير المباشر، الوسيط، البعد عن الخسارة، السببية.

الاستناد إلى دفاع الضرورة بوصفه رافع المسؤولية الدولية عن الحكومة في فقه الإمامية والقانون الدولي؛ الدروع البشرية (الترّس) نموذجاً

- سيّد قاسم زمانى (أستاذ بجامعة العلامة الطباطبائي)
- عباسعلی عظیمی شوشتری (أستاذ مساعد بمعهد الإمام الصادق إينليل للبحوث الإسلامية)
- مجتبی أفشار (طالب دكتوراه في القانون الدولي بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)

تمثّل «الضرورة» بوصفها إحدى العوامل الرافعة للمسؤولية الدولية عن الحكومات، وتقدّم ضماناً لمصالحها الأساسية في الظروف الخاصّة والاستثنائية. تسلّط الدراسة المقارنة للضرورة لدى القانون الدولي والإسلامي، الضوء على بعض أوجه الافتراق إلى جانب القواسم المشتركة الكثيرة. وبالطبع يثير تحدّيًا كبيرًا اعتماد هذا المبدأ في النزاعات المسلّحة تحت عنوان «الضرورة العسكرية» بغية انتهاك حصانة المدعيين الذين اتّخذوا دروعاً بشرية (الترّس في المصطلح الفقهي)؛ إذ إنّ استخدام الدروع البشرية محظور في القانون الدولي والإسلام، وقد تمّ تجريمه فيهما. وبناءً على ذلك، هناك تساؤل يقول: «ما طبيعة مبدأ الضرورة وتأثيراته في القانون الدولي وفقه الإمامية؟ وكيف ينبغي أن يكون موقف طرفي النزاع من المدعيين الذين استُخدموا كدروع وأموالهم وممتلكاتهم؟» تبنت

هذه المقالة منهج البحث النوعي، كما اعتمدت المناهج التفسيرية القانونية لتفسير الآيات القرآنية والروايات الشريفة، أخذة بعين الاعتبار آراء فقهاء الإسلام والدراسة التاريخية لمنهج الرسول الأعظم ﷺ في الحروب. وخلصت المقالة بعد دراسة الوثائق والمصادر الفقهية إلى أنّ مبدأ الضرورة في النظامين القانونيين كليهما، يحظى بطبيعة استثنائية، ولا يسوّغان المبدأ إلا في الحالات التي تتعرض للمخطر المصلحة الأساسية للدولة. وبناء على ذلك، فيمكن الهجوم على الأهداف العسكرية عند الضرورة، شريطة اتخاذ التدابير الاحتياطية، على الرغم من منع إلحاق أي ضرر بالدروع البشرية.

المفردات الرئيسية: أسباب رفع المسؤولية الدولية عن الحكومة، جهات الرفع، طابع المخالفة في الفعل، سبب الضرورة، المصلحة الأساسية، بيضة الإسلام، الدروع البشرية، الترس.

حدود تطبيق القوانين المذهبية

باعتبارها القانون السائد في هيئات التحكيم

- سيدة فيروزة سيد نجاد (طالبة ماجستير في القانون الخاص بجامعة جيلان)
- رضا مقصودي (أستاذ مشارك في قسم القانون بجامعة جيلان)
- مهين سبحاني (أستاذة مساعدة في قسم القانون بجامعة جيلان)

أدى توسع العقود التجارية الدولية، وزيادة تجريد القوانين الوطنية من الجذور المذهبية، ووجود قواعد إلزامية على النصوص المذهبية بشأن المعاملات، إلى ما إذا كان بإمكان أطراف العقد الخروج عن القوانين الوطنية واختيار القوانين المذهبية باعتبارها القانون الذي يحكم وهل يُسمح لهيئة التحكيم دون موافقة أطراف العقد بممارسة القوانين المذهبية؟ في بعض الأحيان، يميل أطراف العقد التجاري، لأسباب مثل المصالح المذهبية، إلى تطبيق القوانين المذهبية كقانون يحكم، وفي بعض الأحيان تسعى هيئات التحكيم، على الرغم من صمت أطراف النزاع، إلى تطبيق قانون غير حكومي على عقد التحكيم. على الرغم من أنّ واقع عالم الأعمال يسمح باختيار القوانين المذهبية من قبل أطراف هذه العقود، إلا أنّ قواعد التحكيم وإجراءات هيئات التحكيم تشير إلى إحجام المحكمين عن ممارسة القوانين المذهبية في حالة صمت أطراف الخلاف.

المفردات الرئيسة: التحكيم التجارى الدولى، القانون الحاكم، القانون المذهبى، هيئات التحكيم، قواعد التحكيم.

٣٧١

رهن المنفعة فى النظام القانونى الإيرانى السائد، ضرورات ودراسة جدوى

□ محمّد حسن صادقى مقدّم (أستاذ فى قسم القانون الخاص بجامعة طهران)

□ حجة الله مرادى (طالب دكتوراه فى القانون الخاص بمجمع ألبرز التابع لجامعة طهران)

تنصّ المادة ٧٧٤ للقانون المدنى على بطلان رهن المنفعة، جرياً على الرأى المشهور فى الفقه. علماً أنّ أحد أهمّ الأسس لبطلان رهن المنفعة هو عدم قابليّة القبض وعدم غياب الثقة بامكانيّة استيفاء الدين. مع ذلك كلّه، يطعن الفقه فى الحالات المذكورة كلّها. أقرّ النظام القانونى الإيرانى قوانين كثيرة متأخرة عن القانون المدنى، لا تتناغم مع قواعد الرهن التقليديّة. فمنها ما أخرج القبض من شرائط صحّة الرهن، ومنها ما اعترف بغير عين معيّن، كالطلب وأسهم الضمانة. من جهة أخرى، يسفر بطلان رهن المنفعة عن خروج مثل هذه الأموال من التداول الاقتصادى فى المجتمع إلى حدّ ما، الأمر الذى يتسبّب فى إلحاق الضرر بالتداول الاقتصادى، وحرمان المالك من التمتع التام بممتلكاته. وهذه العوامل كلّها تنمّ على ضرورة المجهود النظرى للتعرف على رهن المنفعة. قيّمت هذه الدراسة خمس حلول وآليات بالغة الأهميّة فى هذا السياق، وهى: تبنى صيغة العقود غير المسماة، اعتماد عقد الوثيقة، اعتماد المعاملات مع حقّ الاسترداد، قبول النسخ الضمنى للمادتين ٧٧٤ و٧٧٢ من القانون المدنى، وحذفهما من عداد المقرّرات الآمرة.

المفردات الرئيسة: رهن المنفعة، الوثيقة، القواعد الآمرة، القبض.

مسؤوليّة السلع التى لا تحمل البيانات الاستهلاكية

فى فقه الإماميّة والقانون الإيرانى (فى ضوء القواعد الفقهيّة)

□ إمام بخش طهماسبى (دكتوراه فى الشريعة بجامعة ياسوج)

□ أبو الفضل عليشاهى قلعه جوقى (أستاذ مشارك فى قسم الشريعة بجامعة إعداد المعلمين، طهران)

□ عبد الله بهمن پورى (أستاذ مشارك فى قسم الشريعة بجامعة ياسوج)

يُعدّ الإنتاج الضخم للمحاصيل والسلع الاستهلاكية اليوم، موضوعًا جديدًا بالعناية؛ إضافة إلى ذلك، فإنّ تنوع موادّها الأساسيّة يجعل تقديم بياناتها الاستهلاكية الكاملة للمستهلكين ضرورة لا مندوحة عنها، بوصفهم غير واقفين على تلك البيانات. وبعض الأدوية هي السلعة الوحيدة التي تحمل معلومات متعلّقة بطريقة تعاطيها، وجرعاتها، وتدايعات تعاطيها، ومحاذير استهلاكها لبعض المرضى، الأمر الذي ينبغي القيام به فيما يخصّ جميع السلع الاستهلاكية. إذن يجب على المنتجين إدراج البيانات الضرورية للسلع عليها بكلّ مصداقية، بما فيها مكوناتها، ومضارّها، وتدايعات استهلاكها لأبناء المجتمع، إلّا أنّ معظم المنتجين يتملّصون عن عرض تلك البيانات بدافع من النزعة النفعيّة. من جهة أخرى، هناك أسفر غياب المسؤوليّة اللانقطة، عن ارتفاع الإنتاج من دون البيانات الاستهلاكية، أو البيانات الناقصة، الأمر الذي سيّجلب إلى المستهلكين تدايعات مضرة. ثمّة سؤالان جوهريان وهما أولًا، ما هي أسس المسؤوليّة المدنيّة والجنايّة للمنتجين، إذا ما لم يدرجوا على السلع الاستهلاكية بياناتها؟ وثانيًا، ما هي المسؤوليات التي تترتب على عدم إدراج البيانات الصحيحة للسلع الاستهلاكية؟ سلّطت هذه الورقة البحثيّة بالمنهج الوصفيّ - التحليليّ الضوء على قواعد فقهيّة من شأنها أن تساعد على وضع السياسة الجنايّة والمدنيّة الفعّالة لإنزال العقوبات على المنتجين الذين يتخطّون القوانين. والقوانين الموضوعة في البلاد على الرغم من انطوائها على مقرّرات وضمانات لتطبيق القانون، إلّا أنّها لا تستجيب للظروف الراهنة، ولذلك تركّزت هذه الورقة البحثيّة على خلق نوع من المسؤوليّة لقطاع الإنتاج عبر توظيف بعض القواعد الفقهيّة الرئيسيّة، منها قاعدة «لا ضرر» و«التحذير» و«وجوب إعلام الجاهل فيما يعطى» و«الغرور»، والتي تبين أنّ عدم تقديم البيانات الاستهلاكية يلقي على عاتق المنتج مسؤوليّة، وخلصت الورقة إلى أنّ المنتجين يجب أن يقدّموا بيانات السلع المنتجة آخذين بعين الاعتبار نوع السلعة، والشروط اللازمة في عموم المستهلكين، وخواصّ المستهلكين مثل المرضى، والمعمرين، وكذلك بالنظر إلى الظروف الزمانيّة والمكانيّة، وإلّا فلن يكون المنتج بريئًا من المسؤوليّة المدنيّة والجنايّة.

المفردات الرئيسيّة: البيانات الاستهلاكية، السلع التي لا تحمل البيانات، القواعد الفقهيّة، المسؤوليّة المدنيّة.

دور المنطق في تفسير العقود

- همامون مافى (أستاذ مشارك في قسم القانون الخاص بجامعة العلوم القضائية والخدمات الإدارية)
- عليرضا بهارى (ماجستير في القانون الخاص بجامعة العلوم القضائية والخدمات الإدارية)

يستدعى إيضاح العلاقة القائمة بين علم المنطق والتفسير، النظر إلى المنطق من منظارين خاصّ وعمّ. تتجلى علاقة التفسير بالمنطق في مفهومه الخاصّ، ضمن محاور ثلاثة هي: الاستدلالات الموجبة للتفسير، ومسح النصّ بالمنهج المنطقيّ، واستدلالات سياقات تفسير العقود. ففي مرحلة الاستدلالات الموجبة للتفسير، يجب التركيز على دور إرادة طرفي العقد في الاستنتاج الصحيح من المقدمات، وسيجلى هذا الدور في إطار لزوم إحراز أحد شروط إنتاج القياس المنطقيّ، ممّا يعنى تكرار الحدّ الوسط في كلتا المقدمتين. تخصّص المرحلة الثانية من المسار التكامليّ لعلاقة المنطق والتفسير، إعادة القراءة المنطقية للنصّ التي تتمّ بالاستعانة بمباحث الألفاظ في علم المنطق وبالأسس العقلية السائدة في الإيستمولوجيا أيضًا. أمّا المرحلة النهائية لهذا المسار التفسيريّ، فيرتبط باستدلالات البيئة التفسيرية المنطقية للعقود أو بالاستدلالات المنتهية إلى إصدار الحكم النهائيّ للمحكمة، وهذه الاستدلالات الأخيرة وثيقة الصلة بمباحث الحجّة في علم المنطق، أى الاستدلالات القياسية. وهناك قواعد اجتماعية وقضايا قانونية مثل الأخلاق والعدالة والإنصاف تلتفت الانتباه في التفسير المنطقيّ بجانبه العامّ والعرفيّ أيضًا باعتبارها عاملاً في تحديد مدى التقارب بين مفهومى المنطق والتفسير.

المفردات الرئيسة: الاستدلال القضائيّ، الاستدلال المنطقيّ، التفسير المنطقيّ، القطع القضائيّ، القياس الصوريّ.

تأثير الارتداد في مهر الزوجة؛ دراسة فقهية - قانونية

- إلهة مرندى (أستاذة مساعدة في قسم القانون بجامعة الزهراء (س))
- فريناز سادات خطيبى قمى (طالبة ماجستير في قسم الفقه ومبادئ القانون الإسلامى بجامعة الزهراء (س))
- سيد كمال خطيبى قمى (ماجستير في القانون الخاص بجامعة آزاد الإسلامية، فرع زنجان)

أدى لزوم عقد النكاح وأهميته إلى انحصار انحلاله في حالات محدّدة؛ كما جعل فسخه لأيّ سبب أو أسباب ضرباً من المستحيل وخارجاً عن اختيار الزوجين. ويعدّ

الارتداد من أسباب انحلال النكاح. وفي هذا السياق تحظى قضية مهر الزوجة بأهميّة قصوى إلا أنّ القانون الإيراني لم يتطرّق إليها ولذلك فعلى القضاة والقانونيين مراجعة آراء الفقهاء بهذا الشأن؛ علماً أنّ مواقف الشيعة وآراءهم مختلفة في قضية مهر الزوجة حال ارتداد أحد الزوجين. هذا وقد استدعت الحاجة الملحة إلى القيام بدراسة الموضوع وحكمه وتسلط الضوء عليه نظراً لصمت القانون أمام هذه القضية من جهة ومن جهة أخرى لاختلاف وجهات نظر الفقهاء الناجم عن الفروض المختلفة في القضية؛ لتجيب الدراسة عن سؤال مفاده هو: كيف يكون مهر الزوجة في النظام القانوني الإيراني والفقهاء الشيعي؛ إذا ما ارتد أحد الزوجين؟ لذلك تناولت هذه الورقة البحثية الموضوع بالمنهج الاستكشافي الوصفي، فأظهرت نتائج البحث ضرورة مراجعة آراء الفقهاء في هذا الخصوص وتبنيها، لغياب الحكم في القانون الإيراني. وقد أدلى الفقهاء بآراء متعدّدة نظراً لمختلف الوجوه في هذا الموضوع، وقد حاول الباحثون في هذا المقال تسليط الضوء على أقوال الفقهاء وضوابطها وأحكام الموضوع في حالاته المختلفة.

المفردات الرئيسية: الارتداد، انحلال النكاح، انفساخ النكاح، المهر، النكاح.

وقفه تأمّل في أدلة منع أهل الكتاب من السكن في مكة المكرمة

□ حسين نور الديني (دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامي)
 □ محمّد حسين مختاري (أستاذ مشارك بمعهد الإمام الخميني للتعليم والبحث)
 □ إبراهيم كلاتري (أستاذ في كليّة المعارف والفكر الإسلامي بجامعة طهران)

ثمّة قضية بالغة الأهميّة اليوم تعنى المسلمين وأهل الكتاب أيضاً، وهي: أ يجوز لأهل الكتاب المؤمنين بكتابهم السماوي أن يسكنوا مكة المكرمة على وفق القرآن الكريم والمصادر الفقهيّة، أم أنّ النصوص الإسلاميّة تعاملهم معاملة الكفّار وأعداء الإسلام، وبالتالي تحرمهم من السكن هناك؟ تناولت هذه المقالة الوصفيّة التحليليّة الموضوع، عبر الآليات الفقهيّة وسلّط الضوء على أدلة المنع؛ وانتهت رحلة البحث هذه إلى أنّ الشواهد القرآنيّة لا تفي بالمقصود، وكذلك الحال فيما يخصّ الروايات؛ وبالتالي يجوز لأهل الكتاب السكن في مكة، في الظروف العاديّة، اعتماداً على مبدأ حرّيّة البشر في اختيار سكنهم.

المفردات الرئيسية: أهل الكتاب، مكة، السكن، الحجاز، المسجد الحرام.

التحقيق في تحدّيات القول المشهور في سنّ البلوغ وتعزيز النظرة النوعيّة والعقلانيّة في الأدلّة على البلوغ

- محمّد نورى (طالب دكتوراه بجامعة آزاد الإسلاميّة، فرع مشهد)
- حسين أحمريّ (أستاذ مشارك بجامعة آزاد الإسلاميّة، فرع مشهد)
- سيّد محسن رزميّ (أستاذ مساعد بجامعة آزاد الإسلاميّة، فرع مشهد)

من أصعب القضايا الفقهيّة والقانونيّة سنّ البلوغ. أصدر مشهور فقهاء الشيعة منذ زمن طويل، فتوى توثّق سنّ البلوغ للفتيات في سنّ التاسعة والأولاد في سنّ الخامسة عشرة بناء على أدلّة قاطعة. وقد حاولت بعض الأفكار الفقهيّة والقانونيّة أن تنتقد هذا الأساس، وتحدّته بحجج لفظيّة وغير لفظيّة. إلا أنّ هذه التحدّيات تمّ انتقادها وتحليلها من خلال منهج الفقه الجواهرى، وتأكّد أخيراً قول فقهاء الشيعة المشهور نفسه. لكن من ناحية التنظير والاستعانة بمعايير الفقه التقليديّ، حاول المقالون إلقاء نظرة جديدة على أسباب البلوغ، وتعزيز النظرة النوعيّة والعقلانيّة. المفردات الرئيسيّة: البلوغ، العمر، الاحتلام.

ضمان تنفيذ مخالفة الوكيل لزراعة المحصول المحدّد في عقد المزارعة (نقد على المادّة ٥٣٧ من القانون المدنيّ)

- غلامرضا يزدانيّ
- أستاذ مساعد في قسم القانون بالجامعة الرضويّة للعلوم الإسلاميّة

مما ريب فيه أنّ تحديد نوع المحصول، ليس من شروط صحّة عقد المزارعة، وفي حال الإطلاق اللفظيّ أو المقامى، فيستطيع الوكيل أن يزرع ما شاء. ولكن إن تمّ تحديد المحصول، فلا يحقّ له أن يزرع غيره. فإذا خالف الوكيل وزرع غير ما تمّ الاتفاق عليه، فللسائل أن يسأل عمّا ستتركه هذه المخالفة على عقد المزارعة؟ احتدم الخلاف بين الفقهاء في الإجابة عن هذه السؤال، حيث تعدّدت آراؤهم لتزيد على عشرة آراء. توصّل هذا المقال الوصفى - التحليليّ إلى أنّه إذا خالف الوكيل، ولم يمكن إلزامه بزراعة المحصول المتفق عليه، فيحقّ للمالك أن يفسخ العقد، ومن هنا فإنّ حكم المادّة ٥٣٧ للقانون المدنيّ القاضى ببطالان المزارعة لا أساس له من الصحّة، ولا بدّ من تعديله.

المفردات الرئيسيّة: المزارعة، الوكيل، شرط الزرع المحدّد، الشرط.

more than 10 opinions. In the present paper which has used the descriptive-analytic method this outcome has been achieved in the supposition of the violation of sharecropper if it is not possible to oblige him to harvest the agreed cultivation the land lord has right to annul and therefore, the ruling of article 537 of the civil code which is the voidance of Share-cropping is not valid and should be reformed.

Keywords: *Share-cropping (Arabic: المزارعة muzara'ah), Sharecropper (labor owner or tenant), The provision of definite cultivation, Provision (stipulation).*

Some of the jurisprudential-legal thoughts have planned to criticize this base and have challenged it with respect to verbal and non-verbal evidences. But these challenges with the approach to Fiqh-e Jawaheri have been criticized and analyzed and at the end the opinion of the well-known Shia jurists has been approved. But at the position of theorization and with observing traditional fiqh standards a new look to the proofs of puberty has been formed and the qualitative and reasoning opinion has been strengthened.

Keywords: *Puberty, Age, Sexual maturity.*

The Performance Bond of the Violation of the Sharecropper in Certain Cultivation in Share-cropping (Muzara'ah) (Criticism of Article 537 of Civil Code)

□ *Gholam Reza Yazdani*

□ *Assistant professor at Razavi University of Islamic Sciences*

Undoubtedly, defining the type of cultivation and farming is not of the provisions of the validity of share-cropping (Arabic: المزارعة muzara'ah) contract and in the supposition of the literal and contextual unconditionally, the sharecropper (labor owner or tenant) can harvest every crop he desires but if the type of cultivation has determined the sharecropper has no right to harvest other crops. If the sharecropper has violated and harvested other crops, the question is what this violation will impact on share-cropping (Arabic: المزارعة muzara'ah) contract. Islamic jurists in reply to this problem have serious disagreement and the amount (number) of their opinions is

beneficiary of it is if according to the holy Quran and jurisprudential evidences the People of the Book (the Jews and Christians) with considering that they possess a book, a revealed scripture can live in Mecca or these teachings have treated with them like infidels and the enemy of Islam and have banned and prohibited them to live. This paper using the descriptive-analytic method has examined this issue and with applying jurisprudential tools has studied and criticized the reasons of this prohibition and ban. The result indicates the lack of efficiency of the Quranic verses which are referred to and also the mentioned traditions providing no indication for this claim. In normal circumstances with adducing to the first principle of human freedom in choosing the place of residence it is issued that the legal verdict is permissible.

Keywords: *The People of the Book* (Arabic: أهل الكتاب، *Ahl al-Kitāb*), *Mecca, Residency, The Hejaz, Masjid al-Haram.*

Studying the Challenges on the Famous Opinion about Puberty and Strengthening the Qualitative and Logical Look to the Reasons of Puberty

- *Muhammad Noori (A PhD stud. in Jurisprudence & the Basics of Islamic Law)*
- *Hussein Ahmari (Associate professor at Islamic Azad University of Mashhad)*
- *Sayyed Mohsen Razmi (Assistant prof. at Islamic Azad University of Mashhad)*

In this note it is investigated one of the jurisprudential and legal challengeable issues i.e. puberty. From the early times the well-known jurists based on definite proofs have issued fatwa for puberty in girls beginning in the age of 9 and in boys beginning in the age of 15

state of dowry (Arabic: مهر mahr) is one of the important issue in the dissolution of marriage for one of the parties' apostasy that it has not been mentioned in the rules of Iran. And the judges and law scholars must refer to the opinions of the Islamic jurists to obtain the verdict of issue. The inexplicitness of the legislature to state the verdict of the issue and the disharmony of the jurists' opinions with considering different assumptions of the problem, it is necessary to be made research to answer this question what the duty relating to dowry is at the circumstance of the apostasy of one of parties in Iranian legal system and Shia fiqh. It was studied this subject through a descriptive-exploratory research. Findings show that at the lack of stating the verdict of the issue by the legislature it should be refer to the jurists' opinions. At the study of the jurists' opinions it was revealed that according to different aspects of the issue it has been presented different attitudes that the present pater has attempted to examine the opinions and criteria and verdict of the issue in different circumstances.

Keywords: *Apostasy, The dissolution of marriage, Involuntary termination of marriage, Dowry, Marriage.*

A Look to the Ban on Residence of the People of the Book

- *Hussein Nooruddini (A PhD of Jurisprudence & the Basics of Islamic Law)*
- *M. H. Mokhtari (Associate prof. at Imam Khomeini Education & Research Inst.)*
- *Ibrahim Kalantari (Full professor at University of Tehran)*

The important issue which is considered by Muslims and also the People of the Book (Arabic: أهل الكتاب, Ahl al-Kitāb) is to be

stage in the developmental process of the relationship between logic and interpretation should be dedicated to the logical reviewing of the text of the agreement that it will be shaped with using the tools of the utterance discussions of the logic science and also reasoning principles governing in the logical epistemology. The last stage of this interpretative process relates to the argumentations surrounding the logical interpretation of the contract or arguments resulting “final decision” or “final judgment”. It has specific concern with the issues of the argument (hujjat) in the logic science i.e. analogical arguments. Also in common and conventional aspect of the logical interpretation, social norms and legal ideals such as ethics, justice and fairness as factors which determine the amount of nearness of the two logic and interpretation concepts of the logic and interpretation have been noted.

Keywords: *Judicial argument, Logical argument, Logical interpretation, Judicial finality, Syllogism.*

The Jurisprudential–Legal Study of the Effect of Apostasy on Dowry

- *Elaheh Marandi (Assistant professor at AlZahra University)*
- *Farinaz Sadat Khatibi Qomi (An MA student of Jurisprudence)*
- *Sayyed Kamal Khatibi Qomi (An MA of Private Law)*

The requirement of marriage contract and its importance causes that its dissolution limits to specific cases and its annulment is not possible for occasion or occasions and it is not dependent on couple’s will. Involuntary termination is one of dissolution of marriage and of its occasions is apostasy (Arabic: ارتداد irtidad). The

people of danger that they confront “وجوب إعلام الجاهل فيما يعطي” and risk that indicates the liability for the imperfect information and has resulted that the producers with attention to the type of goods should observe the available requirements of consumers in common and special consumers such as ill people, children and old people and with the knowledge of the circumstances of time and place should present appropriate information of goods; otherwise, producers will not be freed from civil and criminal liability.

Keywords: *Information about good or any other information relevant to the transaction, Imperfect information on the transactions of contaminated properties, The jurisprudential maxims, Civil liability.*

The Role of logic in Contract Interpretation

- *Homayoun Mafi (Associate professor at University of Judicial Sciences)*
- *Ali Reza Bahari (An MA of Private Law)*

To determining the relationship between logic and contract interpretation it could be paid attention to logic from two views: particular and general. The relationship between interpretation and logic science in a particular meaning could be briefly studied in three realms: argumentations causing interpretation, logical survey of literature and argumentations encompassing the logical interpretation on contract. In the stage of argumentations causing interpretation a particular attention should be paid to the role of both parties' will of a contract in drawing the valid inference from premises that it will appear in the form of necessity of achieving one of the provisions for following conclusion of syllogism i.e. the repetition of middle term in both premises. The second

Today, final products and consumer goods with high volume is an essential a problem; in addition to the variance of their raw materials (unprocessed material, or primary commodity) it is necessary to present perfect information to consumers with no knowledge. Currently, only some medicines have information about how to use, dosage, dosing schedule, efficacy, contraindications and side effects in relation to some patients that the implementation of this way is essential for all commodities (goods). Producers are required to label necessary information about their products, containing all ingredients, damages and side effects to people on their products, truly. But many producers with the intent of self-seekers avoid providing such information. From the other side, the lack of the appropriate responsibility has caused to increase products with no information or with imperfect information that will cause damages to consumers. The main question is what the basics of civil and criminal liability of producers are in the situation of not providing the information of goods and what liability follows the absences of not providing true information. This research with analytic-descriptive method is to study some jurisprudential maxims (Arabic: القواعد الفقهية al-qawa'id al-fiqhiyyah) which can be the compiler of the efficient civil and criminal policy to punish producers for violating. Although the positive law in the country has mentioned to the regulations and performance bonds but it has not been accountable. Therefore, this paper is going to create a kind of responsibility for producers with the application of the fundamental jurisprudential maxims such as no harm (Arabic: لا ضرر la zarar), warning, the obligation to inform unconscious



settlement of the debt. However, all these cases in fiqh have been questioned. In the legal system of Iran, many regulations have been enacted latter to the civil code that they have no consistency with the traditional rules of the pledge. Some of them have excluded the seizure of the pledged intangible assets from the provisions of the validity of the pledge and some others have recognized the definite nontangible assets such as credits and stocks of guarantee are collateralizable. On the other side, the voidance of the pledge of intangible assets makes such assets to some extent go out of the economic cycle of the society and it causes losses in the business cycle and deprives the property's owner from the complete benefit of his asset. All these factors make an endeavor for knowing intangible assets be necessary. There are five important approaches have been assessed in this paper which are: utilization of agreement with a no-name, utilization of the Agreement of Pledge utilization of transactions with the right of redemption, acceptance of the implied abrogation (implied appeal) of articles 774 and 772 of the civil code and their exclusion of jus cogens (compelling law -peremptory-).

Keywords: *Pledge of intangible assets, Collateral, Jus cogens (compelling law -peremptory-), Seizure.*

The Liability of Imperfect Information in ImamayehFiqh and the Iranian Legal System (with Approach to the Jurisprudential Maxims)

- *Imam Bakhsh Tahmasebi (A PhD of Theology)*
- *Abolfazl Alishahi Qaleh Juqi (Associate professor at Farhangian University)*
- *Abdullah Bahmanpouri (Associate professor at Yasouj University)*

rules in an agreement. Does the tribunal itself without the consent of the parties in the claim exercise the religious law as the non-state legal rules? Sometimes parties of the commercial agreement for reasons such as religious interests tend to exercise the religious law as the governing rules over the agreement. Sometimes, the tribunal in spite of the silence of the parties in the claim will enforce a non-state law over the subject matter of the arbitration. Although the reality of the commercial world makes it possible to be chosen and enforced the religious principles by parties and the arbitral tribunal in the international commercial contracts but the practical procedure and the regulations of the arbitration in the different legal systems indicating impossibility of enforcement of the religious law by the arbitrators in the supposition of the silence of parties in claim (parties of claim or dispute).

Keywords: *The international commercial arbitration, Governing law, Religious law, Arbitral tribunal, The arbitration rules.*

The Necessity and Feasibility of the Pledge of Intangible Assets in the Contemporary Legal System of Iran

- *Muhammad Hasan Sadeghi Moqadam (Full professor at University of Tehran)*
- *Hojjatollah Moradi (A PhD student in Private Law)*

In article 774 of the civil code following the well-known opinion in fiqh, the void of the pledge of intangible assets has been specified. The important bases of the void of the pledge of intangible assets have been codified the inalienability of the seizure of the pledged intangible assets and the lack of providing trust and the failure of the payment or



their properties which have been used as a shield should be. This note with the qualitative research method and with utilization of the legal interpretation methods of the Quran verses and traditions and the opinion of jurists and historical study of the holy prophet biography in wars has been adopted. By reviewing jurisprudential documents and sources it has achieved the result that the principle of necessity has an exceptional nature in both legal systems and merely it is permitted in the case that the essential interests of the state is in danger. Consequently, with the prohibition of any damage to the human shield, in the situation of the exigency of necessity and with observing the cautious measures, it is yet possible to attack military objectives.

Keywords: *The elements of precluding international responsibility of states, A circumstance precluding the wrongfulness of an act, The factor of necessity, The basic interest, The principle of Islam, A human shield.*

The Realm of Exercising the Religious Law as Governing Law in Arbitral Tribunals

- Sayyedah Firouzeh Seyednejad (*An MA student of Private Law*)
- Reza Maghsoudi (*Associate professor at University of Guilan*)
- Mahin Sobhani (*Assistant professor at University of Guilan*)

The development of international commercial contracts and the growth of the isolation of domestic laws from religious roots from one side and jus cogens or ius cogens (compelling law) written in the religious texts on transactions from the other side has established this problem that parties of agreement can deviate from domestic (national) rules which are enacted by states to choose the religious law as governing

In the Iranian legal system, it is a principle that indirect loss is not recoverable but in English law in most cases is recoverable. Meanwhile determining the position of indirect loss the present paper has propounded the possibility of the compensation of indirect loss under some certain circumstances in the legal Iranian system.

Keywords: *Loss, Damages, Indirect, Intermediary, Remoteness of loss, Causation.*

Adducing to the Defence of Necessity as Precluding Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts in Imamayeh Fiqh and International Law and with a Case Study of Human Shield

- *Sayyed Ghasem Zamani (Full professor at Allameh Tabataba'i Univ.)*
- *A. Azimi Shushtari (Assistant professor at Imam Sadiq Research Institute)*
- *Mojtaba Afshar (A PhD student in International Law)*

“Necessity” as one of the elements of precluding international responsibility of states is the essential interest of states in certain and exceptional circumstances. The comparative study of necessity in two systems of international law and Islam represents some distinctions along with many similarities. The application of this principle in armed conflict titled “military necessity” to violate the safety of the civilians who are shield is a challengeable matter because the human shield has been prohibited and criminalized by international law and Islam. Therefore, the question is what the nature and effects of the principle of necessity are in the international law and Imamayeh fiqh and how the conduct of parties in dispute towards civilians and



legal person of waqf assets; therefore, a will for waqf with regard of transfer of ownership of testator's property to the legal person of waqf assets is counted of a will of the transfer of ownership (tamliki).

Keywords: *A will for waqf, A will of transfer of ownership (tamliki), Waqf suspended to the death, Legal personality.*

The Position of the Consequential Loss in the Iranian and English Legal Systems

- *Mojtaba Zamani (A PhD of Private Law)*
- *Soheil Taheri (Assistant professor at Islamic Azad University)*
- *Pezhman Pirouzi (Assistant professor at Islamic Azad University)*
- *Alireza Mazloom Rahni (Assistant professor at Islamic Azad University)*

The realization of the civil liability requires three pillars: the pillar of loss, damaging action and the causal nexus between the damage and the incident (causation). The “loss” element is more important than the others. Generally, law views “loss” compensable when it has certain conditions and criteria as in the Iranian legal system “the direct loss” and in English legal system “loss being too remote” is of the conditions of the recoverable losses which have been introduced. In the Iranian legal system if a harm and loss in indirect way and through intermediary is caused injury to a body or property it is not recoverable and its reason is there is doubt in attributing the indirect loss to the agent of loss. The approach of The Iranian legal system and English legal system to the indirect damages is not the same. The concept of indirect loss in the Iranian legal system relates to the pillar of causation while in English law has a close relation to the reasonably foreseeable principle.

The Legal Nature of Last Will for Waqf in the Iranian and Egyptian Legal Systems

- *Sayyed Saeid Habibzadeh (An MA of Private Law)*
- *Mahdi Rashvand Boukani (Assistant professor at University of Judicial Sciences)*

A will for waqf (Arabic: الوقف endowment of property) as one of the “wills” and legal acts which has been suspended to the death of a person has been paid attention to by the jurists and law scholars. But the nature of such will has been constantly disputed and they do not believe that there is no reconciliation between it and the wills of promissory (ahdi) and transfer of ownership (tamliki) but they think that because in the case of “a will” for waqf, transferring of ownership in relation to the testator’s property is occurred this category of “will” is placed under the third category i.e. a will for disposing off the property and besides “wills” such as a will for manumission (freeing slaves or a release from slavery) and ibra' (Arabic: ابراء waiver on the right of claim). But observing the present regulations in the two legal systems of Iran and Egypt, a will for waqf is counted as one of the instances of tamliki wills. According to this type of will waqf for a property is enforceable just in the case of creation (making) of a will and without the need for an independent creation by the legatee (Arabic: موصى له al-mūṣā lahu) or legatees. In respect of being the legal entity in waqf assets (Arabic: موقوفة) in Iranian and Egyptian legal systems resulting independent assets, competence and the capacity of rights and duties for legal persons, as just the death of the legatee the asset itself extracts from his possessing -owning property- and transfer to the possessing of the

permissibility is the absence of legal ruling or the ruling of permissibility has a vital role in the problem of the fiqh realm. Especially, when the relationship between permissibility (Arabic: اباحه ibahah) with the principle “عدم خلوّ” is described well; a continual principle -according to claim a consensus on it- in Shia fiqh and the principles of fiqh which its contents are: no events are without legal ruling “عدم خلوّ الواقعة عن الحكم”. Besides the naqlior revealed arguments “everything -halal or haram or what people need- but it is in the holy Quran or Islamic tradition” martyr Sadr for proving this has utilized the reasoning argument i.e. God’s grace. Although the principle of grace (lutf) is considered valid and has a great effect in the problems such as the comprehensiveness of sharia, the relationship between fiqh and law but it has not appropriately clarified as the position of the jurist such as Imam Khomeini with adducing to some of his sayings in the absence of his important analysis of permissibility and the absence of ruling has been gathered. The present note with referring to the authentic Shia usul and fiqh texts and with jurisprudential method the opponents’ opinions of this principle such as Muhaqiq Naraqi, the late grand Ayatollah Khomeini and Imam Khomeini have been surveyed and at the end with close attention to the space of issuance of narrations and debate on reasoning argument of God’s grace it has valued (believed) the authenticity of some opponents’ reasons.

Keywords: *The realm of fiqh, Fiqh and law, Permissibility, Mantaqat al-firagh (the lacuna).*

analytic-descriptive method is to find an answer to this problem what the base and provisions of civil liability originated from neighborhood damages are in three legal systems: Iranian, Egyptian and English. In the Iranian legal system the only legal article related to adjacent lands is Article 132 of the civil code. But in Egyptian law system some articles have been issued for this important thing and also English precedent in this case encompasses different opinions. The result shows that the base of this liability in the Iranian law system is opposability and in the Egyptian law is fault. English court judgments in this ground incline to strict liability. In all examined legal systems for the realization of liability defendant's acts should be unreasonable, frequent and ongoing and in adjacency of the complainant although it is seen varieties about how to enforce these conditions.

Keywords: *Damages for neighbors, Civil liability, Abuse of rights, Owners' liability, Opposability.*

The Realm of Fiqh and Quiddity of Permissibility; A Review of the Principle “عدم خلوّ الواقعة عن الحكم There is no Event without Legal Ruling”

- *Mohsen Jahangiri (Associate professor at Razavi University of Islamic Sciences)*
- *Muhammad Ali Bannaei Kheyraabadi (A PhD student in Criminal Fiqh)*

The problem of the realm of fiqh relates with an extensive network of subjects which each has been propounded in its specific area. One of the effective subjects to solve this problem is to extract the quiddity of legal rules to get its range. Explaining the quiddity of permissibility (Arabic: اباحه ibahah) and mentioning the

have accepted that the sexual intercourse is a precondition and restrictive factor for the establishment of dowry and although there have been aspects for establishing the total of dowry in the condition of not engaging in sexual intercourse but these aspects are disputable and in contrast the aspects such as the stipulated benefit in the case of the benefit of condition, the validity of the title of the wife who are not engaged in sexual intercourse in the situation of divorce, the possibility of tanqih al-manat (extraction of the underlying reason) being of the cases of establishing half of dowry in the situation of the annulment of marriage before sexual intercourse indicate the division of the value of dowry in half. Therefore, the opinion of dividing the dowry in half has been justified and substantiated.

Keywords: *The requirement of marriage contract, Establishing half of dowry, The stability of dowry, Stipulation within a contract, Marital relation.*

Civil Liability for Neighborhood Damages in the Iranian Legal System and Imamayeh Fiqh with a Comparative Study in the English and Egyptian Legal Systems

- *Ahmad Amiri (A PhD student in Private Law)*
- *Parviz Ameri (Assistant professor at University of Shiraz)*
- *Hojjat Mobayyen (Assistant professor at University of Shiraz)*

The growth of urbanization and immethodical structure and high density and living space shortages can cause damages for neighbors. In all legal systems, under certain circumstances a victim can sue a claim for damages to be compensated. This paper with

Abstracts

The Analysis of the State of Dowry in the Stipulation of not Engaging in Sexual Intercourse

- *Seifollah Ahadi (Assistant professor at Azarbaijan Shahid Madani University)*
- *Ali Muhammadiyan (Assistant professor at Bozorgmehr University of Qaenat)*

After accepting that the requirement of the essence of marriage contract is not marital relation and sexual intercourse, one of its related branches is the state of dowry therein stability and instability in the supposition of stipulating not engaging in sexual intercourse if in the mentioned situation also like the cases of divorce, after the marriage contract, the ownership of wife to the half of the dowry is established and to the other half is not firmed up or her possession to all of dowry for just the marriage contract is established. After analyzing and studying evidences and the opinions of Islamic jurists and law scholars and with the documentary-analytic method the authors

Table of contents

The Analysis of the State of Dowry in the Stipulation of not Engaging in Sexual Intercourse Seifollah Ahadi & Ali Muhammadiyan	3
Civil Liability for Neighborhood Damages in the Iranian Legal System and Imamayeh Fiqh with a Comparative Study in the English and Egyptian Legal Systems Ahmad Amiri & Parviz Ameri & Hojjat Mobayyen	23
The Realm of Fiqh and Quiddity of Permissibility; A Review of the Principle “عدم خلؤ الواقعة عن الحكم” There is no Event without Legal Ruling” Mohsen Jahangiri & Muhammad Ali Bannaei Kheyraabadi	53
The Legal Nature of Last Will for Waqf in the Iranian and Egyptian Legal Systems Sayyed Saeid Habibzadeh & Mahdi Rashvand Boukani	77
The Position of the Consequential Loss in the Iranian and English Legal Systems Mojtaba Zamani & Soheil Taheri & Pezhman Pirouzi & Alireza Mazloom Rahni	103
Adducing to the Defence of Necessity as Precluding Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts in Imamayeh Fiqh and International Law and with a Case Study of Human Shield Sayyed Ghasem Zamani & Abbas Ali Azimi Shushtari & Mojtaba Afshar	127
The Realm of Exercising the Religious Law as Governing Law in Arbitral Tribunals Sayyedeh Firouzeh Seyednejad & Reza Maghsoudi & Mahin Sobhani	157
The Necessity and Feasibility of the Pledge of Intangible Assets in the Contemporary Legal System of Iran/ Muhammad Hasan Sadeghi Moqadam & Hojjatollah Moradi	185
The Liability of Imperfect Information in Imamayeh Fiqh and the Iranian Legal System (with Approach to the Jurisprudential Maxims) Imam Bakhsh Tahmasebi & Abolfazl Alishahi Qaleh Juqi & Abdullah Bahmanpouri	209
The Role of logic in Contract Interpretation/ Homayoun Mafi & Ali Reza Bahari	241
The Jurisprudential–Legal Study of the Effect of Apostasy on Dowry Elaheh Marandi & Farinaz Sadat Khatibi Qomi & Sayyed Kamal Khatibi Qomi	267
A Look to the Ban on Residence of the People of the Book Hussein Nooruddini & Muhammad Hussein Mokhtari & Ibrahim Kalantari	291
Studying the Challenges on the Famous Opinion about Puberty and Strengthening the Qualitative and Logical Look to the Reasons of Puberty Muhammad Noori & Hussein Ahmari & Sayyed Mohsen Razmi	313
The Performance Bond of the Violation of the Sharecropper in Certain Cultivation in Share-cropping (Muzara'ah) (Criticism of Article 537 of Civil Code) Gholam Reza Yazdani	343
Translation of Abstracts:	
Arabic Translation/ Hamid Abbaszadeh	365
English Translation/ Ali Borhanzahi	392

صاحب امتیاز: **فصلنامه علمی پژوهشی**

مدیر مسئول: **علی خیاط**

سر دبیر: **محمدحسن حائری**

اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

دکتر محمد امامی (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

دکتر احمد باقری (استاد دانشگاه تهران)

دکتر محسن جهانگیری (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

دکتر محمدحسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

دکتر حسین صفایی (استاد دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

دکتر محسن ملک‌افضلی اردکانی (استاد جامعه المصطفی العالمیه)

دکتر محمدصادق موسوی (دانشیار دانشگاه شهید مطهری)

دکتر سیدابوالقاسم تقیبی (دانشیار دانشگاه شهید مطهری)



مشاوران علمی این شماره (به ترتیب حروف الفبا):

حجة الاسلام دکتر محمدجواد ارسطو / حجة الاسلام دکتر محمد امامی / دکتر

امین امیرحسینی / حجة الاسلام دکتر جواد ایروانی / دکتر علیرضا پوراسماعیلی /

حجة الاسلام دکتر رضا حق‌پناه / دکتر موسی حکیمی صدر / دکتر سعید خردمندی /

دکتر مصطفی رجائی‌پور / حجة الاسلام دکتر سیدعلی رضوی / حجة الاسلام دکتر

جعفر زنگنه شهرکی / حجة الاسلام دکتر سیدعلی سجادی‌زاده / دکتر محمدعلی

سعیدی / دکتر عباسعلی سلطانی / حجة الاسلام دکتر محمد عبدالصالح شاهنوش

فروشانی / دکتر مهران عبدلی / دکتر محمدرضا غلامپور / دکتر محمدتقی

فخلعی / حجة الاسلام دکتر حسین فرزانه / دکتر محمدرضا کاظمی گلوردی /

حجة الاسلام دکتر رحمت‌الله کریم‌زاده / دکتر حجت مبین / حجة الاسلام دکتر

سیدمحمدحسن موسوی خراسانی / دکتر سیداحمدعلی هاشمی / حجة الاسلام

دکتر غلامرضا یزدانی / حجة الاسلام دکتر محمدمهدی یزدانی کمرزد



تأییدیه علمی پژوهشی:

«مجله آموزه‌های فقه مدنی» بر اساس مجوز کمیسیون بررسی نشریات کشور

(وزارت علوم، تحقیقات و فناوری) در تاریخ ۱۳۹۱/۵/۱۸ و به شماره ۱۲۳۹۲۱ از

بهار و تابستان ۱۳۸۹ دارای درجه «علمی-پژوهشی» گردیده است.

این فصلنامه در وبگاه‌های زیر قابل دسترسی است:

www.sid.ir و www.noormags.ir و www.magiran.com/razavi

و www.civilica.com و www.isc.gov.ir

«ترتیب مقالات بر اساس حروف الفبای نویسنده اول می‌باشد.»

«آرای نویسندگان مقالات لزوماً دیدگاه مجله نیست.»

«نقل مطالب مجله با ذکر مأخذ بلامانع است.»

آموزه‌های فقه مدنی

بهار - تابستان ۱۴۰۱، شماره ۲۵



مسئول اجرایی

محمدامین انسان

کارشناس اجرایی

علی برهان‌زهی

نحوه انتشار

به صورت الکترونیکی در وبگاه

<https://razaviac.razavi.ir>

ارتباط با کارشناس

(تماس با ما) در سامانه نشریات

نشانی پستی

مشهد، ص پ ۹۱۷۳۵-۴۶۱

رایانامه

razaviunmag@gmail.com

***The Scientific Research Journal of
Razavi University of Islamic Sciences***

Civil Jurisprudence Doctrines

No. 25

Spring & Summer 2022



Proprietor:

Razavi University of Islamic
Sciences

Managing Director:

A. Khayyat

Editor -in- Chief:

M. H. Haeri

Executive Chief:

M. A. Ensan

Editorial Board:

A. Bagheri (*Prof. at University of Tehran*)

M. T. Fakhlaei (*Prof. at Ferdowsi University of
Mashhad*)

M. H. Haeri (*Prof. at Ferdowsi University of Mashhad*)

M. Imami (*associate professor at Razavi University
of Islamic Sciences*)

M. Jahangiri (*associate professor at Razavi University
of Islamic Sciences*)

M. Malek Afzali Ardakani (*Prof. at Al-Mustafa
International University*)

M. S. Mousavi (*associate professor at Shahid Motahari
University*)

S. A. Naghibi (*associate professor at Shahid Motahari
University*)

H. Safaei (*Prof. at Razavi University of Islamic Sciences*)

Address: Iran, Mashhad, P.O. Box: 91735-461

Web Site: <https://razaviac.razavi.ir>

E.mail: razaviunmag@gmail.com